

دراسات في المدخل إلى

العلوم القانونية

الدكتور
حسن حرب الاصامة



مكتبة الحبر الإلكتروني
مكتبة العرب الحصرية

دراسات في المدخل إلى
العلوم القانونية

دراسات في المدخل إلى العلوم القانونية

جميع الحقوق محفوظة للناشر ©. لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه أو استنساخه أو نقله ، كلياً أو جزئياً ، في أي شكل وبأي وسيلة ، سواء بطريقة إلكترونية أو آلية، بما في ذلك الاستنساخ الفوتوغرافي، أو التسجيل أو استخدام أي نظام من نظم تخزين المعلومات واسترجاعها، دون الحصول على إذن خطي مسبق بالموافقة من الناشر.

Copyright © All rights reserved to the publisher. No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form .or by any means without prior permission in writing of the publisher

الطبعة الأولى
2020

(الآراء الواردة في الكتاب لا تعبر بالضرورة عن رأي الناشر)

دار الخليج للنشر والتوزيع

الأردن: عمان، العبدلي تليفاكس: 00962 6 464 7559

daralkhalij@gmail.com daralkhalij1998 daralkhalij



دراسات في المدخل
العلوم القانونية

الدكتور
حسن حرب اللصاصمة



الإهداء....

إلى من أكرمني الله بوجودهما
إلى من علمني الكرم وحسن الخلق
إلى كل صاحب فضل.

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية

(2/2014/ 851)

340

اللصاصة، حسن حرب

دراسات في المدخل إلى العلوم القانونية / حسن حرب اللصاصة

الواصفات: /القانون //الدراسات//

- يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبر عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى.

348- 519- 9957- ISBN: 978-

توطئة

لما كان مساق المدخل لدراسة العلوم القانونية، من المساقات التي تدرس لطلبة كليات الحقوق في الجامعات، وفي السنة الأولى منها، من جهة، ولا يتعرض الطالب لمساقات الخطة الدراسية في كليات الحقوق ودراسة القانون إلا عند دخوله الجامعة، ولا يتعرض لها في المدارس من جهة أخرى، هي دواعي تفرض على كل باحث في دراسات المدخل للعلوم القانونية، جو عام من الأسلوب البحثي، والمنهجية العلمية القائمة على البساطة والسلاسة والوضوح في طرح الأفكار، ومعالجة موضوعات الخطة الدراسية لهذا المساق، مراعاة لدراسة موضوعات جديدة على الطلبة، وضحالة ثقافتهم فيها، وسعيًا لتشويقهم في دراسة هذا التخصص، الذي هو حاجة كل ساع لفهم كل العلوم سياسةً واقتصاداً واجتماعاً وفكراً، وعلومًا طبيعية وإنسانية.

وهذا يفرض على كل باحث بهذه المثابة – مهما كان العلم الذي يتناوله مسؤولية علمية ثقيلة تتطلب الإدراك السليم لحاجات الطالب المبتدئ ومقدرة خاصة في التغلب على جفاف المعاني ووعورتها، وطلاسم النظريات العلمية وصعوبتها، دون المساس بأساليب البحث العلمي الرصين.

وقد عازمت على هذه المحاولة بما استطعت من حول وقوة، علني أشيد مدمكاً في ميدان هذه الدراسة علّ محاولتي هذه تجد لها مكاناً بين العديد من البحوث والدراسات القيمة في هذا المضمار.

المؤلف

المقدمة

لقد تعددت الأسماء لهذا العلم، فأطلق عليه المدخل للعلوم القانونية، وأصول القانون، وفلسفة القانون، والنظرية العامة للقانون، وبالنسبة للذين تأثروا بالفقه الإسلامي. وسموه بالمدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، ونظرية الحق والقانون.

وكل هذه التسميات موحدة الموضوع فهي تبحث في القاعدة القانونية وأقسام القانون ومصادره. من جهة نظرية القانون، والحق وأنواعه وأركانه من جهة نظرية الحق. ويجمعها عنوان موحد هو (أصول القانون)¹.

والقانون هو عبارة عن مجموعة القواعد التي تنظم أنماط السلوك في المجتمع على اختلاف علاقاتها التي تنشأ بين أفراد المجتمع، وتؤدي إلى نشوء حقوق والتزامات على أطرافها. والتي تكون أحياناً متبادلة. وتتنوع حسب نوعية هذه العلاقات وتطورها.

وعليه فإن القانون كائن إجتماعي، يعيش وفقاً لرقى المجتمع الذي ينظم علاقاته، ويتطور بتطورهم مما يعني وجود الرابطة العضوية بين القانون والمجتمع من جهة، وبين الحق والقانون من جهة أخرى. تأكيداً على الترابط بين ركني أصول القانون. القانون والحق.

لذلك فإن كل دراسة للمدخل في العلوم القانونية توجب التعرض لموضوعي الحق والقانون، وهذا ما سنحاول دراسته في هذا البحث، مع إبراز دور القانون الأردني قواعد وأحكام في هذا المضمار دون إغفال لدور النظريات القانونية في ذلك، والأصول التي استقت منها هذه النظريات قواعد وأحكامها.

ومعالجة هذه المحاور يتحدد بنطاق دراسة نظرية القانون من حيث دراسة أهمية القاعدة القانونية، وصلتها بالمجتمع، وماهيتها، ومصادرها وأقسامها ونطاق تطبيقها، ودراسة نظرية الحق من حيث ماهية الحق، ومصادره وأقسامه، ونطاقه.

أولاً: أهداف البحث.

إن دراسة هذا البحث تسعى لتحقيق الأهداف الآتية.

- (1) بيان الرابطة العضوية بين القانون والمجتمع.
- (2) إظهار دور نظرية القانون ونظرية الحق في تشكيل أصول القانون.
- (3) إبراز دور المشرع الأردني في إظهار قواعد وأحكام النظريات القانونية وصلتها بالمصادر التاريخية التي استقت منها القوانين.
- (4) بيان أثر التراث العربي الإسلامي في تجذر أصول القانون وفلسفته.

ثانياً: منهجية البحث.

سنعالج محاور هذه الدراسة وفقاً للمنهجية التحليلية التأصيلية الموازنة وصولاً لبناء هيكل الرابطة العضوية بين القانون والحق، وصلة القاعدة القانونية بالمجتمع باعتبار القانون كائن اجتماعي.

ثالثاً: خطة البحث.

وقوفاً على تحقيق أهداف هذا البحث، وإعمالاً لمنهجيته، سنعالج محاوره وفق خطة دراسية يمتد نطاقها على بابين وخاتمة، أولهما يتناول نظرية القانون على أربعة فصول، الأول منها مخصص لدراسة، ماهية القاعدة القانونية، تعريفاً، وخصائص، وطبيعة، وتمييزها عما يشابهها،

وثانيها يعالج مصادر تلك القاعدة القانونية، وثالثها مخصص لأقسامها، ورابعها مخصص لنطاق تطبيقها.

بينما ثانيهما سيعالج نظرية الحق من خلال أربعة فصول، أولها مخصص لماهية الحق، وثانيها يعالج أشخاص الحق، ثالثها يعالج محل الحق، ورابعها، مخصص لدراسة حماية الحق. وبالنسبة للخاتمة سنعالج فيها خلاصة موضوع البحث ونتائجه واقتراحاته.

المؤلف

الباب الأول نظرية القانون

ماهية القاعدة القانونية.

الفصل الأول:

مصادر القاعدة القانونية.

الفصل الثاني:

أقسام القاعدة القانونية.

الفصل الثالث:

نطاق تطبيق القاعدة القانونية.

الفصل الرابع:

الباب الأول نظرية القانون

يقصد بنظرية القانون دراسة أصول القانون أو مبادئه العامة بغية الوصول إلى تحديد دور النظام القانوني في تحقيق الأمن والاستقرار للمجتمع يضمن وجود نظام اجتماعي مستقر وثابت يستجيب للتطورات السياسية والاقتصادية التي قد تجد في المجتمع، ويتطور النظام القانوني معها، مع مراعاة التوفيق والتنسيق بين النظام الاجتماعي الثابت والمستقر وتغيير وتعديل القواعد القانونية.

ولا يتأتى ذلك إلا بترتيب القواعد القانونية الموجودة وخلق قواعد قانونية جديدة تلبي الحاجات المستجدة للمجتمع، ودعم المؤسسات القانونية بتوفير الثبات والدوام لها.

هذا يقتضي دراسة القاعدة القانونية، ماهية، وخصائص وأقساماً ونطاق تطبيق مكاناً وزماناً، الأمر الذي سنعالجه بدورنا ضمن الفصول الآتية:

الفصل الأول: ماهية القاعدة القانونية.

الفصل الثاني: مصادر القاعدة القانونية.

الفصل الثالث: أقسام القاعدة القانونية.

الفصل الرابع: نطاق تطبيق القاعدة القانونية.

الفصل الأول

ماهية القاعدة القانونية

إن ماهية القاعدة القانونية تعني بيان تعريف القاعدة القانونية، وتحديد أهميتها في المجتمع، ومعالجة خصائص هذه القاعدة القانونية، ورسم طبيعتها، وتمييزها عما يشابهها من القواعد الأخرى.

لذلك سنتناول هذه الماهية من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: تعريف القاعدة القانونية وأهميتها في المجتمع

تعد القاعدة القانونية وسيلة توجيه اجتماعي للأفراد، ولا يتصور مجتمع بلا قانون، ولا قانون بلا مجتمع، وبذلك فهي تخضع لمدلول معين، وتتبدى لوجودها أهمية في المجتمع، وسنحدد هذا التعريف، وهذه الأهمية من خلال الآتي:

المطلب الأول: تعريف القاعدة القانونية.

يقصد بالقاعدة القانونية المنظم والموجه لسلوك أفراد المجتمع بطريقة عامة مجردة على سبيل الإلزام والجبر تحت طائلة توقيع الجزاء عند مخالفتها².

وبذلك تكون القاعدة القانونية موجه سلوكي اجتماعي، تستهدف تنظيم العلاقات الاجتماعية، على نحو ما هو مطلوب، وما هو منهي عنه.

وكذلك هي وسيلة تقويمية لسلوكيات أفراد المجتمع، بما يتلاءم مع ما يبغيه المشرع، إذ تسعى تلك القاعدة القانونية إلى تغيير الواقع وتقويمه لا مجرد الإقرار به³.

كما أنها تأمر أو تنهي، فلا تنصح، ولا تفتي، كون التنظيم الاجتماعي لا يتحقق إلا بالأمر والنهي، لا بالنصيحة.

وبشكل مجمل فالقاعدة القانونية هي موجه سلوكي عام يقوم على الجبر والإلزام.

المطلب الثاني: أهمية القاعدة القانونية في المجتمع.

تتميز القاعدة القانونية باتصالها اتصالاً وثيقاً ومباشراً بحياة أفراد المجتمع. بل يحتاجها ويقوم عليها كل نشاط من نشاطاته اليومية، وهي وسيلة التقويم والتوجيه لجميع علاقاته القانونية مع نفسه، أو مع الآخرين فالقاعدة القانونية الوسيلة الأساسية في تنظيم العقود، وهي المنظم لأمر حياة أفراد المجتمع من ميلادهم لمماتهم.

وعليه فإن ميدان تطبيق القاعدة القانونية سلوكيات أفراد المجتمع والموجه لسلوكياتهم هي القاعدة القانونية. فلا يتصور وجود قاعدة قانونية بلا مجتمع، ولا مجتمع بلا قاعدة قانونية.

فمن حيث لا قاعدة قانونية بدون مجتمع. إن الإنسان المنعزل بمفرده قد تكون له قواعد أخلاق، ولكن لا توجد لديه قواعد قانونية، فهذا الفرد المنعزل لا يدخل في علاقات مع غيره من البشر، ومن ثم لا يحتاج لقواعد قانونية تنظم علاقاته. فموضوع القاعدة القانونية هو تنظيم هذه العلاقات بين أفراد المجتمع⁴.

ويجب أن يكون هذا المجتمع منظماً، فالفئات غير المنظمة من الأفراد لا يوجد لها قانون. فهذه الجماعات يطلق على مجتمعها (بالفوضوي، فكل شخص تكون له الحرية التامة في أن يفعل ما يشاء دون أن يتقيد بأدنى علاقات مع غيره من الأشخاص فلا يوجد بينهم علاقات قانونية).

ولا يتصور وجود مجتمع فوضوي، إذ الواقع لا يقدم مثلاً على جماعات يتمتع أفرادها بالحرية المطلقة، بل إن أقل المجتمعات تنظيماً وهو مجتمع الغابة يحكمه القانون وهو شريعة الغاب، أو قانون الغابة حيث يأكل الكبير الصغير⁵.

فالمجتمعات البدائية كانت تخضع للقوانين التي كانت تتسم بالشكلية، فأى مجتمع لا بد وأن يحتاج إلى قواعد قانونية تنظم العلاقات القانونية التي تنشأ بين أفرادها⁶.

المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية

يقصد بالقاعدة القانونية – كما قلنا سابقاً – أنها المنظم والموجه لسلوك أفراد المجتمع بطريقة عامة مجردة على سبيل الإلزام والجبر تحت طائلة توقيع الجزاء عند مخالفتها.

وعلى ضوء هذا التعريف، فإن خصائص القاعدة القانونية تتمثل بأنها قاعدة سلوك اجتماعي، ومنظم عام مجرد وقاعدة ملزمة مكفولة بالجزاء عند مخالفتها. متناولين هذه الخصائص بالتفصيل وفقاً للمطالب الآتية:

المطلب الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي.

لا يتصور وجود القاعدة القانونية إلا في مجتمع، لأن هدفها تنظيم العلاقات الناشئة عن تعايش الأفراد في مجتمع منظم إلى حد ما. وفي سبيل تحقيق هدفه توجه القاعدة القانونية خطابها إلى الأفراد. بما يفيد توجيه تلك العلاقات في حدود صورة معينة إذا خرجت عنها تحققت المخالفة القانونية، ووجب توقيع الجزاء، فالقانون لا يسمح بالعدوان مثلاً وتحقيقاً لمبدأ عدم السماح له صاغ قواعد قانونية متعددة. منها أن كل من ارتكب خطأ الحق ضرراً بالغير يلتزم بتعويض هذا الغير عما لحقه من أضرار. وأن كل من قتل نفساً عمداً يعاقب بالإعدام⁷.

لذلك تعد القاعدة القانونية موجه تقويمي يهدف لأن يكون سلوك الأفراد على وجه معين، فمتى ما تحقق التطابق بين هذا السلوك ومضمون القاعدة القانونية تحققت غاية القانون بطريقة مثالية، وإذا لم يتحقق هذا التطابق كان العقاب كفيلاً يزرع المخالف حتى لا يعود، وردع غيره عن إتيان ذات المخالفة.

والقاعدة القانونية كموجه للسلوك الاجتماعي يقتصر اهتمامها على السلوك الخارجي للإنسان دون الاهتمام بالمشاعر والأحاسيس الداخلية. إذ لا سلطان للقاعدة القانونية على هذه

المشاعر والأحاسيس الداخلية إلا بالقدر الذي ترتبط به في السلوك الخارجي. ولو كانت هذه الأحاسيس والمشاعر تخالف المثل العليا للمجتمع. وعليه فالقانون لا يعاقب على الحقد والكراهية إذا لم يتعدى ذلك إلى تحريك تصرف خارجي يمنعه القانون كالسرقة أو الضرب أو القتل. فإذا تعدت هذه الحدود اهتم القانون بنوايا الأفراد ودوافعهم في الحدود التي ارتبطت فيها بالسلوك الخارجي، فعندما يقتل شخص آخر، فإن القانون يهتم معرفة هل كان القتل عمدياً وعقوبته الإعدام، أم بقصد دون تخطيط وإدارة، وعقوبته الأشغال الشاقة المؤقتة لمدة خمسة عشر عاماً، أم لخطأ، وعقوبته من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات⁸.

ويجدر بالذكر أن ضوابط السلوك وموجهاته في المجتمع لا تقتصر على القواعد القانونية، بل هناك موجهات أخرى كالدين وقواعد المجاملات والتي تختلف عن القاعدة القانونية في ماهيتها، وهذا ما سنعرض له لاحقاً عند تمييز القاعدة القانونية عن عما يشابهها من قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى.

المطلب الثاني: القاعدة القانونية منظم عام مجرد.

إن المقصود بأن القاعدة القانونية منظم عام مجرد أنها تتوجه بخطابها إلى كافة الأفراد والوقائع التي تتوافر فيها شروط انطباقها. إذ لا تخاطب فرداً أو واقعة بعينها، ولا يتصور أن تواجه كل ما يحدث في المستقبل من فروض وحالات فردية لذلك كان لازماً أن توجه خطابها وفقاً لأسس موضوعية مجردة⁹.

وتتحقق صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية، إذا ما انصرف خطابها لكل من تتوافر فيه شروط انطباقها من بين المقيمين على أرض الدولة، دون تمييز أو تخصيص. كقانون التوظيف أو قانون التجنيد مثلاً.

وتتوافر هذه الخصيصة في القاعدة القانونية، ما دامت موجهة لمن تنطبق عليهم شروط انطباقها، وتتوافر فيها أسس سريانها الموضوعية المجردة، ولو كان محل خطابها طائفة معينة، كالتجار والمحامين، أو شخص واحد، كرئيس الدولة أو رئيس المجلس القضائي¹⁰.

فالنص الذي يحدد شروط محدده لشغل مركز ما، يخاطب به كل من تتوفر فيه أسسه الموضوعية والمجردة، وعندها يعد النص قاعدة قانونية، لأنه يسري على كل من تنطبق فيه شروط انطباقها، بينما إذا تقدم شخص لشغل هذا المركز وتوافرت فيه تلك الشروط، وصدر القرار باختياره لذلك المركز عندها يعد القرار الصادر بإسناد المركز له قراراً فردياً¹¹.

وعلى ذلك فإن انطباق القاعدة القانونية على حالة معينة، لا تنتفي معها عموميتها، بل تواصل مسيرتها لتطبق على الحالات الأخرى التي تتوفر فيها شروط انطباقها، بينما القرار الفردي فإنه يحقق هدفه ويستنفذ أثره بانطباقه على الحالة الفردية التي صدر بشأنها¹².

وبالعمومية تتحقق المساواة بين الأفراد ويحال بين أن يكون القانون وسيلة وأداة للتحكم أو التعسف، فالقاعدة القانونية لا تنطبق على الأفراد أو الوقائع إلا إذا توافرت شروط انطباقها.

المطلب الثالث: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مكفولة بالجزاء عند مخالفتها

لكي تحقق القاعدة القانونية هدفها في إقرار الأمن والتوازن للمصالح والحقوق المختلفة في المجتمع، لا بد من أن يتخذ حكمها صورة الأمر الملزم للمخاطبين بأحكامها، بحيث لا يتخذ المشرع مع أفراد المجتمع أسلوب إجراء النصح أو الاقتراح أو الفتوى، وإلا أخطأ السبيل في تحقيق هدف توجيه وتقويم وتنظيم السلوك الاجتماعي.

ولا بتوفر عنصر الجبر والإلزام للقواعد القانونية إلا إذا كنا بصدد مجتمع ترأسه سلطة يتسنى لها قدرة الأمر والنهي وتوقيع الجزاء، سواء كان تنظيم المجتمع على صورة الدولة بمعناها الحديث، أم صورة مجتمع أقل تطوراً لحال الأسرة أو العشيرة أو القبيلة أو الإقطاعية كما هو الأمر عند العرب قبل الإسلام أو عهد الإقطاع في العصور الوسطى¹³.

فالدولة حديثاً هي التي تقوم على أعمال عنصر الإلزام في القاعدة القانونية، وتؤدي هذه المهمة بأسلوب وقائي، أي فيل حدوث المخالفة للقاعدة القانونية عندما تتوقى الضرر قبل وقوعه، إذ تسهر على حماية الأمن لمنع ارتكاب الجرائم، القتل والسرقة وغيرها من الأفعال المجرمة، أو بإيجاد العلاج اللاحق على وقوع المخالفة، وذلك من خلال توقيع الجزاء لزرع المخالف وردع غيره، وبذلك يكون الجزاء عنصراً أساسياً لفكرة الإلزام في القاعدة القانونية¹⁴.

ويقصد بالجزاء الأثر الزاجر المحسوس الذي تلحقه سلطات الدولة بالفرد نتيجة مخالفته للقاعدة القانونية، وتوقعه سلطات الدولة بالمخالف بعد استيفاء الإجراءات المطلوبة.

ويكون هذا الجزاء على صور متعددة، فقد يكون جزاءً بدنياً، كالإعدام والسجن وقد يكون مالياً كالغرامة والمصادرة، وقد يكون سياسياً كما هو الحال في أعمال المسؤولية الوزارية للحكومة أمام البرلمان، وفي حق رئيس الدولة في حل مجلس الأمة، فقد يكون جزاءً إدارياً، كحالة الجزاءات التي توقعها السلطات الإدارية على العاملين في الدولة جراء المخالفات الإدارية. وتتراوح هذه الجزاءات الإدارية ما بين الفصل من الوظيفة إلى الوقف عن العمل وتأخير الترفيع وحجب الزيادة السنوية والعلاوات والإنذار والتنبيه ولفت النظر، كما قد يكون الجزاء مدنياً، وذلك حالة التنفيذ الجبري عند بيع مال المدين لسداد ديونه¹⁵.

وعليه فالقاعدة القانونية كقاعدة سلوك اجتماعي لا يتحقق لها وصف الموجه والمنظم إلا إذا توافر لها عنصر الإلزام بحيث تكون قاعدة سلوك ملزمة فعلاً يجب كفالة احترامها عن طريق جزاء محدد، ديني أو خلقي أو مادي.

والجزاء المادي يميز القاعدة القانونية عن سائر قواعد السلوك الاجتماعي الدينية منها وقواعد المجاملات.

المبحث الثالث: طبيعة القاعدة القانونية

يقصد بطبيعة القاعدة القانونية مدى أعمال مبدأ سلطان الإرادة لإطراف العلاقات القانونية من جهة، ومدى حرية أفراد المجتمع في إبرام الاتفاقات حول المعاملات الاجتماعية بكافة أنواعها.

وإن تحديد طبيعة القاعدة القانونية بهذه المثابة تبين قوة القاعدة القانونية في فرض سلطانها على إرادة أفراد المجتمع من خلال علاقاتهم الاجتماعية المبرمة، وتوضح مدى تطبيق فكرة النظام العام في أنواع القواعد القانونية.

لذلك فإن هذا الوضع يفرض علينا معالجة هذه الطبيعة وفق ما يلي:

المطلب الأول: طبيعة القانونية من حيث سلطانها على إرادة أفراد المجتمع.

تتنوع القاعدة القانونية من حيث سلطانها على إرادة أفراد المجتمع إلى قواعد أمره، وقواعد مفسره أو مقررة، ولكل منها مدلول وآثار، والتفرقة بينهما تقوم على معايير محددة.

فمن حيث مدلول كل منها، فالقاعدة القانونية الأمرة هي موجة السلوك الاجتماعي العام المجرد الملزم الذي لا يجوز للأفراد مخالفته، ومثال ذلك قاعدة تحديد سن الرشد بثمانين عشرة سنة، أو الحد الأدنى للأجور بثمانين ديناراً، وتكون ملزمة تحت طائلة البطلان في حال مخالفتها¹⁶.

أما القاعدة القانونية المفسرة أو المقررة فهي الموجة الاجتماعي العام المجرد ويجوز للأفراد مخالفته، ولا يكون ملزماً إلا إذا اتفق الأفراد على تطبيقه، ومثال ذلك قاعدة تسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع، ويمكن الاتفاق بين البائع والمشتري على أن يسلم المبيع بعد إصلاحه¹⁷.

أما بالنسبة لمعيار التفرقة بين القواعد الأمرة، والقواعد المفسرة أو المقررة، فقد ساق الفقه معيارين لذلك هما:

1- المعيار اللفظي الحاسم.

يعتمد هذا المعيار على الصياغة اللفظية للقاعدة القانونية للتفرقة بين القاعدة الأمرة والقاعدة المفسرة أو المقررة، إذ العبرة هنا بالألفاظ والمباني لا بالمقاصد والمعاني، بحيث لو ورد النص بصيغة الأمر أو النهي، فهي قاعدة أمر كقول (يجب، أو لا يجوز، يتعين) فهنا القاعدة أمره لا سلطة تقديرية فيها لأي إرادة أخرى¹⁸.

أما إذا ورد النص على القول (يجوز، للمحكمة) فهذه الصياغة تدلل على القاعدة المفسرة أو المقررة ومثال ذلك ما قضت به المادة (364/1) من القانون المدني الأردني عندما قالت (يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون) وقولها في الفقرة الثانية (ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك).

وعلى ضوء هذا التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المقررة فإن المعيار اللفظي الحاسم لا يمكن استخدامه إلا حيث يوجد نص صريح بالأمر أو النهي، ولكن معظم الصيغ التشريعية لا تلجأ لهذا النص الصريح فما الحل، وما هو المعيار المعتمد في تلك الحالة؟ فكان الرأي الفقهي أنه المعيار التقديرى المرن.

2- المعيار التقديرى المرن.

يقوم هذا المعيار على أساس تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام أو حسن الآداب، فإذا كانت القاعدة القانونية تتعلق بالنظام العام أو حسن الآداب، فإنها تكون أمره، ولا يجوز لإرادة الأفراد ورغباتهم مخالفتها، وإذا كانت القاعدة القانونية لا تتعلق بذلك، فإنها تعتبر مفسرة أو مقررة¹⁹.

إلا أنه ومن وجهة نظري فإن هذا المعيار غير دقيق كون فكرة النظام العام غامضة ومتطورة ومتغيرة كونه لا يمكن وضع تعريف جامع مانع لها، ومتطورة ومتغيرة من حيث ما يعد في زمان ومكان معين من النظام العام، قد يكون غير ذلك في مكان وزمان آخر، فالتأمين كان محرماً في الماضي بتأثير الكنيسة المسيحية في الغرب، وبعد ذلك أصبح معترفاً به، وكذلك تعدد الزوجات وقضايا الأحوال الشخصية هي من النظام العام عند المسلمين وغير ذلك عند غيرهم، وعليه لا يصلح معياراً للتمييز بينهما.

المطلب الثاني: فكرة النظام العام وتطبيقها على فروع القانون.

يعرف النظام العام بأنه كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها²⁰.

ولذلك تطبق فكرة النظام العام على فروع القانون بحيث يمكن القول أن قواعد القانون العامة بفروعه، تعتبر من النظام العام باعتبارها تمثل سيادة الدولة ومصلحتها الأساسية العليا، وأن جميع فروع القانون الخاص لا تتعلق بالنظام العام لأنها تتعلق بمصالح الأفراد الخاصة.

وعليه فالأساس في التمييز هنا هو مدى التعلق بنظام الدولة ومصلحتها العليا، ومصالح الأفراد الخاصة.

ومن وجهة نظري فإن هذا المعيار قديم وانسجماً مع تطور وتغير معيار النظام العام واستجابة للدور الاقتصادي، وتحول الدولة من الدور الحارس إلى الدور المشارك فإن معيار النظام العام لا يقوم الآن على فكرة السيادة ونظام الدولة، بل صار يقوم على مدى القوة الاقتصادية فالعبرة بمدى القوة الاقتصادية في الدولة والقدرة على إملاء شروطها وتحقيق الامتيازات في العقود التي تبرمها مع الأفراد باعتبار الدولة تمثل المصلحة العامة، والفرد يمثل المصلحة الخاصة.

وهذا بخلاف العلاقات التي تدخل فيها الدولة لا بصفتها تمثل المصلحة العامة ولغايات النفع العام بل بصفتها شخصاً عادياً فإن العلاقة هنا تصبح في بوثقة المصالح الخاصة.

ويجدر بالذكر أن جميع قواعد الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والطلاق والنفقات والميراث والوصية كلها من النظام العام ولا دور للإرادة فيها بالنسبة للأفراد.

المبحث الرابع: تمييز القاعدة القانونية عن قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى

إن الروابط والعلاقات التي تنشأ بين أفراد المجتمع، لا يقتصر موجهها على القاعدة القانونية، بل يشاركها في ذلك مجموعة أخرى من قواعد السلوك الاجتماعي التي تفرض على الأفراد إطاراً يجب أن تدور في حدوده أفعالهم وتصرفاتهم ورغم ما قد يجمع بين هذه القواعد والقاعدة القانونية من سمات إلا أنها تختلف عنها من نواح شتى²¹.

وتتخصر هذه القواعد بقواعد الدين، والأخلاق، وقواعد المجاملات وسنتناول تفصيلها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: القاعدة القانونية وقواعد الدين.

تعرف قواعد الدين بأنها مجموعة المبادئ التي تعتقد مجموعة من الناس أنها صدرت عن الله سبحانه وتعالى، على صورة أوامر توجه لإتباع أنماط السلوك وفي صورة نواه باجتناب أخرى، تحت طائلة عقاب يهدد المخالف.

وتهدف قواعد الدين إلى تنظيم المجتمع الإنساني ورفاهيته، وهو نفس الهدف التي تسعى له القواعد القانونية، إلا أن وسيلة قواعد الدين في تحقيق ذلك تعد أوسع نطاقاً من القواعد القانونية إذ أن القاعدة القانونية تقتصر على تنظيم علاقة الفرد بغيره، بينما قواعد الدين تتجاوز ذلك إلى تنظيم علاقة الفرد بغيره وبربه ومع نفسه، وذلك لتحقيق غاية سمو الإنسان إلى أكمل مدارج الرقي²².

ومع ذلك فإن هناك فروقاً أساسية بين قواعد الدين والقواعد القانونية يمكننا إجمالها بما يلي:

(1) من حيث نطاق اهتمام كل منهما، فقواعد الدين تعني عناية فائقة بالبواعث والنوايا الداخلية ولو لم ترتبط بالسلوك الخارجي إذا تدعو إلى المودة وحسن السريرة نحو الآخرين، وذلك

سعيًا للارتقاء بالمجتمع عن طريق تربية الإنسان بالكامل، بينما قواعد القانون ينصب اهتمامها على العلاقات الاجتماعية وما يرتبط بها من مظاهر السلوك الخارجي.

(2) من حيث الصياغة، إن القواعد القانونية – في العادة – تصاغ في نصوص محدده لمواجهة فروض معينة، بينما قواعد الدين تصاغ على الأغلب في إطار مبادئ وأوامر عامة.

(3) من حيث الجزاء، تعتمد القاعدة القانونية على الجزاء المادي المحسوس الذي يطبق على المخالف بعد وقوع المخالفة مباشرة، بينما قواعد الدين فإن جزاء مخالفتها مؤجل للأخرة.

(4) من حيث الثبات والاستقرار، فإن قواعد القانون متغيرة حسب ظروف العلاقات الاجتماعية ومستجداتها، بينما قواعد الدين ثابتة في أصول وقابلة للاجتهاد في فروعها.

(5) من حيث مصدرها، فالقواعد القانونية من صنع البشر أما قواعد الدين فهي ذات مصدر إلهي من الله عز وجل.

المطلب الثاني: القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق.

يقصد بقواعد الأخلاق المثل التي استقرت في المجتمع لدعم السلوك الإيجابي والحض عليه، وقمع السلوك السلبي والنهي عنه بين أفرادها، إذ تدعوا قواعد الأخلاق إلى كل فضيلة وتنهي عن كل رذيلة.

وبذلك تنفق قواعد القانون وقواعد الأخلاق من حيث الهدف بحيث تسعى كل منهما إلى تمثل قواعد سلوك اجتماعية عامة لغايات تنسيق وتنظيم التعايش بين أفراد المجتمع.

لكن هناك فروقاً بينهما من وجوه عدة، يمكن تحديدها بما يلي:

(1) من حيث نطاق كل منهما، تسعى قواعد الأخلاق لتقويم شخصية الفرد والارتقاء بهما، بحيث تقتضي قواعد الأخلاق تنظيم علاقة الفرد بأمثاله، وتوجيه واجب الفرد نحو نفسه، وما يعتمل في ضميره من نوايا واحساسات، بينما تهتم القاعدة القانونية بسيادة النظام الاجتماعي بهدف تنسيق الروابط بين الأفراد، مقتصرة على تنظيم علاقة الفرد بأمثاله فقط.

وعليه فإن هناك مظاهر اتصال وانقطاع بين دائرتي نشاط القواعد القانونية وقواعد الأخلاق فمن حيث مظاهر الاتصال فهناك العديد من القواعد القانونية تعبر عن مضمون قواعد أخلاقية استقرت في المجتمع، كون الفرد يضع قوانينه إنما يصيغها على ضوء حصيلة تجاربه ومفاهيم القيم التي استقر عليها مجتمعه، فالنصوص القانونية التي تحرم القتل والسرقة والاحتيال والاختلاس، ما هي إلا إقراراً للأخلاق الفاضلة.

وكذلك إذا نظرنا إلى تطور القاعدة القانونية من زاوية علاقتها بالأخلاق لوجدنا أن الصلة بينهما تتأكد باستمرار، فبعض مبادئ المساعدة والتعاون كانت لوقت قريب هي مجرد قواعد أخلاقية، وحديثاً صارت واجبات قانونية محددة تحت طائلة الجزاء الرادع، ومثال ذلك (قوانين العمل).

(2) من حيث الصياغة، توضع القواعد القانونية في نص محدد بينما قواعد الأخلاق فهي مبادئ عامة تستقر في ضمائر الأفراد ووجدانهم، لذلك يكون الامتثال لها يتفاوت من فرد لآخر.

(3) من حيث الجزاء، تتميز الأخلاق بأنها تتضمن جزاءً معنوياً يتمثل في تأنيب الضمير، واستهجان وتوبيخ من قبل المجتمع، وبالتالي فهو جزاء معنوي لا تقف على تنظيمه وحمايته سلطة منظمة، بخلاف الجزاء في القاعدة القانونية، الذي سبق بيانه.

المطلب الثالث: القاعدة القانونية وقواعد المجاملات.

قواعد المجاملات هي مبادئ ومثل عليا تستهدف تحقيق التواصل الاجتماعي بين أفراد المجتمع كجعل حياة الأفراد أكثر رقياً وتهذيباً، وذلك لتحقيق العناية المتبادلة في المناسبات المختلفة، كالتهنئة والتعزية وزيارة المرضى، فهي قواعد أقرب إلى الكماليات الحياتية، تدعو إلى التضامن والتعاون بين أفراد المجتمع.

ومع ذلك فهي بعيدة عن التنظيم القانوني، وصورة الجزاء فيها انعدام التواصل والقطيعة والمعاملة بالمثل.

الفصل الثاني

مصادر القاعدة القانونية

تعني كلمة المصدر المنبع الذي تستمد منه القاعدة القانونية، وهي تحدد من أين تأتي هذه القاعدة القانونية، سواء من الناحية التاريخية، وذلك بالبحث عن الجذور التاريخية التي تستند إليها القاعدة القانونية، ومتى وكيف نشأت، ومراحل تطورها حتى وصلت إلينا في صورتها الحالية، مما يساهم في فهم وتفسير تلك القاعدة بوضعها الحالي.

فقواعد القانون الأردني الحالية تستمد بعض أصولها من أحكام الشريعة الإسلامية، والبعض الآخر من أحكام القوانين الوضعية الغربية وخاصة القانون الأنجليزي والفرنسي، إذ أن القانون الفرنسي يستند بدوره إلى قواعد القانون الروماني، الأمر يفرض علينا لفهم مضمون ومنطلق قانوننا الوطني الرجوع إلى قواعد هذه المصادر التاريخية، ويطلق عليه المصدر التاريخي.

ومن زاوية أخرى قد يتخذ البحث عن المصدر وجهة اجتماعيه، عندها يتعين أن ينصرف توجه الباحث نحو تقصي المعطيات والعناصر الاجتماعية التي أدت إلى خلق القاعدى القانونية، والتي هي حصيلة تجارب المجتمع، ووليدة حاجته الاجتماعية، لذلك يتعين تحديد دور العوامل الاجتماعية التي ساهمت في نشأتها، وبيان مدى تأثير القاعدة القانونية على المشاكل والفروض التي وضعت من أجلها.

ومن زاوية أخرى في تحديد المصدر، البحث عن الوسيلة الشكلية التي تخرج بها القاعدة القانونية كقاعدة ملزمة مكفولة بجزاء يفرض وجودها على أفراد المجتمع ومؤسساته، مما يعبر عن الطريق الرسمي الذي تمر به قاعدة السلوك الاجتماعي لدخولها قواعد القانون الوضعي، ويسمى المصدر من هذه الزاوية بالمصدر الشكلي أو الرسمي للقاعدة القانونية، وتختلف هذه المصادر

الرسمية ودرجة أهميتها حسب اختلاف مراحل التطور للمجتمعات البشرية، ويطلق عليه المصدر المادي.

فقد كان العرف ثم الدين من أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية غير أن تطور المجتمعات، وازدياد تنظيمها السياسي، ورسوخ وازدهار فكرة الدولة جعل من التشريع المصدر الرسمي الأول من حيث الأهمية في أغلب القوانين الحديثة، ويطلق عليه المصدر الرسمي.

وعلى ضوء هذه المعطيات لكلمة المصدر بالنسبة للقاعدة القانونية سنعالج مصادر القاعدة القانونية وفقاً لرأي المشرع الأردني.

وقد قضت المادة الثانية من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 بأنه:

(1) تسرى نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص.

(2) فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم تجد فيقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية.

(3) فإن لم تجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم تجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً مطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب، أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمة على ذلك البلد.

(4) ويستترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر.

وعلى ضوء هذا النص، فقد حدد المشرع الأردني مصادر القاعدة القانونية باعتبارها مصادر رسمية، ملزم اتباعها من قبل المحكمة، على التوالي وتباعاً عند بحثها عن النص للفصل في الخصومة المنظورة لديها، تحت طائلة نقض حكمها في حال المخالفة لهذا الترتيب.

وعليه حدد المشرع الأردني مصادر القاعدة القانونية حسب نص المادة الثانية من القانون المدني بما يلي:

2- أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص التشريع.

3- مبادئ الشريعة الإسلامية.

4- العرف.

5- قواعد العدالة.

وسنعالج هذه المصادر تباعاً وفقاً للمباحث الآتية:

المبحث الأول: التشريع

يطلق مصطلح التشريع على كل قاعدة مكتوبة تصدرها السلطة العامة وفقاً للقواعد الدستورية السارية في الدولة، وعلى هذا يتميز التشريع على أنه:

(1) من الناحية الشكلية قاعدة مكتوبة صادرة عن السلطة المختصة طبقاً للدستور.

(2) من حيث مادته يتميز بذات خصائص القاعدة القانونية من حيث صفة العمومية والتجريد، وقاعدة سلوك اجتماعي، مكفولة بالجزاء تحقيقاً للإلزامية في حكمها.

ويهمنا في هذه الدراسة، معالجة التشريع بمعناه الذي يجمع خصائص القاعدة القانونية.

وإن التشريع بهذا المعنى يؤدي إلى صياغة القاعدة القانونية كتابة، مما يحقق الوضوح في تلك القاعدة، والتحديد والضبط في معناها، وصولاً للاستقرار في العلاقات القانونية، بحيث يستطيع كل فرد معرفة الحدود التي يستطيع أن يتحرك فيها بنشاطه وروابطه مسبقاً، ووضوح ما يرتبه القانون على الإخلال بأحكامه من جزاء.

كما يمتاز التشريع بعمومية سريانه على جميع إقليم الدولة، مما يحقق بوحدته هذا الاستقرار والتجانس في حكم معاملات أفراد المجتمع.

كذلك يعد التشريع وسيلة سريعة لملاحقة التطورات والمستجدات في المجتمع أسرع من التشريع لسن القوانين ووضع الحلول لمواجهة هذه الظروف.

وبناء على هذه المزايا للتشريع، رجحت كفته على غيره من المصادر الأخرى للقاعدة القانونية.

ومع ذلك فإن للتشريع عيوب وهنات، مما دفع بالفقه للقول بعدد من هذه العيوب تمثلت بما

يلي:

1- إن التشريع لا يعكس دوماً عنصر التلقائية الاجتماعية في تكوين القاعدة القانونية، فالدولة هي التي تضع القاعدة القانونية وتفرضها، وقد يؤدي ذلك إلى إتيان حكمها على غير ما يطابق ظروف الجماعة واراقتها الحقيقية.

ويمكن الرد على هذا النقد، بأن الخلل لا يعود للتشريع بقدر ما يكون خللاً في التطبيق الديمقراطي، والمفروض أن يصدر التشريع عن سلطة ممثلة للجماعة تصدر تشريعاً يلائم ظروفها ومقتضيات حياتها.

2- إن القاعدة القانونية قاعدة جامدة كونها مكتوبة بألفاظ محددة، ليس يسيراً تطويرها لمواجهة الظروف المستجدة في المجتمع.

ويرد على ذلك أن وسائل تفسير القاعدة القانونية تعطيها قدراً من المرونة في التطبيق لمواجهة تلك المستجدات، وبنفس الوقت فإن تعديل التشريع أو إلغائه عندما تقتضيه الضرورة لم يعد إجراءً معقداً.

وعلى ضوء هذه المسائل المتعلقة بالتشريع، سنتناولها بالدراسة ضمن ثلاثة مطالب، أولها: يخص أنواع القواعد التشريعية، ثانيها: يخص تدرج القواعد التشريعية، وثالثها: يخص إلغاء التشريع.

المطلب الأول: أنواع التشريع.

تحمل القواعد التشريعية بالمعنى العام والصادرة عن الدولة أوصافاً مختلفة هي الدستور، القانون والنظام، ولكل فئة منها معنى يختلف اختلافاً بيناً عن معنى الفئات الأخرى.. لذلك كان من اللازم بيان المقصود بكل منها مع التمييز بينها تمييزاً كاملاً.

الفرع الأول: القانون الدستوري.

الدستور هو مجموعة القواعد الأساسية التي تنظم الدولة والحكومة وحقوق كل من الحكام والمحكومين، والعلاقات بين سلطات الدولة المختلفة السلطة التشريعية – السلطة القضائية – السلطة

التنفيذية ، ويعبر هذا التعريف عن المعنى الموضوعي أو المادي للدستور.. أما من الناحية الشكلية فيقصد بالدستور صدور القواعد المذكورة في شكل وثيقة دستورية عن السلطة المختصة بذلك.

ولم يستخدم اصطلاح الدستور في المملكة الأردنية الهاشمية إلا منذ عام 1946، أما قبل هذا التاريخ فقد كانت القواعد الأساسية المنظمة للدولة تحمل اسم القانون النظامي أو القانون الأساسي

23.

ويجب وفقاً للمفاهيم الديمقراطية السليمة أن يوضع الدستور من جانب هيئة تأسيسية ينتخبها الشعب خصيصاً لهذا الغرض، وقد يعرض الدستور بعد ذلك على الشعب مباشرة للموافقة عليه.

وهناك أسلوب آخر لوضع الدستور اندحر مع ازدهار الوعي الديمقراطي هو أسلوب المنحة، ومن مقتضاه أن يتنازل الحاكم صاحب السلطة المطلقة عن بعض سلطاته للشعب، ويصدر هذا التنازل في صورة دستور ممنوح، وترجع هذه التسمية إلى كون الدستور في هذه الحالة مجرد تنازل إرادي من جانب حائز السلطة دون أن يتوقف سريانه على مناقشة أو موافقة الشعب أو ممثليه.

ويحتل الدستور قمة التنظيم القانوني في الدولة فهو يسمو على كافة السلطات وعلى جميع قوانينها الأخرى، فلا يجوز لأية سلطة أن تخرج على أحكامه، كما لا يجوز لأي قاعدة قانونية أن تخالف تلك الأحكام.

وفي المملكة أول قانون أساسي يحمل مضمون الدستور سنة 1928 وقد ألغى هذا الدستور بموجب ما صدر في سنة 1946، والدستور المعمول به حالياً هو الدستور الدائم الصادر سنة 1952، وقد أدخلت عليه تعديلات.

الفرع الثاني: التشريع العادي.

يقصد بالتشريع العادي القانوني بالمعنى الضيق، أي القواعد القانونية التي تصدرها الهيئة الخاصة صاحبة السلطة التشريعية في الدول في حدود مالها من اختصاصات وفقاً للدستور.

ويسند الدستور الحالي للمملكة الأردنية الهاشمية اختصاص سن التشريعات للسلطة التشريعية المكونة من مجلس الأمة، الذي يتكون من مجلس معين من قبل الملك ويسمى مجلس الأعيان، ومجلس منتخب من الشعب، ويسمى مجلس النواب²⁴.

والأصل أن سلطة سن القوانين حكر على السلطة التشريعية، فمجلس الأمة وحده يملك اختصاص مناقشة القوانين وسلطة إقرارها والموافقة عليها.. ولا يجوز للسلطات الأخرى في الدولة الخروج على هذا الاختصاص، فالسلطة التنفيذية مكلفة بتنفيذ القانون والسهر على تطبيقه دون أن تملك سلطة إنشائه، والحال كذلك بالنسبة للسلطة القضائية فمهمتها تنحصر في تطبيق القانون على ما يعرض عليها من منازعات دون أن تستطيع خلق قواعد قانونية جديدة.

غير أن مبدأ قصر الوظيفة التشريعية على مجلس الأمة قد ترد عليه بعض الاستثناءات المقيدة والمحددة، فالدستور الأردني لعام 1952 يجيز للسلطة التنفيذية إصدار تشريعات عادية عندما يكون مجلس الأمة غير منعقد أو منحللاً، بحيث يجوز لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين عادية مؤقتة في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية لا تحتمل التأخير أو تستدعي صرف نفقات مستعجلة غير قابلة للتأجيل، ويكون لهذه القوانين المؤقتة التي يجب أن لا تخالف أحكام الدستور قوة القانون على أن تعرض على مجلس الأمة في أول اجتماع يعقده، وللمجلس أن يقر هذه القوانين أو يعدلها، أما إذا رفضها فيجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن بطلانها فوراً ومن تاريخ ذلك الإعلان يزول مفعولها على أن لا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة²⁵.

ويمر هذا التشريع قبل أن تكتمل له عناصر الوجود والنفاد بمراحل متعددة، تبدأ باقتراح مشروع القانون، وتنتهي بنشره في الجريدة الرسمية.

1- مرحلة الاقتراح والفحص.

وهي البداية المنطقية للعمل التشريعي، فحين تلمس الحكومة الحاجة إلى إصدار قانون معين، تتقدم بمشروع تعرضه على السلطة التشريعية، وقد تأتي هذه المبادرة من جانب أعضاء

مجلس الأمة، عشرة أعضاء أو أكثر أن يقترحوا القوانين، ويحال كل اقتراح على اللجنة المختصة في المجلس لإبداء الرأي²⁶.

فإذا رأى المجلس قبول الاقتراح أحالة على الحكومة لوضعه في صيغة مشروع قانون وتقديمه للمجلس في الدورة نفسها، أو في الدورة التي تليها²⁷.

والغرض من إحالة مشروعات القوانين إلى اللجنة المختصة هو توخي الجدية في فحصها من جانب أشخاص محدودي العدد (أعضاء اللجنة) ويتمتعون غالباً بخبرة وتخصص فني، لذلك كانت تقارير اللجان خير عون في مناقشات مشروعات القوانين لرفضها أو إقرارها.

2- مرحلة المناقشة والتصويت.

بعد أن تعد اللجنة المختصة تقريرها عن مشروع القانون تقوم بعرضه على المجلس لكي يجري المناقشة على ضوء ما انتهى إليه التقرير من آراء ونتائج²⁸.

ويلاحظ أنه لا يجوز للمجلس أن يتخذ قرارات إلا إذا حضر أغلبية أعضائه وفي غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة تصدر القرارات بأكثرية الأعضاء الحاضرين وعند تساوي الآراء يعتبر صوت الرئيس مرجحاً (م84).

وعند مناقشة المشروع يجب أخذ الرأي فيه مادة (107) .. ومعنى هذا أنه لا يجوز إقرار المشروع ككل إلا بعد التصويت على مواده مادة مادة. ويجدر بالذكر أن من حق مجلس الأمة إجراء التعديلات التي يراها على المشروعات المقدمة إليه، وتنتم الموافقة على مشروع القانون بحصوله على الأغلبية للحاضرين.

وإذا رفض المجلس مشروع القانون المقدم من الحكومة، لا يجوز لهذه الأخيرة أن تعيد تقديمه مرة أخرى في أثناء نفس الدورة البرلمانية، وكذلك إذا كان المشروع قد قدم من جانب أعضاء المجلس فإن رفضه يؤدي إلى عدم إمكان عرضه مرة أخرى في نفس الدورة (م 93/4).

3- مرحلة الإصدار.

بعد أن تتم موافقة مجلس الأمة على المشروع تقوم أمانة المجلس بإرساله إلى جلالة الملك لإصداره.. ويتم الإصدار بأن يوقع الملك على القانون ويصدر أمره إلى عمال السلطة التنفيذية بتنفيذه واحترام أحكامه.. وبتمام الإصدار يصبح المشروع قانوناً قابلاً للنفاد، بعد نشره في الجريدة الرسمية²⁹.

4- مرحلة النشر.

إذا ما تمت مرحلة الإصدار، صار المشروع قانوناً قابلاً للنفاد.. ولكنه لا يصبح ملزماً للمخاطبين بأحكامه إلا بنشره في الجريدة الرسمية.. ويجب هنا تحديد مدى إلزام القانون بعد إصداره وقبل نشره.. قال بعض الفقهاء أن القانون يصبح ملزماً للسلطات العامة بمجرد إصداره وأن تأخير النشر يؤدي إلى عدم إلزامه في مواجهة الأفراد فقط³⁰.

غير أن القول بإلزام القانون لسلطات الدولة بمجرد إصداره يوجب التسليم بنشأة حقوق للأفراد بمجرد الإصدار، وتلك نتيجة يصعب التسليم بها، لذلك فالأرجح أن نفاذ القانون وقوته الملزمة سواء بالنسبة لسلطات الدولة والأفراد على السواء لا يتحققان إلا بنشر القانون في الجريدة الرسمية.. فإذا تقاعست السلطة التنفيذية عن نشر القانون فإن ذلك قد يرتب مسئوليتها السياسية أمام الرأي العام وأمام البرلمان أما بالنسبة للأفراد فليس أمامهم سوى المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر نتيجة عدم نشر القانون، وحتى بالنسبة لهذه المحاولة فإنه يمكن التشكيك في إمكان مساءلة الدولة مدنياً على هذا النحو، ذلك أن النشر وهو عمل متعلق بالتدابير التشريعية يمكن إدخاله ضمن أعمال السيادة³¹.

تعريف النشر وبيان آثاره:

هو إعلان مرسوم الإصدار لكي يعلم الناس بأحكام القانون.. ويتم هذا الإعلان وفق أحكام الدستور في الجريدة الرسمية، ولا يصبح القانون ملزماً للمخاطبين به بمجرد نشره.. فقد نص الدستور على أن يكون النفاذ بعد شهر من النشر (93).

