منشورات جامعة حلب
كلية الحقوق

المدخل
إلى علم القانون

الدكتور
حمود غزال
رئيس قسم القانون الخاص

الدكتور
عبد الكريم ظلام
مدرس في قسم القانون الخاص

لطلاب السنة الأولى

مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية

١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

الفهرس

الموضوع رقم الصفحة

القسم الأول

النظرية العامة للقانون

الباب الأول

مفهوم القانون

الباب الثاني

مصادر القانون

| الموضـــــــ

الموضـــــــــــوع رقم الصفحة

الباب الثالث

تطبيق القانون

الموضـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــوع	رقم الصفحة

القسم الثاني

النظرية العامة للحق

الباب الأول

التعريف بالحق

الموضـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــوع	رقم الصفحة

الباب الثاني
أركان الحق

الباب الثالث

نشوء الحق واستعماله

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقدِّمة

تهدف دراسة المدخل إلى علم القانون إلى التمهيد لدراسة هذا العلم بفروعه و موضوعاته المختلفة، من خلال تزويد الطلاب في بداية دراستهم القانونية بالمبادئ الأساسية والأصول العامة التي يرتكز عليها علم القانون في جملته.

فالمدخل إلى علم القانون لا يعدو أن يكون دراسة تمهيدية تساعد على فهم المصطلحات التي يتميز بها علم القانون، و تلقي الضوء على موضوعات و أبحاث تدرس في سنوات لاحقة، حتى إذا جاء وقت دراستها بتفصيلاتها الفرعية في سنوات الدراسة الجامعية المقبلة كان ذهن الطالب مهيئاً لتقبلها و استيعابها.

والمدخل إلى علم القانون بهذا المعنى لا يرتبط، من حيث المبدأ، بفرع معين من فروع القانون، وإنما هو تمهيد للدراسات القانونية بمختلف فروعها وميادينها. فهو يشكل بحق الإطار الشامل للعلوم القانونية.

غير أن دراسة المدخل إلى علم القانون تعتبر في نفس الوقت دراسة للباب التمهيدي من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ لعام ١٩٤٩. فقد نظم قانوننا المدني الأحكام التي تتناولها أبحاث المدخل إلى علم القانون في المواد الإحدى والتسعين منه، وجمع هذه المواد في باب واحد هو الباب التمهيدي. وعلى هذا، تعتبر أبحاث المدخل إلى علم القانون جزءاً من أبحاث القانون المدني[1]. وقد جاء في المذكرة

---

١ - لذلك يطلق بعض المؤلفين على موضوعات هذا الكتاب اسم "مقدمة القانون المدني".

الإيضاحية للقانون المدني المصري الذي اقتبس منه القانون المدني السوري: "يقصد من الأحكام التمهيدية أن ينهض القانون المدني بالتبعة التي يلقيها عليه مكانه من النظام القانوني، فهو من هذا النظام بمثابة الأصل. وما من شك في أن هذا الوضع يقتضي من التقنين المدني العناية بتنظيم مسائل عامة، بعضها يتعلق بصياغة القواعد القانونية بوجه عام، وبعضها يتصل بتفسير هذه القواعد وتطبيقها".

ودراسة المدخل إلى علم القانون بهذه الصفة تتولى تحديد مفهوم القانون وخصائصه وفروعه، والبحث في أساسه، والكشف عن مصادره، وبيان كيفية تطبيقه وتفسيره. وهذا ما يعرف بنظرية القانون.

بيد أن المدخل إلى علم القانون لا يقتصر على دراسة نظرية القانون فحسب، بل يشمل دراسة نظرية الحق أيضاً. فالحق هو ثمرة القانون، ولا يمكن تصور الحق بغير القانون. فالقانون هو الذي يقر الحقوق ويحميها، كما أن تقرير الحقوق وتحديد مضمونها وفرض احترامها هو مهمة القانون الأساسية ووسيلته في تنظيم روابط الأفراد في المجتمع. ومن هنا يظهر التلازم بين القانون والحق.

و لهذا فقد توزعت دراستنا هذه على قسمين: أولهما، النظرية العامة للقانون وقد تكفل ببيانها الدكتور حمود غزال، وثانيهما، النظرية العامة للحق وقد تولى شرحها الدكتور عبد الكريم ظلاّم.

و إننا لنرجو أن يحقق هذا الكتاب الغاية المتوخاة منه و أن يكون فيه الخير والفائدة لكل من نذر نفسه لخدمة الحقيقة القانونية، و الله نسأل أن يهدينا سواء السبيل.

حلب في أيلول ٢٠٠٨

المؤلفان

القسم الأول

النظرية العامة للقانون

تمهيد:

تتضمن دراسة هذا القسم نظرية القانون أو النظرية العامة للقانون ولا يقصد من ذلك مجرد إلقاء نظرة عامة على القواعد والنظم القانونية، بل إجراء بحث عميق وفلسفي لمفهوم القانون من جهة.

ومن جهة أخرى العمل على فهم القانون فهماً مجرداً من خصوصية فروعه المتعددة أو النظم القانونية الوطنية فيما عدا بعض أنواع من التنظيم الذي يفترض أن يأخذ عنها الطالب في كليات الحقوق والدراسات القانونية فكرة مبسطة وموجزة في أول سنيه القانونية.

استناداً إلى ما تقدم رأينا توزيع موضوعات هذا القسم إلى أبواب ثلاثة:

الباب الأول: مفهوم القانون

الباب الثاني: مصادر القانون

الباب الثالث: تطبيق القانون

الباب الأول

مفهوم القانون

نتناول في هذا الباب تحديد معنى القانون وبيان وظيفته ثم ننتقل بعد ذلك لتحليل القاعدة القانونية لتسليط الضوء على ما تتمتع به من خصائص تميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية بالإضافة لبيان أنواعها والنظريات الفلسفية التي حاولت بيان أساس سلطة القانون. وذلك من خلال فصول ثلاثة هي:

الفصل الأول: التعريف بالقانون

الفصل الثاني: تقسيم القاعدة القانونية

الفصل الثالث: أساس القوة الإلزامية للقانون

الفصل الأول

التعريف بالقانون

التعريف بالقانون أعم وأشمل من تعريفه بتقديم عبارة توضح معناه، لأن التعريف يتضمن كل ما من شأنه إلقاء الضوء على هذا المعنى. وعليه ينقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة هي:

المبحث الأول: معنى القانون وأهميته

المبحث الثاني: تحليل القاعدة القانونية

المبحث الثالث: القاعدة القانونية وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى

المبحث الأول

معنى القانون وأهميته

المطلب الأول

معنى القانون

للقانون مدلول خاص في الاستعمال العادي يقصد به كل مبدأ ثابت ومنتظم يجري وفقاً لقاعدة كلية عامة مضطردة ومستقرة يترتب عليه نتائج معينة.

وبهذا المعنى العام يستعمل لفظ (قانون) للدلالة على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية.... الخ.

فيقال مثلاً: قانون الجاذبية، قانون التفاعل الكيماوي، قانون العرض والطلب، القانون الأخلاقي.

وإذا كان لفظ القانون يفيد معنى النظام والثبات والاستقرار فإن ما يعنينا هنا هو أن نبين المقصود به في نطاق دراستنا للنظرية العامة للقانون.

في الاصطلاح القانوني يستعمل لفظ القانون في معنى عام وفي معنى خاص.

فالقانون بالمعنى العام: هو مجموع القواعد التي تنظم وتوجه سلوك الأفراد في المجتمع بشكل ملزم مقترن بالجزاء الذي توقعه الدولة على من يخالف هذه القواعد استناداً لما لها من سلطة القسر والإكراه.

يلاحظ في هذا التعريف أن يتوافق أصلاً مع المدلول العام للفظ القانون. ذلك أنه يدخل في نطاقه كل ما قد يوجد في المجتمع الواحد من قواعد تحكم سلوك الأفراد حكماً ملزماً بقصد إقامة نظام ثابت ومستقر لهذا المجتمع.

وهكذا ينصرف هذا التعريف إلى مفهوم القانون الوضعي الذي يعني القانون السائد والمطبق فعلاً في المجتمع والذي يشمل في نطاقه كل قاعدة واجبة الإتباع سواء أكان مصدر هذه القاعدة التشريع أو العرف أو الدين.

فهذه الصفة الوضعية التي تلحق قانون مجتمع معين في زمن معين إنما يقصد بها توافر الصفة الإيجابية للقاعدة المنظمة لسلوك الفرد والموجهة لهذا السلوك من خلال ما تتوافر عليه من قوة المؤيد أو الجزاء الذي يضمن تطبيقها ونفاذها في المجتمع بالقوة المادية التي تملكها السلطة العامة في المجتمع نتيجة ما تتمتع به من سلطة القسر والإكراه. ومن هنا يتحدد مفهوم القانون الوضعي في المكان والزمان على السواء. فهو يختلف باختلاف المجتمعات، كما أنه قابل للتطور والتغير والتبدل من زمان إلى آخر في نطاق المجتمع الواحد في الوقت ذاته[1].

وهكذا يقال على سبيل المثال القانون الوضعي السوري أو القانون الوضعي الفرنسي، كما يقال القانون الفرنسي القديم والقانون المغربي المعاصر. ويقصد به

1- راجع: د. خالد عيد، مدخل لدراسة القانون، دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط، ١٩٨٧، ص٣٢-٣٣.

الدلالة على الأحكام القانونية التي كانت تسود المجتمع الفرنسي قبل القانون الفرنسي الحديث والأحكام القانونية السائدة والمطبقة فعلاً في المغرب.

على أن هذا المفهوم العام أو المفهوم الوضعي للقانون إذا كان هو المفهوم الذي يعنينا في نطاق تحليلنا لنظرية القانون إلا أن ما يجب التنبيه إليه هو أن هذا المفهوم قد يختلط في الأذهان مع مفهوم آخر خاص للفظ القانون.

فما هو المعنى الخاص للقانون؟.

يمكن أن يتخذ المعنى الخاص للقانون إحدى صورتين:

الصورة الأولى: عندما يطلق لفظ القانون على مجموعة القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين فيقال مثلاً: قانون العاملين الأساسي في الدولة، قانون تنظيم الجامعات، قانون المحاماة، قانون الجنسية، قانون الشهر العقاري.

وعليه فإن دراستنا للنظرية العامة للقانون لا تقتصر على هذا المفهوم الخاص للقانون باعتبار أن التشريع لا يعدو أن يكون أحد مصادر القانون الوضعي وليس المصدر الوحيد كما سنرى لاحقاً.

أما الصورة الثانية: فتتجلى بإطلاق لفظ القانون على مجموعة القواعد القانونية التي تنظم ناحية بأكملها من نواحي نشاط الفرد في المجتمع وذلك عندما يقال مثلاً: القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون التجاري، القانون المدني، أو ما أشبه ذلك.

الأمثلة السابقة لا تشكل سوى جزء من القانون الوضعي وليس كل القانون الوضعي[1]، فالقانون في الأمثلة السابقة لفظ مقيد وليس لفظاً عاماً، ذلك أن كل لفظ

1- يقصد بالقانون الوضعي: مجموعة القواعد والقوانين والأنظمة بمفهومها العام (بما في ذلك الدستور) والأعراف والاجتهاد القضائي، النافذة والمعمول بها في بلد ما وفي زمان ما، وهي مفروضة جبراً ومؤيدة بالقوة. وإذا كان من الممكن القول بوجود قواعد مثالية ثابتة كقواعد القانون الطبيعي كما سنرى فإنه من غير الممكن أن يقال أن هناك قواعد وضعية واحدة، لأن هذه القواعد تختلف في الزمان والمكان. راجع د. عدنان القوتلي: الوجيز في الحقوق المدنية – الجزء الأول- ١٩٥٤ ص٤٤.

مخصص بالوصف اللاحق له. ففي مثالنا: القانون المدني، إنما يقصد به بعض القواعد القانونية المطبقة فعلاً في المجتمع وليس كل القواعد التي يشملها القانون الوضعي، ذلك أن القانون المدني إنما يقتصر في نطاق تطبيقه على تلك القواعد التي تنظم العلاقات المالية للأفراد فيما بينهم، وما يقال بشأن القانون المدني يقال أيضاً بشأن فروع القانون الأخرى.

المطلب الثاني

أهمية القانون

تكمن أهمية القانون ولزومه في نقطة أساسية هي أن الإنسان كما يرى الفيلسوف "أرسطو" اجتماعي بطبعه لا يستطيع أن يعيش منعزلاً عن الناس بل لا بد له من العيش في جماعة، وهو ما يطلق عليه اسم المدينة بحسب اللغة التي كان يستخدمها أرسطو، أو الدولة بحسب اللغة التي نستخدمها في وقتنا الحاضر. والعيش الجماعي ضروري للإنسان إذ يمكنه من خلاله تبادل المنافع والمصالح وتلبية حاجاته وضمان أسباب عيشه واستمراره. فأي شخص لا يحتاج إلى غيره من الأفراد أو لا يرغب في العيش معهم، هو إما إله، أو وحش.

المجتمع إذن ظاهرة طبيعية لازمت الإنسان دائماً منذ القديم إلى وقتنا الحاضر. هذه الظاهرة الطبيعية تتضمن ضرورة أخرى لا مفر منها وهي ضرورة التنظيم. فكل مجتمع لابد من قيامه على أساس من التنظيم، لا فرق في ذلك بين مجتمع متمدن أو غير متمدن.

ولاشك أن النظم الاجتماعية تتفاوت باختلاف درجة المدنية، ولكن لا فرق بين مجتمع وآخر في ضرورة قيامه على نظام ما، فحيثما وجد المجتمع وجد التنظيم. تلك حقيقة ثابتة لا تحتمل الجدل ولا غرابة فيها ما دام الفرد –وهو الوحدة الصغرى التي يتكون منها المجتمع– مسوقاً في علاقته بغيره من الأفراد بمؤثرات طبيعة تحمله أحياناً على المنافسة والتصادم مع غيره، وقد يلجأ في ذلك إلى وسائل تهدد كيان المجتمع أو تعرض

حياة أعضائه أو ممتلكاتهم للخطر.

لابد إذن من وضع قواعد تنظّمُ نشاط الفرد في الجماعة تنظيماً يتحقق معه السلم الاجتماعي، هذه القواعد تسمى القواعد الاجتماعية ولها مصادر عدة أهمها القانون.

في ضوء ما تقدم نستطيع القول إن القانون والجماعة فكرتان متلازمتان، فحيث يوجد القانون توجد الجماعة وحيث توجد الجماعة يوجد القانون. فلا يخفى على أحد أن القانون ظاهرة اجتماعية، أو بمعنى أكثر دقة أن القانون ضرورة اجتماعية فلا قانون بغير مجتمع ولا مجتمع بغير قانون[1].

إذاً يمكن التأكيد على أن وجود القانون مرتبط بوجود الجماعة لأن قواعد القانون لا تنظم أو توجه إلا العلاقات التي تنشأ بين شخص وآخر أو آخرين أو بمعنى آخر تفترض وجود الجماعة.

وبالتالي حيث توجد الجماعة يوجد القانون لأنه إذا أمكننا تصور وجود مكان ما، لا يوجد فيه إلا شخص واحد فلا يكون للقانون عندئذ معنى أو فائدة.

فالقانون يفترض وجود حقوق وواجبات للأفراد داخل الجماعة بعضهم تجاه بعض، وحيث لا يتصور إلا وجود شخص واحد لا يتصور وجود واجبات إذ لا توجد الواجبات إلا إذا وجد الغير[2].

يتبين لنا مما سبق أن هناك وظيفة أساسية للقانون تكمن في تنظيم المجتمع تنظيماً يهدف إلى تحقيق غرضين اثنين:

الغرض الأول: تأمين حماية الأفراد في أنفسهم وحرياتهم ومصالحهم الخاصة.

الغرض الثاني: حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه وكفالة المصلحة العامة.

وهذا يعني أن وظيفة القانون هي أصلاً وظيفة تنظيمية تتمثل في تنظيم الحياة

1- راجع د. نعمان جمعة: المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ص٥.

2- راجع د. عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص٨٢.

الاجتماعية تنظيماً يؤدي إلى تحقيق الغرضين السابقين والتوفيق بينهما عند التعارض بالاستناد إلى مبدأين أساسيين هما:

المبدأ الأول: المساواة بين الأفراد.

المبدأ الثاني: العدالة التي تستهدف إقامة التوازن الاجتماعي العام.

وبالتالي كل توفيق بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة يجب أن يكون نتيجة موازنة عادلة بين هذه المصالح المختلفة.

أما طريقة هذا التنظيم الذي يمثل وظيفة القانون فتتم بوساطة عدد من القواعد القانونية التي تقوم على أساس النظام القانوني الوضعي بمختلف فروعه وأقسامه[1].

المبحث الثاني

تحليل القاعدة القانونية

المطلب الأول

ماهية القاعدة القانونية

أشرنا سابقاً إلى أن للقانون مدلولاً خاصاً في الاستعمال العادي يقصد به كل مبدأ ثابت يجري وفقاً لقاعدة عامة مضطردة تحمل في طياتها معنى الاستقرار، ومن هنا يقال قانون الجاذبية الأرضية أو القوانين الرياضية والفيزيائية وما أشبه ذلك من القواعد التي تحكم الظواهر الطبيعية. يلاحظ أن هذه القواعد تكتفي بتسجيل الواقع كما هو أو بمعنى آخر يقتصر دورها على تقرير الواقع كما هو عليه فعلاً لا كما يجب أن يكون عليه. فيكفي أن تتحقق شروط وأسباب الظواهر الطبيعية حتى تبرز إلى الوجود استناداً للقاعدة التي تحكمها. ولهذا يطلق على هذه القواعد بأنها قواعد تقريرية.

١- لا يقف القانون في المجتمع الحديث عند حد تأمين حماية الفرد وإقامة النظام في المجتمع بل يتجاوز ذلك إلى توجيه الجهود وتكريسها لتحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي.

بينما القانون بالمعنى الذي ندرسه وفقاً للنظرية العامة للقانون يضع قواعد بما ينبغي أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع لا بما عليه فعلاً هذا السلوك وهو يصوغ هذه القواعد وفق مثل وقيم عليا يستهدفها، ثم يتجه بها إلى الأفراد في صورة أمر أو تكليف ملزم لهم. أي بتحديد ما يجب على الأفراد فعله وما يجب عليهم الامتناع عن فعله.

لذلك يقال بأن القانون على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية إنما يضع قواعد تقويمية لا قواعد تقريرية، لأنها لا تكتفي بالإقرار بالواقع كما هو بل تقوم بتقديره وتقويمه وفق المثل التي تستهدفها[1].

وتتدعم الصفة التقويمية التي تكمن في طبيعة القاعدة القانونية بواقع أن القانون الوضعي لا يتوجه بقواعده على سبيل النصح والإرشاد والترغيب بل يتوجه على سبيل الفرض والإلزام، فيصوغ قواعده بصيغة الأمر والتكليف. ومن ثم تعتبر هذه الصيغة الملزمة لازمة من لوازم القاعدة القانونية وعنصراً أساسياً من عناصرها الداخلة في تكوينها حيث يؤدي فقدانها إلى انسلاخ الصفة القانونية عن هذه القاعدة صفة القاعدة القانونية.

واستناداً لذلك فإن تحليلنا لأي قاعدة قانونية يكشف بأن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين هما:

العنصر الأول: وهو العنصر المادي وهو الفرض أو الواقعة الأصلية إذ أن الصيغة النموذجية للقاعدة القانونية تكون على الشكل التالي: إذا حدث كذا..... وهو الفرض..... وجب أن يكون الحكم كذا..... .

---

1 - راجع د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة، ١٩٩٣، ص٢٠.

وقد تكون هذه الافتراضات عبارة عن وقائع مادية محضة سواء كانت وقائع طبيعية لا دخل فيها لنشاط الإنسان ومثالها الفقرة الأولى من المادة /٣١/ من القانون المدني السوري التي تنص على أن "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته". فواقعة الولادة والوفاة كل منهما واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها.

وقد ترجع هذه الوقائع المادية إلى فعل الإنسان مثل نص الفقرة الأولى من المادة ٤٢٧ من قانون العقوبات السوري التي تنص على أن من "قلد خاتم الدولة السورية أو خاتم دولة أجنبية أو استعمل الخاتم المقلد وهو على بينة من الأمر عوقب بالأشغال الشاقة سبع سنوات على الأقل".

وقد تكون هذه الافتراضات نتيجة تصرف قانوني كالوعد بجائزة على سبيل المثال وقد تكون هذه الافتراضات عبارة عن مزيج من شروط مادية وشروط قانونية في آن واحد مثل نص المادة /١٦٤/ من القانون المدني السوري التي تنص على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" إذ الغرض الذي تتكون منه القاعدة بعضه يمثل شروطاً مادية محضة وهي وقوع الضرر وعلاقة السببية وبعضها الآخر عبارة عن شروط قانونية تتمثل في ارتكاب الخطأ.

والغالب أن يأتي الفرض في عبارة مسبوقة بحرف "إذا" إلا أنه قد يرد مسبوقاً بكلمة "كل" أو "كل من" أو "متى..... الخ.

مثل الفقرة الأولى من المادة /١١٣/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه: "إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أموال لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون".

أما الفقرة الأولى من المادة /١٣٨/ فتنص على أنه: "كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك".

أما الفقرة الأولى من المادة /١٧٤/ من القانون المدني السوري فتنص على أن "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع.....".

أما المادة /٢٤١/ من القانون المدني فتنص على أنه "متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف أضراراً بهم".

العنصر الثاني: هو العنصر المعنوي ويتمثل بالحكم أو الأثر القانوني الذي ترتبه القاعدة القانونية على تحقق الافتراضات السابقة والتي تشكل العنصر المادي في كيان القاعدة القانونية.

ونلاحظ أن صيغة الحكم في القاعدة القانونية إما أن تأتي بفعل يدل على الوجوب نهياً أو أمراً أو بفعل يدل على الجواز سواء كان ذلك الفعل بصيغة المضارع أو الماضي إذ نادراً ما يأتي في صيغة المستقبل إلا في حالة ما إذا كان الأمر يتعلق بإجراءات لن تتم إلا في تاريخ لاحق لبدء العمل بالقانون النافذ وحتى في هذه الحالة يغلب أن يأتي الحكم في صيغة المضارع[1]، كالمادة /٤١/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه: "ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها".

وإذا كان الأصل أن يأتي الفرض قبل الحكم إلا أنه كثيراً ما يحصل العكس فيأتي الحكم قبل الفرض. ومثالها الفقرة الأولى من المادة /١١٥/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه "يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر".

١- راجع د. عبد الحي حجازي: المرجع السابق، ص٩٦.

واستناداً لما سبق يمكن تعريف القاعدة القانونية بأنها: خطاب موجه إلى الأشخاص يستهدف تنظيم سلوكهم وتوجيهه توجيهاً عاماً وملزماً[1].

المطلب الثاني

خصائص القاعدة القانونية

نستهدف من دراستنا لخصائص القاعدة القانونية التعرف عليها وتمييزها من بقية القواعد الأخرى العلمية أو الأخلاقية أو الاجتماعية.

يستفاد من تعريفنا السابق للقاعدة القانونية تمتعها بعدة خصائص هي: خطاب موجه إلى الأشخاص، قاعدة عامة ومجردة، قاعدة ملزمة، هذا بالإضافة لكون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية وبالتالي نتناول بيان هذه الخصائص على النحو التالي:

أولاً- القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص:

بداية لا بد من الإشارة إلى أن القاعدة القانونية لا توجه إلى الجماد أو الحيوان وإنما توجه إلى أفراد أو جماعات من الناس يتمتعون بالشخصية القانونية.

فالأصل أن يوجه خطاب القاعدة القانونية إلى الأشخاص الطبيعيين المتمتعين بالشخصية القانونية ولكن المشرع بعد أن استشعر أهمية مجموعة الأموال أو الأشخاص كهيئات اعتبارية لها ثقلها في المجتمع اعترف لها بالشخصية القانونية حتى يتمكن من توجيه الخطاب القانوني لها ومثالها الشركات أو الجمعيات حيث اعترف لها بالشخصية الاعتبارية.

أما مضمون هذا الخطاب فيشمل الأمر بالقيام بعمل معين أو النهي عنه أو مجرد الإباحة وأيضاً مجرد الإنذار.

1- راجع د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، ١٩٨٧، ص١١.

فلو أخذنا على سبيل المثال المادة /١٤٩/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

والمادة /١٩٢/ من القانون المدني التي تنص على أنه: "يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك".

فهذان النصان يتضمنان الأمر بالقيام بعمل معين.

أما المادة /١٠٩/ من القانون المدني فتنص على أنه: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل....".

والمادة /٣٠/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في سوريا".

فهذان النصان يتضمنان النهي عن القيام بعمل معين.

يلاحظ هنا أن مضمون الخطاب أو التكليف القانوني بالسلوك الواجب أتباعه جاء صريحاً وواضحاً عندما وردت القاعدة القانونية في صيغة الأمر أو النهي. غير أن التكليف قد لا يتخذ مثل هذه الصيغة الواضحة مما يثير الشك في أمر توافره، ولكنه متوافر رغم ذلك حتماً في كل قاعدة قانونية كما هو الحال في القواعد القانونية المعروفة باسم القواعد المكملة أو المفسرة وهي القواعد التي لا تأمر بشيء أو تنهي عن شيء وإنما تقتصر على بيان حكم من الأحكام أو مجرد الإباحة[1] كالقاعدة التي تقرر أن الحيازة في المنقول سند الحائز أو المادة /١٢٠/ من القانون المدني التي تنص على أنه: "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى

١- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص٢١-٢٢.

طرق احتيالية لتخفي نقص أهليته".

و الفقرة (١) من المادة /١٢٦/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

هذان النصان يتضمنان مجرد الإباحة بالقيام بعمل دون أمر أو نهي.

كما أنه يمكن أن يأتي خطاب القاعدة القانونية على شكل إنذار دون أن يتضمن الأمر أو النهي أو الإباحة. ومثال ذلك المادة /٣٨٧/ من قانون العقوبات السوري التي تنص على أن: "كل سوري علم بجناية على أمن الدولة ولم ينبئ بها السلطة العامة في الحال عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالمنع من الحقوق المدنية".

ثانياً- القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة:

فهي أولاً قواعد عامة بمعنى أنها تتناول الأشخاص المخاطبين بحكمها بصفاتهم لا بذاتهم وتعالج الوقائع وفقاً لشرائطها العامة لا وفقاً لاعيانها بالذات. فالقاعدة القانونية التي تعاقب السارق بالحبس تعتبر قاعدة عامة لأنها تطبق على كل من يرتكب السرقة. فالعمومية لا يقصد بها أن القاعدة تطبق فعلاً على جميع الناس، وإنما يقصد بها أنها قابلة للانطباق على من تتوافر فيه شروطها. وعلى ذلك فقواعد القانون التجاري تعتبر قواعد عامة ولو أنها لا تطبق إلا على طائفة التجار، وذلك لأنها تطبق على كل من تتوافر فيه صفة التاجر. كذلك تتوافر صفة العمومية في القاعدة التي تحدد ما يجب أن يتوفر في رئيس محكمة النقض من شروط، فهي وإن كانت لا تنطبق إلا على فرد واحد إلا أنها لا تنطبق عليه محدداً بذاته وإنما بصفات معينة قد تتوفر في غيره. بناءً عليه فإن المرسوم الذي يصدر بتعيين شخص معين رئيساً لمحكمة النقض أو رئيساً للجامعة لا يضع قاعدة عامة وعلى ذلك لا يضع قاعدة قانونية.

وهي ثانياً مجردة، وتظهر صفة التجريد في القاعدة القانونية من حيث أن نشوءها لا يتعلق بشخص معين بالذات أو بواقعة معينة، وتظل بالتالي القاعدة القانونية قائمة، مهما بلغ عدد تطبيقها على الأشخاص والوقائع، طالما قد توافرت الشروط المحددة في القاعدة القانونية النافذة. ومن هنا فإن هناك ارتباطاً حتمياً بين التجريد والعمومية، فتنشأ القاعدة مجردة وتكتسب نتيجة ذلك صفة العمومية عند تطبيقها على الأشخاص والوقائع.

وعليه فالقاعدة القانونية باعتبارها خطاباً عاماً ومجرّداً لا تستنفد أثرها بتطبيقها على شخص معين أو واقعة معينة، بل تطبق على الدوام وعلى عدد غير متناهٍ من الحالات طالما توافرت الصفات أو الشروط العامة التي تفترضها[1].

وتطبيقاً لذلك يعتبر ما نص عليه قانون الخدمة العسكرية وقانون تنظيم الجامعات قاعدة قانونية لأنه يطبق على مجموعة من الأشخاص معينين بأوصاف وشروط محددة. بينما القرار الصادر بدعوة شخص معين للخدمة العسكرية لا يشكل قاعدة قانونية لأنه يتوجه إلى شخص معين بالذات.

والقاعدة التي تنص عليها المادة /١٦٤/ من القانون المدني السوري من أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم صاحبه بتعويض هذا الضرر هي قاعدة قانونية لأنها قاعدة عامة ومجردة تنطبق على كل فعل ضار متى توافرت فيه صفة الخطأ. فتطبيقها لا يقتصر على حالة واحدة يستنفد بمجرد الانتهاء من تنظيمها.

أما الحكم القضائي الصادر بإلزام طبيب معين بأداء مبلغ من المال كتعويض لمريض معين نتيجة خطأ جسيم ارتكبه في علاجه، لا يعد هذا الحكم متضمناً قاعدة قانونية لأنه يواجه حالة أو واقعة بعينها ويخاطب شخصاً معيناً بالذات وهو الطبيب المعالج في هذه الدعوى.

١- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص٢٣.

وبالتالي فإن هذا الحكم يستنفد أثره وتنتهي فاعليته بمجرد تطبيقه على الحالة الذاتية التي صدر بصددها وبالتالي لا يمتد ليشمل حالات أخرى مماثلة.

نستنتج مما تقدم أن أساس العمومية والتجريد في القاعدة القانونية هو:

١- مبدأ سيادة القانون ومبدأ المساواة أمام القانون: فسيادة القانون والمساواة أمام أحكامه تقتضي تطبيق هذه الأحكام على الجميع دون تفرقة أو تمييز. فالمواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة أو بمعنى آخر يجب أن يوجه مضمون الخطاب القانوني إلى الأفراد استناداً إلى معيار موضوعي وليس شخصي.

٢- إن صفة العمومية والتجريد تجد أساسها أيضاً في تحقيق العدل، فالعدل يتطلب المساواة في معاملة المخاطبين بأحكام القانون دون تفرقة بينهم وصفة العمومية والتجريد التي تتصف بها القاعدة القانونية تجعلها محققة للعدل دون العدالة. فالعدل يقوم على أساس المساواة المجردة الجامدة بين المواطنين دون الاعتداد بالظروف الخاصة بكل منهم، أما العدالة فتقوم على أساس تحقيق المساواة الفعلية والواقعية التي تأخذ بالحسبان الظروف الخاصة بكل حالة على حدة[1].

٣- كما يلاحظ أن صفة العمومية والتجريد ترتبط باعتبارات عملية مرجعها استحالة صدور قرارات خاصة تنظم سلوك كل فرد على حدة في المجتمع.

والسؤال الذي يمكن أن يطرح هنا فيما إذا كان هناك تعارض بين صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية وبين صفة المرونة التي تتصف بها العديد من هذه القواعد؟

١- راجع د. محمد حسين منصور: المدخل إلى علم القانون، الكتاب الأول: القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، ص١٧.

فقواعد القانون تنقسم من حيث صياغتها إلى قواعد جامدة لا يملك أحد سلطة تقديرية في تطبيقها مثل القاعدة التي تحدد سن الرشد والقاعدة التي تحدد ميعاد الطعن في الحكم القضائي.

وقواعد مرنة تنطبق على الحالات الخاصة وفقاً للسلطة التقديرية للشخص الذي يقوم بهذا التطبيق مثل نظرية الظروف الاستثنائية التي تخول القاضي سلطة تعديل العقد على نحو يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

يلاحظ أن مرونة القاعدة القانونية لا تتعارض مع صفة العمومية والتجريد التي تتصف بها لأن المرونة التي تصاحب تطبيق القاعدة القانونية لا تنصرف إلى شخص بذاته أو واقعة بذاتها، بل تطبق على كل الوقائع والأشخاص الذين تتوافر فيهم شروط إعمال هذه القاعدة، فهي أي المرونة عامة ومجردة يمكن أن تنطبق على أشخاص غير متناهين، وعلى وقائع غير محددة وذلك استناداً للسلطة التقديرية للشخص القائم على تطبيق القاعدة.

ثالثاً- القاعدة القانونية قاعدة ملزمة تقترن بجزاء يفرض احترامها:

القاعدة القانونية قاعدة سلوك ملزمة أي واجبة الاحترام من قبل جميع الأفراد في المجتمع وهي في ذلك لا تتميز من قواعد السلوك الأخرى التي هي بدورها قواعد ملزمة.

إلا أن صفة الإلزام المقترنة بكل قواعد السلوك تقوم على فكرة أخرى هي فكرة الجزاء فالإلزام لا يتصور وجوده، ما لم تقترن القاعدة بجزاء يوقع على الشخص الذي يخالف الأمر الوارد فيها، ففكرة الجزاء هي فكرة متممة لفكرة الإلزام. وهنا يظهر الفارق بين القواعد القانونية وقواعد السلوك الأخرى أي من حيث طبيعة الجزاء، فإذا كان الجزاء في قواعد السلوك غير القانونية يتمثل في استنكار المجتمع أو تأنيب الضمير فإن الجزاء في قواعد القانون يتمثل في الإجبار أو القسر الذي توقعه السلطة العامة على من

يخالف هذه القواعد[1]. ومن ثم يعتبر المؤيد أو الجزاء الأثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية.

وإذا كان الأشخاص قد يطبقون أحكام القاعدة القانونية، في أغلب الأحيان، بشكل عفوي وتلقائي لاعتقادهم بضرورتها حتى ولو لم تكن مفروضة عليهم بقوة المؤيد أو الجزاء فإن هذا لا يعني عدم ضرورة هذا المؤيد أو الجزاء، بل يعتبر عنصراً أساسياً وصفة جوهرية تميز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعية.

أما أنواع الجزاء فهي:

١- **الجزاء أو المؤيد الجزائي:** ويقوم على أساس حماية حق المجتمع في الأمن والاستقرار والطمأنينة.

ويتم بإيقاع العقوبة على من يخالف أحكام القاعدة القانونية ردعاً له ولغيره وهذا الجزاء إما أن يكون مالياً "كالغرامة أو المصادرة" وإما جسدياً يقع على جسم الإنسان "كالإعدام، أو ماساً بحريته كالسجن أو الاعتقال".

٢- **الجزاء المدني:** وهو الجزاء الذي يوقع في حالة مخالفة قاعدة من قواعد القانون الخاص التي تحمي مصلحة خاصة أو حقاً خاصاً.

ويتم إما بالتنفيذ العيني أي إجبار المدين على تنفيذ الالتزام ذاته، كإجبار البائع مثلاً على تسليم الشيء المبيع إلى المشتري أو أن يكون تنفيذاً بمقابل أي يتم بطريق التعويض كإجبار من سبب بفعله ضرراً للغير على دفع تعويض عنه.

أو أن يكون الجزاء أو المؤيد هو بطلان الاتفاق المخالف للقاعدة القانونية كبطلان الاتفاق على بيع مخدرات مثلاً.

١- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦، ص٥٩-٦٠.

٣- **الجزاء الإداري:** وهو الجزاء الذي يوقع على من يخل بالقواعد التي تفرضها وظيفته أو مهنته.

ويترتب على مخالفة أحكام القانون الإداري، الإنذار أو تأخير الترفيع أو الخصم من المرتب أو الفصل من العمل.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض القواعد القانونية تطرح أشكالاً بصدد وجود جزاء أو عدم وجوده وخاصة قواعد القانون الدستوري وقواعد القانون الدولي العام.

بالنسبة لقواعد القانون الدستوري: فقد أنكر بعض الفقهاء صفة القانون على قواعد القانون الدستوري لعدم وجود سلطة توقع الجزاء على من يخالف أحكامه. وهذا الرأي يجافي الحقيقة إذ أن مخالفة قواعد القانون الدستوري لا تخلو من رد فعل مادي يعتبر جزاء لها، ويمكن القول إن إعطاء الدستور لرئيس السلطة التنفيذية إمكانية حل السلطة التشريعية هو من قبيل الجزاء وإن اختلف في مضمونه عن الجزاء في التشريع العادي، والحال نفسه في إعطاء السلطة التشريعية حق حجب الثقة عن الحكومة. وعليه فإن القانون الدستوري قانون بالمعنى الصحيح.

وبالنسبة لقواعد القانون الدولي العام: فقد أنكر بعض الفقهاء أيضاً على القانون الدولي صفة القانون بالمعنى الصحيح لعدم وجود تشريع مكتوب باعتبار أن العادات والاتفاقات لا تكفي لإيجاد القانون بالمعنى الحقيقي وأيضاً لعدم وجود محكمة إذ أن كل قاعدة قانونية لا يكون لها قيمة مادية ما لم يضمن تنفيذها حكم قضائي، وأيضاً لا وسائل للإكراه إلا الحرب[1].

في الواقع هذه الانتقادات صحيحة من الناحية الشكلية فقط، فالنظام القانوني الدولي وإن اختلف من ناحية الشكل عن النظام القانوني الداخلي فإن ذلك لا ينفي

١- راجع د. أحمد محمد رفعت: القانون الدولي العام، الناشر: مكتبة علاء الدين، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٥٦.

من الناحية العملية وجود قواعد القانون الدولي والاعتراف لها بالوصف القانوني بكل ما يترتب على ذلك من نتائج.

رابعاً- القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية:

إن الإنسان اجتماعي بطبعه فهو لا يمكنه العيش إلا في جماعة وإذا كانت الجماعة ضرورية لحياة الإنسان ومعيشته فإن القانون يعد لازماً لقيام الجماعة وتقدمها ولذلك كانت القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية لا يتصور وجودها إلا حيث يوجد مجتمع.

وإذا كان القانون لا ينشأ إلا في بيئة اجتماعية، فإنه لابد متأثر بهذه البيئة، متطور معها في تقدمها ورقيها ووفقاً لما تؤمن به من قيم وما تراه لنفسها من غايات وأهداف. ومن هنا كان القانون متغير ومختلف في الزمان والمكان. فالقاعدة القانونية بنت بيئتها الاجتماعية من حيث المكان، كما أنها تتطور في نطاق البيئة الاجتماعية الواحدة عبر الزمان. وهذا ما يجعل القانون المرآة التي تعكس الضمير الجماعي العام لروح المجتمع ووجدان الأفراد فيه[1].

نخلص مما تقدم أن القانون هو حقيقة اجتماعية متصلة بحقائق المجتمع الأخرى، بمعنى أنه يؤثر عليها ويتأثر بدوره بها. وما دامت الظواهر الاجتماعية في تغير مستمر، فإن القانون كظاهرة اجتماعية يتغير تبعاً لذلك.

المطلب الثالث

دور القاعدة القانونية في التنظيم الاجتماعي

إذا كانت قواعد القانون هي التي تتولى بصورة أساسية عملية تنظيم العلاقات القائمة بين الأفراد في المجتمع، وتؤيد هذا التنظيم بجزاء تهدف من خلاله لاحترام

1- راجع: د. خالد عيد، المرجع السابق، ص ٤١.

أحكامها، وتحقيق الطمأنينة والسلام الاجتماعي والخير العام، إلا أن النظرة إلى هذا الدور التنظيمي للقاعدة القانونية ليست واحدة في كل المجتمعات.

إذ تختلف في تحديده وجهات النظر. فهناك النظرة الواسعة التي تقتضي توسيع نطاق القانون وبالتالي توسيع الدور الذي تلعبه القاعدة القانونية في المجتمع وهناك النظرة الضيقة التي ترى ضرورة تضييق نطاق القانون وبالتالي دور القاعدة القانونية إلى أبعد حدود التضييق.

لذلك نرى ضرورة عرض هاتين النظريتين اللتين تسيطران على الفكر الإنساني بشكل عام والفكر القانوني بشكل خاص، ويعبر عنهما بالمذهب الفردي والمذهب الاجتماعي ثم نعرض الاتجاه الوسط الذي استقرت عليه القوانين المعاصرة، وما اتجه إليه المشرع في سورية.

أولاً- المذهب الفردي:

يستمد المذهب الفردي مقوماته الأساسية من أفكار ومبادئ مدرسة القانون الطبيعي، حيث بدأ يشق طريقه في الظهور مع تقلص نفوذ الكنيسة في أوربا بالإضافة إلى انتهاء عهد النظام الإقطاعي ونظام الطوائف الحرفي وظهور فكرة الدولة بصورتها الحديثة[1].

وقد ساد هذا المذهب خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر، ويعتبر من رواد هذا المذهب كل من الفلاسفة "لوك"، "جان جاك روسو"، "كانت".

ويقوم هذا المذهب على أساس تقديس الحرية الفردية واعتبارها حقاً أساسياً وطبيعياً من حقوق الأفراد لا يجوز للدولة أن تمسها. فالإنسان خلق حراً، وإن سعادته مرتبطة بحريته وأن حقه في الحرية بجميع صورها مستمد من الطبيعة لا من القانون بل هذا الحق سابق في وجوده على وجود القانون، ومن ثم ليس للقانون من وظيفة سوى

1- راجع د. نعمان جمعة: المرجع السابق، ص٨٢.

صيانة حقوق الأفراد الطبيعية، فالفرد هو محور القانون وغايته. أما القانون فهو طارئ اجتماعي اقتضته ضرورة المساواة بين الأفراد والتوفيق بين حقوقهم المتقابلة.

وذهب "روسو" إلى حد تصور حصول عقد اجتماعي بين أفراد كل مجتمع تنازل بمقتضاه كل منهم عن بعض حريته إلى المجتمع ليكفل له المجتمع التمتع بالجزء الباقي من حريته، وأن ذلك العقد الاجتماعي هو أساس القانون وما يفرضه من أوامر ونواه ومن قيود على حريات الأفراد[1].

ويؤكد الفيلسوف "كانت" على أن الفرد ليس أداة أو وسيلة في المجتمع وإنما هو الأصل والهدف والغاية في حد ذاته.

ووفقاً لهذا المذهب يغدو دور القاعدة القانونية دوراً سلبياً في تحقيق التنظيم الاجتماعي، إذ يقتصر هذا الدور على أن يفرض على الأفراد الامتناع عن التعدي على حقوق وحريات الآخرين عند ممارستهم لحرياتهم. دون أن يتعدى هذا الدور إلى فرض القيام بأعمال إيجابية. فدور القاعدة القانونية وفقاً لهذا المذهب يشبه إلى حد كبير دور شرطي المرور المكلف بأن يوقف كل سائق من سائقي السيارات عند مفترق الطرق بالقدر الضروري لمرور الآخرين، على أن يعدل بينهم جميعاً فلا يقف أحداً منهم مدة أطول من غيره.

وقد كان لهذا المذهب أثره في القوانين التي وضعت في بداية القرن التاسع عشر كالقانون الفرنسي، ثم ظهر هذا الأثر بعد ذلك في قوانين الدول التي حذت حذو القانون الفرنسي ومنها مصر والمغرب وسوريا ولبنان ....الخ.

ومن الآثار القانونية لهذا المذهب اعتناق مبدأ سلطان الإرادة في ميدان التعاقد، فالإرادة الفردية هي صاحبة السيادة والسلطان، فالفرد حر في أن يتعاقد أولاً وحر في اختيار المتعاقد الآخر وحر في تحديد مضمون العقد دون تدخل من القانون أو القاضي،

١- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص٣٤.

فالعقد شريعة المتعاقدين أي قانون المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله أو إنهاؤه إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين.

واستناداً إلى هذا المنظور يعرف أنصار هذا المذهب وعلى رأسهم الفيلسوف الألماني "كانت" القانون بأنه: "مجموعة الشروط التي بفضلها يمكن أن تتماشى إرادة كل فرد مع إرادات الأفراد الأخرين وفقاً لقانون عام من الحرية".

١- مزايا المذهب الفردي:

لعب هذا المذهب دوراً هاماً في تاريخ البشرية، إذ كان هو السلاح الرئيسي الذي استعمل في القرنين السابع عشر والثامن عشر لمقاومة الحكومات الاستبدادية التي كانت قائمة آنذاك. وعلى أساسه قامت سلسلة من الثورات في أوربا أهمها الثورة الفرنسية. وتغلغلت مبادئه بعد نجاح هذه الثورات في دساتير الأمم المختلفة في الغرب والشرق. وما زال حتى الأن هو الأساس الذي تقوم عليه الأنظمة القانونية في معظم دول العالم.

٢- عيوب المذهب الفردي:

يؤخذ على هذا المذهب ما يلي:

آ- بالغ في تقديس الإرادة الفردية والاهتمام بالمصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة فالفرد اجتماعي بطبعه لا يستطيع العيش منعزلاً بل يرتبط بالجماعة ومصالحها المشتركة. أما الفرد المنعزل فلا شأن للقانون به إذ أن فكرة القانون لم تنشأ إلا بعد نشوء الجماعة.

ب- إن الحرية والمساواة اللتين نادى بهما المذهب الفردي كانتا ضرباً من الخيال والوهم. إذ هما مساواة وحرية نظرية لأن الطبيعة نفسها قد أوجدت بين الأفراد فروقاً في الحاجة وفي القدرة وبالتالي فإن المبالغة في التمسك بالمساواة المطلقة بين الأفراد سيؤدي إلى نتائج خطيرة نتيجة اختلال التوازن الواقعي بين الأفراد وبالتالي لا يسمح بتحقيق العدل والطمأنينة والاستقرار في المجتمع. إذ أن ترك الأفراد ينظمون

علاقاتهم بأنفسهم قد لا يؤدي في كثير من الأحيان إلى تحقيق العدالة بينهم، بل كثيراً ما يأتي هذا التنظيم الذي يقيمونه بأنفسهم مجحفاً بحقوق البعض منهم، ولعل خير مثال على ذلك ما كان يشاهد في علاقات أرباب العمل بالعمال خلال القرن التاسع عشر، حيث يجد العمال أنفسهم مضطرين إلى أن يرضوا بالشروط التي يفرضها عليهم أرباب العمل بالرغم من قسوتها لأنهم في مركز اقتصادي ضعيف.

ثانياً- المذهب الاجتماعي:

استناداً إلى ما ثبت في الواقع العملي من مبالغة المذهب الفردي في تقديس إرادة الأفراد وحريتهم التي أدت إلى نتائج ظالمة بفعل عدم التساوي بين الأفراد من الناحية الواقعية ظهر مذهب جديد اعتباراً من منتصف القرن التاسع عشر فرضته ظروف الواقع وبلورته أفكار العديد من الكتاب أمثال كارل ماركس وانجلز فالقرن التاسع عشر شهد اتساع الهوة بين الطبقات وخاصة بين طبقة أصحاب العمل وطبقة العمال. وأصبح من الواضح أن الحرية والمساواة وفقاً للمنظور الفردي لا معنى لها في ظل الضعف الاقتصادي والاجتماعي أما الأفكار والمبادئ التي ينادي بها المذهب الاجتماعي تتلخص فيما يلي:

آ- ينظر إلى الفرد باعتباره جزءاً من الجماعة التي ينتمي إليها، لا مجرد إنسان مستقل عن غيره من الأفراد أو بمعنى آخر ينظر إلى الفرد ككائن اجتماعي. ففكرة الفرد المنعزل وفكرة الحقوق الذاتية الطبيعية فكرتان خياليتان لا وجود لهما في عالم الواقع.

ب- يجعل الغاية من القانون مصلحة الجماعة باعتبارها الهيئة التي تتمثل فيها مصلحة مجموع الأفراد الذين يخضعون لسلطاتها لأنه إذا تحققت سعادة الجماعة كان في ذلك إسعاداً للفرد. فإذا تعارضت مصلحة الجماعة مع مصلحة الفرد فيجب التضحية بمصلحة الأخير.

ويترتب على الأخذ بالأفكار التي يقوم عليها المذهب الاجتماعي إعطاء القانون

دوراً إيجابياً يستطيع من خلاله تنظيم علاقات الأفراد وشؤونهم باسم المصلحة العامة، فاتسع بذلك نطاق القانون نظراً لتدخل الدولة في شتى المجالات عن طريق القاعدة القانونية. فمن القانون لا من الطبيعة يستمد الأفراد كل حقوقهم أو مراكزهم القانونية.

فعلى سبيل المثال تستطيع الدولة باسم المصلحة العامة أن تتدخل لإقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين فيضيق بذلك نطاق مبدأ سلطان الإرادة. مثل إعطاء القاضي سلطة تعديل عقود الإذعان لصالح الطرف الضعيف، وفرض الكثير من الشروط في عقد العمل لحماية العامل، وجعل هذه الشروط من النظام العام لا يجوز المساس بها، كما أن الملكية ليست حقاً خاصاً مطلقاً بل لها وظيفة اقتصادية واجتماعية يمكن تأميمها ونزعها للمصلحة العامة.

١- مزايا المذهب الاجتماعي:

لا شك أن لهذا المذهب مزايا عديدة منها:

آ- إظهار الدور الإيجابي للدولة والقانون في تحقيق المساواة الواقعية بين الأفراد.

ب- لا يمكن إنكار دور المذهب الاجتماعي في الحد من تطرف المذهب الفردي ونتائجه الظالمة من خلال كبح جماح الأقوياء وتحكمهم في الطبقات الضعيفة.

ج- إبرازه أهمية المصلحة العامة.

٢- عيوب المذهب الاجتماعي:

يعاب على هذا المذهب أنه في دأبه لإنقاذ الأفراد من طغيان طبقة منهم على أخرى انتهى إلى إخضاع الأفراد من جديد لاستبداد الدولة. فهو يطلق يد الدولة في كل نواحي النشاط الاجتماعي. ثم أنه ينكر أكثر مما يجب فكرة المنافسة بين الأفراد وهي فكرة تستند إلى غرائز الإنسان وميوله الطبيعية بحيث لا يمكن استبعادها في أي تنظيم اجتماعي دون أن يؤدي ذلك إلى عواقب وخيمة منها التواكل وضعف الابتكار الفردي.

ثالثاً- الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي:

بقدر ما كان المذهب الفردي متطرفاً في تقديس إرادة الفرد وحريته بقدر ما جاء المذهب الإجتماعي متطرفاً في تقديس مصلحة الجماعة وإهدار مصلحة الفرد من أجلها.

أمام هذا التطرف والمغالاة عمدت العديد من الدول إلى العدول عن الأخذ بأي منهما على إطلاقه، حيث عملت معظم القوانين المعاصرة على الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي وتلافي ما لكل منهما من مساوئ وإقامة قواعد القانون على أساس التوازن بين طبيعة الإنسان الفردية وطبيعته الاجتماعية، مما يتيح تحقيق المصالح الخاصة للأفراد دون إهدار المصالح أو النفع العام وتحقيق المصلحة العامة لكن ليس على حساب إهدار حقوق الفرد وحريته. وبقدر التوفيق بين المصلحة الخاصة للفرد وبين المصلحة العامة للجماعة تكون صلاحية القاعدة القانونية وقدرتها على تحقيق العدل[1].

ولعل المثل الأبرز على الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي إنما يتمثل في نظرية التعسف في استعمال الحق التي تبنتها معظم القوانين المعاصرة.

فلو تم الأخذ بالمذهب الفردي على إطلاقه لكان للمالك مطلق الحرية في استعمال حقه كما يشاء، أياً كانت النتائج التي تصيب الغير من جراء هذا الاستعمال. أما لو تم الأخذ بالمذهب الاجتماعي على إطلاقه فلا يكون لصاحب الحق على حقه سلطة أو امتياز بل يكون عليه أن يستعمله لصالح الجماعة.

رابعاً- موقف المشرع السوري:

نلمس في النظام القانوني السوري شأنه في ذلك شأن العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة آثار النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية. فالمادة /١٤٨/ من القانون السوري تجمع بين المذهبين معاً.

١- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص١٥٧.

الفقرة الأولى من هذه المادة أكدت على مبدأ سلطان الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون". وهذا يتفق مع المذهب الفردي.

ثم جاءت الفقرة الثانية من ذات المادة لنجد فيها اتجاهاً قوياً نحو المذهب الاجتماعي عندما تبنت نظرية الظروف الطارئة: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وهناك أيضاً الفقرة الأولى من المادة الأولى للقانون رقم /٦/ لعام ٢٠٠١ التي تتفق مع مبادئ المذهب الفردي بتبنيها مبدأ سلطان الإرادة في تأجير العقارات على سبيل المثل.

بينما نشهد آثاراً واضحة للمذهب الاجتماعي في قانون العمل رقم /٩١/ لعام ١٩٥٩ فقد جاء في المادة السادسة منه: "يقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على العمل به يستثنى من ذلك الأحكام الواردة في الفصل الثاني من الباب الثاني إذا كان الشرط أكثر فائدة للعامل. كما يقع باطلاً كل مصالحة أو إبراء عن الحقوق الناشئة عن عقد العمل خلال سريانه أو خلال شهر من تاريخ انتهائه إذا كانت تخالف أحكام هذا القانون".

وقد نص دستورنا الدائم لعام ١٩٧٣ في الفقرة الأولى من المادة /١٣/ على أن: "الاقتصاد في الدولة اقتصاد اشتراكي مخطط يهدف إلى القضاء على جميع أشكال الاستغلال".

هذا بالإضافة إلى العديد من القوانين التي صدرت عن المشرع السوري والتي يظهر فيها بوضوح تأثر المشرع السوري بالمذهب الاجتماعي كقوانين الجمعيات التعاونية وقوانين التنظيمات النقابية وما أشبه ذلك.

المبحث الثالث

القاعدة القانونية والقواعد الاجتماعية الأخرى

لا ينفرد القانون في تنظيمه للسلوك الاجتماعي، إذ تشاركه في ذلك قواعد أخرى، كقواعد الدين، وقواعد الأخلاق وقواعد العادات والمجاملات. وتشترك جميع هذه القواعد في أنها قواعد اجتماعية وظيفتها توجيه سلوك الفرد في المجتمع توجيهاً يتحقق معه السلم الاجتماعي.

وعليه فقد ارتأينا تسليط الضوء على هذه القواعد من خلال مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: القاعدة القانونية وقواعد الدين

المطلب الثاني: القاعدة القانونية وقواعد العادات والمجاملات

المطلب الثالث: القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق

المطلب الأول

القاعدة القانونية وقواعد الدين

لا شك أن الدين أكثر شمولاً من القانون، إذ يدخل في مضمونه القواعد التي تحدد علاقة الإنسان نحو خالقه، أو نحو نفسه، أو نحو غيره من الأشخاص. بينما يقتصر القانون بصورة أساسية على قواعد المعاملات. إلا أن هذا لا يعني أن قواعد القانون لا تمتد أحياناً لتشمل بعض شؤون العبادات " علاقة الإنسان بخالقه " فالقانون يكفل ممارسة الشعائر الدينية، ويمنع أي اعتداء عليها.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن علاقة القانون بالدين عبر التاريخ لم تكن واحدة، فقد اختلفت وما زالت تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر. فقواعد الدين في الشرق أكثر تأثيراً من قواعد الدين في الغرب ولا سيما في العصور الأخيرة. ولا يخفى على أحد التأثيرات الواضحة لقواعد الدين حتى اليوم على النظام القانوني. ومثالها في سورية ما ورد في قانون البينات لعام ١٩٤٧ حيث نصت المادة /١١٢/ منه على أن:

"اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتنازعين لخصمه ليحسم بها النزاع".

أما المادة /١٢١/ من القانون ذاته فتنص على أن "اليمين المتممة هي التي توجهها المحكمة، من تلقاء نفسها، لأي من الخصمين لتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به".

إلا أنه مهما كان هذا التأثير ومهما بلغت أهميته يبقى هناك أكثر من وجه اختلاف بينهما:

١- يهتم الدين بالنوايا والمقاصد، أما القانون فيهتم أساساً بالسلوك الخارجي فهو لا يعتد بالنوايا في ذاتها، إلا إذا ظهرت إلى حيز الوجود في شكل سلوك يرتب آثاراً قانونية معينة.

٢- تهدف قواعد الدين إلى الرقي بالإنسان وتربيته تربية مثالية نقية لذلك فهي تأمر بالمحبة والتراحم والتعاطف وتقديم المساعدة عند الشدائد وعدم الكذب أياً كان نوعه أو نتيجته. أما القانون فيهدف إلى إقامة النظام في المجتمع وتحقيق العدل والمساواة وفقاً لمعايير واقعية فعلى سبيل المثال يحارب السلوك المعين إذا بلغ حداً من الخطورة يهدد النظام في المجتمع.

٣- الجزاء على مخالفة القاعدة الدينية غالباً ما يكون جزاءاً دينياً مؤجلاً يوقع في الآخرة.

أما الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية فيكون جزاءاً مادياً وحالاً توقعه السلطة العامة.

على أنه قد يقوم المشرع بصياغة مجموعة من القواعد الدينية في قواعد قانونية تصبح هذه القواعد ملزمة بالجزاء ولكن ليس باعتبارها قواعد دينية بل باعتبارها قواعد قانونية. ومثال ذلك تبني المشرع السوري لأحكام الدين الإسلامي بجزاءاتها الدينية، في بعض مسائل الأحوال الشخصية، من زواج وطلاق وعدة ونفقة ونسب وميراث وغيرها من المسائل المتعلقة بالأسرة. وفي هذا الخصوص تتطابق القواعد القانونية مع الأحكام الدينية ولا يختلف في كليهما إلا أنه لا يطبق باعتباره جزاء دينياً بل بوصفه جزاء لمخالفة نصوص القانون.

المطلب الثاني

القاعدة القانونية وقواعد العادات والمجاملات

تعتبر قواعد العادات والمجاملات من القواعد الاجتماعية التي تستهدف تنظيم سلوك الأفراد في علاقاتهم اليومية داخل المجتمع. ومن ثم تتبلور هذه القواعد وفقاً لمبادئ متعددة، منها ما يدخل في نطاق الذوق الجمالي الخاص كالمأكل. ومنها ما يراعي مبادئ الذوق الجمالي العام كالملبس والمسكن، ومنها ما يقوم على أساس حسن الآداب في التعامل كالتحية والسلام، والتزاور بين الأقرباء وعيادة المرضى ومواساتهم وتبادل التهاني في المناسبات والأفراح والأعياد وما أشبه ذلك[1]. وفي ضوء ذلك يثور التساؤل عن معيار التمييز الذي يفرق بين هذه القواعد الاجتماعية وبين القاعدة القانونية.

إن الاختلاف في طبيعة الجزاء هو المعيار الفاصل للتمييز بين القواعد القانونية وقواعد العادات والمجاملات إذ أن مخالفة القاعدة القانونية يؤدي لتدخل السلطة العامة استناداً لما تتمتع به من سلطة الإكراه والقسر لإجبار الأفراد على احترامها، أما الخروج

١- راجع د. خالد عيد: المرجع السابق، ص٤٤.

عن قواعد العادات والمجاملات فلا يؤدي سوى لاستنكار الناس واشمئزاز الرأي العام ممن يخرق إحدى هذه القواعد.

ويرجع سبب الاختلاف في طبيعة الجزاء بين هذين النوعين من القواعد الاجتماعية إلى الاختلاف والتفاوت في طبيعة المصالح التي تهدف إلى تحقيقها وحمايتها.

فالقيم والمصالح التي تهدف قواعد العادات والمجاملات لتحقيقها هي قيم ومصالح كمالية تعطي مظهراً جمالياً، وبالتالي لا تحتاج لتدخل الدول بل يكفي أن يترك الأمر في حال مخالفتها إلى مجرد الاستنكار العام للجماعة.

أما المصالح التي ترمي إلى تحقيقها القاعدة القانونية فهي مصالح ضرورية وأساسية لإقامة النظام والاستقرار في المجتمع، ولذلك فهي تحتاج لتدخل السلطة العامة تدخلاً مادياً لإجبار الأفراد على احترامها وعدم خرقها. على أن قواعد العادات والمجاملات قد تتحول إلى قواعد قانونية عندما يشعر المجتمع بارتباطها بمصالح جوهرية وأساسية وعندها يحميها بالجزاء المادي باعتبارها قد أصبحت قواعد قانونية.

ومثال ذلك ما نصت عليه قوانين بعض الدول من ضرورة ترك الشبان لمقاعدهم في وسائل النقل العامة للشيوخ والعجائز، فهنا لا نغدو بصدد قاعدة من قواعد العادات والمجاملات بل بصدد قاعدة قانونية يجبر من يخالفها على احترامها[1].

المطلب الثالث

القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق

يقصد بالأخلاق مجموعة المبادئ المستقرة في ضمير الأفراد عن الخير والشر في عصر من العصور، حيث تكون المثل العليا التي يعتبرها غالبية الأفراد قواعد سلوك

1- راجع د: حسن كيرة: المرجع السابق، ص٣٠.

ملزمة ينبغي عليهم احترامها، وإلا تعرضوا لسخط المجتمع وازدرائه وهذه القواعد تبين واجبات الشخص تجاه نفسه وواجباته تجاه بقية أفراد المجتمع.

في الواقع إن التمييز بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية تمييز حديث لم تتضح معالمه إلا منذ القرن الثامن عشر. ففي المجتمعات القديمة كان هناك تداخل ومزج لدرجة الوصول إلى وحدة المفاهيم والقواعد. وقد عبر "جان جاك روسو" عن هذه الحالة بقوله: "أنه ما كان الناس في تلك الأزمان بحاجة إلى قوانين، فقد كان الوجدان الأخلاقي والوازع النفسي أو الديني كافيين للمحافظة على حقوق الناس، إذ كان إثماً كبيراً قول الكذب أو السرقة أو تبديل حدود الأراضي والأملاك، وكانت النية الحسنة هي الأصل فلم يفكر أحد أن يوجد قواعداً وقيوداً، في المقاولات والعقود... أو في التملك والتصرف". غير أن هذا التداخل لا زلنا نلمس آثاره حتى عصرنا الحاضر ذلك أن معظم القواعد القانونية هي في الوقت ذاته قواعد أخلاقية، كالقواعد التي تحرم الاعتداء على النفس والمال والعرض، أو تلك التي تقتضي بضرورة الوفاء بالعهد أو عدم الإثراء على حساب الغير بلا سبب قانوني، وما أشبه ذلك.

وبالرغم من هذا التداخل بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق فقد حاول بعض فقهاء القرن الثامن عشر أمثال الفيلسوف الألماني "توماسيوس"، والفيلسوف "كانت"، بيان الأسس التي يقوم عليها التمييز بينهما. ويلاحظ أن هذه الأسس التي اعتمدها هؤلاء الفقهاء إنما تستند إلى معيار اختلاف الغاية التي تستهدف الوصول إليها كل من قواعد القانون وقواعد الأخلاق.

فقواعد الأخلاق ترتبط بوجدان الأفراد وضمائرهم وتهدف إلى تحقيق الطمأنينة الذاتية والسلامة الداخلية للإنسان للوصول به إلى مرحلة الكمال الفردي لذلك يقال عن الأخلاق بأنها نظام فردي أو شخصي.

أما قواعد القانون فتهدف أصلاً إلى تحقيق الطمأنينة والسلامة العامة للوصول إلى تحقيق وتأمين النظام في المجتمع لذلك يقال عن القانون بأنه نظام اجتماعي. واستناداً إلى ذلك يمكن القول إن من أهم أوجه الاختلاف بين القانون والأخلاق ما يلي:

أولاً- من حيث نطاق كل منهما:

إن الأخلاق أوسع نطاقاً من القانون، لأن قواعد الأخلاق تتناول كافة أعمال وتصرفات الإنسان إذ تتناول التصرفات ذات التأثير المباشر على حياة المجتمع حيث تبين وتحدد واجبات الإنسان نحو غيره من الأفراد كما تتناول كافة التصرفات الفردية الخاصة حتى ولو لم يكن لهذه التصرفات أي أثر على علاقات الإنسان بالآخرين.

أما القواعد القانونية فتكتفي بتنظيم التصرفات ذات التأثير المباشر على حياة المجتمع فقط[1].

يترتب على ما تقدم أن هناك منطقة مشتركة بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق. وإلى جانبها توجد منطقة خاصة بقواعد القانون، ومنطقة خاصة بقواعد الأخلاق.

١- المنطقة المشتركة:

تتحدد هذه المنطقة في نطاق النشاط الظاهري أو الخارجي للأفراد، أي تلك القواعد التي تبين واجب الفرد نحو الغير. مثل القواعد التي تحرم الاعتداء على جسم الغير بالقتل أو الضرب، أو الاعتداء على ماله بالسرقة أو النصب أو إساءة الأمانة. لا بل إن هناك نظريات هامة امتزجت فيها القواعد القانونية بالقواعد الأخلاقية. كنظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الإثراء بلا سبب أو إمكانية قيام القاضي بتعديل الشروط التعاقدية استناداً لنظرية الظروف الطارئة، وما أشبه ذلك.

١- راجع د. خالد عيد: المرجع السابق، ص٤٦.

٢- المنطقة الخاصة بالقانون:

وهي قواعد محدودة ذات طبيعة خاصة أوجدها المشرع تحقيقاً لاستقرار المراكز القانونية وإقامة النظام في المجتمع ومثالها: أن يسمح بالاتفاق بين المقرض والمقترض على أن يدفع الأخير للأول فائدة على ما يقترضه منه. ومنها أيضاً القواعد المتعلقة بالتقادم سواء تعلق الأمر بالتقادم المكسب للحق أو التقادم المسقط له. فقد نصت المادة /٩١٧/ ق.م.س: "من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في السجل العقاري دون أن يكون مالكاً له، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عيناً على عقار غير مسجل في السجل العقاري، دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة".

ومنها أيضاً القواعد التي توجب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية كالفقرة الأولى من المادة /٤٥٦/ ق. م. س والتي تنص على أنه: "تكون الهبة بسند رسمي وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر".

غير أن الوقوف على الغايات والأهداف التي أرادها المشرع من هذه القواعد يؤدي إلى القول بأنه وإن كان ظاهر هذه القواعد لا يتصل بالأخلاق إلا أن غايتها تحقيق الخير العام للجماعة وتحقيق الخير العام هو من قواعد الأخلاق.

٣- المنطقة الخاصة بالأخلاق:

وهي قواعد تتعلق بتصرفات الإنسان الفردية والتي ليس لها أي مظهر خارجي أي لا تؤثر على صلاته ببقية الأفراد ومثالها: القواعد التي تحث الإنسان على الصدق في القول، وإغاثة الملهوف وترك الحسد ومواساة الغير في السراء والضراء، وما أشبه ذلك.

واستناداً إلى ما تقدم يلاحظ أن نطاق الأخلاق أوسع من نطاق القانون.

ثانياً- من حيث الشدة:

تعتبر القواعد الأخلاقية أكثر تشدداً من القواعد القانونية. فإذا كانت القواعد القانونية ترمي في إطار تنظيم المجتمع واستمراره لمراعاة مبدأ المصلحة والنفع العام فإنها ستقبل في كثير من الأحيان بأمور لا يمكن للقواعد الأخلاقية أن تقبلها طالما أنها تهدف إلى تحقيق السمو بالفرد والوصول به إلى الكمال.

ومثال ذلك: لا يمكن للقواعد الأخلاقية أن تقبل بأي حال من الأحوال أن يمتنع المدين عن الوفاء بدينه وأن يتمسك بالتقادم، بعكس القواعد القانونية التي تسمح للمدين بأن يمتنع عن الوفاء بدينه ويتمسك بالتقادم لأن مصلحة الاستقرار في المراكز القانونية التي هي جزء من المصلحة العامة تقتضي أن لا تبقى النزاعات على الحقوق قائمة بشكل مستمر بل يجب حسمها حفاظاً على استقرار المجتمع ومن هنا جاءت المادة /٣٧٢/ ق.م.س لتنص على أنه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون ...".

ومثال آخر يتمثل في موضوع الغبن فقواعد القانون لا تمنع الغبن إلا ضمن شروط معينة أما خارج ذلك فلا تسمح بإبطال العقود بسبب الغبن وذلك حفاظاً على استقرار التعامل بين الأفراد. فقد ورد في نص الفقرة الأولى من المادة /٣٩٣/ ق.م.س بأنه: "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". إذاً يفهم من هذا النص أن الغبن في حدود الخمس مسموحٌ به قانونياً.

أما القواعد الأخلاقية فإنها تحض أن يكون التعامل تعاملاً مثالياً وهذا يفترض أن يتمسك البائع بمبدأ العدل فلا يطالب بثمن يزيد عن الثمن الحقيقي لأن ذلك يؤدي إلى المساس بمصلحة المشتري.

ثالثاً- من حيث المؤيد أو الجزاء:

يترتب على مخالفة كل من قواعد القانون وقواعد الأخلاق جزاء. إلا أن طبيعة هذا الجزاء مختلفة. فالجزاء بالنسبة للقاعدة القانونية جزاء مادي محدد تتولى السلطة العامة توقيعه جبراً بما تملكه من وسائل الإكراه والقسر. وهذا بخلاف الجزاء في القانون الأخلاقي حيث يقتصر المؤيد أو الجزاء على مجرد تأنيب الضمير والوجدان الفردي أو اشمئزاز المجتمع دون أن تتدخل السلطة العامة لتنفيذ جزاء ما.

تلك هي أهم ما يميز القاعدة القانونية من القاعدة الأخلاقية. على أن هذه الفوارق التي تميز كلاً منهما من الأخرى لا تعني انقطاع الصلة بين القانون والأخلاق بل أن هذه الصلة ستبقى قائمة ومتينة.

الفصل الثاني
تقسيم القواعد القانونية

تتفرع مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الاجتماعية في مجتمع ما، وهي ما يعبر عنها بالقانون الوضعي، إلى عدة تقسيمات، وذلك بحسب الأساس الذي يبنى عليه التقسيم.

فالقانون الوضعي ينقسم من حيث القوة الملزمة للقاعدة القانونية، إلى قواعد قانونية آمرة وقواعد قانونية مكملة أو مفسرة.

كذلك ينقسم القانون من حيث موضوع الروابط والعلاقات التي ينظمها إلى قانون عام وقانون خاص.

كذلك ينقسم القانون إلى قواعد قانونية مكتوبة وقواعد قانونية غير مكتوبة والنوع الأول يشمل القواعد القانونية التي ترد في نصوص مكتوبة مثل التشريع. ويقصد بالنوع الثاني مجموعة القواعد القانونية التي لم تصدر في نصوص مكتوبة، كما هو الحال بالنسبة للقواعد العرفية.

وهناك أيضاً تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد موضوعية، وقواعد شكلية. والقواعد الموضوعية هي التي تضع تنظيماً موضوعياً للروابط الاجتماعية، فتبين الحقوق والواجبات، وذلك كقواعد القانون المدني أو التجاري أو الدستوري. أما القواعد الشكلية فهي التي تبين الأوضاع أو الإجراءات الواجب إتباعها لإلزام الأفراد باحترام القواعد الموضوعية، ومثالها قواعد أصول المحاكمات المدنية وقواعد أصول المحاكمات الجزائية.

وعلى هذا النحو يمكن تقسيم القانون الوضعي إلى عدة تقسيمات والذي يهمنا دراسته من هذه التقسيمات المختلفة هو تقسيم القانون إلى قواعد آمرة وقواعد مفسرة.

ثم تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص.

ونعرض فيما يلي لهذين التقسيمين:

المبحث الأول: القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة

المبحث الثاني: قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص

المبحث الأول

القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة

تعتبر قواعد القانون كلها ملزمة، فكل قاعدة تتضمن عنصر الإلزام. إلا أن درجة الإلزام ليست واحدة في هذه القواعد بل تختلف في بعض القواعد عن البعض الآخر[1]. وذلك حسب طبيعة وأهمية المصلحة التي تنظمها هذه القواعد. فإذا تعلق الأمر بموضوع وثيق الصلة بتنظيم المجتمع فإن المشرع يتدخل لتنظيمه بقواعد تسمى قواعد آمرة أي بقواعد تتسم بالإلزام الذي لا يسمح فيه للأفراد الاتفاق على ما يخالفها.

أما إذا تعلق الأمر بمصالح خاصة بالأفراد فإن المشرع يترك للأفراد الحرية في تنظيم هذه المصالح وفقاً لإرادتهم لكن المشرع في هذه الحالة لا يتخلى نهائياً عن ممارسة مهمته الأساسية في تنظيم المصالح الخاصة للأفراد بل يضع تنظيماً نموذجياً يلزم من لا يظهر إرادته من الأفراد في مخالفته، وهنا يظهر ما يعرف بالقواعد المكملة أو المفسرة[2].

1- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٨٤.

2- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص٤٣.

المطلب الأول

مفهوم القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة

أولاً- القواعد الآمرة:

هي كل قاعدة قانونية لا يستطيع الأفراد أن يتفقوا على مخالفة أحكامها، أي لا يجوز لهم تبني أحكاماً غير الأحكام التي تفرضها هذه القاعدة في كل ما يقيمونه بينهم من عقود واتفاقات.

لذلك فهي قواعد مطلقة ينعدم إزاءها سلطان إرادة الأفراد، إذ تتحدد العلاقة بينها على أساس الخضوع المطلق والكامل لأحكامها، باعتبارها تعالج مسائل تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية لذلك يقتضي النظام العام أن يكون تنظيم هذه المسائل على نحو معين دون غيره.

ومن أمثلة القواعد الآمرة في نطاق القانون الخاص نص الفقرة (د) من المادة الأولى من قانون الإيجارات رقم /٦/ لعام ٢٠٠١ والتي تقضي بأنه: "خلافاً لأي اتفاق لا يجوز تقاضي بدل الإيجار مسبقاً عن مدة تزيد عن ثلاثة أشهر". وكذلك القواعد التي تحدد سن الزواج وشروطه وآثاره، أو تلك التي تحدد سن الرشد، كنص الفقرة الثانية من المادة /٤٦/ ق.م.س والتي تنص على أن: "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة". وما أشبه ذلك. ومثالها في نطاق القانون العام تلك القواعد التي تحرم القتل والسرقة، وما أشبه ذلك.

ثانياً- القواعد المكملة أو المفسرة:

وتشمل القواعد القانونية التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف أحكامها. فهي تسري على الأفراد إذا لم يتفقوا على مخالفة أحكامها. ويعود ذلك لكونها لا تمس مصالح

المجتمع العليا وكيانه بل تتناول مسائل تتعلق بالنشاط الخاص للأفراد، لذلك لا توجد هذه القواعد إلا في نطاق القانون الخاص.

ومثالها الفقرة الأولى من المادة /٤٢٤/ ق.م.س والتي تنص على أنه: "يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك". هذه القاعدة من القواعد المكملة، ويعني ذلك أنه يجوز لكل من البائع والمشتري الاتفاق على مخالفة حكمها، فيصح الاتفاق بين البائع والمشتري على أن الثمن لا يدفع وقت تسليم المبيع، ولكنه يدفع في وقت آخر، وهنا يعمل باتفاقهما. أما إذا سكت البائع والمشتري عن تنظيم ميعاد دفع الثمن فينبغي أن يطبق حكم القاعدة القانونية المكملة، فيكون دفع الثمن وقت تسليم المبيع.

وعليه يمكن القول، إن قصد المشرع من وضع القواعد المكملة إنما يتمثل في وضع نموذج للتعاقد ينطبق إذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى تنظيم يخالفه.

ويثور التساؤل عما إذا كان عنصر الإلزام يبقى متوافراً للقاعدة المكملة؟

وعلى أي أساس يقوم ذلك طالما أن هذه القاعدة تعطي للأفراد الحرية في تطبيق أحكام أخرى يختارونها؟... أو بمعنى آخر ألا يوجد تعارض بين القول بأن القواعد المكملة يستطيع الأفراد الخروج على أحكامها دون ترتيب الجزاء، وبين القول بأن هذه القواعد هي قواعد ملزمة؟.

ذهب بعض الفقهاء ولا سيما الفقيه "نيبوايه" في التوفيق بين القوة الملزمة للقواعد المكملة وإمكان الاتفاق على ما يخالفها إلى القول بأن القواعد المكملة تكون اختيارية ابتداءً ولكنها تصبح ملزمة انتهاءً، أو بعبارة أخرى تكون هذه القواعد غير ملزمة قبل اتفاق الطرفين، أي يكون الأشخاص إلى تاريخ إبرام العقد أحراراً في الاتفاق على ما يخالفها، وهنا تكون القاعدة المكملة اختيارية بالنسبة إليهم. ثم تصبح هذه

القواعد قواعد ملزمة لهم إذا تم الاتفاق أي تم إبرام العقد دون أن يرد فيه ما يخالف أحكامها[1].

في الواقع أن هذا القول يجافي المنطق القانوني السليم، فالقاعدة لا تكون قاعدة قانونية إلا من الوقت الذي يتوافر لها عنصر الإلزام. وبالتالي ليس من المنطق أن تكون القاعدة غير ملزمة قبل الاتفاق فلا تكون حينئذٍ قاعدة قانونية، ثم تصبح ملزمة بعد الاتفاق فتصبح قاعدة قانونية مع أنها في ذاتها لم يطرأ عليها أي تغيير.

والصحيح أن هذه القاعدة هي قاعدة قانونية يتوافر لها عنصر الإلزام من تاريخ وضعها وهذا الأمر ينطبق على القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة، وبالتالي فهي قاعدة ملزمة ابتداءً وانتهاءً.

وحقيقة الأمر أن أية قاعدة قانونية سواء أكانت آمرة أو مكملة لا تطبق إلا إذا توافرت الشروط والأوصاف التي يتطلبها القانون، ويشترط لتطبيق حكم القاعدة المكملة ألا يوجد اتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره. فعدم وجود هذا الاتفاق هو شرط تطبيق تلك القاعدة. فإذا وجد هذا الاتفاق لا تطبق القاعدة المكملة ليس لأنها غير ملزمة، بل لأن شرط سريانها لم يتوفر.

المطلب الثاني

معايير التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

يمكن التمييز بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة بالاستناد إلى أحد معيارين:

معيار مادي لفظي، ومعيار معنوي.

---

1 - راجع د. عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، الناشر: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص٧٢ وما بعدها.

١- المعيار المادي اللفظي:

يمكّن هذا المعيار من بيان نوع القاعدة القانونية وما إذا كانت قاعدة آمرة أو قاعدة مكملة من خلال الرجوع إلى الألفاظ التي صيغت بها القاعدة القانونية أي أن هذا المعيار مستمد من نص القاعدة ذاته. فإذا استخدم المشرع في صياغته للقاعدة القانونية صيغة الجزم والإلزام أو عدم جواز مخالفة الأحكام الواردة فيها مثل لفظ: لا يجوز، يقع باطلاً، يجب، يمتنع، يعاقب، كانت القاعدة عندئذٍ قاعدة آمرة وأمثلة ذلك ما يلي:

المادة /٥٢٤/ ق.م.س "لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون".

المادة /٥٢٠/ ق.م.س "لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي".

المادة /٤٤٠/ ق.م.س "لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً".

المادة /٥٦٦/ ق.ع.س "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين كل شخص ملحق بمصلحة البريد والبرق يسيء استعمال صفته هذه بأن يطلع على رسالة مختومة أو يتلف أو يختلس إحدى الرسائل أو يفضي بمضمونها إلى غير المرسل إليه".

أما إذا استخدم المشرع صيغة يصح معها للأفراد أن يخالفوا ما تقتضي به فإن القاعدة القانونية هي قاعدة مكملة، كأن يستخدم المشرع ألفاظاً من قبيل: ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، أو ما لم يتفق على غيره، أو يجوز الاتفاق، وما أشبه ذلك.

من ذلك مثلاً الفقرة الأولى من المادة /٣٩١/ ق.م.س التي تنص على أنه: "يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد".

وما ورد في الفقرة الأولى من المادة /٤٢٤/ ق.م.س: "يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

وأيضاً المادة /٤٣٠/ ق.م.س التي تنص على أنه: "نفقات عقد البيع والطوابع ورسوم التسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

ولا بد من الإشارة إلى أن هذا المعيار يكفي بذاته للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة دون حاجة لتعزيزه بمعيار آخر مستمد من مدى تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام. إذ من الممكن أن تكون القاعدة القانونية قاعدة آمرة دون أن تكون متعلقة بالنظام العام. مثل القواعد القانونية التي تشترط الرسمية في إبرام بعض العقود كالفقرة الأولى من المادة /٤٥٦/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه: "تكون الهبة بسند رسمي، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر".

فهذه القاعدة آمرة ومع ذلك لا تتعلق بالنظام العام في المجتمع[1].

إلا أنه في حالات كثيرة لا تتضمن القاعدة القانونية ما يفيد التعرف على طبيعة هذه القاعدة، هل هي قاعدة آمرة أم قاعدة مكملة، لذلك كان ضرورياً اللجوء إلى معيار آخر وهو المعيار المعنوي الذي تبرز فيه أهمية فكرة النظام العام في تحديد نوعية القاعدة القانونية.

٢- المعيار المعنوي:

يتمثل المعيار المعنوي في بيان مدى تعلق القاعدة القانونية بفكرة النظام العام والآداب داخل المجتمع فكل قاعدة قانونية لا تتصل بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد مكملة وكل قاعدة قانونية تتصل بالنظام العام والآداب فهي قاعدة قانونية آمرة.

وتعتبر القاعدة آمرة على أساس هذا المعيار وحده حتى ولو كانت الألفاظ المستخدمة في صياغتها لا تدل على ذلك صراحة[2].

1- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٨٩.

2- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٩٠.

وعليه يمكن القول إنه إذا أفاد معنى النص أو مضمونه أنه يرتبط بتنظيم المصالح الحيوية أو الأساسية في المجتمع والتي تقوم على أساسها فكرة النظام العام كانت القاعدة آمرة.

أما إذا كان معنى النص أو مضمونه يتعلق بتنظيم مصالح فردية خاصة لا تأثير لها على النظام العام في المجتمع، فإن القاعدة تكون قاعدة مكملة. من ذلك مثلاً:

ما تقتضي به الفقرة الثانية من المادة /٤٦/ ق.م.س والتي تنص على أن: "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة".

وأيضاً الفقرة الأولى من المادة /٧/ ق.م.س والتي تنص على أنه: "النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص".

يتبين من معنى هذه النصوص ومضمونها أنها تتعلق بمصلحة أساسية ومن ثم تعتبر قاعدة قانونية آمرة.

أما المادة /٣٩٩/ ق.م.س فتنص على أنه: "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع" فالالتزام بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام، لذلك يجوز للطرفين المتعاقدين أن يتفقا على تسليم المبيع في حالة جيدة أو في حالة مطابقة أو غير ذلك مما يتفقا عليه بموجب شرط خاص. فهذا النص لا يتضمن في ألفاظه ومضمونه ما يفيد تعلقه بمصلحة أساسية للمجتمع وبالتالي يصح للأفراد أن يتبنوا أحكاماً مخالفة لأحكامه. ولذلك فالقاعدة في هذه الحالة هي قاعدة مكملة.

ويثور التساؤل، من خلال تبني المعيار المعنوي في بيان طبيعة القاعدة فيما إذا كانت قاعدة آمرة أو قاعدة مكملة عن مفهوم النظام العام، فقد وجدنا أن القواعد

القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب هي قواعد آمرة أما القواعد التي لا تتعلق بالنظام العام والآداب فهي قواعد مكملة.

فقد أخذ المشرع السوري صراحة بمعيار النظام العام وذلك في المادتين /١٣٧، ١٣٨/ ق.م.س فقد نصت المادة /١٣٧/ ق.م.س على أنه: "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

أما المادة /١٣٨/ ق.م.س فقد نصت على أنه: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً".

ويمكن القول إن كل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد آمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها والخروج على أحكامها.

وفي الواقع ليس من السهولة تحديد فكرة النظام العام نظراً لما تكتنفها من غموض وإبهام لدرجة أنها قد استعصت عن وضع تعريف جامع مانع لها.

إلا أن الفقهاء حاولوا تقريب هذه الفكرة من الأذهان فيقولون إن النظام العام هو مجموعة الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية والخلقية التي يقوم عليها بناء المجتمع وكيانه بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها[1].

وفكرة النظام العام فكرة نسبية ومرنة تتغير بتغير المجتمعات، كما أنها تتغير بتغير الزمان. فما يعتبر من النظام العام في مجتمع ما قد لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر ففي الدول الأوربية مثلاً على خلاف الحال في الدول الإسلامية لا يجوز الزواج بأكثر من زوجة وبالتالي فإن تعدد الزوجات يتنافى مع النظام العام فيها أما في الدول الإسلامية فإن النظام العام فيها يجيز تعدد الزوجات[2].

1- راجع د.حسن كيرة: مرجع سابق، ص٤٨.

2- راجع د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص٧٩-٨٠.

أما تطبيقات فكرة النظام العام فكثيرة إذ يمكن القول إن كل قواعد القانون العام تتعلق بالنظام العام، لأن هذه القواعد تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها، باعتبارها صاحبة السيادة، وما دام الأمر كذلك فإن تلك القواعد تنظم دائماً مصلحة أساسية من مصالح المجتمع. فمثلاً قواعد القانون المالي الذي هو فرع من فروع القانون العام تتعلق بالنظام العام، لذلك لا يجوز الاتفاق على التهرب من الضريبة مثلاً.

وتطبيقات فكرة النظام العام لا تقتصر على فروع القانون العام بل تمتد أيضاً في نطاق القانون الخاص. فالنصوص التي تضع حداً أدنى لأجور العمال تتعلق بالنظام العام، لأنها تحمي مصلحة اجتماعية، وأحكام الميراث والوصية والزواج تتعلق أيضاً بالنظام العام.

أما فكرة الآداب فإنها جزءٌ من فكرة النظام العام إذ تعبر عن الحد الأدنى من العادات الأخلاقية اللازم مراعاتها في المجتمع، أو بمعنى آخر الناموس الأدبي الذي يقوم عليه المجتمع، وهو جزء من كل يضاف إلى الأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ليتكون بعد ذلك ما يسمى بالنظام العام.

ومن أمثلة الاتفاقات المخالفة للآداب، الاتفاق على إقامة علاقة غير مشروعة مقابل مبلغ من النقود، أو تأجير منزل لغرض من أغراض الدعارة، وأيضاً عقود المقامرة، وما أشبه ذلك.

أما الأثر المترتب على مخالفة النظام العام والآداب فهو البطلان، وقد أعطت المادة /١٤٣/ ق.م.س لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، كما أجازت للمحكمة أن تقتضي به من تلقاء نفسها.

ونحن مع القائلين بأن تطبيق فكرة النظام العام والآداب رغم مرونتها، يعتبر عملاً قانونياً، يخضع القاضي فيه لرقابة محكمة النقض طالما أن إدراك فكرة النظام العام

والآداب يقوم على أساس حقائق موضوعية ولا يتوقف على نظرة القاضي الشخصية أو اتجاهاته الخاصة. هذا ويجب أن نميز بين النظام العام، والقانون العام.

فالنظام العام هو مجموعة القواعد التي تنظم المصالح الأساسية في المجتمع. ولا شك أن كل ما يتصل بتنظيم الروابط القانونية التي تكون الدولة طرفاً فيها، باعتبارها صاحبة السلطان، يعتبر داخلاً في النظام العام، لأنه يمس المصالح الأساسية للدولة والمجتمع. وعلى هذا تعتبر كل قواعد القانون العام متصلة بالنظام العام. ولكن النظام العام أوسع نطاقاً من القانون العام إذ هو يشمل إلى جانب قواعد القانون العام، بعض قواعد القانون الخاص كما هو الحال بالنسبة لكل مسائل الأحوال الشخصية، وبعض مسائل المعاملات المالية التي تتعلق بالمصالح الأساسية في الدولة أو المجتمع.

المبحث الثاني

قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص

ينقسم القانون بحسب موضوع العلاقة التي يحكمها، إلى قانون عام وقانون خاص.

وتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص هو تقسيم تقليدي عرف منذ عهد الرومان. إذ اعتبروا أن كل ما يتعلق بتنظيم مصلحة عامة من القانون العام، وكل ما يتعلق بمصالح خاصة للأفراد يدخل في نطاق القانون الخاص ويؤكد هذا الأمر نص شهير منسوب إلى الفقيه الروماني (أولبيان) يقرر فيه أن القانون العام هو ذاك الذي تسود فيه المصلحة العامة، والقانون الخاص هو ذلك الذي تسود فيه المصلحة الخاصة للأفراد.

إلا أن هذه التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص انهارت أمام ضعف الدول وتفتتها إلى إمارات صغيرة، وعدم وجود هيئة مركزية تتجسد فيها السلطة والسيادة في الجماعة وذلك خلال القرون الوسطى في أوربا.

إلا أن هذا التقسيم لم يلبث أن عاد إلى الظهور مع مطلع القرن التاسع عشر عندما تم الفصل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة مع انتصار المذهب الفردي مما أتاح

الفرصة من جديد للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وإن كانت هناك بعض الآراء ذهبت إلى مهاجمة هذه التفرقة نتيجة ظهور المذاهب الاجتماعية التي تدعو الدولة للتدخل في مختلف شؤون النشاط في المجتمع مما أوجد اختلاطاً وتداخلاً كبيراً بين نشاط الفرد ونشاط الدولة وبالتالي يرون أن هذه التفرقة في طريقها إلى الزوال.

وأياً كان الأمر فإن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما زالت قائمة ولم تفقد قيمتها.

إلا أن التسليم بوجود هذه التفرقة رغم ما تعرضت له من انتقادات لم يَحُلْ دون الاختلاف حول تحديد معيار هذه التفرقة وأدى ذلك إلى وجود معايير عديدة مقترحة. ومن هذه المعايير ما يلي:

١- المعيار المستمد من التفرقة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة:

يقوم هذا المعيار على أساس إرجاع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى اختلاف طبيعة المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها كل منهما. فالقانون العام هو الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، والقانون الخاص هو الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة.

يؤخذ على هذا المعيار عدم دقته إذ في كثير من الحالات تبدو المصلحة العامة والمصلحة الخاصة مرتبطتان ارتباطاً من العسير حله.

فالزواج والطلاق والأهلية والولاية على النفس والمال وهي من أنظمة القانون الخاص إذا كانت تحقق مصالح خاصة فردية إلا أنها في الوقت ذاته تحقق مصلحة عامة للجماعة إذ أن تكوين الأسرة وتنظيم العلاقات بين أفرادها يعتبر في طليعة المصالح العامة للجماعة[1].

١- راجع د.حسن كيرة: المرجع السابق، ص٦٠.

٢- المعيار المستند إلى الأشخاص أطراف العلاقة القانونية:

يقوم هذا المعيار على أن قواعد القانون العام هي تلك القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها. أما قواعد القانون الخاص فهي التي تنظم العلاقة التي يكون كل أطرافها من الأشخاص الطبيعيين أو من الأشخاص الاعتبارية الخاصة.

يؤخذ على هذا المعيار أيضاً عدم دقته ولا سيما مع اتساع دور الدولة في المجتمع الحديث، إذ تدخل الدولة في العديد من الحالات كطرف في العلاقة القانونية لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطة بل كأي شخص من الأشخاص الاعتبارية الخاصة. فعلى سبيل المثال لو أوصى أحد الأفراد بأمواله إلى الدولة أو إلى غيرها من الأشخاص الاعتباريه العامة فإن هذه الوصية تخضع من حيث صحتها لقواعد الإيصاء وفقاً للقانون الخاص وليس وفقاً لقواعد القانون العام[1].

