

المدخل إلى علم القانون

الفهرس

٩	مقدمة
١١	القسم الأول: النظرية العامة في القانون
١٥	الباب الأول: مفهوم القانون
١٥	الفصل الأول: تحديد مفهوم القانون
١٧	المبحث الأول: تعريف القانون
١٩	المبحث الثاني: القاعدة القانونية
٢٩	المبحث الثالث: دور القانون في التنظيم الاجتماعي
٢٩	المبحث الرابع: القواعد الآمرة، والقواعد التكميلية أو المفسرة
٤٢	المبحث الخامس: القانون والأخلاق
٤٩	الفصل الثاني: أسس القانون
٤٩	المبحث الأول: المذهب الشكلي
٥٢	المبحث الثاني: مذهب القانون الطبيعي
٥٦	المبحث الثالث: المذهب التاريخي
٥٩	المبحث الرابع: مذهب التضامن الاجتماعي
٦٣	المبحث الخامس: مذهب العلم والصياغة
٦٧	الفصل الثالث: أقسام القانون
٦٨	المبحث الأول: فروع القانون العام
٧٠	المبحث الثاني: فروع القانون الخاص

٧٧	الباب الثاني: مصادر القانون
٧٩	الفصل الأول: التشريع
٧٩	المبحث الأول: تعريف التشريع وأهميته وعوامل انتشاره
٨٣	المبحث الثاني: عناصر التشريع
٨٥	المبحث الثالث: مراحل سن التشريع
٩٠	المبحث الرابع: التشريع والدستور والأنظمة
٩٤	المبحث الخامس: رقابة القضاء لدستورية التشريع وقانونية الأنظمة
٩٦	المبحث السادس: تفسير التشريع
١٠٨	المبحث السابع: تطبيق التشريع من حيث الزمان والمكان
٢٢	المبحث الثامن: إلغاء التشريع
١٢٥	الفصل الثاني: المصادر غير التشريعية
١٢٥	المبحث الأول: الشريعة الإسلامية
١٢٨	المبحث الثاني: العرف
١٣٦	المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
١٣٧	القسم الثاني: النظرية العامة في الحق
١٤٠	تمهيد: تعريف الحق ونسبيته وأقسامه وأركانه.
١٥٣	الباب الأول: أطراف الحق
١٥٣	الفصل الأول: الشخص الطبيعي
١٥٤	المبحث الأول: وجود الشخص الطبيعي
١٦٣	المبحث الثاني: الاسم
١٧٤	المبحث الثالث: حالة الشخص
١٧٨	المبحث الرابع: الأهلية

١٩٢	المبحث الخامس: الذمة المالية
١٩٦	المبحث السادس: الموطن
٢٠٣	الفصل الثاني: الشخص الاعتباري
٢٠٣	المبحث الأول: مفهوم الشخص الاعتباري
٢٠٥	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري
٢١٠	المبحث الثالث: نشوء الشخص الاعتباري وزواله
٢١٣	المبحث الرابع: حقوق الشخص الاعتباري
٢٢١	المبحث الخامس: أنواع الأشخاص الاعتبارية
	الباب الثاني: محل الحق
٢٢٧	الفصل الأول: محل الحق الشخصي
٢٢٩	الفصل الثاني: محل الحق العيني

مقدمة

إن المدخل إلى دراسة أي علم من العلوم، إنما يهدف عادة إلى التعريف بهذا العلم، وإعطاء المعلومات الأولية عنه، وبيان خصائصه التي تميزه من باقي العلوم الأخرى، وشرح مبادئه العامة وأفكاره الرئيسية بصورة تمهد لدراسة ذلك العلم ذاته فيما بعد.

ولا شك في أن المجتمع الذي تخلو ربوعه من ظلال القانون سيكون بمنزلة غابة يأكل القوي فيها الضعيف، فتتعرثر مسيرة الحياة، ويطغى الاضطراب وعدم التوازن فيها. ودراستنا للمدخل إلى علم القانون، إنما هي دراسة تمهيدية، وشرح للمبادئ العامة المشتركة في العلوم القانونية لكي نسهل لطلاب العلم معرفة القانون، وفهمه، ونساعدهم على استيعاب الأحكام، والمبادئ العامة التي تستند إليها القوانين بكافة فروعها.

فالقانون بكل فرع من فروع يحفظ حقوقاً متعدّدة للأفراد والدولة ويحميها، وهو يرمي إلى تنظيم المجتمع تنظيمًا من شأنه العمل على تحقيق الخير العام للأفراد كافة، ويعمل على صيانة الحريات للأفراد ومصالحهم الخاصة، فالقانون أمر لا بد منه، ولا يتسنى لمجتمع من المجتمعات مهما كانت درجة ثقافته أن يتملص نهائياً من وضع قواعد يمكنه من خلالها تسيير أموره.

والمدخل إلى علم القانون ليس مرتبطاً بفرع معين من فروع القانون التي تنتظم جميعها في إطار عام هو النظام القانوني للدولة، لأنه يرتبط بكل فروع النظام القانوني، فهو يمهد للفروع القانونية جميعها.

ولكن مع التسليم بصحة هذا الرأي، فقد جرى العمل على أن دراسة المدخل إلى علم القانون تلحق بالقانون المدني، وذلك تأسيساً على أن القانون المدني هو القانون العام، إذ نص على أغلب المبادئ والقواعد العامة التي تدخل في الدراسة التمهيديّة للقانون.

ونخلص من هذا إلى أن القانون في أي دولة بما يشمله من القانون العام والقانون الخاص بفروعهما، يقوم على أسس ومبادئ ونظريات عامة، تستخدم فيها تعبيرات ومصطلحات قانونية مشتركة، لها مدلولات ثابتة لا تتغير، وهي موضوع الدراسة دائماً في المدخل إلى العلوم القانونية، وهي التي تتضمنها بوجه عام النظريتان الأساسيتان، وهما النظرية العامة في القانون، والنظرية العامة في الحق، ولهذا ستكون هاتان النظريتان مع نظرية الالتزام هي موضوع دراستنا. ونعرض لكل من هذه النظريات في قسم مستقل وفق الآتي:

القسم الأول: النظرية العامة في القانون.

القسم الثاني: النظرية العامة في الحق.

القسم الثالث: نظرية الالتزام.

القسم الأول

النظرية العامة في القانون

كلمة قانون هي اقتباس من اليونانية، إذ إن كلمة " Kanon تعني، العصا المستقيمة ، ويعبرون بها مجازياً عن القاعدة (Regula: la Règle) ، ومنها إلى فكرة الخط المستقيم الذي هو عكس الخط المنحني أو المنحرف أو

المنكسر، وهذا تعبير استعاري للدلالة على الأفكار التالية : الاستقامة (la Rectitude) ، والصراحة (la Franchise) ، والنزاهة (la Loyauté) في العلاقات الإنسانية .

ويستخلص من هذا أن كلمة قانون، تستعمل معياراً لقياس انحراف الأشخاص عن الطريق المستقيم، أي عن الطريق التي سطرها لهم القانون لكي يتبعوه في معاملاتهم.

والقانون والحق مفهومان مترابطان متلازمان بحيث لا يذكر أحدهما إلا ويتبادر إلى الذهن المفهوم الآخر، ويمكن القول: أن الحق هو ثمرة القانون ونتيجته، كما أن القانون يتمثل عملياً حين تطبيقه بما ينجم عنه من حقوق. وتتجلى الصلة بين الحق والقانون من جانبين:

الأول: يدين الحق للقانون في وجوده وتنظيمه، وتنظيم أسبابه ومضمونه، وحمايته بحيث لا يتصور في مجتمع منظم وجود حق لا يقره القانون.

أما الثاني: يستخدم القانون الحق أداة توازن في العلاقات الاجتماعية التي يتولى تنظيمها. فمثلاً في إطار العلاقة الاجتماعية التي أطرافها أصحاب مصالح خاصة متناقضة، يحقق القانون التوازن المنشود بين المصالح المتناقضة لأطرافها من خلال تقرير حقوق متبادلة لأطرافها، بحيث ما هو حق لأحدهما يمثل التزاماً لدى الطرف الآخر، ومن خلال الصلة الموجودة بين القانون والحق فإنه يستوجب على طلاب الحقوق معرفة ماهية الحقوق، وكل ما يتعلق بها.

ونعرض النظرية العامة في القانون في بابين، إذ نعرض في الباب

الأول، مفهوم القانون ونقسمه إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تحديد مفهوم القانون

الفصل الثاني: أسس القانون

الفصل الثالث: أقسام القانون

أما الباب الثاني: فنعرض فيه لمصادر القانون ونقسمه إلى فصلين:

الفصل الأول: التشريع

الفصل الثاني: المصادر غير التشريعية

الباب الأول

مفهوم القانون

نعرض في هذا الباب لمفهوم القانون في ثلاثة فصول وفق الآتي:

الفصل الأول: تحديد مفهوم القانون

الفصل الثاني: أسس القانون

الفصل الثالث: أقسام القانون

الفصل الأول

تحديد مفهوم القانون

الإنسان كائن اجتماعي ، إذ لا غنى له عن الحياة في مجتمع ، فهو عاجز بمفرده عن تأمين مختلف حاجاته، وإشباع رغباته ، ولذلك لا يمكن أن يعيش بمعزل عن أقرانه .

غير أن الحياة في جماعة تتطلب تنظيم سلوك أفرادها وعلاقاتهم عن طريق وضع قواعد تبين لكل منهما ما له من حق ، وما عليه من واجب ، لمنع أي تداخل بين المصالح، ولتجنب الفوضى، واختلال التوازن، وذلك لما عرف به الإنسان من أنانية وحب للذات.

فلو انعدم مثل هذا التنظيم لكانت الكلمة المسموعة هي الفوضى ، ولسادت شريعة الغاب، وأصبحت بالتالي الغلبة للأقوى، ولصدقت كلمة الفيلسوف الفرنسي BOSSUET : ((حيث يملك الكل فعل ما يشاء ولا يملك أحد فعل ما يشاء ، وحيث لا سيد فالكل سيد، وحيث الكل سيد فالكل عبد))^{١٢} .

لذا ظهرت الحاجة إلى القانون للحد من حريات الأفراد، وإزالة ما فيها من تعارض، وللتوفيق بين مصالحهم، وذلك بعد أن استشعر الأفراد الحاجة إلى قواعد تنظم صراع المصالح بينهم، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي بالجماعة

^{١٢} - أشار إليه: د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، الإسكندرية، مصر، منشأة

كلها، وهو ما لا يمكن تجنبه إلا عن طريق فرض سلوك معين يلتزم به الجميع، مما يحقق النظام والاستقرار في المعاملات^{١٣}.
ويطلق على القواعد التي تنظم سلوك الأفراد وتحكم علاقاتهم عبارة "قواعد السلوك"، وتهدف هذه القواعد أساساً إلى تنظيم حقوق الأفراد وحمايتهم، وذلك عن طريق تحديد مجال خاص بكل فرد من شأنه أن يمنع تدخل الآخرين، ولكن هذا التحديد لا يتأتى إلا بتعيين ما لكل فرد من حقوق، وما عليه من واجبات، على نحو يضمن لكل فرد، في آن واحد الاستمتاع بهذه الحقوق - وهو في مأمن من تدخل الأفراد الآخرين - والوفاء بواجباته.

ونعرض في هذا الفصل لتعريف القانون، كما نعرض للقاعدة القانونية وخصائصها، كما نعرض لدور القانون في التنظيم الاجتماعي، ونعرض أيضاً للقواعد الآمرة والقواعد التكميلية، وأخيراً نعرض للعلاقة بين القانون والأخلاق وفق الآتي:

المبحث الأول: تعريف القانون

المبحث الثاني: القاعدة القانونية

المبحث الثالث: دور القانون في التنظيم الاجتماعي

المبحث الرابع: القواعد الآمرة والقواعد التكميلية

المبحث الخامس: القانون والأخلاق

المبحث الأول

تعريف القانون

١٣ - انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، طبعة، ١٩٧٩، ص ١٢.

يطلق مصطلح القانون على كل قاعدة ثابتة تفيد استمرار أمر معين وفقاً لنظام ثابت ، فهو يستخدم للإشارة إلى العلاقة التي تحكم الظواهر الطبيعية ، أو للإشارة إلى العلاقة التي تحكم قواعد السلوك، فيقال: مثلاً ، قانون الجاذبية ، وقانون الغليان، وقانون العرض والطلب، إلا أنه في مجال العلوم الاجتماعية وخصوصاً في مجال الدراسات القانونية ينصرف اصطلاح القانون عموماً إلى مجموعة القواعد التي تطبق على الأشخاص في علاقاتهم الاجتماعية ، ويفرض عليهم احترامها ومراعاتها في سلوكهم بغية تحقيق النظام في المجتمع.

وللقانون معنيان ، أحدهما واسع والآخر ضيق. فالقانون بمعناه الواسع، هو مجموعة القواعد العامة المجردة التي تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، والمقترنة بجزء توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها. وهذا التعريف يشمل معه أيضاً القواعد المعمول بها في المجتمع حتى لو كانت من قبيل العرف، أو الدين، أو الفقه، أو القضاء.

أما القانون بمعناه الضيق، فهو مجموعة القواعد الملزمة التي تصدرها السلطة التشريعية لتنظيم علاقات الأفراد ببعض أو علاقاتهم بالدولة في أحد مجالات الحياة الاجتماعية.

وكلمة "قانون" كلمة عربية يرجع أصلها إلى اللغة اليونانية فهي مأخوذة من الكلمة اليونانية Kanun ومعناها العصا المستقيمة، وقد انتقلت هذه الكلمة إلى عدة لغات منها، الفرنسية Droit، والإيطالية Diricto، واللاتينية Directus، والإنجليزية Law، ويعرف القانون في اللغة العربية بالخط المستقيم الذي هو معيار كل انحراف. فكلمة القانون تستخدم معياراً لقياس مدى احترام الفرد لما تأمر به القاعدة أو تنهاه عنه، أو انحراف عن ذلك، فإن سار وفقاً لمقتضاه كان سلوكه مستقيماً، وإن تمرد عنه كان سلوكه غير مستقيم.

وتستعمل كلمة DROIT في اللغة الفرنسية للدلالة على كل من كلمتي القانون والحق، وفي الإنجليزية يستعملون كلمة Law ليدلون على القانون، الذي هو عبارة عن أحكام مقننة تضعها وتصدرها السلطة التشريعية في البلاد لما ترى وجوب مراعاته،^{١٤} وكلمة right ليعبروا بها عن الحق .

ويرتبط القانون بالحق بعلاقات وثيقة ومتلازمة، فلا ينشأ الحق إلا إذا أقرته واعترفت به قاعدة من قواعد القانون.

وقد اختلف الفقه في تعريف الحق من مذهب إلى آخر، فقد عرفه فريق من الفقه، بأنه قدرة أو سلطة إرادية مخولة لشخص، في حين عرفه فريق ثان منهم بأنه، مصلحة يحميها القانون. وعرفه فريق ثالث من الفقه بأنه سلطة أو إمكانية أو إمتياز يمنحه القانون للشخص تمكيناً له من تحقيق مصلحة مشروعة يعترف له بها القانون ويحميها^{١٥}. فالحق بهذا المعنى لا يتمثل إذن بالقواعد القانونية نفسها وإنما بما تقره هذه القواعد للأشخاص، وما تمنحهم من سلطات ومكنات وميزات.

فالقاعدة القانونية التي تمنح الحق للمستأجر في سكن العقار المأجور، والقاعدة التي تمنح الحق للبايع في استيفاء ثمن المبيع من المشتري... الخ، إنما تدخلان في نطاق القانون، أما ما ينشأ عن هذه القواعد من سلطات وميزات يتمتع بها المستأجر أو البايع فإنما تعدّ حقوقاً يعترف بها القانون لهؤلاء الأشخاص ويمنحهم إياها.

إلا أن هذه التعاريف الفقهية للحق وجهت لها انتقادات من جانب الفقه، وهي تعاريف غير بعيدة عن الصواب، ولكن التعريف الأقرب إلى الصواب

^{١٤} - انظر: حارس الفاروقي، المعجم القانوني، بيروت، طبعة ١٩٩١، ص ٤٠٨ .

^{١٥} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٦.

هو تعريف الفقيه (دابان) للحق: إذ عرف الحق بأنه استئثار شخص بقيمة معينة، أو شيء معين عن طريق التسلط على تلك القيمة أو على هذا الشيء.

ويهدف القانون بصورة أساسية إلى تحديد الحقوق وبيان مداها، وكيفية اكتسابها وانقضائها. فالحق هو ثمرة القانون ونتيجته، كما أن القانون يتمثل عملياً حين تطبيقه بما ينجم عنه من حقوق^{١٦}. فكل حق يقابله واجب، ومن هنا يتبين أن الحق والواجب وجهان لعملة واحدة، فلا يتصور وجود أحدهما منفصلاً عن الآخر، كما أن الحق لا يوجد بغير القانون، والقانون لم يوجد إلا لتقرير الحق وتنظيمه ورسم حدوده وحمايته^{١٧}. كالقاعدة القانونية التي أوردتها المادة (١٦٤) من القانون المدني السوري التي تضع واجباً على الفرد بعدم الإضرار بغيره، وتقرر في مقابل هذا الواجب حقاً للمتضرر، من جراء مخالفة هذا الواجب، في الحصول على تعويض مناسب من مسبب الضرر.

المبحث الثاني

القاعدة القانونية

القانون، هو مجموعة قواعد قانونية تنظم العلاقات التي قد تكون بين فرد وآخر، وقد تكون بين الدولة والأفراد، وتمتاز القاعدة القانونية بالخصائص الآتية:

أولاً- القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص:

١٦ - انظر: د محمد محمود عبد الله ، المدخل إلى العلوم القانونية ، جامعة دمشق ، ١٩٨٢/١٩٨٣ ، ص ١٤ .

١٧ - انظر: د. علي حسن نجيدة ، المدخل لدراسة القانون ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ٦ . د. سمير كامل ، المدخل للعلوم القانونية ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ٦ ، ١٩٨٦ .

القاعدة القانونية هي عبارة عن خطاب موجه إلى الأشخاص، وهذا الخطاب إما أن يتضمن أمراً لهم بالقيام بفعل معين، أو نهياً عن القيام به، أو مجرد إباحة هذا الفعل من دون أمر به أو نهى عنه. فمثلاً نصت المادة (٥٥٤) من القانون المدني السوري على أنه، يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة في المواعيد المتفق عليها، فهذه المادة تتضمن قاعدة قانونية تأمر المستأجر بالقيام بفعل معين هو أداء الأجرة للمؤجر في المواعيد المتفق عليها.

وقد ذهبت المادة (٥٤٩) من القانون ذاته إلى إباحة القيام بفعل معين والترخيص به من دون أمر ولا نهى، فقد ذهبت إلى أنه، يجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائي والتلفون والراديو وما إلى ذلك^{١٨}.

وذهبت المادة (٧٦٨) من القانون المدني ذاته، إلى أن لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه.

ولو نظرنا إلى نص المادتين (٥٤٩) و (٧٦٨) من القانون المدني السوري لوجدنا أن كلا منهما يتضمن إباحة فعل معين والترخيص به من دون أمر به ولا نهى عنه.

ولا يشترط في القاعدة القانونية أن تكون بصيغة الأمر، أو النهي، أو الإباحة والترخيص، لأنها قد تأتي على شكل إنذار موجه إلى الأشخاص بترتيب أثر ما على واقعة معينة ، فيستنتج من هذا الإنذار ما تريد القاعدة أن تأمر أو تلزم به .مثل نص المادة (٣٨٨) من قانون العقوبات السوري الذي فرض عقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالمنع من الحقوق المدنية، على كل سوري علم بجناية على أمن الدولة، ولم ينبئ بها السلطة العامة في

الحال ، فهذه القاعدة لا نجد فيها صيغة الأمر، وإنما نجد فيها إنذاراً إلى من يتوانى عن إخبار السلطة العامة عن الجنايات الماسة بأمن الدولة.

ثانياً - القاعدة القانونية قاعدة سلوكية :

القانون هو مجموعة قواعد سلوكية، أي قواعد تقويمية، أي ما يجب أن يكون عليه سلوك الإنسان بمعنى أن المشرع يصوغ القواعد القانونية وفق مثل وقيم ذلك عن طريق تكليف بأمر، أو نهي عنه ، ويتوجه به إلى الأفراد الذين يتعين عليهم طاعته بإخضاع سلوكهم إليه ، والقانون لا ينظم من الإنسان إلا سلوكه الخارجي ، فلا شأن له بنوايا الإنسان، ولا مشاعره النفسية، ولا خلجات ضميره .

ولذلك فإن القانون لا يعاقب على مجرد التفكير في ارتكاب الجريمة ، إلا إذا اصطحب هذا التفكير بفعل خارجي كسواء الأسلحة اللازمة لتنفيذها ، ففي هذه الحالة فقط يتدخل القانون لمنع هذه الجريمة أو توقيع العقاب على مرتكبيها ، ولكن ما يجب ملاحظته أن مبدأ عدم اعتداد القانون بالنوايا ليس مطلقاً ، إذ توجد قواعد تستوجب لتطبيقها الاعتداد ببعض النوايا .مثل القاعدة التي تضمنتها المادة رقم(٦) من القانون المدني السوري التي تلزم من يتعسف في استعمال حقه تعويض الغير عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك (أي وجود نية الإضرار بالغير).

والقاعدة القانونية التي تنص بأنه يعاقب بالإعدام من يقتل إنساناً عمداً، لا تطبق إلا إذا كان القاتل قد تعمد القتل، أي توافرت لديه نية القتل، ولا تطبق هذه القاعدة إذا كان القتل غير متعمد كالقتل الخطأ م(١/٥٣٥) عقوبات سوري.

ثالثاً-القاعدة القانونية خطاب موجه في صيغة عامة ومجردة

ويعني ذلك أنه يجب أن تكون القاعدة القانونية موجهة للعامة بصفاتهم لا بذاتهم، ومعنى ذلك أن القاعدة القانونية يجب أن عامة ومجردة لا تخص شخصاً معيناً بالذات، أو تتعلق بحادثة معينة، بل يجب أن تكون قابلة للتطبيق على كل من يمكن أن تتوافر فيهم الصفات والشروط المحددة في القاعدة القانونية.

ولا يكفي أن يكون هناك خطاب موجه إلى الأشخاص سواء أكان أمراً، أم نهياً، أم مجرد إباحة وترخيص، ليعدّ أن هناك قاعدة قانونية، بل يجب أن يكون هذا الخطاب أو هذه القاعدة عامة ومجردة^{١٩}.

وفي الواقع، فإن مفهوم القاعدة ذاته يفترض الاطراد وإمكانية التطبيق في الحالات والظروف المماثلة، أما الأحكام التي لا تطبق إلا على أشخاص معينين ، أو حالات محددة بالذات ، فإنها لا تكون قواعد قانونية بالمعنى الصحيح.

فمثلاً القاعدة التي تقضي بحرمان طالب جامعي من متابعة امتحانه إذا ارتكب عملية الغش في الامتحان، والقاعدة التي تقضي بإحالة الموظف الذي يبلغ سن الستين على التقاعد تعدان قواعد قانونية لأنهما لا تخصان طالباً ، أو موظفاً معيناً بذاته ، وإنما هما قواعد قانونية عامة يمكن تطبيقها على كل طالب يرتكب عليه الغش في الامتحان، وعلى كل موظف يبلغ سن الستين.

أما القاعدة التي تقضي بحرمان الطالب (سالم) من متابعة امتحانه لارتكابه عملية الغش، والقاعدة التي تقضي بإحالة الموظف (محمد) على

^{١٩} - انظر: د. رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص. ٢، ود. سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص ١٢.

التقاعد لبلوغه سن الستين لا تعدّان قواعد قانونية لأن الحكمين اللذين يتضمنانهما يقتصر تطبيقهما على الطالب أو الموظف المعينين فيهما من دون أن يتجاوزهما إلى غيرهما.

من جهة أخرى لا يشترط في القاعدة القانونية أن تتناول في حكمها عدداً كبيراً من الأشخاص، أو أن تشمل المواطنين جميعاً لكي تعدّ قاعدة قانونية توافرت فيها صيغة العموم.

فكثرة الأشخاص الذين تطبق عليهم القاعدة أو قلتهم ليس لها اعتبار، ولكن المعتبر في القاعدة القانونية هو ألا تتناول أشخاصاً معينين بذاتهم، بل أن يعم حكمها الأشخاص الذين تنطبق عليهم الصفات والشروط المحددة فيها.

لذلك فقد تتناول القواعد القانونية في أحكامها فئات من الناس لا يكون عدد أفرادها كبيراً، كالقواعد المتعلقة بالتجار، أو الموظفين، أو أساتذة الجامعة، أو غيرهم^{٢٠}.

وأحياناً قد تتناول القاعدة بحكمها شخصاً واحداً كالقواعد التي تتضمن تحديد صلاحيات رئيس الجمهورية واختصاصاته مثلاً، أو رئيس الوزراء، أو الوزير، فهذه القواعد تعدّ قواعد قانونية على الرغم من أن تطبيقها يتعلق بشخص واحد، ذلك أن الأحكام التي تتضمنها ذات صفة عامة بحيث يمكن تطبيقها بالنسبة إلى أي رئيس للجمهورية يجري انتخابه وليست خاصة برئيس معين بشخصه وذاته.

ويمكن تعريف خاصية التجريد في القاعدة القانونية بأن الحكم في القاعدة القانونية يطبق على الغرض الذي تتضمنه هذه القاعدة في كل زمن،

^{٢٠} انظر: د هشام قاسم، المرجع السابق، ص ١٩، ود مرقس، المدخل، المرجع السابق، ص

وبالنسبة إلى جميع الأشخاص والوقائع ، بمعنى أن الحكم الذي يعدّ الأثر الذي يرتبه القانون على تحقق الظاهرة الأصلية، وهي الفرض، إنما يطبق على كل شخص توافرت فيه الصفات التي يحددها هذا الفرض ، كما يطبق على كل واقعة، أو تصرف قانوني توافرت فيه الشروط التي يحددها هذا الفرض ، وبذلك تتحقق للقاعدة القانونية خاصية العمومية، أي عمومية التطبيق، الأمر الذي جعل بعض الفقهاء يقول: إن القاعدة القانونية تبدأ مجردة لتنتهي عند التطبيق عامة .

رابعاً- القاعدة القانونية يجب أن تكون قاعدة ملزمة:

يهدف القانون إلى إقامة النظام في المجتمع والحفاظ عليه عن طريق وضع قواعد سلوك اجتماعية يتوجه بها إلى الأفراد الذين يمكنهم بما لهم من إرادة حرة طاعة هذه القواعد أو مخالفتها.

وضمان استقرار النظام في المجتمع يستوجب أن يحترم كل فرد فيه القانون ويعمل به ، ذلك أن القاعدة القانونية هي تكليف بأمر ، أو نهى عنه يجب طاعته ، ولذلك كان من الواجب أن تقتزن القاعدة القانونيةجزاء يوقع على من يخالف أحكام القانون، وإن الغرض من هذا الجزاء هو حمل الأفراد على احترام القانون كرهاً إن لم يقدموا على احترامه طواعية ، وعلى هذا الأساس يصف الفقه الجزاء في القاعدة القانونية، بأنه شرط معلق على شرط مخالفة القانون بغية حمل الأفراد كرهاً على احترامه .

والمؤيد أو الجزاء هو الأثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية. فمثلاً الأثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة التي تأمر بعدم السرقة هو الحبس.

والمؤيدات القانونية تعود في الدول المتمدنة إلى الدولة وحدها، فهي التي تملك منفردة وسائل إجبار الأشخاص على احترام القاعدة القانونية، وهي

التي ترتب الآثار الناجمة عن مخالفتها. وهذا ما يميز القاعدة القانونية من سائر القواعد الاجتماعية الأخرى التي تفتقر إلى المؤيد من قبل الدولة^{٢١}.

بالمقابل ليس من الضروري أن يكون احترام الناس للقاعدة القانونية وتطبيقها من قبلهم ناجماً عن تأييد الدولة لها وفرضها إياها، بل قد يطبقونها من تلقاء أنفسهم لأنهم يعتقدون أنها واجبة التطبيق، ولو لم تكن مفروضة عليهم من الدولة ومؤيدة من قبلها.

والجزء يوقع جبراً بوساطة الدولة وفق تنظيم معلوم مسبقاً باسم المجتمع، وذلك يكشف عن طبيعة الجزاء أنه إجبار عام يوقع باسم المجتمع. وذلك يعني أنه لا مجال للاقتصاص الفردي، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد أن يستقلوا بتوقيع الجزاء بأنفسهم إلا في حالة تنازل السلطة العامة عن الإجبار العام، وذلك في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، ومن بين هذه الحالات حالة الدفاع الشرعي، وحالة الحق في الحبس في المسائل المدنية، أو الدفع بعدم التنفيذ كما لو اشترى شخص سيارة بثمن مقسط ثم ظهر فيها عيب مما يضمنه البائع، وامتنع البائع عن إصلاح العيب كان للمشتري الحق في الامتناع عن دفع باقي الثمن دون حاجة إلى الالتجاء إلى السلطة العامة لاستصدار حكم بذلك^{٢٢}.

ولا يمكن للسلطة العامة (التنفيذية) أن توقع الجزاء إلا بعد التثبت من وقوع مخالفة القانون بوساطة سلطة عامة أخرى مختصة، وهي السلطة القضائية مما يكشف عن طبيعة الجزاء في القاعدة القانونية أنه جزاء أو إجبار منظم.

٢١ - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٢٠.

٢٢ - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، ص ٢٥.

والمؤيدات الذي تضعها الدولة للقاعدة ليكفل احترامها وتطبيقها من قبل الأشخاص قد يكون مؤيد مدني وقد يكون مؤيد جزائي وقد يكون مؤيد إداري^{٢٣}:

١- **المؤيد جزائي**: إن مخالفة قواعد قانون العقوبات، كالقيام بجريمة سرقة أو ارتكاب جريمة قتل تستوجب جزاءاً جنائياً، ويسمى هذا الجزاء العقوبة، ويقصد به الزجر، ويكون ذلك بإيقاع العقوبة بالمخالف للقاعدة القانونية ردعاً له ولغيره عن مخالفة القانون، والعقوبات الجزائية التي تلحق بمرتكبي الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات هي، الإعدام، والسجن المؤبد، السجن المؤقت، الحبس والغرامة.

وقد يقع المؤيد الجزائي على جسم الشخص (كالسجن أو الإعدام)، وقد يكون عبارة عن غرامة يلزم بدفعها^{٢٤}، وقد يمس المؤيد الجزائي الشخص في حريته (كالحبس).

٢ - **المؤيد مدني**: ويقصد به جبر الضرر، ويكون ذلك بإعادة الأمور إلى نصابها، وإزالة الخلل الذي أحدثته مخالفة القاعدة القانونية، أو إصلاحه على قدر الإمكان، والمؤيد المدني يكون على أنواع^{٢٥}:

أ - فهو إما أن يكون تنفيذاً عينياً ، وذلك بتنفيذ ذات الالتزام (كإجبار البائع على تسليم المبيع للمشتري).

٢٣ - انظر: د. رمضان محمد أبو السعود ومحمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٢١.

٢٤ - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢١.

٢٥ - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢١.

ب – أو أن يكون تنفيذاً بمقابل، وذلك عن طريق التعويض (كإجبار من سبب بعمله غير المشروع ضرراً للغير على دفع تعويض له). والتعويض عن الضرر يشمل الضرر المادي والمعنوي.

ج – وقد يكون المؤيد بطلان الاتفاق المخالف للقاعدة القانونية، كبطلان الاتفاق الواقع على بيع المخدرات، أي إبطال التصرف المخالف للقواعد الملزمة أو العقد.

المبحث الثالث

دور القانون في التنظيم الاجتماعي

بين القانون والحياة داخل المجتمع صلة وثيقة العرى، وارتباط على جانب كبير من الأهمية، إذ إن القانون لا يمكن أن ينشأ إلا حيث يكون هناك مجتمع يتولى تنظيمه وتحديد القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيه. وما دام القانون يتولى تنظيم المجتمع وعلاقات الأفراد فيه، فمن الطبيعي لنا أن نتساءل عن الدور الصحيح الذي يؤديه في هذا السبيل والحد الذي يقف عنده في تدخله في شؤون الأفراد وعلاقاتهم المختلفة، والجواب عن هذا السؤال يختلف في الواقع باختلاف وجهات النظر التي تتولى معالجته والرد عليه، ونستطيع أن نميز خلال وجهات النظر هذه بين مذهبين رئيسيين هما: المذهب الفردي أو الحر من جهة، والمذهب الاشتراكي أو المذهب التدخل من جهة ثانية^{٢٦}. ونعرض لهذين المذهبين في مطلبين وفق الآتي:

المطلب الأول

المذهب الفردي أو المذهب الحر

^{٢٦} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢٣، ود مرقس، المرجع السابق، ص ٣٣.

يقوم هذا المذهب الذي ساد أواخر القرن الثامن عشر، والقسم الأكبر من القرن التاسع عشر، على تقديس حرية الفرد تقديساً كاملاً، وعدها حقاً أساسياً من واجب المجتمع أن يبذل قصارى جهده للمحافظة عليها، ومن واجب القانون ألا يتدخل للحد منها إلا بالقدر الضروري جداً الذي لا غنى عنه^{٢٧}.
ففي ظل المذهب الفردي أو الحر نجد إذن أن نطاق القانون يضيق إلى حد كبير، فهو يقتصر على الأمور التي تقتضيها تأمين الحرية لأبناء المجتمع جميعهم، ومنع الناس من تجاوز بعضهم على البعض.

المطلب الثاني

المذهب الاشتراكي أو المذهب التدخل

إن المذهب الفردي أو الحر، وما تضمنه من مثل عليا ودعوى لتقديس حرية الفرد واحترامها، قد بدى بسبب التطور الاجتماعي الذي ظهرت بوادره في منتصف القرن التاسع عشر ولا يزال مستمراً حتى يومنا هذا غير كاف لإقامة نظام صالح يؤمن العدل والطمأنينة والاستقرار لجميع المواطنين في المجتمع^{٢٨}.

ولهذا دعت النظريات الاشتراكية الدولة إلى التدخل في شؤون الأفراد لحماية الضعفاء من تسلط الأقوياء وسيطرتهم، فالقانون بحسب هذه النظريات لا يجب أن تقتصر مهمته على دور سلبي، بل يتعين أن يؤدي دوراً إيجابياً فيتولى تنظيم علاقات الأفراد وشؤونهم على أساس عادل صحيح^{٢٩}.

^{٢٧} - انظر: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، بيروت لبنان، الدار الجامعية، ١٩٨٨، ص، ٢٨، ود. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢٣ و ٢٤

^{٢٨} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢٤ .

^{٢٩} - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٣٦ .

ففي ظل المذهب الاشتراكي نجد أن للقانون مجالات أوسع وأشمل من المجال الذي يريده أن يدور فيه المذهب الفردي لأن دور القانون في الواقع لا يقتصر على تأمين الحرية للجميع وتركهم يعملون بأنفسهم، وإنما يقوم أيضاً على التدخل في أعمالهم وشؤونهم لتنظيمها عندما تقتضي الضرورة أو المصلحة ذلك ومن هنا كان مبعث الاتساع الحالي لنطاق علم القانون^{٣٠}.

المبحث الرابع

القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة

جرى الفقه على تقسيم القواعد القانونية إلى عدة أنواع، تختلف باختلاف زوايا النظر إليها.

فمن حيث طبيعتها القانونية، تنقسم القواعد القانونية إلى نوعين: عامة وخاصة إذ إن القواعد القانونية العامة، هي القواعد التي يتضمنها عادة القانون العام بفروعه، أما القواعد القانونية الخاصة فهي القواعد التي يشملها القانون الخاص بفروعه.

وتنقسم القواعد القانونية من حيث تنظيمها للحقوق، إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية. ويقصد بالقواعد الموضوعية كل قاعدة تقرر حقاً أو تفرض واجباً. ومثل ذلك ما نصت عليه المادة (٣٨٦) من القانون المدني: (البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي). فهذه القاعدة موضوعية لأنها تقرر حقاً للمشتري وهو نقل ملكية الشيء المبيع إليه، وتفرض على البائع واجباً وهو نقل الملكية للمشتري، وفي ذات الوقت تقرر حقاً للبائع وهو المقابل النقدي أي ثمن الشيء، وتفرض على المشتري واجب دفع الثمن للبائع.

^{٣٠} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢٥. ود. مرقس، المرجع السابق، ص ٣٦.

أما القواعد الشكلية فهي القواعد القانونية التي تبين الوسائل التي يمكن بها اقتضاء الحق المقرر، أو تقرير كيفية الالتزام بالقيام بالواجب. ومن أمثلة القواعد الشكلية معظم قواعد قانون أصول المحاكمات المدنية، وهي التي تنظم كيفية مباشرة الدعوى المدنية، واختصاصات الجهات القضائية المدنية. والقانون ينظم سلوك الأشخاص في المجتمع، غير أن القانون لا يسلك سبيلاً واحداً، بل تتعدّد مسالكه فهو قد ينظم هذا السلوك على نحو معين لا يرتضي بغيره بديلاً.

وقد ينظمه على نحو يترك فيه للأفراد حرية تنظيم أمورهم على وجه قانوني آخر، وعليه نجد في بعض القواعد القانونية أن القانون يقيد حرية الأفراد بحيث يمنعهم من مخالفة نصوصه وحينئذ تكون هذه القواعد أمرة، أما في بعضها الآخر فنجد أن القانون يمنح الفرد نوعاً من الاختيار في تنظيم نشاطه، وحينئذ تكون أمام قواعد مكملة.

ونعرض للقواعد الآمرة، وللقواعد التكميلية، ومعيار التفريق بينهما، كما نعرض للقوة الإلزامية للقواعد الآمرة والقواعد التكميلية وذلك في مطالب أربعة وفق الآتي:

المطلب الأول

القواعد الآمرة

هي القواعد التي تأمر الفرد بسلوك معين، أو تنهي عنه بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره، وكل اتفاق على خلاف الحكم لا يعتد به ويعدّ باطلاً، فهذه القواعد تمثل قيوداً ضرورية لإقامة النظام العام في المجتمع، وتقرض تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن أمثلة هذه القواعد:

- القاعدة التي تنهى عن القتل، السرقة، التزوير، الرشوة، أو غير ذلك من الجرائم.

- القاعدة التي تأمر بأداء الضرائب .
 - القاعدة التي تضع حداً أقصى لسعر الفائدة وتنتهي عن تجاوزه.
 - القاعدة التي تنتهي عن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة.
- والقاعدة الآمرة هي القاعدة التي لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف حكمها، لأنها تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية ولذلك لا يسمح للأفراد باستبعاد أحكامها وتبني أحكام غيرها فيما يجرونه من عقود أو تصرفات قانونية^{٣١}.

ويلاحظ أن العلة من جعل القاعدة الآمرة قاعدة واجبة الإلتباع إطلاقاً تكمن في أن هذه القاعدة إنما تنظم مسألة تعدد أساسية لإقامة النظام في المجتمع وذلك بالنظر إلى أن هذه المسألة تمس كيان المجتمع.

المطلب الثاني

القواعد المكملّة أو المفسرة

وهي القواعد التي تنظم سلوك الأفراد على نحو معين، لكن يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها، وهذه القواعد على خلاف القواعد الآمرة لا تمثل قيوداً على حرية الأفراد، إذ يجوز لهم الاتفاق على خلاف ما تقرره في تنظيم علاقاتهم في المجالات التي لا تمس فيها هذه العلاقات بمصلحة عامة، فالقواعد المكملّة تنظم علاقات يترك تنظيمها في الأصل لإرادة الأفراد، ومن أمثلة القواعد المكملّة:

- القاعدة التي تقرر أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان وفي الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

^{٣١} - انظر: د. محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٢، ٢٨. ود. هشام القاسم،

المرجع السابق، ص ٢٦، ود. مرقس، المرجع السابق، ص ١٢٣.

- القاعدة التي تفرض على المؤجر التزاماً بصيانة المكان المستأجر ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك.

- القاعدة التي تجعل نفقات عقد البيع والتسجيل، ونفقات تسليم المبيع على عاتق المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

فهذه القواعد يجوز الاتفاق على خلاف الأحكام التي تقررها. فيمكن مثلاً الاتفاق على الوفاء بالثمن في وقت لاحق لتسليم المبيع، أو الاتفاق على تحمل البائع كل النفقات المترتبة على عقد البيع أو جزء منها.

ويطلق بعض الفقه على القواعد التي يجوز الاتفاق على خلاف الأحكام التي تقررها القواعد النسبية بالمقابلة لاصطلاح القواعد المطلقة الذي اقترحه على القواعد الأمرة، ولا يعني جواز الاتفاق على خلاف أحكام القواعد المكملة أن تتحول إلى قواعد اختيارية موجهة للأفراد على سبيل النصح، وإنما هي قواعد قانونية بمعنى الكلمة لها صفة الإلزام التي تميز قواعد القانون من قواعد الأخلاق.

وتكمن جدوى القواعد القانونية المكملة في النواحي التالية:

الأولى: رغبة المشرع في جعل الأفراد يستغنون عن البحث عن المسائل التفصيلية التي تنظم علاقاتهم.

الثانية: كثيراً ما يكون الأفراد ليس لديهم خبرة ببعض المسائل القانونية، أو كثيراً ما لا ينتبهون إلى تنظيم بعض المسائل التفصيلية، أو أنه لا وقت لديهم للبحث عن مثل هذه التفصيلات، فما عليهم سوى الاتفاق على المسائل الجوهرية وترك ما عداها من مسائل تفصيلية لحكم القواعد القانونية المكملة، فالقاعدة المكملة تطبق حيث لا يوجد اتفاق من الأفراد على مسألة معينة، فمن يبرم عقد بيع مثلاً: ما عليه سوى الاتفاق على المبيع والثمن فقط، أما ما دون ذلك من بيان لمكان تسليم المبيع، وزمانه، وكيفية دفع الثمن، والتزامات البائع

بضمان الاستحقاق، أو بضمان العيوب الخفية، فكلها أمور وفرت القواعد المكملّة على الأفراد مشنقة البحث عنها.

والقواعد التكميلية خلافاً للقواعد الآمرة، لا تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية وإنما تتعلق مباشرة بمصالح الأفراد، ولذا يسمح لهؤلاء الأفراد أن يتفقوا على ما يخالف حكمها باستبعاد أحكامها إذا شأؤوا، والأخذ بأحكام غيرها يختارونها بأنفسهم لأنهم الأولى بتقدير مصالحهم وطرق تحقيقها^{٣٢}.

المطلب الثالث

معيار التفريق بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملّة أو المفسرة

يمكن التفريق بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملّة بالتعويل على أحد معيارين أو كليهما معاً: المعيار الأول، شكلي أو لفظي، والمعيار الثاني موضوعي.

أولاً - المعيار الشكلي أو اللفظي:

هو المعيار الذي ينظر فيه إلى الألفاظ التي صيغت فيها القاعدة القانونية . إذ لمعرفة القاعدة القانونية فيما إذا كانت آمرة أو تكميلية، ننظر إلى عبارة النص الذي وردت فيه، فإذا وجدنا فيها ما يشير إلى أنه من غير الجائز مخالفة الحكم الذي تنص عليه ، أو عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها، مثل (يعدّ باطلاً كل اتفاق مخالف) أو (بالرغم من كل اتفاق مخالف) كانت القاعدة آمرة.

ومن أمثلة للقواعد الآمرة في القانون السوري حسب المعيار اللفظي:

- المادة (٥٠) من القانون المدني السوري التي تنص على أنه، لا يجوز لأحد التنازل عن أهليته ولا التعديل في أحكامها .

^{٣٢} - انظر: د. هشام قاسم، المرجع السابق، ص ٢٦، ود مرقس ، المرجع السابق ،

- المادة (٥١) من القانون المدني السوري التي تنص على أنه، ليس لأحد التنازل عن حرته الشخصية.

- المادة (١٣٢) من القانون المدني السوري التي تنص على أن، التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه.

- المادة (٤٣٩) من القانون المدني السوري التي تنص على أنه، يحرم على القضاة والمحامين أن يشترخوا الحق المتنازع فيه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها.

- المادة (٢/١٤٨) من القانون المدني السوري التي تنص على أنه ، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

أما إذا وجدنا في النص عبارة ، إلا إذا اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك ، أو ما لم يكن هناك اتفاق مخالف ، أو ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك، أو ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، أو ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقض بغير ذلك، كانت القاعدة تكميلية أو مفسرة.

ومن أمثلة للقواعد المكملة في القانون السوري حسب المعيار اللفظي:

- القاعدة التي تضمنتها المادة (٣٤٠) من القانون المدني السوري التي تقضي بأن لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

- القاعدة التي تضمنها المادة (٥٣٥) من القانون المدني السوري التي تفرض على المؤجر التزام صيانة العين المؤجرة وإجراء الترميمات الضرورية في أثناء فترة الإيجار، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك.

أما إذا لم يتبين نوع القاعدة من عبارة النص ننظر إلى مدى صلة القاعدة بمصالح المجتمع الأساسية أو بمصالح الأفراد، ثم تحديد نوعها على هذا الأساس فإذا كانت تتعلق بمصالح المجتمع تكون قواعد آمرة. أما إذا تعلقت بمصالح الأفراد كانت قواعد تكميلية أو مفسرة^{٣٣}.

ثانياً - المعيار الموضوعي:

هو المعيار الذي ينظر فيه إلى مضمون القاعدة القانونية أو محتواها أو معناها.

فصياغة القاعدة القانونية قد لا تنبئ عن صفتها آمرة أو مكملة، فيلزم في هذه الحالة البحث عن معيار آخر يمكن عن طريقه التوصل إلى نوع القاعدة، وهذا المعيار هو المعيار الموضوعي، وهذا المعيار ليس حاسماً كالمعيار اللفظي أو المادي فهو تقديري مرن يساعد إلى حد بعيد على تحديد نوع القاعدة، وذلك على أساس البحث في موضوع القاعدة ذاتها ومدى اتصالها بالأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يقوم عليها المجتمع لإمكان القول بأنها قاعدة آمرة أو مكملة.

غير أنه من المستحيل وضع قائمة جامعة مانعة لكل ما هو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، لذا فقد اكتفى المشرع السوري في نطاق الالتزامات بالنص في المادة (١٣٦) من القانون المدني على أنه (إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً)، كما نص في

^{٣٣} - انظر: د. محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٦.

المادة (١٣٧) منه على أنه (إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً).

واستناداً إلى المعيار الموضوعي يذهب بعض الفقه إلى أنه، إذا كانت القاعدة القانونية تنظم موضوعاً يهم المجتمع بأسره كانت هذه القاعدة قاعدة أمر. أما إذا كانت القاعدة القانونية لا تنظم موضوعاً يهم المجتمع بأسره، وإنما تنظم موضوعاً خاصاً يهم أطراف العلاقة القانونية، كانت هذه القاعدة قاعدة مكملة.

ويعبر عن هذه الفكرة بمصطلح آخر مفاده، إذا كانت القاعدة القانونية متعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة كانت القاعدة أمر. أما إذا كانت القاعدة القانونية لا تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة فهذه القاعدة تكون قاعدة مكملة. فما المقصود بالنظام العام وما معنى الآداب العامة.

١- **النظام العام:** لم يعرف المشرع السوري- على غرار غيره من المشرعين- النظام العام ولم يحدد فكرته بل ترك ذلك للفقه والقضاء. مع ما لهذه الفكرة من أهمية كبرى في التفريق بين القواعد الأمرة والتكميلية. ونظراً لصعوبة تحديد مفهوم النظام العام أو الآداب العامة ، أو تقرير ما إذا كانت القاعدة القانونية متعلقة بهما أم لا ، فقد ترك أمر تقرير ذلك إلى قاضي الموضوع الذي يجب عليه ألا يتقيد في تقرير ذلك بمعتقداته أو مبادئه، بل بمبادئ المجتمع ومعتقداته .

فمفهوم النظام العام إذاً يتمثل فيه المصالح الأساسية للمجتمع، والقانون حين يجعل طائفة من القواعد أمرية لا يجوز لأحد مخالفتها، فهو إنما يفعل ذلك لأن هذه القواعد تهدف إلى حماية النظام العام في المجتمع، وبالتالي حماية المصالح الأساسية لهذا المجتمع.