وبالتالي فالأصل ألا يبدأ العمل بالقانون إلا بعد مرور شهر من اليوم التالي لنشره.. ولكن المادة (93) من الدستور أجازت أن يحدد القانون ذاته موعداً آخر لبدء العمل به.. فقد تقتضي الظروف إطالة المدة.. وقد تدعو على العكس إلى إنقاصها.

والحكمة من تعليق نفاذ القانون على نشره هي أنه من غير المعقول أن يطبق القانون على الأفراد دون أن تتخذ الدولة أي إجراء لإعلامهم بصدوره، فالنشر إذن هو وسيلة هذا الإعلام.

ويلاحظ أن النشر في الجريدة الرسمية هو الوسيلة الرسمية المعتمدة دستورياً لكي يعلم الناس بصدور القانون، وبالتالي فلا يغنى عن اتخاذ أي سبيل آخر حتى ولو كان هذا السبيل أكثر انتشاراً من الجريدة الرسمية كالصحف الكبرى والإذاعة والتلفزيون.

وعلى العكس من ذلك يفترض علم الكافة بأحكام القانون بغض النظر عن علمهم فعلاً بصدوره فلا يجوز لأحد أن يدعي أو يثبت جهله بصدور القانون بحجة غيابه في الخارج مثلاً أو بحجة عدم إلمامه بالقراءة والكتابة ولقد صيغ هذا المبدأ في إطار قاعدة تقول لا يعذر أحد بجهله بالقانون ويبرر تطبيق هذا المبدأ بعدم إفساح المجال أمام الأفراد لفشل تطبيق القانون، فبغير ذلك يمكن للغالبية العظمى من الأفراد أن تدعي هذا الجهل وبالتالي تتخلص من تطبيق القانون.

ويرد على هذه القاعدة السابقة استثناء هام في حالة القوة القاهرة.. فإذا حدثت ظروف القاهرة استحال معها وصول الجريدة الرسمية إلى أحد أقاليم الدولة كالغزو الأجنبي أو الفيضان، أمكن للمقيمين في هذا الإقليم الاعتذار بالجهل بالقانون إلى أن تنتهي الظروف القاهرة³².

ويضيف بعض الفقه إلى هذا الاستثناء حالتين أخريين هما حالة الغلط في القانون، وحالة امتناع المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير جنائية تؤسس عليها العقوبة:

الحالة الأولى: الغلط في القانون.

قد يقع أحد المتعاقدين في غلط في القانون بمناسبة إبرام تصرف معين ومن قبيل ذلك أن يبيع وارث حصته في التركة معتقداً إنها الربع فإذا به يكشف أن القانون يقرر له النصف.. ففي هذه

الحالة يجوز لمن وقع في الغلط في القانون أن يطلب إبطال عقد البيع المذكور. وقد ذكر بعض الفقه أن مثل هذا الفرض يعبر عن جواز الاعتذار بالجهل في القانون في الحالة المذكورة³³.

ولكن جانباً آخر من الفقه لا يعتبر أن الفرض السابق يمثل اعتذاراً بالجهل بالقانون.. ذلك أن البائع في المثال المذكور لا يعتذر بالجهل بالقانون لكي يستبعد تطبيق القواعد القانونية وهو ما تحول دونه قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون - ولكنه على العكس يتمسك بتطبيق القاعدة القانونية الصحيحة.. وبالتالي فإن الاعتذار بالغلط في القانون يستهدف عكس النتيجة التي تستهدفها قاعدة الاعتذار بالجهل بالقانون.

وبالتالي فإن أي شخص يدعي غلطاً في القانون ويطالب بناء عليه بإبطال الاتفاق تعين أن يجاب إلى طلبه طالما أنه يتمسك بأعمال القاعدة القانونية الصحيحة، أما إذا كان الهدف هو استبعاد تطبيق القانون استناداً إلى الغلط فإن ذلك لا يجوز باعتباره خروجاً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون.. وتطبيقاً لهذا التحديد الأخير لا يجوز للمقترض طلب إبطال عقد القرض الذي نص على فائدة تجاوز الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية استناداً إلى الغلط في القانون بل يجب أن يظل العقد قائماً مع رد الفائدة إلى الحد القانوني.

الحالة الثانية: إمتناع المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير جنائية تؤسس عليها العقوبة الجنائية.

قد تستند العقوبة الجنائية إلى أحكام قانونية غير جنائية، فإذا اعتذر المتهم بجهله بهذه الأحكام تعين أن ترفع من على عاتقه المسؤولية الجنائية.. ومن هذا القبيل أن يجمع شخص بين امرأة وابنه أختها غير عالم بتحريم الجمع بين امرأتين تربط بينها صلة القرابة المذكورة، ففي هذه الحالة تمتنع المسؤولية الجنائية بحكم انتفاء القصد الجنائي للجهل بأحكام القوانين غير الجنائية.

ويلاحظ على هذه الحالة أنها لا تمثل استثناءً حقيقياً على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، ذلك أن القاعدة القانونية لا تستبعد بل تظل سارية ومطبقة غاية الأمر أن المسؤولية الجنائية تنحسر نتيجة لأن عدم العلم يؤدي إلى انتفاء القصد الجنائي على النحو السابق الإشارة إليه³⁴.

الفرع الثالث: التشريع الفرعي أو الأنظمة التنفيذية.

يطلق اسم النظام على القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية متضمنة قواعد عامة مكتوبة.. وتصدر هذه الأنظمة عادة عن الهيئات الإدارية التي تملك سلطة التنظيم.. وتحتوي تلك الأنظمة على قواعد عامة ومجردة، وبالتالي فهي تشتهر بالقانون من الناحية الموضوعية، ولكنها تختلف عنه في أمور شتى، فمن الناحية الشكلية يصدر القانون عن السلطة التشريعية التي تنفرد بممارسة هذا الاختصاص (باستثناء تشريعات الضرورة والظروف الاستثنائية) أما الأنظمة فتصدر عن السلطات الإدارية.

ومن ناحية أخرى نجد أن نطاق نشاط الأنظمة يتقيد بمبدأ عام هو ضرورة خضوعها لأحكام القانون لأنها أقل منه في سلم التدرج التشريعي، كما أن هناك من المجالات ما لا تستطيع الأنظمة اقتحامها لأن التشريع يحتفظ فيها بمطلق سلطانه.

والحكمة من إقرار سلطة إصدار قواعد عامة في صورة أنظمة هي ضرورة إعطاء السلطة التنفيذية أداة تشريعية لتنظيم ما يدخل في اختصاصاتها الإدارية كمسائل التنظيم والأمن والبوليس، هذا فضلاً عن أن السلطة التشريعية لا تستطيع حين تضع القوانين أن تتعرض لكافة التفاصيل، لذا كان من الملائم ترك أمرها للهيئات الإدارية وهي أكثر احتكاكاً بالحياة العملية.. لذلك تحقق الأنظمة التشريعية عنصراً من عناصر المرونة الضرورية. ويتأكد هذا الدور إذا علمنا إن الأنظمة يمكن تغييرها لمواجهة تطور الحياة الاجتماعية مع بقاء القانون على حالته، كما يمكن وضعها بصورة تختلف من إقليم إلى آخر في إطار الدولة الواحدة. وتلك اعتبارات يصعب على المادة التشريعية تحقيقها.

وتنقسم الأنظمة إلى أنواع ثلاث:

(1) الأنظمة التنفيذية:

وهي التي تصدر تنفيذاً للقانون، وتتضمن التفاصيل اللازمة لهذا التنفيذ، ولذلك فهي لا تتعدى حدود هذا القانون ولا تستطيع مخالفة أحكامه.. وقد نصت المادة (31) من الدستور أن الاختصاص بإصدار هذه الأنظمة منوط بالملك وله أن يفوض غيره في إصدارها كما يجوز أن

يعين القانون من يصدر الأنظمة التنفيذية بغير حاجة إلى نص صريح في القانون، غير أن القانون حين ينص على صدور أنظمة تنفيذية لإحكامه فإن إصدارها يصبح ملزماً للسلطة التنفيذية التي تحرم في هذه الحالة من سلطة التقدير³⁵.

ولكن هل يتوقف نفاذ القانون على صدور أنظمة تنفيذية؟ يذهب الفقه إلى أن نفاذ القانون لا يتوقف على صدور أنظمة تنفيذية إلا في حالتين:

(أ) حالة النص الصريح على ذلك.

(ب) حالة تعذر أو استحالة تطبيق القانون بغير الأنظمة التنفيذية.

(2) اللوائح التنظيمية:

وهي اللوائح التي تصدر بترتيب المصالح والمرافق العامة، وهي بعكس ذلك سابقتها. لا تصدر تنفيذاً لقانون سبق صدوره، بل تصدر استقلالاً لتنظيم موضوعات جديدة ومن أمثلتها اللوائح التي تصدر لتنظيم سير العمل بمرافق النقل العام، أو بتنظيم إحدى المصالح العامة للأخرى.

وقد أسندت المادة (31) من الدستور سلطة إصدار هذه اللوائح للملك أو من يفوضه. ويقصد بترتيب المصالح العامة معنى واسعاً، فهو يشمل الإنشاء والتعديل والإلغاء.

(3) لوائح البوليس أو الضبط:

وهي اللوائح التي تصدر لتأكيد حماية الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، ومن أمثلتها لوائح المرور، واللوائح المتعلقة بالمحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة.

ويختص جلالة الملك بإصدار هذه اللوائح (م 31) وتعتبر هذه اللوائح أخطر من النوعين السابقين.. فرغم التزامها بالقوانين وعدم مخالفتها إلا أنها قد تورد قيوداً على حريات الأفراد وحقوقهم.. لذلك يفرض القضاء الدستوري بعض المبادئ على سلطان الإدارة في هذا الشأن، فيجب عليها أن تلتزم جانب التوفيق بين مقتضيات النظام العام وبين متطلبات حريات الأفراد وحقوقهم، كما أن الشك في مدى مشروعية اللائحة يجب أن يفسر لمصلحة الحرية.

ونظراً لخطورة هذه اللوائح فإن الجدل يثور حول مدى دستوريته في ظل الدساتير التي تضع نصوصاً صريحة بإباحتها.

المطلب الثاني: تدرج التشريع.

يبين مما سلف أن هناك ثلاثة أنواع من التشريعات: الدستور والقانون والنظام.. وتدرج هذه التشريعات من حيث القوة تنازلياً، ففي القمة يوجد الدستور وهو أسمى القواعد القانونية في الدولة وأعلاها قدراً، يليه في المرتبة القانون الذي يصدر عن السلطة التشريعية، وفي أدنى سلم التدرج توجد الأنظمة.

ويؤدي منطق التدرج على الوجه السابق إلى وجوب تقيد القاعدة الأدنى بالقاعدة الأعلى.. وبالتالي فلا يجوز للأنظمة أن تخالف القانون كما لا يجوز لها، ومن باب أولى أن تخالف الدستور، كما لا يجوز للقانون أن يخالف الدستور.. والالتزام بعدم مخالفة القاعدة الأعلى له مضمون يشمل الناحيتين الموضوعية والشكلية.

فمن الناحية الموضوعية لا يجوز للقاعدة الأدنى أن تعدل حكم القاعدة الأعلى أو أن تخالفه. ومن الناحية الشكلية يجب أن تتبع في نشأة القاعدة الأدنى كافة الإجراءات والأصول الشكلية التي فرضتها القاعدة الأعلى، (كوجوب صدور القاعدة من سلطة مختصة ووفقاً لإجراءات معينة). ويتحقق احترام مبدأ التدرج عملاً عن طريق رقابة السلطة القضائية بالقضاء أن يراقب عدم مخالفة الأنظمة للقوانين والدستور، وله أيضاً أن يراقب عدم مخالفة القوانين للدستور³⁶.

الفرع الأول: الرقابة القضائية على قانونية ودستورية الأنظمة.

من المسلم به أن للمحاكم سلطة فحص مدى مطابقة الأنظمة للقوانين والدستور، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع.

فإذا ثبت للمحكمة أن إصدار النظام لم يتم وفقاً للأصول القانونية أو الدستورية، أو أنها عدلت أو خالفت مضمون القواعد الأعلى، وجب عليها أن تؤكد احترام مبدأ التدرج³⁷.

ويتخذ جزاء المخالفة صورة تختلف أمام المحاكم العادية عنها أمام القضاء الإداري. فحين تقرر المحكمة العادية مخالفة النظام لمضمون مبدأ التدرج يقتصر الجزاء الذي تطبقه على مجرد الامتناع عن تطبيق النظام على النزاع المعروض أمامها. أما النسبة للقضاء الإداري فإن من سلطته أن يلغى مثل هذا النظام، ذلك أن النظام ما هو إلا قرار إداري يجوز طلب إلغائه أمام القضاء الإداري.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

قلنا أن مبدأ التدرج يقضي بضرورة موافقة القانون لأحكام الدستور شكلاً وموضوعاً، فيجب أن يصدر القانون وفقاً للإجراءات التي رسمها الدستور لذلك، كما لا يجوز له من حيث الموضوع أن يخالف أو يعدل حكماً من أحكام الدستور.

وقد ينظم الدستور ذاته وسيلة سياسية أو قضائية لأعمال الرقابة الكافية لاحترام هذا المبدأ. فإذا لم يتعرض الدستور لهذا الموضوع، فإن التساؤل يثور إمكان وكيفية أعمال الرقابة. وقد تركز التساؤل حول مدى حق القضاء في ذلك³⁸.

هل تستطيع المحاكم أن تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور؟

ليس من شك في أن للقضاء هذه السلطة إذا كان القانون قد خالف الدستور من حيث الشكل، كأن يصدر القانون دون استيفاء الإجراءات والأصول الشكلية المطلوبة دستورياً (كعدم التصويت على مشروع القانون مادة مادة، أو عدم حصوله على الأغلبية المطلوبة، أو عدم إصداره من جانب جلالة الملك أو عدم نشره)، وفي مثل هذه الأحوال يحق للمحكمة، بل يجب عليها أن تمتنع عن تطبيق القانون المزعوم. وحكمة أعمال الرقابة هنا هي أن عدم اتباع الإجراءات الشكلية في إصدار القانون يؤدي إلى اعتبار القانون غير قائم أصلاً، فمشروع القانون لم يخرج بعد إلى حيز الوجود القانوني. لذلك كان التسليم بالرقابة أمراً واجباً يسهل تبريره.

ولكن الخلاف والتردد ثارا حين تطرق التساؤل إلى جواز رقابة دستورية القوانين في حالة المخالفة من حيث الموضوع: هل يجوز للقاضي بحث مدى مطابقة أحكام القانون لأحكام الدستور ثم الامتناع عن تطبيقه إذا تحقق من عدم المطابقة؟

تنور هذه المشكلة بالأخص في الدول ذات الدساتير الجامدة (كما هو الحال في الأردن) أي الدساتير التي يلزم لتعديلها توافر شروط واتباع إجراءات أكثر تعقيداً من تلك التي تعدل وفقاً لها القوانين العادية. فحين يكون الدستور غير جامد أي مرن بحيث يمكن تعديله بذات شروط وأوضاع سن وتعديل القانون العادي لا تنور أي مشكلة لأن صدور قانون يخالف الدستور يعتبر تعديلاً ضمناً لأحكام الدستور³⁹.

وقد انقسم الفقه والقضاء بين مؤيد ومعارض لحق القضاء في رقابة دستورية القانون. وقد أبدى كل فريق من الحجج ما يدعم وجهة نظره.

ذهب أعداء مبدأ الرقابة إلى القول بأن التسليم بها يعني عدوان السلطة القضائية على اختصاص السلطة التشريعية، فالسماح للقاضي بسلطة تقييم دستورية القانون يخل إخلالاً جسيماً بمبدأ استقلال كل من السلطتين عن الأخرى.

ومن ناحية أخرى فإن القاضي حين يفحص دستورية القانون يخرج عن أصول مهنته التي تدعوه إلى الاقتصاد على تطبيق القانون، دون أن يتجاوز ذلك إلى حد تقييم مدى صحته دستورياً. وأخيراً فإن القاضي لا يستطيع أن يتعرض لما يسمى بأعمال السيادة، ويجب أن يؤدي هذا المبدأ إلى منعه من فحص دستورية القوانين، لأن العمل التشريعي وهو عنوان إرادة الأمة ورمز سيادتها يعتبر أسمى وأعلى من أعمال السيادة.

غير أن الحجج السابقة لم تصمد أمام أنصار مبدأ الرقابة الذين فندوا الرأي السابق ودافعوا عن وجهة نظرهم بحجج أخرى أهمها:

1- إن من أهم نتائج الفصل بين السلطات تأكيد معنى الرقابة المتبادلة فيما بينهما. لذلك فمن واجب القاضي حين يتأكد من خروج السلطة التشريعية على أحكام الدستور أن يزود عن حمى الدستور بأعمال سلطته في رقابة الدستورية والقول بعكس ذلك يؤدي إلى استبداد السلطة التشريعية

وطغيانها: إن كل شخص يتمتع بسلطة يسيء استعمالها عادة ويتمادى في هذا الاستعمال حتى يظهر من يوقفه عند حده.

هذا فضلاً عن أن القاضي حين يمارس رقابة الدستورية يقتصر على مجرد استبعاد تطبيق القانون المعيب دون أن يملك سلطة تعديله أو إلغائه.

2- إن ممارسة رقابة الدستورية يدخل في صميم عمل القاضي. فحين يتعارض أمامه قانون معين مع أحكام الدستور، فإن ذلك يعني تعارض قاعدتين قانونيتين مختلفتي القوة، ولا شك أن من واجبه بيان أهمهما واجب التطبيق. ولا شك أنه سينتهي إلى وجوب تطبيق القاعدة الأسمى في الدستور⁴⁰.

3- إن تصرفات الدولة جميعها يجب أن تتسم بطابع المشروعية، وإلا انقلبت إلى دولة استبدادية. وتطبيق مبدأ المشروعية لن يتأتى بغير تطبيق مبدأ تدرج القواعد القانونية. فيجب أن تلتزم كل قاعدة دائماً بالأوضاع الشكلية والقواعد الموضوعية التي تفرضها القاعدة الأعلى. وضمان تحقيق هذا التدرج لن يتأتى إلا بإسناد رقابة المشروعية إلى الجهاز القضائي.

المطلب الثالث: إلغاء التشريع⁴¹ .

يستمر القانون ساري المفعول إلى أن يلغى، ويقصد بإلغائه إبطال العمل به وتجريده من قوته الملزمة.

فقد تقدر السلطة التشريعية أن قانوناً معيناً لم تعد الحاجة ماسة لوجوده نظراً لأن هذا الوجود كان منوطاً بظروف زالت، وهنا يلغى القانون بغير بديل، بيد أن مجرد زوال الظروف التي صدر القانون لمواجهتها لا يعتبر كافياً في حد ذاته لاعتبار القانون لاغياً، بل يجب على المشرع أن يعلن الإلغاء بإرادته الصريحة أو الضمنية.

وقد يتضمن القانون أجلاً معيناً ينتهي بحلوله سريان القانون، كما قد يكون استمرار سريانه معلقاً على شرط، وفي مثل هذه الأحوال يسمى القانون بالقانون المؤقت.

وأخيراً قد يدرك المشرع أن قانوناً معيناً لم يعد يساير تطور الحياة الاجتماعية وأحداثها، فيقوم بإلغائه واستبداله بآخر يكون أكثر ملاءمة وتجاوباً مع الأوضاع المتطورة. وفي كل الأحوال

يكون مضمون الإلغاء هو تجريد القانون القديم من قوته الملزمة.

الفرع الأول: السلطة التي تملك الإلغاء وصورة.

يفرض منطق تدرج القواعد القانونية ألا تلغى القاعدة القانونية إلا بقاعدة من ذات درجتها، فلا يجوز للنظام أن يلغي القانون، كما لا يجوز للقانون أن يلغي قاعدة دستورية، وعلى العكس يجوز للقاعدة الأعلى أن تلغى القاعدة الأدنى، فيجوز للقانون مثلاً أن يلغي النظام.

ويترتب على هذا المبدأ أن إلغاء التشريع إنما يكون من ذات السلطة التي وضعته وعن طريق إصدار تشريع لاحق، وقد نظمت المادة (128) من الدستور الأردني إلغاء التشريع فذكرت بما معناه أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا لإلغاء أو يشمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع، ويتضمن هذا النص إقراراً لصورتى الإلغاء الأساسيتين: الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني .

أولاً: الإلغاء الصريح.

يكون الإلغاء صريحاً حين ينص القانون الجديد صراحة على إيقاف العمل بالقانون القديم⁴².

ثانياً: الإلغاء الضمني.

الإلغاء الضمني لا يستفاد من نص صريح في القانون الجديد، بل من مظاهر التعارض بين القانون الجديد والقانون القديم.

فقد يناقض نص أو أكثر من نصوص القانون الجديد نصاً أو أكثر من نصوص القانون القديم، وفي هذه الحالة لا بد من اعتماد الحل وفقاً لأحكام أحدهما، ونظراً لأن القانون الجديد يعبر عن إرادة المشرع الأخيرة، لذلك وجب تفصيله على أساس أنه ينسخ ما يخالفه من بين أحكام القانون القديم⁴³.

ولإعطاء تحديد واضح لتطبيق هذه الصورة من صور الإلغاء الضمني يجدر أن نذكر الضوابط الآتية:

- 1- يتحقق الإلغاء إذا كان التعارض بين نص عام جديد ونص عام قديم.
 - 2- يتحقق الإلغاء أيضاً إذا كان التعارض بين نص خاص جديد ونص خاص قديم. إذا كان التعارض بين نص عام قديم ونص خاص جديد، فإن النص الخاص الجديد لا يلغى النص العام القديم سوى في حدود الموضوع الذي ورد في شأنه النص الخاص.
 - 3- إذا حدث التعارض بين حكم خاص قديم وحكم عام جديد، فإن الحكم العام لا يلغى الخاص بل يظل الحكم الخاص القديم سارياً على ما جاء بخصوصه إلى أن ينسخه نص خاص مثله، وبالتالي فإن النص الخاص القديم يصمد دائماً في وجه النص العام الجديد بغض النظر عن تاريخ صدور كل منهما، وهو استثناء من قاعدة أن الجديد ينسخ القديم.
- وينتهي الأمر في هذه الحالة إلى بقاء النص الخاص سارياً بوصفه استثناء على الحكم العام الجديد.
- ثانياً: أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيمًا كاملاً وضعاً إنفراداً بتنظيمه تشريع سابق وفي هذه الحالة يعتبر القانون السابق لاغياً بجميع أحكامه.
- وهذه الصورة من صور الإلغاء نادرة عملاً، فالمشرع لا يقتصر في حالة إعادة تنظيم موضوع معين على مجرد إفادة الإلغاء الضمني بل ينص عادة في آخر القانون الجديد على إلغاء ما سبقه من نصوص مغايرة لذلك، يقتصر الفقه على إعطاء أمثلة نظرية من صور الإلغاء.

المبحث الثاني: أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص التشريع

إذا لم يجد القاضي نصاً في التشريع الذي يبني عليه حكمه في الخصومة المرفوعة إليه، فإنه يتعين عليه الرجوع إلى المصدر الرسمي الثاني وهو أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص التشريع.

ولقد كان الرسول الله صلى الله عليه وسلم هو القاضي، ومتولي فصل الخصومات، ومن بعده كان الخلفاء الراشدين، وكان مصدر التشريع وحلول الخصومات من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وإلا فالاجتهاد.

وفي عهد التابعين ساروا على هذا المنوال، وذهب حفظة الدين إلى التفقه في الكتاب والسنة، وظهرت المذاهب الإسلامية في الفقه الإسلامي، وطبقت اجتهاداتها في الأقطار الإسلامية إلى يومنا الحاضر.

وعندما وضع القانون المدني الأردني نصت المادة الثانية منه على اعتبار أحكام الفقه الإسلامي من مصادر هذا التشريع، بشرط أن يكون أكثر موافقة لنصوص التشريع المدني يرجع إليها القاضي عندما لا يجد نصاً في القانون المدني⁴⁴.

المبحث الثالث: مبادئ الشريعة الإسلامية

يقصد بالشريعة الإسلامية مجموعة المبادئ والأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى، وفرض على المسلمين الامتثال لأوامرها واجتناب نواهيها.

وقد احتلت الشريعة الإسلامية في الأردن مركز الصدارة كمصدر رسمي للقانون منذ الفتح الإسلامي، وكان سلطانها يشمل كافة العلاقات سواء ما دخل منها في إطار الأحوال الشخصية أو في إطار المعاملات المالية، ولم يكن يخرج عن هذا السلطان سوى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، فقد تركت هذه المسائل لحكم القوانين الخاصة بكل ملة.

وظل الحال كذلك حتى بدأت الأردن تأخذ بالقوانين الغربية ابتداء من منتصف القرن العشرين في موضوعات القانون المختلفة في التجارة، والمرافعات والعقوبات والأصول الجزائية ⁴⁵.

وبصدور هذه القوانين أصبح نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية محصوراً في مسائل الأحوال الشخصية وبعض مسائل الإرث والوصايا والوقف والولاية والوصاية والقوامة والحجر والأذن بالإدارة والغيبة.

ثم صدرت قوانين متلاحقة بتنظيم أغلب هذه المسائل بحيث لم تعد الشريعة الإسلامية والأديان الأخرى مصدراً رسمياً أصلياً إلا في أضيق الحدود، فلم يبق خاضعاً للأديان سوى مسائل الأسرة، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجية وواجباتها المتبادلة والمهر ونظام أموال الزوجين والطلاق والتطليق ومسائل البنوة والالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني.

وقد جعل المشرع من الشريعة القاعدة العامة في حكم هذه المسائل بحيث بالإمكان تطبيق الشريعة الخاصة بغير المسلمين بشرطين أساسيين:

1- وجوب اتحادهم في الديانة والملة والطائفة فإن اختلفوا في شيء من ذلك وجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

2- أن تكون لهم جهات قضائية منظمة ومعتترف بها.

ويلاحظ أخيراً أن المقصود بالشريعة الإسلامية كمصدر رسمي أصلي في مسائل الأسرة، هو الرأي الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة.

وإلى جانب دور الشريعة كمصدر أصلي في ذلك النطاق الضيق، تلعب الشريعة دوراً هاماً كمصدر رسمي للقاعدة القانونية، وفقاً لنص المادة الثانية من القانون المدني، فقد سبق أن ألمحنا إلى أن هذه المادة جعلت من الشريعة مصدراً.

ثالثاً: يلي التشريع وأحكام الفقه الإسلامي في الترتيب، فحين لا يجد القاضي نصاً في التشريع عليه أن يبحث عن أحكام الفقه الإسلامي، فإذا تيقن من عدم وجود نص تشريعي أو أحكام الفقه الإسلامي وجب عليه أن يبحث في مبادئ الشريعة الإسلامية عن حكم يمكن تطبيقه.

والمقصود بمبادئ الشريعة هنا ليس الرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة بل المبادئ العامة الكلية التي لا تختلف من مذهب إلى مذهب وحتى أن وجد مثل هذا الاختلاف فإن القاضي لا يتقيد بمذهب محدد، بل يستطيع أن يأخذ ما يراه أكثر ملاءمة للتطبيق، ومن الفقه من يرى إمكان الرجوع إلى آراء تخرج عن نطاق المذاهب الأربعة المشهورة.

وكان نص المادة الثانية من القانون المدني يقيد الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي تكون أكثر موافقة لأحكام هذا القانون، فقد كان نص هذه المادة يجرى على النحو التالي: ... فإذا لم يوجد فبمقتضى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون... وكان القصد من إضافة قيد الموافقة هو الحفاظ على تجانس أحكام القانون المدني مع الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والتجانس بين مبادئ الشريعة وأحكام القانون المدني أمر حتمي، لأن الالتجاء إلى مبادئ الشريعة لا يرد إلا في حالة غياب النص التشريعي وأحكام الفقه الإسلامي ولذلك فالشريعة لا تقدم الحل إلا حين يعجز التشريع عن ذلك، وبالتالي لا يتصور قيام تنافر بينهما.

ومن ناحية أخرى وهذا هو الأهم، فإن على القاضي باجتهاده أن يقرب بين أحكام كل من الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

وقد نص الدستور الأردني لعام 1952 في مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية هي دين الدولة، وهذا يعني أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع. ومعنى ذلك أن تصبح الشريعة الإسلامية بالضرورة مصدراً مادياً للقوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية، إذ يتعين على هذه السلطة أن تستهدي فيما تصدره من تشريعات بأحكام ومبادئ هذه الشريعة السمحاء⁴⁶.

غير أن الجدير بالملاحظة في هذا المقام أن نص المادة الثانية من الدستور هو خطاب ملزم موجه للسلطة التشريعية، فلا يجوز بالتالي للسلطة القضائية أن تحل نفسها محل المشرع في استنباط قواعد مستوحاة من الشريعة الإسلامية وتطبيقها على المنازعات التي تعرض عليها، وإلا أدى ذلك إلى الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية الذي يتنافى مع حدود ولايته⁴⁷.

المبحث الرابع: العرف

للعرف معنيان أحدهما واسع والآخر محدد أو ضيق. أما المعنى الواسع فيشمل كل قاعدة قانونية تنبع من واقع الحياة وممارستها في مجتمع معين وبغير تدخل من السلطة التشريعية، ولا يقتصر هذا التعريف على العادات التي درج الناس على اتباعها في علاقاتهم بل يشمل أيضاً السوابق القضائية التي استقرت عليها المحاكم والآراء السائدة في الفقه.

غير أن هذا المعنى ليس هو المقصود في مقام دراسة مصادر القاعدة القانونية، إنما المقصود هو المعنى الضيق الذي يقصر العرف على نطاق محدد هو نطاق القاعدة القانونية غير المسنونة التي تنشأ من اطراد سلوك الأفراد في مسألة معينة على وجه خاص مع اعتقادهم في قوتها الملزمة .

وللعرف بهذا المعنى أهمية بالغة، فهو مظهر التلقائية في قدرة المجتمع على الاستجابة لمقتضيات النظام والتنظيم فيما ينشأ بين أفراده من وقائع وعلاقات، وتتأكد هذه التلقائية لا في نشأة القاعدة القانونية فحسب بل وفي تطورها أيضاً: فالقاعدة العرفية تطور نفسها باستمرار مع تطور حاجات الجماعة وظروفها، لذلك اعتبرت بحق عنواناً للمرونة والملاءمة، ولهذا السبب كان العرف المصدر الأساسي للقواعد القانونية في المجتمعات القديمة، فهو أكثر المصادر ملاءمة بالنسبة للمجتمعات التي لم تبلغ حداً هاماً من التقدم والتنظيم⁴⁸.

ففي العصور التي لم تعرف فيها الجماعات البشرية التنظيم السياسي في صورته الحديثة المتطورة، لم يكن للقاعدة القانونية من مصدر سوى ذلك التوافق على اتباع بعض قواعد السلوك المطردة في علاقات الأفراد.

ورغم ما يتمتع به العرف من زوايا المرونة والتطابق مع حاجات الجماعة، إلا أن له عيوباً كثيرة من أهمها أن العرف بطيء في نشأته، فلا بد لوجوده من اطراد اتباعه زمناً طويلاً، وهذا العيب

يؤدي بدوره إلى صعوبة التحقق من وجوده في بعض مراحل نشأته.

وأخيراً فإن نشأة العرف وفقاً لحاجة الجماعة وظروفها قد يؤدي إلى تنوعه بين أقاليم الدولة المختلفة، ومن شأن هذا العيب الإخلال بالوحدة والتناسق اللازمين للقواعد القانونية في الدولة الواحدة.

ولقد أدى تطور المجتمعات البشرية وتطور نظمها السياسية التي تولي الدولة بإرادتها الرسمية مهمة سن القواعد القانونية، وكان من نتيجة ذلك أن أصبح التشريع المصدر الرسمي الأول للقانون في حين احتل العرف مكاناً ثانوياً، ورغم ذلك فإن العرف وإن كان قد تخطى عن مركزه الأول إلا أن أهميته مازالت كبيرة ففي القانون الأردني نصت المادة الثانية من القانون المدني على اعتبار العرف مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية يلي مبادئ الشريعة الإسلامية، أي يجب الالتجاء إليه في حالة غياب النص في المصادر الثلاثة الأولى، لذلك يتعين دراسته بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: الأركان اللازمة لقيام العرف.

قلنا أن العرف هو اطراد سلوك الأفراد في مسألة معينة على وجه خاص مع اقتناعهم في قوته الملزمة.

ويتضمن هذا التعريف بيان ركنين للعرف: الركن المادي والركن المعنوي:

الفرع الأول: الركن المادي.

يتكون الركن المادي من اطراد سلوك الأفراد في مسألة معينة على وجه معين، ويقتضي تحققه توافر الشروط الآتية:

1- العمومية: وهي عنصر لازم لكي تكتسب أية قاعدة سلوكية وصف القاعدة القانونية، فقد سبق أن قلنا أنه يجب لكي تنشأ القاعدة القانونية أن يكون خطابها موجهاً إلى مجموعة من الأشخاص غير المعيّنين بذواتهم، ولا أهمية بعد ذلك لكون العرف شاملاً لكل أقاليم الدولة أو محلياً

يقتصر على إقليم معين، كما لا ينفى عمومية العرف كونه خاصاً بفئة أو طائفة بذاتها كالتجار أو الزراع، ويسمى العرف في هذه الحالة الأخيرة بالعرف المهني أو الطائفي.

2- القدم: يجب لكي ينشأ العرف أن يطرد الناس على اتباع قاعدة السلوك زمناً طويلاً، ولا يوجد حد معين للمدة الكافية لتكوين القاعدة العرفية، بل أن الأمر قد يختلف باختلاف ظروف الجماعة التي نبتت فيها القاعدة، وللقاضي الذي ينظر النزاع أن يقرر ما إذا كان اتباع القاعدة قد استمر زمناً كافياً لاستقرارها كقاعدة قانونية.

ويرتبط بشرط القدم، ويترتب عليه، ضرورة أن يكون اطراد الناس على اتباع سلوك معين ثابت، بمعنى ألا يكون الأفراد قد عدلوا عنه أو انقطعوا عن اتباعه لفترة أو لفترات متعددة.

3- عدم مخالفة القاعدة للنظام العام أو الآداب العامة: وبهدف هذا الشرط إلى منع استقرار العادات السيئة والضارة بالمجتمع. وقد عبر البعض عن هذا القيد باشتراطهم أن يكون العرف سديداً أو معقولاً فقد عرفت بعض الجماعات القديمة وبعض المجتمعات المعاصرة صوراً متعددة لعادات سيئة أخذت مجراها في حياة الأفراد، ومن قبيل العادات السيئة عادة وأد البنات في الجاهلية، وعادة الأخذ بالثأر عند القبائل. وعندما يركز الفقه على معنى المعقولية والسداد، وعدم المخالفة للنظام العام والآداب، إنما يريد أن تبقى مثل تلك العادات السيئة – التي قد تسود في مجتمع معين – خارج نطاق العرف الملزم قانوناً.

الفرع الثاني: الركن المعنوي أو النفسي.

أن مجرد توافر الشروط السابقة المكونة للركن المادي لن يكفي في حد ذاته لنشأة العرف، فاطراد سلوك الأفراد على وجه معين في مسألة بذاتها قد يتوافر في بعض العادات دون أن يؤدي ذلك إلى ارتقائها إلى مرتبة القاعدة القانونية العرفية فكثير من التقاليد والعادات المحلية كقواعد المجاملات يتوافر لها عناصر العمومية والقدم والثبات دون أن يترتب على ذلك اعتبارها عرفاً.

فلكي ترتقي العادة إلى مرتبة العرف لا بد من توافر عنصر نفسي أو معنوي هو اعتقاد الناس أن قاعدة السلوك التي تتضمنها العادة هي قاعدة ملزمة وواجبة الاتباع، ويقترن ميلاد هذا

الاعتقاد بقبول الكافة – أو الأغلبية على الأقل – توجيه سلوكهم وفقاً لمضمون القاعدة المذكورة، ومع وجود هذا الاعتقاد وثباته توجد القاعدة العرفية وتكتسب صفة الإلزام.

ولكن هل يلزم لاكتمال عنصر الإلزام في القاعدة العرفية أن يتدخل القاضي ويحكم بمقتضاها؟

ذهب بعض الفقهاء إلى عدم التسليم بكفاية العنصر المعنوي السالف ذكره لاعتبار العرف ملزماً، وقالوا أن صفة الإلزام لا تتحقق بمجرد اعتقاد الناس في وجودها، ولكنها تتحقق عندما يوافق القضاء على القاعدة العرفية ويحكم بمقتضاها، وعلى هذا فإن القضاء هو الذي يحكم بنشأة القاعدة العرفية الملزمة.

غير أن هذا الرأي لم يكتب له الرواج وذلك لضعفه من نواح عدة: فاشتراط صدور قرار قضائي يجرنا إلى أن نطلب تواتر القضاء على نحو معين، أي لا بد لنشأة العرف إذن من صياغته في إطار سابقة قضائية مستقرة في أحكام الجهاز القضائي كله، ذلك أن صدور حكم قضائي أو بضع أحكام قضائية على نحو معين لا يكفي في حد ذاته لإلزام المحاكم الأخرى⁴⁹.

ومن الواضح أن الوصول إلى مثل هذه النتيجة يتنافى تنافياً كاملاً مع الفكرة المستقرة للعرف والتي من مقتضاها أن العرف ينشأ ويتطور ويكتمل في خضم الحياة الاجتماعية وفق الشروط السالف بيانها، كما أنه يستمد قوته الملزمة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده.

هذا فضلاً عن أننا يمكن أن نتصور نشأة القاعدة العرفية رغم اعتراض القضاء أو عدم اعترافه بها، فقد تنشأ هذه القاعدة داخل مهنة أو حرفة معينة دون أن يحتاج استقرارها واستمرارها لأي اعتراف قضائي.

بيد أن تلك الملاحظات لا تعني التقليل من أهمية دور القضاء في اكتمال القاعدة العرفية، فحين يؤكد القضاء وجودها بأحكامه فإنه يعجل بإثبات استقرارها ويسجل قوتها الملزمة على وجه أكثر فعالية في العمل، ويؤكد بالتالي وجوب احترامها.

المطلب الثاني: أثر العرف.

إذا توافر للعادة الركنان المادي والمعنوي على الوجه السالف بيانه نشأت القاعدة القانونية العرفية.

وتتميز هذه القاعدة بأنها تنشأ بمجرد توافر أركانها وبغير حاجة إلى إعلان رسمي بوجودها كالنشر أو الأحكام القضائية.

ويعتبر العرف المصدر الاحتياطي الأول في التشريع الأردني، فحين لا يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه أو في المصادر الرسمية الأخرى، يجب عليه أن يلجأ إلى القواعد العرفية ليستقي منها الحل المناسب للنزاع.

ويترتب على اعتبار العرف مصدراً احتياطياً للتشريع أنه يحتل منزله أدنى في تدرج مصادر القاعدة القانونية مما يقيد نطاق سلطانه في مواجهة التشريع.. ولذلك لا يستطيع العرف مخالفة القاعدة التشريعية أو إلغائها.. وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للمادة الثانية من القانون المدني هذا المعنى حيث أكدت.. عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق.

ومع التسليم بهذا القيد العام يمكن القول بأن العرف كمصدر للقاعدة القانونية يستطيع سد النقص في كافة فروع القانون.. غير أن أهميته تتفاوت من فرع لآخر.. ففي القانون التجاري يلعب العرف دوراً هاماً إذ ما زالت العادات التجارية تلعب دوراً أساسياً إلى جانب النصوص التشريعية.. وعلى العكس لا يقوم العرف بأي دور يذكر في القانون الجنائي حيث يسود مبدأ ألا جريمة ولا عقوبة بغير نص تشريعي ويطرئ على اعتبار العرف قاعدة قانونية بالمعنى الكامل وجوب التسليم ببعض النتائج الهامة:

1- يفترض علم الأفراد بالقاعدة العرفية كما هو الحال بالنسبة لكل قاعدة قانونية، وبالتالي لا يعذر المرء بجهله بالعرف.

2- يفترض علم القاضي بالعرف، وبالتالي يجب عليه أن يطبق العرف من تلقاء نفسه دون أن يستطيع تكليف الأفراد بإثباته لأنهم غير مكلفين بإثبات وجود القواعد القانونية.

3- يخضع القاضي في تطبيقه للعرف لرقابة محكمة التمييز كما هو الحال بالنسبة لتطبيق القواعد القانونية الأخرى.

المطلب الثالث: العرف والعادة الاتفاقية .

قد يطرد سلوك الناس في مسألة على وجه معين دون أن يصل هذا الاعتقاد إلى حد تولد الاعتقاد في الصفة الإلزامية لهذا السلوك، أي أن يتحقق له الركن المادي في العرف دون ركنه المعنوي.. في مثل هذا الفرض الذي سماه البعض بالعرف الناقص نكون بصدد اتفاقية. ومن أمثلة العادة الاتفاقية ما جرى عليه الناس من أن ثمن المياه على المستأجر، كذلك ما جرت عليه العادة من أنه إذا قامت شركة بين شخصين وقدم أحدهما رأس المال وقدم الثاني العمل فإن الربح يوزع بينهما على أساس الثلثين للأول والثلث للثاني.

ولا يلتزم الأفراد بحكم العادة الاتفاقية إلا إذا اتفقوا صراحة على ذلك، أو تبين من ظروف التعاقد أن أرائهم قد اتجهت ضمناً إلى الأخذ بها.

وقد أحال المشرع في بعض الأحوال على حكم العادة الاتفاقية للأخذ بها، ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة (490) مدني من أن ملحقات الشيء المبيع التي يلزم تسليمها معه للمشتري تتحدد بعرف الجهة (العادة)، وتؤدي هذه الإحالة التشريعية إلى اعتبار العادة الاتفاقية حكماً مكملاً لإرادة الطرفين، وبالتالي فإن هذا الحكم يجب اتباعه إذا لم يتفق الأطراف على استبعاده، وأما بالنسبة للعادة الاتفاقية التي لم ترد بشأنها إحالة تشريعية فإنها لا تنطبق إلا إذا اتجهت إلى تطبيقها الإرادة الصريحة أو الضمنية للأفراد.

الفرع الأول: أوجه الاختلاف بين العرف والعادة الاتفاقية.

إذا استعرضنا الأحكام التي سلف بيانها بالنسبة للعرف والعادة الاتفاقية أمكننا استخلاص عدة فروق أهمها ما يلي:

1- القاعدة العرفية قاعدة قانونية، لذلك قلنا أنه يفترض علم القاضي بها وبالتالي لا يلتزم الأفراد بإثبات وجودها، غاية الأمر أنه نظراً لصعوبة إثبات العرف في بعض مراحل تطوره أو في

بعض أقاليم نشأته فإن من الملائم أحياناً أن يبذل الأفراد جهداً لمعونة القاضي في الإثبات.

وعلى العكس بالنسبة للعادة الاتفاقية فهي لا تعد قاعدة قانونية، بل مجرد واقعة لا يفترض علم القاضي بها، وعلى أطراف النزاع إذن عبء إثباتها.

ويترتب على هذا الاختلاف أنه في الوقت الذي تمارس فيه محكمة التمييز رقابتها على تطبيق القاعدة العرفية بوصفها قاعدة قانونية، فإنها لا تمارس هذه الرقابة على تطبيق العادة الاتفاقية.

2- لا يستطيع الأفراد الاحتجاج بجهلهم بوجود القاعدة العرفية بقصد استبعاد تطبيقها، فالعرف قانون ولا يعذر المرء بجهله بالقانون. أما العادة العرفية فهي ليست قاعدة قانونية وبالتالي فهي لا تنطبق إلا بالاتفاق الصريح أو الضمني.

الفرع الثاني: هل يجوز للعرف أن يخالف القواعد التشريعية.

أشرنا فيما سبق إلى أن العرف يعد مصدراً احتياطياً لا يلجأ إليه القاضي إلا في حالة غياب النصوص التشريعية.. وأحكام الفقه ومبادئ الشريعة الإسلامية فهو بالتالي في المرتبة التالية ويترتب على منطق هذا القول أنه لا يجوز للعرف مخالفة النصوص القانونية.. وتتأكد هذه القاعدة بالنسبة للقواعد الأمرة.. فهذه الأخيرة تنظم مسائل تتعلق بالمصلحة العامة فلا يجوز أن يفلت زمام السيطرة على تنظيمها من قبضة السلطة القائمة على التشريع في الدولة.

ومع ذلك فإن الفقه يجيز للعرف التجاري أن يخالف القواعد الأمرة في القانون المدني، وذلك على أساس أن مثل هذا القول لا يؤثر على مبدأ تدرج مصادر القانون بل يقتصر على تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجاري والقانون المدني.. كما أن قواعد القانون المدني تعتبر الشرعية العامة بالنسبة للمعاملات الخاصة، في حين يعتبر القانون التجاري هو القانون الخاص بالنسبة للمعاملات التجارية وبالتالي فإن القانون المدني يكمل القانون التجاري في حالة غياب النص، فإذا ثار نزاع تجاري معين وجب البحث عن قاعدة خاصة في نطاق القواعد التجارية التشريعية أو العرفية وبالتالي لا مجال للنزاع بين العرف التجاري وبين نصوص القانون المدني.

أما بالنسبة للقواعد التشريعية المفسرة، فمن المقرر – كما سنرى فيما بعد – إنه يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، فهي، كما يذكر، مكملّة لإرادة الطرفين المتعاقدين، لذلك يجوز أن ينشأ عرف مخالف لها، ويحرص المشرع في حالات متعددة على أن يضيف إلى القاعدة المكملّة تحفظ يقول مالم يوجد عرف يخالف ذلك.

غير أن اطراد العرف على مخالفة نص قانون مكمل لا يعني إلغاء هذا النص إذ يظل قائماً إلى أن تلغيه السلطة التي تملك ذلك.

المبحث الخامس: قواعد العدالة

إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً وجب عليه أن يبحث عن أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون المدني فإن لم يجد فعليه أن يستعين بمبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف فإن لم تسعفه هذه المصادر بالحكم الواجب الاتباع فهل يستطيع القاضي أن يمتنع عن الفصل في النزاع بحجة قصور تلك المصادر عن الوفاء بالحاجة؟ لأن القاضي يلتزم بالفصل فيما يرفع إليه من قضايا ولا يستطيع أن يتخلى عن مهمته بحجة غياب القواعد القانونية أو غموضها، وإلا أعتبر مرتكباً لجريمة تسمى بجريمة إنكار العدالة⁵⁰.

ولكي يتحاشى المشرع ورود مثل هذا الفرض أضاف في المادة الثانية من القانون المدني إلى المصادر الأربعة السابقة مصدراً خامساً يتسم بالشمول والعمومية هو قواعد العدالة فعلى القاضي حين لا يجد حكماً في المصادر الأربعة الأخرى وفق الترتيب الذي أورده نص المادة الثانية أن يحكم بمقتضى هذه القواعد.

فما هو مضمون قواعد العدالة؟

الحق أنه لا يمكن إعطاء تعريف محدد لهذه المبادئ، فالقانون الطبيعي لم يكن في يوم من الأيام سوى مجموعة من الأفكار العامة والمبهمة التي لم يستقر لها مضمون معين وكل ما أمكن ذكره عن جوهرها يدور حول أنها المبادئ الأبدية والمثالية التي يتوصل إليها الإنسان بتفكيره وعقله وتأمله.

وتلتقي فكرة العدالة بالفكرة السابقة من حيث المضمون المثالي، ويشوبها ذات العيب وهو عدم التحديد وعدم الوضوح، وبالتالي يمكن اعتبارها أقرب إلى الشعور منها إلى الأفكار الثابتة المحددة.

وقد حاولت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن تفصح عن بعض حدود مضمون مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فذكرت بعض الأمثلة من التطبيق السابق على صدور القانون المدني لكي توحى بما يجب اتباعه في المستقبل.

في كنف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادئ العامة في القانون الأردني، وأخذت ببعض أحكام الشريعة الإسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية، بل عمدت إلى استحداث أحكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند في سوابق التشريع أو العرف، وعلى هذا النحو لم يتقيد القضاء بضرورة التزام المبادئ العامة في القانون الأردني فحسب وإنما استعان بهذه المبادئ كما استعان بغيرها متوخياً اختيار أصلح القواعد وأكثرها ملاءمة لطبيعة الأوضاع التي قصر القانون في تنظيمها .

ويتضح من التأمل في عبارات المذكرة الإيضاحية أنها لم تزد الأمر وضوحاً بل على العكس أكدت فكرة عدم التحديد. لذلك يبدو صحيحاً ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن وضع مبادئ القانون الطبيعي والعدالة كمصدر رسمي ليس إلا من قبيل إنقاذ المظهر. فبدلاً من أن يعطي المشرع للقاضي صراحة سلطة خلق القاعدة القانونية، وهو ما يجاوز وظيفة القضاء سمح له بالوصول إلى ذات النتيجة تحت ستار مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، غاية الأمر أن المذكرة الإيضاحية حرصت على أن تبين أن سلطة القاضي في الاجتهاد ليست طليقة من كل قيد بل عليه أن يصدر في أحكامه عن اعتبارات موضوعية عامة، لا عن تفكير ذاتي خاص.

الفصل الثالث

أقسام القاعدة القانونية

تتنظم المجتمع الحديث هيئات ومؤسسات عامة، يتكون من مجموعها ما يعرف بالدولة، وترتبط هذه الهيئات والمؤسسات بسلطات ثلاث أساسية هي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية.

ولا تقتصر أحكام القانون على تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم، بل يتعدى ذلك إلى تنظيم العلاقات التي تكون الدولة أو إحدى سلطاتها طرفاً فيها.

ويطلق وصف القانون العام على مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين سلطات الدولة والعلاقات التي تكون الدولة – بوصفها صاحبة السلطة في المجتمع – طرفاً فيها، ويطلق وصف القانون الخاص على مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين الدولة عندما تتصرف هذه الأخيرة كفرد عادي وليس بوصفها صاحب سلطة.

ومن ناحية أخرى تنقسم القواعد القانونية (الوحدات التي يتكون منها القانون) من حيث قوتها ومدى إمكان الأفراد التنصل من أحكامها، إلى نوعين: قواعد أمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها، وقواعد مقررّة أو مكملّة لإرادة الأفراد يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ونعرض فيما يلي لتصنيف القاعدة القانونية من الزاويتين السابقتين، فنخصص المبحث الأول لفروع القانون، ونخصص الثاني للفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملّة.

المبحث الأول: فروع القانون

المطلب الأول: القانون العام.