٣- المعيار المستند إلى طبيعة القواعد فيما إذا كانت قواعد آمرة أم قواعد مكملة:

يقوم هذا المعيار على أساس أن قواعد القانون العام قواعد آمرة أي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أما قواعد القانون الخاص فهي قواعد مكملة، أي يجوز الاتفاق على مخالفتها.

يؤخذ على هذا المعيار عدم دقته أيضاً فقواعد القانون الخاص ليست كلها قواعد مكملة بل تتضمن العديد من القواعد الآمرة كتلك المتعلقة بتنظيم الأسرة والأهلية، والقواعد التي تتطلب الشكلية في بعض العقود، مثل عقد الهبة وعقد الرهن الرسمي وما أشبه ذلك.

وفيما يلي نبين فروع القانون العام وفروع القانون الخاص من خلال مطلبين اثنين. ثم ننطلق لبيان أهمية تقسيم القانون إلى عام وخاص في مطلب ثالث.

١- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٥٦٢.

المطلب الأول

القانون العام

عرف "مونتسكيو" القانون العام بأنه ذلك القانون الناظم للعلاقات القائمة بين الحاكمين والمحكومين، ويمكن تعريف القانون العام بأنه: مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة كتلك المتعلقة بتنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول، أو المتعلقة بنظام الدولة وأمنها واستقرارها وتأمين سير الخدمات العامة فيها.

وسنتناول فيما يلي فروع القانون العام:

أولاً- القانون الدولي العام:

يعتبر القانون الدولي العام فرعاً من فروع القانون العام ينحصر نشاطه وفعاليته في تنظيم النشاط الخارجي للدولة بمناسبة دخولها في علاقات ثنائية، أو جماعية مع غيرها من الدول[1].

هذا وقد اختلف الفقهاء في تعريف القانون الدولي العام.

فقد عرفه الفقيه اوبنهايم بأنه: مجموعة القواعد العرفية والاتفاقية التي تعتبرها الدول المتمدنة ملزمة لها في تصرفاتها المتبادلة.

وعرفه جورج سل بأنه: النظام القانوني الذي يحوي المبادئ المنشئة والمنظمة للمجتمع الدولي.

وعرفه جان جاك روسو بأنه: ذلك الفرع من القانون الذي يحكم الدول في علاقاتها المتبادلة.

١- راجع د. أحمد محمد رفعت: القانون الدولي العام، ص٧.

كما عرفه الدكتور أحمد محمد رفعت بأنه: مجموعة القواعد الاتفاقية نتيجة التراضي الصريح أو الضمني للدول والتي تنظم المجتمع الدولي وتكون ملزمة لمجموعة الدول في تصرفاتها على المستوى الخارجي، كما تحدد حقوق كل دولة وواجباتها في مواجهة غيرها من الدول[1].

وقد عرفه أستاذنا الدكتور محمود مرشحة بأنه مجموعة القواعد الملزمة الناظمة للعلاقات بين الكائنات التي تتمتع بالشخصية الدولية[2].

يتضح من هذا التعريف الأخير أن موضوع القانون الدولي العام هو تنظيم علاقات أشخاصه المتبادلة أي العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية بعضها بعضاً وليس علاقات هؤلاء مع الكائنات الأخرى كالشركات والأفراد، فهذا موضوع القانون الدولي الخاص[3].

أما مصادر القانون الدولي العام فتتعدد وتتنوع لكن يمكن تصنيفها في زمرتين:

الزمرة الأولى: المصادر الأصلية:

وتشمل المعاهدات الدولية والعرف الدولي، والمبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتمدنة. إذ نصت الفقرة ج من المادة /٣٨/ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على اعتبار مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة ضمن قواعد القانون الدولي التي تطبقها المحكمة فيما يعرض عليها من منازعات دولية.

الزمرة الثانية: المصادر الاحتياطية.

وتشمل القضاء الدولي ويقصد به مجموعة المبادئ القانونية التي نستخلص من أحكام المحاكم الدولية والوطنية.

1- راجع: د. أحمد رفعت: المرجع السابق، ص ٩.

2- راجع: أستاذنا د. محمود مرشحة: القانون الدولي العام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ١٩٩٤، ص ١٢.

3- راجع: أستاذنا د. محمود مرشحة: المرجع السابق، ص ١٨.

ويضاف أيضاً إلى المصادر الاحتياطية للقانون الدولي العام الفقه الدولي، ويقصد به مذاهب وآراء كبار الفقهاء في القانون الدولي العام في مختلف الدول.

على أن ما تجدر ملاحظته هو المكانة الهامة التي أضحى يحتلها القانون الدولي العام في الوقت الحاضر حيث تنوعت الموضوعات التي ينظمها ولعل أبرزها: القانون الدولي الإنساني، القانون الدولي للبحار، القانون الدولي للتنمية الاقتصادية، قانون النزاعات المسلحة، القانون الجنائي الدولي، وما أشبه ذلك.

ثانياً- القانون الدستوري:

يحتل القانون الدستوري مركز الصدارة بين فروع القانون العام. إذ يشمل مجموعة القواعد القانونية التي تحدد نظام الحكم في الدولة، وتبين طبيعة السلطات العامة فيها واختصاص كل منها والعلاقات القائمة بينها، وتقرر ما للأفراد من حريات عامة وما عليهم من واجبات قبل الدولة.

ويلاحظ أن القانون الدستوري يتناول هذه الموضوعات في شكلها العام والأساسي دون الدخول في الجزئيات إذ يترك ذلك للقوانين الأخرى، كقانون الانتخاب، والقانون الإداري والقانون المالي، وقانون التنظيم القضائي. كما أنه إذا كان الطابع الغالب لقواعد القانون الدستوري هو ما ذكرناه أعلاه، فلا أن هذا لا ينفي كون قواعده تحدد الملامح الأساسية لكل النظام القانوني في الدولة في نطاقه العام وفي نطاقه الخاص.

ولذلك سميت مجموعة قواعده بالقانون الأساسي، أو دستور الدولة. وقد صدر دستور الجمهورية العربية السورية بالمرسوم التشريعي رقم /٢٠٨/ تاريخ ١٩٧٣/٣/١٣.

ثالثاً- القانون الإداري:

يعتبر القانون الإداري أحد فروع القانون العام الذي يحكم نشاط الدولة. وهو قانون حديث النشأة حيث تبلورت معظم قواعده ونظرياته خلال القرن العشرين،

ويوصف بأنه قضائي لاعتماده على أحكام القضاء الإداري وبالخصوص مجلس الدولة. لذلك تستعصي قواعده على التقنين بسبب تطور الحياة الإدارية.

ويعرف القانون الإداري بأنه مجموعة من القواعد التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية الإداري. إذ أن للسلطة التنفيذية نوعين من النشاط. نشاط سياسي يتعلق بأعمال السيادة مثل إعلان الحرب وإبرام الاتفاقيات الدولية وحل مجلس الشعب أو البرلمان وما أشبه ذلك. وهذه لا تخضع لرقابة القضاء الإداري.

أما نشاط السلطة التنفيذي الإداري فهو النشاط اليومي في حفظ الأمن والنظام وإدارة وتسيير أوجه النشاط المختلفة من خدمات وإنتاج وهذا هو النشاط الذي تنظمه قواعد القانون الإداري[1].

واستناداً إلى ما تقدم نرى أن قواعد القانون الإداري تتناول الموضوعات التالية:

١- تتناول أشخاص واختصاصات السلطة المركزية مثل رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، وأشخاص واختصاصات الإدارة المحلية مثل المحافظة والمدينة والبلدة، وما أشبه ذلك. وعلاقة السلطة المركزية بالإدارات المحلية.

٢- تبين علاقة الدولة بموظفيها وتضع نظاماً لتعيينهم وترقيتهم وتأديبهم وعزلهم، كما تبين بصفة عامة حقوق الموظفين وواجباتهم تجاه الدولة.

٣- تبحث في طبيعة الأعمال والقرارات الإدارية والشروط اللازمة لصحتها.

٤- تتناول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية سواء من حيث بيان الأسس التي يقوم عليها تنظيم القضاء الإداري وخاصة السلطات المعطاة له والقواعد والضمانات المقررة له.

١- راجع د. نعمان جمعة: المرجع السابق، ص١٣٠.

أما مصادر القانون الإداري فتأتي في المرتبة الأولى القواعد التشريعية التي وضعت لتنظيم الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية وهذه القواعد لا زالت مبعثرة ويعود سبب ذلك إلى كثرة تغيرها حتى تساير التطور في المرافق العامة في الدولة. ثم تأتي في المرتبة الثانية قواعد العرف الإداري ويقصد بها سير الإدارة على نمط معين في أداء عملها وبشكل منتظم بحيث يسود الاعتقاد لدى الإدارة والأفراد بإلزامية هذا السلوك. ثم تأتي القواعد التي يقررها القضاء الإداري حيث أصبحت هذه القواعد مصدراً من مصادر القانون الإداري.

رابعاً- القانون المالي:

يشمل مجموعة القواعد القانونية التي تبين كيفية تنظيم النفقات والإيرادات والموازنة العامة في الدولة، وتوجيهها واستخدامها في تحقيق الأهداف المنبثقة عن الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية التي تتبناها الدولة[1]. وغالباً ما يطلق عليها اصطلاح التشريع المالي.

يتضح من ذلك أن الموضوعات الأساسية للقانون المالي تشمل ما يلي:

أ- الإيرادات العامة:

تتكون عادة من الضرائب التي تفرضها الدولة، وما تجنيه أيضاً من أملاكها، وما تحصله من رسوم، والقروض التي تبرمها في بعض الأحيان.

ب- النفقات العامة:

تعرف النفقات العامة بأنها المبالغ النقدية التي تصدر عن القطاع العام بهدف تحقيق النفع العام[2]. وهذه النفقات كثيرة ومتعددة، ومن أمثلتها كافة النفقات الخاصة

1- راجع د. محمد خالد المهايني، د. خالد الخطيب الحبشي: المالية العامة والتشريع الضريبي، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٠، ص١٠.

2- راجع د. محمد سعيد فرهود: مبادئ علم المالية العامة، الجزء الأول، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، ١٩٨٤، ص٥٥.

بمختلف أنواع المشاريع التي تتطلبها مصلحة الدفاع الوطني كشراء الأسلحة وبناء الثكنات، وما أشبه ذلك، أو النفقات التي تقتضيها الأعمال الإنشائية والعمرانية وفق خطط الدولة الاقتصادية كشق الطرق ومد السكك الحديدية وبناء المرافئ والسدود ... الخ.

ج- الموازنة العامة:

وتعرف بأنها توقع وإجازة للنفقات العامة والإيرادات العامة عن مدة مقبلة غالباً ما تكون سنة[1]. ولذلك يتضمن القانون المالي القواعد المتبعة في تحضير الميزانية العامة وفي تنفيذها وفي الرقابة على هذا التنفيذ.

وقد كان هذا القانون يشكل جزءاً من القانون الإداري على اعتبار أنه يشتمل على مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولة من حيث تحديد إيراداتها ونفقاتها، إلا أن القانون المالي قد استقل اليوم وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام.

ويعتمد القانون المالي على مصادر ثلاثة هي:

١- الدستور: حيث نجد أن هناك العديد من النصوص الدستورية تبين كيفية فرض الضرائب والإنفاق والتحصيل.

٢- التشريعات المالية العادية.

٣- الأنظمة والتعليمات التنفيذية.

خامساً- القانون الجزائي:

يشمل مجموعة القواعد القانونية التي تتضمن بيان الجرائم والعقوبات، وما يجب اتباعه من إجراءات تؤدي إلى متابعة المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه إذا ثبتت إدانته.

١- راجع د. محمد سعيد فرهود: المرجع السابق، ص٣٤٧-٣٤٨.

واستناداً إلى ما تقدم يتبين أن القانون الجزائي يشمل على نوعين من القواعد القانونية. إذ هناك قواعد موضوعية تبين الجرائم وتحدد العقوبة لكل منها. وقواعد شكلية أو إجرائية تبين الإجراءات الواجب اتباعها من تاريخ وقوع الجريمة إلى تاريخ توقيع العقاب. لذلك فإن هذا القانون ينقسم إلى فرعين اثنين:

١- قانون العقوبات:

ويشمل مجموعتين من القواعد الموضوعية:

أ- المجموعة الأولى:

تتضمن القواعد والنظريات العامة التي تحكم التجريم والعقاب بغض النظر عن التفاصيل والظروف الخاصة بكل جريمة أو عقوبتها. فتبحث مثلاً في شروط قيام المسؤولية الجزائية، وظروف الإعفاء أو التخفيف منها، وتطبيق القانون الجزائي من حيث الأشخاص، أو المكان، أو الزمان. ويتألف من مجموع هذه القواعد ما يسمى بقانون العقوبات العام.

ب- المجموعة الثانية:

تتضمن القواعد التي تبحث في تفاصيل كل جريمة على حدة موضحة أركانها وصفاتها وصورها والعقوبة المقررة لها. كجريمة السرقة، أو القتل، أو التزوير، وما أشبه ذلك. وتشكل هذه القواعد في مجموعها ما يسمى بقانون العقوبات الخاص.

وصدر في سوريا قانون العقوبات بالمرسوم التشريعي رقم /١٤٨/ تاريخ ١٩٤٩/٦/٢٢.

٢- أصول المحاكمات الجزائية:

ويتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تبين القضاء الجزائي المختص والإجراءات الواجب اتباعها في التحقيق والمحاكمة وطرق الطعن بالأحكام وكيفية تنفيذ العقوبات.

وقد صدر في سوريا قانون أصول المحاكمات الجزائية بتاريخ ١٩٥٠/٣/١٣. وبالإضافة إلى ذلك هناك مجموعة من العلوم الحديثة تعرف بالعلوم الملحقة بالقانون الجزائي إذ تستهدف أيضاً مكافحة الإجرام والمجرمين. ولعل أهمها ما يعرف بعلم الإجرام الذي يتناول البحث في أسباب الجريمة أي مصادرها والدوافع إليها.

وعلم التحقيق الجنائي العملي الذي يهدف إلى تسهيل مهمة الكشف عن الجرائم وعن مرتكبيها من خلال تقديم الوسائل التي تساعد الجهات المختصة في الوصول إلى هذا الهدف. وهناك أيضاً علم العقاب الذي يهتم بتحديد وظائف العقوبة وأغراضها، ويسعى إلى إيجاد أفضل الوسائل التي تجعلها محققة لهذه الوظائف والغايات[1].

المطلب الثاني

القانون الخاص

يقصد بالقانون الخاص مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات القائمة بين الأشخاص العاديين سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين، أو أشخاصاً اعتباريين أو بين الأشخاص العاديين والدولة لا بصفتها تقوم بخدمة عامة، أو تمثل السيادة والسلطة بل بصفتها شخصاً اعتبارياً يقوم بأعمال عادية كالتي يقوم بها الأشخاص الطبيعيين.

والقانون المدني هو أصل القانون الخاص كله والذي انبثقت عنه بقية الفروع لتحكم أنواعاً معينة من العلاقات تحت ضغط العوامل التي أدت إلى تطور المجتمع الحديث وأوجبت ضرورة استقلال تلك الفروع.

وبالتالي ينقسم القانون الخاص إلى فروع متعددة هي: القانون المدني، والقانون التجاري، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وقانون العمل، والقانون الدولي الخاص.

١- راجع د. محمد الفاضل: المبادئ العامة في التشريع الجزائي، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق، ١٩٨٤، ص٧ وما بعدها.

أولاً- القانون المدني:

يتضمن مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأشخاص سواء أكانت هذه العلاقات علاقات أسرية، أو علاقات مالية.

والجدير بالذكر أن اصطلاح القانون المدني قد أخذ معانٍ مختلفة عبر الزمن من حيث الشمول، والمدى، وقد تبدل مفهومه بين الماضي والحاضر. ففي عهد الرومان استعمل اصطلاح القانون المدني للدلالة على القانون الوطني أي على مجموعة القواعد القانونية المطبقة على المواطنين الرومان. ويقابله اصطلاح قانون الشعوب الذي يتضمن مجموعة القواعد القانونية المطبقة على الأجانب والغرباء من غير المواطنين.

واليوم فإن اصطلاح القانون المدني ينظم نوعين من العلاقات القانونية الخاصة:

النوع الأول: يشمل علاقات الأسرة، أما النوع الثاني: فيشمل العلاقات المالية.

على أن الأمر ليس بهذه الصورة بالنسبة لمعظم الدول العربية وبشكل خاص في سوريا. ذلك أن هذه الدول، على خلاف الدول الغربية، قد فرقت بين العلاقات التي تقوم بين الفرد وأسرته، فأخضعتها إلى قانون خاص هو قانون الأحوال الشخصية. أما العلاقات المالية فأخضعتها لأحكام القانون المدني. ويعود سبب هذا الفصل والتمييز بين هذين النوعين من العلاقات إلى الطبيعة الخاصة للقواعد المنظمة للعلاقات الأسرية من حيث اتصالها بالمعتقدات الدينية للأفراد

١- قانون الأحوال الشخصية:

ويشمل مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونسب وحضانة، ثم الأهلية والنيابة الشرعية، ثم الوصية والمواريث. وقد صدر قانون الأحوال الشخصية في سوريا بالمرسوم التشريعي رقم /٩٥/ لعام ١٩٥٣[1].

١- جرى تعديل قانون الأحوال الشخصية بالقانون رقم /٣٤/ لعام ١٩٧٥. كما صدر القانون رقم /١٨/ لعام ٢٠٠٣ والذي نص في مادته الأولى على أن تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام الثالثة عشرة من عمره، والبنت الخامسة عشرة من عمرها.

إذ جاء في مذكرته الإيضاحية أنه: "كانت الحكومة العثمانية قد حصرت القضاء والإفتاء بالصحيح الراجح من مذهب أبي حنيفة وسارت المحاكم ودوائر الفتوى على ذلك أمداً طويلاً تبين بعده أنه من الضروري العدول عن القول الراجح في المذهب الحنفي أحياناً والأخذ من المذاهب الثلاثة الأخرى ومن مذاهب الأئمة غير الأربعة حيناً، وجمع الأحكام الشرعية في مجموعات قانونية".

٢ - القانون المدني:

ويشمل القواعد القانونية التي تنظم العلاقات المالية بين الأفراد. وقد صدر القانون المدني السوري بالمرسوم التشريعي رقم /٨٤/ لعام ١٩٤٩. حيث اقتبست معظم أحكامه من القانون المدني المصري. وقد جاء هذا القانون ليحل محل مجلة الأحكام العدلية التي اعتمدت في أحكامها على المذهب الحنفي دون بقية المذاهب. وليلغي القرار رقم /٣٣٣٩/ الصادر في عهد الانتداب الفرنسي عام ١٩٣٠. وليلغي أيضاً القانون العثماني المتعلق بقسمة الأموال غير المنقولة.

أما موضوعات القانون المدني فتوزعت على باب تمهيدي وقسمين اثنين:

الباب التمهيدي:

تناول المشرع في هذا الباب أحكاماً عامة في مصادر القانون وكيفية تطبيقه من حيث الزمان، أو المكان، وبيان الأشخاص والأموال وأحكامها.

القسم الأول:

خصص للالتزام أو الحقوق الشخصية حيث أفرد كتاباً مستقلاً حول الالتزام بشكل عام، وآخر للعقود المسماة.

القسم الثاني:

خصص للحقوق العينية سواء تعلق الأمر بالحقوق العينية الأصلية كحق الملكية والانتفاع والارتفاق، أو الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحقوق الامتياز.

ثانياً- القانون التجاري:

ويشمل مجموعة القواعد التي تنظم المعاملات التجارية سواء تعلقت بأعمال تجارية أياً كانت الصفة القانونية للشخص الذي يقوم بها، أو نشأت بين أشخاص بوصفهم تجاراً.

وعليه يتضمن هذا القانون بيان معنى التاجر وتحديد مفهوم الأعمال التجارية ويبين واجبات التاجر كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية، وينظم العقود والشركات التجارية والأوراق التجارية، وينظم الإفلاس وما يترتب عليه من آثار.

ويرجع استقلال القانون التجاري عن القانون المدني إلى الأسباب التالية:

١- حاجة التجارة إلى السرعة والسهولة في إنجاز المعاملات التجارية. فقد أعفيت المعاملات التجارية من القيود التي ترد على المعاملات المدنية. ومن الأمثلة على ذلك أن القاعدة العامة في إثبات المعاملات المدنية تقضي بأن إثبات وجود التصرف أو انقضاءه، إذا زادت قيمته على مبلغ معين لا يجوز إلا كتابة بينما يجوز إثبات المعاملات التجارية بجميع وسائل الإثبات بغض النظر عن قيمتها.

٢- ضرورة توافر الثقة والطمأنينة: فالقاعدة العامة في المعاملات المدنية تقضي بأن التضامن لا يفترض بين الدائنين في حال تعددهم بل لا بد من وجود اتفاق، أو أن ينص القانون عليه[1]. أما في المعاملات التجارية فالتضامن مفترض دون حاجة لوجود اتفاق، أو نص قانوني.

- كما نجد أن المشرع في القانون التجاري قد تشدد تجاه من يخل بهذه الثقة، أو يزعزع الطمأنينة التي تقوم عليها المعاملات التجارية ويتجلى ذلك في نظام الإفلاس الذي يخضع له التجار.

١- تنص المادة /٢٧٩/ ق.م.س على أن: "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

على أن انفصال القانون التجاري واستقلاله عن القانون المدني لا يعني أن القانون التجاري لا تربطه بالقانون المدني أية رابطة. ذلك أن القانون التجاري لا زال يرتبط بالقانون المدني كرابطة الفرع بالأصل، يعود إليه كلما أراد أن يشق طريقه نحو توسع جديد، وكلما أعوزته القاعدة القانونية لتحكم المشكلات التجارية الحديثة المطروحة أمامه. وخاصة إلى مبادئ النظرية العامة للالتزام والعقود المسماة[1]. وينقسم القانون التجاري إلى ثلاثة فروع هي:

أ- القانون التجاري البري:

وقد صدر في سوريا بالمرسوم التشريعي رقم /١٤٩/ تاريخ ١٩٤٩/٦/٢٢. وقد سبق وذكرنا الموضوعات التي يتناولها.

ب- قانون التجارية البحرية[2]:

إذ غدت البحار تنهض بدور متزايد في مجال النقل الدولي وتعزيز التجارة الدولية بل إنها تحمل الآن ما يزيد على ٨٠٪ من حجم التجارة وتضمن تداولها بكفاءة عالية وتكاليف معتدلة. وبالتالي يتضمن هذا القانون مجموعة القواعد المتعلقة بالسفينة وبعقد العمل البحري. والتأمين البحري والنقل البحري وما إلى ذلك من المسائل المتعلقة بالملاحة البحرية ويعود سبب وضع أحكام خاصة للتجارة البحرية إلى ارتفاع قيمة السفينة وما قد تتعرض له من أخطار جسيمة أدت إلى نشوء نظم خاصة لا توجد في النقل البري كنظم التأمين البحري ونظام الخسائر البحرية المشتركة. يضاف إلى ذلك طول الرحلة البحرية. وقد أدى ذلك إلى صعوبة اتصال ربان السفينة بمجهزها مما اقتضى ضرورة وضع قواعد خاصة تنظم علاقات الربان بالمجهز وإلى إعطاء الربان سلطات واسعة.

١- راجع د. هشام فرعون: القانون التجاري البري، الجزء الأول، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية حلب، ١٩٨٤، ص١٢.

٢- وقد صدر حديثا القانون رقم /٤٦/ تاريخ ٢٠٠٦/١٢/٥ المتضمن قانون التجارة البحري.

ج- القانون الجوي[1]:

ويشمل القانون الجوي مجموعة القواعد التي تنظم الملاحة الجوية أو الوسائل التي تؤدي للقيام بها، كالمطارات والطائرات والتجهيزات الفنية والأشخاص الذين يعملون في الملاحة، كما يتضمن القواعد المنظمة للعقود التي تقتضيها الملاحة الجوية كعقد النقل والتأمين والإيجار، ما أشبه ذلك.

وتعتبر قواعد القانون الجوي حديثة العهد إذا ما قيست ببقية أقسام القانون التجاري.

ثالثاً- قانون العمل:

ويتضمن مجموعة القواعد التي تحكم علاقة العمل الخاص التابع المأجور. أي بالعمل الذي يقوم به أشخاص مقابل أجر لحساب أشخاص آخرين وتحت إدارتهم وإشرافهم. ويعد قانون العمل قانون حديث النشأة حيث أن ظهوره يرجع إلى النصف الثاني من القرن التاسع عشر إلا أنه يعتبر اليوم من أهم فروع القانون[2]. ففي ظل نظام الطوائف الذي كان سائداً قبل ظهور النواة الأولى لقانون العمل لم يكن هناك ما يدعو إلى وجود تنظيم لحكم علاقات العمل. ذلك أن نظام الطوائف كان يتضمن تنظيماً دقيقاً للحرف والمهن. لكن تقدم الصناعة واستعمال الآلات الحديثة على نطاق واسع أدى إلى نشوء طبقة جديدة في المجتمع هي طبقة العمال، ونظراً لكون النظام الرأسمالي قد ولد في أحضان الثورة الصناعية والمجتمع الصناعي واتجاه هذا النظام إلى تقديس مبادئ الحرية الفردية بما في ذلك حرية التعاقد التي أضحت أداة في يد أرباب العمل الأقوياء لفرض شروطهم الجائرة على طبقة العمال الضعيفة، مما استدعى تدخل المشرع لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب العمل على نحو يكفل حماية الطبقة العاملة وأدى ذلك إلى ظهور

1- وقد صدر حديثا القانون رقم /٦/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن قانون الطيران المدني.

2- راجع د. شواخ الأحمد: التشريعات الاجتماعية "قانون العمل" الجزء الأول: علاقات العمل الفردية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية بحلب، ٢٠٠٤، ص١٧.

قانون العمل كفرع مستقل من فروع القانون الخاص وقد صدر في سوريا قانون العمل الموحد بالقانون رقم /٩١/ لسنة ١٩٥٩ وجاءت بعده مجموعة من القوانين والمراسيم المعدلة له.

أما مصادر قانون العمل فتتمثل بالمعاهدات والاتفاقات الدولية المستكملة لإجراء التصديق والنشر، ثم التشريع الداخلي الصادر عن السلطات المختصة سواء كان تشريعاً دستورياً أو تشريعاً عادياً، أو تشريعاً فرعياً. ثم تأتي بعد ذلك اتفاقات العمل الجماعية ولوائح النظام الداخلي، وعند انعدام وجود النص يمكن اللجوء إلى العرف ومبادئ العدالة[1].

رابعاً- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية:

يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تبين الإجراءات الواجب إتباعها في رفع الدعاوى والفصل فيها وبيان المحكمة المختصة وطرق الطعن في الأحكام الصادر عنها وكيفية تنفيذها أو كما عرفه بعض الفقهاء[2]. بأنه مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات الواجب إتباعها لتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المدني والقانون التجاري.

وقد صدر قانون أصول المحاكمات الحالي بالمرسوم التشريعي رقم /٨٤/ لعام ١٩٥٣. وإذا كنا قد سرنا مع الاتجاه الفقهي الذي يعتبر قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية فرعاً من فروع القانون الخاص باعتباره يتضمن مجموعة من القواعد التي تكفل حماية المصالح الفردية الخاصة. إلا أن هناك اتجاهاً فقهياً أخر يعتبره فرعاً من فروع القانون العام لأنه يشمل على القواعد التي تتناول تنظيم القضاء. إذ يعنى بتشكيل المحاكم وتحديد

١- راجع د. محمد فاروق الباشا: التشريعات الاجتماعية "قانون العمل" منشورات جامعة حلب، ١٩٩٠، ص١٢٧.

٢- راجع د. عبد المنعم فرج الصده: المرجع السابق، ص٦١.

اختصاصاتها وسير العمل فيها، وما أشبه ذلك. وما القضاء إلا إحدى سلطات الدولة الثلاث.

خامساً- القانون الدولي الخاص:

ويقصد به مجموعة القواعد التي تحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي. أما الموضوعات الأساسية للقانون الدولي الخاص فتشمل بيان القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي عندما تتجاذبها قوانين متعددة تبعاً للعنصر الأجنبي الذي يتخللها. كقانون الجنسية وقانون مكان إبرام التصرف القانوني وقانون موقع المال إذا كان من أبرم التصرف هو من جنسية مختلفة عن مكان إبرامه وإذا تعلق التصرف بمال موجود في دول مختلفة وهو ما يسميه فقه القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين.

كما يعنى القانون الدولي الخاص بتحديد المحكمة المختصة، فوجود العنصر الأجنبي في علاقة ما يحمل معه اختصاص كل قانون ترتبط به تلك العلاقة، واختصاص محاكم الدولة التي يسود فيها هذا القانون.

فإذ باع شخص بلجيكي إلى شخص فرنسي عقاراً موجوداً في ألمانيا بمقتضى عقد أبرم بالجزائر، وقام نزاع بصدد عقد البيع، فهل تختص بنظر النزاع المحاكم البلجيكية أم الفرنسية أم الألمانية أم الجزائرية، وإذا ثبت الاختصاص لإحدى هذه المحاكم فهل تطبق القانون البلجيكي باعتباره قانون جنسية البائع أم القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المشتري، أم القانون الألماني باعتباره قانون موقع العقار أم القانون الجزائري باعتباره قانون مكان إبرام العقد؟.

ففي مثل هذه الحالة يتكفل القانون الدولي الخاص بالإجابة على هذه التساؤلات سواء تعلقت بتحديد المحكمة أو بيان القانون الواجب التطبيق.

ويلاحظ أن القانون الدولي الخاص يمكن أن يشمل أيضاً قواعد تتعلق بالجنسية أي علاقة تبعية الفرد لدولة معينة، أو مركز الأجانب أي ما يتمتع به الأجانب من حقوق أو ما يلقى على عاتقهم من واجبات إزاء الدولة التي يقيمون على إقليمها.

ويلاحظ أنه لا توجد قواعد دولية موحدة لحل المسائل المطروحة سابقاً بل أن كل دولة تضع القواعد الخاصة بها، والتي ترى أنها تكفل حل مشكلة التنازع القانوني والقضائي.

من أمثلتها في سوريا ما تنص عليه المادة /١٧/ ق.م.س: "يسري على المسائل الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته".

وما نصت عليه أيضاً المادة /١٩/ ق.م.س: "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار...".

وبذلك نكون قد عملنا على تسليط الضوء على فروع القانون العام وفروع القانون الخاص إلا أنه لا بد من الإشارة إلى أن هذه التفرقة والتسليم بها لا يعني أنها تفرقة جامدة ثابتة الحدود بل هي تفرقة مرنة تخضع من حيث الزمان والمكان لما يعد وما لا يعد من حق السيادة في الدولة[1].

المطلب الثالث

أهمية التمييز بين القانون العام والقانون الخاص

يترتب على التمييز بين القانون العام والقانون الخاص نتائج قانونية هامة ترجع إلى طبيعة ونوع العلاقات التي ينظمها كل من القانون العام أو القانون الخاص منها:

آ- إن الاختصاص القضائي يختلف باختلاف طبيعة العلاقة. فالمنازعات الإدارية يختص بنظرها القضاء الإداري، بينما يختص القضاء العادي بنظر المنازعات المدنية

١- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص٦٤.

والتجارية بين الأفراد إذاً يمكن القول إن وجود هذا التمييز اقتضى وجود قضاء خاص هو القضاء الإداري[1].

ب- اختلاف النظام القانوني الذي تخضع له ملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة عن النظام القانوني الذي تخضع له الملكية الخاصة للأفراد ومنها على سبيل المثال عدم جواز التصرف في الأموال العامة أو الحجز عليها كما يمتنع أي شخص أن يكتسب ملكيتها بالتقادم، وهذه الأحكام تختلف تماماً عما هو مقرر بشأن الأموال الخاصة التي يحكمها القانون الخاص.

ج- تسري على العقود الإدارية الخاضعة للقانون العام قواعد استثنائية تستمد من السلطة المقدرة للإدارة بقصد تحقيق المصلحة العامة إذ تستطيع الإدارة توقيع جزاءات على المتعاقد الآخر في حال إخلاله بشروط العقد، كما يجوز لها أن تعدل بإرادتها المنفردة شروط العقد ويختلف ذلك عن القواعد التي تحكم العقود المدنية أو التجارية الخاضعة للقانون الخاص، حيث تبين على قاعدة المساواة بين طرفيها.

د- في القانون العام، فإن الدولة تتمتع بمظاهر السلطة في علاقتها بموظفيها حتى تكفل سير المرفق العام بانتظام، بينما يقف العامل على قدم المساواة مع صاحب العمل في علاقة العمل الخاضعة للقانون الخاص[2].

1- راجع: د. سمير تناغو: المرجع السابق، ص ٥٥٧.

2- راجع: د. أحمد شوقي عبدالرحمن: المدخل للعلوم القانونية، ٢٠٠٥، ص ٢٢.

الفصل الثالث

أساس القوة الإلزامية للقانون

عرضنا فيما سبق تعريف القانون والخصائص التي تميز قواعده عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى التي تحكم سلوك الأفراد كما بينا تصنيف القواعد القانونية. ونعرض في هذا الفصل مباحث أهم المدارس والنظريات في أساس سلطة القانون. إذ يثور التساؤل عن الأسس التي يبنى عليها سلطان القاعدة القانونية وتستمد منها قوتها الملزمة. أو بمعنى آخر التساؤل عن الصفة التي تجعل من مبدأ احترام القاعدة القانونية في أنها أمراً مفروضاً على الأفراد بالقوة المادية عند الاقتضاء.

اختلف الفلاسفة والفقهاء حول هذه التساؤلات اختلافاً بيناً وتوزعوا إلى تيارات متعددة يحاول كل منها أن يحدد الأسس التي تقوم عليها القوة الملزمة للقاعدة. فمن هذه التيارات والمذاهب ما هو شكلي، ومنها ما هو مثالي، ومنها ما هو واقعي، ومنها ما يحاول أن يجمع بين النظرة الواقعية والنظرة المثالية.

وعليه نرى تقسيم هذا الفصل إلى مباحث أربعة نتناول في كل مبحث أحد هذه التيارات أو المذاهب على النحو التالي:

المبحث الأول: مدرسة القانون الطبيعي

المبحث الثاني: المدرسة الشكلية

المبحث الثالث: المدرسة الواقعية

المبحث الرابع: المذاهب المختلطة

إلا أنه تجدر الإشارة إلى وجود العديد من النظريات والمذاهب التي تعرضت لهذا الموضوع والتي يصعب حصرها مثل نظرية الغاية والكفاح لايهرنج، ونظرية التوازن

لموري، والنظرية الماركسية لكارل ماركس وانجلز، ونظرية الهدف العادل لجونو، ونظرية الثقة المشروعة لليفي ...الخ.

المبحث الأول

مدرسة القانون الطبيعي

تقوم هذه المدرسة على مجموعة من الأفكار والمبادئ التي راودت الفكر الإنساني عبر التاريخ ابتداءً من عصر الفلسفة اليونانية مروراً بالعهد الروماني وحتى وقتنا الحالي.

فقد راودت الفلاسفة منذ القديم فكرة وجود قانون أعلى يسمو على القوانين الوضعية، يتضمن قواعد ثابتة أبدية صالحة لكل زمان ومكان لأنها تصدر عن طبيعة الأشياء، تعد هذه القواعد كما يرى أنصار القانون الطبيعي أساساً للقانون الوضعي، والمثل الأعلى له، وكلما اقترب القانون الوضعي من القانون الطبيعي، كان أقرب إلى الكمال[1].

تلك الفكرة بكل ما تنطوي عليه من بساطة التعبير عن نزعة الإنسان نحو الكمال تشكل حجر الأساس في فلسفة القانون الطبيعي[2].

على أن هذه الفكرة إن كانت قد احتفظت بجوهرها إلا أن مضمونها قد تناوله التعديل والتغيير على مر العصور، وفقاً لما تعرضت له الفكرة في ذاتها من نقد ومسايرة للتطور الذي اعترى الفكر الإنساني.

واستناداً لذلك نعرض المراحل التاريخية الهامة التي مرت فيها فكرة القانون الطبيعي على النحو التالي:

1- راجع د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص٩٥.

2- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص١٠٠.

١ - القانون الطبيعي عند اليونان:

أسهم الفلاسفة اليونانيون إسهاماً هاماً في نطاق فلسفة القانون الطبيعي وبالخصوص الفيلسوف أرسطو وأنصار المدرسة الرواقية. فيرى أرسطو أن الطبيعة نفسها كما تتضمن نظاماً تجري وفقاً له الظواهر الطبيعية، تتضمن أيضاً نظاماً تجري وفقاً له علاقات الناس في المجتمع وينعين بموجبه مركز كل شخص وتبعيه كل شيء في المجتمع، وهو نظام عقلي يمكن التعبير عنه وفقاً لقواعد الرياضيات والمعادلات وتتحقق العدالة بمراعاته وبإزالة كل خلل يطرأ على التوازن الذي من شأنه أن يحققه وبإعادة التوازن كلما اختل. فالعدل هو ما يطابق هذا النظام الكامن في الطبيعة[1].

كما ساهم انتشار أفكار المدرسة الفلسفية الرواقية في بلورة وتطوير القانون الطبيعي إذ كانوا يدعون إلى التخلص من كل المؤثرات الخارجية بما في ذلك إجبار الدولة، والخضوع للقانون الطبيعي الذي يحكم العالم كله ويلزم الجميع[2].

٢ - القانون الطبيعي عند الرومان:

عرف النظام القانوني الروماني التفريق بين نوعين من القواعد:

الأول ويسمى بالقانون المدني وهو القانون الذي يطبق على العلاقات القائمة بين الرومان الأصليين فقط. وقد نشأ هذا القانون من العرف وقام على احترام التقاليد والأعراف الرومانية واصطبغ بشكلية جامدة.

أما النوع الثاني فسمي بقانون الشعوب وهو القانون الذي يطبق على علاقات الأجانب سواء كانت هذه العلاقات بين الأجانب فقط أو بينهم وبين الرومانيين الأصليين، وقد امتازت قواعد هذا القانون بالبساطة والبعد عن الشكليات الجامدة حيث استخلص من المبادئ المشتركة للشعوب وقامت على العقل والمنطق لذلك كانت أقرب

1- راجع د. سلمان مرقس: فلسفة القانون، بيروت ١٩٩٨، ص٧٤.

2- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص١٠١.

إلى القانون الطبيعي، لا بل أن بعض فقهاء الرومان قالوا إن قانون الشعوب هو القانون الطبيعي[1].

ثم تأثر القانون الروماني بالفلسفة اليونانية وبصورة خاصة التأثر بفكرة القانون الطبيعي. ويظهر هذا التأثر واضحاً في مؤلفات العديد من الفقهاء الرومان.

فنجد شيشيرون يعتقد بوجود عدالة عليا فوق النظم الوضعية، وأعلن عن وجود قانون مطابق للعقل السليم نابع من الطبيعة ينطبق على الناس كافة ولا يتغير بتغير الزمان أو المكان.

كما أقر الفقيه (بول) بوجود قانون طبيعي واحد ثابت وسابق على وجود القوانين الوضعية ليس من وضع الإنسان بل من وضع الطبيعة أي من وضع العقل الملازم لطبيعة الأشياء.

كذلك يعتقد الفقيه (جايوس) بوجود قانون مشترك بين جميع الشعوب استناداً إلى كونه نابعاً من العقل الطبيعي، فأقر بذلك بوجود نظم قانونية مشتركة بين جميع الشعوب ينظمها ما يسمى بقانون الشعوب[2].

٣- القانون الطبيعي في العصور الوسطى:

في هذه العصور اصطبغت فكرة القانون الطبيعي بالصبغة الدينية إذ أطلق رجال الكنيسة على القانون الطبيعي تعبير القانون الإلهي.

وهو قانون ثابت أبدي لا يتغير وإن مصدره هو الإله، لذلك قواعده تسمو على قواعد القانون الوضعي ويتم الوصول إليه بالوحي وليس عن طريق العقل.

1- راجع د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص٩٦.

2- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص٩٤.

٤- القانون الطبيعي في العصر الحديث:

مع انتهاء العصور الوسطى انقضى عهد الإقطاع وبدأ عهد الدولة الحديثة وبدأت الدعوة إلى سيادة الدولة المطلقة في القرن السادس عشر وترافق ذلك مع إنكار فكرة القانون الطبيعي وقد ظهر صدى هذه الدعوة في كتابات العديد من الفقهاء أمثال: ماكيافيلي، وبودان.

فالنسبة لمكيافيلي يلاحظ أنه في كتابه "الأمير" يضع صاحب السلطان في الدولة فوق الأخلاق وفوق كل مثل أعلى ويرى ضرورة تدعيم السلطان أي أن يكون السلطان مطلقاً وأن تتخذ جميع الوسائل التي تؤدي لتحقيق هذا الهدف العظيم بغض النظر عن أي تقييم أخلاقي لهذه الوسائل أي سواء أكانت هذه الوسائل بطريق القوة أو الحيلة أو الخداع فالغاية لديه تبرر الوسيلة والقوة وحدها هي سند القانون[1].

أما بودان الذي عرض آراءه في كتابه الشهير "في الجمهورية" فكان يرى أن سيادة الدولة هي سيادة مطلقة وأن المظهر الأول لهذه السيادة هو سلطة سن القوانين. وإذا كان صاحب السلطان هو الذي يتولى سن القوانين فلا ينبغي أن يخضع لها لأن إرادته هي العليا وبالتالي لا تخضع لأية إرادة أخرى بما في ذلك القوانين التي يسنها هو ذاته.

وقد ترتب على المغالاة في تصور مبدأ سيادة الدولة إلى طغيان الدولة على حريات وحقوق الأفراد وبالنتيجة إلى تواري فكرة القانون الطبيعي واستناداً إلى ذلك أصبحت الحاجة ملحة لضرورة العودة إلى فكرة القانون الطبيعي كوسيلة تمكن الأفراد من الذود عن حقوقهم وحرياتهم أمام طغيان الدولة.

وفعلاً وجدت هذه الفكرة طريقها إلى الظهور على شكل مذهب محدد المعالم في النصف الأول من القرن السابع عشر على يد الفقيه الهولندي غروسيوس الذي دون آراءه في كتاب من ثلاثة أجزاء سماه "قانون الحرب والسلم سنة ١٦٢٥".

١- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص١٢٨.

فالقانون الطبيعي لدى غروسيوس هي قواعد العدل مستخرجة من طبيعة الأشياء بطريق العقل السليم وما دامت هذه القواعد يكشف عنها بطريق العقل السليم فهي قواعد ثابتة أبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان. أما دور السلطة العامة في الجماعة فيجب أن يقتصر على إعلان هذه القاعدة كقاعدة قانونية ملزمة[1].

بعد ذلك أخذت مدرسة القانون الطبيعي بالتوسع والانتشار خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر. ثم جاء انتصار الثورة الفرنسية لتشكل انتصاراً لمدرسة القانون الطبيعي وفي سنة ١٧٨٩ صدر إعلان حقوق الإنسان والمواطن مما أتاح الفرصة للقانون الطبيعي ليكون مذهباً رسمياً يتضمنه إعلان رسمي بعد أن كان مجرد فكرة ينادي بها الفلاسفة والكتاب[2].

وقد أخذ بهذه النظرية عدد كبير من الفلاسفة الفقهاء أمثال: الفقيه الألماني "بوفندورف"، والفقيه الإنجليزي "كامبرلاند"، والفيلسوف الألماني "كانت"، والفيلسوف الإنجليزي "لوك"، والفيلسوف الفرنسي "جان جاك روسو"، وقد تعرض هذا المذهب إلى مجموعة من الانتقادات التي لعبت دوراً أساسياً في تقليص امتداده ونطاقه لحساب مذهب جديد هو المذهب التاريخي.

وقد كان لآراء هؤلاء الفلاسفة الأثر الكبير في القوانين التي تم وضعها في أوائل القرن التاسع عشر، كالقانون الفرنسي، والقانون النمساوي. وعليه يمكن بيان أهم المبادئ التي تقوم عليها فكرة القانون الطبيعي بمفهومها التقليدي بما يلي:

١- تقوم فكرة القانون الطبيعي على أساس وجود قواعد قانونية كاملة تنظم جميع علاقات الأفراد داخل المجتمع وهي قواعد موحدة لا تختلف باختلاف الأزمنة أو المجتمعات، ويصل إليها الإنسان عن طريق العقل السليم.

1- راجع د. خالد عيد: المرجع السابق، ص٨٣.

2- راجع د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص١٠٣.

٢- قواعد القانون الطبيعي قواعد مطلقة تلهمها الطبيعة إلى العقل السليم لذلك يفترض أن تأتي قواعد القانون الوضعي المطبقة فعلاً مطابقة للقانون الطبيعي لأن القانون الطبيعي هو أساس القانون الوضعي والمثل الأعلى له.

ويلاحظ أن فكرة القانون الطبيعي تفترض أن للفرد حقوقاً طبيعية يكتسبها لمجرد كونه إنسان إذ نشأت معه، لذلك تعد هذه الحقوق أقدم من حيث نشأتها على وجود الدولة ذاتها، فهي تحتل مكانة تعلو مكانة الدولة وتعتبر حقوق مقدسة لا يجوز للدولة المساس بها مطلقاً، لا بل أن الغاية من وجود الدولة وما يتقرر من قواعد قانونية إنما يستهدف حماية هذه الحقوق والحريات الفردية. ويعني ذلك أن وجود الدولة أو وجود قواعد قانونية لا يعدو أن يكون مجرد وسائل تستهدف غايات معينة ألا وهي حماية واحترام الحقوق والحريات الفردية وتنميتها. لذلك لا يجوز كما ذكرنا للدولة أن تمس حقوق الفرد وحريته إلا بمقدار ما تقتضيه ضرورة حماية حقوق وحريات الأخرين.

ولعل أهم هذه الانتقادات تلك التي ترى أن أنصار مذهب القانون الطبيعي أغفلوا الطابع الاجتماعي للإنسان وأثر الظروف والعوامل الاجتماعية في بلورة وتكوين القواعد القانونية وحيث أن هذه الظروف والعوامل الاجتماعية تتبدل وتتغير بتبدل وتغيير الزمان والمكان لذلك لا يصح القول بوجود قواعد مطلقة أبدية ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وقد نجح أنصار المذهب التاريخي في إضعاف فكرة القانون الطبيعي فترة معينة من الزمن ويظهر ذلك مثلاً في موقف المشرع الإيطالي إذ تأثر بذلك عند وضعه القانون المدني لسنة ١٨٦٥ فتحاشى إحالة القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى القانون الطبيعي، بل أحاله إلى المبادئ العامة للقانون.

فكرة القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير:

أقر أنصار مذهب القانون الطبيعي بما جاء في المذهب التاريخي من أثر البيئة والعوامل الاجتماعية في تكوين القانون، وأن هذا الأخير ليس مجرد قواعد ثابتة مطلقة

لا تتغير بتغير الزمان والمكان. بل أنه يتغير ويساير تطور المجتمع باستمرار. ولكنهم قالوا بضرورة اهتداء المشرع بمثل أعلى عند وضعه للقواعد القانونية، أي لما يجب أن يكون عليه القانون في البيئة المعينة التي يوجد فيها مشرع معين، وأن هذا المثل الأعلى يدركه الإنسان بعقله السليم ويختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ويجب أن يستلمه المشرع.

ثم لاحظوا وجود بعض المبادئ المحدودة العدد مشتركة بين ما يعتبر مثلاً أعلى للقانون في كل بلد وفي كل عصر، فقالوا إن القانون الطبيعي يشمل هذا العدد القليل من المبادئ العامة الثابتة، كما يشمل أيضاً بالنسبة لكل بلد وفي كل عصر ما يعتبر مثلاً أعلى لهذا البلد في ذلك العصر.

وقد قال بهذا المذهب: "أوبري ورو، بودري لاكنتينري، وهوك فوركاد". لكن العالم الألماني "ستاملر" هو الذي نشر هذه الفكرة وخلع عليها اسم "القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير" ومن بعده أخذ بها "شارمون، وجوسران"[1].

ويؤخذ على أصحاب هذا الاتجاه أنهم أضعفوا من قيمة القانون الطبيعي باعتباره مقياساً لسلامة القوانين الوضعية عندما أدخلوا في مضمون القانون الطبيعي المثل الأعلى لكل مشرع على حدة، ولو لم يتوافق تصور المشرع لهذا المثل الأعلى مع السبيل السوي.

لذلك عمد علماء القانون مع بداية القرن العشرين إلى تبني المفهوم التقليدي الأصلي لمفهوم القانون الطبيعي أمثال الفقيه "بلانيول" الذي اعتبر أن القانون الطبيعي هو مجموعة مبادئ محدودة العدد قائمة على أساس العدالة وسلامة الذوق يتعين على المشرع مراعاتها وتعتبر المقياس الذي تقدر به صلاحية التشريع أو عدم صلاحيته[2].

1- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص٢٨٣.

2- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص١٢٢.

ومهما كانت الانتقادات التي توجه إلى فكرة القانون الطبيعي فإنها بلا شك لعبت وما تزال تلعب دوراً بارزاً في عدم خروج القواعد القانونية عن الإطار العام لمفهوم العدالة. وذلك من خلال الاهتداء بمثل أعلى، وهذا المثل الأعلى وفقاً لمدرسة القانون الطبيعي هو الذي يسبغ على القانون صفته الشرعية التي تخلق طاعته في النفوس اختياراً بما يحمل من عدل وهو يبرر اللجوء إلى القوة، والقسر بما يكفل احترام أحكامه، لأن العدل دون قوة تسنده عدل أعرج[1].

المبحث الثاني

المدرسة الشكلية

يستند أنصار هذه المدرسة إلى فكرة واحدة في بيان أساس القانون هي الصفة الوضعية للقانون، ونعني أن القانون مجموعة من الأوامر والنواهي تقرها وتفرضها السلطة العامة أو الدولة. وعليه يجب معالجة أساس سلطة القانون استناداً إلى هذه الحقيقة الواقعية وعدم تجاوزها من خلال التطلع إلى أسباب وعوامل وجودها.

وعليه فإن أساس سلطة القانون تنبع من إرادة الدولة ومشيئتها. فالدولة تضع القانون ثم تفرض على الأفراد الخضوع لأحكامه وإجبارهم على طاعته بالقوة المادية عند الاقتضاء. ولا يختلف الأمر سواء عبرت الدولة عن إرادتها بطريق القاعدة القانونية المدونة "التشريع" أو بطريق العرف المتبع، أو بتبني القواعد والأحكام الدينية.

ولا بد من الإشارة إلى أن الفكرة التي تقوم عليها المدرسة الشكلية ليست فكرة جديدة إذ كان بعض فلاسفة اليونان، يعتبرون أصل القانون هو إرادة السلطان، وقد وجد مثل هذا التفكير منذ ذلك الحين وفي جميع العصور التالية حتى وقتنا هذا.

من أبرز أنصار هذه المدرسة الألماني "هيجل" والانجليزي "أوستن" و"برودون" وغيرهم ممن وضعوا أحكاماً ومبادئ لمذاهب عرفت بأسمائهم.

1- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص٢٨٤.

وإذا كان هؤلاء الفلاسفة والفقهاء قد اتخذوا في طرح أفكارهم أشكالاً ومذاهب متعددة إلا أنهم اتفقوا جميعاً على مبدأ رد القانون إلى مشيئة الدولة.

ونعرض الآن لأهم المذاهب التي تدخل في نطاق المدرسة الشكلية.

أولاً- مذهب "هيجل":

يعتبر جورج هيجل من أبرز أنصار المدرسة الشكلية الألمان إذ يرى أن وجود الدولة يعتبر أمراً جوهرياً لوجود الجماعة المنظمة، فاستناداً لذلك، يتحتم أن تتلاشى إرادة الأفراد أمام إرادة الدولة بأن يخضع كافة الأفراد خضوعاً تاماً لمشيئتها. لأن الدولة هي أسمى تركيب من تراكيب الفكر الموضوعي إذ يبلغ الإنسان حد الكمال في التوفيق بين الصالح العام والصالح الخاص، فالدولة سيدة نفسها يخضع لها كل من يدخل في تكوينها ولا تخضع هي لإرادة أحد لا في الداخل ولا في الخارج ومن هنا يكون سلطانها سلطاناً مطلقاً[1].

وبذلك يعتبر هيجل أن أساس سلطة القانون إنما تكمن في كونه يشكل تعبيراً عن إرادة الدولة داخل الجماعة ويعبر أيضاً عن إرادتها حتى في علاقاتها مع الدول الأخرى. بحيث لا يتصور وجود قانون لا يصدر عن إرادتها أو على الأقل لا يحظى بإقرارها[2].

ثانياً- مذهب "أوستن":

يعتبر أوستن من أبرز أنصار المدرسة الشكلية الإنجليز فهو يرى أن القانون لايمكن أن يوجد إلا إذا أوجدته الدولة وكفلت احترامه بالقوة والإكراه لأن السيادة لاتكون إلا للدولة في نطاق الجماعة ويعني هذا أن القانون لا يمكن أن يوجد إلا في

1- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص٢٢٢.

2- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص٩١.

مجتمع سياسي يقوم على طبقتين: طبقة حاكمة وطبقة محكومة. ومن ثم فإن القانون لا يعدو كونه أمراً توجهه الطبقة الحاكمة إلى الطبقة المحكومة مؤيداً بالقوة والجزاء[1].

ثالثاً- مذهب الشرح على المتون:

ظهر هذا المذهب بداية في فرنسا في مطلع القرن التاسع عشر على أثر وضع القانون المدني الفرنسي أو ما يعرف بقانون نابليون. وكان من أهم اتباع هذا المذهب العديد من الفقهاء ورجال القانون أمثال "دلفنكور"، "ديرانتون"، "ماركاديه"، "تروبلونج"، والفقيه البلجيكي لوران.

فقد عمد هؤلاء وغيرهم من أنصار هذا المذهب إلى تقديس النصوص التشريعية، وتقديس إرادة المشرع استناداً إلى نظرتهم لهذه النصوص باعتبارها أعظم ثمرة للعقل البشري وخير تجسيد لعبقرية أمة عظيمة.

ورأوا في هذه النصوص نظاماً قانونياً متكاملاً، إذ تضمنت القانون بأكمله لذلك لا يبحثون عن شيء من القانون خارج النصوص وما يستنبط منها من أحكام وترتب على ذلك أن قصروا اهتمامهم على دراسة النصوص متناً متناً وكلمة كلمة، بل تقيدوا في شرح القانون وعرض موضوعاته المختلفة بترتيبها في التقنين الأساسي وبأرقامها الواردة فيه ومن هنا أتت تسمية هذا المذهب بمذهب الشرح على المتون.

تقدير المدرسة الشكلية:

تمتاز المدرسة الشكلية بالبساطة والوضوح في بيان أساس سلطة القانون إلا أنه يؤخذ عليها أنها حصرت القانون في إرادة المشرع باعتبارها المصدر الوحيد للقانون مما يعزز النزعة الاستبدادية للدولة. وبالتالي لم تقم أي وزن للمصادر الأخرى للقانون، كالقانون الطبيعي والعرف والدين وهذا الأمر يعود إلى اكتفاء أنصار المدرسة الشكلية بالنظر إلى ما يظهر في الواقع من قيام الدولة غالباً بوضع التشريع واستئثارها بفرض

1- راجع د. خالد عيد: المرجع السابق، ص٧٣.

الجزاء فيعتقد أن الدولة هي التي تخلق القانون والواقع أن وظيفة الدولة تختلف عن ذلك كل الاختلاف إذ هي مجرد أداة للتعبير عن حاجة الجماعة ومشيئتها، وهي حاجة تخضع لتأثيرات عوامل متعددة اجتماعية واقتصادية وسياسية وأخلاقية ودينية[1].

المبحث الثالث

المدرسة الواقعية

تذهب المدرسة الواقعية في تبرير وجود القانون وأساس إلزامه مذهباً يناقض تماماً ما ذهبت إليه مدرسة القانون الطبيعي. فهي ترجعه إلى قوى واقعية ملموسة، إذ ترفض فكرة المثل الأعلى الثابت والأبدي للعدل المستخلص من العقل المجرد الواجب الاحترام في كل زمان ومكان، لأن ذلك يتخطى القواعد المطبقة فعلاً، ويجعل منه بحثاً فيما وراء القانون.

على أن المدرسة الواقعية لم تقتصر على أصول واحدة في نطاق بحثها عن أساس سلطة القانون. بل اتخذت اتجاهات متعددة يمكن عرض أهمها ويتمثل ذلك في المذهبين التاليين:

المذهب الأول: يعرف بالمذهب التاريخي.

المذهب الثاني: يعرف بمذهب التضامن الاجتماعي.

ونرى ضرورة تسليط الضوء على هذين المذهبين من خلال مطلبين اثنين هما:

المطلب الأول: المذهب التاريخي

المطلب الثاني: مذهب التضامن الاجتماعي

1- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص٩٣.

المطلب الأول

المذهب التاريخي

La Doctrine Historique

ترجع أصول هذا المذهب إلى ما نادى به فلاسفة القرن الثامن عشر من أفكار أظهرت أثر البيئة في اختلاف القوانين وبالخصوص المفكر الفرنسي "مونتسكيو" في كتابه روح القوانين الذي نشر عام ١٧٤٨، فقد أكد على ضرورة أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي توضع له وفقاً للظروف التاريخية المختلفة. كما ظهرت ملامح المذهب التاريخي في كتابات المفكر الإنجليزي "بورك Burke" في أواخر القرن الثامن عشر حيث انتقد الثورة الفرنسية الكبرى وذهب إلى أنه لا يحق للأمم العريقة أن تثور على قوانينها التي تكونت فيها على مر الأيام بحكمة الأجيال السابقة، وأن تستبدل بها قوانين وليدة تصورات نظرية لم يقم أي دليل على صلاحيتها وملاءمتها للمجتمع.

كما أن الفقيه "بورتاليس" أحد واضعي التقنين المدني الفرنسي في أوائل القرن التاسع عشر. قد عبر عن ذلك حيث يقول "تتكون تقنيات الشعوب مع الزمن فهي – في الحق – لا تصنع".

غير أنه يرجع الفضل إلى الفقيه الألماني "سافيني" في وضع أسس المذهب التاريخي وتعاليمه. حيث بادر إلى معارضة فكرة تجميع القوانين، وذلك في رسالة تاريخية وضعها سنة ١٨١٤ ليرد بها على الفقيه "تيبو" الذي كان ينادي بضرورة وضع قانون مدني ألماني شبيه بالقانون المدني الفرنسي الذي وضعه "نابليون" في مطلع القرن التاسع عشر.

المبادئ التي يقوم عليها المذهب التاريخي:

١- إنكار وجود قواعد ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان أو بمعنى آخر إنكار فكرة القانون الطبيعي. فالقانون من صنع الزمن ونتائج التاريخ ذلك أنه بطبيعته لا

يعدو أن يكون وليد حاجات الجماعة، وما يتفاعل في وجدانها من عوامل ومعطيات ويترتب على ذلك أن يكون قانون الأمة كلغتها. فاللغة تولد وتتطور تلقائياً دون الحاجة إلى فقهاء النحو، الذين يتدخلون فيما بعد لضبط أصولها ومبادئها وفقاً لما استقرت عليه.

وهذا هو شأن القانون فهو نتاج فطري وغريزي من عمل الإرادة غير الواعية. والفقهاء لا يتدخلون إلا في مرحلة متأخرة بعد نشأة القانون[1].

ومن ثم فإن لكل قانون خاصيته القومية التي تميزه من قوانين الأمم الأخرى، بل إن قانون الأمة الواحدة يختلف من عصر إلى آخر تبعاً لتغير ظروف هذه الأمة.

٢- ليس القانون وليد إرادة المشرع لأن القانون في الأصل لا دخل للإرادة الإنسانية الواعية في تكوينه، أو في تطويره بل يتكون ويتطور ذاتياً وعفوياً بفعل مجموعة من القوى المستقرة في ضمير الجماعة لذلك لا تعدو مهمة المشرع عن إفراغ القواعد العرفية المستقرة في شكل قواعد قانونية تشريعية. ويعنى هذا أن وظيفة المشرع وظيفة سلبية تقتصر فقط على مراقبة تطور القانون في ضمير الجماعة والاكتفاء بتسجيل هذا التطور في نصوص تشريعية على أن يسهر على الاستمرار في مراقبة تطور القانون وتسجيل التطورات الجديدة. من هنا أنكر أنصار المذهب التاريخي فكرة تدوين القوانين، لأن من شأن ذلك أن يجمدها ويوقفها عن التطور فلا تعبر بصدق عن حاجات الجماعة.

٣- يعتبر العرف المصدر الأمثل للقانون لأنه يعبر عن تطور الجماعة ووجدانها فضلاً عن كونه يترك للقانون حرية التطور، ولا يقيده بشيء، ولذلك فهو يتقدم على

١- راجع د. شمس الدين الوكيل: نظرات في فلسفة القانون، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الثالث والرابع، السنة ١٢، مطبعة الإسكندرية، ١٩٦٥، ص٨١.

التشريع ويستطيع أن يلغيه إذا خالفه[1].

وبالرغم من أن المذهب التاريخي قد استطاع إبراز فكرة تغير القانون بتغير البيئة وبتغير الزمن، أو بمعنى آخر إظهار قابلية القواعد القانونية للتغير والتطور بفعل العوامل التاريخية والاجتماعية والاقتصادية. إلا أن تمسك أنصاره بفكرة ربط تكوين القانون وتطوره بقوى خفية لا واعية تعمل وتتفاعل في الضمير الجماعي لكل أمة أدى إلى تعرضه لمجموعة من الانتقادات لعل أهمها ما يلي:

١- إغفال دور الإرادة الإنسانية الواعية في تكوين وتطوير القانون:

يؤخذ على المذهب التاريخي إنكاره للدور الإيجابي للإرادة الإنسانية الواعية سواء أكانت هذه الإرادة هي إرادة المشرع أي السلطة التي تتولى سن القوانين، أو الأفراد أي الفئة الخاضعة لأحكام القانون. وفي هذا النطاق فإننا لا نستطيع إهمال دور المشرع في سن أو اختيار القانون بهدف إدراك غايات معينة تسعى إليها الأمة، ومن ذلك ما نراه من اتجاه المشرع في سوريا إلى حل أزمة السكن، إذ بالرغم من وجود مئات الألاف من المساكن المشيدة وبالرغم أن أكثر من نصفها شاغراً فإنه مع ذلك يحجم أي مالك عن تأجير عقاره لأنه لو أجره لاستحال عليه استعادته لذلك أراد المشرع حل أزمة السكن من خلال تشجيع المالكين على تأجير عقاراتهم فأصدر القانون رقم /٦/ لعام ٢٠٠١ حيث أعاد في الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذا القانون مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات الإيجارية.

ومن ذلك أيضاً ما نراه من اتجاه الأمم لحماية طبقات معينة تشعر بأنها بحاجة إلى حماية كطبقة العمال أو فئة الأحداث من الأشخاص، وما أشبه ذلك.

١- راجع: د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - الجزء الأول - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة السادسة - ١٩٨٧ - ص٥٣٦.

كما لا يمكن إغفال دور الأفراد في تنبيه المشرع في كثير من الأحيان إلى تبني قواعد قانونية معينة، أو تعديل القوانين القائمة، وقد قيل في هذا الصدد "إن القوانين الحسنة كالانتصارات لا تأتي وحدها"[1].

لذلك نجد أن الفقيه "ايهرنج Ihering" هاجم هذا المبدأ إذ رفض تأسيس القانون وإسناده إلى التقاليد التاريخية لأنه أراد أن يبعث الحياة في أساس القانون بالبحث عن غايته، ويرى أن القانون قوة حية ولئن كان السلم غايته فإن الكفاح وسيلته، ويصل بذلك إلى عبارته المشهورة "إن القانون هو سياسة القوة". وقد أراد "ايهرنج" من وراء ذلك إنكار النظريات التي تنسب نشأة القانون إلى قوة إلهية، أو مثل عليا عقلية مجردة، أو إلى تفاعلات خفية لا واعية. ونادى بأن القانون ينشأ بفعل الصراع بين المصالح المختلفة ويكون تعبيراً عن القوى الغالبة. ويفترض بالدولة أن تنحاز إلى القوة التي تمثل الصالح العام[2].

٢- اعتبارها العرف المصدر الأمثل للقانون وبالتالي المبالغة في إهمال التشريع:

فإذا كانت هذه النظرة تصدق في المجتمعات الإنسانية البدائية حيث تكون الحاجات متواضعة والتطور بطيء فإنها لا يمكن أن تصدق على عصرنا الحالي الذي يعتبر التشريع المصدر الأساسي للقاعدة القانونية في ظل الحاجات الاجتماعية والاقتصادية المتلاحقة والمتزامنة وبالتالي فإن الاعتماد على العرف بشكل رئيسي سيعرقل التقدم الحضاري، وعليه نرى أنه أغلب الأمم تعتبر التشريع المصدر الأساسي الأول للقانون، أما العرف فغالباً ما يأتي في المرتبة الثانية.

١- راجع د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص١١٤.

2- راجع د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص١١٠.

٣- المبالغة في الصفة القومية للقانون:

يؤخذ على هذا المذهب إنكاره لإمكانية اقتباس القوانين بين الأمم. إذ يرى أن القانون هو نتاج الضمير الشعبي لكل أمة شأنه شأن اللغة، إلا أن التجارب التاريخية أثبتت عدم صحة هذا الرأي في بعض الأحيان إذ بالرغم من تسليمنا بأهمية البيئة والظروف الخاصة بكل أمة في تكوين قوانينها إلا أن هناك قدر مشترك من الأصول والمبادئ العامة بين قوانين الأمم رغم اختلاف البيئة والزمن. إذ من المعلوم إن بعض النظم القانونية استطاعت أن تعيش في غير أرضها، وأن تحقق الغايات المرجوة منها. ونذكر في هذا الصدد نجاح القانون المدني السويسري عند تطبيقه في تركيا. أو كما حدث في مصر عندما اقتبست قانونها المدني من القانون المدني الفرنسي.

وبالرغم من هذا كله لا يجوز إنكار الدور الذي لعبه المذهب التاريخي في توضيح الصلة القائمة بين القانون والبيئة التي ينشأ فيها.

كما لا يجوز المبالغة في تصور الدور الذي تقوم به الإرادة الواعية في تكوين القانون، وإهدار دور الاعتبارات التاريخية. بل لكل منهما دوره في تكوين وتطوير القانون.

المطلب الثاني

مذهب التضامن الاجتماعي

La Doctrine de la Solidarité Sociale

يعبر مذهب التضامن الاجتماعي عن الوجه الأخر من المدرسة الواقعية، فإلى جانب الواقعية التاريخية التي عمدت إلى بناء سلطة القانون على أساس ضمير الأمة وتاريخها وتقاليدها، هناك الواقعية الاجتماعية التي تصور القانون على أساس كونه مجرد تسجيل لظواهر اجتماعية معينة نستخلص من التجربة والمشاهدة. (وتنبع هذه النظرة من فلسفة اوغست كونت ١٧٩٨-١٨٥٧) إذ تؤمن هذه الفلسفة في إطار الدراسات

القانونية بأن العبرة بالظواهر الاجتماعية التي تخضع لفكرة الحتمية. وتغض النظر عن كل بحث فيما وراء المادة، وتقف عند كل ما يمكن إدراكه إدراكاً مادياً ملموساً[1].

وقد انعكست هذه الفلسفة على معتقدات فقيه فرنسي كبير "ليون ديجي". إذ يعد هذا الفقيه رائد الواقعية الاجتماعية، وبالتالي مؤسس مذهب التضامن الاجتماعي.

ناشد ديجي بضرورة تطبيق المنهج العلمي المتبع في العلوم الطبيعية في نطاق دراسة العلوم الاجتماعية، ومنها علم القانون، لذلك أنكر عملية التسليم بأصول ومبادئ عليا تفرض فرضاً، أو يكشف عنها بطريق العقل، كقواعد القانون الطبيعي، لأن البحث فيها بحث فيما وراء القانون. بل يجب اعتماد مبدأ اليقين القائم على المشاهدة والتجربة، لأن المعرفة العلمية الصحيحة التي ينبغي أن تتوافر للقانون، كبقية العلوم، تقضي بعدم التسليم فيه إلا بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة[2].

وبالاستناد إلى هذا المنهج العلمي استطاع "ديجي" الوصول إلى بعض الحقائق العلمية التي بنى عليها مذهبه المسمى: مذهب التضامن الاجتماعي. أما الحقائق العلمية التي سجلها "ديجي" وبنى عليها مذهبه فهي الحقائق التالية:

الحقيقة الأولى:

وهي أن الإنسان كائن اجتماعي لا يستطيع أن يعيش إلا في مجتمع ويترتب على هذا أن وجود المجتمع حقيقة واقعية لا يمكن إنكارها.

الحقيقة الثانية:

إن طبيعة الحياة المشتركة داخل المجتمع تفرض على الأفراد نوعاً من التضامن الاجتماعي وهو حقيقة واقعية تتكون من عنصرين:

1- راجع د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص٨٧.

2- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص١٣١.

١- التشابه في حاجات أفراد المجتمع، أي التضامن بالتشابه، ويعني ذلك أن لأفراد المجتمع حاجات مشتركة لا يستطيعون تلبيتها إلا إذا عاشوا حياة جماعية مشتركة لا حياة عزلة وانفراد.

٢- التضامن بحكم تقسيم العمل، ويعني ذلك أن لأفراد المجتمع حاجات مختلفة لذلك ولما كانت لهم أيضاً مؤهلات وقدرات مختلفه فهم لا يستطيعون إشباع هذه الحاجات إلا عن طريق تبادل الخدمات.

وترتب على هذه الحقائق الواقعية تولد فكرة الحد الاجتماعي وبمقتضى ذلك يتوجب على الأفراد الامتناع عن القيام بكل عمل من شأنه أن يؤدي إلى المساس بالشعور بالتضامن الاجتماعي، كما يتوجب على الأفراد القيام بكل عمل يؤدي إلى ترسيخ الشعور بالتضامن الاجتماعي. ومن هنا يصل "ديجي" إلى القول بأن أية قاعدة لا تصبح قاعدة قانونية إلا عندما يتولد الشعور لدى الأفراد داخل الجماعة بأنها لازمة وضرورية للمحافظة على التضامن الاجتماعي.

وعليه فإن التضامن الاجتماعي عند "ديجي" هو الأساس الذي تبنى عليه قواعد القانون وتستمد صفتها الشرعية والإلزامية منه. وبالتالي يستقل وجود القاعدة القانونية عن إرادة الدولة وتكتسب طابعاً موضوعياً ومادياً يستخلص من شعور غالبية الأفراد بأنها ضرورية ولازمة للمحافظة على التضامن الاجتماعي[1]. وقد ترتب على إتباع المنهج العلمي التجريبي إنكار كل ما لم يثبت وجوده بدليل واقعي، لذلك تم إنكار وجود الحقوق الشخصية، وفكرة الشخصية القانونية، وفكرة السيادة، وفكرة القانون الطبيعي، وما أشبه ذلك.

غير أن "ديجي" أدرك فيما بعد عدم كفاية فكرة التضامن الاجتماعي ومقتضياتها كأساس لوجود القاعدة القانونية، لذلك حرص على أن يضيف إلى الشعور بالتضامن

١- راجع د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص٩١.

الاجتماعي، الشعور بالعدل. ولكنه دأب على التأكيد أنه لا يقصد بذلك التعبير عن مثل عليا للعدل، أو عن فكرة العدل في ذاتها، لأن هذه الفكرة تجاوز عالم الواقع المحسوس وبالتالي لا تتفق مع مذهبه القائم على مبدأ الإنكار المطلق للمثالية. بل قال إن كل فرد يشعر بذاته، أي بأن له كياناً مستقلاً عن الأفراد الآخرين وأن هذا الشعور تتولد عنه فكرة العدل التي تنبثق عن الطبيعة الإنسانية وليس عن العقل ولذلك فإن الشعور بالعدل هذا هو أمر واقعي تفرضه الحياة الاجتماعية لأن شعور كل فرد بأنه كائن فردي أي الشعور بأن له كيانه المستقل عن الأفراد الآخرين يلزمه باحترام حقوق الأخرين الخاصة وعدم الاعتداء عليها.

واستناداً لما تقدم يرى "ديجي" أن أساس سلطة القانون هو الشعور بالتضامن، لأن الإنسان كائن اجتماعي، والشعور بالعدل لأنه كائن فردي[1].

نرى أن "ديجي" كان موفقاً في تسليط الضوء على أهمية الواقع الاجتماعي في بيان أساس سلطة القانون، وعدم التسليم المطلق بالاعتبارات العقلية المجردة كأساس لسلطة القانون.

ومع التسليم بهذه المزايا إلا أنه يؤخذ على مذهب التضامن الاجتماعي ما يلي:

١- بالرغم من أن "ديجي" قد بدأ بإنكار مطلق للمثالية، واعتمد على استقراء الواقع استقراءً يقوم على أساس المشاهدة والتجربة، حيث وصل بذلك إلى تقرير حقيقة واقعية هي التضامن الاجتماعي، إلا أنها ليست الحقيقة الواقعية الوحيدة بل تقوم إلى جانبها حقيقة أخرى لا تقل شأناً عنها، وهي حقيقة التنافس نتيجة التعارض في المصالح. فإذا كان "ديجي" قد اختار فكرة التضامن الاجتماعي وحدها ليبني عليها مذهبه فإنه لم يقم بذلك استناداً إلى استقراء الواقع استقراءً أساسه المشاهدة والتجربة لأن الواقع يكشف كما أسلفنا عن وجود حقيقة أخرى هي التنافس أو

١- راجع د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص١٢٠ - ١٢١.

التعارض في المصالح. فإذا تغافل "ديجي" عن الحقيقة الثانية أو لم يقم لها وزناً، فيكون قد خالف بذلك أساس المنهج العلمي المتبع في مذهبه، وإن سجلها وقرر بأن القانون يجب أن يبنى على التضامن لا على التنازع، يكون بذلك قد قرر حقيقة أخرى يطلب منا التسليم بها دون إقامة الدليل العلمي عليها، وهو بذلك يثبت أنه لا يستطيع أن يستغني عن استلهام العقل بالإضافة إلى دراسة الواقع.

٢- إن التضامن فيه الصالح والطالح. وطالما أنه لا يمكن أن يكون "ديجي" قد أراد تأسيس سلطة القانون على أساس التضامن الطالح، فإنه بلا شك قصد التضامن في الخير والعدل كأساس للقانون. وهو بذلك يكون قد أصدر حكماً تقويمياً على التضامن دون الاكتفاء بمجرد التقرير مما يحتم بالضرورة خروجه عن دائرة الحس والمشاهدة والاختبار ودخوله دائرة العقل والتفكير حيث يمكن التقدير والتقويم.

المبحث الرابع

المذاهب المختلطة

استعرضنا فيما سبق المذاهب المثالية "مدرسة القانون الطبيعي" والمذاهب الشكلية والمذاهب الواقعية، ورأينا أن كل مذهب من هذه المذاهب بالغ في إسناد أساس القانون إلى ناحية، وأهمل في الوقت ذاته بقية النواحي وترتب على هذا الانحياز المطلق قصور أي من هذه المذاهب عن تبرير أساس سلطة القانون. واستناداً إلى ذلك حاول بعض الفقهاء تلافي القصور الذي اعترى كلاً من المذاهب السابقة من خلال إسناد أساس القانون إلى اعتبارات متعددة سواء أكانت هذه الاعتبارات مثالية مجردة، أو كانت انعكاساً لواقعية تاريخية، أو واقعية اجتماعية.

وعليه ينقسم مبحثنا هذا إلى مطلبين اثنين، نتناول في المطلب الأول مذهب العلم والصياغة عند الفقيه الكبير "جيني" ونخصص المطلب الثاني لمذهب القوى الخالقة للقانون عند الفقيه "ريبير".

المطلب الأول

مذهب العلم والصياغة

Science et technique

حاول بعض الفقهاء البحث في أساس سلطة القانون استناداً إلى منهج اصطفائي توفيقي يقوم على أساس الأخذ بعين الاعتبار لكافة الجوانب الإيجابية التي تتوافر في كل مذهب من المذاهب السابقة، ومن ثم طرح كافة الجوانب السلبية منها وفقاً لما تقتضيه طبائع الأشياء وحقائق الأمور. وهكذا نادى الفقيه الفرنسي "Geny" بضرورة التفرقة بين الجوهر والشكل في بناء القاعدة القانونية[1]. وذلك في مؤلفه الشهير الذي يقع في أربعة أجزاء صدر بين سنة ١٩١٤ وسنة ١٩٢٤ بعنوان "العلم والصياغة في القانون الوضعي الخاص".

ويرى "جيني" أن القانون يتكون من عنصرين:

العنصر الأول: الجوهر أو المادة الأولية للقاعدة القانونية وهذه يمكن الوقوف عليها بالاستناد إلى العلم.

العنصر الثاني: الشكل: ويراد به صياغة الجوهر صياغة عامة مجردة قابلة للتطبيق على الحالات الفردية الحاضرة والمستقبلية.

وبالاستناد إلى هذه التفرقة سمي مذهب جيني "مذهب العلم والصياغة".

وطالما أننا بصدد البحث في أساس سلطة القانون فإن ما يهمنا من مذهب العلم والصياغة هو عنصر العلم فقط. ولا بد من الإشارة هنا إلى أن "جيني" لا يقصد المعنى الضيق لاصطلاح العلم وهو المفهوم الذي نادت به المدرسة الواقعية أي المفهوم القائم على أساس المعرفة اليقينية المستندة إلى المشاهدة والتجربة، بل يقصد به المفهوم الواسع

١- راجع د. خالد عيد: المرجع السابق، ص٩٩.

والذي يشمل أنواع المعرفة كافة سواء كانت معرفة حسية تجريبية، أو معرفة عقلية تأملية، وبذلك يستخلص "جيني" القانون من أصول عقلية ومثالية وطبيعية وتاريخية حيث يرى أن أسس القاعدة القانونية إنما تقوم على حقائق أربعة:

١- **الحقائق الواقعية أو الطبيعية:** Les données réelles ou naturelles

وتتكون من مجموعة الظروف والأوضاع التي تحيط بالواقع الذي يعيش فيه الأفراد في الجماعة. وهذه الظروف والأوضاع متنوعة، فقد تكون مادية أو طبيعية مثل عامل المناخ والتربة والتكوين الطبيعي للإنسان. وقد تكون معنوية كالحالة النفسية للأفراد وميولهم الأخلاقية وشعورهم الديني، وما أشبه ذلك.

كما يدخل في نطاقها كافة العوامل الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وبالرغم من أن هذه الحقائق لا تخلق القاعدة القانونية مباشرة إلا أنه لا بد من أخذها بعين الاعتبار عند البحث في جوهر وأصل القانون لأن القاعدة القانونية توجد لتنظيم العلاقات القانونية التي تنشأ في هذه الظروف[1].

ويضرب "جيني" مثلاً على الحقائق الواقعية أو الطبيعية بوجود جنسين من البشر، ذكر وأنثى، وإمكانية ارتباطهما ارتباطاً من نوع خاص ويعتبر ذلك من قبيل الحقائق الواقعية، وإذا كانت هذه الحقيقة لا تكفي لوحدها لتحديد قواعد هذا الارتباط - أي الزواج - فهي على الأقل تكشف عن فكرته، وتبين مثلاً أن عقد الزواج أياً كانت القواعد التي تحكمه لا يمكن أن يتم إلا وفقاً للحقائق الطبيعية بين كائنين من جنس واحد. وأيضاً في الاختلاف العضوي والنفسي بين الذكر والأنثى يؤدي إلى اختلاف في المركز القانوني لكل من الزوج والزوجة وهو اختلاف تؤثر فيه اعتبارات اقتصادية واجتماعية خاصة بالبيئة الاجتماعية.

١- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص٥٥٥.

وهذه الحقائق أو الاعتبارات الواقعية أو الطبيعية يمكن إدراكها إدراكاً يقنياً قائماً على أساس المشاهدة والتجربة، ومن ثم تعتبر حقائق علمية وفقاً للمفهوم الضيق للعلم.

وإذا كانت هذه الحقائق لا تخلق بذاتها القاعدة القانونية إلا أنها تعتبر حتماً من الشروط الأساسية لنشأتها، وبالخصوص بالنسبة لبعض النظم القانونية التي تقوم على مقتضيات واقعية مثل نظرية الإثبات[1].

٢- **الحقائق التاريخية:** Les données historiques

وتشمل مجموعة المبادئ والقواعد التي تكونت عبر الزمن وثبت صلاحيتها واحترامها في تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع حيث تشكل إرثاً من النظم القانونية لا يمكن إغفال دورها في تكوين القاعدة القانونية وتطورها بل أنها تخلق نوعاً من التنظيم تتولى التعبير عنه بوسائل فنية مثل العرف أو التشريع.

والحقائق التاريخية تتضمن قواعد إيجابية أي تتكون من قواعد جاهزة لتكوين القاعدة القانونية تكويناً علمياً. وتصلح لتوجيه نشاط الأفراد في المجتمع بخلاف الحقائق الواقعية التي تتضمن عناصر مادية سلبية لا تنهض وحدها بعبء تكوين القاعدة القانونية.

فالرابطة بين الذكر والأنثى استقرت بطريق الزواج في شكل نظام محكم وخاضع لرقابة اجتماعية سواء أكانت دينية، أو مدنية. وبالتالي اكتسبت الصفة الشرعية، ولا شك أن هذا النظام، استقر نتيجة لعامل الزمن والإرث التاريخي إضافة إلى الحقائق الواقعية. والحقائق التاريخية هي حقائق علمية بالمعنى الصحيح فالتاريخ ليس سوى التجربة التي مرت بها الإنسانية والتي يمكن معرفتها من خلال الاستقراء والمشاهدة والتسجيل.

١- راجع د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص١١٩-١٢٠.

٣- **الحقائق العقلية:** Les données rationnelles

وتشمل مجموعة المبادئ التي يستنبطها العقل من الحقائق الواقعية والتاريخية. فهي قواعد سلوك يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان ولكي نحتفظ هذه الحقائق بدورها وأهميتها في تكوين القاعدة القانونية ينبغي أن نقتصر على ما يراه العقل مفروضاً حسب طبيعة الإنسان، أو بعبارة أخرى ألا تنصرف هذه الحقائق إلى المبادئ التي توحي بها نزاعات مثالية، ولذلك تكتسب صفة العالمية والخلود.

وهكذا تقتصر الحقائق العقلية عند "جيني" على ما يستخلصه العقل من قواعد تفرضها طبيعة الإنسان واتصاله بالناس في المجتمع دون أن تشمل المبادئ المثالية.

ومن ثم تعتبر هذه الحقائق حقائق علمية بالمفهوم الواسع لمعنى العلم، ولذلك قيل بأن الحقائق العقلية تتضمن المبادئ الضرورية فقط دون المبادئ الكمالية.

وعليه إذا رجعنا لمثالنا السابق حول الزواج لوجدنا أن العقل يفترض أن تكون الرابطة الزوجية رابطة مستقرة وثابتة، وأن تنشأ عن التراضي والاتفاق بقصد سيطرة الإنسان على أهوائه ونزواته وما قد ينشأ عن الزواج من أولاد. أما ما يجاوز ذلك فيدخل في إطار الحقائق المثالية كفكرة وحدة الزواج وعدم تعدده، وتحريم الزواج من بعض الأقارب كالأصول والفروع.

واستناداً إلى ذلك يرى "جيني" أن هذه الحقائق تحتل المكانة البارزة بين الحقائق الأربع التي تشكل جوهر القاعدة القانونية.

٤- **الحقائق المثالية:** Les données idéales

وتتضمن المبادئ التي يقرها الشعور العام والمدنية القائمة في المجتمع بهدف الوصول إلى الكمال في تنظيم العلاقات القانونية. فهي تعبر عن رغبات ونزعات مثالية بحتة لا تحتوي على حقائق واقعية ولا على قواعد عقلية مفروضة، كما لا تعبر عن إرث تاريخي مكتسب. لذلك لا تعدو أن تكون مجرد رغبات وآمال، أو مجرد غايات يطمح

المجتمع ويعمل على تحقيقها. وهذه الغاية، أو الرغبة، أو الأمل، إنما تتمثل في نزعة المجتمع نحو التقدم والسمو من خلال تحقيق بعض المبادئ الكمالية زيادة على ما يفرضه العقل من مبادئ ضرورية[1]. فعلى سبيل المثال لا تعبر فكرة أبدية الزواج وعدم انفصامه بالطلاق عن قواعد عقلية مفروضة، فالعقل لا ينفي فكرة الطلاق، ولكن النزعة إلى الكمال في تنظيم الروابط القانونية تقضي دوام الرابطة الزوجية وعدم انفصامها بالطلاق. ويلفت "جيني" النظر إلى الدور الذي تلعبه الحقائق المثالية في تكملة الحقائق العقلية أو حتى أحياناً التخفيف من قسوة النتائج التي قد يفرضها العقل بحيث تضفي على الحقائق العقلية نوعاً من الكمال والسمو، وتجعلها أكثر قرباً من العدالة. وبذلك تسهم في تطوير القاعدة القانونية ومن قبيل ذلك ما يقضي به العقل، بأن أساس التعويض عن الضرر هو ثبوت الخطأ في جانب محدث الضرر. وهذا المبدأ من الحقائق العقلية، لكنه قد يؤدي في بعض الحالات إلى نتائج ظالمة، إذ مع انتشار الصناعة واستخدام الآلات، كثرت إصابات العمل، وكان من المتعذر على العمال في أغلب الأحيان إثبات الخطأ من جانب صاحب العمل، وترتب على ذلك عدم تمكن العمال من الحصول على تعويض عما يلحقهم من إصابات. لذلك اتجه الفكر القانوني المعاصر إلى إقامة التعويض في هذه الحالة على أساس الخطأ المفترض لكي يضمن حصول العمال على تعويض عن الإصابات دون أن يتطلب منهم ذلك إثبات الخطأ من جانب صاحب العمل. وفي ذلك تأثير للفكر المثالي على الحقائق العقلية[2].

وطالما أن هذه الحقائق لا تفرضها ضرورات عقلية بحتة، فهي لا تكتسب صفة العالمية أو الخلود. بل أنها قد تختلف بتنوع البيئة واختلاف الزمن، ويبدو أن إيجابية مذهب العلم والصياغة إنما تكمن في اعتداله وعدم مغالاته إذ جمع في مبادئه بين المثالية والواقعية في بحثه عن أساس سلطة القانون. فقد سلم بوجود حقائق واقعية وتاريخيه

1- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص١٤٧.

2- راجع د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص١٣٠.

تستقى منها القواعد القانونية. ولكنه جعل الأفضلية للحقائق العقلية دون إغفال التأثر بالنزاعات المثالية التي تنحو بالقاعدة القانونية نحو السمو والكمال.

إلا أنه يؤخذ على هذا المذهب أنه جعل القانون كنتيجة لحقائق علمية، واختزل أيضاً عملية الفن التشريعي في الصياغة فقط، في حين أن نشوء القانون يقتضي أشياء أخرى غير الحقائق العلمية.

المطلب الثاني

مذهب القوى الخالقة للقانون

يعتبر الفقيه الفرنسي "ريبير" مؤسس هذا المذهب. إذ يرى أنه من غير الصواب العمل على تبرير النظم القانونية القائمة من خلال إسنادها إلى مذهب فلسفي معين، لأن من لا يقتنع بجدوى الأنظمة القائمة سيعمل حتماً إلى زعزعة الأسس الفلسفية التي تبررها. وهذا ما حدث بالنسبة لنظرية القانون الطبيعي.

وقد انتقد "ريبير" فكرة القانون الطبيعي القائم على أصول ثابتة وأبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان. ولكنه في الوقت ذاته آمن بفكرة دوام القانون واستقراره.

ويضيف هذا الفقيه أنه ما دامت الجماعة تعيش في ظل قانون مستقر مستوحى من تقاليد وأعراف أثبت التاريخ وجودها وصلاحيتها، وما دام هذا القانون يحظى بتأييد وحماية سلطة سياسية مستقرة، فإن أفراد الجماعة، أو المجتمع، لا يرون ضرورة لتبرير فكرة وجود القانون واستقراره استناداً إلى مذهب فلسفي معين، إذ هم مقتنعون أن هذا القانون لا يجوز المساس به لأنه يعبر عن فكرة العدل.

ويرى الفقيه "ريبير" بأننا لسنا في حاجة إلى فكر فلسفي لتبرير الطبيعة الثابتة للقانون. ذلك لأن اختصاص القانون وأوصافه، وليس أصله وأساسه هي التي تعطيه صفة الدوام والاستقرار.

غير أنه إذ كانت صفة الدوام من طبيعة القانون فيجب ألا يعني ذلك بأن القانون أبدي أو أزلي. لأن الأزلية تفيد الجمود أما الدوام فيفيد الاستقرار. وهذه الصفة لا غنى عنها لكل قواعد القانون ولذلك هاجم "ريبير" مذهب القانون الطبيعي كما ذكرنا لأن هذا الأخير يصر على صفة الجمود في قواعد القانون.

ويرى ريبير أن رواج فكرة القانون الطبيعي بعد الثورة الفرنسية قصد بها حماية القواعد المستخدمة في القانون المدني. إذ استخدم أداة لإبراز قيمة القواعد التي تقررت في القانون الوضعي وبذلك أكسبوا هذه القواعد نوعاً من القداسة. وانتهوا إلى عدم جواز تغيير أو تعديل نظم القانون المدني المطابقة للقانون الطبيعي المستخلص من العقل[1].

كما رفض "ريبير" فكرة الحتمية الاقتصادية والاجتماعية في إنشاء وتطور قواعد القانون. ويرى أن القانون إنما ينشأ من إرادة الإنسان، فهو ليس خاضعاً لحقيقة ثابتة، وإنما هو إنشاء وصناعة. ولعل أكبر دليل على أن قواعد القانون إنما هي من صنع إرادة المشرع وفقاً للبيئة المحيطة بكل دولة ذلك التنوع الذي نراه في النظم القانونية حتى بين الدول ذات الحضارة المشتركة فكل شعب له القانون الذي يصنعه لنفسه أو القانون الذي يستحقه.

فالقوى الخالقة للقانون عند "ريبير" ليست سلطة سماوية ولا عقل إنساني محض، ولكنه وليد القوة. ويقصد بالقوة هنا القوة الاجتماعية التي تكافح في سبيل نشأة القانون. فهناك مجموعة من الإرادات الفردية تتحد في الجماعة في وقت معين لتفرض على سائر أعضاء الجماعة مراعاة قواعد معينة.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أهمية مذهب "ريبير" في التأكيد على أن القانون ظاهرة حية تعيش في الجماعة وبذلك يتصف مذهبه بالقرب من الواقع، ولكنه لم

1- راجع د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص١٣١-١٣٢.

الواقع المجرد بل الواقع المتأثر بالغايات الأخلاقية.

كما أنه لابد من الإشارة إلى أن مذهب ريبير يفترض بداهة انقضاء العصر الذي كان القانون فيه تعبيراً هادئاً عن مشاعر الجماعة بواسطة العرف. فمنذ أن أخذت الدولة ممثلة بسلطتها التشريعية سن القواعد القانونية تراجع دور العرف بعد أن كان يحتل مركز الصدارة بين مصادر القانون. وعندئذ لم يعد من الممكن تأسيس القواعد القانونية التشريعية إلا بالوقوف على الصراع الذي يسبق خروجها إلى عالم القانون ومن هنا يتوجب علينا دراسة أساس كل قانون على حدة.

