

المدخل

لدراسة العلوم القانونية

نظرية القانون، نظرية الحق

دراسة مقارنة

يحيى قاسم علي

كلية الحقوق جامعة عدن

الطبعة الأولى 1997م

كومييت للتوزيع

ب: 39205032

29 ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

المدخل

لدراسة العلوم القانونية

نظرية القانون، نظرية الحق

يحيى قاسم علي

كلية الحقوق جامعة عدن

الطبعة الأولى 1997م

كومييت للتوزيع

ب: 39205032

29 ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

ما أنفك العالم عالما، ما طلب العلم، فإن ظن أنه
علم، فقد جهل.

"حديث شريف"

الإهداء

إلى والديّ الذين كابدا شظف العيش من أجل تعليمي
إلى زوجتي التي بعثت الأمل في حياتي وأنارت لي الدرب
إلى قناديل الدار المتلألأة رؤى، روض، معاذ
إلى عبد الرحمن محمد جامع أينما كان وقاء لذكراه العطرة

يحيى

شكر وتقدير

أتقدم بوافر الشكر والعرفان لجميع من أعانوني على إتمام هذا المؤلف وفي مقدمتهم
الوالد العزيز السيد عبد الله صالح العراشة الذي كان لدعمه المادي والمعنوي أكبر الأثر فلي
نفسني،

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير لأستاذي د. علي غالب العاني عميد كلية القانون جامعة
بابل الذي أمدني بملاحظاته القيمة وغمرني بعطفه ونبله.

كما لا يفوتني أن أعبر عن امتناني وتقديري للمستشارة القانونية إنتصار عبد الله العراشة
التي وضعت بصماتها على كل ورقة من هذا الكتاب.

كما أتقدم بأسمى آيات العرفان والاعتزاز والتقدير للدكتور نبيل محمد سلمان من كلية
الآداب بغداد لجهوده اللغوية القيمة في مراجعة هذا الكتاب.

المقدمة

القول بأن القانون أهم المؤسسات التي ابتدعها الفكر الإنساني حقيقة لا يرقى لها الشك، غير أن ذلك، لا يعفينا من التأكيد كذلك، بأن ليس هناك ظاهرة اجتماعية شغلت الفكر الإنساني منذ طفولته، وحتى هذه اللحظة، سوى القانون.

والمأمل في الفلسفة اليونانية سيلحظ أن هناك خيطا يربط بين الفكر اليوناني برمته هو مسألة العدالة والتي يعتقد سقراط بأنها أي العدالة، هي معرفة الشرائع، ناهيك عن المكانة التي تحتلها فكرة (القانون الطبيعي) في الفقه القانوني الروماني.

ليس هذا فحسب، بل لقد كانت مفاهيم (السلطة، القانون، الحق العدالة، الحرية...) هي العلائم البارزة أو السمات الأساسية لكثير من المدارس والتيارات الفكرية، فظهرت مثلا فلسفة القانون أو فلسفة الحق كما يطلق عليها أيضا، أو علم السياسة وغيرها من العلوم الإنسانية.

والقانون كاصطلاح لا يثر اليوم إشكالية ما، وإن كان من حيث أصله اللغوي فالخلاف على أشده، وإن كان ذلك شأن الجذر اللغوي للكلمة (القانون)، فما القول بشأن أصل القانون أو أساسه، أو مصادره ذلك من ناحية، ومن ناحية أخرى هناك خلاف بين الباحثين حول فكرة تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، فهناك من لا يعول على هذا التقسيم.

هذا، ويلاحظ المشتغلون بالدراسات القانونية وبالذات نظرية القانون ونظرية الحق، أن الكتب التي تدرس في كليات القانون في الجامعات العربية والمتعلقة بنظرية القانون ونظرية الحق، قد تعددت أسماؤها حيث تسمى مبادئ القانون أو أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون وأخيرا يسميها البعض النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق.

وهذا الكتاب الموسوم المدخل لدراسة العلوم القانوني (نظرية القانون، نظرية الحق) يبحث في نظرية القانون ونظرية الحق مع التطبيق العملي على التشريعات النافذة في الجمهورية اليمنية مقارنة مع تشريعات الدول العربية.

وقد أعد هذا الكتاب خصيصا لطلاب القانون في الجامعات اليمنية وغيرها من كليات الجامعات والمعاهد التي تدرس نظرية القانون ونظرية الحق، كما أنه يعد مرجعا لا غنى عنه للمستغلين في مجال القانون.

وهو حصيلة ما يزيد على عشر سنوات في تدريس القانون بكافة فروعها في كلية الحقوق جامعة عدن والمعهد القومي للعلوم الإدارية فرع عدن.

والجهد الذي بذل لا شك جهدا بالغ المشقة، إلا أننا نشعر أننا قد يسرنا به لطلبنا وأخوننا
الأعزاء وغيرهم من المستغلين أو المهتمين بعلم القانون، وذلك كانت غايتنا، فإن تحققت فذلك من
دواعي غببتنا.

وأيا كان قيمة الجهد الذي تقدمه للقارئ في تقديرنا فإن القول الفصل في ذلك سيكون له،
فهو وحده الذي يملك أن يقوم ما يقرأ.

عدن

أغسطس 1996م

يحيى قاسم علي

تمهيد

القانون ظاهرة اجتماعية

وظيفة القانون

التعريف بالقانون

القانون والحق

1 - القانون ظاهرة اجتماعية:

إن القانون ظاهرة اجتماعية فلا قانون بغير مجتمع ولا مجتمع بغير قانون. فالفرد المنعزل فرض نظري بعيد عن الواقع وقواعد القانون لا تنظم إلا العلاقة التي تنشأ بين الناس فلا قيام لمجتمع بغير قواعد تتولى تنظيم شؤونه.⁽¹⁾ والفرد منذ فجر تاريخه لا يستطيع أن يعيش إلا مع غيره لأنه عاجز عن الوفاء بحاجاته. وإذا كان الاجتماع الإنساني ضروريا للإنسان حتى يمكنه من التعاون مع أبناء جنسه على تحقيق الضرورات المادية لحياته وبقائه وهو أيضا ضرورة نفسية... لأنه لا يمكن للنفس الإنسانية أن تحبس في عزلة تامة وإن كانت قد تكون انعزالية أو انطوائية إلى حد يعد مرضا نفسيا.

ولما كان الأمر على هذا النحو، كان لزاما على كل فرد أن يتخلى عن جزء من حريته ورغباته لكي لا يتعارض مع رغبات وحاجات الآخرين، وهدف تحقيق هذا الانسجام والتنظيم يلزم بالضرورة وجود القانون وإلا فأن المجتمع تعم فيه الفوضى وينعدم فيه التنظيم والأمن، فإذا خرج الأفراد عن قواعد القانون قضت السلطة العامة الجزاء على من خالفها ولو بالقوة عند الاقتضاء.⁽²⁾ ويمكن القول، أن القانون هو إحدى المؤسسات الجوهرية في حياة الإنسان الاجتماعية، لولاه لأصبح الإنسان مخلوقا مختلفا جدا عما هو عليه. فرغبات الإنسان واحتياجاته لا تقف عند حد، وهو لا يقنع بما تحت يديه مهما عظم.

(1) راجع في ذلك، د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1993م ص9 وما بعدها.

- د. صلاح الدين وآخرون، القانون في حياتنا، الجامعة الأردنية، 83-1984م ص11.

- د. عباس العبودي، تاريخ القانون، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصول، 1998م ص5 وما بعدها.

- د. عبد المنعم فرج الصّدة، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994م ص5 وما بعدها.

(2) ارجع د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، المركز العربي للخدمات الطلابية، ص1، عمان، 1995م ص10 وما بعدها.

2 - وظيفة القانون:

إن وظيفة القانون الأساسية هي تنظيم المجتمع تنظيمًا من شأنه التوفيق بين مصالح الأفراد وحررياتهم وبين الصالح العام للجماعة بما يحقق الخير العام من أجل توفير أسباب بقاء المجتمع ورفقيه.⁽¹⁾

وترتبط وظيفة القانون بالأهداف أو الأغراض التي تسعى القاعدة القانونية إلى تحقيقها، وهذه يمكن تحديدها على النحو الآتي:

1. حماية الحريات للأفراد، كحرية الرأي وحرية التنقل، وصيانة حقوق الأشخاص ومصالحهم الشخصية كالحق في التملك وحق الإنسان في الحياة وفي السلامة البدنية وحق الترشيح والانتخاب وغيرها.⁽²⁾
2. حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه وكفالة تحقيق المصلحة العامة، الأمر الذي جعل هذا المجتمع أكثر قوة وتماسكًا وأكثر صونًا للحريات، وقديما قال "شيشرون" خطيب روما وفيلسوفها "إنما نكون عبيد القانون لنصير بالقانون أحراراً".⁽³⁾
3. يهدف القانون إلى تحقيق العدل بين أفراد المجتمع، فقواعد القانون تتصف بالعمومية والتجريد - كما سنرى -، والناس سواء أمام القانون. والمساواة بهذا المعنى هي جوهر العدل، والعدالة كما قال فلاسفة الإغريق قديما هي "إرادة دائمة لوضع كل إنسان في المركز المناسب، وإعطاء كل ذي حق حقه" وقد قسم أرسطو العدالة بهذا المعنى الخاص لها إلى نوعين. عدالة القسمة أو التوزيع وهي تخص علاقة الفرد بالمجتمع أو الدولة أي تتصل بالحقوق العامة وهي عبارة عن التناسب بين ما يقدمه الإنسان من عمل للمجتمع وما يحصل عليه من فوائد. والنوع الثاني هو العدالة التبادلية وتتصل بالحقوق الخاصة هي عبارة عن التعادل بين التزامات وحقوق الأفراد وفي المعاملات الحالية التي تحدث بينهم وبعبارة أخرى التعادل بين ما يأخذه الفرد وما يعطيه في المبادلات التي تنشأ بينه وبين غيره من الأفراد في المجتمع. كما في البيع والإيجار وغيرها في العقود التبادلية.

(1) د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني، ط4، 1996م ص10 وما بعدها.

(2) د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص13.

(3) المحامي د. عبد القادر الفأر، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة دار الثقافة، ط1، 1994 ص16.

ونخلص مما تقدم إلى القول، بأن وظيفة القانون في المجتمع كبيرة ومتعددة وضرورية فللقانون وظيفة اجتماعية واقتصادية وسياسية وهي تحدد بحسب فلسفة المشرع التي يتبناها والتي تنعكس كالمرآة في النصوص القانونية.

3 - التعريف بالقانون:

ينبغي على من يعتزم دراسة القانون Jus أن يعرف أولاً من أين اشتقت الكلمة Jus فهذه الكلمة قد سميت كذلك من العدالة⁽¹⁾ لأن القانون كما عرفه أحد الفقهاء الرومان "كالكوس" تعريفاً حاذقاً هو فن الطيبين العادلين والقانون لغة، "مقياس كل شيء" وهو لفظ دخيل على العربية، ولعله انتقل إلينا من اليونان والرومان ومأخوذ من كلمة (Kamun) ويراد بها العصا المستقيمة⁽²⁾ وقد بدأ استعمال كلمة "القانون" في البلاد العربية عندما بدأت الدولة العثمانية منذ منتصف القرن التاسع عشر سن قوانين اقتبست أحكامها من القوانين الغربية.

ويطلق القانون لغة على كل قاعدة مطردة يحمل اطرداها معنى الاستمرار أو الاستقرار والنظام سواء في مجال العلوم الاجتماعية أم في مجال العلوم الطبيعية⁽³⁾ فلفظ القانون بهذا المعنى اللغوي يعني وقوع أمر معين بصورة متكررة وعلى نمط واحد كلما توافرت ظروف خاصة معينة بحيث يبدو الأمر وكأنه خضع لنظام ثابت، فيقال مثلاً "قانون الجاذبية" أو "قانون العرض والطلب" أو "قانون الغليان" الذي يخضع له الماء. ونادراً ما استعمل الفقهاء المسلمون كلمة "قانون" واستعملوا عوضاً عنها كلمات الشرع والشريعة والحكم الشرعي⁽⁴⁾ وكلها مأخوذة من كلمة "الشارع" والمقصود بها الله سبحانه وتعالى.

وفي الاصطلاح القانوني يقصد بالقانون، مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تحملهم السلطة العامة فيه على احترامها ولو بالقوة عند الضرورة. وهذا هو المعنى العام المقصود بكلمة القانون.

(1) انظر، ز. ه. بارد، الرومان، ترجمة عبد الرواق يسري، راجعه د. سهير القماوي، دار نهضة مصر، 1968م ص220، أيضاً دونالد ر. ددلي، ترجمة جميل يواقيم الذهبي، حضارة الرومان، دار نهضة مصر، القاهرة، بدون تاريخ، ص44.

(2) د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، 1966م،، نقلا عن خالد الزعبي وزميله، ص11.
(3) د. عبد المنعم فرج الصّدة، ص11، و د. محمد السعيد رشدي، موجز المدخل لدراسة القانون الأردني، دار الفرقان، عمّان، 1991م ص9 وما بعدها.

- د. عباس الصرّاف، د. جورج حزبون، المدخل لعلم القانون، مكتبة دار الثقافة، ط3، 1994م ص8.
(4) مناع القطان، التشريع والفقّه في الإسلام "تاريخاً ومنهجاً"، مؤسسة الرسالة، ط10، 1989م ص14.

إلا أن اصطلاح القانون قد لا يتطرق إلى هذا المعنى العام، بل قد يقصد به معنا خاضا، بأن يراد به مجموعة القواعد التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة لتنظيم أمر ما، فيقال قانون المحاماة أو قانون تنظيم الجامعات أو قانون الجنسية أو قانون الجمارك...إلخ. وقد يقصد بكلمة القانون الإشارة إلى فرع معين من فروع القانون، فيقال القانون المدني والقانون التجاري وقانون العمل...إلخ والقانون بالمعنى العام هو القانون المطبق في بلد معين في زمن معين هو محور دراستنا، أي القانون في الجمهورية اليمنية، وفي هذه الحالة يطلق على القانون فعلا اسم القانون الوضعي، كأن يقال القانون الوضعي المصري للدلالة على القانون المطبق فعلا في مصر في الوقت الحاضر..إلخ والقانون كعلم يعد من أهم العلوم الإنسانية، ولذا نصيبه من الاهتمام كبير من لدن الفلاسفة ورجال الفكر منذ "أرسطو" الذي يعرف القانون على أساس العدل فيقول "القانون هو نظام يقصد به تحقيق العدل، أو هو الحقيقة التي تتمثل في تحقيق قيمة معينة هي العدل كما يعرفه "سان توما" على أساس الخير العام فذهب بالقول "أن القانون هو نظام ينبغي تحقيق الخير العام ولذا يرى سان توما بان القانون الذي يفرضه الطاغية تحقيقا لمصلحته الشخصية لا يعد قانونا. أما "كانت" فيعرف القانون على أساس الحرية الفردية ولذلك القانون عنده "مجموعة الظروف التي تتيح لإرادة حرة إن تتفق مع إرادة حرة أخرى في ظل قانون عالمي هو الحرية" واتجاه آخر يعرف القانون من منظور واقعي بوصفه واقعة وليس قيمة ونجد هذه النزعة الواقعية عند "كلسن" حين عرف القانون بأنه "صياغة اجتماعية قوامها حمل الأفراد على أن يسلكوا المسلك المرغوب فيه، وذلك عن طريق التهديد باتخاذ إجراء قهري يطبق في حالة ووقع مسلك مخالف.⁽¹⁾

4 - القانون والحق:

القانون والحق مفهومان مترابطان متلازمان بحيث لا يذكر احدهما إلا ويتبادر إلى الذهن الآخر⁽²⁾ وإذا كان القانون هو مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد وعلاقتهم في المجتمع فأن وسيلته في هذا الشأن في بيان ما للأفراد من حقوق وما عليهم من واجبات. وذلك بترجيحه - بين المصالح المتعارضة ومصالحة أحد الطرفين في العلاقة على مصلحة الطرف الآخر الذي يقع عليه واجب احترام هذا الحق.

فالحق إذن وليد القاعدة القانونية، ذلك أن تطبيق القاعدة القانونية يفضي إلى تقرير الحقوق والواجبات على الأشخاص في المجتمع فليس هنا حق أو واجب إلا بموجب القاعدة القانونية.

(1) د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة لطلبة كلية التجارة، دار لنهضة العربية، ط4، 1983م، ص16.

أيضا يراعى د. سامية محمد جابر، على الاجتماع المعاصر، جار المعرفة الجامعية، 1990م، ص251.

(2) د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، عمان، بدون تاريخ نشر، ص6.

فالحق إذن هو ممارسة نشاط إنساني منظم وبالتالي فهو مدين بوجوده للقانون، فما من حق إلا هو ثمرة القانون والقانون أما أن ينص صراحة على حق من الحقوق، يحصل عليه صاحبه وأما أن يسكت القانون عن منع الفرد من ممارسة نشاط إنساني لحكمة يقدرها الشرع تطبيقاً للقاعدة الفقهية القائلة "الأصل في الأشياء الإباحة" وذلك في حالة ما إذا كان إعمال هذه القاعدة لا يؤدي إلى المساس بالمصالح الجوهرية لأفراد المجتمع. وعلى ذلك يمكن تعريف الحق بأنه "مكنة اقتضاء الحرية والحركة في ممارسة النشاط الهادف ضمن مخطط التنظيم الاجتماعي المؤدي إلى تحقيق المصالح الاجتماعية المشتركة".⁽¹⁾

فالحق وفقاً لهذا التعريف، ينبثق من مكنات وبما تتضمنه من أدوار وفرص فالقواعد القانونية التي تقرر الحق للبائع في اقتضاء ثمن المبيع من المشتري وإلزامه تسليم المبيع إليه، وللاب في تربية أبنائه، وللمواطن في التوظيف أو التنقل أو ممارسة الانتخاب والترشيح... إلخ كل هذه القواعد وغيرها في نطاق القانون الوضعي كصياغة فنية، أما ما ينشأ عن هذه القواعد من مكنات وأدوار وصلاحيات وهو يمثل الحقوق الناتجة عن التنظيم القانوني والاجتماعي لحياة الأفراد.

ومما سلف يمكن القول بأن علاقة القانون بالحق وطيدة بحيث من الصعب تصور أحدهم دون وجود الآخر. فالقانون هو تصور وضعي للتنظيم الاجتماعي.

والحقوق هي مراكز قانونية أوجدها هذا التنظيم بعملية متكاملة ضمن إطار المصالح المشتركة والشألة. ولذلك تأتي دراسة الحق في أعقاب دراسة القانون، ويشكل الاثنان برنامج متكامل للمدخل لعلم القانون أو "النظرية العامة للقانون".

وهذا ما يجعلنا نقسم دراستنا إلى قسمين:

القسم الأول: نظرية القانون.

القسم الثاني: نظرية الحق.

(1) انظر د. محمد محمود عبد الله، المدخل إلى علم القانون، ط6، منشورات جامعة دمشق، مطبعة الروضة،

دمشق، 1994م، ص13 وما بعدها.

القسم الأول نظرية القانون

1 - سندرس في هذا القسم القاعدة القانونية من حيث الأصول والمبادئ العامة التي تحكمها، وبيان خصائصها وما يميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى، فضلا عن مصادرها وقاعد تفسيرها وسريانها.

لذا نقسم دراسة هذا القسم إلى بايين:

الباب الأول: نخصه لدراسة تحليلية للقانون

الباب الثاني: نتناول فيه القانون بين النشأة والتطبيق والإلغاء.

الباب الأول تحليل القانون

2 - تعرض في هذا الباب دراسة وصفية تحليلية للخصائص للقاعدة القانونية والتي تميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى ثم تتبع ذلك بالبحث في أساس القانون ومدى تدخله في نشاط الأشخاص وبعد ذلك نبحث في أنواع القواعد القانونية وذلك في فصول ثلاثة.

الفصل الأول: الخصائص المميزة للقاعدة القانونية

الفصل الثاني: أساس القانون ومدى تدخله في نشاط الأشخاص

الفصل الثالث: أنواع القاعد القانونية.

الفصل الأول

الخصائص المميزة للقاعدة القانونية

3 - ونبحث في هذا الفصل خصائص القاعدة القانونية ويقتضي ذلك استبعاد القواعد الأخرى التي تشترك مع القواعد القانونية في تنظيم المجتمع وتحكم الروابط التي تنشأ بين أفرادها. وفي هذا السياق نتناول علاقة القانون كعلم بغيره من العلوم الأخرى، يغرّض تحديد مدى التداخل أو التنافر بينهما.

ولذا سنقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة هي:

المبحث الأول: خصائص القاعدة القانونية

المبحث الثاني: تمييز القواعد القانونية عن القواعد الاجتماعية الأخرى

المبحث الثالث: علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى.

المبحث الأول

خصائص القاعدة القانونية

4 - رأينا أن القانون مجموعة قواعد تنظم نشاط الأشخاص في المجتمع وتتولى السلطة العامة إيقاع الجزاء على من يخالفها. ومن هذا التعريف يمكن إيراد الخصائص العامة للقاعدة القانونية.

ولهذا سنوزع المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

المطلب الثاني: القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة

المطلب الثالث: القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص في المجتمع

المطلب الرابع: القاعدة القانونية تقترن بإجراء مادي توقعه السلطة العامة.

المطلب الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعية

5 - سبق القول أن القانون عبارة عم مجموعة قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وفي سبيل تحقيق أهدافه يوجه القانون خطابه إلى الأشخاص، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين وهم البشر أو أشخاصا معنويين، وقد حددت المواد 38، 89، 90 من القانون المدني اليمني رقم 69 لعام 92م مفهوم الشخص الطبيعي والمعنوي، ويجدر الإشارة إلى بعض القوانين تسمى الأشخاص المعنوية الأشخاص الحكيمة⁽¹⁾ الأشخاص الاعتبارية كما هو الحال في القانون اليمني، والقانون المدني المصري.

ولكي يقوم القانون بتنظيم هذه الروابط يستلزم قيام سلوك خارجي للشخص، فالقانون لا يهتم بالنوايا والبواعث ما لم تظهر إلى العام الخارجي، أي ما لم يصاحبها سلوك خارجي⁽²⁾ أي أن القانون لا ينفذ إلى ما استقر في النوايا والصدور.⁽³⁾

والقواعد القانونية تتنوع بتنوع الروابط الاجتماعية التي تنظمها. فقد تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية للأفراد كالزواج والطلاق والميراث والوصية والنفقة، وقد تتعلق بمعاملاتهم المالية كالبيع والشراء، أو قد تتعلق بعلاقتهم بغيرهم كالقوانين الجنائية.

(1) المادة 50 من القانون المدني الأردني، والمادة 52 من القانون المدني المصري، والقانون المدني السوري المادة 55، وكذلك القانون المدني الليبي المادة 52.

(2) د. مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، 1987م، ص18.

د. عباس الصراف، د. جورج حزيون، مرجع سابق، ص14.

د. عبد المنعم فرج الصّدة، المرجع السابق، ص14.

(3) د. نبيل إبراهيم مسعد، د. السيد محمد عمران، د. محمد يحيى مطر، الدخلى إلى العلوم القانونية، الدار الجامعية، 1992م، ص17.

وبالطبع فإن القواعد القانونية تختلف باختلاف الزمان والمكان فهي تختلف من دولة إلى أخرى فالقانون الذي يصلح للبيئة اليمنية لا يصلح للبيئة الفرنسية أو الإيطالية. كما أن القانون قد يختلف في البيئة الواحدة من عصر إلى آخر فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المستحدثة. وهذه الحقيقة هي التي تدعو المشرع إلى التدخل وتحليل أحكام القانون القائم أو تغييرها كي تتلائم مع الظروف الجديدة في المجتمع والقاعدة القانونية في توجيهها سلوك الأفراد تتضمن إباحة فعل أو أمراً بفعل أو نهياً عن فعل.

وقد يرد في ذلك عبارة صريحة، كما في القاعدة التي تقر حرية من الحريات العامة، أو تلك التي تتوجب القيام بالخدمة العسكرية، أو تلك التي تجيز للموكل أن يعزل الوكيل حينما يشاء "المادة 939 من القانون المدني اليمني، 715 مدني مصري"، "863 مدني أردني" والغالب لا يرد ذلك صراحة.⁽¹⁾ وإنما يستفاد من مضمون القاعدة التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه التعويض "المادة 307 مدني يمني 163 مدني مصري 256 مدني أردني يؤخذ من هذه المواد النهي عند الإضرار بالغير. ويمكن تحليل القاعدة القانونية إلى عنصرين هما الفرض والحكم.⁽²⁾ والفرض هو ذلك السلوك الذي إن تحقق فإنه يحقق الجزء الثاني من القاعدة وهو الحكم وعادة ما يبدأ الجزء الأول من القاعدة بلفظ شرطي مثل إذا، ويكون جواب الشرط من القاعدة لفظ وجوب أو لفظ "لا" وذلك لتضمنه عدم الوجوب وغير ذلك من الألفاظ وعلى سبيل المثال ما ورد في المادة 483 من القانون المدني اليمني (إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها...). كما يمكن أن يتضمن الحكم مفهوماً تخييرياً جوازياً فيستعمل لفظ "جائز" أو مشتقاتها للدلالة على الحكم من ذلك ما نصت عليه المادة "560" مدني يمني "إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو صائر إليه من البائع أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر".

المطلب الثاني

القاعدة القانونية قاعدة عامة مجرد

(1) د . عبد المنعم فرج الصّدة، المرجع السابق، ص14 وما بعدها.

(2) د. عباس الصرّاف، د. جورج حزيون، مرجع سابق، ص9 وما بعدها.

6 - تتميز القاعدة القانونية بأنها عامة مجردة⁽¹⁾ وصفة العمومية والتجريد تتحقق في القاعدة القانونية إذا كانت القاعدة تتوجه بخطابها إلى الأشخاص دون أن تقصد شخصا معينا. بالذات وتعالج دون أن تقصد واقعة معينة بالذات.

ويتم ذلك عن طريق تجديد الشروط التي يلزم توافرها لكي تنطبق القاعدة. فإذا توافرت هذه الشروط في شخص معين أو في واقعة معينة انطبقت القاعدة. وينصرف حكمها بالتالي إلى كل شخص وواقعة تتحقق فيها هذه الشروط⁽²⁾ فالقاعدة التي تقضي بأن كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية (وسن الرشد هو خمسة عشر سنة كاملة) "المادة 56 من القانون المدني اليمني" هي قاعدة عامة تنطبق بالنسبة لكل شخص ذكرا كان أو أنثى، متى توافرت فيه شروط معينة هي "أ" بلوغ 15 سنة كاملة "ب" وأن يكون قد بلغ السن متمتعا بقواه العقلية فإذا توافرت هذه الشروط انطبقت القاعدة القانونية وأصبح الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

غير أن عموم القاعدة القانونية لا يعني أنها تنطبق على الناس كافة، فقد توجه القاعدة القانونية إلى طائفة من الأشخاص، بل قد توجه إلى شخص واحد فقط، ومع ذلك لا يفقد صفة العمومية⁽³⁾ طالما أنه لم توجه إلى أشخاص بذواتهم وإنما بصفاتهم. مثل ذلك القواعد القانونية الخاصة بطائفة القضاة أو المحامون أو التجار، ففي هذه الحالات تنطبق القاعدة على فئة من الأشخاص معينة بصفاتهم لا بذواتهم. وكذلك القاعدة التي تنظم مركز رئيس الدولة، فهي قاعدة عامة تنطبق على كل من سيشغل هذا المنصب في الحاضر أو المستقبل كون هذه القاعدة لا تختص بشخص رئيس الدولة بالذات.

وعموم القاعدة القانونية على النحو السابق يقضي أن تصدر في صيغة مجردة عند نشوئها بمعنى أنها تنطبق على جميع الأشخاص وجميع الوقائع التي تتوافر فيها شروط تطبيقها فالقاعدة

(1) تستخدم عبارتي العمومية والتجريد كمترادفتين تعبران عن معنى واحد. ويشير بعض الشراح إلى أن العموم والتجريد فكرتان متلازمتان أو وجهان لخصيصة واحدة فالقاعدة توحى بالتجريد إذا ما نظر إليها عند نشوئها وتوصف بالعمومية إذا ما نظر إليها من حيث أثرها عند التطبيق. ويبرز بعض الشراح أن التجريد هو الذي تتصف به القاعدة، أما العمومية فليس إلا نتيجة للتجريد نقلا عن د. محمد السعيد رشدي، نفس المرجع، ص 60.

(2) أنور سليم وزميله، نفس المرجع السابق، ص 17، المحامي د. عبد القادر الفأر، نفس المرجع السابق، ص 22، د. هشام القاسم، نفس المرجع السابق، ص 17.

(3) د. مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، نفس المرجع، ص 19 وما بعدها.

- أنور سلطان، نفس المرجع، ص 22 وما بعدها.

التي تقتضي بأن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بتعويض الغير عن الضرر... "307 مدني يمني. هذه القاعدة القانونية عامة ومجردة لأنها تتنازل واقعة الإضرار بشروطها فتطبق على كل فعل توافرت فيه شروط الإضرار أيا كان الذي سببه ولو كان غير مميز.

إن اتصاف القاعدة القانونية بالعمومية أمر ضروري لتحقيق النظام والاستقرار في المجتمع، كون اتصافها بهذه الصفة يحقق المساواة بين الناس أمام القانون ويبعدها عن الصفة الشخصية ويمنع تحيزها لمصلحة شخص أو ضد شخص معين⁽¹⁾ وكل ذلك، أي إخضاع الوقائع والأشخاص لقواعد واحدة بصرف النظر عن ذواتهم، يضمن للقاعدة القانونية القبول والاستحسان من الأفراد والاستمرار في التطبيق.

المطلب الثالث

القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص في المجتمع

7 - ذكرنا أن الغرض من القانون هو تنظيم العيش في الجماعة، فإذا لم توجد الجماعة فلا محل لوجود القانون، فالإنسان مدني بطبعه يولد في مجتمع ولا يعيش إلا فيه وتتعدم بالتالي جدوى القاعدة القانونية كقاعدة اجتماعية لدى الفرد المنعزل لوحدة في جهة نائية. وحيث ينشأ المجتمع تنشأ الحاجة إلى إقامة النظام فيه وإقامة النظام في المجتمع تكون بفرض قواعد قانونية يمتثل لها أعضاء هذا المجتمع جبرا عند الضرورة⁽²⁾ ولا يقصد بالمجتمع في هذا الصدد مجرد تجمع أفراد من الناس في مكان ما دون أن يربطهم هدف واحد⁽³⁾ بل أن المجتمع الذي نقصده هنا هو المجتمع الذي توجد فيه سلطة يكون لها السيادة على أفرادها، ويكون لها إجبارها على إطاعة أحكام القانون، فالدولة وهي الصورة الواضحة اليوم لمثل هذا المجتمع⁽⁴⁾ وإن كانت الدولة في الشكل السياسي للمجتمع المعاصر، فذلك لا يعني أن نشأة القاعدة القانونية ارتبطت بوجودها. فقد وجدت القواعد القانونية قبل تكوين الدولة بالمعنى الحديث، فكانت للقبيلة قواعد يتولى شيخها تطبيقها، وكذلك الأمر بالنسبة للعشيرة، ومعنى هذا أن القاعدة القانونية تنشأ حيث يوجد المجتمع أيا كان شكله.⁽⁵⁾

المطلب الرابع

(1) (1) د. عباس الصراف، د. جورج حزيون، المرجع نفسه، ص13.