قلنا أن القانون العام هو الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها صاحبة السلطة في المجالين الخارجي والداخلي، ففي المجال الخارجي تنشأ هذه العلاقات بين الدولة ومثيلاتها من الدول الأخرى، أو بينها وبين المنظمات الدولية المعترف بها كالأمم المتحدة وتسمى مجموعة القواعد التي تحكم مثل هذه العلاقات بقواعد القانون الدولي العام.

وفي الداخل يترتب على وجوب سلطات الدولة الثلاث الرئيسية ضرورة تحديد مجال اختصاص كل منها وحدود سلطاتها في مواجهة السلطات الأخرى، وتسمى القواعد التي تنظم هذا الموضوع بالقانون الدستوري، وقد تنشأ العلاقات من خلال نشاط السلطة التنفيذية وما تقوم به من أعمال ونشاط في إدارتها للمرافق العامة، وما يترتب على ذلك من روابط وتصرفات قد يدخل الأفراد كأطراف فيها، وتسمى القواعد التي تحكم هذا المجال بالقانون الإداري، ويلحق بالقانون الإداري القواعد المنظمة لميزانية الدولة وما تحصله من ضرائب ورسوم وهي ما تسمى بالقانون المالي.

وأخيراً يدخل في عداد القانون العام القواعد التي تحدد الجرائم وعقوباتها وتندرج تحت وصف القانون الجنائي.

الفرع الأول: القانون الدولي العام.

يشمل القانون الدولي العام القواعد التي تنظم علاقات الدولة بالدول الأخرى في حالتها الحرب والسلم، كما ينظم علاقة الدولة بالمنظمات الدولية المعترف بها.

فمن ناحية تنظيم هذه القواعد علاقات الدول في حالة السلم، فتضع الأسس والشروط التي يجب توافرها لقيام الدولة كعضو في المجتمع الدولي، طرق التعامل فيما بين الدول بما في ذلك وسائل التمثيل السياسي، ووسائل إبرام المعاهدات والاتفاقيات، كيفية فض ما يثور من منازعات بالوسائل السلمية (المفاوضات والتحكيم).

كما ينظم القانون الدولي علاقات الدولة بالمنظمات الدولية كالأمم المتحدة ومجلس الأمن وما يتفرع عنهما من مؤسسات وهيئات، كما ينظم علاقات الدولة بما قد يوجد من منظمات إقليمية كجامعة الدول العربية.

وفي حالة الحرب ينظم القانون الدولي كيفية إعلانها، وعلاقات الدول المتحاربة، وقواعد سير الحرب وما يترتب على ذلك من طرق معاملة الأسرى والجرحى والمدنيين، كما يضع القانون الدولي تنظيمًا لانتهااء الحرب، وما يترتب على ذلك من حقوق والتزامات.

وقد أنكرت قلة من الفقهاء (خاصة أو ستن) ⁵¹ على قواعد القانون الدولي وصف القانون بالمعنى الكامل وذلك بحجة عدم وجود سلطة عليا دولية تتولى توقيع الجزاء على ما يخالف أحكامه، لذلك اعتبر القانون الدولي مجرد مجموعة من الأخلاق الدولية الوضعية.

غير أن هذا الرأي لم يكتب له النجاح، ذلك أن وجود سلطة عليا تملك توقيع الجزاء ليس لازماً في رأي البعض لتوافر الصفة القانونية لقاعدة السلوك فمن المسلم به أن قاعدة قانونية بالمعنى الكامل، بمجرد توافر الاعتقاد في صفتها الملزمة، دون أن يكون توقيع جزائها منوطاً بأية سلطة عليا.

ولا شك أن عنصري الإلزام والجزاء يتوافران للقاعدة القانونية الدولية غاية الأمر أن عدم اكتمال فعالية هذه العناصر من الناحية العملية، إنما يرجع إلى اعتبارات تتعلق بالتوازن الدولي أكثر من تعلقها بإمكانيات التنظيم القانوني للمجتمع الدولي، فهناك سلطة عليا تملك توقيع الجزاء هي الجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الأمن، وقد مارست فعلاً في حدود ضيقة بعض السلطات التدخلية عن طريق قوات الطوارئ الدولية (الكنغو – الشرق الأوسط).

الفرع الثاني: القانون الدستوري.

القانون الدستوري هو مجموعة القواعد التي تحدد نظام الدولة وشكلها وسلطاتها العامة وحدود هذه السلطات، وما ينشأ بينها من علاقات التعاون والرقابة المتبادلة، كما يبين حدود الحقوق والحريات التي يتمتع به المواطنون في الدولة وضمانات هذا التمتع، ونظراً لخطورة هذه المسائل التي ينظمها هذا الفرع اعتبرت قواعده في قمة القواعد القانونية في الدولة، وقد سبق أن بينا ما

يترتب على ذلك من ضرورة التزام القواعد الأدنى (القوانين والأنظمة) لإحكامه من حيث الشكل والموضوع على السواء.

الفرع الثالث: القانون الإداري.

القانون الإداري هو مجموعة القواعد التي تنظم أداء السلطة التنفيذية لوظائفها، إذ تقوم هذه السلطة على إدارة وتنسيق العمل في الهيئات والمؤسسات التابعة لها كما تقوم على إدارة المرافق العامة للدولة، وهي تخضع في ممارستها لهذه الوظيفة لقواعد قانونية تدخل تحت اسم القانون الإداري، ومن أمثلة الموضوعات التي ينظمها هذا القانون ما يلي:

- 1- الأقاليم.
- 2- تنظيم وتسيير المرافق العامة في الدولة.
- 3- بيان الأموال العامة وقواعد تحديدها ونظامها القانوني.
- 4- النظام القانوني لموظفي الدولة في تعيينهم وترقيتهم وتأديبهم وإنهاء خدمتهم.
- 5- الأعمال والتصرفات الإدارية، وشروط صحتها ووسائل الرقابة الإدارية والقضائية عليها.

وقد تفرع عن القانون الإداري مجموعة من القواعد المستقلة، التي تنظم مالية الدولة، فتبين مواردها من ضرائب ورسوم، والدخول المختلفة وضوابط تحصيلها، والقواعد الواجبة الإلتباع في إعداد الميزانية العامة وتنفيذها والرقابة على هذا التنفيذ. وتحمل هذه القواعد الآن اسم القانون المالي.

الفرع الرابع: القانون الجنائي.

القانون الجنائي هو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم التي يعاقب عليها القانون والعقوبة المقررة لكل منها، وإجراءات ضبط المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه إذا ثبت إدانته.

ويبين من هذا التعريف أن القانون الجنائي يشمل نوعين من القواعد:

النوع الأول: ويضم القواعد التي تحدد الجرائم والعقوبات المخصصة لها، وتسمى هذه القواعد بالقواعد الموضوعية.

والنوع الثاني: يضم القواعد المتعلقة بالشكل والإجراءات الواجبة الإلتباع منذ وقوع الجريمة حتى توقيع العقاب على من تثبت إدانته. واستناد إلى وجود هذين النوعين من القواعد تفرع القانون الجنائي إلى فرعين أساسيين: قانون العقوبات، وقانون أصول المحاكمات الجزائية.

أولاً: قانون العقوبات: ويضم قواعد النوع الأول السالفة الذكر أي القواعد الموضوعية التي تحدد الجرائم والعقوبات المخصصة لها. ولا يحق وصف الجريمة بأي عمل أو امتناع عن عمل إلا إذا وجد نص تشريعي يفيد هذا المعنى ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في المجتمع الحديث. وقد وضع في إطار الصيغة الشهيرة لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون .

وينقسم قانون العقوبات بدوره إلى قسمين: القسم العام والقسم الخاص.

(أ) القسم العام: ويشمل النظرية العامة أو الأحكام العامة للجريمة وللعقوبة، فهو يبين أن للجرائم أنواع ثلاث: الجنائية والجنحة والمخالفة، كما يبين الأركان اللازمة لقيام الجريمة وهي الركن الشرعي الذي يقضي بوجود نص يجرم الفعل ويعاقب عليه، والركن المادي الذي يتحقق بوقوع الفعل، والركن الأدبي الذي يقتضي أن يقع الفعل من شخص متمتع بأهلية تحمل تبعه أعماله. وأخيراً يبين القسم العام قواعد العقوبة: أنواعها، حالات تعددها، حالات سقوطها، حالات الإعفاء منها.

(ب) القسم الخاص: ويضم القواعد الخاصة بكل جريمة على حدة كالقتل والسرقة والاختلاس والتجسس، مع بيان أركان كل جريمة وصورها المختلفة والعقوبة التي توقع على مرتكبها.

ثانياً: قانون أصول المحاكمات الجزائية: ويضم قواعد النوع الثاني أي القواعد الشكلية التي تحدد الإجراءات واجبة الإلتباع عند وقوع الجريمة للبحث عن مرتكبها والتحقيق معه ومحاكمته والحكم عليه ثم تنفيذ العقوبة على المحكوم عليه ويبين من هذا التعريف أن قواعد الإجراءات لا

تبحث في موضوع الجريمة بل يبين الأوضاع للضمانات التي يسير وفقاً لها التحقيق والمحاكمة وتنفيذ الأحكام.

المطلب الثاني: القانون الخاص.

سبق أن أشرنا إلى أن القانون الخاص يطلق على مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم، أو علاقات الأفراد بالدولة حين تتصرف هذه الأخيرة كشخص عادي لا بوصفها صاحبة سيادة.

ويضم القانون الخاص فروعاً متعددة: القانون المدني، والقانون التجاري، وقانون أصول المحاكمات المدنية والقانون التجاري، والقانون الدولي الخاص.

الفرع الأول: القانون المدني.

القانون المدني هو الفرع الأول والأساسي من بين فروع القانون الخاص، فهو يشمل مجموعة القواعد التي تنظم ما ينشأ بين الأفراد من علاقات ذات طابع مالي⁵²، وإذا بحثنا في العلاقة المالية التي تنشأ بين شخصين لوجدنا أنها تتضمن عناصر ثلاث:

العنصر الأول: هو أطراف العلاقة المالية.

العنصر الثاني: هو المحل التي ترد عليه هذه العلاقة.

أما العنصر الثالث: فهو خلاصة تكييف العلاقة بين الأشخاص والأموال، والحماية القانونية لهذه العلاقة، وتدور الأحكام الأساسية للقانون المدني حول هذه العناصر الثلاثة، فهو يحدد الأحكام العامة للشخصية القانونية ويحدد الأحكام العامة للأموال، وأخيراً يتعرض لحماية حصيلة العلاقة بين الأشخاص والأموال أي لحماية الحق.

وقد كان القانون المدني من الناحية التاريخية هو القانون الوحيد الذي يحكم كافة العلاقات سواء نشأت بين الوطنيين، أو بينهم وبين الأجانب، أو بين الأجانب المقيمين على إقليم الدولة، بل إنه كان يحكم في ظل الإمبراطورية الرومانية العلاقات التي تخضع اليوم لأحكام القانون العام.

وبعد تفكك الإمبراطورية الرومانية بدأت المجتمعات الغربية تعدل وتطور في نظمها القانونية والسياسية بما أدى إلى نشأة فكرة القانون العام كقانون مستقل عن القانون الخاص، وقد تأكد هذا المعنى بمجيء الثورة الفرنسية التي أعقبها تفرع القانون الخاص إلى فروع مختلفة، فنشأ القانون التجاري وقانون المرافعات والقانون الدولي الخاص، وقد أدى هذا التفرع إلى بلورة فكرة وأحكام القانون المدني مستقلة عن أحكام الفروع الأخرى الداخلة في إطار القانون الخاص.

بل لقد أثبت التطور أن هناك من العلاقات الخاضعة للقانون المدني ما يحتاج إلى عناية خاصة وتنظيم مستقل، فقد ترتب على الثورة الصناعية ما صاحبها من تطورات اجتماعية وفكرية

نشأة ما يسمى بقانون العمل، وبضم هذا القانون مجموعة القواعد التي تنظم روابط العمل بين العمال وأرباب العمل مستهدفة تحقيق أكفأ الظروف لتأمين العمال، وتوفير أسباب الراحة والرفاهية لهم ولأسرهم، وقد أكدت الأفكار الاشتراكية ما لهذا الفرع من أهمية وخطورة.

وقد أدى التطور أيضا إلى نشأة القانون الزراعي كقانون مستقل نسبياً عن القانون المدني، فبصدور قوانين الإصلاح الزراعي، وتنظيمات الجمعيات التعاونية الزراعية وما سبق ذلك وصاحبه من فلسفات اشتراكية، أصبحت العلاقة بين مالك الأراضي الزراعية ومستأجرها، كذلك رابطة الملكية ذاتها، تخضع لمجموعة من القواعد الجديدة في أسلوبها ومبادئها وأهدافها، ويمكن أن نذكر بصفة عامة أن هذه القواعد الجديدة تتسم بالاشتراكية التقدمية، وبالتالي تقوم على أساس إنساني واجتماعي يختلف تماماً عن أساس القواعد القديمة.

يبد أن تلك التطورات لم تفقد القانون المدني مركزه بوصفه القانون الأم أو الشريعة العامة بالنسبة للفروع الأخرى، فهو يضم القواعد الأساسية المشتركة بين كافة الفروع كالقواعد التي تحدد بدء الشخصية القانونية وانتهائها، وقواعد تحديد الأموال وتقسيماتها وطرق اكتسابها واستعمالها، كما تبين ما يرد عليها من حقوق، كما يحدد القانون المدني القواعد الأساسية للشركات.

وقد ترتب على هذا المركز نتيجة هامة هي أنه في حالة سكوت أحد الفروع عن تنظيم مسألة معينة فيجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني لاستقاء الحكم الواجب التطبيق.

الفرع الثاني: القانون التجاري.

القانون التجاري هو مجموعة القواعد التي تنظم التجارة والتجار، فهو يحدد متى يعتبر الشخص تاجراً، ومتى يكتسب عمله وصف العلم التجاري، وينظم هذا القانون أيضا مجموعة التصرفات والتنظيمات المتعلقة بالتجارة، فهو ينظم العقود التجارية والأوراق التجارية (الشيك – الكمبيالة – السند الإذني) والدفاتر التجارية، وحالات التوقف عن الدفع وإشهار الإفلاس، كما يضع القواعد المتعلقة بالشركات التجارية.

ولقد كان التجار والتجارة يخضعان للقانون المدني بوصفه القانون العام للعلاقات المالية بين الأفراد – كما سبق أن المحنا – بيد أن مقتضيات التجارة اثبتت أن كثيراً من قواعد القانون المدني

مع ما تقتضيه التجارة من ثقة وسرعة، فقد أثبت ازدهار التجارة أن هاتين الصفتين لا غنى عنهما للتجارة ونشاطها، لذ كل كان لازماً وضع أحكام خاصة تتمشى مع منطق الثقة ومتطالب السرعة، ومع التطور فرضت اعتبارات التجارة أسلوبها، فتكونت لها قواعد خاصة بدت في بداية الأمر في شكل استثناءات من قواعد القانون المدني، وبازديادها وتشعب موضوعاتها كونت فرعاً مستقلاً وقائماً بذاته هو القانون التجاري.

ويمكن أن نعطي بعض الأمثلة على عدم تجاوب أحكام القانون المدني مع مقتضيات التجارة، وما ترتب على ذلك من ميلاد قواعد القانون التجاري:

1- لا يجيز القانون المدني الإثبات بشهادة الشهود إلا في حدود مائة دينار، فإذا تجاوز هذه الحدود وجب اثباته بالكتابة، ويلاحظ ما في هذه القاعدة من تعارض مع مبدأ السرعة والثقة في المعاملات التجارية، لذلك فقد أباح القانون التجاري الإثبات بشهادة الشهود، مهما بلغت قيمة الدين.

2- يخضع التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه لقواعد خاصة وقاسية تؤدي إلى إشهار إفلاسه وغل يده عن إدارة أمواله وإسناد هذه الإدارة إلى شخص يسمى وكيل التفليس، وينطبق هذا النظام في حالة التوقف عن الدفع حتى ولو كانت العناصر الإيجابية في ذمة التاجر أكثر من ديونه، أما المدين العادي أي غير التاجر فيخضع لنظام أكثر يسراً يسمى بنظام الإعسار، وهو لا ينطبق لمجرد التوقف عن الدفع، بل يشترط لتطبيقه أن تزيد ديون المدين عن حقوقه.

وقد نشأت إلى جانب القانون التجاري بعض القوانين التي تتمثل بما يلي:

1- القانون البحري: وهو مجموعة القواعد التي تنظم التجارة البحرية، وتدور هذه القواعد أساساً حول السفينة بوصفها أداة الاستغلال البحري، وينظم هذا القانون تعريف السفينة والحقوق والعقود التي ترد عليها، ومركز الربان الذي يقودها من حيث اختصاصاته وسلطاته وعلاقته بصاحب السفينة وبالعاملين على ظهرها، كما ينظم أحكام عقد النقل البحري وعقد القرض البحري وعقد التأمين البحري، وكافة أحكام المسؤولية المترتبة على استغلال السفينة وتسييرها.

وقد استقلت التجارة البحرية بأحكام متميزة نظراً لما يلزمها من ظروف مختلفة وما يصاحب ممارستها من أحكام ومسئوليات خاصة.

2- القانون الجوي: وهو مجموعة الأحكام التي تنظم الملاحة والتجارة الجوية، وقد ازدادت أهمية هذا الفرع نظراً لازدياد أهمية النقل الجوي في العصر الحديث، وقد صيغت معظم قواعده في صورة اتفاقيات دولية.

الفرع الثالث: قانون أصول المحاكمات المدنية.

هذا القانون هو مجموعة القواعد التي تحدد الإجراءات الواجبة الاتباع لحماية الحق عن طريق السلطة القضائية، فهو يحدد لنا وصفا للتنظيم القضائي القائم في الدولة، ببيان الجهة القضائية والمحاكم القائمة في كل جهة وتدرجها وتشكيلها، كما يحدد قواعد توزيع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة (العدل العليا والقضاء العادي) وقواعد توزيع الاختصاص في داخل الجهة الواحدة من حيث مدى اختصاص كل درجة من درجات القضاء (بين المحكمة الجزئية والمحكمة الكلية مثلاً) بنوع معين من القضايا (اختصاص نوعي) ومن حيث توزيع العمل جغرافياً بين محاكم الدرجة الواحدة (وهو ما يسمى بالاختصاص المحلي) ⁵³.

كما يحدد قانون أصول المحاكمات المدنية طريقة رفع الدعوى، وطريقة السير فيها، وطرق الإثبات وما قد يعترض سير الدعوى من عوارض مختلفة ثم كيفية صدور الحكم في الدعوى ووسائل الطعن في هذا الحكم (اعتراض الغير والاستئناف والتميز وإعادة المحاكمة) وما هي إجراءات ذلك.

وأخيراً يحدد هذا قانون إجراءات تنفيذ الحكم الصادر لصالح أحد الخصوم.

الفرع الرابع: القانون الدولي الخاص.

القانون الدولي الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد المحكمة المختصة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وتحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

فالعلاقة القانونية التي تقوم بين الأفراد قد تكون وطنية في جميع عناصرها:

كما إذا باع أردني عقاراً لمواطن أردني آخر وكان مقر هذا العقار في الأردن، ففي هذا المثال تكون العلاقة وطنية في جميع عناصرها، أشخاص العلاقة والمال محل العلاقة، وفي مثل هذه الحالة لا تثار مشكلة ما بالنسبة للمحكمة المختصة بنظر النزاع أو بالنسبة للقانون الواجب التطبيق، فالمحكمة المختصة هي المحكمة الأردنية والقانون الواجب التطبيق هو القانون الأردني، ويقوم قانون أصول المحاكمات الأردني بتحديد أي المحاكم هي المختصة نوعياً بنظر هذا النزاع وهل هي المحاكم الصلحية أم المحاكم الابتدائية (الكلية) ومن بين هذه المحاكم الصلحية أو الابتدائية – أيها يختص جغرافياً بنظر النزاع وهل هي مثلاً محكمة الزرقاء الصلحية أم محكمة الرصيفة الصلحية، وعلى القاضي الذي يستقر أمامه النزاع أن يبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق في القوانين الأردنية ثم يقوم بتطبيقها⁵⁴.

غير أن العلاقة قد لا تكون وطنية بحتة فقد تتضمن عنصراً أجنبياً أو أكثر فقد يبيع أحمد الأردني عقاراً لشارل الفرنسي وقد يتزوج أردني من أجنبية، ففي مثل هذه الأحوال يثار التساؤل عن القانون الواجب التطبيق وعن المحكمة المختصة بما قد ينشأ من منازعات، فهل المحكمة هي أحد المحاكم الأردنية بحكم أن أحد طرفي العلاقة أردني، وهل القانون الأردني هو الواجب التطبيق لذات السبب، أم أن المحكمة هي إحدى محاكم دولة الطرف الآخر وأن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولته، ولماذا؟

والقانون الدولي الخاص هو الذي يضع حلولاً لمثل هذه المشاكل، ويلاحظ أنه لا يضع حلولاً موضوعية للمنازعات ذات العنصر الأجنبي، بل إنه يكتفي فقط بوضع ضوابط الإسناد التي تحدد القضاء المختص والقانون الواجب التطبيق من بين المحاكم والقوانين المتنازعة⁵⁵.

المبحث الثاني: القواعد الآمرة والقواعد المقررة أو المكملة

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوتها الملزمة للأفراد إلى قواعد أمرة وأخرى مقررة (أو مفسرة أو مكملة) وترجع هذه التفرقة إلى وجوب وجود نطاق معين يتسم فيه التنظيم القانوني بدرجة من الإلزام لا يستطيع الأفراد أمامه سوى الاستجابة لأوامر القانون واجتناب نواهيه، تحقيقاً لمصلحة عامة يقدرها المشرع. وفي خارج هذا النطاق يترك القانون للأفراد قدراً من الحرية – في مواجهة ما يضعه من قواعد – لكي ينظموا أنشطتهم على الوجه الذي يرونه محققاً لمصالحهم وللتوازن في علاقاتهم.

وفي الحالة الأولى التي يفرض القانون فيها أوامره ونواهيه تسمى القاعدة القانونية بأنها قاعدة أمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، وفي الحالة الثانية التي يترك للأفراد الاتفاق على ما يخالفها تسمى القاعدة القانونية بأنها مكملة أو مفسرة⁵⁶.

المطلب الأول: القواعد الآمرة.

ويقصد بها كما سبق البيان القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها، فما عليهم في مواجهتها سوى الانصياع لأوامرها، واجتناب نواهيها، فإذا حاول الأفراد مخالفة هذه القواعد وقع تصرفهم باطلاً ولا يعتد به قانوناً، ومن أمثلة القواعد الآمرة القاعدة التي تضع حد أقصى لسعر الفائدة، والقواعد التي تحرم ارتكاب الجرائم⁵⁷.

المطلب الثاني: القواعد المقررة أو المكملة.

وهي قواعد أقل قوة من السابقة إذ يستطيع أصحاب الشأن منع انطباق حكمها على علاقاتهم وذلك بالاتفاق مع ما يخالفها، والمشرع حين يضع مثل هذه القواعد إنما يقدر أن الأفراد قد لا يضعون تنظيمًا كاملاً

لكل جزئيات العلاقات القائمة بينهم، أما لضيق الوقت أو لعدم الخبرة أو لغير ذلك من الأسباب، لذلك تولى عنهم المشرع وضع تنظيم مثل هذه المسائل يشترط لانطباقه عدم إفصاح الأفراد عن تنظيم مخالف، اتفق الأفراد على تنظيم مسألة معينة وردت بها قاعدة مقررة على وجه يغير مضمون هذه القاعدة كان اتفاقهم هو الواجب الإلتباع دون نص القاعدة المذكورة⁵⁸.

ونجد صوراً عديدة لمثل هذه القواعد في مجال العقود، ومن أمثلتها ما يقضي به القانون المدني من أن ثمن الشيء المبيع يدفع وقت التسليم، ومقتضى كون هذه القاعدة مقررة أنه يجوز لأطراف العقد أن يتفقوا على دفع ثمن الشيء المبيع في وقت آخر غير وقت التسليم، فإن فعلوا كان اتفاقهم واجب الإلتباع وأن أغفلوا تنظيم هذه المسألة انطبقت القاعدة المقررة.

وتسمى القاعدة المقررة أحياناً بالقاعدة المفسرة، ويقصد بذلك أن المشرع حين وضعها لم يقصد سوى تفسير إرادة أطراف العلاقة القانونية، فالحكم الذي وضعته هذه القاعدة لا يعدو أن يكون تعبيراً عن الإرادة المحتملة لهؤلاء الأطراف. وقد اعترض على هذا التحليل بالقول بأن المشرع لا يفسر إرادة الأطراف وإنما يأمر بحل معين يجب تطبيقه إذا غفل الأفراد عن تنظيم مسألة بذاتها على نحو ما أمر به. فالقاعدة المقررة هي قاعدة قانونية ملزمة بالمعنى الكامل، غاية الأمر أن شرط انطباقها هو عدم اتفاق الأفراد على ما يخالفها، لذلك يفضل البعض تسمية هذه القواعد بالقواعد المكملة بمعنى أنها تكمل إرادة المتعاقدين بالنسبة لما فاتهم الاتفاق عليه.

المطلب الثالث: معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة.

نظراً للأهمية البالغة التي أشرنا إليها والتي تترتب على التفرقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة المقررة فقد ثار التساؤل عن معيار هذه التفرقة، كيف يمكن تحديد نطاق كل من النوعين؟ وبعبارة أخرى متى تعتبر القاعدة آمرة ومتى تعتبر مقررة أو مكملة؟

أقترح معياران لإعمال هذه التفرقة أحدهما المعيار المادي أو اللفظي، والآخر هو المعيار المعنوي.

(أ) المعيار المادي أو اللفظي: ويقوم على أساس الرجوع إلى العبارات والنصوص القانونية للكشف عن كون القاعدة القانونية آمرة أم مقررة، فقد يفصح المشرع عن نوع القاعدة بأن يخلق بها

عبارات تفيد هذا المعنى، ومن الأمثلة على ذلك أن يذكر النص التشريعي أن كل مخالفة لمضمونه تعتبر باطلة أو أن ينص على أن كل اتفاق على ما يخالف النص غير جائزة، أو لا يعتد بها، ومن قبيل النصوص التي وردت على هذا النحو الذي تقضي به القاعدة بالقول من أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، وما قضت به القاعدة من أنه يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن غير محل إقامته، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه.. ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك، ففي هاتين الحالتين أفصح المشرع عن كنه القاعدة القانونية بأن قرر أن كل اتفاق يخالف ما جاء بها يعتبر باطلاً ولا يعتد به.

وعلى العكس قد يفصح النص بعبارته عن أن القاعدة ليست بقاعدة أمرة، وإنما مجرد قاعدة مقررّة أو مكملّة، فقد ينص المشرع صراحة على جواز الاتفاق على ما يخالف القانونية كما هي الحال في نص قاعدة القانون المدني التي تقرر أن نفقات الوفاء تكون على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، كذلك ما ذهبت إليه القاعدة من أن ثمار الشيء المبيع من حق المشتري من وقت تمام البيع كما أن تكاليفه تلزمه من هذا الوقت، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

غير أن المشرع لا يفصح عن إرادته بهذه الصراحة في كافة النصوص القانونية فقد تأتي صياغة القاعدة القانونية خالية مما يفيد كونها قاعدة أمرة أو مقررّة، وفي مثل هذه الأحوال تبقى مشكلة معيار التفرقة قائمة، لذلك اتجه الفقه والقضاء إلى معيار آخره، هو المعيار المعنوي الذي يقوم على البحث في معنى القاعدة القانونية.

(ب) المعيار المعنوي: ويقوم على البحث في معنى القاعدة القانونية بقصد الوصول إلى معرفة مدى أساسية وأهمية المصالح التي قررت القاعدة لحمايتها، فإذا أفاد معنى النص ارتباط حكمه بمصلحة من المصالح الحيوية والأساسية للمجتمع أمكن القول بأننا بصدد قاعدة أمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، وعلى العكس إذا استبان لنا أن النص يتعلق فقط بمصالح خاصة للأفراد ولا يمس المصالح الحيوية للمجتمع، أمكننا أن نقرر أن القاعدة هي قاعدة مقررّة أو مكملّة أي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها.

وقد استقر الفقه على وضع المعيار السابق في صياغة أكثر تحديداً فاعتبر أن القاعدة الأمرة هي تلك التي تتصل بالنظام العام والآداب العامة⁵⁹.

بيد أن الصعوبة لم تنته بصياغة المعيار على النحو السابق، إذ يبقى أن نعرف ونحدد معنى النظام العام والآداب.

حاول الفقه أن يقدم تعريفاً لهذه الفكرة فعرف النظام العام بأنه مجموعة القواعد والأنظمة الأساسية اللازمة للتنظيم الاجتماعي والتي لا يستطيع الأفراد استبعادها أو تغييرها لأنها وضعت لاعتبارات تتجاوز اعتبارات المصالح الفردية والخاصة.

أما عن الآداب العامة فقد اعتبرها الفقه إحدى مظاهر النظام العام التي تغطي مجموعة المبادئ الأساسية اللازمة لصيانة الأخلاق في المجتمع خاصة من زاوية العلاقات والأفعال الجنسية.

ويتضح مما سلف أن ما قدمه الفقه من إيضاح لا يكفي في حد ذاته لوضع معيار محدد تحديداً دقيقاً للنظام العام والآداب، فالصيغ السابقة ما هي إلا مجرد محاولات لوضع القاضي على الطريق السليم للتعرف على كنه القاعدة القانونية، هذا فضلاً أن الفكرة في حد ذاتها غير ثابتة سواء من الناحية الزمانية أو من الناحية المكانية وفقاً لتغير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والفكرية فما قد يعتبر متعلقاً بالنظام العام في زمن معين قد لا يعتبر كذلك في زمن آخر، فالرق كان مباحاً في وقت من الأوقات، أما اليوم فمنعه يعتبر أمراً متعلقاً بالنظام العام، ومن الناحية المكانية تجد أن ما قد يعتبر متعلقاً بالنظام العام في بلد ما لا يعتبر كذلك في بلد آخر، ومثال ذلك مقارنة أنظمة تعدد الزوجات وإباحة الطلاق في البلاد الإسلامية مع مثيلاتها في الدول الأوروبية.

ويحاول الفقه أن يزيد الأمر إيضاحاً وذلك بالكشف عن مدى تغلغل فكرة النظام العام في كل من فرعي القانون الأساسيين وهما القانون العام، والقانون الخاص.

فقواعد القانون العام تدخل كلها في دائرة النظام العام، ومرجع ذلك أنها تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً بوصفها السلطة صاحبة السيادة في المجتمع، فكل ما يتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة، وكل ما يتعلق بحريات الأفراد وبنظم الموظفين وقواعد القانون الجنائي.. الخ يعتبر متعلقاً بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالف القواعد الخاصة به.

أما في نطاق القانون الخاص فيمكن القول بصفة عامة أن فكرة النظام العام تسيطر على ما ينظمه القانون المدني من مسائل الأحوال الشخصية خاصة قواعد الأهلية والقواعد المتعلقة بالأسرة.

أما بالنسبة للمعاملات والعلاقات المالية، فإن فكرة النظام العام أقل تغلغلاً، مع ملاحظة أن مجالها يتسع بازدياد تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية خاصة في ظل الأنظمة الاشتراكية، فالدولة الاشتراكية تتدخل باستمرار بإصدار قوانين أمره لتأكيد وحماية مصالح الطبقات الكادحة، وتعطينا قواعد القانون الزراعي وقانون العمل أمثلة كثيرة على ازدياد أهمية النظام العام بين فروع القانون الخاص.

الفصل الرابع

نطاق تطبيق القاعدة القانونية

حين يتوافر للقاعدة القانونية عناصر الوجود والنفوذ تصبح سارية المفعول بالنسبة للأفراد المخاطبين بأحكامها، والوضع المثالي لأي مجتمع هو أن ينصاع أفرادها لحكم القانون من تلقاء أنفسهم، وحين تعترضهم صعوبة في التطبيق يلجئون لفقهاء أو لمحامين يستطلعونهم الرأي فيقدم لهم ما يراه مناسباً لمضمون حكم القانون، وقد يلجئون لوسيط يرتضون ما يفرضه عليهم من حل.

غير أن الأمور لا تسير على هذا النحو في الحياة العملية، فقد يثور نزاع حاد بين أطراف العلاقة القانونية لا تجدى معه نصيحة الفقيه ورأي المحام، ولا يرتضى فيه الأطراف حكم وسيط، لذلك أنشئت المحاكم القضائية لكي تفصل في مثل هذه المنازعات معبرة عن التطبيق السليم للقانون على العلاقة موضوع النزاع، ومن أهم ما يعترض تطبيق القاعدة القانونية مشكلتان، الأولى تدور حول تفسير القاعدة القانونية لتحديد مضمون حكمها بوضوح يسهل معه إيجاد حل ما يعرض من منازعات بين الأفراد، والثانية تدور حول البحث في مدى انطباق القاعدة القانونية من حيث المكان والزمان.

لذلك سنعرض في هذا الفصل لموضوعات ثلاث:

- 1- الجهاز القضائي بوصفه الإدارة الرئيسية لتطبيق القانون وتفسيره وسنقتصر على وصف الجهاز القضائي الأردني بإيجاز.
- 2- تفسير القاعدة القانونية.
- 3- نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان والزمان.

المبحث الأول: التنظيم القضائي الأردني

يقوم التنظيم القضائي في الأردن على أساس تشكيل المحاكم ودرجات التقاضي وتوزيع الاختصاص، بحيث أصبح القضاء الأردني على درجتين الدرجة الأولى هي محكمة البداية صاحبة الولاية العامة، ومن ضمن تلك الدرجة أخذ نظامنا القضائي بنظام محاكم الصلح وحدد اختصاصها بموجب قانون محاكم الصلح، رقم 15 لسنة 1952 وتعديلاته.

بينما الدرجة الثانية، محكمة الاستئناف، وعلى رأس هذا الجهات توجد محكمة القانون (محكمة التمييز) باعتبارها المراقب على تفسير القانون وتطبيقه، والعمل على توحيد هذا التفسير، هذا ما يخص القضاء العادي.

أما ما يخص القضاء الإداري، فقد تولى ذلك محكمة العدل العليا، ورسمت لها اختصاصاتها وإجراءاتها.

بالإضافة لذلك هناك محاكم خاصة بعضها يتبع النظام القضائي، أي المجلس القضائي، وبعضها الآخر لا يتبع له كما سنرى.

لذلك سنعالج موضوع التنظيم القضائي الأردني وفقاً للتفصيل الآتي:

المطلب الأول: القضاء العادي.

يقوم التنظيم القضائي الأردني للقضاء العادي على تقسيم المحاكم إلى درجتين، ومحكمة قانون، كما أن هناك محاكم خاصة، بعضها يتبع المجلس القضائي وبعضها لا يتبع له، وكل هذه المحاكم لها اختصاصاتها.

الفرع الأول: محاكم الدرجتين واختصاصاتها.

تتشكل محاكم في هذه الحالة من محاكم الدرجة الأولى، وهي الصلح والبداية ومحكمة الدرجة الثانية وهي محكمة الاستئناف.

فبالنسبة لمحاكم الصلح، يتم إنشاؤها في الأولوية والأفضية، وتناوب على إنهاء الخصومات صلحاً، وتمارس اختصاصها في الأمور المدنية والتجارية في الدعاوى التي لا تزيد قيمتها عن ثلاثة آلاف دينار، بينما في الأمور الجزائية ما تصل عقوبته في حده الأعلى الحبس سنتين⁶⁰.

أما محكمة البداية، فهي صاحبة الولاية العامة، وتنظر في الدعاوى المدنية والتجارية ما زادت قيمتها عن الحد الصلحي، وفي الأمور الجزائية تختص بنظر جميع الدعاوى الجزائية، إلا ما يستثنى بنص خاص⁶¹.

بينما محكمة الدرجة الثانية، فهي محكمة الاستئناف التي تستأنف إليها الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى، إلا ما استثنى بنص خاص⁶².

ويشمل اختصاصها القضايا المدنية والتجارية والجزائية، وهي عبارة عن هيئات تكون لكن منها ثلاثة أعضاء وقراراتها قابلة للتمييز إلا ما استثنى بنص خاص⁶³.

ويجدر بالذكر أن هناك جرائم قد أنشئت محكمة محددة لنظرها، وذلك مما يخص محكمة الجنايات الكبرى.

ويجدر بالذكر أنه تشكل ضمن محكمة التمييز ومحكمة الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى، دائرة تخص النيابة العامة، المشكلة من رئيس النيابة العامة ومساعدوه والنائب العام ومساعدوه والمدعين العامين.

الفرع الثاني: محكمة القانون (التمييز).

تعتبر هذه المحكمة رأس الهرم القضائي، وهي محكمة قانون ولا تعد من درجات التقاضي كونها لا تتصدى للوقائع إلا بقدر ضرورتها لتطبيق القانون، ويشمل اختصاصها جميع ما يخص تطبيق القانون سواء صدر عن المحاكم النظامية أو الخاصة⁶⁴.

الفرع الثالث: المحاكم الدينية.

وهناك محاكم دينية وتشمل المحاكم الشرعية ومحاكم مجالس الطوائف غير المسلمة⁶⁵.

الفرع الرابع: المحاكم الخاصة.

أنشئت هذه المحاكم لتتولى النظر بقضايا محددة تخص موضوعات محددة كمحكمة استئناف ضريبة الدخل، ومحكمة الجمارك، ومحكمة أملاك الدولة، ومحاكم البلديات، ومحكمة التسوية للأراضي والمياه، وكلها تتبع للمجلس القضائي.

بينما هناك محاكم خاصة لا تتبع للمجلس القضائي، كمحكمة أمن الدولة، والمحاكم العسكرية، ومحكمة الشرطة، والمحكمة الخاصة التي تشكل لنظر قضايا محددة بقرار من رئاسة الوزراء.

المطلب الثاني: القضاء الإداري.

يتولى القضاء الإداري في الأردن، محكمة العدل العليا، والتي يشمل اختصاصها بسط رقابتها على القرارات الإدارية والتي حددت أحكامه في القانون رقم 12 لسنة 1992 المسمى قانون محكمة العدل العليا.

المبحث الثاني: تفسير القاعدة القانونية

وجدت القاعدة القانونية لتحكم وقائع وروابط معينة، وحين تحدث الواقعة أو تنشأ الرابطة يثور التساؤل لمعرفة القاعدة القانونية التي تحكمها، ثم معرفة الآثار القانونية التي ترتبها هذه القاعدة القانونية وفقاً لظروف وملابسات كل حالة على حدة.

وتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وما ترتبه هذه القاعدة من آثار هو بذاته مشكلة التفسير. فالمقصود بالتفسير الكشف عن القاعدة القانونية وتحديد مضمونها بحيث يتحدد ما تضعه

من شروط لانطباقها، ومدى استجابة الفرض المعروض (واقعة كانت أم رابطة) أمام القاضي أو الشارح لهذه الشروط.

وتبدأ مشكلة التفسير بمواجهة فرض معين كالسرقة أو القتل أو الخطأ الذي أحدث ضرراً بالغير. فيبدأ الشارح بالبحث عن القاعدة القانونية الممكن تطبيقها على الفرض المذكور. ثم يجري تحليلاً لعناصر هذا الفرض الواقعي ويقارنها بعناصر وشروط الفرض كما حددته القاعدة القانونية، وذلك لبيان التطابق أو التفاوت بينهما.

ويكون التفسير أمراً ميسوراً إلى حد ما إذا وجدت قاعدة قانونية واضحة يمكن تطبيقها على الفرض الواقعي المعروض، غير أن الحال ليست كذلك دائماً، فأحياناً تكون القاعدة القانونية غامضة سواء من حيث صياغتها أو من حيث تعارضها مع قاعدة أخرى مماثلة، وتارة يشوب القاعدة القانونية نقص بحيث لا تغطي الفرض المعروض كما يحقق الوصول إلى حكم كامل للحالة محل البحث، وأخيراً لا تواجهه القواعد القانونية القائمة.

في مثل هذه الحالات تصبح مهمة الشارح شاقة ويحتاج أدائها إلى الاستعانة ببعض الوسائل الفنية.

ويرد التفسير عادة بمناسبة القواعد التشريعية، أي القواعد المكتوبة الصادرة عن سلطات الدولة المختصة، ذلك أن التشريع يعد – كما سبق أن أشرنا – المصدر الأول والغالب للقواعد القانونية، غير أن هذه الملاحظة لا تعني أن مشكلة التفسير لا ترد بتاتا بالنسبة للقواعد القانونية الأخرى، فقواعد العرف قد تكون غامضة وقد تكون ناقصة، وفي كلتا الحالتين تبدو أهمية التفسير بالنسبة لها، ولذلك فإن الملاحظة السابقة لا تعكس سوى الوضع الغالب من الناحية العملية، فغموض العرف وإن كان متصوراً نظرياً إلا أنه نادر من الناحية العملية، لأن العرف سلوك يتحدد في واقع التصرف العملي ويتكرر أدائه خلال أنشطة الأفراد، لذلك تعذر تصور غموضه أو صعوبة تحديد مضمونه، أما قواعد الدين بوصفها مصدراً للقاعدة القانونية فإن تفسيرها يستند إلى أصول ومدارس خاصة بها، فعلياً أن تلجأ إليها مباشرة، إذا ثار إشكال في تطبيقها، بيد أن ذلك لا يمنع من الالتجاء إلى أساليب التفسير الأخرى أن قصرت مصادر التفسير الدينية عن إجلاء أمر غامض أو تغطية فرض لم يسبق التعرض لتفسيره.

ونعرض فيما يلي للتفسير في مطالب ثلاث: الأول عن أنواع التفسير، والثاني عن مدارس التفسير، والثالث عن قواعد التفسير.

المطلب الأول: أنواع التفسير.

ينقسم التفسير بالنظر إلى مصدره إلى ثلاثة أنواع: التفسير التشريعي، والتفسير القضائي، والتفسير الفقهي، والغالب أن يصدر التفسير عن القاضي بمناسبة ما يعرض عليه من أقضية، لذلك يعتبر التفسير القضائي أكثر صور التفسير أهمية من الناحية العملية، ويرتبط به ويكملة التفسير الفقهي الذي يصدر عن المشتغلين بالدراسات القانونية، لذلك سنجمع بين التفسير القضائي والفقهي في الفرع الأول ثم نعرض في الفرع الثاني للتفسير التشريعي.

الفرع الأول: التفسير القضائي والتفسير الفقهي.

أولاً: التفسير القضائي.

سبق أن أشرنا إلى أن تطبيق القاعدة القانونية قد يكون مثار خلاف بين الأفراد، وأن النظام القانوني لا يسمح للفرد باقتضاء حقه بوسائله الخاصة بل يلزمه بالالتجاء إلى سلطات الدولة، وأهم هذه السلطات في مقام دراستنا، السلطة القضائية.

وحين يعرض النزاع على القاضي فإن عليه أن يقوم بتفسير القاعدة القانونية على ضوء عناصر الفرض المعروض أمامه، لينتهي إلى إصدار حكم القانون فيه، وقد يصطدم القاضي في أدائه لمهمته بنقص القواعد القانونية أو غموضها أو تعارضها، وفي هذه الأحوال عليه أن يقوم بالتفسير وفقاً للأصول والمبادئ التي سنعرض لها فيما بعد.

ويهمنا الآن أن نحدد السمات الرئيسية للتفسير القضائي، ولا شك أن أهمها اثنتان:

الأولى طابعة العلمي: فأمام القاضي يعرض فرض واقعي: شخص أخطأ فترتب على خطأه أضراراً بالغير، فهل تنطبق على هذه الفرض قاعدة المسؤولية المدنية الواردة في المواد (256) وما بعدها من القانون المدني أم لا؟ استولى شخص على مال الغير فهل يكون هذا الاستيلاء عنصر

الاختلاس في جريمة السرقة وفقاً للمادة (174) من قانون العقوبات أم لا؟ ففي مثل هذه الفروض يضع القاضي جهده خلال معطيات الواقع ليصل فيها إلى حكم القانون، وهو يراعى بغير شك كل العناصر العملية المؤثرة في قيام المسؤولية أو رسم حدودها، موفقاً بقدر الإمكان بين الاعتبارات النظرية المستمدة من نصوص القانون وبين الاعتبارات العملية التي تفرضها ظروف نشأة العلاقة القانونية المعروضة.

أما السمة الثانية: فهي أن القاضي لا يتطوع بالفصل في مشكلة قانونية من تلقاء نفسه، بل يقتصر عمله على النظر فيما يرفع إليه من منازعات سواء من جانب الأشخاص أم من جانب السلطات والهيئات العامة، فهو أصلاً حكم لفض المنازعات حين توجد العلاقة القانونية بين ادعائين متناقضين أو أكثر، بل إن القاضي لا يفصل فيما يرفع إليه من قضايا إلا إذا كانت تتضمن خلافاً له طابع عملي، بمعنى أنه لا يختص بالبت في الخلافات النظرية البحتة، لذلك يقال أن القضاء ليس دار للإفتاء.

ثانياً: التفسير الفقهي.

يعبر التفسير الفقهي عن الجهد الذي يبذله المشتغلون بالعلوم القانونية في تفسير نصوص القانون وأحكام القضاء والتعليق عليها وانتقادها، ويتكون من حصيلة هذا الجهد مجموعة من الاتجاهات والآراء تكون خير معين للمشرع في تعديل القوانين أو تطويرها، وخير معين للقاضي في تأكيد آرائه أو مراجعتها.

ويتميز الفقه عن القضاء في أن تفسيره يغلب عليه الطابع النظري في بعض الأحيان، وذلك حين يبدأ الفقيه مهمته من فروض نظرية لا تستند إلى معطيات واقعية كافية، وقد يؤدي هذا المظهر إلى تفاوت في الرأي بين الفقيه والقاضي، حيث يؤدي اختلاف مناخ العمل إلى اختلاف في النتائج التي يتوصل إليها كل منهما.

وقد ظهر هذا التفاوت واضحاً في مطلع القرن الماضي حيث سادت الفقه مدارس تقديس النصوص القانونية (أنظر فيما بعد مدرسة الشرح على المتون) بيد أن هذا التفاوت لم يكن في صالح الفقه، ذلك أن سلطة التنفيذ كانت ولا تزال في جانب حكم القاضي لا رأى الفقيه، فتعبير الفقيه عن

رأيه لا يعدو أن يكون إفصاحاً عن وجهة نظر قد يستجاب لها وقد لا تجد لها صدى، أما حين يفسر القاضي فإنه يتبع ذلك بأعمال رأيه في القضية المعروضة فيصبح هذا الرأي جزءاً من حقيقة يشملها النفاذ بالقوة الجبرية عند الاقتضاء⁶⁶.

ولقد أدرك الفقه الحديث هذه الحقيقة حيث لا جدوى من صياغة أفكار لا تحتويها نصوص القانون ولا يستجيب لها القضاء، فاتجه إلى التعاون البناء مع القضاء بحيث يكون رائدة أن يساهم في تطوير القانون وألا يشجب أحكام القضاء بطريقة عملية مع احتفاظه بحقه وقدرته على النقد السليم.

الفرع الثاني: التفسير التشريعي.

أولاً: معنى التفسير التشريعي وصوره.

قد يقدر المشرع أن قانوناً سبق صدوره شابه غموض، أو أن القضاء قد نهج في تفسيره منهجاً يخالف قصده فيتدخل لمجرد تحديد المعنى المقصود بهذا القانون، ويسمى التفسير الصادر لهذه المهمة بالتفسير التفسيري، غير أن تدخل المشرع على هذا النحو يعد أمراً نادراً من الناحية العملية، لأن التفسير على ما سبق القول، يعتبر أساساً من وظيفة الفقه والقضاء، ويقدم لنا النظام المصري بعض الأمثلة المحدودة لهذا النوع من التفسير: ففي 30 أغسطس 1994 صدر قانون يفرض السعر الإلزامي لأوراق البنكنوت ويقضي ببطان شرط الدفع بالذهب، وقد جرى قضاء المختلطة على تفسير هذا القانون بما يؤدي إلى انصرافه إلى المعاملات الداخلية دون المعاملات الخارجية، وحين أدرك المشرع أن هذا التفسير الضيق يخالف مقصده سارع في سنة 1932 (مرسوم 2 مايو) بإصدار تشريع تفسيري ليوضح به أن شرط الدفع بالذهب باطل سواء في المعاملات الداخلية أو المعاملات الخارجية.

وقد لا يتولى المشرع مباشرة مهمة إصدار التفسير التشريعي بل ينبى عنه غيره في ذلك، ويقدم لنا القانون المصري مثالين لهذه الصورة:

الأول: ما نص عليه قانون الإصلاح الزراعي رقم 264 لسنة 1952 بتفويض اللجنة العليا للإصلاح الزراعي سلطة تفسير أحكام هذا القانون واعتبار قراراتها في هذا الشأن تفسيراً تشريعياً

ملزماً.

الثاني: ما نص عليه القانون رقم 18 لسنة 1969 بإنشاء المحكمة العليا في مادته الثانية باختصاص هذه المحكمة بتفسير القانون تفسيراً ملزماً حين تستدعي ذلك طبيعة القانون أو أهميته، وقد استهدف المشرع من هذا النظام تلافى إصدار تفسيرات تشريعية أو إنشاء لجان خاصة لهذا الغرض، وتتولى المحكمة العليا هذه المهمة حين يطلب منها وزير العدل ذلك.

ثانياً: خصائص التفسير التشريعي.

الأصل أن التفسير التشريعي لا يضيف جديداً إلى النص القديم حيث يقتصر على بيان المقصود بهذا النص، وبالتالي يعتبر التفسير جزءاً لا ينفصل عن القانون المفسر ويطبق في ذات المجال الزمني لهذا القانون، أي أن التفسير يسرى منذ تاريخ سريانه دون أن يعترض على ذلك بأن التفسير قد طبق بأثر رجعي.

غير أن المشرع قد لا يقتصر فيما يصدره من تفسير على مجرد إيضاح حكم القاعدة الغامضة بل يتجاوز ذلك إلى إجراء تعديلات وإضافات جديدة، ويكون قصد المشرع في هذا أن يتستر خلف التفسير لينفذ قاعدة جديدة بأثر رجعي، ولا محل للاعتراض على مسلك المشرع في هذا الشأن لأن من سلطته، على ما سنرى، أن ينص صراحة على سريان القاعدة القانونية الجديدة على الماضي، ولكن هذه القدرة تقتصر على المشرع وحده ولا يجوز أن يمارسها غيره ممن يفوض في إصدار تفسيرات تشريعية.

المطلب الثاني: المدارس المختلفة في التفسير.

يحتاج الشارح في قيامه بمهمته إلى الالتزام بمبدأ معين يقدم له نقطة البدء ويحدد له الفلسفة العامة التي يجب عليه أن يلتزم بها في بحثه عن مضمون القاعدة القانونية، وقد قيلت في هذا الصدد نظريات متعددة منها المدرسة التقليدية التي تسمى بمدرسة الشرح على المتن، ومنها المدارس الحديثة التي ذهبت في أكثر من اتجاه، وسنعرض فيما يلي لهذه الاتجاهات بإيجاز.