وتتجلى المصالح الأساسية للمجتمع عادة في الأمور التي تضمن حماية الفرد في كل ما يتصل بحياته وسلامة أمنه وحرية وحماية الدولة ومؤسساتها ونظام الحكم فيها^{٣٤}. وكذلك حماية العائلة وإقامتها على أسس سليمة. وكذلك حماية بعض المصالح الاقتصادية والاجتماعية، وسن القواعد الأمره لحمايتها، كما في قواعد قانون العمل التي تنظم علاقات أصحاب العمل بالعمال.^{٣٥}

٢- الآداب العامة: هي مجموعة القواعد الخلقية الأساسية والضرورية لبقاء المجتمع سليماً من الانحلال، أي هي ذلك القدر من المبادئ التي تتبع من التقاليد، والمعتقدات الدينية، والأخلاق في المجتمع والتي يتكون منها الحد الأدنى للقيم والأخلاقيات التي يعدّ الخروج عليها انحرافاً وانحلالاً يدينه المجتمع، أي أن الآداب العامة هي التعبير الخلفي عن فكرة النظام العام. وبالتالي فإن القواعد القانونية التي تتصل بها لا يمكن أن تكون إلا أمره يمتنع على الفرد مخالفتها، لأن في مخالفتها انهياراً للكيان الأخلاقي للمجتمع، والآداب العامة بهذا المفهوم تكون جزءاً من النظام العام. وعلى غرار فكرة النظام العام، نجد فكرة الآداب العامة أيضاً غير محددة، وغير واضحة، وهي أيضاً فكرة نسبية تختلف من مجتمع لآخر، كما تختلف في داخل المجتمع الواحد باختلاف الأزمان.

وقد قضت المحاكم ببطان الاتفاقات الخاصة لمخالفتها للآداب العامة في مسائل شتى تتعلق في الغالب بالعلاقات الجنسية وبيوت الدعارة والمقامرة، فقد جرى القضاء على إبطال الاتفاقات التي تهدف إلى إقامة علاقات جنسية غير مشروعة بين رجل وامرأة مقابل مبلغ من المال. كذلك جرى القضاء على

^{٣٤} - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ١٤٣ .

^{٣٥} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٣٤.

إبطال الاتفاقات التي تعقد بخصوص أماكن الدعارة كبيعها وإيجارها، ولو كانت تلك الأماكن مرخصاً بها، إذ إن الترخيص إذا كان ينفي عن تلك الأماكن مخالفتها للنظام العام، فلا ينفي عنها مخالفتها للآداب العامة^{٣٦}.
وفكرة الآداب العامة، تتغير من دولة إلى أخرى، ومن جيل إلى جيل داخل الدولة الواحدة.

٣- سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والآداب العامة: اتخذ المشرع من فكرة النظام العام والآداب العامة معياراً موضوعياً للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة. غير أن هذه الفكرة لم يحددها المشرع فيسهل التعرف إليها، بل إن المشرع ترك أمر تحديدها للقاضي الذي تكون له في سبيل ذلك سلطة تقديرية واسعة، نظراً لعدم ثبوت مضمون هذه الفكرة وتغييرها في الزمان والمكان.

غير أن القاضي لا يملك أن يحل آراءه أو عقائده الشخصية، في هذا الصدد، محل آراء الجماعة، فلا ينبغي أن يعدّ القاضي مصلحة ما مصلحة خاصة بالجماعة أو مصلحة خاصة بالأفراد بحسب رأيه الشخصي، بل يتعين عليه أن ينظر إلى الاتجاه السائد في المجتمع والنظام القانوني الذي يحكمه، سواءً اتفق مع رأيه الشخصي أو اختلف عنه، ولذلك فإن تطبيق فكرة النظام العام والآداب العامة رغم مرونتها يعدّ عملاً قانونياً يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض .

المطلب الرابع

القوة الإلزامية للقواعد الآمرة والقواعد التكميلية

^{٣٦} - انظر: د . مرقس، المرجع السابق، ص ١٤٨ .

يجب أن لا نتوهم بأن القاعدة القانونية الأمرة هي وحدها التي تعدّ ملزمة وتحظى بتأييد الدولة، وأن القاعدة التكميلية أو المفسرة ليست ملزمة للأفراد، ولا تستطيع الدولة فرضها عليهم بالقوة عند الاقتضاء.

إن القواعد القانونية أياً كان نوعها، هي قواعد ملزمة، وهي قواعد مؤيدة بقوة الدولة وسلطانها، يمكنها فرض احترامها على الناس، ومن دون هذا الشرط لا يمكن أن تعدّ قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، بل هي تعدّ حينئذ مجرد قواعد أخلاقية أو مجاملة أو نحو ذلك.

أي أن الفرق بين القواعد الأمرة والتكميلية أو المفسرة ينحصر في أن القواعد الأمرة لا يمكن للأشخاص أن يتفقوا على خلافها في عقودهم. بينما يمكن لهم ذلك بالنسبة إلى القواعد التكميلية أو المفسرة. فإذا اتفق الأشخاص على أحكام تختلف عن الأحكام التي تتضمنها القواعد التكميلية أو المفسرة في عقودهم طبقت عليهم هذه الأحكام التي اتفقوا عليها. وإذا لم يحدث بينهم مثل هذا الاتفاق طبقت عليهم الأحكام التي تتضمنها القواعد التكميلية أو المفسرة، وعدت هذه القواعد بالنسبة إليهم حينئذ ملزمة لا يمكنهم التصل من تطبيق أحكامها، بل يرغمون على ذلك بقوة الدولة إذا اقتضى الأمر.

وقد ذهب جانب من الفقه، إلى أن القواعد المكملّة تكون اختيارية ابتداءً وملزمة انتهاءً. أي أن الأفراد عند إبرام العقد أحرار في الاتفاق على ما يخالف القاعدة التكميلية، ففي هذه الفترة تكون القاعدة اختيارية بالنسبة إليهم ولكنهم متى أبرموا عقدهم ولم يستعملوا حقهم في الاتفاق على حكم آخر يخالفها فإنها تصير ملزمة، أي تنقلب من اختيارية إلى ملزمة بمجرد عدم الاتفاق على ما يخالفها.

وقد انتقد هذا الرأي من أغلب الفقه، لأن القول بأن القاعدة المكملّة اختيارية قبل العقد وملزمة بعده يعني أن تتغير طبيعة القاعدة القانونية تبعاً

لعنصر خارج عن القاعدة ذاتها، وهو عدم اتفاق الأفراد على ما يخالفها وهو ما لا يجوز^{٣٧}.

وذهب فقهاء آخرون: إلى أنه وإن كانت جميع القواعد القانونية ملزمة فإن درجة إلزامها ليست واحدة، فالإلزام أشد في القواعد الآمرة منه في القواعد المكملّة، وهذا ما يبرر جواز مخالفة هذه الأخيرة .

وقد أخذ على هذا الرأي أن درجة الإلزام واحدة لا تتدرج فالقاعدة إما أن تكون ملزمة أو لا تكون.

وذهب فقهاء آخرون: إلى أن القاعدة القانونية المكملّة قاعدة ملزمة، وكل ما في الأمر أنها على عكس القاعدة الآمرة، لا يمكن تطبيقها إلا إذا لم يتفق الأفراد على استبعادها. بمعنى أنه إذا لم يستبعدوها أصبح ما تقرره ملزماً لهم، أما إذا اتفقوا على مخالفتها فإنها لن تطبق على علاقاتهم القانونية، فالمشرع وضع شرطاً لتطبيق القاعدة المكملّة، وهذا الشرط هو عدم وجود الاتفاق على مخالفتها، فإذا لم يتفق الأفراد على مخالفتها طبقت القاعدة وإلا فلا، وعدم تطبيقها لا يرجع إلى كونها غير ملزمة، بل يرجع إلى تخلف شرط تطبيقها.

وتكمن فائدة التمييز بين هذين النوعين من القواعد في الجزاء المترتب على مخالفة القاعدة ، فإذا كانت القاعدة أمرة فإن الجزاء قد يظهر إما في صورة بطلان للعقد ، أو تعويض ، أو حبس ، أو غرامة ، أو غيرها من صور الجزاء التي رأيناها ، فالجزاء يكون حسب طبيعة المخالفة ودرجة الضرر وآثاره . كما لو فرض المشرع الرسمية في عقد معين ، وخالف أطرافه مثل هذا الركن ، فإن العقد يقع باطلاً ، أو كمن يستولي على مال غيره بالسرقة ، فإن الحبس هو الجزاء الذي يتحمّله المخالف .

^{٣٧} - انظر: د . مرقس، المرجع السابق، ص ١٢٦ .

أما لو تعلق الأمر بقاعدة مكملة فإن المشرع أباح فيها صراحة للأفراد إمكانية مخالفتها ، ومن ثم فإنه إذ اتفق أطراف العلاقة على استبعاد ما أقره المشرع ، أمر رخص به القانون ذاته ، ولهم إتباع ما اتفقوا عليه من دون أن يرتب المشرع على هذه المخالفة أي نوع من الجزاء.

فإذا نص المشرع مثلاً في أحكام عقد البيع ، بأن الثمن ينبغي تسليمه وقت تسلم المبيع ، أو بحسب الإنفاق ، فإنه يجوز لأطراف العلاقة تأجيل مسألة الدفع إلى وقت لاحق عن تسليم المبيع.

وبناء على ما تقدم فإن فائدة التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة تكمن في أن إرادة أطراف العلاقة بشأن القواعد المكملة تتمتع بحرية استبدال القاعدة التي اقترحها المشرع بقاعدة أخرى، لأن المشرع فوض الأطراف سلطة تشريع قاعدة خاصة بهم، وهذه الحرية في مخالفة النص تزول إذا تعلق الأمر بقاعدة آمرة إذ سد المشرع بالنسبة إلى هذه القواعد كل مجال ومنفذ للمخالفة بالنظر إلى أهميتها، ومدى صلتها بالنظام العام.

المبحث الرابع

القانون والأخلاق

إذا كان القانون يهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع فليس هو وحده الذي يهدف إلى ذلك، إذ توجد إلى جواره قواعد أخرى تصبو إلى تحقيق ذات الهدف أهمها قواعد الدين، وقواعد المجاملات، وقواعد الأخلاق.

أولاً- **القواعد القانونية والأخلاقية:**قواعد الأخلاق هي قواعد سلوكية اجتماعية يعدها غالبية الناس قواعد سلوك ملزمة ينبغي على الأفراد احترامها وإلا استحقوا سخط الناس، فهذه القواعد تهدف إلى فعل الخير والوفاء بالعهود وغيرها من المثل العليا في المجتمع.

وقواعد الأخلاق هي قواعد سلوكية اجتماعية يحددها المجتمع، وقد تتأثر الأخلاق بالدين وبالتقاليد وبالمجاملات إلى حد كبير، وأحياناً قد تلتقي القواعد الأخلاقية مع القواعد القانونية، ومثال ذلك إباحة المشرع الضرب، والجرح، والقتل في سبيل حماية النفس، أو الغير أو المال وذلك في المادة (٢٢٨) من قانون العقوبات التي جاء فيها "لا يعاقب الفاعل على فعل ألجأته الضرورة إلى أن يدفع به عن نفسه، أو عن غيره، أو عن ملكه، أو ملك غيره خطراً جسيماً محدقاً لم يتسبب هو فيه قصداً شرط أن يكون الفعل متناسباً والخطر".

وتلعب القواعد الأخلاقية دوراً كبيراً في تنظيم علاقات الناس في المجتمع وتحدد سبل سيرهم وسلوكهم. ولكن التفريق بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية لم يحدد بصورة عملية واضحة إلا في العصور الحديثة، وخاصة في القرن الثامن عشر، أما في العصور السابقة فقد كان التداخل بينهما كبيراً إلى حد يصعب معه التفريق بينهما^{٣٨}.

وفي العصور القديمة كان الدين هو المسيطر بين أغلب الشعوب، وكان ما يأمر به الدين يعدّ في الوقت ذاته موافقاً للأخلاق وواجب الإلتباع من الجهة القانونية.

وفي عصرنا الحاضر هناك تداخل كبير بين القانون والأخلاق إذ إن قواعد القانون في أغلبها مستمدة من قواعد الأخلاق (فالقواعد التي تأمر بعدم السرقة هي قواعد أخلاقية وقانونية في ذات الوقت).

وقد حاول فقهاء القرن الثامن عشر وخصوصاً، توماسيوس، وكانت، وفيشت، بيان بعض الفوارق بينهما، وهي فوارق يؤدي إليها اختلاف الغاية،

^{٣٨} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٣٦.

والهدف بالنسبة إليهما^{٣٩}. وتبدو الفوارق بين القواعد القانونية والأخلاقية فيما يلي:

١ - **اختلاف القانون والأخلاق من حيث النطاق:** إن نطاق القانون في الواقع أقل سعة من نطاق الأخلاق، ذلك أن القانون إنما يهتم فقط بجزء من أفعال الإنسان وتصرفاته، وهذا الجزء يتضمن التصرفات التي تدخل في نطاق سلوكه الاجتماعي، بينما تشمل القواعد الأخلاقية بالإضافة إلى ذلك تصرفات الإنسان الخاصة التي تدخل في نطاق سلوكه الفردي حتى ولو لم يكن لها أثر على علاقاته بالآخرين^{٤٠}.

وعلى هذا توجد منطقة مشتركة بين القانون والأخلاق من حيث النطاق ٤١، وهي تلك التي تتعلق بتصرفات الإنسان في المجتمع وصلاته بالغير، كالقواعد المتعلقة باحترام حقوق الآخرين وملكياتهم ومنع ارتكاب الجرائم، فهي قواعد يفرضها القانون والأخلاق معاً.

وتوجد منطقة خاصة بالأخلاق من دون القانون، وهي التي تتعلق بسلوك الإنسان وتصرفاته الفردية التي لا تؤثر لها في صلته بالآخرين، كالحث على الصدق والشجاعة، فهي عبارة عن قواعد تفرضها الأخلاق وحدها من دون القانون، لأنها لا تؤثر في صلته بالآخرين.

^{٣٩} - انظر: عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩١، ص ١٨، ٢.

^{٤٠} - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، ص ٤٣.

^{٤١} - انظر: د. رمضان محمد أبو السعود ومحمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٢٩،

وهناك أخيراً منطقة خاصة بالقانون من دون الأخلاق، كما في القواعد المتعلقة بتنظيم المرور التي يفرضها قانون السير لتأمين النظام وتجنب الحوادث المرورية^{٤٢}.

٢ - **اختلاف القانون والأخلاق من حيث الشدة:** إذا كانت هنالك منطقة مشتركة بين القانون والأخلاق، وهي تلك التي تتعلق بتصرفات الإنسان المتصلة بحياته الاجتماعية وعلاقته بالآخرين في المجتمع، فإن القواعد القانونية قد تختلف في بعض الأحيان عن القواعد الأخلاقية في هذا المجال، من حيث الشدة. فالأخلاق تهدف دائماً إلى الإصلاح التام والكمال المطلق، بينما يحرص القانون على مراعاة اعتبارات أخرى كالمصلحة والنفع إلى جانب المثل الأخلاقية التي يحاول تحقيقها^{٤٣}.

فالأخلاق مثلاً لا ترضى أن يمتنع إنسان عن وفاء دينه مهما مر على هذا الدين من زمن دون المطالبة به من صاحبه، أما القانون فإنه يبيح للمدين أن يمتنع عن وفاء دينه بعد فترة معينة من الزمن إذا لم يطالبه به صاحبه خلال هذه الفترة، وهذا ما يسمى بالتقادم، لأنه يعدّ المصلحة تقتضي بالآ تظل المنازعات القانونية قائمة دائماً ومستمرة.

فالقانون يهدف إلى تحقيق غاية نفعية هي حفظ النظام داخل المجتمع، أما الأخلاق فهي تهدف إلى تحقيق غاية مثالية لأنها تهدف إلى الارتقاء بالسلوك الإنساني إلى المستوى النموذجي الذي ينبغي أن يكون عليه هذا السلوك، فالقاعدة القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع مستهدفة حفظ النظام والاستقرار، ومراعية في ذلك ما هو كائن بالفعل، ومتخذة من الشخص العادي

^{٤٢} - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، ص. ٥٠.

^{٤٣} - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، ص. ٤٢.

نموذجاً لها، أما قواعد الأخلاق فتهدف إلى السمو بالإنسان نحو الكمال، لذلك فهي ترسم نموذجاً للشخص الكامل على أساس ما يجب أن يكون لا على أساس ما هو كائن بالفعل.

٣ - **اختلاف القانون والأخلاق من حيث الجزاء:** الجزاء القانوني جزاء مادي، محسوس توقعه السلطة العامة، أما الجزاء الأخلاقي فجزاء معنوي يتمثل إما في تأنيب الضمير فيوقعه بذلك المرء على نفسه، وإما يتمثل في سخط الجماعة واحتقارها للمخالف فتوقعه بذلك الجماعة على من يخرج على القواعد الاجتماعية التي وضعتها الجماعة^{٤٤}.

وتتميز القواعد القانونية بأنها مؤيدة من قبل الدولة التي تستطيع فرضها بالقوة، أما القواعد الأخلاقية فإن الذي يفرضها على المرء هو ضميره ووجدانه أو الضمير العام في المجتمع ولكن من دون تدخل الدولة، فالإنسان يمتنع عن الكذب لأنه يكرهه أو خشية احتقار الناس له.

ولكن على الرغم من الفوارق بين الأخلاق والقانون فالصلة بينهما قوية جداً، ذلك أن القاعدة الأخلاقية تحاول دائماً أن تصبح قاعدة قانونية، والقواعد القانونية مستمدة في أغلبها من الأخلاق، مما يمكننا من القول، إن القانون ليس سوى الأخلاق حين ترتدي صبغة إلزامية.

ثانياً - القاعدة القانونية وقواعد الدين: يقصد بالدين مجموعة الأحكام والأوامر والنواهي التي أقرتها الشرائع السماوية المنزلة على الأنبياء والرسل بقصد تبليغها للناس للعمل بها. ويرتبط الإنسان المؤمن بربه بعلاقات روحية، وينتظم الدين عادة في قواعد من نوعين: الأولى، قواعد العبادات، والثانية قواعد المعاملات.

^{٤٤} - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، ص ٤٤ .

١-قواعد العبادات: و تتعلق هذه القواعد بعلاقات الفرد بخالقه مباشرة، وتتمثل في الشهادة، والصلاة، والزكاة، والحج، والصوم. وهذا النوع من القواعد لا تتدخل فيه قواعد القانون عن قرب وإن كانت تلمسه عن بعد، ومثل ذلك ما نص عليه الدستور السوري في المادة الخامسة والثلاثون بأن حرية الاعتقاد مصونة وتحترم الدولة جميع الأديان. و تكفل الدولة حرية القيام بجميع الشعائر الدينية على أن لا يخل ذلك بالنظام العام).

وقواعد العبادات تعدّ مجالاً شخصياً للفرد بينه وبين خالقه ولا دخل للقانون فيه، إلا بقدر ضئيل لتقريره أو لحماية الحرية الدينية للأفراد. ولكن لا شك في أن هذه القواعد الدينية تعدّ قواعد سماوية ملزمة، ويترتب على مخالفتها جزاء إلهي ينفذ في الآخرة بعد الممات.

٢-قواعد المعاملات : وهي القواعد التي تتعلق بعلاقة الفرد بغيره من الأفراد، وتختلف الديانات السماوية في هذا الشأن، أي في احتوائها على تلك القواعد. فالدين الإسلامي قد عني بقواعد العبادات وقواعد المعاملات معاً واهتم بالعلاقات ذات الصبغة المالية، كالبيع والإيجار والرهن وغير ذلك، فنظم أمور الدين والدنيا معاً.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل تتطابق قواعد القانون والقواعد الدينية في تنظيم المعاملات ؟

في الواقع إن المشرع يضع عادة تلك القواعد الدينية في اعتباره، ويطبقها بقدر الإمكان، والدليل على ذلك هو أن المشرع السوري نص في المادة الأولى من القانون المدني على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي، يتعين على القاضي الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية وهو الشأن بخصوص قانون الأسرة (الزواج ، الطلاق ، النيابة الشرعية ، الكفالة، الميراث، الوصية، الهبة، الوقف ...).

ولكن مجال المعاملات القانونية في عصرنا، مع تشعب نواحي النشاط الاجتماعي، يتسع كثيراً عن مجال المعاملات الدينية الأمر الذي تتزايد معه باستمرار مجالات المعاملات القانونية وقواعدها.

وتختلف القواعد القانونية عن القواعد الدينية من حيث الغاية والجزاء، فغاية الأحكام الدينية بالإضافة إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع تنظيم أيضاً علاقة المرء بربه، وعلاقة المرء بنفسه، كما أنه يحاسب الإنسان على نواياه المحضة، فإن كانت خيراً كتبت لصاحبها خيراً، وإن كانت شراً أخصيت عليه شراً مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنيات، ولكل امرئ ما نوى.."، أما غاية القانون نفعية لأن قواعده تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد لتحقيق المساواة والأمن بين أفراد المجتمع.

أما من حيث الجزاء فإذا كانت كل من قواعد الدين وقواعد القانون لها جزاء يوقع عند مخالفة أي منهما، إلا أن مضمون هذا الجزاء يختلف في الأولى عن الثانية. فالجزاء القانوني جزاء دنيوي - مادي - توقعه السلطة العامة، أما الجزاء الديني فهو جزاء في الآخرة مؤجل يوقعه الله سبحانه وتعالى على المخالف.

الفصل الثاني

أساس القانون

نحاول في هذا الفصل إعطاء لمحة موجزة عن أهم المذاهب والمدارس التي تولت البحث في أسس القانون وعرض آرائها ونظرياتها المختلفة، ونفرد لكل مذهب فقهي مبحثاً مستقلاً وفقاً للترتيب التالي:

المبحث الأول: المذهب الشكلي

المبحث الثاني: مذهب القانون الطبيعي

المبحث الثالث: المذهب التاريخي

المبحث الرابع: مذهب التضامن الاجتماعي

المبحث الخامس: مذهب العلم والصياغة

المبحث الأول

المذهب الشكلي

لا يبحث هذا المذهب عن الأسس الخفية التي يقوم عليها القانون والعوامل العميقة التي تؤثر في وجوده، بل ينظر فقط إلى القانون بوجهه الظاهر باعتباره مجموعة قواعد تقرها السلطة العامة^{٤٥}، أو الدولة فتعالجها على هذا الأساس من دون أن تحاول التغلغل إلى ما وراء هذه القواعد للبحث في أسباب نشوء تلك القواعد وعواملها على النحو الذي نشأت عليه^{٤٦}.

ووفقاً لهذا المذهب فإن القواعد القانونية هي القواعد التي تتبناها الدولة فعلاً وتفرضها، وتسمى بالقواعد القانونية الوضعية، وإذا أراد الباحث أن يبحث بها فعليه أن يبحث من دون أن يتعدّها إلى ما وراءها.

وهذه القواعد جاءت موافقة لإرادة المشرع الممثلة لإرادة الدولة، فالدولة هي المصدر الحقيقي للقواعد القانونية وهي أساسها الأول، وكل ما تعدّه الدولة من زمرة القانون يدخل في نطاقه، فالقانون هو مشيئة الهيئة الحاكمة أو الدولة، ولا حاجة للبحث عن أسس أخرى فيما عدا هذه المشيئة. وأهم فلاسفة هذا المذهب^{٤٧} الفقيه الإنكليزي أوستن الذي يستمد مذهبه من نظريات الفيلسوف هوبز، وكذلك الفقيه النمساوي كيلسن، والفقيه الألماني هيجل^{٤٨}.

وعلى الرغم من أن المذهب الشكلي قد تضمن نصيباً من الصحة، ولكنه في ذات الوقت يمكن أن يعدّ خطيراً نوعاً ما، وغير كاف لتفسير أسس القانون من جهة ثانية.

^{٤٥} أو مذهب الشرح على المتون انظر، لتفاصيل أكثر، د مرقس، المرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها

^{٤٦} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٤٩ .

^{٤٧} - انظر: د. عبد الرزاق السنهوري واحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٢٤.

^{٤٨} - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، ص ٥٢٢ .

فالمذهب الشكلي محق في عده القانون مرتبطاً بالدولة وامتصلاً بها كل الصلة ويعدّ من زمرة القانون كل ما تعدّه الدولة كذلك وخارجاً عنها كل ما لا ترضى الدولة أن تعدّه كذلك، فتنبّي الدولة للقواعد القانونية أو إقرارها إياها هو المعيار الأكيد المباشر الذي يدلنا على صحة هذه القاعدة.

ويعدّ المذهب الشكلي خطراً لأن المغالاة في الأخذ به قد يؤدي إلى تسويغ استبداد الدولة وسيطرتها المطلقة، فإذا كان القانون هو مشيئة الدولة فقط فلا مجال بعدئذ إلى الشك في قيمة هذا القانون ومناقشته ما دام قد صدر عن الدولة ذات السلطان المطلق. إذ إن الدولة بحسب هذا المذهب - وخاصة المتطرفة منها كالمذهب الألماني - هي كل شيء وكل ما يصدر عنها من قواعد قانونية لا سبيل إلى الطعن فيه وهذا يؤدي أحياناً إلى تسويغ بعض القواعد الصادرة عن الدولة التي قد لا تحقق العدل تماماً أو لا تحقق المصلحة العامة^{٤٩}.

ويعدّ المذهب الشكلي غير كاف لتفسير أسس القانون، وذلك لتوقفه حين البحث عن هذه الأسس عند إرادة الدولة فقط، وعدها إياها الأساس الوحيد الذي يبنى عليه هذا القانون من دون أن تحاول التعمق إلى ما وراءها والبحث عن العوامل الحقيقية التي تؤدي إلى نشوء القانون، والأسس البعيدة التي يبنى عليها.

فإذا كانت الدولة هي الأساس المباشر الذي يبنى عليه القانون، فمن المهم معرفة الاعتبارات والعوامل التي تؤثر في إرادة الدولة ذاتها حين انتقائها للقواعد القانونية، لأن الدولة لا تضع هذه القواعد اعتباطاً، وإنما تقيّمها على أسس ترتكز إليها وتسوغها.

^{٤٩} - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٥١٥.

ومن هنا يتبين لنا عدم إمكان الاكتفاء بالمذهب الشكلي، وضرورة البحث فيما وراء إرادة الدولة عن الأسس العميقة التي يبنى عليها القانون.

المبحث الثاني

مذهب القانون الطبيعي

يعدّ هذا المذهب من أهم المذاهب التي وجدت للبحث في أساس القانون، فقد عدّ القانون المدني السوري القانون الطبيعي مصدراً أخيراً للقانون يلجأ إليه القاضي للحكم بموجبه حين فقدان المصادر الأخرى، وبالتالي فإن لمبادئ القانون الطبيعي فائدة عملية خاصة من حيث إمكان تطبيقها مباشرة من قبل القاضي، بالإضافة إلى فائدتها الأصلية باعتبارها أسساً مثالية ترتكز عليها القواعد القانونية الوضعية.

ويرجع تاريخ هذا المذهب إلى عهد بعيد ، فقد عرفه اليونان والرومان، وعرفه القانون الكنسي في القرون الوسطى، ولكنه اكتسب شكله العلمي في القرن السابع عشر وقد أخذ به عدد كبير من الفقهاء والفلاسفة وعلى رأسهم الفقيه الهولندي جروثيوس ، والألماني بيفندروف ، كما يعدّ من أنصاره روسو ومونتسكيو وكانت^{٥٠}.

ومما زاد في أهمية هذا المذهب وانتشاره أن الثورة الفرنسية قد تبنته، وأخذت به في مبادئها، ويمكن تلخيص المبادئ التي قام عليها هذا المذهب في النقاط التالية^{٥١} :

^{٥٠} - انظر: د. عبد الرزاق السنهوري و احمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٤٥ .
د ،مرقس،المرجع السابق،ص٤٥١ وما بعدها .

^{٥١} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص٥٣، ود . مرقس، المرجع السابق، ص

-يعتقد أصحاب هذا المذهب بأنه توجد إلى جانب القواعد القانونية الوضعية المطبقة فعلاً قواعد مثالية عادلة تسمو على القواعد الوضعية، وتفرضها طبيعة الأشياء ذاتها بالنسبة إلى علاقة البشر فيما بينهم، ومن هنا سمي هذا المذهب بمذهب القانون الطبيعي.

-قواعد القانون الطبيعي التي تفرضها الطبيعة ذاتها إنما يدلنا عليها ويكتشفها العقل السليم.

- قواعد القانون الطبيعي هي قواعد مطلقة ثابتة لا تتغير ولا تزول، فهي عامة بالنسبة إلى جميع الشعوب وواحدة بالنسبة إلى جميع الأزمنة.

-قواعد القانون الطبيعي هي التي يجب أن تفرض نفسها وتهيمن على القواعد الوضعية، فهي الأساس الذي يجب أن تستند إليه القواعد الوضعية ، وعليها ألا تخالف مبادئ القانون الطبيعي وتحرص على تطبيقها.

وتعدّ من مبادئ القانون الطبيعي وقواعده: احترام الحرية، والملكية، والسلامة الإنسانية، واحترام العهود والمواثيق والوفاء بها، والحكم بتعويض عادل عن الأضرار التي يلحقها شخص بآخر من دون حق. فهذه الأمور تعدّ طبيعية لأن العقل يرشدنا إليها حتى ولو لم تنص عليها القواعد القانونية الوضعية.

ويؤمن أصحاب مذهب القانون الطبيعي بأن هناك حقوقاً أساسية فطرية للإنسان يستمدّها من طبيعته ذاتها بوصفه إنساناً أهمها الحق في الحرية الذي تعدّه حقاً مقدساً لا يجوز النيل منه أو التجاوز عليه حتى من قبل الدولة نفسها. وبالتالي فإن هناك صلة قوية تربط بين مذهب القانون الطبيعي والمذهب الفردي الذي يدعو أيضاً إلى تقديس الحرية.

ويمتاز مذهب القانون الطبيعي بأنه كان ذا طابع إنساني أو مثالي، وقد ساعد كثيراً على مقاومة الطغيان والاستبداد.

ومذهب القانون الطبيعي على نقيض المذهب الشكلي، يعدّ أن هنالك مبادئ وقواعد عادلة تفرضها طبيعة الأشياء ويكتشفها العقل السليم ولا تتغير من زمان إلى آخر ولا من مكان إلى آخر وقد حاول أصحاب هذا المذهب أن يجعلوا من فكرة العدالة مثلاً أعلى منفصلاً عن إرادة الدولة لا منبعثاً عنها، بل حاولوا أن يحدوا من إرادة الدولة ذاتها ومن سلطانها إذ يجب على السلطة التشريعية أن تستلهم في قواعد القانون التي تضعها مبادئ القانون الطبيعي المثالية العادلة وألا تخالفها في حال من الأحوال^{٥٢}.

ويؤخذ على مذهب القانون الطبيعي أن الاعتقاد بوجود مبادئ مثالية مطلقة ثابتة لا تتغير من زمان إلى آخر، ولا من مكان إلى آخر، هو أمر فيه الكثير من الإغراق في التفاؤل والبعد عن الواقع. إذ إن الواقع يدلنا على أن هذه المبادئ نسبية لا مطلقة، فما نعدّه قانوناً طبيعياً في عصر من العصور، أو بالنسبة إلى شعب من الشعوب قد لا يعدّ كذلك في عصر آخر أو بالنسبة إلى شعب آخر.

فنظام الرق مثلاً الذي يعدّ اليوم من أشد الأنظمة مخالفة لمبادئ القانون الطبيعي قد ساد زمناً طويلاً بالنسبة إلى أغلب شعوب العالم من دون أن يستتكره العقل البشري آنذاك أو يأباه، وفي الواقع فإن مبادئ القانون الطبيعي هي أقرب ما تكون في الواقع إلى معتقداتنا وآرائنا الشخصية التي نؤمن بها منها إلى مثل عليا ثابتة لا تتغير.

^{٥٢} - انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٠٣.

وقد أدت الانتقادات التي وجهت إلى مذهب القانون الطبيعي إلى تطويره من قبل فقهاءه إلى مذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير والذي يعدّ أكبر مؤسسيه الفيلسوف الألماني ستاملر.

وقد حاول أصحاب مذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير أن يبقوا على فكرة وجود القانون الطبيعي ولكن من دون أن يعدوا المبادئ التي يتضمنها هي بمنزلة مبادئ ثابتة مطلقة، بل اعترفوا بنسبية هذه المبادئ وإمكانية تطورها^{٥٣}.

ولكن هذا التطوير الذي طرأ على المذهب كاد أن يبعبه عن هدفه الأصلي الذي يرمي إليه وأن يفقده الكثير من أهميته، إذ إن هدف أصحاب المذهب هو إقامة أسس ثابتة ومبادئ مثالية مطلقة للقواعد القانونية الوضعية.

ومهما يكن من أمر هذه الانتقادات فإن مذهب القانون الطبيعي يرجع له الفضل الأكبر في أنه نبه الأذهان إلى ضرورة التمسك بمبادئ مثلى تخضع لها القواعد القانونية الوضعية، وهذه المبادئ والمثل إنما تدور كلها حول فكرة العدالة ذاتها وتنصهر فيها^{٥٤}.

المبحث الثالث

المذهب التاريخي

يرجع الفضل في التنبيه إلى هذا المذهب إلى الفقيه الفرنسي مونتسكيو في كتابه الشهير روح القوانين، وقد جاء هذا المذهب كرد فعل على مذهب

^{٥٣} - انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٠٤. ود، مرقس، المرجع السابق، ص ٥٥.

^{٥٤} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٥٦.

القانون الطبيعي التي تبنته الثورة الفرنسية، ولحركة التشريع الواسعة التي أخذت بالتزايد والانتشار في ذلك الوقت^{٥٥}. وقد اشتهر هذا المذهب بداية القرن التاسع عشر وأخذ به بعض الفقهاء الألمان منهم سافيني الذي أوضح مبادئه في رسالة شهيرة رد فيها على الفقيه تيبو الذي كان يدعو إلى تبني قانون مدني ألماني شبيه بالقانون المدني الفرنسي.

ويذهب أنصار هذا المذهب الفقهي إلى القول: أن القانون هو من صنع الزمن ويتطور وفقاً لتطور المجتمع وحاجاته، وإنه لا توجد قواعد ثابتة عامة بالنسبة إلى جميع الشعوب وجميع العصور، وإنما هنالك نظم قانونية مختلفة خاصة بكل أمة من الأمم، وهذا القانون يتصل بتاريخها وماضيها ويتطور معها كما تتطور اللغة والتقاليد وسائر العلاقات الاجتماعية^{٥٦}.

ولا يؤمن فقهاء المذهب التاريخي بوجود قواعد وأسس ثابتة يدل عليها العقل ويرتكز إليها القانون الوضعي، بل يروا بأن القانون ينشأ عفويًا بفعل القوى الداخلية الكامنة في المجتمع، إذ إن الشعب هو من ينشئ قواعد القانونية تبعاً لحاجاته^{٥٧}.

ويمتاز المذهب التاريخي بأنه بين أثر المجتمع في تكوين النظم القانونية وتطورها، ومدى اختلاف هذه النظم باختلاف الأزمنة. وقد وجهت لهذا المذهب انتقادات عديدة أهمها^{٥٨}:

^{٥٥} - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٥٣٤ .

^{٥٦} - انظر: د. عبد الرزاق السنهوري و احمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص. ٥ .

^{٥٧} - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٥٣٦ .

^{٥٨} - انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١١٣ .

١- يذهب فقهاء المذهب التاريخي إلى أن النظم القانونية تنشأ وتتطور بصورة عفوية بفعل القوى الداخلية الكامنة في المجتمع، وفي هذا الادعاء إنكار لأثر الإرادة الإنسانية الواعية في إنشاء هذه النظم وتطورها.

غير أنه وكما يذهب الفقيه ايهرنج إن التطور لا يتم دائماً من تلقاء نفسه، ولكن بعد صراع عنيف سعياً وراء غاية مرسومة، كما أن أغلب المبادئ القانونية السائدة في عصرنا كإلغاء الرق مثلاً لم يتم اكتسابها عفويًا، ولكن بعد صراع عنيف ومرير من أجلها، فالإنسان له دوراً إيجابياً وفعال في إيجاد القانون وتطوره^{٥٩}.

٢- كما يذهب أنصار المذهب التاريخي إلى أن أهم مصدر للقواعد القانونية هو العرف الذي يتبع المجتمع في تطوره ويخضع له، وهو ينظر نظرة المرتاب إلى التشريع، لأنه بإقراره قواعد ثابتة يحد من التطور الطبيعي للقانون، ويعيق تقدمه، كما يذهب إلى أن دور التشريع يجب أن لا يتعدى إقرار ما تقضي به الأعراف وتبنيه.

ويمكن الرد على هذا القول بأن اعتبار التشريع معيق لتطور القانون فيه الكثير من المغالاة خاصة في الوقت الحاضر إذ أصبح من السهل إصدار التشريعات المختلفة في شتى المناسبات ووفقاً لتطور الحاجات الاجتماعية، كما أنه من الخطأ القول: أن التشريع يجب أن يقتصر فقط على إقرار الأعراف وتبنيها، إذ كثيراً ما نجد أن التشريع يأتي ليعدّل في هذه الأعراف أو ليلغيها إذا وجد أنها لم تعدّ تتناسب مع مصلحة المجتمع^{٦٠}.

^{٥٩} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٥٨ .

^{٦٠} - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، ص ٥٣٧ .

٣- كما يذهب أنصار المذهب التاريخي إلى أن لكل أمة نظاماً قانونياً خاصاً بها يخضع لمؤثراتها الداخلية، وهو الذي بلائمها وفيها بحاجاتها، وهو في الوقت ذاته يحاول حصر النظم القانونية السائدة في نطاقه المحدود الذي نشأ فيه، وينفي إمكانية اقتباس الأمم بعضها من بعض بالنسبة إلى هذه النظم.

ويمكن الرد على هذا الكلام بأنه : إذا كانت النظم القانونية تتأثر بالبيئة فإن هذا التأثير ليس كبيراً إلى الحد الذي يصعب معه كل تقارب أو اقتباس بينها، بل إن التجارب قد أثبتت أنه من الممكن في كثير من الأحيان أن تتبنى أمة من الأمم قوانين أمة غيرها وأن تطبقها لديها وتستفيد مما تتضمنه من مبادئ وقواعد، كما فعلت معظم البلاد العربية عندما استمدت التشريعات المدنية والتجارية والجزائية الحديثة من التشريعات الأجنبية خاصة من القانون الفرنسي^{٦١}.

المبحث الرابع

مذهب التضامن الاجتماعي

^{٦١} - انظر: د. هشام القاسم ، المرجع السابق، ص ٥٩ .

رائد هذا المذهب الفقيه الفرنسي ديجي الذي يعدّ من أنصار المدرسة الوضعية العلمية التي يتزعمها الفيلسوف أوغست كونت.

وقد حاول أنصار هذا المذهب أن يتبنوا في دراسة العلوم الاجتماعية ومن بينها علم القانون الطريقة العلمية المتبعة في دراسة العلوم الطبيعية القائمة على الملاحظة والتجربة، وقد حاول ديجي في دراسته للعوامل التي تؤدي إلى نشوء القواعد القانونية وتطورها أن يتوصل إلى تقرير بعض الحقائق العلمية الملموسة ليستنتج منها نظريته عن التضامن الاجتماعي^{٦٢}.

والحقائق الأولية التي بنى الفقيه ديجي عليها مذهبه عن التضامن الاجتماعي هي وجود مجتمع بشري لا يمكن للإنسان أن يعيش منعزلاً عنه من جهة، ووجود تضامن بين أفراد المجتمع الواحد تفرضه عليهم طبيعة الحياة المشتركة من جهة ثانية. وهذا التضامن بحسب رأي ديجي هو على نوعين، تضامن بسبب التقسيم في العمل، وتضامن بسبب التشابه في الحاجات. إذ إن تشابه حاجات الناس وتعدّها وتوزيع العمل فيما بينهم لتأمين الحاجات التي لا يستطيع كل منهم أن يؤمنها بمفرده هما السبب في تعاونهم على العيش المشترك وتضامنهم الذي يفرضه عليهم نمط حياتهم وطبيعتها^{٦٣}.

وقد توصل ديجي إلى نتيجة مفادها أن القواعد القانونية توجد وتتطور لتحقيق التضامن الاجتماعي في أحسن صورته، وكل ما من شأنه تحسين هذا التضامن يجب أن تتبناه القواعد القانونية الوضعية وتأمريه، وفكرة التضامن الاجتماعي هي الأساس الصحيح الذي يجب أن تبنى عليه القواعد القانونية، ووفق هذا المذهب فإنه لكي نتبين مدى ملائمة قاعدة من القواعد لفكرة

^{٦٢} - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٥٣٩. ود هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٦.

^{٦٣} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٦.

التضامن الاجتماعي، أو مخالفتها إياها يتعين علينا أن نبحث في ضمير أفراد المجتمع الذي توضع من أجله هذه القاعدة، فإذا تأكد لدينا شعور هؤلاء الأفراد بضرورتها لدعم التضامن الاجتماعي عدّناها قاعدة قانونية واجبة التطبيق والاحترام^{٦٤}.

وبمقارنة مذهب التضامن الاجتماعي بمذهب القانون الطبيعي، نجد أن هناك اختلافاً بينهما إذ إن نظرية القانون الطبيعي تؤمن بوجود مبادئ وقواعد طبيعية ثابتة أهمها الحقوق الفطرية الفردية للإنسان مثل الحرية والملكية التي من الواجب تقديسها والمحافظة عليها، أما في نظرية التضامن الاجتماعي فإن الحقوق الفردية كسائر الحقوق التي تقرها القاعدة القانونية لا يمكن أن تبنى على مبادئ القانون الطبيعي التي هي عبارة عن مبادئ مفترضة، ولا تقوم على أساس علمي، وإنما تبنى على فكرة التضامن الاجتماعي التي هي عبارة عن حقيقة واقعة يؤكد البحث العلمي وجودها.

ويرجع الفضل للفقهاء الديجي، بإظهار أهمية اللجوء إلى الطريقة العلمية في دراسة الوقائع والظواهر القانونية، والكشف عن أسباب نشوئها وتطورها من جهة، وجعله فكرة التضامن الاجتماعي الغاية الأساسية التي يجب أن تستند إليها القاعدة القانونية الوضعية وتسعى إلى تحقيقها^{٦٥}.

ويصلح مذهب الفقهاء الديجي أن يكون مستنداً قوياً تعتمده المذاهب الاشتراكية، وقد وجهت لهذا المذهب عدة انتقادات أهمها^{٦٦}:

^{٦٤} - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص. ٥٤.

^{٦٥} - انظر: د. عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٥٩.

^{٦٦} - انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٢١.

١- إن اقتصار مذهب التضامن الاجتماعي على طريقة العلوم الطبيعية في دراسة الظواهر الاجتماعية فيه الكثير من المغالاة، إذ إن العلوم الطبيعية تدرس ما هو كائن، أما العلوم الاجتماعية ومنها علم القانون تدرس ما هو كائن أيضاً، وإنما لا نكتفي في دراستنا لعلم القانون بإظهار القواعد التي تحكم علاقات الأفراد في المجتمع، ولكننا نرمي أيضاً إلى تحديد القواعد التي يجب أن تسود هذا المجتمع، وإلى جانب معرفة الوقائع التي يدلنا عليها العلم لا بد لنا من التمسك بمثل عليا يرشدنا إليه العقل^{٦٧}.

ولا ينكر الفقيه ديجي وجود مثل هذه المثل لكنه لا يفترض هذه المثل افتراضاً مبنياً على العقل، وإنما يستنتجها استنتاجاً بالطريقة العلمية التي تقوم على ملاحظة الوقائع وتفسيرها، والمثل التي تدل عليه هذه الوقائع هو التضامن الاجتماعي.

٢- إن الحقائق التي يحاول أن يثبتها ديجي بالطريقة العلمية، وبالرغم من صحتها، ليست هي كل شيء تدلنا عليه ملاحظة الوقائع الاجتماعية، إذ إنه على الرغم من كون الإنسان كائناً اجتماعياً لا يستطيع أن يعيش منعزلاً عن مجتمعه، إلا أنه يحتفظ بشيء من الكيان الذاتي والشخصية المستقلة، وعلى الرغم من قوة عامل التضامن الاجتماعي، فهو ليس الوحيد بالنسبة إليهم، بل تقوم إلى جانبه عوامل التنافس وتنازع البقاء مثلاً، وإذا كان ديجي قد اختار عامل التضامن ليبنى عليه نظريته فهو لم يقم بذلك استناداً إلى دراسة الواقع فحسب لأن الوقائع تكشف لنا عن عوامل أخرى غيره، وهو يثبت بهذا أنه لا يستطيع أن

^{٦٧} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٦٢. ود مرقس، المرجع السابق،

يستغني عن استلهاام العقل إضافة إلى دراسة الواقع ، وفيما بعد كان ديجي قد أضاف إلى فكرة التضامن الاجتماعي فكرة العدالة^{٦٨}.

٣- إن اعتماد ديجي على معرفة شعور الأفراد إزاء مائة القاعدة القانونية لفكرة التضامن الاجتماعي تعرض للنقد خاصة من الفقيه البلجيكي (دابان) الذي يرى عدم ثبوت اتجاهات الشعور الشعبي، وعدم تميزها، ففي كثير من الأحيان يكون الشعور الشعبي ليس له رأي معين تجاه بعض الأمور القانونية، وإذا وجد فقد تكون اتجاهات متعارضة لا يمكن استجلاء مفهوم واضح منها.

المبحث الخامس

^{٦٨} - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٥٤٣ .

مذهب العلم والصياغة

حاول بعض فقهاء القرن العشرين وفي طليعتهم الفقيه جيني استخلاص النقاط الصحيحة التي نادى بها كل مذهب من المذاهب السابق عرضها وقد قام بجمعها في مذهب أطلق عليه اسم مذهب العلم والصياغة ، ويرى الفقيه جيني أن علم القانون هو علم معقد، وهو علم يقوم على عنصرين رئيسين هما: عنصر العلم وعنصر الصياغة^{٦٩}.

فعنصر العلم يقدم لنا الحقائق التي تصلح أن تكون أساساً لاختيار القواعد القانونية الملائمة، أما عنصر الصياغة فيتيح لنا صياغة القواعد القانونية بشكل معين يجعلها صالحة للتطبيق العملي.

ويذهب جيني للقول: إن عنصر العلم يتضمن أربع حقائق مستمدة من المذاهب المعروفة في تحديد أسس القانون، إذ تعدّ هذه الحقائق بمنزلة عوامل تؤثر في تكوين القواعد القانونية وهذه الحقائق هي، الحقائق الواقعية، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقلية، والحقائق المثالية.

وتتضمن الحقائق الواقعية الظروف (المادية، الطبيعية، المعنوية) التي تحيط بنا كالأحوال الفيزيولوجية، والاقتصادية، والاجتماعية، والدينية، وهي أمور يجب مراعاتها حين وضع قاعدة قانونية.

أما الحقائق التاريخية فتتضمن التطورات التي مرت بها القواعد والمؤسسات القانونية.

وتتضمن الحقائق العقلية المبادئ التي يوحى لنا بها العقل، ويدلنا على صحتها.

^{٦٩} - انظر: د ، مرقس، المرجع السابق، ص ٥٥٣ .

أما الحقائق المثالية فهي الأهداف التي يطمح إليها كل مجتمع، ويعمل على تحقيقها.

فمثلاً أحكام الزواج يدفعنا عامل الواقعية فيها إلى أن نأخذ بنظر الاعتبار فيها بعض الأمور الفيزيولوجية كاختلاف تركيب بنية الرجل والمرأة، واشتراط البلوغ وما إلى ذلك.

ويدفعنا عامل الحقائق التاريخية فيها إلى دراسة التطور التاريخي للعائلة، ومعرفة المراحل التي مرت بها حتى اكتسبت صورتها الحالية.

وعامل الحقائق العقلية يدفعنا إلى الاستدلال عن طريق العقل بأن الزواج يجب أن يكون طريقة لإنشاء أسرة، وإيجاد الاستقرار.