ويؤخذ على مذهب ريبير استسلامه لفكرة الصراع الذي يقوم في الجماعة من أجل نشأة القاعدة القانونية. إذ مهما يكن من أمر اعتداده بالقيم الخلقية والفكرية بين القوى المتصارعة فهو يقنع في النهاية بالنظر إلى القانون كما هو كائن، دون أن يعبأ بما ينبغي أن يكون.

ويرى البعض أنه رغم صدق الواقعية التي آمن بها ريبير، فهي لا تكفي لتأسيس القانون، بل وأنها لا تصلح وحدها لحماية الإنسان في الجماعة[1].

1- راجع د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص١٣٣ وما بعدها.

الباب الثاني

مصادر القانون

Les Sources Du Droit

يفرق الفقهاء بين معنيين لكلمة مصدر، فهناك المصدر المادي للقانون وهناك المصدر الرسمي له.

١- المصدر المادي: ويقصد به مجموعة العناصر والعوامل التاريخية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية التي تساهم في تكوين مضمون القاعدة القانونية، أي التي تبلور حلاً معيناً دون غيره، لمشكلة اجتماعية معينة، أي التي تعطي حكماً معيناً وبصورة معينة لغرض معين[1].

٢- المصدر الرسمي: ويقصد به الأصل الذي تستمد منه القاعدة القانونية قوتها الإلزامية.

وفقاً لما سبق يتضح لنا أن دراسة المصدر المادي يتجاوز علم القانون، أي يتجاوز نطاق الدراسات القانونية المحضة لكي يدخل في نطاق مختلف العلوم الاجتماعية الأخرى كعلم الاجتماع وعلم الاقتصاد وعلم السياسة وعلم السكان... الخ.

لهذا سنقتصر في دراستنا على المصادر الرسمية للقاعدة القانونية وبالذات المصادر الرسمية للقانون السوري.

كما أنه لابد من التنويه أن تعدد المصادر الرسمية يكون فقط بصدد التصرفات والمعاملات المدنية والتجارية. أما في نطاق القانون الجزائي فليس لدينا سوى مصدر

١- راجع: د. نعمان جمعة: المرجع السابق، ص ١٤٩.

رسمي وحيد هو التشريع عملاً بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني أي بنص تشريعي.

إن المادة الأولى من القانون المدني السوري حددت بجلاء المصادر الرسمية للقاعدة القانونية. إذ نصت على أنه:

١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها.

٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

كما تقوم إلى جانب هذه المصادر الرسمية مصادر أخرى تفسيرية هي الاجتهاد القضائي وآراء الفقهاء.

وعليه ينقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول هي:

الفصل الأول: المصدر الرسمي الأصلي "التشريع"

الفصل الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية

الفصل الثالث: المصادر التفسيرية

الفصل الأول

المصدر الرسمي الأصلي « التشريع»

LA LOI

يحتل التشريع المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية، إذ يعد المصدر الأصلي للقاعدة القانونية. ويراد من ذلك أنه يتعين على القاضي أن يلجأ إلى التشريع أولاً للوصول إلى القاعدة القانونية التي تطبق على النزاع المعروض أمامه، ولا يجوز له أن يعدل عنه إلى مصدر آخر إلا إذا لم يجد نصاً في التشريع يحكم النزاع، أو إذا أحل التشريع ذاته على مصدر آخر. مثال الحالة الأخيرة ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة /٤٢٦/ ق.م.س: "لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري، أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغيره".

فالتشريع بالمعنى المقصود هنا[1]، هو مجموعة القواعد القانونية الصادرة في وثيقة رسمية مكتوبة، عن سلطة عامة مختصة، وفقاً لإجراءات معينة.

استناداً إلى هذا التعريف نرى ضرورة بيان خصائص التشريع وكيفية سنه ونفاذه وأنواعه وأسس الرقابة على مشروعيته.

وعليه ينقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة:

المبحث الأول: مزايا التشريع وعيوبه

1- نجد في بعض المؤلفات استعمال مصطلح التقنين وهو صورة خاصة من صور التشريع يقصد بـه جمـع النصوص التشريعية المتعلقة بفرع من فروع القانون في مدونة أو مجموعة واحدة وإيرادها في صـورة مواد تحمل أرقاما متسلسلة غير أن التسمية السائدة هي لفظ القانون. فيقال مثلاً القانون المدني وقـانون الأحوال الشخصية والقانون التجاري، وما أشبه ذلك.

المبحث الثاني: سن التشريع وإلغاؤه

المبحث الثالث: الرقابة على صحة التشريع

المبحث الأول

مزايا التشريع وعيوبه

يتضح لنا مما تقدم أن التشريع يحتل مركز الصدارة بين مصادر القاعدة القانونية في معظم الأنظمة القانونية الحديثة. والواقع أن هذه المكانة التي يحتلها التشريع إنما ترجع إلى مجموعة من العوامل لعل أهمها ما يلي:

١- وجود سلطة مركزية قوية تمتلك سلطة التشريع في كافة أنحاء الدولة. إذ مع اتساع رقعة الدولة وازدياد عدد سكانها تظهر الحاجة إلى وجود سلطة واحدة تتولى عملية سن القوانين. وهذا ما ظهر جلياً منذ عهد حمورابي عندما لجأ إلى تدوين القانون وإصدار مدونته المشهورة بهدف توحيد القانون الواجب التطبيق بعد أن وحد دويلات بلاد ما بين النهرين في دولة واحدة هي الدولة البابلية.

٢- اعتماد مبدأ الفصل بين السلطات في الأنظمة القانونية الحديثة وما يترتب على احترام هذا المبدأ من ضرورة وجود سلطة مختصة تتولى مهمة التشريع في الدولة.

٣- انتشار النزعة التدخلية التي تفترض ضرورة تدخل الدولة في شؤون الأفراد ونشاطاتهم المختلفة حماية للمصلحة العامة. ولا شك أن وسيلة الدولة في التدخل تكون بطريق التشريع، وهذا مما يساعد بطبيعة الحال على تزايد النصوص التشريعية وانتشارها.

بالإضافة إلى هذه العوامل التي أدت إلى تدعيم مركز التشريع بين مصادر القانون المختلفة فإن أهمية التشريع تستند إلى ما يتمتع به من مزايا تميزه من بقية مصادر القاعدة القانونية يمكن تحديدها فيما يلي:

١- التشريع يضع قاعدة قانونية: يتضمن التشريع مجموعة من القواعد القانونية التي تتصف بصفة العموم والتجريد تستهدف تنظيم السلوك الإنساني وفقاً لغايات وأهداف النظام القانوني النافذ في المجتمع.

ومن هنا جرى الفقهاء على التمييز بين التشريع بالمعنى الشكلي والتشريع بالمعنى الموضوعي. فكل حكم أو قرار يصدر في صيغة مكتوبة عن السلطة التشريعية يعتبر تشريعاً من الناحية الشكلية ولو لم تتوافر فيه صفة العموم والتجريد. إلا أنه لا يعتبر تشريعاً من الناحية الموضوعية كل حكم أو قرار تخلفت فيه صفة العموم والتجريد حتى ولو كان هذا الحكم أو القرار صادراً عن السلطة التشريعية. ويعني هذا أن التشريع لا يعتبر مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية إلا إذا توافرت فيه الصفة الشكلية والصفة الموضوعية للتشريع.

فمثلاً لو صدر قرار عن مجلس الشعب يقضي بالموافقة على قرض تعقده الحكومة أو يقضي بالموافقة على الحساب الختامي لميزانية الدولة أو يصدر تشريع عن مجلس الشعب بإعطاء وسام تقدير لشخص معين بالذات أو إعلان الحداد الوطني لوفاة شخص أدى خدمات كبيرة للوطن أو منح امتياز التنقيب عن النفط لشركة من الشركات الأجنبية أو ما أشبه ذلك، فإن هذه القرارات بالرغم من صدورها عن السلطة التشريعية وبالرغم من إطلاق لفظ القانون عليها لصدورها من السلطة التشريعية فإنها لا تعتبر تشريعاً من الناحية الموضوعية وبالتالي لا تتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة. ولا تعتبر كمصدر رسمي من مصادر القاعدة القانونية[1].

٢- إصدار القواعد القانونية التشريعية في نصوص مكتوبة، لذلك تأتي القاعدة التشريعية واضحة بتوفر لها من التحديد والضبط ما يكفل تحقيق الاستقرار والطمأنينة في المجتمع. حيث يراعى أن كل فرد من أفراد المجتمع يستطيع معرفة ماله

١- راجع د. خالد عيد: المرجع السابق، ص١١٤.

من حقوق وما عليه من واجبات. كما تؤدي عملية الضبط والتحديد في النصوص التشريعية إلى التزام القضاة بأحكامها، لذلك تبقى حقوق وحريات الأفراد بمنأى عن التأثر بأهواء القضاة ومصالحهم الخاصة.

ويعتبر صدور التشريع في وثيقة مكتوبة الصفة الأهم التي تميز التشريع عن غيره من المصادر الأخرى. إذ تسمح هذه الصفة بإعطاء التشريع اسماً خاصاً هو النص أو النصوص. ولا يوجد مصدر من مصادر القانون يمكن التعبير عنه باصطلاح النصوص غير التشريع حتى أن بعض الفقهاء أمثال الفقيه "كاربونييه" يقترح استخدام اصطلاح النصوص بدلاً من اصطلاح التشريع[1].

٣- سهولة سن التشريع وسهولة تعديله أو إلغائه: وهذه الميزة تمكن المشرع من تعديله أو إلغائه كلما دعت الضرورة أو الأوضاع الجديدة إلى ذلك بإصدار قواعد قانونية جديدة أو معدلة بما ينسجم مع الواقع الجديد. وهذه الميزة هي التي تميز التشريع عن العرف الذي يعتبر مصدراً بطيئاً، يدخل الزمن كعنصر أساسي سواء في تكوينه أو تعديله أو إلغائه.

٤- سهولة إثبات وبيان تاريخ إلغائه: يرد التشريع في وثيقة رسمية مكتوبة لذلك يسهل التحقيق من وجوده أو تحديد تاريخ بدء نفاذه أو تاريخ إلغائه فتسود الطمأنينة والأمن في المجتمع وتستقر المعاملات بين الأفراد وهذا على خلاف العرف الذي يعتبر عادة درج الناس على التعامل بها أو فكرة تستقر في الأذهان دون أن تأتي في صيغة مكتوبة ويترتب على ذلك صعوبة في إثبات وجوده، كما قد يثور النزاع حول تاريخ تكوينه أو انتهائه مما يؤدي إلى الدخول في الفوضى وعدم الاستقرار في المعاملات[2].

1- راجع د. سمير السيد تناغو: المرجع السابق، ص٢٩٨.

2- راجع د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص٢٠١.

٥- التشريع وسيلة لتحقيق وحدة القانون في الدولة: يعد التشريع الوسيلة الفعالة، وأيسر السبل لضمان وحدة القانون في الدولة الذي يعد ركيزة أساسية من ركائز وحدة الدولة، ذلك لأنه يضع قواعد تطبق على أفراد المجتمع كافة في شتى أنحاء الدولة.

وهذا بخلاف القواعد القانونية العرفية التي قد تختلف من منطقة إلى أخرى داخل الدولة الواحدة.

وبالرغم من هذه المزايا التي تبرر تبوأ التشريع مركز الصدارة بين مصادر القانون المختلفة إلا أنه لا يمكن تجاهل عيوبه التالية:

١- يعاب على التشريع أنه إذا كانت صياغته في نصوص مكتوبة تؤدي إلى وضوحه واستقراره إلا أنها تؤدي من ناحية أخرى إلى جموده، فيصبح غير قادر على مواكبة التطور طالما أنه يضع القواعد القانونية في نصوص مكتوبة ثابتة ومستقرة. بخلاف العرف الذي يتصف بالمرونة ومسايرة حاجات الأفراد.

٢- ويعاب على التشريع أيضاً أنه قد يأتي قاصراً عن تلبية حاجات الأفراد في المجتمع طالما أنه يوضع من قبل سلطة مختصة قد لا توفق في تحديد ظروف المجتمع وتقدير حاجاته. بخلاف العرف الذي ينشأ في ضمير الجماعة من تعامل الأفراد وحسب ما تقتضيه حاجاتهم وظروفهم.

ويلاحظ أن هذه العيوب بالرغم من صحتها إلا أنها لا تنل من مركز الصدارة التي يحتلها التشريع استناداً لمزاياه السابقة.

المبحث الثاني

سن التشريع والغاؤه

إن الدولة هي المختصة في سن التشريعات وإلغائها، إلا أن الهيئات التي تملك هذه الصلاحية تختلف باختلاف شكل الحكم في الدولة وباختلاف النظام الأساسي

للسلطات العامة فيها.

ونرى ضرورة تسليط الضوء على هذه الموضوعات من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: سن التشريع

المطلب الثاني: إلغاء التشريع

المطلب الأول

سن التشريع

تختلف طريقة سن التشريع باختلاف نوعه، إذ تتعدد أنواع التشريعات وتتفاوت أهميتها تبعاً لأهمية الموضوعات التي تتناولها. وهكذا يمكن التمييز بين ثلاثة أنواع هي: التشريع الأساسي "الدستور"، والتشريع العادي، والتشريع الفرعي.

سنبحث كل نوع من هذه التشريعات، فنبين السلطة المختصة بسنها، والأسلوب المتبع في ذلك.

أولاً- التشريع الأساسي "الدستور":

يعتبر الدستور التشريع الأسمى، لأن النظام القانوني في الدولة إنما يقوم بكامله عليه. فهو المصدر القانوني لجميع السلطات والاختصاصات.

كما أنه يعتبر أساساً لأي نشاط تقوم به الدولة. وما دام الدستور هو المصدر القانوني لجميع السلطات والاختصاصات، أضحى من الطبيعي أن يكون أعلى مرتبة من كافة الهيئات المكلفة بممارسة هذه السلطات والاختصاصات، وبالتالي فهي لا تملك أن تخالف أحكام الدستور بدون أن تهدم الأساس القانوني لاختصاصاتها وسلطاتها[1].

1- راجع د. خالد عيد: المرجع السابق، ص١١٩.

والواقع إن أهمية قواعد القانون الدستوري تقتضي منا دراسة السلطة المختصة بسنه والأسلوب المتبع في ذلك.

أ- السلطة المختصة بسن الدستور:

إن وضع الدستور يفترض وجود هيئة أو سلطة تأسيسية أصلية مستقلة عن السلطات العامة في الدولة[1]، تتولى مهمة سن الدستور وتظهر هذه السلطة عندما لا يوجد دستور أصلاً (قيام دولة جديدة)، أو لم يعد من وجود للدستور (نتيجة ثورة أو انقلاب)[2].

وأياً كان الأسلوب المتبع في سن الدستور فهو بالتأكيد عمل إرادي يفترض وجود سلطة تأسيسية أصلية متمثلة في الحاكم المطلق، أو في الحاكم والشعب، أو في الشعب وحده، تملك مطلق الحرية في مهمتها في سن الدستور ووضع أحكامه، دون الالتزام بأية نصوص أو قواعد مسبقة[3].

ب- أساليب سن الدستور:

تختلف الأساليب المتبعة في سن الدستور باختلاف أنظمة الحكم والظروف والأوضاع السياسية التي يسن فيها. وهكذا يمكن التمييز بين نوعين من الأساليب المتبعة في سن الدستور:

١- الأسلوب غير الديمقراطي: ويتم في صورتين: إحداهما تتمثل في أن يسن الدستور بطريق المنحة من الحاكم إلى شعبه، أو أن يأتي الدستور في صورة عقد، أو اتفاق بين

1- يطلق على هذه الهيئة اصطلاح هيئة تأسيسية أصلية تمييزاً لها عن الهيئة التأسيسية المحدثة والتي تقوم عادة بتعديل أحكام معينة من دستور نافذ لذلك تتولى مهمتها وفقاً لأحكام هذا الدستور.

2- راجع د. كمال الغالي: مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق ١٩٩٠، ص١٣٧.

3- راجع د. سام دله: مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب ٢٠٠٢، ص٦٥.

الحاكم وشعبه وهي الصورة الثانية للأسلوب غير الديمقراطي.

٢- الأسلوب الديمقراطي: ويتم في صورتين أيضاً، إحداهما بواسطة هيئة منتخبة من قبل الشعب تقتصر مهمتها على سن الدستور وتسمى الجمعية التأسيسية، أو المجلس التأسيسي. أما الصورة الثانية فتتم بطريق التصويت الشعبي المباشر على مشروع موضوع من قبل هيئة أو لجنة خاصة. ومثالها الدستور السوري الدائم لعام ١٩٧٣.

ثانياً- التشريع العادي:

ويقصد به ما تسنه السلطة التشريعية في الدولة من قواعد في حدود اختصاصها المبين في الدستور. وهذا التشريع يلي التشريع الدستوري في المرتبة.

السلطة المختصة بسن التشريع العادي:

إن سن التشريع العادي هو من اختصاص السلطة التشريعية التي يمثلها غالباً مجلس منتخب وهو ما يطلق عليه في سورية اسم مجلس الشعب. على أنه إذا كان الأصل هو أن تقوم السلطة التشريعية بسن التشريع العادي إلا أن الدساتير تنص عادة على اشتراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية في هذه المهمة بما تعطيه من حق اقتراح القوانين أو الاعتراض عليها أو إصدارها.

ففي فرنسا يتمتع رئيس الجمهورية باختصاصات ذات طبيعة تشريعية في ظل دستور الجمهورية الخامسة لعام ١٩٥٨ فهو يتمتع بهذه السلطة بالنسبة للمستعمرات الفرنسية كما أنه يمارسها استثناءً عن طريق الاستفتاء الشعبي، ومن أجل معالجة الظروف الطارئة التي تهدد المؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضي الجمهورية أو تنفيذ التعهدات الدولية[1].

١- راجع د. عبد الله طلبه: مبادئ القانون الإداري، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية في جامعة حلب، ١٩٨٨، ص١٦٣.

أما في مصر فيستطيع رئيس الجمهورية أن يباشر سلطة التشريع وفقاً لأحكام المادة /١٤٧/ من الدستور المصري لعام ١٩٧١ إذ نصت على أنه إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون.

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار الرأي بذلك وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة النفاذ إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر.

أما في سوريا فقد أعطى الدستور السوري النافذ لعام ١٩٧٣ لرئيس الجمهورية صلاحية المشاركة في العمل التشريعي في عدة حالات هي:

الحالة الأولى: يتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع خارج انعقاد دورات مجلس الشعب على أن تعرض جميع التشريعات التي يصدرها على المجلس في أول دورة انعقاد له.

الحالة الثانية: يتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع أثناء انعقاد دورات المجلس، إذا استدعت ذلك الضرورة القصوى المتعلقة بمصالح البلاد القومية أو بمقتضيات الأمن القومي على أن تعرض هذه التشريعات على المجلس في أول جلسة له.

ولمجلس الشعب في الحالتين السابقتين حق إلغاء أو تعديل هذه التشريعات وذلك بأكثرية ثلثي أعضائه المسجلين لحضور الجلسة على ألاّ يقل عن أكثرية أعضائه المطلقة. دون أن يكون لهذا التعديل أو الإلغاء أثر رجعي وإذا لم يلغها المجلس، أو يعدلها اعتبرت

مقرة حكماً ولا حاجة لإجراء التصويت عليها.

الحالة الثالثة: يتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع في المدة الفاصلة بين ولايتي مجلسين ولا تعرض هذه التشريعات على مجلس الشعب ويكون حكمها في التعديل أو الإلغاء حكم التشريعات العادية النافذة.

الحالة الرابعة: لرئيس الجمهورية إصدار التشريع بالعفو الخاص وإعادة الاعتبار.

الحالة الخامسة: لرئيس الجمهورية استفتاء الشعب في القضايا الهامة التي تتصل بمصالح البلاد وبالطبع يمكنه استفتاء الشعب على نصوص قانونية كما أنه يستطيع في حال قام خطر جسيم يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة البلاد أو استقلال أرض الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن مباشرة مهامها الدستورية أن يتخذ كل الإجراءات السريعة التي تقتضيها هذه الظروف لمواجهة الخطر.

وهذه الاختصاصات جميعها يمارسها رئيس الجمهورية عن طريق إصدار مراسيم تشريعية[1].

ونعرض الآن الخطوات التي يجب أن تتخذ حتى يصبح التشريع العادي نافذاً وملزماً.

١- الاقتراح: La proposition

يعد اقتراح التشريع المرحلة الأولى من مراحل سنه وتتم هذه المرحلة بوضع مشروع لقواعد قانونية يعرض على مجلس الشعب للنظر في إقراره. ويلاحظ أن حق اقتراح التشريع العادي إنما يثبت بموجب أحكام المادة /١١٠/ من الدستور لرئيس الجمهورية.

ويسمى الاقتراح الذي يتقدم به رئيس الجمهورية "مشروع قانون":

١- راجع د. عبد الله طلبة: المرجع السابق، ص١٦٧-١٦٨.

كما يثبت هذا الحق لأعضاء مجلس الشعب بمقتضى أحكام المادة /٧٠/ من الدستور السوري النافذ. واشترطت المادة /٩٧/ من النظام الداخلي لمجلس الشعب أن يقدم الاقتراح من قبل /١٠/ أعضاء على لأقل. ويعني هذا ضرورة أن يقدم الاقتراح بقانون من /١٠/ أعضاء على الأقل أو يقدم من أحد الأعضاء ويؤيد الاقتراح من /١٠/ أعضاء على الأقل. ويجب أن يبقى هذا النصاب متوفراً حتى انتهاء الإجراءات التشريعية بحيث إذا سحب مقدموا الاقتراح بقانون كلهم أو بعضهم اقتراحهم يفقد معه النصاب الخاص بتقديمه ويطوى الاقتراح إلا إذا تبناه العدد الكافي من الأعضاء[1].

٢- الإقرار "المناقشة والتصويت":

يحال مشروع القانون أو الاقتراح بقانون إلى اللجان المختصة في مجلس الشعب لفحصه ووضع تقرير عنه ثم يتم طرح مشروع القانون أو الاقتراح بقانون مع تقرير اللجان المختصة على المجلس للمناقشة أولاً ثم التصويت عليه ويتخذ المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة كتلك المتعلقة بإعادة التصويت على التشريع بعد اعتراض رئيس الجمهورية عليه إذ يحتاج في هذه الحالة لإقراره إلى أغلبية ثلثي أعضاء مجلس الشعب.

٣- الإصدار: La promulgation

إذا كان إقرار التشريع يؤدي إلى وجوده وجوداً فعلياً، فإن إصدار التشريع يؤدي إلى وجوده وجوداً رسمياً. وعليه يقصد بإصدار التشريع إثبات وجوده بشكل رسمي ووضعه موضع التنفيذ من قبل السلطة التي تملك هذا الحق وهي السلطة التنفيذية. ممثلة برئيس الجمهورية حيث يتولى رئيس الجمهورية إصدار التشريع بصفته رئيساً للسلطة التنفيذية ويحق له الاعتراض على هذه التشريعات بقرار معلل خلال شهر من تاريخ ورودها إلى رئاسة الجمهورية، فإذا أقرها مجلس الشعب مرة ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه، فإن الإصدار

١- راجع د. إبراهيم الهندي: د. سام دلة: القانون الدستوري، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية بجامعة حلب، ٢٠٠٤، ص٢٥٨.

يصبح واجباً على رئيس الجمهورية، أي أنه لا يجوز له الامتناع عنه أو تأخيره. لذلك نقول إن إصدار التشريع هو حق لرئيس الجمهورية، وواجب عليه.

وطالما أن الإصدار عملٌ تنفيذيٌ لا عملٌ تشريعي فإنه يحقق الفوائد التالية:

أ- يمكّن رئيس الجمهورية من مراقبة التشريعات الصادرة عن مجلس الشعب، ويتيح له الاعتراض عليها إذا ارتأى ضرورة لذلك.

ب- إن عملية الإصدار تضمن إلى حد كبير احترام مبدأ الفصل في السلطات. فإذا كان مضمون الإصدار يتمثل في وضع التشريع موضع التنفيذ بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه، فإن هذا التكليف يتم بأمر من رئيس الجمهورية الذي هو في الوقت ذاته رئيس للسلطة التنفيذية، وليس بأمر من السلطة التشريعية.

ومرحلة الإصدار لا تطرح بصدد الدستور أو ما يعرف بالتشريع الأساسي عندما يتم وضعه بطريقة ديمقراطية سواء من خلال جمعية تأسيسية منتخبة أو عن طريق الاستفتاء العام، لأن السلطة الشعبية التي تضع الدستور هي التي تنشئ السلطات الثلاث التنفيذية والقضائية والتشريعية وبذلك لا تكون بحاجة إلى الاستعانة برئيس السلطة التنفيذية لجعل الدستور قابلاً للتنفيذ.

كما أن التشريع الفرعي "الأنظمة والقرارات" والتي سيتم دراستها لاحقاً سنجد أنها توضع أصلاً بواسطة السلطة التنفيذية وبالتالي لا تحتاج إلى إصدار لأن السلطة التي وضعته هي التي تقوم بتنفيذه، فلا يكون هناك معنى لأن تصدر هذه السلطة إلى نفسها أمراً بتنفيذ التشريع الذي وضعته[1].

٤- النشر: La publication

نشر التشريع عمل يقصد به إحاطة الأفراد علماً بوجود التشريع جديد، أو على الأقل إتاحة الفرصة لهم للعلم به. والنشر يجعل التشريع نافذاً ملزماً، لأن العدالة تقضي

١- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٣١٢.

بألا يصير القانون كذلك إلا إذا علم به الناس، أو على الأقل إذا اعتبر أنه معلوم. فالغرض من نشر القوانين هو إيصالها إلى علم الناس بعد إصدارها.

أما الوسيلة التي حددها الدستور للقيام بنشر التشريع، فهي النشر في الجريدة الرسمية للدولة. ولا تغني عن هذا النشر أية وسيلة أخرى لافتراض العلم بالتشريع، ولو كانت أجدى من الجريدة الرسمية بالعلم به، كالنشر في الصحف اليومية، أو في الإذاعة والتلفزيون، أو في أية وسيلة من وسائل الإعلام الأخرى. كما لا يغني عنها حتى العلم الشخصي، كما لو أن أحد الأفراد كان موظفاً في رئاسة الجمهورية ومختصاً بعرض التشريعات على رئيس الجمهورية لإصدارها، فإن علمه الشخصي لا يصلح أساساً لإلزامه بحكم هذا التشريع ما دام لم ينشر. على أن النشر في الجريدة الرسمية لا يعني أن التشريع يصبح نافذاً وملزماً بمجرد نشره، بل يبدأ نفاذه بعد مضي فترة زمنية محددة بنص القانون من حصول النشر ليتسنى للناس العلم به. وقد يكون أيضاً وجوب العمل بالتشريع بعد نشره معلقاً على أمر آخر، كإصدار اللائحة التنفيذية له من الجهة المختصة. وفي سورية يبدأ نفاذ التشريع بعد مضي يومين كاملين ابتداء من تاريخ استلام الجريدة الرسمية التي نشر فيها من قبل رئاسة مجلس الوزراء في محافظة دمشق، ومن قبل رئيس ديوان المراسلات في المحافظات، ومع ذلك يجوز النص في التشريع على ألا يعمل به إلا بعد مضي مدة من الزمن. فإذا تحقق النشر بهذه الصورة لا يجوز بعدها لأي شخص أن يحتج بجهله ليتخلص من تبعة مخالفته لأحكامه.

ونظراً لأن النشر هو الوسيلة التي يتحقق بها العلم، أو على الأقل افتراض العلم به. فإنه إذا حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية نهائياً إلى منطقة من مناطق الدولة، كحالة الفيضانات العارمة أو الحرب، فإن ذلك يؤدي إلى استحالة العلم به ويحول دون افتراض العلم به لذلك لا يكون التشريع ملزماً للأشخاص المقيمين في هذه المنطقة بالذات.

وإذا كان نشر التشريع العادي والتشريع الفرعي شرطاً أساسياً لنفاذه فهو ليس كذلك بالنسبة للدستور بل يكفي على سبيل المثال إعلان نتيجة الاستفتاء بأية طريقة حتى يصبح نافذاً[1].

وحتى لا تتحكم السلطة التنفيذية في نفاذ التشريع وتعطل نشره من الأفضل تضمين الدستور نصاً يحدد مهلة معينة يجب النشر خلالها كما هو الحال في الدستور المصري النافذ إذ نصت المادة /١٨٧/ منه على أن "تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر".

ثالثاً- التشريع الفرعي: "الأنظمة والقرارات"

ويقصد به ما يصدر عن السلطة التنفيذية من قرارات تتضمن قواعد عامة مجردة. وهذه القرارات تصدرها السلطة التنفيذية بالاستناد إلى نص قانوني أو بهدف تنفيذ القوانين باعتبار ذلك يدخل في اختصاصها الأصلي الذي تستمده من الدستور مباشرة.

وهذه الأنظمة والقرارات لا تمر بالمراحل التي يمر بها التشريع العادي باستثناء مرحلة النشر إذ لا تصبح نافذة إلا من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.

أما ما تصدره السلطة التنفيذية من قرارات عادية، أو فردية فإنها لا تتضمن قواعد قانونية عامة بل تخص أشخاص معينين بالذات وبالتالي تخرج عن نطاق دراستنا للنظرية العامة للقانون. ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين:

١- المراسيم التنظيمية:

وهي قرارات إدارية تتضمن وضع قواعد قانونية عامة غير شخصية تصدر عن رئيس الجمهورية إما ضمن حدود اختصاصاته، وإما لاستكمال الأحكام القانونية بأحكام أخرى تفصيلية بغاية تأمين تنفيذها وتطبيقها. وقد نصت المادة /٩٩/ من الدستور السوري

١- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٣١٦-٣١٧.

النافذ على أنه: "يصدر رئيس الجمهورية المراسيم والقرارات والأوامر وفقاً للتشريعات النافذة".

ومثالها صدور اللائحة التنفيذية لقانون الإدارة المحلية بالمرسوم التنظيمي رقم /٢٢٩٧/ تاريخ ١٩٧٦/٩/٢٨.

أما المراسيم العادية أو الفردية التي تصدر عن رئيس الجمهورية فلا تتضمن قواعد قانونية أي لا تتضمن قواعد عامة مجردة بل قواعد تخص شخصاً معيناً أو حالة معينة، كمرسوم تعيين وتسريح بعض الموظفين المدنيين أو العسكريين، والمراسيم المتعلقة بتحديد شواطئ البحر والأنهر وعمق المياه الإقليمية، والمراسيم الخاصة بمنح الامتيازات المختلفة على أملاك الدولة الخاصة، أو تحويل أملاك الدولة العامة إلى أملاك دولة خاصة، أو مرسوم تسمية أعضاء مجلس الشعب بعد أن يتم انتخابهم.

٢- القرارات التنظيمية:

هي القرارات الإدارية الصادرة عن مجلس الوزراء والمحافظين والمدراء العامين وغيرهم ممن يملك حق إصدار قواعد عامة. فقد نصت المادة /١٢٧/ من الدستور النافذ على أنه يمارس مجلس الوزراء الاختصاصات التالية: "ف ٩- إصدار القرارات الإدارية والتنفيذية وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة ومراقبتها".

ومثالها القرار التنظيمي رقم /٢٣/ السنة ١٩٨١ الصادر عن وزير الشؤون الاجتماعية والعمل بشأن تحديد الحد الأقصى لساعات العمل في بعض المهن.

المطلب الثاني

إلغاء القاعدة القانونية

* يقصد بإلغاء القاعدة القانونية، إنهاء سريانها وتجريدها من قوتها الإلزامية سواء أكان ذلك نتيجة إحلال قاعدة جديدة مكانها، أو نتيجة الاستغناء عنها دون أن تحل

مكانها قاعدة أخرى. فلا يلتزم الأفراد بحكمها بعد ذلك ولا يطبقها القاضي باعتبارها قاعدة واجبة الاحترام، ويزول على هذا النحو ما كان لها من وصف أنها مصدر رسمي للقانون في الموضوع الذي تناولته بالتنظيم.

والإلغاء يرد على مختلف القواعد القانونية، أيا كان مصدرها الرسمي، تشريعاً أم عرفاً أم ديناً. على أنه لما كانت الغلبة الآن للتشريع باعتباره أهم المصادر الرسمية للقواعد القانونية فإن البحث في الإلغاء ينصرف عادة إلى إلغاء التشريع، خاصة وأنه عن طريق التشريع يجوز إلغاء قواعد قانونية وردت في مصادر رسمية غير تشريعية. لأجل ذلك كانت أهمية دراسة إلغاء القانون تنصرف عملياً إلى إلغاء التشريع بالذات وهو ما سنتناول أحكامه فيما يلي.

فقد نصت المادة الثانية من القانون المدني السوري على أنه: "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع".

يتضح من هذا النص أنه يمكن أن يتخذ الإلغاء إحدى صورتين اثنتين:

فهو يمكن أن يكون إلغاءً صريحاً للقاعدة القانونية، ويمكن أن يكون إلغاءً ضمنياً لها.

التمييز بين إلغاء القاعدة القانونية وإبطالها:

يختلف مفهوم الإلغاء عن مفهوم البطلان أو الإبطال، فهما وإن كانا وسيلتين لإسقاط القاعدة القانونية وعدم التقيد بأحكامها، إلا أنهما يختلفان من حيث السبب ومن حيث الأثار. فالإلغاء باعتباره عملاً قانونياً لا يرد إلا على قاعدة قانونية قد استكملت شروط صحتها وأركانها الجوهرية، فلا يهدف الإلغاء إلى إنكار وجود القاعدة القانونية أو إلى الطعن في صحتها بل يهدف إلى إنهاء العمل بها. إما لعدم الحاجة إليها

أو لإحلال قاعدة أخرى مكانها ولذلك لا يؤثر الإلغاء في صحة تطبيق القاعدة الملغاة على الماضي أي أن الإلغاء ليس له أي اثر رجعي.

أما البطلان أو الإبطال فهو عكس الإلغاء إذ يستند أصلاً إلى قاعدة تخلف فيها ركن من أركانها أو شرط من شروط صحتها ويأتي الإبطال لإعدام هذه القاعدة واعتبارها كأن لم تكن، لذلك كان للبطلان أو الإبطال أثر رجعي أي ينسحب أثر البطلان أو الإبطال على كافة الوقائع والتصرفات السابقة التي تمت وفقاً لأحكام القاعدة التي تقرر بطلانها أو إبطالها[1]. ويحدث البطلان أو الإبطال عادة بالنسبة لتشريعات السلطة الفعلية التي تصدر عقب انقلاب أو حرب ثم تفشل هذه السلطة في الاستمرار في الحكم أو في إقامة نظام دستوري جديد، كما حدث في فرنسا عندما تم إبطال التشريعات التي صدرت في ظل حكومة فيشي التي استمرت أربع سنوات أثناء الاحتلال الألماني لفرنسا[2].

وننتقل الآن لنوضح أنواع الإلغاء:

أولاً- الإلغاء الصريح: L'abrogation expresse

الأصل في الإلغاء أن يتم بنص صريح يتضمنه تشريع لاحق يقضي بإلغاء التشريع القديم إلغاءً كلياً، أو إلغاء بعض أحكامه وهذا هو الإلغاء الصريح. ومن أمثلته ما ورد في المادة الثانية من المرسوم التشريعي رقم /٨٤/ لعام ١٩٤٩ والقاضي بإصدار القانون المدني السوري حيث نصت على أنه: "تلغى اعتباراً من التاريخ المذكور، مجلة الأحكام العدلية، والقرار رقم /٣٣٣٩/ الصادر في ١٢ تشرين الثاني ١٩٣٠ والنصوص المعدلة له...".

1- راجع د. رمضان أبو السعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الناشر: الدار الجامعية، ١٩٨٥، ص٣٠٢.

2- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٤١٢-٤١٣.

ويكون أيضاً الإلغاء صريحاً إذا نص التشريع الجديد على إلغاء ما يخالفه من قواعد. ومن أمثلة ذلك ما ورد في قانون الإيجار رقم /٦/ لعام ٢٠٠١ حيث نصت الفقرة /ج/ من المادة /١٧/ على أنه: "يلغى كل نص تشريعي يخالف هذا القانون أو لا يأتلف مع أحكامه".

وأيضاً المادة /٤٩/ من قانون حماية حقوق المؤلف رقم /١٢/ تاريخ ٢٠٠١/٢/٢٧ حيث نصت على أنه: "يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون".

ويلاحظ أن هذا الإلغاء يعتبر أبسط أنواع الإلغاء وأكثرها وضوحاً، كما يعتبر أكثرها استعمالاً من الناحية الفعلية. ذلك أن أغلب التشريعات الجديدة تتضمن نصاً خاصاً يقضي بإلغاء أحكام التشريعات المخالفة لها أو التي جاءت لتحل محلها.

ويعتبر أيضاً من قبيل الإلغاء الصريح أن يتضمن التشريع نصاً على أن يعمل به مدة معينة. فإذا انقضت تلك المدة، أصبح التشريع بحكم الملغى صراحة استناداً إلى نصه هو بالذات. إذ قد تدعو بعض الظروف الاجتماعية أو الاقتصادية، أو بعض الظروف الخاصة إلى توقيت العمل بأحكام التشريع ضمن مدة زمنية معينة، فإذا انقضت هذه المدة اعتبر التشريع ملغى بصورة تلقائية. من أمثلتها ما ورد في المادة الأولى من قانون الإيجار اللبناني الصادر عام ١٩٤٠ والقاضي بإعطاء القاضي بصفة مؤقتة وحتى انتهاء الحرب، سلطة منح المستأجر مهلة للإخلاء لا تتجاوز الستة أشهر.

ويعتبر أيضاً من قبيل الإلغاء الصريح حالة ما إذا كان بقاء التشريع نافذاً يتوقف على توفر شرط معين، بحيث تزول قوته الإلزامية إذا تخلف هذا الشرط[1].

ثانياً- الإلغاء الضمني: L' abrogation tacite

يمكن أن يتحقق الإلغاء الضمني للتشريع في إحدى صورتين:

١- راجع: د. محمد علي إمام و د. محمود أبو عافية: المرجع السابق، ص٧٠.

١- الإلغاء الضمني بطريق التعارض بين النص الجديد والنص القديم:

يكون بصدور تشريع جديد يتضمن أحكاماً قانونية متعارضةً مع أحكام قانونية واردة في تشريع سابق، ويستحيل تطبيقهما معاً. فعندئذ تكون الأحكام القانونية الجديدة قد ألغت ضمناً ما تقرر من أحكام قانونية وردت في التشريع السابق.

على أن ما تجدر ملاحظته هو أنه في هذه الحالة لا يكون من الإلغاء الضمني إلا في حدود التعارض والتناقض بين الأحكام القانونية القديمة وبين الأحكام القانونية الجديدة. فإذا صدر تشريعان متعاقبان في الزمان، ومتناقضان في الأحكام تناقضاً كلياً اعتبر التشريع القديم بحكم الملغى أما إذا كان التعارض جزئياً فإن الإلغاء الضمني لا يكون عندئذ إلا بالنسبة للأحكام المتعارضة من أحكام التشريع القديم مع التشريع الجديد. أي يقتصر الإلغاء على الحدود التي يتحقق فيها التعارض.

على أنه يشترط لتطبيق هذه القاعدة أن تكون النصوص المتعارضة والمتعاقبة من طبيعة واحدة من حيث العموم والخصوص. فالنص العام يلغي نصاً عاماً، والنص الخاص يلغي نصاً خاصاً إذا أتت أحكامهما متعارضة. أما التعارض بين حكم عام وحكم خاص فهو لا يؤدي إلى إلغاء أحدهما الأخر، ولكنه يؤدي فقط إلى تقييد النص العام بواسطة النص الخاص، سواءً كان النص الخاص هو النص الجديد، أو النص القديم.

لذلك فإن صدور قانون العمل الموحد رقم /٩١/ لعام ١٩٥٩ بشأن تنظيم العلاقة بين أصحاب العمل والعمال لا يترتب عليه إلغاء نصوص عقد العمل الواردة في القانون المدني، ولكنه يقيد هذه النصوص في حل التعارض.

٢- الإلغاء الضمني بطريق تنظيم الموضوع نفسه من جديد:

يتحقق الإلغاء الضمني في هذه الصور عندما ينظم التشريع الجديد تنظيماً كاملاً موضوعاً معيناً على أسس جديدة، كان التشريع القديم قد سبق ونظمه.

ففي هذه الحالة يعتبر التشريع الجديد قد ألغى التشريع السابق، ولو لم ينص

صراحة على هذا الإلغاء. وتعليل ذلك هو أن المشرع عندما يعمد إلى وضع تشريع جديد ينظم بصورة كاملة موضوعاً من الموضوعات، فهذا يعني أنه قد استغنى عن أحكام التشريع السابق الخاصة بتنظيم هذا الموضوع، وقرر أن يستعيض عنها بأحكام التشريع الجديد.

ويلاحظ أنه من النادر أن يعيد المشرع تنظيم موضوع سبق ونظمه بتشريع سابق، دون أن يتضمن التشريع الجديد نصاً يقضي صراحةً بإلغاء التشريع السابق، ولذلك يصعب إيجاد أمثلة عملية على هذه الحالة.

وغالباً ما تعتبر عملية إصدار دستور جديد وإن كان لا ينص على إلغاء الدستور السابق وقيامه بتنظيم الحالة السياسية للدولة تنظيماً كاملاً يجعل من الدستور القديم دستوراً ملغى بصورة تلقائية.

وبالإضافة إلى أنواع الإلغاء التي نصت عليها المادة الثانية من القانون المدني السوري، فإن التشريع يلغى أيضاً بإلغاء أو زوال الوضع الذي كان ينظمه.

فإلغاء الأوقاف الذرية في سوريا استتبع حكماً إلغاء كافة القوانين والأنظمة والقرارات المتعلقة بهذه الأوقاف[1].

على أن الإلغاء سواء أكان إلغاءً صريحاً أو إلغاءً ضمنياً فإنه يؤدي إلى زوال التشريع بالنسبة للمستقبل وليس بالنسبة للماضي، أو بمعنى آخر ليس للإلغاء أثر رجعي. كما أنه لا يملك حق إلغاء التشريع سوى السلطة التي سنته أو سلطة أعلى منها وهكذا فالتشريع العادي لا يلغى إلا بتشريع عادي آخر أو بتشريع أساسي أعلى منه درجة. كما أن التشريع الأساسي لا يلغى إلا بتشريع أساسي يصدر عن سلطة تأسيسية جديدة، أو يصدر وفقاً للإجراءات التي نص الدستور على ضرورة اتباعها عند تعديل نصوصه.

1- راجع د.أنطوان قسيس: المدخل للعلوم القانونية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية في حلب، ١٩٦٦، ص٢٧٨.

أما الأنظمة أو التشريع الفرعي فيمكن أن يلغى بتشريع فرعي آخر صادر عن السلطة التنفيذية، أو بتشريع أساسي أو بتشريع عادي[1].

يبقى لنا أن نتساءل: هل يلغي العرف تشريعاً؟ أو بعبارة أخرى هل يصبح التشريع لاغياً بعدم استعماله مدة طويلة؟.

في الواقع أن الإجابة على هذا التساؤل تدخل في نطاق دراسة مبدأ التدرج بين مصادر القانون المختلفة إذ أن عدم الاستعمال يؤدي إلى نشوء عرف بعدم الاستعمال. ووفقاً لنص المادة الثانية من القانون المدني السوري يعد العرف أدنى مرتبة من التشريع، وكما نعلم، لا يملك الأدنى مرتبة وهو العرف، إلغاء الأعلى مرتبة منه وهو التشريع، إذ يبقى التشريع قائماً مهما مضى من الزمن، يمكن الرجوع إليه في أي وقت[2]. كما أن المادة الثانية من القانون المدني كانت واضحة وصريحة باعتبار أن التشريع لا يلغى بعدم استعماله عندما نصت على أنه "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق...". وقد أشارت إلى ذلك المذكرة التحضيرية للقانون المدني، حيث ذكرت تعليقاً على نص المادة الثانية سالفة الذكر: "وغني عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق".

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على صحة التشريع

يترتب على تدرج التشريعات، أن التشريع الأدنى درجة يجب أن تتوافق أحكامه مع التشريعات الأعلى في المرتبة، فلا يجوز أن يتضمن التشريع الأدنى مرتبة أحكاماً

1- راجع د. سمير تناغو: المرجع السابق، ص٤١٤.

2- هناك من يرى أن التشريع يعتبر موقوفاً طوال المدة التي جرى فيها العرف بعدم استعماله، وإنه بناء على ذلك لايجوز تطبيقه على ما يقع من مخالفات له في أثناء تلك المدة، بل يجب التنبيه عند اعتزام العودة إلى العمل به مستقبلاً وقصر تطبيقه على ما يحدث بعد ذلك. راجع د.سليمان مرقس: المرجع السابق، ص١٣٧.

تتعارض مع الأحكام الواردة في التشريعات التي تعلوه في الدرجة. وتطبيقاً لذلك، فإن القانون الدستوري يعتبر أسمى القوانين في الدولة ويتعين بالتالي أن تتوافق مع أحكامه كافة التشريعات الأخرى، ويدخل في ذلك التشريعات العادية، والتشريعات الفرعية. ومن ناحية أخرى فبالنسبة للتشريع الفرعي فإنه أدنى التشريعات في المرتبة، ولا يجوز بالتالي تضمينه أحكاماً تتعارض مع التشريع الدستوري أو التشريع العادي باعتبار أن هذه التشريعات تعلوه في الدرجة.

ويثور التساؤل في هذا الصدد حول مدى الرقابة القضائية على التشريعات التي تخرج عن مبدأ التدرج؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول إن أغلب دول العالم قد تبنت في دساتيرها مبدأ الرقابة القضائية على صحة التشريع واعتبرتها الوسيلة الفعالة لضمان مبدأ الشرعية وضمان سيادة القانون. وقد كانت الولايات المتحدة الأمريكية أسبق الدول إلى الأخذ بهذا النظام لأنه من مقومات النظام الاتحادي، وانتقل بعد ذلك إلى القارة الأوربية. سواء في النمسا أو ألمانيا أو إسبانيا أو إيطاليا[1].

وعليه ينقسم هذا البحث إلى فقرتين اثنتين: نبحث في الفقرة الأولى الرقابة القضائية على دستورية التشريع العادي، ونخصص الفقرة الثانية للرقابة القضائية على صحة التشريع الفرعي.

أولاً- الرقابة القضائية على دستورية التشريع العادي:

تلتزم السلطة التشريعية باحترام الدستور في كل ما تقوم به من عمل وخاصة في عملها الرئيسي المتمثل في سن التشريعات، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة /٥٠/ من الدستور السوري على أنه: "يتولى مجلس الشعب السلطة التشريعية على الوجه

١- راجع د. بدوي حمودة: دراسة مقارنة في دستورية القوانين، مجلة العدالة العدد /١٦/ السنة الرابعة، الإمارات العربية المتحدة، ١٩٧٧، ص٨.

المبين في الدستور" ويعني هذا عدم تجاوز مجلس الشعب لاختصاصه أو ممارسة هذا الاختصاص على غير الشكل المبين في الدستور. وبالتالي كل تشريع يخالف الدستور يعتبر باطلاً[1].

لكن التساؤل الذي يطرح هنا يتمثل في بيان الطرق المشروعة التي يمكن من خلالها تقرير هذا البطلان؟

وطالما أننا نتحدث فقط عن الرقابة القضائية فإن هذا التساؤل يقتصر على بيان طرق الرقابة القضائية. فبالرغم من اتجاه معظم الدول إلى تبني مبدأ الرقابة القضائية إلا أنها اختلفت في الأسلوب المتبع في القيام بهذه الرقابة. فبعضها اعتمد أسلوب الرقابة بطريق الدعوى الأصلية، بينما اتجهت دول أخرى إلى تبني طريق الدفع الفرعي.

١- الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية:

بمقتضاها يتم اللجوء إلى القضاء مباشرة للطعن بعدم دستورية التشريع بمعزل عن أي نزاع مطروح أمامه.

وتختلف الدول في صدد حق الطعن بعدم دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية، فقليل منها مثل إسبانيا وليبيا خولت الأفراد هذا الحق، أما أغلبيتها فقد حرمته على الأفراد خشية إساءة استعماله واكتفت بتخويله إلى بعض الهيئات العامة، مثل النمسا، تركيا، إيطاليا[2].

ويلاحظ أيضاً أن معظم الدول التي أخذت بأسلوب الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية أنشأت محكمة خاصة لهذا الغرض تتمتع لوحدها بحق البت في موضوع دستورية القوانين.

1- راجع الأستاذ نصرت منلا حيدر: مقالة بعنوان لمحة عامة عن طرق الرقابة على دستورية القوانين، مجلة المحامون السورية، العدد ٣ لعام ١٩٧٥، ص٨٠.

2- راجع الأستاذ نصرت منلا حيدر: مقالة بعنوان لمحة عامة عن طرق الرقابة على دستورية القوانين، مجلة المحامون السورية، العدد /٣/ لعام ١٩٧٥، ص٨٠.

وحكم المحكمة الصادر بالإلغاء ملزم لجميع المحاكم الأخرى ومن شأن هذا الإلزام تصفية النزاع مرة واحدة وبصفة نهائية حول دستورية هذا القانون، بما لا يسمح بإثارة النزاع من جديد[1].

وقد نصت المادة /١٣٩/ من الدستور السوري لعام ١٩٧٣ على إنشاء محكمة دستورية عليا تتولى مهمة البت في دستورية القوانين، قبل إصدارها، لذلك تعتبر رقابتها هذه رقابة وقائية سابقة. وتجري هذه الرقابة على النحو التالي:

آ- إذا اعترض رئيس الجمهورية أو ربع أعضاء مجلس الشعب على دستورية قانون قبل إصداره، يوقف إصداره إلى أن تبت المحكمة فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها وإذا كان للقانون صفة الاستعجال وجب على المحكمة الدستورية أن تبت فيه خلال سبعة أيام.

ب- إذا اعترض ربع أعضاء مجلس الشعب على دستورية مرسوم تشريعي خلال مدة خمسة عشر يوماً اعتباراً من انعقاد دورة مجلس الشعب وجب على المحكمة الدستورية العليا أن تبت فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها.

فإذا قضت المحكمة بان هذا القانون، أو المرسوم التشريعي غير دستوري اعتبر لاغياً ما كان مخالفاً منهما لنصوص الدستور وذلك بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن، وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر.

غير أن المادة /١٤٦/ من الدستور قد حظرت على المحكمة الدستورية البت في دستورية القوانين التي تطرح على الاستفتاء الشعبي ويوافق عليها الشعب.

٢- الرقابة بطريق الدفع:

وتكون بطلب يتقدم به ذوي الشأن لاستبعاد نص قانوني يراد تطبيقه على دعوى مطروحة أمام القضاء. ولذلك فإن الرقابة بطريق الدفع الفرعي هي دائماً رقابة لاحقة

١- راجع د. عبد العزيز محمد سالمان: نظم الرقابة على دستورية القوانين، ص٦٢.

لأنه يفترض وجود دعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة، وتسري عليها إحدى النصوص القانونية النافذة[1].

فإذا ارتأت هذه المحكمة عدم دستورية هذا النص قررت استبعاد تطبيقه، دون إلغائه. وقرار الاستبعاد هذا لا يكون له حجية إلا بالنسبة لهذه الدعوى فقط، أي لا يلزم بقية المحاكم، كما أنه لا يلزم المحكمة نفسها في دعوى أخرى مماثلة[2].

ويعني هذا أن الحكم الصادر من القاضي في هذه الحالة لا يجوز سوى حجية نسبية يقتصر أثرها على النزاع الذي صدر بصدده في موضوعه وأشخاصه. ويبقى النص القانوني نافذاً في الحالات الفردية الأخرى التي لا تنسحب عليها حجية الحكم.

وتمتاز الرقابة بطريق الدفع بأنها تحترم مبدأ الفصل بين السلطات إذ أن السلطة القضائية لا تتدخل من خلالها في عمل السلطة التشريعية ولا تشارك في الوظيفة التشريعية، إذ أنه عندما يمتنع القاضي عن تطبيق نص قانوني لعدم دستورية إنما يدخل ذلك في صلب وظيفته القضائية ولا يخرج عن نطاقها، وذلك بإنزال حكم القانون الأعلى عند التعارض مع القانون الأدنى مرتبة[3].

وقد أخذ دستور الولايات المتحدة الأمريكية بهذا الأسلوب من الرقابة القضائية وأيضاً اليابان في دستورها لعام ١٩٤٦ والبرتغال في دستورها لعام ١٩٣٣.

وقد مارس القضاء الإداري في سوريا الرقابة القضائية بطريق الدفع الفرعي في العديد من القرارات الصادرة عنه فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا بأنه: "إذا تعارض قانون عادي مع الدستور في أية منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم فقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أي من القانونين هو الأجدر بالتطبيق وجب عليها

1- راجع د. سام دله: المرجع السابق، ص١٢٠.

2- راجع د. نصرت منلا حيدر: طرق الرقابة على دستورية القوانين، مجلة المحاماة، العدد٣، ١٩٧٥، ص٨٥.

3- راجع د. عبد العزيز محمد سالمان: المرجع السابق، ص٨٤.

عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى الأجدر بالإتباع وإذا كان القانون العادي يهمل عندئذٍ فمرد ذلك في الحقيقة سيادة الدستور العليا على سائر القوانين تلك السيادة التي يجب أن يلزمها كل من الشارع عند إصداره القوانين والقاضي عند تطبيقه إياها على حد سواء[1]".

وتجدر الإشارة هنا إلى أننا من خلال بحثنا في أحكام القضاء العادي في سوريا لم نعثر على موقف مماثل لموقف القضاء الإداري السابق ذكره.

ثانياً- الرقابة القضائية على قانونية التشريع الفرعي:

يملك القضاء الحق في الرقابة على مدى مطابقة المراسيم والقرارات التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية لأحكام القوانين. وهذه الرقابة هي في نفس الوقت رقابة على دستوريتها.

وغالباً ما يعهد إلى قضاء خاص هو القضاء الإداري التحقق من قانونية هذه القرارات والمراسيم التنظيمية. فإذا تحقق من مخالفتها لأحكام القانون فإنه يمتلك الحق في الحكم إلغائها.

1- راجع: المحامي مصباح نوري المهايني: مبادئ القضاء الإداري – اجتهادات المحكمة الإدارية في أربعين عاماً- الجزء الثالث- ٢٠٠٥ – ص٤٨٥.

الفصل الثاني

المصادر الرسمية الاحتياطية

يحتفظ التشريع بصفته كمصدر رسمي أصلي للقانون، مما يستوجب البحث فيه أولاً عن حكم المسألة التي تعرض على القاضي. وبالرغم من اتساع نطاق التشريع إلا أنه ظل عاجزاً عن استيعاب جميع القواعد القانونية اللازمة لتنظيم المجتمع. وذلك أنه يستحيل على المشرع أن يضع نصوصاً تشريعية تتضمن جميع الأحكام القانونية اللازمة لمواجهة حاجات المجتمع التي تتطور من وقت لآخر وتختلف من بيئة إلى أخرى.

لهذا كان من الضروري أن توجد إلى جانب التشريع مصادر احتياطية يمكن أن يجد فيها القاضي حكماً في النزاع المعروض أمامه.

وقد تحددت المصادر الاحتياطية بترتيب معين، وفقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني السوري، فمبادئ الشريعة الإسلامية تلي التشريع مباشرة فإذا لم يوجد حكم فيها فيطبق العرف، وأخيراً يلجأ القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بحثاً عن حل للنزاع.

إن هذا الترتيب إنما ورد في القانون المدني، فهو ملزم للقاضي فقط في المسائل التي ينظمها هذا القانون، أي في المعاملات المالية.

ونتناول المصادر الرسمية الاحتياطية في مباحث ثلاثة هي:

المبحث الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: العرف

المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

المبحث الأول

مبادئ الشريعة الإسلامية

يقصد بالشريعة الإسلامية في بحثنا هذا ليس الدين الإسلامي كله، وإنما المعاملات فيه، إذ منذ العصر الإسلامي الأول عمل الفقهاء على الفصل بين العبادات والمعاملات، أو بين ما سموه حق الله وحق العباد وشملت المعاملات في الشريعة الإسلامية نواحٍ قانونية كثيرة منها ما يتعلق بالقانون الجنائي، ومنها ما يتعلق بالقانون الدستوري ونظم الحكم ومنها ما يتعلق بالقانون الدولي العام وأحكام الحرب والسلم، ومنها ما يتعلق بالمواد المدنية[1].

لذلك تحتل مبادئ الشريعة الإسلامية اليوم مكانة هامة في تكوين العديد من القواعد القانونية.

نتناول بالتالي توضيحاً عاماً لأهمية هذا المصدر من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التطور التاريخي لأثر الدين في القانون

المطلب الثاني: أثر الشريعة الإسلامية في القانون السوري

المطلب الأول

التطور التاريخي لأثر الدين في القانون

يعرف الدين بشكل عام بأنه: "مجموعة المعتقدات والقواعد المستمدة من وحي قوة عليا غير منظورة"[2].

1- راجع د. علي علي سليمان: الشريعة كمصدر للقانون في البلاد العربية، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، ١٩٩٤، ص٢٧.

2- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص٢٧٠.

وعليه يشمل هذا التعريف الأديان كافة سواء أكانت ديانات سماوية منزلة كاليهودية والمسيحية والإسلامية، أم ديانات غير سماوية كالديانة البوذية.

وقواعد الدين تبين واجب الإنسان نحو ربه وواجبه نحو نفسه، وواجبه نحو غيره.

وغني عن البيان انه لا أثر للدين في القانون في كل ما يتعلق بواجب الإنسان نحو ربه، وواجبه نحو نفسه، لأن كل ذلك يقع خارج نطاق الروابط الاجتماعية، وهي وحدها التي تقع ضمن نطاق أحكام القانون. ويقتصر أثر الدين في القانون على ما يتعلق بواجب الإنسان نحو غيره من الناس وهو الذي يمثل الروابط الاجتماعية التي تربط الإنسان ببقية أفراد المجتمع.

وقواعد الدين لا تعتبر مصدراً رسمياً للقانون إلا إذا كانت تلك القواعد تتضمن تنظيماً للروابط الاجتماعية، وبشرط أن يكون ما جاء به الدين من قواعد في هذا الصدد واجبة الاحترام بحيث يترتب على الخروج عليها توقيع جزاء من جانب السلطة العامة. ففي هذه الحالة تعد القواعد الدينية قواعد قانونية يلتزم الأفراد بحكمها. ويطبقها القاضي للفصل فيما يعرض عليه من نزاعات. ويترتب على ذلك أن قواعد الدين إذا كانت لا تنظم مطلقاً واجب الإنسان نحو غيره لا يمكن أن يكون لها أثر كمصدر رسمي للقانون. كذلك الحال إذا كان الدين يتضمن قواعد تنظم الروابط الاجتماعية، ولكن هذه القواعد لا تلزم الأفراد، وليس هناك من جزاء توقعه السلطة العامة على من يخالفها. ففي هذه الحالة أيضاً لا تعتبر قواعد الدين مصدراً رسمياً للقانون، وإن كان يجوز أن تكون مصدراً مادياً وتاريخياً لبعض قواعده إذا استمد المشرع هذه القواعد من مبادئ الدين.

وبناءً على ذلك فقواعد الدين التي تنظم علاقات الفرد مع غيره، لا تعتبر قواعد قانونية ملزمة إلا إذا تدخلت الدولة وشملتها بسلطانها وأحاطتها بجزاء يوقع على من يخالفها. والقاضي في تطبيقه لهذه القواعد المستمدة مباشرة من الدين، لا يطبقها لكونها

قواعد دينية بل على اعتبار أنها قواعد قانونية مصدرها الرسمي الدين[1].

يبدو أنه في الطبيعة الإنسانية شعوراً دفع الإنسان منذ بدء وجوده على سطح الأرض إلى الاعتقاد بوجود قوة عليا غير منظورة ومسيطرة. وبالتالي مع تزايد قدرة الإنسان على إدراك وفهم ما يحيط به من الظواهر الطبيعية بدأت تترسخ لديه فكرة عجزه عن الوقوف في وجه هذه الظواهر، أو إرغامها على النزول عند إرادته. بحيث انتهى به الحال إلى الاعتقاد بوجود إله، أو أكثر خالق لهذا الكون، وقادر على كل شيء. من هنا بدأ التماس رضا هذه الظواهر والتبرك بها بشتى الوسائل، وبفعل ما في وسعه لتجنب غضبها. وترسخ هذا الاعتقاد مع التطور التاريخي لمجتمعات الإنسان إلى أن ظهرت الشرائع السماوية القديمة. إذ من المعروف أن المنطقة التي يطلق عليها اليوم الوطن العربي شهدت أقدم الحضارات التي عرفتها البشرية، وبالتالي ظهرت فيها أقدم الشرائع القانونية مثل شريعة مصر وشريعة بابل، كما نزلت فيها الشرائع السماوية الثلاث: اليهودية والمسيحية والإسلامية.

فالشريعة اليهودية: شريعة سماوية مثلها في ذلك مثل الشريعة الإسلامية، ولذلك فإن القانون اليهودي ليس قانوناً يستوحي من الألهة وتصاغ أحكامه ونصوصه من جانب البشر، كما كان عليه الأمر في شريعة بابل أو القانون الفرعوني، بل تنزيل – لفظاً ومعنى – من لدن الرب. ولذلك اتسم القانون اليهودي بالطابع الديني حيث اختلطت أحكام القانون والدين والأخلاق معاً سواء من حيث مصدرها، أو من حيث الجزاء.

وتكمن أهمية شريعة اليهود في كونها تشكل مصدراً تاريخياً لبعض القواعد القانونية التي ظهرت في القانون الكنسي وقانون أوربا في العصور الوسطى، مثال ذلك: دور اليمين في التصرفات القانونية، موانع الزواج، تحريم القرض بفائدة. وقد تأثرت

1- راجع د. محمد علي إمام و د. محمود أبو عافية: المرجع السابق، ص ١١٦.

القوانين الحديثة ببعض النظم القانونية التي سادت في أوربا الوسطى[1].

أما الشريعة المسيحية فلم تحاول في نشأتها أن تعنى بتنظيم العلاقات الاجتماعية أو إيجاد نظام قانوني يحكم هذه العلاقات وينظمها في المجتمع، وربما كان هذا الأمر يرجع إلى البيئة التي نشأ فيها الدين المسيحي. إذ نشأ وترعرع في بيئة تسود فيها الشريعة اليهودية التي تعرضت وبشكل مفصل لكليات وجزئيات الحياة الدنيوية. ومن جهة أخرى فإن الدين المسيحي بالرغم من أنه ظهر في الشرق إلا أنه انتشر في الغرب انتشاراً واسعاً وفي بلدان كانت خاضعة للإمبراطورية الرومانية التي شهدت مراحل متقدمة من تقنين القواعد القانونية وشمولها لشتى العلاقات القائمة بين الأفراد داخل المجتمع الروماني نفسه أو مع الشعوب الخاضعة للسيطرة الرومانية. لذلك دأب السيد المسيح في رسالته على نشر وإعلاء شأن الروحانيات على الماديات، وشأن الآخرة على الدنيا[2]. إلا أن الكنسية بعد أن اشتد نفوذها وقوي سلطانها عمدت إلى تولي تنظيم الكثير من العلاقات بشكل يغنيها ويغني اتباعها عن اللجوء إلى سلطات الدولة، ولاسيما قبل اعتناق أباطرة الرومان للدين المسيحي. ومن هنا نشأت في البلدان المسيحية قواعد قانونية هي من وضع رجال الكنسية، حيث حرص هؤلاء عند وضعهم لهذه القواعد على مراعاة المبادئ الأخلاقية والمثل العليا التي تضمنتها تعاليم السيد المسيح. وهكذا نشأت قواعد قانونية دينية تحت اصطلاح القانون الكنسي، ولعل من أهم المبادئ القانونية التي أتى بها القانون الكنسي، مثلاً وجوب التعادل بين الالتزامات التي ينشئها العقد في ذمة المتعاقدين، كما أنهم حرموا الغبن، وأجازوا تعديل العقود بتغير الظروف. واستمر القانون الكنسي بالازدهار في تلك البلدان إلى أن أخذ نفوذه يتضاءل شيئاً فشيئاً تبعاً لانفصال الدين عن الدولة. لكنه بالرغم من ذلك يعتبر هذا

1- راجع د. صوفي أبو طالب وجمال عبد العزيز: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مطبعة جامعة القاهرة، ٢٠٠٢، ص٣٥٩ وما بعدها.

2- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص٢٧١.

القانون أحد المصادر التاريخية بالنسبة للعديد من القوانين الغربية الحديثة، ومن بينها القانون الفرنسي.

وإذا كانت تلك هي حقيقة القواعد القانونية في نطاق الديانة المسيحية فإن الأمر يختلف اختلافاً جذرياً في نطاق الشريعة الإسلامية. فالإسلام لم يقتصر على دعوة الناس إلى عبادة الله وطاعته بل جاء بنظام شامل لجميع شؤون الحياة. إذ تبين واجب الإنسان نحو ربه، وواجبه نحو نفسه، وواجبه نحو غيره. ولذلك قسمت أحكام الشريعة الإسلامية إلى ثلاث مجموعات:

المجموعة الأولى: الأحكام المتعلقة بالعقيدة كالإيمان بالله واليوم الآخر.

المجموعة الثانية: الأحكام المتعلقة بالأخلاق كوجوب الصدق والأمانة.

المجموعة الثالثة: الأحكام المتعلقة بأقوال وأفعال الإنسان في علاقاته مع غيره.

هذه هي الأحكام العملية "علم الفقه" وتنقسم إلى قسمين رئيسيين:

أ- العبادات: كالصلاة والصوم أي تنظيم علاقة الفرد بربه.

ب- المعاملات: أي تنظيم علاقة الأفراد فيما بينهم، وهذه تشمل روابط القانون العام والخاص في الاصطلاح الحديث[1].

وإذا أردنا تتبع بيان أثر الشريعة الإسلامية في تكوين وبلورة القواعد القانونية فإن ذلك يقتضي منا تقسيم تطورها إلى عدة مراحل هي:

أ- عصر الرسول صلى الله عليه وسلم:

امتاز المجتمع الإسلامي في هذا العهد بالبساطة حيث كان الشغل الشاغل للمسلمين يتمثل في الدعوة إلى الإسلام ونشر مبادئه لذلك كانت هناك قلة في المشاكل والحوادث التي تعترض المسلمين. وبحكم الإيمان لدى المسلمين والصلة الوثيقة بينهم

1- راجع د. شعبان محمد إسماعيل: التشريع الإسلامي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٨٥، ص٤١.

وبين الرسول الكريم، كانوا يسلمون بكل ما يقوله عليه السلام على اعتبار أنه وحي من عند الله تعالى. وعليه فإن الرسول الكريم هو الذي كان يتولى مهمة التشريع، والقضاء والقواعد القانونية الإسلامية كانت تعتمد على مصدرين اثنين هما القرآن الكريم والسنة النبوية.

أما القرآن الكريم: فهو كلام الله تعالى المنزل على رسوله محمد عليه السلام، وهو المصدر التشريعي الأول، يتضمن القواعد، أو الحالات العامة في التشريع، والتي نزلت في مناسبات معينة لتقضي في حوادث، أو حالات محددة، والتي تمكن المجتهدين من التشريع الجزئي في كافة المجالات بغية سد احتياجات الناس من التشريع في مختلف العصور والأمكنة[1].

أما السنة: هي ما نقل عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول، أو فعل لم يرد في القرآن، أو ما قرره أو استحسنه بصورة أكيدة كرسول لا كإنسان كبقية الناس.

يقول الله تعالى: "وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا"[2].

وقال تعالى: "وأنزلنا الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم"[3].

فالسنة تحتل مكانة هامة كمصدر للقواعد القانونية الإسلامية إلى جانب القرآن الكريم وتأتي هذه الأهمية ليس فقط في بيان الحكم الشرعي الواجب التطبيق في العديد من الحالات المستجدة والتي سئل عنها الرسول صلى الله عليه وسلم، بل تأتي أيضاً هذه الأهمية من أن هناك الكثير من الأحكام القرآنية المجملة، أو المطلقة، أو العامة التي لا يمكن فهمها إلا بالرجوع إلى السنة المبينة لذلك من تقييد لمطلقه وتخصيص لعامه وتبيين لمجمله[4].

1- راجع د. مهدي فضل الله: الاجتهاد والمنطق الفقهي في الإسلام، دار الطليعة للنشر، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٨٧، ص٩٨.

2- سورة الحشر – الآية٧.

3- سورة النحل – الآية٤٣.

4- راجع د. مهدي فضل الله: المرجع السابق، ص١٢٦.

ولعل من أهم ما يميز هذا العصر ما نلحظه من تدرج في سن القواعد القانونية إذ لم تأتي دفعة واحدة بل تدرج بها بحيث لا تثقل كاهل الناس. وكذلك امتاز التشريع الإسلامي بداية من هذا العصر بتطبيق مبدأ أن الأصل في الأشياء الإباحة والاستثناء هو ما حرم. وبوفاة الرسول الكريم كانت الشريعة الإسلامية تشريعاً تاماً من حيث القواعد العامة والكلية.

ب- عصر التوسع والازدهار:

ويمتد من نهاية العصر السابق حتى القرن الخامس الهجري فقد نشطت حركة التشريع في هذا العصر بحيث كان في حالة نمو وازدهار مستمر وكان وراء هذا الازدهار مجموعة من الفقهاء العظام الذين أمدوا الفقه الإسلامي بكل أسباب النمو والازدهار والحياة ففي هذا العصر دونت السنة النبوية وبدأ تمحيص الأحاديث، كما بُذلت جهودٌ جبارة في الرجوع إلى المصادر الأساسية للتشريع الإسلامي وهما القرآن والسنة ليستمدوا من نصوصهما أحكاماً وقواعد قانونية تلبي حاجات ما طرأ في الدول الإسلامية من مصالح وحاجات ولاسيما بعد اتساع رقعتها وتباعد أطرافها. وقد خلف فقهاء هذا العصر ثروة فقهية قانونية ضخمة أغنت الدولة الإسلامية بالأحكام والقواعد في شتى ميادين الحياة. نذكر من الفقهاء المجتهدين على سبيل المثال لا الحصر الأئمة أصحاب المذاهب الأربعة المعروفة:

الإمام أبو حنيفة، الإمام الشافعي، الإمام أحمد ابن حنبل، الإمام مالك بن أنس. وغيرهم من الفقهاء الذين كانوا يؤصلون قواعد الشريعة الإسلامية.

ج- عصر الركود والجمود:

ويمتد من نهاية العصر السابق حتى هذا اليوم: في هذا العصر تجزأت الدولة الإسلامية إلى العديد من الأمصار وساد الانحطاط والتفكك وكَثُرَتْ الفتن، فانعكس ذلك على مختلف جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية والعلمية، بحيث بان أثر هذه

الظروف السيئة على الفقه بشكل واضح، إذ جنح الفقهاء إلى التقليد والتزام مذاهب معينة والتعصب لها حيث صار جل اهتمام الفقهاء في هذا العصر ، أن يفهموا مذاهب الأئمة السابقين، وأن يتفقهوا بأصولها دون الخروج عنها، حتى أن العديد منهم نادوا بإغلاق باب الاجتهاد. ويمكن رد ذلك إلى ضعف الثقة بالنفس والتهيب من استنباط قواعد جديدة أو ربما الخشية على الفقه الإسلامي من الفتاوى الباطلة التي لا تقوم على علم أو فقه من أدعياء الاجتهاد[1].

واستمر الأمر على هذا المنوال، لكن يجب الإشارة إلى بعض الومضات الملفتة للنظر التي حاولت بأساليب شتى إعادة الحياة للفقه الإسلامي كمصدر منشئ للقواعد القانونية ولا سيما من خلال اعتماد الأسلوب الحديث المعتمد في الشرائع اللاتينية في عملية تقنين قواعده ولا سيما بداية العصر العثماني الذي هو امتداد لعصر الركود والجمود، وتجلى ذلك في إصدار مجلة الأحكام العدلية عام ١٨٧٧ متضمنة القواعد القانونية الواجبة التطبيق في العلاقات المدنية بين الناس مقتبسة من أحكام الشريعة الإسلامية ومن المذهب الحنفي تحديداً. وبقيت مطبقة في سوريا حتى عام ١٩٤٩ تاريخ نفاذ القانون المدني السوري فقد نص المرسوم التشريعي رقم /٨٤/ تاريخ ١٩٤٩/٥/١٨ في مادته الأولى:

"يطبق اعتباراً من ١٩٤٩/٦/١٥ القانون المدني المرفق بهذا المرسوم التشريعي" ثم جاءت المادة الثانية منه لتنص صراحة على أنه: "تلغى اعتباراً من التاريخ المذكور مجلة الأحكام العدلية...".

وعليه من خلال استقراء نصوص وأحكام الشريعة الإسلامية نجدها صالحة لكل زمان ذلك أن نصوصها اقتصرت على الأحكام الثابتة التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان وتركت ما وراء ذلك للفقهاء المجتهدين يستنبطون ما يرونه مناسباً من قواعد قانونية

١- راجع د. نادية العمري: الاجتهاد في الإسلام، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٨١، ص٢١٩.

للحالات المستجدة ووفقاً لمعايير محددة وبذلك يمكننا القول إن مبادئ الشريعة الإسلامية كافية لأن تفي بما تحتاجه من أحكام متفقة مع تطور الحياة ومتوافقة مع مصالح الناس، ولا ينقصنا سوى العزيمة والإرادة. وقد سجلت مؤتمرات القانون المقارن في العصر الحديث اعترافاً واضحاً بفضل الشريعة الإسلامية وصلاحيتها للتطور واعتبارها مصدراً خصباً للقواعد المدنية، وأخذت القوانين الوضعية في مختلف البلدان العربية تستمد منها الكثير من الأحكام بما في ذلك القانون السوري.

المطلب الثاني

أثر الشريعة الإسلامية في القانون المدني السوري

تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون المدني السوري فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى بأنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية..."[1]. وما يجدر ذكره هنا أن هذه الإحالة الواردة في المادة السابقة هي على المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية وهي ليست محل خلاف بين الفقهاء وليس على الحلول التفصيلية التي قد تتعدد وتتشعب بصددها الآراء بين الفقهاء. أما سبب كون المشرع قد أوجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية قبل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ذلك لأنه ارتأى في مبادئ الشريعة الإسلامية مبادئ ترتكز على أسس ثابتة مسلم بها[2].

ولتحديد أثر مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون السوري لا بد من التفريق بين أمرين اثنين وهما أثره في مسائل الأحوال الشخصية وفي الأمور المدنية.

1- يراعى أن القانون المدني العراقي والمغربي يوردها في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف بخلاف القانون المدني السوري والجزائري والليبي حيث تأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع.

2- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص٢٧٩.

أ- في مسائل الأحوال الشخصية:

تخضع هذه المسائل لقانون الأحوال الشخصية السورية الصادر عام ١٩٥٣، وهذا التشريع مأخوذ بكامله من الشريعة الإسلامية يخضع له المسلمون وغير المسلمين باستثناء المواضيع المعددة في المادة /٣٠٨/ منه، حيث يخضع فيها غير المسلمين إلى أحكام تشريعاتهم الدينية الخاصة بطوائفهم وهي "الخطبة وشروط الزواج وعقده والمتابعة وانفكاك رباطه وفي البائنة والحضانة". كما استثنيت الطوائف الكاثوليكية من الخضوع لقانون الأحوال الشخصية السابق حيث خضعت لأحكام قانون خاص بها في مسائل الأحوال الشخصية وهو القانون رقم (٣٦) تاريخ ٢٠٠٦/٦/١٨[1].

أما بقية الأمور كالنسب والأهلية والنيابة الشرعية والوصية والإرث فيخضع المسلمون وغير المسلمين إلى أحكام واحدة، هي أحكام الشريعة الإسلامية الواردة في قانون الأحوال الشخصية.

ب- في الأمور المدنية:

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني للقواعد القانونية، حيث يتوجب على القاضي أن يلجأ إلى أحكامها عندما لا يجد نصاً في التشريع يمكن تطبيقه على النزاع أو الحالة المعروضة أمامه. وذلك بالنسبة لجميع المسلمين وغير المسلمين على السواء.

ولا يعني ذلك مساساً بمنزلة الشريعة الإسلامية أو تفضيلاً للتشريع عليها ويظهر ذلك جلياً في الدستور السوري لعام ١٩٧٣ إذ راعى هذا الدستور كون الغالبية من العرب المسلمين وإن الإسلام يلعب دوراً بارزاً في حياتنا العامة والخاصة حاضراً ومستقبلاً لذلك جاءت المادة الثالثة منه لتنص على أن دين رئيس الجمهورية الإسلام والفقه الإسلامي مصدر رئيسي للتشريع.

١- نشر في الجريدة الرسمية، الجزء الأول، العدد /٢٦/ لسنة ٢٠٠٦.

وبالإضافة إلى كون مبادئ الشريعة الإسلامية تحتل المرتبة الثانية بين المصادر الرسمية للقانون، فقد تبنى المشرع العديد من الأحكام في الشريعة الإسلامية وقننها في نصوص تشريعية يرجع في تفسيرها إلى أحكام الشريعة الإسلامية المأخوذة منها.

لتوضيح ذلك نورد الأمثلة التالية:

١- نظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في المادة السادسة من القانون المدني السوري. وهي نظرية وضعتها الشريعة الإسلامية منذ ألف وأربعمائة عام ولم يعرفها القانون الروماني ولا القوانين المستمدة منه، ولم يكتشفها الفقهاء الفرنسيون إلا في أواخر القرن التاسع عشر[1].

٢- أحكام التصرفات التي يجريها الشخص المريض مرض الموت الواردة في المادة /٨٧٧/ من القانون المدني السوري.

٣- خيار الرؤية في البيع الوارد في المادة /٣٨٧/ من القانون المدني السوري فهو مأخوذ من الشريعة الإسلامية.

٤- نظرية الظروف الطارئة الواردة في الفقرة الثانية من المادة /١٤٨/ حيث يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. فهذه النظرية مستمدة من الشريعة الإسلامية التي أسندتها إلى نظرية الضرورة. وقد قال الأستاذ ادوار لامبير في مؤتمر القانون المقارن المنعقد في لاهاي سنة ١٩٦٣ عن هذه النظرية ما يلي: "تعبر نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، في جزم وشمول عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام وهي فكرة الضرورة التي تجيز تغيير الاتفاقيات الدولية إذا تغيرت الظروف[2].

٥- وجوب سداد ديون المورث من أموال التركة قبل توزيعها على الورثة.

١- راجع د. علي علي سليمان: المرجع السابق، ص٤٥.

2- راجع د. علي علي سليمان: المرجع السابق، ص٤٧.

٦- أغلب الأحكام المتعلقة بالأهلية.

٧- مسؤولية عديم التمييز عن أعماله الضارة إذا لم يوجد من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول عنه. حكم سبقت إليه الشريعة الإسلامية عملاً بنظرية تحمل التبعة حيث وضعت مبدأ الغرم بالغنم. ولم يعرف القانون الفرنسي هذا الحكم ولم يتقرر في التشريع الفرنسي إلا في سنة ١٩٦٨.

٨- التزامات الجوار ومنها أحكام الحائط المشترك فهي أحكام مستمدة من الشريعة الإسلامية.

هذه مجموعة من الأحكام التي استمدها القانون المدني السوري من مبادئ الشريعة الإسلامية وغيرها كثير مما يدلل على صلاحيتها لكل زمان ومكان.

المبحث الثاني

العرف

La Coutume

كان للعرف قديماً أهمية كبرى كمصدر رسمي للقواعد القانونية، فقد كان هو المصدر الوحيد للقانون في الجماعات البدائية قبل نشوء الدولة حيث اضطر الأفراد تحت ضغط الحاجات والظروف، ونظراً لعدم وجود مشرع يضع أحكام القانون، وينظم الروابط الاجتماعية إلى إيجاد قواعد يخضع لها الكافة، كضوابط لتنظيم علاقاتهم. فالعرف هو أقدم مصادر القانون، وكان يعهد بتطبيقه إلى محكمين يختارهم الخصوم ثم أخذ السلطان أو الحاكم ينشئ محاكم تطبق العرف. وانتهى الأمر بأن أصبح هو ينشئ قواعد قانونية عن طريق الأوامر التي يصدرها للرعية. ومن هذه اللحظة أخذ العرف ينكمش تدريجياً ليترك المجال للتشريع الذي استقرت له الغلبة.

وعلى هذا النحو يبدو أن العرف كانت له فيما مضى أهمية قصوى كمصدر رسمي للقواعد القانونية حتى أن التقنينات الأولى كشريعة حمورابي وتقنين الألواح الإثني

عشر، لم تكن في جملتها إلا مجرد جمع للقواعد العرفية المعمول بها.

إن العرف وإن كان قد تقلص دوره كمصدر رسمي للقواعد القانونية في معظم دول العالم اليوم فلا زالت له أهميته باعتباره مصدراً مادياً أو تاريخياً لكثير من القواعد القانونية. ذلك أن المشرع عند وضعه للنصوص المختلفة كثيراً ما يستلهم العرف السائد الذي يتوافق مع حاجات الجماعة ويعبر تماماً عن رغباتها، وبذلك يصبح العرف هو المصدر التاريخي أو المادي لكثير من النصوص التشريعية.

إذن فالعرف مصدر للقواعد القانونية وإن كانت أهميته كمصدر رسمي قد أصبحت ضئيلة في الوقت الحاضر، لذلك نرى ضرورة دراسته كمحور هام من محاور النظرية العامة للقانون. وعليه نرى تقسيم هذا البحث إلى مطالب أربعة هي:

المطلب الأول: مفهوم العرف

المطلب الثاني: أركان العرف

المطلب الثالث: أساس القوة الملزمة للعرف

المطلب الرابع: منزلة العرف في النظام القانوني السوري

المطلب الأول

مفهوم العرف

نحدد في هذا المطلب مفهوم العرف في الاصطلاح القانوني، ونبين مدى أهميته من خلال توضيح ما يتمتع به من مزايا وعيوب باعتباره مصدراً من مصادر القانون ومن ثم يتفرع هذا المطلب إلى فرعين اثنين هما:

الفرع الأول: تعريف العرف

الفرع الثاني: أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون

الفرع الأول

تعريف العرف

يختلف منشأ العرف عن منشأ التشريع، فهو يتكون من الاستعمال المتكرر والمستمر بشكل اعتيادي في موضوع معين، حيث يتعذر غالباً معرفة مبدئه، أو معرفة الهيئة أو الشخص الذي أوجده، بحيث ينشأ ببطء خلال زمن طويل وبشكل لا يشعر الناس إلا وقد أصبح متأصلاً فيهم قائما في وسطهم الاجتماعي، كما يشعرون أن احترامه وتطبيقه أصبح واجباً غير متنازع فيه، دون سلطان أو إرادة عليا تفرضه.

من هنا يرى بعض الفقهاء بأن القوانين العرفية هي قوانين شعبية تتشكل من تعامل الشعب واستعماله، وتنبثق من طبيعة العلاقات الاجتماعية والحياة الشعبية بخلاف التشريع الذي هو وليد عمل تشريعي وعقل مفكر قام بخلقه وفرضه بإرادته.

ومن هنا يقابل بعض الفقهاء بين العرف والتشريع فيرون أن كلاً منهما يعتبر قاعدة قانونية ملزمة إلا أنهما يختلفان من حيث أن التشريع هو قاعدة قانونية مكتوبة أوجدها المشرع، أما العرف فهو قاعدة قانونية غير مكتوبة أوجدها تعامل الناس اللاشعوري واطراد سلوكهم في مسالة معينة على وجه مخصوص[1].

لكن الاقتصار في تعريف العرف على أنه قانون غير مكتوب قد لا يكون كافياً للوقوف على الخصائص الذاتية للعرف. فإذا كان هذا التعريف كافياً لتمييز العرف عن التشريع، فإنه غير كاف لبيان أوجه الاختلاف بين العرف وبين غيره من مصادر القانون الأخرى.

لذلك يمكن تعريف بأنه مجموعة القواعد التي تنشأ عن اعتياد الناس على إتباع سنة معينة في مسألة محددة فترة من الزمن مع شعورهم بإلزامها قانوناً.

١- راجع د. عدنان القوتلي: المرجع السابق، ص٢٢١-٢٢٢.

الفرع الثاني

أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون

أولاً- دور العرف في فروع القانون المختلفة:

بالرغم من أن العرف يعتبر أحد المصادر الرسمية للقانون فإن دوره يتفاوت تفاوتاً بيناً وملحوظاً في نطاق تطبيقه بين مختلف فروع القانون على النحو الآتي:

١- القانون الجزائي:

لا مجال لتطبيق العرف في القانون الجزائي نظراً لأن للمشرع وحده حق تجريم الأفعال وفرض العقوبات عملاً بالقاعدة التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي وبالتالي عند خلو التشريع من نص يقضي بتجريم فعل والعقاب عليه لا يكون أمام القاضي إلا تبرئة المتهم دون أن يملك حق اللجوء إلى العرف لسد نقص التشريع، وبالتالي تجريم الفعل المرتكب.

وتحرص عادة بعض الدساتير على النص صراحة على هذا المبدأ، كالمادة /٢٩/ من الدستور السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٢٠٨) لعام ١٩٧٣ التي تنص على أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني".

٢- القانون الإداري:

يلعب العرف دوراً بارزاً كمصدر من المصادر الرسمية للقانون الإداري، فهو بالإضافة لكونه المصدر التاريخي للعديد من القواعد الإدارية فإنه يكمل أيضاً النقص في حالة عدم كفاية التشريعات، واللوائح الإدارية. فهو قاعدة قانونية غير مكتوبة جرت السلطة الإدارية على اتباعها في مباشرتها لوظيفتها بصدد حالة معينة فترة من الزمن بحيث تصبح الإدارة والمتعاملين معها ملتزمين باحترامها[1].

١- راجع د. أنور رسلان: القانون الإداري، ١٩٩٩، ص٣٧ وما بعدها.

٣- القانون المدني:

يعتبر العرف وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني مصدراً من المصادر الرسمية للقانون. لكن بالرغم من ذلك فإن دوره في نطاق القانون المدني يتسم بالضعف نظراً لاتساع نطاق النصوص التشريعية المدنية التي تتصف بالإحاطة والشمول. لكن هذا لا ينفي وجوده وأهميته في حسم العديد من النزاعات ذات الطابع المدني.

٤- القانون التجاري:

يبدو أن أثر العرف في نطاق القانون التجاري أكثر شمولية وتنوعاً عما عليه في بقية فروع القانون، ولا سيما أن طبيعة الحياة التجارية تتطلب شيئاً من المرونة والسهولة، وتعتمد على عنصر السرعة والثقة والائتمان.

ومن ثم نرى أن القانون التجاري يترك الكثير من الأمور ليتم تنظيمها بالاستناد إلى ما ينشأ بين فئة التجار من عادات يقوم على أساسها عرف التعامل في هذا الميدان.

٥- القانون الدولي العام:

وهو القانون الذي يحكم العلاقات بين الدول سواء في فترة الحرب، أو السلم، أو في حالة الحياد، ويلعب العرف دوراً أساسياً كمصدر من المصادر الأساسية للقانون الدولي.

٦- القانون الدستوري:

يختلف دور العرف من دولة لأخرى. ففي المملكة المتحدة يعتبر العرف المصدر الأساسي للقانون الدستوري. أما في بقية الدول والتي تعتمد على الدساتير المكتوبة فيتضاءل دور العرف.

ثانياً- مزايا العرف وعيوبه:

لا تتوقف أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون على تأثيره في مختلف فروع القانون بل تتعدى ذلك إلى ما يتمتع به من مزايا وعيوب.

١- مزايا العرف:

من أهم المزايا التي يتمتع بها العرف ما يلي:

آ- ينشأ العرف بطريق التعامل التدريجي بين الناس على سلوك معين بصدد مسألة معينة مع الشعور بإلزاميته، فهو لا يوضع من قبل هيئة تفرض إرادتها بل تتكون قواعده عبر الزمن بصورة تلقائية وعفوية مما يجعل الخضوع لهذه القواعد يتم بصورة عفوية وتلقائية، باعتبارها منبثقة عن المجتمع ذاته.

ب- يمتاز العرف أيضاً بالعفوية والتلقائية في تطور قواعده. فطالما أن القواعد العرفية لا تأتي في قوالب مكتوبة، فهي قواعد يشحذها ويطورها التعامل الحي في نطاق الجماعة مما يجعلها أكثر مسايرة لطبيعة التعامل بين الأفراد فتتطور القواعد العرفية بتطور أحوال الجماعة، وتتغير بتغيرها.

ج- يلعب العرف دوراً مهماً في سد الثغرات التي تتضمنها أحكام التشريع، إذ من المعروف أن التنظيم الكلي لمختلف الروابط داخل الجماعة أمر يستعصي على التشريع مهما بلغ من الدقة والإحاطة. فيبرز هنا دور العرف في تنظيم مسائل لم يتعرض لها التشريع فيسد بذلك نواحي النقص في القانون المكتوب أي في التشريع.

٢- عيوب العرف:

على الرغم مما للعرف من مزايا فإنه، يثير الكثير من العيوب هي:

آ- العرف بطيء في تكوينه بطيء في تطوره، وهو إذا استقر صعب التخلص منه، إلا بعد مضي مدة من الزمن، وذلك رغم تغير الظروف التي أدت إلى نشوئه، وفي خلال هذه المدة يصبح العرف غير متفق مع حاجات الجماعة.

ب- كثيراً ما يختلف العرف في نطاق الدولة الواحدة باختلاف أجزائها المختلفة، مما يؤدي إلى اختلاف القواعد التي تحكم نوعاً واحداً من الروابط الاجتماعية داخل الدولة. وهذا يمهد السبيل لاختلاف القواعد القانونية باختلاف الجهات، مما يتنافى مع صالح الجماعة الذي يتطلب وحدة القانون في جميع أجزاء الدولة.

ج- صعوبة معرفة مضمونه: تثير مسألة عدم صياغة القواعد العرفية في نصوص مكتوبة العديد من الصعوبات سواء تعلق الأمر ببيان ماهيتها، أو تعلق الأمر بمعرفة متى يبدأ سريانها، أو متى ينتهي العمل بها. وهذا يؤدي في كثير من الأحيان إلى قيام منازعات في شأنه.

لكن لا بد من الإشارة إلى أنه بالرغم من هذه العيوب التي قد تضعف أحياناً من قيمة العرف كمصدر من مصادر القانون، إلا أن ذلك لا يعني أنه يمكن الاستغناء عنه، بل نحن بحاجة إليه باستمرار للمساعدة في تنظيم السلوك الاجتماعي إلى جانب التشريع، والمصادر الأخرى للقانون.

ومن أمثلة القواعد العرفية يمكن القول إن هناك اليوم عرف ارتقى إلى مرتبة القاعدة القانونية الملزمة بشأن نظام "البقشيش" أو ما يسمى بالوهبة في المحلات العامة كالفنادق والمطاعم وتحديد مداه ونظام توزيعه.