الفرع الأول: المدرسة التقليدية (مدرسة الشرح على المتن) 67.

تقوم هذه المدرسة على تقديس النصوص التشريعية، غير أن هذه التقديس لا ينتهي بالضرورة التي التمسك بالتفسير الحرفي والمتزمت للنص القانوني، ذلك أن هذه المدرسة تبحث بصفة أساسية عن إرادة المشرع ونيته، فالقاعدة القانونية ما هي إلا تعبير عن هذه الإرادة لذلك وجب أن يتجه جهد الشارح إلى البحث عن النية الحقيقية لصاحبها، أنا لا أعرف القانون المدني، وإنما أشرح مجموعة نابليون: بنييه.

ويجربى البحث عن هذه النية من خلال كل ما يمكن أن يدل عليها، كالمناقشات التي سبقت صدور القانون والتقارير التي كتبت عنه والأعمال التحضيرية.. إلخ فإن تعذر الاهتداء إلى شيء من ذلك كان علينا أن نبحث في الظروف التي عاصرت نشأة القاعدة القانونية لكي نحدد بقدر الإمكان الهدف الذي توخاه المشرع، وأخيراً يمكن تحليل النتائج المختلفة للتفسيرات المحتملة وذلك لترجيح أكثرها اتساقاً مع المنطق والمعقولية.

كما تذهب هذه المدرسة إلى حصر وتركيز مصدر القاعدة القانونية في يد السلطة التشريعية، فعلى القاضي والفقهاء أن يحصرأ جهودهما في البحث عن الحلول داخل نصوص القانون الوضعي دون سواه، بل لقد ذهب البعض إلى حد القول بأن على القاضي أن يرفض الدعوى إذا لم يجد نصاً في القانون يمكن الحكم بمقتضاه.

وقد عيب على هذه النظرية استنادها في التفسير إلى عنصر نفسي هو نية المشرع، الأمر الذي يصعب التحقق منه، كما عيب عليها أنها تؤدي إلى جمود النصوص القانونية وتخلفها عن متابعة ما يستجد في المجتمع من تطورات متلاحقة.

الفرع الثاني: المدرسة الحديثة.

1- مدرسة الغرض الاجتماعي.

وتذهب إلى أن تفسير القاعدة القانونية يجب أن يستند إلى عنصرين أحدهما ثابت والآخر متغير، الأول هو النص الذي صيغت في إطاره القاعدة القانونية، والثاني هو الغرض الاجتماعي الذي تستهدفه

هذه القاعدة، ووفقاً لهذه المدرسة ينفصل النص عن إرادته واضعه وبالتالي فلا يجوز البحث عن نية هذا الأخير وقت وضع التشريع، بل يجب تفسير النص على أساس العنصر الثابت فيه وهو صياغته التي تضع لنا حدوداً لمنطق النص لا يجوز تجاوزها، وعلى ضوء العنصر المتغير وهو الهدف الاجتماعي يمكن تفسير النص على ضوء الظروف الاجتماعية المتغيرة.

2- المدرسة التاريخية.

وتذهب إلى وجوب تطوير النص بتفسيره على ضوء التطورات والتغيرات الاجتماعية الحديثة، فالمفسر لا يبحث عن نية المشرع لحظة وضع النص بل عن نيته المحتملة لو أنه وجد في الظروف التي نعيشها لحظة الحاجة إلى التفسير وبالتالي فإن ذات النص يمكن أن يفسر بطرق متعددة في الأزمان المختلفة لتطبيقه، بل يمكن أن يفسر بمعنى يغير مفهوم صياغته اللفظية.

3- مدرسة البحث العلمي.

وتبدأ هذه المدرسة بتقرير أن القانون قبل أن يكون شكلاً يعبر عن إرادة الدولة، إنما هو حصيلة لمجموعة من الحقائق والمعطيات التاريخية والمصلحية والعقلية، وأن تفسير النص يجب أن ينصب أولاً على الإرادة الحقيقية للمشرع، فإن تعذر الاهتداء إليها وجب أن تلجأ إلى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية خاصة العرف، فإن قصرت هذه المصادر عن تقديم حكم معين وجب على المفسر أن يتصرف أمام هذا النص كما لو كان مشرعاً أسندت إليه مهمة خلق القاعدة القانونية، وفي هذه الحالة يجب عليه أن يلتزم – كالمشرع – بالحقائق والمعطيات العلمية السالفة الذكر.

المطلب الثالث: قواعد التفسير.

يقصد بقواعد التفسير الوسائل العلمية التي يستخدمها المفسر لاستخلاص حكم القاعدة القانونية، وتختلف وسائل التفسير تلك باختلاف ما إذا كان الفرض الذي يواجهه المفسر يحكمه نص تشريعي قائم أو أن نصاً لم يرد في شأنه.

وسنعرض فيما يلي لكل من هذين الفرضين على أن نختم بعض المبادئ العامة التي تحد من سلطة القائم بالتفسير.

الفرع الأول: حالة وجود نص.

ونفرق هنا أيضا بين ما إذا كان النص الموجود سليماً أو معيباً:

أولاً: حالة النص السليم.

يقصد بالنص السليم النص الواضح الذي صيغ بأسلوب يفيد مضمونه بمجرد الرجوع إلى ألفاظه، وفي مثل هذه الحالة يتعين على القاضي أن يستخلص المعنى الواضح وأن يطبقه على الفرض المعروض، ولا يجوز له أن يعدل فيه أو يعدل عنه بحجة منافاته للعدالة أو لغير ذلك من أسباب، فوضوح النص وسلامته تقطع الطريق أمام الاجتهاد الشخصي وتلزم بالأخذ بالإرادة الواضحة للمشرع، وإذا وجد للفظ معنيان أحدهما اصطلاحياً والآخر لغوي وجب الأخذ بالمعنى الأول، فلكلمة الزنا مثلاً يقصد بها في الاصطلاح القانوني معنى أضيق من معناها اللغوي، ففي اللغة يطلق الوصف على مباشرة العلاقة الجنسية غير المشروعة بين الرجل والمرأة، أما في القانون فلا يثبت وصف الزنا إلا إذا كان أحد الطرفين متزوجاً، ولا يجوز أن نفهم من إلزام القاضي المعنى الواضح للنص اقتصراره على المعنى اللفظي للصياغة (التفسير الضيق)، بل إنه يستطيع أن يتجاوز ذلك إلى ما تفيدته إشارة النص أي إلى المعنى اللازم للمعنى المستفاد من عبارة النص والمعنى المستفاد من إشارته وجب تغليب الأول على الثاني، كما يشمل التفسير ما يستخلص من مفهوم النص وفحواه بطريق المنطق والاستنتاج تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها (2/1) من القانون المدني أردني، غير أن إفادة الحكم بما يجاوز دلالة العبارة وإشارتها يعتبر من قبيل التفسير الواسع الذي يعد محظوراً في بعض الأحوال على ما سنرى فيما بعد.

ثانياً: حالة النص المعيب.

قد يوجد نص يحكم الفرض المعروض، ولكن هذا النص مشوب بعيب يصبح معه التفسير أكثر صعوبة ودقة، ومن العيوب المتصورة في صياغة النص، الغموض، النقص، تعارض النص مع نصوص أخرى.

1- الخطأ في صياغة النص: قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً، ومن أمثلة الخطأ المادي ما ورد في القانون المدني القديم من تعريف الشرط بأنه أمر مستقبل أو غير محقق الوقوع، في حين أن صحة التعريف هو أن الشرط أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، أما الخطأ المعنوي فمثاله ما كان يقرره القانون المدني من أن القسمة ناقلة للملكية، في حين أن قصد المشرع أن القسمة كاشفة لحقوق المتقاسمين⁶⁸.

2- الغموض: وهو ما قد يثيره النص من تردد في فهم المعنى المقصود منه، وقد يرجع السبب في ذلك إلى وجود لفظ يحتمل أكثر من معنى، فكلمة الليل، التي يستخدمها قانون العقوبات كظرف مشدد للعقوبة في جريمة السرقة، لها معنيان أحدهما يعني الفترة من غروب الشمس حتى شروقها، والآخر معني الظلام الذي يبدأ في وقت متأخر عن غروب الشمس، فهل العبرة في تشديد عقوبة السارق بالمعنى الأول أم بالمعنى الثاني؟

3- النقص: ويتحقق بإغفال النص لشرط من شروط الحكم الوارد فيه، مثال ذلك ما كانت تنص عليه المادة (76) من القانون المدني القديم من الإشارة إلى شروط اكتساب الملكية بالتقادم القصير، فذكرت وضع اليد والسبب الصحيح ولكنها أغفلت الشرط الثالث وهو حسن النية (وردت الشروط الثلاث في المادة 969 من القانون المدني الحالي)⁶⁹.

4- التعارض: قد يجد القائم بالتفسير أن هناك نصين يمكن ترشيحهما لحكم الفرض المعروض، ولكنه يجد بينهما تعارض يتعذر معه تطبيقهما في آن واحد في هذه الحالة يجب على المفسر أن يرجح أحدهما على الآخر، فإذا كانت النصوص من درجات متفاوتة وجب ترجيح التشريع الأعلى على التشريع الأدنى، فإن تساوت النصوص في الدرجة وجب ترجيح المعنى المستفاد من عبارة النص على ذلك المستفاد من إشارته ثم ترجيح معنى إشارة النص على معنى دلالة المفهوم، فإن تعذر كل ذلك كان على المفسر أن يستخدم طرق التفسير الأخرى التي سنعرض لها في الفقرة التالية.

ومن الأمثلة على تعارض النصوص أن المواد (155، 157) من القانون المدني المصري القديم كانت تنص على أحكام النفقات بين الأصول والفروع والأزواج ويستفاد من ذكر هذه الأحكام في القانون المدني اختصاص المحاكم الوطنية المصري بتطبيقها، وهو معنى مستفاد من إشارة النص، غير أن المادة (17) من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية نصت صراحة على استبعاد تلك

المسائل من اختصاصها، وقد انتهى التعارض بترجيح هذا المعنى الأخير المستفاد من عبارة النص على المعنى الأول المستفاد من إشارة النص.

طرق تفسير النص المعيب:

يستعين القائم بالتفسير بوسائل متعددة ليتجاوز عقبات النص المعيب، وأهم هذه الوسائل الاستعانة بالضوابط اللغوية وتقريب أجزاء النص بعضها من بعض، اللجوء إلى الأعمال التحضيرية، الرجوع للمصدر التاريخي للنص، الرجوع للنص المحرر باللغة الفرنسية، البحث عن حكمة التشريع.

1- الاستعانة بالضوابط اللغوية وتقريب أجزاء النص بعضها من بعض:

وتعتبر هذه الوسيلة الخطوة الأولى في محاولة تفسير النص المعيب، فقد يفهم معنى النص رغم ما به من عيب من سياق الكلام وعن طريق الربط بين أجزائه، مثال ذلك ما كانت تنص عليها المادة (293) من القانون الجنائي المصري والخاص بالنصب قبل تعديلها سنة 1937 من أنه يعاقب بالحبس (أو) بغرامة لا تتجاوز خمسون جنيهاً مصرياً أو بإحدى هاتين العقوبتين.. فسياق النص يفيد أن لفظ أو الذي ورد في بداية النص خطأ وأن صحته واو العطف بدليل أن المشرع أضاف بعدها أو بإحدى هاتين العقوبتين ⁷⁰.

2- الرجوع إلى الأعمال التحضيرية:

يقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق والمناقشات التي صاحبت إعداد القانون وإصداره، ومنها محاضر مناقشات اللجان الفنية التي تولت صياغة القانون، تقارير ومحاضر مناقشات البرلمانية، المذكرة الإيضاحية التي تصاحب صدور القانون، غير أن الاعتماد على هذه الأعمال التحضيرية يجب أن يكون بتحفظ وذلك من ناحيتين:

الأولى: أنه لا يجوز الاستناد إلى ما ورد بالأعمال التحضيرية لنص معين إذا كان مفادها يعارض ما جاء في نص صريح من نصوص القانون.

الثاني: في أن الأعمال التحضيرية خاصة المذكرة الإيضاحية قد تتضمن ما يعكس آراء شخصية لواضعيها، وقد تكون هذه الآراء أبعد ما تكون عن قصد المشرع، مثال ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة الرابعة من قانون المرافعات لسنة 1949 (م 2) القانون المدني من أن المشرع المصري قد أباح الدعاوى المستندة إلى المصلحة المحتملة كمبدأ عام، في حين أن صريح نص المادة الرابعة لم يجزها إلا على سبيل الاستثناء.. ومثال آخر مستمد من المذكرة الإيضاحية لقانون المجالس الحسبية الصادرة سنة 1925 والذي رفع سن الرشد من 18 إلى 21 سنة، فقد ورد في هذه المذكرة أن الشخص الذي تجاوز الثامنة عشرة عند صدور القانون الجديد ولم يكن قد بلغ الحادية والعشرين بعد ظل بالغاً رغم سريان القانون الجديد، وقد كان هذا الرأي تطبيقاً معيماً لقواعد تنازع القوانين من حيث الزمان لذلك رفضه الفقه ولم تأخذ به المحاكم⁷¹.

3- الرجوع إلى المصدر التاريخي للنص:

قد تستند نصوص القانون الوطني إلى نظام قانوني أجنبي، ويترتب على هذه الصلة نوع من التبعية بين النظامين القانونيين، من آثارها إمكان الاستعانة بنصوص القانون الأجنبي لإيضاح ما

غمض من نصوص القانون الوطني، فالقانون الأردني يستند تاريخياً إلى نصوص القانون الفرنسي والإنجليزي بالنسبة لبعض أحكامه وإلى مبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة للبعض الآخر، فإذا وجدنا عيباً في بعض نصوصه أمكن تفادي مساوئه بالرجوع إلى المصدر التاريخي لمعرفة حكمه والاهتداء به في تفسير النص المعيب.

4- الرجوع للنص المحرر باللغة الفرنسية واللغة الإنجليزية:

إن قوانينا الوطنية تصاغ باللغة العربية نقلاً عن اللغة الفرنسية أو الإنجليزية وقد ترتب على ذلك اعتبار أن النص الفرنسي والإنجليزي هو الأصل، فإن تعذر فهم المعنى من الصياغة العربية وجب الرجوع إلى النص الفرنسي أو الإنجليزي الذي يعتبر حجة فيما يفيد من معنى.

وفي مصر، فقد جرى العمل على نشر ترجمة رسمية باللغة الفرنسية لبعض القوانين في مصر ولهذا يظل الرجوع إلى النص الفرنسي أهمية محدودة لمجرد الاسترشاد في إيضاح ما قد يكتنف النص العربي من غموض.

5- الرجوع إلى حكمة التشريع:

المقصود بحكمة التشريع هو الغرض الذي من أجله صدرت القاعدة القانونية سواء كان هذا الغرض اجتماعياً أو اقتصادياً أو سياسياً، فمعرفة هذه الحكمة قد تساعد على تحديد المقصود بالنص رغم ما علق به من عيب، فإذا تساءلنا مثلاً عن الحكمة من اعتبار الليل ظرفاً مشدداً في جريمة السرقة لوجدنا أن المشرع قد راعى أن السرقة في الظلام تساعد اللص على إتمام جريمته كما أنها تسبب إزعاجاً للمواطنين على نحو أكثر خطورة منها في النهار، وعلى ضوء هذه الحكمة أمكن القول بأن المقصود بالليل الفترة التي يسودها الظلام فعلاً بغض النظر عن وقت غروب الشمس وشرورها.

يبد أن ذلك لا يعني أن الحكم يدور مع حكمته وجوداً وعدماً وأن تشديد العقاب منوط بإزعاج الناس فعلاً، فلو أن السرقة تمت ليلاً في مكان مقفر لتحقق الظرف المشدد لتوافر شرطه (وهو الليل) رغم انتفاء الحكمة (وهو إزعاج الناس) في الظروف الموضوعية التي تمت فيها واقعة السرقة.

الفرع الثاني: حالة عدم وجود نص.

يحاول المشرع، عند وضع النصوص القانونية، أن يغطي كافة الوقائع والعلاقات الممكن حدوثها في المجتمع، ورغم ذلك فمن العسير على المشرع أن يتنبأ بكل ما قد يجد في المستقبل من وقائع وعلاقات متعددة، فالتطورات الاجتماعية والاقتصادية المتلاحقة تؤدي حتماً إلى ظهور روابط جديدة تجاوز توقع المشرع عند وضع القواعد القانونية، فإذا عرض أمام القاضي نزاع من هذا النوع وتيقن القاضي من القواعد القائمة لا تغطي الفرض المعروض فإنه لن يستطيع رغم ذلك أن يمتنع عن الحكم بحجة قصور القانون أو نقصه، وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة إنكار العدالة⁷²، فلا سبيل أمام القاضي إذن سوى الحكم فيما يعرض عليه من قضايا، ولكنه من ناحية أخرى لا يستطيع خلق قاعدة جديدة، فمهمة القاضي هي تطبيق القانون لا خلقه، وبين هذين الحدين يجد القاضي في التفسير وسيلة لاستخلاص الحلول الجديدة من القواعد القائمة.. وأهم صور هذا التفسير ما يسمى بالقياس، ويعني إعطاء حكم ورد في شأنه نص لفرض آخر لم يرد في شأنه نص، وذلك لاتحاد العلة في الحالتين، ويعتبر القياس بهذا المعنى وسيلة لاستخلاص الحكم من النص القائم بطريق التفسير الواسع، ويجدر بالملاحظة أن القاضي لا يلجأ إلى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية (أحكام الفقه الإسلامي - الشريعة الإسلامية - العرف - القانون الطبيعي وقواعد العدالة) إلا إذا استنفذ سبيل الوصول إلى الحكم من المصدر الأول (التشريع) بكل وسائل التفسير بما فيها القياس.

تعريف القياس وبيان شروطه:

يتضح مما سبق أن القياس وسيلة لإظهار حكم في مسألة سكت عنها القانون قياساً على مسألة ورد فيها حكم، وذلك لأن العلة في الحالتين واحدة، ويعرف فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه إثبات حكم المنطوق للمسكوت عنه لاشتراكهما في علة واحدة، وتسمى المسألة التي ورد القياس في شأنها نص الأصل أو المقيس عليه، وتسمى المسألة التي لم يرد في شأنها نص بالفرع أو المقيس، أما العنصر الذي يجمع بين الأصل والفرع والذي يعمل بالقياس هنا لاتحاد العلة في المقيس والمقاس عليه ويشترط لاستخدام القياس كوسيلة للتفسير عدة شروط:

- 1- ألا يكون للفرع نص خاص به، إذ لو كان له حكم فلا فائدة من القياس إن تطابق الحكمين، وإن اختلفا كان القياس باطلاً حيث لا قياس في مواجهة النص.

- 2- أن يكون للمقيس عليه (الأصل) علة يمكن إدراكها بالعقل، وذلك حتى يتسنى القول بوجود وصف يجمع بين المقيس عليه والمقيس بحيث تستند إليه في مد حكم الأول إلى الثاني، أما إذا كان الحكم المنصوص عليه قد جاء تحكيمياً بغير علة واضحة فلا يمكن بداهة القياس عليه.
- 3- ألا يكون حكم الأصل قد جاء على وجه الاختصاص، فهنا يقال أن الأصل قد تفرد بحكم خاص به، فيجب أن يقتصر عليه ولا يقاس غيره عليه.
- 4- أن تكون العلة الموجودة في الفرع مساوية على الأقل لعلّة الأصل فإن تفاوتت العلة فلا يصح القياس لأن القياس مع الفارق لا يجوز.

صورة القياس:

للقياس صورتان الأولى تمثل الاستنتاج بمفهوم الموافقة وتعني مد حكم النص لتطبيقه على الحالة المسكوت عنها لاتحاد العلة، وينقسم هذا النوع من القياس إلى نوعين: قياس عادي وقياس من باب أولى، وتمثل الثانية الاستنتاج بمفهوم المخالفة (الاستنتاج العكسي) وتعني إعطاء الحالة المسكوت عنها حكماً مناقضاً لحكم الحالة المنصوص عليها لاختلاف العلة أو تخلفها.

أولاً: القياس بمفهوم الموافقة.

1- القياس العادي:

وفيه تتوافر علة الأصل في الفرع بذات المقدار، أي تتساوى العلة بين المقيس والمقيس عليه، فنمد حكم الثاني للأول، مثال ذلك ما قضت به المواد (399) وما بعدها من قانون العقوبات من أنه لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه إلا بناء على شكوى من المجني عليه، فلو أن الجريمة كانت احتيالياً أو إساءة أمانة فهل تتوقف المحاكمة في هذه الحالات أيضاً على شكوى من المجني عليه؟ الرد بالإيجاب لأن علة حكم المادة (312) عقوبات وهي المحافظة على كيان الأسرة وترك الأمر لتقدير المجني عليه تتوافر بذات القدر في جريمتي الاحتيال وإساءة الأمانة فيما بين الأزواج أو الأصول والفروع.

2- القياس من باب أولى.

وفيه تكون العلة أكثر وضوحاً في الفرع منها في الأصل فيطبق حكم الأصل على الفرع من باب أولى، من قبيل ذلك ما تنص عليه المادة (340) عقوبات ولدلالة المادة (97) من نفس القانون من أن الزوج الذي يفاجئ زوجته متلبسة بالزنا ويقتلها هي وشريكها يعاقب بالحبس، وهي عقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية، فإذا ارتكب الزوج في ذات الظروف جناية أخف بالزوجة وشريكها كجناية إحداث عاهة مستديمة فهل يستفيد من التخفيف المذكور بالمادة (340) عقوبات، الرد بالإيجاب إعمالاً للقياس من باب أولى، فطالما أن جناية القتل وهي أكثر خطورة قد اعتبرت جنحة فيجب أن يسرى ذات الحكم، ومن باب أولى، على جنحة إحداث عاهة مستديمة لأنها أقل خطورة.

ثانياً: القياس بمفهوم المخالفة.

ويعني كما سبقت الإشارة إعطاء الحالة المسكوت عنها عكس الحكم المنصوص عليه لاختلاف العلة أو تخلفها، أو لتخلف شرط، أو قيد، أو وصف ورد بالنص.

مثال ذلك ما تنص عليه المادة (98) مدني من أنه إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن يقضي هذا الميعاد فبمقتضى مفهوم المخالفة يستطيع الموجب أن يعدل عن إيجابه في أية لحظة إذا لم يكن قد عين ميعاداً للقبول، ومن قبيل ذلك أيضاً أن المادة (60) مدني نصت على أن تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات المخصصة للمنفعة العامة فلا يجوز التصرف فيها أو الحجر عليها أو تملكها بالتقادم، فإذا تختلف شرط التخصيص للمنفعة العامة تخلف وصف المال العام (بمفهوم المخالفة) وبالتالي خضع المال لعكس الأحكام المشار إليها بأن جاز التصرف فيه وتملكه بالتقادم والحجز عليه.

ويحذر الفقه من عدم الحيطة في الأخذ بهذه الصورة من صور القياس، وذلك أن ورود حكم معين مقيداً بقيد لا يعني دائماً أن تخلف القيد يسمح بالأخذ بالحكم العكسي. فقد يحدث أن يكون النص قد ورد على سبيل المثال فقط، فمثلاً نصت المادة (470 و 471) مدني على أن البيع بشرط التجربة يعتبر معلقاً على شرط القبول المبيع، فإذا انتفى شرط التجربة كأن كان البيع بشرط الرؤية مثلاً فلا يمكن، أخذاً بمفهوم المخالفة اعتبار البيع غير معلق على شرط، لأن المشرع وذكر البيع بشرط التجربة كصورة للبيع المعلق على شرط ولم يقصد الحصر مما يؤدي إليه من ترتيب نتيجة عكسية حال تخلف القصد.

الفرع الثالث: مبادئ عامة تحد من سلطة القوائم بالتفسير.

1- وجوب التزام التفسير الضيق ⁷³ في القانون الجنائي:

تتميز مسائل القانون الجنائي بأنها تمس أمن الجماعة واستقرارها بصفة مباشرة، لذلك تتجاوز الجريمة نطاق الاعتداء على المصالح الخاصة لتصبح عدواناً على المجتمع بأكمله، وبالتالي تصبح بوصفها ممثلة للمجتمع طرفاً في الخصومة الناشئة عن الجريمة.. ومن ناحية أخرى فإن إضفاء وصف الجريمة على عمل معين يؤدي إلى تغيير أساسي في نطاق حرية الحركة التي يتمتع بها المواطنون، لذلك كان طبيعياً أن توضع قيود تحول دون التوسع في دائرة التحريم أو تضع له على الأقل، الضمانات الكافية، واتفاقاً مع هذا المفهوم وجد مبدأ يسمى بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ويعني ألا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص في القانون أي أن الدولة وحدها، عن طريق سلطتها التشريعية، تحتكر تجريم الأفعال وتحديد عقوباتها وقد ترتبت على هذا المبدأ، بالنسبة للقضاء والشرح، نتيجتان:

الأولى: مفادها حرمان القضاء والشرح من إضفاء صفة الجريمة على عمل لم تجرمه السلطة التشريعية.

والثانية: تفيد الحد من القدرة على التفسير بما يؤدي إلى الالتزام بالتفسير الضيق وامتناع استخدام التفسير الواسع. وبالتالي فلا يجوز تجريم فعل مباح قياساً على جريمة ورد بها نص بحجة اتحاد العلة بين الفعلين وإلا كان في ذلك خروج على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.. فمثلاً لم يكن سحب الشيك بدون رصيد يكون قبل سنة 1937 جريمة ما في مصر، ومع ذلك لم يكن من الممكن تجريمه قياساً على جريمة النصب بحجة وجود علة مشتركة بين الفعلين وهي ابتزاز أموال الغير. ومن قبيل ذلك أيضاً أن جريمة التزوير تتم بتغيير علامة أو رقم أو بيان في المحرر على أساس أن هذه العناصر تعد أجزاء من المحرر ذاته. أما تغيير الصورة الشمسية فلم يرد ضمن صور التزوير ومع ذلك فلا يمكن اعتبارها كذلك قياساً على تغيير البيانات وفي فرنسا كان الأكل في المطعم والخروج منه دون دفع الثمن مجبر إلا أنه بعد ذلك جبر، ذلك بموجب نص في قانون العقوبات الفرنسي، ولأن المبدأ في القانون الجنائي هو الالتزام بالتفسير الضيق.

ويجدر بالملاحظة في هذا المقام أن الالتزام بالتفسير الضيق قاصر على مجال التجريم ولا يمتد في مجال تفسير أسباب الإعفاء من المسؤولية أو موانع العقاب. ففي هذا النطاق الأخير يسترد المفسر سلطة التفسير الواسع حيث لا يتعارض هذا التفسير مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وحيث لا يتعارض مع مقتضيات الحرية الفردية. وقد عرضنا فيما سبق لتطبيقات للتوسع في تفسير

أسباب الإباحة أو ظروف التخفيف. فقد أشرنا إلى إمكان قياس الاحتيال وإساءة الأمانة بين الأزواج أو بين الأصول والفروع على جريمة السرقة للقول بامتناع المحاكمة إلا بناء على شكوى من المجني عليه، كذلك الحال بالنسبة لتخفيف العقاب عن الزوج الذي أحدث بزوجه الزانية عاهة مستديمة قياساً على نص التخفيف الخاص بقتل الزوجة الزانية.

2- حيث يرد النص عاماً فلا يجوز إيراد قيد على حكمه:

الأصل أن المفسر لا يملك سوى الإذعان لعمومية النص القانوني، فليس من سلطته أن يورد عليه قيداً لم يضعه المشرع، فحين يقرر القانون مثلاً أن الملكية في العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل على اعتبار أن العقارات ذات قيمة اقتصادية ضخمة، فلا يجوز للمفسران يفرق بين العقارات ذات القيمة الضخمة والعقارات ذات القيمة التافهة ليفرض التسجيل على الأولى دون الثانية.

3- ما ورد على سبيل الاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره:

قد يورد القانون حكماً معيناً يعتبره القاعدة العامة واجبة الإتيان في جميع الحالات، ثم يورد على هذه القاعدة استثناء محدوداً أو حالات خاصة. ففي هذه الحالة لا يجوز التوسع في تفسير الاستثناء أو القياس عليه، بل يجب على المفسر أن يلتزم بالتفسير الضيق.

المبحث الثالث: نطاق تطبيق القاعدة القانونية مكانياً وزمانياً

حين تستجمع القاعدة القانونية عناصر الوجود والنفاد فإنها تسري على المخاطبين بأحكامها، غير أن هذا السريان يتحدد من زاويتين أولاهما مكانية والثانية زمانية، فنطاق سريان القاعدة القانونية يتحدد إقليمياً بحيز مكاني معين. كما يتحدد من حيث الزمان بحيز زمني معين. ويلزم في هذا المقام أن نحدد سريان القانون من هاتين الزاويتين وما يثيره كل منهما من مشاكل.

المطلب الأول: نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان.

القاعدة الأساسية التي تحكم هذا الموضوع هي قاعدة إقليمية القوانين، وهي تعني أن القانون يسرى على جميع الأشخاص القاطنين بإقليم الدولة سواء كانوا وطنيين أم أجانب، ويعتبر تطبيق هذا المبدأ إعمالاً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها من ناحية ومظهراً لمبدأ عمومية القاعدة القانونية من ناحية أخرى.

غير أن هذا المبدأ لم يعد يطبق بشكل مطلق، فمن الناحية الداخلية يمكن أن يصدر قانون ليطبق على جزء فقط من إقليم الدولة كمناطق الحدود أو المناطق النائية.

ومن الناحية الدولية - وهذا هو الأهم - أدى انتشار التجارة والتبادل الدولي إلى إعادة النظر في مسألة القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، فنشأت نتيجة لذلك قواعد تبين القانون الواجب التطبيق في كل حالة شملها القانون الدولي الخاص الذي سبق لنا الحديث عنه، ومع استقرار قواعد هذا الفرع صار من غير المستبعد أن ينطبق قانون دولة أجنبية على الإقليم الوطني.

وبهذا يظهر مبدأ آخر يسمى بمبدأ شخصية القوانين يقضي بسريان قانون الشخص عليه حتى لو كان مقيماً على إقليم دولة غير دولته.

والراجع في الوقت الحاضر أن المبدأ الأساسي هو مبدأ الإقليمية وإن الاستثناء هو السماح بمبدأ شخصية القانون في حدود معينة.

الفرع الأول: الوضع في القانون الأردني.

المبدأ الأساسي في القانون الأردني هو إقليمية تطبيق القانون، بمعنى أن القوانين الأردنية تطبق على كافة المقيمين على إقليم الدولة سواء كانوا مواطنين أم أجانب، كما يقضي مبدأ الإقليمية باقتصار القانون الأردني على إقليم الدولة الأردنية دون أن يستطيع تجاوز هذا الحد، مع مراعاة الاستثناءات⁷⁴.

غير أن هذا المبدأ لا يطبق تطبيقاً مطلقاً بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي يختلف مداها باختلاف فروع القانون.

أولاً: ففي إطار القانون العام نجد.

1- هناك استثناء عاماً من مبدأ الإقليمية تفرضه قواعد القانون الدولي بالنسبة لطائفة معينة من الأفراد، ويقضي بعدم خضوع رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين في حدود معينة للقضاء الوطني وبالتالي للقانون الوطني أثناء إقامتهم على إقليم الدولة المضيفة.

2- أن بعض قواعد القانون الدستوري تتحدد في عمومية تطبيقها على جميع الأفراد المقيمين على أرض الدولة بمبدأ شخصية القوانين، وذلك بالنسبة للقواعد المتعلقة بالحقوق والحريات والواجبات السياسية، فبالنسبة لهذه المسائل لا يتمتع بما تضعه من امتيازات ولا يتحمل ما تفرضه من التزامات سوى الوطني دون الأجنبي.

3- بالنسبة لقانون العقوبات فإن أحكامه تطبق في الأصل تطبيقاً إقليمياً أي يسرى على كل من يرتكب في المملكة الأردنية جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه سواء كان الفاعل أردنياً أم

لا، وأنه لا يسري على الجرائم التي ترتكب خارج هذه الحدود حتى ولو كان مرتكب الجريمة أردنياً، غير أن هذا المبدأ يلقي استثناء من ناحيتين: فقد يلحق القانون الأردني بعض الأشخاص الموجودين بالخارج أردنيين كانوا أم أجانب إذا ما كانت الجرائم التي ارتكبوها كلها أو جزء منها قد وقع على إقليم الدولة الأردنية، ومن ناحية ثانية قد ترتكب في الخارج جرائم تمس أمن الدولة فيخضع مرتكبوها للقانون الوطني.

ثانياً: في إطار القانون الخاص.

تعتبر قواعد القانون الخاص أقل مساساً باعتبارات سيادة الدولة وكرامتها من قواعد القانون العام، فالقانون العام يحكم سلطة الدولة ونظامها السياسي والإداري وينظم أمنها وسلامة مواطنيها وأراضيها، في حين يحكم القانون الخاص روابط فردية وعلاقات مالية لا تتصل اتصالاً مباشراً بسيادة الدولة أو أمنها، لذلك كان من الطبيعي أن تتعدد الاستثناءات في هذا الفرع من فروع القانون، ولقد أفرد القانون المدني بعض مواده (المواد من 11 حتى 29) لوضع معايير لحل التنازع الذي يقوم بين القوانين المختلفة بشأن العلاقات ذات الصفة أو العناصر الأجنبية.

ويمكن ذكر أهم القواعد التي وردت في هذا الشأن على الوجه التالي:

1- تخضع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية (مسائل الحالة، الأهلية الزواج، النفقة التي يدفعها الشخص لذويه، الميراث، الوصية للقانون الشخصي، بمعنى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية).

2- المنازعات المتعلقة بالعقارات تخضع لقانون موقع العقار.

3- المنازعات المتعلقة بالمنقولات تخضع لقانون البلد الذي توجد فيه هذه المنقولات وقت نشوء السبب الذي أدى إلى اكتساب الحقوق عليها.

4- المنازعات المتعلقة بالشكل الواجب اتباعه في إبرام العقود تخضع لقانون البلد أي أبرم

العقد.

5- المنازعات المتعلقة بالعقود من حيث الموضوع، تخضع للقانون الذي اتفق الأطراف على وجوب تطبيقه، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق انطبق قانون الدولة التي يوجد فيه موطن الأطراف المشترك، فإن اختلف موطنهما سري قانون الدولة التي تم فيها العقد.

وفي كل حالة أدت قواعد حل التنازع السالفة الذكر إلى تطبيق قانون أجنبي في الأردن يجب ألا تكون أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام في الأردن وإلا وجب على القاضي استبعاد هذا القانون⁷⁵.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان.

يطبق القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية على التفصيل الذي سبق أن أوردناه، ومعنى ذلك أن الأصل سريان القانون على المستقبل، أي على العلاقات التي تنشأ في ظل القانون الجديد، دون أن يتعدى ذلك إلى حكم وقائع حدثت في الماضي، والحكمة من تقرير هذا المبدأ هو أن الأفراد الذي مارسوا نشاطهم في ظل قانون معين ووفقاً لأحكامه لا يجوز أن يباغتوا بقوانين جديدة تسرى على الماضي وبالتالي تدخل الارتباك والفوضى في مراكزهم وعلاقاتهم التي استقرت في ظل القانون القديم، والقول بغير ذلك فيه إخلال بمقتضيات الأمن والاستقرار الاجتماعي فضلاً عن إنكار متطلبات العدالة.

ومن ناحية أخرى ينتهي سلطان القانون القديم بإلغائه، وينبني على ذلك توقف هذا القانون عن التطبيق بصورة أو بأخرى على أية وقائع أو علاقات لاحقة على الإلغاء. وحكمة هذا المبدأ هي أن المشرع حين يلغي قانوناً قديماً بقانون جديد، فإن ذلك يعني أن القديم لم يعد مناسباً وأن الجديد يفضل في التطبيق، لذلك فاحترام إرادة المشرع تقتضي إيقاف العمل بالقانون القديم منذ إلغائه على أن يبدأ العمل بالقانون الجديد منذ ذلك الحين، هذا فضلاً عن أن عدم إتباع هذا المنطق سيؤدي إلى إمكان تطبيق القانون القديم والجديد في آن واحد، كل منهما على بعض المراكز القانونية، وهو أمر لا يصح تشجيعه لما يؤدي إليه من حكم مراكز قانونية متشابهة وفقاً لقوانين مختلفة.

ولقد صيغت نتائج الأفكار السابقة في إطار مبدأ ذي وجهين: فمن ناحية لا يسري القانون الجديد على الماضي ومن ناحية أخرى يسري القانون الجديد فور نفاذه مع ما يقتضيه ذلك من إيقاف العمل بالقانون القديم منذ إلغائه.

غير أن إعمال هذا المبدأ بشقيه ليس بالسهولة التي قد تبدو في النظرة الأولى. فقد يكون من اليسير تطبيقه حين تنشأ الواقعة أو المركز القانوني في ظل قانون معين ثم تتحقق آثارها في ظل ذات القانون. ففي هذه الحالة لا شبهة في وحدانية تطبيق القانون المذكور على مثل هذه الوقائع والمراكز.

ولكن الصعوبة تثور حين تبدأ العلاقة القانونية في التكوين في ظل قانون معين ثم تكتمل لها عناصر التكوين (أو تنتج آثارها) في ظل قانون جديد. ففي مثل هذا الفرض يثور الشك حول تحديد أي القوانين واجب التطبيق. فهل نرجح تطبيق القانون القديم بسبب تكوين عناصر العلاقة كلها أو بعضها في ظله، أم نرجح تطبيق القانون الجديد بسبب تحقيق الآثار بعد نفاذه. أم نطبقهما معاً وفي هذه الحالة ما هو معيار توزيع اختصاص سلطان كل منهما؟

ولتوضيح هذه الفروض نسوق الأمثلة الآتية:

1- يجوز للشخص أن يوصي في حدود ثلث تركته، فإن فعل ثم صدر قانون جديد قبل وفاته يمنع الوصية فيما يجاوز الربع، فأى القوانين واجب التطبيق؟ فالوصية لا تصبح نهائية إلا بالوفاة، فهل ينطبق عليها القانون الذي صدر التصرف في ظله، أم ينطبق عليها قانون وقت الوفاة بحكم أنه القانون الساري عند تحقق الواقعة التي صارت منها الوصية نهائية.

2- تزوج شخص في ظل قانون يجيز الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ثم صدر قانون جديد يجعل الطلاق بحكم القاضي، فإذا أراد هذا الشخص أن يطلق زوجته فلاى القوانين يخضع؟

وإذا أردنا أن نضع حلولاً لمثل هذه الفروض وفقاً لمبدأ عدم رجعية القانون على الماضي لوجدنا أن تطبيقه على حالة معينة يقتضي أن يكون لدينا معيار محدد يبين لنا أن القانون الجديد قد سرى على الماضي فنمتنع عن تطبيقه أم أنه لا يسري فنمضي في تطبيقه بغير حرج. ولقد حاول الفقه والقضاء أن يضعوا معياراً لذلك في إطار نظريات متعددة⁷⁶.

الفرع الأول: النظرية التقليدية.

أولاً: فحوى النظرية.

تقوم هذه النظرية على أساس التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل.

فالقانون الجديد لا يستطيع المساس بالحق المكتسب وإلا كان سريانه بأثر رجعي، وعلى العكس يستطيع القانون أن يخل بمجرد الأمل تعديلاً أو إلغاء دون أن يستطيع أحد الادعاء بأنه نفذ بأثر رجعي.

ولكن ما هو الحق المكتسب..

وما هو مجرد الأمل؟

قيلت عدة آراء لإعمال هذه التفرقة، فذهب البعض إلى أن الحق المكتسب هو الحق الذي دخل في ذمة الشخص بحيث لا يمكن سلبه منه بغير إرادته، كحق المديونية ولو كان معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل.

فإذا لم يتوافر الوصف السابق كنا بصدد مجرد أمل وبالتالي يجوز للقانون الجديد أن يخل به دون أن يقال بأنه طبق بأثر رجعي، ومثاله حق الوارث المحتمل قبل وفاة المورث، وحق الموصي له قبل وفاة الموصي.

وذهب البعض الآخر إلى أن الحق المكتسب هو ذلك الحق الذي يمكن أن ترفع به دعوى قضائية سواء لاقتضائه أو لاتخاذ إجراءات تحفظية لحمايته.

ويصل هذا الرأي تقريباً إلى ذات النتائج التي وصل إليها الرأي الأول فالحق المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل يمكن اتخاذ الإجراءات التحفظية بشأنه في حين لا يمكن اتخاذ هذه الإجراءات من جانب الوارث المحتمل أو الموصى له حال حياة الموصي.

ثانياً: نقد النظرية التقليدية.

كتبت لهذه النظرية السيادة خلال القرن التاسع عشر حيث اعتنقها كثير من المشتغلين بالقانون، ولكن الفقه الحديث نجح في بيان عيوبها وعدم كفايتها لمواجهة مشكلات تنازع القوانين من حيث الزمان.

فمن ناحية، لم يتفق أنصار النظرية على إعطاء معيار محدد للفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل. فالقول بأن الحق المكتسب هو الحق الذي دخل في الذمة المالية لا يجدي حين ينصرف البحث إلى مشكلات الحقوق غير المالية التي لا تدخل في ذمة الشخص.

ومن ناحية أخرى فإن معيار دخول الحق في الذمة على الوجه الذي قالت به النظرية التقليدية يؤدي إلى نتائج غير مقبولة. فوفقاً لهذه النظرية لا يمكن المساس بالحق الذي دخل في الذمة المالية، فهل معنى ذلك مثلاً أن قانون بتحديد الملكية الزراعية لن ينطبق على الذين تملكوا أراضيهم قبل نفاذ القانون الجديد؟ لو قيل بذلك لكانت النظرية التقليدية عقبة في سبيل كل تغيير لتحقيق العدالة.

الفرع الثاني: النظريات الحديثة.

أولاً: نظرية الوقائع التي اكتملت في الماضي.

وتذهب هذه النظرية إلى أن يحكم القانون القديم كافة النتائج والآثار المترتبة على الوقائع التي اكتمل وجودها في ظله، ومقتضى ذلك أنه مادامت الواقعة قد تحققت في ظل قانون معين إستمر هذا القانون سارياً عليها حتى ولو تحققت الآثار والنتائج في ظل القانون الجديد.

ومن الواضح أن هذه النظرية تعطي للقانون القديم سلطاناً يجاوز الحدود التي يمكن التسليم بها، فمن الصعب أن نسلم أن قانوناً من قوانين الإصلاح الاجتماعي يعجز عن تنظيم كافة الآثار التي نتجت في ظله لمجرد أنها ترجع إلى وقائع إكتمل وجودها قبل نفاذه، فهل من المتصور مثلاً أن قانوناً يحرم الطلاق بالإرادة المنفردة يعجز عن حكم كافة الزيجات التي تمت قبل صدوره؟

ومن ناحية أخرى فقد عيب على هذه النظرية أنها تعطي الأهمية الكبرى لتحقيق الوقائع دون الآثار مع أن العكس هو الأكثر اتفاقاً مع مقتضيات التنظيم القانوني.

ثانياً: نظرية التفرقة بين المركز القانوني الموضوعي والمركز القانوني الشخصي.

ويقصد بالمركز القانوني الموضوعي المركز التنظيمي الذي يتولى القانون تنظيمه بصفة عامة بحيث لا تلعب فيه إرادة الأفراد إلا دوراً محدوداً، ويسرى على مثل هذه المراكز القانون

الجديد فور نفاذه، ومن قبيل المراكز الموضوعية أو التنظيمية علاقة الزوجية وما يدور حولها من أحكام، فالقانون هو الذي يحدد شروط انعقاد الزواج الصحيح وما يترتب عليه من آثار والتزامات متبادلة، فإذا ما صدر قانون جديد يعدل من هذه الأحكام وجب سريانه على جميع من ارتبطوا بعلاقة الزوجية عند العمل بهذا القانون، بغض النظر عن تاريخ إبرام عقد الزواج.

أما المركز القانوني الشخصي فهو المركز الذي يرجع في نشأة وتنظيم أحكامه إلى إرادة أطرافه، وينطبق هذا الوصف عموماً على المراكز التعاقدية، فعقد البيع مثلاً ينشئ مركزاً قانونياً شخصياً يخضع في شروطه وآثاره لسلطان إرادة طرفيه، ويخضع مثل هذا المركز الشخصي (أو التعاقدية) لحكم العقد الذي أنشأه في حدود أحكام القانون الذي كان سارياً عند إبرام هذا العقد، وبالتالي فهي لا تخضع (بخلاف المراكز التنظيمية) للتعديلات التي قد تدخلها قوانين لاحقة على تاريخ نشأتها.

ورغم ما أضافته هذه النظرية من أضواء جديدة على مشاكل تطبيق القوانين المتعاقبة زمنياً، إلا أن ما تصل إليه من حلول ليس بالمقبول في كل الأحوال، فمن الصعب أحياناً أن نطبق القانون الجديد بغير تحفظ على مركز قانوني معين نشأ في ظل قانون سابق بحجة أنه مركز تنظيمي، فهل من المنصور مثلاً أن نعيد النظر في صحة انعقاد زواج (وهو مركز تنظيمي) تم صحيحاً في ظل القانون القديم إذا كان هذا الزواج لا يحقق شروط صحة الانعقاد وفقاً للقانون الجديد؟

لا شك أن مثل هذه النتيجة التي يؤدي إليها منطق النظرية لا يمكن التسليم بها، وهو سبب كاف لهجر النظرية والبحث عن حلول أخرى.

ثالثاً: نظرية العميد روبير أو النظرية الحديثة.

تقوم هذه النظرية على أساس مراعاة الانتقادات التي وجه للنظريات السابقة مع الأخذ، إن أمكن، ببعض الجوانب السليمة فيها، وبحثا عن الحل بدأت النظرية الحديثة بالتسليم بقاعدتين:

1- رفض الأثر الرجعي للقانون الجديد، فالاستقرار الاجتماعي فضلاً عن مقتضيات العدالة يتطلبان كما سبق أن قلنا ألا يعاد النظر في المراكز القانونية التي سبق أن استقرت وفقاً للقانون القديم.

2- رفض امتداد سلطان القانون القديم في فترة زمنية لاحقة على إغائه، لأن في ذلك مناقضة لمقتضى إرادة المشرع الذي ما جدد إلا لأن الجديد أكثر ملائمة من القديم وأولى منه بالتطبيق.

وقد أدى التسليم بهاتين القاعدتين بأنصار النظرية الحديثة إلى الوصول إلى الحل الثالث وهو ضرورة تطبيق القانون الجديد بأثر فوري.

فالقانون الجديد أن يسرى على الماضي (عدم التسليم بالأثر الرجعي) وسيسرى منذ نفاذه، دون أن يزاحمه أو يعوقه القانون القديم (إقرار الأثر المباشر).

وقد انحصرت الحلول التي قدمتها النظرية الحديثة في تفصيل مضمون وحدود كل من هاتين القاعدتين:

(أ) عدم رجعية القانون الجديد

وتعلن هذه القاعدة كما سبق أن أشرنا عدم امتداد سلطان القانون إلى الماضي، ويقصد بذلك وفقاً لهذه النظرية:

1- عدم تطبيق القانون الجديد على المراكز التي نشأت وانقضت وفقاً للقانون الجديد ما تم ترتيبه من آثار في ظل القانون القديم لو كان المركز القانوني ما زال منتجاً لبعض آثاره في ظل القانون الجديد، فإذا أبرم عقد قرض بفائدة 9% (القانون التجاري الحالي) فإن ما استحق من فوائد قبل القانون الجديد يسرى عليه النظام القديم، وما يستحق بعد نفاذ القانون الجديد يسرى عليه النظام الجديد.

2- الوقائع التي اكتملت في ظل القانون القديم لا تنتج سوى الآثار التي رتبها عليها هذا القانون، ولا تنتج ما قد يكون قد رتبه عليها القانون الجديد من آثار إضافية.

3- إذا كان تكوين المركز القانوني يستغرق زمناً طويلاً تحقق خلاله بعض عناصر وجوده، فإن ما يتحقق من هذه العناصر في ظل القانون القديم يبقى خاضعاً لهذا القانون وفقاً لما يعطيه هذا القانون لها من قيمة قانونية، وما يتحقق في ظل القانون الجديد يخضع لهذا القانون

بالنسبة لما قد يفرضه أو يعدله من شروط وأوضاع، فالوصية مثلاً تنشأ بتصرف قانوني من الموصي ولا تصبح نهائية إلا بوفاته، فإذا صدر قانون جديد يفرض شروطاً شكلية جديدة يجب أن تفرغ فيها إرادة الموصي، فإن هذه الشروط لا تسرى على الوصايا التي حررت قبل صدوره والتي تمت في ظل القانون ووفق شروطه، أما إذا كان القانون الجديد يعدل من القدر الجائز الأيضاء به (بأن لا يجيز الأيضاء مثلاً إلا في حدود الربع بدل الثلث) فإنه يسرى على الوصية التي لم تصبح نهائية بوفاة الموصي.

استثناءات من مبدأ عدم الرجعية:

يعتبر مبدأ عدم الرجعية من المبادئ الأساسية في القانون، وإقراراً لهذه الحقيقة رأى واضعوا الدستور الدائم المصري النص على المبدأ صراحة في المادة (187) لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب⁷⁷.

ويعتبر ما جاء بالنص المذكور إقراراً للحدود التي قررتها النظرية الحديثة لمبدأ عدم الرجعية، فقد سلم النص كما سلمت النظرية بإمكان مخالفة القاعدة بناء على نص تشريعي، ولكن النظرية تضيف استثنائين آخرين يجب التسليم بهما رغم عدم تعرض النص لهما، وهما حالة القانون الجنائي الأصلح للمتهم وحالة القوانين التفسيرية، ويجب ألا يعتبر إقرار هذين الاستثنائين إفتتاً على الحدود التي رسمها نص الدستور، ذلك أن مضمونها لا يمثل كما سنرى تعارضاً فعلياً مع الحكمة التي تقرر من أجلها مبدأ الرجعية.

وهو الاستثناء الذي أشار إليه الدستور، ويجوز وفقاً له أن يقرر مجلس الشعب بأغلبية أعضائه سريان القانون – في غير المواد الجنائية – على الماضي فإذا أفصح المشرع عن تلك الإرادة وجب إعمالها رغم ما قد يسند إليها من عيوب.

الاستثناء الثاني: القوانين التفسيرية.

وهو استثناء لا يمثل تعارضاً فعلياً كما سبق أن ذكرنا مع مضمون قاعدة عدم الرجعية – فالقانون التفسيري لا يقر حكماً جديداً بل يقدم شرحاً لقانون قائم استعصى فهمه وبالتالي تطبيقه في العمل، وفي هذه الحالة يطبق التفسير بأثر رجعي أي على مراكز تكونت قبل صدور التفسير.