أما عامل الحقائق المثالية فيدفعنا إلى استجلاء الأهداف البعيدة التي يرمي إليها المجتمع الذي توضع لأجله القواعد القانونية.

ومن خلال دراسة طريقة جيني في وضع مذهبه نستنتج أنه قد استمد عامل الحقائق الواقعية من المدرسة الوضعية العلمية، واستمد عامل الحقائق التاريخية من المدرسة التاريخية، واستمد عامل الحقائق العلمية من مدرسة القانون الطبيعي، واستمد عامل الحقائق المثالية من مذهب إيهرنج^{٧٠}.

ويمتاز مذهب الفقيه جيني باعتداله وعدم مغالاته، ومحاولة الاستفادة من وجهات نظر من سبقه من المذاهب وقد استطاع جيني أن يتحرر من خطأ من سبقه (الذين تبينوا عاملاً واحداً من هذه العوامل وأغفلوا بقية العوامل)^{٧١}.

٧٠ - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٦٦، ود. مرقس، المرجع السابق، ص ٥٥٥، ٥٥٦.

٧١ - انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ١٣٢.

وقد وَّجه نقد لمذهب الفقيه جيني ، إذ أخذ عليه الفقيه روبيه بأنه جمع تحت لواء العلم عدداً من الحقائق التي لا تتدرج جميعها تحته، فالحقائق الواقعية والتاريخية صحيح أنها من قبل الحقائق العلمية والحقائق المثالية والعقلية إلا أنها أقرب إلى السياسة القانونية التي تعتمد العقل أكثر من الحقائق العلمية^{٧٢}.

^{٧٢} - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٥٥٨ و ٥٥٩.

الفصل الثالث أقسام القانون

يقسم الفقهاء القانون إلى فرعين أساسيين: القانون العام والقانون الخاص. وهذان الفرعان ينطبقان على القانون الداخلي (الوطني)، وعلى القانون الدولي، والقانون الدولي يُقسم بدوره إلى قانون دولي عام، وقانون دولي خاص.

وإن معيار التفريق لديهم كان مناطه أن كل ما يتعلق بتنظيم الشيء العام وتحقيق المصلحة العامة للمجتمع يعدّ من قبيل القانون العام، أما القواعد التي تتعلق بتنظيم معاملات الأفراد ومصالحهم فهي من قبيل القانون الخاص. ولكن إلى يومنا هذا لا يزال الجدل قائماً حول معيار تقسيم القانون إلى عام وخاص، غير أن معظم الفقهاء متفقون على هذا التقسيم. ومع ذلك فأحياناً تكون قواعد القانون منظمة لعلاقات بين الأفراد والدولة باعتبارها شخصاً اعتبارياً يسعى لتحقيق مصلحة خاصة باعتباره فرداً عادياً. (مثلاً: بيع أملاك الدولة، تأجير عقاراتها)، ففي هذه الحالات لا تمارس الدولة سلطتها لتحقيق مصلحة عامة، بل تتعامل مع الأفراد لتحقيق مصلحة خاصة.

ونستخلص من هذا أن القانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات، أي كان نوعها، كلما كانت الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة. أما القانون الخاص، فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات أي كان نوعها فيما بين الأفراد، أو فيما بين الأفراد والدولة باعتبارها شخصاً اعتبارياً لا يمارس سيادة ولا سلطة.

المبحث الأول

فروع القانون العام

يتضمن القانون العام فروعاً عدة أهمها، القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون المالي، القانون الجنائي، القانون الدولي، ونعرض لهذه الفروع وفق الآتي:

- **القانون الدستوري**: هو مجموعة القواعد التي تعرّف نظام الدولة السياسي (جمهوري، ملكي) وتنظم هيكلية مؤسسات الدولة (رئاسة الدولة، الحكومة،

المجالس التمثيلية أو النيابية)، وتتبع هذا القانون مجموعة القواعد الناظمة لحقوق المواطنين السياسية (الانتخاب والترشيح والظعن بالنتائج أمام الهيئة القضائية المختصة).

- **القانون المالي:** وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المالية العامة للدولة، وميزانيتها السنوية حيث تحدد فيها مسبقاً في بداية العام، مصادر إيرادات الخزينة العامة (ضرائب، رسوم...) وعلى جانب آخر تبين مصروفاتها، وما يتعلق بها من موارد ونفقات، وينظم هذا القانون كيفية حصول الدولة على هذه الموارد عن طريق الرسوم والضرائب المفروضة على الأفراد والمؤسسات بكل فروعها.

- **قانون العقوبات:** أو القانون الجنائي هو مجموعة القواعد التي تحدد الأفعال التي جرمها المشرع، والعقوبات والتدابير المقررة لها. وكذلك قواعد ملاحقة المجرم، والتحقيق معه، ومحاكمته، وتنفيذ العقاب فيه.

ويختلف الفقهاء حول تصنيف القانون الجنائي ما بين عام وخاص. فبعض الفقه يضعه في مصاف القانون العام نظراً إلى أن العقوبات تفرضها الدولة فقط. بينما يضع البعض الآخر من الفقه هذا القانون ضمن الحقوق الخاصة نظراً إلى أن العقوبات والتجريم تنطبق فقط على الأشخاص الخاصة من طبيعيين واعتباريين من دون أشخاص القانون العام.

- **قانون أصول المحاكمات الجنائية (أو الجزائية):** وهو مجموعة القواعد القانونية التي يجب إتباعها من أجل القيام بإثبات الجرائم والبحث عن مرتكبيها، والمتابعات والملاحقات القضائية، والتحقيق في القضايا والحكم فيها. وهو القانون الذي ينظم كيفية البدء بالدعوى العامة وطرق التحقيق الشرطي والقضائي لمعرفة الجناة واتهامهم، وضمان حقوق الدفاع عن المتهمين بكل مراحل التحقيق والحكم.

- **القانون الإداري** : وهو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد مع الإدارات العامة من خلال استخدام المرافق العامة، وإنشاء العقود الإدارية، ووضع أسس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (القضاء الإداري)، وإرساخ قواعد العمل لدى الإدارة العامة وغيرها من العلاقات.
- **القانون الدولي العام** : هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول فيما بينها في السلم والحرب، وكذلك علاقات الدول بالمنظمات والهيئات الدولية.

المبحث الثاني

فروع القانون الخاص

القانون الخاص، هو مجموعة القواعد القانونية النازمة لعلاقات الأفراد من أشخاص طبيعيين واعتباريين مع بعضهم البعض. أو بين الأفراد والدولة عندما تتصرف باعتبارها شخصاً عادياً لا صاحب سيادة وسلطان، ويحتوي القانون الخاص على فروع عدة نجملها بالآتية:

- **القانون المدني** : هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد الأساسية (اسم، عنوان، أهلية، جنسية) والمدنية (التزامات، عقود، مسؤولية مدنية).

وفي بعض القوانين ولاسيما الغربية منها يتسع هذا القانون ليشمل الحقوق العائلية للفرد من زواج وطلاق ونسب وتبني ونظام الزوجية المالي، بينما تعدّ هذه الحقوق في الدول العربية والإسلامية من ضمن قانون الأحوال الشخصية.

- **القانون التجاري**: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأشخاص التجارية من خلال تنظيم العمل التجاري والتجار ووسائل الدفع (شيك، سفتجة أو كميالة، بطاقة مصرفية، حوالات، سندات تجارية) والشركات التجارية بأنواعها (إنشائها، إدارتها، تنظيم تفليسيها).

وينظم القانون التجاري البحري العلاقات التجارية الناشئة عن التجارة البحرية، وتتضمن تلك القواعد الحقوق، والعقود، والبيع، والرهن، والبناء، والتأجير، وما ينشأ عن ذلك النشاط من نقل (البضائع ، الأشخاص)، والتأمين على السفينة وحمولتها، كما تنظم علاقة مالك السفينة بربانها وملاحها. وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من النقل يهتم بنقل البضائع أكثر من الأشخاص.

أما القانون التجاري الجوي فينظم العلاقات التجارية الناشئة عن التجارة الجوية. وتتضمن ملكية الطائرة، وتجهيزها، واستغلالها، ورهنها، والتأمين عليها، وكذلك كيفية وشروط نقل الأشخاص والأمتعة والبضائع، وبيان مسؤولية الناقل الجوي.

- **قانون العمل**: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين أصحاب العمل والعمال. فهو ينظم عقود العمل والرواتب والمنازعات، والتسريح،

والتعويضات، والتأمين على العامل في حوادث العمل والأمراض الناجمة عنه. وتأتي صعوبة تصنيف هذا القانون ضمن القانون العام أو الخاص من خلال انقسام الفقهاء أنفسهم. فالبعض يلاحظ أن مصدر تشريع العمل لم يأت إلا بفضل تدخل الدولة، وبفرضها لهذا القانون على أصحاب العمل من أجل حماية الطبقة العاملة، خصوصاً في مجال تحسين الرواتب، والتأمين الاجتماعي، والتقاعد للعمال، وتخفيض حرية التعاقد المعروفة في القانون المدني لصالح التوازن العقدي (حماية العامل باعتباره طرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية). من أجل كل هذه الأسباب يرى بعض الفقهاء أن قانون العمل يتبع للقانون العام. بينما يعارض فقهاء آخرون هذه النظرية ويرون أن قانون العمل، ورغم تدخل الدولة القوي، يخضع للقانون الخاص وذلك لعدة أسباب أهمها:

- ١- إن قانون العمل يخص مجموعة العلاقات بين أشخاص القانون الخاص (عمال وأصحاب عمل ممثلين عن طريق الشركات التجارية والصناعية).
- ٢- إن القضاء المختص للفصل في المنازعات بينهم هو القضاء العادي (المحاكم المدنية)، وليس القضاء الإداري (إلا في بعض الاستثناءات).
- ٣- إن عقود العمل هي عقود مشتقة من العقود المدنية ذاتها وتتضمن التقاء بين التزامات شخصين حريين متعادلين، وهذا بعيد كل البعد عن العقود الإدارية حيث يفرض الشخص العام نفسه على الشخص الخاص. إلا أن هذا التعادل النظري في عقد العمل يعدّ مستبعداً أمام القوة الاقتصادية لصاحب العمل الذي يفرض تبعيته القانونية والاقتصادية على العامل.

-**القانون الدولي الخاص** هو فرع من فروع القانون الخاص (الداخلي) ينظم العلاقات القانونية بين الأشخاص المختلفي الجنسية، ويحكمه مفهومي الجنسية وتنازع القوانين من حيث المكان. وهو القانون الذي ينظم العلاقات الخاصة بين أشخاص مع وجود عنصر أجنبي، والعنصر الأجنبي يعني أن أحد

الأطراف أجنبي أو موضوع العقد في بلد أجنبي أو أن مكان العقد في بلد أجنبي.

وما يمكن ملاحظته على فروع القانون الخاص عموماً ما يلي :

١- إن القانون المدني ينظم في الدول الغربية التي تأخذ به نوعين من العلاقات القانونية، العلاقات المالية، أي العلاقات التي يكون موضوعها معاملات مالية، والعلاقات العائلية، أو علاقات الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وما يترتب عنهما.

أما في الدول العربية ومنها سورية فالقانون المدني لا ينظم إلا النوع الأول من هذه العلاقات، تاركاً بذلك تنظيم النوع الثاني من العلاقات إلى فرع آخر من القانون الخاص، وهو قانون الأحوال الشخصية، أو قانون الأسرة، أو قانون العائلة.

٢- إن القانون المدني يعدّ أقدم فروع القانون الخاص، ولذلك يعدّ أصل هذه الفروع ، فيسمى بالشريعة العامة ، ولذلك يجب الرجوع إليه (القانون المدني) في جميع الأحوال التي لا يوجد فيها حكم في فروع القانون الخاص الأخرى ، يحكم العلاقة القانونية أو النزاع ، وترتيباً على ذلك ، فإن القانون المدني لا يطبق إذا وجد حكم يحكم النزاع في أي فرع من فروع القانون الأخرى، بمعنى أن فروع القانون الخاص هذه لا تطبق إلا إذا أتت بأحكام استثنائية عن الأحكام الواردة في القانون المدني، وذلك تطبيقاً لقاعدة (الحكم الخاص يقيد الحكم العام) .

وتكمن أهمية التفريق بين القانون العام والقانون الخاص في عدة نواح نجلها بالآتية:

١ - إن جميع قواعد القانون العام قواعد أمرّة لأنها وجدت أساساً لتحقيق المصلحة العامة، أما القانون الخاص فيتضمن إلى جانب القواعد الأمرّة قواعد مكملة.

٢ - إن الدولة أو هيئاتها العامة يمكنها بما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة أن تحصل على حقها بذاتها من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، كاتخاذ القرار بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة. في حين أن القانون الخاص لا يمنح مثل هذه الامتيازات للشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري الخاص الذي لا يمكنه أن يحصل على حقه إلا باللجوء إلى القضاء.

٣ - إن الأشخاص الاعتبارية العامة تهدف في علاقاتها إلى تحقيق المنفعة العامة، وتتمتع الأموال المخصصة لها والتي تسمى بالأموال العامة بحماية لا يتمتع بها المال الخاص، وتتمثل هذه الحماية في أنه لا يجوز التصرف في المال العام ولا الحجز عليه ولا تملكه بالتقادم .

- **قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية:** وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم كيفية لجوء الأفراد للمؤسسات القضائية من أجل الحصول على حقوقهم، وتنفيذ الأحكام الصادرة بهذا المجال، وينظم هذا القانون أيضاً عمل المؤسسة القضائية ودرجات المحاكم التي تتضمنها وطرق تقديم الدعاوى والطعن بأحكامها.

ويوجد إضافة إلى المحاكم المدنية والتجارية في سوريا محاكم القضاء الإداري. ويتمثل القضاء الإداري في مجلس الدولة، ويتكون من قسمين هما: القسم القضائي، والقسم الاستشاري للفتوى والتشريع.

ويتألف القسم القضائي من، المحاكم الإدارية، محكمة القضاء الإداري، المحكمة الإدارية العليا. وتتولى كل من المحاكم الإدارية ومحكمة القضاء الإداري مهمة الفصل في الدعاوى الإدارية التي تقدم إليها وفقاً لاختصاصاتها

المحددة في القانون، أما المحكمة الإدارية العليا فتفصل في الطعون التي ترفع إليها فيما يتعلق بالأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية ومحكمة القضاء الإداري. وتقوم إلى جانب هذه المحاكم هيئة مفوضي الدولة حيث تحضر الدعوى وتهيئها للمرافعة.

أما المحاكم التي يتألف منها القضاء العادي فهي: محكمة النقض، محاكم الاستئناف، المحاكم البدائية، المحاكم الصلحية.

ويضاف إلى هذه المحاكم، المحاكم الشرعية والمحاكم الطائفية والمذهبية التي تختص بالفصل في الأحوال الشخصية. وكذلك يوجد بعض المحاكم والهيئات القضائية الاستثنائية الخاصة، وتقوم - إلى جانب المحاكم التي تتولى الحكم في دعاوى المعروضة عليها - النيابة العامة التي لا تتولى مهمة الحكم، وإنما يتجلى دورها في الأمور الجزائية بوجه خاص في إقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها وتمثيل المجتمع لدى المحاكم، ثم تنفيذ الحكم الجزائي بعد اكتسابه الدرجة القطعية.

وتختص محاكم القضاء العادي (الصلح، والبدائية، والاستئناف، والنقض) بالفصل في المنازعات والجرائم إلا ما استثني منها بنص خاص.

وتتألف المحاكم الصلحية، من قاض منفرد، وتفصل في المنازعات المدنية والتجارية البسيطة، والجرائم البسيطة التي يحددها القانون وفي المخالفات وبعض الجنح.

أما محكمة البداية: فتتألف من قاض منفرد، وتفصل في سائر المنازعات المدنية والتجارية وفي الجنح إلا ما عهد أمر الفصل فيه إلى غيرها من المحاكم بنص قانوني خاص.

وتتألف محكمة الاستئناف من رئيس وأعضاء يسمون مستشارين، ويوزعون على عدد من الغرف المدنية والجزائية، وتستأنف إليها أحكام المحاكم البدائية وبعض الأحكام الصلحية. كما تشكل من بعض مستشاري محاكم الاستئناف محاكم جنائيات تختص بالنظر في القضايا الجنائية.

أما محكمة النقض أو المحكمة العليا فتوزع أيضاً إلى غرف متعدّدة، وهي المرجع الأعلى الذي يعود إليه أمر مراقبة أحكام هذه المحاكم ، والنظر في مدى صحتها ومطابقتها للقانون والأصول، وتسمى المحاكم الأدنى من محكمة النقض بمحاكم الأساس أو الموضوع لأنها تنظر في أساس الدعوى ووقائعها بعكس محكمة النقض التي تسهر فقط على حسن تطبيق القانون وتفسيره من قبل المحاكم الأخرى، فهي بذلك تسمى محكمة القانون وتتحول إلى محكمة موضوع في حال الطعن بالحكم أمامها للمرة الثانية.

الباب الثاني

مصادر القانون

يوجد نوعان أساسيان لمصدر القاعدة القانونية: مصادر أصلية، ومصادر احتياطية أو تفسيرية. إذ لا بد للقاعدة القانونية من مصدر تستمد منه مادتها أو موضوعها، (المصدر المادي)، ومصدر رسمي (وهو المصدر الذي يوفر للقاعدة القانونية قوتها الإلزامية أو صبغتها الرسمية).

ولا تكتمل القاعدة القانونية إلا إذا توافر عنصران: مادتها من جهة، وصبغتها الرسمية من جهة أخرى.

وهناك مصدران رئيسيان رسميان للقانون تأخذ بهما جميع الدول هما: التشريع والعرف. ويضاف إلى هذين المصدرين في بعض الدول (مثل البلاد العربية) مصدران آخران، أو أحدهما وهما: القواعد الدينية من جهة، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من جهة ثانية.

ويتصل بالمصادر الرسمية للقانون مصدران آخران يعدّان بمنزلة مصدرين تفسيريين، هما الاجتهاد القضائي والفقهاء.

ونعرض في هذا الباب لمصادر القانون في فصلين إذ نعرض في الفصل الأول: التشريع، ونعرض في الفصل الثاني: للمصادر غير التشريعية.

الفصل الأول

التشريع

التشريع هو المصدر الأول من مصادر القانون، وأكثرها أهمية ، وانتشاراً ، ونظراً لأهميته نعرض له من خلال سنه ، ومراحل تكوينه ، ثم نعرض للنصوص القانونية الأخرى التي تتصل بالتشريع وتتشابه وإياه (الدستور والأنظمة)، ثم نعرض لتفسير التشريع وتطبيقه من حيث الزمان والمكان، ونعرض كذلك إلغاء القانون. وبناء على ما تقدم نقسم دراستنا لهذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف التشريع وأهميته وعوامل انتشاره

المبحث الثاني: عناصر التشريع

المبحث الثالث: مراحل سن التشريع

المبحث الرابع: التشريع والدستور والأنظمة

المبحث الخامس: رقابة القضاء لدستورية التشريع وقانونية الأنظمة

المبحث السادس: تفسير التشريع

المبحث السابع: تطبيق التشريع من حيث الزمان والمكان

المبحث الثامن: إلغاء التشريع

المبحث الأول

تعريف التشريع وأهميته وعوامل انتشاره

أولاً- تعريف التشريع:

يمكن تعريف التشريع على أنه القواعد القانونية المكتوبة والصادرة عن السلطات المختصة (السلطة التشريعية)^{٧٣}. نستنتج من هذا التعريف أن أهم ما يميز التشريع هو صدوره عن السلطة التشريعية المختصة، وإتباعه أصولاً معينة في تكوينه لا يتم من دونها وجوده واعتباره.

ثانياً- أهمية التشريع:

التشريع هو أهم المصادر الرسمية للقانون، وإن كان العرف هو أقدم مصادره، إذ كان في المرتبة الأولى باعتباره مصدراً للقانون زمنياً طويلاً، إذ يمكن القول إن العصور القديمة هي عصور العرف والدين، أما التشريع فكان وجوده ضئيلاً أو شبه منعدم، إلا أنه في خضم التطورات التي وقعت للمجتمعات، وتقدم البشرية، واتساع نطاق العلاقات الاجتماعية بينها وكثرتها، وتشابكها، ورسوخ فكرة الدولة ما يتطلب وفرة في القواعد القانونية التي تحكمها أدى بالتشريع إلى أخذ الصدارة باعتباره مصدراً سريعاً من حيث الوضع والصياغة يستطيع أن يقوم بالدور الذي يقوم به العرف وأكثر من ذلك. ومما ساعد التشريع على احتلال هذا المركز أيضاً تركيز السلطة التي تشرعه في يد الدولة التي تتدخل في تنظيم العلاقات والروابط بين أفراد المجتمع.

٧٣- انظر: د. محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٩٦ .

والتشريع من أكثر مصادر القانون أهمية، وأوسعها انتشاراً، ويعده بعض الفقهاء المصدر الأوحده للقواعد القانونية. ويعود السبب في هذه الأهمية الخاصة للتشريع إلى ما يتمتع به من مزايا عديدة أهمها:

١- سهولة سنه من قبل السلطة التشريعية المختصة، وسهولة إلغائه، فهذه السلطة تستطيع كلما دعت الضرورة أو المصلحة أن تسن ما تشاء من التشريعات الصالحة، وأن تلغي ما يظهر لها فساده أو عدم صلاحه. أما العرف فهو ينشأ ويزول ببطء، ومن الصعب تغييره أو تعديله بسرعة لعدم وجود سلطة مختصة بذلك.

٢- سهولة معرفته والرجوع إليه، وتحديد زمن بدايته وزواله، إذ إنه يصدر في نصوص مكتوبة، بحيث يكون من السهل الرجوع إلى الوثائق والمستندات التي تتضمن هذه النصوص لمعرفة وتحديد تاريخه. أما العرف فلا بد فيه من إثبات التعامل الجاري بين الناس والعادات السارية فيهم للتأكد من وجوده، كما لا يمكننا تحديد تاريخ دقيق لبدء انتشار العرف أو لزواله.

٣- يساعد التشريع على حماية حريات الأفراد وحفظ حقوقهم، فهو يحدد حقوقهم وواجباتهم .

٤- يساعد التشريع على توحيد النظام القانوني في البلد الواحد، ووضع قواعد قانونية عامة تطبق على جميع المواطنين في مختلف مناطقهم، وذلك خلافاً للعرف أو الاجتهاد القضائي اللذين يؤديان لإيجاد قواعد قانونية تختلف في بعض المناطق عن بعضها الآخر.

ثالثاً- عوامل انتشار التشريع:

هناك عوامل عديدة تساعد على انتشار التشريع أهمها ٧٤:

١-توطد سلطة الدولة وتمركزها، مما أدى إلى أن تجمع الدولة في يدها سلطة التشريع، وأن تسن القواعد القانونية التي تطبق في جميع أنحاء البلاد.

٢-قيام سلطة مختصة تتولى أمر التشريع في النظم الديمقراطية التي أخذت بمبدأ فصل السلطات، مما ساعد على أن تنصرف هذه السلطة إلى عملها في سن التشريعات.

٣-انتشار النزعة الاشتراكية في عصرنا الحاضر التي تدعو إلى تدخل الدولة في شؤون الأفراد، وتوليها أمر تنظيمها عندما تقضي بذلك الضرورة ومصلحة المجتمع.

رابعاً-عيوب التشريع:

هناك عدة عيوب للتشريع نجملها بالآتي:

١-بما أن التشريع يصدر عن سلطة عليا مختصة فقد يتحول في بعض الأحيان إلى وسيلة تحكيمية في يدها تجعله يخدم مصالحها الخاصة (الشخصية) على حساب المصالح العامة، وهذا غير ملائم لظروف المجتمع، كما أنه قد يصدر كذلك أحياناً تحت ضغوط سياسية.

٢- انتصاف التشريع بالجمود، ذلك أنه يعتمد على عملية التقنين، وكذلك سهولة تعديله التي تخل باستقرار المعاملات، وكذلك هناك صعوبة تواجه الأفراد في الاطلاع على كل القوانين مما يؤدي إلى فقدان الثقة بالقانون.

^{٧٤} - انظر: د. رمضان محمد أبو السعود ومحمد حسين منصور، المرجع السابق، ص

المبحث الثاني

عناصر التشريع

أولاً- العنصر الموضوعي:

يجب أن يكون موضوع التشريع قاعدة قانونية، أي أنه يسعى لتنظيم سلوك الأفراد ، فالقواعد القانونية هي قواعد تقويمية ، تكليفية وهي عامة ومجرده وملزمة، وهذه الخصائص تميز القاعدة القانونية باعتبارها العنصر الموضوعي في التشريع عن القرارات الفردية التي تصدر عن السلطة المختصة ، وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى التمييز الذي وضعه بعض الفقهاء بين المقصود بالتشريع شكلاً والمقصود بالتشريع موضوعاً ، فالحكم الذي يصدر مكتوباً عن السلطة التشريعية يعدّ تشريعاً من الناحية الشكلية ولو لم تتوفر فيه خصائص القاعدة القانونية ، بينما لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التي تتخلف فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية .

ثانياً- العنصر الشكلي:

يصدر التشريع في صورته مكتوبة، مما يسمح لنا بتمييزه عن العرف باعتباره أهم مصدر رسمي للقاعدة القانونية، ويجب تفادي الخلط بين تدوين أو كتابة الأعراف في بعض الحالات أو في بعض البلدان، واحترام شكل الكتابة بالنسبة للتشريع.

فالعرف ينشأ تلقائياً عن طريق تكرار وتواتر العمل به ، إذ لا يشترط لوجوده الكتابة، بينما لا يوجد التشريع إلا مكتوباً، والمقصود بشكل الكتابة هو مفهومها الواسع، أي مختلف الإجراءات والشكليات الواجب إتباعها من قبل السلطة المختصة لإصدار التشريع.

ثالثاً- العنصر العضوي:

يصدر التشريع عن السلطة المختصة بوضعه، أي تلك التي يخول لها صلاحية وضع التشريع، وهذه السلطة -من حيث المبدأ بالنسبة للأنظمة التي تعتمد مبدأ فصل السلطات- هي السلطة التشريعية ، ونذكر في هذا الشأن أن مبدأ فصل السلطات الذي هو أحد مظاهر الديمقراطية يقوم على ثلاث سلطات تكون مستقلة عن بعضها البعض، إذ تتولى السلطة التشريعية وضع التشريع والقوانين ، فهي تجسد إرادة الشعب باعتباره مصدر السلطة ، وتقوم السلطة التنفيذية بتنفيذ هذه القوانين، بينما تختص السلطة القضائية بالفصل في النزاعات التي تنشأ في كل المجالات.

المبحث الثالث

مراحل سن التشريع

لا تكتسب القاعدة العامة الملزمة وصف التشريع إلا باستيفاء شرطين هما: صدور التشريع عن السلطة المختصة، وصدور التشريع مكتوباً. أولاً- صدور التشريع عن السلطة المختصة :

تختلف السلطة المختصة بوضع التشريع من دولة إلى أخرى بحسب طبيعة النظام السياسي فيها ، ويبين الدستور في كل دولة السلطة المختصة بوضع التشريع ، وتسمى السلطة التشريعية ، ولكل نوع من أنواع التشريع سلطة مختصة بوضعه .

فالتشريع الأساسي (الدستور) يصدر عن السلطة التأسيسية في الدولة ، ويصدر التشريع الفرعي عن السلطة التنفيذية ، ويصدر التشريع العادي عن السلطة التشريعية . وينصرف مصطلح السلطة التشريعية في معناه الأساسي إلى السلطة التي تختص بإصدار التشريع العادي تحديداً، وهي مؤسسة مستقلة نسبياً يديرها نواب منتخبون أو معينون يباشرون مهمة وضع التشريع.

ويختلف النظر إلى السلطة المختصة التي يعود إليها سن التشريع باختلاف النظم في البلاد، ففي النظام الدكتاتوري الاستبدادي يعدّ الحاكم

صاحب السلطان المطلق، ويعود إليه أمر التشريع وسن القواعد القانونية التي ليست سوى مشيئته وإرادته ويفرض على شعبه احترامها. أما في النظام الديمقراطي، فالشعب هو مصدر السلطات جميعها ومن بينها السلطات التشريعية.

والأصل أن يتولى أمر التشريعات ومناقشتها والتصويت عليها أفراد الشعب مباشرة، ولكن هذه الطريقة كانت تطبق في بلاد قليلة العدد، كما في المقاطعات السويسرية، ولما كان من المستحيل بالنسبة إلى معظم الدول جمع أفراد الشعب وجعلهم يصوتون على تشريع ما^{٧٥}. فقد عهد بأمر التشريع في الأنظمة الديمقراطية إلى مجلس خاص يتولاه باسم الشعب ونياحة عنه، ويطلق عليه اسم مجلس الشعب، أو البرلمان، أو مجلس الأمة.

ويمكن أن يتولى رئيس الجمهورية أمر التشريع في بعض الحالات الاستثنائية المحددة في الدستور فيسن تشريعات يطلق عليها اسم المراسيم التشريعية. والمرسوم التشريعي، هو تشريع يصدره رئيس الجمهورية في بعض الأحوال الاستثنائية التي يمارس فيها مهام السلطة التشريعية في الحالات التي نص عليها الدستور.

وعندما يصدر رئيس الجمهورية المرسوم التشريعي في بعض الأحوال الاستثنائية التي نص عليها الدستور، يصدره باعتباره يمارس مهام السلطة التشريعية لا بصفته رئيساً للسلطة التنفيذية.

ولا يعدّ المرسوم التشريعي عملاً تنفيذياً بل هو عمل تشريعي بحت، ولا يختلف المرسوم التشريعي عن التشريع في شيء إلا في صدوره عن رئيس الجمهورية عندما يمارس السلطة التشريعية بدلاً عن مجلس الشعب.

^{٧٥} - انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

ويتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع، بحسب الدستور السوري في ثلاث حالات هي:

١- في المدة الفاصلة بين ولايتي مجلسين، أي خلال الفترة الواقعة بين انتهاء ولاية مجلس الشعب السابق وبدء ولاية مجلس الشعب الجديد.

٢- خارج دورات انعقاد مجلس الشعب، أي خلال الفترات التي يكون فيها مجلس الشعب موجوداً، ولكنه غير منعقد.

٣- في أثناء انعقاد دورات مجلس الشعب إذا استدعت ذلك الضرورة القصوى المتعلقة بمصالح البلاد القومية، أو بمقتضيات الأمن القومي.

وفي الحالتين الأولى والثانية، لا يمارس مجلس الشعب مهمة التشريع، ولذلك لا بد أن يعهد بهذا الأمر إلى رئيس الجمهورية حتى لا تتوقف حركة التشريع في البلاد، أما في الحالة الثالثة فيكون مجلس الشعب موجوداً ومنعقداً، ولكن هنالك ظروف استثنائية، كنشوب حرب أهلية، أو حدوث أزمة اقتصادية عنيفة تتطلب إصدار تشريعات تعالج هذه الظروف الاستثنائية.

ويشترط عدد من الدساتير أن يكون هنالك تفويض من مجلس الشعب لرئيس الجمهورية لإصدار المراسيم التشريعية في الحالة الثالثة، ولذا يطلق رجال القانون على هذه المراسيم اسم تشريعات التفويض، بينما يطلقون على المراسيم في الحالتين الأولى والثانية اسم تشريعات الضرورة.

وقد أوجب الدستور السوري عرض المراسيم التشريعية التي تصدر خارج انعقاد دورات مجلس الشعب على المجلس في أول دورة انعقاد له، وكذلك هو الحال بالنسبة للمراسيم التشريعية التي تصدر في أثناء انعقاد دورات المجلس بسبب حالة الضرورة القصوى المتعلقة بمصالح البلاد القومية، أو بمقتضيات الأمن القومي يجب أن تعرض على المجلس أيضاً في أول جلسة له، ولمجلس

الشعب الحق في إلغاء المراسيم التشريعية المعروضة عليه في هاتين الحالتين أو تعديلها، وذلك بأكثرية ثلثي أعضائه المسجلين لحضور الجلسة على أن لا تقل عن أكثرية أعضائه المطلقة. أما المراسيم التشريعية التي تصدر في الفترة الفاصلة بين ولايتي مجلسين فلا تعرض على مجلس الشعب فيما بعد، ولكن يمكن أن تعدل أو تلغى كما تعدل أو تلغى التشريعات عادة.

ثانياً- صدور التشريع مكتوباً:

وهذا هو المعيار المميز بين قواعد التشريع وقواعد العرف، ويقصد بصدور التشريع تدوين التشريع في وثيقة رسمية، وصياغته بشكل فني يضمن دقة ألفاظه ووضوح معانيه، ولا بد للتشريع لكي يصبح نافذاً من مروره بأربع مراحل وهي^{٧٦}: الاقتراح، الإقرار، الإصدار، النشر.

١- الاقتراح:

وهو المرحلة الأولى التي يبدأ فيها التشريع يأخذ طريقه إلى الظهور والوجود. ويعود حق اقتراح التشريع إلى رئيس الجمهورية بصفته ممثلاً للسلطة التنفيذية من جهة، وإلى أعضاء مجلس الشعب من جهة ثانية^{٧٧}، ويسمى الاقتراح الصادر عن رئيس الجمهورية في هذا الشأن مشروع قانون، أما الاقتراح الصادر عن أعضاء مجلس الشعب فيسمى اقتراحاً بقانون.

٢- الإقرار:

وهو المرحلة الثانية من مراحل ظهور التشريع، ويعود إقرار التشريع أو التصويت عليه إلى مجلس الشعب، وإقرار التشريع هو أهم مرحلة

^{٧٦} - انظر: عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ١٥٨-

١٦. ود. مرقس، المرجع السابق، ص ١٨٥ .

٧٧ - انظر: د هشام القاسم، المرجع السابق، ص ١٢٥ .

من مراحل تكونه ، لأنه هو الذي يؤدي إلى إيجاده فعلاً. إلا أن التصويت على التشريع وإقراره من قبل مجلس الشعب لا يكفي وحده لجعله نافذاً وملزماً من الوجهة القانونية إذ لا بد له من أن يمر بمرحلتين إضافيتين هما إصداره من قبل رئيس الجمهورية ليصبح قابلاً للتفويض، ونشره في الجريدة الرسمية ليصبح ملزماً.

٣-الإصدار: وهو المرحلة الثالثة من مراحل ظهور التشريع، وهو العمل الذي يتم به إثبات وجود التشريع بصورة رسمية، أو هو بمنزلة شهادة الميلاد التي تعطى للتشريع من قبل رئيس السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية). ولإصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية فائدتان: الأولى، تكمن في أن إصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية يمكنه من إصدار أمره إلى السلطة التنفيذية التي يعدّ رئيساً لها، بأن تطبق التشريع الذي أقرته السلطة التشريعية، وبذلك تكون السلطة التنفيذية قد تلقت أوامرها من رئيسها مباشرة، وليس من قبل السلطة التشريعية، وهذا ما ينسجم مع مبدأ الفصل بين السلطات^{٧٨}.

أما الفائدة الثانية فإن إصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية يمكنه من مراقبة التشريعات الصادرة عن مجلس الشعب، ويتيح له المجال لأن يردها إليه، إذا رأى ضرورة لذلك كما حصل في العديد من التشريعات التي أقرها مجلس الشعب، ومنها مثلاً القانون رقم (٥٠) الخاص بالعاملين في الدولة لعام ٢٠٠٤ .. ٢.

٤-النشر:

وهو المرحلة الأخيرة التي يمر بها التشريع فيصبح بعدها نافذاً وواجب التطبيق على الأشخاص الذين تتناولهم أحكامه. فالقانون لا ينفذ من حيث المبدأ

^{٧٨} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ١٢٧ .

إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية، ولا يغني عن النشر في الجريدة الرسمية أي وسيلة أخرى من وسائل الإعلام، كالنشر في الصحف اليومية، أو الإذاعة، أو التلفزيون، أو الانترنت. ولا يغني أيضاً عن النشر في الجريدة الرسمية العلم الشخصي بالتشريع، فإن كان التشريع لم ينشر بعد فإنه لا يطبق حتى على الأشخاص الذين يعلمون علماً أكيداً بوجوده.

وبعد نشر التشريع ومرور الفترة المحددة لنفاذه، يكون واجب التطبيق، ولو لم يعلم الناس بوجوده، فليس المهم إذاً العلم بالتشريع فعلاً، وإنما إتاحة الفرصة للعلم به، ولولا ذلك لكان بإمكان الكثير من الناس مخالفة التشريع، ثم التهرب من توقيع الجزاء عليهم بإدعائهم جهلهم إياه، ومن هنا جاءت القاعدة القانونية التي تقضي: "الجهل بالقانون لا يعدّ عذراً".

المبحث الرابع

التشريع والدستور والأنظمة

للتشريع ثلاثة أنواع تتفاوت في درجاتها من حيث القوة، ومن حيث أهمية ما تتناوله من مسائل، وبما يكفل احترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى، وهم على التوالي:

أولاً- الدستور :

وهو التشريع الأساسي للدولة وقمة التشريعات فيها، ويتميز بالسمو والثبات ، ويصدر عن سلطة عليا وهي السلطة التأسيسية، إذ يضم مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة، ونظام الحكم فيها، والسلطات العامة والعلاقات بينها، وتحدد الحقوق والحريات الأساسية للأفراد وواجباتهم، ومنه تستمد كافة القوانين الأخرى مستوحية مبادئه وأحكامه التي لا يجوز لأي قانون مخالفتها. وللدساتير أنواع فمن حيث المصدر، نجد الدساتير المكتوبة، والدساتير العرفية،

إلا أن هذه الأخيرة ضئيلة جداً في الوقت الحاضر، كما توجد دساتير مرنة ودساتير جامدة.

ثانياً - التشريع العادي:

هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية وفقاً للإجراءات التي نص عليها الدستور بقصد تنظيم العلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة في جميع المجالات الاجتماعية المختلفة، والتشريع العادي قد يتخذ صورة تقنينات، أو مدونات تشتمل على تنظيم كامل لفرع معين من فروع القانون مثل تقنين المعاملات المدنية، وتقنين العقوبات، وقد يتخذ صورة تشريعات متفرقة، وهو في المرتبة الثانية من حيث القيمة القانونية.

وتعدّ السلطة التشريعية في كل دولة هي صاحبة الاختصاص الأصلي في وضع التشريع ومع ذلك فإن الدساتير جرت على إشراك رئيس الدولة في وضع التشريع سواء عن طريق ما تعطيه إياه من حق اقتراح التشريعات أو إصدارها أو الاعتراض عليها.

ويوجد بين الدستور والتشريع والأنظمة نوع من التسلسل والتدرج، فالدستور هو أعلى هذه النصوص ثم يأتي بعده التشريع ثم الأنظمة. وهذا يعني أن التشريع يحتل موقعاً وسطاً، ومن واجب التشريع ألا يخالف الدستور في أحكامه، كما أنه يتعين ألا تخالف الأنظمة كلاً من الدستور والتشريع في أحكامها^{٧٩}.

ويختلف الدستور والتشريع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع^{٨٠}:

- من حيث الشكل:

^{٧٩} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ١٢٩.

^{٨٠} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ١٠٦.

يوضع الدستور من قبل سلطة خاصة هي السلطة التأسيسية، أما التشريع فهو من عمل السلطة التشريعية، وقد لا تختلف السلطة التأسيسية في كثير من الأحيان عن السلطة التشريعية من حيث تركيبها وتشكيلها. ولكنها تختلف مع ذلك من حيث التسمية ونوع المهمة المعهود بها إليها، وهي وضع دستور للبلاد لا سنّ التشريعات العادية.

- من ناحية الموضوع:

يتضمن الدستور النظام الأساسي للدولة، والمبادئ العامة التي يقوم عليها أسلوب الحكم فيها، في حين لا يرمي التشريع إلى شيء من ذلك، بل تقتصر مهمته على تنظيم علاقات الدولة وأمور الأفراد ضمن حدود الدستور ونطاقه. أي الدستور هو النطاق العام الذي تدخل ضمنه التشريعات، فهو الذي يرسم لها الحدود التي يجب عدم تجاوزها.

ثالثاً - التشريع الفرعي (الأنظمة) :

ويأتي في المرتبة الثالثة، ويقصد به الأنظمة التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في حدود اختصاصها التي يبينه الدستور حيث تفصل أحكامه من دون أي تعديل أو إضافة، ويكون اختصاص السلطة التنفيذية بإصدار التشريع الفرعي اختصاصاً أصلياً لا استثنائياً، وتتشكل هذه الأنظمة من نصوص مرتبة من الأعلى إلى الأدنى وفقاً للتدرج الداخلي للسلطة التنفيذية .

والأنظمة إما أن تصدر عن رئيس الجمهورية، أو عن الوزراء المختصين، أو الإدارات العامة والمجالس البلدية، ويطلق على الأنظمة الصادرة عن رئيس الجمهورية المراسيم التنظيمية، بينما يطلق على الأنظمة الصادرة عن بقية السلطات القرارات التنظيمية.

وتستمد السلطة التنفيذية صلاحيتها في إصدار المراسيم والقرارات التنظيمية، إما من التشريع ذاته الذي تصدر لأجله هذه المراسيم والقرارات، أو من المبدأ العام الذي يعترف لها بموجبه بحقها في إصدار الأنظمة اللازمة لتنفيذ التشريعات، ولو لم يفوض أمر ذلك إليها بنص خاص.

ويختلف التشريع عن المرسوم أو القرار التنظيمي من حيث الشكل، ومن ناحية الموضوع:

أ- من حيث الشكل: يصدر القرار التنظيمي عن السلطة التنفيذية لا عن السلطة التشريعية.

ب- من ناحية الموضوع: يختلف القرار التنظيمي عن التشريع في أنه لا يتطرق إلى الأمور التي يعالجها بصورة رئيسية أصلية، ولكن بصورة تبعية بغية تفسير التشريع وتفصيل أحكامه من دون أن يستطيع مخالفة هذه الأحكام أو تعطيلها أو التعديل فيها.

المبحث الخامس

رقابة القضاء لدستورية التشريع وقانونية الأنظمة

أولاً- رقابة القضاء لدستورية التشريع:

ظهر اتجاهان متعاكسان حول هذا الموضوع:

الاتجاه الأول: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأنه لا يحق للقضاء مناقشة مسألة دستورية التشريع، بل يتعين عليه أن يطبق التشريع كما هو إذا كان مستوفياً لشرائطه الشكلية، ولو خالف في أحكامه مبادئ الدستور، محتجين بأن السماح للقضاء بمراقبة دستورية التشريع سيؤدي حتماً إلى تدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية، وهذا يتعارض مع مبدأ فصل السلطات^{٨١}.

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه وعلى رأسهم ديجي وهوريو أن للقضاء الحق في مراقبة دستورية التشريع، وأن عليه أن يمتنع عن تطبيق التشريع حين يتأكد من مخالفة أحكامه للدستور الذي يتوجب عليه التقيد به مستندين إلى مبررات عديدة أهمها^{٨٢}:

^{٨١} - انظر: د القاسم، المرجع السابق، ص، ١٣٤. ود. مرقس، المرجع السابق، ص ٢١٦.

^{٨٢} - انظر: د القاسم، المرجع السابق، ص ١٣٤. ود، مرقس، المرجع السابق، ص ٢١٨.

أ- إن مراقبة القضاء لدستورية التشريع أمر تحتمه الضرورة والمنطق، لأننا لو رفضنا هذا الحق لاستطاعت السلطة التشريعية مخالفة الدستور على هواها من دون أن يمكن منعها.

ب- إن مراقبة القضاء لدستورية التشريع أمر يدخل في حدود مهامه واختصاصه لأن القضاء ملزم باحترام الدستور والتشريع، وحين وجود تعارض بين أحكامهما يتعين على القاضي تطبيق النص الأعلى مرتبة، وعليه بذلك تطبيق الدستور وترك التشريع لمخالفته إياه.

ج- إن رقابة القضاء لدستورية التشريع ليس فيها ما يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات لأن السلطتين التشريعية والقضائية ملتزمتان باحترام الدستور، فإذا خالفت السلطة التشريعية الدستور وامتنعت السلطة القضائية عن ذلك، فمعنى ذلك أن السلطة التشريعية تدخلت في شؤون السلطة القضائية وليس العكس^{٨٣}.

وبالرغم من أن الرأي الثاني يبدو أقوى حجة، إلا أن القضاء في كثير من البلاد لم تمنحه دساتيرها صراحة مثل هذا الحق، وقد أخذ بالرأي الأول ورفض أن يعترف لنفسه بصلاحيه مراقبة دستورية التشريعات، أما في سورية فيلاحظ أن محكمة النقض قررت في أكثر من قرار أنه يجب على المحكمة أن تمتنع عن تطبيق النص المخالف للدستور .

ثانياً- رقابة القضاء لشرعية الأنظمة:

إن رقابة القضاء لشرعية الأنظمة تعني في ذات الوقت رقابته لدستوريتها، وهذه الرقابة قد أخذت بها معظم الدول المتمدنة في عصرنا

^{٨٣} - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، ص ٢١٨ و ٢١٩ .

الحاضر، وهي لا تقتصر فقط على المراسيم والقرارات التنظيمية، بل تتناول أيضاً القرارات والمراسيم العادية، فجميع ما يصدر عن السلطة التنفيذية من مراسيم أو قرارات يمكن الطعن فيها أمام القضاء إذا خالفت في أحكامها الدستور أو التشريع^٤.

المبحث السادس

تفسير التشريع

لا تحتاج القواعد القانونية الواضحة المعنى إلى تفسير، ولكن قد يوجد في بعض النصوص القانونية عدم وضوح في المعنى أو نقصاً أو غموضاً يستحيل فيها تطبيق هذه الحالات المبهمة من القواعد القانونية مما يتطلب تفسيراً لها لتحديد المعنى، وهذا التفسير له قواعد وأسس يبني عليها . والتفسير هو بيان الحكم القانوني الأمثل الذي يفهم من النص لتطبيقه على الأفراد. وهناك اتجاهان فقهيان في تفسير التشريع: الأول موسع والثاني ضيق .

الاتجاه الفقهي الموسع:

ويذهب أنصاره إلى ضرورة معرفة المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية، وبالتالي يطبق هذا المعنى على جميع القواعد القانونية مهما كان مصدرها سواءً أكان تشريعاً أو شريعة إسلامية، أو عرفاً.

أما الاتجاه الفقهي المضيّق:

ويذهب أنصاره إلى وجوب الإقتصار في التفسير على القواعد القانونية التشريعية فقط، لأن التشريع يرد في مواد مختصرة يصعب معرفة حكم النص القانوني.

وتفسير التشريع هو تحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتبين نطاقها^{٨٥}، والكثير من الفقهاء يفرّق من حيث طريقة التفسير إذ يعطي القاضي حرية التفسير في نصوص القانون الخاص، بينما يضيق في سلطات القاضي في تفسير نصوص القانون العام وعلى الخصوص في القوانين الجنائية.

أولاً- ماهية التفسير:

يتناول التفسير ما يأتي:

- ١- تحديد معنى القاعدة القانونية إذا شابها الغموض، أو وردت بها ألفاظ في حاجة إلى بيان أو حاجة إلى ضبط المراد منها كلفظ الغش أو لفظ سوء النية... الخ.
- ٢- تكميل القاعدة القانونية إذا عابها الاقتضاب والإيجاز.
- ٣- رفع التناقض الموجود بين قاعدتين قانونيتين بالتوفيق بينهما، أو بترجيح إحداهما على الأخرى إذا لزم الأمر.
- ٤- الإسهام في تطبيق القواعد القانونية على الواقع المتغير بجزئياته وتفصيله.

ثانياً- أنواع التفسير:

التفسير هو بيان المعنى الحقيقي الذي تدل عليه القاعدة التشريعية وإيضاحه، واستنتاج الحكم الذي تنص عليه ليتمكن تطبيقه تطبيقاً صحيحاً. ويمكن إجمال أنواع التفسير بالآتية:

١- التفسير التشريعي:

٨٥- انظر: د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة عيتاني الجديدة، ط٤، ١٩٧٤، ص ٣٩١ وقرب ذلك أيضاً د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

يصدر هذا النوع من التفسير عن المشرع حين وجود نصوص قانونية غامضة المدلول لا يستدل القضاء إلى مدلولها الحقيقي ويسمى هذا النوع من التفسير بالقانون التفسيري^{٨٦}. ويعدّ القانون التفسيري الصادر عن المشرع بمنزلة التشريع ذاته الذي يراد تفسيره، ولذلك فإن هذا التفسير من أهم أنواع التفسير وأقواها من الوجهة القانونية.