(2) د. غالب علي الداودي، نفس المرجع، ص19.

(3) د. عباس الصراف، د. جورج حزيون، د. نفس المرجع، ص14.

(4) خالد الزعبي، ومنذر الفضل، نفس المرجع، ص27.

(5) د. عبد المنعم فرج الصّدة، نفس المرجع، ص16.

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

8 - بيّن أن القانون وضع لينظم الحياة الاجتماعية في داخل المجتمع، بغية تحقيق مصلحة الناس جميعاً باعتبار ذلك الهدف السياسي للقانون ولكن تحقيق هذا الهدف لن يتأتى إلا إذا التزم كل فرد من أفراد المجتمع باحترام قواعد القانون، وإن ينفذ ما تطلبه منه. فالقاعدة القانونية ليست مجرد نصيحة أو توصية يعمل بها إن شاء، وإن شاء فله تركها، بل هي أمر أو هي تكليف يتعين طاعته، ومن هنا وصفت القاعدة القانونية بأنها ملزمة، ويجبر الأفراد على احترامها عن طريق توقيع الجزاء، وإلا فقدت القاعدة القانونية صفتها، ولم تصبح قاعدة قانونية⁽¹⁾ والجزاء في القاعدة القانونية ليس غاية بذاته، بل هو وسيلة لتحقيق غاية عملية وعي ألا يخرج الأفراد في سلوكهم عن حكم القاعدة القانونية.⁽²⁾ على أن هذا لا يعني أن احترام القانون يرجع دائماً إلى الخشية من توقيع الجزاء فالغالب أن يصدر هذا الاحترام عن رغبة تقوم على أساس الشعور بأن القانون ضرورة اجتماعية لا بد منها لحماية النظام في المجتمع والسير بالجماعة في طريق التقدم، لكن هذا لا يقلل من دور الجزاء بوصفه ضرورة حتمية لحمل الناس على احترام القانون لذلك فقد دعت الضرورة لوجود سلطة عامة مختصة بعهد إليها بكفالة احترام القانون وفي المجتمع الحديث فالدولة هي التي تقوم بتوقيع الجزاء على من يخالف القانون، فلا يجوز لأي شخص إن يوقع الجزاء بنفسه على من أساء إليه بمخالفة القانون ولا إن يقتص بنفسه ممن اعتدى عليه، ولا أن يسترد ماله بالقوة ممن اغتصبه، وإنما يجب عليه اللجوء إلى السلطة المختصة، وقد نصت المادة "50" من الدستور اليمني يحق للمواطن أن يلجأ إلى القضاء لحماية حقوقه ومصالحه المشروعة... إلخ.

أن قوة القانون تشمل على ما هو أكثر من فكرة الخضوع، ولكن عنصر الطاعة والخضوع هو العنصر الحاسم، وعلينا أن نميز هذا النوع من الخضوع الذي هو أحد خصائص العلاقة القانونية⁽³⁾.

وإذا أردنا أن نفرق بين المقصود بالإلزام والجزاء والقهر، قلنا أن القهر عن طريق السلطة العامة هو نوع من أنواع الجزاء التي تتفرد بها القاعدة القانونية. أما الجزاء فهو اصطلاح أوسع من اصطلاح القهر، وهو يشمل القهر كما يشمل غيره من الأنواع الخاصة بقواعد السلوك الأخرى.

(1) د. جميل الشراوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص 21. د. عبد المنعم فرج الصّدة، نفس المرجع، ص 19.

(2) د. سهيل الفتلاوي، نظرية القانون، ط 1، 1993م، ص 84.

(3) المحامي اللورد دينيس لويد، تعريب المحامي سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو فكرة القانون، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، العدد 1981/47م، ص 34.

أما الإلزام فهو صفة كامنة في كل قاعدة من قواعد السلوك⁽¹⁾ والجزاء في أبسط تعاريفه وأشملها، هو الأثر الذي يترتب على مخالفة فرد من الأفراد للقاعدة القانونية، وقد اختلف الفقه بشأن مدى اعتبار الجزاء عنصرا ملازما لوجود القاعدة القانونية فذهب البعض إلى أن الجزاء من مستلزمات القاعدة القانونية وأنه لا تعد قاعدة تلك التي لا تشتمل على جزاء يوقع جبرا. ولقد جعل أصحاب هذا الرأي من الجزاء معيارا للفرقة بين القواعد القانونية وغيرها من القواعد الاجتماعية، وذهب فريق آخر إلى أن الجزاء ليس عنصرا مكونا للقاعدة القانونية بل هو عنصر خارجي متعلق بمدى نفاذها، أو بعبارة أخرى أن القاعدة القانونية لا يشترط لقيامها أن تقترن فعلا بجزاء، بل يكفي أن تتجه نحو الاقتران بجزاء، أي إن عدم توافر الإيجاب المادي في القاعدة القانونية لا ينفي وجودها⁽²⁾ بل يقلل من فاعليتها ونفاذها في العمل، ويدلل أصحاب هذا الرأي على وجهة نظرهم بتخلف الجزاء في بعض فروع القانون كالقانون الدولي العام والقانون الدستوري.

ولكن من السهل تنفيذ هذا الرأي عن طريق التأمل في طبيعة كل من القانون الدولي العام والقانون الدستوري.

فبالنسبة للقانون الدولي، يمكن القول بأن التنظيم الدولي لم يبلغ بعد آخر مراحل تطوره، مثلما فعل النظام الداخلي للدولة من حيث وجود سلطة عليا فوق الأفراد تتولى توقيع الجزاء، وإن كان هذا لا يعني انتفاء أي جزء عن قواعد القانون الدولي العام، إذا أن الجزاءات متوافرة، ولكنها ذات طبيعة خاصة تتسجم مع طبيعة القانون الدولي العام كإبطال المعاهدات وتوقيع العقوبات الاقتصادية والحصار البحري...إلخ.

أما بالنسبة للقانون الدستوري فالجزاء أو الإيجاب متوافر، غاية الأمر أنه يأخذ صور مغايرة لصور الجزاء العادي - التي سنتحدث عنها لاحقا - فالجزاء في القانون الدستوري يتمثل في علمية الرقابة التي تقوم بها السلطات بعضها على البعض الآخر كذلك فقد يقوم الشعب باتخاذ إجراءات الجزاء إما بالوسائل السلمية أو بالوسائل غير السلمية.⁽³⁾

9 - صور الجزاء "أنواع الجزاء" للقاعدة القانونية

(1) د. سمير عبد الستار تناغ، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989م، ص 60-61.

(2) د. عبد المنعم البدرابي، مبادئ القانون، 1985م، ص 19 وما بعدها. د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة

العلوم القانونية، القانون" وفقا للقانون الكويتي" "دراسة مقارنة" مطبوعات جامعة الكويت، 1972م، ص 16.

(3) أنور سلطان، نفس المرجع، ص 26. د. عباس الصراف، د. جورج حزيون، د. نفس المرجع، ص 16.

يبتوع الجزاء تبعا لاختلاف القواعد القانونية، ونعرض هنا أهم أنواع الجزاء وهو الجزاء الجنائي والجزاء المدني والجزاء الإداري.⁽¹⁾

أ - الجزاء الجنائي:

وهو الجزاء الذي يوقع على من ارتكب فعلا تجرمه قاعدة جنائية وهو بذلك يعد أقصى أنواع الجزاء حيث أنه يوقع في حالة ارتكاب فعلا يعد إخلال بأمن المجتمع وسلامته. وهذا الجزاء قد يكون عقوبة بدنية كالإعدام والإشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة. كما قد يكون الجزاء في شكل عقوبة مقيدة للحرية كالحبس، أو عقوبة مالية كالغرامة أو المصادرة. ويلاحظ أن ارتكاب الجريمة وتوقيع الجزاء الجنائي لا يمنع من أن الجريمة تعد في حالات خاصة اعتداء على حق خالص يخول لصاحبه بتوقيع جزاء مدني في ذات الوقت فإتلاف مال الغير عمدا جريمة تستوجب توقيع جزاء جنائي وفي الوقت نفسه للمعتدى على ماله الحق في المطالبة بتوقيع جزاء مدني يتمثل في تعويضه هما أصابه من ضرر.⁽²⁾

ب - الجزاء المدني:

وهو الجزاء الذي يترتب في حالة مخالفة القانون المدني والجزاءات المدنية كثيرة ومتعددة. فقد يقصد به محو مكل أثر لمخالفة القانون كهدم الحائط الذي بني في ملك الجار أو سد المطلات التي فتحت على مسافة أقل من المسافة القانونية وقد يتخذ الجزاء صورة البطلان، فإذا أبرم تصرف مخالف للقانون المدني. فالقانون لا يترتب عليه أي أثر فمثلا إذا تعاقد شخص مع مجنون، فمثل هذا التعاقد يعد باطلا، أي كأن لم يقع، ولا يلتزم المجنون في ماله بشيء.. ومن يستأجر بيتا ليديره للدعارة يعتبر عقده باطلا ولا يلتزم المؤجر قبله بأي التزام. وقد يتخذ الجزاء صورة التعويض، أي ضمان الأضرار التي لحقت بالمتضرر فإذا أحدث شخص ضررا بآخر فإنه يكون مسئولا عن فعله الضار على أساس القاعدة العامة الفعل الضار وبالتحديد نص المادة 307 من القانون المدني اليمني والتي تنص (كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئا عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضررا يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه...).

ج - الجزاء الإداري:

(1) د. عصام أنور سليم و د. محمد حسن قاسم، نفس المرجع، ص19. د. سهيل الفتلاوي، نفس المرجع، ص88،

د. جميل الشرقاوي، نفس المرجع، ص21 وما بعدها.

(2) عصام أنور سليم ومحمد حن قاسم، نفس المرجع، ص20.

هو الجزاء الذي يترتب على مخالفة قواعد القانون الإداري بسبب إهمال الموظف في أداء عمله أو انقطاعه عنه بدون عذر⁽¹⁾ ويسمى هذا النوع من الجزاء أيضا بالجزاء التأديبي لتمييزه عن غيره من الجزاءات علما أن الجزاء التأديبي يقوم المشرع بتحديدته على سبيل الحصر وبالتالي لا يجوز للهيئة التأديبية أن توقع عقوبة أو جزاء لم ينص عليه القانون ومن الجزاءات الإدارية الإنذار واللوم وتأجيل منح العلامة أو الحرمان منها، والخصم من الراتب أو الحرمان منه والعزل من الوظيفة مع حفظ الحق في المعاش...إلخ. وهناك اتجاه لدى الفقه يضيف نوعين من الجزاءات هما الجزاء السياسي والجزاء المهني.⁽²⁾

10 - خصائص الجزاء :

يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بخصائص معينة⁽³⁾ هي:

- أ - أنه مادي محسوس، أي يتخذ مظهرا خارجيا يقوم على الإجبار الذي تباشره السلطة العامة بالقوة المادية.
- ب - الجزاء في القاعدة القانونية جزاء منظم، إذ تتولاه السلطة العامة باسم الجماعة وفقا لنظام محدد، لذلك يطلق عليه الإجبار الجماعي.
- ج - أنه جزاء دنيوي، أي يوقع على الأفراد في الحياة الدنيا، وبذلك فإنه يختلف عن الجزاء الديني الذي يلقاه العاصي في الآخرة.

11 - السلطة المختصة بتوقيع الجزاء :

عرفت المجتمعات القديمة ظاهرة الجريمة في صور متعددة، وقررت لها إجراءات في المقابل تمثلت في الانتقام الفردي كرد فعل لعقاب المجرم في مرحلة أولى، وتجسدت في الانتقام الجماعي

⁽¹⁾ د. عبد القادر الشيلخي، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر، عمان، 1983م، ص45 وما بعدها.
- علي خليل إبراهيم، جريمة الموظف العام الخاضعة للتأديب في القانون العراقي، الدار العربية، بغداد، ص 14 وما بعدها.

⁽²⁾ انظر د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، نفس المرجع، ص23. د. سهيل الفتلاوي، ص90، د. عبد الحي حجازي، نفس المرجع، ص113.

⁽³⁾ د. جميل الشرقاوي، نفس المرجع، ص25، د. محمد السعيد رشدي، نفس المرجع، ص15-16.

في مرحلة لاحقة حين انتقلت الجماعة إلى تنظيم نفسها في إطار القبيلة أو العشيرة التي كانت تلتزم مبدأ الدفاع عن أفرادها. (1)

أما في المجتمعات الحديثة وبعد بروز الدولة أصبح توقيع الجزاء من اختصاص السلطة العامة عن طريق السلطة القضائية "المحاكم". (2)

وفي الجمهورية اليمنية ينظم الفصل الثالث من الدستور "السلطة القضائية" وكذلك القانون رقم "1" 1990 بشأن السلطة القضائية ووفقا للمادة "10" من القانون تعد المحكمة العليا أعلى هيئة قضائية في الجمهورية اليمنية، وقد تناول القانون كيفية تكوين المحكمة واختصاصاتها... إلخ وتسمى هذا المحكمة في فرنسا ومصر بمحكمة النقض وفي الأردن والعراق محكمة التمييز.

ومع أن الأصل هو أن توقيع الجزاء احتكار للسلطة العامة لا يشاركها الأفراد فيه، فإن هذا لا يمنع من التسليم بحق الأفراد في الالتجاء إلى الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم بأنفسهم في حالات الضرورة كإباحة الدفاع الشرعي عن النفس أو عن المال ضد اعتداء الغير، وهو لا يجوز إلا حيث تتعذر الاستعانة بالسلطة العامة في ذلك وكإباحة الامتناع عن الوفاء بدين للغير حيث يكون ذلك لازما لإجبار الدائن على الوفاء بدين مقابل، وكالاعتراف بحق الإضراب للعمال دفاعا عن حقوقهم في بعض الظروف. (3)

ومما ينبغي الإشارة إليه ونحن في سياق الحديث عن خصائص القاعدة القانونية، فأنا نشير إلى أن الخصائص الأربع التي ذكرت هناك من يضيف إليها خاصية⁽⁴⁾ وهي الصفة أو الخاصية التبادلية للقاعدة القانونية، بمعنى أن القانون بوصفه مجموعة قواعد تنظم العلاقات الاجتماعية يسند إلى الأشخاص الذين نشأت العلاقة فيما بينهم مراكز تختلف في طابعها بعضها عن بعض فهو يعترف للطرف الذي نشأت العلاقة لمصلحته بمركز ايجابي هو مركز صاحب الحق، ويسند إلى الطرف الآخر، وهو من لم تنشأ العلاقة لمصلحته، مركزا سلبيا وهو مركز المدين، وبذلك يكون معنى أن للعلاقة القانونية طابعا تبادليا أنها تقتض وجود علاقة بين طرفين وأنها إذ تنشئ حقوقا لأحد طرفي هذه العلاقة تنشئ على الطرف الآخر واجبات تقابل هذه الحقوق، بحيث يمكن أن يقال

(1) د. علي محمد جعفر، العقوبات والتدابير وأساليب تنفيذها، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ط1، 1988م، ص6.

(2) د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص44.

(3) جميل الشرقاوي، ص26.

(4) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص141.

أن فكرة الحق وفكرة الواجب ترتبط كلتاهما بالأخرى ارتباطاً وثيقاً إلى حد وصف فكرة الواجب الصورة السلبية للفكرة الأولى وهي فكرة الحق.

المبحث الثاني

تميز القواعد القانونية عن القواعد الاجتماعية الأخرى

12 - ليست القاعدة القانونية وحدها التي تحكم سلوك الأشخاص في المجتمع، بل توجد إلى جانبها قواعد تشترك معها في هذا الشأن فهناك قواعد المجاملات والعادات والتقاليد، وقواعد الأخلاق، وقواعد الدين، وهذه كلها قواعد اجتماعية تحكم سلوك الأفراد في المجتمع. ولذا يجب التمييز بين هذه القواعد وبين القواعد القانونية.

وهذا ما تعرض له في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: القاعدة القانونية وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد.

المطلب الثاني: القاعدة القانونية والقواعد الأخلاقية

المطلب الثالث: القاعدة القانونية والقواعد الدينية

المطلب الأول

القاعدة القانونية وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد

13 - في كل مجتمع قواعد وسلوك يحرص الناس على إتباعها في علاقاتهم اليومية فهناك قواعد تقضي بها المجاملات كالتحية عند اللقاء، زيارة المريض أو العائد من سفر طويل، أو تقديم التهنية في الأفراح، والعزاء في الموت... الخ وهناك قواعد يعتاد عليها الناس أو تجري بها تقاليدهم بشأن المظهر والملبس وأنماط العيش والمأكل، وهذه التقاليد والعادات تختلف بالنسبة للرجال عنها في النساء⁽¹⁾ والهدف من هذه القواعد هو تدعيم الصلات بين أفراد المجتمع. والفارق الجوهرى بين القاعدة القانونية، هو أن القاعدة القانونية ملزمة، وتقرن بالجزاء المادي الذي يوقع جبراً بواسطة السلطة العامة على من يخالفها⁽²⁾ أما جزاء مخالفة قواعد العادات والمجاملات فهو مجرد رد فعل لدى الأفراد الآخرين، مثل غضب الصديق من

(1) د . عبد المنعم فرج الصّدة، ص33، د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، ص37.

(2) المحامي د. عبد القادر الفأر، ص25.

صديقه، أو المعاملة بالمثل، أو النظر إلى المخالفة نظرة اشمئزاز أو غير ذلك، دون أن يكون في الإمكان اللجوء إلى السلطات العامة لتوقيع جزاء.

ومع ذلك فمن المعروف أن ترتقي بعض هذه القواعد إلى مرتبة القواعد القانونية ويكون ذلك إذا ما صارت من الأهمية للمجتمع بحيث يتوافر الإلزام الخارجي لها، كما لو صدر تشريع يفرض زيا معيناً على الناس. أو على فئات منهم كما قد يتدخل المشرع أو جهة معينة لمنع التدخين في الأماكن العامة كما هو الحال في فرنسا. وبعض دول العالم حرصاً على المصلحة العامة، ومن الأمثلة على ذلك تدخل المشرع اليميني قبل الوحدة المباركة عندما حدد يومين في الأسبوع فقط لمصغ "القات" كما حظر تداوله ومضغه في محافظات معينة.

المطلب الثاني

القاعدة القانونية والقواعد الأخلاقية

14 - تعني الأخلاق القيم الفاضلة في المجتمع، أو القيم التي تقرها الأكثرية الخيرة من أبناء المجتمع وتهدف عادة إلى تجريد الإنسان من الأنانية والاستغلال والتخلي بالصدق وحسن النية⁽¹⁾... إلخ ويجب على كل فرد في المجتمع أن يحترم هذه القاعد والعمل بها وإلا تعرض لسخط المجتمع وازدراءه. ويوجد شبه كبير بين القاعدة الأخلاقية والقاعدة القانونية، إذ أن كليتهما من القواعد التي تبين ما يجب أن يكون وتهدفان إلى إقامة العلاقات بين الناس بعضهم ببعض على أساس العدالة والمساواة وكتاهما تعدان ملزمتين ولكل منها جزاء يترتب على مخالفتها، كما أن العديد من النصوص القانونية ما هي في الواقع إلا مجموعة قواعد خلقية بنيت عليها تلك النصوص، فما تنهي عنه الأخلاق قد تحرمه القوانين أيضاً.

فالقواعد الأخلاقية تمنع القتل والسرقة والقتل، أيضاً الحكم في القوانين الجنائية ناهيك عن أن القواعد الخلقية تمنع الاتفاقات المخالفة للأداب العامة، كما هو الحال في القوانين المدنية فأنها تعد هذه الاتفاقات المخالفة للأداب العامة، باطلة أيضاً ومع ذلك تختلف قواعد القانون من النواحي الآتية: (2)

أ - النطاق:

(1) د. عدنان الدوري، د. لطيف جبر كومانى، المبادئ القانونية العامة "طلبة كلية الاقتصاد" الجامعة المفتوحة، 1994م، ص 17-18.

(2) د. سعيد عبد الكريم، أصول القانون، جامعة بغداد، 1982م، ص 25، أنور سلطان، المرجع السابق، ص 28، د. توفيق حسن فرج، محمد يحيى مطر، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، 1990م، ص 22 وما بعدها.

نطاق قواعد الأخلاق أوسع من نطاق القواعد القانونية فالقانون لا يحكم إلا السلوك الخارجي دون أن يهتم بالبواعث والنوايا، بينما تعفي قواعد الأخلاق إلى جانب اهتمامها بالسلوك الخارجي للفرد بالنوايا والبواعث التي يضمها الفرد في نفسه.

ب - الجزاء :

يختلف جزاء القاعدة القانونية عن جزاء القاعدة الأخلاقية، فالأولى تقتزن بجزاء مادي كالحبس والغرامة... إلخ، بينما الثانية تقتزن بجزاء معنوي هو تأنيب الضمير ثم سخط المجتمع واستنكاره وشجبه على المخالف ونفوره منه ولذلك فجزاء القواعد القانونية قابل بطبيعته للتنفيذ المادي على خلاف جزاء القواعد الأخلاقية.

ج - السلطة التي توقع الجزاء :

السلطة التي توقع جزاء مخالف القواعد القانونية هي السلطة العامة "القضاء" في حين من يتولى فرض جزاء مخالفة القواعد الأخلاقية هو ضمير المخالف ثم المجتمع الذي يعيش فيه.

د - الغاية :

القواعد القانونية تهدف إلى تحقيق النفع المادي للمجتمع ، بينما القواعد الأخلاقية تهدف إلى تحقيق غاية مثالية هي السمو بالإنسان.

هـ - الوضوح :

قواعد القانون تكون واضحة ومعينة ويمكن التعرف عليها بسهولة بينما قواعد الأخلاق ليست كذلك، كونها أحاسيس داخلية مرجعها ضمير الشخص وهي لذلك غير واضحة وغالبا ما يكتنفها الغموض.

و - المضمون :

تختلف القاعدة القانونية عن القاعد الأخلاقية كون الأولى بخلاف الثانية ذات طابع تبادلي، لأن القاعدة الخلقية تقتصر على مجرد الواجبات دون أن تتجاوز ذلك غالى تقرير الحقوق، فالقاعدة الأخلاقية التي تقضي على القادرين واجب مساعدة المحتاجين لا تنشئ بذلك للمحتاجين حقا في مطالبة القادرين بالعون في حين أن القاعدة القانونية لا تكتفي ببيان الواجبات بل تقرر الحقوق إلى جانب ذلك. (1)

(1) د. محمد السعيد رشدي، ص17، د. غالب علي الداودي، ص28/27، د. سعيد جبر، ص28-29، جميل الشرقاوي، ص31 ما بعدها.

وقد صور البعض علاقة القانون بالأخلاق بدائرتين متداخلتين، يمثل الجزء الداخلي في التقاطع الأرضية المشتركة بين الاثنين. والأجزاء الخارجة تمثل المجالات المميزة التي يتمتع بها كل منهما بهيمنة مطلقة فيها. غير أن هذه الصور مضللة من حيث أنها تخلق انطباعاً بأنه حيثما توجد أرضية مشتركة بين الاثنين - القانون والأخلاق - يوجد تماثل، وهذا ليس صحيحاً دائماً.

ومع ذلك تظل هناك رقعة عريضة مشتركة بين القانون والأخلاق ليست بعيدة المنال فكلاهما معني بفرض مستويات معينة من السلوك، من الصعب جداً أن يعيش المجتمع بدونها، وفي العديد من هذه المستويات الجوهرية يعزز القانون والأخلاق كل منهما الآخر كجزء من نسيج الحياة الاجتماعية.

المطلب الثالث

القاعدة القانونية وقواعد الدين

15 - الدين رسالة منزلة في الأصل من عند المولى عز وجل على رسول أو نبي من البشر يبلغها للناس للإيمان بها والعمل بأحكامها وهذه الأحكام تنظم علاقة الفرد بربه وتسمى "العبادات" وعلاقة الفرد بنفسه تسمى قواعد الأخلاق الشخصية" وعلاقة الفرد بغيره من أفراد المجتمع وتسمى قواعد المعاملات.

ويتفق القانون والدين في أن كل منهما يخاطب الناس بقواعد ملزمة ومنظمة لسلوكهم وقد تعد بعض القواعد الدينية قواعد قانونية إذا أوجب المشرع تطبيقها كما هو الحال في الجمهورية اليمنية "قانون الأحوال الشخصية رقم 20 لعام 92م قانون الجرائم والعقوبات رقم 1 لسنة 94م.

وتختلف قواعد الدين عن القواعد القانونية من وجوه عدة أهمها أن الدين قواعد منزلة من عند العلي القدير بينما القانون عبارة عن قواعد من وضع البشر، وهناك اختلاف من حيث النطاق، فنطاق الدين أوسع من نطاق القانون، حيث ينظم الدين سلوك الإنسان مع ربه ومع نفسه وغيره من الناس بينما تعني القاعدة القانونية تنظيم سلوك الإنسان مع غيره فقط. وأيضاً هناك اختلاف من حيث الغاية فغاية قواعد الدين هي الخير والنظام والسمو بالسلوك نحو الكمال، بينما غرض قواعد القانون تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع.⁽¹⁾

وأهم ما يميز قواعد الدين عن قواعد الأخلاق الجزاء فجزاء القواعد القانونية كما سبق وعرفناه جزاء مادي وحال توقعه السلطة المختصة أما قواعد الدين فالجزاء فيها أساساً جزاء مؤجل إلى أن تقوم الساعة فهو جزاء أخروياً إلى جانب ما قد يوجد من جزاءات دنيوية.

(1) عصام أنور سليم ومحمد حسن قاسم، نفس المرجع، ص25، عباس الصراف وجورج حزبون، ص20.

المبحث الثالث

علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى

16 - من المسلم به القول بأن القاعدة القانونية تدخل في نطاق العلوم الاجتماعية لأنها تنظم سلوك ونشاط الأشخاص في المجتمع والعلوم الاجتماعية تتناول بالتنظيم نشاط الفرد الطبيعي والشخص المعنوي من الجوانب كافة.

وتأسيساً لما تقدم، نتناول علاقة القانون بعلم الاجتماع، وعلم الاقتصاد، وعلم التاريخ، وعلم السياسة، وأخيراً علم الإجرام.

المطلب الأول

القانون وعلم الاجتماع

يعد علم الاجتماع من العلوم الاجتماعية الوضعية كونه يدرس الظواهر الاجتماعية من حيث أسبابها ونتائجها، ويستخلص من ذلك قواعد عامة مؤداها إن نتائج معينة ستترتب كلما توافرت شروط واحدة.⁽¹⁾

وقد تفرع من علم الاجتماع فرع يسمى بـ "علم الاجتماع القانوني" وعلم الاجتماع القانوني يعنى بدراسة تفرع سلوك الناس إزاء القواعد القانونية المطبقة واستخلاص النتائج الاجتماعية المترتبة على سن تشريع أو تعديله أو إلغائه. ويرشد المشرع إلى ما ينبغي سنه من قواعد قانونية جديدة أو إلى ما ينبغي تعديله أو إلغائه من القواعد القانونية النافذة.⁽²⁾

أما علم القانون وهو من العلوم الاجتماعية والتوجيهية كونه لا يقتصر على دراسة ما هو كائن بل يتعدى ذلك إلى دراسة ما يجب أن يكون، لذلك فهو يختلف عن علم الاجتماع إذ أن الأخير يقتصر على دراسة ما هو كائن وبيانه.

أن الاختلاف بين علم القانون وعلم الاجتماع لا ينفي الصلة الوثيقة بينهما، فخلق القاعدة القانونية وتطبيقها يتوقف إلى حد بعيد على الحقائق الاجتماعية التي يقدمها علم الاجتماع القانوني للمشروع، إذ يستطيع المشرع من خلال معرفته بهذه الحقائق تغيير القواعد القانونية النافذة وإقرار قواعد أخرى. فمثلاً إذا سجلت البحوث الاجتماعية ظاهرة تزايد نسبة ارتكاب جريمة معينة وجب على المشرع معالجة ذلك بإعادة النظر في التشريع القائم.

(1) د. سامية محمد جابر، نفس المرجع، ص 11 وما بعدها.

(2) هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة د. أكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986م، ص 76.

المطلب الثاني

القانون وعلم الاقتصاد

ليس جديدا القول، بأن العلاقة بين علم القانون وعلم الاقتصاد عميقة الوشائج إذ أن التأثير متبادل بينهما⁽¹⁾ فللعوامل الاقتصادية أثر لا ينكر في خلق وتطوير القانون مما يستلزم معرفة الاتجاه الاقتصادي قبل الشروع بوضع القاعدة القانونية فالإقتصاد الحر يستوجب إطلاق حق الملكية وحرية تداول الأموال في حين مذهب الإقتصاد الموجه يستوجب تقييدها.

أيضا القانون يؤثر في الإقتصاد، فوجود قواعد قانونية معينة تؤدي إلى ظواهر اقتصادية معينة ما كان وجودها ممكنا لولا وجود تلك القواعد القانونية فمثلا القاعد التي تشجع الاستثمار تؤدي إلى نمو وازدهار الإقتصاد وانتعاشه كذلك وجود قواعد قانونية من شأنها خفض الضرائب على الصادرات تؤدي إلى قدرة السلع الوطنية على المنافسة في الأسواق الخارجية.

المطلب الثالث

القانون وعلم التاريخ

يتصل القانون بالتاريخ ليقف على مدى تطور النظم الاجتماعية والسياسية والقانونية والاقتصادية فيهندي بها في وضع قواعده⁽²⁾ وفي ضوء ذلك يمكن للمشرع تجنب القواعد القانونية القديمة التي أشارت الدراسات التاريخية إلى فشلها من جانب، ومن جانب آخر الإبقاء على تلك القواعد التي ثبتت صلاحيتها. وفي إطار التاريخ كعلم يبرز موضوع مستقل وهو تاريخ القانون.⁽³⁾

المطلب الرابع

القانون وعلم السياسة

من الصعوبة بمكان فصل القانون عن السياسة إذ أن الاتجاهات السياسية التي تسود في المجتمع لها أثرها في تطوير القانون. وقد عُرف عن المدرسة الفرنسية ربطها بين القانون والسياسة⁽⁴⁾ بل كانت إلى عهد قريب تجعل من دراسة القانون الدستوري "القانون الذي يحدد نظام الحكم في الدولة" ركنا أساسيا لعمل السياسة. وغالبا ما يحكم القانون جوهر العمل السياسي

(1) د. سعيد عبد الكريم، نفس المرجع، ص19 وما بعدها، عبد الحي حجازي، ص49 وما بعدها.

(2) د. عباس الصرّاف وجورج حزبون، ص20-21.

(3) راجع عباس العبودي، تاريخ القانون، مصدر سابق، نفس الصفحة.

(4) د. بطرس بطرس غالي، د. محمود خيرى عيسى، المدخل في علم السياسة، ط8، مكتبة الإنجلو المصرية،

1989م، ص11.