الاستثناء الثالث: القانون الجنائي الأصلح للمتهم.

إذا ارتكبت الجريمة في ظل قانون معين فيجب أن يحكم المتهم وفقاً لأحكام هذا القانون، فإذا صدر قانون جديد قبل توقيع العقوبة فالأصل عدم تطبيقه على الجريمة التي وقعت قبل سريانه، غير أن النظرية الحديثة تورد على هذا المبدأ استثناء يتعلق بالقوانين الجنائية، الأصلح للمتهم، فإذا كان القانون الجديد يخفف من عقوبة الجريمة التي ارتكبت في ظل القانون السابق، وجب تطبيقه على القضايا التي لم يحكم فيها بعد.

ورغم التسليم بهذا الاتجاه إلا أن البعض لا يرى فيه استثناء على مبدأ عدم الرجعية، إذ يرون أنه لكي يطبق القانون الجديد على الماضي يجب أن يكون الحكم النهائي قد صدر فعلاً، أما في الفرض السابق فإن الحكم النهائي لم يصدر بعد، لذلك تخضع العقوبة للأثر الفوري للقانون الجديد وليس لأثره الرجعي.

(ب) الأثر الفوري للقانون

وتعني هذه القاعدة تطبيق القانون الجديد فوراً، أي على ما يقع منذ بدء سريانه ويؤدي ذلك من حيث المبدأ إلى استبعاد امتداد سلطان القانون القديم بعد إلغائه، ويترتب على ذلك:

- 1- تطبيق القانون الجديد على المراكز التي تنشأ بعد بدء سريانه.
- 2- تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبلية للمراكز التي سبق أن نشأت في ظل القانون القديم.

- 3- تطبيق القانون الجديد على المراكز القانونية التي في طور التكوين، ومن قبيل ذلك القواعد المتعلقة باكتساب الملكية بالتقادم، فإذا نص القانون مثلاً على أن اكتساب الملكية بالتقادم (وضع اليد مع نية التملك) يتم بمرور مدة معينة (10 سنوات مثلاً) وقبل تمام هذه المدة صدر قانون جديد يطيل مدة التقادم (15 سنة مثلاً)، فهنا يجب تطبيق القانون الجديد لأن المركز القانوني لواقع اليد لم يتم بل كان في طور التكوين.

4- تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبلية للمراكز القائمة وقت صدوره، ويسرى هذا الحكم على المراكز التنظيمية بصفة خاصة فإذا عقد الزواج في ظل القانون القديم ثم صدر قانون جديد يعدل من آثار أو من طرق انحلاله، فإن من مقتضى الأثر المباشر سريان هذا القانون بالنسبة للآثار المستقبلية.

أما بالنسبة للمراكز الشخصية أو التعاقدية، فالأصل بالنسبة لها أن القانون الجديد لا يؤثر على آثارها التي تحدث في ظله، بل تخضع للقانون الذي تم إبرام العقد في ظله، أي أنها لا تخضع لقاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد بل لقاعدة الأثر المستمر للقانون القديم، والحكمة من إقرار هذا الحكم هو أن المركز الشخصي يخضع في تنظيم أحكامه وآثاره لإرادة طرفيه، وأنهما قد وضعا في الاعتبار عند إبرام العقد ما يضعه القانون المعمول به في ذلك الحين من أحكام، فإذا قلنا بتطبيق قانون جديد على هذه العلاقة لأدى ذلك إلى قلب مضمون توازن المصالح الذي حققه الأطراف عند إبرام العقد⁷⁸.

بيد أن بعض الفقهاء نادوا بتطبيق الأثر الفوري للقانون الجديد حتى بالنسبة للمراكز الشخصية إذا كانت قواعد هذا القانون آمرة⁷⁹. ففي حدود هذه القواعد الأمرة لا فرق بين المركز الشخصي والمركز التنظيمي، غير أن هذا الرأي لم تكتب له السيادة في فقه المدرسة الحديثة، خاصة لما يؤدي إليه من تجزئة آثار المركز التعاقدي إذ يخضع بعضها للقانون القديم ويخضع البعض الآخر للقانون الجديد.

والاستثناء الوحيد الذي يمكن إقراره بالنسبة للمراكز التعاقدية هو حالة النص الصريح أو الإرادة الضمنية من جانب المشرع، فإذا اتجهت إرادة المشرع صراحة إلى تطبيق القانون الجديد على المركز الشخصي وجب إعمال هذه الإرادة.

الباب الثاني نظرية الحق

ماهية الحق.

الفصل الأول:

أشخاص الحق.

الفصل الثاني:

محل الحق.

الفصل الثالث:

حماية الحق.

الفصل الرابع:

الفصل الأول

ماهية الحق

المبحث الأول: تعريف الحق وبيان خصائصه

تعرضت فكرة الحق لكثير من المناقشات الفلسفية التي اتجه بعضها إلى إنكار الفكرة من أساسها واتجه البعض الآخر إلى تدعيمها والإعلاء من شأنها، فقد كان التعريف الدارج للحق أنه مكنه أو سلطة يعترف بها القانون للفرد، وعلى هذا المعنى وجد الحق دفاعاً حماسياً من جانب أنصار القانون الطبيعي والمذهب الفردي، أما أنصار المدارس الواقعية والاجتماعية فقد وجدوا في ذلك التعريف تشجيع لنزعة فردية ترفضها عقيدتهم، فحاولوا هدم الفكرة واستبدالها بنموذج آخر تحل فيه فكرة المركز القانوني محل فكرة الحق، وتقوم فيه فكرة الواجب أو الوظيفة الاجتماعية مقام فكرة الاستثناء أو التسلط الفردي⁸⁰.

وقد تزعم حملة العداء للحق الشخصي بعض كبار فلاسفة القانون مثل العميد دييجي في فرنسا وهانز كلس في النمسا، ولقد أثمرت جهود هؤلاء الفلاسفة في إبراز كثير من الجوانب الجديدة لفكرة المركز القانوني الفردي في علاقته بالقاعدة القانونية، كما أنها خففت من غلواء الفردية في مفهوم الحق. غير أن هذه الجهود لم تؤد بحال من الأحوال إلى القضاء على فكرة الحق التي ما زالت تمثل حقيقة قانونية تجد أنصارها بين أغلبية فقهاء القانون.

وقد تعرض تعريف الحق حتى بين أنصاره لكثير من الجدل، بين داع إلى التوسع في تعريفها ونصير لقصرها على حدود معينة. ومع تجاوز هذه المناقشات – التي لا مجال لها في هذه الدراسة الموجزة – نستطيع أن نختار تعريفاً للحق مفاده أن الحق سلطة يمنحها القانون لشخص معين تخول له الاستثناء بقيمة معينة ولا يمكن الإدعاء بأن تعريفاً كهذا يغطي كافة الجوانب المتعلقة بالموضوع، فالحقوق

تتنوع، من حيث ما ترد عليه من قيم ومن حيث مدى ما تخوله من سلطات، تنوعاً كبيراً لذلك لن تكتمل الفكرة عن الحق إلا بتحليل لعناصر التعريف تحليل تظهر من خلاله الاختلافات الجزئية التي تخفيها نظرية كلية اقتضاها التعريف الجامع.

ويتميز الحق وفقاً للتعريف المشار إليه بعدة خصائص:

1- أن الحق يعبر عن سلطة يعترف بها القانون، ونريد هنا أن نركز على خاصة الشرعية أي التطابق مع قواعد النظام القانوني، وقد تستند هذه الشرعية إلى نص قانوني أو إلى حكم قضائي أو إلى الاتفاق ويترتب على هذه الشرعية اعتبار الحق حجة كافية الذين يلتزمون بالتالي بواجب احترامه (حق الملكية)، كما أن الحق قد يكون فضلاً عن ذلك ملزماً لشخص محدد بأداء معين (حق الدائنية) كما يترتب على صفة الشرعية تمتع صاحب الحق بالحماية القانونية وأهم تطبيقاتها الالتجاء إلى القضاء عن طريق رفع الدعوى القضائية فالحق الذي لا تحميه دعوى لا يستحق أن يحمل هذا الوصف.

2- أن الحق يفترض شخصاً يسند إليه هو صاحبه، وقد يكون هذا الشخص إنساناً طبيعياً وقد يكون شخصاً معنوياً، ويتمتع الأول بقدرة اكتساب الحق أو التحمل بالالتزام لأنه مركز التنظيم القانوني في المجتمع الذي يعيش فيه، وهو يتمتع بهذه القدرة منذ تمام ولادته حياً حتى وفاته، أما الثاني وهو الشخص المعنوي فهو مجرد تعبير عن إسناد تلك القدرة لتجمع من الأموال أو الأشخاص كمجرد وسيلة فنية لإعطاء هذا التجمع وجوداً قانونياً ييسر له سبيل التمتع ببعض القدرات القانونية مستقلاً عن الأفراد المكونين له.

3- أن الحق يرد على قيمة معينة، وقد تكون هذه القيمة شيئاً مادياً (عقار أو منقول) وقد تكون عملاً أو امتناعاً عن عمل يلتزم به الغير تجاه صاحب الحق (الالتزام بإعطاء مبلغ من النقود، الالتزام بالغناء في حفلة، الالتزام بتشديد عماره، الالتزام بعدم المنافسة في حي معين...)، وقد تكون محل الحق قيمة معنوية كالإنتاج الفكري، وأخيراً قد تكون قيمة لصيقة بشخص الإنسان كحريته وشرفه وسلامه جسده.

4- أن السلطات التي يخولها الحق لصاحبه تعكس جميعها معنى الاستثناء والاختصاص بالقيمة محل الحق، وتتفاوت حدود هذه السلطات باختلاف الحقوق، ففي حق الملكية الذي يختص

بمقتضاه شخص بشيء معين يتخذ الاستثناء معنى التسلط المباشر على الشيء بما يسمح له بالتصرف فيه واستعماله واستغلاله في أوسع الحدود، وفي حق الدائنية يتخذ الاستثناء معنى القدرة على إجبار الغير على أداء عمل معين أو الامتناع عن عمل معين كما يتخذ القدرة على التصرف في الحق بالتنازل عنه أو نقله لشخص آخر، أما القيمة المعنوية أو القيم اللصيقة بشخص الإنسان فيضيق بالنسبة لها مضمون سلطة الاستثناء إلى حد كبير، حيث تنقيد حرية الشخص في التصرف فيها إلى أبعد الحدود، ويصبح أبرز، ما فيها التزام الغير عموماً بعدم المساس بها ثم رد الفعل الذي يرتبه القانون على هذا المساس.

تلك كانت الخصائص الهامة للحق نستخلص منها أن للحق عناصر ثلاث هي شخص الحق، محل الحق، الحماية القانونية، وستكون هذه العناصر الثلاث محلاً لدراستنا التفصيلية عن نظرية الحق بعد الانتهاء من دراسة هذا الفصل التمهيدي.

المبحث الثاني: أنواع الحقوق

تنقسم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية، وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وهي حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية، وحقوق خاصة وتشمل حقوق لأسرة والحقوق المالية، كما أن من الحقوق ما يجمع بين جانب معنوي لصيق بالشخصية وجانب مالي يدخل في عداد الثروة المالية للشخص كالحقوق الذهنية.

وإذا نظرنا إلى هذه الحقوق جميعاً من حيث استنادها إلى قيمة اقتصادية من عدمه لوجدناها أنها تنقسم إلى حقوق غير مالية وحقوق مالية وحقوق ذات طابع مختلط تجمع بين جانب مالي وجانب معنوي، وسنتبع هذا التقسيم الثلاثي في استعراضنا لأنواع الحقوق.

المطلب الأول: الحقوق غير المالية.

الفرع الأول: الحقوق السياسية.

وهي حقوق تثبت للفرد بوصفه مواطناً في الدولة، أي أنها تعبر عن نتائج رابطة الانتماء السياسي بين الفرد والدولة التي يعيش فيها، ومن قبيلها حق تولى الوظائف العامة، حق الانتخاب، حق الترشيح... ويلاحظ على هذه الحقوق.

أولاً: أن بعضها قد يمنح استثناء لغير المواطنين كحق تولى الوظائف العامة.

ثانياً: أن بعضها الآخر يحمل طابع الواجب بحيث يتعين على الشخص أن يمارسها وإلا تعرض للعقاب كحق الانتخاب.

الفرع الثاني: حقوق الأسرة.

وهي حقوق تترتب على وجود الأسرة، حيث يتمتع بها الفرد بحكم الرابطة العائلية (الزواج أو القرابة) وتشمل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر (السلطة الزوجية وما يتبعها من ميزات وأعباء...) الحقوق المرتبطة بالولاية الأبوية.

ويفضل بعض الفقهاء تسمية هذه الحقوق بالمراكز التنظيمية ويقصدون من هذه التسمية التركيز على هيمنة النظام القانوني على هذه المراكز واستثنائها بتنظيم آثارها على وجه يضعف من حرية إرادة الأفراد في هذا الشأن، فالفرد في داخل هذا المركز القانوني يتحمل النتائج التي يفرضها القانون والتي قد يغلب عليها طابع الواجب على طابع الحق (روبير).

الفرع الثالث: حقوق الشخصية.

وهي حقوق تثبت للإنسان بصفته كذلك، وقد أقرها القانون وحماها لورودها على قيم لازمة لوجود الإنسان واستمراره في المجتمع وتهدف جميعها إلى حماية الكيان المادي (سلامة الجسد) والكيان الأدبي للإنسان.

وتتميز هذه الحقوق من حيث الحماية القانونية، بأن قدرة الاستثناء فيها لا تتضمن سلطة الاقتضاء الإيجابي في مواجهة شخص معين بل تفرض على الغير بصفة عامة واجب الامتناع عن المساس كالامتناع عن إيذاء جسم الإنسان أو المساس بشرفه، لذلك يتخذ الجزاء صورة رد الفعل الذي يرتبه القانون على الإخلال بهذه الحماية وهو نشأة الحق في التعويض. ويتضح من ذلك أن الحقوق اللصيقة بالشخص رغم انتفاء صفتها المالية إلا أنها قد تنشئ لصاحبها حقاً مالياً نتيجة للعدوان عليها.

كما تميز الحقوق اللصيقة بالشخصية بامتناع انتقالها إلى الورثة وبامتناع سقوطها أو اكتسابها بمضي المدة.

وتتعدد الحقوق اللصيقة بالشخصية بتعدد الجوانب التي يسبغ عليها القانون حمايته، ومع ذلك يمكن ردها جميعاً إلى حقين أساسيين هما الحق في حماية الكيان المادي للإنسان والحق في حماية كيانه الأدبي.

أولاً: الحق في حماية الكيان المادي للإنسان.

الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي لذلك كانت حمايته في كيانه المادي أمراً أساسياً تدور حوله نصوص القانون الجنائي، ومن أساسيات هذا القانون كفالة درء العدوان على كيان الشخص بتجريم القتل والضرب المفضي إلى الموت والضرب المفضي إلى العاهة المستديمة بل وتجريم مجرد الضرب البسيط الذي يلحق الضرر والألم بالمعتدي عليه، كما أن القانون المدني يرتب للمضرور حقاً في التعويض عما يصيبه من أضرار، ويعبر عن سياق الحماية القانونية الذي يفرضه القانون حول جسم الإنسان بمبدأ حرمة الكيان المادي للإنسان.

غير أن تطور المدنية وما صاحبه من تغيرات اجتماعية وعملية وطبية أدى إلى نشأة بعض المشاكل المتعلقة بوضع حدود للمبدأ المذكور، فهل يمكن المساس بجسم الإنسان استثناء ولأسباب قد تقتضيها ظروفه الصحية أو النفسية أو العضوية من أجل المصلحة العامة أو المصلحة الفردية؟ ثم ما هي حدود سلطة الشخص نفسه في التصرف في جسده؟⁸¹.

حدود مبدأ حرمة جسم الإنسان.

1- التخفيف من المبدأ نزولاً على مقتضيات الصالح العام:

قد يجبر الإنسان على الخضوع لإجراء يمس سلامة جسده نزولاً على مقتضى المصلحة العامة. فقد تتخذ الدولة مثلاً قرارات بالتطعيم الإجباري ضد مرض وبائي ففي مثل هذه الحالة لا مجال للاحتجاج بحرمة الجسد لرفض التطعيم، فالصالح الفردي يلتقي مع الصالح العام ويخضعان معاً للتقدير المطلق للسلطات الصحية، كما قد يفرض المشرع بعض الإجراءات بالنسبة لمدمني المخدرات والمشروبات الروحية أو في حالة التسمم الغذائي.

2- التخفيف من المبدأ لأغراض التحقيق في دعوى جنائية أو مدنية:

يثور الإشكال بوجه خاص في نطاق القانون الجنائي حيث توجد بعض الوسائل العلمية والفنية التي تساعد في الكشف عن الحقيقة، ولكن استخدامها يمثل مساساً بجسد الإنسان وحرية.

ومن قبيل ذلك استخدام مصل الحقيقة.

وجهاز كشف الكذب... الخ. فقد يقال أن الصالح العام يغلب على الصالح الفردي وبالتالي يبرر الخروج على مبدأ حرمة جسم الإنسان، غير أن هذا المنطق لم يكتب له الغلبة وما زالت تلك الوسائل غير جائزة، بيد أن المشرع يملك سلطة الخروج على مبدأ الحرمة المطلقة في حالات استثنائية، مثال ذلك القوانين التي تتيح تحليل دم السائق عقب حوادث المرور إذا اشتبه في أنه كان يقود السيارة في حالة سكر.

أما في القضايا المدنية فالمبدأ مطلق، غاية الأمر أن للقاضي أن يتخذ من رفض الشخص الخضوع لتحليل طبي – طلبه خصمه – قرينة على وهن دعواه.

3- التخفيف من المبدأ لاعتبارات صحية:

الأصل أن الطبيب لا يستطيع أن يجرى أية عملية جراحية بغير رضا صاحب الشأن، بل رضا هذا الأخير يجب أن يصدر بناء على علم كاف بحالته الصحية وبكافة النتائج المحتملة للعملية الجراحية، فإذا تعذر الحصول على موافقة المريض – كما لو كان في حالة غيبوبة كاملة مثلاً – وجب الحصول على موافقة من يمثله – فإذا خالف الطبيب هذه التعليمات تعرض للمساءلة الجنائية فضلاً عن المساءلة المدنية (الحكم بالتعويض)، ومعنى هذا استحالة إجراء العملية إذا رفضها أياً كان نفعها بالنسبة له، وقد يؤثر هذا الرفض بعض المشاكل القانونية إذا تعلقت بإجراء العملية مصلحة للغير، كما هو الحال في شأن إصابات العمل (فقد تؤدي العملية إلى تخفيف العاهة أو إزالتها وبالتالي إلى الإقلال من التعويض المستحق على عاتق رب العمل) ومع ذلك فلا يملك القضاء سلطة إجبار الشخص على الخضوع للعملية ولكنه يستطيع فقط أن يقلل من التعويض المحكوم به إذا تيقن من تعسف المريض في رفض العملية خاصة حين تكون العملية قليلة الخطورة قليلة الإيلام.

4- التخفيف من المبدأ بناء على الاتفاق مع صاحب الشأن:

يقضى مبدأ الحرية بعدم جواز التعامل في جسم الإنسان، وكل اتفاق يخالف هذا الحظر يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، فحق الإنسان على جسده لا يعكس سلطات للشخص على هذا الجسد بقدر ما يعكس تصميم القانون على حمايته ضد اعتداء الآخرين، لهذا كانت قدرات الشخص في التصرف في جسده، ومازالت، وفقاً للقوانين الحالية مقيدة إلى حد كبير، فلا يجوز للشخص بعمله الشخصي أن يعتدي على حياته.

(فتخلص الشخص من حياته غير جائز، كما لا يجوز للشخص أن يتفق مع غيره على القيام بذلك، فاتفاق المريض مع الطبيب على التخلص من الحياة نظراً لاستحالة الشفاء لا يؤثر على قيام جريمة القتل في حق الطبيب).

ويخفف من هذا الحظر بعض الاستثناءات التي لا تتنافى مع الحكمة من تقريره، فالاتفاق مع الطبيب على بتر عضو لا أمل في شفائه، أو إيقاف الرضاعة، ونقل الدم، والتعقيم، وعمليات نقل الأعضاء التي بدأت تنتشر نتيجة للتقدم العلمي (نقل الكلى... نقل القرنية... نقل القلوب... الخ) أصبحت جميعاً جائزة في حدود الضمانات الكفيلة بعدم إساءة استخدامها.

ونستطيع أن نقرر على ضوء ما سبق أن تقدير مدى مشروعية الاتفاق على ضوء اعتبارات متعددة أهمها: عدم المخالفة للنظام العام، الهدف الذي يسعى إليه الاتفاق، الفائدة المترتبة عليه.

وأخيراً فإن معنى كل ذلك أن وضع المشكلة كما يبدو من القوانين الوضعية الحالية لا يمثل آخر كلمة في هذا الموضوع، فالباب مفتوح أمام مقتضيات التطوير العلمي والطبي.

ثانياً: الحق في حماية الكيان الأدبي.

يتمتع الفرد بحماية القانون بالنسبة لكل ما يمس كيانه الأدبي كمشاعره وشرفه واسمه وأفكاره والمظاهر المختلفة لحرية كحرية الانتقال والسكن والمراسلة والزواج.. ويحرم القانون الجنائي بعض صور الاعتداء على هذه الحرية (جرائم القذف والسب والتشهير) كما يكفل القانون المدني للمعتدي عليه حق الحصول على التعويض الكاف.

المطلب الثاني: الحقوق المالية.

يقصد بالحقوق المالية الحقوق التي يمكن تقديرها بالنقود، والتي تدخل بالتالي ضمن عناصر الثروة المالية للشخص، وتكون محلاً للمعاملات بين الأفراد.

وتنقسم الحقوق المالية إلى نوعين: الحقوق الشخصية والحقوق العينية، وتنقسم الحقوق العينية بدورها إلى نوعين أصلية وحقوق عينية تبعية.

تستند هذه التفرقة إلى نوعين القيمة التي يرد عليها الحق، فمحل الحق الشخصي هو عمل أو امتناع عن عمل يلتزم به شخص معين، أما محل الحق العيني فهو شيء محدد، وقد تصاغ التفرقة السابقة صياغة أخرى فيقال أن الحق العيني الأصلي يمثل سلطة مباشرة للشخص على شيء بذاته يمارسها بغير حاجة لوساطة شخص آخر (حق الملكية) في حين أن الحق الشخصي هو رابطة بين شخصين تخول إحداهما (صاحب الحق) قدرة اقتضاء عمل أو امتناع عن عمل من شخص آخر محدد (المدين بالحق أو من يتحمل الالتزام القانوني).

ووجود طرف ملتزم محدد في الحق الشخصي يتوقف على سلوكه استيفاء الدائن لحقه من عدمه، يؤدي إلى تعرض هذا الأخير لمخاطر أكثر مما يتعرض له صاحب الحق العيني الأصلي، ذلك أن أقصى ما يملكه صاحب الحق الشخصي (الدائن) هو الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم يقوم بتنفيذه على أموال المدين، ولكنه يتعرض في ذلك لمزاحمة غيره من دائني المدين، وقد لا تكفي أموال هذا الأخير للوفاء بحقوقهم جميعاً فيضطرون إلى قسمتها فيما بينهم قسمة غرماء بمعنى أن توزيع ثروة المدين عليهم لكل بحسب نسبة دينه إلى ديون الآخرين، نزولاً على مبدأ المساواة.

والدائن اليقظ من بين أصحاب الحقوق الشخصية يستطيع الاحتياط لنفسه بالحصول على ضمان يتمثل في حق يتقرر على مال معين من أموال المدين، ويخول له قدرة استيفاء حقه من ثمن هذا المال

بالأولوية على غيره من أصحاب الحقوق الشخصية

ويسمى حق الضمان المشار إليه بالحق العيني التبقي (النوع الثاني من الحقوق العينية)، ويتخذ صفة العينية من كونه سلطة تتقرر للدائن على مال معين ويتخذ صفة التبعية لأنه يتقرر ضماناً لحق آخر (الحق الشخصي) فهو لا يقوم لذاته، وبالتالي يدور مع حق المضمون وجوداً وعدماً، فإذا انقضى هذا الأخير، بالوفاء أو بمضي المدة مثلاً، انقضى الحق العيني التبقي.⁸² وينشأ الحق العيني إما بمقتضى الاتفاق بين الدائن والمدين، وإما بمقتضى حكم قضائي يصدر لصالح الدائن وقد يقرره القانون مباشرة تقديرًا منه لأهمية الدين.

وسنعرض فيما يلي لأنواع الحقوق المالية الثلاث السابقة.

الفرع الأول: أنواع الحقوق الشخصية.

قلنا أن الحق الشخصي يرد على عمل معين وأن هذا العمل قد يكون إيجابياً يتمثل في قيام المدين بعمل معين، وقد يكون سلبياً يتمثل في التزام المدين بالامتناع عن القيام بعمل معين.

وتسمى العلاقة بين الدائن والمدين بحق الدائنية أو الحق الشخصي إذا نظر إليها من جانب الدائن، وتسمى بالالتزام إذا نظر إليها من جانب المدين، ويعتبر هذا التعبير الأخير أكثر شيوعاً في الاستعمال من التعبير الأول، لذلك يستخدم الفقه لفظ الالتزام في عرض أنواع الحقوق الشخصية فيذكر أن الحق الشخصي يتفرع إلى نوعين الالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل.

أولاً: الالتزام بعمل.

ويقصد به الحالة التي يلتزم فيها المدين بالقيام بعمل إيجابي معين كالتزام المقاول ببناء عمارة، والتزام الممثل بالتمثيل والتزام العامل بأداء ما التزم به، والتزم الطبيب بإجراء العلاج المتفق عليه، والتزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، والتزام المخطئ بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر، والتزام المدين بمبلغ من النقود بالوفاء.. ويسمى الفقه بعض صور هذه الالتزامات بإعطاء،

ويلاحظ أن العمل الذي يمكن أن يكون محلاً للحق الشخصي لا يقع تحت حصر، فأى عمل يمكن أن يكون محلاً للحق الشخصي بشرط أن يكون العمل ممكناً (أي غير مستحيل) ومعيناً ومشروعاً.

ثانياً: الالتزام بالامتناع عن عمل.

قد يكون محل الحق التزاماً سلبياً، بمقتضاه يتعين على المدين أن يمتنع عن القيام بعمل معين، مثال ذلك التزام بائع المحل التجاري بالامتناع عن فتح محل منافس في ذات الحي، والالتزام العامل بالامتناع عن العمل في شركات منافسة خلال مدة معينة بعد انتهاء مدة خدمته حفاظاً على أسرار العمل، والالتزام الممثل بالامتناع عن العمل لدى شركات أو مسارح منافسة خلال مدة تعاقدته مع شركة أو مسرح معين.

الفرع الثاني: أنواع الحقوق العينية الأصلية.

أشرنا في تعريف الحق العيني إلى أنه سلطة مباشرة للشخص على شيء معين، وتخول هذه السلطة لصاحب الحق قدرة التسلط على الشيء بغير حاجة لوساطة أحد، بحيث يستطيع أن يستخرج من هذا الشيء كل المنافع الممكنة⁸³.

والحقوق العينية الأصلية التي نظمها القانون المدني الأردني تنحصر في حق الملكية، وبعض الحقوق الأخرى المتفرعة عنه وهي حق الانتفاع، حق الاستعمال، وحق السكنى، حق الارتفاق، وحق الحكر.

(1) حق الملكية:

وهو أهم الحقوق جميعاً، حيث يخول لصاحبه على الشيء محل الحق أخطر السلطات وهي التصرف والاستغلال والانتفاع، وقد عبرت عن هذا المعنى المادة (1018) مدني حين ذكرت أن لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه .

فملكية المنزل مثلاً تخول لصاحبه قدرة سكناه (الاستعمال) وسلطة تأجيريه (الاستغلال) وسلطة التصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الهدم.

ويقصد بالاستعمال مكنة استخدام الشيء والحصول على ما يقدمه من منافع لسد الحاجة الشخصية للمالك ولأسرته، فاستعمال المنزل يكون بسكناه، واستعمال السيارة يكون بركوبها، ويتميز الاستعمال بخاصتين أولاً: أنه لا يؤدي إلى استهلاكه، وإلا دخلنا في دائرة التصرف لا الاستعمال، وثانياً: أنه لا يؤدي إلى الحصول على ثمار الشيء، لأن الحصول على الثمار يعد من قبيل الاستغلال لا الاستعمال.

أما الاستغلال: فيعني القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء، والثمار هي ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون المساس بجوهره، وقد تكون الثمار مادية كالمحاصيل الزراعية ونتاج الحيوانات، وقد تكون قانونية وهي الدخل النقدي الذي يحصل عليه المالك لقاء استفادة شخص آخر بالشيء، كالفوائد وأجرة الأرض أو المباني.

وأخيراً سلطة التصرف: وتعني قدرة صاحب الحق على استهلاك الشيء محل الحق وذلك أما قانوناً بإخراجه من ثروته بالبيع أو الهبة أو المقايضة، وأما مادياً بإعدام الشيء أو التعديل فيه.

ويتميز حق الملكية بأنه لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طالّت المدة، بعكس الحقوق المتفرعة عنه كما سنرى.

(2) حق الانتفاع:

هو سلطة تنقرر لغير المالك وتخول لصاحبها استعمال الشيء واستغلاله وبالتالي تتجزأ سلطات حق الملكية فيحتفظ المالك لنفسه بسلطة التصرف في الشيء ولكنه يتجرد من الاستعمال والاستغلال، ويتميز حق الانتفاع بأنه مؤقت ينتهي أما بموت المنتفع أو بانتهاء المدة المحددة في الاتفاق (1215 مدني وما بعدها)، كما أنه يسقط بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر سنة، (ويسرى هذا الحكم الأخير بالنسبة لحقوق الاستعمال والسكنى والارتفاق والحكر).

(3) حق الاستعمال وحق السكنى:

قد لا يمنح المالك للغير سوى سلطة الاستعمال فقط دون سلطة الاستغلال وفي هذه الحالة تقتصر قدرة المستفيد على استخدام الشيء بما يسد حاجته وحاجة أسرته بحيث لا يجوز له الحصول من ثمار الشيء على ما يجاوز ذلك، وقد يحدد الاتفاق قدر الاستعمال على صورة معينة هي حق السكنى (إذا كان الشيء منزلاً) وفي هذه الحالة يمتنع على المستفيد أن يستخدم المنزل في أي غرض آخر بأن يجعله مخزناً أو محلاً للتجارة مثلاً، وتعتبر حقوق الاستعمال أو السكنى حقوق مؤقتة أيضاً تنتهي بأقرب أجلين وفاة المستفيد أو الأجل المحدد في الاتفاق.

(4) حق الارتفاق:

يعرف حق الارتفاق بأنه تكليف أو عبء يتقرر على عقار معين لمصلحة عقار آخر، ويسمى العقار الأول بالعقار الخادم ويسمى الثاني بالعقار المخدم، والأصل أن هذا الحق غير مؤقت حيث يبقى العقار أن (ينتقل بالميراث) ولكنه قد ينقضي بمضي مدة معينة يحددها الاتفاق المنشئ له، كما أنه ينقضي باجتماع العقارين في يد مالك واحد لأن حق الارتفاق لا يتقرر إلا على

ملك الغير، وأخيراً ينقضى الارتفاق بهلاك أحد العقارين هلاكاً تاماً (م 1316) مدني ومن أمثلة حقوق الارتفاق حق ارتفاق المسيل والشرب والمرور وعدم التعليق... الخ.

(5) حق الحكر:

هو حق عيني يتقرر لشخص على أرض الغير، وذلك في مقابل التعهد بإصلاح الأرض بالبناء عليها أو غرسها أو زرعها ودفع أجره لا نقل عن أجره المثل، ويخول هذا الحق لصاحبه سلطة الانتفاع بالأرض طوال مدة الحق، كما تبقى له ملكية ما يقيم على الأرض من بناء أو غراس.

ويتميز حق الحكر كما نظمه القانون المدني (م 1249 وما بعدها) بعدة خصائص:

- (1) أنه لا يتقرر إلا على أرض موقوفة.
- (2) أنه حق مؤقت بمدة لا تزيد عن 36 سنة وإذا مات المستفيد قبل انقضاء المدة انتقل الحق إلى الورثة.
- (3) أنه لا يتقرر الأبناء على إذن المحكمة ولضرورة أو مصلحة تقدرها.
- (4) أن يصدر به عقد رسمي يتم شهره وفقاً لأحكام الأراضي من خلال التسجيل.

الفرع الثالث: أنواع الحقوق العينية التبعية.

أشرنا فيما سبق إلى أن الحق العيني التبعية يتقرر ضماناً للحق الشخصي فهو يهدف إلى درء الخطر عن الدائن عند تراحم الديون بما يجاوز ثروة المدين، وقلنا أن من هذه الحقوق ما ينشأ بمقتضى الاتفاق وتشمل الرهن الرسمي والرهن الحيازي ومنها ما يتقرر بحكم من القضاء وتشمل حق الاختصاص ومنها ما يستند إلى القانون وتشمل حقوق الامتياز.

- (1) الرهن الرسمي: ويتقرر بمقتضى الاتفاق بين الدائن والمدين بمقتضى عقد رسمي يقوم بتحريره الموظف المختص بمكتب التوثيق، يرد على العقار دون المنقول، وتبقى فيه الحيازة للمدين الراهن، ولا يحتج به على الغير إلا إذا قيده في دائرة الأراضي، ويخول للدائن سلطة التقديم في

استيفاء حقه قبل غيره من الدائنين العاديين والمرتهنين اللاحقين عليه، كما يخوله سلطة تتبع العقار في أي يد تكون طالما أن قيد الرهن تم قبل انتقال هذا العقار إلى الغير.

(2) الرهن الحيازي: وينشأ بدوره بمقتضى الاتفاق، ولا يشترط أن يتم هذا الاتفاق في ورقة رسمية بل يكفي أن يترضى الدائن والمدين على إنشاء الحق ويرد هذا الحق العيني التبعية على العقار والمنقول على حد سواء، ويجب أن تنتقل حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن (الذي يلتزم بإدارته والمحافظة عليه واستثماره لحساب المالك).

ويخول الرهن الحيازي للدائن سلطة التقدم والتتبع على النحو الذي أشرنا إليه في صدد الرهن الرسمي، ولكنه لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا توافر شرطان:

الشرط الأول: انتقال الحيازة إلى الدائن كما سلف القول.

والشرط الثاني: يتوقف على نوعية المال الذي يرد عليه الرهن فإن كان عقاراً وجب قيده في السجل العقاري وأن كان منقولاً مادياً وجب اثباته في ورقة ثابتة التاريخ، وفي كلتا الحالتين تتحدد مرتبة الرهن من تاريخ قيده أو من التاريخ الثابت.

(3) حق الاختصاص: وهو حق عيني تبعية ينشأ بمقتضى أمر قضائي ويرد على العقارات فقط (كالرهن الرسمي) ويشترط لكي يصدر القاضي أمره بتقرير الجق على عقار المدين أن يكون بيد الدائن حكم واجب النفاذ، وتظل حيازة العقار، رغم صدور الأمر للمدين، فلا تنتقل للدائن، ويجب على الدائن المستفيد أن يقوم بقيد الأمر في السجل العقاري حتى يمكن الاحتجاج به على الغير من تاريخ هذا القيد، ويخول حق الاختصاص لصاحبه مكنتي التقدم والتتبع.

(4) حق الامتياز: يقدر القانون أن هناك من الديون ما يحتاج إلى رعاية خاصة نظراً لصفة فيها (كديون النفقة وديون الخزانة العامة...) فيقرر لهذه الديون أولوية في الوفاء تضمن لأصحابها ميزة التقدم على غيرهم من الدائنين حال تراحمهم، وتنشأ حقوق الامتياز بمقتضى نصوص قانونية، وتنقسم إلى قسمين حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة.

وترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من عقار ومنقول، فيجوز للدائن أن ينفذ على أي مال منها لاستيفاء حقه، ولكن التنفيذ المشار إليه لا يجوز إلا بالنسبة للأموال القائمة في ذمة

المدين عند إجرائه ذلك أن حقوق الامتياز العامة تخول لصاحبها ميزة التقدم دون ميزة التتبع، ومن قبيل حقوق الامتياز العامة حق الامتياز المقرر للحكومة ضماناً للمبالغ المستحقة للخزانة العامة، ولا يشترط القيد للاحتجاج بهذه الحقوق على الغير.

أما حقوق الامتياز الخاصة فإنها تتقرر على مال معين - عقاراً كان أم منقولاً - من أموال المدين وتخل لصاحبها مكنتي التقدم والتتبع، وإذا تقرر حق الامتياز على عقار سمي الامتياز الخاص العقاري وفي هذه الصورة لا ينفذ الحق في مواجهة الغير إلا إذا تم شهره بطريق القيد، وإذا تقرر الحق على منقول سمي بالامتياز الخاص المنقول، وفي هذه الصورة لا يحتج بحق الامتياز على من انتقل إليه المنقول وكان حسن النية⁸⁴.

المطلب الثالث: الحقوق الذهنية⁸⁵.

يطلق وصف الحقوق الذهنية على ما يخوله القانون لشخص من سلطات على نتاج فكره وعقله كحق المؤلف على أفكاره، وحق الفنان على فنه من موسيقى أو رسم.. الخ وحق المخترع على مخترعاته.

وتتميز هذه الحقوق بكونها تجمع بين جانبيين، جانب معنوي تمثله الفكرة التي ابتكرها المؤلف أو الفنان، وجانب مالي تمثله القيمة المالية لهذه الفكرة. واعتباراً لهذا الجانب الأخير اعتبرت هذه الحقوق من حقوق الذمة المالية، واعتباراً للجانب الأول اعتبرت هذه الحقوق من الحقوق اللصيقة بالشخصية.. ونظراً لاجتماع الجانبين في ذات الحق الواحد اعتبرت الحقوق الذهنية طائفة مستقلة ذات طبيعة مزدوجة. وقد نظم المشرع الأردني هذا الموضوع بعدة تشريعات كان آخرها القانون رقم 22 لسنة 1992 في شأن حماية حق المؤلف⁸⁶.

وسنعرض فيما يلي لبيان المقصود بحق المؤلف ثم لمضمون هذا الحق في جانبيه الأدبي والمالي، كل ذلك على ضوء أحكام القانون المذكور.

الفرع الأول: المقصود بالحق الذهني.

يرد حق المؤلف على إنتاج ذهني مبتكر، سواء في مجال العلوم أو الآداب، أو الفنون.. فمحل الحق لا بد أن يكون من إنتاج الذهن ولا يهم بعد ذلك طريقة التعبير عن هذا الإنتاج، فقد يعبر المؤلف عن إنتاجه بالحركة كالرقص والتمثيل، أو بالصوت كالغناء والموسيقى أو بالإلقاء أو بالرسم أو التصوير أو النحت، أو الكتابة.

فوسيلة التعبير يمكن أن تتنوع، ولكن الشرط الأساسي أن يتم التعبير فعلاً عن الإنتاج الذهني، أي أن يخرج إلى حيز الوجود.. فالأفكار الكامنة في النفس بغير التعبير عنها لا تستحق حماية القانون. ويشترط فضلاً عن ذلك أن يكون الإنتاج مبتكراً، ولا يقصد بذلك الجدة المطلقة، بل المقصود أن يكون المؤلف قد أضاف جديد ليبرز شخصيته، وبالتالي يتراوح شرط الابتكار بين الاختراع الجديد كل الجدة، وبين مجرد التجديد في طريقة العرض أو التأصيل أو الأسلوب، لذلك اعتبرت الترجمة جديرة بحماية القانون بالنسبة للمترجم سواء اكتفى المترجم بالترجمة أو تجاوز ذلك إلى التلخيص أو التعليق (م 53 نص قانون سنة 1992). كما تنصرف الحماية القانونية إلى مجرد تجميع بعض الموضوعات كالشعر أو الموسيقى أو القوانين أو الأحكام القضائية.. الخ.

ففي كل هذه الصور يتخذ الابتكار معنى أن يبذل المؤلف من جهده ما يفصح عن شخصيته أو فنه.

الفرع الثاني: مضمون الجانب الأدبي للحق الذهني.

يمثل الجانب الأدبي بالنسبة للمؤلف قيمة معنوية تعبر عن عقليته وأفكاره. لذلك اعتبر الحق الذهني في جانبه الأدبي لصيفاً بشخص الإنسان بحيث يتعين تحديد سلطاته عليه على ضوء هذا الاعتبار. ويترتب على ذلك إعطاء المؤلف الحرية الكاملة في تقرير نشر المؤلف أو الامتناع عنه فإذا قدر أن في فكرته أو اختراعه ما لا يصلح للنشر أو ما يمس سمعته الأدبية أو الفنية فلا يمكن إجباره على النشر حتى ولو كان قد باع حقوق الاستغلال المالي للغير.. وكل ما يستطيعه هذا الأخير هو أن يطلب تعويضاً عما يصيبه من ضرر نتيجة الامتناع عن النشر.

وتبقى سلطة المؤلف على مؤلفه بعد نشره، فله وحده أن يجري عليه ما يراه من تعديلات، كما أن له أن يسحبه من التداول.. وتبقى سلطته في تقدير ملاءمة السحب أو التعديل كاملة بغير قيد

إلا في حالة سبق التصرف في حقوق الاستغلال المالي.. ففي هذه الحالة أوجب القانون أن يتم التعديل أو السحب تحت رقابة المحكمة الابتدائية (م 30 من قانون سنة 1992) التي تتحقق من وجود أسباب خطيرة تستوجب السحب أو التعديل، ويجب أن يحكم لمن آلت إليه حقوق الاستغلال المالي بتعويض عادل عما يصيبه من ضرر، وأن تحدد المحكمة أجلاً لدفع التعويض خلاله وإلا زال الحكم بأثر رجعي.

الفرع الثالث: مضمون الجانب المادي للحق الذهني.

قلنا أن لحق المؤلف جانب مادي هو القيمة الاقتصادية التي يمثلها ويدخل هذا الجانب ضمن عناصر ثروته المالية. فهو غير لصيق بشخصيته. ويترتب على ذلك خضوع الحق الذهني وفي جانبه المالي للتصرف، فلصاحبه أن يستغله بما يعود عليه بالنفع المالي، وله أن يتنازل عن حق استغلاله بمقابل أو بغير مقابل.

وقد تطلب القانون أن يكون التصرف في حق المؤلف مكتوباً وإلا اعتبر التصرف غير قائم وأن يشتمل الاتفاق على محل التصرف ومداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه.

المبحث الثالث: مصادر الحق

الحق سلطة يخولها القانون للشخص على قيمة معينة، هذا الحق هل هو ميزة مكتسبة أي تطراً على الشخص أثناء حياته فتغير من حالته الشخصية أو المالية، أم أنها تلحق به منذ وجوده؟.. من العرض لأنواع الحقوق يتضح أن منها ما يتمتع به الفرد إستناداً إلى صفة دائمة فيه لا تتغير، تلازمه منذ ولادته، كصفة الإنسانية وانتماؤه إلى دولة معينة⁸⁷.. أو ارتباطه برابطة القرابة بأفراد أسرته⁸⁸.. وهذه الحقوق هي الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان والحقوق السياسية وحقوق الأقارب. ويعتبر القانون مصدراً مباشراً لهذه الحقوق، حيث يتمتع بها الفرد بمجرد توافر الصفة مناط اكتساب الحق بغير حاجة إلى توافر سبب خاص إضافي لاكتسابها، فهي حقوق دائمة وليست طارئة فكل فرد منذ ولادته يتمتع بالصفة الإنسانية وينتمي إلى دولة معينة وينتمي بالقرابة لأفراد أسرة معينة.

ومن الحقوق – الحقوق الأخرى عدا الأنواع السابقة – ما يطرأ أثناء حياة الشخص أي يكتسبه الفرد فتتغير باكتسابه صورة حالته الشخصية أو المالية، وهنا يثور السؤال عن كيفية وسبب حدوث هذا التغير؟

لو تصورنا توقف حركة النشاط القانوني بين الأفراد للحظة معينة، ثم نظرنا إلى صورة الأوضاع القائمة بينهم في وضع ثابت لا يتغير لوجدنا أن بعضهم يتمتع بحقوق معينة كحقوق الرابطة الزوجية والحقوق العينية والحقوق الشخصية، وأن البعض الآخر قد لا يتمتع ببعض أو كل هذه الحقوق.. ولكي تتغير هذه الصورة بحيث يصبح غير المالك مالكاً مثلاً ولكي تنشأ علاقة دائمية بين شخصين لم تكن تربطهما هذه العلاقة من قبل، ولكي يتمتع زيد من الناس بحقوق الرابطة الزوجية، لا بد أن يطرأ سبب خاص فيحدث في العلاقات القائمة هذا التغير، هذا السبب هو ما يسمى بمصدر الحق، ويقسمه الفقه إلى نوعين: التصرف القانوني والواقعة القانونية.

التصرف القانوني: ويمكن تعريفه بأنه عمل إرادي يتجه إلى إحداث آثار قانونية معينة تغير في الأوضاع القانونية القائمة. وقد يكون العمل الإرادي من جانب واحد كما هو الحال في الوصية،

وقد يكون من جانبين أو أكثر كما هو الحال في العقود عموماً كعقود البيع والإيجار والمقايضة والهبة.. الخ.

ويلاحظ أن جوهر التصرف القانوني هو الإرادة التي يسند إليها، لذلك يشترط القانون شروطاً معينة في هذه الإرادة حتى يمكنها أن تنتج الآثار التي يعتد بها.. فيجب أن توجد الإرادة أصلاً، فإن وجدت وجب أن تخلو من عيوب الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال وأن يكون صاحبها متمتعاً بأهلية إتيان التصرف القانوني.

الواقعة القانونية: وهي حدث مادي بحت يترتب عليه القانون نتائج معينة تحدث بدورها تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة. وقد تكون الواقعة من فعل الطبيعة كهبوب العواصف أو الفيضانات أو الوفاة الطبيعية وقد تكون من فعل الإنسان كالاغتداء على مال الغير أو شخصه.. ويرتب القانون على مثل هذه الوقائع آثاراً معينة بغض النظر عن اتجاه إرادة صاحبها أو عدم اتجاهها إلى تحقيق تلك الآثار.. فالوفاة يترتب عليها انتقال الأموال بالميراث والاعتداء على شخص الغير أو على أمواله يؤدي إلى إلزام المعتدي بالتعويض.. فالآثار المشار إليها تترتب بمجرد الحدوث المادي للواقعة القانونية.

الفصل الثاني

أشخاص الحق

سبق أن أشرنا إلى أن الحق يفترض شخصاً يسند إليه، وأن هذا الشخص قد يكون إنساناً وقد يكون كياناً آخر اقتضت الضرورة الاعتراف له بالشخصية القانونية، أي القدرة على مباشرة الحياة القانونية وهو ما يسمى بالشخص الاعتباري أو المعنوي.. وسنعرض لكل من النوعين في مبحث مستقل.

المبحث الأول: الشخص الطبيعي

يتمتع الشخص الطبيعي بالشخصية القانونية منذ وجوده، ومعنى ذلك قابليته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.. ووجود الإنسان في مجتمع يعج بأمثاله وافترض قيامه بممارسة النشاط القانوني توجب أن تقتزن شخصيته بما يميزها عن غيرها من ناحية، وأن توضع لها، ومن ناحية أخرى الأحكام المنظمة لمدى القدرة على التصرف بما ينتج آثاراً قانونية معترف بها.. وسنعرض في المطالب التالية لمسائل ثلاث الأولى، بدء الشخصية القانونية وانتهائها بالنسبة للشخص الطبيعي، مميزات الشخصية، وهي الاسم والحالة والموطن، وأخيراً لعناصر الشخصية القانونية وهي الأهلية والذمة المالية.

المطلب الأول: بدء الشخصية القانونية وانتهائها.

تقضي المادة (30) من القانون المدني بأن بداية شخصية الإنسان تتحدد بتمام ولادته حياً.. وقد يبدو مضمون هذا الحكم وكأنه حقيقة يستحيل التغيير فيها، ولكن التاريخ بين لنا أن هذا المبدأ لم يكن دائماً من المسلمات القانونية، فقد عرفت بعض التشريعات القديمة (القانون الروماني) التفرقة بين الحر والعبد، فاقصر الاعتراف بالشخصية القانونية على الأول دون الثاني، كما عرفت هذه التشريعات نظام الموت المدني ومؤداه تجريد الفرد من شخصيته القانونية إذا حكم عليه بعقوبات معينة، بحيث تصفى أمواله وتوزع تركته ويمتنع عليه اكتساب الحقوق أو إجراء التصرفات القانونية.

لكن هذه الأنظمة اندثرت في العصور الحديثة وأصبح الاعتراف بالشخصية القانونية للإنسان حقيقة لا تحتمل النقاش.

وتكتسب الشخصية بتمام ولادة الإنسان، وتنتهي بوفاته أو بالحكم باعتباره كذلك على ما سنرى فيما بعد.

بدء الشخصية: يكتسب الفرد الشخصية القانونية بمجرد تمام ولادته حياً، ومفهوم هذه القاعدة ضرورة أن ينفصل الجنين عن بطن أمه وأن تثبت له الحياة بعدم تمام هذا الانفصال.. ويستوي بعد ذلك أن يستمر المولود متمتعاً بالحياة أو أن يفقدها.. فالمهم هو ثبوت تمنعه بالحياة ولو للحظة بعد الولادة.. ويترتب على ذلك أنه إذا مات الجنين في بطن أمه أو أثناء الولادة وقبل انفصاله فإن الشخصية القانونية لا تثبت له.

ويستدل على تمام الولادة مع الحياة بكافة الشواهد العملية والطبية كبكاء الطفل وحركته وصراخه وتنفسه للهواء الخارجي.. وتشترط بعض التشريعات (القانون الفرنسي) فضلاً عن ذلك أن يولد الطفل قابلاً للحياة أي مستجمعاً للعناصر اللازمة طبيياً لاستمرار حياته وهي مسألة يمكن

أن تكون محل خلاف حتى من الناحية الطبية.. أما في القانون الأردني فيكفي تمام الولادة مع الحياة ولا تشترط القابلية للاستمرار في الحياة.. وإذا تحققت واقعة الميلاد مع الحياة تثبت للمولود الشخصية القانونية المستقلة بحيث يمكن أن تنصرف إليه آثار أعمال القانونية، ويثبت حقه في الميراث والوصية، كل ذلك في خلال الفترة التي يحياها مهما كانت قصيرة. ونظراً لخطورة هذه الآثار يوجب القانون الإبلاغ عن واقعة الميلاد إلى مكتب السجل المدني في موعد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم الولادة، ويلتزم الطبيب أو القابلة حسب الأحوال بإخطار مكتب الصحة خلال ثلاثة أيام بما يجرونه من حالات الولادة.