المطلب الثاني

أركان العرف

يتكون العرف تدريجياً وببطء، فإذا اتبع شخصان قاعدة ما لتنظيم رابطة اجتماعية بينهما، وظهرت صلاحية هذه القاعدة وعدالتها ومطابقتها للظروف ورغبة الجماعة، نرى الآخرين يتبعون نفس القاعدة، مدفوعين في هذا بغريزة التقليد وإتباع المألوف. ثم يعم

استعمل هذه القاعدة بين الناس، ويطرد ويثبت، ويتوارثها جيلاً بعد جيل، ويتولد الشعور بضرورة احترامها وتوقيع الجزاء على من يخالفها.

على هذا النحو يتكون العرف من ركنين اثنين: أولهما ركن مادي وهو العادة أو الاعتياد، والثاني ركن معنوي وهو الشعور بالإلزام.

أولاً- الركن المادي:

الركن المادي هو الاعتياد المستمر طويل الأمد، بمعنى أن هذا الاعتياد لا يتحقق إلا باضطراد العمل به وتواتره بمعزل عن أي تدخل من السلطة السياسية أو التشريعية في الدولة. وبالتالي فإن هذه العادة تنشأ من خلال التعامل في الجماعة بشكل تلقائي وعفوي بحيث يجد الناس بموجبها حكماً معيناً، أو حلاً لمشكلة قانونية معينة لا يوجد فيها نص قانوني معين في زمن معين. فإذا تواترت هذه القاعدة واضطرد العمل بها في نطاق الجماعة تكون عندئذ الركن المادي للعرف نتيجة هذا الاعتياد المتكرر والمستمر والثابت من قبل أفراد الجماعة[1].

و يعتبر إثبات توافر الركن المادي من قبل قاضي الموضوع من المسائل الموضوعية أو الواقعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض[2].

ولكي يصبح العرف مصدراً من مصادر القانون لا بد أن يتوافر ركنه المادي على الشروط التالية:

١- أن يكون عاماً:

طالما أن العرف ينشئ قواعد قانونية شأنه في ذلك شأن التشريع، فلا بد من أن تتوافر صفة العمومية والتجريد في قواعده، بمعنى أن يكون العرف منتشراً على نطاق واسع في الوسط الاجتماعي أو المهني. وليس ضرورياً أن يكون العرف شاملاً جميع أفراد

1- راجع خالد عيد: مرجع سابق، ص١٣٤.

2- راجع عدنان القوتلي: مرجع سابق، ص٢٢٢.

المجتمع بل يكفي أن ينتشر في فئة محدودة أو منطقة معينة باعتبار أنه يمكن أن تنشأ أعراف مهنية أو محلية وهذا هو الشأن بالنسبة للأعراف التي تنشأ بين فئة التجار. بل قد ينشأ العرف من تعود شخص واحد غير معين بذاته على اتباع سنة معينة في مسألة محددة، كما لو اعتاد رئيس الدولة على إصدار قرارات من نوع خاص في مسألة معينة. إذ قد يترتب على هذا أن تتكون قاعدة عرفية تخول رئيس الدولة إصدار مثل تلك القرارات. وتقدير ما إذا كان العرف عاماً أو غير عام، مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضي الموضوع، وليس لمحكمة النقض رقابة عليه بشأنها.

٢- أن يكون قديماً:

بمعنى أن يتواتر العمل به مدة طويلة من الزمن، تكفي لتأكيد ثباته واستقراره في نفوس الناس. والواقع أنه لا يمكن أن نحدد بصورة مسبقة المدة اللازمة لتكوين العرف برقم محدد وثابت، ولذلك يبقى الأمر متروكاً لتقدير قاضي الموضوع ليقدر ذلك حسب الظروف فيما إذا كانت المدة التي استمر عليها السلوك كافية لاعتباره قاعدة قانونية عرفية. ولا رقابة عليه في هذا الشأن من محكمة النقض.

٣- أن يكون مستقراً:

بمعنى أن يتواتر الناس على العمل به بصورة منتظمة غير متقطعة، وبالتالي فهذا الانتظام والاستمرار هو الذي يضفي على العرف صفة الاستقرار. وتقدير قيام هذا الشرط هو أيضاً متروك لقاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك.

٤- أن لا يكون مخالفاً النظام العام أو الآداب العامة:

الواقع أن هذا الشرط نظري، إذ لا يتصور عملياً أن يستقر العرف وتتوفر له أركانه في حين أنه مخالف للنظام العام والآداب العامة. ولكن يمكن مع ذلك أن نتصور حدوث تطور في فكرة النظام العام "وهي كما عرفنا متغيرة من حيث الزمان والمكان"

بحيث يصبح العرف الذي كان فيما مضى متفقاً مع النظام العـام خارجـاً عنـه. ويترتـب على ذلك عدم الاعتداد به كعادة الأخذ بالثأر.

يلاحظ أن الشروط الثلاثة الأولى: العمومية والقدم والاستقرار تعتبر من الأمور الموضوعية، أو الواقعية التي يستقل في تقديرها قاضي الموضوع وتقديره في ذلـك تقـدير مطلق لا يخضع لرقابة محكمة النقض. أما الشرط الأخير وهو عدم مخالفـة النظـام العـام والآداب العامة فيعتبر من المسائل القانونية التي يخضع فيها تقدير قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض.

ثانياً- الركن المعنوي:

لا يكفي اضطراد العمل وتواتره على قاعدة معينة لأن تصبح هذه القاعدة عرفـاً بل لا بد من توافر الركن المعنوي أي شعور الأشخاص الذين يتبعون هذه القاعدة بأنها قاعدة واجبة الاحترام تماماً كما تحترم القاعدة القانونية أو بمعنى آخر شـعور الأشـخاص بأن هذه القاعدة ملزمة شم قانوناً.فالركن المعنوي هو الذي يحول الاعتياد المادي إلى قاعدة قانونية. ومهما استقرت قاعدة ما لا يمكن أن تخلق قاعدة قانونية مصدرها العرف إلا إذا توافر الشعور بأنها قاعدة قانونية ملزمة يجب احترامها وتوقيع الجزاء على مـن يخالفهـا. وعلى ذلك فتقديم الهدايا في بعض المناسبات كالزواج وأعيـاد المـيلاد يمثـل عـادة قديمـة ومستقرة وعامة ومع ذلك لم تنشأ قاعدة قانونية ملزمة مصدرها العـرف لأن الثابـت أن الناس يتبعونها لمجرد المجاملة دون أن يستقر في الأذهان الشعور بوجوب احترامها.

التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية:

أشرنا إلى أن العرف هو مجموعة القواعد التي تنشأ عن اعتياد الناس على اتبـاع سنة معينة في مسألة محددة مع شعورهم بإلزامها قانوناً. أما العـادة الاتفاقيـة فهـي تلـك القاعدة التي تعارف الناس على إتباعها في تنفيذ عقودهم وتفسيرها دون أن يعتقدوا بأن

لها قوة ملزمة بذاتها كالعادة التي جرى عليها الناس في أكثر المدن في أن يتحمل المؤجر ثمن المياه التي يستهلكه المستأجر.

فالعادة عرف ناقص ذلك لأنها يتوافر فيها الركن المادي للعرف – وهو كونها قديمة عامة مستقرة وغير مخالفة للنظام العام – دون الركن المعنوي الذي يتخلف فيها لعدم شعور الناس بضرورة احترامها.

فالعادة مجرد واقعة مادية تتبع عادة دون أن تكون لها القوة على إلزام أي فرد بأحكامها إلا إذا أراد الفرد هو نفسه أن يلتزم بها شريطة أن تظهر هذه الإرادة بشكل صريح أو ضمني، فعندئذ لا يكون إلزام الفرد بها نتيجة وجودها كقاعدة قانونية لها قوة ذاتية ملزمة كالعرف، بل يكون الإلزام فيها نتيجة قبول الفرد باتباعها بمحض إرادته ورضاه. ويعني هذا أن القوة الملزمة للعادة لا تقوم على أساس القوة الذاتية الكامنة فيها ككل قاعدة قانونية، بل تقوم على أساس إرادة المتعاقدين واتفاقهم على تنظيم علاقاتهم وفقاً لها. لذلك تسمى بالعادة الاتفاقية دلالة على أنها لا تطبق إلا إذا ثبت للقاضي أن المتعاقدين قصدا إتباع حكمها، وقد يكون ذلك صراحة في العقد، كما قد يكون ضمناً، إذا اتضح من ظروف العقد وملابساته أن قصد المتعاقدين قد انصرف إلى تطبيقها. ويقصد من ظروف العقد مكانه وزمانه والغرض منه ومركز المتعاقدين إلى غير ذلك من ملابسات العقد الخاصة. فمثلاً إذا أجر شخص منزلاً للسكن وكانت العادة قد جرت في الجهة على أن المؤجر يدفع ثمن المياه وكان المؤجر والمستأجر عالمين بهذه العادة فإن حكمها يطبق عليهما، ولو لم ينصا صراحة في عقد الإيجار على تطبيقها وذلك لأنه يفهم من ظروف الحال أن كلاً منهما قد قصد ذلك.

ووفقاً لما تقدم لا يجوز الأخذ بالعادة الاتفاقية إلا إذا اتجهت إليها إرادة الأفراد في تنظيم عقودهم وتفسيرها سواء بشكل صريح، أو بشكل ضمني. فإذا لم يتحقق ذلك فلا يمكن إلزام الأفراد بأحكامها. واستناداً لذلك تختلف العادة الاتفاقية عن القاعدة

القانونية التكميلية من حيث أن العادة الاتفاقية لا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتفقا على إتباعها إما صراحة أو ضمناً. في حين أن القاعدة القانونية التكميلية أو المفسرة ملزمة للأفراد ويجب تطبيقها عليهم، إلا إذا اتفقوا على استبعاد حكمها. كالقاعدة التي تقضي بأن الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع (المادة ٤٢٥ ق.م.س). فالقاعدة التكميلية هي إذاً ملزمة ولا تحتاج إلى اتفاق الطرفين على إتباعها، كل ما في الأمر أن هذين الطرفين يستطيعان جعلها غير نافذة، إذا اتفقا على خلافها.

فالفرق إذاً يتلخص بالآتي: القاعدة القانونية المكملة واجبة الإتباع ما لم يتفق على استبعاد حكمها، أما العادة الاتفاقية فهي غير ملزمة إلا إذا قصد الأفراد الأخذ بها صراحة أو ضمناً.

ويترتب على التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية نتائج متعددة أهمها ما يلي:

١- يعتبر العرف قاعدة قانونية لذلك يفترض العلم به كما يفترض العلم بأي قاعدة قانونية، ولا يقبل من أحد أن يحتج بجهله للعرف. أما العادة الاتفاقية فهي واقعة مادية ترتكز في قوتها الإلزامية على إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية وبالتالي يستطيع أحد المتعاقدين أو كلاهما الاحتجاج بالجهل بهذه العادة ويكون هذا الاحتجاج سليماً وصحيحاً.

٢- العرف باعتباره قاعدة قانونية لا يكلف الخصوم بإثباته بل يفترض علم القاضي به وتطبيقه من تلقاء نفسه. بالرغم من أن القاضي قد يلجأ من الناحية العلمية إلى الاسترشاد بأهل الخبرة والاختصاص لمعرفته والوقوف عليه لتحديد معناه وبيان حكمه. أما العادة الاتفاقية فلا يفترض بالقاضي العلم بها فيجب على الخصوم التمسك بها وأن يقوم ذو المصلحة بإثباتها. فعلى من يتمسك بها أن يثبت أولاً وجود العادة الاتفاقية، ثم ينتقل بعد ذلك إلى إثبات انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بأحكامها.

٣- يخضع القاضي في تطبيقه للقاعدة العرفية لرقابة محكمة النقض، لأن القاعدة العرفية ليست إلا قاعدة قانونية ويدخل في وظيفة محكمة النقض التثبت من صحة تطبيق قاضي الموضوع لها أما العادة الاتفاقية فهي مجرد واقعة مادية، إذا أخطأ القاضي في تطبيقها إنما يخطئ في مجرد الوقائع لا في القانون ولا يخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض.

ويلاحظ أن المشرع كثيراً ما يحيل على حكم العادة الاتفاقية، ومن أمثلة ذلك ما ورد في شأن تفسير العقد في الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من القانون المدني حيث تنص على أنه: "إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

كما تنص المادة ٤٣٢ من القانون المدني على أن: "نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

كما تنص المادة ٢٣٣ من القانون المدني على أنه: "لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية".

ويلاحظ أن المشرع هنا قد خلط بين العرف والعادة فاستعمل لفظ العرف بدل لفظ العادة وقد سلك هذا الموقف في نصوص تشريعية كثيرة.

كما يلاحظ أيضاً أنه في الأحوال التي يحيل فيها التشريع على حكم العادة الاتفاقية كما هو الحال في الأمثلة السابقة، تعتبر العادة الاتفاقية ملزمة، وتستمد إلزامها من إحالة التشريع عليها، وإشارته بوجوب تطبيقها ولو لم يثبت انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها على أنه يجوز للأفراد مع ذلك الاتفاق على مخالفتها واستبعاد حكمها، ولذلك فهي لا تطبق إلا إذا لم يثبت أن المتعاقدين قد اتفقا على الخروج عليها.

المطلب الثالث

أساس القوة الملزمة للعرف

من المسلم به أن للعرف قوة قانونية ملزمة، عند استكمال ركنيه المادي والمعنوي. وقد تعددت المذاهب، مع ذلك، بشأن تحديد الأساس الذي ينبني عليه العرف كمصدر رسمي من مصادر القانون. وسنعرض فيما يلي لهذه المذاهب.

أولاً- الإرادة الضمنية للمشرع هي أساس القوة الملزمة للعرف:

يتلاقى هذا الرأي مع المذهب الشكلي في تفسير أساس القانون إذ يذهب أنصار هذا المذهب إلى اعتبار القانون وليد إرادة الدولة ومشيئتها، حيث لا يتصور وجود قاعدة قانونية دون أن تستند إلى هذه الإرادة. ووفقاً لذلك فإن أساس القوة الملزمة للعرف يتجلى في كفالة الدولة له وتأييدها له بقوتها المادية إذا اقتضى الأمر ذلك وطالما أن المشرع رضي قيام العرف وتطبيقه فإن مجرد هذا الرضا يؤدي إلى اعتبار العرف ملزماً، لأنه يعتبر صادراً عن الإرادة الضمنية للمشرع، كما يصدر التشريع معبراً عن الإرادة الصريحة له.

أو بمعنى آخر، طالما أن المشرع لم يعترض على القاعدة العرفية بل يكفل احترامها وضمان الالتزام بتطبيقها بقوة المزيد المادي للدولة فيعني ذلك أن إرادته تنصرف ضمنياً إلى إقرارها. وقد ساد هذا الرأي ابتداءً من القرون الوسطى واستمر بعد ذلك طوال القرن التاسع عشر.

ويؤخذ على هذا الرأي إنكاره لحقيقة ثابتة تاريخية تتمثل في أن العرف أسبق في وجوده من التشريع وبالتالي لا يمكن إرجاع مصدر عريق للقانون إلى مصدر أقل منه عراقة فأصحاب هذا الرأي لا يحاولون في حقيقة الأمر تفسير أساس القوة الملزمة للعرف بقدر ما يستهدفون تجميع سلطات الدولة كلها في جهاز واحد أو في يد شخص واحد[1].

1- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٤٥.

كما أن الواقع الاجتماعي والتاريخي يدحض هذا الطرح، لأنه لو سلمنا جدلاً بأن إرادة المشرع هي التي تضفي على العرف قوته الإلزامية لما كان للعرف وجود في نطاق الجماعات البدائية الأولى التي لم يكن للمشرع أي دور فيها، والتي نظمت علاقاتها على أساس القواعد العرفية.

خلاصة القول إن هذا الرأي لا يصلح لتفسير أساس القوة الملزمة للعرف وربما كانت الغاية منه تعزيز وتجميع السلطات العامة في الدولة في يد الحاكم الفرد، أو في جهاز واحد.

ثانياً- الضمير الجماعي أساس القوة الملزمة للعرف:

يلاحظ أن هذا الرأي يلتقي مع التصور العام الذي يقوم على أساسه منظور المذهب التاريخي لأساس القاعدة القانونية إذ بموجب هذا الرأي ينشأ العرف ويتطور آلياً نتيجة ما يتفاعل في ضمير الجماعة عبر العصور من عوامل مختلفة تؤدي إلى اعتبار العرف الوسيلة الرئيسية المباشرة والتلقائية في التعبير عن الضمير الجماعي، وبذلك يستند العرف في قوته الإلزامية إلى هذا الضمير. وهو من هذه الزاوية يفضل على التشريع الذي يعتبر تعبيراً غير مباشر عن هذا الضمير.

يؤخذ على هذا الرأي، انه بالرغم من الأهمية التي اكتسبها نتيجة إبرازه لدور العرف كمصدر من مصادر القانون إلا أنه لا يكفي وحده لتفسير أساس قوة العرف الملزمة، استناداً لما يكتنف فكرة الضمير الجماعي من غموض، وعدم تحديد، فهي فكرة غير واضحة المضمون والمعالم. فضلاً عن أن دور القانون لا يجوز أن يكون مجرد محاكاة للواقع الاجتماعي بل لابد من إبراز دور الإرادة الواعية التي تعمل على تطوير المجتمع من خلال ما تصدره من قواعد قانونية يمكن أن تأخذ بيد الجماعة لمزيد من التقدم والازدهار متخطية الظروف التي تعيشها لتحقيق حياة أفضل[1].

1- راجع د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن: المرجع السابق، ص ١١٥.

ثالثاً- تطبيق المحاكم للعرف هو أساس القوة الملزمة فيه:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن تطبيق القضاء للعرف هو الذي يضفي عليه القوة الملزمة. فالعرف – وفقاً لهذا الرأي – لا ينشأ بصورة عفوية تلقائية إذ لا قيمة عملية، أو قانونية له إلا إذا طبقته المحاكم على ما يثار أمامها من منازعات.

يلاحظ أن أنصار هذه المدرسة هم كثر وعديدون. ليس فقط في نطاق النظام القانوني الإنجليزي الذي يقوم أساساً على نظام السوابق القضائية، بل يتجاوز ذلك ليجد من يؤيده في نطاق الفقه الفرنسي بالرغم من خلو القانون الفرنسي من نظام السوابق القضائية.

ولعل من أبرز الفقهاء الفرنسيين الذين تبنوا هذا الرأي الفقيه لامبير حيث عمد بداية إلى التقليل من أهمية النظرية التقليدية، فأطلق عليها اسم النظرية الرومانية الكنسية مستهدفاً إثبات أنها من صنع القانون الروماني والقانون الكنسي، وهي بذلك تعتبر من النظريات التاريخية التي يمكن دحضها، إذا تبين بطلان أساسها. وقد عمل لامبير على دحض هذه النظرية – أي التاريخية – على أساس دراسة مقارنة مع الكثير من النظم القانونية.

وانتهى من هذه الدراسة إلى أن العرف لا يتكون بالاعتياد الشعبي ولكنه يتكون من الأحكام التي يصدرها القضاة، الذين كانوا قضاة كهنة في النظم القانونية القديمة، يستمدون سلطتهم من صفتهم الدينية المقدسة[1].

وبالتالي فإن قبول الجماعة لأية قاعدة قانونية لا يتحقق بصورة آلية عفوية، لأن مصالح الأفراد بطبيعتها مصالح مختلفة مما يدفعهم لاتخاذ مواقف متباينة بشأن القواعد التي يفترض أن تحكم علاقاتهم، مما يفرض ضرورة تدخل سلطة اجتماعية هي السلطة القضائية للتوفيق بين هذه المصالح، بالاستناد إلى قاعدة معينة، فإذا تكررت أحكام السلطة

1- راجع سمير عبد الستار تناغو: المرجع السابق، ص٤٥٣.

القضائية في نفس الاتجاه واستقرت على القواعد الواجبة التطبيق كان قولها الفصل الذي يخضع الجميع لحكمه سواء أكان هذا الخضوع خضوعاً باقتناع أو خضوعاً باستسلام أمام الحجة الملزمة الصادرة عن القضاء المستقر. ويؤدي ذلك إلى أن قبول الأفراد العمل بالقاعدة العرفية لا يكون إلا في مرحلة لاحقة لمرحلة حكم القضاء في هذه القاعدة واستقراره عليها.

ولا ينفي هذا التصور أن يلجأ القضاء قبل الحكم بالقاعدة القانونية إلى استلهام الاتجاهات والأفكار السائدة في المجتمع. إذ بالرغم من ذلك يبقى له وحده سلطة إعطاء وصف القواعد القانونية لما يوجد في الجماعة من عادات. فالقضاء هو أساس القوة الملزمة للعرف[1].

يلاحظ في هذا الرأي أنه لا يستند إلى أساس منطق سليم وقوي إذ يتضح أن هناك العديد من القواعد العرفية التي هي بمثابة قواعد قانونية ملزمة قبل تدخل القضاء ونذكر في هذا الصدد على سبيل المثال لا الحصر قواعد العرف المهني.

وكذلك فإن هناك العديد من القواعد العرفية التي لم تتاح لها فرصة التطبيق أمام القضاء، ومع ذلك لم ينقص هذا الأمر من قيمتها كقاعدة قانونية ملزمة. ومن جهة أخرى يلاحظ أن وظيفة القضاء هي تطبيق القانون ويقتضي ذلك أن ينشأ القانون بمعزل عن القضاء، وقبل تدخله إذ ليس من المنطق السليم أن تكون القواعد التي يطبقها القضاء على منازعات الأفراد هي نفس القواعد التي يضعها القضاء نفسه. فإذا رفع الأمر إلى القضاء وصدر الحكم استناداً إلى العرف فإن القضاء يحكم بموجب قاعدة قانونية عرفية موجودة أصلاً ومن ثم يكون دور القضاء في نطاق العرف دوراً معلناً وكاشفاً لا دوراً منشئاً.

1- راجع خالد عيد: المرجع السابق، ص١٣٨ وما بعدها. وحسن كيرة: المرجع السابق، ص٢٨٧.

وبالتالي عندما يقوم القاضي بتطبيق العرف فهو لا يخلقه، إذ أن وظيفة القاضي الأصلية إنما تتمثل في تطبيق القانون أياً كان مصدره. وهو لا يطبق العرف إلا إذا استكمل أركانه وشروطه كقاعدة قانونية. ويتوجب على القاضي العلم بالقانون وتطبيقه وسواء بذل في تحقيق ذلك مجهوداً كبيراً كما هو الشأن بالنسبة للعرف أو بذل مجهوداً ضئيلاً كما هو الشان بالنسبة للتشريع فإن المجهود الذي يبذله في العلم بالقاعدة القانونية وتفسيرها وتطبيقها لا يجعل منه خالقاً لهذه القاعدة[1].

يتضح مما سبق أنه من غير المنطق القول بأن العرف يوجد لأن المحاكم تطبقه بل المنطق القول بأن المحاكم تطبقه لأنه موجود أصلاً كقاعدة قانونية ملزمة.

رابعاً- القوة الذاتية لإلزام العرف:

إن ما ذكرناه سابقاً من نظريات غير كافية بحد ذاتها لتفسير أساس القوة الملزمة للعرف، إذ أنها في غالبيتها تنتهي إلى نتائج متطرفة لا يمكن قبولها.

ففي الواقع إن القوة الإلزامية للعرف لا ترجع إلى إرادة المشرع، ولا إلى الضمير الجماعي، أو أحكام القضاء، فهو من ناحية ينبع من الضرورات الاجتماعية التي تفرض وجودها كمصدر من مصادر القانون. فطالما أن المشرع لا يستطيع الإحاطة بكل العلاقات والوقائع التي تحتاج لتنظيم سواء من حيث الزمان، أو المكان. بات من الضروري البحث عن مصدر آخر لتلافي هذا النقص في التشريع الذي لا يمكن أن ننكر وجوده حتى في المجتمعات الأكثر تقدماً ورقياً وبالتالي فإن العرف يستمد قوته من ذاته، أو بمعنى آخر إن القوة الملزمة للعرف، إنما هي قوة ذاتية تكمن فيه وتستند في وجودها إلى الضرورة الاجتماعية التي تحتم أن يكون العرف مصدراً أصلياً من مصادر القانون، يستقل عن التشريع، ويستند إلى نفس الأسباب التي تفرض وجود القاعدة القانونية في التشريع[2].

1- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٤٥٤.

2- هناك من يرى بأن اعتبار العرف تعبيرا عن سلطة الدولة لا يغني أن العرف يستمد قوته من ذاته. فالقول بأن العرف له قوة ذاتية هو في الواقع عدول عن وضع أي نظرية عن أسس القوة الملزمة للعرف.

ومن ناحية أخرى فإن هناك مجموعة من الاعتبارات تسهم في تدعيم القوة الإلزامية الذاتية للعرف سواء تعلق الأمر بمقتضيات الأمن والاستقرار في المعاملات بين الأفراد في المجتمع، أو ما تفرضه طبيعة الإنسان من احترام للسنن التي جرى على إتباعها فترة طويلة من الزمن.

المطلب الرابع

منزلة العرف في النظام القانوني السوري

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني على أنه: "إذ لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

وطبقاً لهذه الفقرة لا خلاف في القانون المدني السوري على تقدم منزلة التشريع على العرف. وبالتالي لا تثور مشكلة تحديد دور كل مصدر من مصادر القانون، بالنسبة لغيره من المصادر الأخرى طالما أن هذه الفقرة قد وضعت قواعد لتدرج مصادر القانون، وجاء العرف متخلفاً عن التشريع. وبذلك يغدو العرف وفقاً للقانون السوري مصدراً رسمياً احتياطياً لا يمكن اللجوء إليه إلا في حال نقص النصوص التشريعية.

ويمكننا هنا أن نطرح مجموعة من التساؤلات لعل أهمها فيما إذا كان يجوز للعرف أن يخالف التشريع أو يلغيه؟. وللإجابة على ذلك لا بد من التفريق بين حالتين اثنتين:

١- قدرة العرف على إلغاء التشريع.

٢- قدرة العرف على مخالفة التشريع.

والصحيح أن العرف لا يستمد قوته من ذاته ولكنه يستمدها من سلطة الدولة. وهو بعد أن يستمد قوته من الدولة تصبح له قوة ذاتية. أو إذا شئنا قوة مستقلة بالنسبة لمصادر القانون الأخرى كالتشريع والقضاء.

راجع سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٤٦٤.

أولاً- عدم إمكانية إلغاء التشريع بالعرف:

تنص المادة الثانية من القانون المدني على أنه: "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع".

يعني ذلك أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع مثله سواء كان ذلك الإلغاء صريحاً، أو ضمنياً. ويستتبع ذلك عدم إمكانية إلغاء النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق.وفي هذا الصدد يطرح تساؤل آخر يتمثل في بيان ما إذا كان يجوز اعتبار عدم تطبيق نص تشريعي معين من قبيل الإلغاء؟

في الواقع لا يجوز إلغاء التشريع بعدم التطبيق والاستعمال انطلاقاً من فكرة أساسية تتلخص في أن عدم الاستعمال مدة طويلة من الزمن يولد عرفاً سلبياً. والمادة الثانية من القانون المدني تنص صراحة على أنه: "لا يجوز إلغاء التشريع إلا بتشريع لاحق وبالتالي لا يصبح النص التشريعي ملغى لعدم استعماله".

ثانياً- قدرة العرف على مخالفة التشريع:

نرى أنه من الضروري بداية أن نحدد المقصود بمخالفة العرف للتشريع، فالثابت أنه يقصد بالمخالفة هنا أن يكون التشريع هو المصدر الأول للقانون حيث توجد قاعدة تشريعية لحل القضية موضوع النزاع ويجب أن تكون قد توافرت شروط انطباق حكم القاعدة، وفي نفس الوقت يوجد حل في العرف، ولكنه يخالف الحل الوارد في التشريع.

لكن قبل الخوض في تفاصيل الإشكالية السابقة، لا بد من أن نتساءل عن تفسير قيام المشرع في العديد من الحالات بوضع نصوص تشريعية تنص صراحة على تطبيق العرف المخالف لمضمون النص التشريعي.

كالمادة /٦٢٢/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه: "يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك".

ويذهب الفقهاء، في ذلك أنه لا يوجد بهذا الشأن مخالفة أو تعارض بين النص التشريعي والعرف، بمجرد أن المشرع قد قام بتعديل في ترتيب مصادر القانون. بمعنى أن القاضي إذا أراد أن يبحث عن حل النزاع فعليه أن يلجأ أولاً للعرف، فإذا لم يجد فيطبق التشريع. والمشرع يملك هذا الحق. وهذا يعتبر تعديلاً لنص المادة الأولى من القانون المدني حيث تصبح الأسبقية للعرف بصدد هذه الإحالة.نعود الآن للإجابة على التساؤل الأساسي والمتمثل في مدى قدرة العرف على مخالفة النص التشريعي. والمخالفة هنا تأخذ صورة من صورتين:

فهي إما أن تكون مخالفة لنص تشريعي مكمل أو مفسر.

أو أن تكون مخالفة لنص تشريعي آمر.

١- مخالفة العرف لنص تشريعي مكمل أو مفسر:

في الواقع لا داعي، في هذا الصدد، للتفرقة بين العرف المدني والعرف التجاري إذ في الحالتين يجوز للعرف مخالفة النصوص التشريعية المفسرة فكما يجوز الخروج عليها بمقتضى الاتفاق بين المتعاقدين، فإنه يجوز الخروج عليها أيضاً بمقتضى العرف. وقد كان نص المادة الرابعة من القانون التجاري السوري واضحاً بهذا الصدد ومانعاً لأي جدل، كما هو الحال بصدد العرف المدني. فقد نصت هذه المادة على أنه: "على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبق العرف المتوطد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف، أو كان العرف متعارضاً مع النصوص التشريعية الإلزامية". يتضح من هذا النص وبمفهوم المخالفة أن العرف إذا لم يكن متعارضاً مع النصوص الآمرة وإنما كان فقط متعارضاً مع النصوص التشريعية التكميلية فإن من الواجب تطبيقه[1].

١- راجع د. هشام القاسم: المرجع السابق، ص٢٢٥.

٢- مخالفة العرف لنص تشريعي آمر:

لا يجوز أن يخالف العرف النص التشريعي الآمر لأن في ذلك مخالفة صريحة لقواعد تدرج مصادر القانون، سواء تلك المحددة في نص المادة الأولى من القانون المدني، أو نص المادة الرابعة من القانون التجاري السوري.

أما ما أثير بصدد مخالفة العرف التجاري لنص آمر في القانون المدني فإن ذلك لا يعني تغليب العرف على التشريع بل هو من قبيل إعمال مبدأ أن الخاص يقيد العام فإذا كان العرف التجاري يطبق أولاً قبل الرجوع إلى نصوص القانون المدني، فمرد ذلك أن قواعد هذا الأخير هي قواعد عامة، فيما يتعلق بتنظيم العلاقات التجارية، أما قواعد القانون التجاري فهي قواعد خاصة.

وبناء على ذلك، إذا وجد حكم في القانون التجاري فإنه يطبق أولاً دون أن تكون هناك ضرورة للرجوع لنصوص القانون المدني، يستوي في ذلك أن تكون القاعدة القانونية التجارية مصدرها التشريع، أو العرف، لأننا في الحالتين نكون أمام نص خاص يقيد النص العام الوارد في القانون المدني.

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أنه بالرغم من تفوق التشريع على العرف إلا أننا لا بد من الاهتمام بدراسته لأنه كان وما يزال يعتبر مصدراً رسمياً من مصادر القانون.

المبحث الثالث

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

إذا استنفد القاضي كل المصادر السابقة، دون أن يجد فيها الحل اللازم للحالة المعروضة أمامه، لم يكن في إمكانه أن يمتنع عن القضاء، لأن ذلك يعتبر جريمة يعاقب عليها، هي جريمة النكول عن القضاء أو إنكار العدالة.

إذاً يتوجب على القاضي أن يحكم في كل نزاع يعرض عليه، ويلزم تبعاً لذلك أن يوجد لديه إلى جانب التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف، وهي مصادر تتضمن

حلولاً وضعية معينة مصدر رسمي آخر لا يشتمل على قواعد وأحكام معينة محصورة، وإنما يقوم على أسس عامة تهيمن على النظام القانوني بكامله، وتعتبر المثل الأعلى الذي يجب على الشرائع المختلفة أن تحتذيه ليتحقق لها الكمال. فهو مصدر غير محدود يستلهم القاضي مبادئه في كل الحالات التي لا يجد فيها حكماً في التشريع، ومبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف.

هذا المصدر هو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ويقصد به مجموعة المبادئ العامة الجوهرية التي يقوم على أساسها النظام القانوني كله، وتستنبط منها الحلول العادلة التي يمكن وضعها للحالات الخاصة. وهذه المبادئ يكشف عنها ضمير الإنسان وعقله، وهي تكون في مجموعها المثل العليا التي يجب على القانون الوضعي أن يحاذيها ويقترب منها حتى يتحقق له الكمال. وبعبارة أخرى، القانون الطبيعي هو فكرة يلهم الإنسان وتوجهه في مجهوداته المتواصلة لتحسين النظام الاجتماعي وهو مثل أعلى يسعى المشرع والقاضي والفقيه لتحقيقه في المجتمع.

أما فكرة العدالة: فليس المقصود منها المساواة الفعلية التامة، لأن القانون لا يعنى إلا بالأوضاع الغالبة في الحياة وبذلك لا يحقق إلا مساواة نسبية. فمثلاً ينص القانون المدني على أن كل شخص قد بلغ سن الرشد يعتبر أهلاً للتعاقد. فهو يسوي بين جميع الأشخاص المتمين ١٨ سنة، ويفترض فيهم الخبرة واكتمال الإدراك. في حين أن من للأشخاص من قد تتوافر لديهم الخبرة والأهلية قبل إتمام ١٨ سنة، ومنهم من لا يتوافر لهم ذلك حتى عند إتمام هذا السن. ولكن هذه حالات فردية لا يعنى بها المشرع، بل هو يأخذ بالغالب من الأمور، حتى يحقق النظام في المجتمع والاستقرار في المعاملات. ولو أراد المشرع تحقيق المساواة الفعلية بين الأفراد لما نص على تحديد سن الرشد ولترك الأمر للقاضي يبحث في كل حالة على حدة، ليقرر ما إذا كان الشخص أهلاً للتعاقد أم لا. ولكنه لو فعل ذلك، لبث الاضطراب وأشاع الفوضى في المعاملات.

يتضح مما سبق أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر رسمي من مصادر القانون يختلف عن المصادر الرسمية السابق ذكرها إذ أنه لا يرد القاضي إلى ضوابط وأحكام محددة وإنما يحيله على مبادئ وأسس عامة. ولهذا كان الدور الذي يقوم به القاضي في استنباط الحلول الوضعية للحالات المعروضة أمامه عن طريق تطبيق القانون الطبيعي وقواعد العدالة. إذ أن القاضي يكاد يكون مشرعاً فهو وإن كان يستمد الحلول من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إلا أنه هو الذي يحدد ما يراه مطابقاً لهذه القواعد.

هذا وقد لجأ القضاء وما زال يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لتنظيم المسائل التي قصر القانون عن مواجهتها.

ويلاحظ أن القانون المدني السوري تأييداً منه للنص العام الوارد في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه أحال بنصوص خاصة إلى مقتضيات العدالة في حالات متعددة.

فالفقرة الثانية من المادة /١٤٨/ ق.م.س تنص على أن: "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

والفقرة الأولى من المادة /٦٤٨/ ق.م.س تقضي بأنه "إذا لم تنص العقود الفردية أو العقود الجماعية أو نظام المعمل أو النظام الأساسي للعمال على الأجر الذي يلتزم به صاحب المعمل، أخذ بالأجر المقدر لعمل من ذات النوع إن وجد، وإلا قدر الأجر طبقاً لعرف المهنة وعرف الجهة التي يؤدى فيها العمل، فإذا لم يوجد عرف تولى القاضي تقدير الأجر وفقاً لمقتضيات العدالة".

وأيضاً الفقرة الثالثة من المادة /٦٥٤/ ق.م.س تنص على أنه: "إذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية جاز للعامل في الحالات المنصوص عليها في الفقرات السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة...".

يستفاد من ذلك أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تلعب دوراً مباشراً سواء في ميدان التشريع أو في ميدان القضاء.

ففي ميدان التشريع: فإنها ترشد المشرع إلى الأسس والمبادئ التي تحقق العدالة في ذاتها والتي يتوجب عليه أن يصوغ في ضوئها نصوص وأحكام التشريع. أما في ميدان القضاء فهي تلهم القاضي وتوحي بالحلول العادلة التي يتوجب عليه تطبيقها في أحكامه عند عدم وجود حلول يستمدها من المصادر الرسمية الأخرى للقانون.

الفصل الثالث

المصادر التفسيرية

الاجتهاد القضائي وآراء الفقهاء

متى وجدت القاعدة القانونية مستقاة من مصدر من المصادر الرسمية السابقة، كثيراً ما يحتاج الأمر في تطبيقها على الحالات الواقعية إلى تفسيرها حتى يتبين مضمونها ويتحدد نطاقها. ويقوم القضاء والفقه كلاهما بتوضيح مضمون القواعد القانونية وتحديد نطاقها. ولذلك يطلق عليها اسم المصادر التفسيرية للقانون.

وبناءً على ذلك سنتكلم أولاً عن القضاء، ثم الفقه.

المبحث الأول

الاجتهاد القضائي

La jurisprudence

ينصرف اصطلاح القضاء إلى السلطة العامة التي تتولى تطبيق القانون، أي السلطة القضائية. وتتمثل في مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة والتي يوكل إليها مهمة تطبيق القانون.

كما ينصرف اصطلاح القضاء إلى مجموع الأحكام الصادرة عن المحاكم بصدد المنازعات المرفوعة إليها.

إلا أن المقصود بالاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر القانون في مفهومه الحديث هو مجموع القواعد الموضوعية التي تستنبط من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها في كافة القضايا التي تتولى أمر النظر فيها.

أي أن المحاكم تستقر أحكامها ويطرد رأيها على احترام قاعدة معينة، بحيث يتبع نفس الحل كلما توافرت شروط انطباق هذه القاعدة، وبذلك يتوافر للقاعدة التي جرى القضاء على احترامها ما تتميز به القاعدة القانونية من صفة العمومية والتجريد.

لقد كانت وما تزال مشكلة البحث في دور القضاء كمنشئ للقواعد القانونية بين المشكلات الأساسية لعلم القانون. حيث أصبح من التساؤلات المعروفة في كتب فلسفة القانون، ذلك التساؤل الذي يبدو للوهلة الأولى غاية في السهولة والبساطة. ألا وهو: هل يصنع القاضي القانون أم يقتصر دوره على تطبيقه[1].

في الواقع لم يكن من المتصور إثارة مسألة إنشاء القضاء للقواعد القانونية لو أن التشريع جاء كاملاً لا يشوبه النقص أو الغموض. فلو افترضنا كمال التشريع أو بعبارة أخرى قدرة التشريع على إيجاد القواعد اللازمة لحل المنازعات كافة، لما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء، بل لاقتصر دور القضاء على مباشرة وظيفته الأصلية وهي النطق بالقواعد العامة لحل تلك المنازعات.

لكن الفكر القانوني أدرك منذ القديم أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً، إذ يشوبه النقص حتماً كنتيجة طبيعية للنقص الكامن في طبيعة الإنسان، فكل عمل إنساني يحتمل أن يكون مشوباً بالقصور وما التشريع إلا عمل من أعمال الإنسان. إذ من الممكن في أية لحظة أن يعرض على القاضي نزاع لا تعالجه قاعدة موجودة.

في بداية الأمر كان الفقهاء يصرون على أن القاضي ابعد ما يكون عن مهمة التشريع وإن أقصى ما يقوم به هو إزالة الغبار عن القوانين الموجودة وكشفها للعيان.

وتأكد هذا المسلك مع قيام الثورة الفرنسية حيث أصر المنادون بالفصل بين السلطات على أن التشريع اختصاص خالص لممثلي الأمة الذين يفرغون إرادتها في

1- راجع ابرهيم شحادة: في اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الرابعة، العدد الثاني، ١٩٦٢، ص٤٢٢.

قواعد عامة، يقتصر دور القضاء على تطبيقها بصدد الحالات الفردية. وفي غمرة حماسه لمبدأ الفصل في السلطات قال المفكر الفرنسي (مونتسكيو) "إن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق كلمات التشريع، وهم إزاء هذا التشريع كائنات لا حياة فيها ولا قوة لها على تخفيف قوته أو شدته".

وقال (روبسبير) "أن كلمة الاجتهاد القضائي يجب أن تمحى من لغتنا ففي دولة لها دستور وتشريع، الاجتهاد القضائي ليس سوى التشريع نفسه" كما يرى أصحاب الرأي المتمثل في أن دور القاضي يقتصر على تطبيق القانون لا خلق القانون بأن تفسير القواعد القانونية الموجودة في النصوص التشريعية كاف بحد ذاته لحل أي نزاع يعرض على القاضي. إذ يقومون بوضع قواعد علمية محددة للتفسير ويطلبون من القاضي إعمالها لمواجهة أي حالة جديدة. ثم يذهب بعضهم إلى القول انه في حال عجزت كل قواعد التفسير عن تمكين القاضي من إيجاد الحل المناسب للنزاع المعروض أمامه، فثمة قاعدة أخيرة ترشده وهي تلك التي تقتضي بأنه إذا لم يوجد أي تنظيم أو تقييد من جانب القانون فإن ما يفعله الفرد لا حرج فيه. أو بمعنى آخر تطبيق القاعدة القائلة بأن الأصل في الأشياء الإباحة.

وإذا كان الاجتهاد القضائي هو من المصادر التفسيرية للقانون وفقاً للاتجاه السائد اليوم في أغلب دول العالم، إلا أن هذا الاجتهاد كان له أثر منشئ للقواعد القانونية في القانون الروماني، كما أنه لا يزال يتمتع بأهمية خاصة كمصدر منشئ للقواعد القانونية في نطاق القانون الإنجليزي.

أولاً- الاجتهاد القضائي في الحقوق الرومانية:

شهد المجتمع الروماني شأنه في ذلك شأن بقية المجتمعات القديمة عملية التطور من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري تحت تأثير مجموعة من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. حيث أصبح يشعر البريتور الروماني المسؤول عن تنظيم

التقاضي وحماية التعامل بين الأفراد، بأن قواعد القانون المدني لم تعد تكفي لوحدها للتصدي للفصل في المنازعات المستجدة بحكم التطور، ومن أجل ذلك اتجه البريتور الروماني إلى الاستعانة بأساليب جديدة تضفي على قواعد القانون المدني الضيقة والصارمة المرونة ومسحة من العدالة الإنسانية.

فقد حصل تطور كبير في شأن المنشور الذي كان يعلنه البريتور للناس عند توليه الحكم ويبين فيه برنامج عمله في سنة حكمه. فحين أراد البريتور أن يطور القضاء مستعيناً بسلطته، أخذ يعلن في منشوره عن الأساليب الجديدة التي تجعل من تطبيقه للقانون مكاناً يتسع للقضايا الجديدة، وإعطائها الحلول التي تؤمن للعدالة.

وقد كان البريتور يعتبر نفسه ملزماً بما يعلنه في المنشور، ولهذا لم يكن يمس القواعد التي أعلنها خلال مدة قيامه بتولي سلطته[1].

وعندما يخلف البريتور الذي انتهت ولايته، بريتور آخر، فإنه يبقي الأفعال التي حماها سلفه ويضيف إليها أفعالاً أخرى، إذا رأى وجوب حمايتها. وهكذا يبقي كل بريتور ما قرره سلفه.

وعلى مر الزمن تستقر الأفعال المتكررة وتصبح جزءاً ثابتاً في المنشور يتردد في المناشير المتعاقبة كل عام، ومن أجل ذلك أطلق على الجزء الثابت اصطلاح المنشور الدائم[2].

إذاً، هناك حركة دائمة بين الجزء الدائم من المنشور والجزء المستجد تلك الحركة التي أضفت على الحياة القضائية نشاطاً واضحاً لجميع المسائل التي كانت تطرأ في مجتمع متطور ومن أجل ذلك كانت مناشير البريتور مصدراً مهماً من مصادر القانون أضفت

1- راجع د. توفيق حسن فرج: القانون الروماني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥، ص٨٧.

2- راجع عبد السلام الترمانيني: الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، ١٩٩٠، ص٣١٣ وما بعدها.

على قواعده الجامدة مرونةً استطاع بها أن يساير التطور المتسارع، وأن يكون الأساس المتين في بناء النظام القانوني الروماني.

نخلص مما تقدم إلى القول بأن القضاء في روما لعب كمصدر للقانون دوراً لا يقل أهمية عن التشريع والعرف، فلم يكن البريتور يقتصر دوره على تطبيق القانون بل يصنعه صنعاً عن طريق المنشورات القضائية.

ثانياً- الاجتهاد في الشريعة الإسلامية:

يمكننا في هذا المجال أن نميز بين ثلاثة عهود:

١- العهد الأول: عهد النبي عليه السلام:

في هذا العهد كانت مصادر القانون تتمثل في كتاب الله وسنة رسوله، ولم يكن لغيرهما قيمة في إيجاد القواعد القانونية، ولاسيما أن المجتمع الإسلامي في هذا العهد كان يعيش حياة بسيطة لا تشغل أفراده سوى الدعوة إلى الإسلام ونشره سواء داخل الجزيرة العربية، أو في المجتمعات المجاورة، وكان المسلمون من الإيمان بحيث كانوا يسلمون بما كان يأتي على لسان رسول الله عليه السلام دون أي نقاش على اعتبار أنه وحي من الله تعالى. لذا، فإن الاجتهاد بالمعنى المصطلح عليه اليوم لم يكن موجوداً[1].

٢- العهد الثاني: عهد الخلفاء الراشدين:

شهد هذا العهد أحداثاً كبيرة مختلفة سواء من حيث طبيعتها، أو تعددها عن شهده العهد الأول، إذ أن المسلمين في هذا العهد واجهوا وقائع وأحداثاً ومشاكل لم يعهدوها في عهد النبي عليه السلام، وبالتالي أضحى من الضروري الاستعانة بالاجتهاد لإيجاد الحل الملائم لها.

ففي هذا العهد كان الصحابة إذا ما اعترضتهم مسألة وأرادوا بيان الحكم الشرعي لها لجؤوا إلى كتاب الله تعالى، فإذا لم يجدوا لجؤوا إلى سنة رسول الله. أما إذا لم

١- راجع د. مهدي فضل الله: المرجع السابق، ص٣٨.

يجدوا حكماً لا في الكتاب ولا في السنة، فإنهم كانوا يلجؤون إلى إعمال العقل واجتهاد رأيهم. لذلك في هذا العهد كان لكل من الفقه والقضاء أثرٌ بارزٌ في تكوين الشريعة الإسلامية، فامتزج القضاء مع الفقه وأضحى كل منهما يماشي الآخر، حيث وجد القاضي الفقيه، إذ كان من الصعب التمييز بين الفقيه والقاضي.

٣- العهد الثالث: عهد الأئمة وتدوين الفقه الإسلامي:

وهو عهد الفقه والفقهاء أكثر منه عهد القضاء والقضاة. إذ أن المسلمين في هذا العصر كانوا حريصين على أن تكون جميع ما يجرونه من تصرفات وأعمال دينية، أو دنيوية متفقاً مع الشريعة الإسلامية، ولهذا كانوا يرجعون إلى الفقهاء يستفتونهم فيما يعرض لهم من منازعات.

وهذا الكلام ينسحب أيضاً على الولاة والقضاة. وكانت هناك أسماءٌ معروفة ومشهود لها بالعلم أمثال: "أبي حنيفة وأصحابه، ومالك بن أنس وأصحابه، والشافعي وأصحابه، وأحمد بن حنبل وأصحابه وغيرهم من الأئمة المجتهدين[1].

وما أحوجنا اليوم إلى الاجتهاد الشرعي الذي يمد التشريع الإسلامي بالأحكام المناسبة للوقائع والحوادث المستجدة، إذ أن هناك قضايا ومسائل عديدة تستدعي إيجاد حلول شرعية لها ولا سبيل لذلك إلا من خلال الاجتهاد. بحيث يغدو كالنهر المتدفق الذي يغزي التشريع الإسلامي.

ثالثاً- وضع الاجتهاد القضائي في الشرائع الحديثة:

تقسم الشرائع في هذا الصدد إلى قسمين اثنين:

القسم الأول:

تعتبر الاجتهاد القضائي مصدراً رسمياً من مصادر القانون:

١- راجع د. مهدي فضل الله: المرجع السابق، ص٢٩٤.

وهي البلاد ذات النزعة الانجلوسكسونية كانكلترا وغيرها من الدول التي انبثقت عنها، كالولايات المتحدة، واستراليا حيث يحتل القضاء مركزاً ممتازاً في نطاق القانون، إذ يعتبر مصدراً رسمياً للقواعد القانونية، له من القوة ما للتشريع تماماً. فحكم القاضي يعتبر سابقة قضائية ملزمة له، لا يستطيع بعد ذلك أن يخالفها في الحالات المماثلة، وهو فضلاً عن ذلك، يلزم كذلك كل قاضٍ يأتي بعده في المرتبة. ويلاحظ أنه في النظام الانجلوسكسوني لا يشترط أن تستقر المحاكم في اتجاه معين، بل يكفي صدور حكم واحد من أية محكمة، لكي تصبح هذه المحكمة ملزمة بإتباعه بعد ذلك، كما تلتزم به جميع المحاكم الأخرى التي تليها في الأهمية. فالنظام القضائي الانجليزي أساسه السوابق القضائية. والقاضي الانجليزي إذا ما عرضت عليه قضية ما، يبحث عن سابقة قضائية تطابق في ظروفها الدعوى المعروضة.

يتبين مما سبق أن القاضي في ظل النظام الانجلوسكسوني يصنع القانون وأحكام القضاء مصدر رسمي للقواعد القانونية كالتشريع تماماً.

القسم الثاني:

أما بالنسبة لأغلب الدول، وخاصة منها الدول العربية وفرنسا، فإن الاجتهاد القضائي لا يعتبر مصدراً رسمياً للقانون، لأن الحكم الذي تصدره أية محكمة مهما علا شأنها ليس له من قوة إلزامية إلا في القضية التي صدر فيها ومن الجائز من حيث المبدأ مخالفته في القضايا الأخرى المشابهة من قبل سائر المحاكم، بل ومن المحكمة نفسها التي أصدرته.

ففي فرنسا مثلاً، حرص المشرع على أن يؤكد بنص خاص، هو نص المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي: أنه يحظر على القضاة أن يصدروا في القضايا التي تعرض عليهم قرارات تتضمن أحكاماً عامة أو تنظيمية، أو بعبارة أخرى يحظر عليهم إصدار قواعد قانونية لأن هذا من عمل المشرع وليس للقاضي أن يكون مشرعاً.

وفي تشريعاتنا العربية تعمد المشرع أيضاً إغفال ذكر الاجتهاد القضائي بين المصادر الرسمية للقانون.

بل لقد كان مشروع القانون المدني المصري الذي هو أساس القانون المدني السوري يضمن في مادته الأولى فقرة خاصة تنص على "أن يستلهم القاضي خلال تطبيقه لمصادر القانون الرسمية الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً". ولكن هذه الفقرة حذفت بعد ذلك من النص النهائي للقانون خشية أن تتخذ منها محكمة النقض سبباً لنقض كل حكم يخالف أحكامها، وبذلك يقيد القاضي بهذه الأحكام وهذا لا يجوز خشية أن تعتبر محكمة النقض أحكامها بمثابة قواعد قانونية يتوجب على المحاكم الأدنى منها إتباعها[1]. لذلك جاءت المادة الأولى من القانون المدني المصري مقتصرة في تعدادها لمصادر القانون على النص التشريعي والعرف والشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

إذاً يمكن القول إن نظام السوابق القضائية المعمول به في الشريعة الإنكليزية ليس سوى وسيلة للاستئناس ولا يستند إلى أي أساس إلزامي في الشرائع اللاتينية والشرائع التي تبنت مذهبها لكي لا يجعلوا من أحكام القضاء تشريعاً عاماً وقانوناً ملزماً، احتراماً لمبدأ فصل السلطات.

وفي بلادنا تعرض المنازعات على القضاء ويكون القاضي المدني ملزماً بالفصل فيها، فيبحث عن الحل في المصادر الرسمية المذكورة على سبيل الحصر لا المثال في المادة الأولى من القانون المدني وهي: التشريع ثم الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وتكون أحكامه في المواضيع المعروضة أمامه منتهية إلى قواعد تطبيقية للأحكام التي توجهها المصادر الرسمية وهذه القواعد ليست في ذاتها --

---

1- راجع د. هشام القاسم: المرجع السابق، ص١١٥.

نظرياً – إلزامية للقضاء وإنما هي في الأصل مقتصرة في إلزامها على المتخاصمين في الدعوى التي صدرت فيها.

إذاً فالقاضي وفقاً لنظامنا القانوني لا يشرع وليس له أن يصدر قرارات مبدئية بقواعد موضوعية مجردة فهو مجرد مصدر استئناسي وليس مصدراً رسمياً بخلق القواعد القانونية. ويؤيد هذا المنطق القانوني الحجج التالية:

١- إن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون وتنحصر وظيفته في هذا الصدد بتفسير النصوص الغامضة ليدرك مرادها، أما خلق القانون فهو خارج وظيفته أصلاً.

٢- إن مبدأ فصل السلطات يدعم قصر وظيفة القاضي على تطبيق القانون وإلا لكان متجاوزاً على اختصاص السلطة التشريعية. لأن هذا المبدأ يفترض وجود جهاز متخصص في إنشاء القواعد القانونية العامة، وهو ما يطلق عليه لدينا مجلس الشعب.

فلا يجوز للسلطة القضائية بمقتضى هذا المبدأ أن تتدخل وتتجاوز في اختصاصها على اختصاص السلطة التشريعية، أو أن تعرقل عملها. فمبدأ الفصل بين السلطات يحقق أحد أهم سمات القاعدة القانونية ألا وهي العمومية والتجريد وبالتالي تطبيق مبدأ سيادة القانون. أما إذا حصل العكس أي في حال افتأتت السلطة القضائية على اختصاص السلطة التشريعية، وبالتالي إذا كانت السلطة التي تطبق القانون هي ذاتها السلطة التي تنشئه، فإن ذلك قد يؤدي إلى المرونة ولكنه سيؤدي حتماً إلى عدم الاستقرار في المعاملات. حيث لا يعرف مسبقاً الحكم الذي سيصدر في أي نزاع يثور في الحياة بين الناس، ولا يصبح المبدأ السائد هو مبدأ سيادة القانون، بل مبدأ القانون الحر[1].

٣- حددت المادة الأولى من القانون المدني المصادر الرسمية الملزمة للقانون ولم تذكر من بينها القضاء وهذا ما يقطع بأن القضاء لا يعتبر مصدراً رسمياً لقانوننا. وبالتالي

١- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٤٩٢.

فهو غير قادر على صنع القواعد القانونية الملزمة.

فضلاً عن ذلك لكي يعتبر القضاء مصدراً رسمياً للقانون – حتى في الحدود التي يقول بها بعض الفقهاء. أي عند عدم وجود قاعدة قانونية وضعية يمكن تطبيقها، ينبغي أن تتوافر للحلول التي يخلقها القضاء ويبتدعها صفة القواعد القانونية.

بمعنى أنه يجب أن تتوافر لهذه الحلول التي تستقر عليها أحكام القضاء صفة العموم والتجريد من ناحية، وصفة الإلزام من ناحية أخرى. فهل تتوفر حقيقة هاتان الصفتان في الاجتهاد القضائي.

إن صفة العموم والتجريد يصعب أو يستحيل توافرها في قاعدة يبتدعها القاضي بصدد منازعة بعينها، حيث أن مثل هذه القاعدة سوف تتأثر صياغتها بل وموضوعها بغير شك بدقائق المنازعة المطروحة، فتفقد بذلك صفة العمومية. ثم هي بعيدة عن علم الأطراف من قبل، إذ أنها لم تنشأ بل وربما لم توجد قبل قيام النزاع.

أيضاً الصفة الثانية من صفات القاعدة القانونية وهي صفة الإلزام مفقودة في الاجتهاد القضائي، والقول بعكس ذلك استناداً إلى أن وجود محكمة النقض كفيل بحمل بقية المحاكم على احترام ما تتبعه، أو تقره من حلول إنما هو قول خاطئ يخلط بين قوة الإلزام الأدبي وقوة الإلزام القانوني لأحكام محكمة النقض. فقضاء محكمة النقض في سوريا لا يتمتع بقوة إلزام قانوني حتى بالنسبة إليها نفسها، ولا بالنسبة لما دونها من محاكم. أما ما ذهبت إليه الهيئة العامة في محكمة النقض في العديد من قراراتها والمتمثل في أن مخالفة قرارات الهيئة العامة إنما يشكل خطأ مهنياً جسيماً وبالتالي تتحقق إحدى الحالات المنصوص عنها في المادة /٤٨٦/ أصول مدنية[1]، فإنه لا يستند إلى أي أساس قانوني لأن الهيئة العامة بذلك تكون قد جعلت من قراراتها قواعد قانونية ملزمة وهذا غير

---

١ – قرار صادر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض رقم ١٦٦ لعام ١٩٩٨.

جائز وفقاً لنظامنا القانوني[1].

وقد يرى البعض أن هناك حالات يكون فيها لقضاء محكمة النقض قوة إلزام قانوني إذا نص التشريع على ذلك.

مثل الفقرة الأخيرة من المادة /٢٥٠/ مكرر أصول مدنية والتي تنص على أنه (إذا كان الطعن يتعلق بدعوى عمالية فيعتبر الطعن في هذه الحالة موقفاً للتنفيذ ويفيد منه الخصوم وتعاد الدعوى في حال نقض الحكم المطعون فيه إلى المحكمة التي أصدرته لإتباع حكم محكمة النقض).

وأيضاً نص المادة /٢٦٢/ أصول مدنية (يتحتم على المحكمة التي تحال إليها الدعوى أن تتبع حكم محكمة النقض).

هنا يجب أن يراعى أنه حتى في هاتين الحالتين فإن القضاء الملزم لمحكمة النقض فيما يبتدع من حلول جديدة لا يكون قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح، لأنه قضاء خاص بنزاع معين لا يتعداه إلى غيره من المنازعات والخصومات المتماثلة الحاضرة والمستقبلية، فلا تتوافر له إذن صفة العموم ولا صفة التجريد.

ذلك أن ما يحتمه القانون وخاصة في ضوء المادة /٢٦٢/ أصول هو أن تتبع المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه في الأصل حكم محكمة النقض في المسالة القانونية التي فصلت فيها.

كما أن هناك العديد من القرارات الصادرة عن محكمة النقض تسمح للمحكمة التي أصدرت الحكم الأول المطعون فيه أن تدخل في بناء حكمها الجديد ما تراه مناسباً صالحاً لبنائه[2].

1- يقصد بالخطأ المهني الجسيم وفقا لاجتهاد القضاء وآراء الفقهاء بأنه: الخطأ الفاحش الذي لا يقع فيه من يهتم بعمله اهتماماً عادياً كأن يهمل تدقيق وثائق الدعوى أو أن يخالف النص القانوني الصريح.

2- راجع شفيق طعمة وأديب استانبولي: تقنين أصول المحاكمات السورية، الجزء الرابع، ص١٤٢.

على أن المنطق النظري البحت وفقاً لنظامنا القانوني والأنظمة القانونية اللاتينية إذا كان قد جعل من القاضي عبداً للقانون عندما حال بينه وبين خلق عامة مجردة ملزمة تطبق على الجميع، كتلك التي يخلقها التشريع فإن واقع الحياة القضائية العملية يحرر القاضي من هذا الرق النظري ويفسح المجال له لقيام بدور يختلف إلى حد كبير عن الدور الذي رسمته له المبادئ القانونية النظرية، وسنرى أن تحرر القاضي من رقة القانون يبلغ تارة حد يصل إلى الحلول محل المشرع في الحالات التي لم يضع المشرع فيها حكماً إما لأنه فات عليه تنظيمها عند وضع التشريع، وإما لأنها وجدت بعد ذلك الوقت ويصل تارة أخرى إلى حداً إهدار القانون حينما يتجافى مع روح العدالة، وسبل القاضي في الوصول إلى ذلك أن يقول بغموض النص الظالم، وأنه في حاجة إلى التفسير للتعرف على مضمونه وتحت شعار التفسير الجريء يصل القاضي إلى تحقيق العدالة ومسايرة الضرورات العملية.

رابعاً- مدى القوة الإلزامية للاجتهاد القضائي من الوجهة العملية:

أثارت القوة الإلزامية التي يتمتع بها الاجتهاد القضائي اهتمام الفقهاء فذهبوا في تعليل سببها ومنشئها مذاهب شتى حتى أدى الأمر ببعضهم إلى إدماج الاجتهاد بمصدر آخر من مصادر القانون الرسمية واعتباره صورة جديدة منه.

فيرى البعض أن مصدر القوة الإلزامية للاجتهاد القضائي هو العرف، وهو رأي غير سديد ذلك أن شرائط العرف من حيث قدمه ومعرفة الناس به وعدم مخالفته لنصوص القانون لا تتوافر في هذه القواعد. فهي من ناحية كثيراً ما تستقر بسرعة يصعب معها القول بأن العرف قد بلغ حداً من القدم ترسخ معه في ضمير الجماعة.

وهي من ناحية أخرى كثيراً ما تستقر على أمر دون أن يشيع خبر استقرارها فيما عدا بين الفئة التي تقوم على رعاية القانون، الأمر الذي ينتفي معه إمكان القول بنشوء عرف يسير الأفراد على نهجه ويشعرون بإلزاميته. وفيما عدا ذلك فإن العرف لا يلجأ

إليه القاضي بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الأولى ق. مدني أنه: "إذا لم يجد نصاً في التشريع"، وهذا ما يحتم على القاضي ألا يطبق عرفاً يعارض التشريع القائم، وذلك في حين أننا رأينا أن القضاء كثيراً ما يستقر على قواعد تعارضه.

فكيف يصح القول، بعد ذلك بأن العرف هو المصدر الملزم للقواعد التي يستقر عليها القضاء ما دامت شرائطه لا تتوافر فيها.

وذهب البعض إلى إرجاع مصدر القواعد القانونية التي يستقر عليها القضاء إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وهذا الرأي بدوره محل نقد، ذلك لأن القاضي لا يستطيع اللجوء إلى قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة إلا إذا سكت التشريع عن حكم النزاع، فإذا سمح القضاء لنفسه بأن يستقر على مخالفة لنص تشريعي فكيف يمكن القول بعد ذلك بأن سند هذه القاعدة هو القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وهناك من يرى أن الاجتهاد القضائي في حقيقته ليس سوى التطبيق العملي لمصادر القانون الرسمية وإن قوته الإلزامية تكمن في قوة هذه المصادر التي يقوم بتطبيقها سواء تعلق الأمر بالنص التشريعي، أو العرف، أو الشريعة الإسلامية، أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ننتهي مما تقدم إلى أن مصدر القواعد القانونية التي يستقر عليها القضاء، ليس التشريع ولا العرف ولا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وإنما هو القضاء نفسه ولذلك قيل بحق القضاء يصنع القانون، على أن هذه الصناعة هي كما سبق صناعة واقعية عملية بحتة لا يعترف بها المنطق القانوني الدقيق ذلك لأن هذا المنطق يجعل من القاضي كاشفاً للقانون، يقتصر دوره على تطبيقه دون أن يمنحه سلطة الإنشاء.

وهذه الصناعة الواقعية تقوم على اعتبارات عملية واقعية عدة هي:

١- النزعة الطبيعية لدى القاضي وكل شخص بأن يتبنى بالنسبة للحالات المتشابهة حلولاً واحدة.

٢- وجود محكمة عليا هي عادة محكمة النقض، يعود إليها أمر تمحيص أحكام المحاكم، ومراقبة مدى مطابقتها للأصول والقانون.

٣- السلطة المستقلة التي يتمتع بها القضاء، وعدم خضوعه في اجتهاده لسلطة أخرى، فليس هنالك من يستطيع رسمياً أن يصرف القضاء عن رأي معين سوى المشرع وحده حين يتدخل عن طريق التشريع الذي يسنه لتعديل، أو إلغاء هذا الاجتهاد، وفرض حكم آخر غير الحكم الذي يأخذ به[1].

حتى أن المشرع نفسه إذا ما اتضحت له سلامة اتجاه محكمة النقض لا يرى في غالب الأحوال داعياً لإصدار تشريع جديد، إذ أنه بتدخله لن يضيف شيئاً جديداً إلى قوة القواعد المتبعة. وهكذا تنشأ قواعد عامة مجردة لها من الناحية العملية قوة الإلزام. شأنها في ذلك شأن القواعد التشريعية أو العرفية، ومصدر هذه القواعد أحكام المحاكم. ولهذا جرى القول بأن القضاء يخلق القانون.

يمكن القول إن العطاء الذي يستطيع أن يقدمه القاضي للقانون يكاد لا يقل في أهميته واتساعه عما يقدمه المشرع نفسه فكلما تطور المجتمع وظهرت فيه حاجات جديدة وأوضاع لم تكن موجودة من قبل، كلما اتضحت أهمية الدور الذي يضطلع به القاضي فهو لا يستطيع أن يقف مكتوف الأيدي تجاه هذه القضايا، أو يمتنع عن البت فيها بحجة فقدان النص، لأن واجبه هو إحقاق الحق وحسم المنازعات بين الأفراد حتى تشيع الطمأنينة بينهم ويستتب الأمن والنظام.

فالقضاء، ولو أن بعضهم يماري في ذلك، هو مصدر من مصادر القانون أخذ بالتعاظم والنمو بقدر ما أصاب التشريع من الهرم وطول البقاء وقد أقامت المحاكم شيئاً فشيئاً بناءً خاصاً من القواعد القانونية.

١- د. هشام القاسم: المقالة السابقة، ص١٣٤-١٣٥.

يلاحظ في مجال العمل القضائي أن القضاة ينشئون القواعد القانونية وينكرون على أنفسهم ذلك مدعين بصفة مستمرة، أن ما يبتدعونه من حلول ليس إلا تفسيراً لما أراده المشرع.

فلماذا لا نعترف بهذا الواقع لما يترتب على هذا الاعتراف من فائدة عظيمة إذ يمثل الخطوة الأولى في محاولة إعانة القاضي بوسائل فنية علمية في ابتداعه الحلول الجديدة بدلاً من مضاعفة الصعوبات أمامه بإمداده بعبارات غامضة، كاصطلاحات القانون الطبيعي. هذه الوسائل الفنية تهدي القاضي في أداء هذا الدور الخطير، أي الدور الإنشائي للقواعد القانونية.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية سبق واعترفت للقاضي بهذا الدور الهام. كما أن هناك العديد من فقهاء القانون المدني قد تنبهوا لأهمية دور القاضي في هذا الإطار بعد أن أنكروه عليه لفترة طويلة بحيث ذهب بعضهم إلى القول بضرورة تزويد القاضي بالوسائل الكفيلة التي تيسر عليه القيام بهذه المهمة وفي مقدمته هؤلاء الفقهاء، الفقيه الفرنسي (جيني) في كتابه "طريقة تفسير ومصادر القانون الوضعي الخاص"[1].

وإذا كنا قد اعتبرنا القضاء مصدراً من مصادر القانون فإن هذا الاعتبار يجب ألا يفضي إلى تقديس القرار الفرد، فالقضاء لا يكتسب صفة المصدر إلا إذا توج بسلسلة طويلة ومستقرة من الأحكام.

كما أنه لا بد لنا من التأكيد على حقيقية ثابتة أخرى، وهي أن دور القاضي في الأصل هو تطبيق القانون، ويمتد في الاستثناء إلى إنشاء القواعد القانونية الجديدة.

وطالما أننا نقول استثناءً فإنه علينا أن نحيط هذا الاستثناء بالضمانات الكافية التي تحول دون استخدامه بشكل لا يتفق مع الغايات التي أردناها من الاعتراف بهذا الدور الاستثنائي.

1- راجع إبراهيم شحاته: المرجع السابق، ص٤٣٠.

فالقاضي ابن عصره يعيش الواقع العملي المحسوس وهو من جهة ثانية صاحب حس مرهف بمتطلبات العدالة، يقع عليه عبء مهمة الاكتشاف والتوجيه والتصويب، ويجب أن يصدر قراراته بناءً على اعتبارات موضوعية عامة، لا عن تفكير ذاتي خاص، ودون تعنت.

فعليه أن يعزل نفسه عن أي تأثير شخصي يأتيه من خصائص النزاع، وأن يحاول ما أمكن أن يبني حكمه على اعتبارات موضوعية، أو كما قال الفقيه "جيني" في كتابه المشار إليه آنفاً أنه على القاضي أن يتبع بحثاً حراً علمياً، حراً لأنه لا يملى عليه من سلطة وضعية، وعلمياً لأنه يجد أسسه في العناصر الموضوعية التي يمكن التوصل إليها عن طريق العلم وحده.

المبحث الثاني

الفقه

La Doctrine

يقصد بالفقه: مجموع الآراء التي تصدر عن علماء مختصين في القانون بصدد شرحهم وتفسيرهم له سواء أكان ذلك في مؤلفاتهم، أو أبحاثهم، أو فتاويهم، أو محاضراتهم.

ومهمة الفقيه تقتصر على شرح أحكام القانون وتفسير ما غمض من نصوصه واستنباط آراء علمية تبين ما ينبغي أن يكون عليه القانون، وتنير السبيل أمام من يقومون بوضع القانون عند تعديله، وأمام القضاة الذين يقومون بتطبيقه[1].

ولقد كان للفقه دور كبير في القديم كمصدر من المصادر الرسمية للقانون. ففي القانون الروماني كان هؤلاء الفقهاء يطلق عليهم اصطلاح حكماء، بحيث استطاع هؤلاء الحكماء إصدار آراء وفتاوى بلغت حداً كبيراً من الأهمية، بحيث يحتج بها المتخاصمون

1- راجع د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص١٨٤.

وملزمة للقضاء فيما يحكمون به. ونذكر منهم الفقيه جايس، وبابينيان، وبول، والبيان، ومودستين.

كما كان للفقيه في الشريعة الإسلامية أهمية كبرى ولكن هذه الأهمية كما رأينا سابقاً قد اختلفت من عصر إلى آخر.

وقد كان للفقه أثر واضح في قيام القانون الفرنسي القديم وتطوره، بل إن عمل الفقهاء ساعد كثيراً على العمل على توحيد القانون في فرنسا في أواخر عهد القانون الفرنسي القديم ومهد بذلك السبيل لإصدار مجموعة نابليون، والدليل على ذلك ثابت من مدى الأثر الكبير الذي تركته في نصوص هذه المجموعة آراء الفقهين الفرنسيين بوتييه، ودوما. على أنه بمجرد صدور مجموعة نابليون ضعفت أهمية الفقه واقتصر دوره على مجرد تفسير نصوصها.

وإذا كان القانون السوري شأنه في ذلك شأن كل القوانين الحديثة لا يعترف بالفقه كمصدر رسمي للقانون ولكن هذا لا ينفي ما للفقه من أهمية. فهو يساعد القاضي في تفسير القانون وإجلاء غموضه وكيفية تلافي النقص في التشريع إذ كثيراً ما يتأثر القاضي بآراء الفقهاء ويستشهد في الأحكام الصادرة عنه. ولا يقتصر أثر الفقه على القاضي بل يتعداه إلى المشرع ذاته، فهو الذي يعرض نظريات القانون بصورة علمية ويبين ما يجب أن يكون عليه النظام القانوني، ويهدي المشرع إلى ما في التشريع من نقص أو عيب.

وعليه فالفقه يقوم اليوم بدور هام في تطوير القانون.

الباب الثالث

تطبيق القانون

إن تطبيق القانون يثير مسألتين أساسيتين هما:

مسألة تفسير القانون لتحصيل معناه وتحديد شروط انطباقه، ومسألة سريان القانون من حيث الزمان والمكان أي معرفة الحدود الزمانية والمكانية التي يعتبر فيها التشريع نافذاً.

لكن دراسة هاتين المسألتين تقتضي منا دراسة بعض الموضوعات المتعلقة بها.

وعليه تنقسم دراستنا في هذا الباب إلى فصلين اثنين:

الفصل الأول: نطاق تطبيق القانون

الفصل الثاني: تفسير القانون

الفصل الأول
نطاق تطبيق القانون

بعد نفاذ القانون يتعين على الأشخاص أن ينظموا سلوكهم وفقاً له، ويجب على السلطة القضائية أن تطبقه في حدود اختصاصها.

لذلك نرى ضرورة تسليط الضوء في هذا الفصل على الموضوعات التالية: السلطة التي تتولى تطبيق القانون، نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص، نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان، نطاق تطبيق القانون من حيث المكان.

المبحث الأول: السلطة القضائية

المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث الأشخاص والزمان والمكان

المبحث الأول
السلطة القضائية

تتولى السلطة القضائية ممثلة في المحاكم مهمة تطبيق القانون إذ تلعب هذه السلطة دوراً خطيراً في الفصل في المنازعات بين الأفراد، أو بين الأفراد وجهات الإدارة.

وقد عرفت سورية نظام تعدد الجهات القضائية إذ إلى جانب القضاء العادي تم إنشاء مجلس الدولة الذي تخصص بالفصل في المنازعات الإدارية، هذا بالإضافة إلى جهة القضاء الاستثنائي الذي بدأ يضيق نطاقه شيئاً فشيئاً.

المطلب الأول

القضاء العادي

تعتبر المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة، أو الشاملة إذ تختص بالنظر في جميع المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص. هذا ما عبرت عنه المادة /٢٥/ من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٩٨/ لعام ١٩٦١ عندما نصت على أنه:

"١- تفصل المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها في جميع الدعاوى والمعاملات التي تعرض عليها في حدود اختصاصها إلا ما استثني بنص خاص".

٢- دعاوى الأحوال الشخصية بالأجانب الخاضعين بمقتضى قوانين بلادهم لقانون مدني بشأن أحوالهم الشخصية تقام أمام المحاكم المدنية".

نعرض الآن لمحاكم القضاء العادي وفقاً للمادة /٣٢/ من قانون السلطة القضائية:

أولاً- محكمة الصلح:

تؤلف محكمة الصلح من قاض واحد يدعى قاضي الصلح.

تفصل هذه المحكمة في جميع الدعاوى المدنية والتجارية والجزائية المبينة في قوانين أصول المحاكمات وفي القوانين الأخرى، ويقوم قضاة الصلح بأعمال القضاة العقاريين وفقاً للقوانين والأنظمة المتعلقة بتحديد العقارات وتحريرها.

فقد نصت المادة /٦٢/ من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: "تختص محكمة الصلح في الدعاوى الشخصية والعينية المدنية والتجارية المنقولة أو العقارية التي لا تزيد قيمتها على عشرة آلاف ليرة سورية، مع عدم الإخلال بما للمحكمة البدائية من اختصاص شامل في الإفلاس والصلح الواقي، وغير ذلك مما نص عليه القانون". وتوجد في مركز كل محافظة عدة محاكم صلح، كما يوجد في مركز كل منطقة قاض للصلح على الأقل، كما يوجد في مراكز بعض النواحي محكمة صلح.

ثانياً- محكمة البداية:

تؤلف من قاض منفرد يدعى القاضي البدائي.

تختص هذه المحكمة وفقاً للمادة /٨٧/ أصول المحاكمات بالنظر في جميع الدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص محكمة أخرى.

كما تختص وفقاً للمادة /٨٨/ أصول محاكمات بالنظر في الأمور المستعجلة. وتختص أيضاً وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية بالنظر في أنواع معينة من الجنح.

ثالثاً- محكمة الاستئناف:

وتؤلف من رئيس وعدد من رؤساء الغرف والمستشارين.

أحكام محاكم الاستئناف يصدرها ثلاثة مستشارين أحدهم الرئيس تفصل في القضايا التي تقبل الاستئناف، وفي القضايا التي هي من اختصاصها بمقتضى القوانين النافذة.

ويوجد في كل مركز محافظة محكمة استئناف مؤلفة من غرفة واحدة أو عدة غرف.

رابعاً- محكمة النقض:

مركزها دمشق، تؤلف من رئيس وعدد من نواب الرئيس والمستشارين.

تقسم محكمة النقض إلى عدة دوائر يمكن زيادتها كلما دعت الضرورة إلى ذلك، فهناك دائرة للقضايا المدنية والتجارية، ودائرة للقضايا الجزائية، ودائرة لقضايا الأحوال الشخصية.

وقرارات كل دائرة يصدرها ثلاثة مستشارين.

تتولى الإشراف على حسن تطبيق القانون، فمثلاً تنظر في الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف والقابلة للطعن بطريق النقض إذا كانت هذه الأحكام مبنية على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تفسيره.

هذا بالإضافة لمحاكم الأحوال الشخصية والتي تشمل:

أ- **المحاكم الشرعية:** تتألف من قاض واحد (القاضي الشرعي).

ب- **المحاكم الروحية:** للطوائف المسيحية والطائفة اليهودية وقد أقر هذه المحاكم القرار ل.ر تاريخ ١٣ آذار ١٩٣٦.

ج- **المحكمة المذهبية:** تتألف من قاضٍ شرعي واحد من أبناء الطائفة الدرزية تتولى النظر في قضايا الأحوال الشخصية للطائفة المذكورة. وتخضع الأحكام الصادرة عنها كما هو الحال بالنسبة لأحكام المحاكم الشرعية للطعن أمام محكمة النقض.

المطلب الثاني

القضاء الإداري

تخضع الدولة في مختلف التصرفات والأعمال الصادرة عنها لمبدأ الشرعية، ويعني هذا أن تلتزم في تصرفها جميع الحدود المرسومة لها في مجموعة القواعد القانونية المقررة في الدولة، وأن تمارس فاعليتها في نطاقها.

وطالما أن الإدارة تباشر وظيفتها في حدود القانون. فلا يجوز لها أن تصدر قراراً مخالفاً للقانون، إذ يترتب على مخالفتها لمبدأ الشرعية السابق ذكره بطلان ما يصدر عنها من تصرفات واعتبارها باطلة أو معدومة وفقاً لجسامة المخالفة[1]. كما تكون الإدارة مسؤولة في مواجهة الأفراد عن الأضرار التي تلحق بهم من جراء تصرفاتها المخالفة للقانون. ويفترض ذلك وجود رقابة قضائية على أعمال الإدارة، يمكن من خلالها مراقبة مدى احترام الإدارة في تصرفاتها وإعمالها لمبدأ الشرعية.

١- راجع د. عبد الله طلبه: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق ١٩٨٦، ص١٤-١٥.

غير أنه لم يكن من المتصور لدى رجال الثورة الفرنسية بعد أن كرسوا مبدأ الفصل في السلطات بحيث خرروا الإدارة من الخضوع لسلطة المحاكم، أن يعودوا مرة أخرى إلى إخضاع أعمال الإدارة للرقابة القضائية لهذه المحاكم.ولذلك حاولوا التوفيق بين ضرورتين أساسيتين وهما ضرورة خضوع الإدارة لمبدأ الشرعية وسيادة القانون، وضرورة عدم السماح بإخضاع الإدارة إلى رقابة السلطة القضائية.

واستناداً إلى ذلك أنشئت جهة إدارية خاصة هي مجلس الدولة أعطي لها الاختصاص في البت في المنازعات الإدارية[1].

صدر في سورية القانون رقم /٥٥/ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم مجلس الدولة.

وقد نصت المادة الأولى من قانون مجلس الدولة على اعتباره هيئة مستقلة تلحق برئاسة مجلس الوزراء.

ونصت المادة الثانية منه على أن يتكون مجلس الدولة من:

آ- القسم القضائي.

ب- القسم الاستشاري للفتوى والتشريع.

أولاً- القسم القضائي:

ويتألف من:

١- المحكمة الإدارية العليا:

يكون مقرها دمشق، يرأس جلساتها رئيس مجلس الدولة، أو أقدم الوكلاء الذي أصبح نائباً للرئيس بموجب أحكام المرسوم التشريعي رقم /٥٩/ لسنة ١٩٦٤.

تختص بالنظر في الطعون في الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري أو المحاكم الإدارية، أو المحاكم المسلكية، وذلك في الأحوال الآتية:

١- راجع د. سمير تناغو: المرجع السابق، ص٥١٨.

أ- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون، أو خطأ في تطبيقه، أو تأويله.

ب- إذا وقع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

ج- إذا صدر الحكم خلافاً لحكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أم لم يدفع.

ويكون لذوي الشأن ولرئيس هيئة مفوضي الدولة أن يطعن في تلك الأحكام خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم، وذلك مع مراعاة الأحوال التي يوجب عليه القانون فيها الطعن في الحكم.

٢- محكمة القضاء الإداري:

نصت المادة /٧/ من القانون السابق على اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره بالفصل في العديد من المسائل ومنها على سبيل المثال الطلبات التي يتقدم بها الأفراد، أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.

٣- المحكمة الإدارية:

يكون مقرها دمشق، ويجوز إنشاء محاكم إدارية في المحافظات بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء. وتصدر المحكمة الإدارية أحكامها من ثلاثة مستشارين وتكون برئاسة مستشار مساعد على الأقل وعضوية اثنين من النواب على الأقل.

تختص بالفصل في القرارات المنصوص عليها في البنود ثالثاً ورابعاً وخامساً من المادة /٧/ إذا كانت لا تتعلق بموظفي الحلقة الأولى وما فوقها. وفي طلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات. وأيضاً بالفصل في المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لمن ذكر في البند السابق، أو لورثتهم.

٤- هيئة مفوضي الدولة:

تختص في تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة.

كما تم إصدار القانون رقم /٧/ لعام ١٩٩٠ حيث تم بموجبه إحداث محاكم مسلكية تلحق بمجلس الدولة في كل من دمشق، حلب، حمص، اللاذقية، ودير الزور.

وقد جاء في المادة /٢٣/ من هذا القانون أنه: "لا يجوز ملاحقة أحد العاملين أمام القضاء لجرم ناشئ عن العمل قبل إحالته إلى المحكمة المسلكية وفقاً لأحكام هذا القانون.

ثانياً- القسم الاستشاري للفتوى والتشريع:

يتناول اختصاص القسم الاستشاري وظيفة الإعداد والصياغة، أي صياغة مشروعات القوانين التي تقدم من الإدارة ولا يقتصر الأمر فقط عند الصياغة اللفظية بل يتعداها إلى بيان مدى مطابقة أو عدم مطابقة هذه المشروعات لمبدأ الشرعية.

كما تلجأ الإدارة إلى القسم الاستشاري لاستطلاع رأيه في أمر من الأمور قبل البت فيه.

وفي جميع الأحوال فإن الفتوى الصادرة عن القسم الاستشاري غير ملزمة للإدارة إن شاءت أخذت بها وإن شاءت أهملتها[1].

المطلب الثالث

القضاء الاستثنائي

هناك العديد من الهيئات واللجان ذات الطابع القضائي والتي عمد المشرع على إحداثها من خلال مجموعة من القوانين الخاصة وذلك لأسباب متعددة سياسية واقتصادية واجتماعية نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

١- محاكم القضاء العسكري:

تختص بالنظر في الجرائم العسكرية وهي الجرائم التي تنطوي على اعتداء على المصلحة العسكرية، وهذه المصلحة تحددها القوانين والأنظمة العسكرية وهي مقننة في

١- راجع د. عبد الله طلبة: المرجع السابق، ص١٢٣ وما بعدها.

قانون العقوبات العسكري رقم /٦١/ لعام ١٩٥٠، وقانون خدمة العلم رقم /١١٥/ لعام ١٩٥٣، وعدد من القوانين الأخرى التي تنظم شؤون الجيش والقوات المسلحة[1].

٢- محاكم الأحداث:

المحدثة بمقتضى قانون الأحداث الجانحين رقم /١٨/ لعام ١٩٧٤ وتعديلاته.

٣- لجان قضايا التسريح:

التي أحدثت بالمرسوم التشريعي رقم /٤٩/ لعام ١٩٦٢ الذي انتزع سلطة التسريح من يد صاحب العمل وأوكلها إلى لجنة قضايا التسريح المشكلة في كل محافظة بقرار من وزير العدل وتنحصر صلاحية هذه اللجنة بقضايا التسريح الإفرادي الذي لا يؤدي إلى توقف الأعمال جزئياً أو كلياً، ويعني هذا أن اللجنة لا تختص في النظر ولو بتسريح عامل واحد إذا كان من شأن هذا التسريح أن يؤدي لوقف العمل جزئياً أو كلياً، كما أنها لا تختص بالنظر في قضايا التسريح الجماعي الذي أنيط بموافقة وزير العمل.

٤- لجان التوفيق والتحكيم:

المحدثة بمقتضى قانون العمل رقم /٩١/ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته وهي وسيلة لحل المنازعات الجماعية أي المنازعات التي تنشأ حول العمل وشروطه بين واحد أو أكثر من أصحاب الأعمال وجميع مستخدميهم أو عمالهم أو فريق منهم أو بين نقابة عمال وصاحب عمل أو أكثر.

٥- لجان تحديد الأجور في العمل الزراعي.

ولا بد من الإشارة إلى أنه في حال رفعت دعوى عن موضوع واحد أمام جهة القضاء العادي وأمام جهة القضاء الإداري ولم تتنحى إحداها عن نظرها أو تخلت الجهتين عنها يرفع طلب تعيين الجهة المختصة إلى محكمة تنازع الاختصاص. وتختص هذه المحكمة كذلك بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين

١- راجع د. عبود السراج: قانون العقوبات، ١٩٨٧، ص١٨١.

صادر أحدهما من جهة القضاء العادي والآخر من جهة القضاء الإداري أو الاستثنائي.

وتؤلف هذه المحكمة من:

آ- رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه رئيساً.

ب- أقدم المستشارين في محكمة النقض عضواً.

ج- أقدم المستشارين في مجلس الدولة عضواً.

المبحث الثاني

تطبيق القانون من حيث الأشخاص والزمان والمكان

إذا استوفت القاعدة القانونية شرائط وجودها وتطبيقها، أصبحت السلطة القضائية هي السلطة المختصة بهذا التطبيق استناداً إلى مبدأ فصل السلطات. على أن تطبيق القاعدة القانونية من قبل السلطة القضائية يثير تساؤلات عدة. أهمها: من هم الأشخاص المخاطبين بهذه القاعدة، وهل تسري على الجميع دون استثناء فلا يعفى أحد من الخضوع لأحكامها علموا بها أم لم يعلموا، أم هناك استثناء؟

وهناك تساؤل آخر يتمثل في معرفة مدى تطبيق القانون الوطني على جميع الأشخاص الموجودين في الإقليم ولو كانوا أجانب، وهل يطبق على المواطنين خارج إقليم الدولة وهو ما يعبر عنه بتنازع القوانين من حيث المكان. وأيضاً ماذا لو صدرت قاعدة قانونية جديدة ألغت أحكامها أحكام قاعدة قانونية سابقة، فهل تسري هذه الأحكام منذ صدورها على كافة الوقائع والأحداث دون استثناء أم تبقى هناك بعض هذه الوقائع خاضعة لأحكام القاعدة القانونية السابقة. وهو ما يعرف اختصاراً بتنازع القوانين من حيث الزمان.

يلاحظ من هذه التساؤلات أن تطبيق القاعدة القانونية يقتضي تحديد نطاق هذا التطبيق من حيث الأشخاص الخاضعين لأحكامها، ومن حيث المكان الذي تطبق فيه ومن حيث الزمان الذي تبقى الوقائع والتصرفات فيه خاضعة لهذه الأحكام.

ولا شك أن الدراسة التفصيلية لشروط وأحكام تطبيق القواعد القانونية من الأشخاص والزمان والمكان مكانه في فروع القانون الأخرى والمتعددة لذلك سنقتصر فقط على تسليط الضوء على خطوات التطبيق المشتركة لكل القواعد والتي يلزم اتباعها قبل تطبيق قاعدة قانونية معينة على واقعة ما.

وعليه فقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: تطبيق التشريع على الأشخاص

المطلب الثاني: تطبيق التشريع في الزمان

المطلب الثالث: تطبيق التشريع في المكان

المطلب الأول

تطبيق التشريع على الأشخاص

تنقسم دراستنا لنطاق تطبيق التشريع من حيث الأشخاص إلى دراسة المبدأ المعروف وهو "لا يعذر أحد في جهله للقانون" ودراسة الاستثناء الوارد على هذا المبدأ.

أولاً- مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:

القاعدة الأساسية هي أن الجهل بالقانون لا يحول دون تطبيقه على من يجهله. فبمجرد صدور القاعدة القانونية مستوفية لشرائط وجودها ونفاذها فإنها تسري في حق كافة الأشخاص المخاطبين بأحكامها سواء علموا بها، أو لم يعلموا. حيث لايقبل من أي شخص كان الاحتجاج بعدم العلم بها للإفلات من تطبيق حكمها، إذ لا يعذر أحد لجهله أحكام القانون.

والقاعدة المذكورة أعلاه هي قاعدة عامة تسري على الأشخاص كافة بغض النظر

عن السن أو الجنسية[1]. وبالتالي لا نذهب مع ما أخذ به بعض الفقهاء من أن القانون لا يشمل بخطابه جميع الأفراد بل يشمل الأفراد كاملي الإدراك فقط إذ يرى هؤلاء أنه من غير المعقول أن يتجه القانون بخطابه إلى عديمي الإدراك، كالمجنون أو المعتوه أو الصغير غير المميز، فهؤلاء ليست لديهم القدرة على فهم أحكامه أو العلم بها.

والرأي الصحيح هو أن القانون يمتد ليشمل جميع الأشخاص من المخاطبين بحكمه ولو كانوا يجهلونه، وعليه فإنه يشمل عديمي التمييز والإدراك مع مراعاة أوضاعهم الخاصة حيث يضع لهم أحكاماً خاصة كعدم العقاب على الجرائم التي يرتكبونها وبطلان العقود التي يبرمونها، على أن تظل قائمة بالنسبة لهم التفرقة الجوهرية بين الأعمال المشروعة والأعمال غير المشروعة، وهو ما يظهر أثره في إمكانية الحكم بالتعويض عليهم عن أعمالهم غير المشروعة[2].

وبناءً على هذه القاعدة لا يعذر أحد بجهله القانون لأي سبب كان فلا يجوز له الاحتجاج بعدم العلم بالقانون لأنه كان متغيباً خارج القطر أثناء نشر القانون، أو أنه كان مريضاً، أو أنه أمياً لا يستطيع القراءة كما لا يجوز للأجنبي أن يحتج بجهله للقانون. فلا يقبل من إنجليزي مثلاً أتى إلى سوريا وارتكب مخالفة سير بسيارته على يسار الطريق أن يحتج أن أنظمة المرور تستلزم ذلك في إنكلترا وأنه يجهل أن أنظمة المرور في سوريا تقتضي السير على يسار الطريق.

نتساءل هنا عن الأساس الذي تقوم عليه قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون؟

يؤسس بعض الفقهاء هذه القاعدة على أساس قواعد العدل. فالعدل الخاص يتطلب المساواة التامة في معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية فلا يفرق بينهم في

1- راجع: د. محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص ٤٤.

2- راجع د. سمير تناغو: المرجع السابق، ص٥٩٤.

وجوب الخضوع لها، أو يعفي بعضهم من التقيد بها وهذه المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما يؤكد من سيادة النظام والقانون في المجتمع[1].

وهناك من اعتبر أن هذه القاعدة تقوم على قرينة تفترض علم الأفراد بالقانون وهي قرينة قاطعة لا يجوز إثبات ما يخالفها، ومبناها الصالح العام، وبغيرها يتعطل تطبيق القانون[2]. وهناك من يؤسسها على أساس قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس[3].