والقانون التفسيري الذي يصدره المشرع لا يطبق فقط منذ صدوره، وإنما منذ صدور التشريع الأصلي الذي جاء ليفسره لأن القانون التفسيري لا يعدّ تشريعاً جديداً وإنما هو إيضاح لتشريع سابق.

٢- التفسير القضائي:

هو التفسير الذي يقوم به القاضي عند تطبيق نص قانوني يتخلله غموض أو إبهام على دعوى مرفوعة أمامه حتى يسهل فهمه وبيان أحكامه. ويكون هذا التفسير ملزماً فقط في الدعوى التي صدر بشأنها في المحكمة ذاتها، ويجوز للقاضي مخالفته في دعوى مماثلة، وهذا التفسير غير ملزم للمحاكم الأخرى، وتكون المحكمة ملزمة بالتفسير من دون طلب الخصوم. ومن مزايا التفسير القضائي أنه ذو طابع عملي لأن القاضي إنما يعتمد إليه بمناسبة قضية أو قضايا معينة يطلب إليه الحكم فيها، فيحاول جهده أن يفسر التشريع في ضوء ظروف هذه القضية أو القضايا وملابساتها، ويكون تفسيره أشد صلة بالحياة العملية وأكثر ملائمة لضرورات الواقع من أي تفسير غيره.

٣- التفسير الفقهي :

هو التفسير الذي يصدر عن فقهاء القانون في أبحاثهم القانونية حيث يقومون بتفسير واستخلاص الأحكام من خلال التعليق عليها، وهذا تفسير لا

^{٨٦} - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، ص ٣٣١ .

يرتبط بنزاع قضائي قائم بل يكون نظرياً ، وبالتالي لا يكون ملزماً للقضاء لأنه مجرد رأي فالقاضي له الاختيار في الأخذ به أو تركه، ولا يمكننا التقليل من أهمية التفسير الفقهي لإسهامه في تطوير القانون.

٤- التفسير الإداري:

ويتمثل عادة في البلاغات والتعليمات التي تصدرها الإدارات العامة المختصة إلى موظفيها تفسر لهم فيها أحكام التشريعات التي يكفون بتطبيقها، وتبين كيفية هذا التطبيق، وتكون هذه التفسيرات ملزمة للموظفين الصادرة لهم فقط.

ثالثاً- ضرورة التفسير:

يتألف التشريع من قواعد عامة ومجردة توضع من قبل المشرع. فإذا عرضت قضية ما على قاضٍ يكون من واجب هذا القاضي البحث في نصوص التشريع أولاً عن القاعدة الممكن تطبيقها على القضية، ثم يصدر حكمه بمقتضى هذه القاعدة بعد أن يتثبت من صحة انطباق القاعدة على القضية.

ولكن عمل القاضي ليس بهذه السهولة إذ عليه أن يتثبت من مضمون القاعدة التشريعية ويفسرها ويوضح معناها ويستخلص الحكم المطلوب تطبيقه على القضية.

رابعاً- مذاهب التفسير:

إن نية المشرع وإرادته هي التي تحدد معنى التشريع، لذا يجب على القاضي أو الفقيه أخذ ذلك بالحسبان في بحثه حتى يتسنى له التفسير الموافق لذلك ، وهذا ما أدى إلى اختلاف مذاهب التفسير واتجاهاته، التي يمكن تلخيصها في ثلاثة مذاهب أساسية وهي :

١- المذهب التقليدي (الشرح على المتون):

سمي هذا المذهب بمدرسة الشرح على المتن لأنها ترى ضرورة الالتزام بالنص القانوني والتقييد به، وعدم الخروج عنه، وقد ظهرت هذه المدرسة في فرنسا^{٨٧}، وسبب انتشار هذه المدرسة هو صدور عدد من التشريعات في فرنسا مطلع القرن التاسع عشر وخصوصاً صدور القانون المدني الفرنسي في عهد نابليون. ويمكن إجمال الأسس التي نادى بها هذه المدرسة في تفسير التشريع بالآتية:

١- تقدس مدرسة الشرح على المتن النصوص التشريعية، إذ إن التشريع عندها هو المصدر الوحيد للقانون، ويتعين على المفسر أن يلتزم في تفسير القانون بإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة من دون الاحتمالية وقت وضع القانون المراد تفسيره، وليس وفقاً لإرادته وقت التفسير أو التطبيق حتى وإن تغيرت الظروف، أي عدم جواز المساس بالنصوص أو الخروج على أحكامها.

٢- يتعين على القاضي أن يستمد أحكامه كلها من نصوص التشريع، لأن التشريع يتضمن كل ما تدعو الحاجة إليه من القواعد القانونية.

٣- كما ذهبت هذه المدرسة إلى أنه يتعين على القاضي أن يتوقف في تفسيره للتشريع عند ألفاظه، وعليه أن يبحث عن نية المشرع من خلال عبارات التشريع.

٤- ويتعين على القاضي أن يبحث عن نية المشرع الذي أصدر التشريع في الزمن الذي أصدره فيه، وإذا لم يكن هذا ممكناً فعلى القاضي أن يفترض هذه النية افتراضاً.

^{٨٧} - انظر: د حسن كبيرة، المرجع السابق، ص ٤.٢ - ٤.٣، وراجع ما سبق عرضه

بالنسبة للمذهب الشكلي والأسس التي يقوم عليها.

لا شك أن المدرسة التقليدية في تفسير التشريع تؤدي إلى وضع ضوابط صحيحة وواضحة ومحددة لهذا التفسير، فتبعد بذلك احتمال كل تفسير اعتباطي أو كيفي من قبل القضاة، وتؤمن وجود نوع من الاستقرار في المعاملات القانونية، إلا أن الأخذ بها يؤدي إلى جمود النصوص وعدم الخروج عن معناها، وتقيد حرية المفسر عند تفسيره للقانون، كما أن تفسير القانون حسب إرادة المشرع وقت وضعه يهمل التطور وتغير الظروف، فهذا المذهب المذهب شكلي يأخذ بالمظهر ويهمل المضمون.

٢- المذهب التاريخي:

يمنح أصحاب هذا المذهب القانون شيئاً من التطور، يجعله يساير الظروف الاجتماعية وفقاً للمستجدات. وينسب هذا المذهب إلى الفقيه الألماني سافيني ويرتكز أساسه على أن " القانون وليد المجتمع". ويرى أنه يجب أن يتم تفسير النص القانوني وفقاً لتطورات المجتمع، والظروف الاجتماعية، والمؤثرات المحيطة به وقت عملية تفسير القانون أو تطبيقه، وليس تبعاً لإرادة المشرع وقت وضعه باعتبار أن القانون هو أداة تعبر عن اتجاهات وألويات المجتمع، فمن غير الممكن أن يناسب قانون واحد جميع المجتمعات والظروف، لأن النصوص يجب ألا تجمد عند إرادة واضعها الأصلي، وإنما عليها أن تتبع الزمن في تطوره وسيره^{٨٨}.

ويعدّ هذا المذهب النصوص القانونية بعد صدورها عن المشرع تصبح ذات وجود مستقل قائم بذاته، منفصل عن إرادة المشرع نفسه بحيث يمكن تكييفها وتفسيرها وفقاً للتطورات المختلفة التي تطرأ على المجتمع، وبحسب هذه النظرية فإن النص التشريعي لا يفسر بحسب ما أراده المشرع في الماضي

^{٨٨} - انظر: د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٤٠٩، ٤١٠. وراجع ما سبق عرضه

بالنسبة للمذهب التاريخي والأسس التي يقوم عليها.

وإنما يتعين تفسيره بحسب ما يمكن أن تكون عليه نية المشرع حين تطبيق هذا النص.

وقد انتقد هذا المذهب بأنه يوسع صلاحيات المفسرين مما يؤثر على التشريع ، وبالتالي يضيف على المفسرين صفة المشرعين بدل المفسرين.

٣- مذهب البحث العلمي الحر: ينسب هذا المذهب إلى الفقيه الفرنسي جيني^{٨٩}. وقد اهتم أنصار هذا المذهب بالمصدر المادي للقانون، وقد وقفوا موقفاً وسطاً بين المذهبين السابقين، وقد اعتمدوا على مبدئين:

الأول يتفق مع المذهب التقليدي، عند عرض الحالات التي سن من أجلها القانون، إذ يلزم البحث عن إرادة المشرع وقت وضع هذا القانون، ويتم تطبيقه مهما كانت درجة توافقه مع الظروف.

أما المبدأ الثاني فيتفق مع المذهب التاريخي، عند عرض حالات جديدة لم يتعرض لها القانون، إذ يجب على المفسر البحث عن حكم القانون في المصادر الأخرى للقانون، فإن لم يجد فعلى المفسر البحث في المصادر المادية التي أوجدت النص، أي الظروف الاجتماعية، السياسية، الاقتصادية... الخ. ويجب على المفسر البحث عن الحل الملائمة وفقاً لمصلحة وتطور المجتمع. والقاضي إذا كان حراً في انتقاء الحل الملائمة للحالات الجديدة فانتقاؤه يجب أن يكون علمياً وتسمى طريقته بالبحث العلمي الحر.

خامساً- حالات التفسير :

يقصد بحالات التفسير الأسباب إلى أدت بالقاضي أو الفقيه للبحث عن تفسير للقانون من أجل الإيضاح، وتسهيل فهم النص القانوني، ويمكن إجمال هذه الحالات بالآتية:

^{٨٩} - انظر: د. محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ١٥٤، ١٥٠.

أ-الخطأ المادي:

يكون هناك خطأ مادي في النص القانوني إذا كانت عبارة النص تتضمن خطأً فادحاً في بعض ألفاظه بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيحها، وهذا النوع من الخطأ لفظي لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيح ذلك اللفظ أو تلك العبارة ، وهذا الخطأ ليس بحاجة إلى تفسير وإنما إلى تصحيح فقط حتى يستقيم المعنى. وهو أبسطها وأقلها شأنًا لأنه في الواقع لا يستوجب تفسير النص المعيب وإنما تصحيحه فقط.

ب-الغموض أو الإبهام:

يعدّ النص القانوني غامضاً أو مبهماً إذا كانت عباراته غير واضحة، بحيث تحتمل التفسير أو التأويل، وبحيث يمكن أن نستنتج منها أكثر من معنى واحد، ومهمة القاضي في هذه الحالة هي أن يختار من بين المعاني المختلفة التي يحتملها النص المعنى الأكثر صحة.

ج-النقص أو السكوت:

يكون هنالك نقص في النص إذا جاءت عبارته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها، أو إذا أغفل النص التعرض لبعض الحالات التي كان يفترض أن ينص عليها.مثال ذلك : ورد في المادة (١٥١) من القانون المدني المصري القديم أنه:" كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر"، فهذه المادة قد يفهم منها أن كل فعل للإنسان أيًا كان نوعه يستوجب إلزام هذا الإنسان بالتعويض عما ينشأ عنه من ضرر للآخرين، ولكن الواقع أن المرء لا يلزم بالتعويض إلا عن الأضرار التي تنجم عن أفعاله غير المشروعة ، أما أفعاله المشروعة التي لا يتعدى فيها على

غيره فإنه لا يسأل عنها ولو سببت بعض الأضرار. ويتعين أن يكون نص المادة " كل فعل غير مشروع نشأ عنه ضرر للغير يلزم مرتكبه بالتعويض".

د-التناقض أو التعارض:

يكون هنالك تناقض أو تعارض بين نصين قانونيين إذا كان الحكم الذي يدل عليه أحدهما يخالف تماماً الحكم الذي يستنتج من الآخر، ومهمة القاضي في هذه الحالة التوفيق بقدر الإمكان بين النصين، فيسعى إلى أن يطبق كلاً منهما في زمرة معينة من الحالات.

فقد ورد في المادة (١١٥) من القانون المدني السوري أنه: "يقع باطلاً تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر". ونصت المادة (٢٠٠) من قانون الأحوال الشخصية على أن: "المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما، ويقام على كل منهما قيم بوثيقة".

فالمادة (١١٥) مدني سوري تشترط لعدّ تصرفات المجنون والمعتوه باطلة صدور قرار بالحجر عليهما، وتعدّ المادة (٢٠٠) من قانون الأحوال الشخصية أنهما محجوران لذاتهما، وبالتالي فإن تصرفاتهما تعدّ باطلة لمجرد الجنون أو العته حتى لو لم يصدر قرار بالحجر عليهما.

سادساً- طرائق التفسير:

يوجد للتفسير طرق داخلية تركز على النصوص التشريعية المراد تفسيرها، وطرق خارجية تركز على مصادر أخرى.

١- طرائق التفسير الداخلية:

تعتمد على استنتاج مدلول النص أو معناه من خلال صيغته بتفسير ألفاظه، وتقوم هذه الطرق على تحليل النص تحليلاً منطقياً واستنتاج الحكم

المطلوب منه مباشرة من دون اللجوء لإيضاحه إلى وسائل ومستندات أخرى خارجة عنه، ومن أهم هذه الطرق^{٩٠}:

أ- **لاستنتاج بطريق القياس**: يلجأ لهذا الطريق من طرائق التفسير لتطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص على حكمها في التشريع، وذلك لوجود تشابه بين الحالتين، أو لوجود ما يسمى بالاتحاد بينهما في السبب أو العلة. فقد جاء في أحد الأحاديث النبوية الشريفة بأن "قاتل مورثه لا يرث" ، فالحكم هنا هو حرمان الوارث الذي يقتل مورثه من الإرث بسبب قتله مورثه. وقد قيست على هذه الحالة حالة مماثلة هي قتل الموصى له للموصي إذ طبق على هذه الحالة نفس الحكم وهو حرمان الموصى له من حقه في الوصية وذلك للاشتراك في السبب بين الحالتين الذي هو الاستعجال، وبالتالي لا يستحق الموصى له وصية من أوصى له.

ب- **استنتاج من باب أولى**:

في حالة وجود واقعة نص عليها القانون لسبب معين، ووجدت واقعة أخرى لم يرد نص بشأنها، وظهر سبب الواقعة الأولى في الواقعة الثانية بشكل جلي وواضح أكثر من الواقعة المنصوص عليها فيطبق حكم الحالة المنصوص عليها على الحالة التي لم يرد بشأنها نص. فالآية القرآنية الكريمة التي تأمرنا بحسن معاملة الوالدين بنصها: وجوب عدم قول أف لهما ولا نههما، يستنتج منها أنها تحرم ضرب الأب والأم لأن الإساءة بالضرب تكون أكبر من النه.

ج- **الاستنتاج بمفهوم المخالفة**:

في حالة حدوث واقعة لم ينص عليها القانون، وتوجد واقعة معاكسة لها نص عليها القانون فإنه يتم تطبيق عكس حكم الواقعة الثانية على الأولى، وذلك

^{٩٠} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٥٠، ود. محمد محمود عبد الله، المرجع

بمفهوم المخالفة. فقد جاء في المادة (٤.٥) من القانون المدني السوري على أن " هلاك المبيع قبل تسليمه يؤدي إلى فسخ العقد، واسترداد الثمن من قبل المشتري ، وبمفهوم المخالفة نستنتج أن هلاك المبيع بعد التسليم لا يفسخ العقد ولا يسترد الثمن.

٢- **الطرق الخارجية:** يمكن للقاضي اللجوء في تفسير النص القانوني إلى طرق خارجية، وهي الوثائق أو الدلائل التي يستعين بها، وتكون خارجية عن النص القانوني أهمها:

أ- **حكمة التشريع :**

حين يضع المشرع نصاً من النصوص لا يفعل ذلك بصورة عفوية أو اعتباطية، وإنما يختار هذا النص سعياً وراء غاية يحرص عليها، أو تحقيقاً لحكمة يراها، والحكمة التي يتضمنها تساعد على تفسير هذا النص حين غموضه وعلى استنتاج الحكم الصحيح منه^{٩١}.

واستخلاص المفسر للحكمة من وضع النص القانوني يسهل تفسيره وتطبيقه. فالعلة من منع إخراج العملة الصعبة إلى الخارج أنها تخرب الاقتصاد الوطني .

والمشرع حين يشدد العقوبة في حالة " السرقة ليلاً " فيمكن تفسير ذلك أن المشرع لا يقصد في الواقع أن يشدد العقوبة بجريمة السرقة التي تقع خلال ساعات معينة وإنما خلال ظروف معينة وهي وجود الظلام.

ب- **الأعمال التحضيرية :**

تؤدي هذه الأعمال دوراً هاماً في تفسير معنى القانون المبهم وإيضاحه، ويرجع لها القاضي لبيان قصد المشرع ، وهي مجموعة الأعمال التي تسبق

^{٩١} - انظر: د. مرقس، المرجع السابق ، ص ٣٦٧ .

صدور القانون من قبل المشرع، وتتمثل في المذكرات التفسيرية ، مناقشات ومحاضر جلسات البرلمان ، أعمال اللجان، وهذه الوثائق تفيد المفسر في معرفة القصد الحقيقي للمشرع عند وضع النص، وأهم الوثائق التي تتضمنها هذه الأعمال التحضيرية:

– المذكرة الإيضاحية أو لائحة الأسباب الموجبة التي ترفق عادة بالتشريع إذ تبين الأسباب التي دعت إلى إصداره، والغاية المستوحاة منه، وأهم ما يتضمنه من قواعد قانونية بارزة.

– الدراسات التي تقوم بها اللجان التشريعية المختصة حول هذا التشريع بعد إحالته إليها.

– مناقشات أعضاء مجلس الشعب المتعلقة بالتشريع حين عرضه عليهم للتصويت عليه والإيضاحات التي يدلى بها الأعضاء حوله^{٩٢}.

ج-المصادر التاريخية:

وهي المصادر التي أخذ منها القانون قواعده واستمد منها أحكامه، فعند الغموض يلجأ القاضي إلى القانون الأجنبي الذي يمثل المصدر الذي استقى منه النص الوطني حتى يتمكن من تفسير النص، ولا يكون هذا إلزاماً بل استثناساً. إذ يمكن تفسير التشريعات السورية الوضعية المستقاة من القوانين الفرنسية بالرجوع إلى نصوص القانون الفرنسي، إذ يعدّ مصدراً تاريخياً لتلك التشريعات. ويمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي لتفسير النصوص المستمدة من هذه الأحكام، هذا فيما يتعلق بالأحوال الشخصية^{٩٣}.

^{٩٢} - انظر: د. مرقس ، المرجع السابق، ص ٣٦١ و٣٦٢ .

^{٩٣} - انظر: د. مرقس ، المرجع السابق ، ص ٣٦٥ .

المبحث السابع

تطبيق التشريع من حيث الزمان والمكان

نقصد بتطبيق القانون تحديد المجال الذي يطبق فيه القانون، بالنظر إلى:

١ - الحيز المكاني أو الإقليمي الذي يطبق فيه القانون (تطبيق القانون من حيث المكان).

٢ - الفترة الزمنية التي يعمل خلالها بالقانون (تطبيق القانون من حيث الزمان).

أولاً - تطبيق القانون من حيث المكان:

تفيد دراسة تطبيق القانون من حيث المكان بيان الحدود المكانية أو الإقليمية التي يطبق فيها قانون كل دولة تجنباً لوقوع أي تنازع بين قوانين الدول.

ويعني مبدأ إقليمية القوانين أن قانون الدولة إنما يطبق على كل الأفراد الذين يقيمون داخل إقليمها سواء أكانوا من رعاياها ممن يحملون جنسيتها أم من الأجانب ، وأن قانون هذه الدولة لا يطبق على من يقيم خارج حدود إقليمها، ولو كان من رعاياها ، وتطبيقاً لذلك وأخذاً بمبدأ إقليمية القانون، فإن القانون السوري يطبق فقط على الأفراد الذين يقيمون داخل حدود الإقليم السوري حتى ولو كانوا لا يحملون جنسيتها ، ولا يطبق القانون السوري خارج حدود الإقليم السوري .

أما مبدأ شخصية القوانين، فيعني أن قانون الدولة يطبق على رعاياها الذين يحملون جنسيتها سواءً أكانوا يقيمون على إقليمها أم خارجه ، ولا يطبق على الأجانب الذين لا يحملون جنسيتها ولو كانوا يقيمون على إقليمها . وتطبيقاً لذلك وأخذاً بمبدأ شخصية القانون فإن القانون السوري يطبق على الرعايا السوريين بصرف النظر عما إذا كانوا يقيمون داخل الإقليم السوري أم خارجه ، ولا يطبق القانون السوري على الأجانب الذين لا يحملون الجنسية السورية حتى ولو كانوا يقيمون داخل الإقليم السوري . ويأخذ القانون السوري بمبدأ إقليمية القانون أصلاً، وبمبدأ شخصية القانون كاستثناء لهذا الأصل. ويقسم مبدأ إقليمية القانون الذي يأخذ به المشرع السوري كأصل إلى شقين: شق إيجابي، وشق سلبي ، ترد على كل منهما استثناءات يطبق بشأنها مبدأ شخصية القانون .

ويتمثل الشق الإيجابي في مبدأ إقليمية القانون أن قانون الدولة يطبق على جميع الأشخاص الذين يقيمون داخل إقليمها بصرف النظر عن جنسيتهم ، وهذا يعبر عن مبدأ سيادة الدولة الذي تبسطه على إقليمها، وتطبيقاً لذلك فإن القانون السوري هو الواجب التطبيق على كل فرد يقيم داخل الإقليم السوري حتى ولو كان من الأجانب . وترد استثناءات على هذا الشق نجمها بالآتية :

١ - إن قانون الأحوال الشخصية يطبق تطبيقاً شخصياً، بمعنى أنه يعدّ استثناء لمبدأ إقليمية القانون، وتطبيقاً لذلك فإن القانون السوري لا يطبق على الأجانب الذين يقيمون داخل الإقليم السوري فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية من زواج وطلاق ونسب وميراث.. الخ، بل يطبق بشأن هذه العلاقات القانون الشخصي لأطراف هذه العلاقة شرط ألا يكون هذا القانون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في سورية. والعلة في ذلك اتصال الأحوال الشخصية بمعتقدات الشخص ودينه، ومن الضروري احترام هذه المعتقدات.

٢ - إن القوانين المتعلقة بالحقوق السياسية تطبق هي الأخرى تطبيقاً شخصياً إذ لا يجوز لغير رعايا الدولة ممارسة هذه الحقوق ، والعلّة في ذلك أن الحقوق السياسية لا يتمتع بها إلا من كان يكن للدولة الولاء والإخلاص ، وهما صفتان لا تتأكدان إلا بقيام رابطة العلاقة السياسية بين الفرد والدولة المتمثلة في الجنسية. وتطبيقاً لذلك لا يجوز لغير السوري أن يترشح لتولي مناصب في الدولة السورية، ولا الترشح للانتخابات.

٣ - إن القوانين المتعلقة بالنشاط الدبلوماسي تطبق هي أيضاً تطبيقاً شخصياً، ومن ثم لا يخضع الدبلوماسيون لقانون الدولة التي يوجدون دون داخل إقليمها بالنظر إلى ما يتمتعون به من حصانة. والعلّة في ذلك أن منح الحصانة الدبلوماسية يعبر عن الرغبة في تمكينهم من أداء مهامهم بعيداً عن مضايقات سلطة الدولة الأجنبية التي يعملون فيها.

ويتمثل الشق السلبي في مبدأ إقليمية القانون أن قانون الدولة لا يطبق خارج حدود إقليمها، وتطبيقاً لذلك لا يطبق القانون السوري خارج الحدود الإقليمية لسورية، ويرجع ذلك إلى أمرين وهما:

أ - أن الشخص الذي يقيم خارج إقليم الدولة يكون في الواقع في نطاق السيادة الإقليمية لدولة أخرى تخضعه لقانونها، ولا تسمح بتطبيق قانون أجنبي عليه.

ب - صعوبة متابعة تطبيق القانون خارج إقليم الدولة الذي أصدرته .

وأغلب النظم القانونية في وقتنا الحاضر ومنها النظام القانوني السوري تأخذ بالمبدأين معاً، فهي تطبق كل منهما بحسب نوع العلاقات التي يراد تطبيق التشريع عليها.

ومبدأ إقليمية القوانين هو الغالب بالنسبة إلى النظام القانوني السوري. ويأخذ بالمبدأين معاً في حالات منها، الأمور الجزائية إذ يطبق بالنسبة إليها مبدأ إقليمية القوانين، كما يطبق مبدأ شخصية القوانين. لأن التشريعات السورية

تطبق على جميع الجرائم التي ترتكب على إقليمها سواء ارتكبها سوري أو أجنبي مبدأ (إقليمية القوانين) وتطبق بالنسبة إلى الجرائم التي يرتكبها المواطنون السوريون خارج الإقليم (الأرض السورية) مبدأ (شخصية القوانين). وذلك حرصاً من الدولة على معاقبة كل من يرتكب جريمة على أرضها تهدد سلامتها وأمنها، وتحرص على معاقبة المجرمين من أبنائها وفقاً لقواعدها، ولو ارتكبوا جرائمهم خارج أرضها لأنها لا ترضى لهم اقتراف الجرائم.

ومن الحالات التي يأخذ بها النظام القانوني السوري بمبدأ إقليمية القوانين الأمور المتعلقة بالضابطة البوليسية، تنظيم المرور، ومراقبة الأسواق، والمحلات، والقواعد المتعلقة بالأشياء من عقارات أو أموال منقولة، وبما يترتب عليها من حقوق عينية، والقواعد المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية، والقواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي وإجراءات المحاكمة، والقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة.

ومن الحالات التي يأخذ النظام القانوني السوري بمبدأ شخصية القوانين: الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، والشروط الموضوعية لصحة الزواج، وأثار الزواج، والطلاق، والالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، والمسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم التي تحمي المحجورين والغائبين، والميراث والوصية، وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

ويطبق بالنسبة للعقود التشريع الذي يختاره المتعاقدان، فإذا لم يتفقا على تشريع معين يطبق التشريع النافذ في موطنهما المشترك، فإذا لم يكن لهما

مواطن مشترك طبق تشريع الدولة التي تم فيها العقد. أما العقود التي تتعلق بعقار ما، فيطبق عليها تشريع موقع هذا العقار^{٩٤}.

ثانياً - تطبيق التشريع من حيث الزمان :

يقضي المبدأ العام في هذا الموضوع بأن يطبق التشريع منذ صدوره ونفاذه إلى حين إلغائه، فهو لا يسري على ما تم من أفعال وتصرفات قبل نفاذه، وهو لا يتناول في حكمه ما ينشأ عن هذه الأفعال والتصرفات بعد زواله، وإنما ينحصر تأثيره ومفعوله فيما بين هاتين النقطتين نقطة مبدئه ونقطة منتهاه^{٩٥}. وينتج عن هذا أن التشريع الجديد يطبق فوراً منذ نفاذه بالنسبة إلى المستقبل ولكنه لا يسري على الماضي.

ويسمى التطبيق الفوري للتشريع بالأثر المباشر له، أما عدم سريانه على الماضي فيسمى بعدم رجعية التشريع.

ويقوم هذا المبدأ على فكرتين، الأولى، الأثر المباشر للتشريع وهذا يقتضي تطبيق التشريع الجديد فوراً، ووقف العمل بالتشريع السابق. أما الفكرة الثانية، فهي عدم رجعية التشريع وهذا يقتضي عدم سريان التشريع الجديد على الماضي بل تطبيق التشريع القديم على ما تم من أفعال وتصرفات قبل نفاذ التشريع الجديد^{٩٦}، فلو صدر تشريع يمنع تهريب الذهب خارج البلاد فإنه يطبق فوراً بالنسبة إلى جميع الأفعال التي ترتكب بعد نفاذه، ولكنه لا يطبق على الأفعال التي تمت قبله .

٩٤ - انظر: المادة (٢٠) من القانون المدني السوري .

٩٥ - انظر: عدنان جاموس، المرجع السابق، ص ٧٨. ود. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ١٥٩ .

٩٦ - انظر: د رمضان محمد أبو السعود ومحمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٢٥٤

وتطبيق التشريع الجديد فوراً ضرورة لا تحتاج إلى تسوية لأن التشريع الجديد يصدر ليلغي التشريع القديم، ويحل محله.

أما ضرورة عدم سريان التشريع الجديد على الماضي أو عدم رجعية التشريع فمبدأ مهم يستند إلى مسوغات كثيرة من المنطق والعدل والمصلحة.

ولكن هنالك حالات كثيرة لا تقتضي فيها الوقائع والتصرفات دفعة واحدة، وإنما هي تمتد فترة من الزمن بحيث تبدأ في ظل التشريع القديم، ثم تستمر إلى ما بعد نفاذ التشريع الجديد.

فلو أن شخصاً أوصى بثالث ماله في ظل تشريع يجيز الوصية بالثالث، ثم صدر بعد ذلك تشريع يحرم الوصية بأكثر من الربع، فأبي تشريع يطبق بالنسبة إلى هذه الوصية.

كذلك لو أن شخصاً بلغ سن الأهلية في ظل تشريع يعدّ سن الأهلية (١٨) عاماً، ثم بعد بلوغه سن الأهلية بعام صدر تشريع يجعل سن الأهلية (٢٣) عاماً. هل يعدّ هذا الشخص ناقص الأهلية أم كامل الأهلية؟ وللإجابة عن هذه الأسئلة لا بد لنا من عرض النظرية التقليدية والنظرية الحديثة اللتين بحثنا في مسألة تطبيق التشريع من حيث الزمان، ثم نعرض الحلول المتبعة في القانون السوري بالنسبة إلى هذه القضية.

أ- النظرية التقليدية:

تتخذ هذه النظرية للتفريق بين الحالات التي يتمتع فيها تطبيق التشريع الجديد، والحالات التي يجب فيها تطبيقه، معياراً يقوم على التمييز بين ما تسميه بالحق المكتسب ومجرد الأمل^{٩٧}. وترى هذه النظرية وجوب تطبيق

^{٩٧} - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٢٥٣ .

التشريع القديم إذا كان الأمر يتعلق بحق مكتسب، لأن تطبيق التشريع الجديد على الحق المكتسب يؤدي إلى إعطائه مفعولاً رجعياً، وهذا غير جائز بحسب مبدأ عدم رجعية التشريع، أما إذا كان لا يتعلق بحق مكتسب وإنما بمجرد أمل فليس في تطبيق التشريع الجديد في هذه الحالة ما يمس بمبدأ عدم رجعية التشريع. فمثلاً: إذا أوصى شخص بثلاث تركته في ظل تشريع يجيز الوصية بالثلث ثم صدر بعد ذلك تشريع جديد يحرم الوصية بأكثر من الربع فيتعين التفريق بين حالتين:

الأولى ، إذا كان الموصي قد توفي قبل صدور التشريع الجديد، فإن الموصى له يصبح ذا حق مكتسب في الوصية بمجرد وفاة الموصي، وتؤول إليه ملكية ما أوصى له ولا يجوز أن يطبق التشريع الجديد على هذه الوصية، لأن تطبيقه يؤدي إلى المساس بحق الموصى له، وهو حق مكتسب.

الثانية، أما إذا كان الموصي لم يمت بعد وقد صدر تشريع جديد عدل النسب المسموح الايصاء بها، فإن هذا التشريع يجب أن يطبق فوراً على الوصية المذكورة، وبالتالي لا تجوز الوصية إلا بمقدار ربع التركة فقط. وتطبيق التشريع الجديد في هذه الحالة لا يؤدي إلى المساس بحق مكتسب لأن الموصى له ليس له حق مكتسب في الوصية قبل موت الموصي، وإنما له مجرد أمل فيها إذ إن الموصي يستطيع أن يرجع عن وصيته في أي وقت يشاء.

غير أن هذه النظرية تجيز رجعية التشريع، أو بعبارة أخرى تعديله للحقوق المكتسبة في أربع حالات استثنائية:

أ- إذا نص التشريع الجديد صراحة على سريان أحكامه على الماضي، لأن مبدأ عدم رجعية التشريع لا تقيد المشرع وإنما تقيد القاضي فقط.

ب- إذا كان التشريع الجديد يتعلق بالنظام العام.

ج- إذا كان التشريع الجديد تشريعاً تفسيرياً، فإنه يطبق اعتباراً من تاريخ التشريع الذي جاء لتفسيره وليس من تاريخ صدوره فقط.

د- إذا كان التشريع الجديد من التشريعات الجزائية التي تلغي عقوبة سابقة، أو تضمن عقوبة أخف للمتهم.

وقد وجه نقد إلى النظرية التقليدية مفاده^{٩٨}، أنه يصعب التفريق في الواقع بين ما يجب أن يعدّ حقاً مكتسباً فلا يطبق عليه التشريع الجديد، أو مجرد أمل، فيطبق عليه هذا التشريع.

كما أن هنالك بعض الحالات التي تتعلق بحق مكتسب لا بمجرد أمل، ومع ذلك يطبق عليها التشريع الجديد لا القديم، وفي بعض الحالات تتعلق بمجرد أمل، ومع ذلك يطبق عليها التشريع القديم. ومثال ذلك الوصية فإذا علمنا أن الوصية لا تنشئ حقاً مكتسباً للموصى له في حال حياة الموصي، وإنما هي عبارة عن مجرد أمل لا يصبح حقاً مكتسباً إلا بوفاة الموصي، ولكن لو أن تشريعاً جديداً صدر في حال حياة الموصي، لا ليعدّل من حدود الوصية، وإنما ليضيف بعض الشروط عليها- كشرط إنشائها بسند رسمي عند كاتب العدل - فإن هذا التشريع لا يطبق على الوصية السابقة لصدوره حتى ولو كان الموصي لا يزال على قيد الحياة، فالوصية في هذه الحالة تظل صحيحة استناداً إلى التشريع الذي نشأت في ظله، ولا يطبق عليها التشريع الجديد بالرغم من أن تطبيقه لا يتعلق بحق مكتسب وإنما بمجرد أمل^{٩٩}.

^{٩٨} - انظر: د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

^{٩٩} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ١٦٩.

ب- النظرية الحديثة:

تفرق هذه النظرية بين ما يسمى بطريق إنشاء أو زوال الوضع القانوني من جهة، وبين آثار ذلك الوضع أو المركز القانوني من جهة ثانية^{١٠٠}. فكل وضع قانوني كالوضع القانوني للدائن أو الموصي، إنما ينشأ ويزول بطرق مختلفة هي عبارة عن وقائع وتصرفات قانونية، كما أن كل وضع قانوني تنتج عنه بعض الآثار كالأثار التي تترتب على الملكية أو الوصية أو حق الدائن^{١٠١}.

وتذهب هذه النظرية إلى أن الوقائع والتصرفات التي تؤدي إلى إنشاء الأوضاع القانونية أو زوالها يجب أن تتم وفقاً لشروط التشريع الذي تمت في ظله.

فلو عدل تشريع من شروط تكوين واقعة ما، فإن هذا التشريع لا يطبق على الوقائع التي تمت قبل صدوره إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك. أما لو كان التشريع الجديد قد صدر ولم يعدل من شروط الوقائع أو صحتها التي تؤدي لإنشاء وضع قانوني، وإنما عدل من آثار هذا الوضع فيجب التفريق بين حالتين:

الأولى- بالنسبة إلى الآثار التي نجمت سابقاً عن هذا الوضع القانوني فلا يطبق التشريع الجديد عليها، إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك عملاً بمبدأ عدم رجعية التشريع.

١٠٠- انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

١٠١- انظر: د. رمضان محمد أبو السعود ومحمد حسين منصور، المرجع السابق، ص

الثانية- أما بالنسبة إلى الآثار التي ستنتج عن هذا الوضع القانوني في ظل التشريع الجديد، فإن هذا التشريع هو الذي يطبق عليها عملاً بمبدأ الأثر المباشر للتشريع.

ثالثاً-الحلول المتبعة في القانون السوري:

١-في القانون الجزائي:

بالنسبة للقانون الجزائي يجب التفريق بين حالتين:

أ- أن يتضمن التشريع الجديد إحداث عقوبة لفعل لم يكن يعاقب عليه التشريع السابق، أو تشديد العقوبة التي كان يحددها ذلك التشريع لأحد الأفعال.

ب-أن يتضمن التشريع الجديد إلغاء العقوبة التي كان يقضي بها التشريع السابق بالنسبة إلى فعل من الأفعال أو تخفيفها.

والمبدأ بالنسبة إلى قواعد القانون الجنائي هو عدم رجعية القوانين وهو يعدّ من النتائج المباشرة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يشكل ضماناً مهمة لحماية الحرية الفردية للمواطن الذي يقضي منطوقه بسريان القانون الذي يحكم الجرم وقت ارتكابه، لكنه بالنظر إلى أن هذه القاعدة قد تقررت فقط لمصلحة الفرد، وصيانة لحرية، فإن المنطقي هو جواز سريان النص الجديد بأثر رجعي إذا كان هذا النص أصلاً للمتهم .وبناء على هذا، فهناك شرطان يجب توافرها لتطبيق القانون الأصلح للمتهم وهما:

- التحقق من صلاحية القانون الجديد للمتهم : إن مسألة تحديد القانون الأصلح للمتهم بين قانونين أو أكثر تعدّ مسألة قانونية بحتة يقررها القاضي باعتباره القائم على تطبيق القانون.

- صدور القانون الجديد الأصلح للمتهم قبل صدور حكم نهائي: حتى يستفيد المتهم من القانون الأصلح يجب أن يصدر هذا القانون قبل النطق بالحكم

النهائي على المتهم، أما إذا صدر حكماً نهائياً على المتهم، فلا يستفيد من القانون الجديد احتراماً لحجية الأحكام النهائية وللمبادئ الأساسية للقانون، إلا إذا كان القانون الجديد قد رفع عن الفعل صفة التجريم نهائياً وأصبح الفعل لا يشكل جريمة، هنا يضحى بحجية الحكم النهائي تحقيقاً للعدالة والمنطق.

٢- في قانون أصول المحاكمات المدنية: تطبق قوانين الأصول فوراً على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى، أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها^{١٠٢}. فلو صدر تشريع جديد يجعل أمر النظر في نوع معين من الدعاوى من اختصاص محكمة جديدة غير المحكمة التي كانت تعرض عليها هذه القضايا فإن التشريع الجديد يطبق فوراً، وتحال القضايا من المحكمة السابقة إلى المحكمة الجديدة ويستثنى من هذه القاعدة :

أ- القوانين المعدلة للاختصاص لا تطبق إذا كان تاريخ العمل بها يبدأ بعد تاريخ ختام المرافعات في الدعوى.

ب- القوانين المعدلة للمواعيد لا تطبق إذا كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها، بل يطبق التشريع القديم الذي بدأ في ظله مثلاً: لو صدر حكم عن المحكمة الابتدائية وكانت مدة استئنافه (١٥) يوماً ثم صدر تشريع جديد يجعل هذه المدة (١٠) أيام، فإن مدة الاستئناف تظل (١٥) يوماً وفقاً للتشريع القديم، وذلك خلافاً فيما لو صدر الحكم بعد صدور التشريع الجديد، فعندها تصبح مدة الاستئناف (١٠) أيام وفقاً للتشريع الجديد.

ج- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت ملغية أو منسئة لطريق من تلك الطرق

١٠٢- انظر: المادتان الأولى والثانية من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري.

٣- في القانون المدني:

نص القانون المدني على كيفية تطبيق التشريع من حيث الزمان بالنسبة

لثلاث حالات وهي:

أ- الأهلية : تسري النصوص المتعلقة بالأهلية 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^{١٠٣}. فلو أن شخصاً قد بلغ في ظل تشريع قديم سن الأهلية فيه (١٨) ثم صدر تشريع جديد يحدد سن الأهلية الكاملة بـ(٢٣) عاماً فإن التشريع الجديد يطبق فوراً ويعود هذا الشخص ناقص الأهلية حتى يتم سن (٢٣) عاماً. أما بالنسبة للتصرفات التي صدرت عن هذا الشخص (كالهبة مثلاً) فهي صحيحة في ظل التشريع القديم لأنها صدرت عن شخص كامل الأهلية، أما لو صدرت عنه بعد صدور التشريع الجديد فهي باطلة لصدورها عن شخص ناقص الأهلية.

ب- التقادم:

يجب التفريق بالنسبة إلى التقادم بين نوعين من الحالات^{١٠٤}:

الحالة الأولى:

أن يقرر النص الجديد مدة أطول للتقادم من المدة التي قررها النص القديم. مثلاً: لو كانت مدة التقادم في القانون القديم بالنسبة إلى حق ما (١٥) عاماً ثم صدر تشريع جديد جعل المدة (٢١) عاماً، فلو أن تقادماً بدأ في ظل تشريع

١٠٣- انظر: المادة السابعة من القانون المدني السوري .

١٠٤ انظر: المادة (٨) مدني سوري وما بعدها .

قديم وكانت قد انقضت منه (١٤) عاماً حين صدور التشريع الجديد، فإن هذا التشريع يطبق فوراً ويجب عندها لاكتمال هذا التقادم أن يبلغ السنين الواحد والعشرين التي نص عليها التشريع الجديد، أما في حال أن التقادم أكمل قبل صدور التشريع الجديد (١٥) عاماً فإن هذا التقادم يعدّ مكتملاً ويطبق عليه التشريع القديم.

الحالة الثانية: أن تكون مدة التقادم التي يقرها النص الجديد أقصر من المدة التي يقرها النص القديم^{١٠٥}. مثلاً نفرض أن مدة التقادم بحسب تشريع قديم كانت (١٥) عاماً ثم أصبحت بحسب تشريع جديد (٥) سنوات، فلو أن تقادماً بدأ في ظل التشريع القديم واستمر مدة (٣) سنوات، ثم صدر التشريع الجديد، فإن التشريع الجديد هو الذي يطبق منذ صدوره بشرط أن تبدأ مدة التقادم اعتباراً من صدور التشريع الجديد لا من بدء التقادم السابق أي تطبق مدة السنوات الخمس، إضافة لمدة الثلاث سنوات التي مرت من التقادم السابق.

أما إذا كانت المدة الباقية من التقادم السابق أقل من المدة التي يقرها التشريع الجديد، فإن التقادم يكتمل بانتهاء هذه المدة الباقية، ولا حاجة لتطبيق مدة التقادم الجديد. فلو أتم التقادم السابق فرضاً (١٣) عاماً فإنه لا تطبق عليه مدة (٥) سنوات، وإنما يكفي بإتمام السنين المتبقيتين.

ج- الأدلة التي تعدّ مسبقاً:

تسري في شأن الأدلة التي تعدّ مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده^{١٠٦}. فلو أن

^{١٠٥} انظر: المادة (٩) مدني سوري وما بعدها وما بعدها.

^{١٠٦} - انظر: المادة العاشرة من القانون المدني السوري.

شخص باع لشخص آخر طاولة بمبلغ (١٠٠) ليرة سورية، وكان يجوز إثبات هذا العقد بشهادة الشهود. ثم صدر بعد ذلك تشريع لا يجيز إثبات التعاقد بشهادة الشهود إذ تجاوزت قيمة العقد مبلغ (٥٠) ل.س، فكل عقد تتجاوز قيمته هذا المبلغ فيجب إثباته بسند خطي رغم أنه كان من الممكن إثبات العقد السابق بشهادة الشهود قبل صدور القانون الجديد لأنه في ذلك الوقت الذي تم فيه العقد لم يكن هنالك اشتراط لإعداد دليل خطي لإثبات الالتزام.

د-العقود: يطبق بالنسبة إلى العقود التشريع الذي جرت في ظله سواء فيما يتعلق بشروط انعقادها أو صحتها أو فيما يتعلق بآثارها، والتشريع الجديد يطبق بالنسبة إلى الآثار التي تنجم بعد نفاذه على العقود السابقة إذا كان هذا التشريع من النظام العام^{١٠٧}. فالتشريع الجديد لا يستطيع أن يعدل من شروط انعقاد، أو صحة العقود السابقة لصدوره ونفاذه.

وكذلك لا يطبق التشريع الجديد على الآثار التي سبق أن ترتبت على العقود قبل نفاذه، ولا على الآثار التي ستترتب عليها بعد ذلك، بل يطبق بالنسبة إلى هذه الآثار التشريع القديم الذي أجريت العقود في ظله.

^{١٠٧} - انظر: د. محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

المبحث الثامن

إلغاء التشريع

يعني إلغاء التشريع زواله وإنهاء العمل به ، فكما يستطيع المشرع أن يسن ما يشاء من تشريعات حين تدعو الضرورة، فإنه يستطيع كذلك إلغاء التشريعات التي يرى أنها لم تعد ملائمة للأوضاع الجديدة في المجتمع^{١٠٨}.

والإلغاء إما أن يكون عاماً بحيث يشمل جميع أحكام التشريع السابق، أو جزئياً بحيث يقتصر على بعض هذه الأحكام من دون بعضها الآخر. ويتعين أن يكون التشريع الجديد الذي يتضمن إلغاء نص تشريعي سابق صادراً عن السلطة ذاتها التي أصدرت النص السابق أو عن سلطة أعلى منها.

فالدستور هو أعلى التشريعات مرتبة، ثم يليه التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، ثم المراسيم والقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية.

فكل نص من هذه النصوص يلغى بتشريع مماثل، أو بتشريع أعلى منه، ولكنه لا يمكن أن يلغى بتشريع أقل منه^{١٠٩}. فالنص التشريعي يمكن أن يلغى بنص تشريعي آخر، أو بنص دستوري، ولكنه لا يلغى بقرار إداري.

ولا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع النص التشريعي القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع.

^{١٠٨} - انظر: عدنان جاموس، المرجع السابق، ص ٧٤ .

^{١٠٩} - انظر: حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٣٣٦، ٣٣٧.

ويكون الإلغاء صريحاً، حين يتضمن التشريع الجديد نصاً يقضي بإلغاء التشريع السابق، أو بإلغاء بعض مواده وهذا الإلغاء هو أبسط أنواع الإلغاء. أما الإلغاء الضمني فيكون في إحدى الحالتين التاليتين:

أ – أن يشتمل التشريع اللاحق على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، فإذا تعذر تطبيق النصين في آن واحد والعمل بهما معاً، فيكون النص اللاحق قد ألغى ضمناً النص القديم. أما إذا أمكن التوفيق بينها فلا يكون النص اللاحق قد ألغى السابق وإنما يطبق كل منهما بالنسبة إلى الحالات التي تناولها في أحكامه.

ب – أن ينظم التشريع اللاحق من جديد الموضوع الذي سبق أن نظم قواعده التشريع القديم. يعدّ التشريع اللاحق في هذه الحالة قد حل محل التشريع القديم وألغاه وإن لم ينص صراحة على هذا الإلغاء. ومن أمثلة هذا النوع من الإلغاء حالة الدستور السوري الذي صدر عام ١٩٥٠ فهو بالرغم من أنه لم ينص صراحة على إلغاء الدستور السابق له فإنه عدّ قد ألغاه ضمناً حتى بالنسبة لما يتضمنه من أحكام لا تتعارض مع أحكامه.

وفي أغلب الأحيان فإن التشريع اللاحق الذي يصدر لينظم من جديد الموضوع يتضمن عادة نصاً صريحاً بإلغاء التشريع القديم.

الفصل الثاني

المصادر غير التشريعية

نعرض في هذا الفصل للمصادر غير التشريعية، وهي الشريعة الإسلامية، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ونفرد لكل مصدر منها مبحثاً مستقلاً وفق الآتي:

المبحث الأول: الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: العرف

المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

المبحث الأول

الشريعة الإسلامية

تطلق كلمة الشريعة في الاصطلاح الفقهي: على الأحكام التي شرعها الله تعالى لعباده على لسان رسول من الرسل، فسميت هذه الأحكام بالشريعة لأنها مستقيمة لا انحراف فيها عن الطريق المستقيم، محكومة الوضع لا ينحرف نظامها، ولا يلتوي عن مقاصدها.

ومن الشريعة الإسلامية بمعناها الفقهي، اشتق الشرع، والتشريع، هو سنّ القواعد القانونية سواء عن طريق الأديان، ويسمى تشريعاً سماوياً، أو عن طريق البشر، وصنعهم، فتسمى تشريعاً وضعياً.