انتهاء الشخصية القانونية: تنتهي الشخصية القانونية بالوفاة، ولا تقل أهمية هذه الواقعة عن أهمية واقعة الميلاد، حيث يترتب عليها آثار هامة بالنسبة لحقوق المتوفى والتزاماته. لذلك يجب إخطار الدولة (مكتب الصحة) بواقعة الوفاة.

وقد تنتهي الشخصية القانونية بما يسمى بالموت الحكمي على ما سنرى بعد قليل بالنسبة للمفقود.

تلك كانت القاعدة في ثبوت الشخصية القانونية وتحديد نطاقها الزمني من حيث بدايتها ونهايتها، بيد أن هناك استثنائين يردان على هذه القاعدة. وفقاً لاستثناء الأول تثبت الشخصية القانونية، استثناء، وفي حدود الجنين قبل ولادته ووفقاً لاستثناء الثاني تثبت الشخصية للفرد رغم عدم تحقق حياته من وفاته وهي حالة المفقود.

الاستثناء الأول: الاعتراف بالجنين بشخصية محددة ومقيدة.

بعد أن ربطت التشريعات المتعلقة بالقانون المدني والأحوال الشخصية بين ثبوت الشخصية وتمام الولادة مع الحياة، استدركت وأضافت ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون، وقد توالى قوانين المواريث والوصية والولاية على المال تنظيم هذا الموضوع⁸⁹.

فقد أوجب قانون المواريث أن يحجز للجنين نصيبه في الميراث (يحجز له أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى).

كما أجاز قانون الوصية المصري الايصاء للجنين، مع ثبوت حقه في الوصية حتى لو توفي الموصى قبل ولادة الموصى له ⁹⁰.

وأخيراً أجاز قانون الولاية على المال المصري للموصي أن يقبل الهبة نيابة عن الجنين (حيث أجاز القانون للأب – وإلا فالمحكمة – أن تقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن).

ويتضح من الأحكام السابقة أن المشرع قد منح للجنين شخصية قانونية محدودة تؤهله لاكتساب الحقوق النافعة نفعاً بحتاً.. ومعنى ذلك امتناع إلزام الجنين بأية التزامات حتى ولو نشأت عما يكتسبه من حقوق.

ويجدر بالملاحظة أن هذه الشخصية المحدودة لا تتأكد إلا بتمام الولادة مع الحياة، وبالتالي فإذا مات الجنين في بطن أمه أو أثناء الولادة فإن ما يثبت له يعتبر كأن لم يكن.. لذلك توصف شخصية الجنين بأنها معلقة على شرط.

الاستثناء الثاني: حالة المفقود.

قد يتغيب الشخص عن موطنه فترة طويلة وتقطع أخباره، بحيث لا يمكن التأكد من حياته أو مماته , ويثير وضع هذا الشخص الذي سمي بالمفقود مسألتين هامتين، الأولى: تتعلق بإدارة أمواله حتى عودته أو ثبوت وفاته، والثانية: تتعلق بحسم الأمر في شأنه بعد فترة معينة من انقطاع أخباره حيث لا يمكن استمرار شخصيته إلى ما لا نهاية.

أولاً: إدارة أموال المفقود: نص قانون الولاية على المال على أنه إذا مضت سنة على غياب المفقود وترتب على ذلك تعطيل أمواله، فإن على المحكمة أن تحكم بتثبيت الوكيل الذي يكون الغائب قد عين وكيلاً للمحكمة من جانبها أن تعين له وكيلاً.

ثانياً: مصير شخصية المفقود: تظل شخصية المفقود قائمة إلى أن تنقضي بأحد سببين الموت الطبيعي أو الموت الحكمي. أما عن السبب الأول فلا جديد في شأنه يختلف عن حكم القواعد العامة، أما السبب الثاني فيحتاج إلى شيء من التفصيل.

انتهاء شخصية المفقود بالموت الحكمي: نصت المادة (32) من القانون المدني على أن يسري في شأن المفقود الغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية، ويذهب الرأي الراجع من الفقه الإسلامي إلى أن يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، أما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي، وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً.

ويتضح من هذا الحكم أن القانون قد فرق بين فرضين :

الفرض الأول: أن يفقد الشخص ظروف يغلب فيها الهلاك.

ومن قبيل ذلك أن يفقد الشخص في حالة حرب أو أثناء كارثة كزلزال أو حريق أو فيضان. وهنا بحكم القضاء باعتبار الشخص ميتاً بعد أربع سنوات على غيبته، ويشترط في هذه الحالة ألا توجد قرائن تناقض افتراض غلبة الهلاك (بالنسبة لأفراد القوات المسلحة الذين يفقدون أثناء العمليات العسكرية يختص وزير الحربية بإصدار قرار باعتبار المفقود ميتاً بعد مضي الأربع سنوات وقد جاء بهذا الحكم قانون 103 لسنة 1958 تيسيراً على عائلات الشهداء) ⁹¹.

غير أن غرق العبارة سالم في البحر الأحمر اقتضى تعديلاً تشريعياً على الحكم السابق بمقتضى القانون رقم 33 لسنة 1992 (تعديلاً لبعض أحكام القانون 25 لسنة 1929). وقد نص هذا التعديل على أن يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي سنة من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية.

ويصدر رئيس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً في حكم الفقرة السابقة ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود. وتترتب عليه آثار من تاريخ نشره.

الفرض الثاني: أن يفقد الشخص في ظروف لا يغلب فيها الهلاك.

مثال ذلك أن يفقد الشخص أثناء سفر عادي للتجارة أو للسياحة أو للعلم، وقد فوضت المادة (32) الأمر في هذه الحالة للقاضي ليحكم باعتبار المفقود ميتاً بعد مضي المدة التي يقدر كفايتها.. ولا يصدر القاضي حكمه إلا بعد التحري بكل الطرق الممكنة عن حياة الشخص من مماته.. ورجحان الهلاك على الحياة.. ولم يحدد القانون مدة معينة يصدر الحكم بعد مرورها بل ترك الأمر للقضاء، غير أنه لا يجوز أن تقل هذه المدة عن أربع سنوات، لأن هذه المدة هي الحد الأدنى في حالة الغيبة في ظروف يغلب فيها الهلاك فيجب الالتزام بها – من باب أولى في الفرض المخالف.

الآثار المترتبة على انتهاء الشخصية.

1- في حالة الوفاة الطبيعية: من أهم لوازم الشخصية القانونية قابلية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، بمعنى قابليته لأن يكون طرفاً إيجابياً أو سلبياً في الروابط القانونية.. وبانتهاء هذه الشخصية تنتقض تلك القابلية فيثور التساؤل عن مصير ما كان له من حقوق وما كان عليه من التزامات.

ونفرق في هذا الشأن بين الحقوق غير المالية والحقوق المالية.

أما عن الحقوق غير المالية فإنها تثبت للشخص بصفته إنساناً أو مواطناً في دولة أو عضواً في أسرة لذلك فإنها تنتضي بانتهاء الشخصية القانونية حيث أنها لا تنتقل بالميراث.

أما بالنسبة للحقوق والالتزامات المالية فإن منها ما يرتبط بشخصية المتوفى بالذات، أي يكون لشخصية المتوفى فيها الاعتبار الأول كحق السكنى وحق الاستعمال والالتزام بأداء عمل معين يقتضي موهبة خاصة (كالالتزام بالغناء أو برسم لوحة فنية).. ففي مثل هذه الأحوال ينقضي الحق أو الالتزام بانتهاء شخصية صاحبه ولا ينتقل إلى الورثة

أما بالنسبة للحقوق والالتزامات المالية التي لا ترتبط بشخص صاحبها فإنها لا تنتضي بالوفاة بل تبقى كعناصر في تركة المتوفى، وقد نظمت مصيرها المادة (1102) مدني، حيث نصت على أنه بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة، كل بحسب نصيبه الشرعي ويعبر هذا الحكم عن مبدأ قال به فقهاء الشريعة الإسلامية وهو لا تركة إلا بعد سداد لديون ومؤدي جملة القول السابق أن

التزامات المتوفى تسدد من تركته فإن بقي منها شيء بعد ذلك آل إلى الورثة، وإلا فلا ميراث لهم، ولكنهم لا يضارون من زيادة التزامات المتوفى عن حقوقه.

2- في حالة الوفاة الحكمية: أشرنا إلى أن الوفاة الحكمية تستند إلى حكم قضائي باعتبار المفقود ميتاً. ويترتب على هذا الحكم ذات الآثار المترتبة على الوفاة الطبيعية بالنسبة للشخصية القانونية وتحديد مصير حقوق الشخص والتزاماته، غير أن الوفاة الحكمية تثير مشكلتين مستقلتين، الأولى: تتعلق بتحديد تاريخ الوفاة الحكمية وهل تستند إلى تاريخ صدور الحكم أم ترتد إلى تاريخ الغيبة؟ والثانية: تتعلق بتسوية الآثار المترتبة على الحكم باعتبار المفقود ميتاً وذلك إذا ظهر فيما يعد أن من حكم بموته ما زال على قيد الحياة.

أولاً: تحديد تاريخ الوفاة: الأصل هو اعتبار المفقود ميتاً من تاريخ صدور الحكم القضائي على أساس أن هذا الحكم يعد منشأ للوفاة التقديرية وليس كاشفاً عنها، ويترتب على ذلك أنه قبل صدور الحكم يعتبر الشخص حياً فتبقى أمواله على ذمته (إلا إذا حكم للزوجة بالتطبيق للتضرر من الغيبة) وبحجز له نصيبه من الميراث أو الوصية حتى يحسم أمر حياته من مماته.

أما ابتداء من تاريخ الحكم فيعامل المفقود معاملة الميت الحقيقي فتوزع أمواله على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم، وتنقضي من هذا التاريخ رابطة الزواج فتعتد الزوجة عدة الوفاة.

غير أن المادة (45) من قانون المواريث المصري خرجت على الأصل السابق في تحديد تاريخ الوفاة بأن نصت على أن يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حياً أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة.. ويتضح من هذا النص أن المشرع اعتبر المفقود ميتاً بالنسبة لأموال غيره.. التي يتلقاها بطريق الميراث أو الوصية، من تاريخ فقده لا من تاريخ الحكم⁹².

ثانياً: ظهور المفقود على قيد الحياة: في هذه الحالة يسترد المفقود العائد أمواله التي وزعت على ورثته، كما يسترد نصيبه في الميراث أو الوصية الذي كان قد حجز له ثم وزع على ورثة مورثه عند الحكم بوفاته وفي جميع الأحوال فإن المفقود العائد لا يسترد من أمواله إلا ما وجد منها تحت يد من وزعت عليهم ويفقد الحق في استرداد ما تصرفوا فيه بحسن نية.

أما بالنسبة للزوجة فإنها تعود لزوجها إذا لم تكن قد تزوجت بعد، أو كانت قد تزوجت ولم يدخل بها الزوج الثاني، أو كان الثاني قد دخل بها رغم علمه بحياة الزوج الأول (سيء النية).. كما يسرى ذات الحكم الأخير إذا كان الزوج الثاني قد تم قبل انقضاء عدة الوفاة الحكمية .

المطلب الثاني: مميزات الشخصية.

تتعين شخصية الفرد بين غيره من أفراد المجتمع بمجموعة من العناصر يسميها الفقه مميزات أو محددات الشخصية. وأهم هذه المميزات الاسم والانتماء لأسرة الوطن.. وسنعرض لكل منها في فرع مستقل.

الفرع الأول: اسم الشخص.

الاسم الحقيقي: تنص المادة (38) من القانون المدني على أن يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب لشخص يلحق بأولاده والاسم هو ما يميز الشخص عن غيره، وهو كلمة تنطق وتكتب تختارها الأسرة للطفل عند ولادته، وتسجل له في سجلات الحالة المدنية.

اسم الشهرة: قد يشتهر الفرد بين الناس باسم في اسمه الحقيقي، وبشيوع استخدام هذا الاسم يتعلق به حق للشخص ويصبح محلاً للحماية القانونية شأنه في ذلك شأن الاسم الحقيقي.

الاسم المستعار: وقد يتخذ الشخص لنفسه اسماً يخفي خلفه اسمه الحقيقي في صدد نشاط أو عمل معين، كالفنان أو الكاتب الناشئ الذي يريد أن يختبر مدى نجاح عمله قبل الكشف عن شخصيته الحقيقية. ويكفل القانون للاسم المستعار الحماية التي يكفلها للاسم الحقيقي.

اللقب: اللقب هو اسم العائلة الذي يشترك في حمله جميع أفرادها، وقد كررت المادة (38) الإحالة إليه حيث أضافت أن تنظيم اكتساب الألقاب وتغييرها يصدر به تشريع خاص، غير أنه حتى الآن لم يصدر التشريع المشار إليه. لذلك لم يعمل بنظام الألقاب في الأردن حتى الآن.

وسنقتصر فيما يلي على دراسة اسم الشخص من حيث تكييف صلته بالشخصية، وبيان خصائصه، ثم صور حمايته.

(1) تكيف صلة الشخص باسمه.

يمكن رد أهم ما قيل في شأن تكيف الاسم إلى مذهبين:

الأول: يرى أن الاسم ما هو إلا أحد أنظمة الأمن، تفرضه الدولة على الأفراد بقصد تمييزهم واستقرار المعاملات فيما بينهم.

الثاني: يرى أن للشخص على اسمه حقاً فردياً، وقد اعتبر البعض أن هذا الحق هو حق ملكية، واعتبره آخرون – وهو الراجح – حقاً من الحقوق اللصيقة بالشخصية.

والصحيح أن كلا من الرأيين السابقين يحمل جزء من الحقيقة، فلا شك أن حمل اسم معين معنى الواجب الذي يتحملة الأفراد لأغراض الأمن والاستقرار لذلك كان لزاماً على الفرد أن يتخذ اسماً محدوداً يتضمنه الإخطار بواقعة الميلاد، ولكن هذا الاعتبار وحده لا يكفي للاسم حماية قانونية فعالة، لهذا يجب الاعتراف بأن للشخص على اسمه حقاً فردياً، ويترتب على ذلك أن يصبح الاسم محلاً للحماية ضد المنازعة أو الاعتداء بمجرد إثبات المصلحة في ذلك حتى ولو كانت هذه المصلحة مجرد اعتبار أدبي كما سنرى.

(2) خصائص الاسم.

يتسم النظام القانوني للاسم بعدة خصائص تعكس جميعها اعتباري تكيف الاسم المشار إليهما وهما اعتبار الاسم واجباً تفرضه ضرورة الأمن واعتباره حقاً فردياً لصاحبه. وأهم هذه الخصائص ثلاث، هي عدم قابلية الاسم للتصرف فيه، وعدم قابلية الاسم للتقادم، وعدم قابلية الاسم للتغيير.

[1] عدم قابلية الاسم للتصرف فيه:

يعتبر الاسم – كما سبق القول – حقاً من الحقوق اللصيقة بالشخصية وضرورة من ضرورات الأمن. واجتماع هذين الاعتبارين يؤدي إلى امتناع التصرف في الاسم.

بيد أن هذا الحظر محدود بالاعتبارات التي فرضته، فحيث لا مساس بهذه الاعتبارات يجوز للفرد أن يتصرف في اسمه. ومن قبيل ذلك حالة اتخاذ الاسم الشخصي اسماً تجارياً، فهنا يصبح الاسم من زاوية استخدامه في التجارة اسماً تجارياً يجوز النزول عنه بإعطاء الغير حق استخدامه. والحق أنه في هذه الحالة لا يتنازل الفرد عن اسمه الشخصي ولكنه يتنازل عن الاسم التجاري الذي صار عنصراً من عناصر متجره، ولهذا يمكن القول أن الشخص يتنازل فقط عن الاستخدام التجاري لاسمه، وبالتالي يستمر في استخدام اسمه الشخصي في حياته الرسمية والخاصة بغير منازعة.

[2] عدم قابلية الاسم للتقادم:

ويقصد بذلك أن الاسم لا يمكن أن يسقط بعدم الاستعمال لمدة معينة طالت أو قصرت، كما لا يمكن للشخص أن يكون له اسم غير اسمه الحقيقي لمجرد استعماله مدة من الوقت. ويقال تعبيراً عن هذا المبدأ بشقيه أن الاسم لا يسقط ولا يكتسب بمضي المدة.

[3] عدم قابلية الاسم للتغيير:

ومعنى ذلك عدم إطلاق حرية الأفراد في تغيير أسمائهم، فالاسم كما سبق ليس حقاً خالصاً بل هو أيضاً من لوازم الاستقرار والأمن المدني وقد يضر تغييره بمصالح الآخرين ويؤدي إلى البلبلة في المعاملات غير أن المشرع لم يتجاهل ضرورة تغيير الاسم في بعض الحالات. فقد يشتهر الشخص باسم غير اسمه الحقيقي، فيرغب في اتخاذ اسم الشهرة اسماً رسمياً، وقد يغير الشخص ديانته بما يقتضي تغيير اسمه.. الخ لذلك أباح المشرع مبدأ التغيير ولكنه قيده باتباع إجراءات معينة تكفل للتغيير الجدية والعلانية، وحتى يتسنى لمن يتضرر من التغيير أن يعترض عليه؟.

(3) حماية الاسم ⁹³.

نصت المادة (49) من القانون المدني على أن لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطالب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . وتتعرض هذه المادة لصورتين الاعتداء على الاسم الممكن وقوعهما عملاً وهما المنازعة بغير مبرر وانتحال الاسم، وكفلت لهما كافة الحماية القانونية.

أما عن الصورة الأولى: المنازعة بغير مبرر، فهي أقل وقوعاً في العمل، ومثالها أن ينكر عليك الغير التسمي باسمك الحقيقي أو ينازعك فيه بإشاعة القول بين الناس أو بإتيان أفعال تؤدي إلى هذا المعنى.

أما عن الصورة الثانية: انتحال الاسم، فهي الأكثر شيوعاً ومثالها أن يستعمل شخص اسم غيره سواء في حياته العادية سواء خلال إجراءات أو أوراق رسمية. ويحتاج تحديد نطاق هذه الصورة لذكر إيضاحين، الأول: أن مجرد التشابه في الأسماء لا يتحقق معه الانتحال حتى لو عادت على المسمى بفائدة من هذا التشابه طالما أنه لم يعمد إلى استغلاله أما إذا عمد المسمى إلى استغلال التشابه، فإنه يكون قد انتحل شخصية الطرف الآخر لا اسمه، الثاني: لا يعد انتحالاً إطلاق اسم شخص على غير الإنسان، كإطلاق الاسم على حيوان أو على بعض المنتجات أو على شخصية هزلية، وفي مثل هذه الأحوال يجوز لصاحب الاسم إن أصابه ضرر مادي أو أدبي أن يوقف العدوان وأن يطلب التعويض على أساس القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

التطبيق الأول: حول انتحال الاسم أو المنازعة فيه من جانب الغير.

وهي الصورة المبسطة للاعتداء على الاسم. وقد ثار في شأنها تساؤل عن شروط أعمال الحماية القانونية وهل يشترط لذلك تحقق ضرر محدد في جانب الشاكي أم يكفي مجرد المساس بمصالحه الأدبية؟ ومن خلال الإجابة عن هذا التساؤل تتأرجح الحماية بين التضييق أو الاتساع ويكمن مناط اختيار التكييف المعتمد للحق في الاسم. فوفقاً للرأي القائل بأن الاسم مجرد نظام من أنظمة الأمن المدني تضيق الحماية القانونية لتتخصر في قواعد المسؤولية التقصيرية التي تستوجب إثبات الخطأ في جانب المعتدي والضرر في جانب المعتدي عليه، ووفقاً للرأي الآخر تتسع الحماية القانونية للتحكم لمجرد درء العدوان على الحق وبغير حاجة إلى إثبات الضرر.

وتقدم نظرية الدعوى القضائية إيضاحاً لكل ما تقدم، فالدعوى لا تقبل إلا إذا كان لرافعها مصلحة قائمة وحالة (م 3 من قانون أصول المحاكمات المدنية) وهذه المصلحة كما قد تكون مادية يمكن أن تكون أدبية، ولا شك أن مجرد الدفاع عن الاسم باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية يحقق لصاحبه دائماً مصلحة أدبية محققة، وبغير حاجة لإثبات ضرر محدد.

التطبيق الثاني: انتحال الاسم لشخصية خيالية في عمل فني.

وقد يتحقق انتحال الاسم بمناسبة شخصية خيالية في قصة أو رواية سينمائية أو مسرحية وفي هذا الفرض يتشدد القضاء الفرنسي بعض الشيء في إقرار حماية الشاكي، وربما كان رائده في ذلك عدم وضع عقبات في طريق المؤلفين في اختيار أسماء أبطال رواياتهم. ولقد كان مضمون التشدد هو اشتراط ضرر محدد مادياً كان أو أدبياً. وتطبيقاً لذلك لا يكفي أن يكون الدور الذي أسند إلى اسم الشاكي قد أثار في نفس هذا الأخير الضيق أو النفور بل لا بد أن يثبت أن الفيلم أو الرواية تثير في ذهن النظارة أو القراء خطأً بين شخصية المتضرر والشخصية الروائية، بل لا بد من إثبات الضرر المحدد الذي ينشأ عن هذا الخلط، بأن تكون الشخصية الروائية قد عرضت بطريقة معينة. بل لقد ذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط أن يكون المؤلف قد تصرف بسوء نية أو برعونة على الأقل.

التطبيق الثالث: انتحال الاسم لأغراض تجارية.

قد يقوم أحد التجار باستخدام اسم الغير كاسم تجاري لتجارته، ويخضع هذا الفرض لذات قاعدة الفرض السابق، وهي أنه لا محل للشكوى إلا إذا أثبت صاحب الاسم أن خطأ ضاراً بمصالحه يمكن أن ينشأ في ذهن الجمهور من جراء استخدام اسمه.

الفرع الثاني: الانتماء للأسرة.

من أهم ما يميز الشخص انتمائه إلى أسرة معينة، ويترتب على هذا الانتماء آثاراً قانونية متعددة. ومن هذه الآثار ما يتخذ طابعاً مالياً كالنفقة والميراث، ومنها ما ليس له طابع مالي كالحقوق الناشئة عن الرابطة بين الأب وأبنائه والحقوق الناشئة عن رابطة الزوجية، كحقوق الطاعة والتأديب والتربية والرعاية.. الخ.

وتدور الصلات الأسرية حول محاور ثلاثة: الزواج – القرابة – المصاهرة.

1- الزواج: وهو الرابطة المنشئة للعلاقات العائلية، ويتم بإبرام عقد بين طرفين يتراضيا فيه على المعيشة المشتركة، ويتمتع الأفراد بحرية الاختيار في الدخول في علاقة الزوجية أو الامتناع عنها، ولكنهم حين يختارون الزواج تتحسر حريتهم في تنظيم الآثار المترتبة عليه، فقد تكفل القانون بتنظيم هذه الآثار بطريقة أمرة لا يستطيع الأفراد تغييرها.

2- رابطة القرابة: وهي رابطة الدم التي تجمع بين الأفراد المنتمين إلى أسرة واحدة تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه ويعتبر ذوى القربى كل ما يجمعهم أصل مشترك مادة (34) مدني.

وتنقسم القرابة إلى نوعين: قرابة مباشرة: وهي الرابطة التي تجمع الأصول بالفروع ويسمى بعضها بعض الفقهاء بقرابة الخط المستقيم، وقرابة حواشي: وهي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر المادة (35) مدني 94.

وقد بين القانون كيفية حساب درجة القرابة بالنسبة لكل من النوعين فنصت المادة (36) مدني على أن يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة.

وتبدو أهمية حساب درجة القرابة فيما يقرره القانون من قصر بعض الآثار القانونية على الأقارب حتى درجة معينة، ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادة (267) مدني، ويشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب.

3- رابطة المصاهرة: وهي الصلة الناشئة عن الزواج بين كل من الزوجين وأقارب الطرف الآخر، وقد نصت المادة (37) مدني على أن أقارب أحد الزوجين يعتبر قريباً للزوج الآخر وبذات الدرجة، ومعنى ذلك مثلاً أن أخ الزوج يعتبر قريباً بالمصاهرة للزوجة من الدرجة الثانية وأن أب أحد الزوجين يعتبر قريباً للآخر من الدرجة الأولى،، بيد أن هذه القاعدة لا تعني أن قرابة المصاهرة ترتب كل الآثار القانونية لقرابة الدم من ميراث ونفقة.. ولكن القانون رتب عليها بعض الآثار في حالات معينة، ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة (1161) مدني من أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، ومثال آخر تقدمه المادة (132) من قانون أصول المحاكمات المدنية، حيث تقضى بوجوب تنحي القاضي عن نظر الدعوى إذا كانت له قرابة نسب أو مصاهرة بأحد الخصوم للدرجة الرابعة.

الفرع الثالث: الموطن.

يتخذ الشخص لنفسه مكاناً يقيم فيه على وجه الاعتقاد وقد اعتد القانون بهذا المكان كوسيلة من وسائل تمييز الشخص عن غيره كما اعتبره - إذا تحققت له شروط معينة - مقراً رسمياً بالنسبة لما يقوم به الشخص من نشاط قانوني، والمقر الذي يعتد به القانون على هذا النحو يسمى بالموطن، وللموطن أهمية من عدة نواح نخص منها ما يلي:

- 1- أن الأوراق والمطالبات القضائية يجب أن تعلن للشخص في موطنه.
- 2- أن للمحكمة المختصة جغرافياً بما يرفع ضد الشخص من دعاوى هي المحكمة الكائن في دائرتها موطنه (الدعاوى الشخصية).
- 3- إجراءات الإفلاس تتخذ أمام المحكمة الكائن بدائرتها موطن التاجر، كما أن الحكم بإعسار المدين غير التاجر يصدر من المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن هذا المدين.
- 4- الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها شيئاً معيناً بالذات يتم في موطن المدين وقت الوفاء.

وتختلف التشريعات في تحديد المقصود بالمواطن فمنها من يأخذ بما يسمى بالمواطن الحكمي ومنها من يأخذ بما يسمى بالمواطن الواقعي.

أولاً: مذهب المواطن الحكمي: وفقاً لهذا المذهب يفترض المشرع وجود الشخص في مكان معين دون أن يأخذ في الاعتبار مدى حقيقة الإقامة الدائمة في هذا المكان، وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الأسلوب فعرف المواطن بأنه المركز الرئيسي الذي يمارس فيه الشخص أعماله، ويستند هذا الاختيار إلى كون النشاط القانوني للشخص يرتبط بمقره المهني، وبالتالي يجب أن تتجه إلى هذا المكان كافة المطالبات والإجراءات القانونية.

وقد عيب على هذا الاتجاه أن التطور الحديث وما صاحبه من اتساع مجال النشاط الصناعي والتجاري قد يؤدي إلى تعدد مقار النشاط الرئيسي للشخص الواحد بحيث يصعب ترجيح أحدهما على الآخر، فإذا أخطأ الغير في تحديد المقر الرئيسي للنشاط وقع باطلاً ما يقوم به من إجراءات. ويترتب على التصوير الحكمي بعض النتائج أهمها:

1- أن المواطن واحد لا يتعدد، ذلك أن لنشاط الشخص مركز رئيسي واحد، ومع ذلك فقد أورد المشرع الفرنسي بعض الاستثناءات على هذه النتيجة منها إمكان إعلان الشخص في موطنه الظاهر والذي قد لا يكون موطنه الحقيقي، ومنها أيضاً الاعتراف للشخص المعنوي بأكثر من موطن قانوني وذلك بالاعتداد بمواطن فروعه المختلفة.

2- ضرورة أن يكون لكل شخص موطن، فإن كان الشخص لا يمارس مهنة معينة تحدد موطنه بموطن أبيه أو وصيه.

ثانياً: مذهب المواطن الواقعي: ويعتد هذا المذهب بمقر الإقامة العادية للشخص، فهو لا يقيم فكرة المواطن على أساس علاقة تحكمية، بل يقيّمها على أساس حقيقة الإقامة والاستقرار، وقد أخذ المشرع الأردني بهذه النظرة حيث عرف المواطن في المادة (39) مدني بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة وفقاً لهذا التعريف يتحقق المواطن يتوافر عنصرين: العنصر الأول موضوعي يتمثل في الإقامة الفعلية، والعنصر الثاني هو الاعتياد ويفيد معنى الاستقرار في محل الإقامة كما يعكس عنصراً نفسياً هو نية الاستقرار.

فإذا توافر العنصران السابقان تحقق معنى الموطن القانوني بغض النظر عن تغيب الشخص عن مقره في فترات مؤقتة، فشرط الاعتقاد لا يعني بالضرورة عدم الانقطاع.

ويترتب على التصوير الواقعي بدوره بعض النتائج:

1- أن الشخص قد لا يكون له موطن، إذا لم يكن له محل إقامة معتاد، ومن قبيل ذلك البدو الرحل والغجر الذين اعتادوا التنقل بصفة مستمرة.

2- قد تتعدد مواطن الشخص وذلك إذا تعددت الأماكن التي يقيم فيها على وجه الاعتقاد، كمن يقيم في المدينة في أحد المواسم ويقيم في الريف في موسم آخر.

وقد أشارت المادة (39) مدني في فقرتها الثانية إلى النتيجتين السابقتين حيث جاء فيها يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما.

ويعتبر الموطن القانوني وفقاً للتصوير السابق موطناً عاماً للشخص، أي مقراً قانونياً لجميع أوجه نشاطه وعلاقاته، غير أن المشرع قد اعتد في بعض الحالات وبالنسبة لطوائف معينة من الأفراد ببعض صور لموطن خاص يختلف عن الموطن العام، وقد وردت هذه الصور في المواد من (40 إلى 42) من القانون المدني وتشمل موطن الأعمال – الموطن القانوني – الموطن المختار.

1- موطن الأعمال: نصت المادة (40) مدني على أنه يعتبر المكان الذي باشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة، ويبين من هذا النص أن المشرع قد قصد التيسير على من يتعامل مع التاجر أو الحرفي فاعتبر مقر التجارة أو الحرفة موطناً خاصاً بالنسبة لكل ما يتعلق بها، ويلاحظ، أن هذا الخروج على الأصل العام محدود بالحكمة من إقراره، وبالتالي ففيما لا يتعلق بالتجارة أو الحرفة يجب الاعتداد بالموطن العام أي مقر الإقامة المعتادة، كما أن هذا الموطن يقتصر على من يمارس حرفة أو تجارة ولا يمتد إلى غيرهم من طوائف العمال أو الموظفين ممن لا يتحقق بالنسبة لنشاطهم وصف التجارة أو الحرفة.

2- الموطن القانوني أو الإلزامي: نصت المادة (41) مدني على أن موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً). والأشخاص الذين ذكرهم النص لا يباشرون نشاطهم القانوني بأنفسهم بل ينوب عنهم غيرهم في مباشرة هذا النشاط ولذلك

كان من الطبيعي أن يوجه الخطاب في شأن هذا النشاط إلى شخص القائم به فعلاً، وهو الوكيل أو الوصي أو الولي أو القيم وأن يوجه إليه هذا الخطاب في موطنه هو، ويسمى هذا الموطن بالموطن الإلزامي لأن القانون يعينه للشخص على وجه الإلزام، غير أن القانون قد يجيز للقاصر في سن معينة مباشرة بعض التصرفات القانونية انظر فيما بعد.. وفي هذه الحالة وبالنسبة لهذه التصرفات فقط يعتد القانون بالموطن العادي للقاصر أي بمقر إقامته المعتادة (م 41/2 مدني).

ويعتبر هذا الحكم الأخير متسقاً مع منطق فكرة الموطن الخاص حيث لا مجال له إلا في الحدود التي اقتضته، وينطبق ذات الحكم بالنسبة للسفيه وذو الغفلة فيما يجوز لهما ممارسته من أعمال قانونية.

3- الموطن المختار: نصت المادة (42) مدني على جواز أن يتخذ الشخص لنفسه موطناً مختاراً لتنفيذ عمل قانوني معين ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة، والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الوطن على أعمال دون أخرى .

فقد يتفق شخصان أو أكثر بمناسبة إبرام عقد معين على وجوب أن يتم إعلان الأوراق والدعاوى المتعلقة بهذا العقد في موطن خاص يختار لهذا الغرض، وغالباً ما يختار هذا الموطن في مكتب أحد المحامين، ويقتصر هذا الموطن على الموضوع الذي أختير من أجله، أما عدا ذلك فيجب الالتزام بالموطن العام.

والأصل أن اتخاذ الموطن المختار عمل إرادي يلجأ إليه الأفراد بقصد تيسير متابعة روابطهم ومنازعاتهم في صدد علاقة قانونية معينة، وبالتالي فلا إيجاب في اتخاذ الموطن المختار اللهم إلا إذا وجد نص قانوني يقضى بوجوب اتخاذ موطن مختار في صدد عمل معين، أو من هذا القبيل من ضرورة أن يتخذ الدائن المرتهن موطناً مختاراً في دائرة المحكمة التي يتبعها العقار وإلا جاز إعلانه في قلم كتاب هذه المحكمة التي يتبعها العقار، كما أن على الخصم الذي لا يكون له وكيل بالبلد الذي به مقر المحكمة أن يتخذ له موطناً فيه.

وأخيراً نلاحظ أن اتخاذ موطن مختار يجب أن يتم كتابة أياً كانت قيمة العمل الذي اتخذ المواطن لتنفيذه بغض النظر عن قيمته.

المطلب الثالث: عناصر الشخصية القانونية.

ونقصد بعناصر الشخصية القانونية المقومات الأساسية اللازمة لتحقيق مضمونها، فالشخصية القانونية تعبير عن الصلاحية لممارسة الحياة القانونية، ومصدر هذه الصلاحية إنما هو النظام القانوني ذاته، فهي وليدة هذا النظام يمنحها ويرسم حدودها.

فإذا قلنا أن الشخصية القانونية صلاحية لممارسة الحياة القانونية تدرجنا إلى القول بأن لهذه الصلاحية جانبين الأول مفاده سبب قابليته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ويسمى بالفقه بأهلية الوجوب والثاني مفاده المنشئة للحق وللالتزام ويسمى بالفقه بأهلية الأداء.

وأخيراً فإن من الحقوق والالتزامات التي تلحق بالشخص ما يتخذ طابعاً مالياً، أي يقبل التعبير عنه اقتصادياً، ويعبر الفقه عن مجموع ما للشخص من حقوق والتزامات مالية بالحالة المالية للشخص أو الذمة المالية.

الفرع الأول: الأهلية.

أشرنا إلى أن من عناصر الشخصية القانونية الأهلية، وأن للأهلية جانبين:

الأول: هو أهلية الوجوب وتعني صلاحية الشخص أو قابليته لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام، والثاني: أهلية الأداء وتعني قدرة أو صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي تكسبه الحق أو تحمله بالالتزام.

وأشرنا أيضاً إلى أن الطفل يكتسب الشخصية القانونية منذ تمام ولادته حياً، وهو بتمتعته بالشخصية القانونية يصبح صالحاً لاكتساب الحق أو للتحمل بالالتزام (أهلية الوجوب) بل إن هذا المعنى يعكس أول وأهم مظاهر الشخصية القانونية.

ولكن تمام الولادة وما يصاحبه من اكتساب الشخصية القانونية لا يؤدي بالضرورة إلى قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية (أهلية الأداء) فالتصرف القانوني عمل يستند أساساً إلى الإرادة⁹⁵ ذلك يجب أن يتمتع القائم به بالإدراك والتمييز اللزمين لحسن التصرف واستناداً إلى هذا

المفهوم كان منطقياً أن توضع على قدرة الطفل في مباشرة التصرفات حدود تجعل من الإدراك والتمييز مناطاً بأهلية الأداء أو الحرمان منها.. وبالتالي يتوقف تحديد مدى أهلية الشخص على قياس مدى تمييزه، غير أن المشرع قد اتخذ من عنصر السن وسيلة لقياس مدى التمييز. فافتراض انعدامه في مرحلة معينة، وافترض وجوده ناقصاً في مرحلة أخرى، ثم افترض اكتماله ببلوغ الثامنة عشرة.. وتولى المشرع على ضوء هذا التقسيم بيان مصير تصرفات الشخص من حيث صحتها أو بطلانها في كل مرحلة من مراحل السن ووفقاً لدرجة خطورة التصرف ومدى ما يلزم من تمييز لإتيانه.

غير أن بلوغ الشخص لسن الرشد لا يعني بالضرورة امتناع المساس بأهليته، فقد يصيبه عارض يعدم فيه الأهلية أو ينتقص منها، وقد يلحق به مانع يحول دون مباشرتها.

وسنعرض فيما يلي لأحكام أهلية الأداء، ثم لعوارضها فموانعها.

[أولاً] أحكام أهلية الأداء.

نستطيع أن نخلص من العرض السابق إلى أن تنظيم أهلية الأداء يقوم أساساً على اعتبارين:

1- اعتبار طبيعة العمل الذي يثور التساؤل بصدده، ومدى خطورة آثاره بالنسبة للشخص.

2- مدى قدرة الشخص على الإدراك والتمييز، فكلما تقدم الطفل في مراحل الإدراك كلما أباح له القانون حرية أكبر في التصرف القانوني.

وعلى ضوء قيام شخص على قدر معين من التمييز بتصرف على قدر معين من الخطورة تتحدد نظرة القانون والجزاء الذي يرتبه، فأما أن يعترف القانون بالتصرف صحيحاً منتجاً لكافة آثاره، وأما أن يدمغه بالبطلان المطلق بمعنى أن يعتبر التصرف مجرداً عن كل أثر قانوني (كأن لم يكن)، وأخيراً قد يوصف التصرف بالبطلان النسبي ويعني أنه يتأرجح بين الصحة والبطلان، فهو قابل للبطلان، أي صحيح ابتداءً ومنتج لآثاره إلى أن يحكم القاضي ببطلانه، فإن حكم بذلك انعدم التصرف بأثر رجعي أي اعتبر كأن لم يكن منذ نشأته، وقد تتأكد صحة التصرف بصفة نهائية وذلك بالموافقة عليه (إجازته) من جانب الولي على المال أو من جانب المحكمة أو من جانب القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

ونعود الآن إلى تفصيل الاعتبارين اللذين تدور حولهما أحكام أهلية الأداء.

الاعتبار الأول: أهلية الأداء وتقسيم الأعمال القانونية.

تنقسم الأعمال القانونية من حيث خطورتها إلى خمسة أقسام:

- 1- أعمال ضارة ضرراً محضاً، ويترتب عليها افتقار الشخص بغير مقابل، كالهبة بالنسبة للواهب.
- 2- أعمال تدور بين النفع والضرر، وهي ما يحتمل الكسب والخسارة أي يتضمن عنصري الأخذ والعطاء كالبيع والمقايضة والشركة والإيجار.
- 3- أعمال نافعة نفعاً بحتاً، ويترتب عليها اغتناء الشخص دون مقابل، كقبول الهبة من جانب الموهوب له.
- 4- إجراءات تحفظية وتهدف إلى مجرد المحافظة على المال وتقادى ما قد يتهده من أخطار، مثالها قطع التقادم، اتخاذ إجراء من إجراءات الشهر، وغالباً ما تتسم هذه الإجراءات بطابع الضرورة والسرعة.
- 5- أعمال الإدارة وهي أعمال تستهدف المحافظة على المال وعلى كفاءته الإنتاجية، كالتعاقد مع العمال اللازمين للزراعة وإبرام عقود التأمين (حريق، حوادث، مسؤولية) وتحصيل الديون، والترميم والإصلاح.

الاعتبار الثاني: مراحل السن كمعيار للتمييز والاكتمال لأهلية الأداء.

المرحلة الأولى: وتبدأ من تاريخ تمام الولادة حتى بلوغ سن السابعة (الصبي غير المميز).

وقد اعتبرها القانون مرحلة انعدام التمييز، وخلص من ذلك إلى منع الصغير من مباشرة كافة التصرفات القانونية، فإن تصرف بالمخالفة لهذا الخطر اعتبر تصرفه باطلاً بطلائعاً مطلقاً،

ويستوي في ذلك أن يكون التصرف نافعاً نفعاً كقبول الهبة أو دائراً بين النفع والضرر كالبيع، أو ضاراً محضاً كهبة المال للغير، ونظراً لأن البطلان المطلق يعني انعدام التصرف واعتباره غير قائم منذ نشأته فقد قرر المشرع امتناع تصحيح العقد بإجارته، كما أباح لكل صاحب مصلحة أن يتمسك بالبطلان كما أباح للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.

ويقوم الولي (الأب أو الجد الصحيح) أو الوصي (الذي يختاره الأب أو تعينه المحكمة) بإدارة أموال الصبي غير المميز لمصلحته ونيابة عنه.

المرحلة الثانية: وتبدأ ببلوغ السابعة وتنتهي ببلوغ الثامنة عشرة.

وقد قدر المشرع أن مكنة التمييز تبدأ في هذه المرحلة، لذلك أجاز للصغير أن يجري بعض التصرفات ومنعه من إجراء بعضها الآخر وذلك على ضوء درجة الخطورة التي يمثلها التصرف بالنسبة للشخص ثم توسع في نطاق التصرفات الجائزة مع تقدم السن على ما سنرى.

المبدأ الذي يحكم تصرفات الصغير المميز: يجوز للصغير في هذه المرحلة أن يباشر التصرفات النافعة نفعاً بحتاً أي أن يقبل الهبة مثلاً وتقع تصرفات الضارة ضرراً محضاً باطلة بطلاناً مطلقاً، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتقع باطلة بطلاناً نسبياً (قابلة للبطلان) بمعنى أن تظل صحيحة إلى أن يحدث أحد أمرين: أن يتمسك ببطلانها القاصر أو من ينوب عنه، أو أن يجيزها الولي أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

وترد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات المحددة التي تكتمل فيها أهلية الصغير، وهي استثناءات تختلف باختلاف مراحل ثلاث (في نطاق ما بين السابعة والثامنة عشرة): المرحلة الأولى تبدأ من تمام السابعة، وتبدأ الثانية ببلوغ الخامسة عشرة، وتبدأ الثالثة ببلوغ الثامنة عشرة.

1- استثناءات تتقرر للصغير ببلوغه سن السابعة:

(أ) تتضح هذه الاستثناءات في القانون الأردني حيث نصت المادة (118) من القانون المدني بأن يكون للقاصر في هذه السن أهلية التصرف فيما يوضع تحت يده لأغراض نفقته الخاصة،

ويبرر هذا الاستثناء ضالة هذا المبلغ عادة، وليس من الملائم عملاً أن تفرض قيود على الصغير في هذا الصدد.

ويؤدي منطق الاستثناء إلى إباحة كافة أنواع التصرفات في حدود المال المذكور، حتى ولو كان التصرف تبرعاً (ضار ضرر بحت)، كما يؤدي إلى وجوب التقيد بحدود الاستثناء، بمعنى أن أي التزام من جانب الصغير يجاوز حدود ما خصص لنفقته يجب إخضاعه للقاعدة العامة.

(ب) نصت المادة (62) من قانون الولاية على المال المصري جواز قيام الصغير بإبرام عقد العمل الفردي، ويجوز للوصي إذا قدر خطورة العمل في هذا السن على صحة الصغير أو على مستقبله أن يطلب من المحكمة أن تقضي بإنهاء العقد⁹⁶.

2- استثناءات تتقرر للصغير عند بلوغه الخامسة عشرة:

نصت المادة (63) من قانون الولاية على المال المصري على أن يكون التصرف بعوض أو بغير عوض، ولا يجوز أن تتعدى التزامات الصغير حدود ما يكسبه فإن جاوزت ذلك خضع التصرف لحكم القواعد العامة⁹⁷.

ويبرز هذا الاستثناء أن الصغير الذي يكسب من عمله الخاص جدير بالثقة في تصرفاته، وبالتالي فإذا ثبت من تصرف الصغير أنه غير جدير بهذه الثقة جاز للمحكمة أن تقيد تصرفاته بالنسبة لما يكسبه من عمله بإخضاعها لنظام الولاية أو الوصاية.

وتتخصر هذه الاستثناءات بما يلي:

(أ) أجاز القانون للولي بترخيص من المحكمة، لمن بلغ الخامسة عشرة بتسلم أمواله لإدارتها، ويقتصر الاستثناء على أعمال الإدارة – دون أعمال التصرف – كالترميم والإصلاح والزراعة.. الخ، ويستطيع الصغير وفاء واستيفاء ما يترتب على الإدارة من ديون، وقد حظر المشرع صراحة على القاصر أن يقوم بالوفاء بغير ذلك من ديون حتى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو بأي سند تنفيذي آخر. كما حظر عليه أن يتصرف في الربح الناتج من الإدارة إلا بالقدر اللازم لنفقته ونفقة من تلزمه نفقتهم قانوناً المادة (119، 125) من القانون المدني.

ويخضع الصغير في إدارته لأمواله لرقابة الولي الذي أذن له بالإدارة فيجوز للولي أن يسحب منه الإذن كلياً أو جزئياً إذا وجدت أسباب تدعو لذلك، وإذا كان الإذن بالإدارة قد صدر من المحكمة، فيجب على القاصر أن يقدم لها حساباً سنوياً، وللمحكمة أن تأمر بإيداع ما يتوفر من أموال خزانة المحكمة (فيمتنع السحب منه إلا بإذنها)، كما يجوز للمحكمة أن تحد من الأذن أو أن تسحبه إذا ما أساء القاصر التصرف⁹⁸.

(ب) لقد ورد في التشريع المصري استثناءات أخرى⁹⁹ حيث نصت المادة 60 من قانون الولاية على المال على أن إذن المحكمة للقاصر بالزواج (الثامنة عشرة هي الحد الأدنى للزواج قانوناً) بعد إذن له بالتصرف في المهر والنفقة، ففي حدود ما يوضع تحت تصرف القاصر لهذا الغرض يعتبر القاصر كامل الأهلية، أي قادراً على إجراء ما يراه من تصرفات قانونية معاوضة كانت أم تبرعاً.

(ج) كذلك نصت المادة (5) من القانون رقم 71 لسنة 1946 الخاص بإصدار قانون الوصية على جواز وصية من بلغ الثامنة عشرة إذا أذنت له المحكمة، وقد هدف المشرع من هذا الاستثناء إلى فتح الباب أمام القاصر لأداء عمل من أعمال القربى، ثم حرص على وضع الأمر تحت رقابة القضاء نظراً لما يمثله التصرف التبرعي من خطورة خاصة¹⁰⁰.

(د) كذلك أجازت المادة (57) من قانون الولاية على المال أن تأذن المحكمة لمن بلغ الثامنة عشرة بالاتجار، وتضع المحكمة الحدود التي يتحرك فيها نشاط القاصر حيث يجوز أن يكون الإذن مطلقاً أو مقيداً، ولا اختصاص لغير المحكمة (الولي أو الوصي) في إعطاء هذا الإذن.

المرحلة الثالثة: بلوغ سن الرشد (18 سنة).

تكتمل أهلية الشخص ببلوغه سن الثامنة عشرة، فقد افترض المشرع اكتمال الإدراك والتمييز لديه عند بلوغه هذه السن، وينبني على ذلك صلاحية الشخص لإتيان كافة التصرفات القانونية أيا كانت درجة خطورتها، وتنتهي ببلوغ سن الرشد الولاية أو الوصاية على مال الشخص.

وعندما يبلغ الشخص سن الثامنة عشرة، تكون جميع تصرفاته صحيحة ما لم يصب الشخص عارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانع الأهلية.

الولاية على مال القاصر:

يؤدي حرمان القاصر من التصرف في أمواله وإدارتها إلى وجوب إنشاء نظام يتولى هذه المهمة لمصلحته ونياية عنه، ويسمى هذا النظام بالولاية على المال.. وتثبت هذه الولاية للأب إن كان حياً وعند عدم وجوده فللوصي الذي اختاره الأب قبل وفاته فإن لم يوجد فللجد الصحيح (أب الأب وإن علا)، فإن لم يوجد الجد فللوصي الذي تختاره المحكمة.. ويطلق وصف الولي على الأب والجد ويطلق وصف الوصي على غيرهما ممن يتولى الولاية، وتنتهي الولاية على المال – كما سبق أن قلنا – ببلوغ الصغير سن الرشد، ولكن الأهلية لا تكتمل إلا إذا بلغ الصغير سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجز عليه م 43 مدني.. فقد يعترى الشخص عارض يفقده الإدراك والتمييز أو ينتقص منهما فيفقد بالتالي أهليته أو ينتقص من اكتمالها.. كما قد يقوم بالشخص مانع يحول بينه وبين مباشرة التصرف القانوني رغم اكتمال تمييزه وسلامة إرادته.. وسنعرض فيما يلي لعوارض الأهلية ثم لموانعها.

[ثانياً] عوارض الأهلية.

قد يصاب الشخص بعارض يؤثر على تمييزه فيعدمه أو ينتقص منه بحيث يصبح غير قادر على تقدير الأمور تقديرًا سليماً، وقد رتب القانون على العارض – وفقاً لخطورته– انعدام الأهلية أو الانتقاص منها.. وقد حصرت المادة (127) مدني ما تعتبره من عوارض الأهلية أن المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجز عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون .. فعوارض الأهلية هي إذن الجنون والعتة، والغفلة والسفه.

1- الجنون والعتة:

وهي آفات تصيب العقل فتسلب من الفرد إدراكه وتمييزه بصفة كلية أو جزئية ويختلف الجنون عن العتة من حيث درجة خطورة كل منهما على التمييز ولكنهما يتفقان من حيث ما يرتبه عليهما القانون من آثار.

فالجنون: مرض يصيب العقل ويؤدي إلى اختلال توازنه وعدم انتظام قواه، لذلك أخضع القانون المريض لذات الأحكام التي يخضع لها الصبي غير المميز، وأجرى على تصرفاته ذات الأحكام القانونية.

أما العته: فهو اضطراب في العقل يصبح معه المريض مشوش الفكر وغير قادر على تدبير أموره أو تقديرها التقدير السليم.. فحالة المعتوه أقل خطورة من حالة المجنون، ومع ذلك فإن المواد (129، 130) مدني أخضعت المعتوه والمجنون لذات الأحكام، فاعتبرت تصرفاتهما باطلة بطلاناً مطلقاً سواء كانت ضارة ضرراً بحتاً أو دائرة بين النفع والضرر أو نافعة نفعاً بحتاً.

ويقتضي إيضاح هذا الحكم ذكر تحديدتين:

الأول: أن المشرع لم يأخذ في الاعتبار الحالة الفعلية للمريض وقت التصرف، فقد يمر المريض بفترات يكون فيها معقولاً في إدراكه وتمييزه، ثم يبرم وهو في هذه الحالة بعض التصرفات القانونية، ورغم ذلك وتقادياً للزعزعة بين الأفراد لم يفرق القانون في تصرفات المريض على أساس حالته الفعلية وقت التصرف واعتبر كل تصرفاته باطلة ابتداء من لحظة ثبوت مرضه.