ولعل مبدأ المساواة أمام القانون خير ما تؤسس عليه هذه القاعدة فالقانون، هو مجموعة قواعد عامة ومجردة يجب أن تطبق على الجميع ولا يجوز بالتالي لأي شخص أن يحتج بجهله للقانون للإفلات من حكمه لظروف خاصة به.

غير أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ليس قاصراً على القواعد القانونية التي مصدرها التشريع وحده بل إن هذا المبدأ ينطبق على كل القواعد القانونية الرسمية أياً كان مصدرها. فالقواعد القانونية العرفية أو القواعد القانونية التي مصدرها الدين تعتبر أيضاً من القواعد التي لا يجوز للأفراد الإفلات من حكمها بالاعتذار بجهلهم لها. وبالتالي فإن مبدأ المساواة أمام القانون يفترض حتماً عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من قبل الأفراد أياً كان مصدر القاعدة القانونية.

كما أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا تقتصر على القواعد القانونية الأمرة دون القواعد القانونية المكملة أو المفسرة، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء، إذ ليس هناك ما يبرر هذه التفرقة ما دامت هذه القاعدة ملزمة وهو إلزام ذاتي منبعث منها ومن وجودها لا من عوامل خارجة عنها كعامل العلم بها. وكما ذكرنا سابقاً فإن صفة الإلزام متوافرة في القواعد الأمرة والقواعد القانونية المكملة على السواء، والإلزام بمضمون القاعدة القانونية ينطوي على معنى العلم بهذا المضمون.

1- راجع: د. حسن كيره: المرجع السابق، ص٣١٧.

2- راجع د. محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص٤٤.

3- راجع د. سمير تناغو: المرجع السابق، ص٦١.

كما أن القول بغير ذلك لا يتفق مع طبيعة القواعد المكملة حيث لا تطبق إلا في حال سكوت المتعاقدين عن مخالفتها. إذ قد يكون سكوتهما عن جهل بأحكامها. ومع ذلك لا يستطيعان الإفلات من حكمها بحجة هذا الجهل، لأن بهذا السكوت يتحقق شرط انطباقها عليهما.

فلو أجيز للأفراد التمسك بجهلهم للقواعد المكملة للإفلات من حكمها لفقدت هذه القواعد أهميتها في التطبيق. إذ كما أشرنا لا تنطبق هذه القواعد إلا في حالة سكوت المتعاقدين عن مخالفتها. وهنا يستطيع صاحب المصلحة من المتعاقدين في عدم تطبيقها أن يدفع بجهله بأحكامها ويفسر السكوت على هذا الأساس. وهنا نكون قد وقعنا في فراغ قانوني كبير، فمن جهة لا توجد إرادة للمتعاقدين. ومن جهة أخرى يمتنع تطبيق القواعد المكملة[1].

وإذا كانت قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تمتد إلى القواعد القانونية الآمرة والمكملة وإلى القواعد العرفية والقواعد القانونية الدينية، فإننا نتساءل فيما إذا كانت تمتد إلى القانون الأجنبي، إذ أن القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي قد يكون قانوناً أجنبياً وليس القانون الوطني وذلك في ضوء ما تقدره قواعد القانون الدولي الخاص وهي التي تسمى بقواعد الإسناد.

يمكن هنا أن نذكر بعض القواعد الدولية الخاصة التي وردت في القانون المدني، كالمادة /١٣/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".

والمادة /١٥/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه "في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون السوري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

١- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص٣١٩.

في الواقع إن الأمر لا يختلف عن القواعد القانونية الوطنية إذ لا يجوز للأفراد الاعتذار بجهل القانون الأجنبي وإن كانت هذه القاعدة غير مطلقة إذ يرد عليها بعض الاستثناءات التي سنذكرها في الفقرة اللاحقة.

وعليه إن القانون يطبق على جميع الأشخاص المخاطبين علموا به أم لم يعلموا والقبول بغير ذلك سيؤدي إلى الوقوع بالفوضى وعدم الاستقرار.

ثانياً- الاستثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:

تعتبر قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من المبادئ العامة للقانون ورغم كونها قاعدة أساسية إلا أنها ليست قاعدة مطلقة. إذ من غير المقبول إسباغ صفة الإطلاق على أي مبدأ من مبادئ القانون، حتى ولو كان هذا المبدأ متصلاً بجوهر القانون، فالعدل ذاته، قال عنه بعض فقهاء الرومان أن المبالغة فيه تؤدي إلى الظلم[1].

وعليه يمكن القول إنه يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون على سبيل الاستثناء. إذ يجوز الاعتذار بجهل القانون في حالة قيام قوة قاهرة، تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى بعض مناطق الدولة نتيجة عزلها عزلاً تاماً عن باقي مناطق الدولة. مثل وقوع فيضان يؤدي لانقطاع الاتصال بكافة الوسائل بهذا الإقليم، أو وقوع هذا الإقليم تحت الاحتلال الأجنبي.

وتبرير هذا الاستثناء يقوم على أساس أن وصول الجريدة الرسمية إلى مناطق الدولة المختلفة يتحقق معه إتاحة الفرصة لإمكانية العلم بالقاعدة القانونية، فإذا لم يتمكن الأفراد من هذا العلم لسبب من الأسباب يكون من المنطقي والعدل أن يسمح لهم بالاعتذار بجهلهم للقاعدة القانونية. ولا بد من الإشارة إلى أن هذا الاستثناء قاصر على القاعدة القانونية التي مصدرها النصوص التشريعية إذ هي وحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية ويفترض علم الأفراد بهذا النشر.

١- راجع د. سمير تناغو: المرجع السابق، ص٦٠٩.

وإذا كانت حالة القوة القاهرة مسلم بها فقهاً وقضاءً فإن هناك بعض الحالات احتدم الخلاف الفقهي حولها، إذ هناك من اعتبر أن هذه الحالات تشكل أيضاً استثناءً من قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وهناك من الفقهاء من اعترض على هذا الموقف ونعرض بعض هذه الحالات كما يلي:

١- جواز دفع المسؤولية الجزائية بسبب الجهل بقوانين غير جزائية:

فهناك من يقيم تفريقاً بين القوانين الجنائية، والقوانين غير الجنائية وبالتالي يرى قصر قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على الأولى دون الثانية ويستند في رأيه إلى ما ذهب إليه القضاء الفرنسي. حيث قضى بعدم عقاب الشخص الذي عثر على كنز في أرض الغير فاستولى عليه كله واحتفظ به لنفسه جاهلاً حكم القانون المدني الذي يقضي بتقسيم الكنز مناصفة بينه وبين مالك الأرض وصدرت أحكام أخرى قضت ببراءة الزوج الذي يتزوج امرأة ثانية، معتقداً عن جهل بأحكام القانون المدني. أنه أصبح مطلقاً.

وكذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية عندما قضت أنه من المقرر أن الجهل بأحكام أو قواعد قانون آخر غير قانون العقوبات. أو الخطأ فيها يجعل الفعل المرتكب غير مؤثم. لذلك اعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن هذا الأمر يشكل استثناء هاماً على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون[1].

ونرى صواب ما ذهب إليه بعض الفقهاء عندما اعتبروا أن امتناع المسؤولية الجزائية في حالة الجهل بقوانين غير جزائية تؤسس عليها العقوبة، لا يشكل استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، بل تظل هذه القاعدة رغم ذلك مطبقة في حقه.

أما امتناع مسؤوليته في هذه الحالة إنما يرجع إلى انتفاء القصد الجزائي، وهو ركن أساسي من أركان الجريمة، إذ لا يتحقق هذا القصد في هذه الحالة إلا بالعلم بحكم قاعدة

١- راجع د. سمير تناغو: المرجع السابق، ص٦٢٦.

معينة غير جزائية، وما دام مرتكب الجريمة يجهل هذا الحكم، يعتبر هذا القصد متخلفاً، فتتخلف المسؤولية الجزائية تبعاً لذلك[1].

٢- إبطال العقد لغلط في القانون:

جاء في المادة /١٢٣/ من القانون المدني السوري أنه: "يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقض القانون بغيره.

ذهب بعض الفقهاء إلى أن مضمون هذه المادة يشكل استثناء على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، ذلك أن في إجازة إبطال العقد نتيجة لما وقع فيه أحد المتعاقدين من غلط في القانون، يشكل خروجاً على القاعدة الأساسية السابقة. فالوارث مثلاً الذي يبيع حصته من التركة معتقداً أن له الربع في حين أن نصيبه الحقيقي هو نصف التركة طبقاً للقواعد التي تحكم توزيع الإرث، يكون له حق إبطال عقد البيع للغلط الذي شاب إرادته في قدر الشيء المباع[2].

غير أن هناك بعض الفقهاء اعتبروا أن الجهل بالقانون ليس هو الغلط في القانون، فالجهل بالقانون هو عدم العلم بأحكامه. أما الغلط في القانون فمعناه أن يتوهم الشخص وجود الحكم على نحو معين ثم يتبين له أنه ليس كذلك، ففي هذه الحالة يجوز لمن وقع في غلط أن يطلب إبطال العقد إذا كان هذا الغلط هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد.

فإذا باع وارث نصيبه في التركة معتقداً أنه يرث الربع مع أن القانون يقرر أن نصيبه هو النصف، ففي هذه الحالة يعتبر الوارث قد وقع في غلط في القانون يجيز له أن يطلب إبطال عقد البيع متى توافرت شروط الغلط. فإذا تمسك بإبطال البيع على أساس

١- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص٣٢٢-٣٢٣.

2- راجع د. محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص٤٦.

الغلط في القانون فإنه تمسك بالقاعدة التي كان يجهلها وهي أنه يستحق النصف طبقاً للقانون، ولا يطلب استبعاد حكمها بالنسبة له، كما هو الحال بالنسبة لمبدأ الاعتذار بالجهل بالقانون ومن أمثلته أن يدعي الشخص أنه لا يعلم بصدور قانون ينظم الإرث[1].

كما ذهب بعض الفقهاء في تأييد الاتجاه الثاني من خلال تأكيدهم على ضرورة التفريق بين فكرة الاعتذار بجهل القانون، وفكرة الغلط في القانون ذلك أن فكرة الغلط في القانون لا تكفي في حد ذاتها لكي ترتب آثارها بل لا بد من توافر شروط معينة أخرى نص عليها القانون. وإذا كان من الممكن القول بجواز الاحتجاج بالجهل بالقانون لوقوع المتعاقد في غلط، لما كان هناك داع لوجوب تلك الشروط، ولأصبح من الممكن الاحتجاج به بمجرد وقوعه دون حاجة للتحقق من إثبات وجود الشروط الأخرى التي نص عليها القانون[2].

أخيراً يمكن القول إن نص القانون نفسه يعطي إمكانية التمسك بالجهل بالقانون بالنسبة لحالة محددة على سبيل الحصر، وهنا لا بد من تطبيق هذا الاستثناء من قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون. ومثل ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة /١٢/ من القانون المدني السوري والتي تنص على أن: "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في سوريا وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته.

وأيضاً فقد نص قانون العقوبات السوري في المادة /٢٢٢/ على أنه:

"١- لا يمكن أحداً أن يحتج بجهله القانون الجزائي أو تأويله إياه تأويلاً مغلوطاً.

١- راجع د. الطيب الفصايلي: الوجيز في المدخل لدراسة القانون، الطبعة الثانية، ١٩٩١، ص٩٠.

2- راجع د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص٢٠١.

٢- غير أنه يعد مانعاً للعقاب:

آ- الجهل بقانون جديد إذا اقترف الجرم في خلال الأيام الثلاثة التي تلت نشره.

ب- جهل الأجنبي الذي قدم سورية منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها قوانين بلاده أو قوانين البلاد التي كان مقيماً فيها".

فهنا القانون نفسه يقر بصحة الاعتذار بجهل القانون في هذه الحالة لذلك يعمل بهذا الحكم بناء على كونه قانوناً.

نخلص إلى القول إنه بالرغم من أهمية قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فإنها ليست قاعدة مطلقة بل قاعدة نسبية نرد عليها بعض الاستثناءات.

المطلب الثاني

تطبيق التشريع في الزمان

يسري التشريع بعد انقضاء يومين كاملين من تاريخ استلام الجريدة الرسمية التي نشر فيها من قبل رئاسة مجلس الوزراء في محافظة دمشق، ومن قبل رئيس ديوان المراسلات في المحافظات، وذلك ما لم يحدد موعد آخر لنفاذه. ويستمر العمل به أي يبقى نافذاً إلى أن يلغى بتشريع آخر صراحة أو ضمناً. وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من التشريعين.

وإذا كان الأصل أن سريان التشريع الجديد لا يؤثر على الأوضاع القانونية التي تمت وترتبت آثارها في ظل التشريع القديم وإنما يحكم ما يتم من أوضاع قانونية، أو ما يترتب عليها من آثار في ظله. فإن ذلك يستبعد طرح مشكلة تطبيق التشريع في الزمان، أو ما يعرف بمسألة تنازع القوانين في الزمان.

لكن تثور مشكلة تطبيق القاعدة القانونية في الزمان فيما يخص الأوضاع القانونية، أو الآثار الناجمة عنها، والتي تحتاج سواء من حيث التكوين، أو ترتيب الآثار لفترة طويلة من الزمن كما هو الأمر بالنسبة للتقادم، وعقود القرض، والإيجار، ويكون القانون الذي يحكمها قد تغير خلال هذه الفترة. فهنا نطرح التساؤل الآتي: هل القانون الجديد هو الأولى بالسريان على هذه الأوضاع والآثار القانونية التي تم تكوينها وترتيبها في ظله، ولا عبرة لبدء هذا التكوين والترتيب في ظل القانون القديم؟ أم يظل القانون القديم سارياً على أساس أن هذه الأوضاع قد بدأ تكوينها في ظله فلا عبرة بتمام هذا التكوين في ظل القانون القديم، وأن تلك الآثار التي تترتب في ظل القانون القديم؟.

فمثلاً إذا كان الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية هو ٨٪ ثم أنزل التشريع المدني الجديد هذا الحد إلى ٧٪، فما حكم عقود القرض التي عقدت قبل نفاذ التشريع الجديد بفائدة ٨٪ وتراخى بها التنفيذ إلى ما بعد نفاذه؟.

هل يلزم المدين بدفع الفائدة على أساس القانون القديم أي على أساس ٨٪، أم ينسحب عليه حكم القاعدة القانونية الجديدة فلا يلزم بدفع فائدة أكثر من ٧٪؟.

وإذا كان للزوج المسلم اليوم حق طلاق زوجته بمحض إرادته، فهل يبقى له هذا الحق إذا صدر قانون جديد يحرم الطلاق إلا بإذن من القاضي، على اعتبار أنه تزوج في ظل قانون يعطيه حق الطلاق بإرادته المنفردة.

وإذا كان اكتساب الملكية يكون بوضع اليد مدة خمس عشرة سنة ووضع شخص يده على عقار مدة عشر سنين، ثم صدر قانون أطال المدة إلى عشرين سنة، هل يتبقى لهذا الشخص على اكتساب الملكية خمس سنوات طبقاً للمدة القديمة، أم يتبقى له عشر سنوات طبقاً للمدة الجديدة؟.

تلك هي مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان. فعلى أي أساس يحل هذا التنازع؟ وكيف يمكن التوصل إلى تحديد المدى الزمني لسريان كل من القوانين المتنازعة،

خاصة وقد غدت اليوم مشكلة التنازع في الطليعة من مشاكل تطبيق القانون بعد أن نشطت حركة التشريع في العصر الحديث نشاطاً ضخماً.

ولا بد من التنويه إلى أن مشكلة تنازع القوانين لا تقتصر على التشريع فحسب ذلك أن التنازع في الزمان بين القوانين إنما يعني التنازع على الولاية الزمنية بين قواعد قانونية متعاقبة أياً كان مصدرها التشريع أم غير التشريع لذلك فالتنازع الزماني متصور أيضاً بين القواعد العرفية المتعاقبة وبين القواعد القضائية المتعاقبة على الأقل في الأنظمة القانونية التي تعتبر القضاء مصدراً رسمياً للقانون[1].

كل ما في الأمر أن التشريع يبدأ نفاذه بتاريخ محدد وكذلك إلغاؤه، فيسهل تحديد النطاق الزمني لنفاذ التشريعين القديم والجديد. أما العرف فهناك صعوبة في تحديد تاريخ معين لتغيره بحيث يصعب وضع حدٍ فاصلٍ بين ابتداء نفاذ قواعد العرف القديم وقواعده الجديدة. وبالتالي هذه الصعوبة العملية لا تعني إنكار مبدأ قيام مشكلة التنازع الزماني بين القواعد القانونية غير التشريعية.

وعليه تنقسم دراستنا في هذا المبحث إلى فرعين اثنين:

الفرع الأول نتناول فيه المبادئ النظرية في تنازع القوانين في الزمان، أما الفرع الثاني فنبحث فيه الحلول الوضعية في القانون السوري لتنازع القوانين في الزمان.

الفرع الأول

المبادئ النظرية في تنازع القوانين في الزمان

يخضع تطبيق القاعدة القانونية في الزمان في معظم الأنظمة القانونية، إلى قاعدتين أساسيتين توجدان معاً، الأولى وهي الأثر المباشر للقانون، والثانية هي عدم رجعية القانون.

١- راجع د. حسن كيره: مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الثالث والرابع، مطبعة جامعة الإسكندرية، ١٩٥٩، ص٨٥ وما بعدها.

نتناول هاتين القاعدتين وفقاً لما يلي:

أولاً- الأثر المباشر للقانون:

تقتضي هذه القاعدة بأن يطبق القانون على كافة المراكز القانونية التي تنشأ في ظله منذ نفاذه إلى تاريخ إلغائه. كما تقتضي بضرورة سريانه على المراكز القانونية التي هي من طور التكوين أو الانقضاء، وهو يسري أيضاً على الآثار المستقبلية لمركز قانوني سابق وإن تم تكوينه، أو انقضاؤه في ظل القانون القديم.

يرجع الفضل في إظهار هذه القاعدة وإقامتها بشكل علمي دقيق إلى الفقهاء أولاً، والقضاء ثانياً.

ففي أوائل القرن التاسع عشر كان في طليعة من صاغ هذه القاعدة من الفقهاء كلٌ من أوبري ورو، ثم تبعهم في ذلك القضاء. فقد صدر في فرنسا قرارٌ لمحكمة التمييز جاء فيه: "مبدئياً يطبق القانون الجديد على الأحوال القائمة والعلاقات الحقوقية المكونة ولو قبل صدوره.

وفي سوريا فقد صدر قانون العمل الموحد رقم /٩١/ لسنة ١٩٥٩ حيث نص في مواده (١١٤ ، ١١٥ ، ١١٧ ، ١١٨ ، ١١٩) على تحديد ساعات العمل الفعلية القانونية.

لكنه في المادة /٢٢/ استثنى بعض الحالات وسمح بإمكانية العمل بساعات إضافية للقيام بأعمال الجرد السنوي أو إذا كان العمل لمنع وقوع حادث خطر...الخ. ولكنه نص في المادة ذاتها على أنه: "في جميع الأحوال المستثناة لا يجوز أن تزيد ساعات العمل الفعلية على عشر ساعات في اليوم الواحد". وبالتأكيد، فإن أحكام هذا النص تشمل كل عقد عمل يجري بين العمال وأرباب عملهم بعد صدوره. وكذلك تشمل أيضاً جميع عقود العمل التي عقدت من قبل وما تزال سارية وموجودة حين نفاذ هذا النص، بحيث يجب تكييفها، اعتباراً من تاريخ نفاذه وفقاً لأحكام هذا النص. هذه هي قاعدة الأثر المباشر للقانون.

وإذا أردنا البحث في أساس هذه القاعدة ومبرراتها لوجدنا أنه يمكن أن تبنى على مجموعة من المبررات، لعل أهمها:

١- أن سلطان القانون وسيادته واجبا الاحترام، وأن أوامر المشرع لازمة الرعاية فوراً، بل ما دام المشرع يستطيع أن يجعل القانون ذا أثر رجعي ويشمّله للماضي، فمن الطبيعي على الأقل أن يكون له أثر مباشر.

٢- ضرورة الرجوع إلى الوحدة اللازمة في التشريع. فإذا أبقينا القانون القديم مرعي الإجراء على الأحوال القائمة من قبل، واكتفينا بتطبيق القانون الجديد فقط على كل ما يستجد من أحوال، كان لدينا في نفس الوقت أحوال متماثلة تماماً، تعطى لها أحكامٌ مختلفة في زمن واحد، مما لا يقبله المنطق[1]. ويتنافى مع مبدأ استقرار المعاملات في المجتمع.

فمثلاً حالة العمل في معمل واحد، فمنهم من بدأ العمل قبل ١٩٥٩/٤/٧، ومنهم من بدأ بعد ذلك، فلا يعقل أن يكون لكل منهم أحكاماً تختلف عن الآخر من حيث ساعات العمل، أو الراحة الأسبوعية أو تحديد الأجور.

ثانياً- مبدأ عدم رجعية القوانين:

مضمون هذا المبدأ هو أن القانون إنما يصدر ليطبق على المستقبل، أي على الفترة الزمنية التي تلي نفاذه وبالتالي فإن القانون الجديد لا يسري على ما تم من تصرفات ووقائع وما نتج عنها من آثار قبل بدء نفاذه بل تبقى خاضعة لأحكام القانون القديم.

هذا المبدأ هو مبدأ قديم طبقه الرومان في الكثير من الحالات وإن لم يقوموا بصياغته على شكل قاعدة عامة.

إلا أن القانون الروماني عرف قاعدة هامة في هذا الإطار لا زالت مرعية حتى اليوم. تتمثل في قاعدة عدم رجعية القوانين المفسرة، وتعني أن القوانين التي تصدر

١- راجع د. عدنان القوتلي: المرجع السابق، ص٣٥٥.

تفسيراً لقانون سابق تعتبر سارية من تاريخ سريان القانون القديم الذي تفسره. وتسري بالتالي على التصرفات والأوضاع القانونية التي يحكمها القانون القديم باستثناء تلك التي تم حسمها عن طريق صدور حكم من القضاء أو عن طريق الصلح بين الخصوم[1]. وقد انتقلت هذه القاعدة من القانون الروماني إلى القوانين الحديثة.

كما أن رجال الثورة الفرنسية وضعوا هذه القاعدة في المادة /١٤/ من إعلان حقوق الإنسان.

وعندما صدر قانون نابليون عام ١٨٠٤ نص في مادته الثانية على مبدأ عدم رجعية القوانين.

ولابد من الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية السمحاء قد عرفت هذا المبدأ قبل أن تعرفه القوانين الوضعية حيث قال تعالى في كتابه الكريم "وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولاً يتلو عليهم آياتنا"[2].

وقال تعالى: "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً"[3].

استناداً لهذه النصوص انتهى فقهاء الشريعة الإسلامية إلى قاعدتين أصوليتين هما:

١- لا حكم لأفعال العقلاء قبل وضع النص.

٢- الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة.

أي أن ما لم يرد نص بتجريمه فالأصل حله ولا عقاب على فعله أو تركه[4].

ومنذ ذلك الحين لم يجادل أحد في أهمية هذا المبدأ حتى أصبح في مفاهيم العصر

1- راجع د.سمير تناغو: المرجع السابق، ص٦٥٣.

2- الآية ٥٩ من سورة القصص.

3- الآية ١٥ من سورة الإسراء.

4- راجع د.همام زهران: المرجع السابق، ص ٤٦٤ وما بعدها.

الحديث من المبادئ الدستورية. فقد جاء في المادة /٣٠/ من الدستور السوري الصادر بالمرسوم رقم /٢٠٨/ لعام ١٩٧٣ أنه: "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها و لا يكون لها أثر رجعي ويجوز في غير الأمور الجزائية النص على خلاف ذلك". وتوجد نصوص مشابهة في العديد من الدساتير الحديثة كالمادة /١٦٩/ من دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية لعام ١٩٨٩ والتي تنص على أن "كل فعل أو امتناع عن فعل لا يعتبر جريمة بالاستناد إلى قانون يسن بعد وقوعه".

وأيضاً المادة /٦٧/ من دستور مصر لعام ١٩٧١ والتي تنص على أنه: "العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

والنص الرابع من الدستور المغربي الحالي حيث ينص: "القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة ويجب على الجميع الامتثال له وليس للقانون أثر رجعي".

وترجع أهمية مبدأ عدم رجعية القوانين إلى الاعتبارات الآتية:

١- العدالة:

تقتضي العدالة عدم تطبيق التشريع على الأشخاص المكلفين قبل نفاذه، أي قبل نشره في الجريدة الرسمية ومرور المدة اللازمة على ذلك حتى يتمكنوا من العلم به، وتنظيم تصرفاتهم وفقاً لأحكامه وقواعده. وهي من باب أولى تقتضي عدم تطبيق التشريع على ما سبق نفاذه من تصرفات يقوم بها الأشخاص. فإذا صدر القانون الجديد ثم طبق عليهم بأثر رجعي فيؤدي ذلك إلى أن الأشخاص يخضعون لقانون يستحيل عليهم العلم به وهذا ما يتعارض مع أبسط مبادئ العدالة.

أما القول بغير ذلك فيؤدي إلى سلب الأشخاص ما كانوا قد اكتسبوه من حقوق وحريات في الماضي تنفيذاً لما أجازه القانون لمجرد أن قانوناً جديداً لاحقاً يغير أو يعدل ما كان سارياً سابقاً.

يمكن تصور ذلك لو افترضنا صدور تشريع جديد يعاقب على فعل أو امتناع عن فعل كان مباحاً قبل ذلك، أو يشدد في شروط اكتساب الملكية عن طريق العقد مثلاً. فإن القول بتطبيق التشريع الجديد على الأفعال التي ارتكبت وقت أن كانت مباحة، أو على حقوق الملكية التي كسبت وفقاً لشروط التشريع السابق، يجعل الناس في حرياتهم وحقوقهم تحت رحمة المشرع والقاضي، لا يستطيعون أن يدرؤوا حلول العقاب بهم مهما فعلوا، ولا أن يطمئنوا إلى ما كسبوه من حقوق مهما احتاطوا[1].

٢- المصلحة العامة:

إن المصلحة العامة تقضي بالمحافظة على ثقة الأفراد بالنظام القانوني واطمئنانهم إلى المراكز القانونية التي يكتسبونها وفقاً له، فإذا كانت القوانين من شأنها أن تسري على الماضي فإن ذلك يؤدي إلى انعدام الثقة في النظام القانوني القائم وإلى شيوع الاضطراب وعدم الاستقرار في المراكز القانونية التي يكتسبها الأفراد وفقاً للقوانين النافذة.

٣- المنطق القانوني:

يفترض عدم رجعية القوانين لأنه يوجب أن يكون القانون مصدراً ملزماً للناس في توجيه وتنظيم سلوكهم. كما يوجب أن تبقى أحكامه مرعية الإجراء حتى يلغى، وأن يظل الناس خاضعين إلى هذه الأحكام ما دام هو القانون النافذ في المجتمع. فإذا كان مبدأ عدم جواز الاعتداد بجهل القانون يشكل مبدأ مفروضاً في نطاق هذا الخضوع فإن هذا المبدأ يبقى ممكناً في نطاق التشريع النافذ. فإذا قام المشرع بوضع قانون يخالف أحكام القانون الذي كانوا يخضعون له، فإن عدم الجهل بالقانون يصبح مبدأ غير ذي موضوع في هذا النطاق. ذلك أنه لا يمكن أن نفترض بل من المستحيل أن يتنبأ الناس بأحكام القانون الجديد قبل صدوره ونفاذه، ما دام لم يصل إلى علم الناس بنشره في الجريدة

١- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص١٥٥-١٥٦.

الرسمية حيث يصبح هو القانون النافذ. فإذا كان الأمر كذلك، في نطاق المنطق القانوني، فكيف يمكن أن يقال للناس إن أحكام القانون الجديد ستسري على ما قمتم به في الماضي وفقاً للقانون القديم؟![1].

إذاً يمكن القول إن قاعدة عدم رجعية القوانين بصرف النظر عن النص عليها في الدستور فإنها تستند إلى مبررات عدة توجب الالتزام بها حتى من قبل المشرع.

وقد عمل العديد من الفقهاء على وضع الضوابط اللازمة لتحديد منطقة سريان القانون الجديد ومنطقة سريان القانون القديم، فظهر عدد كبير من النظريات المتضاربة في هذا الصدد لعل من أهمها النظرية التقليدية والنظرية الحديثة.

وسنعرض فيما يلي للنظريتين التقليدية والحديثة في مجال تنازع القوانين في الزمان.

أولاً- النظرية التقليدية:

- **أساس النظرية التقليدية:**

سادت هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسي طيلة القرن التاسع عشر، إذ ذهب فقهاؤها إلى أن المعيار الذي يحقق التوافق بين مبدأ الأثر المباشر للقانون، ومبدأ عدم رجعية القوانين، وبالتالي الذي يحدد نطاق تطبيق القانون القديم والقانون الجديد ويبرز

عدم سريان القانون الجديد على ما هو موجود من مراكز قانونية نشأت في ظل القانون القديم يقوم على أساس التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل.

وعليه إذا كان تطبيق القانون الجديد على هذه المراكز القانونية من شأنه أن يؤدي إلى المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم، فإن تطبيق القانون الجديد يعني سريانه بأثر رجعي وهذا لا يجوز استناداً إلى مبدأ عدم رجعية القوانين. أما إذا كان تطبيق

1- راجع د. خالد عيد: المرجع السابق، ص ١٧٠.

القانون الجديد لا يؤدي إلى المساس بحق مكتسب بل بمجرد أمل، أو توقعات، فلا يعتبر المساس بها تطبيقاً رجعياً للقانون، ومن ثم، يتوجب إعمال القانون الجديد تطبيقاً لمبدأ الأثر المباشر للقانون.

ولكن ما هو الحق المكتسب وما هو مجرد الأمل؟

يعرف الحق المكتسب بأنه الذي استقر نهائياً في ذمة الشخص بحيث لا يملك أي شخص آخر أن ينتزعه منه بغير رضاه، كحق الملكية وحق الدائن في مواجهة المدين.

أما مجرد الأمل فهو ظرف يدل على احتمال اكتساب حق في المستقبل كموقف الوارث قبل وفاة المورث وموقف الموصى له قبل وفاة الموصي، أو موقف واضع اليد على عقار قبل أن تنتهي المدة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم. وعلى أساس هذه التفرقة يقال إن الحقوق التي تم اكتسابها تحت سلطان القانون القديم تظل خاضعة له ولا يسري عليها القانون الجديد.

فلو فرضنا أن شخصاً اكتسب الملكية بالتقادم وفقاً للقانون الحالي أي بعد وضع اليد /١٥/ سنة، وبعد انتهاء المدة صدر قانون جديد يجعل المدة /٢٠/ سنة، فإن هذا القانون لا يسري على حق ذلك الشخص لأن اكتسابه للحق قد تم نهائياً قبل صدور القانون الجديد. أما إذا كان القانون الجديد قد صدر قبل انقضاء مدة /١٥/ سنة، فإن القانون الجديد هو الذي يطبق، أي يشترط أن يضع يده مدة /٢٠/ سنة لاكتساب الملكية، وذلك لأنه وقت صدور القانون الجديد لم يكن قد اكتسب الحق وإنما كان له مجرد أمل في اكتسابه، وهذا لا يحول دون تطبيق القانون الجديد ولا يعتبر ذلك سرياناً على الماضي.

ويمكن تلخيص النظرية التقليدية فيما يلي: القاعدة العامة هي أن القوانين لا تسري على الماضي بمعنى أنها لا تؤثر في الحقوق المكتسبة قبل صدورها. أما مجرد الأمل فيسري عليه القانون الجديد دون أن يعتبر ذلك نفاذاً للقانون على الماضي.

من هذه القاعدة العامة يستثني أنصار النظرية التقليدية عدة حالات هي:

١- حالة النص الصريح:

ذهبت النظرية التقليدية إلى أن مبدأ عدم رجعية القوانين إنما يقيد القاضي دون المشرع الذي يملك بنص صريح في غير المواد الجزائية أن يمد أثر التشريع الجديد على الماضي ولو كان في ذلك مساسٌ بحق مكتسب لاعتبارات متعلقة بالصالح العام. ونظراً لما يشكله هذا الاستثناء من خرق لمبدأ قانوني جوهري هو مبدأ عدم الرجعية فقد اشترط أن يأتي في نص تصريح في التشريع، أما إذا لم يوجد مثل هذا النص فلا يمكن الأخذ بهذا الاستثناء استناداً إلى الإرادة الضمنية للمشرع أو بالاستعانة بالأعمال التحضيرية أو بالنظر إلى غايات التشريع والحكمة منه[1].

وأمثلة شمول القانون الجديد أحوالاً ووقائع سابقة بنص صريح كثيرة منها:

الفقرة /د/ من المادة /١/ من قانون الإيجار رقم /٦/ الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٢/١٥.

والتي تنص على أنه: "خلافاً لأي اتفاق لا يجوز تقاضي بدل الإيجار مسبقاً عن مدة تزيد عن ثلاثة أشهر". هذا النص يشمل العقود المبرمة في ظل المرسوم التشريعي رقم /١١١/ لعام ١٩٥٢ أي قبل نفاذ هذا القانون، والعقود المبرمة بعد نفاذ هذا القانون لأعمال تجارية، أو صناعية، أو حرفية، أو مهنة حرة، أو علمية والتي تخضع لقاعدتي التمديد الحكمي وتحديد الأجرة فقط.

غير أن هذا الاستثناء ليس مطلقاً في كافة أنواع القوانين فالقوانين الجزائية كما ذكرنا سابقاً لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يقرر المشرع جريمة أو عقوبة جديدة عن أفعال ارتكبت قبل نفاذ التشريع الجديد.

وعلى ذلك تعتبر قاعدة عدم رجعية القوانين قاعدة دستورية في المواد الجزائية تقيد المشرع كما تقيد القاضي فلا يجوز للمشرع أن يسحب أثر قانون جزائي على الماضي وإلا خالف نص المادة /٣٠/ من الدستور. ويلاحظ أن هذا الحظر غير قائم إلا فيما

١- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٦٧٨-٦٧٩.

يتعلق بالنصوص التي تقرر الجرائم والتي تضع لها العقاب كما هو واضح من نص المادة /٣٠/ وعلى ذلك يجوز إذاً أن تسري القوانين الجزائية على الماضي إذا كانت متعلقة بأسباب الإعفاء أو موانع العقاب أو مخففة للعقوبة في الحدود التي رسمها المشرع في المادتين /٤ و ٨/ من قانون العقوبات وسيأتي شرحها فيما بعد.

كما أنه يشترط ألاّ يغالي المشرع في استخدام صلاحيته في إصدار قواعد قانونية تطبق بأثر رجعي بل عليه أن يقتصر في ذلك على حالات الضرورة حفظاً لاستقرار المعاملات وإشاعة الثقة والاطمئنان بين الناس.

ويلاحظ أن الدستور السوري الدائم لعام ١٩٧٣ قد نص في /٣٠/ منه على أنه يستطيع المشرع باستثناء الأمور الجزائية أن يضمن القانون الجديد نصاً يجيز تطبيقه على كل الحوادث والوقائع السابقة ولو كان ذلك من قبيل الحقوق المكتسبة. كما هو الحال في المعاملات والقضايا المدنية والتجارية والإدارية وقواعد أصول المحاكمات.

٢- القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة:

وفقاً لأحكام النظرية التقليدية فإنه يستثنى من مبدأ عدم رجعية القوانين التشريعات الجديدة المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، إذ لا يجوز لفرد ما أن يدعي بحق مكتسب، ليمنع تطبيق حكم تشريع جديد يعتبر من النظام العام.

ومن تطبيقات هذا الاستثناء عند أنصار النظرية التقليدية التشريعات المتعلقة بتحديد سن الرشد. فإذا بلغ شخص سن الرشد في ظل القانون القديم وهو ١٨ سنة ميلادية. ثم صدر القانون الجديد الذي يجعل سن الرشد ٢١ سنة ميلادية كاملة، حيث يصبح هذا الشخص قاصراً في ظله، فإن القانون الجديد هو الذي يطبق ويعود الشخص قاصراً رغم اعتباره راشداً في ظل القانون القديم.

وأيضاً فقد اعتبرت بعض المحاكم السورية أن إعطاء القانون المدني لعام ١٩٤٩ للقاضي حق تعديل الشرط الجزائي في العقد، الذي لم يكن ممنوحاً له في الماضي، من

النظام العام، وبالتالي فإن هذا الحق الذي منح للقاضي يسري على العقود السابقة له، والمعقودة قبله.

٣- القوانين الجنائية الأصلح للمتهم:

تطبق القوانين الجنائية بأثر رجعي بقدر ما هي في مصلحة المتهم أو الظنين سواء تلك التي تمحو الجريمة، أو تخفف العقوبة. ذلك أن حق الجماعة في تقرير الجرائم والعقوبات عليها مرتهن للصالح العام فإذا اقتضى هذا الصالح العام بعد ذلك محو الجريمة أو تخفيف العقوبات، فهو يقتضي أيضاً إفادة من ارتكبها في ظل القانون القديم من المحو أو التخفيف.

باعتبار أن مبدأ عدم الرجعية تقرر بحسب الأصل لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم الشخصية وبالتالي احترام هذا الاستثناء لا يشكل اضراراً بحرية الأفراد الشخصية بل على العكس فإن التمسك بعدم الرجعية في هذه الحالة يصطدم مع اعتبارات العدالة التي تأبى الإصرار على معاقبة شخص عن فعل صار مباحاً أو عدم إفادته من العقوبة الأخف في القانون الجديد[1].

٤- القوانين التفسيرية:

بما أن القانون التفسيري يستهدف إيضاح ما غمض من نصوص القانون السابق فهو في الأصل لا يأتي بحكم جديد، ومن ثم يعتبر أمراً طبيعياً أن تطبق أحكامه على الحوادث والوقائع التي حدثت في ظل القانون السابق، كأنها صدرت معه ومنذ تاريخ نفاذه. وعليه فإن القانون التفسيري إنما يطبق اعتباراً من تاريخ نفاذ القانون الذي جاء لتفسيره وليس من تاريخ صدور القانون التفسيري نفسه.

١- راجع د. همام زهران: المرجع السابق، ص ٤٧٨.

ويلاحظ أن التشريع الجديد لا يعتبر تشريعاً جديداً من الناحية الموضوعية. فالذي يطبق هو التشريع القديم بالمعنى الذي فسره به التشريع الجديد[1].

والقانون المفسر لا يعمل به القاضي إلا في المسائل التي لم يصدر فيها حكم مبرم أما المسائل التي تم الفصل فيها حكم مبرم قبل صدور القانون المفسر فلا يصح العودة إليها من جديد بدعوى أنه بنيت على تفسير خاطئ بناءً على القانون الجديد[2].

احتراماً لمبدأ قوة القضية المقضية أو حجية الأمر المقضى به.

ج- نقد النظرية التقليدية:

هذه النظرية سادت في فرنسا ودول أخرى فترة طويلة من الزمن، ولكن المحدثين من الفقهاء بعد أن أمعنوا النظر فيها تمكنوا من كشف العديد من مواطن الضعف فيها نذكر منها:

١- فيما يتعلق بفكرة الحق المكتسب عجز أصحاب هذه النظرية عجزاً مطلقاً عن تعريفه تعريفاً دقيقاً يكفي لتميزه عن مجرد الأمل. ولذلك نجد أن هذا المعيار يتعذر تطبيقه في كثير من الحالات. لنفرض مثلاً أن قانوناً جديداً صدر يقضي بتخفيض مدة سقوط الحق بالتقادم من /١٥/ سنة إلى /١٠/ سنوات فيقال إن القانون الجديد لا يسري على الديون القائمة وقت صدوره لأن سريانه عليها ضرر بحق الدائن المكتسب وفقاً للقانون القديم.

ولكن لنفرض أن القانون الجديد بدل أن يقرر تخفيض مدة سقوط الحق قرر إطالتها فجعلها /٢٠/ سنة بدل من /١٥/ سنة. ففي هذه الحالة يرى أنصار النظرية التقليدية أن القانون الجديد ينطبق على الديون القائمة وقت صدوره فلا يملك المدين أن يتمسك بسقوط الحق إلا بعد /٢٠/ سنة من وقت نشوء الحق. وحجتهم في ذلك أن المدين ليس له

١- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص١٦٦.

2- راجع د. محمد كامل مرسي: المرجع السابق، ص١٧٦-١٧٥.

إلا مجرد أمل وأن مجرد الأمل لا يحول دون تطبيق القانون الجديد.

هذا الاختلاف في حل المسألة الواحدة دليل قاطع على عدم دقة المعيار المستعمل في النظرية التقليدية.

٢- كما يعيب النظرية أيضاً أنها حاولت استثناء قوانين النظام العام من القاعدة العامة فجاء هذا الاستثناء هو الآخر بعيداً كل البعد عن الدقة إذ أنه لا يستقيم في كثير من الحالات. فمثلاً لنفرض أنه صدر قانون يمنع تعدد الزوجات، مثل هذا القانون لا يمكن أن يسري على الماضي وإلا كان معنى ذلك أن تطلق بقوة القانون كل زوجة تجاوزت الزوجة الأولى. ومنها أيضاً صدور قانون يحدد سن الزواج فلا شك أن هذا القانون لا يسري على عقود الزواج التي تمت قبله بين أزواج دون السن التي حددها.

نخلص إلى القول إن النظرية التقليدية تفتقر إلى كثير من الدقة في أساسها وتفصيلاتها.

ثانياً- النظرية الحديثة:

بعد أن أظهر العديد من الفقهاء أمثال بلانيول وكولان وكابيتان قصور النظريه التقليدية عن إيجاد حلول فعلية لمشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان نادوا بنظرية جديدة في هذا الصدد سميت بالنظرية الحديثة.

ونعرض فيما يلي للأسس التي تقوم عليها هذه النظرية:

آ- أسس النظرية الحديثة:

تقوم هذه النظرية التي يعود الفضل في بنائها إلى الفقيه الفرنسي بول روبيه على مبدأ جوهري ي تمثل في التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد فالأثر الرجعي هو تطبيق القانون على الماضي، أما الأثر المباشر فهو تطبيق القانون على الحاضر والمستقبل.

وترى النظرية الحديثة أن كل القواعد القانونية إنما تهدف إلى تنظيم المراكز القانونية لمصلحة أو ضد مصلحة بعض الأشخاص وفي انطباق القواعد القانونية على هذه المراكز القانونية، الماضي منها، أو الحاضر، أو المستقبل يتحدد نطاق تطبيقها من حيث الزمان كالمركز القانوني للمالك، أو الدائن المرتهن، أو البائع، أو المشتري، أو المؤجر، أو المستأجر، وهذه المراكز لا يمكن حصرها بعدد معين[1].

فإذا أريد تطبيق القانون الجديد على المراكز القانونية التي تكوني أو انقضت أو ما ترتب من آثار على هذه المراكز القانونية في ظل القانون القديم، فإن تطبيقه في هذه الحالة يكون تطبيقاً رجعياً، أي سريانه على الماضي. فإذا كسب الحائز الملكية بالتقادم بعد اكتمال مدته في ظل القانون القديم، ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة. فلا يمس هذا القانون المركز القانوني للحائز الذي أصبح مالكاً بعد نفاذه "إنشاء مركز قانوني".

وإذا انقضى دين بالتقادم المسقط بعد اكتمال مدته في ظل القانون القديم، ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة، فلا يسري هذا القانون على الشخص الذي كان مديناً ثم برأت ذمته بسقوط دينه. "انقضاء مركز قانوني".

كما أنه إذا كانت ملكية العقار تنتقل بمجرد التعاقد وفقاً لأحكام القانون القديم، ثم صدر قانون جديد يجعل هذا الانتقال رهيناً بالتسجيل في السجل العقاري، فلا يسري هذا القانون على انتقال الملكية الذي تم قبل نفاذه بمقتضى عقد لم يتم تسجيله[2]. "آثار مراكز قانونية".

ولا يسري أيضاً القانون الجديد على ما تم من عناصر تكوين أو انقضاء تلك المراكز القانونية في ظل القانون القديم. فمثلاً يتكون المركز القانوني للموصى له من اجتماع عنصرين، وهما إبرام الوصية، ووفاة الموصي. فإذا صدر قانون جديد بعد إبرام

1- راجع د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٦٧١.

2- راجع د. عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص٢٣٣.

الوصية وقبل وفاة الموصي يعدل من شروط هذا الإبرام كأن يعدل من القواعد الخاصة بأهلية الموصي، فلا أثر له على صحة إبرام الوصية التي تمت صحيحة قبل نفاذه.

أما إذا أريد تطبيق القانون الجديد على المراكز القانونية التي تتكون أو تنقضي بعد نفاذه أو آثار هذه المراكز، أو على ما يقع بعد نفاذه من آثار ترتبت على مراكز قانونية نشأت في ظل القانون القديم أو على ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء مراكز قانونية بدأت في ظل القانون القديم. ففي جميع هذه الحالات يسري القانون الجديد بأثر مباشر.

فإذا صدر أثناء سريان التقادم قانون جديد يطيل المدة، فإنه يسري على هذا التقادم لأن عنصر المدة لم يكتمل إلا بعد نفاذه.

كما أن القانون الجديد الذي يعدل من القواعد المتعلقة بآثار الطلاق كالنفقة أو الحضانة يسري على ما يتم من حضانة بعد نفاذه ولكنه لا يسري على ما تم من حضانة قبل نفاذه.

غير أن أنصار النظرية الحديثة أقروا مبدأ الخروج على الأثر المباشر للقانون الجديد من خلال استمرار القانون القديم لحكم المراكز العقدية الجارية، إذ من المعروف أن هناك عقوداً كثيرة لا يتم تنفيذها فور انعقادها بل يتأخر تنفيذها إلى وقت لاحق طال أم قصر كعقد الإيجار وعقد التوريد وما أشبه ذلك فالمراكز العقدية السابقة والتي تكونت قبل نفاذ القانون الجديد وظلت قائمة ومنتجة لآثارها عند هذا النفاذ تظل محكومة بالقانون الذي تكونت في ظله دون أن تخضع للأثر المباشر للقانون فتظل على سبيل المثال تخضع للقانون القديم سواء فيما يتعلق بآثارها المستقبلة أو بطرق انحلالها وانقضائها وتبرير ذلك يقوم على أساس عدم الإخلال بالتوازن في مركز المتعاقدين في العقد. فمثلاً لو أبرم عقد قرض بفائدة معينة وفقاً للتشريع النافذ وقتئذ ثم صدر تشريع جديد يخفض سعر الفائدة وقلنا بسريانه على عقد القرض بالنسبة لأثره المستقبلي

لاختل التوازن في هذا العقد، فالمقرض قد لا يرضى الإقراض لو كان سعر الفائدة هو السعر الجديد، ولهذا ترى النظرية الحديثة أن آثار المراكز العقدية الجارية تظل محكومة بالقانون القديم وكذلك طرق انحلالها وانقضائها. غير أن أنصار هذا الاتجاه يفرقون بين العقد أو المركز العقدي حيث تلعب الإرادة دوراً أساسياً في تحديد مضمونه وبالتالي ينحصر بها الأثر الممتد للقانون القديم أي هذا الاستثناء.

أما النظام القانوني كنظام الزواج فهو نظام موحد يفرضه القانون دون اعتداد بإرادة الأفراد إذ ليست إرادة الزوجين هي التي تحدد في عقد الزواج آثاره من حقوق الزوجين وواجباتهما. بل تقتصر إرادتهما على الدخول في هذا النظام القانوني لذلك كان من الطبيعي أن يطبق عليه القانون الجديد بأثر مباشر[1].

ب- تقدير النظرية الحديثة:

تمتاز النظرية الحديثة بالوضوح الذي أتت به للتفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد. وإقامة حد فاصل دقيق بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد.

غير أنه يؤخذ على النظرية الحديثة أنها في سبيل تبرير سريان القانون على الآثار المستقبلة للمراكز العقدية الجارية أقامت تفرقة بين المركز العقدي وبين النظام القانوني وهذه التفرقة هي تفرقة غير محكمة أو منضبطة لا تلبث أن تفتح الباب واسعاً لخلافات كثيرة حولها وتجعل حلول التنازع الزماني في هذا الشأن قلقة غير مستقرة[2].

1- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص٣٦٨.

2- راجع د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص٣٦٦. و د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص٣٧١.

الفرع الثاني

الحلول التشريعية لبعض مسائل تنازع القوانين في الزمان

وضع المشرع السوري قواعد لحل تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة لبعض المسائل، سواء في القانون الجزائي، أو قانون أصول المحاكمات، أو القانون المدني.

نتناول دراسة هذه الحلول وفقاً للترتيب الآتي:

أولاً- الحلول المقررة في القانون الجزائي:

يتمتع مبدأ عدم رجعية القوانين في المواد الجزائية بقوة لا يتمتع بمثلها في المواد غير الجزائية. وتؤثر بعض الدساتير العالمية أن تجعل من مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية مبدأ دستورياً. فقد نصت المادة /٣٠/ من الدستور السوري النافذ على أنه: "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يكون لها أثر رجعي، ويجوز في غير الأمور الجزائية النص على خلاف ذلك".

يعني ذلك أن مبدأ عدم رجعية القوانين في النطاق المدني، قاعدة قانونية تقيد القاضي ولا تقيد المشرع، إذ يمكن للمشرع الخروج عنها بنص صريح في صلب القانون الذي يريد أن يجعل لأحكامه مفعولاً رجعياً. أما في النطاق الجزائي فإن مبدأ عدم رجعية القوانين هو مبدأ دستوري يقيد القاضي ويقيد المشرع. فإذا تضمن تشريع جزائي نصاً يجعل لأحكامه مفعولاً رجعياً فإن مثل هذا النص يعتبر مخالفاً لأحكام الدستور[1].

وتعود أهمية مبدأ عدم الرجعية في نطاق القانون الجزائي إلى أن الجزاءات المقررة في هذا القانون تصيب الإنسان في جسمه وحريته وهي لهذا السبب جزاءات خطيرة لا يتصور توقيعها على أفعال كانت مباحة. ولهذا السبب فإن مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية يعتبر من المبادئ المتصلة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية وإذا كان الأصل في

١- راجع د. محمد الفاضل: المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الرابعة، مطبعة جامعة دمشق، ص١٦٩.

النصوص الجزائية عدم تطبيقها بأثر رجعي، لكن هذا الأصل ليس مطلقاً، فبعض هذه النصوص له أثر رجعي، وهي النصوص الأصلح للمدعى عليه. وينطوي تعديل النصوص الجزائية تعديلاً يفيد المدعى عليه على اعتراف ضمني من المشرع بأن الأحكام التي كان يقضي بها التشريع السابق جائرة أو شديدة ولم تعد من مصلحة المجتمع الاستمرار في تطبيقها[1]. وينسجم أيضاً مع إرادة المشرع الهادفة إلى إصلاح أو تعديل عيوب لاحظها في التشريع القديم والاستعاضة عنه بنصوص أخرى تكون أكثر وفاء لحاجات المجتمع وأشد حماية لقيمه ومصالحه[2].

لكن التساؤل الذي يمكن أن يثار هنا يتمثل في معرفة متى تكون التشريعات الجزائية الموضوعية – أي التي تنص على الجرائم وأركانها وعقوباتها – أصلح للمدعى عليه؟.

لا شك أن القانون الجزائي الجديد الذي يلغي نص التجريم أو يعدل في شروط التجريم تعديلاً ينفع المدعى عليه أو يلغي أو يخفف العقوبة هو قانون أصلح للمدعى عليه.

وعليه نعرض هذه الحالات فيما يلي:

١- إذا ألغى القانون الجزائي الجديد نص التجريم: أي أن يجعل الفعل الذي ارتكبه المتهم فعلاً مباحاً بعد أن كان جرماً معاقباً عليه. وفي هذه الحالة يسري القانون الجديد بأثر رجعي. فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون العقوبات السوري: "لا يقمع جرم بعقوبة أو تدبير احترازي أو إصلاحي إذا ألغاه قانون جديد. ولا يبقى للأحكام الجزائية التي قضى بها أي مفعول".

ويلاحظ هنا وجوب تطبيق القانون الجديد حتى لو صدر في الجرائم الملغاة حكم

١- راجع د. سعدي بسيسو: مبادئ قانون العقوبات، الطبعة الأولى، ١٩٦٤، ص١٣٥.

2- د. محمد الفاضل: المرجع السابق، ص١٢١-١٢٢.

مبرم، حيث لا يبقى لهذا أي مفعول. أي توقف المحاكمة إذا لم تكن قد انتهت، أو يوقف تنفيذ الحكم إذا كان قد صدر، فإذا كان المحكوم عليه مسجوناً فيجب الإفراج عنه.

٢- إذا صدر قانون جزائي جديد يلغي أو يخفف العقوبة التي كانت مقررة في القانون القديم.

وقد جاء في المادة الثامنة من قانون العقوبات السوري بأن "كل قانون جديد يلغي عقوبة أو يقضي بعقوبة أخف يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه، ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم".

إذاً يشترط هنا لتطبيق القانون الأصلح ألاّ يكون قد صدر حكم مبرم في الدعوى، ويعتبر الحكم مبرماً إذا استنفذ الفاعل طرق الطعن كافة. فإذا كان صدر حكم ابتدائي ثم نفذ القانون الجديد الأصلح للمدعى عليه قبل الحكم في الاستئناف وجب على محكمة الاستئناف أن تطبق هذا القانون، وكذلك يكون الحال إذا صدر القانون الجديد بعد الاستئناف وقبل أن يصدر قرار محكمة النقض. أما إذا صدر هذا القانون بعد أن أصبح الحكم في الدعوى مبرماً لا سبيل للطعن فيه بأي شكل من أشكال المراجعة فلا يوجد أي محل لتطبيق القانون الجديد وعلة ذلك هو وجوب احترام الأحكام القضائية التي لها قوة القضية المقضية.

وحكمة هذا الاستثناء الخاص بالقوانين الجزائية الأصلح للمتهم هي أن قاعدة عدم سريان القانون على الماضي تقررت لحماية الأفراد من طغيان السلطة العامة وهذه الحكمة لا تتوافر إلا في حالة ما إذا كان القانون الجديد أشد مما عليه الأمر في القانون القديم، أما إذا كان القانون الجديد قد جاء أكثر رفقاً بهم فإن هذه الحكمة تنتفي ويصبح الخروج على القاعدة المذكورة أجدى لهم.

٣- إذا عدل القانون الجزائي الجديد شروط التجريم تعديلاً ينفع المدعى عليه. كما لو أضاف القانون الجديد ركناً لم يكن يتطلبه القانون القديم وهذا ما نصت عليه المادة

الثالثة من قانون العقوبات السوري إذ اعتبرت أن "كل قانون يعدل شروط التجريم تعديلاً ينفع المدعى عليه يطبق على الأفعال المقترفة قبل نفاذه ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم".

إذاً يشترط لاستفادة المدعى عليه في هذه الحالة عدم صدور حكم مبرم في الدعوى.

ثانياً- الحلول المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية:

تنص الفقرة الأولى من المادة /١/ قانون أصول المحاكمات على أنه: "تسري قوانين الأصول على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل به".

يتضح من هذه الفقرة، أن قواعد أصول المحاكمات تسري فوراً وبأثر مباشر. فهي تطبق فور نفاذها على الدعاوى التي لم يفصل فيها، أي التي لم يصدر حكم فيها. ولو كانت مرفوعة قبل العمل به. فإذا كانت الدعاوى لا تزال قائمة أمام المحكمة البدائية ثم صدر قانون جديد يجعلها من اختصاص محكمة الصلح، وجب أن تحل هذه الدعوى إلى المحكمة الأخيرة باعتبارها هي المحكمة المختصة.

وإذا صدر أيضاً قانون جديد يعدل في الإجراءات التي تتبع في الدعوى فإنه يسري على كل إجراء لم يتم قبل نفاذه.

ويعود سبب ذلك إلى أن قوانين الأصول قلما تمس الحقوق المكتسبة وهي وإن مستها فكثيراً ما تفضل عليها لاعتبارات النظام العام التي تبرر تطبيق النصوص الجديدة التي لا يقصد منها في الواقع إلا حسن سير العدالة.

غير أن المشرع بعد أن قرر مبدأ الأثر الفوري لقوانين الأصول في الفقرة الأولى، أورد عليه استثناءات ثلاثة جاءت على سبيل الحصر وليس على سبيل المثل حيث قرر امتداد العمل بالقانون القديم وذلك في الفقرة الثانية من المادة ذاتها حرصاً منه على الحقوق المكتسبة وهي:

١- القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد ختام المرافعة في الدعوى: فإذا صدر قانون جديد يغير الاختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي للمحاكم فإنه لا يطبق على الدعوى التي أقفل باب المرافعة فيها وأصبحت جاهزة للحكم بل تظل المحكمة التي كانت تنظر فيها مختصة بالفصل فيها طبقاً للقانون القديم.

والحكمة من ذلك تجنب تعطيل الفصل في الدعاوي بإعادة النظر فيها من جديد بإجراءات جديدة حيث تكون قاربت على الانتهاء بقفل باب المرافعة.

٢- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها:

ويقصد بعبارة المواعيد جميع المدد والآجال التي نص عليها القانون سواء كانت مواعيد طعن بالأحكام أم مواعيد أخرى كسقوط الخصومة أو سقوط إجراءات التنفيذ.

فإذا صدر قانون جديد يعدل في ميعاد الطعن بطريق الاستئناف أو النقض وكان هذا الميعاد قد بدأ سريانه في ظل القانون القديم فإنه يستمر في السريان طبقاً لهذا القانون. ولا يسري عليه القانون الجديد.

٣- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق: فإذا صدر قانون جديد يلغي طريقاً من طرق الطعن التي كانت مقررة في القانون القديم، أو ينشئ طريقاً لم يكن مقرراً سابقاً فلا يسري هذا القانون على الأحكام التي صدرت قبل نفاذه.

وهكذا لو أن محكمة الصلح قد أصدرت حكماً في دعوى إيجارية قبل تاريخ ٢٠٠١/٢/٢١ وهو تاريخ نفاذ قانون الإيجار رقم /٦/ لعام ٢٠٠١ فإن هذا الحكم يقبل الطعن بطريق الاستئناف وفقاً للقانون القديم وهو المرسوم التشريعي رقم /١١١/ لعام ١٩٥٢. ولا يسري القانون رقم /٦/ وهو القانون الجديد والذي نص على أن "قاضي الصلح يفصل بالدرجة الأخيرة في دعاوي الإيجارات". ومؤدى ذلك عدم خضوع القرار الصادر عن

قاضي الصلح إلى الطعن بطريق الاستئناف، وإنما يخضع مباشرة للطعن بطريق النقض.

ثالثاً- الحلول المقررة في القانون المدني:

اقتصر القانون المدني السوري على وضع قواعد لحل تنازع القوانين من حيث الزمان لثلاث حالات هي: الأهلية، التقادم، الأدلة، بالنظر لأهميتها ولاختلاف الفقه والقضاء في الحلول الواجبة لها.

١- الأهلية[1]:

تنص المادة /٨/ من القانون المدني السوري على أنه:

"١- النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص.

٢- وإذا عاد شخص توفرت فيه الأهلية، بحسب نصوص قديمة، ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة".

يتضح من هذا النص أن المشرع يميز بين مسألتين: مركز الشخص من حيث الرشد أو القصر، وحكم تصرفاته التي أبرمها قبل صدور القانون الجديد.

أ- من حيث مركز الشخص:

توجب الفقرة الأولى من المادة السابقة سريان حكم القانون الجديد من حيث شروط الأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم من تاريخ نفاذها حتى ولو أدى ذلك إلى أن يصبح القاصر راشداً أو أن يصبح الراشد قاصراً. باعتبار أن القواعد الجديدة يمكن أن تخفض سن الراشد أو أن ترفعه. فمثلاً لو رفع القانون الجديد سن الرشد من ثماني عشرة سنة إلى إحدى وعشرين سنة، فإن هذا القانون يسري على جميع الأشخاص الذين أتموا سن الرشد في ظل القانون القديم، ولم يتموا سن الرشد المقرر في القانون

١- يقصد بالأهلية هنا، أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال والتصرفات القانونية على نحو يعتد به قانوناً.

الجديد، حيث يعود هؤلاء الأشخاص قاصرين بعد أن كانوا راشدين في ظل القانون القديم.

أما إذا كان القانون الجديد يخفض سن الرشد من الحادية والعشرين إلى الثامنة عشرة، فإن كل من يكون متماً عند نفاذه الثامنة عشرة يعتبر راشداً فور هذا النفاذ على الرغم من اعتباره قاصراً في ظل القانون القديم.

وهذا الحل الذي تبناه المشرع السوري هنا يعتبر تطبيقاً لمبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون.

ب- من حيث تصرفات الشخص:

إن الفقرة الثانية من المادة السابقة تحفظ التصرفات السابقة حيث أن تصرفات الشخص التي أجراها في ظل القانون القديم تبقى محكومة بهذا القانون ولا يسري عليها القانون الجديد.

وعليه فإن التصرفات التي أجراها في ظل القانون القديم أشخاصٌ كانوا راشدين في ظله تبقى صحيحة رغم اعتبارهم قاصرين من جديد ابتداءً من نفاذ القانون الجديد، والتصرفات التي أجراها في ظل القانون القديم أشخاصٌ كانوا قاصرين في ظله، تبقى باطلة أو قابلة للإبطال رغم اعتبارهم راشدين ابتداءً من وقت نفاذ القانون الجديد.

وهذا الحل الذي تبناه المشرع السوري يشكل تطبيقاً صريحاً لمبدأ عدم رجعية القوانين.

٢- التقادم أو مرور الزمن:

تنص المادة /٨/ من القانون المدني على أن: "١- تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل. ٢- على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه، وانقطاعه، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة".

وتنص المادة /٩/ من القانون المدني على أنه: "١- إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك. ٢- أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي".

يتضح من المادتين السابقتين أنهما قد تناولتا مسألتين تتعلقان بالتقادم، المسألة الأولى خاصة بمدة التقادم، أما المسألة الثانية فتتعلق ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه.

وهو ما سنبحثه فيما يلي:

أ- من حيث مدة التقادم:

وفقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة الثامنة إذا اكتملت مدة التقادم في ظل القانون القديم وقبل نفاذ القانون الجديد الذي يعدل من أحكامه فإن القانون الجديد لا يسري على هذا التقادم سواء كان تقادماً مكسباً أو مسقطاً.

أما إذا أصبح القانون الجديد نافذاً قبل أن تكتمل مدة التقادم وفقاً للقانون القديم ففي هذه الحالة لا بد من التفريق بين فرضين اثنين:

الفرض الأول: إذا قرر القانون الجديد مدة أطول للتقادم: ففي هذه الحالة لا يكتمل التقادم إلا بانقضاء هذه المدة عملاً بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد. فإذا كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة ومضى منها في ظل القانون القديم عشر سنوات، ثم صدر قانون جديد يطيل مدة التقادم إلى عشرين سنة، فلا يتم التقادم إلا بعد مضي عشر سنوات أخرى. أي حتى تكتمل مدة التقادم المحددة في ظل القانون الجديد وهي عشرون سنة.

ويلاحظ هنا أن المدة التي انقضت من التقادم في ظل القانون القديم تدخل في الحساب.

الفرض الثاني: إذا قرر القانون الجديد مدة أقصر للتقادم: كما لو كانت مدة التقادم في ظل القانون القديم خمس عشرة سنة ثم صدر بعد بدئها قانون جديد يجعل مدة التقادم خمس سنوات فإن المدة الجديدة هي التي يجب تطبيقها وفقاً للفقرة الأولى من المادة التاسعة المذكورة سابقاً، شريطة أن يكون الباقي من المدة القديمة أطول من المدة الجديدة بأكملها. وفي هذه الحالة يبدأ سريان مدة التقادم من تاريخ نفاذ القانون الجديد. أو بمعنى آخر فإن المدة التي انقضت من التقادم في ظل القانون القديم لا تدخل في الحساب.

أما إذا كانت المدة الباقية من التقادم في ظل القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد، يستمر التقادم إلى أن تنتهي مدته وفقاً للقانون القديم. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة التاسعة المشار إليها. فإذا كانت مدة التقادم وفقاً للقانون القديم خمس عشرة سنة، وبعد مضي ثلاث عشرة سنة صدر قانون جديد يقصر مدة التقادم إلى خمس سنوات، فإن الباقي من المدة في ظل القانون القديم سنتان فقط، وهي أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد فيتم التقادم بانقضاء هذا الباقي. وهنا يمكن القول إن المشرع السوري أخذ بمبدأ امتداد سريان القانون القديم.

ب- من حيث بدء التقادم ووقفه وانقطاعه:

بالنسبة لبدء التقادم، فإنه يخضع دائماً للقانون القديم ويلاحظ أن هذا الحكم أخذ به المشرع المصري وهو مقرر أيضاً في المادة /٢٢٨١/ من القانون المدني الفرنسي.

أما بالنسبة لوقف التقادم وانقطاعه فيخضع للقانون الذي يقع في ظله.

٢- الأدلة المعدة مسبقاً للإثبات:

نصت المادة /١٠/ من القانون المدني على أن: "تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده".

يقصد بالأدلة التي تعد مقدماً، أي أدلة الإثبات التي يجري إعدادها أو تهيئتها بشكل مسبق قبل وقوع أي خصومة أو نزاع قضائي. كالأدلة الكتابية سواء كانت عرفية أو رسمية. كما لو قام المدين بتحرير سند بمبلغ الدين إلى دائنه. ففي هذه الحالة فإن القانون الواجب التطبيق على شروط هذا السند وصحته وما أشبه ذلك، هو القانون النافذ وقت إعداد هذا السند، أي حين تحريره، أو في الوقت الذي كان يجب إعداده فيه. أما بقية أدلة الإثبات التي يجري إعدادها أثناء النظر في النزاع أي أثناء سير الدعوى كالشهادة والإقرار واليمين والقرائن القضائية...الخ، فتخضع للقانون النافذ أثناء سير الدعوى.

وموقف المشرع السوري في هذه الحالة يعد تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين.

المطلب الثالث

تطبيق القانون في المكان

الفرع الأول

مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين

طرحت مسألة تنازع القوانين من حيث المكان كنتيجة حتمية لاتصال الشعوب وارتباط أفرادها بعلاقات تفرضها الطبيعة الإنسانية التي ترفض بنزعتها البشرية كل

حاجز يمنع ذلك الاتصال[1]. وفي الوقت الحاضر فإن انتشار التجارة الدولية، وتداخل المصالح، وتطور وسائل المواصلات التي سهلت مهمة انتقال الأفراد بين الدول وضاعفت من العلاقات بينهم جعلت مسألة السريان المكاني للقانون من المسائل الأساسية في نطاق القانون الدولي الخاص لمعرفة مدى سريان القانون الدولي على هذه العلاقات. فهل يسري قانون الدولة على إقليمها سواءً في حق المواطنين أو الأجانب المقيمين على هذا الإقليم؟ أم يقتصر تطبيقه على المواطنين فحسب. وأيضاً يثور التساؤل فيما إذا كان قانون الدولة يطبق على المواطنين أياً كان مكان إقامتهم سواء داخل إقليم الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، أو خارج هذا الإقليم.

تتراوح الإجابة على هذه التساؤلات بين مبدأين هما:

١- مبدأ إقليمية القوانين:

يقضي هذا المبدأ بأن تكون الدولة صاحبة السلطان المطلق، والسيادة التامة في حدود إقليمها. ويعني هذا أن قانون هذه الدولة يسري على كل نشاط يجري على إقليمها، وعلى كافة الأشخاص الذين يقيمون فيه، سواء كانوا مواطنين أم أجانب.

لكنه لا يسري خارج حدود هذا الإقليم حتى بالنسبة لمواطني الدولة التي صدرت عنها هذه القوانين وذلك احتراماً لسيادة الدول الأخرى.

٢- مبدأ شخصية القوانين:

يقصد به سريان قانون الدولة على جميع الأشخاص الذين ينتسبون إليها برابطة الجنسية سواء أكانوا داخل إقليم هذه الدولة، أو خارجه. وعدم سريانه على الأجانب المقيمين على إقليمها.

١- راجع د. سامي بديع منصور: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، ١٩٩٤، ص٨٥.

وقد تفاوت مدى الأخذ بكل من المبدأين باختلاف الدول والعصور، لكن السائد اليوم في أغلب الدول الحديثة اعتبار مبدأ إقليمية القوانين هو الأصل، ومبدأ شخصية القوانين هو الاستثناء، لأن الدولة لا تملك سلطة فعلية حقيقية إلا على إقليمها، وهي تستطيع مباشرة هذه السلطة حتى على الأجانب المقيمين فيه.

الفرع الثاني

المبادئ المتبعة في القانون السوري

تنص المادة /١١/ من القانون المدني السوري: "القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها".

يتضح من هذا النص أن القاعدة الأصلية في القانون المدني السوري اعتماد مبدأ إقليمية القوانين، أي تطبيق القانون السوري على كل الأشخاص سواءً كانوا مواطنين سوريين أو أجانب.

غير أن مبدأ إقليمية القوانين ترد عليه بعض الاستثناءات المستمدة من مبدأ شخصية القوانين.

وعليه نكتفي بذكر بعض القواعد القانونية التي يسري عليها مبدأ إقليمية القوانين وما يرد على هذا المبدأ من استثناءات.

أولاً- مبدأ إقليمية القوانين

يطبق على الأمور التالية:

١- القواعد القانونية المتعلقة بالضابطة كأنظمة المرور ومراقبة الأسواق والمحلات العامة أو المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة العامة والقوانين التي تنظم مزاولة الحرف والمهن المختلفة كمهنة المحاماة أو الطب أو الصيدلة أو الهندسة...الخ.

٢- القواعد القانونية المتعلقة بالحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى.

٣- القواعد القانونية المتعلقة بالنظام القضائي وإجراءات المحاكمة.

٤- القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة.

٥- القواعد القانونية المتعلقة بالأشياء، ثابتة (عقارات)، أو منقولة وما يترتب عليها من حقوق عينية.

ثانياً- مبدأ شخصية القوانين

تطبق القوانين المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية تطبيقاً شخصياً نظراً لاتصال هذه المسائل بشخص الإنسان وبحقه في تكوين أسرة معينة اتصالاً وثيقاً. ومن ثم كان ضرورياً أن تخضع المنازعات المتعلقة بهذه المسائل لقانون دولة الشخص بشرط ألا يكون حكم قانون دولة هذا الشخص يتعارض مع النظام العام في سوريا، وهذا ما أخذت به العديد من الدول فعلى سبيل المثال فقد اعتبرت المحاكم التونسية قانون الأحوال الشخصية المغربي الذي يسمح بالطلاق بالإرادة المنفردة يتعارض مع السياسة التشريعية التونسية ويجب استبعاده لمخالفته النظام العام التونسي.

وهنا يترك لقاضي الموضوع تقدير ما إذا كان قانون الشخص الأجنبي يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي وتقديره هذا ليس مبنياً على آراء شخصية ذاتية بل يبنى على أساس موضوعي يخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض[1].

ويمكن أن نذكر على سبيل المثال العديد من القواعد القانونية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية منها:

١- القواعد القانونية المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، أي كل ما يتعلق بالصفات الملازمة للشخص كالسن والجنس والاسم والموطن والأهلية ...الخ.

١- راجع د. سامي بديع منصور: المرجع السابق، ص٧٦٧ وما بعدها.

٢- القواعد القانونية المتعلقة بالزواج والطلاق والإرث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

٣- القواعد القانونية المتعلقة بالنفقة فيما بين الأقارب.

٤- القواعد القانونية المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجور عليهم والغائبين.

ثالثاً- الأخذ بالمبدأين معاً:

يعتمد المشرع في تطبيق القواعد القانونية الجزائية على مبدأ إقليمية القوانين، ومبدأ شخصية القوانين. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة /١٥/ من قانون العقوبات على أنه: "يطبق القانون السوري على جميع الجرائم المقترفة في الأرض السورية" وهذه هي الصلاحية الإقليمية.

أما المادة /٢٠/ من القانون ذاته فتنص على أنه: "يطبق القانون السوري على كل سوري فاعلاً كان أو محرضاً أو متدخلاً، أقدم خارج الأرض السورية"، على ارتكاب جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون السوري" وهذه هي الصلاحية الشخصية.

أما فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية فقد نصت المادة /٢٠/ من القانون المدني السوري على أن: "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه. على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار".

يلاحظ أن القانون المدني السوري قد سار في موقفه السابق الوضع السائد لدى أغلب التشريعات الحديثة.

الفصل الثاني
تفسير القانون

تفسير القاعدة القانونية هو الكشف عن مضمون القاعدة القانونية بهدف استنباط الحكم القانوني الذي تشمل عليه ليصار إلى تطبيقه على الوقائع التي تخضع لهذا الحكم تطبيقاً صحيحاً.

أو كما عرفه بعض رجال القانون بأنه عملية عقلية علمية تستهدف الكشف عن المصلحة التي تحميها إرادة المشرع للحكم في الحالات الواقعية[1]. فمثلاً المادة /٦٢١/ من قانون العقوبات السوري تقضي بأن "السرقة هي أخذ مال الغير المنقول دون رضاه". فلكي نطبق هذه القاعدة يجب أن نعرف ماهو المنقول؟ ومتى يعتبر المنقول مملوكاً للغير؟ بالإجابة على هذه الأسئلة يفهم مضمون القاعدة وتتحدد عناصر انطباقها، فإذا توافرت هذه العناصر في حالة واقعية بأن أخذ شخص فعلاً منقولاً مملوكاً للغير دون رضاه انطبقت عليه القاعدة فيعتبر سارقاً ويستحق الجزاء.

ونحن بالتعريف السابق نفترض أن القاعدة القانونية موجودة وأنها واضحة كاملة. ولكن قد يحصل أن تكون القاعدة القانونية غامضة أو ناقصة أو متعارضة مع قاعدة قانونية أخرى، أو تكون الحالة المعروضة لم يرد عليها نص مباشر.

هذه الحالات أجمع الفقهاء على إدخالها أيضاً في نطاق التفسير وبذلك يتسع معناه ليشمل إيضاح القاعدة القانونية الغامضة، أو تكملة النقص فيها، أو إزالة التعارض بينها وبين غيرها من القواعد أو استنباط الحكم في الحالة التي لم يرد بشأنها نص.

١- راجع د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص ٣٨٤.

ويلاحظ أن التفسير لا يقتصر على القواعد القانونية التي مصدرها التشريع، بل هو لازم في كافة القواعد القانونية أياً كان مصدرها. فالقواعد القانونية التي مصدرها العرف أو الدين تحتاج هي الأخرى إلى التفسير سواء كانت غامضة أم ناقصة. غير أن الفقهاء اعتادوا معالجة التفسير بمناسبة القواعد القانونية التشريعية بصفة خاصة لسببين عمليين هما: أن أغلب القواعد القانونية مصدرها التشريع في العصر الحاضر، وأن أساليب التفسير أكثر انطباقاً على القواعد التشريعية من غيرها[1].

إذاً يمكن القول إن الحاجة إلى التفسير توجد بمناسبة تطبيق أي قاعدة قانونية أياً كان مصدرها. وإن كان المجال الغالب هو التشريع.

أمام ذلك نرى ضرورة تسليط الضوء على الأسس التي يقوم عليها تفسير القانون فنبين كلاً من أنواع التفسير، وحالاته وأسبابه، كما نوضح موقف أهم مدارس التفسير. بالإضافة لبيان أهم طرق التفسير.

وعليه ينقسم بحثنا هذا إلى مباحث أربعة:

المبحث الأول: أنواع التفسير

المبحث الثاني: حالات وأسباب التفسير

المبحث الثالث: مدارس التفسير

المبحث الرابع: طرق التفسير

المبحث الأول
أنواع التفسير

يمكن أن يصدر تفسير القاعدة القانونية عن جهات وهيئات متعددة. إذ يمكن أن يصدر عن المشرع فيكون التفسير عندئذ تفسيراً تشريعياً، ويمكن أن يصدر عن القضاء

١- راجع د. محمد علي إمام و د. محمود أبو عافية: المدخل للعلوم القانونية، ص ٣٣.

فيكون تفسيراً قضائياً، كما يمكن أن يصدر عن الفقهاء فيكون تفسيراً فقهياً، وقد يصدر أخيراً عن الإدارة العامة في الدولة فيكون تفسيراً إدارياً. وبذلك تكون أنواع التفسير أربعة هي الآتي:

أولاً- التفسير التشريعي:

يتدخل أحياناً المشرع لتفسير قاعدة غامضة بطريق التشريع فيسن تشريعاً يفسر به تشريعاً سابقاً اتضح اشتماله على غموض أو لبس.

فالتفسير التشريعي: هو التفسير الذي يصدر عن المشرع نفسه ليوضح به حقيقة ما قصده من تشريع سابق، ثار الخلاف بين المحاكم حول تفسيره أو طبقته المحاكم بما يخالف قصد المشرع[1].

ويبدو أمراً طبيعياً أن المشرع الذي أصدر النص الأصلي هو صاحب السلطة في تفسيره وهو أقدر من غيره على ذلك.

ولعل التفسير التشريعي يستند في أساسه إلى مبدأ الفصل في السلطات الذي يوجب بأن تتولى كل من السلطة التشريعية والقضائية والتنفيذية القيام بالوظيفة التي تختص بها، دون أن تتجاوز في ذلك إلى سلطة أخرى. فالقضاة تنحصر مهمتهم بالفصل في المنازعات التي تعرض أمامهم فإذا ما وجدوا غموضاً ما، في نصوص التشريع فعليهم الرجوع إلى المشرع نفسه الذي أصدر هذه النصوص ليصار إلى تفسيرها.

ويرى فرانسوا جيني أن التفسير التشريعي يستند إلى الاعتقاد بكمال التشريع وكفايته لحسم المنازعات، بحيث لا يوجد بجانبه مصدر آخر يمكن الرجوع إليه، بل يرجع إليه وحده، ولو اقتضى الأمر، الرجوع في شرحه وتفسيره إلى السلطة التي أصدرته.

وقد احتل التفسير التشريعي مكانة بارزة في العصور القديمة ولا سيما لدى الرومان. فعلى سبيل المثال بعد أن وضع الإمبراطور الروماني جوستنيان، تقنياته الكبرى

1- راجع: د. سليمان مرقس – المرجع السابق – ص١٩٨.

أعلن أن تشريعاته كاملة، فلا يجوز للأفراد تفسيرها ويجب على القضاة تطبيقها بطريقة شبه آلية، واحتفظ لنفسه دون غيره بالحق في تفسير هذه التشريعات ويذكر المؤرخون أيضاً أنه عندما نشر أول شرح فقهي للقانون المدني الفرنسي، قال نابليون "إن قانوني قد ضاع". وهو يقصد بذلك أن الشرح سينحرف بمعنى النصوص[1].

أما اليوم فلا نرى وجوداً للتفسير التشريعي إلا في حالات نادرة نظراً لآلية عمل السلطة التشريعية البطيئة والمعقدة، إذ من غير المتصور أن تتصدى السلطة التشريعية لكل حالة يظهر فيها أن هناك غموضاً في نص من النصوص الصادرة عنها.

وإذا كان الأصل أن يصدر التفسير التشريعي عن السلطة ذاتها التي أصدرت التشريع الأصلي المراد تفسيره، إلا أنه من الجائز أن تخول هذه السلطة هيئة أخرى هي على الأغلب إحدى هيئات السلطة التنفيذية في القيام بمهمة التفسير، نذكر على سبيل المثال المادة الخامسة من المرسوم التشريعي رقم /٨٢٢/ لعام ١٩٦٢ التي تنص على أن: "يصدر وزير الشؤون الاجتماعية والعمل التعليمات اللازمة لتطبيق هذا المرسوم".

والتفسير التشريعي جزء من التشريع الأصلي وليس بتشريع مستقل، لذلك لا يختلف عنه في الحكم والتطبيق، وعليه فإنه يطبق من تاريخ نفاذ التشريع المراد تفسيره وليس من تاريخ نفاذ التشريع التفسيري أي أنه لا ينطبق فقط على الوقائع التي تحدث من تاريخ نفاذه، بل يطبق أيضاً على الوقائع والعلاقات التي حصلت قبل ذلك بشرط ألاّ يكون قد تم الفصل فيها بصورة نهائية. أي تم الفصل فيها بأحكام حازت حجية الأمر المقضي به وهي الأحكام التي استنفدت طرق الطعن.

ونرى أنه لا يدخل ضمن مفهوم التفسير التشريعي الذي نبحثه هنا قيام المشرع من خلال النص ذاته أو نص آخر من التشريع ذاته بتفسير بعض العبارات الواردة فيه والتي تحتاج لتفسير. مثل الفقرة الأولى من المادة /١٢٢/ مدني سوري التي تنص بأن "يكون

١- راجع د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص٧٣٩.

الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

فهذه الفقرة جاءت تفسيراً لعبارة الغلط الجوهري الواردة في المادة /١٢١/ مدني سوري التي تنص على أنه: "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه". ومثله أيضاً ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة /٩١٨/ مدني سوري حيث تنص على أن: "السبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار...". فهذه الفقرة جاءت لتفسر المقصود بعبارة السبب الصحيح الواردة في الفقرة الأولى من المادة ذاتها.

باعتبار أن المقصود بالتفسير هو إيضاح للتشريع السابق وبيان لمضمونه ومعناه فيتوجب أن يلتزم المشرع حدود هذه الوظيفة التوضيحية بغير أن يتناول التشريع المراد تفسيره بالتعديل أو الإضافة.

أما إذا خرج التشريع التفسيري عن ضوابط التفسير بأن تضمن إضافة إلى التشريع المفسَّر فإن الأمر يقتضي التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت السلطة التشريعية نفسها هي التي أصدرت التفسير المتجاوز لنطاق التشريع المفسر. عند ذلك فإن التشريع الجديد رغم وصف المشرع له بالتشريع التفسيري تكون له القوة التشريعية الملزمة، إلا أنه يسري من تاريخ نشره بأثر فوري ومباشر باعتباره تشريعاً جديداً وليس من تاريخ نفاذ التشريع المفسَّر، ما لم ينص صراحة على سريانه بأثر رجعي.

الحالة الثانية: إذا صدر التفسير من سلطة مفوضة بالتفسير وتضمن تجاوزاً. فإنه لا يتمتع بالقوة الإلزامية للتشريع لأنه بمثابة اغتصاب لسلطة التشريع التي

تملكها السلطة التشريعية بمقتضى أحكام الدستور النافذ[1].

ثانياً- التفسير القضائي:

يعتبر التفسير القضائي أكثر أنواع التفسير شيوعاً وأهمية من الوجهة العملية، فإذا كان كل من المشرع والفقيه يملك الحرية في التدخل لتفسير نص من النصوص التشريعية، فإن هذا التدخل يعد بمثابة التزام يقع على عاتق القاضي، إذ أن امتناعه عن التفسير هو بمثابة امتناع عن تطبيق القانون. فإذا كانت وظيفة القاضي تكمن في تطبيق القانون، فإنه لا يستطيع القيام بهذه الوظيفة قبل تفسيره، وهذا ما يفسر كون التفسير القضائي هو الأكثر شيوعاً.

أما أهميته من الناحية العملية فتكمن في أن القاضي لا يضع قواعد لحالات وحوادث مفترضة بل يقوم بالنظر في نزاع معروض أمامه فعلاً، فيقوم بتمحيص ودراسة وتفسير الوقائع المادية المكونة لهذا النزاع لكي يضفي عليها الوصف القانوني المناسب، ومن ثم يطبق الحل الذي وضعه المشرع. وهنا ينصب اهتمام القاضي لكي يصل إلى النتائج المتوافقة مع العدالة والقانون على النزول من عمومية القاعدة المجردة إلى خصوصية الحالة المحسوسة، وفي سبيل تحقيق ذلك لا غنى عن اللجوء إلى عملية التفسير، وهي ليست غاية بحد ذاتها بل هي وسيلة للوصول إلى نتائج عادلة[2].

ويراعى أن ما تتوصل إليه المحكمة من تفسيرات في ظل الأنظمة القانونية اللاتينية لا تكون ملزمة لها ولا لغيرها من المحاكم التي تليها في الدرجة ولو كان صادراً عن محكمة النقض. وما يصدر عن المحكمة من تفسير تنحصر قوته الإلزامية فقط في النزاع المعروض عليها، عملاً بمبدأ حجية الأمر المقضي به.

1- راجع د. همام محمد محمود زهران: المرجع السابق، ص ٥٥١ وما بعدها.

2- راجع د. رضا المزغيني و د. عبد المجيد عبودة: التفسير القضائي في القانون المدني، مطبعة معهد الإدارة العامة، السعودية، ١٩٨٣، ص٢٣٦.

إذ تستطيع المحاكم تبني تفسيراً مغايراً في قضايا مماثلة، لا بل تستطيع المحكمة ذاتها التي أصدرت التفسير الأول العدول عنه إلى تفسير آخر في واقعة أخرى، فيما إذا تبين لها بعد التدقيق والدراسة أن التفسير الأول تفسيرٌ معيبٌ. لكن في هذه الحالة فإن التفسير الجديد يطبق على القضايا التي لم يتم الفصل فيها بصورة نهائية. أما القضايا التي سبق الفصل فيها نهائياً قبل تغيير التفسير فلا يعاد النظر فيها[1].

على عكس الحال في الأنظمة الانجلوسكسونية التي تأخذ بنظام السوابق القضائية حيث تلتزم المحاكم الدنيا بأحكام المحاكم العليا ومجلس اللوردات.

ثالثاً- التفسير الفقهي:

يقصد بالتفسير الفقهي: كل ما يقوم به أساتذة القانون والمحامون وغيرهم من ذوي الاختصاص من الفقهاء من إيضاح وبيان وتعليق على القواعد القانونية في مؤلفاتهم وكتبهم أو مقالاتهم وأبحاثهم أو محاضراتهم وندواتهم. ومن هنا تغلب على التفسير الفقهي الصبغة النظرية بخلاف التفسير القضائي الذي - كما رأينا - يغلب عليه الطابع العملي لأن الفقيه لا تعرض عليه حالات واقعية يطلب منه الفصل فيها[2].

إلا أنه بالرغم من الطابع النظري للتفسير الفقهي فقد أثر في كلا التفسيرين التشريعي والقضائي.

فالتفسير الفقهي يساهم في كثير من الأحيان في مساعدة القاضي على إيجاد الحكم القانوني المناسب للنزاع المعروض أمامه ولا سيما من خلال عمله على رد الأحكام التفصيلية إلى أصولها العامة، وتنسيق المبادئ القانونية في نظريات بحيث تمكن القاضي في نهاية المطاف من معرفة أحكام القانون بسهولة ويسر.

1- راجع د. أنطوان قسيس: المرجع السابق، ص٢٥٦.

2- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص٢٠٠.

كما أن التفسير الفقهي يؤثر في المشرع سواء من خلال توجيه الانتقادات الموضوعية للقواعد القانونية الصادرة عنه، أو من خلال اقتراح حلول للحالات التي ليس لها حكم قانوني في مصادر القانون المتعددة.

ولا بد من الإشارة إلى أن التفسير الفقهي لا يلتزم به القاضي ولا يستطيع أن يبني حكمه على رأي فقهي فقط مهما بلغ هذا الرأي من الإجماع والقوة، لكن يستطيع إيراده في حيثيات حكمه إلى جانب أسباب أخرى وردت في مصادر القانون.

رابعاً- التفسير الإداري:

يقصد به مجموع البلاغات والتعليمات التي تصدرها الإدارات العامة المختصة إلى موظفيها لتفسر لهم فيها أحكام القانون وتبين لهم طرق تطبيقها.

فالإدارات التي تلتزم بتطبيق أحكام القانون من خلال موظفيها، قد ترى ضرورة في كثير من الأحيان بأن تفسر لموظفيها كيفية تطبيق القانون وذلك من خلال بلاغات وتعليمات رسمية تصدرها.

هذه البلاغات والتعليمات لا تتمتع بأية قوة إلزامية إلا بالنسبة للموظف الموجهة إليه. فهي لا تلزم المحاكم إلا إذا صدر التفسير الإداري عن جهة رسمية فوضها المشرع بتفسير أحد النصوص القانونية فيكون التفسير الصادر عن هذه الجهة بقوة التفسير التشريعي، تلتزم المحاكم به[1].

المبحث الثاني

حالات التفسير وأسبابه

تعرض المنازعات على القاضي ليبت فيها، ويتعين عليه أن يجد حكماً لها في التشريع قبل أي مصدر آخر، وفقاً لنص الفقرة الأولى من القانون المدني. فإما أن يجد للحالة المعروضة عليه نصاً. والنص إن وجد فإما أن يكون سليماً أو معيباً فإذا كان

١- راجع د. أنطوان قسيس: المرجع السابق، ص٢٥٧.

سليماً فليس معنى ذلك أنه لا يحتاج إلى تفسير. فالنصوص الواضحة تحتاج هي الأخرى إلى التفسير لتحصيل معناها بدقة والوقوف على شروط انطباقها. وقد يكون النص معيباً لأسباب لفظية، كأن يشتمل النص على لفظ بدل آخر، أو أن يأتي النص ناقصاً أو غامضاً أو متعارضاً.

إذاً يلاحظ أنه من أهم الحالات التي تعيب النص وتجعله بحاجة إلى التفسير: الخطأ المادي، الغموض أو الإبهام، النقص أو السكوت، التناقض أو التعارض.

أولاً- حالة الخطأ المادي:

لا يؤثر على وضوح النص القانوني وقوع المشرع أحياناً في بعض الأخطاء المادية البسيطة، كالأخطاء المطبعية في ذكر رقم مادة، أو حذف حرف نفي، أو حرف عطف. مثل ذلك ما جاء في نص المادة ٦٤٢ ق.م.س فالفقرة الأولى من هذه المادة تنص على أنه: "تسري أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابيّن ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء...".

فالمشرع لم يقصد في معرض تطبيق هذا النص أن يكون الممثلين التجاريين جوابين، وإنما قصد به سريان أحكام عقد العمل على الممثلين التجاريين وعلى الجوابين، فسقط سهواً حرف الواو بين كلمتي التجاريين والجوابين.

لعل ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ذاتها ما يؤكد على حقيقة ما أوردناه سابقاً إذ تنص على أنه: "إذا انتهت خدمات الممثل التجاري أو المندوب الجواب...".

وفي ذلك دلالة واضحة على أن المشرع إنما قصد بسريان أحكام عقد العمل على الممثلين التجاريين وعلى المندوبين الجوابين دون أن يشترط أن يكون الممثل التجاري جواباً.

ثانياً- حالة الغموض أو الإبهام:

يعتبر النص غامضاً أو مبهماً عندما يحمل اللفظ أو العبارة في النص أكثر من معنى. وهنا تكمن أهمية دور القاضي في المفاضلة بين المعاني المحتملة ثم العمل على اصطفاء المعنى الأقرب منها إلى مفهوم الحق والعدالة.

إذاً قد يأتي الغموض أو الإبهام في لفظ واحد من الألفاظ التي صيغت بها النصوص القانونية أو قد يأتي الغموض أو الإبهام في عبارة كاملة من عبارات النص القانوني.

مثال الحالة الأولى أي الغموض أو الإبهام في اللفظ الواحد ما ورد في المادة /٤٧٣/ من قانون العقوبات السوري حول جريمة الزنا إذ أن لفظ الزنا يعني في اللغة العلاقة الجنسية المحرمة بين رجل وامرأة دون عقد زواج بينهما. أما معنى هذا اللفظ في القانون فهو العلاقة الجنسية المحرمة بين اثنين يكون أحدهما متزوجاً.