وخطواته عند كل مستوى، وهو الذي يحدد الإجراء الواجب اتخاذه في إحداث السياسة الداخلية والخارجية. (1)

والقواعد القانونية هي التي تتكفل ببيان طبيعة النظام السياسي وأسلوب إدارة الدولة والمجتمع وحقوق الأفراد السياسية وواجباتهم في هذا الميدان وتوزيع السلطات "التشريعية والتنفيذية والقضائية" وطبيعة العلاقة بينها. (2)

المطلب الخامس

القانون وعلم الإجرام

لعلم الإجرام صلة وثيقة بالقانون، فعلم الإجرام يتناول شخصية المجرم والوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه، والعمل الإجرامي ودوافعه والوسائل المساعدة للجريمة وطرق اكتشافها ووسائل مكافحتها⁽³⁾ ومن البديهي أن تكون لهذه الأمور التي يتناولها علم الإجرام أهميتها بالنسبة للقانون، ولذا اقتضى الأمر تدريس مادة الإجرام في كليات القانون. (4)

الفصل الثاني

أساس القانون ومدى تدخله في نشاط الأشخاص

17 - الغرض من دراسة أساس القانون هو البحث عن الأسس التي تُبنى عليها القواعد القانونية، وكذلك العوامل والمؤثرات التي تخضع لها وباختصار فإن أساس القانون يعني بيان تلك الآراء والنظريات التي ترتفع وتسمو بذاتها فوق النصوص، بغية تحديد طبيعة القانون وأساس وجوده هذا من جانب ومن جانب آخر فالبحث يقتضي وبعد أن عرفنا أن القانون عبارة عن مجموعة من قواعد تحدد أنماط السلوك داخل المجتمع، فمن الطبيعي أن نتساءل عن الدور

(1) انظر د. محمد محمود ربيع، مناهج البحث في العلوم السياسية، الطبعة الثانية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1987م، ص188.

(2) د. خالد الزعبي، ومنذر الفضل، ص41.

(3) د. عبد الرحمن العيسوي، علم النفس القانوني، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص12، د. محمد خلف، مبادئ علم الإجرام، الطبعة (2)، 1977م، ص15 وما بعدها.

(4) نحبذ التسمية هذه بدلا من كلية الحقوق، كون أن الحقوق أضيق اصطلاحا من القانون باعتبار الحقوق ليس إلا ثمرة من ثمار القانون، ناهيك عن ما يدرس في الجامعات والكليات هو القانون كعلم من العلوم الإنسانية.

الصحيح الذي يؤديه في هذا الجانب، والحد الذي يقف عنده في تدخله في شؤون الأفراد وعلاقاتهم المختلفة وعليه فأنا سنحاول في هذا الفصل إعطاء لمحة عن أهم المدارس والمذاهب التي عُنت بالبحث في أساس القانون، وكذلك وجهات النظر التي قيلت بشأن تحديد نطاق تدخل القانون في نشاط الأفراد.

ولذلك سينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: أساس القانون

المبحث الثاني: مدى تدخل القانون في نشاط الأشخاص.

المبحث الأول

أساس القانون "طبيعة القانون"

18 - البحث في أساس القانون، شغل الفلاسفة والمفكرون على مدى أجيال وقد تجلى ذلك في ظهور اتجاهات ومدارس فكرية عديدة، علما أن الفكر الإنساني القانوني المعاصر لم يتخطى حتى الآن أفكار الفلسفة اليونانية التي ما برحبت تحتل مكانا مرموقا بين الاتجاهات الفلسفية المعاصر، ونحن في هذا المبحث ليس بمقدورنا إعطاء حصر شامل لكل ما قيل في

هذا الموضوع لأن ذلك يتجاوز حدود هذا المبحث المقتصر على التقديم والتمهيد لدراسة القانون كعلم.

ومن بين الأفكار والنظريات التي بحثت في أساس القانون، نظرية التضامن الاجتماعي للعميد دوجي، ونظرية الغاية والكفاح "اهرتج" ونظرية النظم "هوريو" ونظرية التوازن "مورتي" والنظرية الماركسية "ماركس وإنجلس"، والنظرية الاجتماعية "دوركايم" ونظرية الهدف العالي "جونو" ونظرية الثقة المشروعة "ليفي" والنظرية المحضة أو نظرية القانون البحث "هانس كاسن".

وبديهي القول بأن المدارس الفقهية قد اختلفت في البحث عن أساس وأصل أو جوهر القاعدة القانونية، وبوصفها قاعدة وضعية، وهذا بخلاف القاعد الدينية، وقد برز من بين تلك النظريات عدة مدارس على النحو التالي:

المطلب الأول: المدرسة التاريخية

المطلب الثاني: المدرسة الوضعية

المطلب الثالث: مدرسة الشرح على التوازن

المطلب الرابع: مدرسة القانون الوضعي

المطلب الخامس: مدرسة العلم والصياغة

المطلب السادس: المدرسة الإسلامية

المطلب الأول

المدرسة التاريخية

19 - ظهرت هذه المدرسة في أوائل القرن التاسع عشر، وكان من أبرز المنادين بها الفقيه "سافيني" ونقطة البداية عند هذه المدرسة هي اعتراضها على بعض الأفكار السائدة آنذاك، فقد اعترض أنصارها على فكرة التقنين "تجميع القواعد القانونية في فرع معين من فروع

القانون وتبويبها وتنظيمها وإصدارها في مجموعة متكاملة" لأنها حسب رأيهم تؤدي إلى تجميد القواعد القانونية ومنع تطويرها وكذلك ينتقد ممثلو هذه المدرسة فكرة العقد الاجتماعي لأنها من نسيج خيال بعض الفلاسفة، ولا تستند إلى أي واقع تاريخي، وهم يعترضون على الاتجاه الثوري لأنه يحدث تغييرات جذرية تتعسف منطق التاريخ الذي يقوم على تطور متصل الحلقات وتشوه هذا المنطق، كما يعترضون على دور العقد والإرادة مع أنه لا يتفق مع واقع المجتمع.⁽¹⁾

وتتلخص فكرة هذه المدرسة في أن القوة الخلاقة للقانون تكمن في الشعب ولكن الشعب المقصود هما ليس الشعب الحالي فقط وإنما السلسلة التي تتعاقب من خلالها الأجيال والتي يتصل فيها الماضي بالحاضر والمستقبل. فحفظ القانون واستقراره في نفوس المخاطبين به يستند إلى التقاليد التي هي ميراث ينتقل من جيل إلى آخر بلا انقطاع وبطريقة غير ملموسة.

فقانون شعب معين هو من صنع التاريخ وهو لا يختلف في ذلك عن الأخلاق وعن اللغة وسائر الظواهر الاجتماعية الأخرى، بالتالي فهو لا ينفصل عن طبيعة وصفات وقدرات هذا الشعب.

وفي نظر هذه المدرسة لا تزيد المصادر الرسمية للقانون عن كونها وسائل لكشف القواعد الموجودة سلفاً والتي هي وليد التقاليد، وهذا يبرز ما تنادي به هذه المدرسة من أولوية للعرف بوصفها مصدراً للقانون، وذلك لأنه وسيلة مباشرة للكشف عن القاعدة القانونية الحقيقية، فالعرف هو اعتياد الناس على سلوك معين وحكم معين، والاعتياد هو التكرار التدريجي والتلقائي لسلوك يعبر عن التقاليد التي هي وليدة التاريخ.

أما عن التشريع فهو تعبير غير مباشر عن قاعدة قانونية لأنه يصدر بقرار من إحدى سلطات الدولة، هذا القرار قد يكون حكيماً، وبالتالي قد ينحرف عن القاعدة الحقيقية التي يقود إليها التطور التاريخي.

(1) د. سمير عبد السيد تناغو، نفس المرجع، ص 166 وما بعدها.

- د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 37.

- د. هشام القاسم، نفس المرجع، ص 56.

- د. سعيد عبد الكريم مبارك، 71 وما بعدها.

- د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، الدار الجامعية، 1990م، ص 110 وما بعدها.

- د. غالب علي الداودي، ص 14.

- د. أنور سلطان، ص 85.

وهكذا تنتهي هذه المدرسة إلى أن القاعدة القانونية تستند في وجودها إلى المجتمع في صورته المستمرة، أي مجتمعه الأمس واليوم وغدا، ولا شك في أن لهذه المدرسة الفضل الأكبر في لفت الأنظار إلى أهمية دور الواقع الاجتماعي الذي هو وليد التطور التاريخي في ظهر القاعدة القانونية تطورها، ولكن يؤخذ على هذه المدرسة إنكارها التام لدور الإرادة الواعية والمفكرة وفي إنشاء القاعدة القانونية وتطورا..

ولم تسلم هذه النظرية من الانتقادات. إذ تعرضت للنقد بداعي أنها تنكر دور المشرع في قيام القاعدة القانونية⁽¹⁾ وكونها تعطي العرف الأولوية في ذلك.⁽²⁾

المطلب الثاني

المدرسة الوضعية

20 - الفكرة المشتركة بين أصحاب هذه المدرسة هي أن الظاهرة القانونية لا يجوز البحث عنها خارج نطاق القانون الوضعي، وهي مجموعة القواعد القانونية المطبقة فعلا في مجتمع معين في لحظة معينة بما في ذلك العمل القضائي الذي يطبقها، والعمل الفقهي الذي يشرحها ويحلل ويربط بينهما. القانون لا يعرف القواعد أو المبادئ التي تعلق القانون الوضعي أو تسبقه، لأنها طبيعية أو مقدسة أو أخلاقية، والقانون لا يعرف القواعد الأبدية التي تتوارثها الإنسانية كلها، فالقانون متغير متحرك، ويختلف حسب الزمان والمكان، فتحريم بيوت القمار أو تعطي المخدرات الذي هو حكم القانون في مجتمع قد لا يكون في مجتمع آخر، ويندرج تحت هذه المدرسة الوضعية تيارات أساسيان هما الوضعية القانونية أو الشكلية والوضعية الاجتماعية.⁽³⁾

أ - الوضعية القانونية أو الشكلية:

يذهب رواد هذا الاتجاه إلى القول بأن لا وجود للقانون خارج القواعد التي تصدرها الدولة أو تتبناها صراحة أو ضمنا والتي تربطها بجزء مادي خارجي يضمن احترامها. فالقانون لا يستبعد في نظرهم من نطاق القانون ويلاحظ أن هذا الفريق يتوقف عند المصدر الرسمي للقانون الوضعي والقانون الوضعي هو مجموعة من القواعد التي تتولد عن المصادر الرسمية التي من اختصاصها إصدار الأوامر الملزمة المقرونة بالجزاء. وهذه الصادر هي أساسا قرارات الدولة التي تصدرها التشريعات، فهم لا يقبلون البحث فيما وراء أو قبل المصدر الرسمي للوصول إلى القاعدة القانونية.

(1) د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 72.

(2) د. حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، دار الفكر العربي، 1979م، ص 65.

(3) د. صلاح الدين الناهي وآخرون، ص 30 وما بعدها، د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 38 وما بعدها، د. عبد

الحي حجازي، ص 194 وما بعدها.

ويلاحظ أيضا أن هذا الاتجاه يربط القانون بالدولة بصفته صاحبة الأمر والنهي، وبصفته مالكة للقوة التي تستطيع استنادا إليها أن تلزم الغير بمضمون أوامرها.⁽¹⁾

وقد وجدت اتجاهات يمكن عدها ضمن مدرسة الوضعية القانونية كاتجاه الفيلسوف الانجليزي "أوستن" الذي يرى أن القانون هو الأمر الملزم، والمقترن بجزاء مادي خارجي، الذي يصدره الحاكم الذي يملك السلطة السياسية العليا في المجتمع.

والقانون في نظر هذا الفريق يفترض وجود مجتمع منظم سياسيا يضم حاكما له سلطة الأمر والنهي، ويضم محكومين يلتزمون بالخضوع وبالطاعة، ولا تفرقه في ذلك بين نظام حكم وآخر أو بين شكل للدولة وآخر، فهذا الحاكم قد يكون دكتاتوريا أو مجلسا شعبيا منتخبا، وقد يكون ملكا أو إمبراطورا أو رئيس جمهورية، فالمهم في ذلك هو الإمساك بالسلطة السياسية العليا، والسيطرة على أدوات القهر والالتزام ووجود أمر ملزم صادر من هذا الحاكم السياسي.

ويترتب على ذلك أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وأن تفسيره يجب أن يرمي فقط إلى الكشف عن إرادة الحاكم الذي أصدره، وبالتالي فليس للقاضي أن يتجاهل هذه الإرادة أو يحورها، أو يضيف إليها خضوعا لمبادئ العدالة أو تمشيا مع التطور وما طرأ على المجتمع من تغير.

ب - الوضعية الاجتماعية:

يتفق هذا التيار مع الوضعية القانونية في الإنكار الكلي للقانون المطلق والأبدي الذي يفرض من أعلى مما وراء المحسوسات. فلا وجود في نظرهم للقانون خارج القانون الوضعي. ولكن هذا التيار يختلف مع الوضعية القانونية في أنه لا يقف عند الدولة وإرادتها بوصفها مصدر القانون وأنصار الوضعية الاجتماعية لا يقفون عن المصدر الرسمي أو المباشر وإنما يركزون الاهتمام على المصدر المادي أو الفعلي الذي يحرك المصدر الرسمي، وهم في ذلك يقتربون من النظرية الماركسية في فكرة المصدر المادي للقانون مع الملاحظة بأننا لن نجد بالتأكيد نظرية عامة حول الدولة لدى كلاسيكي الماركسية، ليس أنهما لم يستطيعا تطوير مثل هذه النظرية، بل لأنه لا يمكن وضع نظرية عامة للدولة.⁽²⁾

فمصدر القانون يجب البحث عنه في الوسط الاجتماعي نفسه، أي في عناصر الواقع التي تتحرك وتفرض حكما معيناً، فالقانون ظاهرة اجتماعية تترجم رغبة المجتمع في الحياة وفي التقدم، والمجتمع في سعيه نحو هدفه يهتدي تلقائيا إلى القواعد الأكثر ملائمة لذلك، والسبيل الوحيدة

(1) يقف على رأس هذه المدرسة الفيلسوف "كلسن" ومن أشهر علمائها أيضا "باستال" و"هوز" و"هيجل" الذي يرى أن القانون هو الدولة ذاتها نقلا عن د. إبراهيم سعد وآخرون، ص39.

(2) انظر نيكولاس بولا نتزاس، نظرية الدولة، ترجمة ميشيل كيلو، ط1، دار التنوير، 1987م، ص17 وما بعدها.

للقوف على عوامل الواقع التي تنشئ القانون هو الملاحظة والتجربة المادية، فهم لا يتعرفون بغير الوسيلة المادية كطريقة البحث عن القانون وعوامل ظهوره.

وتعد فكرة "دوجي" التي تعرف بنظرية التضامن الاجتماعي امتدادا لتيار الوضعية الاجتماعية، ويتميز فقه "دوجي" بأنه اجتماعي ووضعي وواقعي، فالمجتمع عنده ضرورة لوجود الفرد والقانون. (1)

المطلب الثالث

مدرسة الشرح على المتون

21 - وهذه المدرسة لا تنسب إلى فقيه معين، وإنما في الاتجاه الذي ساد في فرنسا عقب إصدار التشريعات الكبيرة في صورة مجموعات القواعد المنظمة المبوبة، والتي يتعلق كل منها بفرع من فروع القانون، وذلك في بداية القرن التاسع عشر في عهد نابليون عندما اصدر نابليون قانونه المدني عام 1804م والقانون التجاري 1807م وقد شمل هذا الاتجاه الغالبية العظمى من أستاذة القانون في فرنسا، وظهرت في مؤلفاتهم التي نشرت ابتداء من القرن التاسع عشر حتى نهايته. والحديث الذي مهد لهذه المدرسة هو ضخامة التقنيات وظهورها لأول مرة في فرنسا مما بهر المشتغلين في القانون وجعلهم ينظرون إليه كعمل مقدس تتضاءل بجواره الجهود والاجتهادات. وقد دفعهم هذا إلى شرح هذه التقنيات وكأنها كتب مقدسة حوت كل شيء وشملت كل التفاصيل ولهذا اخذوا يشرحونها كما هي تبويبها وترتيبها نفسه وأرقام نصوصها... فالنص بوصفه أمرا صادرا من قبل المشرع يعد تنظيمًا شاملاً وكافياً لتنظيم المشكلة المطروحة، فالسبيل الوحيد الذي يلجأ إليه كمصدر هو التسريع، وإن كان للعرف أن ينشئ بعض القواعد فإن ذلك لا يجوز إلا بموافقة التشريع وإجازته، والتسريع هو إرادة السلطة السياسية وقت إصداره، ومن ثم وجب البحث عن هذه الإرادة الأصلية والوقوف عندها، وليس للقاضي أن يفسر الألفاظ في حد ذاتها وليس له أن يبحث عن الإرادة الاجتماعية للمشرع لو أنها صدرت في ظروف مختلفة عن تلك التي أحاطت بإصدار النص. (2)

(1) د. صلاح الدين الناهي وآخرون، المرجع السابق، ص32. وانظر هشام القاسم، المرجع السابق، ص59.

(2) د. صلاح الدين الناهي وآخرون، ص32-33.

- انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص61.

- د. توفيق حسن فرج وآخرون، ص89 وما بعدها.

- د. غالب علي الداودي، ص13.

والإرادة الأصلية لوضع النص يمكن الكشف عنها من خلال صياغة النص ذاته أو من خلال الأعمال التحضيرية التي سبقت صدور النص ومهدت له، أو بالرجوع إلى كتابات الفقهاء السابقة على صدور النص والتي ألهمت المشرع ومن بين شراح التقنيات الفرنسية الفقيه "دوما" والفقيه "بوتيه".

المطلب الرابع

مدرسة القانون الطبيعي

22 - تُعبر هذه المدرسة عن مجموعة من المبادئ التي راودت الفكر الإنساني أثناء حقبة طويلة امتدت من عصر الفلسفة اليونانية⁽¹⁾ حتى وقتنا الحاضر ومن أهم المواقف التي اتخذها أصحاب هذه النظرية، التنبيه إلى ضرورة التفريق بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي.

والقول بازواج القانونين الطبيعي والوضعي وعدم الخلط بينهما والاعتراف لكل منهما بمجاله الخاص، يؤدي إلى نتيجتين هامتين:

واوهما أن الإيمان بأي من هذين القانونين لا يتعارض مع الإيمان بالآخر، بل على العكس فإن الابنان بالقانون الطبيعي يقتضي الإيمان بضرورة القانون الوضعي وبالفعل فإن أنصار القانون الطبيعي كلهم يؤمنون بالقانون الوضعي ويعدون لهذا السبب فلاسفة وضعيون، أو مؤمنون بضرورة الدولة وبأنه لا يوجد قانون في الدولة إلا القانون الصادر عن إرادتها الصريحة أو الضمنية.

والنتيجة الثانية للازدواج بين القانونين هي اعتبار القانون الطبيعي بمثابة معيار الحكم على القانون الوضعي، واعتباره أيضا المثل الأعلى للقانون الوضعي وهو المثل الذي ينبغي أن تخضع له إرادة المشرع فيما تصدره من تشريعات وفي هذه النتيجة الثانية أعظم ضمان في عدم استبداد المشرع في أي دولة وفي خضوع القانون الوضعي للقانون الطبيعي أي للعدل والفضيلة والأخلاق.

وقد عرف القانون الطبيعي بأنه القاعدة التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها تحكم بالضرورة بأن العمل ظالم أو عادل طبقا لاتفاقه مع المعقول.

(1) يعود الفضل في وضع هذه النظرية للفيلسوف اليوناني "أرسطو" ومن فلاسفتها المتأخرين "كانت".

- انظر د. سمير عبد السيد تناغو، ص 179.

- د. توفيق حسن فرج وآخرون، ص 89 وما بعدها.

- د. عبد الحي حجازي، ص 178 وما بعدها.

- د. أنور سلطان، ص 74.

وقد حاول بعض الفقهاء والفلاسفة المعاصرين الاحتفاظ بفكرة القانون الطبيعي في صورة معتدلة يمكن تقبلها والتوفيق بينها وبين الواقع. وهم يرون أن القانون الطبيعي ليس سوى مجموعة من المبادئ العليا التي تسمو وتسبق القواعد الوضعية لأنها تمثل الكمال والمثالية التي يجب أن يسعى القانون الوضعي إلى تحقيقها.⁽¹⁾

ويمكن تقسيم نظريات القانون الطبيعي إلى ثلاثة أمصاف: كاثوليكية وفلسفية واجتماعية "سوسيولوجية".⁽²⁾

المطلب الخامس

مدرسة العلم والصياغة

23 - نادي الفقيه الفرنسي الكبير "جني" في مطلع هذا القرن بمذهبه المسمى مذهب العلم والصياغة وبرى الأستاذ جني أن علم القانون هو في طبيعته علم معقد. وأن التحليل الدقيق يدلنا إلى أنه يقوم على عنصرين رئيسين: عنصر العلم وعنصر الصياغة.

أما عنصر العلم فهو الذي يقدم لنا الحقائق التي تصلح أن تكون أساسا لاختيار القواعد القانونية الملائمة.

وأما عنصر الصياغة فهو الذي يتيح لنا أن نصوغ هذه القواعد القانونية بشكل معين يجعلها صالحة للتطبيق العملي. أي أن عنصر الصياغة هو القالب أو الشكل الذي تصب فيه المادة التي تتكون من الحقائق السابقة وقد عد "جني" تلك الحقائق على النحو التالي:

أولا : الحقائق الواقعية، وهي تتضمن جميع الظروف الطبيعية، المادية أو المعنوية، التي تحيط ببناء والتي يجب مراعاتها عند وضع القواعد القانونية.

ثانيا: الحقائق التاريخية، وهي تتضمن التطورات التي مرت بها القواعد والمؤسسات القانونية.

ثالثا: الحقائق الفعلية، وهي تتضمن المبادئ التي يوحى لنا بها العقل ويلدنا على صحتها.

رابعا: الحقائق المثالية، وهي تتضمن الأهداف التي يطمح إليها كل مجتمع من المجتمعات ويعمل على تحقيقها.

(1) د. صلاح الدين الناهي وآخرون، ص 26.

- كذلك سمير عبد السيد تناغو، ص 180.

- د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 35.

(2) انظر المحامي اللورد دينيس لويد، المرجع السابق، ص 106.

يبدو لنا أن نظرية "جني" قد استقادت مما تضمنته المدارس المختلفة في أساس القانون من وجهات نظر صحيحة وفي الواقع، نحن لا نستطيع أن ننكر أثر كل من هذه العوامل التي حددها "جني" في تكوين القواعد القانونية وتطورها وقد كان وجه الخطأ في المدارس الأخرى أن كلا منها قد تبنى عاملاً واحداً من هذه العوامل واعتبره الأساس الذي يبني عليه علم القانون، أما نظرية "جني" فقد تحررت من هذا الخطأ باعترافها بأهمية هذه العوامل جميعاً. ولهذا يؤيدها الفقهاء لأنها بأخذها بجميع هذه العناصر تبحث طبيعة القانون من جميع نواحيها.

المطلب السادس

المدرسة الإسلامية

24 - إذا كان لدى فقهاء القانون ما يبرر لهم ذلك البحث حول أساس القانون وطبيعة وجوده، فليس لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أي مبرر للبحث من هذا النوع، إذ أن الشريعة الإسلامية أنزلها الله تعالى من سمائه رسوله محمد صلى الله عليه وسلم كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجاً، ولا تشهد فيها نقصاً وقد نزلت الشريعة الإسلامية في فترة قصيرة لا تتجاوز المدة اللازمة لنزولها، مدة بداية بعثة الرسول ثم انتهت بوفاته أو انتهت يوم قال الله تعالى "اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمني ورضيت لكم الإسلام ديناً [سورة المائدة3]."

ولم تأت الشريعة لوقت دون وقت، أو لعصر دون عصر، أو لزمن دون زمن، وإنما هي شريعة كل وقت، وشريعة كل عصر، وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها.⁽¹⁾ وتختلف عن الشرائع الوضعية في نشأتها ومصدرها طبيعتها وغايتها، ونظراً لهذا الاختلاف فإن من العبث أن تقارن الشرعية ذات المصدر الإلهي بالشرعية الوضعية⁽²⁾ والرسالات السماوية كلها هدى ونور نزلت ليحكم بها عباد الله وهي تصدق بعضها بعض بل إن منها ما كان يبشر بالرسول الذي يأتي بعدها.⁽³⁾

وتشمل العبادات من صلاة وصوم وزكاة وحج، كما تشمل المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب والحضانة والنفقة والميراث والوصية والوقف ثم تشمل المعاملات المادية والروابط العقدية والحقوق العينية والجرائم الحدود والقصاص... إلخ.

(1) انظر عبد القادر عوده، التشريع الإسلامي، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، ط12، 1993م، ص15 وما بعدها.

(2) د. محمد فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، دار العلم، بيروت، ص16 وما بعدها.

(3) انظر د. محمد مصطفى سلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، تعريفه وتاريخه ومذاهبه "نظرية الملكية والعقد، الدار الجامعية، الطبعة العاشرة، 1985م، ص25 وما بعدها.

ويقوم الشرع الإسلامي في جملته على أساس من التوازن بين مكارم الأخلاق وبين مصالح المكلفين بالشرع.

والقرآن الكريم هو كلام الله المنزل على سيدنا محمد "ص" بواسطة سيدنا جبريل عليه السلام، وهو المصدر الرسمي للشرعية الإسلامية وسندها الرئيسي، وهو دستورنا الأساسي الذي لا يعلوه نظام، ولا يخالفه مخلوق ثم تأتي السنة النبوية بوصفها مصدرا ثانيا للشرعية الإسلامية، وهي تتمثل في كل فعل أو قول أو تقرير صدر عن الرسول الكريم محمد صلى الله عليه وسلم.⁽¹⁾ ومعروف أن الأحاديث النبوية لم تدون في عصر النبي "ص" مخافة أن تختلط بالقرآن وإنما بدأ بتدوينها في العصر الأموي حين كتب الخليفة عمر بن عبد العزيز إلى أبي بكر بن محمد بن عمرو بن جزم وإلى محمد شهاب الزهري ليبدأ في جمع أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم وكان ذلك في العام المائة من الهجرة، ولم يتم التدوين المكتمل مع ذلك إلا في العصر العباسي أي في القرنين الثاني والثالث للهجرة.⁽²⁾

ونحن إذ نسلم بأن الإيمان بحكم الله تعالى وحكم رسوله الكريم رسوخ في العلم، والتسليم له عز، والاستقامة على أمره مدخل لكل خير إلا أننا نلمح اليوم كثيرا من الأخطاء الجسيمة خلال مناقشة أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بمحاولة عزل بعضها عن نظرة الإسلام الشاملة للحياة والقيم والمصالح، ناهيك عن خلط البعض ما بين الشريعة والفقهاء سيان وبحسن نية أو سوء نية. إن الذين يضعون الفقه والشريعة في إطار واحد، يصفونه كله بأنه "التشريع الإسلامي" الذي لا بد من تطبيقه بحذافيره كلها، يرتكبون خطأ فادحا في حق الإسلام وفي حق الناس. أنهم يدخلون على الإسلام ما ليس منه... ويلزمون الناس بما لا يلزم، ويعرضون عليهم من الحرج ما لم يأذن الله.⁽³⁾

المبحث الثاني

مدى تدخل الدولة في نشاط الأشخاص

25 - من المسلم به القول، بأن القانون هو مجموعة من القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة لتنظيم الروابط الاجتماعية بين الأفراد في داخل المجتمع، إلزام الأفراد باحترامها

⁽¹⁾ راجع د. وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، جاز الفكر، دمشق، ط الثانية، 1995م ص24 وما بعدها.

- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة العشرون، دار العلم، 1986م، ص23 وما بعدها.

⁽²⁾ انظر د. أحمد كمال أبو المجد، جوار لا مواجهة "دراسات حول الإسلام والعصر" كتاب العربي، العدد السابع، أبريل 1985م، ص14.

⁽³⁾ انظر د. أحمد كمال أبو المجد، نفس المرجع، ص93.

وإلا كانوا عرضة للجزاء وكما سبق أن قلنا أن وظيفة القانون الأساسية هي تنظيم المجتمع تنظيمًا من شأنه التوفيق بين مصالح الأفراد وحررياتهم وبين الصالح العام للجماعة... إلخ كما أن للقانون هدفين هما حماية حريات الأفراد، وحفظ كيان المجتمع بإقرار النظم فيه... إلخ.

والقانون في تحقيقه لهذه الأهداف يتأثر بظروف كل مجتمع والمعتقدات الفلسفية السياسية السائدة فيه، حيث أنها تحدد مدى تدخل القانون في العلاقات بين الأشخاص والوسائل التي يمكن أن تستخدم لتحقيق الأهداف التي يتأثر مفهومها من مجتمع إلى آخر. إلا أنه مهما تباينت الرؤى السياسية والاقتصادية والاجتماعية فهناك مذهبين رئيسيين يتراوح بينهما المدى الذي يصل إليه القانون في تدخله في نشاط الأشخاص وتوجيه سلوكهم: أحدهما المذهب الفردي والثاني المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي.

ولذا نقسم المبحث إلى مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: المذهب الفردي

المطلب الثاني: المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي

المطلب الثالث: موقف القانون اليميني من المذهبين الفرد والاشتراكي.

المطلب الأول

المذهب الفردي أو المذهب الحر

26 - ساد هذا المذهب في القرنين الماضيين بناء على نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية تشبعت بروح الفرد. فالمفكر والفيلسوف الفرنسي جان جاك روسو يقول: أن السلطة تجد مبررها في رضا المواطنين. أن المجتمع والدولة التي تمثله يجد مصدره في العقد الاجتماعي الذي أبرمه الأفراد فيما بينهم للتعايش قفي مجتمع ولتأسيسي الدولة لسلطاتها وسلطانها.

كما يقرر "بفندرف" بأن الفرد هو الكائن المطلق صاحب السلطان الحقيقي وهو مصدر سلطان الدولة وسلطان القانون، ويؤكد الفيلسوف "كانت" أحد زعماء المذهب الفردي بأن الفرد ليس أداة أو وسيلة مسخرة في المجتمع وإنما هو الأصل والهدف والغاية في حد ذاته، وقد بلور الفيزيوقراط الجانب الاقتصادي لهذا المذهب بأن نادوا بالحرية الاقتصادية عندما انطقوا عبارتهم المشهورة "دعه يعمل دعه يمر".⁽¹⁾

(1) انظر علي سبيل المثال د. عبد المنعم فرج الصدة، ص 32.

- د. سعيد جبر، ص 32.

وقد عرف زعماء المذهب الفردي القانون بأنه "مجموعة الشروط التي بفضلها يمكن أن تتماشى إرادة كل فرد مع إرادات الآخرين وفقا لقانون عام من الحرية".

ويقوم المذهب الفردي على أساس أن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع فالقانون لا يوجد إلا لحماية حقوق الأفراد وكفالة التمتع بها. ذلك أن الفرد في نظر هذا المذهب يولد وله حقوق طبيعية، تفرضها الطبيعة ولا يمنحها القانون فهي سبابة في وجودها على القانون وجماع هذه الحقوق هي الحرية في مظاهرها المختلفة غير أن إطلاق استعمال هذه الحقوق، وهي ثابتة لجميع الأفراد بالتساوي قد يؤدي إلى التفاوت بينها. ولهذا كان لا يد من تقييد هذه الحقوق القدر الذي يسمح للجميع بالتمتع بها على قدم المساواة وفي هذا تتبين أن مهمة الدولة في ظل هذا المذهب إنما مهمة سلبية إذ أنها تقتصر على بيان الحدود أو القيود التي ترد على حريات الأفراد. فتبين دائرة نشاط كل فرد وتمتعه من الاعتداء على دائرة نشاط الآخرين أي أنها تقر لكل فرد ما لا يتعارض من حريته الطبيعية مع حريات الآخرين وتوجب عليه الامتناع عن الاعتداء على حرياتهم.