أولاً- التفريق بين الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية .

الفقه هو الاجتهاد للتوصل إلى استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية، وهو الجانب العملي من الشريعة، وقد نشأ تدريجياً منذ عصر

الصّحابة نظراً إلى حاجة النَّاس لمعرفة أحكام الوقائع الجديدة^{١١٠}، وظهرت عدّة مذاهب فقهية إلى أن انتهى الأمر إلى استتقرار المذاهب الرئيسية الأربعة، وهي: المالكي، والحنفي، والشافعي، والحنبلي. وتتميّز هذه المذاهب باختلافها في بعض الأحكام التفصيلية.

أمّا بالنسبة لمبادئ الشريعة، وهي الأصول الكلية التي تتفرّع عنها الأحكام التفصيلية فلا خلاف بشأنها من مذهب لآخر، وهذا يعني أنّ النظام القانوني في الشريعة الإسلامية قائم على قواعد، وأحكام أساسية في كلّ الميادين، ومن ضمن المبادئ الأساسية في قسم الحقوق الخاصة: أ- عدت الشريعة الإسلامية كلّ فعل ضارّ بالغير موجباً لمسؤولية الفاعل، أو المتسبب، وإلزامه بالتعويض عن الضرر، وهذا المبدأ تضمّنه الحديث الشريف: "لا ضرر ولا ضرار".

ب- مبدأ حسن النية في المعاملات، تضمّنه الحديث الشريف: "إنّما الأعمال بالنيّات".

ج- مبدأ أنّ العقد ملزم لعاقديه، فقد تضمّنته الآية القرآنية: (يا أيّها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)^{١١١}.

د- المتعاقدون أحرار في وضع شروطهم إلّا ما يخالف النظام العام، والآداب العامّة، وهذا ما تضمّنه الحديث الشريف: "المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطاً أحلّ حراماً، أو حرّم حلالاً".

^{١١٠} - انظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، وأدلّته، دار الفكر ١٩٨٥، الجزء الأول،

^{١١١} - انظر: الآية (١) سورة المائدة .

ثانياً- مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها: اتفق جمهور فقهاء المسلمين على الاستناد على أربعة مصادر، وهي القرآن، السنة، الإجماع، والقياس، والدليل على ذلك حديث معاذ بن جبل (رضي الله عنه) "الذي بعثه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قاضياً إلى اليمن، فقال له الرسول الكريم: كيف تقضي يا معاذ إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبعام رسول الله (السنة النبوية)، قال: فإن لم تجد في عام رسول الله، قال: أجتهد برأبي ولا آلو. أي لا أقصر في الاجتهاد، فضرب رسول الله (صلى الله عليه، وسلم) على صدره، وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله".

ثالثاً- مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون السوري :

لم يقتصر الإسلام على الدعوة إلى عبادة الله وطاعته، وإنما جاء ناظماً لأمر الدنيا والآخرة معاً، وحاول إقامة نظام قانوني واجتماعي شامل يتبعه الناس في معاملاتهم وأموالهم.

ويختلف الدين الإسلامي عن المسيحية بأن حركة التشريع فيه رافقت الدولة الإسلامية منذ نشوئها، وليس عمل الصحابة والفقهاء سوى امتداد لهذه الحركة، في حين تعدّ القواعد القانونية المسيحية من عمل رجال الكنيسة وفقهائها.

والشريعة الإسلامية هي وحدها المطبقة بالنسبة إلى المسلمين في الأمور والأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونسب... الخ. كما أنها تطبق بالنسبة إلى غير المسلمين في بعض الأمور كالإرث مثلاً. ويصعب الاستعاضة عن الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية بأحكام مستمدة من تشريعات أجنبية لأن هذه القضايا تعدّ ذات صلة بمعتقداتها الدينية.

ويعدّ القانون المدني السوري الشريعة الإسلامية مصدراً ثانياً من مصادر القانون بعد نصوص التشريع، وذلك يعني أن الشريعة الإسلامية لم تعدّ المصدر الرئيسي للقواعد القانونية في سورية، ولكنها تعدّ مصدراً مكماً أو متمماً للتشريع، ويرجع إليها بمختلف مذاهبها لا إلى مذهب فقهي واحد منها.

وتعدّ الشريعة الإسلامية من المصادر التاريخية للقانون المدني حيث استمد هذا القانون الكثير من أحكامه منها، ومعظم أحكامه الأخرى لا تتعارض مع مبادئها وقواعدها.

المبحث الثاني

العرف

العرف هو ما ألفه الناس، وساروا عليه في تصرفاتهم، سواء أكان فعلاً، أو قولاً، من دون أن يعارض نصاً.

أو العرف هو ما استقرّ في النفوس، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، فعلاً، أو قولاً، من دون معارضة لنص، أو إجماع سابق.

يفهم من هذا التعريف أنّ تحقق العرف يعتمد على عدد كبير من الناس، اعتادوا قولاً، أو فعلاً تكرر مرّة بعد أخرى حتّى تمكّن أثره من نفوسهم، وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول، والاستئناس، ومن ثمّ فإذا لم يكن الأمر المتعارف عليه شائعاً بين أكثر الناس لا يتكون به عرف، بل يكون من قبيل العادة الفردية، والسلوك الشخصي.

ويعدّ القانون المدني السوري العرف مصدر ثالث من مصادر القانون بعد التشريع والشريعة الإسلامية. أما القانون المدني المصري فقد قدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية عاداً إياه المصدر الثاني للقانون.

وكذلك فإن العرف يأتي بالنسبة إلى أغلب الشرائع بعد التشريع مباشرة في المكانة والمنزلة والأهمية.

ويعدّ العرف أقدم من التشريع من الوجهة القانونية. وهو يعدّ من أقدم مصادر التشريع الإنساني، إذ إن البشرية بدأت بعادات وأعراف جعلت منها شريعة تحتكم إليها، ولا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهمّ مصادر القانون (المادّة ٢/١ من القانون المدني السوري). والشريعة الإسلامية حينما جاءت وجدت كثيراً من الأعراف في المجتمع العربي، فأقرت الصالح منها، وألغت الفاسد من تلك العادات والأعراف.

والعرف الصحيح، كالمصالح المرسلّة، يعدّ مصدراً خصباً في الفتوى، والقضاء، والاجتهاد، فينبغي أن يراعي في كلّ من تشريع الأحكام، أو تفسير النصوص.

أولاً-مزايا العرف:

يرجع الفضل في إبراز أهمية العرف ومزاياه للمدرسة التاريخية التي تعطي الأولوية للعرف على التشريع، إذ تبين أنّ العرف:

١ - يلائم، أو يوافق حاجات الجماعة، لأنه ينشأ باعتياد الناس عليه، فيأتي على قدر متطلّبات المجتمع باعتباره ينبثق من هذه المتطلّبات، فبظهور متطلّبات جديدة تنشأ أعراف جديدة تزول بزوال هذه المتطلّبات.

٢ - كما أنّه يوافق إرادة الجماعة أيضاً باعتباره يصدر عنها، وينشأ في ضمير الجماعة، فهو قانون أكثر شعبية من التشريع لأنّ مصدره الشعب، بينما التشريع يصدر من السلّطة فيوافق إرادتها فقط، وقد سبق القول بأنّ القوانين إذا صدرت بهذا الشكل لن تستمرّ طويلاً.

٣ - إنَّ العرف قابل للتطوّر وفقاً لتطوّر الظروف الاجتماعية، والاقتصادية، فهو يتطوّر بتطوّر المجتمع، ويزول إذا زالت الحاجة التي أدت إلى ظهوره.

ثانياً-عيوب العرف:

يمكن إبراز عيوب العرف في المسائل التالية :

١ - العرف بطيء التكوّن، وكان يعتمد عليه في مرحلة كان فيها التطوّر الاقتصادي والاجتماعي بطيئين، ولكن الآن مع سرعة تطوّر المجتمع في جميع المجالات لا يمكن الاعتماد عليه لتطوّر المجتمع في الحالات التي تتطلب السرعة.

٢ - العرف متعدّد بل قد يكون محلياً خاصاً بمنطقة معينة، ممّا يؤدي إلى تعدّد الأعراف، بينما التشريع موّحد يطبّق على الكلّ، لهذا يظلّ التشريع أوّل مصدر للقانون، وأهمّه، لأنّه يحقّق وحدة القانون، والأمن، والاستقرار، إلى جانب كونه قابلاً للتطوّر بسرعة كلّما تطلّبت الأوضاع ذلك، فيتمّ إلغاء التشريع القديم، أو تعديله، وصدور تشريع جديد.

٣ - إنّ القواعد العرفية مرنة، وعدم كتابتها يجعلها صعبة بحيث يكون من العسير ضبطها، بينما التشريع يسهل ضبطه نظراً لكونه مكتوباً.

ولا تعني هذه العيوب أنّ العرف قليل الأهمية، ولكنه يعدّ أقلّ فائدة من التشريع، وتظلّ له مكانته بحيث يعدّ المخرج العملي في حالة عدم وجود نصّ تشريعي، إذ يرجع القاضي إلى العرف الجاري، كما أنّ المشرّع يستعين بالعرف في مسائل معينة، إذ هناك مسائل تقتضي طبيعتها أن تكون لها حلول متنوّعة قابلة للتغيير، ويفضل عدم تجميدها، أو تقييدها بنصوص تشريعية تحول من دون تطوّرهما المستمرّ.

ثالثاً-أركان العرف: للعرف ركنان: مادّي ومعنوي يميّزه عن العادة.

١-الركن المادّي:

- ويتمثّل في اطراد، أو تكرار سلوك النّاس في مسألة معيّنة بما يكفي لإنشاء عادة تتوافرّ فيها شروط أساسيّة، وهي:
- أن تكون عامّة ويكفي أن تكون كذلك، ولو كان العرف محلياً، أو مهنيّاً.
 - أن تكون قديمة أي مضت على ظهورها مدّة كافية لتأكيد استقرارها.
 - أن تكون العادة ثابتة أي اتبعت بنفس الصورة منذ ظهورها بغير انقطاع.

٢-الركن المعنوي:

هو اعتقاد الناس بالزامية العادة، أي شعور الناس كافّة بأنهم ملزمون بإتباع هذه العادة لأنها أصبحت قاعدة قانونية، ويتعرّضون لجزاء في حالة مخالفتهم لها، ولا يوجد ضابط يمكن الاستناد إليه لتحديد الوقت الذي يتمّ فيه توافر الشعور بالزام العرف، ولكن ينشأ هذا الشعور تدريجياً، ومتى استقرّ أصبحت العادة عرفاً. والركن المعنوي هو الذي يفرّق بين العرف والعادة إذ لو افتقدت العادة الركن المعنوي، ظلّت عادة فقط، وليست عرفاً، فتكون غير واجبة التّطبيق كما أنّ التقاليد الاجتماعية كالعادات المتعلّقة بأداب الزيارات، والتهنئة، وتقديم الهدايا في المناسبات حتّى لو كانت عادات عامّة ثابتة، وقديمة، فإنها ليست عرفاً، لعدم شعور النّاس بالزاميتها، فمخالفتها لا يترتّب عنها جزاء. ومن أمثلة العادات التي لم تبلغ مرحلة العرف، عادة تقديم الهدايا في الأفراح، والعادة كثيراً ما تنقلب إلى العرف عندما يتوافر لها العنصر المعنوي. كعادة دفع الإكرامية في المطاعم أو الفنادق العامة، فهي تعدّ في كثير من البلاد بمنزلة عرف لشعور الناس بأنهم ملزمون بذلك.

رابعاً-العرف والعادة:

يشترط العرف توافرّ الركنين المادّي والمعنوي في نفس الوقت، ومن ثمّ يتميّز عن مجرد العادة التي يعمل بها من دون أن يسود الاعتقاد

بإلزامها، ولا يتحقق فيها هذا العنصر إلا باختيار الأفراد حينما يعبرون عن إرادتهم إزاءها بالاتفاق على الأخذ بها، ولذلك يطلق عليها العادة .
وبما أن العادة يكون إلزامها بالاتفاق عليها فهي تختلف عن القاعدة المكملّة تشريعية كانت أم عرفية، التي لا يلزم تطبيقها إلا إذا لم يوجد الاتفاق على خلافها.

ويترتب على التفريق بين العرف والعادة الاتفاقية نتائج مهمّة نذكر من بينها ما يلي: العرف كأي قاعدة قانونية يطبق في شأنه مبدأ لا عذر بجهل القانون، أمّا العادة، وهي واقعة مادية أساس إلزامها اتفاق الأفراد فلا يصح افتراض العلم بها.

خامساً-صلة العرف بالتشريع:

لا مجال لتطبيق العرف أبداً بالنسبة إلى بعض فروع القانون كالقانون الجزائي مثلاً، بل التشريع هو وحده واجب التطبيق إذ لا جريمة ولا عقوبة من دون نص تشريعي.

وبالنسبة إلى القانون الدولي العام فهناك مجال كبير لتطبيق العرف، إذ إن الأعراف الدولية تعدّ من أهم مصادر القانون الدولي العام.

أما بالنسبة للقانون الخاص، فإن أثر العرف قوي أيضاً، وتبدو أهميته خاصة في القانون التجاري أكثر منها في القانون المدني، لأن القانون التجاري يتطلب شيئاً من المرونة، وهو يترك ما ينشأ من أموره إلى ما ينشأ بين التجار من أعراف.

وتقوم صلة العرف بالتشريع من خلال حالتين^{١١٢}:

أ- توافق العرف مع التشريع:

يبدو هذا التوافق بين العرف والتشريع في حالتين: الأولى حالة اخذ التشريع قواعده من العرف، والثانية حالة إكمال العرف أحكام التشريع.

الحالة الأولى: الكثير من القواعد التشريعية مستمدة من العرف، فالمشرع حين يعمد إلى سن تشريعاته يحرص في أغلب الأحيان على أن يتبنى الأعراف السائدة التي أثبت التطبيق صلاحيتها، فتقلب القواعد التي تتضمنها هذه الأعراف من عرفية إلى تشريعية، ويستمر الناس على إتباعها لأنهم ألفوها من جهة، ولأن التشريع قد تبناها من جهة ثانية، ويكون التوافق بذلك تاماً بين العرف والتشريع.

الحالة الثانية: لا يستطيع التشريع أن يتضمن جميع الأحكام التي يحتاج إليها الناس في أمورهم ومعاملاتهم، بل إن الكثير من المسائل التفصيلية قد يترك أمر تنظيمها للعرف الذي يكمل التشريع في هذه الحالة، ويسد النقص فيه.

ويعترف التشريع للعرف بهذه السلطة ويعدّ أن القواعد العرفية تقوم مقام القواعد التشريعية حين فقدانها. والتشريع حين يحيل إلى العرف كأنما هو يتبنى قواعده ويقرها، وبذلك نجد أن التوافق تام بينهما في هذه الحالة، لأن تطبيق العرف هنا ما هو في الواقع إلا عبارة عن تطبيق للتشريع نفسه الذي يحيل عليه.

^{١١٢} - انظر: د. رمضان محمد أبو السعود ومحمد حسين منصور، المرجع السابق، ص

إنّ الدور الأساسي للعرف باعتباره مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون هو دوره المكمل للتشريع، فإذا وجد نقص في التشريع فيمكن أن يلجأ إليه لحلّ نزاع قانوني مثلاً، وذلك تطبيقاً للمادة الأولى من القانون المدني التي تنصّ على ذلك صراحة.

لكن لا بدّ من معاينة القاضي لهذا النقص في التشريع من جهة، ولعدم إمكان سدّ هذا النقص باللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الأوّل من جهة ثانية. ويعلّل الفقه دور العرف المكمل في القوانين التي لا تجعل منه مصدراً احتياطياً صراحةً بأمرين: أولهما أنّ سكوت المشرّع عن مسألة معينة يحتمل أن يفسّر بوجود عرف ثابت يدلّ في ذاته على صحّة السلوك المتبع ممّا يستبعد الحاجة إلى تدخّل المشرّع لتغييره، وثانيهما من الأفضل الاعتراف للعرف الموجود بالقوّة الإلزامية لما في ذلك من ضمان للاستقرار القانوني، فالنظام القانوني يكون آنذاك مزوداً بقاعدة سلوك مشهورة وشائعة يمكن لأيّ شخص أن يرجع إليها على الأقلّ طالما لم يتدخّل التشريع بما يتنافى معها.

ب- تعارض العرف مع التشريع:

قد ينشأ عرف مخالف لقاعدة من القواعد التي نص عليها التشريع فما الذي يجب الأخذ به في هذه الحالة، القاعدة التشريعية أم العرف ؟

إذا قضى التشريع بترجيح العرف المخالف لحكم القاعدة التي يتبناها على هذا الحكم فلا شك أن العرف هو الذي يتبع استناداً إلى نص التشريع نفسه. مثال ذلك: جاء في المادة (٤٣٢) من القانون المدني: أن نفقات تسلّم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بخير ذلك . فالقاعدة تقضي بتحمل المشتري نفقات تسلّم المبيع ولكن لو وجد عرف سائد يقضي

بتحمل البائع والمشتري نفقات تسلم المبيع فيتبع حكم العرف ويهمل حكم القاعدة الأصلية.

أما لو كان العرف يخالف قاعدة تشريعية من دون أن ينص التشريع نفسه على ترجيحه، فهنا يجب التفريق بين حالتين:

الأولى: أن تكون القاعدة التشريعية التي يخالفها العرف من القواعد الأمرة التي تتعلق بالنظام العام. في هذه الحالة تطبق القاعدة ويهمل العرف، لأن القواعد التي تتعلق بالنظام العام تؤثر في المجتمع تأثيراً مباشراً، ولا يجوز الحد منها عن طريق الأعراف أو غيرها.

الثانية: أن تكون القاعدة التشريعية التي يخالفها العرف من القواعد التكميلية أو المفسرة، في هذه الحالة يجب التفريق فيما إذا كانت مخالفة العرف للقاعدة التشريعية واقعة في الأمور التجارية أو الأمور المدنية.

فإذا خالف العرف القاعدة التشريعية التكميلية أو المفسرة فإنه يجب الأخذ بالعرف وإهمال القاعدة التشريعية.

أما في الأمور المدنية فهناك رأيان:

الأول: وفيه يرجح العرف المخالف للقاعدة التشريعية التكميلية أو المفسرة على هذه القاعدة. وذلك لأن القاعدة المفسرة إنما تطبق لأنه يفترض أن المتعاقدين قد أرادها، ولكن ما دام قد وجد العرف المخالف فمن الأصح أن نعد إرادتهما قد انصرفت إليه، وعندئذ يطبق العرف لأنه أصدق تعبيراً عن إرادة المتعاقدين.

الثاني: وفيه ترجح القاعدة التشريعية التكميلية أو المفسرة على العرف الذي يخالفها، وحجة أصحاب هذا الرأي أن نص التشريع مقدم على العرف، لأن العرف لا يجوز تطبيقه إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي. أما إذا وجد نص تشريعي وعرف مخالف، فإن النص التشريعي هو الذي يطبق أولاً.

المبحث الثالث

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

القانون الطبيعي هو مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني. ويعرفه البعض بأنه "مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسمى صورها".

أما العدالة تعني ضرورة التسوية في الحكم، على الحالات المتساوية. والعدالة تقضي الأخذ بأقرب الحلول لموضوع واحد. وعند الحكم على حالة معينة يجب أن تراعي جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة.

فالعدالة بهذا المفهوم هي المساواة في الحكم ، على العلاقات فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة مع الاعتداد دائماً بالجانب الإنساني ، وكذلك بالظروف الشخصية التي تحيط بالفرد في كل حالة.

إن مفهوم القانون الطبيعي ومفهوم العدالة واحد ولا فرق بينهما ولذلك فإن قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة هما شيء واحد، ولهذا يستعمل التعبيران كمترادفين لا فرق بينهما.

ولما كان القانون يلزم القاضي بالفصل في كل نزاع يعرض عليه ، إذ لا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم في الدعوى المطروحة أمامه ، وإلا عدّ مرتكباً لجريمة إنكار العدالة ، لهذا يلجأ المشرع دائماً إلى أن يضع أمام القاضي وسيلة تمكنه من الفصل في النزاع المعروض عليه في الحالات التي لا تسعفه فيها نصوص قانونية خاصة ، وتلك الوسيلة هي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وخلاصة القول: إن قواعد القانون الطبيعي والعدالة لا يلجأ القاضي إليها إلا إذا استعصى عليه تطبيق نص تشريعي ، ولم يجد حكماً لموضوع النزاع في المصادر الأخرى.

وهذه القواعد سواء أكانت ثابتة كما تراها نظرية القانون الطبيعي الأصلية أم متغيرة كما تراها نظرية القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير، هي تلك التي أراد المشرع أن يحيل القاضي إليها حين نص في المادة الأولى من القانون المدني على اعتبارها مصدراً أخيراً من مصادر القانون يلجأ إليه القاضي للحكم بموجبه عند عدم كفاية المصادر الأخرى^{١١٣}.

ويرى بعض الفقهاء أن هنالك نوعان من القانون الطبيعي:

القانون الطبيعي المبدئي: ويشمل مجموعة قليلة من المبادئ الأساسية العامة. والقانون الطبيعي الثانوي: ويشمل القواعد التفصيلية التي يفرعها العقل على تلك المبادئ لتحقيق العدالة. وهذه المبادئ التي تشكل القانون الطبيعي الثانوي يسميها القانون المدني قواعد العدالة.

^{١١٣} - انظر: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص ٢٨٢،

واثر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يتناول فقط المشرع حين وضعه للقواعد التشريعية، بل يشمل أيضاً القاضي الذي يستطيع أن يستند إليها مباشرة، وأن يقضي بموجبها عند فقدان المصادر الأخرى.

فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة يمكن أن يستفاد منها في مجالين: مجال التشريع ومجال القضاء. أما في مجال التشريع، فمهمتها أن ترشد المشرع إلى القواعد العادلة التي يتوجب عليه أن يتبناها في تشريعاته.

وأما في مجال القضاء، فمهمتها أن تلهم القاضي الحلول الملائمة التي يتوجب عليه أن يطبقها في أحكامه عند عدم وجود حلول أخرى يعتمد عليها.

ولا شك في أن السماح للقاضي بأن يستند في أحكامه إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وأن يقضي بموجبها، من شأنه أن يخوله سلطة كبيرة في الاجتهاد والحكم، ولكن القاضي لا يستطيع أن يلجأ إلى هذه المبادئ إلا حين استنفاده البحث في المصادر الأخرى^{١١٤}.

وقد ذكر المشرع السوري -في المادة الأولى من القانون المدني- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة باعتبارها مصدراً يمكن أن يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد قاعدة يطبقها لا في التشريع، ولا في المصدرين الاحتياطين، مبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف.

^{١١٤} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

القسم الثاني

النظرية العامة في الحق

نعرض لدراسة الحق من خلال عرض ركنيه الأساسيين وهما:
الأطراف من جهة، والمحل من جهة ثانية.
وقبل عرض ركني الحق نعرض ببحث تمهيدي للحق من حيث تعريفه
ونسبيته، وأقسامه ، وأركانه ، وفق الآتي:

تمهيد : تعريف الحق ، نسبيته ، أقسامه ، أركانه .

الباب الأول: أطراف الحق أو الأشخاص .

الباب الثاني: محل الحق أو الأشياء .

تمهيد : تعريف الحق ونسبيته وأقسامه وأركانه .

نعرض في هذا التمهيد لتعريف الحق ، نسبيته ، أقسامه ، أركانه وفق الآتي:

١- تعريف الحق:

الحق هو قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون للشخص لتمكينه من القيام بأعمال معينة، تحقيقاً لمصلحة له يعترف بها القانون ويحميها^{١١٥}. فالمالك مثلاً صاحب حق هو حق الملكية الذي يعود إليه وهذا الحق عبارة عن سلطة منحها القانون له على الشيء المملوك تحقيقاً لمصلحته التي يعدها القانون مشروعة طالما قد توافرت فيها الشروط التي يفرضها^{١١٦}.

٢- نسبية الحق أو نظرية التعسف في استعمال الحق

لا يجوز للشخص أن يتعسف في استعمال حقه، وأساس هذا المبدأ الفقه الإسلامي إذ يرى هذا الفقه أن الحق في ذاته منحة من الخالق فينبغي أن يقيد بالغاية التي منح من أجلها ، ويكون استعمال الحق غير مشروع كلما وقع خارج حدود هذه الغاية .

أما فقهاء القانون فيرون هذا المبدأ حلقة وصل بين المذهب الفردي (الذي يوسع من دائرة الحق)، وبين المذهب الاجتماعي (الذي يضيق من دائرة الحق).

^{١١٥} - انظر: د مرقس، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص ٥٦٤ .

^{١١٦} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢٥٧ .

ونعرض في مطلب أول، معايير التعسف. ثم نعرض في المطلب

الثاني، نطاق التعسف وجزاءه وفق الآتي:

المطلب الأول

معايير التعسف

يعدّ صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه كلما توافر في استعمال حقه

معياراً من المعايير التالية:

أ - قصد الإضرار بالغير:

بموجب هذا المعيار يعدّ صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه كلما

اتجهت نيته إلى قصد إلحاق الضرر بالغير من وراء استعمال الحق، ولو كان

صاحب الحق يجني مصلحة من وراء هذا الاستعمال^{١١٧}.

ولا يشترط وقوع الضرر فعلاً للقول بقيام حالة التعسف. فالشخص

الذي يقيم جداراً عالياً في أرضه لا يعود عليه بأية فائدة، ولكن لمجرد حجب

النور والهواء عن جاره، يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب جاره بسبب

تعسفه في استعمال حقه، ولو كان هذا الجار غير مقيم فعلاً بالمنزل. ويستدل

على وجود قصد الإضرار بالقرائن أو الظروف التي تصاحب التصرف.

وهذه الحالة هي أبرز حالات التعسف في استعمال الحق، وفيها يستعمل

الشخص حقه لا لتحقيق مصلحته، ولكن ليلحق الضرر بالغير ويسيء إليه.

١١٧- انظر: المادة (٦) مدني سوري والتي تنص 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)).

ويعدّ التعسف حاصلًا إذا كان قصد الإضرار هو العامل الرئيسي أو الأصلي الذي دفع صاحب الحق إلى استعمال حقه، وكان عامل المنفعة ثانويًا بالنسبة إليه. فمن يقيم في أرضه برجاً للحمام إلى جانب حظيرة للمواشي تعود إلى جاره بقصد الإضرار بهذا الجار (تساقط ريش الحمام في علف المواشي) يعدّ صاحب البرج متعسفًا في استعمال حقه ما دام قصد الإضرار هو العامل الرئيسي الذي دفعه إلى إقامة البرج بقرب الحظيرة رغم المنفعة الثانوية التي تحققت له إقامة هذا البرج وتربية الحمام فيه.

ب - التفاوت الكبير بين المصلحة والضرر:

وبموجب هذا المعيار يعدّ الشخص متعسفًا في استعمال الحق إذا كان يلحق من وراء استعمال هذا الحق ضرراً جسيماً بالغير في مقابل منفعة تافهة يحققها لنفسه.

فإذا كان استعمال الحق يؤدي إلى تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لصاحبه ويسبب في ذات الوقت ضرراً للغير لا يتناسب البتة مع هذه المصلحة الناجمة عنه. فإن هذا الحق يكون مشوباً بالتعسف، ويستوجب مسؤولية صاحب الحق، ولو لم يثبت لديه قصد الإضرار أو الإيذاء.

ويستخلص التعسف من مجرد التفاوت الكبير بين المصلحة والضرر ومن دون النظر إلى النية والقصد. ويعدّ هذا التفاوت الكبير بين المصلحة والضرر قرينة أو دليلاً على وجود قصد الإضرار لدى صاحب الحق، لأن من يستعمل حقه ويسبب للغير ضرراً بالغاً مع ضآلة المصلحة التي تعود عليه، إما أن يكون عابثاً مستهتراً، أو يكون متعمداً إحداث الضرر الذي أصاب الغير بسبب استعماله حقه. ويعود تقدير ذلك إلى القاضي الذي يتوجب عليه أن يوازن بين المصلحة والضرر في كل حالة من الحالات.

ج - عدَم مشروعية المصلحة:

يعدّ الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذ كان يقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة. كمن يستأجر شقة بغرض إدارتها للأعمال المنافية للأداب العامة .

ويستنتج من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن المصلحة تعدّ غير مشروعة " إذا كانت تخالف حكماً من أحكام القانون أو تتعارض مع النظام العام والآداب "

فصاحب الأرض المجاورة للمطار الذي يقيم الأعمدة العالية على أرضه أو يحيطها بالأسلاك الشائكة لعرقلة هبوط الطائرات وإرغام أصحاب المطار بالتالي على شراء أرضه بأسعار مرتفعة، فهذا الشخص يعدّ متعسفاً واستعمالاً لحقه غير مشروع لأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.

المطلب الثاني

نطاق التعسف وجزاءه

يشمل مبدأ عدَم التعسف جميع أنواع الحقوق، فهو مبدأ عام يستوجب من كل شخص أن يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً.

وإذا ألحق التعسف ضرراً بالغير ، فيكون الجزاء التعويض ، ويشمل التعويض ما يحكم به القاضي من تعويض نقدي للمضرور، أو تعويض عيني لجبر الضرر يتمثل في الأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه ، كهدم السور المرتفع ، أو الأمر بأداء معين متصل بالعمل غير المشروع ، كالأمر بتغيير وضع مدخنة لتوجيه الدخان بعيداً عن الجار.

ومما لا شك فيه أن استعمال الحق، إذا كان يحقق مصلحة صاحبه، فهو قد يتعارض في أغلب الأحيان مع مصالح الأشخاص الآخرين ويؤدي إلى إلحاق الضرر بهم.

وليس من المعقول أن يسأل صاحب الحق عن هذا الضرر الذي يلحق بغيره جراء استعماله لحقه. فصاحب الأرض الذي يستعمل حقه في البناء عليها قد يؤدي إلى الإضرار بأصحاب الأبنية المجاورة بهذا البناء الذي يحدثه على أرضه.

وعلى هذا يقال في عالم القانون إن: "الجواز الشرعي ينافي الضمان". ومعنى ذلك أن الذي يقوم بما هو جائز له من الوجهة الشرعية أو القانونية لا يكون ضامناً للأضرار التي تنجم للآخرين عن هذا العمل الذي يقوم به، إذ لا يعقل أن يمنح الشخص السلطة أو الحق، وأن يباح له استعماله، ثم يحاسب في نفس الوقت على هذا الاستعمال.

وبالإضافة إلى الحدود والقيود التي يرسمها القانون بالنسبة إلى كل حق من الحقوق، فإن هنالك قيوداً عاماً تخضع له هذه الحقوق جميعها، ويتوجب على أصحابها مراعاته واحترامه.

فلا يكفي إذن أن يستعمل الشخص حقه ضمن حدوده المرسومة لتنتفي عنه المسؤولية، وإنما يجب أن يكون هذا الاستعمال نفسه مشروعاً، أما لو تعسف الشخص في استعمال حقه، ولو كان ذلك من دون تجاوز منه أو خروج عن حدود هذا الحق، فإن تعسفه هذا يكون سبباً لمسؤوليته عن الأضرار التي

تتجم عنه للغير، لأن مجرد التعسف يعدّ نوع من الخطأ، وخروجاً عن القيد العام الذي تخضع له الحقوق جميعاً وهو قيد الاستعمال المشروع^{١١٨}.

وقد أخذ القانون المدني السوري بنظرية التعسف في استعمال الحق ونظم أحكامها في الباب التمهيدي له. وقد أفرد القانون المدني السوري المادتين (٦٥٥) لتنظيم أحكام التعسف في استعمال الحق.

٣- أقسام الحق:

يمكن أن تصنف الحقوق، باعتبارات متعددة ، إذ يمكن أن تصنف الحقوق عموماً إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية ، والحقوق السياسية يتمتع بها المواطنون فقط من دون الأجانب مثل ، حق الترشح ، وحق تولي المناصب العامة، وحق الانتخاب، وينظم هذه الحقوق القانون العام. والجنسية هي معيار ثبوت تلك الحقوق، ويقابل هذه الحقوق واجبات كواجب الخدمة الوطنية، والدفاع عن الوطن، والولاء له.

أما الحقوق المدنية المتمثلة بعلاقة الأفراد ببعضهم البعض، أو العلاقة بين الأفراد والدولة ومؤسساتها ينظمها القانون الخاص. ويتمتع الفرد بالحقوق المدنية، ويستوي في ذلك أن يكون وطنياً أو أجنبياً.

وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة، فالحقوق العامة تثبت لكل الناس بغض النظر عن انتمائهم إلى وطن أو دولة، ومثاله: حق الحياة، والحق في سلامة الجسد، وتسمى أيضاً بالحقوق الشخصية، لأنها لصيقة بشخص الإنسان، وتثبت له بمجرد وجوده، أي يتساوى فيها جميع الأفراد.

^{١١٨} - انظر: د. أحمد سلامة ، نظرية الحق في القانون المدني، القاهرة ، مطبعة دار

أما الحقوق الخاصة، فهي حقوق تتعلق بعلاقات يحكمها القانون الخاص، ومنها ما تثبت للشخص باعتباره عضواً في الأسرة فتسمى حقوق الأسرة، كما قد تثبت له حقوق باعتباره مالكاً لشيء مادي، وتسمى حقوق عينية. وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق عائلية وأخرى مالية.

أ- الحقوق العائلية:

يقصد بالحقوق العائلية أو الأسرية الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة ، سواءً أكان ذلك بسبب الزواج أم النسب، ومن أمثلتها حق الزوج في طاعة زوجته ، وحق الأب في تأديب ولده، وحق الإرث ، وحق النفقة، وتعدّ حقوق الأسرة من مسائل الأحوال الشخصية .

والكثرة الغالبة من الحقوق العائلية حقوق غير مالية، والقليل منها هو حقوق مالية كالحق في النفقة، والحق في الإرث، وسواء بالنسبة إلى هذه الطائفة أو تلك فإن الحقوق الأسرية جميعها تتميز بأن لها طابعاً أدبياً يرجع إلى رابطة القرابة التي تجمع بين أعضاء الأسرة، فحتى الحقوق المالية في هذا النطاق تستند إلى أساس أدبي يقوم على هذه القرابة ، وتتميز كذلك بأنها تنطوي في الوقت ذاته على الواجبات نحو أعضاء الأسرة الآخرين فسلطة الأب على ولده تعطيه حق تأديبه وتربيته وتوجيهه.

ب- الحقوق المالية:

الحقوق المالية هي الحقوق التي يمكن أن يقوم محل الحق فيها بالنقود فهي تكون الجانب الإيجابي في ذمة الشخص المالية، وترمي هذه الحقوق إلى حصول صاحبها على فائدة مادية . فالناحية الاقتصادية فيها محل الاعتبار الأول . وهي لذلك تختلف عن جميع الحقوق الأخرى في أنها بحسب الأصل يجوز التصرف فيها ويقع التقادم عليها، وتنتقل إلى ورثة صاحبها بعد وفاته . وتنقسم الحقوق المالية إلى: حقوق شخصية ، وحقوق عينية ، وحقوق معنوية.

١- الحقوق الشخصية:

الحق الشخصي، هو سلطة مقررة لشخص قبل شخص آخر تخول الأول (الدائن) أن يجبر الثاني (المدين) على أن يؤدي أداء ذا قيمة مالية، سواءً أكان هذا الأداء القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أو التزام بإعطاء شيء^{١١٩}. وقد حصر المشرع مصادر الالتزامات أو الحقوق الشخصية في خمسة مصادر هي: العقد، الإرادة المنفردة، الفعل غير المشروع، الفعل النافع، القانون.

٢- الحقوق العينية :

الحق العيني هو حق يرد على شيء مادي يخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء فيكون لصاحبه الحق في استعماله مباشرة من دون حاجة إلى تدخل شخص آخر ليتمكن من استعمال حقه فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق. وتطلق على هذه الحقوق تسمية "العينية" لأنها تتعلق بالعين أو الشيء المادي، فمالك المنزل مثلاً، يستطيع أن يستعمله بنفسه، وأن يؤجره لغيره، وأن يتصرف فيه بكافة التصرفات من دون تدخل شخص آخر يمكنه من ذلك .

وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين: حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية. والحقوق العينية الأصلية، هي حقوق تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها بحسب اختلاف مضمون هذه الحق . وتسمى الحقوق العينية بالأصلية لأن لها وجوداً مستقلاً فهي تقصد لذاتها، ولا تقوم ضماناً لحق آخر، وتشمل هذه الحقوق، حق الملكية، والحقوق المتفرعة عنه .

^{١١٩} - انظر: د مرقس، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص ٥٨٥ و٥٨٦ .

أما الحقوق العينية التبعية ، فهي أيضاً حقوق تخول الشخص سلطة مباشرة على شيء معين بالذات، ولكنها لا تقوم مستقلة بذاتها، بل، إنها تستند إلى حق شخصي، وتقوم ضماناً للوفاء به ثم إنها من جهة أخرى لا تخول صاحبها سلطة استعمال الشيء، أو استغلاله، أو التصرف فيه، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية الأصلية، ولكنها توجد ضماناً لحق شخصي، وتخول الحقوق العينية التبعية صاحبها استيفاء حقه من ثمن الشيء الذي يرتب عليه الحق العيني متقدماً في ذلك على غيره من الدائنين، كما أنها تخول صاحبها حق تتبع الشيء إذا ما انتقلت ملكية المدين إلى ملكية غيره .

ويمكن التفريق بين الحق العيني والحق الشخصي من ثلاثة وجوه^{١٢٠} .

-من حيث الأطراف:

يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي من حيث أن الحق العيني لا يوجد فيه سوى طرف واحد موجب، وهو صاحب الحق، بينما في الحق الشخصي لا بد من وجود طرفين أحدهما موجب وهو صاحب الحق أو الدائن، والآخر سالب وهو المكلف أو المدين.

-من حيث المضمون: يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي من حيث المضمون، فالحق العيني عبارة عن سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات، أما الحق الشخصي فهو سلطة مقررة لشخص تجاه شخص آخر موضوعها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

^{١٢٠} - انظر: د.علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص ٧٨ . ود.احمد سلامة، المرجع السابق، ص ٧٥، ود. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢٧٩، ود.مرفس، المرجع السابق، ص ٥٨٨ .

والحق الشخصي قد يزول ويحل محله حق عيني حين يكون الالتزام المقابل للحق الشخصي يتعلق بإعطاء شيء، ويقوم المدين أو الملتزم بإعطاء ما التزم به، وعندها تنتهي العلاقة بين الدائن والمدين، وتحل محلها علاقة جديدة بين الدائن والشيء الذي تم إعطاؤه، فيصبح الدائن مالكا لهذا الشيء.

كما أنه يمكن أن يزول الحق العيني ويحل محله حق شخصي كالمالك الذي أتلّف له شخص آخر الشيء الذي يملكه، إذ تزول ملكية المالك عن الشيء بعدّ تلفه وزواله، وينشأ له بدلاً عن ذلك حق شخصي تجاه المتلف بالتعويض عليه.

ويمكن أن ينشأ أحياناً حول شيء واحد حق عيني وحق شخصي معاً، فالشخص الذي غصب منه شيء يملكه له حق عيني على هذا الشيء لأنه يظل مالكا له بعدّ اغتصابه منه، وله في ذات الوقت حق شخصي على الغاصب يخوله إجباره بالقيام بعمل وهو إعادة الشيء المغصوب إليه^{٢١}.

- من حيث النتائج والآثار:

يخول الحق العيني صاحبه امتيازين مهمين لا يخولهما الحق الشخصي وهما، حق التمتع، وحق الأولوية أو الرجحان.

فحق التمتع يعطي صاحب الحق العيني حق تتبع الشيء الذي يقع عليه حقه واللاحاق به لاسترداده من أي يد وقع فيها، وذلك نتيجة لسلطته المباشرة عليه.

أما حق الأولوية والرجحان، فيعطي صاحب الحق العيني حق التقدم على غيره للحصول على حقه وهو يرجح على سائر الدائنين العاديين.

^{٢١} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢٨١ .

٣- الحقوق الأدبية:

الحق الأدبي هو سلطة مخولة لشخص على نتاجه الأدبي أو الفني لتمكينه من الاحتفاظ بنسبة هذا النتاج لنفسه، واحتكار المنفعة المالية التي تنتج عن استغلاله كحق المؤلف على مؤلفه، وحق المخترع على اختراعه، وحق صاحب العلامة التجارية الفارقة على علامته .

وهذا الحق كحق الملكية إلا انه لا يقع على شيء مادي بل على شيء معنوي، إذ إن المؤلف له حق ملكية أدبية على مؤلفه ينصب على الأفكار التي تضمنها الكتاب، أي تقع على أشياء معنوية لا يدركها الحس المادي.

ومن خصائص هذا الحق أن له طابعاً مالياً ومعنوياً في ذات الوقت فهو من جهة يخول صاحبه استثمار نتاجه الفكري واستغلاله، والتصرف فيه، وجني الأرباح التي تنتج عنه. وهو من جهة ثانية يخول صاحبه نسبة هذا النتاج إليه، وعدم الاعتداء عليه، أو انتحاله، من غيره حفظاً لسمعته أو شهرته الأدبية أو العلمية أو الفكرية^{١٢٢}.

٥- أركان الحق:

يرى بعض الفقه أن للحق ركنين أساسيين هما: الأطراف من جهة والمحل من جهة ثانية. ويضيف فقهاء آخرون أركاناً ثلاثة أخرى للحق هي، المضمون، والسبب، والجزاء. وأطراف الحق هم الأشخاص سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين وهم من تقع الواجبات على عاتقهم .

^{١٢٢} - انظر: د هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢٨٣ و ٢٨٤، د. مرقس، المرجع السابق،

أما محل الحق، فهو الشيء المادي أو الاعتباري الذي يتعلق به هذا الحق مباشرة كما في الحقوق العينية، أو غير مباشرة كما في الحقوق الشخصية. ومضمون الحق فهو السلطة التي يخولها هذا الحق لصاحبه، وهذه السلطة تختلف من حق لآخر، إلا أننا نستطيع أن نجعلها في الحقوق العينية الأصلية وهي سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه.

وسبب الحق هو الواقعة القانونية التي تولد عنها هذا الحق، وأدت إلى نشوئه. فسبب حق الوارث في تملك حصته الإرثية مثلاً هو وفاة المورث الذي تربطه به قرابة معينة يحددها القانون.

أما المؤيد أو الجراء فهو الحماية التي يسبغها القانون على الحقوق لتمكين أصحابها من التمتع بها وممارستها، ومنع الغير من الاعتداء عليها.

الباب الأول

أطراف الحق

إن التسليم بوجود الحق يقتضي افتراض وجود صاحب له وهو الشخص، والشخص صاحب الحق، إما أن يكون شخصاً طبيعياً، وإما أن يكون شخصاً اعتبارياً.

ودراستنا في هذا الباب تتناول هذين النوعين من الأشخاص معاً وفق

الآتي:

الفصل الأول: الشخص الطبيعي

الفصل الثاني: الشخص الاعتباري

الفصل الأول

الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو الإنسان أو الكائن البشري، ودراسة الشخص الطبيعي إنما هي في الواقع دراسة لهذا الإنسان في حياته، وفي الخصائص التي تتصل بشخصيته وتحدد معالمها^{١٢٣}.

وخصائص الشخصية تشمل الاسم الذي يعرف الإنسان به بين الناس ويؤدي لتمييزه من غيره، وحالة الشخص التي تبين مركزه في أسرته من حيث القرابة، ومركزه في الدولة التي ينتسب إليها من حيث الجنسية، والأهلية التي تبين قابليته لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، كما تحدد قدرته على ممارسة التصرفات القانونية بنفسه، والذمة المالية التي تمثل ثروته، ومقدرته المالية، وتضم جميع حقوقه والتزاماته التي يمكن تقويمها بالمال، والمواطن الذي يرتبط به عادة ويتحدد بوساطة مكان وجوده من الوجهة القانونية.

وعلى هذا فإن دراستنا للشخص الطبيعي تشمل المباحث الآتية:

المبحث الأول: وجود الشخص الطبيعي

المبحث الثاني: الاسم

^{١٢٣} - انظر: د. محمد حسن قاسم - المرجع السابق، ص ٢٩٠.

المبحث الثالث: حالة الشخص

المبحث الرابع: الأهلية

المبحث الخامس: الذمة المالية

المبحث السادس: الموطن

المبحث الأول

وجود الشخص الطبيعي

يقصد بالشخص الطبيعي الإنسان بصرف النظر عن جنسه أو مركزه الاجتماعي. ويعدّ الإنسان شخصاً طبيعياً من الوجهة القانونية لمجرد كونه إنساناً، ويكون بذلك صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

ولكن الإنسان لا يتمتع بالشخصية القانونية إلا خلال فترة حياته ووجوده، ووجود الإنسان إنما يتحدد بواقعتين مهمتين هما: الولادة من جهة، والوفاة من جهة ثانية.

أولاً-بدء الشخصية القانونية(الولادة): تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً أي في اللحظة التي ينفصل فيها عن أمه ويصبح ذا وجود مستقل^{١٢٤}. ويستدل على ثبوت الحياة للمولود بمظاهر مادية، كالتنفس والبكاء والحركة، وقد استقر الرأي الفقهي على عدم اشتراط القابلية للحياة والاكتفاء بثبوت الشخصية للمولود بمجرد ثبوت ولادته حياً، وليس على أساس القابلية للاستمرار فيها لكونها مسألة غيبية يعلم الله سبحانه وتعالى.

^{١٢٤} - انظر: د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص ١٠٨-١١٠. وود مرقس، المرجع

السابق، ص، ٦٥٦ .

ومجرد الولادة لا تكفي لثبوت الشخصية القانونية، بل لا بد من أن يولد الإنسان حياً ولو كان سيموت بعد لحظات. أما إذا ولد ميتاً فإنه لا يكتسب في هذه الحالة الشخصية القانونية، ولكن متى يعدّ الإنسان قد ولد حياً؟

جاء في المادة (٣١) من القانون المدني السوري أن شخصية الإنسان تبدأ، بتمام ولادته حياً، وتتأكد الحياة في المولود بالأعراض التي تدل عليها كالبكاء والشهيق ونحو ذلك، وإذا لم تثبت هذه الأعراض فإنه من الممكن الرجوع للخبرة الطبية في هذا الشأن.

وتشترط بعض القوانين كالقانون الفرنسي شرطين لاكتساب المولود الشخصية القانونية وهما: أن يولد حياً من جهة، وأن يكون قابلاً للحياة من جهة ثانية. فإذا ولد حياً وكانت وفاته محتومة لنقص في أعضائه وتكوينه، فلا يكتسب بذلك الشخصية القانونية.

ويعد إثبات واقعة الميلاد أمراً في غاية الأهمية نظراً لما يترتب على ذلك من نتائج وآثار من الوجهة القانونية.

ويتم إثبات واقعة الميلاد عن طريق السجلات الرسمية، وهي سجلات تمسكها الأحوال المدنية بشكل منظم، حيث يتم تلقائياً قيد كل مولود وعند عدم توافر هذه السجلات يمكن الاستعاضة عنها -في إثبات واقعة الميلاد - بأي دليل إثبات آخر بما فيها شهادة الشهود باعتبار أن الميلاد واقعة مادية^{١٢٥}.

وإثبات وجود الشخصية القانونية للإنسان يكون بإثبات واقعة الولادة، كما أن إثبات انتهاء شخصيته يتم بإثبات واقعة الوفاة.

^{١٢٥} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٣١٦ - ٣١٧. ود. مرقس، المرجع

السابق، ص ٦٥٧.

ولقد كان الإثبات قديماً يتم وفق أحكام الشريعة الإسلامية التي تكفي بالشهادة وحدها. أما في العهد العثماني فقد انتشرت موجة من التنظيمات الإدارية التي تناولت قضايا الأحوال المدنية. ثم صدرت تشريعات متعاقبة تتضمن إنشاء سجلات لأحوال المدنية، وتبين كيفية تنظيمها وأصول الإثبات بوساطتها، ونصت هذه التشريعات على ضرورة التبليغ عن واقعة الولادة والوفاة، وتسجيلهما، وبالنسبة إلى الوفاة لا يسمح بدفن المتوفى إلا بعد استكمال إجراءات التبليغ القانونية والحصول على إذن بالدفن.