مثال الحالة الثانية المادة /٩٢/ من قانون العمل الموحد رقم /٩١/ لعام ١٩٥٩ التي تنص على أنه: "لا يكون عقد العمل المشترك ملزماً إلا بعد تسجيله لدى الجهة الإدارية المختصة ونشر إعلان عن هذا التسجيل في الجريدة الرسمية، يشتمل على ملخص لأحكام العقد فإذا رفضت هذه الجهة تسجيل العقد وجب عليها أن تبلغ طالبي التسجيل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب هذا الرفض وأسبابه فإذا انقضت المدة ولم تقم بالتسجيل أو الاعتراض عليه وجب عليها التسجيل والنشر وفقاً لأحكام الفقرة السابقة".

فإذا نظرنا إلى هذا النص سنجد أنه لم يبين الأصول الواجب اتباعها للتسجيل ولم يحدد ما إذا كان من الواجب أن يتم التسجيل بناءً على طلب أحد الطرفين أم لا بد من أن يتم التسجيل بناءً على طلبهما معاً. وما إذا كان هذا الطلب يتم بتقديم استدعاء

أو أنه يكتفي بحضور الطرفين وقيامهما بالتوقيع أمام المرجع المختص للتسجيل[1].

ثالثاً- حالة النقص أو السكوت:

يعتبر النص معيباً بحالة النقص أو السكوت عندما يكون قد أغفل لفظاً في النص لا يستقيم حكمه بدونه، أو عندما لا يتناول النص جميع الحالات التي يفترض به تناولها فيأتي قاصراً. وهنا تأتي أهمية التفسير لإكمال هذا النقص، أو لتلافي السكوت في ضوء تلمس غايات المشرع من هذا النص.

مثال ذلك ما جاء في قانون الإيجار الصادر عام ١٩٤٤ حيث كان يقضي بجواز إخلاء المأجور إذا طلب مالك العقار سكناه بنفسه، وكان ليس له سواه وكان مالكاً له بالاستقلال. ولم يتطرق هذا القانون لحالة فيما إذا كان الزوجين اللذين يملكان معاً داراً مشتركة بينهما ويريدان سكناها معاً، مما اضطر المحاكم السورية إلى تفسير هذا النص الناقص بما يتفق وغاية القانون وقصد المشرع منه.

رابعاً- حالة التناقض أو التعارض:

تكمن أهمية التفسير في إزالة التعارض، أو التناقض الذي قد يقع بين النصوص ويكون التناقض أو التعارض واقعاً عندما تكون هناك نصوص أحكامها متعارضة ومتناقضة بغض النظر عن كون هذه النصوص تنتمي إلى فرع قانوني واحد، أو إلى فروع قانونية مختلفة. ففي جميع هذه الحالات يلتزم القاضي بإزالة هذا التعارض بحيث لا تبقى إلا قاعدة قانونية واحدة واجبة الإتباع.

وفي هذا الإطار توجد مجموعة من القواعد يمكن للقاضي الاعتماد عليها لرفع هذا التعارض وإزالته. ومنها أن القاعدة الأعلى تبطل القاعدة الأدنى. فعلى سبيل المثال لا يجوز لقواعد القانون العادي معارضة قواعد القانون الدستوري كما أنه لا يجوز

1- راجع. د. فؤاد دهمان: التشريعات الاجتماعية "قانون العمل"، الطبعة الثانية، المطبعة التعاونية بدمشق، ص٤٧٩.

لقواعد القانون الفرعي معارضة قواعد القانون العادي.

والقاعدة الثانية هي أن القاعدة اللاحقة تلغي القاعدة السابقة المساوية لها في القوة. وهنا لا بد من مراعاة قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان ومبدأ الأثر المباشر للقانون.

أما القاعدة الثالثة فتمثل في أن القاعدة الخاصة تقيد القاعدة العامة، المساوية أو الأدنى منها درجة دون النظر إلى تاريخ العمل بأي منهما.

وهناك أمثلة عديدة على حالات التعارض أو التناقض المشار إليها سابقاً. فمثال التعارض الواقع بين نصين من فروع قانون مختلفة ما ورد في المادة /١١٥/ من القانون المدني السوري والتي تنص على أنه: "١- يقع باطلاً تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر. ٢- أما إذا صدر التصرف قبل شهر الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها".

أما المادة /٢٠٠/ من قانون الأحوال الشخصية فتنص على أن: "المجنون أو المعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقة".

فالمادة الأولى: نصت على ضرورة صدور قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه من قبل المحكمة وفرقت بين حالة المجنون والمعتوه قبل صدور قرار الحجر وبعده.

أما المادة الثانية: اعتبرت المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما دون الحاجة لصدور قرار عن المحكمة.

المبحث الثالث

مدارس التفسير

اختلفت مدارس التفسير بحسب نظرتها لمصادر القانون وأساسه وقد ظهرت في هذا الصدد ثلاث نظريات هي:

أولاً- المدرسة التقليدية أو مدرسة الشرح على المتون:

ظهرت هذه المدرسة في مطلع القرن التاسع عشر، وقد كان الباعث على ظهورها صدور عدد من التشريعات الفرنسية بشكل عام، وصدور القانون المدني الفرنسي المعروف بقانون نابليون بشكل خاص، والذي كان يعتبر بين معاصريه بمثابة سفر مقدس أخرج للناس لتحقيق العدالة بينهم، وهذا الاعتقاد كان كافياً بحد ذاته لأن ترى المحاكم والفقهاء أنفسهم مجبرين على الاعتماد على نصوص القانون بصورة مطلقة بحيث كلما طرأت أية مستجدات بادر أصحاب الاختصاص إلى هذه النصوص لإيجاد الحكم المناسب منها. فظهرت بذلك طريقة جديدة في التفسير أطلق عليها طريقة التقيد بالنص، أو الشرح على المتون. لأن أنصار هذه الطريقة كانوا يقومون بشرح نصوص التشريع متناً متناً كما يفعل المفسرون في الكتب المقدسة. وهم متفقون على أن هذه النصوص التشريعية قد تضمنت كل القواعد القانونية اللازمة. وحَسْبُ هذا الفقيه، أو القاضي أن يستعرض هذه النصوص ويفسرها بصورة حرفية ليصل إلى القاعدة القانونية المناسبة، وإذا عجز عن الوصول إلى تلك القاعدة فإنما العيب فيه والتقصير منه باعتباره لم يستطع الوقوف على إرادة المشرع ونيته عند وضع القانون بصورة سليمة. ومن ابرز أنصار هذه المدرسة ديغور، بارتان، ديمو لومب، ملاني، فاليت، كل هؤلاء يتفقون على أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون ففي خطاب ألقاه الفقيه بلوندو وهو من أنصار هذه المدرسة أعلن: أن التشريع أصبح هو المصدر الوحيد للقانون وأنه ينبغي التخلص من المصادر الأخرى الكاذبة التي كثيراً ما يراد إحلالها محل إرادة المشرع وهي السوابق

القضائية والعادات غير المنصوص عليها في التشريع والإحساس بالعدالة وفكرة المنفعة العامة والمبادئ القانونية وقد وصل بلوندو إلى حد الإعلان بأنه ينبغي على القاضي أن يرفض كل طلب لا يستند إلى نص صريح في التشريع.

أما الفقيه ديمو لومب فقد قال: "إن شعاري وعقيدتي هي النصوص قبل كل شيء".

وقال أيضاً بونيه في هذا الإطار: "إنني لا أعرف الحقوق المدنية وإنما أدرس قانون نابليون". ويتبنى فقيه آخر هو فاليت مثل هذا الرأي: إذ يعتقد أن تشريعات كثيرة صدرت مذ سبعين سنة وسيكون من المدهش أن نجد حالة لا يوجد لها نص يحكمها[1].

تعتمد هذه المدرسة في تفسيرها للنصوص على المبادئ الآتية:

١- التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وعليه يتحتم على القاضي الأخذ به كما هو دون تعديل.

٢- طالما أن النصوص التشريعية لا يمكن أن تتضمن الجزئيات كافة، فلا مناص من اللجوء إلى تفسيرها. وهنا تنحصر وظيفة المفسر في التعرف على الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع النص التشريعي لا وقت تطبيقه.

٣- إذا لم يستطع القاضي أن يتعرف على النية الحقيقية للمشرع عند وضع نصوص التشريع كان عليه أن يفترض هذه النية افتراضاً، لأن نية المشرع سواءً أكانت حقيقية، أم مفترضة، صريحة أو ضمنية، هي التي يتوجب على القاضي أن يتقيد بها عند لجوئه لتفسير النص التشريعي.

وقد سارت المحاكم على هذا المذهب حتى نهاية القرن التاسع عشر لما يحققه من مزايا تلتصق عادة بقانون المكتوب ألا وهي ضمان الاستقرار في المعاملات القانونية، لكن لا يمكن تلافي العديد من الانتقادات التي وجهت إلى مدرسة الشرح على المتون،

١- راجع د. سمير تناغو: المرجع السابق، ص٧٤٩-٧٥٠،

وخاصة أنها تعتبر التشريع المصدر الوحيد للقانون، مع أنه بات من المسلمات اليوم أن هناك مصادر أخرى للقانون إلى جانب التشريع هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعاب على هذه المدرسة إسرافها في التمسك بحرفية النص مع ما قد يؤدي إليه ذلك من جمود. فظروف الحياة عرضة للتغيير والتطور بحيث أن كل فترة تظهر وقائع وحالات جديدة لم يلحظها المشرع عند وضعه للنص التشريعي وبالتالي لا يمكن أن تترك هذه الوقائع والحالات دون حكم قانوني مناسب. وفي هذا الإطار فقد وصف الفقيه جيني طريقة المدرسة التقليدية في التفسير بأنها طريقة تعوق تقدم القانون وتقضي عليه بالبقاء حيث هو مع أنه من المقرر أن القانون علم كسائر العلوم الاجتماعية الأخرى مبناه التطور والتغيير.

ويلاحظ أن معظم طرق المدرسة التقليدية في تفسير التشريع ما زالت متبعة حتى الوقت الحاضر في شرح النصوص التشريعية فإذا كان تفسير القانون لم يعد قاصراً على تفسير النص التشريعي مع الاعتراف بوجود مصادر قانونية أخرى إلا أنه ما يزال شراح القانون حتى الآن هم على الأغلب شراحٌ للنصوص التشريعية. ولذلك لا يمكن القول إن مدرسة الشرح على المتون قد انتهى وجودها تماماً، بل هي لا زالت موجودة في بعض جوانبها الصحيحة في تفسير نصوص التشريع.

ثانياً- المدرسة التاريخية:

ظهرت هذه المدرسة في ألمانية على يد الفقيه سافيني، وهي تقوم على فكرة أساسية مؤداها أن القاعدة القانونية هي نتاج مستمر ومتواصل للجماعة. فكل قاعدة قانونية ليست سوى تعبير مؤقت عن حاجات الوسط الاجتماعي الذي نشأت فيه، وفي ضوء الظروف التي اقتضت وجودها، ويترتب على هذا أن القاعدة القانونية، إذا وضعت فإنها تنفصل عن إرادة المشرع، وبالتالي لا تبقى على اتصال بهذه الإرادة -كما تذهب إليه مدرسة الشرح على المتون- بل تصبح لها كيانها الخاص المتصل بظروف الحياة

الاجتماعية، فقد تستمر القاعدة القانونية على معناها الأصلي فترة طويلة من الزمن، وقد تحمل معان جديدة تختلف عن المعنى الأصلي بحكم تطور ظروف الحياة الاجتماعية، وضرورة تكيف القاعدة القانونية مع هذا التطور. ووفقاً لهذه النظرية، يستطيع القاضي أن ينظر في تفسيره للنص القانوني إلى المعاني الكامنة في هذا النص المسايرة للتطور، ليتمكن من تطوير القاعدة القانونية دون حاجة إلى التعديل المستمر للنص القانوني. وعليه، فإن النصوص القانونية لا تفسر وفقاً لإرادة المشرع الحقيقية، أو المفترضة يوم وضعها بل على المفسر أن يبحث عن الإرادة الاحتمالية للمشرع أي تلك التي كان يتجه إليها لو أنه دعي إلى التشريع في الظروف نفسها التي يطبق فيها النص[1].

يلاحظ أن هذا الرأي إذا كان هو الرأي السائد في ألمانيا، فإنه لم يجد له في فرنسا إلا أنصاراً قليلين لعل أبرزهم الفقيه الفرنسي سالي حيث يقول: "من القانون المدني إلى ما وراء القانون المدني".

فقد اعتبر سالي أن المدرسة التقليدية بعيدة كل البعد عن الحقيقة ووصفها بأنها مجرد تحايل. وأكد على أن فكرة العدالة بدورها تخضع للتطور فلا مناص من إيجاد حلول جديدة تتفق وهذه التطورات الجديدة من وجهتها الاقتصادية والاجتماعية.

ويقترح سالي استبعاد المدرسة التقليدية وإتباع طريقة جديدة في تفسير القوانين أساسها أن النصوص بمجرد صدورها تسير مع الوقائع جنباً إلى جنب، فتخضع معها لقانون التطور والتغيير، فإذا ما أريد تفسيرها فلا يرجع إلى إرادة المشرع أي إتباع طريقة شخصية، بل على عكس ذلك لا بد من تحقيق العدالة في ذاتها وإتباع طريقة موضوعية تفسر النصوص وفقاً لما تمليه مراعاة مقتضيات الحال من حيث الزمان والمكان.

إذاً، طريقة سالي تقوم على إهمال غرض الشارع حتى ولو كان صريحاً بحيث ترى أن القانون بعد صدوره لا يبقى ملكاً للمشرع بل ملك للجماعة التي ينظم أحوالها.

1- راجع د. نعمان جمعة: المرجع السابق، ص ٢٦٢.

وعليه استطاعت المدرسة التاريخية تلافي عيب المدرسة التقليدية بجعل النصوص أكثر مرونة وتطوراً وتلاؤماً مع ضرورات المجتمع وحاجاته بعد أن كانت تتصف بالجمود والركود.

لكن النقد الأساسي الذي يوجه إلى هذه النظرية إنها قضت بصورة كاملة على كل مزايا القانون المكتوب، ولاسيما عندما اعتبرت أن النصوص القانونية تعد بمجرد صدورها نصوصاً منفصلة عن إرادة المشرع، ولا تتبع إلا تطور ظروف المجتمع وحاجاته. كما أن هذه النظرة ستؤدي حتماً إلى الخروج بالتفسير عن وظيفته، وتفتح المجال أمام تحكم القضاء، إذ يستطيع القاضي تحت ستار التفسير اللجوء إلى تعديل، أو إلغاء العديد من النصوص القانونية. وبالتالي سيقضي على ما يجب أن يتوافر للقانون من صفات الثبات والاستقرار، وسيخلق جواً من الاضطراب في المعاملات القانونية بين الأفراد بالإضافة إلى الإخلال بمبدأ فصل السلطات.

كما أن ربط عملية التفسير بحاجات الجماعة في وقت معين، يؤدي إلى اختلاف التفسيرات للنص الواحد الأمر الذي يؤدي إلى التناقض والتباين في الأحكام للحالات المتماثلة[1].

ثالثاً- المدرسة العلمية:

تحاول هذه المدرسة أن توفق بين الأسس التي تقوم عليها كل من المدرسة التقليدية والمدرسة التاريخية، بالاستناد إلى مبادئ البحث العلمي الحر. ويعتبر الفقيه الفرنسي فراسوا جيني المؤسس الحقيقي لهذه المدرسة.

ومن أهم المبادئ التي تقوم عليها هذه المدرسة ضرورة إتباع المشرع في الأحوال التي تظهر فيها تلك الإرادة واضحة جلية، ومؤدى ذلك أنه على القاضي أن يتمسك أولاً بالنصوص وأن يفسرها وفقاً لإرادة المشرع الحقيقية وقت وضعها، وهذا المبدأ يتفق مع ما

1- راجع د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص٤١٦.

ذهبت إليه المدرسة التقليدية. فإذا لم يؤدي تفسير القاضي للنص على هذا الأساس إلى تطبيق القاعدة القانونية على النزاع المعروض، فإن على القاضي المفسر لكي يصل إلى الحل المناسب أن يبحث عنه في مصادر القانون الأخرى. وهنا يختلف جيني مع المدرسة التقليدية التي ترى ضرورة البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع.

أما في الأحوال الأخرى عندما لا يجد القاضي قاعدة قانونية يمكن تطبيقها على النزاع المعروض أمامه في أي مصدر من مصادر القانون المختلفة، فإن على القاضي المفسر أن يتبع ما أسماه جيني "البحث العلمي الحر" ويقصد به رجوع القاضي إلى جوهر التشريع بحقائقه المتعددة الطبيعية أو الواقعية والحقائق التاريخية والعقلية والمثالية في كل مسألة جديدة وبالتالي يمكن الوصول إلى تحقيق العدالة بالارتكاز إلى أسس ووسائل علمية لا وسائل افتراضية.

ويعود للفقيه جيني الفضل الأكبر في تحطيم القيود الشكلية البحتة التي رسمتها المدرسة التقليدية ولاسيما أن هناك من أيد هذا المبدأ من منطلق أن القانون لا يمكن أن يكون منطقياً بحتاً، لأن حياة الجماعة ليست بسيطة ومنطقية بل على العكس هي مركبة مليئة بالتناقضات. ويعتبر فقه هذه المدرسة هو الفقه السائد حالياً لما يتميز به من منطق سليم.

لكن يؤخذ على هذه المدرسة، ما سبق وذكرناه، بصدد المدرسة التاريخية من أنها تؤدي أيضاً للقضاء على مزايا النص المكتوب، ولاسيما عند عدم وجود قاعدة قانونية في أحد مصادر القانون واللجوء إلى طريقة البحث العلمي الحر إذ في هذه الحالة تمنح القاضي سلطات واسعة في انتقاء الحلول من خلال تقدير العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والمثالية التي تحيط بكل مسألة على حدة.

خلاصة القول، تتجلى في اعتقادنا أن الوسائل السليمة التي يتوجب على القاضي المفسر اعتمادها يجب أن تجمع بين مجموع الأسس التي تقوم عليها هذه

النظريات إذ لا يستطيع أحد أن ينكر أن إرادة المشرع إنما تعبر أصدق تعبير عن ضمير الجماعة وقت صدورها لكن بنفس الوقت نقر بأن فكرة العدالة ليست فكرة جامدة بل تتغير بتغير الظروف التي تحيط بالمجتمعات.

فإذا كان الثبات والاستقرار في المعاملات القانونية ضرورياً لحسن سير الأعمال فهذا لا ينفي ضرورة أن يتغير القانون بالقدر الذي يجعله متوافقاً مع الوسط الذي يعيش فيه.

وإذا أردنا تلمس الاتجاهات التفسيرية في القانون السوري فلا بد من استعراض الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها". ومما لا شك فيه أن نص الفقرة الأولى للمادة الأولى يعكس بجلاء تأثر القانون المدني السوري بفقه المدرسة التقليدية إذ يلتزم القاضي بضرورة تفسير النص التشريعي تفسيراً لفظياً وقد تأكد هذا التأثر من خلال المادة الأولى نفسها حيث جعلت من التشريع المصدر الرسمي الأصلي الوحيد للقاعدة القانونية.

أما الفقرة الثانية من المادة الأولى فتعكس تأثر القانون المدني السوري بفقه المدرسة العلمية ومخالفته لفقه المدرسة التقليدية. إذ تنص هذه الفقرة على أنه:

"إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يلاحظ من خلال هذه الفقرة أن المشرع لم يجعل من التشريع المصدر الرسمي الوحيد، إذ يوجد إلى جانبه مصادر رسمية أخرى يتعين الرجوع إليها عند غياب الحكم في التشريع. فلا يجوز البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع.

ويظهر تأثر المشرع السوري بفقه المدرسة التقليدية والمدرسة العلمية من خلال بعض النصوص التشريعية، ومثالها ما جاء في المادة ١٥١ من القانون المدني السوري إذ تنص في فقرتها الأولى على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين". وهنا يظهر التأثر بفقه المدرسة التقليدية التي تتضمن ضرورة الالتزام بحكم العبارة الواضحة والصريحة وعدم جواز الخروج عنها تحت أي ستار.

أما الفقرة الثانية من المادة نفسها فتنص على أنه: "إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

وهنا يكمن التأثر بفقه المدرسة العلمية من خلال النص على ضرورة عدم الوقوف عند حرفية النصوص، وإنما يجب التحري عن إرادة واضعها إذا كان هناك محل للتفسير مع مراعاة مصلحة الجماعة وضرورات التعامل والضرورات الاجتماعية[1].

المبحث الرابع

طرق التفسير

إذا كان النص سليماً واضح المعنى فيجب العمل بما تدل عليه صياغة النص بمفردات ألفاظه أو عباراته. أو بمعنى آخر إذا ظهر الحكم من عبارة النص وألفاظه وجب العمل به وهو ما عبر عنه بأنه لا مبرر للاجتهاد في مورد النص أي في مورد النص الواضح.

يلاحظ أنه في الحالة السابقة تنحصر وظيفة المفسر في الاستدلال على معنى النص وليس البحث عن أكثر الحلول عدالة. فلا يجوز له أن يترك هذا الحكم بحجة أنه

١- راجع د. عدنان القوتلي: المرجع السابق، ص٢٠٧.

غير عادل أو أن هناك حكماً آخر أكثر عدالة منه فلا يدخل هذا في مهمة المفسر، بل عليه ان يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقتضيه الظروف[1].

أما إذا كان النص ناقصاً، أو غامضاً، أو أنه يتعارض مع نص آخر. فهنا لا بد من اللجوء إلى وسائل وطرق محددة للوقوف على المعنى الحقيقي للنص القانوني والتعرف على إرادة المشرع فيه. وبالتالي يطرح في هذا الصدد تساؤل هام، ما هي الطرق التي يتبعها القاضي في التفسير؟.

تنقسم طرق التفسير إلى نوعين اثنين من الطرق: الطرق الداخلية، والطرق الخارجية.

أولاً- طرق التفسير الداخلية:

يقصد بطرق التفسير الداخلية مجموع الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتحليل نص القاعدة القانونية تحليلاً منطقياً علمياً بهدف الوصول إلى المعنى الحقيقي لهذا النص بمقابلته مع عدد من النصوص بطريق القياس أو الموازنة أو المفاضلة بينها، ليتمكن من استنباط الحكم المطلوب منه مباشرة دون اللجوء إلى وسائل أخرى خارجة عنه.

ومن أهم هذه الطرق الداخلية الوسائل التالية:

١- الاستنتاج بطريق القياس.

٢- الاستنتاج من باب أولى.

٣- الاستنتاج بمفهوم المخالفة.

١- راجع د. سمير كامل: المرجع السابق، ص ١٣٩.

أولاً- الاستنتاج بطريق القياس:

يلجأ القاضي إلى الاستنتاج بطريق القياس بإعطاء حالة معينة غير منصوص عليها حكم حالة أخرى ورد بشأنها حكم في القانون لاتحاد العلة في الحالتين. وعليه تفترض هذه الطريقة وجود حكم منصوص عليه في حالة معينة محددة، ووجود حالة أخرى ليست من نوع الحالة المنصوص عليها، ولكن العلة واحدة. لذلك تقاس الحالة الثانية على الحالة الأولى وتأخذ حكمها عن طريق القياس. مثل اعتبار فعل الفحشاء مع مجنونة أو معتوهة، فيه إكراه معنوي وفيه اغتصاب قياساً مع البنت الصغيرة لاتحاد العلة، وهي فقدان الإدراك والإرادة عند كلتيهما.

ومن ذلك أيضاً أن الفقرة الأولى من المادة /٦٦٣/ مدني سوري تنص على أنه: "لا ينفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل...". فهذه المادة لم تتكلم عن الحالة التي يحجر فيها على رب العمل لجنون أو عته، ومع ذلك فيشملها حكم النص السابق لاتحاد العلة.

على أنه يتوجب على القاضي توخي الحيطة والحذر عند اللجوء للاستنتاج بطريق القياس حتى لا ينتهي التفسير للوصول إلى أحكام تغاير في جوهرها الأحكام القانونية المقيس عليها. ولذلك يلتزم القاضي بالتحقق من وجود التشابه أو الاتحاد في العلة بين الحالتين ثم التأكد من أن حكم الحالة المنصوص عليها ليس حكماً استثنائياً، وإلا كان هذا الحكم وارداً على خلاف القياس، والقاعدة هنا أن "ما ورد على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه"[1].

مثل ذلك ما ورد في المادة /١١٠٩/ من القانون المدني السوري والتي تنص على أنه: "لا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون". وبالتالي يفهم من ذلك أنه عندما لا يوجد نص لا يمكن أن يوجد امتياز بحيث أنه لا يجوز للأفراد ولا للقضاء اعتبار حق ما ممتازاً إذا لم يوجد نص في القانون يسمح باعتباره كذلك، لأن الأصل هو تطبيق مبدأ

١- راجع د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص٢٣٠-٢٣١.

المساواة بين الدائنين وبالتالي إقرار حق الامتياز لبعض الديون هو الاستثناء لذلك وجب تفسير النصوص التي تقرر الامتياز تفسيراً ضيقاً، إذ الاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه[1].

ثانياً- الاستنتاج من باب أولى:

تسمى هذه الطريقة أيضاً "القياس بطريق الأفضلية أو الأولوية". ففي هذه الحالة يلجأ القاضي إلى تطبيق الحكم الوارد بشأن حالة منصوص عليها على حالة أخرى غير منصوص عليها لأن علة الحكم في الحالة الثانية أكثر توافراً من الحالة الأولى، فلو افترضنا على سبيل المثال أن قانون العقوبات أعفى من العقوبة من يقتل شخصاً دفاعاً عن نفسه، أو عرضه. فإن الإعفاء من العقوبة يكون إعفاء من باب أولى على شخص جرح أو آذى شخصاً آخر في موقف مماثل دون أن يقتله. ذلك لأن من يعفى في حالة القتل فمن باب أولى أن يعفى في حالة الجرح أو الإيذاء إذا ما كانت عناصر الإعفاء المطلوبة في القتل متوفرة فيهما.

وتنص أيضاً الفقرة الأولى من المادة /١٣٢/ من القانون المدني السوري على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً". فمن باب أولى جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً موجوداً.

ثالثاً- الاستنتاج بمفهوم المخالفة:

ويقصد بها إعطاء حالة غير منصوص عليها حكماً معاكساً لحكم حالة أخرى منصوص عليها لاختلاف العلة بينهما. فطريقة الاستنتاج بمفهوم المخالفة هي عكس الاستنتاج بطريق القياس. والأمثلة على ذلك كثيرة.

١- راجع د. محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق، ١٩٩٦، ص٣١٢-٣١٣.

مثال ذلك أن المادة الرابعة من القانون المدني السوري تنص على أنه: "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر". فيستنتج بطريق المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسؤولاً عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر.

والفقرة الأولى من المادة /٩٤/ من القانون المدني السوري تنص على أنه: "إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد" فيستنتج بطريق المخالفة جواز العدول إذا ما انقضى ميعاد القبول أو إذا لم يعين في الإيجاب ميعاد القبول.

وأيضاً المادة /٣٩٣/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه: "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". فيستنتج بمفهوم المخالفة أنه لا يحق للبائع طلب فسخ عقد البيع واسترداد المبيع وإنما يحق له فقط طلب تكملة الثمن، كما يستنتج بمفهوم المخالفة أن هذا الحكم قاصر على شخص لا تتوافر فيه الأهلية حيث لا يسري على شخص كامل الأهلية.

وتنص أيضاً المادة /١١١٦/ من القانون المدني السوري تنص على أن: الحقوق المبينة في المواد الآتية ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة".

فيستنتج بمفهوم المخالفة أن الحقوق التي لم يرد نص على تمتعها بحق امتياز لا تكون حقوقاً ممتازة بل تكون مجرد حقوق عادية.

على أن معظم الفقهاء يرون ضرورة توخي الحيطة والحذر عند الأخذ بالاستنتاج بطريق المخالفة إذ قد يضع المشرع نصاً قانونياً لغاية خاصة لا يتوافر عكسها في المفهوم المخالف فلا يصح الاستدلال فيها بمفهوم المخالفة[1].

١- راجع د. عدنان القوتلي: المرجع السابق، ص١٩٤.

ومثال ذلك المادة /٥٩٧/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه: "لا تصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش في حق نفسه لا في حق من يليه من المستحقين". فإذا طبقنا طريقة الاستنتاج بمفهوم المخالفة سيؤدي ذلك إلى بطلان إجارة الوقف التي تصدر بغبن فاحش من ناظر ليس هو المستحق الوحيد، ولكن الواقع أن المشرع لم يقصد حكم البطلان في هذه الحالة وإنما قصد أن الإجارة تكون صحيحة على أن يلتزم المستأجر بتكملة الأجرة إلى أجرة المثل[1].

ثانياً- طرق التفسير الخارجية:

يقصد بطرق التفسير الخارجية مجموعة الوسائل والوثائق والحجج الخارجة عن النص القانوني ذاته، يلجأ إليها القاضي للوقوف على الإرادة الحقيقية للمشرع.

أهم الوسائل ما يلي:

١- حكمة التشريع وغايته:

يلجأ القاضي أو المفسر إلى البحث عن حكمة التشريع وغايته، أي التعرف على المصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو الخلقية التي توخى المشرع تحقيقها من وضع الحكم الوارد بالنص. إذ أن معرفة غاية النص القانوني والحكمة التي يتضمنها تعتبر من الأمور المساعدة لتفسير هذا النص حين يعتريه عيب من العيوب، والوقوف على حكمة التشريع وغايته يجدي عادة في حالتي الغموض والنقص في النصوص فإليها رجعنا لنحدد معنى الليل الذي جعله المشرع في قانون العقوبات ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة إلا أنه لم يقم بتعريف الليل. فهل يراد من ذلك معناه الفلكي أي الفترة من اليوم الممتدة من غروب الشمس إلى شروقها؟. أم يراد به الفترة من اليوم التي يسود فيها الظلام فعلاً؟.

١- راجع د. عدنان القوتلي: المرجع السابق، ص١٩٤.

في الواقع لا بد من تبني المعنى الأخير للفظ الليل أي الفترة التي يخيم فيها الظلام فعلاً، إذ هي الفترة التي تتوافر فيها حكمة التشديد نظراً لما يبعثه الظلام في نفس الناس من الرهبة ونظراً لما يهيئه الظلام للجاني من تسهيل ارتكاب الجريمة[1].

ولكن يجب أن يلاحظ أن حكمة التشريع وإن كانت من أهم وسائل تفسير التشريع إلا أنه لا محل للتقيد بها في تطبيقه. فالقاعدة القانونية متى نشأت في صورتها الملزمة وجب تطبيقها ولو انتفت حكمتها في الواقعة المعروضة. وعلى ذلك إذا كانت حكمة تشديد العقوبة على السرقة ليلاً هي أن السرقة في الظلام تولد الرعب في نفوس المجني عليهم على نحو أشد من السرقة نهاراً، وفرضنا أن شخصاً سرق ليلاً في مكان مقفر فلم يزعج أحداً، فإن ذلك لا يمنع من تشديد العقوبة، لأن التشديد ليس منوطاً بظرف الليل، فمتى توفر هذا الظرف انطبقت القاعدة ولو لم تتوافر حكمتها.

٢- المصادر أو السوابق التاريخية:

أي الرجوع إلى المصادر التي استقى منها المشرع أحكامه بغية التعرف على إرادته الحقيقية. فالشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي للعديد من الأحكام الواردة في القانون المدني، وبالتالي لا بد من الرجوع إليها لتفسير بعض النصوص الغامضة.

مثال ذلك ما ورد في القانون المدني من أحكام تتعلق بالأهلية أو الأحكام الخاصة ببيع المريض مرض الموت.

كما أن القانون المدني الفرنسي يعتبر مصدراً تاريخياً للقانون المدني المصري الذي يتماثل في كثير من أحكامه مع القانون المدني السوري.

٣- الأعمال التحضيرية:

يقصد بها مجموعة الوثائق التي صاحبت نشوء النص التشريعي وهي تشمل محاضر اللجان الفنية التي صاغت النصوص وتقارير اللجان البرلمانية ومحاضرها،

١- راجع د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص٤٣٣.

والمناقشات التي جرت حول هذه النصوص لدى السلطة التشريعية، والمذكرة الإيضاحية التي تصحب عادة كل تشريع.

هذه الوثائق المختلفة تفيد في فهم عبارة النص والوقوف على حكمته وإيضاح شروط انطباقه وحدود سريانه. ولكن يجب أن يلاحظ أن هذه الوثائق وإن كانت بالغة الأهمية في تفسير النص إلا أنها لا تلزم القاضي، فهي لا تزيد عن كونها أدوات استئناس يلجأ إليها القاضي ليقف على ما قصده المشرع.

القسم الثاني

النظرية العامة للحق

تمهيد وتقسيم:

بناءً على الصلة الوثيقة بين القانون والحق، تأتي دراسة نظرية الحق عادة بعد دراسة نظرية القانون. ذلك أن الحق هو ثمرة القانون، ولا يمكن تصور الحق بغير القانون، فالقانون هو الذي يقر الحقوق ويحميها، كما أن تقرير الحقوق وتحديد مضمونها وفرض احترامها هو مهمة القانون الأساسية ووسيلته في تنظيم روابط الأفراد في المجتمع.

ودراسة نظرية الحق تقتضي منا أن نبدأ بالتعريف بالحق من حيث مدلوله وبيان أنواعه. ثم نعرض بعد ذلك للعناصر أو الأركان التي يقوم عليها الحق. ثم نعرض أخيراً لكيفية نشوء الحق واستعماله.

وبذلك تنقسم دراستنا لنظرية الحق إلى ثلاثة أبواب:

الباب الأول: التعريف بالحق

الباب الثاني: أركان الحق

الباب الثالث: نشوء الحق واستعماله

الباب الأول

التعريف بالحق

للتعريف بالحق يجب أن نقف أولاً على تحديد مدلول الحق، وهو ما يقتضي عرض مختلف الآراء والمذاهب في تعريف الحق، ثم نتبين بعد ذلك أنواع الحقوق المختلفة وما يترتب على هذا التنوع من آثار. وبذلك ينقسم هذا الباب إلى فصلين: نبحث في الفصل الأول تعريف الحق، ثم نعرض في الفصل الثاني لأنواع الحقوق.

الفصل الأول
تعريف الحق

على الرغم من أن وجود فكرة الحق قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة في فقه القانون[1]، فقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً حول تعريف الحق. وسوف نعرض على التوالي للنظريات التقليدية والنظرية الحديثة في تعريف الحق.

المبحث الأول
النظريات التقليدية

ثمة ثلاث نظريات تقليدية حاولت تعريف الحق. فمن الفقهاء من نظر إلى الحق من خلال صاحبه أي صاحب الحق وهذه هي النظرية الشخصية. ومنهم من حاول تعريف الحق بالنظر إلى موضوع الحق وهذه هي النظرية الموضوعية. ومنهم من أقام تعريف الحق بالنظر إلى صاحب الحق وموضوع الحق معاً وهذه هي النظرية المختلطة.

---

1 - تعرضت فكرة الحق لنقد شديد من جانب بعض الفقهاء الذين ذهبوا إلى حد إنكار وجود الحق. وأشهر هؤلاء الفقيه الفرنسي الكبير ديجي Duguit. فهو يستبدل بالحق "المركز القانوني الإيجابي" ويستبدل بالواجب "المركز القانوني السلبي"، وبذلك يخلص هذا الفقيه إلى أنه ليس هناك حقوق وواجبات وإنما يكون الأفراد في مراكز قانونية معينة إيجابية أو سلبية. فبدلاً من أن يقال "حق الملكية" يقال "المركز القانوني للمالك". وميزة هذا التصوير، بالنسبة له، أن صاحب المركز القانوني لا يكون في مركز أعلى أو أدنى من الآخرين. ذلك أنه بمقتضى فكرة الحق عنده فإنه يكون لصاحب الحق السلطة والقدرة في أن يأمر غيره، وهذا يستتبع أن تكون إرادته أسمى من إرادة الآخرين، وهو ما يخالف الواقع، إذ لا يوجد تدرج في إرادات الناس لأن الإرادات كلها متساوية. حول طبيعة الانتقادات التي وجهت إلى فكرة الحق والرد على هذه الانتقادات انظر بصفة خاصة الدكتور عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الحق، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠، ص١١ وما بعدها.

المطلب الأول

النظرية الشخصية أو نظرية الإرادة

أولاً: مضمون النظرية:

ينظر أنصار النظرية الشخصية[1] إلى الحق من خلال شخص صاحبه، فيعرفون الحق بأنه "قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم". وترتبط هذه النظرية ارتباطاً وثيقاً بالمذهب الفردي وما ينادي به من مبدأ سلطان الإرادة. ومن هذا التعريف نجد أن جوهر الحق عند أنصار هذه النظرية هو إرادة الشخص. فلا يتصور الحق بلا إرادة. وعلى هذا، فإن القانون لا يمكنه أن يفرض أي حق على إنسان إلا إذا أراده.

ثانياً: نقد النظرية:

لقد تعرضت النظرية الشخصية لنقد شديد من الفقه[2]:

١- إن القول بأن الحق قدرة أو سلطة إرادية يتعارض مع الواقع، ذلك أنه يربط وجود الحق بالإرادة، في حين أنه قد يوجد حق دون أن توجد الإرادة لدى صاحبه. فالمجنون والصغير غير المميز يتمتع كل منهما بحقوق يعترف بها القانون رغم أنه عديم الإرادة، ولو كانت الإرادة هي جوهر الحق لما أمكن الاعتراف لهما بأي حق. كما أن الحق قد يثبت لصاحبه دون تدخل من إرادته أو دون علمه، كالوارث الذي تثبت له الحقوق في تركة مورثه بمجرد وفاة المورث ودون تدخل إرادته. وكذلك الغائب الذي قد يكتسب حقوقاً دون علمه.

---

1 - لقد نشأت هذه النظرية في أحضان الفقه الألماني، ومن أبرز أنصارها الفقيهان الألمانيان وينشيد Windsheid وسافيني Savigny.

2 - انظر في نقد هذه النظرية والرد عليه الدكتور رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢١ وما بعدها.

٢- إن تعريف النظرية الشخصية للحق يجعل من المتعذر الاعتراف للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية بإمكانية اكتساب الحقوق، لأنه يصعب التسليم بتوافر الإرادة الحقيقية لهذه الأشخاص.

٣- إن هذه النظرية تخلط بين وجود الحق واستعماله. فالحق يوجد ولو بدون إرادة صاحبه، ولكن مباشرة هذا الحق أو استعماله قد يستلزم وجود الإرادة. وحينئذٍ لا يكون وجود الإرادة شرطاً لقيام الحق وإنما يكون شرطاً لاستعماله. ومع ذلك، فإن هناك حالات لا يستلزم استعمال الحق فيها وجود الإرادة. فالمجنون يستعمل حق ملكيته حين يسكن منزله أو يركب سيارته بالرغم من كونه عديم الإرادة[1].

المطلب الثاني

النظرية الموضوعية أو نظرية المصلحة

أولاً: مضمون النظرية:

ينظر أنصار هذه النظرية[2] إلى الحق من خلال موضوعه والغاية منه، ولذلك يعرفون الحق بأنه "مصلحة يحميها القانون". فالحق يتكون من عنصرين متلازمين: عنصر موضوعي هو المنفعة أو المصلحة التي يحققها الحق لصاحبه، وهذه المصلحة قد تكون مادية أو معنوية، وعنصر شكلي يتمثل في الحماية القانونية للحق أي الدعوى القضائية.

---

١ - انظر الدكتور حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة، ١٩٩٣، ص ٤٣٢.

2 - صاحب هذه النظرية الفقيه الألماني إهرنج Ihering، ولذلك تعرف أيضاً بنظرية إهرنج. انظر في عرض هذه النظرية الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها.

ثانياً: نقد النظرية:

رغم أن هذه النظرية قد لاقت قبولاً في بعض الأوساط القانونية، إلا أنها لم تسلم من النقد:

١- فقد قيل نقداً لهذه النظرية أنها تعرف الحق بهدفه والغاية منه وهي المصلحة. ولا يجوز تعريف الشيء بغايته وإنما بجوهره. وليس جوهر الحق هو المصلحة أو المنفعة التي يحصل عليها صاحب الحق، لأن الحق ما هو إلا وسيلة لتحقيق المصلحة. ولذلك لا يجوز أن تدخل المصلحة في بيان ماهية الحق.

وإن كان صحيحاً أن الحق يتضمن مصلحة، فإن العكس غير صحيح إذ ليست كل مصلحة تعتبر حقاً. فهناك مصالح معينة لا ترقى إلى مرتبة الحق. فمثلاً حين تفرض الدولة رسوماً جمركية على بعض الواردات الأجنبية حماية للصناعة الوطنية، فإن ذلك يحقق مصلحة مؤكدة للمنتجين الوطنيين، ولكن هذه المصلحة لا ترتفع إلى مرتبة الحق الذي يمكن المطالبة به أمام القضاء[1].

٢- إن هذه النظرية تجعل من الحماية القانونية أو الدعوى عنصراً ثانياً في الحق، في حين أن الحماية القانونية هي نتيجة أو أثر لوجود الحق. فالحماية لاحقة على نشوء الحق ولا يمكن اعتبارها عنصراً لوجوده. فالحق لا يعتبر حقاً لأن القانون يحميه بدعوى، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق[2].

---

1 - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٤٣٤.

2 - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٣٥.

المطلب الثالث

النظرية المختلطة

إزاء الانتقادات السابقة للنظريتين الشخصية والموضوعية، وجدت نظرية أخرى تقوم على الجمع بين نظريتي الإرادة والمصلحة، وذلك بالنظر إلى الحق من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء.

لكن أنصار هذه النظرية اختلفوا فيما بينهم بشأن ترجيح الإرادة أو المصلحة في تعريف الحق[1]. فبعضهم يغلب عنصر المصلحة على عنصر الإرادة، فيعرف الحق بأنه "مصلحة تحميها سلطة إرادة الإنسان". والبعض الآخر يغلب دور الإرادة على دور المصلحة، فيعرف الحق بأنه "قدرة أو سلطة إرادية يعترف بها القانون ويحميها، لشخص من الأشخاص، في سبيل تحقيق مصلحة معينة"[2].

وسواء أكان الحق مصلحة تحميها الإرادة أو كان إرادة في سبيل تحقيق مصلحة، فإن هذه النظرية لا تضيف جديداً في الكشف عن جوهر الحق. ولهذا يمكن أن يوجه إليها ذات الانتقادات التي وجهت إلى النظريتين السابقتين. فالحق ليس الإرادة كما أنه ليس المصلحة ولا يجوز اعتباره مركباً من المصلحة والإرادة معاً. ولذلك ظهرت نظرية حديثة حاولت أن تكشف عن جوهر الحق وخصائصه الذاتية المميزة.

---

1 - انظر في تفصيل ذلك الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٨٩ وما بعدها.

2 - انظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون، الكتاب الثاني نظرية الحق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٥، ص ٢٦.

المبحث الثاني

النظرية الحديثة أو نظرية دابان

أولاً: عرض النظرية:

حاول الفقيه البلجيكي جان دابان Jean Dabin أن يتلافى الانتقادات التي تعرضت لها النظريات التقليدية في تعريفها للحق. ولذلك قام بتعريف الحق عن طريق تحليل فكرة الحق ذاتها والوقوف على العناصر التي تتكون منها[1]. وانتهى إلى أن الحق يتكون من أربعة عناصر:

١- **الاستئثار أو الاختصاص:** ويقصد به اختصاص أو استئثار شخص معين بقيمة معينة، بحيث تكون هذه القيمة مقصورة على صاحب الحق. فالمالك يستأثر أو يختص بملكه دون غيره. ولا يقتصر مفهوم القيمة هنا على القيمة المالية، بل قد تكون القيمة معنوية لا تقدر بالمال، كحق الشخص في الحياة وحقه في الحرية وحقه في أن ينسب إليه إنتاجه الفكري. وهذا الاختصاص أو الاستئثار ليس له صلة بالإرادة، فهو يثبت لصاحبه ولو لم تتوافر لديه الإرادة كالمجنون والصغير غير المميز، كما يمكن أن يثبت للشخص دون علمه[2].

٢- **التسلط:** وهو نتيجة لعنصر الاستئثار. ذلك أن استئثار شخص بشيء معين يؤدي حتماً إلى الاعتراف له بنوع من التسلط على هذا الشيء. ويقصد بالتسلط هنا القدرة على التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق[3]. ويتحقق التسلط ولو وجد مانع يحول دون ممارسته من قبل صاحب الحق، أي أن وجود التسلط لا يتوقف على

---

1 - انظر بصفة خاصة:

Jean Dabin, Le droit subjectif, Dalloz, 1952, cité par François Terré, Introduction générale au droit, 4e édition, Précis Dalloz, Paris, 1998, p. 273.

2 - الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٩٧.

3 - انظر الدكتور عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٨، ص ٣١٤.

ممارسته فعلاً من قبل صاحبه. فالمالك الذي ضاع منه الشيء المملوك أو سرق، يظل مع ذلك مالكاً أي صاحب حق. ذلك أن ضياع الشيء أو سرقته، وإن حال دون تحقق التسلط المادي أو الفعلي على الشيء، إلا أنه لا يمنع من وجود التسلط القانوني أو المعنوي[1].

٣- **احترام الغير للحق:** ويقصد بالغير جميع الناس عدا صاحب الحق. ذلك لأن الحق يقتضي وجود أشخاص يسري الحق في مواجهتهم[2]. ويتحقق سريان الحق في مواجهة الغير من خلال أمرين: عدم جواز الاعتداء على الحق أي عدم الاعتداء على الاستئثار والتسلط اللذين يتمتع بهما صاحب الحق، والاقتضاء أي إمكان صاحب الحق بالمطالبة بعدم الاعتداء على حقه[3]. فعدم جواز الاعتداء على الحق هو واجب على الغير، كما أن صاحب الحق يستطيع أن يقتضي احترام حقه.

٤- **الحماية القانونية:** تعتبر الحماية القانونية عند دابان عنصراً أساسياً لا يمكن أن يوجد الحق بدونه. فالحق لا يكون كاملاً إلا إذا تكفل القانون بحمايته. والدعوى القضائية هي وسيلة حماية الحق. فكل حق كامل يكون مزوّد بدعوى لحمايته[4].

في ضوء هذه العناصر الأربعة التي يتكون منها الحق، ينتهي دابان إلى تعريف الحق بأنه "ميزة يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية، فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة أن يتصرف في مال أقر القانون بانتمائه إليه سواء باعتباره ملكاً له أو باعتباره شيئاً مستحقاً له في ذمة الغير"[5].

---

1 - الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ١٠٤.

2 - الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٢.

3 - الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ١٠٦.

4- الدكتور نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص٢٩.

5- الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ١٠٩.

ثانياً: تقدير النظرية:

يلاحظ أن هذا التحليل الذي تقدمه نظرية دابان لفكرة الحق قد تفادى الكثير من الانتقادات التي تعرضت لها النظريات التقليدية. ومع ذلك فلم تسلم نظرية دابان من النقد[1]. ولعل أهم ما قيل في نقد هذه النظرية أن تعريف الحق كاختصاص أو استئثار وتسلط إن كان يتفق تماماً مع الحقوق في نطاق القانون الخاص، كما في حق الملكية، فإنه لا يتفق مع الحقوق في نطاق القانون العام، كالحق في الانتخاب أو الحريات العامة، فمثل هذه الحقوق يعترف بها القانون للناس كافة ولا يختص أو يستأثر بها شخص دون غيره. كما أن هذه الحقوق غير قابلة للتصرف، الأمر الذي يجعل من الصعب تصور وجود عنصر التسلط فيها، باعتبار أن التسلط يعني القدرة على التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق.

وأياً ما كان الأمر بشأن الخلاف الفقهي حول تعريف الحق، فإن الحق يتكون من عناصر أساسية تميزه عن غيره من الأوضاع المتشابهة كالحريات أو الرخص العامة. فالحق، كما يرى الدكتور حسن كيره[2]، يفترض وجود عنصرين أساسيين:

١- رابطة قانونية، وهذه الرابطة إما أن تكون رابطة اقتضاء أو رابطة تسلط[3].

٢- استئثار شخص وانفراده دون غيره من الناس بما تخوله الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء.

---

1 - حول الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية انظر الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٤ وما بعدها.

2 - انظر الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

3 - يرى الدكتور حسن كيره أن الرابطة القانونية إما أن تكون رابطة اقتضاء: وهي لا تكون إلا بين شخص وشخص آخر، حيث تخول شخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر، كالرابطة بين الدائن ومدينه وإما أن تكون رابطة تسلط: وهذه لا تكون إلا من شخص على شيء، حيث تخول شخصا معينا سلطة على شيء معين، فحق الملكية مثلا يفترض وجود رابطة تسلط لأنه يخول صاحبه سلطة على الشيء المملوك. انظر في تفصيل ذلك الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٣٧ وما بعدها.

وفي ضوء هذين العنصرين، ينتهي الدكتور حسن كيره إلى تعريف الحق بأنه "هو تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر"[1].

ويلاحظ في هذا التعريف أنه لم يعتبر الحماية القانونية أو الدعوى القضائية عنصراً من العناصر المكونة للحق. وفي الواقع، إن الحماية القانونية للحق أو الدعوى القضائية لا تعدو أن تكون أثراً من آثار وجود الحق، فهي لاحقة لوجوده ولا يجوز اعتبارها من العناصر الجوهرية للحق.

---

1 - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٤١.

الفصل الثاني
أنواع الحقوق

تنقسم الحقوق أولاً إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية. والحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة. وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية. كما تنقسم الحقوق المالية بدورها إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية[1]. وسوف نعرض فيما يلي لأنواع هذه الحقوق وما يترتب على هذا التنوع من آثار.

المبحث الأول
الحقوق السياسية والحقوق المدنية
Les droits politiques et les droits civils

أولاً: التعريف بالحقوق السياسية وخصائصها:

الحقوق السياسية وهي تلك الحقوق التي تثبت للفرد باعتباره عضواً في جماعة سياسية معينة لتمكينه من المشاركة في حكم هذه الجماعة أو المساهمة في إدارة شؤونها. وأهم هذه الحقوق: حق الانتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية المختلفة وحق تولي الوظائف العامة.

---

1 - هناك تقسيمات متعددة للحقوق تختلف فيما بينها باختلاف زاوية النظر إلى الحق. حول هذه التقسيمات انظر بصفة خاصة الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٤٤ وما بعدها، و الدكتور توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ص ٤٧٤ و ما بعدها، و الدكتور نعمان محمد خليل جمعة، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، ١٩٨٩، ص ٣١٩ و ما بعدها.

والحقوق السياسية ينظمها القانون العام وعلى الأخص القانون الدستوري. ولهذا تسمى هذه الحقوق أيضاً بالحقوق الدستورية[1].

وتتميز الحقوق السياسية بطابع خاص يتصل بالهدف منها. فإلى جانب ما تنطوي عليه من ميزات لأصحابها، فإنه ينظر إليها أيضاً على أنها واجب. وهذا الطابع الهام لتلك الحقوق جعلها تتميز ببعض الخصائص:

١- فهي قاصرة على الوطنيين وحدهم دون الأجانب. إذ لا يجوز أن يساهم في حكم الدولة وإدارة شؤونها سوى الوطنيين الذين يتمتعون بجنسيتها. ولكن يمكن أن نصادف بعض الاستثناءات من هذا المبدأ. ففي إنكلترا مثلاً يحق للأجنبي الذي أقام فيها عشر سنوات أن يكون عضواً في المجالس البلدية[2]. كما قد يجيز القانون في بعض الحالات الاستعانة بموظفين من الأجانب.

٢- إن الحقوق السياسية لا تثبت لجميع الوطنيين، وإنما لمن تتوافر فيهم الشروط المقررة في القانون. فيجب أن تتوافر فيمن يرغب في ترشيح نفسه للانتخابات شروط خاصة ينص عليها القانون كشرط توافر سن معينة. كذلك يشترط لتولي الوظائف العامة شروط معينة تختلف باختلاف أنواع هذه الوظائف كشرط السن أو شرط المؤهل العلمي.

٣- إن هذه الحقوق لا تقوّم بمال أي أنها حقوق غير مالية، وبالتالي فلا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها أو اكتسابها أو سقوطها بالتقادم.

---

1 - انظر الدكتور غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للطباعة والنشر، الطبعة السادسة، عمان، ١٩٩٩، ص ٢٣٢.

2 - الدكتور غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

ثانياً: تعريف الحقوق المدنية:

يقصد بالحقوق المدنية تلك الحقوق اللازمة للفرد حماية لكيانه وحريته ولتمكينه من مزاولة نشاطه في الجماعة. ويدخل في هذا النوع طائفة كبيرة من الحقوق يجمع بينها انتفاء الصفة السياسية عنها ولهذا تسمى أيضاً بالحقوق غير السياسية. وهي تقسم بدورها إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

المبحث الثاني

الحقوق العامة والحقوق الخاصة

Les droits publics et les droits privés

أولاً: التعريف بالحقوق العامة وخصائصها:

الحقوق العامة هي الحقوق التي تثبت للفرد بصفته إنساناً. وقد سميت بالحقوق العامة لأنها تثبت لجميع الأفراد، فلا يختص بها فرد دون غيره. فهي تستمد أصلها من شخصية الإنسان وترتبط به ارتباطاً وثيقاً، ولذلك تسمى حقوق الشخصية Droits de la personnalité أو الحقوق اللصيقة بالشخصية. كذلك سميت بحقوق الإنسان Droits de l'homme وبالحقوق الطبيعية Droits naturels باعتبار أن الطبيعة نفسها تفرض تقريرها للإنسان، بحيث لا يستطيع الإنسان أن يعيش بدونها. ولذلك فإن هذه الحقوق تثبت للناس كافة مواطنين وأجانب على حد سواء.

ولما كان من الصعب حصر الحقوق التي تدخل ضمن حقوق الشخصية، جرى الفقه على رد هذه الحقوق إلى ثلاثة فروع يمثل كل منها مظهراً من مظاهر الشخصية. فمن هذه الحقوق ما يتعلق بحماية الكيان المادي للشخصية، ومنها ما يتعلق بحماية الكيان الأدبي أو المعنوي للشخصية، ومنها ما يتعلق بحرية نشاط الشخصية[1].

---

1 - انظر الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٣٢٠-٣٢١، و انظر كذلك الدكتور نبيل إبراهيم سعد و الدكتور همام محمد محمود زهران، المدخل للقانون، نظرية الحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤٤ و ما بعدها.

ويأتي في طليعة الحقوق التي ترمي إلى حماية الكيان المادي للشخصية حق الشخص في الحياة وحقه في سلامة جسمه. فلا يجوز لأحد المساس أو الاعتداء على جسم غيره بقتل أو جرح أو ضرب. وأما الحقوق التي تهدف إلى حماية الكيان الأدبي أو المعنوي للشخص فتشمل حق الشخص في الشرف وحقه في السرية وحق الشخص على ما يبتكره من أفكار وهو ما يعرف بالحق المعنوي للمؤلف. وأما الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية فتشمل الحريات العديدة التي ترمي إلى تمكين الشخص من مزاولة نشاطه، مثل حرية التنقل وحرية الزواج وحرية العمل وحرية التعاقد وحرية التعبير وحرية الاعتقاد وحرمة المسكن.

وحقوق الشخصية بهذا المعنى تلازم الشخص طوال حياته. ولذلك سماها المشرع السوري بالحقوق الملازمة للشخصية[1]. وتتميز هذه الحقوق ببعض الخصائص نوجزها فيما يلي[2]:

١- تعتبر حقوق الشخصية حقوقاً مطلقة وليست نسبية، أي أنها تسري في مواجهة الناس كافة وليس في مواجهة شخص معين. وبالتالي يقابل هذه الحقوق واجب عام سلبي يقع على الناس كافة يقتضي منهم عدم الاعتداء على هذه الحقوق[3].

٢- إن حقوق الشخصية هي حقوق غير مالية أي أنها لا تقوّم بمال. غير أن هذه الحقوق تستتبع في بعض الأحيان آثاراً مالية. فإذا وقع اعتداء على حق من حقوق الشخصية وترتب عليه ضرر، فإن صاحب الحق يستطيع المطالبة بتعويض نقدي

---

1 - انظر المادة ٥٢ من القانون المدني السوري.

2 - انظر الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٥٣٠ وما بعدها.

3 - تضمن قانون العقوبات السوري جزاء الإخلال بهذا الواجب العام. فنص على عقوبة الجرائم التي تقع على حياة الإنسان وسلامة جسمه كالقتل والضرب والجرح أو الإيذاء. كما نص على عقوبة الجرائم التي تقع على الحرية والشرف كحرمان الحرية وخرق حرمة المنزل وإفشاء الأسرار والذم والقدح.

عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الاعتداء[1]. وهكذا فإن حقوق الشخصية، وهي حقوق غير مالية، يمكن أن يترتب على الاعتداء عليها نشوء حقوق مالية.

٣- تعتبر هذه الحقوق خارجة عن دائرة التعامل، فلا يجوز التصرف فيها بمقابل أو بدون مقابل[2]، ولا يجوز الحجز عليها ولا تنتقل إلى الورثة عند وفاة صاحبها.

٤- إن حقوق الشخصية لا تخضع للتقادم أي أنها لا تسقط ولا تكتسب بالتقادم. فعدم ممارسة شخص لحقه في العمل أو التنقل أو التعاقد لفترة طويلة من الزمن لا يؤدي إلى سقوط هذا الحق بالتقادم.

ثانياً: تعريف الحقوق الخاصة:

يقصد بالحقوق الخاصة تلك الحقوق التي يحكمها القانون الخاص والمتعلقة بروابط الأفراد العائلية والمالية. وهي تقسم إلى حقوق الأسرة وحقوق مالية.

المبحث الثالث

حقوق الأسرة

Droits de famille

أولاً: التعريف بحقوق الأسرة:

حقوق الأسرة أو الحقوق العائلية هي تلك الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة. وتنشأ هذه الحقوق من الروابط العائلية التي تقوم على الزواج أو النسب وما يترتب عليهما من قرابة. ولذلك فإن هذه الحقوق إما أن تكون لكل من الزوجين قبل الآخر، أو تكون لبعض الأقارب قبل البعض الآخر[3].

---

1 - تنص المادة ٥٢ من القانون المدني السوري على أنه لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

2 - عني المشرع بالنص على ذلك صراحة بالنسبة لبعض حقوق الشخصية. فنصت المادة ٥١ من القانون المدني السوري على أنه "ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية".

3 - انظر الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٢١٦.

ومن أمثلة الحقوق التي تنشأ عن رابطة الزواج حق الزوج في طاعة زوجته له وحق الزوجة في الإنفاق عليها ورعايتها. ومن أمثلة الحقوق التي تنشأ عن النسب حق الأب في تربية أولاده وتأديبهم وحق الأم في حضانة طفلها وحق الأولاد في الإنفاق عليهم.

ثانياً: خصائص حقوق الأسرة:

تتميز حقوق الأسرة بأنها تهدف في مجموعها إلى تحقيق مصلحة الأسرة. فلا تمنح لأصحابها لتحقيق مصالحهم الشخصية، وإنما لتحقيق مصلحة أعضاء الأسرة الآخرين أي مصلحة الأسرة بصفة عامة[1]. لذلك فإن حقوق الأسرة تتميز عن بقية أنواع الحقوق بأنها لا تخول لأصحابها سلطات فحسب بل تفرض عليهم واجبات في نفس الوقت[2]. فحق الأب في تربية أولاده وتأديبهم يفرض عليه في نفس الوقت أن يقوم بواجب التربية والتأديب والتعليم وسائر أمور العناية بشخص الولد. وهكذا فإن هذه الحقوق تخالطها واجبات متقابلة. فإذا كان من حق الزوج طلب الطاعة من زوجته، فإن من واجبه إعداد المسكن الزوجي والإنفاق عليها. وإذا كان من حق الزوجة قبض مهرها المعجل، فإن من واجبها الانتقال إلى مسكن زوجها[3].

---

1 - هذا ما دفع البعض إلى إنكار صفة الحق بالنسبة إلى هذه الطائفة من الحقوق، بحجة أنها تعتبر وظائف تؤدى لمصلحة أفراد الأسرة الآخرين وليس لمصلحة أصحابها. انظر في الإشارة إلى ذلك والرد عليه الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

2 - انظر الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٤٦. وانظر أيضا الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٢١٦، حيث يشير في هذا الصدد إلى ما يسمى بظاهرة "السلطة – الواجب" أو الحقوق ذات الهدف الغيري.

3 - وهكذا فإذا طالب الزوج زوجته بالانتقال إلى منزله وامتنعت بدون مبرر مشروع سقط حقها في النفقة لأنها تعتبر عندئذ ناشزة. أما إذا كان امتناعها مشروعاً، كما لو امتنعت عن المساكنة بسبب عدم دفع الزوج لمهرها المعجل أو عدم تهيئة المسكن الشرعي، فلا تسقط نفقتها. انظر في تفصيل ذلك الدكتور عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الأول، الزواج وآثاره، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٣ – ١٩٨٤، ص ٣٠٣ وما بعدها.

كما تتميز حقوق الأسرة بصفة عامة بأنها لا تقوّم بمال، فهي حقوق غير مالية ومن ثم لا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها ولا تنتقل إلى الورثة بوفاة أصحابها. غير أن هناك بعض الحقوق المالية يمكن أن تنشأ عن علاقات القرابة، كالحق في النفقة والحق في المهر والحق في الإرث[1].

وتعتبر حقوق الأسرة من مسائل الأحوال الشخصية وتنظمها قوانين خاصة مستمدة من الشرائع الدينية كقانون الأحوال الشخصية.

المبحث الرابع

الحقوق المالية

Les droits patrimoniaux

الحقوق المالية هي تلك الحقوق التي يكون محلها قابلاً للتقويم بالمال. فهي تستهدف تمكين أصحابها من تحقيق مصالح لها قيمة مالية أي يمكن تقويمها بالنقود. ولذلك تدخل هذه الحقوق في الذمة المالية للشخص ويجوز التصرف فيها والحجز عليها وتخضع للتقادم وتنتقل إلى الورثة بعد وفاة أصحابها.

وتنقسم الحقوق المالية إلى ثلاثة أنواع: حقوق عينية، وحقوق شخصية، وحقوق معنوية، وسوف نعرض على التوالي لهذه الأنواع.

---

1 - يلاحظ أن حقوق الزوجة على زوجها قد تكون حقوقاً مالية أو حقوقاً غير مالية، بينما حقوق الزوج على زوجته فهي دائماً حقوق غير مالية. انظر الدكتور عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص ٢٥٠ - ٢٥١.

المطلب الأول

الحقوق العينية

Les droits réels

أولاً: تعريف الحق العيني:

يعرّف الحق العيني بأنه سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات يقرها القانون لشخص معين[1]. ويتبين من هذا التعريف أن الحق العيني ينصب على شيء مادي أي محسوس، معين بذاته، بحيث توجد صلة مباشرة بين صاحب الحق والشيء ويكون لصاحب الحق أن يباشر حقه دون حاجة إلى تدخل شخص آخر. فسلطة صاحب الحق العيني على الشيء موضوع الحق هي سلطة مباشرة، بحيث لا يحتاج صاحب الحق العيني إلى وساطة شخص آخر من أجل استعمال حقه أو التمتع بسلطته على الشيء[2].

فالمالك مثلاً هو صاحب حق عيني لأن له سلطة مباشرة على الشيء الذي يملكه، وهو يستطيع أن يباشر سلطته على هذا الشيء دون حاجة إلى تدخل من شخص آخر.

---

1 - لم يعرّف القانون المدني السوري ولا القانون المدني المصري الحق العيني، وهذا مسلك محمود لأن التعريف هو من عمل الفقهاء وليس من عمل المشرع. بينما عرّف القانون المدني العراقي (المادة ١/٦٧) وكذلك القانون المدني الأردني (المادة ١/٦٩) الحق العيني بأنه "سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين". ويؤخذ على هذا التعريف أنه واسع. فعبارة "شيء معين" تصدق على الشيء المعين بالذات والشيء المعين بالنوع، والحق العيني لا ينصب إلا على الشيء المعين بذاته، فلا يرد على الشيء المعين بنوعه. انظر في تعريف الحق العيني في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي الدكتور خالد الزعبي والدكتور منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، المركز العربي للخدمات الطلابية، الطبعة الأولى، عمان، ١٩٩٥، ص ١٤٥.

2 - يذهب الدكتور عبد الحي حجازي إلى أن هذه السلطة المباشرة لا توجد في جميع الحقوق العينية. انظر في تفصيل ذلك الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٢٢١ وما بعدها.

ثانياً: أنواع الحقوق العينية:

تنقسم الحقوق العينية إلى قسمين رئيسيين: حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

١- الحقوق العينية الأصلية: Les droits réels principaux

يقصد بالحقوق العينية الأصلية تلك الحقوق العينية التي تقوم بذاتها ولا تستند في وجودها إلى حق آخر. فهذه الحقوق مقصودة لذاتها بما تمنحه لأصحابها من سلطات على الشيء المادي، فتنشأ مستقلة وغير تابعة لحق آخر. وتتنوع الحقوق العينية الأصلية تبعاً لاختلاف مضمونها أي لما تمنحه لأصحابها من سلطات. وهذه الحقوق تشمل حق الملكية والحقوق المتفرعة عن هذا الحق[1].

أ- حق الملكية: Le droit de propriété

إن أول الحقوق العينية الأصلية هو حق الملكية. فحق الملكية يعد أهم وأقوى الحقوق العينية الأصلية وأوسعها مضموناً وسلطات، لأنه يخول صاحبه سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه. فهذه السلطات أو المكنات الثلاث، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، لا تجتمع إلا في حق الملكية. وبذلك يكون لصاحب حق الملكية أي المالك سلطة كاملة على الشيء المملوك[2]. فلصاحب حق الملكية أي المالك سلطة استعمال الشيء المملوك أي استخدامه بنفسه والحصول على كل منافعه، كأن يسكن منزله أو يركب سيارته أو يقرأ كتابه. وله كذلك استغلال هذا الشيء أي الحصول على ما ينتج عنه من ثمار، سواء أكانت ثماراً مادية كنتاج المواشي والحاصلات الزراعية، أم ثماراً

---

1 - انظر في ذلك بصفة خاصة الدكتور عبد السلام الترمانيني والمحامي عبد الجواد الشرمبني، القانون المدني، الحقوق العينية، الجزء الأول في الحقوق العينية الأصلية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ١٩٨٦.

2 - بهذا نصت المادة ٧٦٨ من القانون المدني السوري على أن لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه".

مدنية كأجرة المنازل والأراضي وأرباح الأسهم. وللمالك أيضاً سلطة التصرف في الشيء. وهذا التصرف إما أن يكون تصرفاً مادياً كاستهلاك الشيء أو إتلافه أو تغييره تغييراً جوهرياً، أو يكون تصرفاً قانونياً كالبيع أو الهبة أو تقرير حق عيني للغير على الشيء[1].

ب- *الحقوق المتفرعة عن الملكية:* Les démembrements de la propriété

إن الحقوق العينية الأصلية إما أن ترد على شيء مملوك لصاحب الحق كما في حق الملكية، وإما أن ترد على شيء مملوك للغير وتتيح لصاحب الحق سلطة محدودة على هذا الشيء كما في الحقوق المتفرعة عن الملكية. فالحقوق المتفرعة عن حق الملكية هي الحقوق العينية الأصلية التي تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك[2].

فالمالك يستطيع أن يتخلى لغيره عن بعض سلطاته على الشيء المملوك فيتفرع عندئذٍ عن حق الملكية حقوق عينية أصلية أخرى. فقد يتخلى المالك لغيره عن حقه في استعمال الشيء واستغلاله ويحتفظ لنفسه بحق التصرف. فيتجزأ بذلك حق الملكية وينشأ حق متفرع عنه يسمى حق الانتفاع L'usufruit. فحق الانتفاع يخول صاحبه، ويسمى المنتفع، سلطة استعمال الشيء المملوك للغير واستغلاله دون التصرف فيه[3]. وهكذا يجرد حق الانتفاع مالك الشيء من سلطتي الاستعمال والاستغلال لتكونا لشخص آخر هو صاحب حق الانتفاع، أما سلطة التصرف فيحتفظ بها المالك الذي يسمى في هذه الحالة بمالك الرقبة Nu-propriétaire.

---

1 - انظر الدكتور عبد السلام الترمانيني والمحامي عبد الجواد السرميني، المرجع السابق، ص١٧٢ وما بعدها.

2 - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٦٢.

3 - عرف القانون المدني السوري حق الانتفاع في الفقرة الأولى من المادة ٩٣٦ التي نصت على أن "الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله"، بينما لم يرد في القانون المدني المصري تعريف لحق الانتفاع.

وقد يحتفظ المالك بجميع سلطاته على الشيء المملوك، إلا أنه رغم ذلك يشترك مع غيره في الاستفادة من بعض منافع هذا الشيء تحقيقاً لمصلحة عقار مجاور يملكه شخص آخر، فينشأ في هذه الحالة ما يسمى بحق الارتفاق La servitude. فحق الارتفاق هو حق عيني يحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر، ومن شأنه أن يجعل أحد العقارين في خدمة الآخر. وبذلك يكون هناك تكليف يتقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ويكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين[1]. ومن أمثلة حقوق الارتفاق: حق المرور في أرض الغير المجاورة المقرر لمصلحة أرض محصورة عن الطريق العام، وحق مسيل المياه الطبيعية من الأراضي العالية إلى الأراضي الواطئة.

٢- **الحقوق العينية التبعية:** Les droits réels accessoires

الحقوق العينية التبعية هي الحقوق التي لا توجد مستقلة بذاتها، وإنما تستند في وجودها إلى حق آخر ويقصد بها ضمان الوفاء بهذا الحق[2]. فالحقوق العينية التبعية توجد لضمان الوفاء بحق شخصي وتكون تابعة لهذا الحق، وهذا هو السبب في تسميتها بالحقوق العينية التبعية.

والأصل أن جميع أموال المدين تعتبر ضامنة للوفاء بديونه وهذا ما يسمى بالضمان العام. وهذا يعني أن مسؤولية المدين عن الوفاء بديونه غير محددة بمال معين وإنما ترد على كافة الأموال التي يملكها. كما أن هذا الضمان العام ليس قاصراً على دائن معين وإنما هو مقرر لصالح جميع الدائنين على قدم المساواة أي دون أفضلية لبعضهم على بعض[3].

---

1 - وبهذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٠ من القانون المدني السوري التي عرفت حق الارتفاق بقولها: "الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير مالك العقار الأول".

2 - انظر الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

3 - وبهذا نصت المادة ٢٣٥ من القانون المدني السوري بقولها: "١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. ٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون".

ولكن هذا الضمان العام لا يخلو من بعض المخاطر. فقد يتصرف المدين في أمواله أو في جزء منها، فتخرج هذه الأموال من الضمان العام. وقد يؤدي ذلك إلى عدم تمكين الدائن من استيفاء حقه كله أو بعضه إذا لم يبق لدى المدين من أموال تكفي للوفاء. كذلك قد يعقد المدين ديوناً جديدة فيتعدد الدائنون ويتزاحمون فيما بينهم في استيفاء حقوقهم من أموال المدين. فإذا كانت أموال مدينهم غير كافية للوفاء بجميع ديونهم، تقاسم الدائنون هذه الأموال فيما بينهم قسمة غرماء، أي بنسبة دين كل واحد منهم. فلا يحصل كل منهم إلا على جزء من دينه يتناسب مع مقدار هذا الدين.

لذلك، فإن الدائن يستطيع أن يضيف إلى هذا الضمان العام ضماناً خاصاً يرتبه على شيء أو مال معين من أموال المدين، بحيث يكون له على هذا الشيء حق عيني تبعي يخوله سلطة تتبع هذا الشيء ولو خرج من تحت يد المدين والتقدم على غيره من الدائنين العاديين في استيفاء حقه من ثمن الشيء.

ومن أهم الحقوق العينية التبعية حق الرهن[1]. فحق الرهن هو حق عيني لأنه يرد على شيء معين ويعطي لصاحبه سلطة مباشرة على هذا المال المرهون. وبموجب هذه السلطة المباشرة يستطيع صاحب حق الرهن تتبع الشيء المرهون إذا تصرف فيه المدين في أي يد يكون، واقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء بالأولوية والأفضلية على غيره من الدائنين العاديين اللذين لا يتمتعون بمثل هذا الضمان الخاص. وحق الرهن هو حق تبعي لأنه لا يوجد لذاته بصورة مستقلة، وإنما يوجد لضمان الوفاء بحق شخصي، فهو يتبع الدين أو الحق الشخصي. فإذا انقضى الدين، ينقضي الرهن تبعاً لذلك.

---

1 - الحقوق العينية التبعية الواردة في القانون المدني السوري هي: الرهن والتأمين العقاري وحقوق الامتياز. وهذه الحقوق منها ما يتقرر بعقد ومنها ما يتقرر بنص في القانون. انظر في ذلك بصفة أساسية الدكتور عبد السلام الترمانيني والمحامي عبد الجواد السرميني، القانون المدني، الحقوق العينية، الجزء الثاني في الحقوق العينية التبعية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ١٩٨٦.

وهكذا نجد أن الحقوق العينية التبعية تقع دائماً على شيء مملوك للغير ولا يقصد بها تمكين أصحابها من الانتفاع بذلك الشيء، وإنما يقصد بها ضمان استيفاء حقوقهم[1].

المطلب الثاني

الحقوق الشخصية

Les droits personnels

أولاً: تعريف الحق الشخصي:

يعرّف الحق الشخصي بأنه سلطة مقررة لشخص قبل شخص آخر تخول الأول (وهو الدائن) أن يجبر الثاني (وهو المدين) على أن يعطيه شيئاً أو أن يقوم بعمل، أو أن يمتنع من أجله عن عمل[2].

ويتميز هذا النوع من الحقوق بأنه سلطة لا ترد على شيء معين بالذات كما هو الشأن بالنسبة للحق العيني، بل سلطة تثبت لشخص ضد شخص آخر لإلزامه بأداء مالي معين. وقد سمي هذا الحق بالحق الشخصي لأنه يتمثل في رابطة أو علاقة قانونية بين شخصين هما الدائن والمدين، بحيث لا يستطيع صاحبه أي الدائن الوصول إلى حقه إلا عن طريق المدين. ويسمى هذا الحق أيضاً بحق الدائنية Droit de créance على اعتبار أن صاحبه هو دائن لشخص آخر بأداء مالي معين، وبذلك يكون للدائن حق في اقتضاء هذا الأداء من المدين.

فالعلاقة التي تنشأ في الحق الشخصي تقوم بين طرفين: طرف دائن وهو صاحب الحق، وطرف مدين أو ملتزم وهو من عليه الحق. فإذا نظرنا إلى هذه العلاقة من ناحية

---

1 - انظر الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٢٣٠، حيث يرى أن خير ما تسمى به هذه الحقوق هو "حقوق الضمان العينية".

2 - الدكتور سليمان مرقس، أصول الالتزامات، الجزء الأول في مصادر الالتزام، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٣.

الدائن سميناها حقاً، وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين سميناها التزاماً. وعلى ذلك فكل حق شخصي يقابله التزام، وكل التزام يقابله حق شخصي[1].

ثانياً: صور الحق الشخصي:

تختلف صور الحق الشخصي أو حق الدائنية باختلاف نوع الأداء الذي يلتزم به المدين. والأداء الذي يلتزم به المدين في الحق الشخصي قد يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

١- الالتزام بإعطاء شيء[2]: L'obligation de donner

الالتزام بإعطاء شيء هو الالتزام بنقل حق عيني على شيء. فمثلاً في عقد البيع، يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري. فالتزام البائع هنا هو التزام بإعطاء شيء. ويقابل هذا الالتزام حق شخصي للمشتري على البائع، بحيث يستطيع المشتري أن يلزم البائع بأن ينقل إليه ملكية الشيء المبيع.

٢- الالتزام بعمل: L'obligation de faire

هو الالتزام بالقيام بعمل معين غير إعطاء شيء. ومن أمثلته التزام عامل بالعمل لدى صاحب العمل بموجب عقد عمل، والتزام ممثل بالتمثيل في رواية معينة بموجب اتفاق مع صاحب المسرح، والتزام مطرب بالغناء في حفلة، والتزام الناقل بنقل بضاعة إلى بلد آخر، والتزام الرسام برسم لوحة معينة، والتزام المقاول ببناء منزل. ففي جميع هذه الأمثلة يلتزم المدين بالقيام بعمل معين. وكل التزام بعمل يقابله حق شخصي يخول صاحبه أي الدائن إجبار المدين على تنفيذ التزامه. فعندما يتفق صاحب العمل مع

---

1 - انظر الدكتور هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ١٩٨٣ - ١٩٨٤، ص ٢٧٨.

2 - انظر بصفة خاصة:

Natacha Prybys Gavalda, La notion d'obligation de donner, Thèse, Montpellier I, 1997, cité par François Terré, op. cit., P. 346.

العامل على أن يعمل هذا الأخير في معمله مقابل أجر معين، فإنه يكون لصاحب العمل حق شخصي على العامل يخوله إلزامه بالقيام بالعمل المتفق عليه. ويقابل هذا الحق الشخصي التزام على العامل بالقيام بهذا العمل.

٢- **الالتزام بالامتناع عن عمل:** L'obligation de ne pas faire

هو الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل معين كان يمكن القيام به لولا هذا الالتزام، من ذلك مثلاً التزام بائع محل تجاري قبل المشتري بالامتناع عن فتح محل تجاري مماثل خلال مدة معينة في المنطقة التي يقع فيها المحل المبيع، والتزام الممثل المتعاقد مع مسرح معين بعدم التمثيل على مسرح آخر طوال مدة العقد، والتزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل أو الاشتراك في أي مشروع ينافسه بعد انتهاء عقد العمل[1].

المطلب الثالث

المقارنة بين الحق العيني والحق الشخصي

إن تقسيم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية هي تفرقة تقليدية قديمة سائدة منذ عهد القانون الروماني حتى يومنا هذا. وهي تفرقة أساسية في قانوننا المدني، حيث اتخذها المشرع أساساً لتقسيم القانون المدني إلى قسمين: خصّص أحدهما للحقوق الشخصية أو الالتزامات والثاني للحقوق العينية.

ويمكننا أن نقارن بين الحق العيني والحق الشخصي من ثلاثة وجوه: من حيث الأطراف، ومن حيث المحل، ومن حيث النتائج والآثار[2].

١- انظر المادة ٦٥٢ من القانون المدني السوري.

٢- انظر الدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢٧٩ وما بعدها.

أولاً: المقارنة من حيث الأطراف:

يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي من حيث أن الحق العيني يوجد فيه طرف واحد موجب، هو صاحب الحق أي صاحب السلطة على الشيء محل الحق. أما في الحق الشخصي فيوجد دائماً طرفان: طرف موجب وهو الدائن أي صاحب الحق، وآخر سالب وهو المدين. ففي حق الملكية مثلاً يوجد طرف واحد هو صاحب الحق أي المالك ولا يوجد طرف أخر غيره بالنسبة لهذا الحق، أما في العلاقة بين المقرض والمقترض فيوجد صاحب الحق وهو الدائن أي المقرض، وطرف آخر يلتزم بتسديد القرض وهو المدين أي المقترض.

إلا أن بعض الفقهاء، وفي مقدمتهم الفقيه الفرنسي بلانيول Planiol، حاول هدم هذا الفارق بين الحق العيني والحق الشخصي، وذلك عن طريق تقريب الحق العيني من الحق الشخصي. ويسمى أصحاب هذا المذهب بالشخصيين لأن الحقوق المالية عندهم لا يمكن أن تكون إلا رابطة بين أشخاص[1]. فإذا كان الحق الشخصي رابطة بين طرفين، فإن الحق العيني لا يختلف عنه في ذلك، فهو في حقيقته رابطة بين طرفين أيضاً موجب وسالب. أما الطرف الموجب أو الدائن فهو صاحب الحق العيني، وأما الطرف السالب أو المدين فيشمل جميع الناس عدا صاحب الحق، إذ أنهم يلتزمون باحترام هذا الحق وعدم التعرض لصاحبه[2].

---

1 - هناك مذهب آخر حاول تقريب الحق الشخصي من الحق العيني باعتبار أن العنصر البارز في كل منهما هو قيمته المالية مجردة عن طرفي الحق. ويرى أصحاب هذا المذهب أن المهم في الحق الشخصي أو في الحق العيني هو كونه عنصرا من عناصر الذمة المالية ترد عليه كافة التصرفات القانونية. فيكون الحق الشخصي شبيها بالحق العيني من حيث أنه يمثل في ذمة صاحبه قيمة مالية إيجابية يجوز التصرف فيها والحجز عليها. حول محاولات التقريب بين الحقين العيني والشخصي والرد عليها انظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٤٥، ص ٨ وما بعدها، والدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٤ وما بعدها، والدكتور نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها.

2 - انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ١٣٤.

وبذلك ينتهي أصحاب هذا الرأي إلى أن الحق العيني يتكون من ثلاثة عناصر: الدائن أي صاحب الحق، والمدين، والشيء موضوع الحق. وهذه العناصر الثلاثة موجودة أيضاً في الحق الشخصي. فلا فرق بين الحقين إلا فيما يتعلق بشخص المدين وطبيعة الالتزام المفروض عليه. فالمدين في الحق الشخصي هو شخص أو أشخاص معينين بالذات ويلتزمون إما بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، بينما المدين في الحق العيني ليس محدداً، وإنما يشمل جميع الناس ما عدا صاحب الحق وهم يلتزمون دائماً بالامتناع عن عمل وهو عدم التعرض لصاحب الحق[1].

لكن هذا المذهب لم يكتب له النجاح. فمن المغالطة القول بأن التزام الناس باحترام الحق العيني والامتناع عن التعرض لصاحبه يشابه التزام المدين في الحق الشخصي. ذلك أن الالتزام الواقع على المدين في الحق الشخصي هو ركن في هذا الحق وعنصر جوهري من عناصره، فلا يتصور وجود الحق الشخصي بدونه. بينما نجد أن الواجب العام المفروض على الكافة باحترام الحق العيني وعدم التعرض لصاحبه ليس عنصراً من العناصر المكونة للحق العيني، وإنما هو مجرد نتيجة لتقريره. إذ لا يتصور تكليف الكافة احترام حق معين إلا إذا توافرت فيه قبل ذلك جميع عناصره[2].

ثم إن هذا الواجب العام المفروض على الكافة باحترام الحق وعدم التعرض لصاحبه ليس قاصراً على الحق العيني، بل هو موجود كذلك بالنسبة للحق الشخصي. فالناس مكلفون باحترام الحقوق الشخصية وعدم عرقلة استعمالها أو الاعتداء عليها كما أنهم مكلفون بذلك بالنسبة للحقوق العينية. وعلى هذا سيظل الحق العيني متميزاً عن الحق الشخصي من حيث الأطراف. فإذا اعتبرنا أن أطراف الحق العيني هم صاحب الحق العيني من جهة والناس كافة الملزمون باحترامه وعدم التعرض لصاحبه من جهة ثانية،

---

1 - انظر الدكتور أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام، مطبعة اتحاد الجامعات بالإسكندرية، ١٩٥٥، ص ٤ و ٥.

2 - الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥.

فإن أطراف الحق الشخصي هم الدائن صاحب الحق من جهة، والناس كافة الملزمون باحترام هذا الحق من جهة ثانية، وهناك أيضاً المدين أو الملتزم بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل من جهة ثالثة[1]. فالاختلاف يظل قائماً بين الحق العيني والحق الشخصي. ففي الأول لا نجد سوى الواجب العام الذي يقع على الناس كافة، بينما نجد في الثاني إلى جانب هذا الواجب العام، واجباً خاصاً هو الأداء الذي يلتزم المدين به، وهذا الواجب الخاص لا وجود له في الحق العيني[2].

ثانياً: المقارنة من حيث المحل:

إن محل الحق العيني هو شيء مادي معين بالذات، في حين أن محل الحق الشخصي هو دوماً أداء معين يتناول القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. وهذا الاختلاف في المحل، هو الذي يفسر اختلاف طبيعة الرابطة القانونية الموجودة في كلا الحقين[3]. فلما كان محل الحق العيني هو شيء معين، فالرابطة الموجودة فيه هي رابطة تسلط مباشر من شخص على هذا الشيء، بحيث يستطيع صاحب الحق أن يباشر حقه دون حاجة إلى وساطة شخص آخر. ولما كان محل الحق الشخصي عملاً أو امتناعاً عن عمل من جانب المدين، فإن الرابطة الموجودة فيه هي رابطة اقتضاء أداء معين من شخص معين، بحيث لا يستطيع الدائن الوصول إلى حقه إلا عن طريق تدخل هذا الشخص وتنفيذه التزامه.

ثالثاً: المقارنة من حيث النتائج والآثار:

يترتب على التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي نتائج وآثار هامة نجملها فيما يلي:

---

1 - الدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

2 - انظر الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٥، والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ٩ و ١٠.

3 - انظر الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٧٤.

١- إن الحق العيني باعتباره سلطة مباشرة على شيء يخول صاحبه حق التتبع Droit de suite. فصاحب الحق العيني يستطيع تتبع الشيء الذي يقع عليه حقه واسترداده من أي يد انتقل إليها. وبذلك يظل هذا الشيء خاضعاً لسلطة صاحب الحق ولو انتقل إلى يد شخص آخر. فإذا سرق الشيء من مالكه، فيظل هذا الشيء خاضعاً لسلطة صاحب حق الملكية أي المالك ويكون له أن يتتبع هذا الشيء وأن يسترده ممن سرقه. وحق التتبع ليس مقتصراً على نوع معين من الحقوق العينية، فهو ميزة تلازم كافة الحقوق العينية، الأصلية منها والتبعية على حد سواء.

أما الحق الشخصي فلا يخول صاحبه حق التتبع، لأن هذا الحق لا يرد على شيء معين ليمكن القول بتتبعه في أي يد وجد، ولكنه يرد على عمل يلتزم به شخص معين ولا يتصور التتبع في شأن عمل من الأعمال[1].

٢- يخول الحق العيني صاحبه كذلك حق الأولوية أو الأفضلية Droit de préférence، ويسمى أيضاً حق الرجحان أو حق التقدم. وتبرز هذه الميزة بصورة خاصة في الحقوق العينية التبعية، حيث يستأثر صاحب الحق العيني التبعي بسلطته على الشيء، فيكون في مأمن من كل مزاحمة له في ممارسة هذه السلطة.

فالدائن المرتهن، أي الدائن الذي حصل على رهن من مدينه ضماناً للدين يكون صاحب حق عيني تبعي على المال المرهون، ولهذا تثبت له الأولوية والأفضلية على سائر الدائنين العاديين، فيتقدم ويرجح على هؤلاء الدائنين في استيفاء دينه من المال المرهون لأن له عليه سلطة مباشرة[2].

---

١ - انظر الدكتور انطوان قسيس، المدخل للعلوم القانونية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ١٩٦٦ – ١٩٦٧، ص ٣٦٦، والدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

2 - إن حق الأولوية أو الأفضلية يجب أن يكون مقصوراً على الحقوق العينية التبعية دون الحقوق العينية الأصلية. فالحقوق العينية التبعية تجنب أصحابها مزاحمة الدائنين العاديين. أما الحقوق العينية الأصلية فهي لأصحابها لا يشاركهم أو يزاحمهم فيها أحد، وبالتالي لا يتصور فيها حق الأولوية أو الأفضلية، إذ لا أولوية بدون مزاحمة. انظر في هذا المعنى الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ١١.

أما الحق الشخصي، فلا يرد على شيء معين من أموال المدين، ولذلك يكون الوفاء به مضموناً بما يكون لدى المدين من أموال. فإذا تعدد أصحاب الحقوق الشخصية أي دائنو هذا المدين، فإنهم يتعرضون لخطر التزاحم فيما بينهم، بما يتضمنه من خطر عدم استيفائهم لحقوقهم بشكل كامل إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بكل هذه الحقوق.

وعلى هذا، فإن الحقوق العينية التبعية لا تتزاحم مع الحقوق الشخصية، لأن حق الأولوية أو الأفضلية الذي تتميز به يجنبها مثل هذا التزاحم[1].

٣- الحق العيني يرد على شيء مادي موجود ومعين بالذات. فإذا كان الشيء غير موجود في الحال فلا يتصور وجود حق عيني على هذا الشيء. ولا يكفي لقيام الحق العيني وجود الشيء وجوداً حالاً، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الشيء معيناً بالذات، أي لا بد أن يتحدد الشيء تحديداً يعينه ويعزله عن غيره ليتمكن صاحب الحق من مباشرة سلطته عليه.

أما الحق الشخصي فمحله عمل من الأعمال وبالتالي يمكن أن يكون هذا العمل متعلقاً بشيء مستقبل أو شيء معين بالنوع دون أن يكون معنياً بالذات. وعلى هذا فعقود البيع التي ترد على أشياء مستقبلة كبيع المحصول قبل ظهوره وبيع المنزل قبل بنائه، لا ينشأ عنها سوى حقوق شخصية يكون محلها عمل المدين وهو إعطاء شيء. حيث يكون حق المشتري قبل وجود الشيء المبيع حقاً شخصياً يستطيع بموجبه إجبار البائع على تنفيذ التزامه بتسليم المبيع. أما الحق العيني فلا يوجد إلا بوجود الشيء المبيع وجوداً محققاً وقيام البائع بتنفيذ التزامه.

وكذلك إذا نشأت علاقة قانونية تتعلق بشيء معين بالنوع فقط، فإن هذه العلاقة لا ينشأ عنها سوى حق شخصي. فإذا باع تاجر كمية من السكر دون أن يتم تعيين

وانظر في عكس هذا الرأي الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٧٨، والدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

١ - انظر الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٧٧ و ٤٧٨.

السكر المبيع بذاته، فلا يكون للمشتري سوى حق شخصي، ويكون محل هذا الحق عمل يلتزم به البائع وهو أن يقوم بإفراز الكمية المبيعة وتسليمها إلى المشتري. ولا يصبح المشتري صاحب حق عيني أي مالكاً إلا بإفراز الكمية المبيعة أي بعد أن يتم تعيينها بالذات، لأنه قبل ذلك كانت معينة بالنوع فقط[1].

٤- لما كانت الحقوق العينية ترد على أشياء مادية، فإنه يمكن حيازة هذه الأشياء وبالتالي يمكن اكتساب هذه الحقوق بالتقادم. وعلى هذا يمكن اكتساب حق الملكية مثلاً إذا استمرت حيازة الشيء مدة معينة من الزمن. أما الحق الشخصي فهو رابطة بين شخصين، فلا يتصور أن ترد عليه الحيازة، ولذلك لا يمكن أن يكتسب بالتقادم.

٥- يتم التنازل عن الحق العيني بإرادة صاحبه دون حاجة إلى موافقة شخص آخر. فيستطيع المالك مثلاً أن يتخلى عن الشيء الذي يملكه بمجرد إرادته، وذلك لأنه ليس بين صاحب الحق العيني وبين شخص آخر رابطة حتى يتم الاتفاق معه على إنهائها.