وقد أثر هذا المذهب على الفلسفة القانونية والاجتماعية والاقتصادية فسادت فكرة القانون الطبيعي في مجال الفلسفة القانونية، وظهرت فكرة العقد الاجتماعي "لجان جاك روسو" في مجال الفلسفة الاقتصادية وانتصرت فكرة الحرية الاقتصادية في مجال الفلسفة الاقتصادية وهو ما نادى به كما أسلفت الفيزيوقراطية، ومحور هذا الأفكار جميعا هو اعتناق الحرية الفردية ومبدأ استقلال الإرادة كأساس للنظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، وقد انطبعت هذه الأفكار في أذهان واضعي "قانون نابليون" 1804 فصدر هذا القانون وبالتالي القوانين التي نقلت عنه مشبعة حتى الأذنين بالمذهب الفردي.⁽¹⁾

ولا شك أن في هذا المذهب الفضل في الدعوة إلى محاربة استبداد الدولة وطغيانها وفي بيان وجوب احترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردي وقد كان ظهوره أمرا طبيعيا ولازما في العصر الذي نودي به فيه، حيث أشدت تحكم الدولة إلى حد أهدرت فيه الحريات وأوصدت الأبواب أمام النشاط الفردي.

ولم ينج المذهب الفردي من النقد، فقد أخذ عليه أنه بالغ في الاعتداد بالفرد إلى حد الإسراف، وجانب طريق الصواب عندما نادى بإطلاق الحرية الفردية فهو يجعل الفرد الهدف من

- د. توفيق حسن فرج، آخرون، ص 148.

(1) د. أنور سلطان، ص 33.

- د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 89.

- د. هشام القاسم، ص 23.

وجود القانون، ويفترض أن له حقوقاً تعلو على القانون. وهذا أساس خاطئ، إذ أن الغرض من وجود القانون هو تنظيم المجتمع وحفظ كيانه، وإذ كان هذا التنظيم يقتضي صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم فما ذلك إلا استجابة لما يتطلبه الصالح العام للجماعة بما ينطوي عليه من رعاية لمصالح الأفراد وليس للفرد من حقوق إلا ما يخوله إياه قانون المجتمع⁽¹⁾ كما ينسى رواد المذهب الفردي بأن الفرد ليس إلا عضواً في جماعة يرتبط في أفرادها الآخرين بعلاقات عدة وأن قوة كل فرد لا تنشأ بحريته هو، وإنما تتحقق بارتباطه في الجماعة، ولذا كانت حياة الإنسان في الجماعة منذ وجد، لأنه لا يستطيع الحياة منعزلاً ولذا كانت فكرة الحرية الطبيعية أو الحقوق الطبيعية فكرة غير صحيحة.⁽²⁾ ونخلص إلى القول بأن الحرية والمساواة اللتين نادى بها المذهب الفردي كانتا ضرباً من الخيال والوهم: ذلك أنه من الناحية النظرية البحتة يمكن القول بأن المذهب الفردي يقوم على الحرية والمساواة. أما من الناحية الواقعية فإنه لم يؤدي إلى ذلك، بل على العكس، لقد أدى إلى اختلال التوازن بين الأفراد، وظهرت قوى غير عادلة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، إذ أدى هذا المذهب إلى قيام الإقطاع، وتكتل رؤوس الأموال.

مما جعل الحرية مجرد وهم، نظراً لانعدام المساواة الفعلية، فلا حرية مع الإقطاع ولا حرية مع رأس المال المستغل. وبهذا نجد أن المساواة والحرية اللتين قام عليهما المذهب الفردي لا تؤديان إلا إلى سعادة قلة من الأفراد على حساب الغالبية في المجتمع، مما يجعل تلك الشعارات زائفة جوفاء، وتبعاً لذلك يتخلف عنصر العدل وهو الهدف الذي ترمي القواعد القانونية، إلى تحقيقه.⁽³⁾

ومن الناحية القانونية أدى تطبيق سلطان الإرادة على إطلاقه إلى تحكّم الأقوياء في الضعفاء، تحت شعار أن الضعفاء رضوا بذلك واختاروا بحريتهم وظهرت مساوئ الحرية التعاقدية خاصة في نطاق علاقات العمل عقب الثورة الصناعية حيث كان يتم تشغيل العمال لاسيما النساء والصغار منهم بأجور زهيدة ولساعات عمل طويلة دون مراعاة صحية أو اجتماعية ولم يكن جائزاً طبقاً للفلسفة الفردية التدخل في هذه العلاقات طالما أن العامل قد رضي بهذا العمل وبتلك الشروط وفي الحقيقة لم تكن الظروف الاقتصادية وقتئذٍ إلا البيئة المناسبة لكي يستثمر الرأسماليون حريتهم

(1) د. عبد المنعم فرج الصّدة، ص33.

- د. عبد الحي حجازي، ص355.

(2) جميل الشرقاوي، ص80.

(3) د. توفيق حسن فرج، آخرون، ص152.

على أوسع نطاق ولكي يجد العمال أنفسهم مسحوقين تحت وطأتها يستعملون حريتهم في أن يقبلوا العمل في ظل هذه الظروف أو يموتوا جوعاً. (1)

وقد أدت مساوئ المذهب الفردي إلى تمهيد الطريق لظهور المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي.

المطلب الثاني

المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي

27 - لقد كان من جراء مبالغة المذهب الفردي وما أفضى إليه من نتائج سيئة أن ظهرت المبادئ الاشتراكية التي أخذت تهاجم المذهب الفردي، هذه المذاهب الاشتراكية، وإن اختلفت فيما بينها شدة واعتدالا تتلاقى في فكرة واحدة هي عدم جواز اعتبار حقوق الفرد هي أساس القانون. فليس للفرد حقوق بل عليه واجبات تجاه الجماعة ومن هنا كان التعارض بين المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي. (2)

ففي ظل الفلسفة الاشتراكية، لا تقوم وظيفة القانون على أساس واحد هو إسعاد الفرد بكفالة حريته، وإنما تتحدد هذه الوظيفة بتحقيق مصالح الجماعة قبل كل شيء فالفرد لا قيمة له بوصفه عضواً في جماعة يعمل من أجلها ولذا يكون للقانون في المذهب الاشتراكي دور إيجابي لا يقتصر على النظام في المجتمع، بل يرمي إلى توجيه النشاط الفردي إلى ما فيه خير المجتمع وسعادته ونلاحظ أن المذهب الاشتراكي تتفاوت درجاته. فمنها ما يبالغ إلى حد إلغاء الملكية الخاصة والتضحية بمصلحة الفرد في سبيل مصلحة المجموع، بحيث يضع نصب عينيه مصلحة الجماعة وحدها، ومنها ما يتخذ مذهباً معتدلاً بين المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي، حيث يضع مصلحة الجماعة في المقام الأول، مع الاعتراف بالملكية الخاصة، واحترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردي في الحدود التي تتأى بها عن التحكم والاستغلال. (3)

(1) د. سعيد جبر، ص 37.

(2) انظر عبد الحي حجازي، ص 357.

- جميل الشراوي، ص 81.

- د. أنور سلطان، ص 34.

- د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 97.

- د. صلاح الدين الناهي وآخرون، ص 228.

- د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 47.

(3) د. أنور سلطان، ص 35 وما بعدها.

- هشام القاسم، ص 25.

ونجد في المذهب الاشتراكي، أو مذهب التدخل، أن للقانون مجالات أوسع وأعم من المجال الذي يريده أن يدور فيه المذهب الفردي أو الحر، حيث اتسع نطاق نظرية التصنيف في استعمال الحق، وأصبح الغبن سببا عاما لإبطال العقد إذا كان منطويا على استغلال، وظهرت نظرية الظروف الطارئة، وأخذ الشارع يتدخل في تنظيم فريق من العقود بمقتضى قواعد أمره، كعقد العمل وعقد الإيجار وأصبح كثير من السلع خاضعا للتسعير الجبري.

كما أن المذهب الاشتراكي يؤمن بـ (العدل التوزيعي) الذي يتحقق باحتكار الدولة وتوزيع الدخل بمنح المزايا المادية والمعنوية للناس، وتقسيم الأعباء بينهم والفرد عندما يطالب بهذه المزايا، إنما يطالب بما هو مستحق له بوصفه عضوا في الجماعة. ولذلك فإن حق هذا يتوقف على ما تقتضيه مصلحة الجماعة والتي قد تقضي بعدم توزيع هذه المزايا على الأفراد واستخدامها في مجالات أخرى أكثر فائدة للمجموع.⁽¹⁾ والعدل التوزيعي يتحقق باحتكار الدولة تقسيم الأعباء وتوزيع المزايا بين أفراد المجتمع.

وقد تترتب عدة آثار قانونية على المذهب الاشتراكي نوجزها فيما يلي⁽²⁾:

أولاً: من الناحية السياسية: نجد أن الفكر السياسي يتأثر بالمصالح العامة للجماعة. ويبرر تقييد الحريات الفردية تحقيقا للمصالح العام، ويقف في وجه أي حق يهدد مصلحة المجتمع.

ثانياً: من الناحية الاقتصادية: نجد أن الفكر الاقتصادي وفقا لهذا المذهب يؤمن بسيطرة الدولة على وسائل الإنتاج، وتنظيم تداول الثروة وتوزيعها ويقصف بمبدأ الحرية الاقتصادية.

ثالثاً: من الناحية القانونية: نجد أن دور القاعدة القانونية يتسع، وينعكس هذا الدور على مختلف النظم القانونية على النحو التالي:

أ - في مجال الروابط يزداد تدخل قواعد القانون بما يحقق صالح المجتمع بأسره كتنقيح حرية الزواج أو الطلاق أو تحديد عدد أفراد الأسرة لتنظيم النسل.

(1) د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 98.

- د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 48.

(2) عبد الحي حجازي، ص 358 وما بعدها.

- د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 100 وما بعدها.

- د. سعيد جبر، ص 38 وما بعدها.

- د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 48.

- د. توفيق حسن فرج وآخرون، ص 155.

ب - في مجال المسؤولية المدنية، نجد أن قواعدها أصبحت مؤسسة ليس فحسب على فكرة الخطأ الشخصي، بل وأيضا على فكرة تحمل التبعية وفكرة الضمان.

ج - في مجال الملكية الفردية: نجدها قد قيدت بكثير من القيود لما للملكية من وظيفة اجتماعية.

د - هدم التقسيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص، على أساس أن الدولة بوصفها صورة المجتمع، فهي طرف في كل رابطة قانونية.

ه - انكماش دور إرادة الفرد في الروابط التقليدية، وذلك للاتجاه نحو إخضاع معظم العقود لتنظيم آخر مثال ذلك إخضاع علاقات العمل لقواعد قانونية لا يجوز الاتفاق على عكسها حماية للطرف الضعيف في العقد وإن كان يجوز الاتفاق على عكس ما جاء بها إذا كان في ذلك ما يحقق مصلحة أكبر للعامل في مواجهة رب العمل.

و - في المذهب الاشتراكي نجد أن القواعد القانونية المكملة أو المفسرة تتكمش، بينما يزداد دور القواعد الأمرة اتساعا.

ز - ونلاحظ في المذهب الاشتراكي اتساع دور القانون في تنظيم المجتمع بعد أن كان المذهب الفردي مقتصرًا على رد العدوان على الحقوق وحفظ النظام في المجتمع، ويبرز دور القانون في المذهب الاشتراكي جليا في تحقيقه للعدالة الاجتماعية وتقديم الخدمات العامة ومع ذلك فإن الاختلاف بين المذهبين لا يقتصر على الاختلاف في القواعد العامة في كل منهما بل مختلفان في النظم والقواعد القانونية الأخرى.⁽¹⁾

وبعد أن عرضنا لكل من المذهبين تبقى حقيقة هامة مؤداها أن المذهب الفردي أغرق في تقديس الفرد وكان ذلك عيبه الجوهرى، وبالمقابل المذهب الاشتراكي هو الآخر أغرق في تقديسه لحرية الجماعة وضحى بالفرد من أجل الجماعة.

ولذلك فإن الاعتدال للتوفيق بين صالح الجماعة وصالح الفرد، هدفا عظيما ونبيلًا تسعى إليه الدول الحديثة في تشريعاتها.

المطلب الثالث

موقف القانون اليمني من المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي

28 - يتعين علينا عند البحث عن مدى تدخل الدولة في نشاط الأشخاص، وموقف القانون اليمني من المذهبين اللذين يتنازعان ذلك، أن نؤكد على حقيقة مؤداها أن القانون اليمني وإن تضمن مبادئ تتفق مع المذهب الفردي أو المذهب الاشتراكي، فذلك لا يعني البتة أن القانون

(1) انظر عبد الحي حجازي، ص 365.

اليمني قد أنحاز لهذا المذهب أو ذلك⁽¹⁾ فالقانون اليمني ينفرد لوحدة ويختط مسلكا لا عهد لأحد به، فأساس القانون اليمني الشريعة الإسلامية، وذلك ما تؤكدته ونقره نصوص الدستور اليمني المعدل الصادر 29 سبتمبر 1994م والقانون المدني اليمني رقم 19 لسنة 1992م الصادر بتاريخ 29 مارس 1992م.

ومعلوم أن الشريعة الإسلامية تتضمن مبادئ كلية وقواعد أساسية في التشريع وهي تسمو وتعلو على كافة المبادئ والمذاهب الوضعية، كونها كاملة لا نقص فيها، جامعة تحكم كل حالة، مانعة لا تخرج عن حكمها حالة، شاملة لأمر الأفراد والجماعات والدول. وعلى وفق ذلك، فلا بأس أن يتفق المذهب الفردي مع المذهب الاشتراكي مع موقف القانون اليمني.

وفيما يلي أبرز أهم المعالم الرئيسية للاتجاه الإسلامي للقانون اليمني:

1 - من الناحية السياسية:

الإخاء الإنساني بين الناس من المبادئ الأساسية في الإسلام والآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تؤكد ذلك لا حصر لها، وقد جاء الدستور اليمني مؤكدا لذلك حيث قرر الدستور اليمني مبدأ المساواة بين اليمنيين في الحقوق الواجبات العامة "مادة 40" كما نص على أن الدولة تكفل تكافؤ الفرص لجميع المواطنين سياسيا واقتصاديا واجتماعيا وثقافيا "مادة 25" وأكد الدستور بأن الشعب مالك السلطة ومصدرها ويمارسها بشكل مباشر عن طريق الاستفتاء والانتخابات العامة.. إلخ "مادة 40" قرر الدستور مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وأكد بأن العقوبة شخصية وأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته "مادة 46" وكفل الدستور الحرية الشخصية للمواطنين "مادة 47" ونص على حرية التنقل مادة 56" حرية المراسلات مادة "52" وغيرها من الحقوق وضماناتها.

2 - من الناحية الاقتصادية:

ينص الدستور اليمني على أن الاقتصاد الوطني يقوم على أساس حرية النشاط الفردي بما يحقق مصلحة الفرد والمجتمع وبما يعزز الاستقلال الوطني وباعتماد مبادئ العدالة الاجتماعية الإسلامية، بالتنافس المشروع بين كافة قطاعات الاقتصاد، واحترام وحماية الملكية الخاصة.. مادة "7" وأن فرض الضرائب والتكاليف العامة تراعي فيها مصلحة المجتمع وتحقيق العدالة الاجتماعية بين المواطنين "المادة 12" وتشجع الدولة التعاون والادخار.. "مادة 14" ويحظر الدستور المصادرة العامة للأموال "مادة 20".

3 - من الناحية الاجتماعية:

(1) د. سعيد جبر، ص 41.

قرر الدستور اليمني بأن التضامن الاجتماعي القائم على العدل والحرية والمساواة أساس المجتمع "مادة 24" وأن الدولة تكفل بالتضامن مع المجتمع تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث الطبيعية والمحن العامة "مادة 33" وأن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن "مادة 33" إضافة إلى حماية الدولة للأمومة والطفولة ورعاية النشء والشباب "مادة 30" وأن التعليم والصحة والخدمات الاجتماعية أركان أساسية لبناء المجتمع وتقدمه "المادة 32".

4 - من الناحية القانونية:

نص الدستور على أن الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات مادة "35" وبذلك يكون المشرع اليمني قد حسم أي جدل حول مصدر القوانين في الجمهورية اليمنية على عكس ما فعلت بعض الدساتير العربية كالدستور المصري الذي نص على أن "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" مادة "2" أو الدستور الكويتي والذي نص على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع مادة "2" والفرق واضح بين هذه النصوص ونص المادة "3" من الدستور اليمني.

والقانون المدني يعترف بالملكية الخاصة إلا أنها ليست مطلقة وإنما مقيدة بالوظيفة الاجتماعية، ومن أمثلة هذه القيود أنه ليس للمالك أن يغالي في استعمال حقوقه إلى حد يضر بملك الجار وليس للجار الرجوع على جاره في مضار الجوار التي لا يمكن تجنبها "المادة 168" والأمثلة عديدة على تبيان المعنى الذي نهل منه المشرع اليمني والمتجسد في الشريعة الإسلامية المبينة على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم والتيسير على الناس في معاملاتهم وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرَج "المادة 3 مدني" وغيرها من المواد التي تضمنت القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية "المواد 4 إلى 17" مدني يمني.

الفصل الثالث

أنواع القواعد القانونية

29 - تحديد هذه الأنواع

هناك العديد من العلاقات والروابط الاجتماعية القائمة بين أفراد المجتمع وكل نوع في هذه العلاقات يتطلب تنظيمًا خاصًا يحدد الرابطة القائمة بين عناصر العلاقة الواحدة، فلا بد أن يكون هناك قواعد قانونية مختلفة تحكم هذه العلاقات المختلفة وعلى هذا الأساس فالقانون ينقسم في جملته إلى مجموعات من القواعد بحسب موضوع العلاقة التي ينظمها، وقد جرت العادة على تقسيم القانون إلى قسمين رئيسيين، هما القانون العام والقانون الخاص، وتدرج تحت كل من هذين القسمين فروع عدة.

كما أن القواعد القانونية، وإن كانت جميعها قواعد ملزمة إلا أنها تتفاوت من حيث مدى ما لإرادة الأفراد من سلطان إزاء قوتها ففي حين أنه لا يجوز لهذه الإرادة أن تخالف الإلزام في القاعدة القانونية، نرى عكس ذلك في بعض القواعد أي أن الإرادة قد تخرج عن الإلزام الوارد في القاعدة القانونية ولذا فقد قسمت القواعد القانونية إلى آمرة ومكملة أو مفسره.

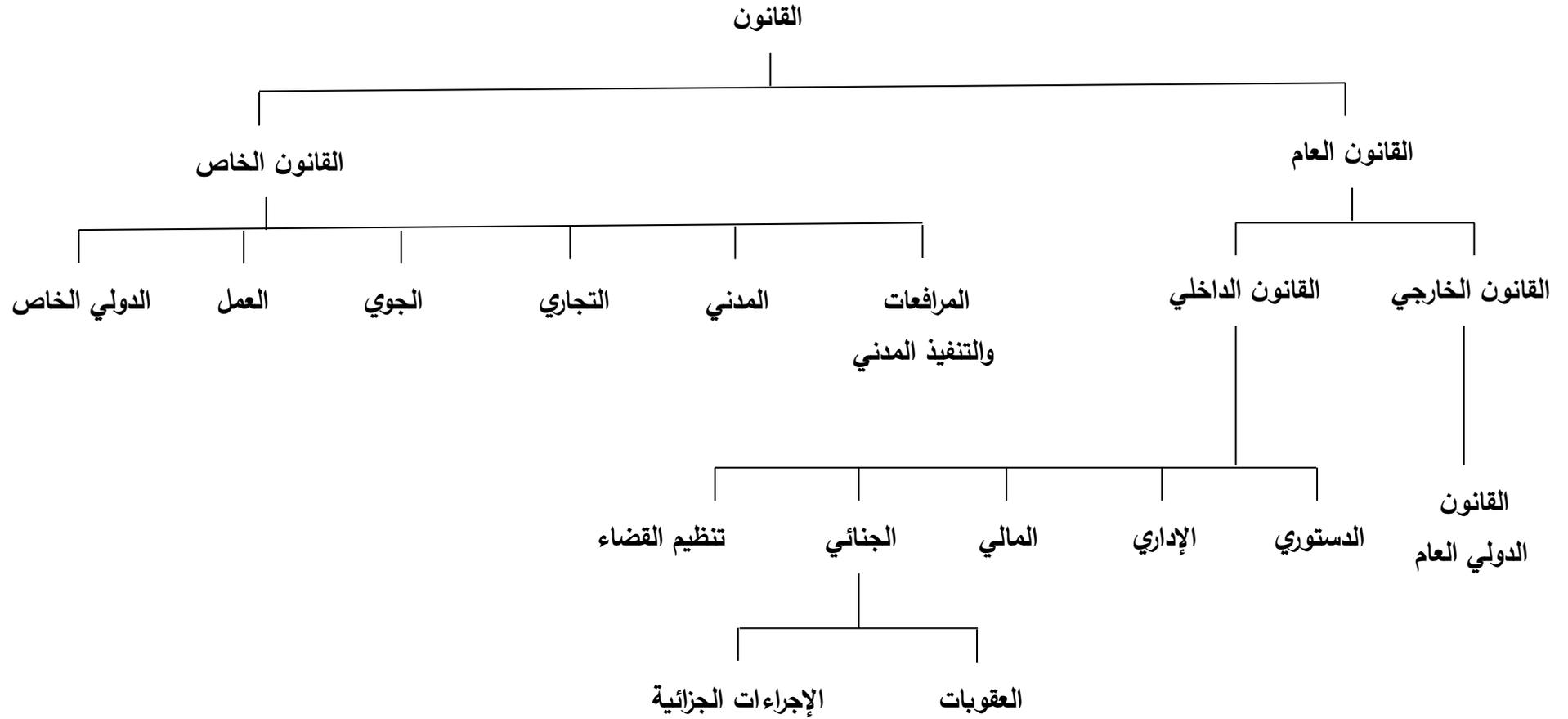
وعلى هذا الأساس نستعرض هاتين الناحيتين في حديد أنواع القواعد القانونية في المبحثين

التاليين:

المبحث الأول: أقسام القانون وفروعه

المبحث الثاني: القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

تقسيم القانون إلى عام وخاص



المبحث الأول أقسام القانون وفروعه

30 - تتضمن دراسة القانون، تقسيمه إلى أقسام وفروع متعددة، حيث جرت العادة لدى الفقهاء إلى تقسيم قواعد القانون بحسب الزاوية التي ينظر منها وأهم هذه التقسيمات تقسيم القانون إلى قانون عام (Public Law) وقانون خاص (Private Law) إذا نظرنا إلى هذه القواعد من جهة تنوع العلاقات التي تحكمها.

ويجري ثانياً تقسيم قواعد القانون إلى قواعد موضوعية، وقواعد شكلية أو إجرائية، ويقصد بالقواعد الموضوعية تلك التي تنبئ الحقوق والواجبات المختلفة كالقانون المدني والقانون التجاري⁽¹⁾ أما القانون الإجرائي أو الشكلي فيتضمن قواعد إجرائية تبين الأوضاع والإجراءات التي تتبع لاقتضاء الحقوق التي يقررها القانون الموضوعي والقواعد الإجرائية أو الشكلية تتمثل في قانون المرافعات أو قانون الإجراءات الجزائية حيث أن قواعد القانون تبين الإجراءات الواجبة الإلتباع في تحريك الدعوى العمومية والتحقيق مع المتهم واستجواب الشهود، وندب الخبير والكشف عن الجريمة وإصدار الأحكام وتنفيذها.. إلخ.

كما أن للقانون تقسيمات أخرى إلى قانون داخلي وقانون خارجي أو دولي، وذلك تبعاً لانعدام وجود عنصر أجنبي في العلاقات التي يبحثها أو لوجوده⁽²⁾ كذلك يقسم القانون من حيث الصورة التي توجد بها قواعده إلى قانون مكتوب - وهو التشريع الذي تصدره السلطة التشريعية في الدولة - وقانون غير مكتوب - وهو القانون العرفي غير المقنن الذي لا يصدر عن السلطة التشريعية في الدولة، بل ينشأ تدريجياً في ضمير الجماعة⁽³⁾ ولكن التقسيم الرئيس للقانون هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص وهو تقسيم تقليدي لا يزال مستقراً أو مسلماً به في الفقه الحديث حتى بالنسبة لمن يهاجمه من الفقهاء.

(1) انظر على سبيل المثال عبد الكاظم فارس المالكي، جبار صابر طه، ص 94.

- د. عبد المنعم فرج الصدة، ص 42.

د. أنور سلطن، ص 36.

(2) د. هشام القاسم، ص 77.

- د. محمد محمود عبد الله، ص 58.

(3) انظر د. غالب علي الداودي، ص 31 وما بعدها.

المطلب الأول

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

31 - يرجع تاريخ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى القانون الروماني ويوجد نص شهير منسوب إلى الفقيه أو لبيان، يقرر فيه أن القانون العام هو الذي تسود فيه المصلحة العامة، والقانون الخاص هو الذي تسود فيه المصلحة الخاصة للأفراد" كما يوجد نص آخر للفقيه "بابنبا" يؤكد فيه أن القانون العام لا يمكن المساس به عن طريق الاتفاقات الخاصة للأفراد وبانهيار الدولة الرومانية في القرن الخامس الميلادي كان طبيعياً أن تزول معالم التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص. غير أنه لم تلبث أن بدأت هذه التفرقة تأخذ طريقها من جديد إلى الفكر القانوني مع إحياء القانون الروماني ابتداء من القرن الثاني عشر الميلادي⁽¹⁾ غير أن هذا التقسيم طمس مرة أخرى على يد "الماركسية - اللينينية"، إذ أصبح كل شيء في روسيا قانوناً عاماً ولم يعد هناك قانون خاص وصار القانون المدني، كالقانون الإداري وقانون الإجراءات جزءاً من القانون العام، ومعنى هذا أن جميع العلاقات القانونية في روسيا تهيمن عليها الفكرة السياسية، وإن القانون هو السياسة وإن كل ما ليس سياسياً لا يعد من قبيل القانون⁽²⁾ وفي إيطاليا أبان العهد الفاشي طمست أيضاً فكرة تقسيم القانون إلى عام وخاص بل واعتبر القانون الخاص قانون دنس.

ويعزو بعض الشراح الجدل الذي يثار حول هذا التقسيم إلى سبب جوهري واضح هو الصراع بين مذهبين: مذهب الاقتصاد الحر ومذهب تدخل الدولة "المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي" فالليبراليون يدعون إلى تضيق ساحة القانون العام وتوسيع منطقة القانون الخاص فيما أنصار المذهب الاشتراكي على عكس من ذلك كما سبق أن وضحنا. كان ذلك على المستوى السياسي. أما من الناحية الفقهية فقد تعرض هذا التقسيم للنقد، فقيل أنه مجرد تقسيم تاريخي وأن قيمته التاريخية التقليدية أكبر من قيمته العلمية والعملية، وأن هذا التقسيم ينال من وحدة القانون.

أن تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص لم يجد له أساساً نظرياً، بل واستحال استخدامه على صعيد الواقع العملي. وأمام هذا التداخل بين مختلف فروع القانون يبقى التقسيم بين القانون العام والقانون الخاص مسألة وهمية يتمسك بها القانونيون الكلاسيكيون دون أن يملكوا

(1) د. سمير عبد السيد تناغو، ص553، د. مصطفى مجمد الجمال وآخرون، ص86، ر. هزيارو، ترجمة عبد الرزاق يسري، مراجعة د. ، 1968، ص220. جونالد. ر. سفير القلماوي، الرومان، دار النهضة، مصر، 1968، ص220. دونالد. ر. ددلي، ترجمة جميل يواقيم وآخرون، حضارة الرومان، دار النهضة، مصر، القاهرة، بدون تاريخ، ص44.

(2) انظر عبد الحي حجازي، ص265 وما بعدها.

أساساً نظرياً واعتبارات عملية. هذا وما يؤكد الطابع الأيديولوجي الذي يسيطر على فكرة التقسيم⁽¹⁾ وفي كل الأحوال لا يزال هذا التقسيم قائماً بالرغم من الغموض الذي يكتنفه.

معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

32 - حاول رجال القانون منذ عهد بعيد البحث عن معيار أو ضابط دقيق للتمييز بين هاتين الزمرتين والاستناد إليه في معرفة ما إذا كانت هذه الطائفة من القواعد القانونية أو تلك تدخل تحت زمرة القانون العام أو زمرة القانون الخاص، ولكنهم أخفقوا كثيراً في أغلب المحاولات ونعرض بإيجاز لهذه المعايير.

1 - المعيار المالي:

يرى القائلون بهذا المعيار أن القواعد المنظمة للعلاقات ذات الصفة المالية أو المتعلقة بالأموال المالية "كعلاقات البيع والشراء مثلاً" هي من القانون الخاص وأن القواعد المنظمة للعلاقات الأخرى التي لا يظهر فيها هذا المفهوم المالي "كتنظيم جهاز الدولة مثلاً" هي من القانون العام.⁽²⁾ وهذا المعيار غير صحيح كون هناك قواعد من القانون العام تتصل بالأموال المالية كالقواعد المتعلقة بالضرائب مثلاً ناهيك عن وجود قواعد من القانون الخاص ليس لها صلة بالأموال المالية كالقواعد المتعلقة بتنظيم العلاقات العائلية مثلاً.

2 - معيار الحاكم والمحكوم:

ويطلق عليه أيضاً المعيار العضوي، ويقوم على أساس التفرقة بين الخاضعين لأحكام القانون وتقسيمهم إلى حكام ومحكومين، فالقانون العام هو قانون الحكام والقانون الخاص هو الذي يطبق على المحكومين، ويعيب هذا المعيار أن الحكام يخضعون في جانب من نشاطهم إلى أحكام القانون الخاص، أما بمحض إرادتهم وأما بحكم القانون. كما أن المحكومين يخضعون لبعض أحكام القانون العام كتلك المتصلة بالحريات والحقوق العامة... إلخ⁽³⁾ وهناك من يطلق على هذا المعيار الشخصي.

(1) انظر د. خالد عمر باجنيد، القانون الإداري اليمني، جامعة عدن، ص1، 1992م، ص (8-9).

(2) انظر د. هشام القاسم، ص80 وما بعدها.

- د. أنور سلطان، ص37.

- د. سهيل الفتلاوي، ص108.

- د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص203.

(3) انظر د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 1984م، ص3 وما بعدها.

- د. عبد احي حجازي، ص271 وما بعدها.

- د. سمير عبد السيد تناعو، ص558 وما بعدها.