الثاني: أن المشرع قد حدد نقطة للبدء بالنسبة لثبوت المرض، وبالتالي بالنسبة لبطلان التصرفات بتسجيل قرار الحجر¹⁰¹.. فكل ما يجريه المريض من تصرفات بعد تسجيل القرار المذكور يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً (م 130/1) مدني، أما تصرفاته قبل تسجيل القرار فإنها صحيحة ولا مطعن عليها إلا في حالتين استثنائيتين (م 130/2) مدني:

1- حالة الجنون أو العته الشائع، فإذا كانت حالة المريض معلومة لكل الناس بطل التصرف حتى لو كان قد تم قبل تسجيل قرار الحجر، ولا عبرة بعدم علم الطرف الآخر بحالة المريض.

2- إذا كان من تعامل مع المريض يعلم بحالة المريض، ففي هذه الحالة يبطل التصرف حتى ولو لم يكن خبر المرض شائعاً.

السفه والغفلة:

السفيه شخص مختل التدبير ينفق على غير ما يقتضيه العقل فهو يتجاوز في إسرافه الحدود المعقولة والعادية.

أما ذو الغفلة فيعرفه الفقه تارة بالشخص طيب القلب الساذج، وأحياناً بالشخص ضعيف الإدراك، بحيث يقع فريسة للغبن في معاملاته المالية، ويعتقد أن من الأوفق أن يضاف إلى تعريف ذي الغفلة ما يعكس ضعف قدراته العقلية بحيث يتميز تميزاً واضحاً عن حالة السفيه، فالسفه يعكس ضعفاً في الإرادة ولا يعكس ضعفاً في القدرات العقلية، ذلك أن المبذر شخص مكتمل التفكير يدرك تماماً العواقب السيئة لتصرفاته ومع ذلك ينساق خلق ضعف إرادته.. أما الغفلة فيجب أن تفهم على أنها نتيجة للضعف في القدرات الذهنية للشخص فلا يمكنه أن يدرك المضمون العادل والمعقول للتوازن في علاقاته المالية.

ولم يفرق القانون بين تصرفات السفيه وتصرفات ذي الغفلة حيث أخضعها جميعاً لذات أحكام تصرف الصبي المميز أنظر ما سبق، وقد صيغت هذه القاعدة في المادة (129) مدني (1) يسري على المحجور للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام ولكن ولي السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لأبيه أو جده، أو وصيهما حق الولاية عليه. (2) أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبره إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ.

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد جعل بطلان التصرف أو صحته منوطاً بوقت إبرامه وهل كان ذلك قبل تسجيل قرار الحجر أو بعده.. ويحتاج الأمر لشيء من التفصيل:

تصرفات السفيه وذي الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر:

يقع التصرف في هذه الحالة صحيحاً منتجاً لآثاره، ولكن المشرع خرج على هذه القاعدة إذا حدث تواطؤ أو استغلال، فإذا تواطأ السفيه أو ذي الغفلة مع شخص آخر بقصد تهريب أمواله قبل تسجيل قرار الحجر، وقع التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، إذا كان ضاراً ضرراً بحتاً، وقابلاً للإبطال إذا كان دائراً بين النفع والضرر، ويسري ذات الحكم إذا كان من تعامل مع السفيه أو ذي الغفلة قد استغل فيه حالته.. وفي غير هاتين الحالتين يقع التصرف صحيحاً حتى ولو كانت حالة السفيه أو ذي الغفلة شائعة بين الناس.

تصرفات السفهيه وذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر:

يأخذ التصرف في هذه الحالة حكم تصرف الصبي المميز، أي أنه صحيح إن كان نافعاً نفعاً محضاً، وباطل إن كان ضاراً محضاً، وقابلاً للإبطال إن كان دائراً بين النفع والضرر.

وقد أورد القانون على نقص الأهلية في هذه المرحلة الاستثنائيين الآتيين وقد سبق تقريرهما بالنسبة للصبي المميز:

1- يجوز للسفيه وذي الغفلة أن يتسلم أمواله لإدارتها كلها أو بعضها، وتسرى على الإدارة ذات الأحكام الخاصة بالصبي المميز والسالف بيانها (م 129) مدني.

2- يصح الوقف أو الوصية الصادرة عن السفهيه أو ذي الغفلة على أن يكون ذلك منوطاً بإذن المحكمة.

الولاية على مال المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة:

تعين المحكمة قيماً للولاية على مال المحجور عليه، وتسرى على القوامة الأحكام المقررة بالنسبة للوصي على القاصر.. وتسرى على القوامة الأحكام المقررة بالنسبة للوصي على القاصر.. وتثبت القوامة للابن البالغ ثم للأب فللجد ثم لمن تختاره المحكمة.

[ثالثاً] موانع الأهلية.

قد يكتمل لدى الشخص البالغ الرشيد الإدراك والتمييز اللازمين للتمتع بأهلية مباشرة التصرفات القانونية ومع ذلك يقوم به مانع يحول دون إمكانية الممارسة الفعلية لهذه الأهلية أو يجعل من الملائم – حماية لمصالحه – أن يعاونه غيره في إبرام التصرفات القانونية.

وقد يرجع المانع إلى سبب مادي أو قانوني أو صحي:

1- المانع المادي: الغيبة: قد يتغيب الشخص عن موطنه ويترتب على غيبته تعطيل مصالحه، فيلزم تعيين شخص يتولى إدارة أمواله.. فإن كان الغائب قد عين له وكيلأ قبل غيبته

حكمت المحكمة بتثبيت الوكيل إذا توافرت فيه شروط الوصي فإن لم يكن الغائب قد عين وكيلاً عنه تولت المحكمة من جانبها مهمة الاختيار.

وقد يكون الغائب مفقوداً لا تعرف حياته من مماته، وقد تكون حياته مؤكدة ولكن ظروف وجوده في الخارج تحول دون مباشرته أموره بنفسه وفي جميع الأحوال تقوم المحكمة بتعيين وكيل أو تثبت الوكيل القائم بعد مضي سنة على الغيبة (م 74، 75) من قانون الولاية على المال في التشريع المصري.

2- المانع القانوني: الحكم بعقوبة الجناية: نصت المادة (25) من قانون العقوبات المصري على أن من يصدر عليه الحكم بعقوبة الجناية (الأشغال الشاقة، السجن، الإعدام) يكون محجوراً عليه طوال مدة تنفيذ العقوبة ويتعين عليه أن يختار قيماً توافق عليه المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها محل إقامته، فإذا لم يختار لنفسه تولت المحكمة هذه المهمة.. ويختص القيم بإدارة أموال المحكوم عليه دون التصرف فيها، أما التصرف فيختص به المحكوم عليه بنفسه بعد الحصول على إذن المحكمة، فإذا تصرف المحكوم عليه بغير إذن كان تصرفه باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ويعتبر منع المحكوم عليه من إدارة أمواله وتقييد حريته في التصرف من قبيل العقوبة التكميلية للعقوبة الأصلية.

3- المانع الصحي: العاهة المزدوجة والعجز الجسماني الشديد: تتفق هذه الموانع مع سابقتها في أن الشخص لا تنقصه الإرادة ولا يعوزه التمييز، ولكن حالته الصحية (على الوجه الذي حدده القانون) لا تسمح بالاطمئنان على قدرته على الانفراد بالتصرف القانوني، أما لأن المرض قد أقعده عن الاحتكاك بالحياة والتمتع بالخبرة الكافية، وإما لخشية تعذر تعبيره عن إرادته بما يطابق حقيقة مقصده.. لذلك قدر المشرع ضرورة أن يعين لمثل هذا الشخص من يساعده على إبرام التصرفات القانونية.. فما المقصود بالعاهة المزدوجة والعجز الجسماني الشديد؟

العاهة المزدوجة:

نصت المادة (132) من القانون المدني على أنه إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته للمحكمة أن تعين وصياً يعاونه في

التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك.. ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقرر المساعدة فيها متى صدرت من الشخص الذي تقرر مساعدته بغير معاونة المساعد أو إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة¹⁰².

ولبيان حكم هذا النص نعرض أولاً لشروط تقرير المساعدة القضائية لذي العاهتين، ثم لبيان حدود المساعدة وأحكامها:

أولاً: شروط تقرير المساعدة القضائية.

1- وجوب اجتماع عاهتين من العاهات الثلاث المذكورة في النص وهي العمى، الصمم، والبكم.

2- أن يتعذر على الشخص بسبب عاهته المزوجة أن يعبر عن إرادته ويؤدي هذا الشرط إلى امتناع فرض المساعدة القضائية إذا تمكن رغم عاهته من التعبير عن إرادته بطريقة كافية، كما لو كان قد تلقى تعليماً خاصاً يمكنه من ذلك.

ثانياً: حدود المساعدة القضائية وأحكامها.

1- يستفاد من نص المادة (132) مدني أن المحكمة هي التي تحدد التصرفات التي تلزم فيها المساعدة القضائية، ولكن المادة (119) من القانون المدني الأردني لم تترك للقاضي الحرية في هذا الشأن فقررت أن التصرفات التي تلزم فيها المساعدة القضائية هي التصرفات التي لا يجوز للوصي على القاصر أن يباشرها بغير إذن المحكمة (المنصوص عليها 126) مدني أردني.

2- أن مهمة المساعد القضائي تنحصر في مشاركة الشخص في إبرام حاجات المجتمع فإذا قدر النظام القانوني أن يعترف لتجمع الأموال والأشخاص بالشخصية القانونية بحيث يكون لهذا التجمع وجوده المستقل وحياته القانونية المستقلة، كما كان له أن يفعل ذلك وأن يرسم الحدود التي يسمح فيها للتجمع باكتساب تلك الشخصية.

ويجدر بالملاحظة أن القول بأن الشخصية القانونية عموماً هي وسيلة فنية سواء بالنسبة للشخص الطبيعي بالنسبة لغيره من التجمعات لا يعني تمتع الشخص المعنوي بكافة الحقوق

والصلاحيات التي يتمتع بها الشخص الطبيعي. فالإنسان بصفته الإنسانية يتمتع بحقوق لا تجوز لغيره من الكائنات كالحقوق اللصيقة بالشخصية وحقوق الأسرة والحقوق السياسية، كما أن بوصفه مركزاً للتنظيم الاجتماعي يمارس من الأنشطة مالا ينحصر في حدود معينة (اللهم سوى التقيد بحدود النظام العام والآداب العامة). أما الشخص الاعتباري فإنه ينشأ أساساً بقصد تحقيق هدف معين، ومن المنطقي أن تنحصر صلاحيته القانونية في الحدود اللازمة لهذا الغرض.. بل إن المشرع قد يمنعه صراحة من ممارسة وجه معين من أوجه النشاط إذا قدر عدم لزومه لتحقيق أغراض الشخص المعنوي أو خطورته على الصالح العام.

وأخيراً، ونظراً لأن الشخص المعنوي كوحدة مستقلة ليست له إرادة حقيقية تمكنه من التصرف لذاته بذاته، كان لا بد أن يمثل في ممارسة النشاط القانوني شخص طبيعي، على أن تنصرف آثار التصرفات والأعمال القانونية التي يؤديها الممثل إلى الشخص الاعتباري مباشرة.

أنواع الأشخاص الاعتبارية:

نصت المادة (50) من القانون المدني على أن الأشخاص الاعتبارية هي:

- 1- الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية.
- 2- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية.
- 3- الأوقاف.
- 4- الشركات التجارية والمدنية.
- 5- الجمعيات والمؤسسات والمنشآت وفقاً للأحكام التي سيأتي بيانها.
- 6- كل مجموعة من الأشخاص والأموال تثبت لها الشخصية القانونية الاعتبارية بمقتضى نص القانون.

ويقسم الفقه هذه الطوائف إلى فئتين، الأولى تشمل الأشخاص الاعتبارية العامة وهي الدولة والأشخاص المنصوص عليها في الفقرة (1) و (2) من المادة (50) مدني تخضع هذه الأشخاص لأحكام القانون العام. والثانية تشمل الأشخاص الاعتبارية الخاصة وهي الأشخاص المنصوص عليها في الفقرات 3، 4، 5، 6، من المادة (50) المشار إليها، وتخضع لأحكام القانون الخاص.

اكتساب الشخصية الاعتبارية:

لا بد، وفقاً للقانون الأردني من تدخل المشرع لكي يكتسب أي جمع للأموال أو الأشخاص الشخصية القانونية الاعتبارية. ويتخذ هذا المدخل إحدى صورتين: الأولى: الاعتراف العام والثانية الاعتراف الخاص. ويتحقق الاعتراف العام حين يضع المشرع شروطاً عامة ومسبقة يؤدي توافرها إلى اكتساب الشخصية القانونية دون تدخل خاص من جانب المشرع.

أما الاعتراف الخاص فمعناه أن المشرع يستلزم صدور ترخيص خاص في كل حالة على حدة، بحيث لا تكتسب الشخصية القانونية لتجمع المال إلا بصدور الترخيص، وقد اعتبر المشرع الأردني من الاعتراف العام للقاعدة بالنسبة للدولة والمحافظات والمدن والقرى والأوقاف والشركات للشخص رغم مديونيته في الضد التي لا تتأثر في وجودها بدخول الأموال إليها أو خروجها منها، وإن ما يهم الدائن هو حالة الذمة المالية وقت استيفائه لحقه.

ويعد ترتيب هذه النتيجة أمراً لازماً لكفالة حق المدين في التصرف في أمواله ولكفالة الاستقرار للمعاملات، إذ لو قلنا بعكس ذلك لأصبح المدين مشلولاً عن التصرف في أمواله لمجرد دين في ذمته ولأصبح التعامل بين الناس مشوباً بالحذر المبالغ فيه مما يضر بالاستقرار الواجب في المعاملات.

مخاطر فكرة الضمان العام ووسائل تفاديها:

يمثل الضمان العام على الوجه السالف بيانه مخاطر شتى بالنسبة للدائنين. فقد قلنا أن الضمان العام لا يرد على مفردات الذمة المالية بل على الذمة المالية ككل، وأن المدين يستطيع بالتالي أن يتصرف في مفردات ذمته الواحد تلو الآخر دون أن يستطيع الدائن أن يحتج على ذلك،

وقد يصل الأمر نتيجة لهذا المبدأ إلى حد مفاجأة الدائن وقت الوفاء بذمة مدينه خاوية.. وقد حاول التنظيم القانوني أن يحد من مساوئ هذا الوضع بوسائل عدة أهمها ثلاث:

أولاً: الدعوى غير المباشرة.

قد يكون للمدين حقوق قبل الغير ثم يتقاعس عن المطالبة بها مما يؤدي إلى إعساره أو زيادة إعساره، وقد أعطى المشرع الدائن سلطة استعمال حقوق مدينة نيابة عنه عن طريق ما يسمى بالدعوى غير المباشرة ويترتب على نجاح الدائن في المطالبة بحقوق مدينة دخول هذه الحقوق إلى ذمة هذا المدين بحيث تكون ضماناً للوفاء بجميع ديونه.

ويشترط القانون (مواد 366، 367) مدني لاستخدام الدعوى غير المباشرة شرطين:

الأول: أن يؤدي إهمال المدين إلى إعساره أو زيادة إعساره.

الثانية: ألا يكون الدين القائم في ذمة الغير متصلاً بشخص المدين أو غير قابل للحجز عليه، ففي الحالة الأولى لا يجوز لغير المدين أن يستعمل شيئاً من عودة المال إلى ذمة مدينه.

ثانياً: دعوى عدم نفاذ التصرف أو الدعوى البوليسية (370 مدني وما بعدها).

وهي دعوى يرفعها الدائن بغرض حماية نفسه من تصرفات مدينه سيئ النية.. فإذا تصرف المدين في مال من أمواله وترتب على هذا التصرف إعسار المدين أو زيادة إعساره، كان من حق الدائن أن يرفع دعوى يطالب فيها الحكم له بعدم نفاذ تصرف المدين في حقه، فإذا قضى له بذلك اعتبر المال وكأنه لم يخرج من ذمة المدين بحيث يستطيع الدائن أن يحجز عليه وأن يستوفي دينه من ثمنه.. وقد فرق القانون بالنسبة لشروط نجاح هذه الدعوى بين حالة ما إذا كان التصرف معاوضه أو تبرعاً¹⁰³.

فإذا كان التصرف معاوضه يجب للحكم بعدم نفاذ التصرف توافر ثلاثة شروط:

الأول: أن يترتب على التصرف الانتقاص من حقوق المدين أو زيادة التزاماته بحيث يؤدي ذلك إلى إعساره أو زيادة إعساره.

الثاني: أن يكون تصرف المدين منطوياً على الغش، ويعتبر التصرف كذلك إذا صدر من المدين وهو عالم أنه معسر (م 371 مدني).

الثالث: أن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ويكفي لاعتباره كذلك علمه بأن المدين معسر.

إما إذا كان التصرف تبرعاً فيكفي لعدم نفاذ التصرف في حق الدائن أن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين أو زيادة إعساره.

ثالثاً: الحصول على حق عيني تبعي.

تعتبر الوسائل السابقة غير مضمونة النتائج في جميع الأحوال، ذلك أنها تقتضي من المدين إماماً بحالة مدينه المالية وعلاقاته بالغير.. كما أن الدائن يظل مهدداً دائماً بتزاحم الدائنين وعدم كفاية أموال مدينه للوفاء بحقوقهم فيضطر نزولاً على مبدأ المساواة إلى الاشتراك مع غيره في قسمة هذه الأموال قسمة غرماء. لذلك كانت أنجح الوسائل هي الحصول على حق عيني تبعي يضمن للدائن الحصول على حقه بالأفضلية على غيره من الدائنين.. وقد سبق أن تعرضنا لهذه الفكرة في مقام دراستنا لأنواع الحقوق المالية (راجع ما سبق).

المبحث الثاني: الشخصية القانونية الاعتبارية 104

قلنا أن الشخصية القانونية تعبر عن الصلاحية لممارسة الحياة القانونية وذلك بالقدرة على اكتساب الحق والتحمل بالالتزام والقدرة على أداء التصرفات القانونية المؤدية إلى تلك النتيجة.. كما أشرنا إلى أن الإنسان يتمتع، بوصفه مركزاً للنشاط الاقتصادي والاجتماعي والسياسي في المجتمع، بالشخصية القانونية، وأن هذه الحقيقة حتمية لا مجال للنقاش فيها في الوقت الحاضر.

غير أن تطور وتعدد نشاط الإنسان في العصر الحديث قد كشف عن ضرورة إسباغ الشخصية القانونية، وما يلزمها من صلاحيات، على كائنات أخرى غير الشخص الطبيعي.. فقد يتكفل جمع من الأفراد للقيام بنشاط معين، وقد ترصد مجموعة من الأموال لتحقيق هدف محدد ثم يرغب القائمون بالنشاط في الفرض الأول، أو أصحاب الأموال في الفرض الثاني، في أن يكون لنشاطهم كياناً مستقلاً يمارس حياة قانونية مستقلة عنهم بحيث يكون له اسم وموطن وذمة مالية استقلالاً عن الأشخاص المكونين له.. وكان لابد أن يستجيب الفن القانوني لهذه الحاجة فوجد في الشخصية الاعتبارية وسيلة إلى إعطاء الدولة وهيئاتها العامة والشركات والجمعيات والمؤسسات صفة الوحدات المستقلة التي تمارس حياة قانونية مستقلة.

ولإيضاح هذه الفكرة نعطي المثال التالي: لو افترضنا أن مجموعة من الأشخاص اتفقوا على إنشاء جمعية لتحقيق أغراض معينة.. فماذا يعني عدم الاعتراف لها بالشخصية القانونية وماذا يعني الاعتراف لها بهذه الشخصية؟

في حالة عدم الاعتراف: لن يكون للجمعية المذكور أي وجود قانوني مستقل عن الأفراد المكونين له، فلن يستطيع اكتساب الحقوق أو التحمل بالالتزام بصفة مستقلة، وإذا قام أفراد المجتمع بتخصيص بعض الأموال لتحقيق الهدف الذي يسعون إليه فإن هذه الأموال تصبح مملوكة لهم جميعاً ملكية مشتركة، وإذا رغب هؤلاء في التصرف في هذه الأموال فلا بد من اتفاقهم جميعاً على ذلك، وإذا أنابوا عنهم غيرهم فإن آثار تصرف النائب تنصرف إليهم شخصياً.

أما لو اعترفنا للتجمع بالشخصية القانونية فإن معنى ذلك أن يكون للتجمع وجود مستقل عن الأفراد المكونين له وأن يمارس حياة قانونية خاصة به بحيث يستطيع اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات التي تنصب مباشرة في ذمته المالية المستقلة.. ويترتب على ذلك أن الأموال التي تخصص لتحقيق أغراض التجمع تسند ملكيتها إليه مباشرة ولا علاقة لأفراده بها، كما يسأل التجمع عن ديونه دون أية مسئولية من جانب الأفراد – إلا إذا كانوا قد تعهدوا صراحة بضمان ديون الشخص المعنوي – كما أن التصرفات التي تبرم بمناسبة نشاط الشخص المعنوي تجري باسمه دون حاجة إلى موافقة الأعضاء.

ومعنى كل ما سبق أن يكون للشخص المعنوي اسم وموطن وذمة مالية وصلاحيات لممارسة الحياة القانونية كما سبق أن أشرنا، كما يكون له أن يقاضى ويقاضى باسمه الخاص.

غير أن التسليم بالشخصية الاعتبارية قد أثار كثيراً من الجدل حول تحديد طبيعتها القانونية، ذلك أن في مفهوم الفقه أن الشخصية القانونية من لوازم الشخصية الإنسانية، فكيف يمكن إسباغها على غيرها؟

النظريات التي قيلت حول طبيعة الشخصية الاعتبارية:

أولاً: نظرية الحيلة أو الافتراض.

تذهب هذه النظرية إلى أن فكرة الشخص المعنوي ما هي إلا حيلة توصل إليها الفن القانوني لتمكين مجموعة من الأشخاص أو الأموال من ممارسة حياة قانونية مستقلة، فهي وسيلة صناعية من خلق القانون ولا تمثل بحال أية حقيقة واقعية، والحقيقة الواقعية الوحيدة هي حقيقة شخصيات الأفراد المشتركين في تكوين الشخص المعنوي أو المنشآت وليس معنى ذلك أن هذه النظرية تنكر أو تعادي فكرة الشخصية الاعتبارية ولكنها تنتهي فقط إلى أن هذه الشخصية بوصفها خلقاً صناعياً لا يمكن أن توجد إلا إذا أقرها المشرع وفي الحدود التي يرسمها لها، وبالتالي فالأصل أن تجمع الأشخاص أو الأموال لا يتمتع بأية صلاحيات قانونية والاستثناء أنه يتمتع بهذه الصلاحيات بناء على نصوص قانونية صريحة.

وقد اعتنق هذه النظرية أغلب الفقه في مطلع القرن التاسع عشر ولكن تطور الحياة الاقتصادية والصناعة والاجتماعية وما عاصره من تطور النظام الرأسمالي قد أدّى إلى تكاثر

الأشخاص الاعتبارية كالشركات الضخمة والجمعيات والنقابات.. وقد اتخذت هذه الأشخاص أهمية بالغة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي مما أدى إلى انتقاد نظرية الافتراض خاصة وأنها تؤدي إلى الحد من صلاحيات الشخص المعنوي وتجعل من هذه الصلاحيات استثناء لا يتقرر إلا بتدخل المشرع.

وبدء من هذا النقد ظهرت نظرية تقول أن الشخصية الاعتبارية حقيقة لا افتراض.

ثانياً: نظرية الحقيقة.

وتذهب هذه النظرية إلى أن الشخصية الاعتبارية ليست افتراضاً خلقه المشرع بل هي حقيقة واقعية لها وجود مستقل عن شخصيات الأعضاء المكونين لها.. فالمشرع لا يخلق الشخص الاعتباري بل يقتصر دوره على إقرار وجوده كما يفعل بالنسبة للأشخاص الطبيعيين.

وقد عيب على هذه النظرية أنها تجاوز الحدود المقبولة في تقدير الشخصية الاعتبارية.. وتقيد حرية المشرع في مواجهتها بحيث يقتصر دوره على الاعتراف بها، بل إن النظرية تذهب إلى أن هذه الشخصية توجد بغض النظر عن اعتراف القانون.. ولا شك أن المصلحة العامة لا تقر هذا المنطق، إذ يلزم أن يكون للمشرع دور أساسي في إنشاء الشخص الاعتباري وفي تنظيم نشاطه، والنقاش قد يثور حول مدى سيطرة المشرع على هذا التنظيم وليس حول قدرته على الاعتراف أو عدم الاعتراف بوجود الشخصية الاعتبارية.

ثالثاً: نظرية الملكية المشتركة.

تنكر هذه النظرية وجود شخص معنوي مستقل عن الأشخاص الطبيعيين، وتعتبر أن الشخصية المعنوية احتيال ليس هناك ما يدعو إليه وتدعو هذه النظرية إلى استبدال فكرة الشخص المعنوي بفكرة الملكية المشتركة فحين يقال شخص معنوي يقصد بذلك أن هناك مجموعة من الأموال التي لا تخضع لنظام الملكية الفردية، أي أن هناك مجموعة أشخاص طبيعيين يملكون الأموال المخصصة لتحقيق الهدف المشترك ملكية شائعة.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد في عدة نواح، منها أنها تصورت أن الشخص المعنوي يمثل تجمعاً من الأموال وأن المشكلة الرئيسية هي في تكييف إسناد هذه الأموال للأشخاص الطبيعيين المشتركين في التجمع، ولا شك أن هذا التصوير تصوير خاطئ من زاويتين: الأولى: أن الشخص المعنوي لا يستند إلى تجمع من الأموال بل يقتصر على تحقيق أهداف خيرية أو ثقافية دون الاستعانة بالمال (الجمعيات الخيرية والثقافية والدينية)، والثانية: أنه حتى في الحالات التي يمثل فيها الشخص معنوي جمعاً من الأموال فإن نظام الملكية المشتركة أو الشائعة لا يستقيم مع مقتضيات تسيير الشخص المعنوي وإدارة نشاطه؟ ذلك أن الشائع لا بد لإدارته من إجماع الشركاء، كما أن لكل شريك أن يطلب في أية لحظة، وهاتان النتيجتان لا تتفقان ومقتضيات تنظيم وتسيير الشخص المعنوي كما تدعو إليه الضرورات الاقتصادية والاجتماعية.

رابعاً: تعقيب: الشخصية الاعتبارية مجرد وسيلة فنية.

يبدو أن بعض النظريات السابقة قد بدأت أفكارها من نقطة معينة وهي أن الشخصية القانونية حكر على الإنسان الطبيعي، وبالتالي اعتبروا أن مدها إلى نطاقات أخرى يعتبر خروجاً على الوضع الطبيعي ويحتاج نتيجة لذلك إلى تبريرات قوية.

والأقرب للصواب في رأينا هو أن فكرة الشخصية القانونية هي في حد ذاتها وسيلة قانونية وفنية للتعبير عن وضع قانوني معين، وهي بالنسبة للإنسان تعبير عن مظاهر ونتائج انخراطه في جماعة منظمة من الناحية القانونية، فحين يقال أن القانون قد وجد لتنظيم الحياة في الجماعة البشرية، فإن هذا القول يؤدي إلى حتمية الاعتراف لأفراد الجماعة بالصلاحيات لممارسة الحياة القانونية (اكتساب الحق والتحمل بالالتزام والقدرة على التصرف القانوني)، ولقد سبق أن أشرنا إلى أن بعض الشعوب كانت تحرم بعض أفرادها من الشخصية القانونية (نظامي الرقيق والموت المدني في القانون الروماني) مما يؤكد أن الحتمية المشار إليها ليست حتمية تملئها الطبيعة، بل هي حتمية يتحدد مداها على ضوء الموقف الفلسفي والتشريعي تجاه أهمية الإنسان ومدى احترام شخصيته في مواجهة التنظيم القانوني.

فإذا سلمنا بأن الشخصية القانونية عموماً ما هي إلا مجرد وسيلة فنية للتعبير عن صلاحية قانونية معينة أمكن القول أن مبدأ مدها إلى غير الإنسان لا يثير عقبات ذات شأن، وأن المسألة تعود

إلى التطور وإلى التصرف، وبالتالي فلا يجوز لأيهما أن ينفرد بالتصرف. ويسري هذا الحكم على كل تصرف يتم إبرامه بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية. فإذا انفرد المساعد بالتصرف كان تصرفه غير نافذ في حق من تقرر له المساعدة، وإذا انفرد ذو العاهة المزدوجة بالتصرف كان تصرفه قابلاً للإبطال لمصلحته (وليس من سلطة المريض أن يجيز التصرف طالما كان خاضعاً للمساعدة القضائية، ويجوز للمساعد أن يجيز التصرف لأنه لو كان قد اشترك في إبرامه لأصبح صحيحاً نافذاً).

ويترتب على وجوب اشتراكهما معاً في التصرف إمكان، وقوع خلاف بينهما حول إبرام تصرف ما، وفي هذه الحالة يجب الالتجاء إلى المحكمة لتجيز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف أو لتعين للمريض مساعداً آخر يساعده في ذلك.

العجز الجسماني الشديد:

عالج المشرع المصري ذلك في المادة (70) من قانون الولاية على المال حالة العجز الجسماني الشديد كمبرر لفرض نظام المساعدة القضائية إذا كان يخشى معها انفراد الشخص بالتصرف في ماله.. وقد قصد المشرع إلى التوسع في نظام المساعدة لتغطية حالات قد لا تصل إلى حد اجتماع عاهتين، كأن يصاب الشخص بشلل بعجزه عن النطق أو عن الحركة فيلزم مساعدته في التصرف القانوني¹⁰⁵.

ويقدر القاضي في كل حالة مدى العجز الجسماني وهل وصل من الجسامة حداً يبرر تعيين مساعد قضائي أو لا.. وتسري على حدود المساعدة وأحكامها ذات القواعد التي سبق ذكرها بمناسبة العاهة المزدوجة.

الفرع الثاني: الذمة المالية.

سبق أن أشرنا إلى أن الفرد يكتسب الشخصية القانونية منذ ولادته، وأن معنى ذلك قابليته لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام، وأن من الحقوق والالتزامات طائفة يمكن تقويمها اقتصادياً وتسمى بالحقوق والالتزامات المالية كالحقوق العينية والحقوق الشخصية والجوانب المالية في الحقوق الذهنية.

ويتكون من مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والالتزامات مالية ما يسمى بالذمة المالية.. وتتميز هذه الذمة بخصائص ثلاث:

1- أن الذمة المالية تعبير عن مجموع من العناصر ذات القيمة الاقتصادية، وبالتالي فهي لا تنصرف إلى ما قد يكون للشخص من حقوق سياسية أو حقوق عامة أو حقوق أسرية أو الجوانب

الأدبية للحقوق الذهنية، بل ولا تنصرف الذمة المالية إلى ما قد ينشأ عن بعض الحقوق من آثار مالية (حقوق الأسرة).

2- أن الذمة تعبير عن مجموع الحالة المالية للشخص بجانبها الإيجابي الحقوق والسلبي الالتزامات، وأن صلة لا تقبل الانفصال تربط بين هذين الجانبين: فمجموع الحقوق يعتبر ضماناً للوفاء بمجموع الالتزامات سواء حال الحياة أم بعد الوفاة.. فحال حياة الشخص تعتبر أمواله جميعها ضامنة للوفاء بديونه ¹⁰⁶.

أما بعد الوفاة فلا تركه إلا بعد سداد الديون، وقد عبرت عن هذا المعنى المادة (1109) مدني بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي.

3- أن الذمة المالية لا تختلط بالمفردات المكونة لها فهي أشبه بالوعاء أو الإطار الذي تنصب فيه هذه المفردات دون أن يتأثر في وجوده بحالة هذه المفردات.. فقد لا يكون للشخص حقوق وقد لا تكون عليه التزامات وقد تزيد حقوقه عن التزاماته أو العكس ومع ذلك لا يتأثر وجود ذمته المالية، فالذمة المالية هي – على حد تعبير البعض – فكرة تتجرد عن محتوياتها.. ويترتب على هذا المعنى الأخير نتيجة هامة بالنسبة للضمان العام الذي يتقرر للدائنين على أموال مدينهم وهي حرية الجمعيات والمؤسسات الخاصة، وفيما عدا ذلك يلزم صدور ترخيص خاص.

انقضاء الشخصية الاعتبارية:

قد ينقضي الشخص الاعتباري انقضاء اختياريًا وقد ينقضي انقضاء إجباريًا، وقد ينقضي انقضاء طبيعياً.

ويتم الانقضاء الاختياري بناء على اتفاق جميع الأعضاء المشتركين في تكوين الشخص الاعتباري أو أغلبيتهم (حسب ما يحدده القانون أو النظام الشرعي) على إنهاء وجوده.

أما الانقضاء الإجباري فيتم بإجراء من جانب سلطات الدولة التشريعية أو التنفيذية أو الإدارية أو القضائية.

وأخيراً قد يكون الانقضاء طبيعياً وذلك بانتهاء الأجل المحدد للشخص الاعتباري أو باستنفاد أو استحالة الغرض الذي أنشئ الشخص من أجله، أو بموت الأفراد المكونين له (بالنسبة لتجمع الأشخاص) أو المنتفعين بخدماته (بالنسبة لتجمع الأموال).

الفصل الثالث

محل الحق

قلنا أن الحق يرد على قيمة معينة وأن هذه القيمة قد تكون عملاً أو امتناعاً عن عمل كما هو الحال في الحق الشخصي، وقد يكون محل الحق شيئاً معيناً كما هو الحال في الحق العيني والشيء قد يكون مادياً كالعقارات والمنقولات وقد يكون معنوياً¹⁰⁷ كأفكار المؤلف أو إنتاج الفنان.

المبحث الأول: الأعمال

وقد سبق أن تعرضنا لمحل الحق الشخصي، وهو الأعمال بمناسبة عرضنا لأنواع الحقوق الشخصية، ونحيل القارئ لذلك منعاً للتكرار.

المبحث الثاني: الأشياء

سنقتصر هنا على التعرض للأشياء بوصفها محلاً للحقوق العينية وذلك من ناحيتين: الأولى لبيان الشروط الواجب توافرها في الشيء لكي يصلح محلاً للحق، والثانية لبيان تقسيمات الأشياء.

أولاً: الشروط الواجب توافرها في الشيء لكي يكون محلاً للحق العيني.

جاء في المادة (54) من القانون المدني أن كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، ومعنى هذا النص أن الأشياء الخارجة عن

التعامل لا تصبح محلاً للحقوق العينية، وخروج الشيء عن التعامل قد يكون بحكم طبيعته وقد يكون بمقتضى القانون.

والأشياء الخارجة عن التعامل بحكم طبيعتها هي تلك التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بها فالحق يفترض الاستثناء والتسلط فإذا تعذر ذلك بسبب طبيعة الشيء امتنع ورود الحق عليه.

ومن قبيل الأشياء التي تحول طبيعتها دون التعامل فيها الشمس والهواء ومياه البحار.. فكلها أشياء تتعذر على الحيازة الفردية. أنه إذا استطاع الشخص الاستحواذ على قدر محدد من الأشياء المشار إليها (الهواء المضغوط) أمكن أن يكون هذا القدر محلاً للحق.

أما الأشياء الخارجة على التعامل بمقتضى القانون فهي أشياء لا تستعصي بحكم طبيعتها على الحيازة الفردية وبالتالي تقبل التعامل فيها وتداولها ولكن القانون يمنع التعامل فيها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة... كالمخدرات والأشياء المملوكة للدولة والمخصصة للمنفعة العامة¹⁰⁸.

ثانياً: تقسيمات الأشياء.

تنقسم الأشياء إلى مادية وغير مادية، والأولى هي تلك التي يمكن إدراكها بالحس كالعقارات والمنقولات، وأما الثانية فهي لا تدرك إلا بالفكر كالقيم الذهنية. وتبدو أهمية هذه التفرقة في أن الشيء المادي دون الشيء المعنوي هو الذي يصلح للحيازة ولاكتساب الملكية بمضي المدة، كما أن من الفقه من يري - كما سبق - أن أشرنا أن الشيء المعنوي لا يصلح محلاً للحق العيني.

1- تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول:

وضعت المادة (58) مدني معياراً للتفرقة بين العقار والمنقول فذكرت أن العقار هو كل شيء ثابت في حيزه بحيث لا يمكن نقله بغير تلف، وأن كل ما عدا ذلك فهو منقول. ويميز هذا النص بين ما يعتبر عقاراً بطبيعته وما يعتبر منقولاً بطبيعته، ومعيار التمييز بينهما هو مدى إمكان نقل الشيء من مكانه بغير تلف. فالعقار بطبيعته هو كل شيء يتصل بحيزه اتصال قرار بحيث لا يمكن نقله بغير تلف كالأراضي والمباني والأشجار والمناجم والمحاجر.. ولا يشترط لتوافر وصف

العقار أن يكون اتصال الشيء بحيزه وثباته فيه أمراً مستمراً. فمباني المعارض تعتبر عقارات بطبيعتها رغم أن مصيرها إلى الإزالة بعد انتهاء المعرض، ولذات السبب تعتبر عقارات النباتات الموجودة بالمشاتل طالما كانت جذورها متصلة بالأرض، وعلى العكس لا يعتبر عقار المنشآت المخصصة للسكن المؤقت والتي يمكن نقلها وفصلها عن الأرض بغير تلف كمقطورات السكن التي تجر خلف السيارات والخيام السياحية وخيام البدو والكشافة.

أما المنقول بطبيعته فهو كل ما يمكن نقله بغير تلف. وهو كل ما عدا العقار وفق التحديد السابق، كالسيارات والسفن والطائرات والأدوات المنزلية والغلال.

غير أن المنقول بطبيعته قد يخضع لأحكام العقار إذا توافرت فيه شروط عقاراً بالتخصيص (م 59) مدني، كما أن العقار قد يخضع لأحكام المنقول إذا كان مصيره إلى ذلك وتم التعامل فيه على أساس هذا المصير، ويوصف العقار منظوراً إليه من هذه الزاوية الأخيرة بأنه منقول بحسب المال.

وسنعرض فيما يلي لكل من هذين النوعين:

أولاً: العقار بالتخصيص.

نصت المادة (59) مدني على أن يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله. واعتبار المنقول عقار بالتخصيص على هذا النحو يؤدي إلى الربط بينه وبين العقار بطبيعته، بحيث يعتبر من ملحقاته ويأخذ حكمه ومصيره من حيث انتقال الملكية، الحجز عليها الخضوع لوعاء الرهن العقاري، دخولها في نصيب الموصى له بالعقار، دخولها في نصيب متقاسم المال الشائع الذي يقع العقار في حصته بعد القسمة... ويشترط لاعتبار المنقول عقار بالتخصيص شروط ثلاثة:

1- اتحاد المالك: يجب أن يكون مالك العقار هو مالك المنقول فإن وضع غير المالك كالمستأجر أو المحتكر أو الدائن المرتهن رهن حيازة أو المنتفع. ذلك أن التخصيص في منقولات لاستغلال العقار لما توافر وصف العقار بالتخصيص. هذه الحالة لخدمة المستأجر أو المحتكر.. لا لخدمة العقار.

2- أن يتم التخصيص من جانب المالك: أن يتم التخصيص من جانب المالك نفسه، بمعنى أن يقوم مالك المنقول بوضعه في عقار بقصد خدمة هذا العقار. أما إذا قام غير المالك كالمستأجر باستعارة منقول مملوك لمالك الأرض (المؤجر) وخصصه لخدمة العقار فلن يتوافر التخصيص رغم أن كلا من العقار والمنقول مملوك لشخص واحد.

وإذا توافرت شرط تمام التخصيص من جانب المالك يستوي أن يقوم هذا الأخير بالتخصيص بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه كالولي أو الوصي أو الوكيل.

3- أن يرصد المنقول فعلاً لخدمة العقار أو استغلاله، فإذا كان المنقول قد وضع لخدمة شخص المالك فلن يتوافر وصف العقار بالتخصيص. وبالتالي يعتبر عقار بالتخصيص الماشية والآلات التي تستخدم في الزراعة والآلات التي توضع في المصنع والأثاث الذي يوضع لاستغلال الفنادق والمسارح ودور السينما. فكل هذه المنقولات رصدت بقصد منفعة العقار واستغلاله. وعلى العكس لا يعتبر عقاراً بالتخصيص لخدمة المالك المسكن أو السيارة المخصصة لتنقلاته.

ثانياً: المنقول بحسب المال.

يعتبر البناء القائم أو المزروعات المتصلة بالأرض عقارات بطبيعتها. غير أن إرادة الأفراد تتجه إلى بيع البناء إنقاضاً أي بحسب مآله بعد الهدم. كما أن مصير ثمار وحاصلات المزروعات هو الانفصال عن أصلها وقد يتصرف فيها مالکها على أساس هذا المصير المحتوم وفي كلتا الحالتين يقال أن التعامل قد ورد منقول بحسب المآل. وفي هذه الحالة يخضع التعامل في المال لقواعد المنقول. وتطبيقاً لهذا المعنى قضت المادة (1437) مدني بأن امتياز مؤجر الأراضي الزراعية على المحصول لاستيفاء الأجرة المستحقة له يعتبر امتيازاً على منقول.

أهمية التفرقة بين العقار والمنقول.

1- يختلف نظام إنشاء الحقوق العينية ونقلها وإنقضائها في العقار عنه في المنقول. ففي العقار لا بد من اتباع إجراءات الشهر حتى يرتب التصرف الوارد على العقار أثره في الحقوق العينية الأصلية وحتى يمكن الاحتجاج به على الغير في الحقوق العينية التبعية. أما في المنقول فالقاعدة أن الحيازة سند الحائز.

2- أن من الحقوق العينية ما لا ينشأ إلا على عقار كحقوق الارتفاق والحكر والرهن الرسمي وحق الاختصاص.

3- الأعمال المتعلقة بالعقارات لا تعتبر – حتى ولو اتخذت صورة المضاربات – أعمالاً تجارية، ولا تخضع بالتالي لأحكام القانون التجاري.

4- من حيث تحديد جهة القضاء المختصة جغرافياً بنظر النزاع نجد أن المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية الواردة على العقار تدخل في اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها موقع العقار أما بالنسبة للدعوى المتعلقة بالمنقول، فالاختصاص في شأنها لمحكمة موطن المدعي عليه.

كما يلاحظ أن إجراءات التنفيذ على العقار تختلف عن إجراءات التنفيذ على المنقول.

2- الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك.

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها ومعنى هذا أن استعمال الأشياء القابلة للاستهلاك لا يتصور إلا باستهلاكها، فهي لا تحتل ورود استعمال متكرر .. أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي لا يؤدي استعمالها إلى استهلاكها كالأرض والمباني والسيارات.. ولكن ذلك لا ينفي قابليتها للاستهلاك بالاستعمال المتكرر.

والاستهلاك قد يكون مادياً بالقضاء على مادة الشيء كاستعمال الطعام، وقد يكون قانونياً بخروج الشيء من ذمه صاحبه كاستعمال النقود.

وتتحدد قابلية الشيء للاستهلاك بحسب طبيعته، غير أن إرادة الأفراد تغير من هذا الوضع، وذلك حين يخصص الشيء لاستعمال غير الاستعمال المخصص له بحسب طبيعته، كأن تعار النقود أو الأطعمة لوضعها في معرض.

ففي هذه الحالة الأخيرة يترتب على الإنفاق ما يؤدي إلى استهلاكه. وعلى العكس قد يعتبر الشيء غير القابل للاستهلاك قابلاً للاستهلاك القانوني إذا خصص للبيع في المتاجر. وقد أوردت هذا الحكم المادة (57) مدني حيث ذكرت فيعتبر قابلاً للإستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع .

وتبدو أهمية التفرقة السابقة في أن الأشياء القابلة للاستهلاك لا يمكن أن تكون محلاً للحقوق العينية التي تخول الاستعمال أو الاستغلال دون التصرف كحق الانتفاع وحق الاستعمال وبالتالي لا يمكن أن تكون هذه الأشياء لذات السبب السابق محلاً لعقدي الإيجار والعارية.

3- الأشياء المثلية والأشياء القيمة.

عرفت المادة (56) مدني الأشياء المثلية بأنها تلك التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن، فالأشياء المثلية تتشابه فيما بينها بحيث تقوم فيما بينها علاقة تكافؤ استبدال بعضها البعض في إبراء ذمة المدين ويمتنع على الدائن أن يرفض ومن قبيل المثليات الغلال والفواكه واللحوم.

أما الأشياء القيمة فهي تلك التي لا تماثل فيها بل يلحق بكل منها وصف يميزها عن غيرها، لهذا اسمها البعض بالأشياء المتعينة أو الأشياء المعينة بالذات.. ومثالها الحيوانات والعقارات. ويترتب على هذا التعريف للأشياء القيمة نتيجة عكسية لتلك التي تترتب على تعريف المثليات هي أن الأشياء القيمة لا يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء. وبالتالي فالملتزم بشيء معين بالذات يجب عليه الوفاء بذات الشيء وإلا ظلت ذمته مدينة.

ويرتب القانون على التفرقة السابقة بعض النتائج نخص منها ما يلي:

1- أن المثليات لا تهلك، وتؤدي هذه الحقيقة إلى أنه إذا كان محل التزام المدين شيئاً مثلياً (قمح مثلاً) ثم هلك هذا الشيء كان ملتزماً بتقديم القدر المتفق عليه، كيلاً أو وزناً أو عدداً أو مقاساً، لأن للشيء المثلي نظير في السوق يمكن الحصول عليه. أما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ثم هلك هذا الشيء فإن التزام المدين ينقضي لاستحالة محل الالتزام، فالمتعينات لا تتماثل.

2- إن المقاصة القانونية لا تقع إلا بين نقود وأشياء متحدة في النوع والجودة (مثليات) وبالتالي فلا مقاصة قانونية بين المتعينات.. أما المقاصة الاتفاقية فمن الممكن إجراؤها بين أشياء غير مثلية وذلك على أساس أن إرادة الأطراف تستطيع في هذه الحالة، تقدير التكافؤ في القيمة المالية بين الشيئين القيمين.

3- إن الملكية في الأشياء المثلية لا تنتقل بمجرد الاتفاق بل لا بد فيها من الإفراز أو التسليم، أما في الأشياء القيمة فإن الملكية تنتقل بمجرد الاتفاق.

الفصل الرابع

حماية الحق

أشرنا من قبل إلى أن للحق عناصر ثلاثة، هي شخص الحق ومحل الحق والحماية القانونية التي يسبغها القانون على الحق.. وتهيئ الحماية القانونية لصاحب الحق الجو المناسب لكي يستعمله ويستغله ويتصرف فيه في الحدود التي يرسمها القانون، كما تسمح له بدرء العدوان عن حقه من جانب الغير.

وأول ما يذكر من خصائص الحماية القانونية أن النظام القانوني يمنع الفرد من اقتضاء حقه بوسائله الخاصة، بل يجبره على الالتجاء إلى سلطات الدولة، وقد قلنا أن أهم طريق في هذا الشأن هو طريق الدعوى القضائية.

ومن ناحية أخرى فإن أول شرط للنجاح في التمتع بالحماية القانونية هو بالبداية أن يكون للمدعي حق بالمعنى القانوني، وهو ما يقتضي أن يتحقق القاضي من وجود الحق المدعى بالاعتداء عليه أو النزاع فيه.. لذلك كان على من يدعى أن آخر قد اعتدى على حقه، أو أنكره عليه، أن يثبت أولاً أنه هو صاحب الحق.

وأخيراً فإن القانون يضع للحق حدوداً تنحصر في إطارها الحماية القانونية، فإذا تجاوزها الشخص انحسرت عنه حماية القانون، بل وقد يتعرض للمساءلة الجزائية.

وسنعرض فيما يلي لأهم مشاكل الحماية القانونية وهي، الدعوى القضائية، إثبات الحق وحدود الحماية القانونية.

المبحث الأول: الدعوى القضائية

تعتبر الدعوى القضائية أهم وسائل الحماية القانونية للحق، لذلك لم يكن غريباً أن يذهب بعض الفقه إلى حد المبالغة بالقول بأن الحق والدعوى معنيان لا ينفصلان، وأن كلمة الدعوى مرادفة لكلمة الحق وبالتالي فمن العبث البحث عن تفرقة بينهما، والدليل على ذلك أن الحق بغير دعوى يبقى مكنة ناقصة . والفارق الوحيد بينهما في رأي هذا الفقه هو الفرق بين حالة السكون وحالة الحركة. فالحق تعبير عن سلطة الشخص (الحق) وهو في حالة الهدوء بعيداً عن كل نزاع، أما الدعوى فهي الحق في حالة الحركة حال النزاع فيه، أو على حد تعبير البعض الدعوى هي الحق في حالة الحرب.¹⁰⁹

ودون الدخول في تفاصيل المناقشة حول علاقة الحق بالدعوى نقول أنه لا شك في استقلال كل منهما عن الآخر، فالدعوى ما هي إلا إحدى وسائل حماية الحق الفردي، أهمها بغير شك ولكن ذلك لا يعني الخلط بينهما، بحيث يقال إن الحق والدعوى شيء واحد. فهناك دعاوى يخولها القانون للفرد للدفاع عن مركز قانوني لا يستجمع خصائص الحق بالمعنى الكامل كما أن النيابة العامة مثلاً حين ترفع الدعوى الجنائية لا تدافع عن حق شخص، بل تدافع عن المصالح العامة نيابة عن المجتمع. وأخيراً فإن الدعوى يحكمها القانون السائد وقت رفع الدعوى في حين يخضع الحق للتشريع السائد وقت ميلاده.

لذلك ينتهي رأي نرجحه في الفقه الحديث إلى أن الدعوى سلطة شرعية بمقتضاها يستطيع الأفراد والهيئات والسلطات العامة الالتجاء إلى القضاء للمطالبة باحترام القواعد القانونية وهي بهذا المعنى تعتبر ذات طبيعة واحدة لا تختلف باختلاف الحق أو المركز القانوني الذي تحميه، غاية الأمر أنها قد تتأثر ببعض خصائص هذا الحق أو ذلك المركز القانوني فيقال مثلاً أن الدعوى شخصية حين تحمي حقاً شخصياً وأنها عينية حين تحمي حقاً عينياً.

كما أن مدى سيطرت الأفراد على سير الخصومة وإمكان تركها أثناء مسيرتها يتوقف إلى حد كبير على استنادها إلى حق فردي خالص أم إلى مركز قانوني تسوده فكرة الصالح العام.

وسنقتصر في هذا المقام على عرض موجز للقواعد الخاصة بقبول الدعوى أمام القضاء والمبادئ التي تحكم سيرها، وكيفية رفعها.

أولاً: شروط قبول الدعوى.