أما الحق الشخصي، فلا يستطيع صاحبه أن يتنازل عنه على الرغم من إرادة المدين. وعلى هذا إذا أراد الدائن صاحب الحق الشخصي أن يتنازل عن الدين وأن يبرأ مدينه، فلا يتم الإبراء إلا إذا وصل إلى علم المدين ويرتد برده[2].

المطلب الرابع

الحقوق المعنوية

يقصد بالحقوق المعنوية أو الأدبية تلك الحقوق التي ترد على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق الذهن ونتاج الفكر، فيثبت لصاحب الحق المعنوي أو الأدبي أبوّة هذا

---

1 - وبهذا قضت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٦ من القانون المدني السوري التي نصت على أنه "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء".

2 - انظر المادة ٣٦٩ من القانون المدني السوري.

النتاج ونسبته إليه وحده، كما يكون لـه الحـق في اسـتغلاله اسـتغلالاً ماليـاً يكفـل لـه الحصول على ثمراته[1]. ولذلك تسمى هذه الحقـوق أيـضاً بـالحقوق الفكريـة أو الحقـوق الذهنية Les droits intellectuels. ومن أمثلتها حق المؤلف على مؤلفه، وحـق الفنـان على مبتكراته الفنية، وحق المخترع على اختراعه. كما يدخل في هذا النوع من الحقـوق أيضاً حق التاجر في الاسم التجاري والعلامة الفارقة وثقة الزبائن[2].

ويطلق الفقه على حقوق المؤلفين على مؤلفاتهم الأدبية والفنيـة ومـا يـدخل في حكمها اسم "الملكية الأدبية والفنية"، وعلى الحقوق المتعلقـة بالاختراعـات والرسـوم والنماذج الصناعية والعلامات الفارقـة الـصناعية والتجاريـة والأسمـاء التجاريـة اسـم "الملكية الصناعية". كما يطلق على هذين النوعين من الملكية اسم "الملكية الفكرية".

وقد اهتمت التشريعات الوطنية لأغلب الدول بتنظيم حقـوق الملكيـة الفكريـة، سواء ما تعلق منها بالملكية الأدبية والفنية أو بالملكيـة الـصناعية. كمـا أن تنظـيم هـذه الحقوق لاقى اهتماماً واسعاً على الصعيد الـدولي، فعقـدت اتفاقيـات متعـددة لتنظـيم وتوحيد القواعد المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية وتوفير الحماية لأصحابها خـارج نطـاق دولهم[3]. كما تم إنشاء المنظمة العالمية للملكيـة الفكريـة لـدعم حمايـة الملكيـة الفكريـة، بفرعيها الملكية الأدبية والفنية والملكية الصناعية، في جميع دول العالم[4].

---

1 - انظر الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٨١.

2 - انظر الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٣٦٠ و ٣٦١.

3 - إن أول اتفاقية دولية في مجال حماية الملكية الأدبية والفنية هي اتفاقية برن لحماية المـصنفات الأدبيـة والفنية التي أبرمت في ٩ أيلول ١٨٨٦. وقد عدلت هذه الاتفاقية عدة مرات كان آخرها في بـاريس فـي ٢٤ تموز ١٩٧١. أما في مجال حماية الملكية الصناعية، فقد عقدت عدة اتفاقيات أهمها اتفاقية بـاريس التي أبرمت في ٢٠ آذار عام ١٨٨٣ والخاصة بحماية الملكية الصناعية من بـراءات اختـراع ورسـوم ونماذج وعلامات صناعية وتجارية، وقد أدخل عليها العديد من التعديلات كان آخرها في استوكهولم فـي ١٤ تموز ١٩٦٧.

4 - تأسست هذه المنظمة بموجب اتفاقية استوكهولم التي أبرمت عام ١٩٦٧، ومقرها جنيف، ويشار إليهـا بكلمة ويبو Wipo (وهي مختصر لاسم المنظمة باللغة الإنكليزية)، كما يشار لها بكلمة أومبـي Ompi (وهي مختصر لاسم المنظمة باللغة الفرنسية).

وفي بلادنا، فقد نظم المشرع حماية حقوق الملكية الصناعية في المرسوم التشريعي رقم ٤٧ لعام ١٩٤٦. حيث تضمن هذا المرسوم أحكاماً خاصة بحماية الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات الفارقة الصناعية والتجارية[1].

وفي ٢٠٠٧/٣/١٢ صدر القانون رقم ٨ الذي أعاد تنظيم أحكام العلامات الفارقة التجارية والصناعية والخدمية والرسوم والنماذج الصناعية[2]. وقد نصت المادة ١٥٧ من هذا القانون على أن "تلغى اعتباراً من تاريخ نفاذ هذا القانون جميع القوانين والأنظمة المخالفة لأحكامه". ثم جاءت المادة ١٥٩ من هذا القانون لتبين تاريخ نفاذه فنصت على أن "ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعتبر نافذاً بعد مدة ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره".

أما في مجال حقوق الملكية الأدبية والفنية، فقد تأخر التدخل التشريعي لتنظيم هذه الحقوق وحمايتها[3]. فبالرغم من أن القانون المدني السوري الصادر عام ١٩٤٩ قد نص في المادة ٨٩ منه على أن "الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة". لم يتم إصدار قانون خاص بحقوق الملكية الأدبية والفنية إلا عام ٢٠٠١، حيث صدر قانون حماية حقوق المؤلف رقم ١٢ تاريخ ٢٠٠١/٢/٢٧[4]. وقد جاء هذا القانون مشابهاً في الكثير من أحكامه للقانون المصري الخاص بحماية حق المؤلف الصادر عام ١٩٥٤[5].

---

1 - لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر الدكتور هشام فرعون، القانون التجاري البري، الجزء الأول، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ١٩٨٥، ص ١٦٧ وما بعدها.

2 - تضمن هذا القانون أيضا أحكاما خاصة بحماية المؤشرات الجغرافية، كما نظم عمل وكلاء تسجيل حقوق الملكية التجارية والصناعية والحماية المؤقتة للأسواق والمعارض في سورية والبلاد الأجنبية والجوائز الصناعية والتجارية والحماية من المنافسة غير المشروعة وحماية الأسرار التجارية.

3 - تضمن قانون العقوبات السوري الصادر عام ١٩٤٩ بعض المواد القانونية التي تعاقب على الاعتداء على حقوق الملكية الأدبية والفنية (المواد ٧٠٨ - ٧١٥). لكن هذه المواد جاءت قاصرة في مضمونها وأحكامها ولم تكن كافية لضمان حماية فعالة لحقوق المؤلفين.

4 - نشر في الجريدة الرسمية، العدد ١١، الجزء الأول لعام ٢٠٠١.

5 - على الرغم من أن أول قانون لحماية حقوق المؤلف عرفته البلاد العربية هو قانون حق التأليف العثماني الصادر عام ١٩١٠، فإن القانون المصري لحماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لعام ١٩٥٤ هو أول القوانين

وبعد أن حددنا المقصود بالحقوق المعنوية أو الأدبية أو ما يعرف باسم حقوق الملكية الفكرية، سنقتصر على الكلام هنا في حق المؤلف أي الملكية الأدبية والفنية.

أولاً: الطبيعة القانونية لحق المؤلف:

لقد أثار تحديد الطبيعة القانونية لحق المؤلف كثيراً من الجدل بين الفقهاء. وقد تمخض هذا الجدل عن ظهور ثلاث نظريات: النظرية الأولى ترى أن حق المؤلف من حقوق الملكية، والنظرية الثانية ترى أن حق المؤلف من حقوق الشخصية، والنظرية الثالثة ترى أن حق المؤلف ذا طبيعة مزدوجة[1].

١- النظرية الأولى: حق المؤلف من حقوق الملكية:

ذهب الفقه أول الأمر إلى تكييف حق المؤلف باعتباره من حقوق الملكية بكل ما لحق الملكية من خصائص مميزة. فحق المؤلف هو حق ملكية شيء معنوي وهو ينطوي على جميع العناصر التي يتضمنها حق ملكية الأشياء المادية من استعمال واستغلال وتصرف.

وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات شديدة من جانب الفقه. فتكييف حق المؤلف بأنه حق ملكية من شأنه إخراج مفهوم الملكية عن مدلوله التقليدي كحق يرد على الأشياء المادية دون الأشياء المعنوية. إذ لا بد أن يكون محل الملكية شيئاً مادياً قابلاً للحيازة بطبيعته حتى يمكن أن يكون قابلاً للتملك، أما إذا لم يكن قابلاً للحيازة، كما في الشيء المعنوي أي الشيء الذي لا يدخل في عالم الحس، فلن يكون قابلاً للتملك.

← العربية الصادرة في عصر الاستقلال. وقد استمد هذا القانون أحكامه من التشريعات الأوربية والاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية حق المؤلف. انظر في دراسة هذا القانون الدكتور محمد حسام محمود لطفي، المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية، القاهرة، ١٩٩٢، وانظر كذلك: حق المؤلف بين الواقع والقانون، مجموعة أبحاث لعدد من المؤلفين، دار النشر هاتييه، القاهرة، ١٩٩٠.

١ - انظر الدكتور نواف كنعان، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٢، ص ٥٨ وما بعدها.

وعلى هذا، فإن وصف حق المؤلف بالملكية الأدبية هو من قبيل المجاز وفيه كثير من التجوّز[1]. كما أن هذا التكييف يتعارض مع خصيصة الدوام الملازمة لحق الملكية. فحق الملكية هو حق دائم، وهذا لا يتفق مع طبيعة حق المؤلف من حيث تأقيته بمدة معينة، إذ أن حق المؤلف في استغلال نتاج ذهنه هو حق مؤقت بمدة معينة يحددها القانون.

٢- النظرية الثانية: حق المؤلف من حقوق الشخصية:

ترى هذه النظرية أن الإنتاج الذهني للمؤلف يعتبر مظهراً من مظاهر نشاط الشخصية الإنسانية. فهناك ارتباط وثيق بين الأعمال الذهنية وبين الشخصية، وذلك باعتبار أن الإنتاج الفكري للإنسان يكوّن جزءاً من شخصيته ولا يمكن الفصل بين المؤلف وبين نتاج ذهنه. وعلى هذا يعتبر حق المؤلف من قبيل حقوق الشخصية أي الحقوق اللصيقة بالشخصية. وبذلك تندمج حقوق المؤلف على مؤلفه في حق واحد يغلب عليه الجانب الأدبي. أما ما يتمتع به المؤلف من حق استغلال نتاج ذهنه استغلالاً مالياً فليس إلا ثمرة من ثمار الحق الأدبي. فالحق الأدبي هو المصدر لما يحققه المؤلف من ربح مالي، وهو العنصر الأساسي لحق المؤلف.

وقد تعرضت هذه النظرية بدورها للعديد من الانتقادات أهمها هو أن هذه النظرية تبدو غير متوازنة وغير واقعية من حيث تغليبها الجانب الأدبي لحق المؤلف على الجانب المالي[2].

٣- النظرية الثالثة: حق المؤلف ذا طبيعة مزدوجة:

تعتبر هذه النظرية أكثر النظريات رواجاً في الفقه المعاصر. حيث ترى أن حق المؤلف ذو طبيعة ثنائية أو مزدوجة، فهو يجمع بين حقين: أحدهما أدبي، والآخر مالي.

---

1 - الدكتور نواف كنعان، المرجع السابق، ص٦٣.

2 - انظر الدكتور نواف كنعان، المرجع السابق، ص ٦٧.

فحق المؤلف يخول صاحبه مزايا أدبية تعبر عن أبوته لنتاجه الفكري. كما يخوله مزايا مالية تتيح له احتكار استغلال هذا النتاج استغلالاً مالياً.

ونجد صدى هذه النظرية في قانون حماية حقوق المؤلف رقم ١٢ لعام ٢٠٠١، حيث عرفت المادة الأولى منه حق ملكية المؤلف بأنه "مجموعة المصالح المعنوية والمادية التي تثبت للشخص على مصنفه".

ثانياً: نطاق حماية حق المؤلف:

لبيان نطاق حماية حق المؤلف ينبغي تحديد المصنفات المشمولة بالحماية، وكذلك تحديد شخص المؤلف.

١- المصنفات المشمولة بالحماية:

عرفت المادة الأولى من قانون حماية حقوق المؤلف رقم ١٢ لعام ٢٠٠١ المصنف بأنه "الوعاء المعرفي الذي يحمل إنتاجاً أدبياً أو علمياً أو فنياً مبتكراً مهما كان نوعه أو أهميته أو طريقة التعبير فيه أو الغرض من تصنيفه".

وعلى هذا لا يقتصر معنى المصنف على الكتاب، بل ينصرف إلى كل نتاج ذهني أياً كانت طريقة التعبير عنه، أي سواء كان هذا التعبير بالكتابة أو الرسم أو التصوير أو الصوت أو الحركة. ويعتبر عنصر الابتكار شرطاً أساسياً لتمتع المصنف بحماية قانونية. ويقصد بالابتكار هنا أن يتميز الإنتاج الذهني بطابع أصيل يبرز شخصية صاحبه، سواء كان ذلك في جوهر الفكرة المعروضة أو في مجرد طريقة العرض أو التعبير عن هذه الفكرة. ومتى توافر عنصر الابتكار في المصنف، اعتبر صاحبه مؤلفاً يتمتع بالحماية القانونية مهما كان نوع هذا المصنف. وبالتالي فإن المصنف المشمول بالحماية يمكن أن يكون أدبياً أو علمياً أو فنياً، أياً كانت أهميته أو طريقة التعبير عنه وأياً كان الغرض من تصنيفه أو نشره.

والمصنفات الأدبية أو العلمية أو الفنية المشمولة بالحماية لا يمكن حصرها، ولذلك ذكرت المادة الثالثة من قانون حماية حقوق المؤلف أنواع المصنفات المحمية على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، حيث نصت هذه المادة على أنه: "تتمتع جميع المصنفات بالحماية وفق أحكام هذا القانون وتشمل الحماية بصفة خاصة ما يلي:

أ- المصنفات المكتوبة "الكتب والكتيبات والنشرات والمخطوطات والمحاضرات وما شابهها من المواد المكتوبة".

ب- المصنفات الفنية (المسرحية والموسيقية سواءً أكانت مرفقة "منوطة أم لا" مصحوبة بكلمات أم لا والسينمائية والإذاعية والتلفزيونية والغنائية والتوزيع الموسيقي وتصميم الرقصات والتمثيل الإيمائي).

ج- مصنفات الفنون التشكيلية والتطبيقية والتصوير الفوتوغرافي.

د- مصنفات المصورات والخرائط الجغرافية والتصاميم والمخططات المتصلة بالطبوغرافيا أو بفن العمارة أو بالعلوم.

هـ- مصنفات البرمجيات الحاسوبية بما في ذلك وثائق تصميمها ومجموعات البيانات. وتشمل الحماية عنوان المصنف إلا إذا كان العنوان لفظاً جارياً للدلالة على موضوع المصنف".

٢- تحديد شخص المؤلف:

عرّفت المادة الأولى من قانون حماية حقوق المؤلف رقم ١٢ لعام ٢٠٠١ المؤلف بأنه: "من ينشر المصنف منسوباً إليه، سواء بذكر اسمه على المصنف أم بأية طريقة أخرى بما في ذلك استعماله اسماً مستعاراً إلا إذا قام الدليل على غير ذلك".

ولا يقصد بالمؤلف هنا ذلك المعنى الضيق الذي يراد به الكاتب، وإنما يقصد به كل من ينتج إنتاجاً فكرياً أياً كان نوعه. فالعالم والكاتب والرسام والمصور والملحن

والمحاضر، كل من هؤلاء يعتبر مؤلفاً ما دام إنتاجه الفكري ينطوي على قدر معين من الابتكار.

وقد جعل المشرع نشر المصنف منسوباً إلى شخص معين، سواء بذكر اسمه أو بأية طريقة أخرى، قرينة قانونية على اعتباره هو المؤلف. لكن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة بل قابلة لإثبات العكس. فيجوز إقامة الدليل على أن المؤلف الحقيقي هو شخص آخر غير الذي نسب إليه المصنف.

وقد يشترك في تأليف المصنف أكثر من شخص، فنكون أمام مصنف مشترك ويكون من الطبيعي إسناد حقوق المؤلف إلى كل الأشخاص المشتركين في تأليف هذا المصنف. فإذا كان اشتراكهم اشتراكاً مختلطاً بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك، اعتبروا جميعاً أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم، إلا إذا تم الاتفاق على غير ذلك كتابة[1]. أما إذا كان اشتراك كل من المؤلفين يرجع إلى نوع مختلف من موضوع المصنف بحيث يمكن فصل نصيب كل منهم، فيكون لكل من المؤلفين الحق في استثمار الجزء الذي اشترك فيه على حدة، إلا إذا وجد اتفاق خطي على خلاف ذلك. غير أن استغلال هذا الجزء منفصلاً عن غيره يجب ألا يكون من شأنه الإضرار باستثمار المصنف المشترك[2].

والأصل في حالة المصنف المشترك انه لا يجوز لأي من المؤلفين المشتركين أن ينفرد بمباشرة السلطات التي يخولها حق المؤلف على المصنف المشترك في مجموعه، بل يجب أن يكون ذلك باتفاق جميع المؤلفين المشتركين في تأليف هذا المصنف. غير أن المشرع السوري خرج على هذا الأصل بالنسبة إلى بعض أنواع المصنفات المشتركة، كمصنفات الموسيقى الغنائية والمصنفات التي تنفذ بحركات مصحوبة بموسيقا والمصنفات السينمائيه،

---

1 - انظر المادة ٢٩ من قانون حماية حقوق المؤلف رقم ١٢ لعام ٢٠٠١.

2 - انظر المادة ٣٠ من قانون حماية حقوق المؤلف.

حيث جعل لمؤلف الشطر الأساسي فيها الحق في الانفراد بمباشرة سلطات حق المؤلف على مجموع المصنف المشترك دون حاجة إلى موافقة مؤلف الشطر الآخر[1]. وذلك مع عدم الإخلال بحق مؤلف هذا الشطر الآخر في الحصول على نصيبه في الربح وفي نشر الشطر الخاص به واستغلاله بشكل مستقل، بشرط ألا يشكل هذا النشر أو الاستغلال وسيلة لمزاحمة المصنف المشترك.

وقد يشترك في وضع المصنف أكثر من شخص بتوجيه من شخص طبيعي أو اعتباري، ويندمج عمل المشتركين فيه في الفكرة العامة الموجهة من هذا الشخص الطبيعي أو الاعتباري بحيث يكون من غير الممكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة[2]. مثال ذلك الكتب المدرسية التي تصدر بتوجيه وإشراف وزارة التربية والتي يقوم بوضعها عدد من المؤلفين.

والأصل أنه ينبغي الاعتراف بوصف المؤلف في هذه الحالة للأفراد الذين ساهموا في وضع المصنف، لا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجههم إلى وضعه دون أن يساهم ذهنياً في إنتاجه[3]. غير أن المشرع السوري ولاعتبارات عملية خرج على هذا الأصل واعترف بوصف المؤلف للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه ابتكار المصنف ونظمه، بحيث يكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف[4]. أما الأشخاص الذين ساهموا فعلاً في وضعه فلا يتصفون بصفة المؤلف ولا يتمتعون بحقوق المؤلف.

---

1 - انظر المواد ٣٢، ٣٣، ٣٥ من قانون حماية حقوق المؤلف.

2 - يطلق على هذا المصنف في هذه الحالة اسم المصنف الجماعي لتمييزه عن المصنف المشترك.

3 - انظر الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٣٦٩، والدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٤٨٧.

4 - انظر المادة ٣١ من قانون حماية حقوق المؤلف.

ثالثاً: عناصر حق المؤلف:

رأينا فيما سبق أن حق المؤلف ذو طبيعة ثنائية أو مزدوجة، بمعنى أن للمؤلف على مصنفه حقين: أحدهما أدبي، والأخر مالي. وسوف نعرض لهذين الحقين على التوالي.

١- الحق الأدبي للمؤلف: Le droit moral de l'auteur

يعبر الحق الأدبي للمؤلف عن الصلة الوثيقة بين المصنف وبين مؤلفه. ويقتضي فهم طبيعة الحق الأدبي للمؤلف أن نعرض لمضمون هذا الحق، ثم لخصائصه.

أ- مضمون الحق الأدبي:

مضمون الحق هو السلطة التي يخولها هذا الحق لصاحبه. والحق الأدبي للمؤلف يخول صاحبه أي المؤلف سلطات متعددة ترمي جميعها إلى تأكيد أبوة المؤلف على مصنفه وكفالة احترام هذا المصنف. وعلى هذا تثبت للمؤلف السلطات التالية:

١- حق المؤلف في تقرير نشر المصنف واختيار طريقة هذا النشر: للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره[1]. وبمقتضى هذه السلطة يكون للمؤلف الحق في الامتناع عن نشر مصنفه وعرضه على الجمهور إذا وجدت اعتبارات أدبية أو فنية أو علمية تدعوه إلى ذلك، ومن ثم لا يجوز لأحد أن يجبره على النشر. فهو الذي يقدر مدى صلاحية إنتاجه الفكري للنشر وأثر هذا النشر على سمعته[2].

وللمؤلف وحده كذلك الحق في اختيار الطريقة التي يتم بها نشر المصنف. فهو الذي يقرر الكيفية والشكل الذي يتم فيه إخراج مصنفه وتقديمه إلى الجمهور. وقد

---

1 - انظر في تفصيل ذلك الدكتور نواف كنعان، المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها.

2 - انظر الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص ٣٧٣، والدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٤٩٠.

نصت المادة الخامسة من قانون حماية حقوق المؤلف على ذلك بقولها: "المؤلف المصنف المشمول بالحماية وحده الحق في تقرير نشر مصنفه، وفي اختيار طريقة هذا النشر...".

2- حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه: للمؤلف وحده الحق في أن ينسب إليه مصنفه. وهذا الحق يعطي للمؤلف الحرية في نشر مصنفه مقروناً باسمه أو تحت اسم مستعار أو حتى بدون اسم. وفي هاتين الحالتين الأخيرتين يظل المؤلف محتفظاً بحقه في الكشف عن شخصيته في أي وقت يشاء[1].

ويترتب على هذا الحق ضرورة الإعلان عن اسم المؤلف كلما تعلق الأمر بمصنفه ولاسيما في حالة الاقتباس من هذا المصنف[2]. وقد نصت المادة السابعة من قانون حماية حقوق المؤلف على هذا الحق وأوردت عليه استثناءاً بقولها: "ينسب المصنف إلى مؤلفه بذكر اسمه عند تنفيذ أي من الأعمال الوارد ذكرها في المادتين /٥، ٦/ من هذا القانون ويستثنى من ذلك الحالات التي يرد فيها المصنف عرضاً في ثنايا بث إذاعي أو تلفزيوني لأحداث جارية".

3- حق المؤلف في تعديل مصنفه: يعطي الحق الأدبي للمؤلف سلطة إدخال أية تعديلات أو تغييرات في مصنفه. وقد اعترف قانون حماية حقوق المؤلف صراحة بهذا الحق، فنصت المادة السادسة منه على أنه "للمؤلف إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه، وله الحق في ترجمته إلى لغة أخرى، ولا يجوز لغيره أن يمارس ذلك إلا بإذن كتابي منه أو ممن يخلفه".

4- حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول: يعطي الحق الأدبي للمؤلف السلطة في سحب مصنفه من التداول بعد أن تم نشره. فقد يرى المؤلف أن في استمرار تداول مصنفه ما يسيء إلى سمعته أو مكانته العلمية أو الأدبية أو الفنية، أو أن الأفكار

---

1 - انظر الدكتور نواف كنعان، المرجع السابق، ص٩٥.

2 - انظر المادة ٩ من قانون حماية حقوق المؤلف.

التي تضمنها المصنف لم تعد تتلاءم مع المستوى الفكري الذي وصل إليه أو مع ما أسفر عنه العلم من نتائج، فيسحب من التداول ما قد يكون باقياً من نسخ المصنف[1]. ولكن يشترط في هذه الحالة أن يقوم المؤلف بتعويض المتضرر من هذا السحب تعويضاً مناسباً.

وقد نص قانون حماية حقوق المؤلف على هذا الحق في المادة ١٢ منه بقولها: "لمؤلف المصنف العلمي أو الأدبي الحق في سحب مصنفه من التداول أو حظر طرحه في التداول بشرط أن يعوض من أضير من جراء قراره بالسحب تعويضاً مناسباً".

5- حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه: للمؤلف الحق في احترام سلامة مصنفه ومنع أي اعتداء من الغير على هذا المصنف. ولذلك نصت المادة الثامنة من قانون حماية حقوق المؤلف على أنه: "للمؤلف أو لمن ينوب عنه قانوناً الحق في دفع أي اعتداء على مصنفه وفي منع أي تشويه أو تحريف أو تعديل أو أي مس به من شأنه الإساءة إلى المؤلف مادياً أو معنوياً وله أن يطالب بتعويض عن ذلك، وينتقل هذا الحق إلى ورثته بعد وفاته".

ب- *خصائص الحق الأدبي:*

يعتبر الحق الأدبي للمؤلف من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فهو حق غير مالي يتصل أشد الاتصال بشخصية المؤلف، وإن كان يتميز عن غيره من الحقوق اللصيقة بالشخصية في أنه يعتبر عنصراً في حق المؤلف الذي يرد على المصنف ذاته[2]. ويترتب على هذا الاعتبار أن الحق الأدبي للمؤلف يتمتع بخصائص مميزة هي:

1- الحق الأدبي للمؤلف لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه: يترتب على اعتبار الحق الأدبي للمؤلف من الحقوق اللصيقة بالشخصية وبالتالي من الحقوق غير المالية أن

---

1 - انظر في تفصيل أكثر الدكتور نواف كنعان، المرجع السابق، ص ١٠٣ وما بعدها.

2 - انظر الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

يكون غير قابل للتصرف فيه ولا الحجز عليه[1]. ولذلك نصت المادة العاشرة من قانون حماية حقوق المؤلف على أنه: "... ولا يجوز الحجز على حق المؤلف في نشر مصنفه أو نسبته إلى مؤلفه أو بدفع أي اعتداء يبقى على مصنفه أو بسحبه من التداول"[2].

2- الحق الأدبي للمؤلف حق دائم: وهذا يعني أن هذا الحق يبقى طول حياة المؤلف ويظل قائماً بعد وفاته، فهو حق دائم وغير مؤقت بمدة معينة على عكس الحق المالي. كما يعني أن الحق الأدبي للمؤلف لا يسقط بالتقادم وبعدم الاستعمال مهما طال الزمن. وقد رأينا تطبيقاً لذلك أنه في حالة نشر المصنف بدون اسم أو تحت اسم مستعار، يظل المؤلف محتفظاً بحقه في الكشف عن شخصيته ونسبة مصنفه إليه في أي وقت يشاء مهما طالت المدة.

والأصل أن الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تنتقل إلى الورثة عند وفاة صاحبها. غير أن المشرع السوري خرج على هذا الأصل وقرر انتقال الحق الأدبي للمؤلف إلى ورثته بعد الوفاة. والحكمة من ذلك هي ضمان الحماية للحق الأدبي للمؤلف حتى بعد وفاته. وبهذا نصت المادة ١٩ من قانون حماية حقوق المؤلف بقولها: "تنتقل حقوق المؤلف كاملة إلى ورثته بعد وفاته بما في ذلك اتخاذ قرار نشر المصنف إذا لم يكن منشوراً قبل الوفاة. وفي حال عدم وجودهم تنتقل هذه الحقوق إلى الوزارة"[3].

---

1 - انظر المادة ٣٨ من القانون المصري لحماية حق المؤلف لعام ١٩٥٤ حيث تنص صراحة على بطلان كل تصرف بأي حق من الحقوق الأدبية للمؤلف.

2 - أجازت هذه المادة للدائن الذي بيده سند مكتوب على المؤلف كالعقد أو سند الدين أن يلقي الحجز الاحتياطي على نسخ المصنف الذي تم نشره من قبل مؤلفه، باعتبار أن هذه النسخ تمثل أشياء مادية مستقلة عن الحق الأدبي للمؤلف.

3 - الوزارة المقصودة هنا هي وزارة الثقافة. ويلاحظ أنه على الرغم من شمول النص لحقوق المؤلف كاملة، فإن حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه لا ينتقل إلى الورثة، فهو يظل للمؤلف على الدوام بعد وفاته.

٢- الحق المالي للمؤلف: Le droit pécuniaire de l'auteur

يعبر هذا الحق عن الجانب أو العنصر المادي لحق المؤلف، وهو يعني حق المؤلف في استغلال مصنفه مالياً بأية طريقة من طرق الاستغلال[1]. وسنعرض أولاً لمضمون هذا الحق ثم نتكلم في خصائصه.

أ- مضمون الحق المالي:

إن الحق المالي للمؤلف يعطي المؤلف سلطة استغلال مصنفه بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالي. واستغلال المؤلف لمصنفه استغلالاً مالياً يتم عن طريق نقل المصنف إلى الجمهور سواء أكان ذلك بطريق مباشر أم بطريق غير مباشر[2].

ونقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر يكون بالتلاوة العلنية أو العزف أو التمثيل أو غير ذلك من صور النقل المباشر. أما نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر فيكون بنسخ صور منه عن طريق الطباعة أو الرسم أو التصوير أو التسجيل أو بأية طريقة مشابهة. وهذا ما قضت به المادة الأولى من قانون حماية حقوق المؤلف حيث عرفت النشر بأنه "نقل المصنف أو إيصاله بأسلوب مباشر أو غير مباشر إلى الجمهور أو استخراج نسخ أو صور منه أو من أي جزء من أجزائه يمكن قراءتها أو سماعها أو رؤيتها أو أداءها".

ب- خصائص الحق المالي:

يعتبر الحق المالي للمؤلف من الحقوق المالية، وهو يتميز بعدة خصائص نجملها فيما يلي[3]:

---

1 - انظر الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

2 - انظر في تفصيل ذلك الدكتور نواف كنعان، المرجع السابق، ص ١١٤ وما بعدها.

3 - انظر الدكتور رضا متولي وهدان، حماية الحق المالي للمؤلف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٤ وما بعدها.

1- الحق المالي للمؤلف قابل للتعامل والتصرف فيه: إن حق المؤلف في استغلال مصنفه استغلالاً مالياً يجوز التصرف فيه بنقله إلى شخص آخر، شأنه في ذلك شأن جميع الحقوق المالية. ويشترط المشرع لتمام التصرف أن يكون مكتوباً ومحدداً بشكل واضح[1].

وتنازل المؤلف عن حقه المالي أي حقه في استغلال مصنفه للغير لا يؤثر في حقه الأدبي، إذ يبقى محتفظاً بالسلطات التي يخولها له هذا الحق الأدبي.

2- الحق المالي للمؤلف حق مؤقت بطبيعته: يثبت الحق للمؤلف في استغلال مصنفه مالياً طوال حياته وينتقل بعد وفاته إلى ورثته، شأنه في ذلك شأن سائر الأموال الأخرى. غير أن هذا الحق، على خلاف الحق الأدبي، هو حق مؤقت بمدة معينة يحددها القانون. وبعد انتهاء هذه المدة يصبح المصنف جزءاً من الثروة الفكرية العامة وينتهي حق الورثة في احتكار استغلال المصنف مالياً، فيكون لمن يشاء أن يقوم بهذا الاستغلال دون حاجة إلى إذن الورثة أو دفع أي تعويض لهم[2].

والقاعدة العامة في هذا الصدد أن ينقضي حق الاستغلال المالي للمصنف بمضي خمسين سنة على وفاة المؤلف. وإذا اشترك في تأليف المصنف أكثر من شخص، فإن هذه المدة تحسب من تاريخ وفاة آخر المشاركين في تأليف هذا المصنف[3]. وإذا كان المصنف منشوراً بدون اسم المؤلف أو باسم مستعار فإن حق الاستغلال المالي للمصنف ينقضي بمضي خمسين سنة من تاريخ أول نشر لهذا المصنف. أما إذا عرفت شخصية المؤلف أو زال أي شك بشأن تحديدها قبل انقضاء تلك المدة فإن القاعدة العامة هي التي تنطبق حينئذٍ، حيث تحسب المدة من تاريخ وفاة المؤلف[4].

---

1 - انظر المادة ١٤ من قانون حماية حقوق المؤلف.

2 - انظر الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٥٤.

3 - انظر المادة ٢٢ من قانون حماية حقوق المؤلف.

4 - انظر المادة ٢٣ من قانون حماية حقوق المؤلف.

أما فيما يتعلق بالمصنفات السمعية – البصرية أو الإذاعية أو السينمائية، فإن مدة الحماية فيها تمتد طوال خمسين سنة بدءاً من تاريخ إنتاج المصنف، وإذا وضع المصنف بمتناول الجمهور بموافقة المؤلف خلال تلك المدة، فإن الحماية تمتد طوال خمسين سنة بدءاً من تاريخ هذا الوضع[1]. وتنقص مدة الحماية إلى عشر سنوات من تاريخ إنتاج المصنف في شأن المصنفات الفوتوغرافية أو مصنفات الفنون التشكيلية والتطبيقية[2].

ويترتب على انقضاء مدة الحماية المقررة للحق المالي للمؤلف أيلولة المصنفات المحمية إلى ما يسمى بالملك العام[3]، بحيث يستطيع أي شخص نشر هذه المصنفات أو استخدامها دون موافقة المؤلف أو ورثته ودون أي مقابل.

---

1 – انظر المادة ٢٤ من قانون حماية حقوق المؤلف.

2 – انظر المادة ٢٥ من قانون حماية حقوق المؤلف.

3 – انظر المادة ٢٦ من قانون حماية حقوق المؤلف.

الباب الثاني

أركان الحق

تبين لنا من تعريف الحق أن جوهر الحق هو استئثار يقره القانون لشخص يكون له بمقتضاه التسلط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر. ومن ثم يكون للحق ركنان:

الأول هو الشخص أي صاحب الحق الذي يستأثر وحده بمزايا الحق.

والثاني هو محل الحق أي الشيء أو الأداء الذي يرد عليه الاستئثار. وبذلك ينقسم الكلام في هذا الباب إلى فصلين: يشمل أولهما الكلام في أشخاص الحق ويشمل ثانيهما الكلام في محل الحق.

الفصل الأول

أشخاص الحق

Les sujets de droit

أشخاص الحق هم أطرافه. فالحق يستند إلى شخص يكون صاحباً له، ولا يمكن تصور وجود الحق دون أن يكون هناك شخص يسند إليه. كما أن الالتزام أو الواجب الذي يقابل الحق لا بد وأن يقع على عاتق شخص من الأشخاص. فالحق كالالتزام يلزمه صاحب، وصاحب كل منهما هو الشخص[1].

ومدلول الشخص في نظر القانون يختلف عن مدلوله في اللغة العادية. فعندما يطلق لفظ شخص في غير المجال القانوني، إنما يقصد به الإنسان وحده. أما في نظر القانون فيراد بالشخص كل كائن يتمتع بالشخصية القانونية أي من يكون صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. ولذلك فإن الشخص في لغة القانون يشمل الإنسان ويقال له الشخص الطبيعي، كما يشمل جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال التي تتمتع بالشخصية القانونية كالجمعيات والشركات والمؤسسات، وهو ما يطلق عليها الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية التي تملك صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

وعلى ذلك ندرس كل من الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في مبحثين مستقلين.

---

1 - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥١٣.

المبحث الأول

الشخص الطبيعي

La personne physique

الشخص الطبيعي هو الإنسان، وكل إنسان دون استثناء يتمتع اليوم بالشخصية القانونية، وذلك على عكس ما كان عليه الوضع في الماضي عندما لم يكن للأرقاء شخصية قانونية، بل كان ينظر إليهم باعتبارهم أشياء تصلح أن تكون محلاً يقع عليه الحق لا طرفاً من أطرافه[1].

ولدراسة الشخص الطبيعي ينبغي علينا أن نتعرف على مدة الشخصية من حيث بدايتها ونهايتها ثم نعرض لخصائص أو مميزات الشخصية من حالة واسم وموطن وذمة مالية وأهلية.

المطلب الأول

مدة الشخصية

تنص المادة ٣١ من القانون المدني السوري على أنه:

"١- تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته.

٢- ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون".

يتبين من هذا النص، أن الشخصية تثبت للإنسان منذ ولادته حياً وتظل ملازمة له حتى وفاته. وسنعرض على التعاقب لبداية الشخصية ونهايتها.

أولاً: بداية الشخصية:

الأصل أن تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، ومع ذلك فإن القانون يعترف للحمل أو الجنين قبل ولادته ببعض الحقوق.

---

١ - انظر الدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٣٠٤ و ٣٠٥.

١- شروط ثبوت الشخصية للإنسان:

يشترط لكي تبدأ شخصية الإنسان شرطان: تمام الولادة، وتحقق الحياة عند تمام الولادة.

أ- *تمام الولادة:* ويقصد بذلك خروج المولود كله وانفصاله عن جسم أمه انفصالاً تاماً[1]. فإذا خرج بعض أعضائه أو معظمها، ولكنه مات قبل أن يخرج الباقي، لا تثبت له الشخصية القانونية. وهذا هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك وأحمد والشافعي. وهو ما يخالف المذهب الحنفي الذي يكتفي لثبوت الشخصية للإنسان بخروج أكثر أو معظم المولود حياً دون اشتراط خروجه كله[2].

ب- *تحقق الحياة عند تمام الولادة:* لا يكفي لثبوت الشخصية للمولود خروجه كله أو انفصاله عن أمه انفصالاً تاماً، بل يجب فوق ذلك أن يكون حياً عند تمام الانفصال، حتى ولو مات بعد ذلك مباشرة. فإذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً فلا تثبت له الشخصية. وعلى ذلك فالعبرة في ابتداء الشخصية تكون بتوفر الحياة في المولود لحظة انفصاله عن أمه. ويستدل على حياة المولود في هذه اللحظة بأعراض ظاهرة للحياة كالبكاء والصراخ والشهيق والحركة. فإذا لم يثبت شيء من هذه الأعراض كان للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء.

ولم يشترط القانون السوري لثبوت الشخصية للمولود أن يكون قابلاً للحياة Viable، بل يعترف بالشخصية لكل من ولد حياً ولو لم يكن قابلاً للحياة. وهذا بخلاف

---

1 - انظر الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

2 - انظر الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٦٧، و الدكتور عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة السورية، ١٩٥٧، ص ٤١٤.

القانون المدني الفرنسي الذي يشترط لثبوت الشخصية ليس فقط أن يولد المولود حياً ولكن أيضاً أن يكون قابلاً لاستمرار الحياة[1].

وتثبت واقعة الميلاد بالقيد في سجلات الأحوال المدنية، ولكن إذا تعذر الحصول على دليل من هذه السجلات أو تبين عدم صحة ما أدرج فيها، فيجوز إثبات واقعة الميلاد باعتبارها واقعة مادية، بكافة الطرق[2].

وقد نصت المادة ٣٣ من القانون المدني السوري على أن "سجلات الأحوال المدنية والإجراءات المتعلقة بها تخضع لقانون خاص". والقانون الذي ينظم هذا الموضوع حالياً هو المرسوم التشريعي رقم ٢٦ الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٢ الخاص بالأحوال المدنية.

وطبقاً للمادة الثانية من هذا المرسوم التشريعي تختص أمانة السجل المدني بتسجيل واقعة الميلاد وغيرها من واقعات الأحوال المدنية سواء حدثت داخل القطر أو خارجه. ويمنح المواطن بمجرد تسجيله في السجل المدني رقماً وطنياً خاصاً به، ويتميز هذا الرقم بأنه فريد وثابت ودائم وتلتزم جميع الجهات الرسمية باستخدام هذا الرقم وتثبيته في سائر المعاملات والسجلات لديها والوثائق الخاصة بهذا المواطن[3].

ويتم تسجيل واقعة الميلاد بناء على تبليغ من يفرض عليهم القانون واجب التبليغ عن واقعات الولادة. وقد ذكرت المادة ٢٣ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة وفق ترتيب معين، بحيث لا يقع واجب التبليغ على أحدهم إلا في حالة عدم وجود أحد من الفئات السابقة في الترتيب. وهؤلاء الأشخاص هم على الترتيب الآتي:

---

1 - انظر المواد ٤/٣١١ و ٧٢٥ و ٩٠٦ من القانون المدني الفرنسي. وانظر أيضا:
François Terré, introduction générale au droit, op. cit., P. 325.

2 - انظر المادة ٣٢ من القانون المدني السوري.

3 - المادة ١٢ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ الخاص بالأحوال المدنية.

أ- الوالد وفي حال غيابه يعود هذا الواجب على الوالدة أو أقرباء المولود البالغين.

ب- مديرو المؤسسات الرسمية كالمستشفيات والسجون والمحاجر والمشافي الخاصة. وتلزم هذه المؤسسات بمسك سجلات خاصة لتدوين واقعات الولادة.

ج- الطبيب أو القابلة عن كل ولادة يقوم أحدهما بإجرائها.

ويتم التبليغ عن واقعة الولادة بتقديم الشهادة المثبتة لحدوثها مع وثائقها إلى أمانة السجل المدني المختصة. وقد أوجب المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ في المادة ١٤ التبليغ عن الولادات خلال ثلاثين يوماً من حدوثها إذا وقعت داخل القطر وستين يوما إذا وقعت خارج القطر[1].

ويتوجب على أمانة السجل المدني المختصة تدقيق شهادة واقعة الولادة ووثائقها فور ورودها إليها وتسجيلها في السجل المدني طبقاً للإجراءات الواردة بشأنها في التعليمات التنفيذية وإعطاء صاحبها بياناً عن تسجيلها مباشرة[2].

ونظراً لأهمية التاريخ الذي تمت فيه واقعة الولادة، فقد حرص المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ على ضرورة تدوين تاريخ حدوث واقعة الميلاد بالسنة والشهر واليوم والساعة والدقيقة بالتاريخين الهجري والميلادي بالأرقام والحروف[3]. كما منع هذا المرسوم

---

1 - ومع ذلك، ووفقا للمادة ٢٠ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ يتم تسجيل شهادات الولادة اذا قدمت بعد انقضاء المدة القانونية وقبل مرور سنة على حدوثها ويكلف المخالف بدفع غرامة مالية مقدارها ٥٠٠ ليرة سورية. كما يتم تسجيل الولادات بعد انقضاء سنة على حدوثها وقبل بلوغ أصحابها تمام الرابعة عشرة من عمرهم من قبل أمين السجل المدني المختص في مكان قيد الأسرة بناء على تحقيق إداري ويكلف المخالف بدفع غرامة مالية مقدارها ٢٠٠٠ ليرة سورية. ولا يتم تسجيل الولادات بعد بلوغ أصحابها تمام الرابعة عشرة من عمرهم إلا بناء على قرار يصدر عن لجنة تؤلف بقرار من المحافظ في مركز كل محافظة وتختص كل لجنة بالبت بالواقعات ضمن نطاق عملها ويكلف المخالف بدفع غرامة مالية مقدارها ٤٠٠٠ ليرة سورية.

2 - الفقرة أ من المادة ١٩ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧.

3 - الفقرة ب من المادة ١٩ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧.

التشريعي إجراء أي تصحيح أو تعديل في تاريخ الولادة أو مكان حدوثها المسجلة ضمن المدة القانونية أو خارجها[1].

٢- مركز الجنين أو الحمل المستكن:

رأينا أن المادة ٣١ من القانون المدني السوري بعد أن قررت في فقرتها الأولى أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً، أضافت في فقرتها الثانية قولها "ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون".

فالأصل أن الجنين لا يعتبر شخصاً قبل أن يولد، ولكن القانون خرج على هذا الأصل واعترف للجنين أو الحمل قبل ولادته ببعض الحقوق الضرورية التي يقتضيها وضعه. وهذه الحقوق هي: الحق في النسب، والحق في الوصية، والحق في الإرث. وعلى هذا يثبت النسب للجنين من أبيه، كما يستحق ما أوصي له به وهو في بطن أمه، فإذا أوصى له أحد بمبلغ من المال، فإنه يستحقه إذا ولد حياً[2]. كذلك يثبت له الميراث ممن يموت من أقربائه وهو في بطن أمه، فإذا توفي أبوه مثلاً وقف له حقه في إرثه. ولكن هل يوقف للحمل في هذه الحال حصة ذكر أم حصة أنثى، وهل يوقف له حصة واحد فقط أم حصة توأمين؟

من حيث الذكورة والأنوثة، يوقف للجنين من تركة المورث أوفر النصيبين أو الحظين من اعتباره ذكراً أو أنثى، أي بفرض مرة ذكراً ومرة أنثى، ثم يوقف له أكبر النصيبين[3]. أما من حيث العدد، فيوقف للحمل حصة واحد فقط.

فإذا ولد الحمل موافقاً لما وقف له من حيث الجنس والعدد، أعطي له ما وقف له. وإذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه، أخذ ما وقف له ورجع بالباقي على من

---

1 - الفقرة ج من المادة ٤٦ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧.

2 - انظر المادة ٢٣٦ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

3 - انظر المادة ٢٩٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة. وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه، أخذ حصته مما وقف له ورد الزائد على من يستحقه من الورثة[1].

ولما كانت هذه الحقوق التي تثبت للجنين لا يتوقف اكتسابها على القبول، فقد انتهى بعض الفقهاء إلى القول بأنه ليس للجنين صلاحية لاكتساب الحقوق التي تحتاج إلى قبول، ولذلك ذهبوا إلى عدم جواز الهبة إلى الجنين لأن الهبة عقد يتم بإيجاب وقبول[2]. وهذا الرأي مؤسس على القول بأنه لا يوجد من يقبل عن الجنين لأن الولاية تبتدئ بعد الولادة، فليس للحمل ولي يقبل عنه.

لكن هذا القول لم يعد ينسجم مع قانون الأحوال الشخصية السوري الذي نص على جواز تعيين وصي للحمل أو الجنين[3]. وهذا الوصي له صلاحيات الأوصياء، ومنها قبول ما يكون نافعاً للحمل نفعاً محضاً. وبذلك تصح الهبة للحمل وإن كانت تحتاج إلى قبول، إذ يملك هذا الوصي حينئذٍ القبول نيابة عنه[4].

والحقوق التي يقررها القانون للجنين لا تثبت له بصفة نهائية، بل تكون معلقة على شرط ولادته حياً واكتسابه الشخصية القانونية. فإذا ولد حياً اعتبر صاحباً لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل. أما إذا ولد ميتاً وبالتالي لم يكتسب الشخصية القانونية فإن هذه الحقوق تعتبر كأن لم تكن ولم تتقرر له أصلاً، فترد ما كان موقوفاً له من الإرث أو الوصية إلى ورثة المورث أو الموصي.

---

1 - المادة ٣٠١ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

2 - الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٣٨٨.

3 - المادتان ١٧٦ و ١٧٧ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

4 - انظر في تفصيل ذلك الدكتور أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، الأهلية والنيابة الشرعية والوصية والوقف والتركات، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٢ - ١٩٨٣، ص ١٠٥ وما بعدها. وفي القانون اللبناني، أجاز المشرع صراحة الهبة للجنين على أن يقبلها من يمثله، فتنص المادة ٥١٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن "الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز ان يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم".

ثانياً: نهاية الشخصية:

نصت الفقرة الأولى من المادة ٣١ من القانون المدني السوري على أن شخصية الإنسان تنتهي بموته. والموت قد يكون طبيعياً أي حقيقياً، وقد يكون حكمياً حيث يصدر حكم باعتبار المفقود ميتاً. ولهذا ينبغي أن ندرس نهاية الشخصية بالموت الحقيقي ونهايتها بالموت الحكمي.

١- نهاية الشخصية بالموت الحقيقي:

" كل نفس ذائقة الموت "[1]. فالموت هو النهاية الطبيعية لكل إنسان. ويترتب على الموت من الناحية القانونية زوال الشخصية القانونية[2]. والوفاة كالولادة تثبت بسجلات الأحوال المدنية، ولكن إذا تعذر الحصول على دليل من هذه السجلات أو تبين عدم صحة ما أدرج فيها جاز الإثبات بأية طريقة أخرى[3].

وبموجب المادة الثانية من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ الخاص بالأحوال المدنية تختص أمانة السجل المدني بتسجيل واقعة الوفاة سواء حدثت داخل القطر أو خارجه. ويتم تسجيل واقعة الوفاة بناءً على تبليغ من يفرض عليهم القانون واجب التبليغ عن الوفيات.

ويقع واجب التبليغ عن واقعة الوفاة ومتابعة إجراءات تسجيلها على أصول المتوفى أو فروعه أو الزوج أو أقربائه البالغين الذين حضروا الوفاة أو الطبيب الذي

---

1 - القرآن الكريم، سورة آل عمران، الآية ١٨٥.

2 - لقد عرفت بعض الأنظمة والشرائع القانونية السابقة أسباباً أخرى لزوال الشخصية غير الوفاة الطبيعية. فبالإضافة إلى الرق، كانت هناك عقوبة الموت المدني، حيث كان يعتبر المحكوم عليه بهذه العقوبة بمثابة الميت وهو لا يزال على قيد الحياة، فتسلخ عنه شخصيته القانونية ويحرم من حقوقه وأمواله. إلا أن هذه الأسباب لم تعد قائمة في عصرنا الحاضر.

3 - المادة ٣٢ من القانون المدني السوري.

شاهدها أو المختار[1]. وتكون المسؤولية بنفس هذا الترتيب، بحيث لا يقوم واجب التبليغ على أحد الأشخاص إلا في حالة عدم وجود شخص آخر يسبقه في الترتيب.

ويتم التبليغ عن واقعة الوفاة بتقديم الشهادة المثبتة لحدوثها مع وثائقها إلى أمانة السجل المدني المختصة. وقد أوجب المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ التبليغ عن الوفيات خلال ثلاثين يوماً من حدوثها إذا وقعت داخل القطر وستين يوماً إذا وقعت خارج القطر[2].

ويتم تسجيل واقعة الوفاة في السجل المدني بموجب شهادة من المختار مرفقة بتقرير طبي يثبت أن الوفاة طبيعية، وفي الأمكنة التي لا يوجد فيها أطباء يكتفى بشهادة المختار بأن الوفاة طبيعية[3]. أما الوفيات التي تحدث في السجون أو المحاجر أو المستشفيات فيتم تسجيلها استناداً إلى شهادات يقدمها مديرو هذه المؤسسات أو من ينوب عنهم إلى أمين السجل المدني المختص[4]. وعند تنفيذ حكم الإعدام بحق أحد الأشخاص، يتوجب على المحامي العام أو نائبه تنظيم محضر بواقعة الوفاة وإرساله خلال المدة القانونية للتبليغ إلى أمين السجل المدني لتسجيل الوفاة في السجل المدني[5].

وبموجب المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ لا يمكن دفن أي متوفى بدون شهادة طبية، وإذا حدثت الوفاة في أماكن لا يوجد فيها أطباء فتعطى هذه الشهادة من قبل

---

1 - المادة ٣٦ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧.

2 - المادتين ١٤ و ٣٥ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧. إلا أنه وبموجب المادة ٢٠ من هذا المرسوم التشريعي يتم تسجيل شهادات الوفاة إذا قدمت بعد انقضاء المدة القانونية وقبل مرور سنة على حدوثها ويكلف المخالف بدفع غرامة مالية مقدارها ٥٠٠ ليرة سورية. ولا تسجل الوفيات بعد انقضاء سنة على حدوثها إلا بناء على قرار يصدر عن لجنة تؤلف بقرار من المحافظ في مركز كل محافظة وتختص كل لجنة بالبت بالواقعات ضمن نطاق عملها ويكلف المخالف بدفع غرامة مالية مقدارها ٠٠٠ ليرة سورية.

3 - المادة ٣٧ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧.

4 - المادة ٣٨ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧.

5 - المادة ٣٩ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧.

المختار بعد أن يتحقق من أن الوفاة طبيعية[1]. كما لا يمكن أن يجري الدفن قبل مرور ثماني ساعات في الصيف وعشر ساعات في الشتاء، وتستطيع السلطة المختصة في الحالات الحرجة أن ترخص بالدفن دون مراعاة هذه المهلة[2].

ويذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن الإنسان بعد موته يعتبر حياً حكماً، أي بحكم القانون لا حقيقة، إلى أن يتم تصفية التركة وسداد الديون، وذلك تطبيقاً للقاعدة الشرعية المعروفة أن "لا تركة إلا بعد سداد الديون". فلا تنتقل الأموال التي يتركها المتوفى إلى الورثة فور موته، بل تبقى هذه الأموال على حكم ملك المتوفى نفسه إلى أن تسدد ديونه[3].

غير أن هذا الرأي فيه مخالفة ظاهرة لصريح نص المشرع على أن شخصية الإنسان تنتهي بموته. وعلى هذا فإن التركة تنتقل إلى الورثة فور موت المورث مثقلة بالديون التي عليها، وكل ما تعنيه قاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون هو أن لا ملكية خالصة للورثة إلا بعد سداد الديون، أي لا تخلص ملكية التركة إلى الورثة خلوصاً نهائياً إلا بعد تخليصها مما يثقلها من ديون[4].

٢- نهاية الشخصية بالموت الحكمي (حالة المفقود):

الأصل أن الشخصية تنتهي بالموت الحقيقي، إلا أن المشرع يعتبر في حكم الموت الحقيقي الموت الذي يحكم القاضي بوقوعه، ويكون ذلك في حالة المفقود.

---

1 - المادة ٤٤ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧.

2 - المادة ٤٥ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧.

3 - انظر في تفصيل أكثر حول تفسير الفقهاء لقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٨٧ وما بعدها.

4 - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥٢٩ و ٥٣٠.

أ- تعريف المفقود:

المفقود في اصطلاح الفقهاء هو الغائب الذي انقطعت أخباره، ولا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته[1]. وعلى ذلك فالمفقود يختلف عن الغائب، فالغائب هو الشخص الذي يغيب عن موطنه أو محل إقامته ولكن حياته تكون معلومة، سواء عرف مكانه أم لا. فكل مفقود يعتبر غائباً، بينما لا يعتبر الغائب مفقوداً إلا إذا قام الشك حول حياته أو موته، أي إذا كنا لا نعلم أحي هو أم ميت.

ب- أحكام المفقود:

نصت المادة ٣٤ من القانون المدني السوري على أنه: "يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية".

وبالرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية السوري الذي ينظم أحكام المفقود نجد أنه نص في المادة ٢٠٥ على أن الفقدان ينتهي بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر، هذا إذا لم يكن فقده بسبب عمليات حربية، فإذا كان فقده بسبب عمليات حربية أو حالات مماثلة لها مما يغلب معه الهلاك، فإنه يجوز الحكم بموته بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقده. وعلى هذا تظل شخصية المفقود قائمة قبل صدور الحكم باعتباره ميتاً، فتبقى أمواله على ملكه[2]، ويبقى زواجه قائماً، ويوقف له نصيبه من الميراث ممن يموت من أقربائه الذين يستحق الإرث منهم حتى يتبين مصيره.

ومتى حكم القاضي باعتبار المفقود ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر أو بعد مرور أربع سنوات على فقده، بحسب التفصيل المتقدم، تنتهي شخصيته من تاريخ صدور

١- انظر الدكتور أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص ٣٢١، والدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥٣١، والدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٣٩٢.

٢- بالنسبة لإدارة هذه الأموال، إذا كان المفقود قد ترك وكيلا عاما لحفظ أمواله وإدارتها تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإذا لم يترك وكيلا عينت له المحكمة وكيلا قضائياً يتولى شؤونه (المادة ٢٠٤ من قانون الأحوال الشخصية السوري).

هذا الحكم ويعامل من هذا التاريخ معاملة الميت موتاً حقيقياً. فتعتد زوجته عدة الوفاة ويجوز لها الزواج من غيره بعد انقضاء هذه العدة[1]. كما توزع أمواله على ورثته الموجودين وقت الحكم باعتباره ميتاً، أما ورثته الذين ماتوا بعد فقده أي أثناء غيابه وقبل صدور هذا الحكم فلا يرثونه، لأن الحكم باعتباره ميتاً حكم منشئ لهذا الموت وليس كاشفاً له[2].

ولا يدخل في تركة المفقود الأموال التي آلت إليه عن طريق الإرث من أقربائه الذين توفوا أثناء فقده والتي كانت قد أوقفت له حتى يعرف مصيره، بل ترد هذه الأموال إلى من كان يستحقها من الورثة وقت وفاة مورثه، وذلك لعدم تيقن حياة المفقود وقت موت هذا المورث، وهو شرط لاستحقاق الإرث[3].

وعلى هذا يعتبر المفقود من حين فقده إلى حين الحكم بموته حياً في حق تركته أي في شأن الحقوق التي تضره وتنفع غيره كإرث الغير منه، ويعتبر ميتاً في حق تركة مورثيه أي في شأن الحقوق التي تنفعه وتضر غيره كإرثه من الغير.

فإذا ظهر المفقود حياً بعد صدور الحكم باعتباره ميتاً وتوزيع تركته، فإنه يسترد ما كان له من أموال وما استحق من إرث من أقاربه المتوفين من أيدي الورثة، إن كان قائماً، أي أنه لا يسترد إلا ما بقي من هذه الأموال بين أيدي الورثة، أما ما استهلكه هؤلاء أو تصرفوا به فلا يسترد منه شيئاً لأنهم ملكوا التصرف في هذه الأموال بناء على حكم قضائي فلا ضمان عليهم[4].

---

1 - غير أن الزوجة غير مضطرة إلى انتظار صدور الحكم بوفاة زوجها المفقود حتى تتحلل من رابطتها الزوجية معه، بل تستطيع التحلل من هذه الرابطة عن طريق طلب التفريق لعلة الغياب. فقد أجاز قانون الأحوال الشخصية السوري للزوجة التي غاب عنها زوجها بدون عذر مقبول أن تطلب إلى القاضي، بعد سنة من غياب الزوج، الحكم بالتفريق بينها وبينه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه (المادة ١٠٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري).

2 - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٣٣.

3 - انظر المادة ١/٣٠٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

4 - المادة ٢/٣٠٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

هذا بالنسبة لمصير أمواله، أما بالنسبة لمصير زوجته، فإذا كانت لم تتزوج بغيره بعد الحكم بوفاته فتبقى زوجته ويعود لها من غير حاجة إلى عقد جديد. أما إذا كانت قد تزوجت من غيره بعد الحكم بوفاته فلا يمكن أن يعود لها إلا في حالتين: إذا كان الزواج الثاني لم يتم بالدخول، أو إذا كان الزواج الثاني باطلاً كما لو تزوجها الزوج الثاني وهو يعلم بأن زوجها الأول على قيد الحياة أو تزوجها وهي في العدة[1].

المطلب الثاني

حالة الشخص

L' état de la personne

تتمتع شخصية الإنسان بخصائص ومميزات معينة تتيح تحديد معالم هذه الشخصية وتمييزها من غيرها. ومن بين هذه الخصائص أو المميزات حالة الشخص. ويقصد بحالة الشخص مجموع الصفات التي يتصف بها الشخص فتحدد مركزه القانوني وتؤثر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات[2]. وهذه الصفات هي كون الشخص منتسباً إلى دولة معينة، وهذه هي الحالة السياسية أو الجنسية، وإلى أسرة معينة وهذه هي الحالة العائلية أو القرابة.

أولاً: الحالة السياسية أو الجنسية:

يقصد بالحالة السياسية للشخص مركزه من حيث انتسابه أو انتمائه إلى دولة معينة، وهذا ما يطلق عليه الجنسية La nationalité. وتعرف الجنسية بأنها رابطة قانونية وسياسية بين فرد ودولة معينة يصبح الفرد بموجبها أحد السكان المكونين لها[3]. وللجنسية

---

1 - انظر الدكتور أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص١٢٧ و ١٢٨.

2 - الدكتور نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص١٤٣.

3 - انظر الدكتور فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، الجنسية، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٨٦ - ١٩٨٧، ص٤٥ وما بعدها.

أهمية بالغة من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانوني. إذ أن هناك حقوقاً وواجبات تقتصر على الوطنيين. فليس للأجانب مثلاً حق التمتع بالحقوق السياسية، كحق الانتخاب وحق الترشيح وحق تولي الوظائف العامة. كما يعفى الأجانب من واجب أداء الخدمة العسكرية، إذ يقتصر هذا الواجب على الوطنيين وحدهم.

والجنسية إما أن تكون جنسية أصلية أو جنسية مكتسبة (أو طارئة). والجنسية الأصلية هي التي تثبت للفرد بمجرد ميلاده إما استناداً إلى حق الدم أو حق الإقليم. ومعنى ثبوت الجنسية على أساس حق الدم، منح الولد جنسية أبيه. ومعنى ثبوتها على أساس حق الإقليم، منح جنسية الدولة لكل من يولد على إقليمها. أما الجنسية المكتسبة أو الطارئة فهي التي تثبت للفرد بعد ميلاده ولسبب آخر غير الميلاد كالتجنس أو الزواج.

ونصت المادة ٣٥ من القانون المدني السوري على أن "الجنسية السورية ينظمها قانون خاص". وقد صدرت في بلادنا تشريعات متعددة لتنظيم أحكام الجنسية وكان آخرها المرسوم التشريعي رقم ٢٧٦ تاريخ ١٩٦٩/١١/٢٤ المتضمن قانون جنسية الجمهورية العربية السورية والذي ما زال مفعوله سارياً إلى يومنا هذا.

ويأخذ المشرع السوري كقاعدة عامة بحق الدم كأساس لتقرير الجنسية العربية السورية، بحيث يعتبر عربياً سورياً حكماً كل من ولد في القطر أو في خارجه من والد عربي سوري[1]. ولكنه يأخذ في حالات استثنائية بحق الإقليم وذلك بالنسبة لفئات معينة من الأشخاص، فيقرر منح الجنسية العربية السورية لمن ولد في القطر من والدين مجهولين، أو مجهولي الجنسية أو لا جنسية لهما، أو لمن ولد في القطر ولم يحق له عند ولادته أن يكتسب بصلة البنوة جنسية أجنبية[2].

---

1 - الفقرة أ من المادة الثالثة من المرسوم التشريعي رقم ٢٧٦ لعام ١٩٦٩.

2 - انظر الدكتور فؤاد ديب، المرجع السابق، ص١١٥ وما بعدها.

أما اكتساب الجنسية العربية السورية بسبب لاحق للميلاد فيكون عن طريق التجنس أو الزواج. فقد أجاز المشرع السوري منح الجنسية العربية السورية للأجانب أو أبناء البلاد العربية إذا توافرت فيهم شروط معينة[1]. كما أجاز منح الجنسية السورية للمرأة الأجنبية أو العربية التي تتزوج من مواطن سوري ضمن شروط معينة[2].

ثانياً: الحالة العائلية أو القرابة:

يقصد بالحالة العائلية أو القرابة الصلة التي تربط الشخص بأسرة معينة. وأسرة الشخص، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٣٦ من القانون المدني السوري، تتكون من ذوي قرباه[3]. والقرابة نوعان: قرابة نسب وقرابة مصاهرة.

١- قرابة النسب:

قرابة النسب هي القرابة الناشئة عن الدم، فهي تقوم بين أفراد مرتبطين بصلة الدم أو يجمعهم أصل مشترك. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦ من القانون المدني السوري على أنه "يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك". وقرابة النسب إما أن تكون قرابة مباشرة أو غير مباشرة وهي التي يسميها القانون المدني بقرابة الحواشي.

---

1 - فرق قانون الجنسية السوري من حيث شروط التجنس بين الأجانب وبين أبناء البلاد العربية، فأعفى أبناء البلاد العربية من بعض شروط التجنس المطبقة على الأجانب وذلك بهدف تسهيل دخولهم في الجنسية السورية. انظر في تفصيل ذلك الدكتور فؤاد ديب، المرجع السابق، ص١٢٩ وما بعدها.

2 - أعفى المشرع السوري المرأة العربية من بعض الشروط المطبقة على الزوجات الاجنبيات. انظر الدكتور فؤاد ديب، المرجع السابق، ص١٥١ وما بعدها.

3 - يميز المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ الخاص بالأحوال المدنية في مادته الأولى بين مفهوم الأسرة ومفهوم العائلة. فيعرف الأسرة بأنها "المجموعة المؤلفة من الأب والأم والأولاد"، بينما يعرف العائلة بأنها "مجموعة الأسر التي تنتسب إلى أصل واحد". ولذلك يطلق هذا المرسوم التشريعي على البطاقة التي يستحصل عليها المواطن بعد زواجه اسم البطاقة الأسرية وليس البطاقة العائلية.

أ- القرابة المباشرة:

القرابة المباشرة هي، بحسب الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من القانون المدني السوري، "الصلة ما بين الأصول والفروع"، أي الصلة بين أفراد ينحدر بعضهم من البعض الآخر. والأصل هو من انحدر منه الشخص، فهو الأب وأبو الأب وإن علا، وأم الأب وإن علت، والأم وأبو الأم وإن علا، وأم الأم وإن علت. أما الفرع فهو من انحدر من غيره، فهو الابن والبنت وأولادهما مهما نزلوا. فالقرابة المباشرة هي قرابة عمودية، لأننا إذا وصلنا بين الأقارب بخط كان هذا الخط عمودياً[1].

فقرابة الشخص بجده مثلاً هي قرابة مباشرة لأنه ينحدر منه ويجمعهما عمود نسب واحد وهو العمود الذي يصل بين الشخص وأبيه ثم جده. وكذلك قرابة الشخص بابن حفيده هي أيضاً قرابة مباشرة لأن ابن حفيده ينحدر منه على خط نسب عمودي يصل بين الشخص وابنه ثم حفيده ثم ابن حفيده.

وللقرابة المباشرة درجات. وقد بينت المادة ٣٨ من القانون المدني السوري كيفية حساب درجة القرابة المباشرة، حيث نصت على أنه "يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل". وبناء على ذلك، يصعد من الفرع إلى الأصل ويعطى كل فرع درجة عند الصعود دون أن يعطى الأصل أية درجة. فقرابة الابن من أبيه أو أمه هي من الدرجة الأولى لأننا إذا صعدنا من الفرع وهو الابن إلى الأصل وهو الأب أو الأم فإننا نعطي الفرع درجة ولا نعطي الأصل أية درجة، فيكون لدينا درجة واحدة فقط وهي درجة قرابة الابن بأبيه أو أمه. وقرابة ابن الابن بالجد أو الجدة هي من الدرجة الثانية لأننا إذا صعدنا من الفرع إلى الأصل وجدنا أولاً ابن الابن وهو فرع فيحسب درجة، ثم الابن وهو فرع فيحسب درجة أيضاً، ثم الجد أو الجدة وهو الأصل فلا يحسب، وبذلك يكون لدينا درجتان فقط.

---

١ - الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٤٤٧.

ب- *قرابة الحواشي:*

عرّفت الفقرة الثانية من المادة ٣٧ من القانون المدني السوري قرابة الحواشي بأنها "الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك، دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر". وقد سميت هذه القرابة بالقرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي لأن الأقارب فيها لا ينحدرون بعضهم عن بعض على خط نسب عمودي، وإنما هم يوزعون على عمودين مستقلين يلتقيان عند الأصل المشترك. فقرابة الأخ بأخيه هي قرابة حواشي لأن أحدهما لا ينحدر من الآخر وإنما يجمعهما أصل مشترك وهو الأب. وكذلك القرابة بين الشخص وعمه أو عمته أو أبناء عمه أو عمته، أو بين الشخص وخاله أو خالته أو أبناء أخواله أو خالاته هي قرابة حواشي لأنه ليس أحدهم فرعاً أو أصلاً للآخر وإنما يجمعهم أصل مشترك.

أما عن كيفية حساب درجة قرابة الحواشي فقد بينتها المادة ٣٨ من القانون المدني السوري بقولها "وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولاً منه للفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة". وعلى ذلك تكون قرابة الأخ بأخيه هي قرابة حواشي من الدرجة الثانية، لأننا إذا صعدنا من الأخ الأول إلى الأب تكون لدينا درجة واحدة هي الدرجة التي نعطيها لهذا الأخ الأول، ثم إذا نزلنا من الأب إلى الأخ الثاني تكون لدينا درجة ثانية هي الدرجة التي نعطيها للأخ الثاني، أما الأب وهو الأصل المشترك، فلا يعطى أية درجة. وهكذا يعتبر العم قريباً من الدرجة الثالثة، كما يعتبر ابن العم قريباً من الدرجة الرابعة.

وتترتب على قرابة النسب سواء أكانت قرابة مباشرة أو قرابة حواشي، آثار قانونية هامة. فهي التي تحدد حقوق الشخص والتزاماته العائلية. وعلى ذلك يترتب على قرابة النسب حقوق غير مالية كحق الأب في الولاية على أولاده، وحقوق مالية كالحق في

النفقة والحق في الإرث. كما تبدو أهمية قرابة النسب في موضوع الزواج عند تحديد المحرمات من النساء، أي النساء اللواتي لا يجوز للرجل أن يتزوج منهن[1].

٢- قرابة المصاهرة:

قرابة المصاهرة تنشأ بسبب الزواج وهي تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر. وقد نصت المادة ٣٩ من القانون المدني السوري في هذا الصدد على أن "أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر". ويتبين من هذا النص أن قرابة المصاهرة تربط بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، فلا تمتد هذه القرابة لتربط بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر. فأب الزوج وأمه قريبان بالمصاهرة للزوج الآخر، ولكن أخو الزوج ليس قريباً بالمصاهرة لأخي الزوجة.

وفي حساب درجة هذه القرابة تكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه، فيعتبر الزوج الآخر في نفس درجة القرابة لهؤلاء الأقارب. فإذا كانت قرابة الزوج بأبيه هي قرابة مباشرة من الدرجة الأولى فإن قرابة الزوجة بوالد زوجها هي قرابة مصاهرة من الدرجة الأولى أيضاً، وإذا كانت قرابة الزوجة بابن عمها هي قرابة حواشي من الدرجة الرابعة فإن قرابة الزوج بابن عم زوجته هي قرابة مصاهرة من الدرجة الرابعة أيضاً.

وخلافاً لقرابة النسب، لا يترتب على قرابة المصاهرة الحق في الإرث أو الحق في النفقة، ولكن يترتب عليها تقييد الحق في الزواج، إذ يحرم على كل من الزوجين أن يتزوج ببعض أقارب الزوج الآخر. فيحرم على الرجل أم أو بنت زوجته ويحرم على المرأة أبو أو ابن زوجها[2].

---

1 - انظر في هذا الموضوع الدكتور عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص١١٩ وما بعدها.

2 - انظر في تفصيل ذلك الدكتور عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص١٢١ وما بعدها.

المطلب الثالث

الاسم

Le nom

تتميز شخصية كل إنسان باسم يعرف به. فالاسم هو ما يميز الإنسان عن غيره من الناس في حياته الاجتماعية والقانونية، وفي ممارسة حقوقه وتأدية واجباته. ولذلك يجب أن نعرض على التوالي لتحديد الاسم وطبيعته القانونية وحمايته.

أولاً: تحديد الاسم:

يتألف اسم الشخص عادة من اسمه الشخصي ومن اسمه العائلي أو اللقب. ويقصد باللقب Le nom patronymique اسم الأسرة التي ينتمي إليها الشخص، حيث يشترك جميع أفراد الأسرة في حمل اللقب[1]. أما الاسم الشخصي Le prénom فهو الاسم الخاص الذي يضاف إلى اللقب لتمييز الشخص عن غيره من أفراد الأسرة الواحدة الذين يحملون نفس اللقب. وهذا المعنى الشامل الذي يشمل اللقب والاسم الشخصي معاً هو الذي نقصده من اصطلاح الاسم في هذه الدراسة.

وقد نصت المادة ٤٠ من القانون المدني السوري على أنه "يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده". ويتضح من هذا النص أن المشرع يفرض على كل شخص أن يتخذ لنفسه لقباً إلى جانب اسمه الخاص أو الشخصي تحقيقاً للضرورة الاجتماعية الملحة في التمييز بين الأشخاص ودفعاً لما قد يقع من لبس في التمييز بينهم بسبب تشابه الأسماء الشخصية[2]. كما يتضح من هذا النص أن اللقب

1-استعمل المرسوم التشريعي رقم٢٦ لعام ٢٠٠٧الخاص بالأحوال المدنية اصطلاح"النسبة"للدلالة على اللقب، حيث عرفت المادة الأولى من هذا المرسوم النسبة بأنها"اسم الأسرة أوما يقوم مقامها من أسماء السلف".

2 - نصت المادة ٢٥ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ الخاص بالأحوال المدنية على أنه "لا يجوز تسجيل مكتوم باسم أخ له متوفى من نفس والديه"، كما نصت المادة ٢٦ من هذا المرسوم التشريعي على أنه "لا يجوز تسمية المولود باسم مركب مكون من أكثر من اسمين".

يلحق الشخص عن طريق النسب، فيكون لقب الشخص هو لقب أبيه[1]. وعلى هذا فإن لقب الشخص لا يلحق زوجته، وذلك خلافاً لما هو سائد في البلاد الغربية حيث تكتسب الزوجة لقب زوجها[2].

وقد يحدث أحياناً أن يشتهر الشخص بين الناس باسم آخر غير اسمه الحقيقي، وهذا ما يسمى اسم الشهرة Surnom. وقد يتخذ الشخص أحياناً اسماً مستعاراً Pseudonyme يطلقه على نفسه ويستعمله في مجال معين من مجالات نشاطه كالنشاط الأدبي أو الفني. وعلى ذلك فإن اسم الشهرة يطلقه الجمهور على الشخص ويستوعب كامل نشاطه وشخصيته، أما الاسم المستعار فيطلقه الشخص على نفسه ويقتصر على وجه معين من أوجه نشاطه. ويعتبر كلٌّ من الاسم المستعار واسم الشهرة خاصاً بصاحبه وحده، فلا يلحق أولاده عن طريق النسب.

ثانياً: الطبيعة القانونية للاسم:

اختلفت الأنظار الفقهية في الطبيعة القانونية للاسم، وتراوحت الآراء بين اعتباره واجباً وبين اعتباره حقاً. فمن نظر إلى الاسم باعتباره واجباً، رأى فيه نظاماً إدارياً تفرضه الدولة على الأشخاص لتسهيل التمييز بينهم. ومن نظر إليه باعتباره حقاً، إما كيّفه بأنه حق ملكية وإما كيّفه بأنه حق من حقوق الشخصية[3].

---

1 - ومع ذلك قد يتم اكتساب اللقب عن غير طريق النسب. ففي الشرائع التي تجيز نظام التبني، يكتسب الولد المتبنى لقب الشخص الذي تبناه، كما أن اللقيط مجهول الأبوين يمنح لقبا منتحلا يطلقه عليه أمين السجل المدني (المادة ٢٩ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ الخاص بالأحوال المدنية).

2 - كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص على أن لقب الشخص يلحق زوجته في حال حياته وكذلك بعد مماته، إلا إذا انفصمت عرى الزوجية قبل الوفاة فعندئذ تسترد الزوجة لقب أسرتها. لكن هذا النص حذف من القانون حين مناقشته، لأن العرف لم يستقر على أن لقب الزوج يلحق الزوجة. انظر الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص١٠٣.

3 - انظر الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٤٧ وما بعدها.

فأما النظر إلى الاسم باعتباره واجباً فيؤخذ عليه بأنه يغفل ما لكل شخص من مصلحة في حمل اسم معين يميز ذاته وشخصيته ويمنع اختلاط غيره به. وهذه المصلحة تقتضي حماية القانون للاسم من كل اعتداء يقع عليه من قبل الغير، وهو ما لا يتأتى إلا عن طريق الاعتراف بالاسم كحق للشخص[1].

وأما النظر إلى الاسم باعتباره حق ملكية فقد لاقى نقداً شديداً، ذلك بأن حق الملكية لا يرد إلا على شيء مادي، في حين أن الاسم ليس شيئاً مادياً بل هو شيء معنوي. ثم إن حق الملكية من الحقوق المالية التي يمكن تقويمها بالنقود، في حين أن حق الشخص في الاسم لا يقوّم بالمال. كما أن حق الملكية يكتسب بالتقادم ويقبل التنازل عنه أو التصرف فيه، في حين أن حق الشخص في الاسم لا يكتسب ولا يسقط بالتقادم ولا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه. كذلك فإن حق الملكية يختلف عن الحق في الاسم من حيث الاستخلاف عليه بالإرث، فاللقب يلحق الولد بمجرد الولادة وقبل موت الأب بحيث يثبت لهما معاً الحق ذاته في وقت واحد[2].

إزاء هذه الانتقادات، اتجه الفقه الحديث إلى اعتبار الاسم ذا طبيعة قانونية مزدوجة أو مركبة، فهو، من جهة، واجب تفرضه الدولة على الأشخاص مراعاة للصالح العام، وهو من جهة أخرى حق من حقوق الشخصية الغاية منه تمييز صاحبه عن غيره من الأشخاص في مظاهر نشاطه المختلفة[3].

ويترتب على اعتبار الاسم واجباً مفروضاً على الأشخاص ضرورة أن يتسمى كل شخص باسم معين ليكون علامة مميزة لشخصيته ومانعاً من اختلاطه بغيره من

---

1 - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٤٨.

2 - انظر الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص١٠٤، والدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٤٨ و٥٤٩.

3 - الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٤٢٤ وما بعدها، والدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٥٠، والدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص٣٢٥ و٣٢٦.

الأشخاص، وأن يمتنع عن تغييره أو تعديله بمحض إرادته لأن في ذلك ما يسيء إلى استقرار المعاملات داخل المجتمع. ولذلك يجب أن يخضع تغيير الاسم لإجراءات خاصة حماية للمصلحة العامة[1].

كما يترتب على اعتبار الاسم حقاً من حقوق الشخصية وليس حقاً مالياً عدم قابليته للتصرف وعدم خضوعه للتقادم. فلا يجوز للشخص التنازل عنه للغير أو التصرف فيه، كما لا يسقط حق الشخص في استعمال اسمه مهما طالت مدة عدم استعماله.

غير أن الشخص قد يستعمل اسمه المدني في تجارته فيطلقه على محله التجاري، وهذا ما يعرف بالاسم التجاري Nom commercial. وعند استعمال الاسم المدني كاسم تجاري تتغير طبيعة الاسم المدني، فينفصل عن شخصية صاحبه فلا يعتبر حقاً من حقوق الشخصية، وإنما يصبح عنصراً من عناصر المحل التجاري، كما يصبح بالتالي حقاً مالياً قابلاً للتصرف والتقادم.

ثالثاً: حماية الاسم:

يترتب على كون الاسم حقاً من حقوق الشخصية أنه يتمتع بحماية القانون من كل اعتداء يقع عليه. وقد قررت المادة ٥٢ من القانون المدني السوري هذا المبدأ العام

---

١ - فرض المشرع السوري إجراءات معينة من أجل تصحيح أو تعديل قيود الأحوال المدنية أي البيانات المتعلقة بالمواطن والمدونة في السجل المدني. فقد نصت الفقرة أ من المادة ٤٦ من المرسوم التشريعي رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٧ الخاص بالأحوال المدنية على أنه "لا يجري أي تصحيح أو تعديل في قيود الأحوال المدنية إلا بناء على حكم يصدر عن قاضي صلح المنطقة التي يوجد فيها القيد الأصلي". كما فرضت المادة ٤٧ من هذا المرسوم التشريعي على أمين السجل المدني أو أحد معاونيه حضور دعاوى الأحوال المدنية شخصيا. كذلك أوجبت المادة ٤٩ من هذا المرسوم تبليغ الأحكام الصادرة عن المحكمة المختصة خلال عشرة أيام من تاريخ صدورها إلى أمين السجل المدني في مكان القيد، ومنعت تدوين هذه الأحكام في السجل المدني إلا بعد اكتسابها الدرجة القطعية. أما فيما يتعلق بتصحيح الأخطاء المادية، فيجري من قبل أمين السجل المدني المختص بموجب محضر إداري يصدق من قبل مدير الشؤون المدنية في المحافظة (المادة ٤٦/هـ من المرسوم التشريعي سالف الذكر).

المتضمن حماية الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان من كل اعتداء، حيث نصت على أن "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر". وقد طبق المشرع هذا المبدأ في شأن حماية الحق في الاسم، حيث نصت المادة ٥٣ من القانون المدني السوري بأن "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

ويتبين من النص السابق أن الاعتداء على الاسم يتخذ إحدى صورتين: المنازعة في استعمال الاسم أو انتحاله. ويقصد بالمنازعة اعتراض الغير بلا مبرر على حق شخص معين في الاسم الذي يحمله وعلى استعماله له. أما الانتحال فيقصد به تسمي الغير باسم شخص معين واستعماله له دون حق. وفي كلتا الحالتين يجمع صاحب الاسم وسيلتين لحماية حقه من الاعتداء: الأولى، هي المطالبة بوقف الاعتداء وذلك دون توقف على وقوع الضرر، والثانية، هي المطالبة بالتعويض وهذه لا بد فيها من وقوع ضرر من جراء الاعتداء[1].

ويلاحظ أن هذه الحماية القانونية لا تقتصر على الاسم الحقيقي بل تمتد إلى اسم الشهرة والاسم المستعار. كما أن الاسم التجاري يتمتع هو الآخر بحماية القانون، فيكون من حق صاحبه المطالبة بوقف المنازعة فيه أو انتحاله من قبل الغير مع حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه من جراء هذا الاعتداء.

---

١ - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٥٢.

المطلب الرابع

الموطن

Le domicile

يعتبر الموطن من الخصائص الهامة للشخصية القانونية، إذ أنه يتيح تحديد مقر الشخص ومكانه. ويقصد بالموطن المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقاته مع غيره من الأشخاص، بحيث يعتبر موجوداً فيه على الدوام ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة[1].

وتبدو أهمية الموطن من الناحية القانونية في نواحٍ متعددة. فالمحكمة المختصة للنظر في دعاوى الحقوق الشخصية هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه[2]. والتبليغات القانونية كالمذكرات والإنذارات وغيرها من الأوراق القضائية تبلغ في الأصل إلى الشخص المطلوب تبليغه في موطنه فيعتبر عالماً بها ولو لم يتم تسليمها إليه بالذات[3]. كما أن الوفاء بالالتزامات التي ليس محلها شيئاً معيناً بالذات يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين[4].

وينقسم الموطن إلى نوعين: موطن عام وموطن خاص. فالموطن العام يشمل كافة أمور الشخص، حيث يعتد به القانون بالنسبة إلى نشاط الشخص وعلاقاته بوجه عام. أما الموطن الخاص فيقتصر على أعمال معينة، حيث يعتد به القانون بالنسبة إلى علاقات وأوجه نشاط معينة للشخص. فنعرض أولاً للموطن العام، ثم للموطن الخاص.

---

1 - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص ٥٦٠.

2 - المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات السوري.

3 - المادتان ٢٢ و٢٣ من قانون أصول المحاكمات السوري.

4 - المادة ٣٤٥ من القانون المدني السوري.

أولاً: الموطن العام:

الأصل أن الشخص هو الذي يحدد بإرادته المكان الذي يعطيه القانون صفة الموطن العام. غير أن المشرع قد يقوم بتحديد مكان معين كموطن عام لبعض الأشخاص فيكون هذا المكان بالنسبة إليهم موطناً قانونياً أو إلزامياً.

١- تحديد الموطن العادي:

اختلفت الشرائع فيما بينها في كيفية تحديد الموطن تبعاً لاختلافها في تصويره. ويجد في فكرة الموطن تصويرين رئيسيين: تصوير واقعي وتصوير حكمي[1].

أما التصوير الواقعي فيعتد بالواقع في تحديد الموطن، وهذا الواقع هو وجود إقامة عادية مستقرة للشخص. فيتحدد الموطن، بحسب هذا التصوير، بالمكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة معتادة مستقرة. ويترتب على هذا التصوير الواقعي للموطن نتيجتان: الأولى هي إمكان انعدام الموطن للشخص، بحيث لا يكون له موطن إذا لم يكن له إقامة عادية في مكان معين، والثانية هي إمكان تعدد الموطن للشخص إذا كان له أكثر من محل إقامة عادية مستقرة.

وأما التصوير الحكمي فلا يعتد بالواقع أي بالإقامة الفعلية للشخص بل بالمكان الذي يوجد فيه المركز الرئيسي لأعمال الشخص ومصالحه، فيتحدد الموطن بهذا المكان ولو كان الشخص لا يقيم فيه عادة. ويترتب على التصوير الحكمي نتيجتان: الأولى هي ضرورة وجود موطن لكل شخص، فلا يمكن، بحسب هذا التصوير، وجود شخص دون موطن، والثانية هي أن الشخص لا يكون له إلا موطن واحد، لأن مركز الأعمال الرئيسي لا يكون إلا واحداً.

١- نظر الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٤٧١ وما بعدها.

ورغم ما يحققه التصوير الحكمي من فائدة ثبات الموطن، إذ أنه من النادر أن يتغير مركز الأعمال خلافاً لمحل الإقامة الذي قد يتغير باستمرار، فإن هذا التصوير ينطوي على افتراض مخالف للواقع ويؤدي إلى نتائج غير عملية[1].

لذلك فقد أخذ المشرع السوري بالتصوير الواقعي في تحديد الموطن حيث نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢ من القانون المدني السوري على أن "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة".

ويتبين من هذا النص أن للموطن عنصرين هما الإقامة والاستقرار. ويقصد بالإقامة سكن الشخص في مكان ما، أما الاستقرار فمعناه ألاّ تكون هذه الإقامة وقتية. وعنصر الاستقرار هو الذي يميز الموطن من محل الوجود أو محل السكن الذي يوجد فيه الشخص بصفة غير مستقرة، فمن يذهب إلى المصيف لمدة معينة، فإن مكان هذا المصيف لا يعتبر موطناً له ما دامت إقامته فيه غير مصحوبة بالاستقرار. ولا يقصد بالاستقرار استمرار الإقامة دون انقطاع، وإنما يقصد به استمرارها على وجه يتحقق معه وصف الاعتياد ولو تخللتها غيبة وقتية متقاربة أو متباعدة.

وقد رتب المشرع السوري على هذا التصوير الواقعي نتائجه العملية من إمكان تعدد الموطن وإمكان وجود شخص بدون موطن، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من القانون المدني السوري على أنه "يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما". وعلى هذا إذا كان الشخص يقيم في مكانين مختلفين إقامة معتادة مستقرة، فإن كلاً منهما يعتبر موطناً عاماً له، كمن يقيم إقامة معتادة بعض العام في الريف وبعضه الآخر في المدينة، أو كشخص متزوج بأكثر من زوجة

---

1 - انظر في تفصيل ذلك الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٦٢ و٥٦٣، والدكتور انطوان شسيس، المرجع السابق، ص٤٩٨ و٤٩٩.

ويقيم مع كل منهن إقامة معتادة في مكان مختلف. كذلك يتصور انعدام الموطن إذا لم يكن للشخص مكان إقامة معتادة مستقرة، وهذا ما يحدث بالنسبة للبدو الرحل.

٢- تحديد الموطن القانوني:

إذا كان الموطن كما رأينا يتحدد بمكان الإقامة المعتادة المستقرة، فإن الأصل فيه أن يكون اختيارياً أو إرادياً لأن الشخص هو الذي يختار بإرادته مكان إقامته المعتادة. غير أن الموطن العام ليس دائماً اختيارياً، فقد يقوم المشرع بتحديد المكان الذي يعتبر موطناً عاماً بالنسبة لبعض الأشخاص، فيكون هذا المكان بالنسبة إليهم موطناً قانونياً أو إلزامياً وإن كانوا لا يقيمون في هذا المكان إقامة معتادة.

والأشخاص الذين فرض عليهم القانون المدني السوري هذا الموطن العام القانوني أو الإلزامي هم: الموظفون العامون، والأشخاص الحائزون على كامل الأهلية الذين يشتغلون عند الغير ويقيمون معه، والقاصرون ومن في حكمهم[1].

فبالنسبة للموظفين العامين، تقرر الفقرة الثانية من المادة ٤٣ من القانون المدني السوري أن "موطن الموظفين العامين هو المكان الذي يمارسون فيه وظائفهم".

وبالنسبة للأشخاص الحائزين على كامل الأهلية الذين يشتغلون عند الغير ويقيمون معه، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤٣ المشار إليها آنفاً على أن: "الأشخاص الحائزون على كامل الأهلية الذين يخدمون أو يشتغلون عند الغير يعتبر موطنهم موطن من يستخدمهم إذا كانوا يقيمون معه في منزل واحد". ويتبين من هذا النص أن تحديد الموطن القانوني في هذه الحالة إنما يتوقف على إقامة المستخدم مع من يعمل عنده في منزل واحد. وبالتالي فإن هذا النص ليست له فائدة كبيرة من الناحية العملية، لأنه يعتد في تحديد الموطن بمكان إقامة المستخدم، فإذا كان المستخدم يقيم في منزل من يستخدمه كان هذا المنزل موطناً له، وإذا كان يقيم في منزل مستقل كان هذا

---

1 - الدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص٣٧٧ وما بعدها.

المنزل موطنه. وليس في ذلك إلا تطبيق للقاعدة العامة في تحديد الموطن العادي. فلا تبقى هناك حاجة أصلاً لفرض موطن قانوني يستند إلى مكان الإقامة المعتادة.

أما بالنسبة للقاصرين ومن في حكمهم، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من القانون المدني السوري على أن: "موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً".

وعلى هذا فموطن القاصر هو موطن وليه أو وصيه، وموطن المحجور عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية هو موطن القيّم، وموطن المفقود أو الغائب هو موطن وكيله. وهذا الموطن القانوني هو موطن حكمي لأنه لا يتحدد بمحل الإقامة المعتادة للقاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب، وإنما يتحدد بمكان الإقامة المعتادة لنائبهم الشرعي من ولي أو وصي أو قيم أو وكيل قضائي.

والحكمة من تحديد هذا الموطن للقاصرين ومن في حكمهم أنهم لا يباشرون شؤونهم وتصرفاتهم بأنفسهم وإنما يباشرها من ينوب عنهم قانوناً، فيكون من مصلحتهم الاعتداد بموطن هذا النائب في كل ما يخصهم.

غير أن الفقرة الثانية من المادة ٤٤ المشار إليها آنفاً أوردت استثناءً يتعلق بالقاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه، حيث اعتبرت أن له موطناً خاصاً بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها. وعلى هذا فإن موطن ناقصي الأهلية لا يتحدد بموطن نائبهم الشرعي إلا بالنسبة للتصرفات التي لا يجوز لهم مباشرتها بأنفسهم. أما بالنسبة للتصرفات التي أجاز لهم القانون مباشرتها بأنفسهم فيكون لهم في شأنها موطن خاص يتحدد في الأصل بمحل إقامتهم المعتادة[1].

---

1 - الدكتور انطوان قسّيس، المرجع السابق، ص٥٠٢.

ثانياً: الموطن الخاص:

قد يكون للشخص إلى جانب موطنه العام موطناً خاصاً يعتد به بالنسبة إلى أعمال أو معاملات معينة على وجه التخصيص، وذلك بقصد التيسير على هذا الشخص أو على المتعاملين معه في هذه الأعمال أو المعاملات. والموطن الخاص قد يحدده القانون، وهي الحال بالنسبة إلى موطن الأعمال، وقد يحدده الشخص بإرادته، وهي الحال بالنسبة إلى الموطن المختار.