3 - معيار المصلحة أو المصالح المستهدفة:

ويطلق عليه أيضا المعيار الموضوعي أو المادي، وهو ينظر إلى المصالح التي يستهدفها القانون. فقد قيل أن القانون العام وهو الذي يقوم أو يستهدف حماية المصالح الاجتماعية أو العامة، أما القانون الخاص فهو الذي يقوم على حماية المصالح الفردية أو الخاصة. أي أن أساس هذا المعيار مقابلة الدولة بالفرد إلا أن هذا المعيار غير دقيق، ذلك أن هدف القانون الخاص هو دائما تحقيق المصالح العامة، وليس أبدا حماية المصالح الفردية على حساب المصالح الجماعية فكل القواعد ومنها قواعد القانون الخاص، قد وضعت لخير الجماعة والمصلحة العامة.⁽¹⁾

4 - معيار الوسائل المستخدمة:

ويوصف أحيانا بالمعيار الشكلي، ومفاده أن القانون العام هو ذلك الذي يعتمد على وسائل السلطة والقهر وفرض الإرادة على الأفراد، أما القانون الخاص فيقوم على أساس المساواة بين أطراف العلاقات التي ينظمها ولكن هذا المعيار غير صحيح على إطلاقه، لأن القانون العام يتضمن قواعد لا تقوم على أساس القهر كتلك المتعلقة بالمسئولية الإدارية. كما أن بعض أشخاص القانون الخاص - كالمؤسسات الخاصة ذات النفع العام - قد تتمتع ببعض امتيازات السلطة.⁽²⁾

5 - معيار صفة أطراف العلاقة القانونية:

ويرى أصحاب هذا المعيار أن ما يجب أن نأخذه في الاعتبار للتفريق بين القانون العام والقانون الخاص هو صفة أطراف العلاقة التي تنظمها هذه القواعد. فإذا كانت الدولة بصفقتها صاحبة السيادة والسلطان هي أحد أطراف تلك العلاقات اعتبرنا هذه القواعد من القانون العام وإذا لم تكن طرفا فيها، أو كانت طرفا ولكن كفرد عادي لا بصفقتها صاحبة سيادة وسلطان اعتبرنا هذه القواعد من القانون الخاص، ويرى بعض الفقهاء أن هذا المعيار أفضل المعايير جميعا⁽³⁾ غير أن البعض يرى بأن هذا العيار وإن كان صائبا أو قريبا من الصواب إلا أنه لا يتسم بالدقة⁽⁴⁾ إذ أن

(1) انظر د. صلاح الدين الناهي وآخرون، ص44.

(2) راجع د. عبد السلام علي المزوعي، النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الأول، الدار الجماهيرية للنشر، ط2، 1988م، ص157، د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، 1973م، ص9.

(3) انظر د. هشام القاسم، ص81.

- د. ماجد راغب الطلو، ص4-5.

- المحامي عبد القادر اللامي، معجم المصطلحات القانونية، ط1، بغداد، 1990م، ص115.

- د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص204.

(4) ارجع د. عبد المنعم فرج الصدة، ص44.

الصفة التي تثبت لأشخاص العلاقة القانونية إنما تنفرد من طبيعة هذه العلاقة وهذا المعيار قد أورده قديما الفقه التقليدي مثل مونتسكيو.

6 - معيار طبيعة العلاقة القانونية:

يقوم هذا المعيار على طبيعة النظر على طبيعة العلاقة القانونية ذاتها، فإذا كانت هذه العلاقة تتصل بحق السيادة في الدولة أو لا تتصل به ومقتضى هذا أن يكون القانون العام هو الذي ينظم السلطة العامة في الدولة، ويحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فيها. وهذه العلاقات أما أن تقوم بين دولة ودولة، أو بين سلطة وأخرى من السلطات العامة في الدولة، أو بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص. بينما يكون القانون الخاص هو الذي يحكم العلاقات التي تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة ولا تتصل بحق السيادة فيها.

وهذه العلاقات أما أن تكون بين الدولة بوصفها شخصا اعتباريا وشخصا من أشخاص القانون الخاص، أو بين أشخاص القانون الخاص سواء كانوا أشخاصا اعتباريين أو أفرادا.

يتضح مما تقدم الصعوبة في التمييز بين القانون العام والقانون الخاص وبالطبع فإن ذلك تبرير للذين ينتقدون بل وينكرون تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص. ولكن ليس الأمر على هذا النحو وبصرف النظر عن آراء كل فريق من الفريقين فإنه من الصعب إنكار التداخل والتأثير المتبادل بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، وبين أنواع العلاقات والمجالات التي تطبق فيها كل هذه القواعد.

33 - أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص:

لا تستجيب التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى اعتبارات نظرية فحسب بل تستجيب أيضا إلى اعتبارات عملية كثيرة، مردها الاختلاف في طبيعة ونوع العلاقات التي ينظمها كل من القانون العام والقانون الخاص.

ومن بين هذه الاعتبارات العملية يمكن ذكر ما يلي:⁽¹⁾

1- السلطات العامة تتمتع، بحكم طبيعة مركزها، باعتبارات، لا يمكن الاعتراف بها للأفراد العاديين، فيجوز له أن تتخذ إجراءات من جانب واحد يفرض تنفيذها على المحكومين (سواء أكانت هذه الإجراءات قوانين أو لوائح أو قرارات تنفيذية تتعلق بحالة معينة) كما قد يحصل هذا التنفيذ وفقا لإجراءات استثنائية إذا اقتضت الضرورة ذلك كنزع الملكية للمنفعة العامة

(1) د. مصطفى محمد الجمال، ص 80.

- والاستيلاء المؤقت، والحق في اقتضاء التنفيذ فوراً رغم ما يقدم من طعون (انظر قانون الاستيلاء للمنفعة العامة رقم 25 لعام 1992).
- 2- في نطاق العقود التي تبرمها الإدارة، فإنه لا تقف منهم موقف المساواة، كما هو الشأن في العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم، بل تقف في مركز ممتاز يسمح لها بتوقيع جزاءات على المتعاقد الآخر في حالة إخلاله بشروط العقد، كما يجوز لها أن تعدل إرادتها المنفردة شروط العقد مع تعويض المتعاقد الآخر.. إلخ.
- 3- بالنسبة لملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة المخصصة للمنفعة العامة، يختلف نظامها القانوني عن الملكية الخاصة للأفراد. إذ أن الأموال العامة لا يجوز بحسب الأصل، التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم "مادة 120" مدني يمني على خلاف الأموال الخاصة التي يجوز بالنسبة لها كل ما سبق ذكره.
- 4- تخضع علاقة الدولة بوظيفتها لقواعد تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل بعماله.
- 5- قواعد القانون العام تهدف إلى حماية النظام العام ولذلك كانت جميعها أمره لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها.
- 6- للتمييز بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص أهمية كبيرة في الدول التي يوجد فيها نوعان من القضاء حيث تختص المحاكم الإدارية بالمنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام كما هو الحال في فرنسا ومصر والعراق والأردن ولبنان وغيرها من الدول، والمحاكم العادية التي تختص بمنازعات مسائل القانون الخاص.

المطلب الثاني

فروع القانون العام

34 - عرفنا أن القانون العام هو القانون الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بصفتها صاحبة السلطة والسيادة. ولكن الدولة حين تدخل في علاقات قانونية على هذا النحو فإنها قد تدخل في علاقات مع دولة أخرى وفي هذه الحالة يسمى القانون العام بالقانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام.

وقد تظل الدولة داخل إقليمها فتدخل في علاقات مع مواطنيها وفي هذه الحالة يسمى القانون العام بالقانون العام الداخلي ويتفرع القانون العام الداخلي إلى فروع متعددة فهو يشمل القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي وقانون النظام القضائي وسنعرض فيما يلي للقانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام، ثم القانون الداخلي بفروعه المختلفة.

أولاً: القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)

35 - تعريفه... القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول بعضها البعض الآخر وتحدد حقوق كل منهما وواجباتها، سواء في حالات السلم أو الحرب،⁽¹⁾ أو الحياد كما يشمل أيضا القواعد المتعلقة بالمنظمات الدولية فقواعد القانون الدولي تحدد العناصر أو الشروط الواجب توافرها في الدولة حتى تكون لها الشخصية الدولية كما يحدد أنواع الدول وشروط الاعتراف بها، كما يبين حقوق الدول، كذلك يقوم القانون الدولي بتنظيم طريقة تبادل التمثيل الدبلوماسي والقتلي بين الدول، كما يضع الأحكام الخاصة بالمعاهدات ويحدد وسائل فض المنازعات بالطرق السلمية.

والقانون الدولي العام ينظم أيضا علاقات الدول أثناء الحرب، فيحدد حقوق وواجبات المحارب، وما يجوز استخدامه من أسلحة، وكيفية معاملة الأسرى وكذلك مسؤولية الدول المتحاربة في مواجهة الدول المحايدة.⁽²⁾

كما يحدد علاقات الدول بكل من الفريقين المتحاربين، ويبين الحقوق والواجبات التي تترتب على حيادها.

وأخيرا فإن القانون الدولي العام يتضمن القواعد التي تتعلق بالمنظمات الدولية سوا من حيث تكوينها أو تحديد اختصاصاتها وكيفية ممارستها لمهامها أو تنظيم علاقاتها فيما بينها ومع الدول وقد بدأت هذه المنظمات بالانتشار على النطاق العالمي في هذا القرن وأهم هذه المنظمات وأبرزها منظمة الأمم المتحدة وما يتفرع عنها أو يرتبط بها من هيئات ومنظمات.

(1) انظر د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، ط11، ص16.

د. عبد العزيز سرحان، القانون الدولي العام، القاهرة، 1969م، ص30.

- د. عبد الواحد عزيز الزنداني، السير والقانون الدولي العام، ط11، 1990م، ص64.

- د. رشاد السيد، مبادئ القانون الدولي العام، ط2، 1991م، ص9.

- د. محمد محمد علي صلاح، العلاقات الدولية نشأتها، وأهميتها وتطورها، مجلة اليمن الجديد، تصدرها وزارة

الإعلام والثقافة، صنعاء، العدد11، السنة الثامنة عشر، نوفمبر 89م، ص17.

(2) انظر د. عصام أنور سليم وآخرون، ص30.

- د. عبد السلام علي المزوغي، ص165.

وقد اتجه الفقه في العقود القليلة الفارطة نحو تفريع القانون الدولي إلى عدة فروع منها القانون الدولي الاقتصادي والقانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي للملاحة وقانون الإجراءات الدولية، وقانون المنازعات المسلحة، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون القضائي الدولي.⁽¹⁾ ويستمد القانون الدولي العام قواعده من المعاهدات، فهي أخصب مصدر لقواعد القانون الدولي العام إضافة إلى العرف والمبادئ القانونية العامة، وأحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون الدولي العام في مختلف الأمم.⁽²⁾

ومن الجدير الإشارة إليه هو ذلك الخلاف والجدل الذي ثار في الفقه حول مدى توافر الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام.⁽³⁾

لقد انقسم الفقهاء في ذلك إلى فريقين، الفريق الأول ذهب إلى القول بأن القانون الدولي العام ليس قانوناً بالمعنى الصحيح. وذلك استناداً إلى أنه لا توجد سلطة تشريعية دولية تتولى سن قوانين تلزم الدولة، ولا سلطة قضائية تختص بالفصل في المنازعات الدولية، ولا سلطة عليا تقوم بتوقيع الجزاء على الدول التي تخالف قواعد هذا القانون.

والفريق الآخر على النقيض من الفريق الأول إذ يعتبر القانون الدولي العام قانوناً بالمعنى الصحيح وكان من اليسير لأنصار هذا الفريق دحض الحجج التي يوردها الفريق الأول، فغياب سلطة تشريعية تتولى وضع قواعد القانون، فهذا ليس لزاماً حتى في القانون الداخلي فهناك القواعد العرفية.

كما أن القانون بدأ كأعراف قبل أن تلد الهيئات التشريعية. ثم ثانياً وجود سلطة قضائية في الفصل في المنازعات داخل الدول وغيابها في الإطار الدولي غير صحيح، فالقضاء الدولي موجود بغض النظر عن أية اعتبارات أخرى⁽⁴⁾ ناهيك عن أي وجود سلطة قضائية للفصل في المنازعات

(1) د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، 1984م، ص 15-16.

- د. عبد الحي حجازي، ص 330.

- د. غسان الجندي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، مطبعة التوفيق، عمان، 89م.

(2) انظر المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة لسنة 1945م والذي يعد جزء من ميثاق الأمم المتحدة.

(3) انظر في ذلك د. عصام العطية، القانون الدولي العام 1987م، ص 23-38.

(4) محكمة التحكيم الدائمة 1899م، ومحكمة العدل الدولية الدائمة 1920م، ومحكمة العدل الدولية 1945م.

- د. فؤاد شباط، د. محمد عزيز شكري، القضاء الدولي، بدون سنة نشر.

- د. عبد الغي محمود، التدخل في الدعوى أمام محكمة العدل الدولية، دار النهضة العربية، ط1، 1988م.

- د. مصطفى أحمد فؤاد، الطعن في الأحكام، دراسة في النظام القضائي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية.

لا تعتبر شرطا لوجود القانون⁽¹⁾ أما الاحتجاج بعدم وجود سلطة عليا فوق الدول توقع الجزاء على من يخالف قواعد القانون الدولي. فالسلطة العليا موجودة والجزاء أيضا متوافر في نصوص الميثاق، لكن هذا الجزاء يمتزج بالميول السياسي وميزان القوى والواقع يزخر بأمثلة على توقيع الجزاء كما أننا نرى بأن القانون الدولي حديث العهد مقارنة بالقانون الداخلي وأننا نرى اليوم أن الضمير العالمي قد بلغ مبلغا من الوعي جعل كثير من الدول القومية تتورع عن الاعتداء والغصب كانت لا تتورع عن إتيانها في الماضي.⁽²⁾

ثانيا: القانون الدولي الداخلي

36 - يتفرع القانون الدولي الداخلي إلى: القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون المالي، القانون الجزائي وأخيرا قانون النظام القضائي.

وستنولى إعطاء لمحة عن كل هذه الفروع ويترك التفاصيل فيها إلى المقررات الدراسية المختصة.

1 - القانون الدستوري:

تعريفه: القانون الدستوري هو مجموعة من القواعد التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها. وتحدد السلطة العامة فيها وتوزيع الاختصاص بينها، وعلاقتها ببعضها كما نبين حقوق الأفراد قبل الدولة.⁽³⁾

يطلق على القانون الدستوري القانون الأساسي في الدولة أو الدستور وعلى ذلك لا يجوز لأي قانون تصدره السلطة التشريعية مخالفة قاعدة من قواعده وإلا حكم بعد دستوريته، باعتبار كل قانون آخر في الدولة أقل منه في المرتبة ويمكن تحديد موضوعات القانون الدستوري كما يتضح كما يتضح من التعريف السابق على النحو الآتي⁽⁴⁾:

1- شكل الدولة وما إذا كانت ملكية أو جمهورية، وما إذا كانت موحدة أو اتحادية ديمقراطية أم دكتاتورية، نيابية أو غير نيابية.

- د. إبراهيم شحاتة، موقف الدول الجديدة من محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد (20) 1964م، ص75.

(1) انظر د. عبد المنعم فرج الصدة، ص50.

(2) انظر د. غالب علي الداودي، ص41 وما بعدها.

(3) انظر د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994م، ص377.

(4) ارجع المحامي محمود نعمان، موجز المدخل القانوني، دار النهضة العربية، بيروت، 1975م، ص46.

- 2- تنظيم السلطة العامة في الدولة وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية.
- 3- تنظيم حقوق الأفراد وواجباتهم وهي ما تسمية "الحريات العامة" كالحرية الشخصية وحرية الرأي والحق في المساواة، أما الواجبات فتتمثل في أداء الضرائب والخدمة العسكرية..إلخ.

وقد شهدت اليمن كما هو معلوم أوضاع سياسية واجتماعية واقتصادية منذ بداية القرن، وقد انعكست تلك الأوضاع على تطور الحياة الدستورية في اليمن. وبعد تحقيق الوحدة اليمنية في 22 مايو 1990م بدأ تاريخ جديد ليس بالنسبة لليمن بل والمنطقة العربية عموماً، كون الوحدة اليمنية بقدر ما كانت حاجة أساسية لتوطيد دعائم الاستقلال السياسي وبناء اقتصاد وطني مستقل فقد كانت ضرورة قومية.

وبميلاد الجمهورية اليمنية تشكل وضع سياسي ودستوري جديد.⁽¹⁾ تمثل بصدور دستور الدولة الجديدة عن طريق الاستفتاء الشعبي، وذلك في 15 و16 سبتمبر 1991م وقد قام ومجلس النواب بتعديل الدستور المستفتى عليه في 29 سبتمبر 1994م حيث شمل التعديل 52 مادة كما تم إضافة 29 مادة شطب مادة واحدة. أما عدد مواد الدستور المعدل 59 مادة والدستور المستفتى عليه (131) مادة.

2 - القانون الإداري

تعريفه: القانون الإداري هو مجموعة من القواعد التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظائفها الإدارية، أي أن القانون الإداري هو قانون الإدارة العامة ويذهب البعض إلى تسميته بقانون المرفق العام⁽²⁾ والقانون الإداري وثيق الصلة بالقانون الدستوري إلى الحد الذي يصعب معه في بعض الحالات وضوح الحد الفاصل بينهما. فإذا كان الدستور ينظم سلطات الدولة الثلاث ويحدد اختصاصاتها فالقانون الإداري يتولى كيفية مباشرة السلطات التنفيذية لوظائفها والقواعد التي تحكم نشاطها في إدارة المرافق العام وأهم ما نتناوله قواعد القانون الإداري ما يلي:

(1) بالنسبة لتاريخ النشاط الدستوري في اليمن، ارجع د. مطهر محمد إسماعيل العزي، التطور الدستوري في ج. ع. ي، 1985م.

- د. عمر عبد الله الحبشي، اليمن الجنوبي سياسياً واقتصادياً واجتماعياً، دار الطليعة، بيروت، 1978م.

- د. محمد قائد طربوش، نظام الحكم في الجمهورية العربية اليمنية، مكتبة مدبولي، ط1، 1990م.

(2) انظر تعريف القانون الإداري، د. أحمد عبد الرحمن شرف، د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الإداري اليمني، 1991م.

- د. ماهر صالح علاو الجبوري، القانون الإداري، جامعة الموصل، 1989م، ص9.

- د. علي خطار شطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني، عمان، 1994م، ص15.

1- يتناول القانون الإداري التقسيمات الإدارية "كتقسيم الدولة إلى محافظات ومديريات ونواحي وعزل..." وتقسيم الإدارات إلى مؤسسات بعضها مستقل ذاتيا وأخرى تابعة لوزارات ومرتبطة بها.

2- يتناول القانون الإداري كذلك صور النشاط الإداري وأسس اختلافها عن صور النشاط العام الأخرى وكيفية وأساليب ممارسة الإدارة لهذا النشاط، ويحدد نظام كل من الهيئات التي تتولى أو تدير المرافق العامة.

3- ويتناول أيضا الوظائف العامة والموظفين، وصلة الإدارة بالعاملين في حقلها كما يتضمن القواعد التي تنظم تعيين الموظفين، ونقلهم وترقيتهم وإجازاتهم وعزلهم وتحديد واجبات والمزايا المقررة لهم.

4- علاقة السلطة المحلية بالسلطة المركزية.

5- بيان الأعمال الإدارية وشروط صحتها وطرق الرقابة عليها وخاصة الرقابة القضائية.

ومفيد القول بأن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة تختلف فيما بينها بشأن وسائل تحقيق هذه الرقابة، فبعض الدول وتطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات، تمنع القضاء العادي من النظر في قرارات الإدارة⁽¹⁾ أي أنها تجعل الرقابة على الأعمال الإدارية من اختصاص قضاء إداري ينشأ لهذا الغرض كما هو الحال في فرنسا ومصر والأردن ولبنان وسوريا والعراق.⁽²⁾

أما الدول الأخرى فتأخذ بنظام القضاء الموحد، ويكون للمحاكم المدنية الولاية العامة للنظر في كافة المنازعات الإدارية وغير الإدارية. وهناك دول أخرى تأخذ باتجاه تستطيع تسميته "نظام التخصص" أي تشكيل شعب أو دوائر في إطار القضاء العادي.

ولذلك تنص المادة "16" من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 1991م على أن تتكون

المحكمة العليا من الدوائر التالية:

الدائرة الدستورية.

الدائرة المدنية.

(1) انظر مثلاً د. محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، منشورات الجامعة الأردنية، ط1، عمان، 1987م. د.

علي خطار شطناوي، القضاء الإداري الأردني، ط الأولى، مطبعة كنعان، 1995م.

(2) أنشئت محكمة القضاء الإداري في العراق بموجب القانون رقم 106 لسنة 1989م، قانون التعديل الثاني لقانون

مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979م.

- انظر د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الإداري، كلية صدام للحقوق، دار الحكمة للطباعة والنشر،

بغداد، 1991م، ص6.

- الدائرة التجارية.
- الدائرة الجزائية.
- دائرة الأحوال الشخصية.
- الدائرة الإدارية.
- الدائرة العسكرية.
- دائرة فحص الطعون.

كما تنص المادة "8" فقرة "ب" على أنه يجوز بقرار من مجلس القضاء الأعلى بناء على اقتراح من وزير العدل إنشاء محاكم قضائية ابتدائية متخصصة في المحافظات متى دعت الحاجة إلى ذلك وفقاً للقوانين النافذة.

3 - القانون المالي

يتضمن القانون المالي تلك القواعد التي تنظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ونفقاتها، وتبين طرق الإنفاق والرقابة عليه ومصادر الإيرادات من ضرائب ورسوم وقروض ويضع الضوابط لتحصيل كل من هذه الإيرادات المتنوعة.⁽¹⁾

فموضوع القانون المالي يدور حول موازنة الدولة من إيرادات ونفقات وقد حدد الدستور اليمني القواعد والمبادئ التي تنظم النشاط المالي للدولة في "المواد 12، 13، 15، 16، 18" كما صدر القانون المالي رقم (8) لعام 1990م محدد القواعد القانونية المنظمة لميزانيات الدولة، وغيرها من القوانين المتعلقة بالنشاط المالي.

والقانون المالي حديث عهد كقانون مستقل بذاته، إذ كان إلى وقت قريب جزء من القانون الإداري، والقانون المالي اليوم تفرعت منه تشريعات منفردة كالتقنين الضريبي.⁽²⁾

4 - القانون الجنائي

(1) ارجع في تعريف القانون المالي على سبيل المثال د. حسني سلوم، المالية العامة "القانون المالي والضريبي"، دار الفكر العربي، بيروت، ط1 1990م، ص9.

- د. عبد العزيز السقاف، نظريات المالية العامة، والنظام المالي في ج. ع. ي، المعهد القومي للإدارة، صنعاء، بدون تاريخ، ص17.

- د. عبد العال الصكبان، المالية العامة والمالية العامة في العراق، ج1، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1976م، ص31.

(2) د. سمير السيد تناغو، المرجع السابق، ص569.

ويسمى أيضا القانون الجزائي، وهو مجموعة من القواعد التي تحدد الجرائم المعاقب عليها قانونا مع العقوبة المقررة لكل منها وكذلك الإجراءات التي تتبع لتعقب المتهم ومحاكمته وتوقيع الجزاء عليه إذا ثبت إجرامه.

أي أن القانون الجنائي يشمل طائفتين من القواعد كل طائفة تكون فرعا لهذا القانون.

- أ- قواعد موضوعية وهي التي تحدد الجرائم وتبين العقوبات المقررة لكل منها وتسمى قانون العقوبات والجرائم كما في اليمن كما يطلق عليه قانون الجزاء في عُمان والكويت.
- ب- قواعد شكلية أو إجرائية ويطلق عليها في اليمن قانون الإجراءات الجزائية وفي مصر قانون الإجراءات الجنائية وفي لبنان والأردن قانون أصول المحاكمات الجزائية ونتناول هذين الفرعين فيما يلي:

أ - قانون العقوبات

وهو مجموعة من القواعد التي تحدد الجرائم وتبين العقوبات التي توقع على مرتكبها وتبين شروط المسؤولية الجزائية وظروف الإعفاء أو التخفيف منها، وقانون العقوبات أقدم من القانون المدني، وهو يرجع إلى بداية التاريخ القانوني، أنه أول صورة ظهر بها القانون.⁽¹⁾

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

أما القسم العام فهو الذي يتناول الجريمة وأركانها، والمجرم المسئول عنها وأساس مسألتها جنائيا، كما يحدد العقوبات والتدابير التي يقرها المشرع وأما القسم الخاص فيتضمن الأحكام الخاصة بكل جريمة على حدة.⁽²⁾

وتطبيق القانون الجنائي الحديث يخضع كله لسلطان التشريع، وهناك مبدآن أساسيان تتمثل

فيهما قاعدة شرعية القانون الجنائي وهما:

1- مبدأ شرعية الجرائم "لا جريمة بلا نص"

2- مبدأ شرعية العقوبات "لا عقوبة بلا نص"

وقد نص الدستور اليمني على هذين المبدأين في المادة 46 منه إذ قضى أنه "لا جريمة ولا

عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني...".

(1) د. عبد الحي حجازي، ص 311.

(2) انظر د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني، القسم العام، 1991م، ص 7 وما بعدها.

- د. حسين عبد علي عيسى، قانون العقوبات القسم الخاص، "الجرائم الواقعة على الأشخاص"، عدن، 1994م، ص 11 وما بعدها.

وكذلك نصت المادة الثانية من القانون رقم 12 لسنة 1994م وبشأن الجرائم والعقوبات، على هذين المبدأين بقولها "المسئولية الجزائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون". وأخيرا نشير إلى أن هناك اتجاه فقهي يدعو كما يعرف بقانون العقوبات الخاص فليل بوجود قانون عقوبات مالي وتجاري وبحري... إلخ".⁽¹⁾

ب - قانون الإجراءات الجزائية

ويتضمن القواعد التي تبين الإجراءات التي تتبع في حال حصول الجريمة، من حيث التحقيق مع المتهم، والجهة التي تقوم به، كذلك إجراءات المحاكمة وتحديد المحكمة المختصة، وطرق الطعن بالأحكام، وجهة تنفيذ العقوبة".

وقد صدر قانون الإجراءات الجزائية رقم 13 لعام 1994م متضمنا خمسة كتب، الكتاب الأول مبادئ أساسية وأحكام عامة، الكتاب الثاني في الإجراءات السابقة على المحاكمة، الكتاب الثالث في المحاكمة، الكتاب الرابع طرق الطعن في الأحكام، والكتاب الخامس في التنفيذ.

5 - النظام القضائي اليمني

يتضمن هذا النظام القواعد القانونية التي تبين أنواع المحاكم ودرجاتها واختصاصاتها، ولا شك في أن القواعد التي تنظم القضاء تدخل في صميم القانون العام، كونها تنظم السلطة القضائية باعتبارها أحد السلطات الثلاث في الدولة، ومعلوم لدراسي القانون أن السلطة القضائية لا تدخل عادة في نطاق الدراسات الدستورية لأن الدراسات الدستورية تقتصر فقط في دراسة السلطتين التشريعية والتنفيذية،⁽²⁾ وإن وردت القواعد الدستورية المنظمة للسلطة القضائية في صلب الدستور كما هو الحال في الفصل الثالث من دستور الجمهورية اليمنية المواد 147 ← 152".

وإذا كان الباحثون في نظرية القانون العام لم يألفوا بحث ودراسة النظام القضائي في إطار فروع القانون العام فهناك من خرج على هذا المؤلف⁽³⁾ ليؤسس بذلك عهد جديد في مجال

(1) انظر مثلا د. أحمد فتحي سرور، الجرائم الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م، ص8، د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني والقانون المقارن، ج1، ط2، دار الفكر، عمان، بدون تاريخ، ص19.

(2) د. محمد سليم محمد عزوي، الوجيز في التنظيم السياسي والدستوري للمملكة الأردنية الهاشمية، مكتبة دار الثقافة، ط3، 1994م، ص98.

(3) ارجع د. محمد محمود عبد الله، ص69 وما بعدها.

الدراسات القانونية متجاوزا التقسيم التقليدي العتيق لفروع القانون العام والذي وضع مداميكه فقهاء الرومان.

والقانون المنظم للسلطة القضائية في الجمهورية اليمنية هو القانون رقم واحد لسنة 1991م "قانون السلطة القضائية"، وتوجز أهم المعالم الرئيسية لهذا القانون.

1- بالرغم من النص الدستوري حول استقلال السلطة القضائية م 147 فقد نصت المادة الأولى من قانون السلطة القضائية على استقلال السلطة القضائية ويعتبر استقلال القضاء شرطا أساسيا لتوافر مبدأ الشريعة واحترام سيادة القانون.⁽¹⁾

2- يحظر القانون إنشاء المحاكم الاستثنائية "والمحاكم الاستثنائية هي محاكم تشكل في ظروف استثنائية وتختص بالفصل في أمور معينة بموجب نص قانون خاص.

وهذه المحاكم تزول بزوال الظروف الاستثنائية التي اقتضتها أو يحسمها القضاء التي أوكلت مهمة حسمها، كما لا يشترط توافر الثقافة القانونية في أعضائها.⁽²⁾

3- حددت المادة 27 من القانون درجات المحاكم بقولها "تكون المحاكم كما يلي: 1- المحكمة العليا، 2- محاكم الاستئناف، 3- المحاكم الابتدائية.

4- تحدد القانون كيفية تكوين المحكمة العليا بوصفها أعلى هيئة قضائية وبين مهامها م "12" كما بين مهام رئيس المحكمة، وكذلك الدوائر التي تتكون منها المحكمة.

5- أجاز القانون إنشاء محاكم قضائية ابتدائية في المحافظات متى دعت الحاجة لذلك، كما نصت المادة "49" على إنشاء محاكم ابتدائية تختص بالنظر في قضايا الأحداث. وقد صدر قانون رعاية الأحداث رقم 24 لسنة 1992م. ومرد اهتمام المشرع اليمني بالأحداث كونها عماد المستقبل وأمل المجتمع والعمود الفقري للأسرة، ناهيك عن اهتمام الجدول جميعها اليوم بظاهرة جنوح الأحداث والبحث عن سبل معالجتها بشأن إصلاحهم وتقويمهم.⁽³⁾

6- نظم القانون النيابة العامة بوصفها أحد عناصر السلطة القضائية.

7- حدد القانون كيفية تشكيل مجلس القضاء وصلاحياته.

8- وفيما يتعلق بحصانات القضاة وتعيينهم وعزلهم ومحاسبتهم، وغير فقد شملها القانون إضافة إلى تحديده لمهام هيئة التفتيش القضائي...إلخ.

(1) راجع في ذلك د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1977م، ص168 وما بعدها.

(2) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص44.

(3) انظر د. حسن الجوخدار، قانون الأحداث الجانحين، مكتبة دار الثقافة، ط1، 1992م، ص8.

كانت تلك لمحة عن فروع القانون العام، ولو أن هناك من يعد قانون التأمينات الاجتماعية فرعاً من فروع القانون العام.⁽¹⁾

المطلب الثالث

فروع القانون الخاص (Branches Private Law)

37 - سلف القول بأن القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بصفتها صاحبة السيادة والسلطة. هذا ويتفرع القانون الخاص إلى عدة فروع في مقدمتها القانون المدني بوصفه أهم فروع القانون الخاص، بل هو الأساس التي تفرعت منه سائر فروع وهي القانون التجاري والقانون البحري والقانون الجوي وقانون العمل وقانون المرافعات، وأخيراً فهناك نوع مستقل ومتميز بطابع خاص من حيث وظيفة قواعده ويطلق عليه القانون الدولي الخاص.

ونعرض لكل فرع من هذه الفروع باقتضاب غير مغل.