يقصد بشروط قبول الدعوى الشروط اللازم توافرها لكي تقبل المحكمة مبدأ الفصل في النزاع. فإذا لم تتوافر هذه الشروط رفض القاضي سماع الدعوى قبل البحث في إدعاء الخصم من الناحية الموضوعية، وإذا توافرت انتقل القاضي إلى بحث الموضوع لتمحيص إدعاء الطرفين.

وتتمثل هذه الشروط في شرطين هما المصلحة وشرط الأهلية:

1- شرط المصلحة.

ويقصد بها المنفعة المادية أو الأدبية التي تعود على المدعي من الحكم لصالحه، وتقاس هذه المنفعة على أساس افتراض صحة الإدعاء، فالقاضي يضع السؤال التالي: لو افترضنا صحة ادعاءات رافع الدعوى، فما هي الفائدة التي سيجنيها لو أجيب إلى طلباته، فإذا كان الجواب إيجابياً قبلت الدعوى وإذا كان الرد سلبياً رفضت.. والغالب أن يكون لرافع الدعوى مصلحة محققة في الحكم من غير المتصور عملاً – بالنسبة للإنسان العاقل – أن يرفع دعوى لا تعود عليه بنفع ما. ومع ذلك فالفرض العكسي ليس بالمستحيل، فقد يرفع شخص دعوى ببطلان وصية تحرمه من الميراث رغم تسليمه بصحة وصية سابقة تنتهي به إلى ذات الموقف.

ويتطلب الفقه والقانون في المصلحة عدة شروط إضافية هي أن تكون قانونية، وأن تكون قائمة وحالة، وأن تكون شخصية ومباشرة.

المصلحة القانونية:

يقصد بها أن تستند طلبات المدعي إلى حق أو مركز قانوني، فالمصلحة الاقتصادية المجردة عن الحق أو المركز القانوني لا تبرر قبول الدعوى، فلا تقبل مثلاً دعوى التعويض المرفوعة من أحد التجار على قاتل أحد عملائه بحجة أن القتل قد أدى إلى حرمانه من كسب مادي.

المصلحة القائمة والحالة:

ومعنى هذا الشرط عدم قبول الدعوى إذا كانت المنفعة المنتظرة مستقبلية أو محتملة، وقد صاغت هذا المبدأ المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية (قانون رقم 24 لسنة 1988) لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون. ولكن المادة الثالثة أضافت استثناء بمقتضاه يمكن قبول الدعوى استناداً إلى مصلحة محتملة في حالتين:

الأولى: إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق، كمن برفع دعوى لوقف بناء حائط شرع جاره في إقامته إذا كان من شأن تمام البناء أن يؤدي إلى منع حقه في التهوية والارتدادات.

والثانية: إذا كان الغرض من الطلب الاستيثاق لحق زال دليله عند النزاع فيه.

ومن قبيل ذلك رفع دعوى لسماع شهادة شاهد يخشى فوات فرصة الاستشهاد به كما لو كان مريضاً على وشك الموت أو مسافراً لهجرة نهائية.

المصلحة الشخصية والمباشرة:

ويقصد بذلك أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المتنازع فيه أو نائبه ويعبر عن هذا المعنى بشرط الصفة، وبمقتضاه لا يقبل من الشخص أن يطالب بحقوق غيره دون وكالة أو تمثيل قانوني، وإلا فلن تقبل دعواه على أساس رفعها من غير ذي صفة.

وهي صلاحية الشخص لمباشرة الدعوى القضائية، ويرى بعض الفقه - بحق - أن الأهلية شرط لصحة إجراءات الدعوى وليس شرطاً لقبولها، فالدعوى المرفوعة من شخص غير أهل لمباشرتها هي دعوى مقبولة ولكن إجراءاتها باطلة.

ثانياً: المبادئ التي تحكم سير الدعوى والحكم فيها ¹¹⁰.

يخضع سير الدعوى والحكم فيها لعدة مبادئ تستهدف جميعها كفالة الثقة في الجهاز القضائي وضمان أداء العدالة على أكمل وجه... وأهم هذه المبادئ هو مبدأ تواجيه القضاء.. مبدأ العلنية، مبدأ تسبب الأحكام، مبدأ حياد القاضي:

[1] مبدأ تواجيه القضاء:

ويعني ضرورة حضور الخصوم في الدعوى ومواجهة بعضهم وتفنيد لأقوال خصمه، ويؤكد هذا المبدأ حق الدفاع المقرر للأفراد، كما يوفر للقاضي معرفة أوسع وأدق بكافة جوانب النزاع، وقد نصت المادة (68) أصول محاكمات مدنية تأكيداً لهذا المبدأ على أنه لا يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه أو أن يقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً .

[2] مبدأ علنية القضاء:

ويعني وجوب أن تكون الجلسات علنية أي يسمح بحضورها للجمهور وتهدف هذه العلانية إلى تحقيق ثقة الجمهور في نزاهة القضاء وحسن أدائهم لعملهم، لذلك لا يسمح القانون بالجلسات السرية إلا استثناء وفي حدود يقتضيها النظام العام والآداب العامة.

[3] مبدأ تسبب الأحكام:

يوجب القانون أن تكون أحكام القضاء مسببة، أي أن يستند منطوقها إلى أسباب يؤدي إليه، ويكفل هذا المبدأ رقابة الجهات القضائية العليا على أحكام الجهات الأقل درجة عند الطعن في هذه الأحكام، كما يؤدي التسبب إلى تأكيد الثقة في حكم القاضي فهو علنية لضمير القاضي في اقتناعه وفي قضائه، وليس أبلغ من ذلك في تهيئة وسائل التعرف والاطمئنان إلى نزاهة القضاء.

[4] حياد القاضي:

ومفاد هذا المبدأ أن يقف القاضي حكماً نزيهاً بين الخصوم بحيث يكفل لكل منهم حقه في الدفاع وفي تنفيذ ادعاءات خصمه، ويترتب على هذا المبدأ عدة نتائج منها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم في النزاع استناداً إلى مساوماته الشخصية بل يجب عليه أن يقتصر على ما يقدمه الخصوم من أدلة يقرها القانون، كما يؤدي إلى عدم جواز أن يكون قضائه بعلمه الشخص، كما لا يجوز أن تكون له في موضوع النزاع أية مصلحة أدبية أو مادية، ويبين قانون أصول المحاكمات المدنية حالات لا يصلح فيها القاضي للنظر في النزاع، كما يجيز للخصوم في حالات أخرى رد القاضي عن الحكم في الدعوى، وأخيراً يجيز القانون للقاضي أن يتنحى عن النظر في النزاع بمحض اختياره إذا وجد في الدعوى ما قد يؤثر في نزاهته.

ثالثاً: كيفية رفع الدعوى.

للمطالبة القضائية وسيلتان الأولى هي وسيلة الدعوى العادية والثانية هي وسيلة أمر الأداء (التنفيذ)، وتستخدم الأولى في كافة المطالبات التي لا يكون محلها مبلغاً نقدياً ثابتاً بالكتابة، وتستخدم الثانية وجوباً إذا كان محل المطالبة مبلغاً نقدياً ثابتاً بالكتابة وتوافرت شروط أخرى حددها القانون.

وتختلف الإجراءات في كل من الوسيلتين عنها في الأخرى.

1- إجراءات الدعوى العادية:

تبدأ هذه الإجراءات بقيام المدعي بتحرير ما يسمى بلائحة الدعوى من أصل وعدد من الصور بقدر عدد المدعي عليهم وصورة لقلم كتاب المحكمة، وتشتمل صحيفة الدعوى على عدة بيانات أهمها اسم المدعي ولقبه واسم المدعي عليه وتاريخ تقديم اللائحة والمحكمة المرفوع إليها وموضوع الدعوى وبيان موطن المدعي بالبلدة التي بها مقر المحكمة، ويقوم المدعي بتقديم لائحة الدعوى وصورها إلى قلم الكتاب بالمحكمة المختصة مع أداء الرسم المقرر، ثم يقوم قلم الكتاب بقيد الدعوى في يوم تقديم لائحتها في السجل الخاص بذلك على أن يثبت في حضور المدعي أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى في أصل اللائحة وصورها، وعند هذا الحد ينتهي دور المدعي في إجراءات رفع الدعوى حيث يجب على قلم الكتاب بعد ذلك - وفي اليوم التالي على الأكثر - أن يقدم اللائحة وصورها إلى قلم المحضرين ليقوم بإعلانها إلى المدعي عليهم ثم رد الأصل إلى قلم الكتاب وقد أوجب القانون على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان اللائحة خلال أسبوع على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه، مع مراعاة أن يقع الإعلان - بالضرورة - قبل تاريخ الجلسة (إذا كان قد حدد لها موعداً خلال الثلاثين يوماً) ومع مراعاة احترام الحد الأدنى للحضور وهو 15 يوم أمام المحكمة الصلح والابتدائية والاستئناف و 24 ساعة أمام القضاء المستعجل¹¹¹.

وقد اعتد القانون (م 57/5) أصول محاكمات مدنية في تحديد تاريخ رفع الدعوى بتاريخ إيداع لائحتها قلم كتاب المحكمة، ومعنى ذلك أن الآثار التي يربتها القانون على رفع الدعوى تتحقق من هذا التاريخ: كقطع التقادم وسريان الفوائد، والتزام من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمار ولو كان حسن النية.

2- إجراءات التنفيذ:

لاحظ المشرع أن من الديون ما لا يستدعي الالتجاء إلى القضاء وفق الإجراءات العادية السالف بيانها على ما فيها من تعقيدات شكلية وضياح للوقت والجهد فأنشأ لها نظاماً أكثر تبسيطاً وهو قانون التنفيذ، وهذه الديون هي الديون النقدية معينة المقدار، المنقول المعين بذاته أو بنوعه أو مقداره، كذلك يتبع هذا النظام إذا كان صاحب الحق دائناً بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الاحتياطي لأحدهم (دون غيرهم) مادة (6) من قانون التنفيذ رقم 36 لسنة 2002) ويشترط ابتداء أن يكون الدين حال الأداء.

فإذا توافرت هذه الشروط السابقة وجب على الدائن أن يسلك أمر الأداء ويمتنع عليه أن يسلك طريق الدعوى بإجراءاتها العادية.

وقد رسم القانون طريق أمر الأداء على النحو التالي:

- يجب على الدائن ابتداءً أن يكلف المدين بالوفاء بميعاد سبعة أيام على الأقل ويكفي في التكليف بالوفاء أن يتم بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ويقوم بروتستو عدم الدفع مقام هذا التكليف.

- إذا امتنع المدين عن الوفاء بعد تكليفه على النحو السابق يتقدم الدائن للقاضي المختص (قاضي التنفيذ التابع له موطن المدين أو رئيس دائرة التنفيذ حسب الأحوال) بطلب على عريضة من نسختين متطابقتين، تشتمل على وقائع الطلب وأسانيده واسم المدين كاملاً ومحل إقامته وترفق بها المستندات المؤيدة لها وأهمها سند المديونية وما يثبت حصول التكليف بالوفاء، ويجب على الدائن فضلاً عن ذلك أن يعين لنفسه موطناً مختاراً في دائرة اختصاص المحكمة فإن كان مقيماً خارج هذه الدائرة تعين عليه أن يتخذ موطناً مختاراً في البلدة التي بها مقر المحكمة، كما يجب أن تشتمل العريضة بطبيعة الحال على المبلغ الواجب أدائه من أصل وفوائد أو ما يطلب أدائه من منقول.

- وإذا كان رأي القاضي إجابة الدائن إلى طلبه أصدر أمره بإجابة طلب الدائن.

- أما إذا رأى القاضي عدم إجابة الدائن إلى كل طلباته، وجب عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر وتعين عليه في هذه الحالة أن يحدد جلسة أمام المحكمة مع تكليف القلم بتبليغ المحكوم عليه.

وتعتبر العريضة والأمر الصادر عليها بالأداء كأن لم تكن إذا لم يتم متابعتها من قبل الدائن خلال ستة أشهر، حيث تترك حكماً كل معاملة تنفيذية إذا انقضى عليها ستة أشهر ولم يتقدم الدائن أو ورثته بطلب أي إجراء من إجراءات التنفيذ¹¹².

وقد نظمت المواد (17 وما بعدها) طريق الطعن بهذه الإجراءات.

المبحث الثاني: إثبات الحق

وضع المشكلة: مبدأ الإثبات على المدعي:

حين يرفع شخص دعوى إلى القاضي يطلب فيها بحماية حقه المعتدى عليه فإن أول ما يعنيه هذا الطلب هو ادعاؤه بأنه صاحب حق، والقاضي حين ينظر في الموضوع لا يستطيع أن يرجح كفة أحد المتنازعين لمجرد أنه مدع وأن غريمه مدعى عليه، بل لا بد أن يتحقق من مدى أحقية كل منهما فيما يبيديه من ادعاءات، ووسيلة القاضي إلى ذلك هي أن يقتضي من كل منهم أن يقيم الدليل على صدق مزاعمه.

فإذا ادعى عمرو بأنه دائن لزيد بمبلغ مائة دينار فإن أمام زيد عدة طرق للدفاع أبسطها أن ينكر وجود هذا الدين، وهو لا يحتاج إلى أكثر من ذلك طالماً أن عمرو لم يقدم إثباتاً كافياً على وجود حقه، أما إذا أقام عمرو الدليل على وجود هذا الحق (بأن قدم كمبيالة مثلاً) فإن مجرد الإنكار من جانب زيد لا يكفي، لأن إنكاره يحمل ادعاء بما يخالف حقيقة ثبتت بالدليل الكتابي (الكمبيالة)، لذلك كان لا بد له أن يثبت بدليل كاف صحة هذا الإدعاء المضاد، بأن يثبت مثلاً سبق الوفاء بالدين (تقديم مخالصة) أو أن الدين قد سقط بمضي المدة.

ويقال تعبيراً عن المعنى السابق أن الإثبات على المدعي: البيئة على من ادعى والمدعي هو كل شخص يزعم أمراً مخالفاً للثابت فرضاً أو فعلاً، فحين يزعم عمرو أنه دائن لزيد بمبلغ مائة دينار – نقول أنه مدع بما يخالف الثابت فرضاً، ذلك أن القانون قد افترض في علاقات الأفراد براءة الذمة، فالأصل أن علاقة المديونية التي يزعمها شخص مدعيها، فإذا أقام صاحب الإدعاء الدليل على وجودها أصبحت العلاقة ثابتة فعلاً، وهو ما توصل إليه عمرو في المثال السابق، حين قدم الكمبيالة، وحين يصر زيد على الإنكار نقول أنه مدع بما يخالف الحقيقة الثابتة فعلاً بالدليل الكتابي، ويصبح بالتالي مدعياً ضد عمرو صاحب الحق الثابت ويجب عليه أن يقيم الدليل على صحة ادعائه.

وغير أن القانون قد يخرج أحياناً على الأصل السابق بإعفاء المدعي من الإثبات وذلك بأن يقيم لصالحه قرينة قانونية وقد يسمح القانون للخصم بإثبات عكس هذه القرينة فتوصف بأنها قرينة بسيطة وقد لا يسمح بذلك فتوصف بأنها قرينة قاطعة.

ومن قبيل القرينة البسيطة، ما يحدث في دفع الأقساط من أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، فقاعدة أن الأصل هو براءة الذمة تؤدي إلى القول بأن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه (وفقاً لنص المادة 73 مدني أردني) وبالتالي كان المفروض أن يقتصر المؤجر (الدائن) على إثبات الالتزام فيقع على المستأجر (المدين) إثبات الوفاء بالأقساط التي لم تسدد، غير أن المشرع اتخذ من الوفاء بقسط معين قرينة لصالح المستأجر تدل على وفائه بالأقساط السابقة.. ثم أجاز للدائن إثبات عدم صحة هذه القرينة¹¹³.

طرق الإثبات ودور القاضي في الدعوى:

تتنازع نظم الإثبات مذاهب ثلاثة: المذهب الأول: مذهب الإثبات المقيد (القانوني) وفيه يحدد المشرع وسائل معينة للإثبات يلتزم باتباعها، مبيناً الثقة التي يوليها لكل وسيلة، على أن يلتزم القاضي بدوره بهذا التنظيم في إصدار يطمئن شخصياً لما يؤدي إليه الدليل من نتائج.

أما المذهب الثاني: فهو مذهب الإثبات المطلق أو الحر وفيه لا يحدد القانون طرقاً معينة للإثبات بل يسمح بكل الوسائل المؤدية إلى إقناع القاضي ووفقاً لهذا المذهب يفصل القاضي في النزاع وفق ضميره واقتناعه بما يبديه الخصوم من أدلة وما يقدموه من دفاع دون أن يقتضي تقديم أدلة على درجة معينة من الثقة.

والمذهب الثالث والأخير: يجمع بين المذهبين السابقين فهو يقيد الإثبات بالنسبة لموضوعات معينة ويطلقه بالنسبة لموضوعات أخرى.

ويختلف دور القاضي في تفسير الدعوى ومدى ما يتمتع به من قدرة على المبادرة باختلاف المذهب المعمول به في الإثبات، فحيث يسود مذهب الإثبات المقيد يلتزم القاضي بالحياد التام ولا يجوز له أن يتخذ أية مبادرة شخصية بحثاً عن الأدلة، بل عليه أن يترك الأمر للأطراف ثم يعطي

لما يقدمونه من أدلة القيمة التي يقرها القانون ويستخلص منها ما يرتبه عليه من آثار فالقاضي في هذه الحالة أقرب إلى المتفرج في حلبة الصراع.

أما حيث يسود مذهب الإقناع الحر فإن دور القاضي لا ينحصر في الحياد السلبي، بل يتجاوز ذلك إلى بذل جهد خاص بحثاً عن الحقيقة، فله أن يأمر بسماع شاهد لم يطلبه الخصوم وله أن يأمر بإدخال شخص في الدعوى لم يختصمه أطرافها... ومن خلال كل ذلك يكون القاضي عقيدته وفق اقتناعه الشخصي.

أما المذهب المختلط فتتراوح فيه سلطة القاضي بين السلبية والنشاط وفق ما يأخذ به المشرع في كل قطاع من نظامي الإثبات المقيّد أو الإثبات المطلق.

وقد أخذ المشرع الأردني بالمذهب المختلط فقسم وسائل الإثبات إلى نوعين: وسائل الإثبات الكاملة ووسائل الإثبات الناقصة وتختلف سلطة القاضي في كل نطاق عنها في الآخر.. وسنعرض فيما يلي لكل من النوعين:

أولاً: وسائل الإثبات الكاملة.

وهي الكتابة والإقرار واليمين الحاسمة وقد جعل منها المشرع أدلة ملزمة للقاضي بحيث لا تخضع لسلطته التقديرية، والقاعدة أنه لا بد من تقديم هذه الأدلة لإثبات التصرف القانوني ولا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه على غيرها إلا في الأحوال الاستثنائية التي يجيزها القانون.

1- الكتابة:

يعتبر الدليل المكتوب من أقوى وسائل الإثبات، وقد يكون الدليل في صورة محرر رسمي قام بتحريره موظف عام مختص طبقاً للأوضاع التي يفرضها القانون (كالعقود التي يتم تحريرها في الشهر العقاري، ويعتبر المحرر الرسمي حجة بما ورد فيه إلا إذا طعن فيه بالتزوير وحكم بذلك وقد يكون المحرر عرفياً أي صادراً عن أحد الأفراد ويحمل توقيع، ويعتبر هذا المحرر حجة على من صدر عنه إلا إذا أنكر إمضاءه.

2- الإقرار:

وهو اعتراف الخصم بادعاءات غريمه في مجلس القضاء، وهو حجة كاملة على من صدر منه فليس أقوى من إقرار الإنسان على نفسه، لذلك قبل أن الإقرار سيد الأدلة.

3- اليمين الحاسمة:

وقد يعجز أحد الخصوم عن تقديم دليل كافي على دعواه فيحتكم إلى ضمير خصمه طالباً من القاضي توجيه اليمين، فإذا نكل الخصم عن اليمين اعتبر نكوله دليلاً على صحة ادعاء خصمه ؛ وإن حلف خسر خصمه الدعوى.

ثانياً: وسائل الإثبات الناقصة.

وهي وسائل أقل قوة من السابقة وهي شهادة الشهود والقرينة القضائية واليمين المتممة، وتخضع هذه الوسائل لتقدير القاضي بأخذ بها أو يرفضها وفق اطمئنانه أو عدم اطمئنانه إليها، وتستخدم هذه الوسائل في إثبات الوقائع القانونية، ويجوز الاستناد إليها في إثبات التصرف القانوني في أحوال استثنائية.

[1] شهادة الشهود.

وهو الإخبار في مجلس القضاء وبعد حلف اليمين بواقعة عاصرها الشاهد بنفسه، وتخضع شهادة الشهود شأنها شأن وسائل الإثبات الناقصة الأخرى للسلطة التقديرية للقاضي.

[2] القرينة القضائية.

وهو ما يستنتجه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، وذلك عندما يتعذر الإثبات بالدليل الكامل، كأن يتخذ القاضي من الإهمال قرينة على الخطأ المؤدى إلى المسؤولية، أو أن يستخلص منه قرينة على الخطأ المؤدى إلى المسؤولية، أو أن يستخلص قرينة على المديونية من أوراق غير موقعة ولكنها بخط المدين كسجلاته وأوراقه الشخصية.. أو من شهادة شاهد لم يحلف اليمين في تحقيق أمام النيابة.

[3] اليمين المتممة.

وهي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم لكي يستنبط من حلفه اليمين أو نكوله قرينة على صحة أو عدم صحة ادعائه.

نطاق استخدام كل من النوعين السابقين:

يفرق القانون في صدد الإثبات بين التصرف القانوني والواقعة القانونية، فبالنسبة للتصرف القانوني لا بد من تقديم أحد أدلة الإثبات الكاملة، خاصة الكتابة، فالتصرف القانوني يستند أساساً إلى الإرادة المدركة والمميزة لمحدثيه، لذلك ليس من المستغرب أن يفرض القانون على أطرافه الاحتياط لكل إنكار أو نزاع مستقبل المدين على نفسه أو نكوله عن حلف اليمين الحاسمة.

أما بالنسبة للوقائع القانونية فإنها أحداث مادية تقع بطريقة فجائية لا تتدخل فيها إرادة الإنسان وبالتالي فلا مجال فيها لاقتضاء أعداد دليل كتابي مسبق، لهذا يجوز إثبات الوقائع القانونية بكافة طرق الإثبات بما في ذلك طرق الإثبات الناقصة.

غير أن القانون قد أورد الاستثناءات التي يجوز فيها إثبات التصرف القانوني بأحد أدلة الإثبات الناقصة وتنحصر هذه الاستثناءات في الأربعة الآتية:

- 1- يجوز إثبات التصرف القانوني بشهادة الشهود إذا لم تتجاوز قيمة التصرف 100 دينار (م 28 من قانون البينات رقم 37 لسنة 2001).

2- يجوز الإثبات بشهادة الشهود في المسائل التجارية ولو تجاوزت قيمة التصرف 100 دينار (م 28) من قانون البينات على أساس أن المسائل التجارية تقتضي السرعة والثقة.

3- يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال فيعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (م 30/1) من قانون البينات كإقرار مكتوب بخط المدين ولكنه لا يحمل توقيعه.

4- يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي (م 30/2) من قانون البينات.

(أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، (كالوديعة الاضطرارية – علاقة الخادم بمخدومه).

(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا بد له فيه كالحررق.

المبحث الثالث: حدود الحماية القانونية (التعسف في استعمال الحق)

يخول الحق لصاحبه سلطات معينة يستطيع في حدودها أن يستعمل حقه، والأصل هو عدم مساءلة الشخص عما يلحق الغير من أضرار نتيجة لاستعمال حقه (.. من استعمال حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر)، غير أن هذا المبدأ لا يسرى إلا إذا التزم صاحب الحق عما يسمى بالحدود الخارجية لحقه، فلمالك الأرض مثلاً أن يستعملها بالطريقة التي تناسبه طالماً لم يتجاوز حدوده بالاعتداء على مالك الجار، وله أن يبني على أرضه حتى ولو أدى البناء إلى حجب الضوء أو الهواء عن الغير، أما إذا تجاوز صاحب الحق حدود حقه المادية فإنه يرتكب خطأ تتعقد معه مسؤوليته المدنية.

غير أن إطلاق مبدأ حرية استعمال الحق في الحدود العامة السابقة يهمل في الحقيقة المظاهر الاجتماعية لهذا الاستعمال ويؤدي إلى كثير من المضار في علاقات الأفراد، فليس من المتصور أن يسمح للشخص في داخل الحدود المادية للحق أن يأتي من الأفعال ما يشاء بغض النظر عن مصالح الآخرين، لذلك نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق لتبين أن للحق فضلاً عن حدوده الخارجية حدوداً داخلية يجب الالتزام بها، محاولة بذلك أن توفق بين النظرة التي تطلق من مكنات الحق والنظرة التي تعتبره مجرد وظيفة اجتماعية مقيدة¹¹⁴.

وقد أقر القانون المدني الأردني في مادته السادسة والستين أربعة تطبيقات لنظرية التعسف في استعمال الحق حيث نصت على عدم مشروعية الاستعمال:

(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.

(ت) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

(ث) الغلو في استعمال الحق حالة تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

وسنعرض فيما يلي للتطبيقات الأربعة المذكورة:

أولاً: استعمال الحق لمجرد الإضرار بالغير.

في هذه الحالة يكون قصد الإضرار بالغير هو العامل الرئيسي في استعمال صاحب الحق لحقه، ويعتبر الاستعمال نتيجة لذلك تعسفاً حتى ولو لم يتجاوز الحق الحدود الخارجية أو المادية لحقه، ومن هذا القبيل قطع المياه عن أرض الجار لا حاجة إليها بل يقصد حرمان الجار منها، رفع دعوى قضائية لمجرد التشهير بالمدعي عليه، توقيع الحجز على أموال المدين استيفاء لديون غير حالة الأداء أو توقيع الحجز بما يجاوز بكثير القدر اللازم للوفاء بالدين، زرع أشجار لمجرد حجب الضوء عن الجار.. في كل هذه الأحوال لا شبهة في أن الشخص يستعمل حقه ولكنه لا يقصد من هذا الاستعمال الحصول على منفعة جديّة لشخصه بل يرمي فقط إلى الإضرار بغيره.

ويتعين لإعمال مسؤولية صاحب الحق أن يقوم المضرور بإثبات نية الإضرار في جانب الطرف الأول، ويتخذ القضاء من انتفاء المصلحة الجديّة في الاستعمال قرينة على التعسف.. ولا ينفي وصف التعسف أن يترتب على الاستعمال منافع عارضة لصاحب الحق، لم تكن هي المقصودة أصلاً.

ثانياً: عدم مشروعية المصلحة التي يسعى إليها صاحب الحق.

يعتبر الاستعمال تعسفاً إذا ترتبت عليه منفعة لا تتناسب البتة مع ما ينشأ عنه من أضرار للغير، ففي هذه الحالة يكون معيار التعسف هو عدم التناسب بين ما يترتب على الاستعمال من نفع لصاحبه وما يترتب عليه من ضرر للغير، ولا يتطلب القانون لتحقيق التعسف أية شروط إضافية ذلك أن المشرع قد اعتبر أن اختلاف التوازن المشار إليه يعني أن صاحب الحق إما سيئ النية وإما مستهتر، وفي كلتا الحالتين يجب مساءلته، ومن قبيل هذه الصورة فصل العامل بسبب توقيع حجز على مرتبه تحت يد رب العمل، إقامة مدخنة في بناء في مكان يؤذي الجار مع إمكان إقامتها في مكان آخر أكثر ملاءمة، هدم الحائط المشترك الذي يستتر به الجار دون عذر قوي¹¹⁵.

ثالثاً: إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.

يتطلب القانون أن تكون المصلحة التي يسعى إليها الشخص في استعماله لحقه مشروع أي غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة فإذا خرج صاحب الحق عن هذا القيد اعتبر متعسفاً في استعمال حقه ومن قبيل ذلك أن يخصص المالك منزله لمقابلات مخلة بالآداب العامة، أن يتمتع المؤجر عن الترخيص للمستأجر بالإيجار من الباطن – إذا كان هذا الإيجار معلقاً على موافقته – بقصد زيادة الأجرة على وجه غير مشروع، أن يحيط المالك أرضه بأشجار عالية ليحجب شركة الطيران التي تهبط طائراتها في مطار مجاور على شراء أرضه بثمن باهظ.

رابعاً: مضار الجوار غير المألوفة.

في هذه الصورة يستعمل المالك حقه بطريقة مشروعة ولا تتوافر لديه نية الإضرار بالغير، ولكن هذا الاستعمال يؤدي إلى الإضرار بالجوار ضرراً غير مألوف، ويستخلص على سبيل المثال، من نص المادة (66 / د) مدني من أنه ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

وقد وضعت المادة المذكورة عدة معايير يستعين بها القاضي لتحديد ما إذا كان الضرر، في النزاع المعروض، مألوفاً أم غير مألوف، وهذه المعايير هي العرف، طبيعة العقارات، موقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذي حصص له فما يعتبر مألوفاً في الريف قد لا يعد كذلك في المدينة، وما يعد مألوفاً بالنسبة لمسرح أو مقهى لا يعد كذلك بالنسبة لمستشفى أو مدرسة، وما يعد مألوفاً بالنسبة لصاحب السفلى لا يعد كذلك بالنسبة لصاحب العلو..

ومن قبيل المضار غير المألوفة وفق هذه الحالة إقامة مصنع أو مسرح بجوار مستشفى أو في حي مخصص للسكن الهادئ.

جزاء التعسف في استعمال الحق:

يستطيع المتضرر من التعسف أن يطالب بالتعويض النقدي عما أصابه من ضرر فالتعسف خطأ يوجب المسؤولية المدنية وفقاً للقواعد العامة، كما يستطيع المضرور أن يطالب بإزالة مصدر الضرر.

الخاتمة

إن دراسة المدخل للعلوم القانونية عالجت قطبي أصول القانون، من حيث نظرية القانون التي تنصب على دراسة القاعدة القانونية من خلال بيان ماهيتها على صعد التعريف والخصائص والطبيعة وتمييزها عما يشابهها، ومصادر هذه القاعدة، من حيث التشريع، وأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة للتشريع، ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف وقواعد العدالة، وأقسامها باعتبارها أمرة أو مكملة، وعامة وخاصة، ومن حيث نطاق تطبيقها مكاناً وزماناً، من جهة ومن جهة أخرى نظرية الحق، وذلك لدراسة الحق من حيث ماهيته تعريفاً وخصائص، وأنواع هذا الحق، مالية وغير مالية، وذمئية، ومصادر هذا الحق وهي التصرف القانوني والواقعة القانونية.

ومن حيث أشخاص الحق على اعتبار أنهما الشخص الطبيعي، والشخص المعنوي الحكمي وكذلك من حيث محل الحق وهي الأشياء والأعمال وكذلك من حيث حماية الحق وحدود حمايته عبر الدعوي القضائية وإثبات الحق، والحيلولة دون التعسف في استعمال الحق.

وعلى ضوء ذلك فإن نتائج هذه الدراسة تتمثل بما يلي:

أولاً: القانون كائن اجتماعي، يتطور بتطور المجتمع.

ثانياً: لا يتصور وجود مجتمع بلا قانون، ولا قانون بدون مجتمع.

ثالثاً: القانون يستمد أحكامه من مصادر، ويخضع لمبدأ التدرج في القواعد القانونية.

رابعاً: لا قيمة للحق بدون حماية تكفل تكريس وجوده، نصاً و ضمانات ممارسة.

خامساً: ممارسة الحق لها حدود، ويتجاوز تلك الحدود يكون هناك تعسف في استعمال الحق.

سادساً: محل الحق الأشياء والأعمال، تحت طائلة الحماية القانونية.

ومن حيث اقتراحات هذه الدراسة، فإنها توجه العناية إلى أن قيمة التطور للفكرة العلمية تكمن في معرفة تطورها التاريخي، فالحياة يمكن تصورها بتاريخها وتأريخها.

تم بحمد الله تعالى

قائمة المراجع

- 1- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 2- د. أحمد سلامه، المدخل لدراسة القانون، طبعة أولى، القاهرة، 1969.
- 3- د. احمد اللصاصمة، الحياة النيابية في الأردن، طبعة أولى، عمان، 1994.
- 4- المحامي أديب هلسا، أسس التشريع والنظام القضائي في الأردن، طبعة أولى، 1997.
- 5- د. إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، طبعة أولى، القاهرة، 1958.
- 6- د. السيد علي المغازي، دروس في المدخل للعلوم القانونية، طبعة أولى، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 7- د. حسام الدين الأهواني، مقدمة للقانون المدني، طبعة أولى، القاهرة، 1972.
- 8- د. حسام الدين الأهواني و د. حمدي عبد الرحمن، أصول القانون، طبعة أولى، بدون مكان نشر، القاهرة، 1996.
- 9- د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، طبعة أولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، 1971.
- 10- د. سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، طبعة أولى، القاهرة، 1971.

11- د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، طبعة أولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، 1968.

12- د. عباس الصراف و د. جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، طبعة أولى، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1985.

13- د. عبد الله ياس، النظرية العامة للقانون، طبعة أولى، مطبعة العاني، بغداد، 1969.

14- د. عبد الحميد متولي و د. سعد عصفور و د. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، طبعة أولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، 1976.

15 - د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، طبعة أولى، القاهرة، 1966.

16- د. علي حسن نجيده، مبادئ الشريعة الإسلامية، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

17- د. محمد عبد الجواد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، طبعة أولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، 1991.

18- د. محمد يحيى مطر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة أولى، الدار الجامعية، بيروت، 1987.

19- د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.

20- د. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية، طبعة ثالثة، دار الثقافة، عمان، 2000.

21- د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، طبعة أولى، القاهرة، 1961.

22 - القانون المدني الأردني، رقم- 43 لسنة 1976.

23 - القانون المدني المصري.

- 24 – الدستور الأردني لسنة 1952.
- 25 – الدستور المصري لسنة 1981.
- 26 – قانون البينات الأردني، رقم – 37 لسنة 2001.
- 27 – قانون التنفيذ الأردني، رقم 36 لسنة 2002.
- 28 – قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، رقم – 24 لسنة 1988 وتعديلاته.
- 29- قانون العقوبات الأردني لسنة 1960 وتعديلاته.

Notes

[1←]

د. محمد عبد الجواد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، طبعة أولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، 1991، ص 9 وما بعدها.

[2←]

د. حسام الدين الأهواني، ود. حمدي عبد الرحمن: أصول القانون، طبعة أولى، بدون مكان نشر، القاهرة- 1966، ص: 11 - 12.

[3←]

نفس المرجع، ص - 12.

[4←]

د. عبد الله ياس، النظرية العامة للقانون، طبعة أولى، مطبعة العاني، بغداد، 1969، ص - 74.

[5←]

د. حسام الدين الأهواني، ورفيقه: أصول القانون، مرجع سابق، ص: 9.

[6←]

د. السيد علي المغازي: دروس في المدخل للعلوم القانونية، طبعة أولى، مدرسة الغرير الصناعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص - 5.

[7←]

انظر نصوص المواد (256 / 266 / 267) مدني أردني، و (328) عقوبات أردني.

[8←]

انظر نصوص المواد (326، 328، 343) عقوبات أردني.

[9←]

د. محمد عبد الجواد: أصول القانون، مرجع سابق، ص - 27.

[10←]

نفس المرجع، ونفس الصفحة.

[11←]

د. حمدي عبد الرحمن و د. محمد رفعت الصاحي: الوجيز في مبادئ القانون والالتزام، طبعة أولى، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1996 – 1977، ص: 31 – 32.

[12←]

د. علي السيد الغازي، مرجع سابق، ص: 6 – 7.

[13←]

د. حمدي عبد الرحمن و د. محمد رفعت الصاحي: مرجع سابق، ص: 31 – 32.

[14←]

د. علي السيد الغازي، مرجع سابق، ص: 6 – 7.

[15←]

د. حسام الدين الأهواني ورفيقه: مرجع سابق، ص – 18 – 21.

[16←]

انظر نص المادة (43/2) من القانون المدني الأردني، وكذلك نص المادة (16) من قانون العمل الأردني.

[17←]

انظر نص المادة (489) من القانون المدني.

[18←]

انظر على سبيل المثال المواد (115، 157، 300، 377) من القانون المدني وكل صيغة تحدد الأمر والنهي، باعتبارها قواعد أمره لا يجوز مخالفتها.

[19←]

لقد أفراد القانون المدني لهذا العقد (التأمين فصلاً كاملاً وتحت عنوان من ضمن الباب الرابع عقود الغرر وعالج أحكامه في المواد (920 – 949).

[20←]

د. محمد عبد الجواد: أصول القانون، مرجع سابق، ص – 94، ود. عبد الفتاح عبد الباقي نظرية القانون، طبعة أولى، القاهرة، 1966، ص – 126.

[21←]

د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون، مرجع سابق، ص – 140.

[22←]

د. عباس الصراف، ود. جورج خربون: المدخل إلى علم القانون، طبعة أولى، نشر بدعم من الجامعة الأردنية، عمان، 1985، ص – 20.

[←23]

د. احمود اللصاصمة: الحياة النيابية في الأردن، طبعة أولى، عمان - 1994، ص- 20 وما بعدها.

[←24]

انظر نصوص المواد (62 – 67) وما بعدها من الدستور الأردني.

[←25]

انظر نص المادة (94) من الدستور الأردني.

[←26]

انظر نص المادة (95) من الدستور الأردني.

[←27]

انظر نص نفس المادة.

[←28]

انظر أكثر تفصيلاً الدستور الأردني لعام 1952، في المواد 79 وما بعدها.

[←29]

بحيث يحدد النص المدة التي يصبح بعدها ساري المفعول.

[←30]

د. عبد الحميد متولي، ود. سعيد عصفور، ود. محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، طبعة أولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية – 1976، ص – 41 وما بعدها.

[←31]

أعمال السيادة هي الأعمال الصادرة عن الحكومة بوصفها سلطة سياسية لا سلطة إدارية، وهي تتصل بتنظيم علاقات السلطات الثلاث، أو بالمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو الخارج كإعلان الحرب أو إعلان الأحكام العرفية فقد أُنقِرَ الرأي على أن مثل هذه الأعمال لا تخضع للرقابة القضائية لا بالإلغاء أم التعويض.

[←32]

في حالات نادرة جداً قد ينص القانون على جواز الاعتذار بالجهل به خلال مدة معينة ففي فرنسا صدر القانون في نوفمبر سنة 1870 قانون الاعتذار، بالجهل بالقانون في صدد للمخالفة الجنائية التي نص عليها إذا وقعت خلال ثلاثة أيام من وقت إعلان القانون.

[←33]

د. عبد الله ياس، مرجع سابق، ص – 190.

[←34]

انظر د. عباس الصراف، ورفيقه، مرجع سابق، ص - 119 وما بعدها.

[35←]

د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون، طبعة 2، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية - 1971، ص - 570.

[36←]

انظر د. عبد الحميد متولي، ورفيقه، مرجع سابق، ص - 41 وما بعدها.

[37←]

نفس المرجع، ص - 45 وما بعدها.

[38←]

انظر د. محمود جمال الدين زكي: دروس في مقدمة الدراسات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة - 1969، ص - 84.

[39←]

د. عبد الله ياس، مرجع سابق، ص - 192 وما بعدها.

[40←]

د. عبد الله ياس، مرجع سابق، ص - 193.

[41←]

يقتصر الحديث في هذا الفرع عن إلغاء التشريع بالمعنى الضيق أي القانون، وما يسرى على القانون يسرى على النظام.

- أما بالنسبة للدستور فإن إلغائه أو تعديله يخضع لقواعد خاصة تتضمنها نصوص الدستور، وقد يلغى بغير اتباع هذه النصوص في حالة قيام ثورة شعبية أو انقلاب عسكري.

[42←]

د. شمس الدين الوكيل: مبادئ القانون، طبعة أولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، 1968، ص 130، وكذلك انظر نص المادة (1448) من القانون المدني الأردني.

[43←]

د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص - 132.

[44←]

انظر د. عباس الصراف ورفيقه: المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص - 47.

[45←]

ولكن الدستور المصري في تعديله عام 1981، اعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، بموجب نص المادة الثانية منه.

[46←]

انظر في تفصيل ذلك د. علي حسن نجيدة: مبادئ الشريعة الإسلامية، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة - 1990، ص - 5 وما بعدها.

[47←]

انظر نقض مصري رقم 23 يناير لسنة 1982.

[48←]

انظر د. محمد عبد الجواد، مرجع سابق، ص - 137 وما بعدها.

[49←]

انظر في معالجة ذلك د. محمد عبد الجواد، مرجع سابق، ص - 140 وما بعدها.

[50←]

انظر نص المادة الثانية من القانون المدني الأردني.

[51←]

ارجع: سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، طبعة أولى، القاهرة - 1971، ص - 127 وما بعدها.

[52←]

العلاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية يخضع بعضها لأحكام القانون المدني، ويخضع البعض الآخر لأحكام الدين على النحو الذي سبق بيانه عند الكلام عن الشريعة الإسلامية.

[53←]

انظر في ذلك د. مفلح القضاة: التنظيم القضائي الأردني، طبعة ثالثة، دار الثقافة، عمان - 2000، ص - 30 وما بعدها.

[54←]

د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، القاهرة - 1992، ص - 3 وما بعدها.

[55←]

د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص - 25 وما بعدها.

[56←]

انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون، القاهرة - 1966، ص - 68 وما بعدها.

[57←]

د. حسن كيرة: مرجع سابق، ص - 16 وما بعدها.

[58←]

د. شمس الدين الوكيل: مرجع سابق، ص68، و د. عبد الله ياس، مرجع سابق، ص112 - 113.

[59←]

انظر د. شمس الدين الوكيل: مرجع سابق، ص160، و د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 100.

[60←]

انظر نصوص قانون محاكم الصلح رقم 15 لسنة 1952، وتعديلاته.

[61←]

انظر نص قانون أصول المحاكمات المدنية، وقانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنيين.

[62←]

انظر نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 وتعديلاته.

[63←]

انظر نفس القانون.

[64←]

المحامي أديب هلسا: أسس التشريع والنظام القضائي في المملكة الأردنية الهاشمية، طبعة أولى، عمان - 1997، ص - 106 وما بعدها.

[65←]

مثال ذلك المحكمة الخاصة التي تطورت في قصة التسهيلات لعام 2003.

[66←]

د. محمد عبد الجواد: مرجع سابق، ص - 205 وما بعدها.

[67←]

أخذت هذه المدرسة هذا الاسم لأن فقهاء بشرحون نصوص التشريع متنا متنا دون محاولة تجاوز النص أو الاستنباط حله خارج ألفاظه وعباراته. وراجع حسن كيرة: مرجع سابق، رقم 213 وما بعدها.

[68←]

د. عبد الله ياس: مرجع سابق، ص - 230 وما بعدها.

[69←]

هذه الأمثلة مستقاة من القانون المدني المصري للتوضيح فقط.

[70←]

للمثال والتوضيح.

[71←]

د. محمد عبد الجواد: مرجع سابق، ص - 206

[72←]

تنص المادة (122) من قانون العقوبات المصري على أنه إذا امتنع أحد القضاة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد عن عشرين جنيهاً.. وبعد ممتعاً لو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر . وفقاً للقانون المصري، بينما في الأردن فيعاقب وفقاً لقانون استقلال القضاء.

[73←]

ويقصد به الاختصار على المعنى المستفاد من مطوق النص، أما التفسير الواسع فيشمل دلالاته إشارة النص ودلالة المفهوم أي القياس.

[74←]

انظر نصوص المواد (7 وما بعدها) من قانون العقوبات الأردني.

[75←]

انظر في تفصيل ذلك المواد (11 - 29) من القانون المدني الأردني.

[76←]

راجع: منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، رقم 133 وما بعدها.

[77←]

أما في الأردن فقد نص على هذا المبدأ في المادة (613) من قانون العقوبات، وكذلك أنظر نص المادة (93/2) من الدستور الأردني لعام 1952.

[78←]

راجع: منصور مصطفى منصور: مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، طبعة أولى، القاهرة - 1961، ص - 270 وما بعدها.

[79←]

راجع: منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، نفس الصفحة.

[80←]

راجع: عن تعريف الحق، أحمد سلامة: المدخل لدراسة القانون، طبعة أولى، القاهرة 1969، ص 170 وما بعدها.

[←81]

حيث تقتضي قواعد مهنة الطب، أنه لا يجوز إجراء تجربة طبية أو عملية على أي إنسان بغير رضائه الحر.

* راجع: حسام الدين كامل الأهواني: مقدمة القانون المدني، طبعة أولى، القاهرة، 1972، ص 40 وما بعدها ود. إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق طبعة أولى، القاهرة، 1958، ص 21 وما بعدها.

[←82]

وقد يتقدم شخص غير المدين لضمان ما على المدين من التزام فيضم ذمته إلى ذمة المدين، فيكون للدائن حق الضمان لا على جميع أموال مدينة فحسب بل وعلى جميع أموال الضامن (وتسمى هذه الصورة بالكفالة الشخصية)، وقد يقتصر الضامن على تقديم مال معين من أمواله لضمان الوفاء بالدين (وتسمى هذه الصورة بالكفالة العينية).

[←83]

في بعض الحالات يقتضي استعمال الحق العيني تدخلاً إيجابياً من جانب الغير، فمالك الشقة (في ملكية طبقات المنازل) يلتزم بإجراء الإصلاحات اللازمة لمنع سقوط العلو المملوك لغيره، كما أن مالك العلو يلتزم بصيانة أرضية طبقته (م 1071 - 1074) من القانون المدني.

[←84]

انظر نصوص المواد (1424 - 1447) من القانون المدني الأردني.

[←85]

راجع: أحمد سلامة، مرجع سابق، ص - 300 وما بعدها.

[←86]

المعدل بالقانون رقم 29 لسنة 1999.

[←87]

نقول أن الانتماء إلى دولة معينة أو الارتباط بصلة القرابة هي صفات دائمة استناداً إلى الوضع الغالب.

[←88]

المرجع السابق.

[←89]

د. عباس الصراف ورفيقه، مرجع سابق، ص - 149 وما بعدها.

[←90]

انظر نص المادة (1125) وما بعدها مدني أردني.

[←91]

(1) نضرب هذا المثال من التشريع المصري للوقوف على التشابه في الأحكام بين التشريعات العربية.

[←92]

انظر نص هذه المادة في قانون المواريث المصري لسنة 1949، وفي الأردن يطبق الأحكام الواردة في مجلة الأحكام العدلية.

[←93]

(1) راجع: الموضوع: أحمد سلامة، مرجع سابق، ص - 172.

[←94]

يقابل ذلك المواد (34، 35) من القانون المدني المصري.

[←95]

يلاحظ أن الحديث عن أهلية الأداء لا يبرز إلا بالنسبة للتصرفات القانونية حيث أنها تستند إلى الإرادة فيجب أن تكون هذه الإرادة مدركة مميزة خالية من العيوب، أما الأعمال المادية فإن القانون يرتب عليها آثارها.

بغض النظر عن اتجاه الإرادة أو عدم اتجاهها إلى إتيان الفعل أو إلى تقبل آثاره، ولكن ذلك لا يعني أن التمييز لا يشترط إطلاقاً بالنسبة للمسئولية عن العمل المادي، ذلك أن الأصل أن هذا العمل لا يرتب أثره في ذمة الشخص إلا إذا كان مميزاً، فيكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، ولم يخرج المشرع عن هذا الأصل إلا في حالة صدور الفعل الضار عن شخص غير مميز ولم يكن هناك من يسأل عنه أو تعذر الحصول على التعويض من المسؤول، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر (الشخص غير المميز) بتعويض عادل مراعيّاً في ذلك مركز الخصوم (م 256) مدني أردني.

[←96]

أما موقف المشرع الأردني فيتضح من خلال نص المادة (118 وما بعدها) من القانون المدني.

[←97]

انظر نص المادة (118) مدني.

[←98]

انظر نص المواد (119، 120) مدني أردني.

[←99]

انظر المقابل لمثل هذه الأحكام في التشريع الأردني ما حددته المواد (118، 119، 129) مدني أردني.

[←100]

كون سن الرشد في التشريع المصري هو واحد وعشرين عاماً.

[←101]

إن القاعدة العامة تقتضي أن قرارات الحجر والمساعدة القضائية لا تكون حجة على الغير حسن النية، إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل الحكم، ويترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار في تطبيق أحكام القانون.

[←102]

يطلق على الوصي المعين في هذه الحالة المساعد القضائي.

[←103]

() أنظر المواد (370، 374) من القانون المدني الأردني.

[←104]

راجع: أحمد سلامة، مرجع سابق – ص 199 وما بعدها، وحسن كيرة، مرجع سابق – ص 579 وما بعدها.

[←105]

لم تعالج مثل هذه الأحكام في التشريع الأردني سوى الإشارة إلى صلاحية المحكمة في تعيين معاون لذي العاهتين، انظر المادة (132) مدني أردني.

[←106]

انظر: نص المادة (365) مدني أردني.

[←107]

يلاحظ أن من الفقه من يرى أن الأشياء المادية وحدها هي التي يمكن أن تكون محلاً للحق العيني، ويرى البعض الآخر أن محل الحق العيني قد يكون شيئاً مادياً وقد يكون شيئاً معنوياً ذلك أن الفكرة الأساسية في الشيء هي أن له كياناً مستقلاً عن كيان الشخص، فلا أهمية بعد ذلك أن يكون هذا الشيء مادياً يدرك بالحوس أو معنوياً لا يدرك إلا بالفكر.

- وراجع أحمد سلامة، مرجع سابق، ص – 237 وما بعدها.

[←108]

يجدر بالإشارة من ناحية الاصطلاح القانوني يختلف الشيء عن المال ، فالمال هو كل حق له قيمة اقتصادية أي يمكن تقويمه بالنقود، سواء كان حقاً عينياً أو حقاً شخصياً أو حقاً معنوياً. أما الشيء فهو المحل الذي يرد عليه الحق المالي. وقد يرد على ذات الشيء الواحد أكثر من حق مالي (ملكية الرقبة لشخص وحق الانتفاع لشخص آخر..).

[←109]

باعتبار الدعوى هي الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه.

[←110]

انظر في تفصيل ذلك: د. مفلح القضاة مرجع سابق، ص 41 وما بعدها.

[←111]

انظر نص المادة (61) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988 وتعديلاته.

[←112]

انظر نص المادة (16) من قانون التنفيذ الأردني رقم 36 لسنة 2002.

[←113]

د. محمد يحيى مطر: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة أولى، الدار الجامعية، بيروت – 1987، ص – 168 وما بعدها.

[←114]

راجع: أحمد سلامة: مرجع سابق، ص – 335 وما بعدها، وحسن كيرة: مرجع سابق، ص – 709 وما بعدها.

[←115]

انظر نص المادة (66) مدني أردني.