وتظل قيود سجلات الأحوال المدنية معتبرة إلى أن يثبت عكسها، أو بطلانها، أو تزويرها بحكم قضائي.

وقد تبنى المشرع السوري في المادة (٣٢) من القانون المدني السوري هذه الطريقة. ولكن نظراً إلى كثرة عدد المكتومين، وعدم دقة هذه السجلات، فقد أجاز في الفقرة الثانية من المادة المذكورة، الإثبات بأي طريقة أخرى، إذا تعذر الحصول على دليل من سجلات الأحوال المدنية أو تبين عدم صحة ما أدرج فيها.

حالة الجنين: يعدّ الجنين جزءاً متصلاً بأمه ولا يتمتع بشخصية مستقلة، ولا يكون أهلاً من حيث المبدأ لاكتساب الحقوق أو تحمل الالتزامات، غير أن الجنين سيفصل عن أمه ذات يوم ليصبح شخصاً مستقلاً من الوجهة القانونية. ولذلك اعترف للجنين بأربعة حقوق إحداها عائلي وهو النسب، والثلاثة الأخرى مالية متصلة بمصالحه المالية وهي: الإرث والوصية والوقف^{١٢٦}. فللجنين الحق في أن يُنسب إلى أبيه، كما أن له الحق في الإرث الذي يؤول إليه، والوصية التي يوصى له بها، والوقف الذي يوقف عليه.

ويفترض الجنين ذكراً حين تكون له مصلحة في ذلك، ففي الإرث الشرعي مثلاً للذكر مثل حظ الأنثيين يحتفظ له بنصيب الذكر، فإذا ظهر ذكراً بعد الولادة أعطي النصيب الذي حفظ له، وإذا ظهر أنثى أعيد توزيع التركة على هذا الأساس ووزع الفرق على مستحقيه.

أما إذا مات الجنين قبل الولادة ولم يكتسب الشخصية القانونية عدّ كأنه لم يكن موجوداً ولن يكون له أي حق في ملكية تلك الأموال.

وهناك فائدة من معرفة إذا كان المولود قد اكتسب الشخصية أم لا. إذ لو ولد الإنسان حياً واكتسب الشخصية ثم مات بعد لحظات، فإن الأموال التي حفظت له في مرحلة الحمل تكون قد آلت إليه، وأصبحت ملكاً له بصورة نهائية، وهي توزع بالتالي على ورثته. أما إذا لم يكتسب المولود الشخصية، فإنه لا يكتسب شيئاً من أمواله.

ثانياً- انتهاء الشخصية القانونية (الوفاة): تنتهي الشخصية عادة بالوفاة التي تضع حداً لحياة الإنسان ووجوده، وقد عرفت بعض الأنظمة القانونية القديمة أسباباً أخرى لزوال الشخصية غير الوفاة كالرق وعقوبة الموت المدني، إلا أن هذه الأسباب لم تعد قائمة في عصرنا الحاضر. وكما أنه من الضروري تحديد زمن الولادة لمعرفة تاريخ بدء الشخصية للإنسان، فكذلك من الضروري أيضاً تحديد زمن الوفاة لمعرفة تاريخ زوال شخصيته وليمكن بالتالي حصر ورثته الذين سيخلفونه في تركته وأمواله^{١٢٧}.

ولكن في بعض الحالات قد يموت عدد من الأشخاص معاً ويصعب تحديد زمن وفاة كل منهم كما في حالات الكوارث الطبيعية والحل الذي قررتة الشريعة الإسلامية لهذه الحالة هو حل منطقي تمثل في أنه إذا تعذر تحديد من

^{١٢٧} - انظر: د. احمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٦٨ - ١٧٠.

مات أولاً، ومعرفة ترتيب الوفاة بين المتوفين فيعتبرون متوفين جميعاً في وقت واحد، ولا يرث أحد منهم الآخر.

ويعدّ إثبات الموت أمراً في غاية الأهمية نظراً لما يترتب عليه من انقضاء الشخصية القانونية للإنسان. ولما كان الموت واقعة مادية فيستدل عليها بالشواهد المادية الدالة عليها، كانهدام الحركة، وانقطاع التنفس، وتوقف القلب عن الخفقان، وقد نظم المشرع مسألة إثبات الوفيات بالسجلات الرسمية، وعند عدم كفاية هذه السجلات يمكن إثبات واقعة الموت بكل طرق الإثبات القانونية وإذا كانت الشخصية القانونية تنتهي اعتياداً بالموت فإنها تنتهي استثناءً بالفقد وبالغياب.

١- المقصود بالمفقود والغائب:

المفقود، هو الشخص الذي غاب وانقطعت أخباره في موطن إقامته المعتادة، فلا تعرف حياته من مماته.

أما الغائب فهو من انقطع عن موطنه وحياته محققة ومعلومة، وأخباره متصلة. والمفقود يختلف عن الغائب في أن الغائب هو شخص غاب عن موطنه لكن حياته تظل محققة ومعلومة وأخباره متصلة ولا يقوم الشك حولها^{١٢٨}.

فكل مفقود يعدّ غائباً ولكن لا يعدّ كل غائب مفقوداً إلا إذا انقطعت أخباره، وقام الشك حول حياته أو موته.

وقد نصت المادة (٢.٢) من قانون الأحوال الشخصية على أن الإنسان يعدّ مفقوداً في حالتين هما:

^{١٢٨} - انظر: د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص ١١٨ - ١٢١. ود. هشام القاسم،

المرجع السابق، ص ٣٠٩ - ٣١٦.

١ - إذا كان لا يعرف فيما إذا كان حياً أو ميتاً.

٢ - إذا كانت حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان.

بينما نصت المادة (٢.٣) من القانون ذاته على أن الغائب هو الشخص الذي منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه، أو إدارة شؤونه بنفسه، أو إقامة وكيل عنه مدة أكثر من سنة، وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره.

٢- أحكام المفقود:

يظل مصير المفقود مجهولاً، والشك قائماً حول حياته أو مماته إلى أن يعود إلى الظهور ثانية، أو يثبت موته بدليل قاطع.

وعلى هذا فإن النظم القانونية تحدد سناً معينة للمفقود، فإذا لم يعدّ قبلها يسمح باعتباره ميتاً، ولو لم يقدّم الدليل على موته، وتختلف هذه السن باختلاف التشريعات وبحسب قانون الأحوال الشخصية السوري هذه السن هي سن الثمانين.

ففي حالة الشك حول حياة المفقود أو مماته التي تمتد منذ غياب المفقود وانقطاع أخباره إلى أن يظهر ثانية للوجود، أو يثبت موته، أو يحكم باعتباره في عدّاد الأموات. يكون الوضع القانوني للمفقود وفق الآتي:

بالنسبة للآثار والنتائج القانونية التي تترتب على انتهاء حياة الإنسان، وزوال شخصيته كإحلال زواجه مثلاً أو تصفية تركته وتوريث أمواله، لا يقع منها شيء بالنسبة إلى المفقود باعتبار أن وفاته لم تتحقق بعد^{١٢٩}.

وهذا الحكم بالرغم من انسجامه مع المنطق القانوني يبدو على جانب من القسوة، ولاسيما بالنسبة لزوجة المفقود التي قد لا يعود زوجها إلى الظهور فتضطر إلى انتظار بلوغه سن الثمانين ولا تستطيع الزواج بغيره.

ولكن قانون الأحوال الشخصية قد راعى هذا الأمر فأجاز للزوجة التي غاب عنها زوجها من دون عذر مقبول أن تطلب من القاضي بعد سنة من غياب الزوج الحكم بالتفريق بينها وبينه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

ويحق للزوجة طلب التفريق لعدة الغياب فقط، أما إذا طلبت التفريق لسبب آخر عدّ الزواج مستمراً حتى عودة المفقود، أو الحكم بوفاته.

أما بالنسبة للآثار والنتائج القانونية التي يشترط لحدوثها وجود الشخص الذي تترتب لمصلحته على قيد الحياة، كحقه في الإرث من غيره، أو الوصية له، فإنها تترتب بالنسبة للمفقود، ولكن تكون معلقة على شرط التحقق من حياته، فالمفقود لا يحرم من الحقوق التي تؤول إليه خلال هذه الفترة لعدم ثبوت موته، كما أنه لا يكتسبها بصورة نهائية لأن حياته غير محققة، بل تحفظ له هذه الحقوق بصورة مؤقتة.

وتدار أموال المفقود وشؤونه خلال فترة غيابه بواسطة وكيله إذا كان قد عين وكيلاً عنه، وفي حال عدم تعيينه وكيلاً تعين له المحكمة وكيلاً يدعى الوكيل القضائي.

وإذا عاد الشخص إلى الظهور حياً بعد فقده فإن حالة فقدان تنتهي بالنسبة إليه، ويزول الشك الذي كان قائماً حول مصيره، ويعود بالتالي إلى استلام أمواله وممارسة حقوقه.

وكذلك تنتهي حالة فقدان إذا ثبتت وفاة المفقود بدليل قاطع إذ يتحدد مصيره بتاريخ حدوثها وتوصف حقوقه وأمواله تبعاً لذلك، فأمواله التي اكتسبها

قبل فقده توزع على من كان يستحقها وقت وفاته ، في حين أن الأموال التي آلت إليه بعد فقده تصبح ملكيتها له وتدخل في تركته مع أمواله المكتسبة، وأما الأموال التي آلت إليه بعد وفاته فإنها لا تعد ملكه وترد لمن يستحقها حين آلت إليه .

والحكم بوفاة المفقود يؤدي لزوال شخصيته، وتصفية علاقته وحقوقه، فينقضي زواجه، وتوزع تركته وأمواله على ورثته.

والحكم بوفاة المفقود يؤدي إلى اعتبار المفقود ميتاً منذ تاريخ فقده بالنسبة إلى بعض الأمور، ومنذ تاريخ الحكم بالنسبة إلى أمور أخرى، ف فيما ينفعه ويضر غيره كاستحقاقه الإرث أو الوصية مثلاً يعد المفقود ميتاً منذ تاريخ الفقد، أما فيما يضره وينفع غيره، كاستحقاق غيره الإرث منه، فيعد ميتاً بتاريخ الحكم.

أما بالنسبة إلى الأموال التي آلت إلى المفقود بعد فقده التي أوقفت على ذمته ريثما تتحقق حياته، فإنه لا يكتسب المفقود منها شيئاً لأنه يعد ميتاً حين آلت إليه، ولا تدخل هذه الأموال بالتالي في تركته، بل ترد إلى من كان يستحقها لو تأكدت من الأصل وفاة المفقود^{١٣٠}.

وإذا عاد المفقود إلى الظهور ثانية بعد فقده والحكم بوفاته، فينهار الافتراض الذي بني عليه الحكم، وتتأكد حياة المفقود من جديد كما لو ظهر حياً قبل الحكم بالوفاة، وفي هذه الحالة تعاد إلى المفقود حقوقه وأمواله، ونفرق هنا بين حالتين:

١٣٠ - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٦٦٨ .

الأولى - قبل الحكم بوفاة المفقود لا تكون حقوقه قد صفت بعد، ولا تكون أمواله قد وزعت على غيره، بل تبقى هذه الحقوق والأموال محفوظة له انتظاراً للبت في مصيره فيستعيدها كاملة من دون نقصان.

الثانية - بعد الحكم بوفاة المفقود ، إذا ظهر المفقود بعد الحكم بوفاته فإن حقوقه وأمواله تكون قد تمت تصفيته ووزعت على من يستحقها نتيجة لصدور الحكم بوفاته، وربما تصرف الذين آلت إليهم أموال المفقود بهذه الأموال كلها أو بعضها، أو ربما هلك لديهم، أو استهلكت من قبلهم، فلا يستطيع المفقود استعادتها كاملة، بل يكون له الحق فقط في استرداد ما بقي منها في يد من آلت إليهم.

المبحث الثاني

الاسم

الاسم هو سمة من سمات الشخصية الطبيعية، فكل إنسان اسم يعرف به وهو العلامة المميزة له عن غيره من الأشخاص. ويختار الاسم عادة بطريقة إرادية من قبل والديه ويتعين أن ألا يخالف الاسم النظام العام ولا الآداب العامة.

أولاً-تعريف الاسم:

يعرف الاسم في معناه القانوني بأنه اللفظ الذي يستخدم عادة لتحديد الشخص وتمييزه عن غيره من الأشخاص^{١٣١}.

ثانياً - الطبيعة القانونية للاسم:

اختلف الفقه في تحديد طبيعة الحق في الاسم أو اللقب، ويمكن حصر الاتجاهات الفقهية التي عرضت لهذه المسألة في اتجاهات ثلاثة هي^{١٣٢}:

-الاتجاه الفقهي الأول:

يذهب أنصار هذا الاتجاه الفقهي إلى اعتبار حق الشخص في اسمه هو حق ملكية يرد على شيء معنوي.

ويترتب على هذا الرأي العديد من النتائج أهمها ، أن الشخص صاحب الاسم يستطيع استعماله والتصرف فيه من دون قيود، كما يمكنه كذلك أن يطالب بمنع الغير من الاعتداء عليه ، وانتحاله، من دون أن يكون مضطراً لإثبات الضرر الذي لحق به من جراء ذلك، أو المصلحة التي تعود عليه من دعواه.

وقد تعرض هذا الاتجاه الفقهي للنقد من عدة وجوه، لاختلاف الحق في الاسم عن حق الملكية سواء من حيث مفهومها، أو طرق اكتسابها.

^{١٣١} - انظر: د. الاهواني، أصول القانون دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٨، ص٤٥٨ و د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، مصر دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص٤٢٢ و د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٨٢. و د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص٣١٨.

^{١٣٢} - انظر: د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص١٣٣. و د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص٣٢١. و د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص٤٢٤. و د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٨٢٣.

فمن حيث المفهوم: فإن ملكية الأشياء تثبت للشخص إما على وجه الاستقلال أو على وجه الشيوع ، أما بالنسبة إلى اللقب، فلا يمكن أن يعدّ حق الشخص فيه من قبيل الملكية المستقلة، لأن هذا الشخص لا يملكه وحده، وإنما يشاركه فيه جميع أفراد عائلته الذين يحملون ذات اللقب، ويتمتعون به، بل وجميع أفراد العائلات الأخرى التي تتشابه ألقابها مع لقب عائلته^{١٣٣}.

أما من حيث الاكتساب: فإنه لا يمكن اعتبار اكتساب الاسم أول مرة نوعاً من التملك بالاستيلاء أو الحيازة، لأن اللقب إنما يستمد ويكون من حروف اللغة، ولا يستطيع أحد أن يدعي أنه سبق غيره للاستيلاء على هذه الحروف التي يتكون منها لقبه أو إلى حيازتها ، كما أن انتقال اللقب العائلي إلى الأبناء لا يمكن أن يعدّ نوعاً من الإرث الذي تنتقل به الملكية لأن الإرث لا يقع إلا بعد وفاة المورث، بينما يكتسب الأبناء لقب أبيهم بمجرد ولادتهم.

-الاتجاه الفقهي الثاني:

ذهب أنصار هذا الاتجاه - وهم خصوم نظرية ملكية الاسم أو اللقب - إلى أن الاسم الشخصي واللقب ليسا ملكاً لصاحبه، وليس حقاً من حقوقه، وإنما هو عبارة عن طريقة إدارية تأخذ بها الدولة لتسهيل تمييز الناس بعضهم من بعض وتعريف كل منهم أو هو بمنزلة مؤسسة أمن تساعد على حسن سير المجتمع بإقامة تنظيم إداري فيه يتيح تمييز كل فرد من أفراده تمييزاً واضحاً.

^{١٣٣} - انظر: د. هشام القاسم ، المرجع السابق، ص ٣٢٢ .

والاسم في رأي أصحاب هذا الاتجاه الفقهي أشبه ما يكون بلوحة إدارية أو هو رقم مميز يعطى للشخص من دون أن يكون لهذا الشخص عليه من حقوق أكثر مما يكون للجندي على رقمه العسكري ، أي لا يكون للشخص أي حق على لقبه أياً كان نوع هذا الحق.

وقد انتقدت أراء هذا الاتجاه الفقهي بسبب مغالاتها في تجريد الشخص من كل رابطة قانونية تربطه بلقبه، فالشخص لا ينظر إلى لقبه على أنه مجرد رقم يحمله ليميزه عن غيره وإنما هو جزء من كيانه الشخصي، وأن له مصلحة بالتمسك به والدفاع عنه.

-الاتجاه الفقهي الثالث:

دفعت الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاهين الفقهين السابقين الفقهاء للبحث عن نظرية جديدة ، وقد ذهبت النظرية الجديدة إلى الإقرار بوجود حق للشخص على اسمه أو لقبه، غير أنهم لا يرون الأخذ بما ذهب إليه أنصار الاتجاه الفقهي الأول من اعتبار هذا الحق من قبيل حق الملكية^{١٣٤}.

والرأي الراجح في الفقه هو اعتبار حق الشخص في اسمه أو لقبه هو من الحقوق الملازمة لشخصيته الإنسانية .

ومما لا شك فيه أن حق الشخص على اسمه هو ذو طبيعة مزدوجة.

فهو واجب ونظام من نظم الأمن المدني من جهة ، لأن الشخص ملزم بحمله، ولا يستطيع التخلي عنه ما لم يعمد إلى تصحيحه أو تغييره وفقاً للأصول القانونية، وإذا كان هذا الشخص يستطيع أن يتخذ لنفسه اسماً مستعاراً

١٣٤ - انظر: د. هشام القاسم ، المرجع السابق، ص ٣٢٣ .

يشتهر به بين الناس، فإن ذلك لا يعفيه من استعمال لقبه الحقيقي في علاقاته الرسمية.

وهو حق من جهة ثانية، لأن للشخص مصلحة مشروعة في حمله واستعماله والتمتع بكافة السلطات التي يخوله إياها، ولأن القانون يعترف له بهذه المصلحة ويحميها من كل اعتداء.

ثالثاً- اكتساب الاسم:

نصت المادة (٤٠) من القانون المدني السوري على أنه: "يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده". والأولاد الذين تعنيهم هذه المادة هم الأولاد الشرعيون فقط^{١٣٥}، أما الأولاد الطبيعيون أو غير الشرعيين فلا يعترف لهم بأية حقوق تجاه آبائهم الذين ولدوا منهم وليس لهم بالتالي اكتساب ألقابهم^{١٣٦}.

^{١٣٥}- ويحق للأب تسجيل أولاده على اسمه في الأحوال المدنية، قبل تثبيت زواجه بأهمهم. انظر: (نقض سوري رقم ٨٢٢ تاريخ ٢ / ٥ / ١٩٦٦ مجلة القانون ص ٦٧٦ لعام ١٩٦٦) . وأن الاعتراف ببنوة الولد في مجلس الحكم مثبت لنسبه (نقض سوري شرعي قرار ٩٩٨ وأساس ٧٧١ تاريخ ٢٢/٥/٢٠٠٢، مجلة المحامون العددان ٧، ٨، لعام ٢٠٠٢ ص ٧٠٠). ومتى ثبت النسب لا ينتفي بمجرد نفيه بل لا بد من بينة واضحة، وليس منها الشهادات الغامضة، ولا شهادة صاحب المصلحة لنفسه. (نقض سوري رقم ٣٥٩ أساس ٢٧٢ تاريخ ٢٤ / ٧ / ١٩٧٣ مجلة المحامون ص ٣٤٤ لعام ١٩٧٣) ونقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس ٥٥٥ قرار ٦١٢ تاريخ ٧ / ١ / ١٩٨٢. ونقض رقم ٧٣٤ أساس ٨٥٢ تاريخ ٥ / ١١ / ١٩٨٥ مجلة المحامون ص ٤٣٩ لعام ١٩٨٦. ونقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس ٥٥٥ قرار ٦١٢ تاريخ ٧ / ١ / ١٩٨٢ .

^{١٣٦} - انظر: الفقرة ب من المادة ٢٨/ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦/ لعام ٢٠٠٧/ الخاص بالأحوال المدنية.

والابن الشرعي يكتسب حكماً لقب أبيه بمجرد ولادته متى كان نتاج زواج شرعي ، وهذا اللقب ليس منحة يمنحها الأب لابنه بحيث يستطيع إذا شاء أن يحجبها عنه لأن اللقب حق مباشر للابن.

أما اللقيط فهو الولد الذي يعثر عليه من دون أن يعرف والداه. وقد أوكل المشرع إلى أمين السجل المدني مهمة تسمية والديه بأسماء منتحلة^{١٣٧}، إلى أن تثبت بنوته الشرعية، سواء بإقرار الأب أو بحكم قضائي^{١٣٨}.

ولا يشترط القانون الفرنسي البنوة الشرعية لاكتساب اللقب، بل يعتمد إلى جانبها البنوة الطبيعية، والولد الطبيعي هو الابن الذي يولد نتيجة علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة، أو هو الولد الذي يولد خارج مؤسسة الزواج المعترف بها في القانون . ويأخذ النظام الفرنسي بطريقتين إضافيتين في اكتساب اللقب وهما: التبني من جهة، والزواج من جهة ثانية.

ففي التبني يكتسب المتبني لقب الشخص الذي تبناه إضافة إلى لقبه الأصلي أحياناً أو بدلاً عنه، أما في سورية فإن التبني لا ينتج أي أثر من الوجهة القانونية بل يحتفظ المتبني بلقبه الأصلي وحده.

رابعاً- حماية الاسم:

يقضي المبدأ العام أن الاسم الذي يكون محلاً للحماية هو جميع الألفاظ والإشارات والعلامات التي تدل على هوية الفرد الشخصية سواء أكانت اسماً

١٣٧- انظر: المادة/٢٩/ من المرسوم التشريعي رقم/٢٦/ لعام ٢٠٠٧ .

١٣٨- انظر: نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس ٣.٢ قرار ٢٩٩ تاريخ ١٦/١٦/١٩٩٧،

المحامون، القاعدة ٦٧ صفحة ٤٥ لعام ١٩٩٧.

شخصياً، أم عائلياً، أم لقباً، أم اسماً مستعاراً، أم اسماً تجارياً، أم كانت بعض مقاطع من الاسم تدل عليه^{١٣٩}.

وقد قررت المادة (٥٢) من القانون المدني السوري المبدأ العام المتضمن حماية الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان من كل اعتداء. ثم جاءت المادة (٥٣) من القانون ذاته بتطبيق خاص لهذا المبدأ فيما يتعلق بالاسم واللقب فنصت على أنه: "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مسوغ ولمن انتحل الغير اسمه أو لقبه أو كليهما من دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

وقد نص المشرع السوري على صورتين مختلفتين للاعتداء على الحق في الاسم وهما: المنازعة في الاسم وانتحال الاسم أو اغتصابه.

أ- المنازعة في الاسم : أي اعتراض الغير بلا مسوغ على حق الشخص في أن يسمى بالاسم الذي يحمله ، أو في استعماله له، أو أن يكون لشخص اسم وينكره عليه شخص آخر، أو أن يدعي بعدم أحقية الشخص في التسمي بهذا الاسم، أو أن من حقه هو أن يسمى بذات الاسم^{١٤٠}.

ب- أما الانتحال: فيقصد به تسمي الغير باسم شخص معين، واستعماله هذا الاسم من دون أن يكون له هذا الاسم في الأصل. ولا يعدّ مجرد التشابه في الأسماء انتحالاً، فإذا استغل الشخص هذا التشابه بين الاسمين لتحقيق منفعة، أو للإضرار بالآخرين عدّ ذلك انتحالاً للشخصية، يجيز للمضروور المطالبة بالتعويض.

١٣٩ - انظر: د. محمد واصل ، المرجع السابق، ص ٢٣٧ .

١٤٠ - انظر: د. الاهواني، المرجع السابق، ص ٤٧٠ .

وبالإضافة إلى طلب وقف الاعتداء يستطيع صاحب الاسم أيضاً أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر أدبي ومادي من جراء هذا الاعتداء على اسمه .

خامساً- خصائص الاسم :

يترتب على اعتبار الاسم من الحقوق الملازمة للشخصية الخصائص الآتية :

- **حق دائم :** إذ إن الاسم يبدأ مع الشخصية بالولادة وينتهي بالوفاة ، ولا يعني هذا ثباتاً مطلقاً للاسم وأنه غير قابل للتغيير أو التعديل مثلاً، إذ يمكن تغيير الاسم ولكن بتوافر شروط حددها القانون .

-عدم قابلية الاسم للتعامل:

الأصل أن الحق في الاسم يمنع صاحبه من التنازل عنه للغير أو التصرف فيه، سواءً أكان هذا التصرف بعوض كالبيع مثلاً ، أم بدون عوض كالهبة ، أو الوصية.وقد أجاز المشرع استثناء من هذا الأصل انتقال الاسم بين الأحياء ، إذ إنه من حق كل ولد أن يحمل اسم أبيه ولقبه^{١٤١} ، الأمر الذي يفهم منه أن لقب الشخص لا يلحق زوجته بحكم أو بنص القانون، وبهذا يتميز الحق في الاسم عن الحقوق الأخرى التي تنتقل للورثة بعد الوفاة.

-عدم خضوع الاسم للتقادم:

لا يسقط حق صاحب الاسم فيه مهما مر من زمن على توقيفه عن حمله واستعماله، كما أن من مقتضاه أيضاً عدم إمكان اكتسابه بمجرد حمله فترة معينة من الزمن ممن لا حق له أصلاً فيه.

^{١٤١} - انظر: المادة (٤٠) مدني سوري .

أما الاسم التجاري الذي يتخذ عنواناً للمتجر ويؤلف عنصراً من عناصره المالية، فهو يخضع للتقادم بصفته حقاً مالياً.

-عدم قابلية الاسم للتغيير:

وهذا نتيجة لما يتخلل طبيعته من مفهوم الواجب بالإضافة إلى مفهوم الحق، ولكن هذا لا يعني استحالة تغيير اللقب إطلاقاً، وإنما يقصد به فقط أن الشخص لا يستطيع أن يغير لقبه على مشيئته وهواه بل هو يخضع لبعض القيود والشروط التي يحددها القانون بالنسبة لهذا الأمر.

سادساً-تصحيح الاسم وتغييره:

هناك فارق بين تصحيح الاسم وتغييره، فالتصحيح يكون في حالة وجود خطأ في سجل الأحوال المدنية يتعلق بالاسم. ويجري التصحيح بموجب حكم قضائي تصدره المحكمة المختصة بعد أن تثبت من خطأ القيد. أما التغيير فيكون في حالة رغبة الشخص في الاستعاضة عن اسمه الأصلي باسم آخر.

سابعاً-أنواع الاسم : لكل شخص اسم يعرف به يتميز بواسطته عن غيره . ويتألف اسم الشخص عادة من اسمه العائلي أو لقبه ، ومن اسمه الشخصي أو الصغير ، وبالإضافة إلى هذين الاسمين العائلي والشخصي قد يتخذ الإنسان أحياناً اسماً يختلف عنهما يدعى بالاسم المستعار .

١-الاسم الشخصي أو الصغير :

يعبر عن الاسم الشخصي بالمعنى الضيق بالاسم ، وهذا الاسم قد يشترك فيه العديد من الأشخاص على صعيد العائلة الواحدة ، والأصل أن الاسم يتمتع بالثبات، ولكن القانون أجاز استثناءً تغيير الاسم الوارد في شهادة

الميلاد عن طريق رفع دعوى أمام القضاء، ولكن يشترط في هذه الحالة عدّم إلحاق ضرر بالآخرين، وعدّم اللجوء للخداع في هذا الأمر^{١٤٢}.

٢- الاسم المستعار:

يتخذ بعض الأشخاص ولاسيما في الأوساط الأدبية والفنية أحياناً أسماء مستعارة يطلقونها على أنفسهم، ويستعملونها في مجالات نشاطهم وعملهم، فيشتهرون بين الناس بهذه الأسماء التي قد تغطي في كثير من الأحيان على أسمائهم الحقيقية، حتى لا يكادون يعرفون إلا بها ويستعملون هذه الأسماء في مجالات أنشطتهم وأعمالهم^{١٤٣}، كالأخطل الصغير، وغوار الطوشة، وأبو عنتر .

والاسم المستعار ليس له أية صفة رسمية ، وهو لا يمكن أن يحل في علاقات صاحبه مع الأشخاص الآخرين، ولا مع الدولة ودوائرها محل اسمه الحقيقي .

على أن الشخص قد يستعمل هذا الاسم في علاقاته مع الأشخاص الآخرين، وهذا الاستعمال جائز طالما أنه لا يهدف إلى التضليل والاحتيال، كما أن الصكوك التي يوقعها صاحبه باسمه المستعار تعدّ صحيحة ومنتجة لجميع آثارها القانونية بالنسبة إليه كالصكوك التي يوقعها باسمه الأصلي^{١٤٤}.

١٤٢- انظر: د.الاهواني، المرجع السابق ، ص٤٦،٤٥٩. وانظر: المادة/٤٦/ من المرسوم التشريعي رقم/٢٦/ للعام /٢٠٠٧/ الخاص بالأحوال المدنية تاريخ ١٢/٤/٢٠٠٧. و نقض سوري ، الغزفة الشرعية ، أساس ٩ قرار ٦٤٥ تاريخ ٢٧ / ١ / ١٩٨٤ .

^{١٤٣} - انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص٤٢٧. ود. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٨٢٣، ٨٢٤ .

^{١٤٤} - انظر: د.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٣٢٩ .

ومن الجدير ذكره هنا أن الاسم المستعار يقتصر على صاحبه، أي أنه خاص بصاحبه فلا يلحق أولاده كاللقب. ويعدّ الاسم المستعار وفقاً للرأي الراجح في القضاء والفقه من الحقوق المالية القابلة للتعامل كالاسم التجاري.

٣- الاسم التجاري:

هو الاسم الذي يرتبط بالعمل التجاري لتاجر، أو لمؤسسة ويتميز به المحل التجاري من غيره من المحلات الأخرى.

وقد يتكون هذا الاسم من اسم صاحب المحل أو المؤسسة، أو من عناصر العمل التجاري الذي يميز شركة ما أو محل من أي اسم آخر، ويدخل الاسم التجاري للمحل في تقويم سعره إذ إنه يعدّ من عناصره الأساسية.

ويختلف الاسم التجاري عن الاسم العادي من حيث أن الأول يعد حقاً مالياً يجوز التنازل عنه، والتصرف فيه مع التصرف في المحل التجاري ذاته، كذلك فإن هذا الاسم يمكن أن يكتسب بالتقادم، وذلك خلافاً للاسم الشخصي.

٤- الاسم العائلي: الاسم العائلي هو اسم العائلة التي ينتسب إليها الشخص وينحدر منها، وهو اسم مشترك يحمله جميع أفراد العائلة الواحدة.

والأسرة في المفهوم الأوربي تقتصر على الزوج والزوجة والأولاد، أما العائلة فإنها تتكون من الأسر التي تشترك في اسم واحد^{١٤٥}.

أما المشرع السوري فقد ذهب إلى أن الأسرة تتكون من ذوي القربى، والمقصود بذوي القربى هنا الأقارب الذين يجمعهم أصل مشترك^{١٤٦}.

^{١٤٥} - انظر: د محمد واصل - المرجع السابق، ص ٢٦٤ .

^{١٤٦} - انظر: المادة (٣٦) مدني سوري .

واستعمال الاسم العائلي أو اللقب يساعد على تمييز الأشخاص بعضهم من بعض تمييزاً يتصف بالكثير من الدقة والوضوح، وهذا ما دعا المشرع السوري إلى الأخذ بالاسم العائلي أو اللقب، وفرض استعماله بالإضافة إلى الاسم الشخصي.

المبحث الثالث

حالة الشخص

يوجد الشخص في المجتمع مرتبطاً بأسرته من جهة، وبالذولة التي ينتمي إليها، وصلة الشخص بغيره من أبناء أسرته يكون عن طريق القرابة التي تربطه بأفرادها وهي التي تحدد الحالة المدنية للشخص، كما أن صلة الشخص بالذولة التي ينتمي إليها ويحمل جنسيتها هي التي تحدد الحالة السياسية للشخص.

أولاً- الأسرة والقرابة

الأسرة هي مجموعة من الأفراد تجمع بينهم رابطة القرابة وهذه الرابطة قد تكون رابطة زوجية أو رابطة نسب أو رابطة مصاهرة^{١٤٧}.

- رابطة الزوجية، هي التي تربط بين الزوجين وتحدد مركز كل منهما بالنسبة للآخر وتحدد حقوقهما وواجباتهما المتبادلة.

- رابطة النسب، هي قرابة النسب، أو الدم وهي الصلة التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك وتتقسم إلى قسمين: قرابة مباشرة وقرابة حواشي.

والقرابة المباشرة، هي القرابة التي تربط بين أفراد يجمعهم أصل مشترك، ويكون أحدهم أصلاً أو فرعاً للآخر، وتحسب درجة القرابة المباشرة باعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل، ولا يحسب الأصل. فالابن قريب لأبيه من الدرجة الأولى، والحفيد قريب لجده من الدرجة الثانية .

والقرابة المباشرة، بحسب المادة /٣٧/ من القانون المدني السوري هي الصلة ما بين الأصول والفروع، أي هي قرابة الآباء والأمهات والأجداد والجدات مهما علوا بالأبناء والبنات، والأحفاد والحفيدات مهما نزلوا لأنهم ينحدرون بعضهم عن بعض بخط مستقيم، فقرابة الشخص بجده هي قرابة مباشرة لاجتماعهما بعمود نسب واحد يربط الشخص وأباه وجده.

أما القرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي ، فهي القرابة التي تربط بين أفراد يجمعهم أصل مشترك من دون أن يكون أحدهم أصلاً أو فرعاً للآخر، فقرابة الأخ بأخته هي قرابة حواشي لأنه يجمعهما أصل مشترك هو الأب، ولكن أحدهما ليس أصلاً أو فرعاً للآخر .

^{١٤٧}- انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٨٢٥ . ود. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص

وقرابة النسب سواءً أكانت مباشرة أم غير مباشرة إنما تكون على نوعين هما قرابة العصبية وقرابة الرحمية.

والقرابة العصبية، هي القرابة التي تكون عن طريق الأب كقرابة الشخص لجدّه لأبيه، أما القرابة الرحمية، فهي القرابة التي تكون عن طريق الأم كقرابة الشخص لجدّه لأمه أو لخاله.

-رابطه المصاهرة : هي القرابة التي تنشأ عن الزواج، وتقوم بين كل من الزوجين وأقارب الزوج الآخر .

ثانياً- درجات القرابة:

تعدّ النظم القانونية، ومنها القانون المدني السوري، أقارب أحد الزوجين في ذات درجة القرابة بالنسبة للزوج الآخر، وبذلك تكون أم الزوج قريبة للزوجة من الدرجة الأولى، وبالمثل أم الزوجة قريبة للزوج من الدرجة الأولى.

ويراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل ، وعند حساب درجة الحواشي تعدّ الدرجات صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك ، ثم نزولاً منه للفرع الآخر، وكل فرع فيما عدّا الأصل المشترك يعدّ درجة^{١٤٨}.

ولمعرفة درجة القرابة المباشرة التي تربط بين شخصين ينحدر أحدهما من الآخر يصعدّ من الفرع إلى الأصل، ويعطى كل فرع درجة عند الصعود ، ولا يعطى الأصل أية درجة فالقرابة التي تربط الابن بأبيه هي قرابة مباشرة من الدرجة الأولى، ودرجة قرابة الحفيد بجدّه، هي قرابة مباشرة من الدرجة الثانية.

أما تحديد درجة القرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي، فتكون بالصعود من أحد الشخصين إلى الأصل المشترك، ثم النزول من الأصل المشترك للشخص الآخر مع إعطاء كل فرع صعوداً أو نزولاً درجة واحدة من دون إعطاء الأصل المشترك أية درجة، فقرابة الأخ بأخيه هي قرابة غير مباشرة من الدرجة الثانية.

أما درجة قرابة المصاهرة التي تكون بين أحد الزوجين وأفراد أسرة الزوج الآخر فهي نفس الدرجة التي تكون عليها قرابة الزوج الآخر بأفراد أسرته، فإذا كانت قرابة الزوج بأبيه مثلاً هي قرابة مباشرة من الدرجة الأولى فإن قرابة الزوج بوالد زوجته هي قرابة مصاهرة من الدرجة الأولى أيضاً^{١٤٩}.

ثالثاً- آثار القرابة: تنشأ عن رابطة الزوجية آثار عدّة منها حق الزوج في طاعة زوجته له، وحق الزوجة في نفقة زوجها عليها، وحق كل منهما في أن يرث الآخر، وعدّم جواز شهادة أحد الزوجين للآخر.

وتترتب على رابطة النسب آثار عدّة منها، حق الابن في حمل لقب أبيه واسمه العائلي، وحق الولاية للأب أو الجد على الابن أو الحفيد، وأفضلية الأقرباء في الوصاية على من كان قاصراً.

ويترتب عليها كذلك تحريم الزواج بين الأصول والفروع أيّاً كانت درجة قرابتهم، وتحريم الزواج بين الإخوة والأخوات وبين كل منهم وذرية الآخر، وحق الأقرباء في الإرث من بعضهم. ويترتب عليها كذلك منع القاضي من النظر في دعاوى التي تكون له مع أحد الخصوم فيها قرابة حتى الدرجة الرابعة، وعدّم جواز شهادة الأصول للفروع أو الفروع للأصول في القضايا المدنية.

^{١٤٩} - انظر: المادة (٣٩) مدني سوري.

المبحث الرابع

الأهلية

تعدّ الأهلية من أهم خصائص الشخصية إذ يتوقف عليها تحديد فعالية الشخص من حيث قدرته على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات من جهة، وعلى ممارسة الأعمال والتصرفات المتعلقة بهذه الحقوق والالتزامات على وجه يعتد به من الوجهة القانونية من جهة ثانية.

وأحكام الأهلية قد نظمها بصورة رئيسية قانون الأحوال الشخصية، وهي مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية.

والأصل في الشخص كمال أهليته إذ إن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون. وكمال الأهلية لدى الشخص هو الحالة الطبيعية وأن عدَم الأهلية أو نقصانها عبارة عن حالات استثنائية^{١٥٠}.

وهذا يعني أن التصرفات التي يجريها الشخص يفترض قد صدرت عنه وهو كامل الأهلية، وإذا ادعى أحد خلاف ذلك سواء أكان المدعي هو الشخص نفسه الذي أجرى التصرف أم غيره، فإنه يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه. فإذا طالب شخص بإبطال تصرف من تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر بحجة أنه كان حين إجرائها ناقص الأهلية، وادعى المتعاقد الآخر معه أن هذا التصرف قد أجراه صاحبه وهو كامل الأهلية فيؤخذ مبدئياً بقول من يدعي كمال الأهلية لأن هذا هو الأصل في الشخص.

كما أن الأهلية تعدّ من النظام العام^{١٥١}، بحيث لا يجوز لأحد التنازل عنها أو التعديل في أحكامها، فلا يستطيع كامل الأهلية مثلاً أن يتفق مع آخر على التنازل عن أهليته واعتبار تصرفاته التي يجريها باطلة أو قابلة للإبطال، لأن الشخص لا يملك الحق في أن يتصرف في أهليته كما يشاء.

أولاً-نوعاً الأهلية:

الأهلية في اللغة هي الصلاحية، وفي الاصطلاح يقسمها فقهاء الشريعة إلى أهلية وجوب وأهلية أداء.

أ-أهلية الوجوب، هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه. كما تعرف أيضاً، بأنها صلاحية الشخص لثبوت الحق له أو عليه، أو صلاحيته لاكتساب الحقوق والتمتع بها والالتزام بالواجبات، وتحملها. وتثبت

^{١٥٠} - انظر: المادة (١١) مدني سوري .

^{١٥١} - انظر: المادة (٥) مدني سوري.

أهلية الوجوب للإنسان لمجرد كونه إنساناً من دون أن يتوقف اعتبارها على أي أمر آخر، فهي تبدأ ناقصة محدودة بالنسبة إلى الجنين، ثم تتم لدى الشخص بعنصريها منذ ولادته، وتلازمه طول حياته.

وتعدّ أهلية الوجوب لدى الجنين ناقصة لأن الجنين لا يمكنه تحمل أي التزام تجاه غيره، ولكنه يحتفظ ببعض الحقوق التي منحها.

ب- أهلية الأداء، هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه على وجه يعتد به قانوناً.

وهذه الأهلية لا تثبت كاملة بالنسبة لجميع الأشخاص، بل تكون بالنسبة إلى بعضهم معدومة أو ناقصة. والسبب في هذا أن صلاحية الشخص لإجراء الأعمال والتصرفات ذات النتائج القانونية ومباشرتها بنفسه لا تتعلق بصفته الإنسانية وحدها، بل يتوجب لثبوتها أن يكون هذا الشخص على قدر كاف من العقل والإدراك يسمح له بمعرفة نتائج أعماله والتبصر فيها، وبهذا تختلف أهلية الوجوب عن أهلية الأداء، فالأولى لا يشترط لتمامها وجود العقل أو الإدراك لدى الإنسان، بل هي تتم لديه بمجرد ولادته، ولا يؤثر فيها أي عارض من العوارض، وأما أهلية الأداء فيتوقف اكتمالها على اكتمال العقل، وهي تختلف قوة وضعفاً تبعاً له وعلى ذلك قد لا يتمتع الإنسان في بعض الحالات بأهلية الأداء، بينما تكون له أهلية وجوب كاملة.

ثانياً- مراحل تطور الأهلية:

١- طور الحمل:

يكون الإنسان في هذه المرحلة جنيناً في بطن أمه لم يخرج إلى عالم الوجود بعد ومن العبث أن نبحث عن أهلية الأداء بالنسبة إليه، أما بالنسبة إلى أهلية الوجوب فمن المفروض مبدئياً ألا يكون لها وجود بالنسبة للجنين لأن

الأهلية بعنصرها تعدّ صفة من صفات الشخصية والجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية، ولكن يؤخذ بعين الاعتبار أن الجنين سيولد في يوم ما وستصبح له شخصيته لذلك يعترف له منذ كونه جنيناً ببعض الحقوق الضرورية، ويقرر للجنين أهلية وجوب بالقدر الذي يستلزمه الحفاظ على مصالحه الضرورية والحقوق الضرورية التي يعدّ الجنين أهلاً لاكتسابها أربعة وهي: النسب والإرث والوصية والوقف، ويحفظ نصيب الجنين من الوصية والإرث والوقف لحين ولادته حياً.

٢- طور عدم التمييز:

ويبدأ منذ الولادة ويمتد حتى سن السابعة، إذ إنه بالولادة تكتمل أهلية الوجوب لدى الإنسان، ويصبح صالحاً لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات، وتظل أهلية الوجوب كاملة في مختلف أطوار الحياة.

وأما أهلية الأداء فتكون معدّومة لدى الطفل غير المميز، لأن هذه الأهلية تبني على العقل والإدراك، وهذا الصبي لا يمكنه التمييز بين الفعل النافع والضار، وبالتالي ليس له أهلية أداء، ويقع باطلاً كل تصرف يقوم به. إذ إن الطفل غير المميز يفترض فيه انعدام العقل والإدراك في المعاملات والأمر القانوني، وعلى هذا فجميع ما يباشره الطفل غير المميز بنفسه من الأعمال والتصرفات القانونية أيّاً كان نوعها لا عبرة له لأنه ليس أهلاً لإجرائه. وقد نصت المادة (١١١) من القانون المدني السوري على أنه: ((ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة))، ولكن الأعمال والتصرفات المتعلقة بحقوقه والتزاماته يستطيع ممارستها عنه ولحسابه نائب شرعي ولي أو وصي.

٣- طور التمييز:

وهو يمتد من سن السابعة حتى الثامنة عشرة، وفي هذا الطور يعدّ الإنسان في مرحلة وسط بين الإدراك التام من جهة، وعدم الإدراك المطلق من جهة ثانية ويراعى بالنسبة إلى أهلية الصغير المميز هذان الاعتباران معاً.

والقدر الذي يتمتع به الصغير من الإدراك يدعو ألا تحجب عنه كل ثقة، وأن يسمح له مبدئياً بإجراء الأعمال والتصرفات لكي يستطيع اكتساب الخبرة، إلا أن عدم اكتمال إدراكه ووعيه يدعو إلى ألا يسمح له بإجراء هذه التصرفات بصورة كاملة ومطلقة، ولهذا يكون للإنسان في طور التمييز أهلية أداء ناقصة فهو لا يمنع عن كل تصرف كالصغير غير المميز، كما أنه لا يستطيع إجراء كافة التصرفات بنفسه كالكبير الراشد وإنما تختلف حدود الأهلية بالنسبة للصغير المميز تبعاً لأنواع التصرف والعمل القانوني الذي يرغب في إنشائها وفق الآتي:

١- بالنسبة للتصرفات الضارة ضرراً محضاً: لا يستطيع الصغير المميز إجراءها بأي حال من الأحوال، وإذا صدرت عنه تعدّ باطلة، ولا يترتب عليها أي أثر، أي أن أهليته بالنسبة لهذه التصرفات تعدّ معدومة كأهلية الصغير غير المميز.

٢- بالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً:

يحق للصغير المميز إجراءها مطلقاً وتعدّ صحيحة وناقذة متى صدرت عنه من دون التوقف على أي أمر آخر، أي إن أهليته بالنسبة لهذه التصرفات تعدّ كاملة كأهلية الكبير الراشد.

٣- بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

يستطيع الصغير المميز إجراءها مبدئياً لأن له حداً من العقل والإدراك، إلا أن عدم خبرته في المعاملات القانونية وقلة بصيرته توجبان حمايته مما قد تلحق به هذه التصرفات من ضرر.

ولذلك يحق له أن يعيد بعد بلوغه سن الرشد واكتمال أهليته النظر في تصرفاته هذه، وأن يطلب إبطالها إذا شاء ، كما أن لنائبه الشرعي الحق في إجازة هذه التصرفات فتصبح صحيحة بصورة نهائية وغير قابلة للإبطال من قبل الصغير المميز بعد بلوغه سن الرشد، أو إبطالها فتتعدّم ولا يعود هنالك مجال لإجازتها من أحد.

فأهلية الصغير المميز بالنسبة لهذه التصرفات تختلف إذن عن أهلية الصغير غير المميز كما تختلف في ذات الوقت عن أهلية الكبير الراشد، فهي تختلف عن أهلية الصغير غير المميز من حيث إن التصرفات المحتملة للنفع والضرر التي يجريها الصغير المميز، تعدّ منعقدة لا باطلة، بينما تعدّ تصرفات الصغير غير المميز باطلة أصلاً ولا ينتج عنها أي أثر قانوني، وهي تختلف عن أهلية الكبير الراشد من حيث أن هذه التصرفات تكون قابلة للإبطال، سواء من قبل نائبه الشرعي خلال نيابته عنه في فترة نقص أهليته، أو من قبل الصغير المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد، بينما لا يحق لأحد أن يطلب لذات السبب إبطال التصرفات التي يجريها الشخص بعد رشده واكتمال أهليته.

ويزول حق الصغير المميز في طلب إبطال تصرفاته المحتملة للنفع والضرر بعدّ سنة من بلوغه سن الرشد حرصاً على استقرار المعاملات القانونية، كما أنه يستطيع منذ بلوغه سن الرشد إجازة تصرفاته القابلة للإبطال وتنشيتها.

وإذا كانت أهلية الأداء لدى الصغير المميز ناقصة بالنسبة للتصرفات المحتملة للنفع والضرر تكون هذه التصرفات رغم انعقادها قابلة للإبطال، فإن هنالك نوعين من الحالات تعدّ فيها أهلية الأداء كاملة لديه بالنسبة لطائفة من هذه التصرفات:

فـللصغير المميز الذي بلغ الثالثة عشرة من عمره الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص وتكون تصرفاته في هذا الشأن كتصرفات الكبير الراشد غير قابلة للإبطال على أن الصغير في هذه الحالة لا يكون ضامناً لديونه التي نشأت عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال الذي كسبه من عمله الخاص^{١٥٢}.