1 - القانون المدني (Civil Law)

يعد القانون المدني الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص،⁽²⁾ إذ يتوجه إلى جميع الأفراد بصفتهم أعضاء في المجتمع وذن النظر إلى اختلاف طوائفهم ومهنتهم وذلك بخلاف الحال بالنسبة للفروع الأخرى للقانون الخاص، ولذلك فهو يعد المرجع حيث لا توجد في فروع القانون الخاص الأخرى كالقانون التجاري وقواعد العمل بقواعد بشأن العلاقات التي تحكمها وهذا ما يؤكد منطوق المادة (137) من القانون المدني اليمني بالقول: (إذا لم يوجد نص في القوانين الخاصة يمكن تطبيقه على المسألة المتنازع عليها يرجع أولاً إلى أحكام هذا القانون).

تكمن أهمية القانون المدني في تفوقه في الفن القانوني عن سائر فروع القانون، بحيث عد نموذجاً استهدت به القوانين الأخرى في تطورها واستعارت من نظمه وقواعده ما سمحت به طبيعتها.⁽³⁾

والأصل أن القانون اليمني ينظم نوعين من العلاقات الأولى: علاقة الفرج بأسرته بما يضعه من قواعد الأحوال الشخصية.

والثانية هي العلاقات المالية عن طريق ما يضعه من قواعد المعاملات أو الأحوال العينية. وعلى هذا الأساس سارت القوانين المدنية في الدول الأوروبية، ففي فرنسا يشمل قانون نابليون لعام

(1) ارجع د. سمير عبد السيد تناغو، ص 569. د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال، المرجع السابق، ص 97.

(2) انظر د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 72.

(3) د. محمد لبيب شنب، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، 85-1986م، ص 90.

1804 قواعد المعاملات المالية وقواعد الأحوال الشخصية وكذا الحال في سويسرا وتركيا وغيرها.⁽¹⁾ أما الدول العربية والإسلامية كمصر وسوريا والعراق والأردن والكويت وليبيا واليمن فالقانون المدني ينفرد بتنظيم الروابط المالية ويترك أمر تنظيم الأحوال الشخصية لقانون مستقل استقيت أحكامه من الشريعة الإسلامية لينظم الزواج والطلاق والنفقة والحضانة والإرث والنسب والميراث والوصية وغيرها من قضايا الأسرة.

وقد صدر قانون الأحوال الشخصية رقم 20 لعام 1992م متضمنا لكل ذلك إلا أن القانون المدني اليمني ظل محتويا على حكم بعض المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية مثل الشخص الطبيعي والأحكام المتصلة ببدء الشخصية وانتهائها، والأهلية والموطن ودرجة القرابة.. إلخ.⁽²⁾ والقانون المدني اليمني رقم 12 لعام 1992م الصادر في 29 مارس 1992م قد ألغى كل القوانين التي كانت نافذة والصادرة في صنعاء وعدن.⁽³⁾

ويعد القانون المدني اليمني أحدث قانون مدني عربي يصرح في مستهل أحكامه بأنه مستمد من الشريعة الإسلامية حيث تنص المادة الأولى على أن (يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظا ومعنى...)⁽⁴⁾.

ويلاحظ أن استقلال بعض فروع القانون الخاص من القانون المدني، يمثل ظاهرة مستمرة. فلم يقتصر الأمر على القانون التجاري القانون البحري وقانون العمل، بل أننا نشهد اليوم أيضا استقلال قانون الملكية الأدبية والفنية والصناعة ومثال ذلك ما فعله المشرع اليمني عندما أصدر القانون رقم 19 لعام 1994م بشأن الحق الفكري.

وتجب الإشارة هنا إلى أن هناك من يرى بأن إطلاق اسم القانون المدني على هذا القانون إطلاق خاطئ، لأنه ينظم علاقات الناس، وهو قانون معاملات وليس هناك أي صلة بين لفظ

(1) د. غالب علي الداودي، ص 57. د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص 59.

(2) المواد 38-71 من القانون المدني اليمني.

(3) القوانين الصادرة في صنعاء هي القوانين ذات الأرقام 10، 11، 27 لسنة 1979م، و7 و6 لسنة 1983، والقانون الصادر في عدن رقم 8 لسنة 1988م.

(4) انظر د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المجني الأردني، مكتبة دار الثقافة، ط الأولى، 1996م، ص 4 و 11.

مدني والمعاملات، فوصف القانون بأنه مدني وصف غير منطبق على حقيقته، لأن حقيقته أنه ينظم علاقات الناس، وهذه معاملات، ولا صلة للقانون بالمدنية مهما أريد بها من معان.⁽¹⁾

2 - القانون التجاري (Commercial Law)

تعريفه: القانون التجاري عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم أو تحكم فئة من الأعمال هي المسماة بالأعمال التجارية، وطائفة من الأشخاص تسمى التجار.⁽²⁾ وقد كان لزيادة واتساع النشاط التجاري دوره في بروز الحاجة إلى وضع قواعد خاصة تلائم ما تقتضيه التجارة من سرعة في التعامل وما تقوم عليه علاقات التجار بعضهم ببعض الآخر من ثقة لا تتوفر في المعاملات غير التجارية، ولذلك كان بديهياً أن يستقل القانون التجاري عن القانون المدني ليصبح فرعاً قائماً بذاته.⁽³⁾

ويمكن بيان الأوضاع التي يتناولها القانون التجاري على النحو التالي:

- 1- بيان وتحديد الأعمال التجارية.
- 2- الشروط الواجب توافرها لاكتساب الشخص صفة التاجر.
- 3- الالتزامات المفروضة على التجار، كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر.
- 4- أنواع الشركات، سواء كانت شركات أشخاص أو شركات أموال.
- 5- العقود التجارية، كعقد الوكالة بالعمولة.
- 6- أحكام الأوراق التجارية كالكمبيالات والشيكات وكذلك الأسهم وأعمال البنوك.
- 7- الإفلاس التجاري والصلح الواقي للإفلاس.
- 8- الأسماء التجارية والعلامات التجارية وحمايتها.

وينظم الجانب الغالب من هذه الموضوعات التقنين التجاري رقم 32 لعام 1991م الصادر في 12 أبريل 1991م كما أصدر المشرع اليمني أيضاً القوانين التالية على وفق نص المادة السابعة من القانون التجاري والقوانين هي:

(1) يرجع في ذلك أحمد الداوور، نقض القانون المدني، كتاب الوعي، ج2، ط3، دار الأمة، بيروت، 1990م، ص22.

(2) انظر في تعريف القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري الدار الجامعية، الإسكندرية، 1988م، ص 7. د. محمد عبد القادر الحاد، شرح القانون التجاري اليمني، مكتبة الجيل الجديد، 92-1993م، ص5.

- د. محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، ط1، دار عمان، ص5.

(3) المحامي د. عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص47.

- د. عبد السلام علي المزوغي، المرجع السابق، ص171.

قانون السجل التجاري رقم 33 لسنة 1991م. وقانون الشركات رقم 34 لسنة 1991م قانون البنوك التجارية رقم 36 لسنة 1991م، وقانون تنظيم الوكالات وفروع الشركات والبيوت الأجنبية رقم 36 لسنة 1992م وقانون بشأن الإشراف والرقابة على شركات ووسطاء التأمين رقم 37 لسنة 1992م.

ويتصف القانون التجاري حالياً بخصائص عدة منها تحوله باتجاه القانون العام، نتيجة لسيطرة الدولة على الاقتصاد، ووضعها قواعد وشروط إلزامية تخالف ما هو مألوف ضمن القانون الخاص، وكذلك تغليب الصفة القانونية على الصفة العقدية ولذلك نتيجة لاتساع فكرة النظام العام بشكل متزايد في القانون التجاري في هذا العصر. وكذلك خاصية توسعه لشمول جميع أوجه النشاط الاقتصادي، هذا ما يدعو إلى إبداله باسم القانون الاقتصادي، وأخيراً ظاهرة توحده دولياً نتيجة لتزايد نطاق التجارة الدولية، وشعور أطرافها المختلف في التعامل التجاري الدولي بضرورة وجود قواعد عامة مشتركة تحكم العلاقات الناشئة بينها والميدان الغالب فيه ظاهرة توحيد قانون التجارة الدولي، هو ميدان النقل بوجه خاص.⁽¹⁾

3 - القانون البحري

القانون البحري هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية حيث تتركز قواعد القانون البحري في السفينة وما تحمله بوصفها وسيلة هذه الملاحة.⁽²⁾ فهو ينظم الحقوق التي ترد على السفينة، والعقود التي تكون السفينة محلاً لها كبيع السفينة وتجهيزها، وعلاقة الريان بصاحب السفينة وبالملاحين، وعقد العمل البحري، ومسئولية الناقل، والتأمين على السفن والبضائع، إلى غير ذلك من المسائل التي تتصل بالملاحة البحرية.

ويتضح أن المسائل البحرية التي يتكفل القانون البحري بتنظيمها تعد من قبيل الأعمال التجارية، إلا أن هناك اعتبارات دعت إلى استقلاله عن القانون التجاري. حيث روعي أن السفينة كبيرة القيمة وأنها تتعرض لأخطار خاصة، كما أنها تكون في أغلب الأحيان بعيدة عن رقابة صاحبها.

وقد صدر القانون البحري اليمني متضمناً معظم القواعد المتعلقة بالملاحة البحرية ويحمل رقم 15 لعام 1994م. ويعد القانون البحري اليمني من الفروع المهمة للقانون الخاص في الجمهورية اليمنية، وذلك للموقع الاستراتيجي الهام لليمن، بل لقد كان هذا الموقع مصدر رخاء

(1) انظر عبد الكاظم فارس المالكي، جبار صابر طه، ص 170-171.

(2) انظر د. كمال محمد أبو سريع، القانون البحري اليمني، منشورات جامعة صنعاء، 1991م، ص 3.

للممالك اليمنية القديمة والتي كانت سبابة في سن التشريعات في العالم القديم بما في ذلك التشريع الروماني.⁽¹⁾

ومن أمثلة القوانين في اليمن القديم قانون قنبان التجاري والقوانين الحميرية والتي بلغت 46 فصلا.

4 - القانون الجوي

القانون الجوي هو مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات الخاص بالملاحة الجوية وتدور هذه العلاقة حول الطائرة من حيث ملكيتها وجنسياتها وتسجيلها وعقد النقل الجوي والمسئولية عن الأضرار التي قد تصيب الراكب أو تصيب من هو على سطح الأرض، إلى ذلك من المسائل المتعلقة بالملاحة الجوية.⁽²⁾

وهذا الفرع من القانون حديث النشأة، وترجع معظم قواعده إلى المعاهدات الدولية في شأن الملاحة الجوية. كاتفاقية وارسو لسنة 1929م وتعديلاتها الخاصة بالنقل الجوي.

5 - قانون العمل

يضم قانون العمل القواعد التي تنظم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال، وهو قانون حديث النشأة، حيث كان إلى عهد قريب تخضع العلاقات بين العمال وأصحاب العمل للقانون المدني، وقد ظهر في أعقاب الثورة الصناعية وما جرته على العمال من مساوئ نتيجة استغلال أصحاب رؤوس الأموال لهم. وقد حملت الأوضاع المشرع للتدخل وتنظيم هذه العلاقات على أسس تضمن حقوق العمال. وقد ازدادت أهمية قانون العمل حتى صار من أهم فروع القانون الوطني⁽³⁾ فغالبية قواعده أمرت لأنها تعبر عن ازدياد تدخل الدولة في العلاقات الخاصة فهي قواعد تتجه أساسا لحماية العمال من استغلال أصحاب العمل، وقد صدر في الجمهورية اليمنية قانون العمل تحت رقم 6 لسنة 1995م، وقد نصت المادة الثالثة منه على أنه يسري على العاملين في القطاع الخاص والتعاوني وأي قطاع أجنبي ينطبق عليه قانون العمل.

(1) د. محمد أحمد علي، من تاريخ التشريع في اليمن، دراسات يمنية، العدد 20، أبريل - مايو - يونيو، 1985م، ص225.

(2) انظر د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص48.

د. عدنان طه الدوري، د. لطيف جبر كوماني، المرجع السابق، ص27.

د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص62.

(3) انظر مثلا د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل العراقي، بغداد، 1978م، ص19.

6 - قانون المرافعات

يتضمن قانون المرافعات والتنفيذ المدني كما يسميه المشرع اليمني⁽¹⁾ أو قانون أصول المحاكمات المدنية كما هو الحال في لبنان والأردن وقانون المرافعات المدنية والتجارية كما يسميه القانون المصري، القواعد التي تكفل حماية الحقوق واقتضاءها، وأصول تنفيذ الأحكام الصادرة بشأنها.

وقد جاء قانون المرافعات والتنفيذ المدني الصادر في 3 أبريل 1992م مبينا للقواعد التي تبين الإجراءات الواجب على المحاكم تطبيقها وعلى الأفراد إتباعها في الدعاوى التي يقيمها هؤلاء فيما يتعلق بأمورهم المدنية وأصول تنفيذ الأحكام الصادرة بشأنها، ولعلنا نستطيع أن نلحق بهذه القواعد أيضا ما تضمنه قانون الإثبات الصادر بتاريخ 29 مارس 1992م من قواعد تنظيم الوسائل التي يجب اعتمادها لإثبات الحقوق المدعى بها.⁽²⁾ فقانون المرافعات إذا قانون شكلي إجرائي يرسم طريق حماية الحقوق التي تقررها القوانين الأخرى.

ويرى بعض الباحثين أن قانون المرافعات هو فرع من فروع القوانين المختلطة.⁽³⁾ على أساس انه من فروع القانون العام لأنه ينظم المحاكم ويعين الاختصاص وطرق الطعن، وهذه القواعد من قواعد القانون العام لأنها تتعلق بأمور مرفق عام وهو مرفق القضاء. على أساس أنه من فروع القانون الخاص من جهة أخرى لأنه يتضمن القواعد التي تتعلق برفع الدعوى وتقديم الأدلة وإجراءات المحاكم وإصدار الحكم، وهذه القواعد من قواعد القانون الخاص بأنها تهدف إلى حماية المصالح الفردية.

7 - القانون الدولي الخاص

الموضوع الرئيسي التي تعنى به قواعد القانون الدولي الخاص هو بيان اختصاص محاكم الدولة في مجموعها بنظر الدعاوى التي ترفع بشأن العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، ثم بيان القانون الواجب التطبيق على المسائل المختلفة التي يثور بشأنها النزاع في نطاق هذه العلاقات، كما لو تزوج يمني من مصرية، أو اشترى يمني من فرنسي عقارا في لندن.

⁽¹⁾ وهو القانون رقم 28 لسنة 1992م، أما في الأردن فلا يشمل قانون أصول المحاكمات المدنية قواعد إجراءات التنفيذ بل يوجد قانون مستقل هو قانون رقم 31 لسنة 1952م، قانون الإجراء.

⁽²⁾ وهو القانون رقم 28 لسنة 1992م بشأن الإثبات.

⁽³⁾ انظر د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص589، د. عدنان طه الدوري، د. لطيف جبر كومانى، ص28. د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص227، ولكن الاتجاه في الفقه اعتبار قانون المرافعات من فروع القانون الخاص، وهذا الأرجح.

وبالرغم من تسمية هذا القانون بالقانون الدولي الخاص، إلا أنه يعد قانوناً وطنياً⁽¹⁾ كون أن القانون الدولي الخاص لا شأن له بذات الدولة أو بكيانها أو بعلاقاتها العامة⁽²⁾ ويقصد بالقول بأن القانون الدولي الخاص قانوناً وطنياً أو داخلياً، بمعنى أنه لا توجد قواعد موحدة تسيّر عليها الدولة فيما يتعلق لمسائل القانون وإنما لكل دولة قواعدها الخاصة في هذا الشأن.⁽³⁾ وبالرغم من أن تنازع القوانين هو الموضوع الرئيسي أو الأساس والوحيد للقانون الدولي الخاص، إلا أن جانب من الفقه هو الغالب اليوم، قد أدخل القواعد القانونية المنظمة للجنسية والاختصاص القضائي الدولي والموطن والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية، باعتبارها موضوعات أولية بالنسبة لموضوع تنازع القوانين وتنازع الاختصاص. ومعلوم أن قواعد الجنسية والموطن ومركز الأجانب قواعد موضوعية أي من قواعد القانون العام⁽⁴⁾ وعلى هذا الأساس عد البعض القانون الدولي الخاص من فروع القانون المختلط.

وقواعد القانون الدولي الخاص لا يضمها قانون موحد، بل هي توجد موزعة على عدد من القوانين التي تتضمن بعض موادها الكثير من هذه القواعد.⁽⁵⁾

وللقانون الدولي الخاص شأنه شأن أي قانون مصادرة، وهي متنوعة، فهناك المصادر الداخلية والمتمثلة في التشريع والعرف والقضاء والمبادئ العامة للقانون أما المصادر الخارجية أو الدولية فتتمثل في المعاهدات والاتفاقيات والعرف الدولي والقضاء الدولي، وكذلك مصادر علمية والمتمثلة في الفقه الداخلي والدولي علماً بأن قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص تأسست أصلاً في البداية على أداء الفقهاء في هولندا وإيطاليا وفرنسا وإنجلترا.⁽⁶⁾

أما بالنسبة لقواعد الشريعة الإسلامية، فإنها تؤدي بالمسبة للقانون الدولي الخاص بدرجة أساسية دور النظام العام، كما ورد ذلك في المادة (26) من القانون المدني اليمني.

(1) المحامي د. عبد القادر الفأر، ص 49.

(2) د. علي صادق أبو هيف، المرجع السابق، ص 19.

(3) انظر القانون المدني اليمني المواد 24-36 أيضاً قانون المرافعات المدني اليمني المواد 58-61.

(4) انظر د. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون الكويتي، وكالة المطبوعات، ط1، 1973م، ص 31 وما بعدها، ود. عباس الصراف ود. جورج حزبون، ص 31.

(5) انظر د. هشام القاسم، المدخل إلى علم الحقوق، المطبعة العلمية، دمشق، 1971م، ص 114-115.

(6) انظر د. غالب علي الداودي، ص 70، وعبد الكاظم فارس المالكي، جبار صابر طه، ص 184 ود. محمد أحمد علي، القانون الدولي الخاص المعاصر في اليمن "المصادر" دراسات يمنية، العدد 31، مارس 1988م،

ولا ريب في أن تطبيق القانون الأجنبي لا يعني أن هذا القانون يطبق لما له من سلطان أو سيادة، وإنما يطبق لأن القانون الوطني صاحب السيادة أو السلطان هو الذي يأمر بتطبيقه.

المبحث الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

38 - القاعدة القانونية، كما رأينا، تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع. وفي إطار هذا التنظيم قد يقتضي الأمر وضع قواعد تتمتع بدرجة مطلقة من الإلزام نظرا لارتباطها بمصلحة عامة للمجتمع، فتأتي القواعد القانونية في هذا المجال في صورة قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أما فيما يتعلق الأمر بالمصالح الخاصة للأفراد فإن تنظيمه يأتي في صورة قواعد مكملة يكون للأفراد في علاقاتهم حرية استبعاده والاتفاق على ما يغيره.

ولمعرفة ذلك يقتضي أن نعطي تعريف للقواعد الآمرة والمكملة، ثم نبحث في معيار التمييز بينهما، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

المطلب الثاني: معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

المطلب الأول

تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكملة

39 - استند تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة أو مفسرة إلى قوة الإلزام في هذه القواعد.

والقواعد الآمرة هي التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها أو على استبعاد حكمها، أي أن القاعدة الآمرة أو الناهية هي قاعدة مطلقة التطبيق، تتعدى حرية الأفراد فيما يتعلق بكل ما يسمها بالتعديل أو التغيير أو الاستبعاد.

أما القواعد المكملة أو المفسرة كما يطلق عليها أيضا، فهي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يحالف حكمها لأن هذه القواعد لم يضعها المشرع إلا لتكملة إرادة الأفراد عند

إغفالها الاتفاق على حكم رابطة أو مسألة معينة، وعلى ذلك إذا نهضت الإرادة ونظمت هذه الرابطة
وجب إتباع حكم هذه الإرادة.⁽¹⁾

وتنقسم القواعد القانونية إلى قواعد أمر وقواعد مكملة،⁽²⁾ مرده تلك الحرية الممنوعة للأفراد
في تنظيم علاقاتهم، فحيث تقيد هذه الحرية تكون القاعدة أمر، وعندما تطلق هذه الحرية تكون
القاعدة مكملة، والعبرة في تقييد الحرية أو إطلاقها هو بمدى تعلق العلاقة القانونية بنظام المجتمع
ومقوماته. ومثال ذلك القاعدة التي تقرر الجرائم والعقوبات أو تنظم شئون الوظيفة العامة يضع لها
المشرع أحكام يلتزم بها الأفراد بصورة مطلقة بحيث لا يملكون بشأنه سلطة التعديل أو التبديل.

وفي نطاق الأحوال الشخصية لا يجوز للأفراد على مخالفة الأحكام الواردة في القانون
والمستمدة من الشريعة الإسلامية، كأن يتفقوا على توزيع الإرث بشكل مغاير لما هو وارد في
الكتاب السادس "المواريث" من قانون الأحوال الشخصية رقم 20 لسنة 1992م أو الاتفاق على
تغيير سن الرشد إلى 18 سنة بدلا من 15 سنة فهذا الاتفاق باطل لمخالفته نص المادة 51 من
القانون المدني اليمني والذي حدد سن الرشد 15 سنة كاملة.

كذلك يعد باطلا على الاتفاق على جعل سن الأهلية التجارية 20 سنة بدلا من 18 سنة
لمخالفة ذلك لنص المادة 23 من القانون التجاري اليمني والتي حددت سن الأهلية التجارية... إلخ
لأن مثل هذه القواعد أمر ليس للأفراد حق مخالفتها.

غير أن المشرع يرى أحيانا أن الموضوعات التي تنصب عليها أحكام القانون هي مسائل
تهم الأفراد أساسا وتشكل مصالح خاصة بهم وليس لها خطورة على المجتمع ككل وهنا يقوم بوضع
تنظيم قانوني نموذجي لها كي يسير عليها الأفراد في معاملاتهم بشأنها ولكن في ذات الوقت يقدر
أن ذوي الشأن قد يكونون أكثر دراية بشئونهم الخاصة ويرغبون في تنظيمها على وجه آخر مخالف
للمنموذج الذي وضعه المشرع ولذلك ترك مجالا لسلطان إرادتهم في هذا الصدد فأتاح لهم الاتفاق
على مخالفة القواعد التي وضعها لتنظيم الموضوعات المتعلقة بشئونهم الخاصة. فقد يحدث مثلا
أن يقتصر اتفاق المتعاقدان على المسائل الجوهرية في التعاقد، تاركين تنظيم سائر المسائل
التفصيلية. ففي عقد البيع مثلا قد يتفقان على المبيع والثلث ولكن يختلفان على موعد دفع الثمن

(1) انظر د. أنور سلطان، ص 51، د. سهيل الفتلاوي، ص 92، د. عبد المنعم البدرابي، ص 89، د. خالد الزعبي،
د. منذر الفضل، ص 49، د. عبد المنعم فرج الصدة ص 70.

(2) يطلق البعض على القواعد المكملة القواعد المقررة، كما يفضل البعض اسم مكملة منتقدا مصطلح مفسرة، انظر
جميل الشراقوي، ص 73، د. سمير تناغو، ص 85.

ومكانه، ولا على موعد تسليم المبيع ومكانه، ولا على ما يترتب للمشتري من العقد من ضمانات من قبل البائع.

ولذلك عني المشرع بالنص على تنظيم قانوني لهذه المسائل وأمثالها، تنظيماً يجب إعماله وتطبيقه إذا لم يتعرض لها ذوو الشأن بالتنظيم.

ومعنى أن هذا التنظيم الذي وضعه المشرع لا يصبح ملزماً إلا تحت شرط عدم اتفاق الطرفين على تنظيم آخر خاص.⁽¹⁾

ومن المسلم به أن قواعد القانون العام جميعها أمرة وذلك نظراً لطبيعة القانون العام الذي يتصل بالمصالح العليا للمجتمع. أما قواعد القانون الخاص، فهي قواعد مكملة لكونها تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد. وبالتالي تبدو إرادة الأفراد أكثر وضوحاً وتكون الغالبة في تنظيم هذه العلاقات، إلا أن قانون المرافعات المدنية وكذلك قانون العمل، والقانون الدولي الخاص، فنظراً للطبيعة الخاصة لقواعدها والتي ترتبط بطريقة أو بأخرى بالمجتمع ككل، فإن معظم قواعدها أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها.⁽²⁾

إن اتفاق الأطراف على مخالفة القاعدة المكملة، لا يعني، ذلك أن القاعدة القانونية المكملة ليست ملزمة، إذ لا يتفق ذلك مع القول بأن الإلزام هو العنصر الأساسي من بين عناصر القانون القانونية، سيان أكانت أمرة أم مكملة.

أن القاعدة القانونية المكملة هي قاعد ملزمة من وقت نشوئها مثلها مثل القاعدة القانونية الأمرة، وكل ما في الأمر أن لكل قاعدة قانونية شروط معينة يلزم توافرها لتطبيق حكمها. ومن شروط القاعدة القانونية المكملة ألا يتفق الأفراد على مخالفة حكمها، فإذا اتفقوا على خلافها، فإنه يمتنع تطبيقها لا لأنها ليس ملزمة، ولكن لأن شروطاً من شروط تطبيقها تخلف.

(1) د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 90.

(2) د. عبد القادر الفار، ص 53.

ويرى البعض بأنه من المتصور أن تكون القاعدة أمرة أن تكون مع ذلك مرتبطة بالنظام العام في المجتمع.

انظر د. سمير تناغو، ص 89.

د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 75.

مثال ذلك المادة 430 مدني يماني، نجد أن المشرع قد نص في آخر هذه المادة على أنه "..... ما لم يتفق على خلاف ذلك." بمعنى أنه إذا سكت الأفراد على النص على مخالفتها، فإن شروط تطبيقها تكون متوافرة وبالتالي تنطبق عليهم وملزمون بحكمها.⁽¹⁾

المطلب الثاني

معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة

40 - نظرا للأهمية العملية لتقسيم القواعد القانونية إلى أمرة ومكملة وجب البحث عن معيار يمكن عن طريقة التعرف على القاعدة القانونية محل الاعتبار، وقد عرف الفقه في هذا الصدد معيارين هما:

1- المعيار اللفظي أو الشكلي "ألفاظ النص".

2- المعيار الموضوعي "المعنوي".

أولاً: المعيار اللفظي

يستند هذا المعيار إلى ألفاظ القاعدة القانونية فقد يصاغ نص القاعدة القانونية بطريقة تقطع في الدلالة إن صراحة أو ضمناً على تطبيقها.

فإن ورد في القاعدة أنه لا يجوز أو لا يصح الاتفاق على ما يخالف أحكامها أو على بطلان مثل هذا الاتفاق، دل ذلك على أن القاعدة أمرة. ومن قبيل القواعد الآمرة كل قواعد قانون العقوبات التي تعاقب على ارتكاب أفعال معينة. كذلك من قبيل القواعد الآمرة في نطاق القانون المدني ما تنص عليه المادة 47 من أنه ليس لأحد التنازل عن أهليته أو التعديل من أحكامها كما أنه ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية، وما تنص عليه المادة 86 بقولها "لا تقسم تركة إلا بعد إخراج ما يجب خراجه من رأس التركة...إلخ. كذلك ما نصت عليه المادة 179 من أنه "لا يصح العقد الصادر من شخص مكره عليه...إلخ. كذلك المادة 188 والتي تنص على أنه "لا يصح التعاقد على عين محرمة شرعاً ولا فعل محرم شرعاً أو مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة...إلخ. كذلك ما أورده المادة 617 من أنه "لا يجوز للمقرض أن يشترط رد عين القرض ولكن إذا ردت له لزم قبولها".

ومن أمثلة هذه القواعد الآمرة في نطاق قانون الأحوال الشخصية نورد بعض الأمثلة، فالمادة 15 والتي قضت بأنه "لا يصح تزويج الصغير ذكراً كان أو أنثى دون بلوغه خمس عشرة سنة والمادة 45 والتي تنص على أن "لا يفسخ الزواج إلا بحكم المحكمة"، والمادة 300 والتي نصت على أنه "لا استحقاق لأحد في تركة المورث إذا بعد تحقق وفاته...إلخ.

(1) د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص36.

أما إذا ورد في القاعدة على أنه يعمل بحكمها ما لم يوجد اتفاق أو عرف بقضي بغيره، دل ذلك على أنه قاعدة مكملة أو مفسرة. من ذلك ما نصت عليه المادة 563 مدني بالقول "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع وحل الميعاد دون أن يدفع الثمن فللبائع دون أعذار أو طلب أن يفسخ البيع ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. كذلك ما أورده المادة 736 بأنه "لا يجوز للمستأجر أن يستعمل العين المؤجرة إلا فيما أعدت له وعلى النحو المتفق عليه أو المتعارف عليه ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. أيضا المادة 935 والتي تقضي بأنه "إذا تعدد الموكلون في عمل مشترك كانوا متضامنين قبل الوكيل فيما يترتب على تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك، كذلك نصت المادة 156 من قانون الأحوال الشخصية على أنه "لا يحكم للزوجة بأكثر من نفقة سنة سابقة على المطالبات القضائية ما لم يتفق الزوجان على خلاف ذلك).

مما سبق يتبين لنا من صياغة النص وعبارته طبيعة القاعدة القانونية، وهل هي أمره أو مكملة.

ثانيا: المعيار الموضوعي أو المعنوي "مضمون النص"

عندما لا تساعد صياغة النص على استخلاص الصيغة الآمرة أو المكملة للقاعدة القانونية يتعين في هذه الحالة اللجوء إلى المعيار الموضوعي أو المعنوي.⁽¹⁾ والمعيار الموضوعي هو ما يتضمنه النص من مضمون وموضوع. فإذا كان مضمون النص وموضوعه متعلقا بمصالح خاصة للأفراد وكانت القاعدة القانونية الواردة فيه قاعدة مكملة، وإن كان متعلقا بكيان الجماعة ونظامها الأساسي ومصالحها الأساسية كانت القاعدة القانونية قاعدة أمره. ولما كانت المصالح الأساسية في المجتمع تتعلق بما اصطلح على تسميته بالنظام العام والآداب، فالمعيار الموضوعي، يتلخص في البحث فيما إذا كانت تتعلق بالنظام العام والآداب أم لا.⁽²⁾ وهذا يقتضي أن نعرض لفكرة النظام العام والآداب مع التطرق لبعض تطبيقاتها.

النظام العام

لم تظهر فكرة النظام العام إلا مع ظهور تنازع القوانين، وأرتبط هذا المفهوم الحقوقي باسم الفقيه الإيطالي "بارتول" زعيم المدرسة الإيطالية التي تعد أول مدرسة وضعت النواة الأولى لفكرة النظام العام. أن تعريف النظام العام ليس بالأمر الهين. وقد عبر عن ذلك "قاري سومبيير" بالقول:

(1) انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، القاهرة، 1954، ص 98.

(2) د. عصام أنور سليم، د. محمد جسم قاسم، ص 42، د. سمير السيد تناغو، ص 90 زكت بعدها/ جميل الشراقوي، ص 72.