١- موطن الأعمال (الموطن التجاري أو الحرفي):

نصت المادة ٤٣ من القانون المدني السوري في فقرتها الأولى على أنه "يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة". وعلى هذا فالتجار والصناع وأصحاب الحرف أو المهن يكون لهم، بالإضافة إلى موطنهم العادي العام الذي يتحدد بمكان إقامتهم المعتادة، موطناً خاصاً في المكان الذي يباشرون فيه تجارتهم أو حرفتهم بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة. فلا يعتد بهذا الموطن الخاص إلا بالنسبة إلى أعمال التجارة أو الصناعة أو الحرفة التي يباشرها الشخص. أما فيما يتعلق بأعماله وشؤونه الأخرى فلا يعتد بهذا الموطن الخاص وإنما يعتد بموطنه العام أي محل إقامته المعتادة.

٢- الموطن المختار:

الموطن المختار هو المكان الذي يختاره الشخص بإرادته لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني معين، وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من القانون المدني السوري بقولها "يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين".

وتبدو أهمية الموطن المختار في تسهيل الإجراءات والمعاملات القانونية. فقد يبرم شخصان عقداً بينهما، ويخشى أحدهما أن يضطر فيما إذا ثار نزاع فيما بعد بصدد تنفيذ ذلك العقد، إلى مقاضاة المتعاقد الآخر أمام محكمة موطنه الأصلي أو توجيه التبليغات

إليه في هذا الموطن، فيحتاط للأمر بأن يتفق معه حين التعاقد على اتخاذ موطن مختار بالنسبة لهذا العقد يمكن إجراء التبليغات فيه أو إقامة الدعاوى أمام محاكمه[1].

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤٥ المشار إليها على أن "الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى".

ويلاحظ أن الدعاوى المتعلقة بالعمل القانوني الذي اختير لأجله الموطن المختار يمكن أن تقام أمام محاكم الموطن المختار، كما يمكن أن تقام أمام محاكم الموطن الأصلي للمدعى عليه باعتبار أنها هي المختصة أصلاً بالنظر فيها، إلا إذا تبين أن اتخاذ الموطن المختار كان يقصد منه حصر اختصاص النظر في هذه الدعاوى بمحاكم الموطن المختار دون محاكم موطن المدعى عليه[2]. كما أن تبليغ الأوراق القضائية المتعلقة بهذا العمل القانوني يمكن أن يجري في الموطن المختار بدلاً من الموطن الأصلي إذا تم تحديد محل معين لإجراء هذا التبليغ، كما لو تم اتخاذ مكتب أحد المحامين موطناً مختاراً بالنسبة إلى كل ما يتعلق بتنفيذ عقد معين.

والموطن الذي يتم اختياره لتنفيذ عمل قانوني معين قد يكون هو الموطن الأصلي ذاته للمدين. وتتبدى فائدة هذا الاختيار في حال تغيير المدين لموطنه الأصلي، حيث لا يكون الدائن مضطراً إلى ملاحقته في موطنه الجديد، وإنما يستطيع مقاضاته في موطنه السابق باعتباره موطناً مختاراً.

والموطن المختار يبقى قائماً إلى أن يتم تنفيذ التصرف القانوني المتعلق به. فإذا مات الشخص الذي اختار الموطن قبل تنفيذ العمل انتقل الموطن المختار إلى ورثته،

---

1 - انظر الدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص٣٨٢.

2 - الدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص٣٨٣.

شأنه في ذلك شأن العمل القانوني الذي ارتبط به. والموطن المختار يختلف في هذا عن الموطن العام الذي يزول بزوال صاحبه، فلا ينتقل إلى ورثته. كذلك فإن إصابة الشخص الذي اختار الموطن بعارض من عوارض الأهلية لا تؤدي إلى انقضاء الموطن المختار، فيبقى هذا الموطن قائماً ما دام لم ينته تنفيذ التصرف القانوني المتعلق به. والموطن المختار يختلف في هذا عن الموطن العام الذي يزول إذا طرأ على صاحبه عارض من عوارض الأهلية ليحل محله موطن نائبه القانوني.

وضماناً لاستقرار المعاملات وحسماً لكل خلاف حول تحديد الموطن المختار، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من القانون المدني السوري على أنه "لا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة".

المطلب الخامس

الذمة المالية

Le patrimoine

تعتبر الذمة المالية من المميزات الأساسية للشخصية القانونية. وسنعرض أولاً لمفهوم الذمة المالية، ثم نتبين بعد ذلك طبيعتها.

أولاً: مفهوم الذمة المالية:

الذمة المالية هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية حاضرة ومستقبلة. ومن هذا التعريف يتبين لنا أن الذمة المالية تتكون من عنصرين: عنصر إيجابي وهو مجموع الحقوق المالية التي تكون للشخص، وعنصر سلبي وهو مجموع الالتزامات المالية التي تترتب على الشخص.

والذمة المالية لا تشمل الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة فحسب، بل المستقبلة أيضاً. ولذلك شبهها البعض بوعاء تنصب فيه الحقوق والالتزامات المالية التي تعود

للشخص، وهذه الحقوق والالتزامات قد تتغير باستمرار فيزول بعضها ويحل غيرها محلها دون أن يؤثر ذلك على مفهوم الذمة المالية نفسها[1].

كما أن الذمة المالية لا تحتوي إلا الحقوق والالتزامات المالية، فلا يدخل في العنصر الإيجابي للذمة المالية سوى الحقوق المالية كالحقوق العينية والحقوق الشخصية، ولا يدخل في العنصر السلبي لها سوى الالتزامات المالية كالالتزام بدفع مبلغ من المال أو بالقيام بعمل. وعلى هذا لا تدخل في نطاق الذمة المالية الحقوق السياسية وحقوق الشخصية والواجبات غير المالية.

ثانياً: طبيعة الذمة المالية:

ظهرت نظريتان متعارضتان في خصوص طبيعة الذمة المالية هما: النظرية التقليدية، ونظرية ذمة التخصيص.

١- النظرية التقليدية: La théorie classique

تنسب هذه النظرية إلى الفقيهين الفرنسيين أوبري و رو Aubry et Rau[2]. وهي تقوم على أساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية، ولذلك سميت بنظرية الشخصية. فهي تنظر إلى الذمة باعتبارها المظهر أو الجانب المالي للشخصية. ويترتب على هذه النظرية النتائج الآتية[3]:

أ- لكل شخص ذمة مالية: ما دامت الذمة المالية هي المظهر المالي للشخصية، فكل كائن يتمتع بالشخصية القانونية لا بد أن تكون له ذمة مالية، حتى ولو لم

---

1 - الدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٣٦٥، وانظر الدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٣٠٢.

2 - انظر:

François Terré, op. cit., P.334.

3 - انظر: الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٣٠١ وما بعدها، والدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٤٠٢، والدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٠٠ وما بعدها.

يكن له أي حق أو عليه أي التزام. فالطفل اللقيط الذي يعثر عليه عارياً له ذمة مالية لأن له شخصية قانونية.

ب- *لا توجد ذمة بغير شخص تستند إليه:* ما دامت الذمة المالية هي المظهر المالي للشخصية، فلا يتصور أن تكون هناك ذمة لا تستند إلى شخص، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً.

ج- *الذمة المالية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد:* ما دامت الشخصية واحدة لا تتعدد، فالذمة كذلك واحدة لا تتعدد. فوحدة الذمة نتيجة لكونها جانباً من جوانب الشخصية. فالشخص لا يكون له سوى ذمة واحدة، لأنه لا يمكن أن تكون له إلا شخصية واحدة.

د- *الذمة المالية مجموعة قانونية مجردة ومستقلة عن العناصر المكونة لها:* ما دامت الذمة هي الجانب المالي للشخصية، وما دامت الشخصية هي الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، فإن الذمة لا تتكون من مجموعة واقعية قائمة من الحقوق والالتزامات المالية، بل هي مجموعة احتمالية لما يوجد للشخص من هذه الحقوق والالتزامات في الحاضر وفي المستقبل. فلا يتأثر وجود الذمة بوجود هذه العناصر أو بأي تغيير يحدث فيها، فهي كالوعاء الذي يوجد مستقلاً عن مضمونه ومحتوياته[1].

وما دامت الذمة هي مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة لها، فلا يتصور التصرف في الذمة أو النزول عنها في مجموعها، وإنما يرد التصرف أو النزول على مفرداتها أو عناصرها القائمة في وقت معين. ويعتبر عدم قابلية الذمة المالية للتصرف فيها أو النزول عنها نتيجة حتمية لارتباطها بالشخصية، لأن الشخصية بدورها تعتبر غير قابلة للتصرف فيها أو النزول عنها.

---

١ - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٠١.

٢- نظرية ذمة التخصيص: La théorie du patrimoine d'affectation

ترجع هذه النظرية إلى بعض الفقهاء الألمان وهي تقوم على أساس الفصل التام بين الذمة المالية والشخصية القانونية. فالذمة عند أنصار هذه النظرية لا تقوم على أساس الشخصية، بل تقوم على أساس آخر هو التخصيص لغرض معين. ولذلك فالعبرة في وجود الذمة ليس بوجود شخص تسند إليه، وإنما بوجود مجموعة من الأموال مخصصة لتحقيق غرض معين. فكلما وجدت مجموعة من الأموال مخصصة لغرض معين، أمكن القول بوجود ذمة مالية ولو لم تكن مستندة إلى شخص[1].

وقد أراد أنصار هذه النظرية من وراء هذا التصوير الاستغناء عن فكرة الشخص الاعتباري. فهم يرون أن الشخصية القانونية لا تثبت إلا للإنسان، وكل اعتراف بهذه الشخصية لمجموعات الأموال أو الأشخاص كالشركات والمؤسسات والجمعيات هو مجرد افتراض يخالف الواقع، لأنه يعني نسبة الحقوق والالتزامات التي تتعلق بنشاط هذه المجموعات إلى شخص افتراضي لا وجود له. ولما كان الهدف من هذا الافتراض البحث هو إمكان الاعتراف لهذه المجموعات من الأموال أو الأشخاص بذمة مالية مستقلة عن ذمة أعضائها أو المنتفعين بها، فإنه يمكن الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق الفصل بين الذمة والشخصية، واعتبار الذمة موجودة في كل مجموعة من الأموال خصّصت لتحقيق غرض معين دون أن نستند في وجودها إلى شخص ما.

ويترتب على هذه النظرية نتائج مغايرة تماماً لنتائج النظرية التقليدية[2]:

أ- *إمكان وجود الذمة دون شخص تنتمي إليه:* فقد توجد الذمة المالية دون أن يوجد شخص تستند إليه، حيث يكفي لوجودها وجود مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية المخصصة لغرض معين.

---

1 - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٠٢.

2 - انظر الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٤٠٦ و٤٠٧، والدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٣٠٩.

ب- *إمكان وجود شخص دون أن تكون له ذمة:* ما دامت الذمة هي مجموع من الحقوق والالتزامات المالية المخصصة لغرض معين، فيمكن تصور شخص ليس له حق وليس عليه التزام فلا تكون له ذمة.

ج- *إمكان تعدد الذمة لدى الشخص الواحد:* فلا يلزم أن تكون الذمة واحدة كالشخصية، بل يجوز أن يكون للشخص أكثر من ذمة، فتتعدد الذمم بتعدد الأغراض التي تخصص لها أمواله.

د- *إمكان انتقال الذمة:* فلا يلزم أن تكون الذمة كالشخصية غير قابلة للتصرف فيها، بل يمكن أن تنتقل الذمة من شخص إلى أخر بالميراث أو بالتصرف.

٢- تقدير النظريتين:

يؤخذ على النظرية التقليدية غلوها في الربط بين فكرة الشخصية القانونية وفكرة الذمة المالية، الأمر الذي يؤدي إلى نتائج غير مقبولة. فإقامة الذمة على أساس الشخصية هو الذي دفع أنصار النظرية التقليدية إلى القول بأن لكل شخص ذمة مالية حتماً في حين أنه يجب التمييز بين الشخصية باعتبارها قابلية أو صلاحية الشخص لأن يكون له حقوق أو عليه التزامات، وبين الذمة المالية باعتبارها مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات، ومن ثم لا يتحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية. فوجود شخص ليس له حقوق أو عليه التزامات وإن كان نادراً إلا أنه متصوراً، وفي نطاق هذا التصور لا يجوز أن تسند للشخص ذمة حين لا تكون له ذمة بالفعل.

كما أن الخلط بين الشخصية والذمة دفع بأنصار النظرية التقليدية إلى اعتبار الذمة واحدة لا تتعدد ولا تتجزأ. وهذه النتيجة لا تتفق مع ما تقرره القوانين من استقلال بعض أموال الشخص عن البعض الأخر في حالات معينة، بحيث تتجزأ فيها

ذمة الشخص تحقيقاً لأغراض معينة[1]. فقد تخضع بعض أموال الشخص والتزاماته لأنظمة قانونية خاصة تختلف عن الأنظمة القانونية العامة التي تخضع لها بقية أمواله. من ذلك مثلاً أن التركة التي تؤول إلى الوارث تخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يحكم أمواله الأخرى. فبمجرد موت المورث تنتقل أمواله والتزاماته إلى الوارث، ولكن لا يسأل الوارث عن ديون مورثه إلا في حدود ما تركه هذا المورث من أموال، فلا يقوم بسداد ديون التركة من أمواله الخاصة الأخرى. وبذلك يكون للوارث ذمتان: ذمته الأصلية وذمة أخرى منفصلة عنها هي ذمة مورثه التي آلت إليه بالميراث. وهذه الذمة المنفصلة يتكفل جانبها الإيجابي بتسديد جانبها السلبي، فلا يكون الوارث مسؤولاً في ذمته الأصلية عن وفاء ديون الذمة الموروثة[2].

وبالنسبة لنظرية ذمة التخصيص فيؤخذ عليها مغالاتها في الفصل بين الذمة والشخصية، وهذه المغالاة هي التي دفعت أنصار هذه النظرية إلى القول بإمكان وجود ذمة لا تستند إلى شخص من الأشخاص. فمثل هذا القول يتعارض مع ما هو مسلم في القوانين الحديثة من أن الحقوق والالتزامات لا توجد إلا مستندة إلى شخص من الأشخاص، سواء أكان هذا الشخص طبيعياً أم اعتبارياً. كما أن اعتراف التشريعات الحديثة بالشخصية القانونية للأشخاص الاعتبارية قد أفقد هذه النظرية علة نشوئها الأساسية، لأنها نشأت أصلاً على أساس إنكار فكرة الشخصية الاعتبارية.

وبالرغم من ذلك، فإن نظرية ذمة التخصيص قد أفادت في تمييز بعض أموال الشخص بإخضاعها لأنظمة قانونية خاصة تكفل تحقيق الغرض الذي خصصت له[3]. فقد رأينا أن هناك حالات تتجزأ فيها ذمة الشخص تحقيقاً لأغراض معينة. ويرى بعض

---

1 - انظر الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٠٦ وما بعدها، والدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٤٠٣ وما بعدها.

2 - الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٣٠٩ وما بعدها.

3 - الدكتور عبد لمنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٤٠٨.

الفقهاء في مثال التركة وفي غيرها من الحالات أمثاله على تعدد الذمة المالية لدى الشخص الواحد تبعاً لتخصيص جزء من أموال الشخص لغرض معين، بحيث تتميز هذا الجزء عن بقية أموال الشخص[1].

المطلب السادس

الأهلية

La capacité

تعتبر الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية، وقد نظم أحكامها بصورة رئيسية قانون الأحوال الشخصية السوري[2]. كما تضمن القانون المدني السوري الأحكام الأساسية في الأهلية، باعتبار أن الأهلية من أهم مميزات الشخصية. وسندرس أولاً نوعي الأهلية، ثم نتبين بعد ذلك أحكامها.

أولاً: نوعا الأهلية:

الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء.

١- أهلية الوجوب: La capacité de jouissance

يقصد بأهلية الوجوب صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. ولقد سميت بهذا الاسم لأنها تتعلق بما يجب للشخص من حقوق وما يجب عليه من التزامات. ويتبين من هذا التعريف أن لأهلية الوجوب عنصران: عنصر إيجابي هو صلاحية الشخص لكسب الحقوق، أي صلاحيته لأن يكون صاحب حق، وعنصر سلبي هو صلاحية الشخص للالتزام بالواجبات، أي صلاحيته لأن يكون مكلفاً بالتزام

١- الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٥٠٦ وما بعدها.

٢- انظر في ذلك بصفة خاصة الدكتور أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص١١ وما بعدها.

وتعتبر أهلية الوجوب من أهم خصائص الشخصية. وهي تثبت للإنسان بمجرد ولادته وتلازمه طوال حياته. فمناط أهلية الوجوب هو الحياة الإنسانية. غير أن أهلية الوجوب تبدأ قبل الولادة، فللجنين أهلية وجوب، ولكنها لا تكون كاملة كأهلية الشخص الموجود فعلاً، بل تكون ناقصة.

٢- أهلية الأداء: La capacité d'exercice

يقصد بأهلية الأداء صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية بنفسه على وجه يعتد به قانوناً. وصلاحية الشخص لمباشرة الأعمال أو التصرفات القانونية بنفسه تعتمد في وجودها وفي مداها على ما يتوفر عند الشخص من إدراك وتمييز، ولذلك يكون مناط أهلية الأداء هو العقل والتمييز، أي وجود الإرادة الواعية المدركة. فأهلية الأداء قد تكون معدومة أو ناقصة أو كاملة تبعاً لانعدام أو نقص أو اكتمال العقل والإدراك عند الشخص. ويترتب على ذلك إمكان تمتع الإنسان بأهلية الوجوب فقط دون أهلية الأداء، فيستطيع أن يكون صاحب حق أو مكلفاً بالتزام دون أن يكون صالحاً لأن يباشر التصرفات القانونية بنفسه.

وتنقسم التصرفات القانونية من حيث أهلية الأداء إلى ثلاثة أنواع:

أ- *تصرفات نافعة نفعا محضا:* وهي التصرفات التي يترتب عليها اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه، فهي إذن تعود على من يقوم بها بنفع محض، كقبول الإنسان للهبة.

ب- *تصرفات ضارة ضررا محضا:* وهي التصرفات التي يترتب عليها افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه، فهي إذن تعود على من يقوم بها بضرر محض، كهبة الشخص لماله أو إبرائه لمدينه.

ج- *تصرفات دائرة بين النفع والضرر:* وهي التصرفات التي تحتمل بطبيعتها الربح والخسارة، فلا يترتب عليها افتقار محض ولا اغتناء محض لأنها تقوم على

أساس المعاوضة، حيث يعطي الشخص فيها مقابلاً لما يأخذ. وهذه التصرفات تشمل أعمال التصرف وأعمال الإدارة. ويقصد بأعمال التصرف تلك التي ترمي إلى تقرير حق عيني للغير على الشيء كالبيع. أما أعمال الإدارة فهي التي ترمي في الأصل إلى استغلال الشيء كالإيجار.

ويلاحظ أن العبرة في كون التصرف دائراً بين النفع والضرر هو بأصل وضعه أي بطبيعته وليس بنتيجته. فعقد البيع هو بأصل وضعه من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لأنه يحتمل بطبيعته الربح والخسارة، حتى ولو كان ينطوي على نفع أو ضرر لمن يباشره[1].

ثانياً: أحكام الأهلية:

إذا كانت أهلية الوجوب تبدأ كاملة منذ ولادة الإنسان حياً، فإن أهلية الأداء تنمو وتتطور مع الزمن. ذلك لأن أهلية الوجوب منوطة بالحياة الإنسانية، أما أهلية الأداء فمنوطة بالعقل والتمييز. ولما كان العقل أو التمييز يكتمل تدريجياً لدى الإنسان بحسب السن، فإن أهلية الأداء تتدرج هي أيضاً تبعاً لذلك. وقد يعترض التمييز عارض من العوارض التي تعدم التمييز أو تنتقص منه، فيكون لهذا العارض أثره بالتالي على الأهلية. وقد يكون الشخص كامل التمييز وبالتالي كامل الأهلية، ومع ذلك يقوم هناك مانع طبيعي أو قانوني يمنعه من مباشرة التصرفات القانونية.

لذلك يقتضي الكلام في أحكام الأهلية أن نتكلم أولاً في مراحل تطور الأهلية، ثم في العوارض التي يمكن أن تؤثر في الأهلية، ثم في موانع الأهلية.

---

1 - الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٤٤٧، والدكتور انطوان قسيس، المرجع السابق، ص٤٤٨.

١- مراحل تطور الأهلية:

تمر الأهلية بمراحل متعددة تبعاً لمراحل نمو الإنسان وتطوره. ويمكن تقسيم المراحل الطبيعية التي يمر بها الإنسان في حياته إلى أربع مراحل: مرحلة الجنين، ثم مرحلة عدم التمييز، ثم مرحلة التمييز، وأخيراً مرحلة الرشد.

أ- المرحلة الأولى: الجنين:

في هذه المرحلة يكون الإنسان جنيناً في بطن أمه. والأهلية التي تثبت للجنين هي أهلية الوجوب الناقصة، ذلك أن مناط أهلية الوجوب كما ذكرنا هو الحياة الإنسانية، وهي ثابتة للجنين، إلا أن الحياة فيه ناقصة فاستوجب ذلك إثبات أهلية وجوب ناقصه له تتلاءم ونقص الحياة فيه[1]. ومن البديهي ألاّ تكون للجنين أهلية أداء مطلقاً، لأن أهلية الأداء تعني صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه.

وأهلية الوجوب الناقصة تجعل الجنين أهلاً لثبوت بعض الحقوق له، دون أن تجعله أهلاً لثبوت كل الحقوق، ودون أن تجعله أهلاً لتحمل أي التزام. فقد ذكرنا أن أهلية الوجوب تقوم على عنصرين هما: صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وصلاحيته لتحمل الالتزامات. فأهلية الوجوب التي تثبت للجنين لا تتضمن العنصر الثاني وهو صلاحية تحمل الالتزامات، بل تقتصر على العنصر الأول المتعلق بصلاحية اكتساب الحقوق. كما أنه حتى بالنسبة لهذا العنصر، لا تثبت للجنين كل الحقوق، بل تثبت له فقط الحقوق الضرورية التي يقتضيها وضعه. والحقوق الضرورية التي يعتبر الجنين أهلاً لاكتسابها هي: النسب والإرث والوصية على نحو ما ذكرناه حول مركز الجنين.

ب- المرحلة الثانية: عدم التمييز:

تبدأ هذه المرحلة من وقت الولادة وتنتهي ببلوغ الطفل سن التمييز. وقد حدد المشرع سن التمييز بسبع سنين، حيث نصت المادة ٤٧ من القانون المدني السوري في فقرتها الثانية على أن "كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز".

---

١ - الدكتور أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص١٥.

وبالولادة تكتمل أهلية الوجوب لدى الإنسان، لأن مناط أهلية الوجوب هو الحياة، وقد اكتملت له الحياة بولادته حياً، فيكون له بذلك أهلية وجوب كاملة. وأهلية الوجوب الكاملة تجعل الطفل غير المميز صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فتجعله أهلاً لأن يكون صاحب حق كأن يكون مالكاً لما يشترى له أو يوهب إليه، كما تجعله أهلاً لأن يكون مكلفاً بالتزام كأن يكون مديناً لغيره بثمن المبيع المشترى له أو بأجرة العقار المستأجر له. وتظل أهلية الوجوب الكاملة التي تثبت بالولادة ملازمة للإنسان في مختلف مراحل حياته دون أن ينتقص منها شيء.

أما أهلية الأداء فتكون معدومة لدى الطفل غير المميز، لأن مناط أهلية الأداء هو التمييز، والطفل في هذه المرحلة يكون فاقد الإدراك والتمييز. ويترتب على انعدام أهلية الأداء لدى الطفل غير المميز، انعدام صلاحيته لإجراء التصرفات القانونية بنفسه أيا كان نوعها.

وعلى هذا تعتبر جميع تصرفات الطفل غير المميز باطلة ولا يرتب عليها القانون أي أثر، حتى ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة التي توهب له. وهذا ما تقضي به المادة ١١١ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة".

وإذا كان الطفل غير المميز لا يستطيع إجراء التصرفات القانونية بنفسه لانعدام أهلية الأداء لديه، لزم أن يكون هناك شخص يباشر عنه هذه الأهلية ويقوم بإجراء التصرفات القانونية نيابة عنه، وهذه هي الولاية على المال[1].

والولاية على مال القاصر، وهو الذي لم يبلغ سن الرشد سواء أكان مميزاً أو غير مميز، تكون للولي وهو الأب أو الجد العصبي. وفي حال عدم وجود الأب أو الجد العصبي تتحول الولاية على المال إلى وصاية. وتكون الوصاية على مال القاصر للشخص الذي

---

١ - انظر في هذا الموضوع الدكتور أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص٢٨ وما بعدها.

يختاره الأب أو الجد قبل وفاتهما ويسمى بالوصي المختار. فإذا لم يكن هناك وصي مختار، فإن المحكمة هي التي تعين الوصي. وعلى هذا فالوصي هو شخص غير الأب أو الجد العصبي، يولى على مال القاصر إما بالاختيار من قبل الأب أو الجد وإما بالتعيين من قبل المحكمة.

ج- *المرحلة الثالثة: التمييز:*

وتبدأ هذه المرحلة من سن التمييز أي من سن السابعة حتى بلوغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة. ويكون إدراك الإنسان وتمييزه في هذه المرحلة من الحياة وسطاً بين الانعدام والاكتمال. لذلك يثبت للصبي المميز، فوق أهلية الوجوب الكاملة التي كانت له، أهلية أداء ناقصة، فيكون ناقص الأهلية. ذلك أن أهلية الأداء مناطها العقل والإدراك، ولما كان الصغير المميز في هذه المرحلة يثبت له إدراك ناقص، ناسب ذلك أن تكون له أهلية أداء ناقصة.

وقد نصت المادة ١١٢ من القانون المدني السوري على أنه:

"١- إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً.

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون".

ويتبين من هذا النص أن حكم تصرفات الصبي المميز يختلف باختلاف أنواع التصرفات القانونية التي يرغب في إجرائها. فيحق للصبي المميز إجراء التصرفات النافعة نفعاً محضاً وتعتبر صحيحة متى صدرت عنه، إذ يعتبر الصبي المميز بحكم كامل الأهلية أي تكون له أهلية أداء كاملة بالنسبة لهذه التصرفات.

وعلى العكس من ذلك، لا يستطيع الصبي المميز أن يباشر التصرفات الضارة ضرراً محضاً، وإذا صدرت عنه تعتبر باطلة ولا يترتب عليها أي أثر، إذ يعتبر الصبي المميز بحكم عديم الأهلية كالصبي غير المميز بالنسبة لهذه التصرفات.

أما التصرفات التي يباشرها الصبي المميز والتي تكون دائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحة الصبي المميز نفسه. ومعنى ذلك أن هذه التصرفات تعتبر موجودة قانوناً ومنتجة لآثارها ولكنها مهددة بالإبطال. وهذا الإبطال يمكن أن يطلبه الولي أو الوصي أو الصغير المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد. فإذا حكم بإبطال هذه التصرفات اعتبرت كأن لم تكن أصلاً. وتصبح هذه التصرفات صحيحة بصفة نهائية بحيث لا يمكن طلب إبطالها إذا أجازها الصغير المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد، أو أجازها الولي أو الوصي أو المحكمة بحسب ما خوله القانون لكل منهم من سلطة القيام بالتصرف أو الإذن به.

وإذا كان ذلك هو الأصل في مدى أهلية الصبي المميز لمباشرة التصرفات القانونية، فإن المشرع خرج على هذا الأصل في حالتين استثنائيتين:

الحالة الأولى: وهي تتعلق بالصبي المميز الذي يؤذن له في تسلم أمواله لإدارتها. فقد نصت المادة ١١٣ من القانون المدني السوري على أنه "إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره وأذن له في تسلم امواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون". وقد أجازت المادة ١٦٤ من قانون الأحوال الشخصية السوري للقاضي أن يأذن للقاصر بعد بلوغه الخامسة عشرة وسماع أقوال الوصي بتسلم جانب من أمواله لإدارتها. وللقاصر المأذون مباشرة أعمال الإدارة وما يتفرع عنها كبيع الحاصلات وشراء الأدوات، ولا يجوز له بغير موافقة القاضي مزاولة التجارة ولا عقد الإجارة لمدة تزيد على سنة ولا أن يستوفي

حقاً أو يوفي ديناً لا يتعلق بأعمال الإدارة[1]. ويعتبر القاصر المأذون كامل الأهلية فيما أذن له به، فلا يستطيع بعد ذلك أن يحتج بنقص أهليته لإبطال التصرفات التي كان قد أجراها في حدود الإذن الممنوح له.

الحالة الثانية: وهي تتعلق بالصبي المميز الذي يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص. فقد منحت المادة ١٦٩ من قانون الأحوال الشخصية للصبي المميز الذي بلغ الثالثة عشرة من عمره الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص، وأعمال الإدارة التي يقوم بها القاصر بالنسبة إلى هذا المال تعتبر صحيحة وغير قابلة للإبطال كتصرفات كامل الأهلية.

د- *المرحلة الرابعة: الرشد:*

تبدأ هذه المرحلة لدى الإنسان ببلوغه سن الرشد وتستمر بقية حياته. وقد نصت المادة ٤٦ من القانون المدني السوري على أن:

"١- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

٢- وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة"[2].

وعلى هذا إذا أتم الشخص الثامنة عشرة من عمره اعتبره القانون كامل التمييز والعقل. ولما كان مناط أهلية الأداء هو العقل والتمييز، فيكون لهذا الشخص أهلية أداء كاملة بحيث يستطيع إجراء جميع التصرفات القانونية بنفسه، سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً أو ضارة ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر.

1- المادة ١٦٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

2 - يلاحظ أن سن الرشد في القانون المدني المصري هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (المادة ٤٤ من القانون المدني المصري).

وتحديد سن الرشد بسن معينة هي ثماني عشرة سنة إنما يقوم على أساس قرينة معينة هي أن الشخص في هذه السن قد اكتمل عقله وتمييزه. فلا حاجة بالإنسان بعد بلوغه سن الرشد إلى إثبات رشده واكتمال عقله وتمييزه حتى يستطيع التمتع بأهلية كاملة، بل يعتبر كامل الأهلية حكماً بمجرد بلوغه هذه السن ما لم يكن قد طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية[1].

والأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية، وبهذا قضت المادة ١١٠ من القانون المدني السوري بقولها "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون". فهذا النص يجعل الأصل كمال الأهلية لدى الشخص، بحيث لا يعتبر الشخص عديم الأهلية أو ناقصها إلا بمقتضى نص في القانون. وهذا يعني أن التصرفات القانونية التي يجريها الشخص يفترض مبدئياً أنها قد صدرت عنه وهو كامل الأهلية، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه.

وتعتبر أحكام الأهلية من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على إعطاء شخص أهلية لا تتوافر له بحكم القانون أو الاتفاق على حرمانه من أهلية يتمتع بها قانوناً أو الاتفاق على توسيعها أو تضييقها. وهذا ما تقضي به المادة ٥٠ من القانون المدني السوري إذ تنص على أنه "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا التعديل في أحكامها". فإذا اتفق شخص كامل الأهلية مع آخر على التنازل عن أهليته واعتبار تصرفاته القانونية التي يجريها باطلة أو قابلة للإبطال كان هذا الاتفاق باطلاً. وإذا باع شخص ناقص الأهلية عقاراً وتعهد للمشتري بعدم المطالبة بإبطال هذا البيع بعد بلوغه سن الرشد كان هذا التعهد باطلاً لأنه يعتبر بمثابة تعديل لأحكام الأهلية.

---

١ - الدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص٣٥١.

٢- عوارض الأهلية:

عوارض الأهلية هي أمور أو أوصاف تعرض للشخص فتؤثر على تمييزه وبالتالي على أهليته[1]. وهذه العوارض إما أن تؤدي إلى انعدام الأهلية كما في حالتي الجنون والعته، وإما أن تؤدي إلى الانتقاص من هذه الأهلية كما في حالتي السفه والغفلة. وقد نصت على هذه العوارض المادة ١١٤ من القانون المدني السوري بقولها "المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد وللإجراءات المقررة في القانون".

أ- الجنون والعته:

الجنون هو اضطراب يصيب العقل فيجعل الشخص فاقد التمييز. أما العته فهو خلل يعتري العقل فيجعل الشخص قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير دون أن يصل إلى مرتبة الجنون.

وقد سوّى القانون بين المجنون والمعتوه في الحكم واعتبر كلاً منهما فاقد الأهلية كالصبي غير المميز. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ٤٧ من القانون المدني السوري بقولها "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

ويشترط القانون المدني السوري لاعتبار المجنون والمعتوه فاقدي الأهلية وبالتالي اعتبار تصرفاتهما باطلة، أن يكون التصرف قد صدر بعد شهر قرار المحكمة بالحجر عليهما. وبهذا نصت المادة ١١٥ من القانون المدني السوري بقولها:

"١- يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر.

٢- أما إذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها".

---

1 - لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر الدكتور أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص٢٢ وما بعدها.

ويتبين من هذا النص أن القانون المدني فرق في الحكم بالنسبة لأهلية المجنون أو المعتوه بين تصرفات المجنون أو المعتوه اللاحقة لشهر قرار الحجر عليه وبين تصرفاته السابقة لشهر قرار الحجر.

فإذا صدر تصرف من المجنون أو المعتوه بعد شهر قرار المحكمة بالحجر عليه، وقع هذا التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً سواء أكان من التصرفات النافعة نفعاً محضاً أم الضارة ضرراً محضاً أم الدائرة بين النفع والضرر. ويظل الأمر كذلك إلى أن يتم رفع الحجر عن المجنون أو المعتوه.

أما إذا صدر تصرف من المجنون أو المعتوه قبل شهر قرار المحكمة بالحجر عليه، فإن هذا التصرف يقع صحيحاً إلا في حالتين يكون فيهما التصرف باطلاً[1]:

الحالة الأولى: هي الحالة التي يكون فيها الجنون أو العته شائعاً وقت التعاقد أي تكون حالة الجنون أو العته معلومة من أغلب الناس المحيطين بالمجنون أو المعتوه في عمله أو في مكان إقامته ولو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه لا يعلم بها شخصياً.

الحالة الثانية: هي الحالة التي يكون فيها الطرف الآخر الذي تعاقد مع المجنون أو المعتوه على علم بحالة الجنون أو العته عند إبرام التصرف ولو كانت هذه الحالة غير شائعة، كما لو كان هذا الشخص هو طبيبه المعالج.

لكن قانون الأحوال الشخصية جاء بحكم يتعارض في هذا الصدد مع حكم القانون المدني. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن "المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيّم بوثيقة".

---

١ - انظر الدكتور عدنان القوتلي، المرجع السابق، ص٥٣٨، والدكتور انطوان قسيس، المرجع السابق، ص٤٥٥، والدكتور نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص٤٥٩.

فهذه المادة تعتبر المجنون والمعتوه محجورين لذاتهما دون حاجة إلى صدور قرار عن المحكمة بالحجر عليهما، وبالتالي فإن تصرفاتهما تعتبر باطلة بمجرد ثبوت حالة الجنون أو العته. وهذا يعني أنه لم يعد هناك ضرورة للتفريق الذي يأخذ به القانون المدني بين تصرفات صادرة بعد شهر قرار الحجر وتصرفات صادرة قبله، باعتبار أن الجنون والعته لا يستدعيان صدور قرار من المحكمة بالحجر على المجنون والمعتوه إذ هما محجوران لذاتهما[1].

وعلى هذا لا يمكن تفسير هذا التعارض بين حكم المادة ٢٠٠ من قانون الأحوال الشخصية وحكم المادة ١١٥ من القانون المدني إلا على أساس أن المادة ٢٠٠ من قانون الأحوال الشخصية قد ألغت إلغاءً ضمنياً المادة ١١٥ من القانون المدني باعتبار أن قانون الأحوال الشخصية صدر عام ١٩٥٣ أي بعد صدور القانون المدني عام ١٩٤٩[2].

ب- *السفه والغفلة:*

السفيه، بحسب تعريف الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٠ من قانون الأحوال الشخصية، هو الذي يبذر أمواله ويضعها في غير مواضعها بإنفاقه ما يعد من مثله تبذيراً. أما المغفل فقد عرفته الفقرة الرابعة من نفس المادة بأنه هو الذي تغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه ولا يعرف أن يحتاط في معاملته لبلاهته.

وقد سوّى القانون في الحكم بين السفيه وذي الغفلة واعتبر كلاً منهما ناقص الأهلية كالصبي المميز. وهذا ما قضت به المادة ٤٨ من القانون المدني السوري بقولها "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

---

1 - الدكتور انطوان قسيس، المرجع السابق، ص٤٥٨.

2 - انظر الدكتور انطوان قسيس، المرجع السابق، ص٤٥٨، والدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص٣٥٣.

ولكن يشترط لاعتبار السفيه والمغفل ناقصي الأهلية كالصبي المميز أن يكون قد صدر قرار من المحكمة بالحجر عليهما. وبهذا نصت المادة ١١٦ من القانون المدني السوري بقولها:

"١- إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد شهر قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام.

٢- أما التصرف الصادر قبل شهر قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ".

كما أيدت هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٠٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري التي نصت على أن "السفيه والمغفل يحجران قضاءً وتصرفاتهما قبل القضاء نافذة ويقام على كل منهما قيّم بقرار الحجر نفسه أو بوثيقة على حدة".

وعلى هذا فبعد شهر قرار المحكمة بالحجر على السفيه أو ذي الغفلة تأخذ تصرفاتهما حكم تصرفات الصبي المميز، فتصرفاتهما النافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة، وتصرفاتهما الضارة ضرراً محضاً تكون باطلة، وتصرفاتهما الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحة السفيه أو ذي الغفلة. ويبقى الأمر كذلك إلى أن يتم رفع الحجر عن السفيه أو المغفل بقرار من المحكمة.

غير أن المشرع خرج على هذه القاعدة في حالتين استثنائيتين:

الحالة الأولى: أجازت الفقرة الأولى من المادة ١١٧ من القانون المدني للمحجور عليه لسفه أو غفلة إجراء تصرفين من التصرفات الضارة ضرراً محضاً وهما الوقف والوصية، بشرط أن تأذن المحكمة في ذلك.

الحالة الثانية: اعتبرت الفقرة الثانية من المادة ١١٧ من القانون المدني "أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه، المأذون له بتسلم أمواله، صحيحة في الحدود

التي رسمها القانون". ثم جاءت بعد ذلك المادة ٢٠١ من قانون الأحوال الشخصية فاعترفت بهذا الحق للسفيه والمغفل معاً حيث نصت على أنه "للقاضي أن يأذن بتسليم المحجور عليه للسفه أو الغفلة جانباً من أمواله لإدارتها وتسري عليه أحكام القاصر المأذون".

أما قبل شهر قرار المحكمة بالحجر على السفيه أو المغفل، فيعتبر كلٌّ منهما كامل الأهلية وتكون جميع التصرفات الصادرة من أحدهما صحيحة، حتى ولو كانت ضارة ضرراً محضاً. إلا أن المشرع استثنى حالتين وأعطاهما حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة الصادرة بعد شهر قرار الحجر عليهما:

الحالة الأولى: هي الحالة التي يكون فيها تصرف السفيه أو المغفل نتيجة استغلال الطرف الآخر. كما لو علم شخص بعارض السفه أو الغفلة لدى شخص آخر فيستغل وضعه ويجري معه صفقة تحقق له فائدة أو مصلحة على حساب السفيه أو المغفل.

الحالة الثانية: هي الحالة التي يكون فيها تصرف السفيه أو المغفل نتيجة تواطؤ بين السفيه أو المغفل وبين المتعاقد الآخر. كما لو علم السفيه أو المغفل بأنه سيتم طلب الحجر عليه قريباً من قبل ذويه فيسرع إلى التعاقد مع شخص آخر يعلم بالأمر ويتصرف له ببعض أمواله لتلافي آثار قرار الحجر المرتقب.

فمثل هذه التصرفات التي تصدر قبل شهر قرار الحجر وتكون نتيجة استغلال أو تواطؤ تأخذ حكم التصرفات التي تتم بعد شهر قرار الحجر على السفيه أو المغفل. فتكون باطلة إذا كانت ضارة ضرراً محضاً، وقابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر. وفيما عدا ذلك تكون جميع تصرفات السفيه أو المغفل قبل شهر قرار الحجر صحيحة ويعتبر السفيه أو المغفل كامل الأهلية بالنسبة إليها.

٣- موانع الأهلية:

قد يكون الشخص كامل الأهلية ومع ذلك تقوم لديه ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده، ولهذا يقرر القانون تعيين شخص يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات أو يساعده في مباشرتها. وموانع الأهلية بهذا المعنى ثلاثة: أولها مانع طبيعي وهو وجود عاهة مزدوجة، وثانيها مانع قانوني هو الحكم بعقوبة جنائية، وآخرها مانع مادي وهو الفقدان أو الغياب.

أ- وجود عاهة مزدوجة:

نصت المادة ١١٨ من القانون المدني السوري على أنه:

"١- إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك.

٢- ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد شهر قرار المساعدة".

فالشخص الذي يصاب بعاهتين من هذه العاهات الثلاثة، وهي الصمم والبكم والعمى، ويتعذر عليه بسبب ذلك أن يعبر عن إرادته، يجوز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته مساعدته فيها. فمثل هذا الشخص يكون كامل الأهلية لأن إرادته سليمة، إلا أنه يكون في وضع يستعصي عليه فيه الإنفراد بمباشرة هذه الأهلية، بحيث يتعذر عليه أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً. ولهذا فإن مهمة المساعد القضائي هي معاونة من تقررت مساعدته، وذلك بالاشتراك معه في إبرام التصرفات التي تقررت فيها المساعدة. ومن ثم فإن أحداً منهما لا ينفرد بإبرام هذه التصرفات وإنما تصدر منهما معاً.

وإذا صدر ممن تقررت مساعدته تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة فيها بغير معاونة المساعد كان هذا التصرف قابلاً للإبطال متى صدر بعد شهر قرار المساعدة.

ب- *الحكم بعقوبة جنائية:*

تقضي المادة ٥٠ من قانون العقوبات بأن كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو بالاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته في حالة الحجر، وكل عمل أو إدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه، ما عدا الأعمال المتعلقة بممارسته لحقوقه الملازمة لشخصه، يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً.

فالحكم بعقوبة جنائية يمنع المحكوم عليه خلال تنفيذ عقوبته من إجراء أي نوع من أنواع التصرفات القانونية، وإذا أجرى شيئاً منها تعتبر تصرفاته باطلة. ويستثنى من ذلك التصرفات المتعلقة بالحقوق الملازمة لشخصه كالطلاق مثلاً.

ويتولى أعمال الإدارة والتصرف عن المحكوم عليه وصي يعين وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الأوصياء على المحجور عليهم.

ج- *الفقدان أو الغياب:*

يعتبر الفقدان أو الغياب مانعاً مادياً يمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يقتضي وجود شخص ينوب عن المفقود أو الغائب في إدارة شؤونه لكي لا تتعطل مصالحه أو مصالح غيره.

وقد عرفت المادة ٢٠٢ من قانون الأحوال الشخصية المفقود بأنه: "كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان".

ثم جاءت المادة ٢٠٣ من نفس القانون واعتبرت كالمفقود "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره".

فإذا كان المفقود قد ترك وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإلا عينت له المحكمة وكيلاً قضائياً[1]. ويسري على هذا الوكيل القضائي ما يسري على الوصي من أحكام إلا ما يستثنى بنص صريح[2].

وينتهي الفقدان أو الغياب بعودة المفقود أو الغائب أو بثبوت وفاته أو بالحكم باعتباره ميتاً إذا كان مفقوداً. وبانتهاء الفقدان أو الغياب تنتهي مهمة الوكيل القضائي[3].

المبحث الثاني

الشخص الاعتباري أو المعنوي

La personne morale

الشخص الاعتباري هو جماعة من الأشخاص يضمهم تكوين يرمي إلى هدف معين، أو مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين، تخلع القانون عليها الشخصية القانونية، فتكون شخصاً مستقلاً ومتميزاً عن الأشخاص الذين يساهمون في نشاطها أو يفيدون منها[4]. فالجمعية مثلاً لها شخصية مستقلة عن شخصيات الأفراد الذين تتألف منهم بحيث تستطيع أن تمارس باسمها نشاطاً قانونياً شبيهاً بالنشاط الذي يمارسه الفرد العادي.

فالشخص الاعتباري أو المعنوي يسمى شخصاً في نظر القانون بمثابة الشخص الطبيعي من حيث أنه يستطيع أن يكون طرفاً من أطراف الحق، ولكنه اعتباري أو معنوي لأن شخصيته ليست حقيقية أو طبيعية كشخصية الإنسان[5].

---

1 - المادة ٢٠٤ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

2 - المادة ٢٠٦ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

3 - الدكتور انطوان قسيس، المرجع السابق، ص٤٨٠.

4 - الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٤٦٨ و ٤٦٩.

5 - حول النظريات التي حاولت تفسير طبيعة الشخص الاعتباري انظر الدكتور انطوان قسيس، المرجع السابق، ص٥٠٨ وما بعدها، والدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٤٧٤ وما بعدها.

ولدراسة الشخص الاعتباري ينبغي أولاً أن نبين أنواعه ثم ندرس بعد ذلك حقوقه أو مميزاته.

المطلب الأول

أنواع الشخص الاعتباري

عددت المادة ٥٤ من القانون المدني السوري أنواع الأشخاص الاعتبارية فنصت على ما يلي:

"الأشخاص الاعتبارية هي:

١- الدولة والمحافظات والبلديات بالشروط التي يحددها القانون، والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

٢- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية.

٣- الأوقاف.

٤- الشركات التجارية والمدنية.

٥- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً للأحكام التي ستأتي فيما بعد.

٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص بالقانون".

ويتضح من هذا النص أن الأشخاص الاعتبارية تنقسم إلى أشخاص اعتبارية عامة وأشخاص اعتبارية خاصة تبعاً لتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص.

أولاً: الأشخاص الاعتبارية العامة:

الأشخاص الاعتبارية العامة هي الدولة والمحافظات والبلديات، وتكتسب هذه الأشخاص الشخصية الاعتبارية عن طريق الاعتراف العام، أي أنها تكتسب الشخصية

الاعتبارية منذ تكوينها بقوة القانون متى توافرت فيها الشروط القانونية ودون حاجة إلى أن يصدر نص قانوني خاص بمنحها هذه الشخصية. كذلك تعتبر من الأشخاص الاعتبارية العامة المؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي تستعين بها الدولة في إدارة مصلحة من مصالحها أو مرفق من المرافق العامة ويكون لها استقلال إداري ومالي في نطاق حدود معينة يرسمها القانون. ولا تثبت الشخصية الاعتبارية لهذه الأشخاص بمجرد إحداثها، بل يجب أن يرد نص خاص في القانون على منحها الشخصية الاعتبارية، أي أنها تكتسب الشخصية الاعتبارية عن طريق الاعتراف الخاص.

ثانياً: الأشخاص الاعتبارية الخاصة:

تنقسم الأشخاص الاعتبارية الخاصة إلى طائفتين: جماعات الأشخاص ومجموعات الأموال.

١- جماعات الأشخاص:

وهي تتكون من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين، وتشمل الشركات والجمعيات.

أ- الشركات: Les sociétés

الشركة جماعة من الأشخاص يساهمون في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة، وغرض تحقيق الربح الذي توجد من أجله الشركة هو الذي يميزها من الجمعية.

وهناك نوعان من الشركات: شركات مدنية وشركات تجارية، وتكون الشركة مدنية عندما تقوم بأعمال مدنية، أي بأعمال لا تعتبر تجارية كالاستغلال الزراعي وتربية المواشي. والشركات التجارية هي التي تقوم بأعمال يعتبرها القانون التجاري أعمالاً تجارية. وهذه الشركات على عدة أنواع: شركة تضامن وشركة توصية وشركة مساهمة

مفعله وشركة محدودة المسؤولية. وتختلف الأحكام المتعلقة بالشركات بحسب نوع كل منها.

ب- الجمعيات: Les associations

كان القانون المدني السوري قد خصص المواد من ٥٦ إلى ٨٢ لتنظيم أحكام الجمعيات والمؤسسات. إلا أن هذه المواد ألغيت بالقرار بقانون رقم ٩٣ تاريخ ١٩٥٨/٧/٨ المتضمن قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة.

وقد عرّف قانون الجمعيات الجمعية بأنها "جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادي"[1].

ويشترط لنشوء الجمعية أن يوضع لها نظام مكتوب موقع من المؤسسين. ويجب أن يشتمل هذا النظام على البيانات الآتية:

أ- اسم الجمعية والغرض منها ومركز إدارتها على أن يكون هذا المركز في سورية.

ب- اسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته وموطنه.

ج- موارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها.

د- الهيئات التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وتعيين الأعضاء الذين تتكون منهم وطرق عزلهم.

هـ- حقوق الأعضاء وواجباتهم.

و- طرق المراقبة المالية.

ز- كيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية إدماجها أو تقسيمها أو تكوين فروع لها.

---

1 - لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر الدكتور انطوان قسيس، المرجع السابق، ص٥٢٦ وما بعدها.

ح- قواعد حل الجمعية والجهة التي تؤول إليها أموالها.

ولا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية إلا إذا شهر نظامها، ويكون شهره بقيده في السجل المعد لذلك في الجهة الإدارية المختصة وهي وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، وينشر ملخص القيد في الجريدة الرسمية.

ويتولى إدارة شؤون الجمعية وتمثيلها نوعان من الهيئات وهما: الهيئة العامة ومجلس الإدارة، كما يكون لها مدير يعينه مجلس الإدارة.

٢- مجموعات الأموال:

يقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص الاعتبارية التي تتألف من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين، وتشمل الأوقاف والمؤسسات الخاصة.

أ- الأوقاف:

الوقف نظام مستمد من الشريعة الإسلامية، وكان هو الطريقة الوحيدة المتبعة في بلادنا في رصد الأموال لأعمال البر والخير قبل أن تعرف المؤسسة الخاصة. ويعرف فقهاء الشريعة الإسلامية الوقف بأنه حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة. ومعناه إخراج الأموال الموقوفة عن ملك الواقف إلى حكم ملك الله تعالى، فلا يجوز له بعد ذلك التصرف فيها أو الرجوع في الوقف ولا تورث عنه لخروجها عن ملكه. أما المستحقون من الوقف فيقتصر حقهم على الاستفادة من منافعه فقط[1].

ويقسم الوقف من حيث مستحقيه إلى ثلاثة أنواع: وقف خيري، ووقف ذري أو أهلي، ووقف مشترك. فالوقف الخيري هو الوقف الذي يجري الصرف بريعه على جهة من جهات الخير أو البر كالمساجد أو المستشفيات أو الفقراء. أما الوقف الذري أو الأهلي فهو الوقف الذي تخصص منافعه لأشخاص معينين بأسمائهم أو بأوصافهم ثم

---

١ - لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر الدكتور أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص١٩٩ وما بعدها.

تؤول من بعدهم لجهة من جهات البر. أما الوقف المشترك فهو ما كان بعضه لأناس معينين وبعضه الآخر لجهات خير وبر.

وفي عام ١٩٤٩ صدر المرسوم التشريعي رقم ٧٦ الذي منع إنشاء الوقف الذري والمشترك وقضى بحل وتصفية الأوقاف الذرية والمشتركة المنشأة قبل صدوره. وعلى هذا لم يعد جائزاً في القانون السوري سوى الوقف الخيري.

ب- *المؤسسات الخاصة:* Les fondations

كانت الأحكام المتعلقة بالمؤسسات واردة في القانون المدني. وقد ألغيت بصدور القرار بقانون رقم ٩٣ تاريخ ١٩٥٨/٧/٨ المتضمن قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة.

وقد عرّف هذا القانون المؤسسة بأنها "شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأي عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام دون قصد إلى ربح مادي"[1].

ومن هذا التعريف نتبين أركان ومقومات المؤسسة الخاصة. فالمؤسسة تقوم أساساً على مال أو مجموعة من الأموال كالوقف، وليس على تجمع جماعة من الأشخاص كالشركة أو الجمعية. وتستهدف المؤسسة تحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام دون أي قصد إلى تحقيق ربح مادي، وبذلك تختلف المؤسسة عن الشركة التي تستهدف الربح المادي وتتفق مع الجمعية في استبعاد استهداف الربح المادي. غير أنها تختلف عن الجمعية مع ذلك في أن غرضها هو دوماً القيام بعمل من أعمال البر والرعاية الاجتماعية والنفع العام في حين أن الجمعية يمكن أن يكون غرضها تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة بأعضائها.

وتنشأ المؤسسة بسند رسمي أو بوصية. ويعتبر هذا السند أو الوصية دستوراً لها ويجب أن يشتمل على البيانات الآتية:

---

1 - انظر في تفصيل هذا الموضوع الدكتور انطوان قسيس، المرجع السابق، ص٥٣٧ وما بعدها.

أ- اسم المؤسسة ومركزها على أن يكون هذا المركز في سورية.

ب- الغرض الذي أنشئت لتحقيقه.

ج- بيان دقيق للأموال المخصصة لهذا العمل.

د- تنظيم إدارة المؤسسة بما في ذلك اسم مديرها.

هـ- البيانات الأخرى التي يصدر بتعيينها قرار من الجهة المختصة.

ولا تكتسب المؤسسة الشخصية الاعتبارية إلا بعد أن يتم شهرها طبقاً لأحكام قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة. ويتولى مدير المؤسسة إدارتها وتمثلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات.

المطلب الثاني

حقوق وخصائص الشخص الاعتباري

الأصل أن الشخص الاعتباري يتمتع بكل الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي، إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية كحقوق الأسرة. على أن حقوق الشخص الاعتباري محدودة بالغرض الذي أنشئ من أجله، فهي ليست مطلقة كحقوق الشخص الطبيعي. وفي ضوء هذه الحدود، فإن الشخص الاعتباري يتمتع بالخصائص التالية:

أولاً: الأهلية:

للشخص الاعتباري أهلية وجوب وأهلية أداء، فهو يعتبر صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات كما يعتبر صالحاً لمباشرة التصرفات القانونية وممارستها بنفسه.

غير أن أهلية الشخص الاعتباري تختلف عن أهلية الشخص الطبيعي. فأهلية الشخص الاعتباري أضيق نطاقاً منها لدى الشخص الطبيعي[1]. ويرجع ذلك إلى

---

1 - انظر الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٤٨٢.

اعتبارين: الأول هو طبيعة الشخص الاعتباري إذ أنه ليس إنساناً. والثاني هو الغرض الذي من أجله وجد الشخص الاعتباري. فبالنظر إلى أن الشخص الاعتباري ليس إنساناً فلا تثبت له وعليه الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية. فطبيعة الشخص الاعتباري لا تقبل أن تكون له حقوق أسرة أو حقوق الشخصية التي تهدف إلى حماية الكيان المادي للشخص كالحق في سلامة الجسم. والغرض الذي من أجله وجد الشخص الاعتباري يقضي مراعاة مبدأ التخصص. فنشاط الشخص الاعتباري محدد بهذا الغرض ولا يجوز له أن يجاوزه إلى غيره، فلا يكون صالحاً لاكتساب الحقوق أو تحمل الالتزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض فليس لجمعية مثلاً أن تقوم بأعمال تجارية ولا لشركة أن تباشر عملاً سياسياً.

ولما كان الشخص الاعتباري ليس له وجود مادي كالشخص الطبيعي، فهو لا يستطيع إجراء الأعمال والتصرفات القانونية إلا بواسطة من ينوب عنه أو يمثله من الأشخاص الطبيعيين.

ثانياً: الذمة المالية:

يترتب على أن للشخص الاعتباري شخصية قانونية تميزه من شخصية أعضائه أو مؤسسيه أن تكون له ذمة مالية مستقلة عن الذمم الخاصة لهؤلاء[1]. وعلى هذا فللشخص الاعتباري أمواله الخاصة به وتعتبر ملكاً له وحده. كما أن له ديونه الخاصة به وهي مضمونة بأمواله ولا يسأل عنها أعضاؤه في أموالهم الخاصة.

ويستتبع استقلال ذمة الشخص الاعتباري عن ذمة الأشخاص المكونين له أنه يجوز مقاضاته، كما يجوز له أن يقاضي، أي أن يقيم الدعاوى عن طريق نائبه كما تقام عليه الدعاوى.

---

1 - انظر الدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص٤٢٥ وما بعدها.

ثالثاً: الموطن:

للشخص الاعتباري موطن مستقل عن موطن الأعضاء الذي يتألف منهم تبعاً لاستقلال الشخص الاعتباري. والأصل أن يعتبر موطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته.

وتنص المادة ٥٥ من القانون المدني السوري على أن موطن الشخص الاعتباري هو "المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في سورية يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية".

رابعاً: الاسم:

للشخص الاعتباري كالشخص الطبيعي اسم يميزه ويستطيع بواسطته إجراء الأعمال والتصرفات القانونية. ويستمد الاسم عادة من الغرض أو الغاية التي أنشئ الشخص الاعتباري من أجلها أو من أسماء مؤسسيه.

ويتمتع اسم الشخص الاعتباري بالحماية القانونية التي يتمتع بها اسم الشخص الطبيعي.

الفصل الثاني

محل الحق

Objet du droit

إذا كان للحق صاحب هو الشخص، فله أيضاً محل. ومحل الحق Objet du droit يختلف عن مضمون الحق Contenu du droit. فمضمون الحق هو السلطة التي يخولها الحق لصاحبه وهذه السلطة تختلف من حق إلى آخر، بينما محل الحق هو ما يرد عليه الحق[1].

فمثلاً مضمون حق الملكية هو ما يثبت للمالك من سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، بينما يعتبر الشيء المادي الذي تنصب عليه هذه السلطات هو محل حق الملكية. وسنقتصر في هذا الصدد على دراسة الحقوق المالية، وهي التي يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقود فتعتبر أموالاً وتدخل في الذمة المالية للشخص ويجوز التعامل بها والحجز عليها وتنتقل إلى الورثة بوفاة أصحابها.

ومحل الحق المالي إما أن يكون عملاً أو شيئاً. والشيء قد يكون مادياً أو معنوياً. فإذا كان الحق المالي حقاً شخصياً كان محله عملاً يقوم به المدين، وإذا كان الحق عينياً كان محله شيئاً مادياً، وإذا كان الحق معنوياً كان محله شيئاً معنوياً. وسوف نتكلم أولاً في الأشياء، ثم نعرض بعد ذلك للأعمال.

---

1 - الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٧٠٣، والدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٥٧٧ وما بعدها.

المبحث الأول

الأشـــيـــاء

Les choses

الشيء هو كل ما له كيان ذاتي مستقل ومنفصل عن الإنسان، سواء كان شيئاً مادياً يدرك بالحس كالأرض والبناء والأثاث، أو كان شيئاً معنوياً لا يدرك إلا بالتصور كالمصنفات الفكرية[1]. والشيء المادي هو الذي يكون محلاً للحقوق العينية، أما الشيء المعنوي فيكون محلاً للحقوق المعنوية.

وينبغي التمييز بين الشيء والمال[2]. فالشيء هو محل بعض الحقوق المالية، أما المال فهو الحق ذو القيمة المالية، عينياً كان هذا الحق أم شخصياً أم معنوياً. وعلى ذلك يختلف الشيء عن المال، فإذا قام على الشيء حق كان هناك مال، وإذا لم يرد على الشيء حق فليس هناك مال وإنما شيء فقط، كما هو الشأن بالنسبة للأشياء التي لا مالك لها، فهي أشياء وليست أموال، لأنه لم يرد عليها حق لشخص ما[3]. وقد فرق القانون المدني السوري بين الشيء والمال، حيث أورد في الفصل الثالث من الباب التمهيدي تقسيماً للأشياء وآخر للأموال.

ونقسم الأشياء تقسيمات عدة، عرض القانون المدني السوري لأهمها، وهي تقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للتعامل وخارجة عن التعامل، وإلى عقارات ومنقولات، وإلى أشياء قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك، وإلى أشياء مثلية وأشياء قيمية.

---

1 - انظر الدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٧٠٤، والدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٥١٠.

2 - انظر في ذلك الدكتور عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٥٨٤ و ٥٨٥، والدكتور رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٤٢٥ وما بعدها، والدكتور هشام القاسم، المرجع السابق، ص٤٦٩ وما بعدها.

3 - الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٨٠٤.

المطلب الأول

الأشياء القابلة للتعامل والأشياء الخارجة عن التعامل

إذا كانت الحقوق العينية ترد على أشياء مادية لها كيان مستقل عن كيان الأشخاص، فليست كل الأشياء صالحة لأن ترد عليها الحقوق العينية. فالأشياء إما أن تكون قابلة للتعامل أو خارجة عن التعامل. وحتى يمكن أن ترد على الأشياء الحقوق العينية لا بد من أن تكون هذه الأشياء غير خارجة عن دائرة التعامل.

وقد نصت المادة ٨٣ من القانون المدني في هذا الصدد على ما يلي:

"١- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية[1].

٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

ويتضح من هذا النص أن الأشياء الخارجة عن التعامل إما أن تكون كذلك بحسب طبيعتها نفسها، وإما أن يرجع خروجها عن التعامل إلى حكم القانون.

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، أي الأشياء المشتركة التي يمكن لجميع الناس أن ينتفعوا بها دون أن يؤثر انتفاع أحدهم على انتفاع الآخر، كالهواء وأشعة الشمس ومياه البحر، فهذه أشياء يشترك الناس جميعاً في الانتفاع بها دون أن يستأثر بها أحد منهم. ولكن إذا تم فصل أجزاء من هذه

١- يلاحظ أن عبارة "الحقوق المالية" الواردة في هذا النص عبارة واسعة لأنها تشمل الحقوق العينية والحقوق الشخصية، في حين أنه لا يرد على الشيء المادي إلا الحق العيني دون الحق الشخصي، فكان يحسن بالمشرع أن يحدد في النص نوع الحق المالي الذي يرد على الشيء وأن يستبدل بعبارة "الحقوق المالية" عبارة "الحقوق العينية". انظر في هذا المعنى الدكتور انطوان قسيس، المرجع السابق، ص٣٨٢.

الأشياء عن أصلها وأمكن الاستئثار بها، فإن هذه الأجزاء التي أمكنت حيازتها تدخل في دائرة التعامل وتصلح بالتالي لأن تكون محلاً للحق العيني، مثال ذلك الهواء المضغوط في الأنابيب.

أما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون، فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق العينية. فهذه الأشياء يمكن الاستئثار بحيازتها ولكن القانون يمنع التعامل فيها، مثال ذلك المخدرات أو المواد المتفجرة أو الأشياء التي تدخل ضمن الأموال العامة[1]. لكن المشرع قد يجيز التعامل في هذه الأشياء في حالات معينة على سبيل الاستثناء لتحقيق غرض معين، مثال ذلك استخدام المخدرات للأغراض الطبية.

المطلب الثاني

العقارات والمنقولات

نصت المادة ٨٤ من القانون المدني على أن "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار. وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول". كما أوضحت هذه المادة الشروط التي يعتبر فيها المنقول بمثابة عقار يطلق عليه اسم العقار بالتخصيص.

أولاً: العقارات: Les immeubles

هناك نوعان من العقارات نص عليهما القانون المدني وهما العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص.

---

١ - تنص المادة ٩٠ من القانون المدني السوري على ما يلي:

"١- تعتبر أموالاً عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم.

٢- وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم".

١- **العقارات بطبيعتها:** Immeubles par nature

العقار بطبيعته هو الذي عرفته المادة ٨٤ المذكورة سابقاً بأنه "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف".

وتشمل العقارات بطبيعتها الأراضي على اختلافها وما يلتصق بها من نباتات وأغراس وأبنية وما تتضمنه من مقالع أو مناجم.

وتقسم العقارات بطبيعتها إلى عدة أنواع من حيث الحقوق التي ترتب عليها وهي كما عددتها الفقرة الأولى من المادة ٨٦ من القانون المدني: العقارات الملك، والعقارات الأميرية، والعقارات المتروكة المرفقة، والعقارات المتروكة المحمية، والعقارات الخالية المباحة.

أ- *العقارات الملك:* هي العقارات القابلة للملكية المطلقة والكائنة داخل مناطق الأماكن المبنية المحددة إدارياً[1]، أي داخل الحدود الإدارية للمدن والقرى. وهذه العقارات يجري عليها حق الملكية.

ب- *العقارات الأميرية:* هي التي تكون رقبتها للدولة ويجوز أن يجري عليها حق تصرف[2]. وهذه العقارات هي الأراضي الزراعية الواقعة خارج حدود المدن والقرى. والعقارات الأميرية لا يجري عليها حق الملكية بل يجري عليها حق التصرف.

ويلتقي حق الملكية الذي يجري على العقارات الملك مع حق التصرف الذي يجري على العقارات الأميرية في معظم الأحكام[3]. فكلا الحقين يمنحان صاحبهما مكنات

---

1 - الفقرة الثانية من المادة ٨٦ من القانون المدني السوري.

2 - الفقرة الثالثة من المادة ٨٦ من القانون المدني السوري.

3 - تنص المادة ٧٧٢ من القانون المدني السوري على ما يلي: "تسري النصوص المتعلقة بحق الملكية على حق التصرف في الأراضي الأميرية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

الاستعمال والاستغلال والتصرف. لكن التقاء كل من حق الملكية وحق التصرف في معظم الأحكام القانونية لا ينفي وجود اختلاف بينهما[1].

فحق الملكية هو حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال، في حين أن حق التصرف في العقارات الأميرية يسقط بعدم حراثة الأرض أو بعدم استعمالها مدة خمس سنوات[2].

كما يختلف حق الملكية عن حق التصرف في أن حق الملكية على العقارات الملك يكتسب بمرور خمس عشرة سنة على حيازتها، وإذا كانت الحيازة مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات[3]. أما حق التصرف في الأراضي الأميرية فيكتسب بمرور عشر سنوات من تاريخ الحيازة بسند أو بغير سند[4].

كذلك فإن ثمة اختلاف بين حق الملكية وحق التصرف من حيث قواعد الإرث. فإذا توفي المالك في العقارات الملك فإن حق الملكية يؤول إلى ورثته وفقاً لأحكام الإرث الشرعي الواردة في قانون الأحوال الشخصية ومنها أن للذكر مثل حظ الأنثيين، بينما ينتقل حق التصرف في العقارات الأميرية بوفاة صاحبه إلى أصحاب حقوق الانتقال وفقاً لأحكام قانون انتقال الأموال غير المنقولة العثماني الذي ساوى في الحصة الإرثية بين الذكر والأنثى.

وأخيراً فإن العقار الأميري لا يجوز وقفه، وكل وقف ينشأ عليه يعتبر باطلاً[5]، بينما يجوز إنشاء الوقف الخيري على العقارات الملك.

---

1 - انظر الدكتور عبد السلام الترمانيني والمحامي عبد الجواد السرميني، القانون المدني، الحقوق العينية، الجزء الأول في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص١٦٣ وما بعدها، وانظر الدكتور انطوان قسيس، المرجع السابق، ص ٣٥٣ وما بعدها.

2 - المادة ٧٧٥ من القانون المدني السوري.

3 - المادتان ٩١٧ و ٩١٨ من القانون المدني السوري.

4 - المادة ٩١٩ من القانون المدني السوري.

5 - المادة ٧٧٤ من القانون المدني السوري.

ج- *العقارات المتروكة المرفقة:* هي التي تخص الدولة، ويكون لجماعة ما حق استعمال عليها تحدد مميزاته ومداه العادات المحلية والأنظمة الإدارية[1]. فهذه العقارات هي من أملاك الدولة الخاصة ويكون لجماعة من الناس حق استعمال عليها ضمن العادات المحلية والأنظمة الإدارية، ومن أمثلتها العقارات المعدة لأن تكون بيادر لسكان قرية أو عدة قرى.

د- *العقارات المتروكة المحمية:* هي العقارات التي تخص الدولة أو المحافظات أو البلديات وتكون جزءاً من الأملاك العامة[2]. ومن أمثلة هذه العقارات الطرق والشوارع والحدائق العامة. فهذه العقارات تعتبر من أملاك الدولة العامة و بالتالي لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.

هـ- *العقارات الخالية المباحة (أو الأراضي الموات):* هي الأراضي الأميرية التي تخص الدولة، إلا أنها غير معينة ولا محددة، فيجوز لمن يشغلها أولاً أن يحصل، بترخيص من الدولة، على حق أفضلية ضمن الشروط المعينة في أنظمة أملاك الدولة[3].

٢- العقارات بالتخصيص: Immeubles par destination

عرفت الفقرة الثانية من المادة ٨٤ من القانون المدني العقار بالتخصيص بأنه هو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله. وعلى هذا يجب لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص توافر شرطين:

١- أن يكون المنقول والعقار لمالك واحد.

٢- أن يخصص المنقول لمنفعة العقار.

---

1 - الفقرة الرابعة من المادة ٨٦ من القانون المدني السوري.

2 - الفقرة الخامسة من المادة ٨٦ من القانون المدني السوري.

3 - الفقرة السادسة من المادة ٨٦ من القانون المدني السوري.

مثال ذلك أن يضع مالك أرض زراعية، وهي عقار بطبيعته، مواشياً وآلات زراعية يملكها لخدمة أرضه واستغلالها، فتكون هذه المنقولات عقارات بالتخصيص.

ثانياً: المنقولات: Les meubles

لم يعرّف القانون المدني المنقول، وإنما اكتفى بتعريف العقار واعتبر أن "كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول". وللمنقولات أنواع:

١- المنقولات بطبيعتها: Meubles par nature

وهي الأشياء المادية غير المستقرة بحيزها والتي يمكن نقلها دون تلف سواء كانت قادرة على الانتقال بقوتها الذاتية كالحيوانات أو بقوة خارجية كالجمادات. وهي لا تقع تحت حصر ومنها مثلاً الحيوانات والأثاث والسيارات.

٢- المنقولات بحسب المآل: Meubles par anticipation

وهي أشياء ثابتة أو عقارات بطبيعتها تطلق عليها صفة الأشياء المنقولة بالنظر لما ستؤول إليه. ويترتب على اعتبار هذه الأشياء الثابتة منقولات بحسب مآلها أن تطبق عليها أحكام المنقول لا أحكام العقار. مثل ذلك المباني المبيعة أنقاضاً، فالمباني عقارات بطبيعتها، ومع ذلك إذا بيعت بقصد هدمها فالبيع يعتبر وارداً على منقول بحسب المآل وتسري عليه أحكام بيع المنقول.

ثالثاً: الأموال المنقولة والأموال العقارية:

لم يكتف المشرع بتقسيم الأشياء إلى عقارية ومنقولة وإنما أطلق هذا التقسيم على الحقوق المالية أو الأموال. فهناك حقوق عقارية أو أموال عقارية وهناك حقوق أو أموال منقولة.

فيعتبر عقاراً بحسب المادة ٨٥ من القانون المدني "كل حق عيني على عقار، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار". أما الأموال المنقولة فهي كل ما عدا ذلك من الحقوق المالية، كما أن الدعاوى المنقولة هي كل ما يتعلق بأموال منقولة.

رابعاً: أهمية التمييز بين العقار والمنقول:

يترتب على معرفة ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً آثار قانونية هامة نشير بإيجاز إلى بعضها[1]:

١- من حيث انتقال الملكية:

الملكية لا تنتقل في العقار إلا بالتسجيل في السجل العقاري، بينما في المنقولات فإنها تنتقل بمجرد العقد إذا كان الشيء معيناً بالذات، وبالإفراز إذا كان المنقول معيناً بنوعه فقط.

٢- من حيث اكتساب الملكية بالحيازة:

إن مجرد حيازة المنقول بسبب صحيح وبحسن نية تكسب الحائز ملكية المنقول. أما حيازة العقار، ولو كانت بحسن نية ومستندة إلى سبب صحيح، فلا تؤدي إلى اكتساب ملكيته من قبل الحائز إلا إذا استمرت مدة التقادم المكسب.

٣- من حيث أنواع الحقوق التي ترد على الشيء:

هناك حقوق عينية لا ترد إلا على العقارات كحق الارتفاق وحق التأمين العقاري.

٤- من حيث الاختصاص القضائي:

يختلف الاختصاص المكاني بحسب ما إذا كانت الدعاوى عقارية أو منقولة. فالدعاوى العقارية ترفع أمام المحكمة التي يوجد العقار في دائرتها، أما الدعاوى المنقولة فترفع أمام محكمة موطن المدعى عليه.

---

١ - انظر في تفصيل ذلك الدكتور عبد السلام الترمانيني والمحامي عبد الجواد السرميني، المرجع السابق، ص٩٢ وما بعدها.

المطلب الثالث

الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها، فهي التي لا تحتمل أكثر من استعمال واحد فتستهلك بهذا الاستعمال. ويمكن أن يكون استهلاكها على صورتين: الاستهلاك المادي الذي يكون بالقضاء على مادة الشيء كأكل الطعام أو حرق الوقود، والاستهلاك القانوني كإنفاق النقود.

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تهلك بمجرد استعمال واحد لها، كالآلات والسيارات والمفروشات والملابس.

وتظهر أهمية التمييز بين هذين النوعين من الأشياء في أن بعض الحقوق لا ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك كحق الانتفاع، لأن هذا الحق يخول صاحبه سلطة استعمال الشيء واستغلاله مع التزامه برد الشيء بذاته إلى مالكه عند انقضاء حق الانتفاع. كذلك فإن بعض العقود لا ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك وهي العقود التي يلتزم فيها أحد المتعاقدين برد الشيء الذي تسلمه كعقد الإيجار وعقد العارية.

المطلب الرابع

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن. أما الأشياء القيمية فهي ما عدا ذلك.

فالأشياء المثلية لا تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به، كالقطن من الصنف نفسه والقماش من نفس النوع والنقود. أما الأشياء القيمية فهي التي تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به فلا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كمنزل أو أرض أو حيوان. فهذه الأشياء تتعين بذاتها ولا يكون تقديرها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن.

وتظهر أهمية هذا التقسيم في نواحٍ متعددة:

١- من حيث الوفاء:

في الأشياء القيمية لا يتم الوفاء إلا بذات الشيء المتفق عليه. أما إذا كان الشيء مثلياً فإن المدين يستطيع أن يبرئ ذمته إذا قدم أي شيء آخر مماثل له في النوع والمقدار.

٢- من حيث الهلاك:

إذا هلك الشيء المثلي لا تبرأ ذمة المدين به وعليه أن يقدم مثله حيث إن المثليات لا تهلك. أما إذا هلك الشيء القيمي الذي التزم المدين بتسليمه لسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى بذلك التزامه لاستحالة تنفيذه.

٣- من حيث انتقال الملكية:

تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات، الشيء القيمي، بمجرد التعاقد. أما إذا كان المنقول معنياً بالنوع، أي شيء مثلي، كمقدار من القمح، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد ولكن بالإفراز.

المبحث الثاني

الأعمال

رأينا فيما سبق أن محل الحق الشخصي يكون دائماً عملاً يجب على المدين أن يقوم به. وهذا العمل قد يكون عملاً إيجابياً أو يكون عملاً سلبياً، فيقع على المدين التزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل.

ويشترط في العمل لكي يكون محلاً للحق الشخصي أن يكون ممكناً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً[1].

أولاً: شرط الامكان:

يجب أن يكون العمل الذي يلتزم به المدين في الحق الشخصي ممكناً، فإذا كان العمل مستحيلاً فلا ينشأ الالتزام، إذ لا التزام بمستحيل. والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة وهي التي تجعل العمل مستحيلاً في ذاته، فهي لا تقوم بالنسبة إلى المدين فحسب، بل تقوم بالنسبة إلى جميع الناس، كما لو تعهد محام باستئناف حكم اتضح أن ميعاد استئنافه قد انقضى. أما الاستحالة النسبية، وهي التي تقوم بالنسبة إلى المدين وقد لا تقوم بالنسبة إلى غيره، فلا تمنع من نشوء الالتزام، كما لو تعهد شخص برسم لوحة فنية وهو يجهل الرسم.

ثانياً: شرط التعيين:

يجب أن يكون العمل الذي يلتزم به المدين معيناً أو قابلاً للتعيين. فإذا لم يكن العمل معيناً فيكفي أن تتوافر العناصر اللازمة للنهوض بهذا التعيين. فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء وجب تعيين هذا البناء بذكر مواصفاته. فإذا لم تذكر هذه المواصفات فيكفي أن يشتمل العقد على العناصر التي تجعل البناء قابلاً للتعيين، كما في حالة الاتفاق على إقامة فندق يتسع لعدد معين من النزلاء.

وإذا كان العمل هو الالتزام بإعطاء شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين. فإذا كان الشيء قيمياً وجب أن يعين بذاته، وإن كان الشيء مثلياً وجب أن يعين بنوعه ومقداره. ومع ذلك يكفي أن يعين هذا الشيء بنوعه إذا تضمن العقد ما

---

1 - لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر الدكتور أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ٢٠٠٣، ص١١٩ و١٢٠.

يستطاع به تعيين المقدار، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية من نوع معين لمستشفى مثلاً، فيتحدد المقدار وفقاً لحاجة هذا المستشفى.

ثالثاً: شرط المشروعية:

يجب أن يكون العمل الذي يلتزم به المدين مشروعاً، بمعنى ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب. فإذا كان العمل غير مشروع فلا ينشأ الالتزام، كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة معينة أو ببيع كمية من المخدرات.

الباب الثالث

نشوء الحق واستعماله

بعد التعرف على الحق من حيث تعريفه وأنواعه وأركانه، يجب أن نعـرض الآن لمصادر الحق وكيفية استعماله.

وعلى هذا ينقسم هذا الباب إلى فصلين: ندرس في الأول منهما مصادر الحق، ثم نعرض في الفصل الثاني لاستعمال الحق.

الفصل الأول

مصادر الحق

رأينا أن الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون. فلا يثبت للشخص من حقوق إلا ما يقرره القانون. وبذلك يعتبر القانون مصدراً لجميع الحقوق. غير أن القانون في تقريره للحقوق يجعل إنشاءها مرتبطاً بتوافر أوضاع معينة، فتكون هذه الأوضاع التي يتطلبها القانون هي المصدر المباشر للحق، ويكون القانون هو المصدر غير المباشر.

فالمصادر المباشرة للحقوق هي الأمور التي رتب عليها القانون نشوء هذه الحقوق وهي لا تخرج عن طائفتين رئيسيتين هما: الواقعة القانونية والتصرف القانوني[1].

أولاً: الواقعة القانونية:

يقصد بالواقعة القانونية كل أمر أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثراً قانونياً. وهي تحدث إما بفعل الطبيعة وإما بفعل الإنسان.

١- الوقائع الطبيعية:

هي التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها كالفيضانات والزلازل. فإذا بلغت هذه الحوادث حداً يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلاً، رتب القانون عليها أثراً قانونياً وهو انقضاء الالتزام لاستحالة الوفاء به.

وتعتبر من الوقائع الطبيعية التي ترتب آثاراً قانونية واقعة الميلاد التي تبدأ بها شخصية الإنسان، والوفاة التي تنتهي بها الشخصية وتُنشئ للورثة حقوقاً في تركة المورث.

---

١ - انظر في تفصيل ذلك الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٥٣٩ وما بعدها، والدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٧٢٥ وما بعدها.

٢- الوقائع التي من فعل الإنسان:

هي التي يكون للإنسان دخل في وقوعها، وهي على نوعين: أعمال مادية، وتصرفات قانونية.

الأعمال المادية هي التي تصدر من الشخص ويرتب عليها القانون أثراً بصرف النظر عن إرادة صاحبها. فالقانون هو الذي يرتب الآثار القانونية على الأعمال المادية ولو لم يقصد الشخص ترتيبها على عمله المادي. فمن يتلف مالاً للغير سواء عن عمد أو إهمال، يترتب على فعله التزامه بالتعويض.

ثانياً: التصرفات القانونية:

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، فهو يعتمد في وجوده وفي آثاره على إرادة الشخص[1]. والتصرف القانوني إما أن ينشأ بتوافق إرادتين وهذا هو العقد، كعقد البيع، حيث ينعقد بتوافق إرادتي البائع والمشتري، فتتجه إرادة البائع إلى نقل ملكية المبيع وتتجه إرادة المشتري إلى الالتزام بدفع الثمن. وإما أن ينشأ بإرادة واحدة وهذا هو التصرف بإرادة منفردة، كما في الوصية، فهي تنشأ بإرادة الموصي وحدها دون حاجة إلى قبول الموصى له.

---

1 - الدكتور أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص١٧.

الفصل الثاني
استعمال الحق

لصاحب الحق أن يفيد من حقه، وذلك بالاستفادة بمضمونه عن طريق مباشرة السلطات التي يخولها الحق لصاحبه. فمضمون حق الملكية هو ما يخوله هذا الحق من سلطات استعمال الشيء محل الحق واستغلاله والتصرف فيه.

والأصل أن استعمال السلطات التي يخولها الحق يحميه القانون ويعصم صاحبه من المسؤولية عن نتائجه، لأن الحق يستند إلى القانون بحيث يعتبر كل استعمال للحق من جانب صاحبه فعلاً مشروعاً ما دام يلتزم مضمون الحق وحدود نطاقه كما رسمها القانون.

ولكن قد يحدث أن يستعمل الشخص حقه في الحدود التي رسمها له القانون ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير، مثل ذلك المالك الذي يبني جداراً في أرضه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعاً شاهقاً لمجرد الإضرار بجاره ومنع الضوء والهواء عنه. فهنا يتعسف في استعمال حق ملكيته، وهذا ما يسمى بنظرية التعسف في استعمال الحق. فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة، فتقيد حرية الشخص في استعماله لحقه حتى تضمن مشروعية هذا الاستعمال.

أولاً: معايير التعسف في استعمال الحق:

تنص المادة الخامسة من القانون المدني السوري على أن "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".

وعددت المادة السادسة من القانون المدني السوري بعد ذلك الحالات التي يكون استعمال الحق فيها غير مشروع، أو مشوباً بالتعسف، فنصت على ما يلي:

"يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:

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".

وعلى هذا فإن استعمال الحق لا يعتبر تعسفاً إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاث التي عددها القانون وهي: قصد الإضرار بالغير، ورجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً، وعدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها.

١- قصد الإضرار بالغير:

يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا لم يستعمله إلا بقصد الإضرار بالغير. كأن يبني شخص حائطاً عالياً في ملكه لكي يحجب النور والهواء عن جاره. وما دام الغرض الأساسي من استعمال الحق هو الإضرار بالغير فلا يؤثر في ذلك أن تتحقق منفعة عرضية لم تكن مقصودة. ويتحمل المضرور عبء إثبات قصد الإضرار عند صاحب الحق، وله هذا الإثبات بجميع الطرق. ويمكن استخلاص هذا القصد من انعدام المصلحة أو تفاهتها.

٢- رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً:

ويعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها من استعمال حقه قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب إطلاقاً مع ما يعود على الغير من ضرر. وهذا المعيار موضوعي بحت وهو يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق.

٣- عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها:

يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة. والمعيار هنا موضوعي. كأن يسرح رب العمل أحد عماله لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال.

ثانياً: جزاء التعسف في استعمال الحق:

يتمثل الجزاء على التعسف في استعمال الحق في التعويض عن الأضرار المترتبة عليه. والتعويض قد يكون نقدياً وقد يكون عينياً. على أن تعويض الضرر الناجم عن التعسف ليس هو الصورة الوحيدة التي يتخذها الجزاء فهناك جزاء وقائي يعتبر من خصوصيات نظرية التعسف ويتمثل في منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تعسفي، فيحول ذلك بالتالي دون وقوع الضرر[1].

---

1 - انظر الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص٥٨١. والدكتور حسن كيره، المرجع السابق، ص٧٩١ و ٧٩٢.

مصطلحات قانونية باللغة الفرنسية

A

Abrogation de la loi	إلغاء التشريع
Abrogation expresse	إلغاء صريح
Abrogation tacite	إلغاء ضمني
Absence	غياب
Absent	غائب
Abus de droit	التعسف في استعمال الحق
Acte bilatéral	تصرف من جانبين
Acte juridique	تصرف قانوني
Acte unilatéral	تصرف من جانب واحد
Administration	إدارة
Adoption	تبني
Affectation	تخصيص
Application de la loi	تطبيق التشريع
Application de la loi dans l'espace	تطبيق التشريع في المكان
Application de la loi dans le temps	تطبيق التشريع في الزمان
Argument a contrario	الاستنتاج بطريق المخالفة
Argument a fortiori	الاستنتاج من باب أولى

Argument a pari	الاستنتاج بطريق القياس
Association	جمعية

B

Biens	أموال

C

Capacité	أهلية
Capacité d'exercice	أهلية الأداء
Capacité de jouissance	أهلية الوجوب
Choses	أشياء
Choses consomptibles	أشياء قابلة للاستهلاك
Choses non consomptibles	أشياء غير قابلة للاستهلاك
Choses fongibles	أشياء مثلية
Choses non fongibles	أشياء قيمية
Compétence	اختصاص
Conflits de lois	تنازع القوانين
Conflits de lois dans l'espace	تنازع القوانين في المكان
Conflits de lois dans le temps	تنازع القوانين في الزمان
Conseil d'Etat	مجلس الدولة
Constitution	دستور
Constitutionnalité de la loi	دستورية التشريع أو القانون
Contrat	عقد

Cour d' appel	محكمة الاستئناف
Cour de cassation	محكمة النقض
Coutume	عرف
Créance	دَيْن
Créancier	دائن

D

Date	تاريخ
Débiteur	مدين
Décès ou mort	وفاة أو موت
Décret	مرسوم
Décret - loi	مرسوم تشريعي
Décret réglementaire	مرسوم تنظيمي
Degré de parenté	درجة القرابة
Devoir	واجب
Disparu	مفقود
Doctrine	فقه
Domicile	موطن
Domicile légal	موطن قانوني
Données historiques	حقائق تاريخية
Données idéales	حقائق مثالية

Données rationnelles	حقائق عقلية
Données réelles ou naturelles	حقائق واقعية أو طبيعية
Droit administratif	قانون إداري
Droit aérien	قانون جوي
Droit civil	قانون مدني
Droit commercial	قانون تجاري
Droit compare	قانون مقارن
Droit constitutionnel	قانون دستوري
Droit de préférence	حق الأولوية والأفضلية
Droit de propriété	حق الملكية
Droit de suite	حق التتبع
Droit du travail	قانون العمل
Droit financier	قانون مالي
Droit fiscal	قانون ضريبي
Droit international	قانون دولي
Droit international privé	قانون دولي خاص
Droit international public	قانون دولي عام
Droit interne	قانون داخلي
Droit maritime	قانون بحري
Droit naturel	قانون طبيعي

Droit objectif	حق موضوعي (أو قانون)
Droit penal	قانون جزائي
Droit positif	قانون وضعي
Droit privé	قانون خاص
Droit public	قانون عام
Droit romain	قانون روماني
Droit rural	قانون زراعي
Droits acquis	حقوق مكتسبة
Droits civils ou civiques	حقوق مدنية
Droits de créance	حقوق الدائنية
Droits de famille	حقوق الأسرة
Droits de la personnalité	حقوق الشخصية
Droits de l'homme	حقوق الإنسان
Droits extra – patrimoniaux	حقوق غير مالية
Droits intellectuels	حقوق ذهنية أو فكرية
Droits patrimoniaux	حقوق مالية
Droits personnels	حقوق شخصية
Droits politiques	حقوق سياسية
Droits privés	حقوق خاصة
Droits publics	حقوق عامة

Droits réels	حقوق عينية
Droits réels accessoires	حقوق عينية تبعية
Droits réels principaux	حقوق عينية أصلية
Droits subjectifs	حقوق ذاتية

E

Effet immédiate	أثر مباشر
Effet rétroactif	أثر رجعي
Egalité	مساواة
Equité	إنصاف
Etat civil	حالة مدنية
Etat de la personne	حالة الشخص
Etat politique	حالة سياسية
Exception	استثناء

F

Faits juridiques	وقائع قانونية
Filiation	نسب
Fondation	مؤسسة
Force obligatoire	قوة ملزمة

H

Hiérarchie	تسلسل أو تدرج
Histoire du droit	تاريخ القانون

Humanité	إنسانية

I

Ignorance de le loi	جهل القانون
Immeubles	عقارات
Immeubles par destination	عقارات بالتخصيص
Immeubles par nature	عقارات بطبيعتها
Interprétation de la loi	تفسير التشريع

J

Juge ou Magistrat	قاض
Jugement	حكم
Jurisprudence	اجتهاد قضائي
Justice	عدالة

L

Législation ou loi	تشريع أو قانون
Liberté	حرية
Libertés publiques	حريات عامة

M

Majeur	راشد
Mariage	زواج
Meubles	منقولات
Meubles par anticipation	منقولات من حيث المآل

Meubles par nature	منقولات بطبيعتها
Mineur	قاصر
Morale	أخلاق

N

Naissance	ميلاد أو ولادة
Nationalité	جنسية
Nature juridique	طبيعة قانونية
Nom	اسم أو لقب
Nom commercial	اسم تجاري
Nul n'est censé ignorer la loi	لا يعذر أحد بجهل القانون
Nullité	بطلان

O

Objet du droit	محل الحق
Obligation	التزام
Obligation de donner	التزام بإعطاء شيء
Obligation de faire	التزام بالقيام بعمل
Obligation de ne pas faire	التزام بالامتناع عن عمل
Obligation juridique	التزام قانوني
Obligation naturelle	التزام طبيعي
Ordre public	نظام عام

P

Patrimoine	ذمة مالية
Personnalité juridique	شخصية قانونية
Personnalité morale	شخصية اعتبارية
Personne morale	شخص اعتباري
Personne physique	شخص طبيعي
Pouvoir exécutive	سلطة تنفيذية
Pouvoir judiciaire	سلطة قضائية
Pouvoir legislative	سلطة تشريعية
Prénom	اسم شخصي
Prescription	تقادم
Prescription acquisitive	تقادم مكسب
Prescription extinctive	تقادم مسقط
Preuve	دليل
Principe	مبدأ
Principe fondamental	مبدأ جوهري أو أساسي
Principe général	مبدأ عام
Projet de loi	مشروع قانون
Promulgation	إصدار
Proposition	اقتراح

Propriété littéraire ou artistique	ملكية أدبية أو فنية
Pseudonyme	اسم مستعار

R

Régime	نظام
Régime juridique	نظام قانوني
Règle	قاعدة
Règle impérative	قاعدة آمرة
Règle interprétative ou supplétive	قاعدة مفسرة أو مكملة
Règlements	أنظمة
Règles coutumières	قواعد عرفية
Règles de morale	قواعد الأخلاق
Règles de religion	قواعد الدين

S

Sanction	مؤيد أو جزاء
Science du droit	علم القانون
Situation juridique	وضع قانوني
Société	شركة
Solidarité sociale	تضامن اجتماعي
Sources du droit	مصادر القانون
Surnom	اسم الشهرة

T

Théorie	نظرية
Travaux préparatoires	أعمال تحضيرية
Tribunal	محكمة

U

Usage	عادة

V

Viable	قابل للحياة
Vie humaine	حياة إنسانية
Volonté	إرادة
Vote	تصويت

تم تدقيق الكتاب علمياً من قبل

الدكتور
أحمد عبد الدائم

الدكتور
شواخ الأحمد

الدكتور
محمود مرشحه

المدقق اللغوي

الدكتور سعد الدين كليب