وللصغير المميز الذي بلغ الخامسة عشرة من عمره الحق في إدارة أمواله أياً كان منشؤها^{١٥٣} متى أذن له بذلك من قبل القاضي. وكذلك يستطيع أيضاً مزاولة التجارة وهي من أعمال التصرف لا الإدارة شرط أن يحصل على موافقة القاضي بالسماح له بمزاولتها.

٤- طـور الرشـد:

ويبدأ هذا الطور من سن الثامنة عشرة من العمر ويستمر إلى نهاية الحياة ، وخلال هذا الطور يستطيع الشخص أن يجري التصرفات النافعة نفعاً محضاً كما في الطور السابق، كما أنه يمكنه إجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بنوعيتها سواء أكانت أعمال إدارة أم أعمال تصرف، كما يستطيع إجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً التي كان يتمتع عليه إجراءها سابقاً فيهب أو يتبرع ما يشاء من أمواله.

وجميع ما يجريه من هذه التصرفات لا يكون باطلاً أبداً لأنه يستند إلى أهليته، ولا يكون قابلاً للإبطال.

^{١٥٢} - انظر: المادة (١٦٩) من قانون الأحوال الشخصية .

^{١٥٣} - انظر: المادة (١١٣) من القانون المدني والمادة (١٦٤) من قانون الأحوال الشخصية

كما أن التصرفات المحتملة للنفع والضرر التي كان قد أجازها في طور التمييز ولم يبت بها نائبه الشرعي فيقرر إجازتها أو يطالب بإبطالها.

وقد اختار القانون المدني المصري سن (٢١) عاماً لبدء طور الرشد، ولعل سن الثامنة عشرة التي اختارها القانون السوري هي الأكثر ملائمة لأنها السن التي يحق فيها للشخص تولي الوظائف العامة في الدولة، فمن غير المعقول أن يتولى الوظائف العامة في الدولة أشخاص ناقصوا الأهلية.

ثالثاً- عوارض الأهلية:

تطراً على الإنسان بعد اكتمال أهليته بعض العوارض التي تؤثر فيها فتحد منها أو تزيلها، وينحصر أثر هذه العوارض في أهلية الأداء من دون أهلية الوجوب، ونعرض فيما يلي لهذه العوارض.

أ- الجنون: هو اختلال العقل يؤدي إلى فقد الشخص الإدراك والتمييز كلياً والجنون قد يكون مطبقاً أي دائماً ، وقد يكون منقطعاً أي تتخلله فترات إفاقة، وتكون تصرفات المجنون باطلة.

ب- العته :

هو اختلال في العقل يجعل فهم الشخص قليلاً وكلامه مختلطاً . ويختلف العته عن الجنون من حيث أن العته لا يرافقه اضطراب الجنون، فهو أشبه ما يكون بنوع من الجنون الهادئ. وحكم تصرفات المجنون والمعتوه هو حكم تصرفات الصغير غير المميز، وتندم لدى المجنون والمعتوه أهلية الأداء تبعاً لانعدام تمييزهما، فلا يستطيع أي منهما إجراء أي نوع من التصرفات بنفسه، وكل ما يجريه منها يعدّ باطلاً ولا يعتد به من الوجهة القانونية ١٥٤.

وإذا كان المجنون أو المعتوه صغيراً لم يبلغ سن الرشد وبلغها مجنوناً أو معتوهاً، استمرت الولاية، أو الوصاية عليه، أما إذا أصابه العارض بعد بلوغه سن الرشد جاز طلب الحجر عليه وتقييم المحكمة قيماً عليه لإدارة أمواله.

والمجنون والمعتوه يعدان في حكم الصبي غير المميز وتتعدم لديهم أهلية الأداء تبعاً لانعدام تمييزهما وتكون تصرفاتهم باطلة.

والمجنون والمعتوه محجوران عليهما لذاتهما في قانون الأحوال الشخصية السوري من دون الحاجة إلى صدور قرار بالحجر عليهما، وبذلك تعدّ تصرفاتهما باطلة كتصرفات الصغير غير المميز لمجرد حدوث الجنون أو العته، لا اعتباراً من شهر قرار الحجر^{١٥٥}.

والحكم الذي نصت عليه المادة (٢٠٠) من قانون الأحوال الشخصية هو الذي يجب ترجيحه إذ أن هذه المادة قد صدرت بعد المادة (١١٥) من القانون المدني السوري وتعد ناسخة لها.

ج- السفية والمغفل: السفية هو الشخص الذي يبذر أمواله ويضيعها في غير مواضعها، بإنفاقه ما يعدّ من مثله تبذيراً، سواء أكان هذا التبذير في وجوه الخير أم وجوه الشر.

أما المغفل فهو الشخص الذي تغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه، ولا يعرف أن يحتاط في معاملاته لبلاهته^{١٥٦}.

^{١٥٥} - انظر: المادة (٢٠٠) من قانون الأحوال الشخصية .

^{١٥٦} - انظر: المادة (٢٠٠) من قانون الأحوال الشخصية .

ولا يعدّ السفية والمغفل فاقدَي التمييز والوعي كالصغير غير المميز أو المجنون أو المعتوه، وإنما هما يدركان الأمور والمعاملات القانونية ويميزان بينها، ولكنهما لا يحسنان التصرف في أمورهما. وحكم تصرفات السفية والمغفل هو حكم تصرفات الصغير المميز ويشترط لاعتبارهما ناقصي الأهلية صدور قرار بالحجر عليهما من قبل القاضي الشرعي، أما قبل صدور قرار الحجر وشهره فتكون جميع تصرفاتهما صحيحة، وغير قابلة للإبطال إلا إذا كانت هذه التصرفات قد تمت نتيجة استغلال أو تواطؤ^{١٥٧}، وتطبيق حكم تصرفات الصغير المميز على تصرفات السفية والمغفل يقتضي بطلان تصرفاتهما الضارة ضرراً محضاً، وصحة تصرفاتهما النافعة نفعاً محضاً، وقابلية تصرفاتهما الدائرة بين النفع والضرر للإبطال.

إلا أن للسفيه والمغفل خلافاً للصغير المميز الحق في إجراء الوصية، والوقف متى أذنت لهما المحكمة بذلك، وتعدّ أعمال الإدارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه، المأذون له بتسلم أمواله، صحيحة بالحدود التي رسمها القانون^{١٥٨}.

د- **المحكوم عليه بعقوبة جنائية:** كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة، أو الاعتقال يكون في حالة حجر خلال تنفيذ عقوبته وكل عمل إدارة وتصرف يقوم به المحكوم عليه ما عدّا الأعمال المتعلقة بممارسة حقوقه الملازمة لشخصه يعدّ باطلاً^{١٥٩}.

١٥٧ - انظر: المادة (١١٦) مدني سوري .

١٥٨ - انظر: المادة (١١٧) مدني سوري .

١٥٩ - انظر: د.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٣٩٦ .

فالمحكوم عليه بعقوبة جنائية لا يستطيع خلال تنفيذ عقوبته إجراء أي نوع من أنواع التصرفات والأعمال القانونية، وإذا أجرى شيئاً منها تعدّ تصرفاته باطلة، ويستثنى من ذلك التصرفات المتعلقة بالحقوق الملازمة لشخصه كالطلاق مثلاً، والإقرار بالبنوة، إذ تعدّ صحيحة متى صدرت عنه، وتكون أهليته كاملة بالنسبة إليها.

ويعود السبب في انعدام أهلية المحكوم عليه بعقوبة جنائية كونه إجراء تأديبياً يتفرع عن عقوبته الأصلية، ولا يعود إلى سوء إدارته لأمره أو عدم إدراكه.

هـ- الإصابة بعاهة مزدوجة الأصم والأبكم والأعمى^{١٦٠}:

إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أبكم، وتعدر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعينه في إجراء التصرفات التي تقتضي مصلحته المساعدة، ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررّت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي تقررّت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد شهر قرار المساعدة^{١٦١}.

وهذه الحالة ليست من حالات عوارض الأهلية، ولهذا يعدّ الإنسان في هذه الحالة ذا أهلية أداء كاملة، بحيث يستطيع أن يجري بمحض إرادته ومشيئته كافة التصرفات والأعمال القانونية أياً كان نوعها بما ذلك التصرفات الضارة ضرراً محضاً على أن يساعده في التعبير عن إرادته مساعداً قضائياً.

^{١٦٠} - انظر: د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٥٩٣، ٥٩٤ .

^{١٦١} - انظر: المادة (١١٨) مدني سوري.

رابعاً- النيابة الشرعية:

لا يستطيع الإنسان في حالة انعدام أهليته أن يتولى بنفسه إدارة شؤونه وأمواله، أو إجراء أي نوع من التصرفات والأعمال القانونية المتعلقة بها، وهو يستطيع ذلك في حالة نقص أهليته، ولكن ضمن حدود وقيود.

والإنسان في جميع هذه الحالات بحاجة لأن يتولى شخص آخر كامل الأهلية رعاية مصالحه وشؤونه والإشراف عليها، وأن ينوب عنه في إجراء التصرفات والأعمال القانونية، أو أن يجيز ما يجريه منها إذا كانت من التصرفات التي تصح إجازتها ويسمى الشخص الذي يعهد إليه بالإشراف على شؤون غيره في هذه الحالات بالنائب الشرعي.

وتكون الولاية على الصغير القاصر، وهو الذي لم يبلغ سن الرشد سواء أكان مميزاً أم غير مميز. وتقسم الولاية إلى قسمين، ولاية على النفس وولاية على المال.

وتهدف الولاية على النفس، الإشراف على شؤون القاصر الشخصية وتعليمه وتطبيبه وتأديبه ونحو ذلك.

أما الولاية على المال، فهي السلطة التي يقرها القانون لشخص معين في إبرام التصرفات لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية، وإذا لم يبلغ الشخص سن الرشد سمي قاصراً، وتثبت سلطة إدارة أمواله وممتلكاته واستثمارها والتصرف فيها لوليه.

وتثبت الولاية على مال الصغير أساساً للأب ثم للجد الصحيح وهي تثبت من دون حاجة إلى حكم من القاضي، ويجوز للأب والجد مباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً من دون حاجة إلى إذن القاضي أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا يجوز لهما مباشرتها قط، أما بالنسبة إلى

التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيحدد القانون سلطة كل منهما بالنسبة إليها، وإن كانت سلطة الأب أوسع من سلطة الجد .

وتعود الولاية على النفس والمال إلى الأب، وفي حال عدَم وجوده إلى الجد العصبي^{١٦٢} .

وفي حال عدَم وجود الأب أو الجد العصبي تتفصل الولاية على النفس عن الولاية على المال، وتنتقل الولاية على المال إلى الوصي المختار. أما الولاية على النفس فتعود حينئذ إلى الأقارب العصابات بأنفسهم بحسب ترتيبهم بالنسبة إلى الإرث من الصغير، فمن كان أقرب من غيره بالإرث كان مقدماً عليه في الولاية على النفس.

وإذا لم يكن للقاصر أب ولا جد صحيح، فإن المحكمة تعين له وصياً، يقوم على رعاية أمواله، ويجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي واحد. وقد يكون هناك وصي مختار إذ إنه يجوز للأب أن يختار قبل وفاته وصياً لولده القاصر أو للحمل المستكن ويسمى هذا بالوصي المختار^{١٦٣} .

وتتفق سلطة الوصي مع سلطة الولي فيما يتعلق بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً فيجوز للوصي مباشرة هذه التصرفات لحساب القاصر من دون حاجة إلى إذن القاضي، ولا يجوز له أن يباشر التصرفات الضارة، أما بالنسبة إلى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لا يباشر الوصي أغلبها إلا بإذن من المحكمة .

١٦٢ - انظر: د.مرقس، المرجع السابق، ص ٧٧٩ .

١٦٣ - انظر: د.مرقس، المرجع السابق، ص ٧٨٣ .

وإذا لم يكن هنالك وصي فإن المحكمة الشرعية هي التي تعين الوصي، وليس ضرورياً أن يكون الوصي على مال القاصر هو الولي نفسه، وإن يكن من الممكن في أغلب الأحيان أن يعين الولي على النفس وصياً في ذات الوقت.

وتنتهي الوصاية ببلوغ القاصر سن الرشد مالم يتقرر استمرار الوصاية عليه، كما تنتهي مهمة الوصي قبل بلوغ القاصر سن الرشد بموت القاصر أو بفقد الوصي لأهليته، أو ثبوت غيبته أو موته، أو بعودة الولاية للولي إذا كان للقاصر أب أو جد سلبت ولايته.

ويجوز تعيين ناظر مع الوصي المختار لمراقبته في شؤون القاصر^{١٦٤}.

وتعين المحكمة قيماً لتولي شؤون من يحجر عليه لجنون، أو عته، أو سفه، أو غفلة.

وتختلف صلاحيات النائب الشرعي بحسب أنواع التصرفات والأعمال القانونية التي يرغب النائب الشرعي في إجرائها، وبحسب ما إذا كان هذا النائب الشرعي ولياً أو وصياً أو قيماً أو وكيلاً قضائياً^{١٦٥}. فبالنسبة إلى التصرفات النافعة نفعاً محضاً يستطيع النائب الشرعي أياً كان إجراؤها بينما لا يستطيع أحد من النواب الشرعيين إجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً بأي حال من الأحوال.

^{١٦٤} - انظر: المادة (١٩٦) من قانون الأحوال الشخصية .

^{١٦٥} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٣٥٩ - ٣٦٢ .

وأما بالنسبة إلى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيستطيع النواب الشرعيون جميعاً إجرائها إلا أن بعض هذه التصرفات يحتاج النائب الشرعي في إجرائه إلى إذن من القاضي.

والتصرفات التي لا يستطيع النائب الشرعي إجرائها بمفرده بل لا بد من أجلها من إذن المحكمة هي أكثر بالنسبة إلى الوصي والقيم والوكيل القضائي منها بالنسبة إلى الولي على المال الذي هو الأب أو الجد العصبي، فهما يستطيعان مثلاً أن يجريا ومن دون الحاجة إلى إذن القاضي أعمال التصرف بالنسبة إلى أموال القاصر، بينما لا يستطيع الوصي أو القيم أو الوكيل القضائي ذلك إلا بإذن من القاضي.

وتعود آثار التصرفات التي يجريها النائب الشرعي ونتائجها على عديم الأهلية أو ناقصها الذي تجري هذه التصرفات لمصلحته وحسابه، ويتحمل ما يترتب عليها من التزامات، بينما تنحصر مهمة النائب الشرعي في إجراء هذه التصرفات لحساب من ينوب عنه فقط من دون أن يكون له نصيب في نتائجها وآثارها.

المبحث الخامس

الذمة المالية

تشمل الذمة المالية الحقوق والالتزامات ذات القيمة المالية فقط التي تعود للشخص، أما الحقوق والالتزامات غير المالية فلا تعدّ من عناصر الذمة المالية.

أولاً- مفهوم الذمة المالية:

تعرف الذمة المالية بأنها، مجموعة الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة والمستقبلية التي تعود للشخص ، وهي تتألف من عنصرين: إيجابي وسلبى.

ويتضمن العنصر الإيجابي، الحقوق المالية التي تكون للشخص، سواءً أكانت هذه الحقوق عينية كملكية الأشياء ، أو شخصية كالديون التي تترتب لصاحبها لدى غيره من الأشخاص.

أما العنصر السلبى، فيتضمن الالتزامات المالية التي تترتب على الشخص كالالتزام مثلاً بدفع مبلغ من المال أو القيام بعمل ما.

والذمة المالية ليست عبارة عن الرصيد بين عنصري الحقوق والالتزامات، وإنما هي عبارة عن مجموعهما معاً، فهذه الحقوق والالتزامات تؤلف وحدة قائمة بذاتها أو مجموعة قانونية يطلق عليها اسم الذمة المالية.

ولا تقتصر الذمة المالية على الحقوق والالتزامات المالية العائدة للشخص في وقت من الأوقات فقط، بل تتضمن أيضاً الحقوق والالتزامات المقبلة ، فالذمة أشبه بوعاء تنصب فيه الحقوق والالتزامات التي تتغير باستمرار فيزول بعضها، ويتغير بعضها، لكن من دون أن يؤثر ذلك على مفهوم الذمة المالية نفسها.

ثانياً صلة الذمة المالية بالشخصية:

ترتبط الذمة المالية بالشخصية ارتباطاً وثيقاً وتعدّ خاصة من خصائصها ومن أهم خصائص الذمة المالية ما يلي^{١٦٦}:

١- لا توجد الذمة المالية إلا تبعاً لوجود الشخصية، وليس هنالك من ذمة مالية من دون شخص تتعلق به، وتعود إليه الحقوق والالتزامات التي تحويها.

٢- كما أنه لا يمكن وجود ذمة مالية من دون شخصية قانونية ترتبط بها وتعود إليها، فكذلك لا يمكن وجود شخصية قانونية من دون ذمة مالية تضم حقوقها والتزاماتها وتمثل الجانب المالي منها.

وفي الواقع لا بد لكل شخص من أن يتمتع حتماً بالذمة المالية، ولا يمكن انعدام هذه الذمة لدى أحد من الأشخاص. فمن الناحية العملية نلاحظ أنه مهما قلت موارد الشخص وتناقصت الحقوق التي يتمتع بها أو الالتزامات التي تترتب عليه، لا بد له لاستمرار بقائه ووجوده من أن يكون له أو عليه بعض الحقوق أو الالتزامات.

وأما من الناحية النظرية، فلو فرضنا خلو الذمة المالية من الحقوق والالتزامات في فترة ما من حياة الشخص، فإنها لا تتعدّم بانعدام هذه الحقوق والالتزامات لأن الذمة المالية لا تشمل الحقوق والالتزامات الموجودة فقط، بل تشمل أيضاً الحقوق والالتزامات المقبلة.

وإذا كان لا بد لكل شخص من ذمة مالية فإن هذه الذمة لا يجوز التنازل عنها بكاملها أو عن جزء شائع منها، وإن يكن من الممكن التنازل عن

١٦٦ - انظر: د. توفيق حسن فرج المرجع السابق، ص ٧٣١، ٧٣٧. ود. مرقس، المرجع

بعض أعيانها ومفرداتها أو عن جميع هذه الأعيان والمفردات دفعة واحدة، حيث يستطيع الشخص أن يتخلى عن جزء من الحقوق والالتزامات التي تحويها ذمته، أو عن جميع الحقوق والالتزامات القائمة في وقت من الأوقات من دون أن يكون قد تخلى عن ذمته لأنها تبقى قائمة بالرغم من خلوها من محتوياتها ومفرداتها.

ومن هنا يظهر أن الشخص لا يمكن أن يكون له خلال حياته إلا خلف خاص، أما بعد الوفاة فيمكن أن يكون له خلف خاص (هو الذي يتلقى عن سلفه ملكية شيء معين مادي أو معنوي أو حقاً عينياً على هذا الشيء) وخلف عام (هو الذي يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء شائع منها).

ولما كان لا يجوز التنازل عن الذمة المالية أو عن جزء شائع منها في أثناء حياة صاحبها، فإن الشخص لا يكون له خلال حياته خلف عام وإنما يكون له خلف خاص، كالمشتري الذي يعدّ خلفاً خاصاً للبائع في ملكية الشيء المبيع، أما بعد الوفاة فتحدد الذمة المالية وتنقلب إلى تركة تؤول إلى مستحقيها من الورثة، والموصى لهم، فالوارث والموصى له بجزء شائع من التركة كالموصى له بربع التركة مثلاً أو ثلثها، يعدّان بمنزلة خلف عام للمورث لأنهما يخلفانه في ذمته المالية التي انقلبت إلى تركة أو في أجزاء شائعة منها، أما الموصى له بأعيان معينة من التركة فيعدّ خلفاً خاصاً للمتوفى، لأنه لا يخلفه في ذمته المالية، أو في جزء شائع منها وإنما يخلفه في بعض أعيانها ومفرداتها.

وكما أنه لا يمكن أن يكون الشخص بدون ذمة مالية أو بذمة مالية ناقصة كذلك لا يمكن أن تكون له أكثر من ذمة مالية واحدة.

ثالثاً- فوائد الذمة المالية :

للذمة المالية عدة فوائد أهمها:

١- إن الديون والالتزامات التي تترتب على الشخص لا تتعلق بجزء من أمواله بل هي تتعلق بذمته كلها إذ تعد ضامنة لوفائها^{١٦٧}. فديون الشخص أو التزاماته المالية التي تؤلف العنصر السلبي من ذمته إنما تكون مضمونة كلها بجميع أمواله التي تشكل العنصر الإيجابي في هذه الذمة، ولما كانت الذمة المالية للشخص تشمل أمواله جميعها، فإن حق الدائن في استيفاء دينه لا يقتصر على مال معين للمدين، وإنما هو يشمل أمواله جميعها أياً كان تاريخ ترتب ذلك الدين، أو اكتساب هذه الأموال، كما يشاركه في هذا الحق جميع أصحاب الديون الأخرى.

٢- لما كانت الديون والالتزامات التي تترتب على الشخص تتعلق بذمته المالية لا بأعيانها ومفرداتها، فإن الشخص يستطيع أن يتصرف بأمواله كما يشاء من دون أن تحد ديونه من حريته في التصرف.

رابعاً-انقضاء الذمة المالية:

تنقضي الذمة المالية بوفاة صاحبها التي تؤدي إلى انقضاء شخصيته القانونية، وبذلك تتحدد نهائياً أموال الشخص وديونه فتخصص هذه الأموال لوفاء ديون المتوفى أولاً، ثم يوزع الفائض على الموصى لهم والورثة^{١٦٨}.

أما إذا زادت ديون المتوفى على أمواله فتوزع على الدائنين بحسب نسبة ديونهم، ولا يتحمل الورثة بحسب الشريعة الإسلامية أياً من تلك الديون.

المبحث السادس

^{١٦٧} - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، ص ٧٩٧.

^{١٦٨} - انظر: د. مرقس، المرجع السابق، ص ٧٩٨.

الموطن

الموطن هو مكان معين تكون للشخص صلة به تسمح باعتباره موجوداً فيه بصورة دائمة، بحيث يجوز لمن يريد أن يعامله قانونياً، أو قضائياً أن يوجه إليه الخطاب في ذلك المكان فيعدّ عالماً بذلك الخطاب ولو لم تسلم إليه بالذات^{١٦٩}.

أولاً-تعريف الموطن وصفته:

الموطن هو المقر الذي يكون للشخص في نظر القانون. أو هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة .
ويمكن أن يكون للشخص أكثر من موطن كمن تتعدّد زوجاته ويقيم لديهن جميعاً ففي هذه الحالة تتعدد مواطنه القانونية بتعدّد مساكن زوجاته .
ويمكن أن ينعتمّ الموطن القانوني عند بعض الأشخاص الذين لا يستقرون للعيش في أماكن محددة كالبدو والمشردين .
ويشترط أن يتوافر في الموطن صفة الاستقرار، فلا يعدّ موطناً مكان الإقامة المؤقتة كالإقامة في الفنادق، والاستقرار لا يعني الاستمرار غير المنقطع، فقد يقيم الشخص مستقراً في مكان من دون أن تتوافر في هذا السكن صفة الاستمرار، كالإقامة في مسكن المصيف.

ثانياً- أنواع الموطن

١- الموطن العام :

هو المكان الذي يعتد به القانون بالنسبة إلى نشاط الشخص وأعماله بوجه عام ، ويشمل كافة أمور الشخص ومعاملاته القانونية. والأصل أن يكون اختيارياً، إذ إن الشخص حر في اختيار المكان الذي يقيم فيه ، غير أن القانون

^{١٦٩} - انظر: د.مرقس، المرجع السابق، ص ٨٠١ .

قد فرض على بعض الأشخاص موطناً إلزامياً ، وهو موطن يحدده القانون للشخص من دون اعتداد بإرادته في هذا الشأن، ويقتصر ذلك على حالات محددة هي حالات عديمي الأهلية ، والمحجور عليهم لسفه أو غفلة أو جنون ، والغائب والمفقود ، فيكون موطن هؤلاء هو موطن من ينوب عنهم قانوناً .

٢-الموطن الخاص:

هو المكان الذي يعتد به القانون بالنسبة إلى نشاط محدد أو مسائل محددة مثل الأعمال التجارية والمهنية التي يباشرها الشخص، فيكون الموطن الخاص للشخص المكان الذي يزاول فيه تجارته، أو أي عمل تخصصي كالمهن المختلفة.

ولا يجوز مخاطبة الشخص قانوناً في موطنه الخاص إلا فيما يتعلق بشؤون تجارته أو مهنته، أما فيما عدا ذلك من المسائل فيخاطب الشخص بشأنها في موطنه العام.

ويعدّ الموطن عنصراً مهماً من عناصر الشخصية إذ إنه يمكن من تحديدها بصورة دقيقة وتعيين مقرها، وتبدو فائدة الموطن من الجهة القانونية في نواح عديدة، أهمها:

١- المحكمة المختصة للنظر في الدعاوى المتعلقة بالمنقولات، أو بالحقوق الشخصية هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، وعلى هذا لو أراد الدائن مثلاً أن يرفع دعوى على مدينه فعليه أن يرفعها أمام محكمة موطن المدين.

٢- إن التبليغات القانونية، كالمذكرات والإنذارات وغيرها تبلغ عادة للشخص الموجهة إليه في موطنه، فيعدّ عالماً بها ولو لم تسلم إليه بالذات.

٣- إن استيفاء الديون وتأديتها يجريان في المكان الذي يكون فيه موطن المدين وقت الوفاء.

وأهم أنواع الموطن الخاص موطن الأعمال والموطن المختار.

أ- **موطن الأعمال** يعد المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة^{١٧٠}. إذ إن التجار وأصحاب الحرف لهم بالإضافة إلى موطنهم العادي العام الذي يحدد في محل إقامتهم موطن خاص في المكان الذي يباشرون فيه تجارتهم أو حرفتهم.

ب- **الموطن المختار**: هو المكان الذي يختاره الشخص من أجل تنفيذ عمل معين، أو إبرام تصرف قانوني معين.

ويشترط اختيار هذا الموطن كتابة حرصاً على استقرار التصرفات. ويرتبط وجود الموطن المختار بوجود التصرف القانوني، أو العمل المزمع تنفيذه فيه، فإذا انقضى التصرف أو تم تنفيذ العقد زال الموطن المختار، ولا يخاطب الشخص في الموطن المختار إلا بشأن التصرفات التي حددها واختار لها موطناً لتنفيذها فيه^{١٧١}.

فالموطن المختار عبارة عن موطن خاص يتعلق بعمل معين، وهو بهذا يشابه موطن الأعمال الذي يعدّ بدوره من المواطن الخاصة.

وللموطن المختار فائدة كبيرة في تسهيل الإجراءات والمعاملات القانونية^{١٧٢}. كما لو تعاقد تاجر من دمشق فرضاً مع تاجر آخر من حلب على صفقة لشراء كمية من القطن، واتفقا في العقد على أن موطن التاجر الحلبي

١٧٠ - انظر: المادة (١/٤٣) مدني سوري.

١٧١ - انظر: المادة (٤٥) مدني سوري.

١٧٢ - انظر: د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٣٤٨ .

هو محل شخص ما في دمشق وهو الموطن المختار بالنسبة إلى هذه الصنفقة، فحين يقوم نزاع قانوني بين التاجرين الدمشقي والحلي حول الصنفقة المذكورة لا يكون التاجر الدمشقي مضطراً إلى أن يجري التبليغات القانونية إلى موطن التاجر الآخر في حلب، أو أن يرفع عليه دعوى أمام محاكمها، بل يستطيع أن يجري التبليغات إلى الموطن المختار لدى محل الشخص المعين في دمشق، كما يستطيع أن يرفع الدعوى أمام محاكم دمشق باعتبارها المحاكم التي يقع في دائرتها هذا الموطن المختار^{١٧٣}.

وأهم آثار الموطن المختار أن المحكمة التي يقع في دائرتها الموطن المختار تكون مختصة للنظر في الدعاوى المتعلقة بالعمل الذي اختير لأجله هذا الموطن. كما أن من آثاره أن التبليغات القانونية والقضائية المتعلقة بهذا العمل يمكن أن تجري في الموطن المختار بدلاً من الأصلي. ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة^{١٧٤}.

٣- الموطن القانوني: للشخص الحرية في أن يختار الموطن الذي يريد، وأن يغير موطنه متى أراد إلا أن القانون قد يتولى أحياناً وبالنسبة إلى بعض الأشخاص تحديد مواطن لهم يفرضها عليهم ويلزمهم بها.

وتحديد الموطن القانوني أمر استثنائي يتم استناداً إلى عوامل عديدة، ومنها بصورة خاصة ارتباط الشخص بمكان معين، كارتباط الموظف بمكان وظيفته، أو ارتباطه بشخص آخر يتولى شؤونه، كارتباط القاصر بنائيه الشرعي، كما أن بعض هذه الشرائع تعدّ أن الموطن القانوني للزوجة هو موطن زوجها، والأشخاص الذين فرض عليهم القانون المدني السوري

١٧٣ - انظر: المادة (٣/٤٥) مدني سوري .

١٧٤ - انظر: المادة (٢٤٥) مدني سوري .

المواطن القانونية هم، الموظفون العموميين والأشخاص الحائزون على كامل الأهلية الذين يشتغلون عند الغير وقيمون معه ، والقصر، ومن في حكمهم.

ويكون موطن الموظفين العامين هو المكان الذي يمارسون فيه وظائفهم^{١٧٥}. ويبنى الموطن في هذه الحالة على ارتباط الموظف بمكان معين هو مكان ممارسته وظيفته فيه، ولو لم يكن يقيم فيه بالفعل.

وهذا النص لا يشمل إلا الموظفين العامين أي موظفي الدولة فقط، أما موظفو الشركات والمؤسسات الخاصة فليس لهم موطن قانوني، وإنما لهم موطن عادي يحدد تبعاً لمحل إقامتهم.

أما الأشخاص الحائزون على كامل الأهلية الذين يخدمون أو يشتغلون عند الغير فيعدّ موطنهم موطن من يستخدمهم إذا كانوا يقيمون معه في منزل واحد^{١٧٦}. ويبنى الموطن في هذه الحالة على ارتباط المستخدم الحائز على الأهلية الكاملة بشخص آخر هو الشخص الذي يشتغل عنده من جهة، وعلى إقامته معه في منزل واحد من جهة ثانية، أما إذا كان هذا المستخدم لا يقيم مع الشخص الذي يشتغل عنده في منزل واحد، فلا يكون له موطن قانوني عند هذا الشخص، وإنما يكون له موطن عادي في المحل الذي يقيم فيه.

ويكون موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً ، أما القاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة فيمكن أن يؤذن له القاضي باستلام أمواله أو بعضها، وبإجراء بعض التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بنفسه من دون مساعدة النائب الشرعي.

^{١٧٥} - انظر: المادة (٢/٤٣) مدني سوري.

^{١٧٦} - انظر: المادة (٣/٤٣) مدني سوري.

ويكون للقاصر في هذه الحالة (ولمن في حكمه كالسفيه والمغفل والقاصر الذي بلغ الثالثة عشرة من عمره) موطناً خاصاً مستقل عن موطن نائبه الشرعي فيما يتعلق بهذه الأعمال والتصرفات التي يعدّ أهلاً لمباشرتها بنفسه.

وأما الأعمال والتصرفات التي لا يشملها الإذن الشرعي فيظل لهذا القاصر ومن في حكمه موطن قانوني بالنسبة إليها هو موطن نائبه الشرعي.

ثالثاً-تحديد الموطن:

اختلفت الشرائع في كيفية تحديد الموطن، وفي جواز تعدّده أو عدّمه^{١٧٧}.

إذ تعدّ الشرائع الأنجلوسكسونية، أن لكل شخص موطناً أصلياً وهو الموطن الذي ينتسب إليه بحكم القانون منذ ولادته، ويمكن للشخص الاحتفاظ بهذا الموطن ويمكن له تغييره، وللشخص موطن ينسب إليه ولا يمكن أن يكون له أكثر من موطن واحد.

أما الشرائع اللاتينية، فتذهب إلى أن موطن الشخص هو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله الرئيسي، وهي بذلك تفرق بين الموطن من جهة ومحل الإقامة من جهة أخرى، كما أنه لا يمكن أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد، ومع ذلك فقد حاول القضاء الاعتراف بتعدّد المواطنين في بعض الحالات.

^{١٧٧}- انظر: د.مرقس، المرجع السابق، ص ٨٠٤.

وأما الشريعة الألمانية، فكانت أكثر واقعية إذ تعدّ أن موطن الشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة، أي هو محل إقامته وترى أنه يمكن أن يكون للشخص الواحد عدّة مواطن.

وقد عدّ القانون المدني السوري، الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز أن لا يكون له موطن ما^{١٧٨}. إذ لا يكفي أن يقيم الشخص في مكان ما ليعدّ هذا المكان موطناً له، بل يجب أن تكون لديه نية الاستيطان أو الإقامة فيه، فالشخص الذي يقضي عطلة في مكان معين لا يعدّ أنه قد اتخذ من هذا المكان موطناً له ما دام لا يبغى فيه سوى الإقامة المؤقتة.

غير أن إقامة الشخص بنية الاستيطان في مكان ما لا يعني أن هذا الشخص عليه أن يقيم في ذلك المكان دائماً ومستمراً من دون أن يغادره أبداً.

أما إذا لم يعدّ الشخص يقيم فعلاً في المكان الذي كان يقيم فيه أو لم تعدّ لديه نية الاستيطان فتزول عندها عن هذا المكان صفة الموطن. وأما إذا انتقل الشخص إلى موطن جديد، ولكن من دون أن يترك الإقامة في موطنه السابق فلا يعدّ أنه غير موطنه القديم، بل يكون قد اتخذ لنفسه موطناً جديداً إضافة لموطنه القديم.

الفصل الثاني

الشخص الاعتباري

أصبح من المسلمات في نظر القانون أن يعترف بالشخصية القانونية لكل إنسان، ولكن اعتبارات عديدة دعت إلى الاعتراف بالشخصية القانونية

^{١٧٨} - انظر: المادة (٤٢) مدني سوري .

لغير الأشخاص الطبيعيين، إما لمجموعة من الأفراد، وإما لمجموعة من المصالح، ومن هنا جاءت فكرة الشخصية الاعتبارية. وقد ثار خلاف فقهي واسع حول طبيعة هذه الأشخاص الاعتبارية هل هي حقيقة أم مجرد افتراض.

فقد ذهب رأي من الفقه إلى القول أن الشخصية الاعتبارية هي مجرد افتراض قانوني مخالف للحقيقة. بالمقابل ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول أن الشخصية الاعتبارية حقيقة موجودة قانوناً وفعلاً وليست افتراضاً. ونعرض للشخص الاعتباري في مباحث خمسة وفق الآتي:

المبحث الأول: مفهوم الشخص الاعتباري

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري

المبحث الثالث: نشوء الشخص الاعتباري وزواله

المبحث الرابع: حقوق الشخص الاعتباري

المبحث الخامس: أنواع الشخص الاعتباري

المبحث الأول

مفهوم الشخص الاعتباري

يمكن تعريف الشخص الاعتباري بأنه، مجموعة من الأشخاص أو الأموال تهدف إلى تحقيق غرض معين، ويعترف القانون لها بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض في سبيل تحقيق أغراض اجتماعية للمجتمع كله أو لطائفة من طوائفه.

ومن التعريف نلاحظ أن الشخص الاعتباري يقوم على ثلاثة عناصر

هي:

أ- أنه يتكون من مجموعة أشخاص أو أموال أو مجموعة من الأشخاص والأموال معاً.

ب- يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن المجموعات المكونة له بناء على نص في القانون.

ج- يتعين أن يكون قيام الشخص الاعتباري لتحقيق هدف معين يتحدد في سند إنشائه.

ويسمى الشخص شخصاً اعتبارياً لأنه من وجهة نظر القانون بمنزلة الشخص العادي من حيث أنه يستطيع أن يكون طرفاً موجباً أو سالباً من أطراف الحق، ولكنه اعتباري أو معنوي، لأن شخصيته ليست حقيقية أو طبيعية كشخصية الإنسان.

وتظهر فائدة فكرة الشخصية الاعتبارية التي تسبغ على مجموعات الأشخاص والأموال من حيث أنها تحقق لهذه المجموعات كياناً مستقلاً قائماً بذاته، وتمكنها من إجراء الأعمال والتصرفات القانونية باسمها مباشرة لا باسم أعضائها أو مؤسسيها.

فلو لم تكن للجمعية شخصية اعتبارية لكان من الواجب أن تجرى التصرفات باسم أعضائها جميعاً ، وأن ترفع الدعاوى من الأعضاء أو عليهم جميعاً، ولاختلطت أموال الجمعية بأموال أعضائها وعدت جزءاً من ذممهم المالية يستطيع دائنوهم الشخصيون الحجز عليها واستيفاء ديونهم منها، وهذا كله يؤدي إلى تعقيد وتشابك كبيرين في معاملات الجمعية وعلاقاتها القانونية لا سبيل لتجنبهما إلا بمنحها الشخصية المستقلة .

وفكرة الشخصية الاعتبارية تتطوي على شيء من الخطورة جعلت المشرع يقف تجاهها موقف الحذر والشك، ويعمل على الحد منها وتضييقها وذلك لأن التكتلات التي تنشأ عن اجتماع عدد من الأشخاص الاعتبارية قد

تؤدي إلى التأثير في الحياة الاجتماعية بل وفي الحياة السياسية نفسها داخل الدولة.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري

ثار خلاف بين الفقهاء حول تكييف الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري، إذ ظهرت نظرية الافتراض القانوني، ونظرية الشخصية الحقيقية، ونعرض لهذه النظريات وفق الآتي:

١ - نظرية الافتراض القانوني:

تقوم هذه النظرية على الاعتقاد بأن الشخصية الطبيعية التي يتمتع بها الإنسان هي وحدها التي تعدّ حقيقة واقعة، أما الشخصية الاعتبارية فإنها مجرد افتراض قانوني مفيد وليس لها وجود حقيقي.

فالشخص الذي يصلح أن يكون طرفاً من أطراف الحق هو الكائن ذي الإرادة، وليس هنالك كائن يتمتع بالإرادة الحقيقية سوى الإنسان.

ويعدّ أصحاب هذا المذهب الإنسان-الشخص الطبيعي- هو الشخص القانوني الوحيد القادر على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، والمشرع هو الذي يوجد الشخصية الاعتبارية بمنح هذه الشخصية لمجموعة من الأشخاص أو الأموال.

ويستطيع المشرع أن يحدد مدى هذه الشخصية الاعتبارية ونشاطها وحقوقها وأهليتها، كما يستطيع سحب اعترافه بهذه الشخصية الاعتبارية بعد منحها، وأن يحوّلها ويزيلها من الوجود^{١٧٩}.

١٧٩- انظر: د هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٤٠٥ . ود مرقس، المرجع السابق، ص

وقد وجهت لهذه النظرية عدّة انتقادات أهمها^{١٨٠}: أن الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية أساس خاطئ إذ عدّت أن الشخص من الوجهة القانونية هو الكائن ذو الإرادة ورفضت بالتالي اعتبار الشخص شخصاً حقيقياً لعدم توافر هذه الإرادة، بينما نجد أن عنصر الإرادة ليس ضرورياً لاكتساب الشخصية، فالمجنون والصغير متمتعان بالشخصية الكاملة بالرغم من انعدام إرادتهما.

كما وجه انتقاد آخر لهذه النظرية بأنها تبدو غير صحيحة عندما نفسر بها كيف اكتسبت الدولة شخصيتها ، فلا نستطيع أن نقول أن المشرع هو الذي منحها إياها، لأن الدولة تتمتع بهذه الشخصية من قبل أن يوجد المشرع وهذا يناقض ما تراه هذه النظرية. كما تؤدي هذه النظرية إلى منح الدولة سلطات مطلقة للتحكم في أمر الشخص الاعتباري ، وهذا من شأنه التضيق والحد من انتشار هذا الشخص الذي تزداد أهميته وضرورته دائماً وباستمرار في عصرنا الحاضر.

٢ - نظرية الشخصية الحقيقية:

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى القول: أن الشخص الاعتباري ليس وهماً وافتراساً لا يقوم إلا بإرادة المشرع، وإنما هو حقيقة واقعة تفرض نفسها على المشرع ، بحيث لا يملك إلا أن يعترف بها، وتعدّ موجودة من تلقاء ذاتها من دون أن ننتظر منه الاعتراف بوجودها، وقد سلك أنصار هذه النظرية في تبريرها مذهبين هما: مذهب الإرادة المشتركة ومذهب المصالح المشتركة^{١٨١}:

أ- مذهب الملكية المشتركة:

١٨٠- انظر: د هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٤٠٦ .

١٨١ - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٧٣١ .

لا تهدف هذه النظرية إلى إيجاد تفسير لطبيعة الشخص الاعتباري وإنما تنفي وجود هذا الشخص من أساسه وتعدّه مفهوماً غير ضروري يمكن الاستغناء عنه.

ويذهب أصحاب هذه النظرية إلى أن فكرة الشخص الاعتباري قد افتُرضت لكي يمكن أن تسند لهذا الشخص الأموال المخصصة لغرض معين. وأن فكرة الملكية المشتركة التي يأخذون بها في هذا المجال هي فكرة مختلفة عن الملكية الفردية من جهة، وعن الملكية الشائعة من جهة ثانية، ففي الملكية الفردية يستطيع المالك أن يتصرف بأمواله، وفي الملكية الشائعة يستطيع المالك أيضاً أن يتصرف في حصته الشائعة، كما يستطيع أن يطالب بقسمة المال الشائع لإنهاء حالة الشيوع والاستعاضة عنها بالملكية الفردية، أما في الملكية المشتركة فليس لأحد من المالكين شيء من ذلك^{١٨٢}.

وقد وجهت عدّة انتقادات لهذه النظرية أهمها^{١٨٣}:

- ١- أخطأت هذه النظرية حين اقتصرت في نظرها للشخص الاعتباري على ناحيته المالية فقط، ولم تجد فيه إلا مالكاً لمجموعة من الأموال.
- ٢- لو فرضنا أنه يمكن الاستعاضة عن فكرة الشخص بفكرة الملكية المشتركة فإن هذه الفكرة الأخيرة ذاتها غامضة وغير واقعية، إذ كيف نستطيع أن نخص أو نحدد الأشخاص المالكين ملكية مشتركة للأموال التي تخصص لغرض معين.

١٨٢ - انظر: د مرقس، المرجع السابق، ص ٧٣٤ .

١٨٣ - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٤١٢ .

٣ - إن التخلي عن فكرة الشخص والاستعاضة عنها بفكرة الملكية المشتركة يعني التخلي عن جميع المزايا والفوائد التي تبنى على الاعتراف بوجود هذا الشخص.

ب- نظرية المصالح المشتركة:

انطلق أنصار هذه النظرية من تعريف للحق يختلف عن تعريف أصحاب المذهب الفردي، فالحق عندهم ليس القدرة الإرادية وإنما هو مصلحة مشروعة يحميها القانون فحيثما توجد مصلحة مشروعة يكون هنالك حق لصاحب هذه المصلحة ويكون صاحب هذه المصلحة ذاته شخصاً من الأشخاص باعتباره صاحب حق أو طرفاً من أطرافه.

لكن المصالح القائمة في المجتمع ليست كلها مصالح فردية تعود للشخص الطبيعي وإنما هنالك أيضاً مصالح مشتركة يحرص على تحقيقها الشخص الاعتباري وهذه المصالح المشتركة هي مصالح خاصة بالشخص الاعتباري ذاته ومتميزة عن مصالح أفراد بل هي قد تخالف مصالحهم أحياناً وتناقضها.

وما دامت هنالك مصالح مشتركة فيتعين أن تكون لمجموعة الأشخاص أو الأموال التي تعود إليها هذه المصالح شخصية مستقلة كشخصية الإنسان التي تقتضيها المصالح الفردية ، وعلى هذا فإن الشخصية الاعتبارية والشخصية الطبيعية ليس بينهما اختلاف لأن كلاً منهما تبنى على فكرة المصلحة.

والنتيجة الرئيسية التي تسعى هذه النظرية للوصول إليها هي الاعتراف بوجود الشخصية الاعتبارية بمجرد توافر عناصرها دون أن يتوقف ذلك على إرادة المشرع.

وللشخص الاعتباري سواء عدّدناه حقيقة واقعة، أم مجرد افتراض قانوني مقومات لا يتم كيانه ووجوده من دونها وهذه المقومات هي:

١- وجود مجموعة من الأشخاص كما في الجمعيات مثلاً، أو مجموعة من الأموال كما في المؤسسات.

٢- أن يكون لهذه المجموعة من الأشخاص أو الأموال غرض ثابت معين يتكفل حوله أفراد المجموعة، أو ترصد الأموال لتحقيقه، ويجعل من هذه المجموعة وحدة متماسكة تشكل كياناً قائماً بذاته.

٣- أن تكون لهذه المجموعة من الأشخاص أو الأموال تنظيم خاص تعين بموجبه الهيئة أو الهيئات التي تمثلها وتعبّر عن إرادتها وتعمل باسمها ولحسابها، ومن دون هذا التنظيم لا تستطيع هذه المجموعة من الأشخاص أو الأموال الدخول في الحياة القانونية، وإجراء التصرفات القانونية بصورة مستقلة.

المبحث الثالث

نشوء الشخص الاعتباري وزواله

ينشأ الشخص الاعتباري بعمل إرادي يتبعه إعلان وشهر ويتخلله تدخل من قبل الدولة في كثير من الأحيان^{١٨٤}.

وتنشأ الأشخاص الاعتبارية العامة بإرادة المشرع. أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة فالإرادة الفردية هي العنصر الأساسي في إنشائها، ذلك أن هذه الأشخاص الاعتبارية إما أن تكون عبارة عن مجموعة من الأشخاص يتكثرون حول غرض معين أو تكون مجموعة أموال ترصد لتحقيق هدف ما.

وقد تسبق نشوء الشخص أحياناً مرحلة تمهيدية أو تأسيسية تستلزم القيام ببعض الإجراءات القانونية المؤدية لتكوين الشخص .

وتظهر ضرورة هذه المرحلة بصورة خاصة في الشركات المساهمة إذ لا بد فيها من طرح الأسهم للاكتتاب الشعبي وصرف بعض النفقات الضرورية وتعدّ الأموال التي تجمع في هذه الحالة والنفقات التي تبذل تعود للشخص الاعتباري مباشرة الذي هو في دور التكوين وتتم لحسابه.

ويتعين نشر التشريع الذي يقضي بإنشاء الشخص الاعتباري في الجريدة الرسمية وفقاً للمبدأ العام في نشر التشريعات، أما بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية الخاصة فيكون الشهر عادة بتسجيل هذه الأشخاص في سجلات رسمية خاصة بها بحسب كل نوع منها.

ويختلف مفعول شهر الأشخاص الاعتبارية الخاصة باختلاف النظام القانوني المتبع ومدى أخذه بمبدأ حرية تكوين الشخص أو تقييده لهذه الحرية. وقد نصت المادة/٣/ من قانون الشركات السوري رقم /٣/ لعام /٢٠٠٨ على أنه لا تكتسب الشركة شخصية اعتبارية تجاه الغير إلا بشهرها. ويتم شهر

^{١٨٤} - انظر: د. احمد سلامة المرجع السابق، ص ٢٥٧ .

جميع الشركات بتسجيل عقود تأسيسها وأنظمتها الأساسية والبيانات الواردة في المادة /٨/ من هذا القانون في سجل الشركات الممسوك في سجل التجارة في المحافظة التي يقع فيها مركز الشركة، وذلك خلال الشهر الذي يلي تأسيسها. وتستثنى شركة المحاصة من الشهر لعدم تمتعها بالشخصية الاعتبارية.

وجاء في المادة /٤/ من ذات القانون أنه يحق للشركاء في مواجهة بعضهم بعضاً التمسك ببطلان الشركة بسبب عدم شهرها إلا أنه لا يجوز لهم الاحتجاج بهذا البطلان في مواجهة الغير الذي يحق له ذلك. وبالنسبة إلى الأنظمة التي تأخذ بحرية إنشاء الشخص الاعتباري لا يعدّ الشهر شرطاً لنشوء هذا الشخص ، وإنما هو شرط لإمكان الاحتجاج بشخصيته تجاه الغير فقط.