"أن في محاولة تعريف النظام العام إحناتا ذهنيا كبيرا" كما قال أيضا أحد القضاة الإنجليز "أنك إذا حاولت تعريف النظام العام فإنما تركيب حصانا جامحا، لا تدري على أي أرض سيلقي بك". وقال بودان: "ليس كفكرة النظام العام فكرة تتأبى على التعريف الدقيق." وقد وصف البعض النظام العام بأنه ذريعة حكومية، ذريعة تستطيع الدولة بواسطتها قمع الاتفاقات الخاصة التي تتال من مصالحها الأساسية.⁽¹⁾ ولم يقتصر الأمر على النطاق الفقهي، بل تعدى التشريعات إذ أن كافة الدول لم تضع في تشريعاتها تعريفا للنظام العام، ولم يكن المشرع اليمني أحسن حالا. فقد اكتفى بذكره فقط، على سبيل المثال في المادة الأولى والمادة 188 من القانون المدني والتي تنص على أنه "لا يصح التعاقد على عين محرمة شرعا ولا فعل محرّم شرعا أو مخالف للنظام العام اللذين لا يخالفان أصول الشريعة الإسلامية.

وتعود الصعوبة في تعريف النظام العام بوصفة من الأفكار المرنة غير المحددة، والتي تتغير وفقا لظروف الزمان والمكان وتختلف تبعا لاختلاف المذاهب والنظريات السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في بلد من البلدان.

فما يعتبر من النظام العام في بلد ما قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر⁽²⁾ ففي مجتمع إسلامي يعتبر تعدد الزوجات نظاما مقبولا في حين أنه في المجتمعات المسيحية يعتبر أمرا مخالفا للنظام العام، والطلاق الذي تسلم بجوازه أغلب التشريعات يعد في بعض البلاد التي تحرمه قوانينها مخالفا للنظام العام. كما أن النظام العام يختلف في الجماعة باختلاف الزمان. فبعد أن كانت بعض النظم القانونية تمنع الإقراض بفائدة أصبحت تسمح به اليوم كما أن التأمين على الحياة بعد أن كان مخالفا للنظام العام في الماضي أصبح العكس.

وفكرة النظام العام أدخلت على القانون المدني الفرنسي في بداية القرن الماضي تحت تأثير المذهب الفردي والذي كان حينها يعتبر الفلسفة السائدة، ولكن مبدأ سلطان الإرادة من أهم تطبيقات النظام العام.

ولا تقتصر مسائل النظام العام على فروع القانون العام بل أن كثير من الأمور المتعلقة بالأسرة والشئون العائلية في القانون الخاص يعد من النظام العام ولا يصح أن يكون موضوعا لمساومات تعاقدية واتفاقيات خاصة، كالطلاق والنفقة والحضانة والميراث ولصعوبة حصر ما

(1) انظر د. محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص32، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص57

(2) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص93، وجميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص72، المحامي، د. عبد القادر الفأر، المرجع السابق، ص56.

يدخل في نطاق النظام العام، فقد ترك المشرع تحديد فكرة النظام العام للقضاء فالقاضي في هذا الخصوص هو الذي يقع عليه عبء تحديد ما يعتبر من النظام العام، وهو في هذا السبيل يستعرض المبادئ الأساسية للنظام الاجتماعي والقانوني في الدولة، ويستخلص منها مبادئ النظام العام في دولته، والقاضي في هذا خاضع لرقابة المحكمة العليا لأنه يفصل في موضوع قانوني لا موضع وقائع. (1)

تطبيقات النظام العام في نطاق القانون العام

لن نحاول أن نعطي تطبيقات جامعة لفكرة النظام العام، بل سنكتفي بإيراد بعد الأمثلة:

ولسنا في حاجة قبل هذه التطبيقات إلى ذكر إن كان مخالفة للقوانين الجنائية أو الإدارية أو المالية تعتبر مخالفة للنظام العام.

التنظيم العام للدولة والقوانين المتعلقة بالأمن العام:

لاشك أن القوانين المتعلقة بالتنظيم العام للدولة كالقانون الدستوري من النظام العام، وعليه يعتبر باطلا كل اتفاق يخالف هذه القوانين كالاتفاق الخاص بالاتجار بأصوات الناخبين أو بتنازل شخص عن ترشيح نفسه لشخص آخر بمقابل أو بدونه.

كذلك تعتبر القوانين المنظمة للسلطة القضائية من النظام العام لأنها تنظم إحدى السلطات العامة للدولة، وعلى هذا يعتبر باطلا الاتفاق على تعديل اختصاص المحاكم فيما عدا الاختصاص المحلي لأنه روعي فيه مصلحة المتعاقدين. (2)

وبالمثل يقع باطلا كل اتفاق يتعارض مع القوانين المتعلقة بالأمن العام كقوانين العقوبات كالاتفاق على ارتكاب جريمة..إلخ.

النظم المالية

لا يجوز الاتفاق على مخالفة النظم المالية في الدولة أو القوانين المنظمة للنقد فيها، وعلى ذلك يعتبر باطلا الاتفاق على جعل الملزم بالضريبة "المكلف أو الممول" شخصا آخر أو غير الممول الذي عينه القانون.

النظم الإدارية

(1) د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص247، و د. عدنان طه الدوري، د. جبر لطيف كومانى، ص33.

(2) د. أنور سلطان، ص58، و د. عباس الصراف، د. جورج حزيون، ص36.

تعد النظم الإدارية وما تحتويه من قواعد ترمي إلى ضمان نزاهة الموظف وإلى حسن سير العمل في المصالح الحكومية من النظام العام ولذا يقع باطلا كل اتفاق يتعارض مع الملحة العامة التي تحققها هذه النظم، فمثلا لا يصح أن يتنازل موظف لزميل عن حقه في الترقية أو العلاوة...إلخ.

القواعد المتعلقة بالحريات العامة

تعد الحريات العامة التي كفلها الدستور للأفراد من النظام العام، كالحريات الشخصية وما يتفرع عنها من حرية الإقامة، وحرية الزواج وحرمة النفس وغيرها من الحريات العامة التي لا يخلو منها دستور من دساتير الدول.

فالحرية الشخصية من النظام العام، ولذلك نصت المادة 47 مدني أنه "ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية".

وحرية الإقامة من النظام العام ولا يجوز إبعاد مواطن عن وطنه أو حظر الإقامة عليه في جهة أو إلزامه في الإقامة في مكان معين. كذلك حرية الزواج وحرمة النفس وحرية العمل والتجارة جميعها تعد من النظام العام.

تطبيقات لفكرة النظام العام في القانون الخاص

أن فكرة النظام العام لا تقتصر على القانون العام كما يرى البعض، بل تمتد كذلك إلى القانون الخاص، سواء تنازلت قواعد هذا القانون الروابط المالية أو روابط الأحوال الشخصية، فقواعد الأهلية هي من القواعد الآمرة، كذلك القواعد المنظمة للعلاقات الأسرية هي من القانون العام فلا يجوز مثلا من له الحق في النفقة أن يتنازل مقدما عن حقه كذلك لا يجوز بالاتفاق تعديل ما بين الزوجين من حقوق وواجبات، كحق الزوج على زوجته من طاعة وأمانة زوجية.

وفي مجال الروابط المالية، فإنه وإن كان الأصل أن تنظيمها متروك لحرية الأفراد، إلا أننا نجد بعض القواعد تتصل بالنظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها كعدم صحة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع المادة "357" مدني، وكذلك المقامرة حيث نصت المادة 1103 مدني كل عقد خاص بمقامرة أو رهان باطل ولا يعمل به ويعاقب طرفاه طبقا لما هو مقرر في قانون العقوبات...إلخ.

وفي الجمهورية اليمنية لم يورد المشرع أسوة بغيره نصوصا قانونية تحدد ما يدخل في مفهوم الآداب العامة وما لا يدخل فمثلا نصت المادة 36 على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقا للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة في الجمهورية).

الباب الثاني

القانون بين النشأة والتطبيق والإلغاء

41 - تناولنا في الباب الأول وظيفة القانون وعلاقته بالحق وتعريفه وأساسه وخصائصه التي تميزه عن غيره من العلاقات الاجتماعية في المجتمع.

ونتناول في هذا الباب كيفية نشوء القانون أي ما هو المصدر الذي يسهم في تكوين القاعدة القانونية وكذلك نبحت في المبادئ التي على أساسها يتم تطبيق القانون في الزمان والمكان كما نسلط الضوء على طرق تفسير القانون والقواعد التي تحكم تغير قواعده أو إلغائه.

وتأسيسا لما سبق سنقسم هذا الباب على النحو التالي:

الفصل الأول: مصادر القانون

الفصل الثاني: تطبيق القانون

الفصل الثالث: تفسير القانون

الفصل الأول

مصادر القانون

42 - تفيد كلمة "مصدر" من الناحية اللغوية معنى "الأصل" أو "المنبع" الذي يستمد منه الشيء؛⁽¹⁾ أما في مجال الدراسات القانونية فللكلمة المصدر عدة معان فقد يقصد بالمصدر الأصل التاريخي الذي ترجع إليه قاعدة قانونية معينة كأن نقول بأن القانون الروماني هو أحد مصادر القانون المدني الفرنسي أو أن الشريعة الإسلامية هي مصدر مجلة الأحكام العدلية التي كانت بمثابة قانون مدني للدولة العثمانية؛ أن كلا من القانون الروماني والشريعة الإسلامية يعتبران مصدران تاريخيان للقانون الفرنسي وكذلك لمجلة الأحكام العدلية⁽²⁾ وقد يراد بالمصدر مجموع العوامل الاقتصادية والاجتماعية والفكرية التي اقتضت وضع القاعدة القانونية ويطلق على المصدر بهذا المعنى وصف المصدر المادي أو الموضوعي أو الحقيقي أو المصدر المركب "غير المباشر"⁽³⁾ للقاعدة القانونية ومن هذا المصدر تستمد القاعدة القانونية مادتها ومضمونها.

وتشكل المصادر المادية للقانون مشكلة من أدق المشكلات ولذلك فقد أثارت جدلا صاخبا بين الفلاسفة بصفة عامة وفقهاء القانون بصفة خاصة منذ بداية الفكر الإنساني ومازالت تثيره إلى اليوم ورغم اختلاف النظريات وتعددتها في هذا الشأن فإنه يمكن ردها إلى ثلاث مدارس رئيسية وهي:

المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية والمدرسة التعادلية.⁽⁴⁾

وكذلك يقصد بالمصدر: الوسيلة التي منحت القاعدة القانونية صفة الإلزام أو الطريق التي خرجت منها القاعدة متضمنة عنصر الإلزام" وفي الواقع أن القاعدة القانونية التي تطبق في بلد من البلدان لا تصدر جميعها من منبع أو تتجلى على صورة واحدة وإنما تأتي من مصادر متعددة وبالتالي على دارس القانون أن يتبعها ويتبين وجودها في هذا المصادر كلها وعلى هذا فنحن على يقين حين نقول مثلا أن هذه القاعدة أو تلك نص عليها القانون أو أنه يقتضيها العرف وإنما نشير

(1) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965م، ص260.

(2) انظر د. القاسم، المدخل إلى علم الحقوق، دمشق 1981م، ص123.

(3) د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الجزء الأول، الدار الجامعية، 1983م، ص223.

(4) راجع د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، ص131.

بذلك إلى المصدر الرسمي التي نشأة عنه هذه القاعدة والتي تبدو لنا من خلاله. ومصدر القانون بهذا المعنى تطلق عليها المصادر الرسمية أو الشكلية أو المصادر المباشرة.

وتختلف المصادر الشكلية أو الرسمية ودرجة أهميتها باختلاف مراحل التطور التي تمر بها المجتمعات البشرية فقد كان العرف ثم الدين من أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية غير أن تطور المجتمعات وازدياد تنظيمها السياسي وما أدى إلى ذلك من رسوخ وازدهار فكرة الدولة جعل من التشريع المصدر الرسمي الأول من حيث الأهمية في أغلب القانونين الحديثين باستثناء البلاد الإنجلوسكسونية ومنها القانون الإنجليزي حيث جعل السوابق القضائية في المقام الأول بدلا من التشريع ومعنى هذا النظام أن تنقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى درجة وتعتبر القضية سابقة قضائية ملزمة بقدر ما تأتي به من مبدأ جديد وفي هذا يقول السير "جورج جيتسن" (إن تستعمل السوابق لوضع مبادئ ومن خلال تطبيقنا للقانون تأتي المبادئ أولاً، ثم تأتي السوابق فإذا غابت هذه الحقيقة عن أذهاننا فستصبح السوابق سيذا سينا بدلا من أن تكون خادما مطيعا) ويقول "الين" أن الذي يصنع القانون إنما هو علة القضايا وروحها لا حرفية السوابق خاصة. ذلك أن القضية إنما يكون لها قيمة كسابقة بقدر ما تعنيه فقط فهي في ذاتها لا تعني شيئا فهي قبل أن تكون لها علاقة بالمسألة التي بين أيدينا ويجب أن تفسر المبدأ الذي تتضمنه أو المفروض فيها أن تتضمنه يجب أن تكون لها علاقة منطقية بالمبدأ الذي يقوم عليه القرار في القضية المعروضة علينا بهذا المعنى فكل قضية إنما هي "توضيح لمبدأ" وهي لا يمكن أن تكون إلا كذلك وليس أساس هناك آخر يمكن أن يستعمل على أساسه بوصفه وسيلة من وسائل المنطق.⁽¹⁾

وفي دراستنا لمصادر القاعدة القانونية سنقتصر على عرض المسائل أو المصادر الرسمية للقاعدة القانونية في القانون اليمني.

43 - المصادر الرسمية للقانون اليمني

ورد ذكر المصادر الرسمية للقانون اليمني في المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه "يسري هذا القانون المأخوذ من الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظا ومعنى فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه ويرجع إلى مصادر الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعا فإذا لم يوجد في العرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة" ويشترط في العرف أن يكون عاما وثابتا لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة ويتبين من هذا النص أن مصادر القانون اليمني هي:

(1) ارجع د. عبد الحميد الحكيم، الاعتبار في القانون الإنجلو أمريكي، بدون تاريخ نشر، ص100.

1 - التشريع

3 - العرف

2 - مبادئ الشريعة الإسلامية

4 - مبادئ العدالة

ويتبين أيضا من النص أعلاه، أن المشرع قد ذكر المصادر الرسمية متدرجا من التشريع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ثم إلى العرف ثم قواعد العدالة.

لم يقصد بذلك مجرد تعدادها بل أراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق، وبالتالي فإن هذا الترتيب يعد ملزما للقاضي بالتشريع هو المصدر الأساسي الذي يجب تطبيقه قبل غيره من المصادر المبينة بالنص والتي تعد مصادر احتياطية لا يرجع إليها إلا إذا سكت عن معالجة الموضوع أو أحال في شأنه أي مصدر آخر أي أنه لا يرجع إليها إلا إذا أعوزه في التشريع الحكم الواجب التطبيق.

ومعلوم بأن التشريع هو المصدر الوحيد لقانون الجرائم والعقوبات تطبيقا للمبدأ الدستوري أنه لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص بيد أن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للمعاملات المالية بين الأفراد حيث نجد أن المصادر الرسمية تتعدد على وافق نص المادة الأولى من القانون المدني اليمني أما بالنسبة لأحكام الأسرة من زواج وطلاق ونفقة ووصية وإرث... إلخ أي ما يطلق عليها اصطلاحا الأحوال الشخصية فالمشرع ينص في المادة (349) على أن كل ما لم يرد به نص في هذا القانون يعمل فيه بأقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية أي أن قانون الأحوال الشخصية رقم 20 لعام 1992م لم يأخذ بالعرف ولا بمبادئ العدالة بوصفهما مصدرين من مصادر القانون والسبب في ذلك واضح هو أن الشريعة الإسلامية شريعة متكاملة كما أن فيها مبدئين اثنين مردهما إلى حقين: حقوق الله وحقوق العباد.

والمشرع اليمني كان منطقيا في عدم تعرضه في القانون المدني إلا للمعاملات مالية على أساس أن مسائل الأحوال الشخصية هي في التشريع والدين "الشريعة الإسلامية" وهذا ما اعتمده قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م في المادة الأولى؛ ويتضح من نص الماجدة "349" من قانون الأحوال الشخصية أن المشرع اليمني لم يتقيد بمذهب معين تحقينا للمصلحة وتيسيرا للناس، كما أنه لم يقتصر على بيان المصادر الرسمية بل عين للقاضي ما يستلهمه في استخلاص الأحكام من هذه المصادر جميعا فعرض للمصادر التفسيرية ومصادر الاستئناس فنصت المادة "19" مدني على أن "المرجع في تفسير القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية".

وبناء على ما تقدم ستكون دراستنا لهذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: التشريع كمصدر أصلي.

المبحث الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي.

المبحث الثالث: العرف كمصدر احتياطي.

المبحث الرابع: مبادئ العدالة كمصدر احتياطي.

المبحث الخامس: المصادر التفسيرية.

المبحث الأول

التشريع كمصدر أصلي

44 - سنحاول في هذا المبحث الذي نخصه لدراسة التشريع بوصفه المصدر الأصلي من مصادر القانون وأكثرها أهمية وانتشارا لما يتوافر له من مميزات تجعله في ظروف المجتمعات الحديثة أفضل من المصادر الأخرى لاسيما العرف الذي ظل لوقت طويل المصدر الرئيسي للقواعد القانونية في المجتمعات كلها قبل أن يأخذ التشريع مكانه.⁽¹⁾ وهكذا تتحدد دراستنا لهذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف التشريع وبيان خصائصه، ومزاياه وعيوبه.

المطلب الثاني: سن التشريع ونفاذه.

المطلب الثالث: أنواع القواعد التشريعية.

المطلب الرابع: التقنين ووسائل الصياغة.

المطلب الأول

تعريف التشريع وبيان خصائصه

45 - أولا: تعريف التشريع:

التشريع كمصدر رسمي للقانون، هو وضع القواعد القانونية وإخراجها في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة وطبقا للقواعد الدستورية المعمول بها. كما يطلق لفظ تشريع على القواعد القانونية المكتوبة ذاتها التي تصدرها السلطة المختصة، والسلطة المختصة بإصدار التشريع، هي عادة السلطة التشريعية "مجلس النواب" ومع ذلك هناك سلطات أخرى تخص بإصدار التشريع.⁽²⁾

(1) انظر جميل الشراقوي، ص115، د. هشام القاسم، المدخل لعلم الحقوق، ص129.

(2) د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص58.

- د. همام محمد محمود. هشام القاسم،

- د. سمير تناغو، ص293.

- د. أنور سلطان، ص110..

فالدستور وهو التشريع الأساسي يصدر عن السلطة التأسيسية وهي أعلى من السلطة التشريعية. واللوائح والقرارات بقوانين تصدر عن السلطة التنفيذية وهي غير مختصة أصلا بإصدار التشريع.⁽¹⁾

46 - ثانيا: خصائص التشريع ومزاياه

يتضح من التعريف السابق أن للتشريع عدة خصائص، هي:

1 - التشريع يضع قاعدة عامة مجردة

يقصد أن التشريع يضع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة، لذلك لا يعد تشريعا أو قاعدة تشريعية،⁽²⁾ الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة يخص شخصا معينا كإصدار السلطة التشريعية وسام لأحد الأشخاص الذي قدم إنجازا مفيدا، أو إصدار قانون يمنح شركة معينة بذاتها احتكار الحفر والتقيب عن البترول فأن وصف التشريع لا يلحق مثل هذا الأمر الصادر من السلطة العامة والمختصة إلا أنه قد صدر وفق الشكل والإجراءات التي تتبع في إصدار التشريع أي أنه يعد تشريعا من حيث الشكل أما من حيث الموضوع فلا يعد تشريعا لانتفاء صفة العموم والتجريد.⁽³⁾

2 - التشريع يصدر في صورة مكتوبة

يصدر التشريع في صورة مكتوبة وهذا يحقق قدرا كبيرا من الثقة والاستقرار في المعاملات إذ يمكن التأكد من وجود القاعدة القانونية بسهولة ويسر فيسهل على الأفراد معرفة حقوقه وواجباتهم كما أن صدوره في صورة مكتوبة عن سلطة مختصة يفي على التشريع قدرا كبيرا من التحديد والوضوح مما يؤدي إلى تلافي الكثير من الغموض والاضطراب عند تطبيق القانون.⁽⁴⁾

3 - التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة

سبق القول أن التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة ونختلف هذه السلطة من دولة إلى أخرى تبعا لاختلاف الأنظمة السياسية وتختلف أيضا تبعا لنوع التشريع المطلوب إصداره والتشريع يعد مظهرا هاما من مظاهر السيادة فالتشريع يعمل على توحيد النظام القانوني على أجزاء الأقاليم

(1) د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 101.

(2) ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن قانون ربط الميزانية لا تعتبر قانونا إلا أن الناحية الشكلية، أما من الناحية الموضوعية فهو عمل تنفيذي إداري. وهي تقصد بذلك أنه لا يعتبر من مصادر القانون ولكنه يعتبر تطبيقا للقانون. نقلا عن سمير تناغو، ص 296.

(3) انظر د. عدنان طه الدوري، د. لطيف جبر كوماني، ص 38، د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص 109.

(4) ارجع د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، ص 49، د. حسين كبيرة، ص 230.

في الدولة كافة، ومنذ وضع أرسطو نظرية السلطات الثلاث في الدولة فإن القول يجري على أن إصدار القوانين هو من اختصاص السلطة التشريعية وهو أهم اختصاصاتها في الدساتير الحديثة كما تستطيع السلطة التنفيذية مباشرة هذا الاختصاص عند الضرورة فقط وبناء على نصوص دستورية كحق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح ومع ذلك فهي تخضع لرقابة السلطة التشريعية.⁽¹⁾

ومن مزايا (التشريع) أيضا سهولة التعرف على قواعده وسرعة سن التشريع وتحديثه ناهيك عن دوره الفاعل والمؤثر في تطوير المجتمع.

47 - ثالثا: عيوب التشريع

يعاب على التشريع أن السلطة المختصة بوضعه قد لا توفق في بيان ظروف المجتمع وتقدير حاجته فتأتي القواعد التي تسنها غير ملائمة لتلك الظروف وقاصرة عن الوفاء بهذه الحاجات بل أنه إذا جاءت القواعد التشريعية حين وضعها ملائمة لتلك الظروف المجتمع فإن صحتها في نصوص مكتوبة تحدد مدلولها وترسم حدودها يضيء عليها من الجمود ما يقف بها عن مسايرة التطور والوفاء بما يجد من حاجات فإذا ما تغيرت هذه الظروف أصبحت تلك القواعد غير ملائمة لها وقد يقعد الشارع عن تعديلها على النحو الذي يستجيب لمقتضات التطور.⁽²⁾

ومن الانتقادات الموجهة للتشريع القول بأن المشرع قد جعل من سن تشريع جديد فيأتي تشريعه معيبا أو قاصرا أو متعارضا مع غيره من التشريعات فيضطر عندئذ إلى تعديل ما سنه من تشريع وقد تتلاحق التعديلات الأمر الذي يؤدي إلى زعزعة ثقة الناس بالقانون من جهة والاستقرار الواجب تأمينه للمعاملات في المجتمع بالقانون من ناحية أخرى⁽³⁾. والحقيقة أن العيوب التي تؤخذ على التشريع لا تعد شيئا مذكورا إلى جانب مزاياه العديدة كما أنه ممكن تلافي تلك العيوب وقد تعاضم دور التشريع في عصرنا للأسباب التالية:

1- لجوء الدول الحديثة إلى التشريعات بغية فرض إرادتها بشكل أوسع وضمان تركيزها للسلطة ومن أمثلة ذلك رفض أو استبعاد بعض الأنظمة القانونية للعرف كأحد مصادر القانون كما هو الحال في الاتحاد السوفيتي سابقا فإن القانون المدني كان لا يعترف بالعرف مصدرا

(1) د. مطهر محمد إسماعيل العزي، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري في الجمهورية اليمنية، الطبعة الأولى، 1994م، ص 327.

(2) انظر د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 92، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 143.

(3) انظر د. غالب الداودي، المرجع السابق، ص 99-100، رمضان أبو السعد، المرجع السابق، ص 253.

للقانون وعلى ذلك اعتمد المشرع في اليمن الديمقراطية (سابقاً) فالمادة الأولى من القانون المدني رقم 8 لعام 1988م استبعت العرف كمصدر للقانون في بلد عاش ردحا من الزمن ولا يزال يعيش على أعراف.

2- ظهور النظم الديمقراطية التي تؤمن بسيادة الشعب وانتشارها إلى ظهور هيئات مختصة بالتشريع يجري تكوينها وفق إرادة الشعب وقد نص الدستور اليمني في المادة الرابعة (الشعب مالك السلطة ومصدرها).

3- أدى تطور المجتمع إلى تعدد ضروب النشاط الاجتماعي والاقتصادي للأفراد وتنوعه ولمواجهة هذا التطور فإنه لا بد من اللجوء إلى التشريع لوضع قواعد تنظمه وذلك لما يمتاز به التشريع من مزايا تجعله يواكب التطور في المجتمع.⁽¹⁾

المطلب الثاني

سن التشريع ونفاذه

48 - يقتصر الحديث هنا على التشريع العادي الذي تختص بوضعه السلطة التشريعية. ويحتاج وضع التشريع لعدة مراحل هي:

1- مرحلة الاقتراح.

2- مرحلة المناقشة والتصويت.

3- مرحلة التصديق.

4- مرحلة الإصدار.

5- مرحلة النشر.

المرحلة الأولى: مرحلة الاقتراح

يبدأ وضع التشريع بالاقتراح بمعنى عرضه على السلطة التشريعية وعلى وفق المادة (48) من الدستور (عضو مجلس النواب وللحكومة حق اقتراح القوانين واقتراح تعديلها...) واقتراحات القوانين من الحكومة تحال مباشرة إلى اللجان المختصة لفحصها وتقديم تقارير عنها. بينما مقترحات القوانين المقدمة من عضو مجلس النواب أو أكثر يتعين عرضها على لجنة خاصة للنظر في جواز نظرها من عدمه على أن يعرض رأي هذه اللجنة على المجلس ليقرر بدوره إحالة الاقتراح إلى لجنة الفحص أو رفضه.

(1) انظر سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 119.

وربما كان السبب في وضع هذا القيد على اقتراحات العضو أو الأعضاء هو إدراك المشرع الدستوري خطورة منح هذا الحق وما ينتج عنه من آثار وإضاعة وقت المجلس في مناقشتها،⁽¹⁾ ولم يقف عند هذا القيد بل قدر عدم جواز تقديمه ثانية أمام المجلس في دورة الانعقاد نفسها. أضف على وجود قيد على الاقتراحات المتعلقة بالقوانين المالية التي تهدف إلى زيادة أو إلغاء ضريبة ما... إلخ إذا اشترط لاقتراحها من قبل الأعضاء أن يكون المقترح مقدم من عشرين في المائة 20% من النواب على الأقل وبذلك يكون حق اقتراح القوانين مقتصرًا على الحكومة ومجلس النواب.

المرحلة الثانية: مرحلة المناقشة والتصويت

بعد أن تعد اللجنة البرلمانية المختصة تقريرها عن مشروع القانون تقوم بعرضه على المجلس لكي تجري مناقشته والتصويت عليه مادة وهذا ما تنص عليه المادة (99) دستور وقد حددت اللائحة الداخلية لمجلس النواب إجراءات وطرق تقديم مشروعات القوانين ومناقشتها والتصويت عليها.⁽²⁾

المرحلة الثالثة: مرحلة التصديق

الأصل أن موافقة مجلس النواب على مشروع القانون تعد كافية لإتمام عملية سن التشريع. إلا أن الدستور أعطى لرئيس الجمهورية حق إعادة النظر في أي مشروع قانون أقره المجلس المادة "101" خلال ثلاثين يوما من تاريخ رفعه إليه بقرار مسبب فإذا لم يردده إلى المجلس خلال هذه المدة أو رده إليه وأقره ثانية بأغلبية مجموع أعضائه عدّ مصادقا عليه ويجب إصداره خلال أسبوعين فإذا لم يصدره يعد صادرا بقوة الدستور.

أن منح رئيس الجمهورية الحق في إعادة النظر في مشروعات القوانين التي أقرها مجلس النواب، يمكن تبريره بأن كلا من النظامين البرلماني والرئاسي يسمح باستثناءات متعددة على مبدأ الفصل بين السلطات واعتبار أن فكرة الفصل المطلق بين السلطات لا تمثل حقيقة أفكار مونتسكيو كما يبرر بعض الفقهاء، ليس هذا فحسب، بل أن فكرة الفصل المطلق بين السلطات لم تعمر طويلا إذ لم تكد توضع موضع التطبيق في الحقبة التي أعقبت الثورة الفرنسية مباشرة حتى أخذت مثالبها ومواطن الضعف فيها تتكشف، مما مهد السبيل لظهور فكرة الفصل النسبي بين السلطات

(1) د. مطهر محمد إسماعيل العزي، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري، ص 330.

(2) انظر القانون رقم "5" لسنة 1990م بإصدار اللائحة الداخلية لمجلس النواب الفرع الأول، فصل أول، باب رابع.

كما أنه هي الفكرة السائدة في الفقه المعاصر⁽¹⁾ وعلى هذا الأساس سار المشرع اليمني والمصري مادة (113) والدستور اللبناني المادة (57) والدستور الكويتي المادة (66) والدستور الأردني (93) وغيرها من الدساتير.

المرحلة الرابعة: مرحلة الإصدار

أن إصدار التشريع هو عمل تنفيذي وليس عملاً تشريعياً، ويقصد به وضع التشريع موضع التنفيذ عن طريق الأمر من رئيس السلطة التنفيذية لرجال السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون الجديد كل فيما يخصه كون السلطة التشريعية لا تملك مثل هذا الأمر وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية.

كما إن إصدار القوانين شرط لإمكان تطبيقها بواسطة السلطة القضائية. وإصدار القوانين يتولاها رئيس الجمهورية طبقاً لسلطاته الدستورية المادة: "118" والإصدار بمثابة شهادة ميلاد القانون.

وواضح مما سبق، أنه بالنسبة للتشريعات التي تختص السلطة التنفيذية أصلاً بوضعها فإنها لا تحتاج إلى إصدار بعد وضعها، لأن السلطة التي وضعتها هي التي تتولى تنفيذها.

والجدير بالذكر أن الدستور اليمني لم يحدد ميعاد لإصدارها، وهذا لا يعني أن رئيس الجمهورية يملك حق تأخير الإصدار، فهو لا يملك حق تعطيل تنفيذ التشريع إلا عد مخالف لواجبه باحترام الدستور المادة (159) دستور.

المرحلة الخامسة: مرحلة النشر

نشر التشريع هو الوسيلة التي يتم بها شهر التشريع وإعلام الناس به. ومن غير العدل أن يسري التشريع على المخاطبين بأحكامه قبل إحاطتهم بهذه الأحكام بطريقة من طرق الإعلام. وقد جرت العادة قديماً على أن يعلن القانون إلى الناس بوسيلة معينة كالمناداة في الأسواق والطرقات أو التعليق في الميادين العامة، كما هو الحال في الدولة القبتانية عندما علقت القانون التجاري القبتاني على أبواب المدينة وفي ساحاتها العامة.

أما اليوم فطريقة الإعلام بالقانون هي النشر في الجريدة الرسمية المادة (102) من الدستور والتي تنص "تنشر القوانين في الجريدة الرسمية وتذاع خلال أسبوعين من تاريخ إصدارها ويعمل بها بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشرها. ويجوز مد أو قصر هذا الميعاد بنص خاص في القانون.