أما بالنسبة للأنظمة التي تقيد حرية إنشاء الشخص فالشهر هو إحدى الوسائل التي تحقق تدخل الدولة ومراقبتها في هذا المجال وهو شرط أساسي لنشوء هذا الشخص واكتسابه الشخصية القانونية.

وبما أن الأشخاص الاعتبارية العامة لا تنشأ إلا بنص تشريعي مماثل فهي لا تزول إلا بنص تشريعي مماثل. أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة فتزول إما بصورة طبيعية أو بصورة اختيارية أو إجبارية.

فالشخص الاعتباري يزول بصورة طبيعية إذا فقد أحد عناصره أو مقوماته الأساسية. ويزول بصورة اختيارية باتفاق مجموع أعضائه على حله، أو باتفاق أغلبية معينة منهم يحددها القانون أو يحددها النظام الأساسي للشخص الاعتباري وفقاً لأحكام القانون.

ويزول الشخص الاعتباري بصورة إجبارية إما بتشريع ، أو بقرار إداري بالنسبة لبعض أنواع الأشخاص الاعتبارية كالجمعيات والمؤسسات، أو

بحكم قضائي تصدره المحكمة المختصة في الأحوال وبالشروط التي يحددها القانون، ومن أهم الحالات التي تدعو إلى حل الشخص الاعتباري خروجه عن أهدافه أو عجزه عن الوفاء بتعهداته، أو ممارسته نشاطاً مخالفاً للنظام العام والآداب.

وحيث يزول الشخص الاعتباري تصفى ذمته المالية وتعدّ شخصيته بحكم المستمرة ريثما تتم أعمال التصفية ثم تزول نهائياً بعد ذلك وتوزع الأموال الفائضة على الجهات التي تستحقها بحسب كل نوع من أنواع الشخص الاعتباري.

وإن طبيعة الشخص الاعتباري الخاصة التي جعلته لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية بنفسه بل بوساطة نائبه، تثير قضية تحديد مسؤولية الشخص الاعتباري عندما يترتب على هذه التصرفات أو عن أعمال ممثله أو نائبه ضرر يلحق بالغير .

فالشخص الاعتباري يكون مسؤولاً عن عمل ممثله ما دام هذا الأخير يكون قد سبب ضرراً للغير بسبب النشاط الذي يقوم به لحساب الشخص الاعتباري وتكون مسؤوليته مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية .

أما فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية ، فإنه إذا كان من المستحيل تطبيق العقوبات الجسمانية على الشخص الاعتباري فإنه من الممكن أن تطبق عليه العقوبات التي تتلاءم مع طبيعته كالمصادرة، والغرامة المالية، والحل .

المبحث الرابع

حقوق الشخص الاعتباري

يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون، إذ يكون له ذمة مالية مستقلة، وأهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقرها القانون، وله حق التقاضي، وله موطن مستقل، ويكون له نائب يعبر عن إرادته^{١٨٥}.

ففيما عدّا الحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية كحقوق الأسرة مثلاً، فإن الشخص الاعتباري يتمتع بكافة الحقوق والخصائص التي يتمتع بها الشخص الطبيعي التي تستلزمها شخصيته القانونية. ونعرض للحقوق التي يتمتع بها الشخص الاعتباري في ستة مطالب وفق الآتي:

المطلب الأول

اسم الشخص الاعتباري

للشخص الاعتباري اسم يميزه من غيره، فقد يكون مكوناً من أسماء الشركاء، أو أحدهم أو اسماً منبثقاً من الغرض الذي وجد لأجله الشخص الاعتباري، وقد أجاز القانون للشخص الاعتباري أن يتخذ اسماً تجارياً، و أجاز له التصرف فيه، ولكن ليس مستقلاً عن المحل التجاري ذاته. وحق الشركة على اسمها هو حق مالي، أما حق الجمعية أو المؤسسة الخاصة على اسمها فيعدّ حقاً أدبياً طالما أنها لا تهدف إلى تحقيق الربح.

وبما أن الشخص الاعتباري يتمتع بشخصية مستقلة وكيان قائم، فلا بد له من اسم يساعد على تعيينه وتميزه، ويستطيع هذا الشخص بوساطته إجراء الأعمال والتصرفات القانونية^{١٨٦}.

^{١٨٥} - انظر: المادة (٥٥) مدني سوري.

^{١٨٦} - انظر: د.علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص ٢٢١.

ويختلف اسم الشخص الاعتباري عن اسم الشخص العادي من حيث عدم وجود لقب أو اسم عائلي يدخل في تكوينه، وهو يستمد غالباً من غايته أو غرضه الذي أنشئ لأجله أو من أسماء مؤسسيه، أو غير ذلك من الاعتبارات المختلفة.

ولا يحد من حرية مؤسسي الشخص الاعتباري في اختيارهم لاسمه سوى ضرورة عدم مخالفة هذا الاسم للنظام العام.

ويتمتع اسم الشخص الاعتباري بالحماية القانونية التي يتمتع بها اسم الشخص الطبيعي. ويمكن تغيير اسم الشخص الاعتباري وبعدّ تغييره بمنزلة تعديل لنظام الشخص الاعتباري الذي حدد فيه اسمه ويجب أن يتم وفقاً للأصول القانونية التي يمكن أن يجري بها هذا التعديل.

المطلب الثاني

جنسية الشخص الاعتباري

تتحدد جنسية الشخص الاعتباري بالدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الفعلي. فمتى اتخذ الشخص الاعتباري بلداً معيناً مركزاً لإدارته تثبت له جنسية هذا البلد ، ويخضع نظامه القانوني لقوانين الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي الفعلي، ولقد عدّ بعض الفقهاء أن الجنسية بالنسبة للشركة أهم من الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي، ذلك أنه إذا كان من الممكن وجود شخص عدّيم الجنسية، فمن غير المتصور وجود شركة من دون جنسية، إذ أنه من الضروري أن تكون للشركة جنسية ما.

وقد اختلف الفقه حول إمكان تمتع الشخص الاعتباري بالجنسية أو عدم إمكان ذلك، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن الجنسية لا تثبت إلا للشخص الطبيعي باعتبار أن هذه الجنسية هي رابطة تربط بين الدولة ورعاياها،

والشخص الاعتباري عبارة عن تركيب قانوني وليس فرداً من الأفراد، وقد يخضع هذا الشخص لقوانين دولة من الدول من دون أن يكتسب جنسيتها.

ويرى بعض الفقه أنه ما دام لا بد من وجود رابطة ما تربط بين الشخص ودولة من الدول تجعله خاضعاً لأنظمتها وقوانينها فليس هنالك ما يمنع أن نطلق على هذه الرابطة اسم الجنسية.

وبموجب المادة /١٠/ من قانون الشركات السوري رقم (٣) لعام ٢٠٠٨ .. ٢ تعد جنسية الشركة سورية حكماً، رغم كل نص مخالف في عقدها أو نظامها الأساسي، إذا تأسست في سورية وتم قيدها في سجل الشركات في الجمهورية العربية السورية. وتتمتع الشركات المؤسسة في سورية بالحقوق الممنوحة للسوريين، إلا ما كان منها ملازماً للشخص الطبيعي، أو عند وجود نص تشريعي خاص يحدد الحقوق التي تتمتع بها الشركة.

ويحق للشركة السورية اكتساب الحقوق العينية العقارية اللازمة لتحقيق غايات مشروعها دون اعتبار لجنسية الشركاء فيها، إلا أنه لا يجوز نقل هذه الحقوق إلى أسماء الشركاء أو المساهمين غير السوريين فيها عند حل أو تصفية الشركة إلا بعد الحصول على الموافقات المطلوبة قانوناً لتملك غير السوريين لمثل هذه الحقوق.

على أن المادة (١٢) من القانون المدني السوري تقضي بأن النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في سورية، فإن القانون السوري هو الذي يسري.

المطلب الثالث

الذمة المالية للشخص الاعتباري

للشخص الاعتباري شخصية قانونية مستقلة عن شخصية أعضائه أو مؤسسيه إذ إن ذمته المالية مستقلة عن ذمة أعضائه ومؤسسيه، وديون الشخص الاعتباري تضمنها حقوقه، ولا يجوز لدائني الأعضاء أو دائني المؤسسين التنفيذ على أموال الشخص الاعتباري، ولا يجوز لدائني الشخص الاعتباري التنفيذ على الأموال الخاصة للأعضاء والمؤسسين لأن أموالهم لا تدخل في ذمة الشخص الاعتباري، فلا تعدّ ضماناً عاماً^{١٨٧}.

والذمة المالية من أهم خصائص الشخص الاعتباري ولها فائدة كبيرة من حيث أنها تؤدي إلى الفصل بين أمواله والتزاماته من جهة ، وأموال أعضائه أو مؤسسيه من جهة ثانية.

فأموال الشخص الاعتباري تعود لهذا الشخص الاعتباري لا إلى أعضائه، وبذلك لا يستطيع دائنوا هؤلاء الأعضاء الحجز على أموال الشخص الاعتباري واستيفاء ديونهم منها ، ففي الجمعية مثلاً تعدّ الأموال التي تقدم إليها من قبل أعضائها ملكاً لهذه الجمعية، وليس للأعضاء أية علاقة بهذه الأموال التي قدموها كما لا يكون لدائنيهم أية سلطة عليها.

وتعدّ الأموال التي يسهم بها الشركاء في الشركة ملكاً للشركة وجزءاً من ذمتها المالية، ولا يكون للشريك سوى حصة في رأسمالها ولكنه لا يملك ما يقابل هذه الحصة من رأس المال خلال وجود الشركة، بل تملكه هذه الشركة نفسها، أما حصة الشريك فتحوله اقتسام أموال الشركة وموجوداتها بما يعادل هذه الحصة بعد حل الشركة وتصفياتها، أو انسحابه منها.

^{١٨٧} - انظر: د.علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص ٢٢٤

وأما بالنسبة لالتزامات الشخص الاعتباري فإنه يتحملها وحده إلا في شركات التضامن إذ يعدّ الشركاء المتضامنون مسؤولين بأموالهم الشخصية عن ديون الشركة.

وتترتب على الذمة المالية للشخص الاعتباري ذات الآثار والنتائج التي تنجم عن الذمة المالية للشخص الطبيعي.

المطلب الرابع

موطن الشخص الاعتباري

من الضروري أن يكون للشخص الاعتباري موطن يحدد مكان وجوده من الوجهة القانونية ويترتب على تحديد موطن الشخص الاعتباري الآثار القانونية ذاتها التي تترتب على تحديد موطن الشخص الطبيعي.

وموطن الشخص الاعتباري عموماً هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والشركات التي يكون مركز إدارتها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في سورية يعدّ مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية^{١٨٨}.

ويمكن أن ترفع دعاوى من الشخص الاعتباري أو عليه إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية، وذلك في المسائل المتصلة بهذا الفرع^{١٨٩}.

^{١٨٨} - انظر: المادة (٥٥) مدني سوري.

^{١٨٩} - انظر: المادة (٨٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري.

وليس هنالك ما يمنع من وجود موطن مختار يتخذه الشخص الاعتباري بإرادته بالنسبة إلى عمل معين من الأعمال وله ذات الآثار التي تتعلق بالموطن المختار للشخص الطبيعي.

المطلب الخامس

أهلية الشخص الاعتباري

يتمتع الشخص الاعتباري بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي، إذ يتمتع بأهلية وجوب أي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ونظراً لاختلاف الشخصية الطبيعية عن الشخصية الاعتبارية فتكون حقوق الشخص الاعتباري والتزاماته مختلفة عن الحقوق والالتزامات الخاصة بالشخص الطبيعي، فلا تثبت للشخص الاعتباري الحقوق والالتزامات الملازمة لشخصية الإنسان، إذ لا تكون له حقوق الأسرة، كما لا تثبت له حقوق الشخصية، كالحق في سلامة الجسم، كما أنه لا يرث، باستثناء الدولة إذ تؤول إليها أموال من لا وارث له، أو التي تخرى عنها الورثة .

والشخص الاعتباري ليس له تمييز بحكم طبيعته إذ ليست له إرادة بذاته ، وقد ذهب رأي في الفقه للقول: أن الشخص الاعتباري ليس منعّم الأهلية، بل له أهلية ولكن لا يستطيع العمل إلا بواسطة ممثله كما هو الأمر بالنسبة للشخص الطبيعي عديم التمييز.

وأهلية الشخص الطبيعي مطلقة غير محدودة فيما عدا بعض الاستثناءات، إذ أنها تخوله اكتساب جميع أنواع الحقوق وممارسة مختلف أنواع التصرفات. أما أهلية الشخص الاعتباري لاكتساب الحقوق فلا تثبت له إلا ضمن الحدود التي يعينها سند إنشائه ، أو التي يقرها القانون بالإضافة إلى

القيود التي تنجم عن طبيعته الخاصة من حيث عدّم توافر الصفة الإنسانية فيه^{١٩٠}.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن الشخص الاعتباري لا يتمتع من الأهلية إلا بما يمنحه القانون منها، وأما الفقهاء المعاصرون فيعدّون أن الأصل لدى الشخص الاعتباري لاكتساب الحقوق هو وجود الأهلية، وأن مهمة القانون ليست تعيين ما يتمتع به منها، وإنما تحديد ما لا يتمتع به.

على أن القيود التي تحد من أهلية الشخص الاعتباري هي غير ضئيلة، وهذه القيود تصيب أهلية الوجوب لديه كما تصيب أهلية الأداء، لأن عدّم أهلية الشخص لاكتساب بعض الحقوق تجعله في ذات الوقت غير أهل لإجراء التصرفات المتعلقة بها.

وتقييد أهلية الشخص الاعتباري ينشأ إما بسبب عدّم ملائمة هذه الحقوق والتصرفات لطبيعته الخاصة، أو بسبب منافاة هذه الحقوق والتصرفات للغرض الذي أنشئ الشخص الاعتباري لتحقيقه.

ويتمتع الشخص الاعتباري بأهلية أداء تجعله قادراً على مباشرة الأعمال والتصرفات وإجرائها بنفسه. ولا يستطيع إجراء هذه الأعمال والتصرفات إلا بوساطة من ينوب عنه، أو من يمثله من الأشخاص الطبيعيين.

المطلب السادس

حق التقاضي بالنسبة للشخص الاعتباري

يعدّ هذا الحق من أبرز حقوق الشخص الاعتباري إذ يمكنه من المثل أمام القضاء باعتباره مدعياً أو مدعى عليه باسمه الشخصي، وبصورة مستقلة

^{١٩٠} - انظر: د. احمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢٦٣، ٢٦٦.

عن مؤسسيه أو أعضائه، ولو لم يعترف له بهذا الحق لكان من الواجب أن ترفع الدعاوى المتعلقة به باسم أعضائه جميعاً، أو عليهم جميعاً من دون أن يكون للشخص الاعتباري باعتباره شخصاً مستقلاً حق المثل فيها.

ويمثل الشخص الاعتباري في الدعاوى التي ترفع باسمه ، أو عليه نائبه الذي يعمل لحسابه ويحق له تمثيله من الوجهة القضائية ، كما يحق للنائب أن يقوم بالإقرار عن الشخص الاعتباري أو حلف اليمين.

المبحث الخامس

أنواع الأشخاص الاعتبارية

تقسم الأشخاص الاعتبارية إلى فئتين: أشخاص اعتبارية عامة، وأشخاص اعتبارية خاصة^{١٩١}.

^{١٩١} نص المادة ٥٤/ من القانون المدني السوري على أن الأشخاص الاعتبارية هي:

والأشخاص الاعتبارية العامة، هي الدولة، والمحافظات، والبلديات،
والمؤسسات العامة التي يرى المشرع أن يعترف لها بشخصية اعتبارية
وميزانية خاصة يساعدها على تحقيق أهدافها.

أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة، فهي الهيئات والطوائف التي تعترف
لها الدولة بشخصية اعتبارية، والأوقاف، والشركات المدنية والتجارية،
والجمعيات، والمؤسسات.

أما الجمعيات، فقد خصص المشرع السوري في بعض مواد القانون
المدني السوري أحكام لتنظيمها وتنظيم المؤسسات م (٥٦-٨٢)، غير أن هذه
المواد ألغيت بالقانون رقم (٩٣) لعام ١٩٥٨ المتضمن قانون الجمعيات.

-الجمعية، هي عبارة عن جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص
طبيعية أو اعتبارية لتحقيق غرض ما غير الحصول على ربح مادي^{١٩٢}.

١- الدولة والمحافظات والبلديات بالشروط التي يحددها القانون، والمؤسسات العامة
وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

٢- الهيئات والطوائف التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية.

٣- الأوقاف.

٤- الشركات المدنية والتجارية.

٥- الجمعيات والمؤسسات.

٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى
نص القانون)

وإن هذا التعداد حصري وإن الشخصية الاعتبارية لا تثبت إلا للأنواع المذكورة فيه.

^{١٩٢} - انظر: المادة (٥٦) مدني سوري .د. مرقس ، المرجع السابق، ص ٦٧٩ .

-الشركة: عرفت المادة (٤٧٣) من القانون المدني السوري عقد الشركة بأنه ((عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة)).

وغرض الربح هو ما يميز الشركة عن الجمعية، والشركات التجارية على أنواع، فهي إما أن تكون شركة تضامن أو شركة مساهمة، أو شركة توصية، أو شركة محاصة، أو شركة مغفلة.

وتنشأ الشركة عموماً بعقد مكتوب يتفق فيه على تكوينها، على أن بعض أنواع الشركات لا بد لها من الحصول على ترخيص إداري^{١٩٣}.

ويعدّ القانون المدني الكتابة شرطاً أساسياً في عقد الشركة فإذا لم يكن هذا العقد مكتوباً عدّ باطلاً، والبطالان في هذه الحالة لا يمكن الاحتجاج به قبل الغير، أي أن الغير يستطيع أن يتمسك ببطلان الشركة التي أنشئت بعقد غير مكتوب ولكن الشركاء لا يستطيعون أن يحتجوا تجاه الغير بذلك.

وتعدّ الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعدّ استيفاء إجراءات النشر التي يقررها القانون، ومع ذلك يحق للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها^{١٩٤}.

وتعدّ المؤسسة شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مقدار من المال مدة غير معينة لعمل ذي صفة إنسانية، أو دينية، أو علمية، أو فنية، أو رياضية،

^{١٩٣} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٤٤٠، ٤٤١.

١٩٤ - انظر: المادة (٤٧٤) مدني سوري.

أو أي عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية، أو النفع العام من دون قصد تحقيق ربح مادي^{١٩٥}.

وتختلف المؤسسة عن الجمعية والشركة في أنها عبارة عن مجموعة أموال لا أشخاص.

وتنشأ المؤسسة بسند رسمي أو وصية. ويعدّ هذا السند أو الوصية دستوراً للمؤسسة، ويجب أن يشتمل على البيانات التالية^{١٩٦}، اسم المؤسسة ومركزها على أن يكون هذا المركز في الجمهورية العربية السورية -الغرض الذي أنشئت لتحقيقه- بيان دقيق للأموال المخصصة لهذا العمل-تنظيم إدارة المؤسسة بما في ذلك اسم مديرها-البيانات الأخرى التي يصدر بتعيينها قرار من الجهة المختصة.

ولا تكتسب المؤسسة الشخصية القانونية بحسب قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة إلا بعد أن يتم شهرها وفقاً لأحكام القانون.

ويجوز لمن أنشأ المؤسسة بسند رسمي أن يعدّل عنها بسند رسمي آخر على أن يتم هذا العدول قبل شهر المؤسسة.

وليس للمؤسسة أعضاء يشكلون هيئتها العامة، أو يقومون بانتخاب مجلس إدارتها وإنما هي عبارة عن مجموعة أموال يعين لها مدير أو أكثر لتولي أمورها، وتسيير أعمالها وتمثيلها من الوجهة القانونية.

ويساوي القانون بين الجمعية والمؤسسة من حيث الحل والتصفية إلا أن الحل الاختياري لا يمكن وقوعه بالنسبة للمؤسسة لعدم وجود هيئة عامة لها

^{١٩٥} - انظر: د مرقس ،المرجع السابق، ص ٧١٩ .

^{١٩٦} - انظر: د هشام القاسم ، المرجع السابق ص ٤٥١ .

يعود إليها أمر تقريره. ولهذا فلا يطبق على المؤسسة إلا الحل الإجباري الذي يطبق بالنسبة للجمعية كما أن تصفيته وتوجيه الفائض من أموالها بعد التصفية إنما يخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها الجمعيات في هذا الشأن.

- **الوقف:** هو نظام قانوني مأخوذ من الشريعة الإسلامية، ويعرف الوقف، بأنه حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصديق بمنفعتها على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر.

والوقف هو تصرف بإرادة منفردة، وتخرج الأعيان أو الأموال الموقوفة عن ملكية الواقف لا إلى مالك جديد وإنما تعدد كأنها أصبحت على حكم ملك الله تعالى. أما المستحقون من الوقف فلا يملكون الأموال المرصودة لأجله بل يقتصر حقهم على الاستفادة من منافعها^{١٩٧}.

والأصل أن الوقف مؤبد أي أن منافعه يجب أن تؤول ابتداء وانتهاء إلى جهة بر لا تنقطع، وقد تخصص هذه المنافع ابتداء إلى أشخاص معينين، ثم تؤول من بعدهم إلى جهة بر لا تنقطع، كما في الأوقاف الذرية التي توقف أولاً على ذرية الواقف، ثم تؤول بعد انقراض المستحقين إلى جهة من جهات البر. وقد ألغى المرسوم التشريعي رقم ٧٦/ لعام ١٩٤٩ الوقف الذري ومنع إنشاءه.

وينشأ الوقف بتصرف إرادي يعبر فيه الواقف عن إرادته الحازمة في إنشائه. ويرى أغلب الفقه أن المال الموقوف يجب أن يكون عقاراً أو منقولاً تابعاً للعقار الموقوف أو متعارفاً على وقفه.

أما الشخصية الاعتبارية للوقف فلم يعترف بها بشكل واضح لدى جميع المذاهب، بل يرى فقهاء المذهب الحنفي أن الوقف لا ذمة له، غير أن

^{١٩٧} - انظر: د. هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٤٥٢.

الأحكام الشرعية التي تطبق على الوقف توحى بوجود شخصية مستقلة له وهذا ما دعا قانوننا المدني للاعتراف صراحة بهذه الشخصية الاعتبارية.

ويدير الوقف متولاً أو ناظر يمثله ويدير شؤونه، وهو يعين بحسب الشروط التي حددها الواقف، فإذا لم يوجد من تتوافر فيه هذه الشروط انتقلت النظارة أو التولية إلى مديرية الأوقاف، أو عين القاضي المتولي الذي يصلح لهذه المهمة.

ويزول الوقف المؤقت الذي أخذ به القانون المصري بانتهاء مدته أو انقراض الموقوف عليهم، أما الوقف المؤبد فلا يمكن زواله مهما مر عليه من زمن. كما يمكن أن يزول الوقف بقانون يقضي بحله كما في الأوقاف الذرية. وحين يزول الوقف تنتهي شخصيته الاعتبارية، وتوزع أمواله بعد التصفية على الجهات التي تستحقها وقت الحكم بزواله.

الباب الثاني محل الحق

يقصد بمحل الحق أو موضوع الحق كل ما ينصب عليه الحق من أشياء مادية أو غير مادية، أو عمل ما سواء بالقيام به أو الامتناع عنه. ونعرض لمحل الحق العيني والشخصي في فصلين وفق الآتي:

الفصل الأول: محل الحق الشخصي

الفصل الثاني: محل الحق العيني

الفصل الأول

محل الحق الشخصي

هو التزام المدين بالقيام بعمل ما، أو بالامتناع عن عمل، أو الالتزام بإعطاء شيء. إذن محل الحق الشخصي قد يكون عملاً إيجابياً أو سلبياً، وفي كلا الحالتين يجب أن يتوافر فيه عدة شروط هي:

١- شرط الإمكان: أي أن يكون باستطاعة المدين القيام به ، فإن كان مستحيلاً استحالة مطلقة فإنه لا يصلح أن يكون محلاً للحق، ولا ينشأ التزاماً، كأن يتعهد المدين بعلاج شخص تبين أنه قد توفي .

٢- شرط التعيين: يجب أن يكون العمل محدداً أو قابلاً للتحديد، فإن كان العمل هو إنجاز بناء فلا بد أن يكون الدائن والمدين على بينة به، أي معرفة موقعه ومساحته ومواصفاته ومدة الإنجاز .

٣- شرط المشروعية: يتعين أن يكون العمل محل الالتزام مشروعاً، فلا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، فالالتزام بتوريد المخدرات هو عمل غير مشروع.

وفي الحالات التي يكون فيها محل الحق عملاً ذاتياً، أداء كان، أو امتناعاً من جانب الملتزم نقول: إن مضمون الحق ومحلّه مندمجان في بعضهما، فيصبح أداء العمل أو الامتناع عنه هما موضوعا الحق ومضمونا الحق كذلك.

الفصل الثاني

محل الحق العيني

محل الحق في الحقوق العينية قد يكون شيئاً مادياً كالأرض والبناء ، وقد يكون شيئاً غير مادي (معنوي) ومن هنا يمكن أن نقسم الأشياء إلى أشياء مادية وأشياء معنوية.

ونعرض لمفهوم الأشياء وتقسيماتها وفق الآتي:

أولاً- مفهوم الأشياء

كما أن للحق صاحباً، هو الشخص، فإن له محلاً، ومحل الحق إما أن يكون شيئاً أو عملاً، والشيء قد يكون مادياً كالأرض والبناء والحيوان أو معنوياً كأفكار المؤلفين.

والمال في عرف القانون هو الحق ذي القيمة المالية^{١٩٨} أيأ كان ذلك الحق عينياً أو شخصياً، وأياً كان محله شيئاً أو عملاً، وقد ميز القانون بين الأشياء والأموال فأورد تقسيمات كل منها بادئاً بالأشياء .

^{١٩٨} - انظر: د محمود جمال الدين ذكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة

الثانية، مصر، ١٩٦٩، ص ٢٩. ود سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٨٣٩ .

ولا يعني أن محل الحق قد يكون شيئاً أن كل الأشياء تصلح أن تكون محلاً للحق، بل إن بعضها يخرج عن التعامل بطبيعته (وهي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كالماء والهواء) ، وبعضها يخرج بحكم القانون (وهي الأشياء التي يحظر القانون التعامل فيها كالمخدرات) .

وتشمل الأشياء كل ما له وجود مادي محسوس من جهة، عدّا الإنسان الذي يعدّ شخصاً لا شيئاً، كما تشمل أيضاً بعض الأمور الاعتبارية التي لا تدخل تحت الحس المادي، ولكن لها وجوداً قائماً بذاته يجعلها محلاً للحقوق الأدبية أو الاعتبارية التي تقع عليها^{١٩٩} .

أما الأموال فهي الحقوق ذات القيمة المالية، سواء أكانت حقوقاً شخصية أم عينية أم معنوية وسواء أكانت واقعة على الأشياء أم الأعمال^{٢٠٠} .

ثانياً- الفرق بين المال والشيء:

يتجلى الفرق بين المال والشيء في أن المال هو كل حق له قيمة مالية يمكن تقديرها بمبلغ من النقود عينياً كان هذا الحق أم شخصياً أم معنوياً، أما الشيء الذي ترد عليه طائفة من الحقوق المالية فهو محل الحق المالي^{٢٠١} .

ولذلك يتعين عدّم الخلط بين الشيء والمال، إذ كثيراً ما يطلق لفظ المال على الشيء ، وفي هذا خلط بين الشيء ومحلّه ، فإذا قام على الشيء حق كان هناك مال، وإذا لم يحم على الشيء حق لشخص ما، بأن كان شيئاً مباحاً، فليس هناك مال وإنما شيء فحسب^{٢٠٢} .

١٩٩ - انظر: د محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٦ .

٢٠٠ - انظر: د محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٦ .

٢٠١ - انظر: د. سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص ٨٣٩ .ود. عبد المنعم فرج الصدة،

المرجع السابق، ص.٥١ .

٢٠٢ - انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق، ص.٥١ .

والحقوق المالية إما أن تكون حقوق شخصية أو عينية. وتعدّ قيمتها عنصر إيجابياً في ذمة الشخص سواء أكانت حقوقاً شخصية أم عينية. أما الحقوق غير المالية ، فتشمل ماعداً ذلك من أنواع الحقوق ، وهي الحقوق السياسية والحقوق العامة وحقوق الأسرة، وتشارك جميعها في أنها ليست لها قيمة مالية، ولا تحسب في ذمة الشخص المالية ، وبالتالي لا يجوز التعامل فيها، أو الحجز عليها، أو التنازل عنها ولا تسري في شأنها أحكام التقادم ، خلافاً للحقوق المالية إذ يجوز فيها كل ما سبق.

ثالثاً- تقسيم الأشياء والأموال

تقسم الأشياء إلى أنواع متعدّدة عدد القانون المدني السوري بعضها، أو أشار إليه، وأغفل ذكر البعض الآخر.

١- تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات:

تقسم الأشياء من حيث ثباتها وعدم ثباتها إلى عقارات ومنقولات. وقد حدد نص المادة /٨٤/ من القانون المدني ضابط التمييز بينهما بقوله: إن كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه من دون تلف فهو عقار، وكل ما عدّا ذلك من شيء فهو منقول.

فالمناطق في اعتبار الشيء عقاراً أن يكون ثابتاً مستقراً لا يمكن نقله من مكانه دون تلف ، ومقتضى ذلك أن لا تكون للشيء هذه الصفة إذا أمكن نقله من دون تلف ، كالأكشاك الخشبية غير المثبتة في الأرض، وخيام البدو، أما المباني التي لا يمكن نقلها من دون تلف فتعدّ ثابتة مستقرة بحيزها حتى ولو كانت قد أعدت لتبقى مدة قصيرة ، ومن ناحية أخرى فإن الشيء يفقد صفته العقارية متى فقد ثباته واستقراره في الأرض بفصله عنها ، إذ حينئذ يصبح له

كيان مستقل غير ثابت فيعدّ منقولاً كأنقاض البناء ، والمعادن التي تستخرج من الأرض والأحجار التي تقطع منها^{٢٠٣}، أما المنقول فهو كل ما لا يعدّ عقاراً .

أ-العقارات يمكن تقسيم العقارات إلى عقارات بطبيعتها وإلى عقارات بالتخصيص

(١)-العقارات بطبيعتها: وهي العقارات التي عرفتها المادة (٨٤) من القانون المدني السوري بأنها: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه من دون تلف".

وتشمل العقارات بطبيعتها الأراضي وما يتصل بها من نباتات وأبنية، وما تتضمنه من مناجم ومقالع^{٢٠٤}. فالأراضي تعدّ عقارات بطبيعتها، وهي العقارات الأساسية التي تتوافر فيها صفة الثبات والاستقرار سواء أكانت قائمة في باطن الأرض أو على سطحها .

وتعدّ النباتات عقارات بطبيعتها أيّ كان نوعها ومهما كانت قيمتها إذا كانت متصلة بالأرض، وكانت جذورها ممتدة في الأرض، أما إذا كانت هذه النباتات لا تتصل بالأرض مباشرة، وإنما هي موضوعة في أوعية فلا تعدّ عقارات بطبيعتها، بل تعدّ أشياء منقولة، وإذا قطعت النباتات أصبحت منقولات.

وتعدّ عقارات بطبيعتها كذلك الأبنية المتصلة بالأرض اتصال قرار ، إذ ينطبق عليها ما ينطبق على النباتات، فهي تعدّ من العقارات بطبيعتها ما دامت متصلة بالأرض سواء أقيمت على سطح الأرض كالدور والمخازن

٢٠٣ - انظر: د.جمال الدين ذكي، المرجع السابق، ص ٢٩٥ .

٢٠٤ - انظر: د حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٧٩، و د. محمود جمال الدين ذكي،

المرجع السابق، ص ٢٩٤.

والمعامل، أو في باطن الأرض كالآبار والأنفاق وسواءً أكانت هذه الأبنية دائمة أم مؤقتة ، وكذلك يعدّ عقاراً بطبيعته كل جزء من الأجزاء التي لا يتم بها البناء ولو كان من الأجزاء التي يمكن فصلها عن البناء كالنوافذ والأبواب وغيرها من الأشياء.

ولا تعدّ عقارات بطبيعتها الإنشاءات الخفيفة التي لا تتصل بالأرض اتصالاً متيناً، ولا تقوم على دعائم منه: كالخيام، والأكواخ التي تقام في الساحات العامة.

وقد صنف المشرع السوري في المادة ٨٦ من القانون المدني العقارات بطبيعتها إلى خمس أصناف هي^{٢٠٥}:

-العقارات الملك:

وهي العقارات القابلة للملكية المطلقة والكائنة داخل مناطق الأماكن المبنية المحددة إدارياً. ولا يشترط أن تكون العقارات مبنية فعلاً لتعدّ ملكاً، بل يكفي دخولها داخل مناطق الأماكن المخصصة للبناء، على أنه من الضروري أن تكون هذه المناطق المخصصة للبناء قد حددت بقرار إداري.

-العقارات الأميرية:

وهي العقارات التي تكون رقبتها للدولة ويجوز أن يجري عليها حق التصرف. وهي المبدأ العقارات التي لا تدخل ضمن المناطق المبنية المحددة إدارياً، وإن حق التصرف فيها قريب من حق الملكية ، وقد نصت المادة /٧٧٢/ مدني سوري على أن: "النصوص المتعلقة بحق الملكية تسري على حق التصرف في الأراضي الأميرية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

^{٢٠٥} -انظر: د محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٦٨ ، ٣٧٨.

ويكمن الفرق بين العقارات الملك والعقارات الأميرية في أن العقارات الأميرية لا يجوز وقفها وكل وقف ينشأ عليها يعدّ باطلاً ، كما أن حق التصرف فيها يسقط في حال عدّم حراسة الأرض، أو عدّم استعمالها مدة خمس سنوات ، كذلك فإن قواعد الإرث فيها لا تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، بخلاف العقارات الملك فإنه يجوز وقفها ولا يسقط حق التصرف فيها في حال عدّم الاستعمال، كما أن قواعد الإرث فيها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

-**العقارات المتروكة المرفقة:** وهي العقارات التي تخص الدولة ويكون لجماعة من الناس حق استعمالها ، وتحدد مميزاته ومداه العادات المحلية أو الأنظمة الإدارية، مثل البيادر والمراعي المخصصة لانتفاع أهل القرية. وقد سميت هذه العقارات مرفقة باعتبار أن لأهل القرية حق ارتفاق عليها ، وهذا النوع من العقارات هو من بقايا النظام الإقطاعي ، إذ كان المزارعون يقتصمون الأرض قسمة مهيأة بينهم على أن يكون لهم مرعى مشترك لحيواناتهم^{٢٠٦}.

-**العقارات المتروكة المحمية:** وهي العقارات التي تخص الدولة أو المحافظات أو البلديات وتكون جزءاً من الأملاك العامة. مثل الطرق والشوارع والحدائق العامة.

-**العقارات الخالية المباحة:** وهي الأراضي الأميرية التي تخص الدولة إلا أنها غير معينة وغير محددة. فهي أراض غير مملوكة من قبل الأفراد، ولذلك تعدّ من أملاك الدولة ، ويجوز لمن يشغلها أولاً من الأفراد ويقوم بإحيائها أن

٢٠٦- انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٥١٧ .

يحصل بترخيص من الدولة على حق أفضلية التصرف فيها ضمن الشروط المحددة في القانون وفي هذه الحالة تصبح الأرض من الأراضي الأميرية^{٢٠٧}.

(٢) - العقارات بالتخصيص: العقار بالتخصيص هو شيء منقول بطبيعته ، ولكن مالكة ألحقه بعقار له بأن خصصه لخدمة عقار أو استغلاله ، فأصبح تابعاً لهذا العقار فعده القانون عقاراً حكماً لا حقيقة ، وغرض المشرع من هذا الافتراض القانوني الذي يخالف الحقيقة ، هو أن تسري أحكام العقار على المنقول الذي رصد لخدمته أو استغلاله ، فلا ينفصل المنقول عن العقار رغم إرادة المالك ، بل يرتبط مصيره بمصير العقار ، وبذلك لا يتعطل الانتفاع بالعقار، إذ تقتضي المصلحة العامة ضمان استغلال العقارات على أكمل وجه.

ويشترط لثبوت صفة العقار بالتخصيص للمنقول أن يكون هذا المنقول قد وضعه صاحبه في عقار يملكه، وأن يرصده على خدمة هذا العقار أو استغلاله، كما ينبغي أن يكون هذا التخصيص ضرورياً لخدمة هذا العقار أو استغلاله^{٢٠٨}.

ب- الأشياء المنقولة: لم يعرف القانون المدني الأشياء المنقولة، واكتفى بتعريف العقار إذ عدّ كل ما لا يعدّ عقاراً فهو شيء منقول^{٢٠٩}.

٢٠٧ - انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٥١٧ .

٢٠٨ - انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٥١٨، ود. سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص ٨٥١ .

٢٠٩ - انظر: المادة (٨٤) مدني سوري والتي ذهبت إلى أن العقار هو (كل شيء مستقر بحيزه، ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول). وانظر: نقض سوري رقم ٥٥٨ أساس ١٢٥ تاريخ ٢٥ / ٣ / ١٩٨١، القاعدة ٣١١١، سجلات محكمة النقض.

وتنقسم المنقولات إلى منقولات بطبيعتها، ومنقولات من حيث المآل،
ومنقولات معنوية ونعرض لهذه التقسيمات وفق الآتي:

(١) - **المنقولات بطبيعتها:** هي الأشياء التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر من دون تلف، سواء أكانت قادرة على الانتقال بقوتها الذاتية كالحيوانات أو بقوة خارجية كالجمادات^{٢١٠}. وتشمل جميع الأشياء المادية التي لا تعدّ عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص، ويعدّ الغاز والكهرباء ونحوهما من الطاقات منقولات بطبيعتها.

(٢) - **المنقولات من حيث المآل:** وهي عبارة عن أشياء ثابتة أو عقارات بطبيعتها، وقد أطلق عليها صفة الأشياء المنقولة بالنظر إلى ما ستؤول إليه^{٢١١}.
فإذا بيع شيء من الثمار بقصد جنيها، أو إذا بيع بناء لكي يهدم ويستفاد منه كأنقاض فهذه الأشياء تعدّ منقولات من حيث المآل وفقاً لاتفاق المتعاقدين بالنظر إلى أنها ستفصل عن الأرض ، وحين تنفصل عن الأرض فعلاً تعدّ منقولات بطبيعتها أما قبل ذلك فهي منقولات من حيث المآل.

والغرض من هذا الافتراض القانوني هو إخضاع هذه الأشياء لحكم المنقول لا لحكم العقار، سواء فيما يتعلق بالتنفيذ أو التصرف ، وذلك بغية تيسير الإجراءات التي تتخذ في حالة التنفيذ ، وتخفيفاً للقيود التي تراعى عند

٢١٠- انظر: المادة (٦٢١) ، المرجع السابق، ص٨٥٣ ، ود. عبد المنعم فرج

الصدّة، المرجع السابق ، ص ٥٢٥ .

٢١١ - انظر: د. محمود جمال الدين ذكي، ص ٢٩٨ ود. عبد المنعم فرج الصدّة، المرجع

السابق ، ص٥٢٥ . ود. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٨٥٤ .

التصرف ، إذ إن هذه الإجراءات والقيود تكون بالنسبة للعقار أكثر تعقيداً وأشد وطأة منها فيما يتعلق بالمنقول^{٢١٢}.

(٣)- المنقولات المعنوية: هي الأشياء غير المادية التي لا تقع تحت الحس كالأفكار والابتكارات والمخترعات، وهذه المنقولات لا تدخل بحسب طبيعتها في المنقولات، ولا في العقارات^{٢١٣}.

وقد عدّ المشرع هذه الأشياء من قبيل المنقولات، لأن كل ما لا يدخل في التعريف الذي أعطاه للعقار فهو منقول، ولما كان تعريف العقار لا ينطبق على الأشياء غير المادية فلم يبق سوى عدّ هذه الأشياء منقولات معنوية أو غير مادية.

ج- أهمية التفريق بين العقار والمنقول^{٢١٤}.

- في نطاق القانون المدني:

١- تكتسب الحقوق العينية العقارية أو تنتقل من شخص إلى آخر بتسجيلها في السجل العقاري، أما الحقوق المنقولة فلا تخضع لشرط التسجيل، وعلى هذا فإن مشتري المنقول مثلاً يصبح مالكا له بمجرد انعقاد عقد البيع، ولكن ملكية العقار لا تنتقل للمشتري إلا بعد تسجيله في السجل العقاري.

٢١٢ - انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٥٢٥.

٢١٣ - انظر: د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٨٥٥. ود. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٥٢٤.

٢١٤ - انظر: د. محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٨٣. ود. محمود جمال الدين ذكي،

المرجع السابق، ص ٢٩٥، ٢٩٤.

٢- إن مجرد حيازة المنقول بسبب صحيح وبحسن نية تكسب الحائز ملكية المنقول باستثناء حالتي الضياع والسرقة، بخلاف الحال في العقار، فإن حيازته ولو كانت مقترنة بحسن نية لا تؤدي إلى اكتساب ملكيته.

٣- يمكن وقف العقارات الملك، أما الأشياء المنقولة فلا يصح وقفها إلا في حالات محددة.

٤- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

٥- بعض الحقوق العينية لا يمكن أن ترد إلا على العقار من دون المنقول.

في نطاق قانون أصول المحاكمات المدنية^{٢١٥}:

١- يختلف الاختصاص المكاني للمحاكم بحسب ما إذا كانت الدعوى عقارية أو منقولة. فالدعوى المتعلقة بعقار يتعين رفعها أمام المحكمة التي يوجد العقار في دائرتها، أما الدعوى المتعلقة بالأموال المنقولة فيتعين رفعها أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها موطن المدعى عليه.

٢- إن دعوى الحيازة لا تكون إلا في حيازة العقار من دون المنقول (وهي الدعوى التي تعطي الحائز الحق في طلب منع التعرض، أو استرداد الحيازة، أو وقف الأعمال الجديدة).

٣- يتم حجز العقار بوضع إشارة الحجز على صحيفته في السجل العقاري، أما حجز المنقول فيكون بوضع اليد عليه وتسليمه إلى حارس مكلف بحفظه.

- في نطاق القانون الدولي الخاص:

^{٢١٥} - انظر: المواد (٧٠، ٦٥، ٧١) من قانون أصول المحاكمات المدنية .

١-يسري قانون موقع العقار على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار، أما العقود الأخرى فيسري عليها قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً.

٢- إن القيود التي تحد من تملك الأجانب تقتصر عادة على العقارات من دون المنقولات.

٢-الأشياء القابلة للتعامل والأشياء الخارجة عن التعامل: الأشياء إما أن تكون قابلة للتعامل أو خارجة عن التعامل^{٢١٦}. والأشياء الخارجة عن التعامل إما أن تكون خارجة عنه بطبيعتها أو أن تكون خارجة عنه بحكم القانون.

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها مثل الهواء. أما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فهي الأشياء التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية، وهذه الأشياء لا يمكن الاستئثار بحيازتها، كالمخدرات والمواد المتفجرة.

أما الأشياء القابلة للتعامل فهي الأشياء التي يستطيع الشخص الاستئثار بحيازتها ولم يمنع القانون التعامل بها^{٢١٧}.

٣-الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة له (الاستعمالية): الأشياء القابلة للاستهلاك هي الأشياء التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها، أما الأشياء الاستعمالية فهي عكس ذلك^{٢١٨}.

٢١٦- انظر: المادة (٨٣) مدني سوري .

٢١٧ - انظر: د. محمود جمال الدين ذكي المرجع السابق، ص ٢٩١. ود. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ص ٥١.

٢١٨ - انظر: د محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، ص ٢٩٤ .

فالأشياء الاستهلاكية تختلف عن الأشياء الاستعمالية في أنها تستهلك منذ الاستعمال الأول كالوقود والنقود، ولا يتصور استعمالها إلا عن طريق استهلاكها، يستوي في ذلك أن يكون استهلاكاً مادياً فعلياً يؤدي إلى زوال الشيء وفنائه، أو قانونياً اعتبارياً يؤدي إلى إنفاق الشيء والتخلي عنه، فالطعام يستهلك استهلاكاً مادياً بتناوله ، أما النقود فتستهلك استهلاكاً قانونياً بإنفاقها، بينما الأشياء غير القابلة للاستهلاك يمكن أن يتكرر استعمالها أكثر من مرة^{٢١٩}.

وللتفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة له أهمية تبدو في بعض الحقوق التي تخول استعمال الشيء، كحق الانتفاع، وحق الاستعمال فهما يقعان على الأشياء غير القابلة للاستهلاك الاستعمالية من دون الاستهلاكية.

وكذلك الشأن بالنسبة لعقد العارية، وعقد الإيجار، فهي عقود لا ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال كالنترام المستعير بإعادة الشيء المعار.

٤- الأشياء المثلية والأشياء القيمية: تقسم الأشياء بحسب العلاقة القائمة بين مفرداتها إلى، الأشياء المثلية والأشياء القيمية.

فالأشياء المثلية هي الأشياء التي يوجد لها نظير من أبناء جنسها يماثلها ولا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به ، ولذا فإن بعضها يقوم مقام بعض في الوفاء،

^{٢١٩} - انظر: د.الاهواني، المرجع السابق، ص ٦١٤ .

يجري العرف على التعامل في الأشياء المثلية بين الناس بالعدّد أو المقاس أو الكيل أو الوزن^{٢٢٠}، أما الأشياء القيمية فهي ما عدّا ذلك.

ويقوم التفريق بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية على أساس التماثل بين أفراد النوع الواحد أو عدّم التماثل. فإذا كان هناك تشابه أو تماثل عدّت هذه الأشياء مثلية أما إذا لم يتوافر هذا الشرط عدّت الأشياء قيمية.

والأشياء المثلية يمكن أن تعدّ قيمية عند التعاقد عليها، كما أن الأشياء القيمية يمكن أن تعدّ مثلية وبذلك تتقلب الأشياء من نوع إلى آخر وفقاً لقصد المتعاقدين. فالكتب التي من طبعة واحدة هي أشياء مثلية بطبيعتها إلا أن قصد المتعاقدين إذا انصرف إلى إعارة كتاب منها للإطلاع عليه وردّه بذاته غدا هذا الكتاب شيئاً قيمياً. والأشياء المثلية هي على الأغلب أشياء استهلاكية، أما الأشياء القيمية فهي على الغالب أيضاً أشياء استعمالية، ولتنقسم الأشياء إلى مثلية وقيمية آثار عديدة نذكر منها^{٢٢١}:

١- الالتزام الذي يكون محله شيئاً مثلياً يستطيع المدين أن يبرئ ذمته منه بإيفاء الدائن أي شيء آخر مماثل له في النوع والمقدار، أما إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً فلا تبرأ ذمة المدين منه إلا بإيفاء الدائن هذا الشيء بذاته.

٢- لا ترد الحقوق العينية إلا على الأشياء القيمية أو المعينة بالذات، بينما يمكن أن يكون محل الحقوق الشخصية شيئاً قيمياً أو مثلياً.

٣- يتم انتقال الملكية بمجرد العقد إذا كان الشيء قيمياً أو معيناً بالذات، أما إذا كان الشيء مثلياً فلا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه.

^{٢٢٠}- انظر: د. الاهواني، المرجع السابق ص ٦١٥. ود. محمود جمال الدين ذكي، المرجع

السابق، ص ١٩٣ .

^{٢٢١}- انظر: د. الاهواني، المرجع السابق، ص ٦١٦ .

٥- الأشياء المادية والأشياء المعنوية: الأشياء المعنوية هي الأشياء التي لا تدخل تحت الحس المادي كالأفكار والمخترعات وتعدّ كلها أشياء منقولة بينما تقسم الأشياء المادية إلى أشياء منقولة وأشياء عقارية^{٢٢٢}. وتبدو أهمية التقسيم بينهما في أن الأشياء المادية فقط هي التي يمكن أن ترد عليها الحيابة، كما أنها يمكن كذلك أن تكون محلاً للحق العيني بصفة أساسية.

^{٢٢٢} - انظر: د محمد عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٨٨ .