(1) ارجع د. عدنان حمودي الجليل، مبدأ الفصل بين السلطات وحقيقة أفكار مونتسكيو، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة، يوليو 1985م، ص121، أحمد علي الحمراني، مبدأ فصل السلطات، مجلة أبحاث سياسية تصدرها الخارجية اليمنية، عدد (4) السنة الثانية يوليو، أغسطس، سبتمبر 1990م.

ولا تغني عن النشر في الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى من وسائل الإعلام كالنشر في الصحف العادية أو الإذاعة في الراديو أو التلفزيون أو غيرها. بل أنه لا تغني عنه العلم الحقيقي للأفراد بصدور القانون، فالعلم الحقيقي وحده لا يكفي إذا لم يتحقق النشر في الجريدة الرسمية⁽¹⁾ وعلى ذلك فمن تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية أو بانتهاء المدة التي ينص عليها التشريع صراحة يصير التشريع نافذا ويفترض في جميع المخاطبين بأحكامه العلم به فلا يجوز لأي منهم أن يتعذر بجهله له. وإذا اختلف تاريخ توزيع الجريدة الرسمية عن تاريخ المطبوع عليها فالعبرة تكون بتاريخ توزيعها لا بتاريخ طبعتها⁽²⁾ كون نشر التشريع هو الأساس الذي تقوم عليه قرينة العلم بالقانون وبالتالي يستوجب عدم قيام أسباب تحول دون قيام هذا الافتراض.

5 - عدم جواز الاعتداد بالجهل بالقانون بعد نشره ونفاذه.

أن مجرد نشر القانون في الجريدة الرسمية يؤدي إلى إلزام الناس بأحكامه وبعد مرور الفترة التي يحددها القانون الصادر نفسه لنفاذه سواء من علم به أو لم يعلم به ويعبر عن ذلك بأن الجهل بالقانون لا يعد عذرا أي أنه لا يقبل ممن لا يعلم بصدور القانون أن يطلب عدم تطبيقه عليه بحجة عدم علمه.

ويؤدي تطبيق هذا القانون إلى الإضرار بمصالح بعض الأفراد وهم الذين لم يعلموا فعلا بصدور القانون ورتبوا أمورهم على أساس عدم وجوده ولكن الأخذ بهذه القاعدة تقتضيه مصلحة الجماعة، فمن الواضح أنه لو أتيح للناس أن يفلتوا من تطبيق القانون بحجة عدم العلم به، لفقد القانون عموميته لأنه حينئذ لا ينطبق إلا على قلة من الأفراد وهم الذين علموا بوجوده علما حقيقيا وهذا يتنافي مع مبدأ المساواة أمام القانون. ليس هذا فحسب بل أن لو أبيع للفرد أن يطلب عدم تطبيق القانون عليه استنادا إلى عدم العلم به لامتلأت المحاكم بالدعاوى التي طلب أصحابها عدم تطبيق القانون عليهم ولشغل القضاء بسماع ادعاءات الجهل بالقانون، ومن شأن ذلك كله، فضلا عن تضييع الوقت والجهد أن يؤدي إلى زعزعة المعاملات والإخلال بالثقة الواجبة نحو القانون مما يترتب عليها انهيار النظام الاجتماعي كله وحلول الفوضى محله.⁽³⁾

(1) ارجع د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، ص 187-188، جميل الشراوي، ص 132، عبد المنعم فارس المالكي، ص 201. القانون اللبناني يجيز النشر بوسيلة أخرى من وسائل الإعلام في حالة الضرورة، المادة الأولى فقرة ثلاثة من المرسوم الاشتراعي رقم 9 بتاريخ 1939/11/21م المضافة بالرسوم الاشتراعي رقم 16 بتاريخ 1943/4/13م.

(2) حكم محكمة النقض المصرية في 24 يونيو 1958م نقلا عن د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 128.

(3) ارجع د. محمد السعيد رشدي، ص 55، د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 101، د. سعيد جبر، ص 128، المحامي محمود نعمان، ص 7.

ومع التسليم بأن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يعبر عن مبدأ أساسي من المبادئ القامة للقانون، إلا أنه لا يمكن عد هذه القاعدة مطلقة لا يرد عليها أي استثناء على الإطلاق.

وبالطبع بأن هذه الاستثناءات لا تؤدي إلى إهدار القاعدة الأصلية، بل إلى العكس تؤدي إلى تأكيدها عن طريق وضعها في حدودها المعقولة، بالاستجابة إلى اعتبارات مماثلة أو مساوية إلى الاعتبار التي تستند إليها القاعدة الأصلية ذاتها.

وعلى وفق ذلك فالرأي مستقر في الفقه والقضاء، بأن هذا المبدأ لا ينطبق في الحالات التي يثبت فيها استحالة وصول الجريمة الرسمية إلى منطقة معينة لسبب القوة القاهرة كحرب أو وباء أو فيضانات. وبناء على هذا الرأي فإن قاطني هذه المنطقة لهم إمكانية المطالبة بعدم تطبيق القانون عليهم لعدم علمهم به كما أن القانون قد ينص على الأخذ بعذر من يدعي الجهل بالقانون فيعمل بهذا الحكم، ومثال على ذلك القانون الصادر في فرنسا عام 1870م والذي ينص أنه إذا حصلت مخالفة في وقت قريب من وقت إعلان القانون بأن العذر بجهل القانون يقبل بشرط أن يكون القانون جنائياً.⁽¹⁾ كذلك نص المادة (222) من قانون العقوبات السوري والتي تنص في الفقرة (2) - "غير أنه يعد مانعاً للعقاب الجهل بقانون جديد إذا اقترف الجرم في خلال الأيام الثلاثة التي تلت نشره" كذلك الفقرة (ب) وتنص "جهل الأجنبي الذي قدم إلى سورية منذ ثلاث أيام على الأكثر بموجب جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها قوانين بلاده أو قوانين البلاد التي كان مقيماً فيها" وتقابل هذه المادة أيضاً المادة (223) من قانون العقوبات اللبناني.

كما تضيف بعض التشريعات استثناء آخر، وهو الجهل بقاعدة مقررة في قانون آخر غير القانون الجزائي على قاعدة متى كانت منصبه على أمر آخر يعد ركناً من الأركان المكونة للجريمة كما الحال في المادة المشار إليها في قانون العقوبات اللبناني وكذلك المادة (37) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني وترى أن هذا الاستثناء الأخير يمكن الأخذ به دون نص، لأن الأخذ به من الأصول الجوهرية والواجب التطبيق دون نص.⁽²⁾

ويفيد التنبيه إلى وجوب عدم الخلط بين (قاعدة الجهل بالقانون لا يعد عذراً) وقاعدة الغلط في القانون. فالجهل بالقانون يعني عدم العلم بصدوره أو عدم العلم بأحكامه، أم الغلط في القانون فيعني أن يتوهم الشخص وجود حكم معين في القانون أو عدم وجود حكم معين ويتصرف على

(1) ارجع د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 131.

(2) ج. كامل السعيد، ص 230 وما بعدها.

- د. أنور سلطان، ص 164.

أساس هذا الوهم، بحيث لو علم الحكم الصحيح في القانون لما رضي بإتمام هذا التصرف وفي هذه الحالة جاز للمتعاقد الذي وقع في الغلط أن يطلب إبطال العقد ويستوي في ذلك أن يكون الغلط يتعلق بالواقع أو يتعلق بالقانون وقديما قال فقهاء الرومان "الغلط الشائع يولد الحق".⁽¹⁾

المطلب الثالث

أنواع القواعد القانونية

49 - هناك ثلاثة أنواع من التشريعات تتدرج من حيث السلطة التي تملك إصدارها ومن حيث الأهمية التي تحظى بها في النظام القانوني فيأتي في القمة منها التشريع الأساسي أو الدستوري فالتشريع العادي أو الرئيسي "القانون" فالتشريع الفرعي أو اللائحي.

التشريع الأساسي أو الدستوري

50 - هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة، وتضع قواعد الحكم، وتنظم السلطات العامة فيها، وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد، والضمانات الواجبة لهم.

عرفت الشعوب أربع طرق لإصدار الدساتير أول طريقة لإصدار الدستور هي طريقة الهبة أو المنحة، والمقصود بذلك، هو أن يصدر الدستور في شكل منحة من الحاكم إلى الشعب، ومن أمثلة الدساتير التي تصدر بشكل منحة دستور أمارة موناكو 1911م، دستور إثيوبيا 1931م، ودستور مصر 1923م - والذي سقط بعد ثورة 23 يوليو 1952 -.

ويتضح للمتأمل للدساتير التي صدرت بطريقة المنحة، أن صدورها إن كان هبة أو منحة من الحاكم، إلا أنها لم تأت طوعا منه أو حبا في الشعب، وإنما فرضتها إرادة الشعوب وحقوقها المغتصبة بطريق غير مشروعة.⁽²⁾

كما تصدر الدساتير عن طريق العقد، أي عن طريق الاتفاق بين الحاكم والمحكومين بواسطة "ممثلي الشعب" ومن أمثلة ذلك دستور الكويت 1963م أما الطريقة الثالثة لإصدار الدستور فهي قيام لجنة منتخبة من الشعب تسمى الجمعية التأسيسية بوضعه. ومم أمثلة ذلك

⁽¹⁾ ارجع د. سمير تناغو، ص 611.

⁽²⁾ راجع د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعار، الإسكندرية، 1994م، ص 445.

دستور بلجيكا 1931م ودستور فيمر في ألمانيا 1919م ودستور النمسا 1920م وأسبانيا 1931م ويوغسلافيا 1946م وإيطاليا 1947م والهند 1949م وسوريا 1950م وليبيا 1956م وباكستان 1956م.

والطريقة الأخيرة هي طريقة الاستفتاء الشعبي حيث يتم موافقة الشعب على الدستور في استفتاء عام فيكون الشعب هو الذي قام بسنّه، ومن أمثلة ذلك دستور فرنسا "دستور الجمهورية الخامسة" 1958، ومصر 1971م والدستور اليمني 1991م.

والحقيقة أن الظروف السياسية لكل بلد تؤدي دورا كبيرا في الطريقة التي توضع فيها الدستور، وقد كان دستور الجمهورية اليمنية مثالا صارخا للوضع السياسي الذي شهدته الساحة اليمنية بعد تحقيق وحدة التراب والشعب في اليمن والذي يعتبر أهم منجز للثورة اليمنية سبتمبر وأكتوبر.

وبالنسبة لتعديل دستور نافذ فإن طريقة التعديل تختلف بحسب نوع الدستور أي حسب ما إذا كان دستورا جامدا أو دستورا مرنا.⁽¹⁾

والدستور المرن هو ذلك الذي يتم تعديله بذات الطريقة التي يتم منها إصدار الدستور العادي "القانون" والدستور الجامد هو ذلك الذي يتم تعديله بإجراءات مختلفة - وينص عليها - عن إجراءات التشريع العادي.

ودستور الجمهورية اليمنية دستور جامد وذلك ما يتضح و تفصح عنها المادة "159" والتي تشترط أن لتعديل الدستور أن يكون الطلب مقدم إلى مجلس النواب وموقعا من ثلث الأعضاء، وأن يكون قرار الموافقة على التعديل بأغلبية ثلثي الأعضاء وبعد عرض التعديل ومناقشته من قبل مجلس النواب وحصول الموافقة على التعديل من قبل ثلاثة أرباع المجلس يعرض التعديل على الشعب للاستفتاء ولا يكون التعديل نافذا إلا بالحصول على الأغلبية المطلقة لعدد من أدلوا بأصواتهم على الاستفتاء العام.

وتقسم الدساتير من حيث مصدرها إلى "مكتوبة" و"غير مكتوبة" أو "عرفية" فالدستور المكتوب هو الذي يفرغ المشرع أحكامه في وثيقة رسمية مكتوبة، ودساتير أغلب الدول من هذا النوع. أما الدستور غير المكتوب أو العرفي فهو الذي لا تكون قواعده مكتوبة في وثيقة رسمية ولا يضعها المشرع وإنما تنشأ عن طريق العرف الذي يستقر في العمل ويثبت في أذهان الناس

(1) انظر د. عبد الغني بسيوني عبد الله، ص 497.

ويكتسب صفة الإلزام مع الزمن عن طريق الأحكام القضائية كال دستور البريطاني الذي نما تدريجياً أثناء تاريخ إنجلترا الطويل.

وما يزال في معظمه عرفياً، ويتم تعديل أحكامه من قبل البرلمان البريطاني الذي يملك بالأكثرية المطلقة حق وضع أو تعديل ما يشاء من القواعد الدستورية أو العادية على حد سواء⁽¹⁾ وللدستور طابع سام، فهو ليس مجرد تشريع، بل هو سمي تشريع لما له من خواص يسمو بها على سائر التشريعات وقواعده أبلغ أثراً من غيرها من القواعد فهي تقيد المشرع نفسه، الذي لا يجوز أن يصدر تشريعاً يخالف القواعد الدستورية.

وقد بدأ انتشار الدساتير المدونة اعتباراً من القرن الثامن عشر وكان أولها في الولايات المتحدة الأمريكية (1787م) والدستور الفرنسي اثر قيام الثورة الفرنسية عام 1789م.

51 - التشريع العادي أو الرئيسي "القانون"

يقصد بالقانون العادي، القواعد القانونية التي تصدرها السلطة المختصة في الدولة وفقاً لأحكام الدستور، ويقوم الدستور بتحديد الطرق اللازم إتباعها لسن التشريع العادي، وقد جرت العادة أن يطلق على التشريع العادي لفظ (قانون) (Law) بالمعنى الضيق لهذه الكلمة. أي عدّه وثيقة مدونة رسمية تصدر عن السلطة التشريعية أي أن اصطلاح قانون هنا له دلالة خاصة أضيق من دلالاته عندما تعنى به مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع. وقد سبق أن أوضحنا ذلك عند الحديث عن تعريف القانون. والسلطة المختصة بوضع التشريع العادي أو الرئيسي في اليمن هو مجلس النواب. ويرد على هذا الأصل استثناء مهم حيث تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في القيام بهذا العمل والاستثناء الوحيد الذي تقتضيه حالة الضرورة وفي ذلك تنص المادة (119) من الدستور على أنه "إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس النواب، أو في فترة حله ما يوجب الإسراع في اتخاذ القرارات لا تحتل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يتخذ في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون على أن لا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات الواردة في قانون الميزانية ويجب عرض هذه القرارات على مجلس النواب في أول اجتماع له، فإذا لم تعرض يتولى المجلس مناقشة الموضوع واتخاذ القرارات المناسبة، أما إذا عرضت ولم يوافق عليها المجلس، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ رفض قرارها أو من التاريخ الذي يقره المجلس مع تسوية لما يترتب من آثار على النحو الذي يقره.

ويلاحظ من هذا النص أن الدستور "في حالة الضرورة: قد منح رئيس الجمهورية حق إصدار قرارات لها قوة القانون. ولكن وضع قيوداً عديدة في هذا الصدد. ومن هذه القيود:

(1) انظر د. مصطفى محمد إسماعيل العزي، المبادئ الدستورية والنظام القانوني ج. ي، ص 43.

(أ) يجب أولاً أن تكون هناك ضرورة، أي أمور عاجلة تستدعي إصدار قوانين لمواجهةها على وجه السرعة أي لا يحتمل التأخير كما ورد في النص.

(ب) أن تصدر هذه القرارات في حالة غيبة مجلس النواب، وقد حدد النص حالات الغيبة وهي عندما يكون المجلس في عطلة بين أدوار الانعقاد أو في فترة حله.

(ج) أن لا تخالف هذه القوانين الدستور أو التقديرات المالية الواردة في الميزانية.

(د) أن تعرض هذه القرارات على مجلس النواب في أول اجتماع له، فإذا لم تعرض يتولى المجلس مناقشة الموضوع واتخاذ القرارات المناسبة، أما إذا عرضت ولم يوافق عليها المجلس، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ رفض قرارها أو من التاريخ الذي يقره المجلس مع تسوية لما يترتب من آثار على النحو الذي يقره.

من البديهي القول، أن تقدير حالة الضرورة متروك للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية ولا ضرر في ذلك طالما أن التشريع الذي يصدره سيخضع في مجموعة لرقابة مجلس النواب الذي يعرض عليه بعد إصداره.⁽¹⁾

ويلاحظ أن تولي رئيس الجمهورية لسلطة التشريع في هذه الحال الاستثنائية، أمر طبيعي تفره معظم دساتير العالم.

52 - التشريع الفرعي "اللوائح"

وهو مجموعة من القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية، بما لها من اختصاص تشريعي محدد. واختصاصها في ذلك اختصاص أصلي يثبت لها حتى مع قيام السلطة التشريعية التي توكل لها أصلاً مهمة التشريع. ويطلق على هذا النوع من التشريع اللائحة، وتقسم اللوائح إلى أنواع ثلاث وهي اللوائح التنفيذية واللوائح التنظيمية ولوائح الضبط، واللوائح كالقوانين لأنها تتضمن قواعد عامة مجردة. يبيد أن تختلف عنها في أن القوانين تصدر عن السلطة التشريعية، وفي أن اللوائح أقل مرتبة من القوانين.

1 - اللوائح التنفيذية

وهي اللوائح التي تسنها السلطة التنفيذية متضمنة التفاصيل اللازمة لتنفيذ القوانين. والفكرة في إعطاء السلطة التنفيذية سلطة إصدار اللوائح هي أن التشريع العادي يقتصر في الغالب على تنظيم المسائل الأساسية للموضوع الذي ينظمه تاركاً التفاصيل للسلطة التنفيذية، لأنه بحكم وظيفتها واتصالها بالمواطنين أقدر على معرفة التفاصيل والجزئيات اللازمة لتنفيذ القانون، ومن

(1) ارجع د. سمير تناغو، ص 324.

ناحية أخرى، أن تعرض السلطة التشريعية لوضع تفصيلات التنفيذ أمر يثقل كاهلها، ويعوق تفرغها للمهام الأساسية.⁽¹⁾

وتقضي المادة (120) من الدستور اليمني أن "يصدر رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير المختص وبعد موافقة مجلس النواب القرارات واللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين وتنظيم المصالح والإدارات العامة، على أن لا يكون لأي منها تعطيل لأحكام القوانين، أو إعفاء من تنفيذها وله أن يفوض غيره في إصدار تلك اللوائح والقرارات، ويجوز أن يعين القانون من يصدر اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذه.

فرئيس الجمهورية هو المختص أصلاً بوضع اللوائح التنفيذية بناء على عرض من الوزير المختص وله أن يفوض غيره في إصدار هذه اللوائح، أي يفوض رئيس مجلس الوزراء المختص لإصدار اللائحة، وقد يعين القانون الشخص المختص بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون وغالبا ما يكون هو الوزير الداخل في اختصاص وزارته موضوع القانون المطلوبة تنفيذه.

ولما كان الغرض من اللوائح هو تسهيل تنفيذ القانون، فأنها يجب ألا تتعدى هذا الغرض، بمعنى هذا الغرض يقتضي أن تلتزم اللوائح، فيما تتضمنه من قواعد حدود القانون الذي صدرت تنفيذاً له، فلا يجوز أن تلغي أو أن تعدل أو أن تخالف حكماً من أحكام هذا القانون. ونرى بأن منح السلطة التشريعية حق التشريع فيه خطورة كبيرة. لأنها تجمع بيدها سلطة التشريع والتنفيذ ولذا في حالة غياب الرقابة الفاعلة من مجلس النواب أو من السلطة القضائية أن تتجاوز حدودها، وبهذا سوف يشكل هدراً للحريات والحقوق.

2 - اللوائح التنظيمية

هي اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية بغرض تنظيم المصالح والمرافق العامة في الدولة. ويطلق على هذه اللوائح اسم اللوائح المستقلة لأنها قائمة بذاتها لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه⁽²⁾ ويتعرف اصطلاحاً تنظيم المصالح والإدارات العامة إلى إنشائها ابتداءً وكذلك إلى ترتيب وتنظيم أعمالها وأوضاعها.

3 - لوائح الضبط

(1) انظر د. محمد السعيد رشدي، ص 52، د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 52.

(2) انظر د. سمير تناغو، ص 334، د. رمضان أبو السعد، الجزء الأول، ص 284.

وهي القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على الأمن وكفالة السكينة وحماية الصحة العامة، ومثالها لوائح المرور ولوائح مراقبة الأغذية وغيرها⁽¹⁾ وهي أيضا لوائح مستقلة نظرا لصدورها استقلالا عن أي قانون سابق.

المطلب الرابع

التقنين وبعض وسائل الصياغة

53 - أولا : التقنين

يمكن تعريف التقنين بأنه جمع شتات القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون، وترتيبها وتبويبها بعد إزالة ما فيها من تكرار وتناقض ثم وضعها في كتاب يسمى مجموعة أو مدونة، ومثال ذلك المجموعة المدنية، ومجموعة الإجراءات المدنية والتجارية والمجموعات الجنائية... إلخ ولا تعد تقنيننا أو تجميع ما يقوم به فرد أو جماعة علمية بقصد تيسير البحث، طالما أنه ليس بتجميع رسمي من قبل المشرع.

مع أن التقنين تجربة نجحت في فرنسا منذ نشر تقنين نابليون 1804م، إلا أن خلافا حادا شهدته ألمانيا حول فائدة التقنين، وتألفت مدرستان، أحدهما تناصر فكرة التقنين، والثانية تعارضها وقد قاد هذه المدرسة "سافيني" مؤسسة المذهب التاريخي، وكلن يرى أن التقنين حبس للقانون وصبه في قالب جامد إنما يترتب عليه شل حركته ومنعه من التطور وفقا لتطور المجتمع.⁽²⁾

وليس المقصود بالتقنين عملية الجمع الشكلية، أي إصدار عدة قوانين في مجلد واحد، وإنما يعني صدور التقنين من حيث ترابط موضوعاته وتبويبها وتكملة بعضها للبعض الآخر.⁽³⁾

وللتقنين مزايا، فضلا عن مزايا التشريع بشكل عام من حيث التوضيح وسهولة الرجوع إليها فإن التقنين يحافظ على وحدة الأحكام عندما تجمع في تقنين واحد بدلا من تشتتها في تشريعات صغيرة متناثرة، كذلك لها فائدة علمية من حيث التيسير على الباحثين في معرفة النصوص القانونية لفرع من الفروع. وإذا كان هناك مأخذ لدى البعض على التقنين، فإن تلك المآخذ تقعد أهميتها إذا فهم التقنين على وجهه الصحيح وأتبع في عمله الفن التشريعي السليم.

حركة التقنين في الجمهورية اليمنية:

(1) انظر جميل الشراوي، ص130، د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص119.

(2) انظر د. عبد الحي حجازي، ص433.

(3) انظر د. عثمان طه الدوري وآخرون، ص45.

ارتبط التقنين في اليمن بالتحويلات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي أفرزتها الثورة اليمنية، وأبرز تلك التحويلات تسارع وتنامي حركة التشريع حيث صدرت تقنيات متعددة فيما كان يعرف بالجمهورية العربية اليمنية أو جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية. وبميلاد الجمهورية اليمنية في 22 مايو 90م وريثا شرعيا للكيانين السياسيين السابقين تسارعت حركة التشريع بشكل مكثف وصدرت عدة تقنيات في فروع القانون المختلفة تسير الأوضاع الجديدة ومن أهم التقنيات التي صدرت "القانون المدني" رقم 19 لسنة 1992م وقانون الأحوال الشخصية رقم 20 لسنة 1992م والقانون رقم 19 لسنة 1994م بشأن الحق الفكري والقانون رقم 21 لسنة 1992م بشأن الإثبات، والقانون رقم 22 لسنة 1992م بشأن التحكيم، والقانون رقم 28 لسنة 1992م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني كما صدر قانون السلطة القضائية رقم 1 لعام 1991م ومن القوانين المهمة التي تصدرت قانون الجنسية اليمنية رقم 6 لسنة 1990م وأيضاً القانون التجاري رقم 32 لسنة 1991م والقانون رقم 33 لسنة 1991م بشأن السجل التجاري، وقانون الشركات التجارية رقم 4 لعام 1993م، وقانون الاستثمار رقم 22 لسنة 1991م ، وقانون المناطق الحرة رقم 4 لعام 1993م وفي المجال الجنائي صدر قانون الجرائم والعقوبات رقم 12 لسنة 1994م وقانون الإجراءات الجزائية رقم 13 لسنة 1994م، وقانون رعاية الأحداث رقم 34 لسنة 1992م، وقانون العقوبات الإجرائية رقم 15 لسنة 1994م كما صدرت مجموعة تقنيات تنظم العلاقات المالية كالقانون المالي رقم 8 لعام 1990م وقانون تحصيل الأموال العامة رقم 13 لعام 1990م إضافة إلى قانون ضرائب الدخل والجمارك، وقانون الخدمة المدنية رقم 19 لسنة 1991م وقانون العمل رقم 5 لسنة 1995م وقانون التأمينات والمعاشات رقم 25 لسنة 1991م وقانون التأمينات الاجتماعية رقم 26 لسنة 1991م إضافة إلى ما سبق صدر أيضاً القانون البحري رقم 15 لسنة 1994م وقانون الوقف الشرعي رقم 23 لسنة 1992م وقانون الاستملاك للمنفعة العامة. وقانون السلك الدبلوماسي والقنصلي، وقانون الصحافة والمطبوعات رقم 25 لسنة 1990م والخلاصة أن المشرع اليمني وبالرغم من المدة القصيرة المنصرمة منذ قيام الجمهورية اليمنية إلا أنه كثف نشاطه التشريعي وأصدر مجموعة كبيرة من التقنيات شملت مفاصل الحياة الأساسية وحركة التقنين تتوالى حتى هذه اللحظة، ولن ينسى التاريخ الرجال الذين يقفون خلف هذه الأعمال الجليلة، وسيسجل ذلك لهم في ذاكرة شعبهم الوفي.

54 - ثانياً: بعض وسائل الصياغة

يقصد بصياغة القاعدة القانونية عملية تحميل القيم التي تكوّن مادة للقانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل، أو هي فن الوسائل القانونية التي يجب أن توصل إلى تحقيق الغرض

الذي تشده السياسة القانونية⁽¹⁾ وإنشاء القواعد القانونية يتم عن طريق مصادر القانون. ومعروف كما سبق بيانه، أن القواعد القانونية تستمد أحكامها من حقائق وأفكار مختلفة اقتصادية واجتماعية وسياسية، وفي الجمهورية اليمنية فالقاعدة القانونية تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية وفقا لنص الدستور أي أن الشريعة الإسلامية المادة الأولى للقانون في الجمهورية اليمنية والتي يقوم المشرع بتحويلها إلى نصوص قانونية وضعيه، لذلك يجب عدم الخلط بين: السياسة القانونية التي تضع المادة الأولى للقانون، ولكنها لا تضع القانون ذاته، وبين وسائل الصياغة القانونية التي تضع القانون ذاته. وإذا كانت مصادر القانون المختلفة تأتي في مقدمة وسائل الصياغة القانونية، فإنها تعتمد هي بدورها على وسائل صياغة تفصيلية يتم عن طريقها التعبير عن قواعد القانون، وتحديد مضمونها. وطرق الصياغة القانونية عديدة، منها اللغة والمصطلحات، ومنها الظواهر الخارجية للمواد القانونية، كالعمومية والتجريد، والمرونة، والجمود، ووسائل القهر المختلفة ومنها الطوائف والأفكار والمباني والتقسيمات ومنها إثبات الحقوق، ومنها الشكلية بمعناها الضيق، ومنها الحيل والقرائن القانونية.⁽²⁾

ونكتفي بدراسة بعض وسائل الصياغة بإيجاز:

أولاً: الشكلية

الشكل هو عنصر خارجي يشترط القانون إضافته إلى الظاهرة الأصلية التي من شأنها إنشاء أو تعديل أو نقل أو انقضاء حق أو مركز قانوني⁽³⁾ بحيث لا تنتج الظاهرة الأصلية وهي في العادة تصرف قانوني - الأثر المشار إليه، بغير إضافة هذا العنصر الخارجي. فالشكل هو من ناحية عنصر خارجي مضاف إلى العناصر الداخلية المكونة للظاهرة الأصلية.

والشكل هو من ناحية أخرى عنصر خارجي ملزم ولا يجوز إغفاله وإلا ترتب جزاء قانون وهو اعتبار التصرف القانوني الذي اشترط فيه هذا الشكل غير كامل وغير منتج لأثاره، وصفة الإلزام في الشكل هي التي تعطيه الصفة القانونية. وهي التي تجعل منها شكلا قانونيا والجدير بالذكر أن

(1) ارجع د. عبد الحي حجازي، ص 412.

(2) ارجع د. سمير تناغو، ص 362.

(3) يعرف المركز القانوني "بأنه مجموعة من الحقوق والالتزامات التي يتحملها ويتمتع بها شخص معين، كالمركز القانوني الذي يشغله الموظف العام في القانون العام ومركز الزوج والزوجة، في القانون الخاص، أي أن المركز القانوني هو الحالة التي يوجد فيها الفرد حبال القانون.

- انظر د. محمود حافظ القرار الإداري "دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 16.

القوانين في العصور القديمة كانت مغرقة في الشكلية أما القوانين الحديثة فالمرشح يحمي المراكز القانونية دون وجوب القيام بشكلية معينة حتى كانت هذه المراكز ظاهرة في الحياة الاجتماعية ظهور كافي أي أن الأصل في القانون الحديث عدم وجوب شكلية معينة إلا متى وجدت اعتبارات تقتضي إضافة عناصر خارجية إلى العناصر الموضوعية لتحقيق لهذا العنصر الأخير أكبر قدر من الفاعلية القانونية⁽¹⁾ والأصل أن الشكلية تتطلبها التصرفات القانونية أي الإرادية، إلا أنه بالنسبة لبعض الوقائع المادية، مراعاة لخطورتها، نجد أن القانون يشترط بالنسبة لها على سبيل الاستثناء مراعاة أشكال معينة. ومن هذا القبيل أن واقعة الميلاد أو واقعة الوفاة لا تترتب على أي منها آثارها القانونية، إلا إذا ثبتت بشكل رسمي بحسب الإجراءات المقررة في قانون الأحوال المدنية والسجل المدني رقم 23 لسنة 1991م. ومن قبيل الشكلية أيضا الرسمية التي تشترط لصحة بعض العقود عند إبرامها المادة (535) مدني يماني. أيضا الشكلية التي يتطلبها الإثبات كحضور شاهدين في عقد الزواج المادة (9) أحوال شخصية. وقد يشترط حصول الموافقة من قبل الولي أو الوصي، أو موافقة بعض الهيئات (كأذن المحكمة) كذلك الشكلية التي يتطلبها قانون المرافعات عندما تنشأ خصومة بين شخصين.

ثانيا: القرائن القانونية

القرينة، بصفة عامة، هي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم، على أساس أنه إذا تحقق وجود هذا الأمر الثاني، كان الغالب وجود الأمر المجهول، فهي تقوم على أساس فكرة الاحتمال والترجيح، أي على أساس فكرة الراجح الغالب الوقوع. فالمرشح يستنبط من واقعة معلومة دلالة على أمر مجهول فيقرر أنه ما دامت هناك واقعة قد ثبتت، فأن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوتها، لأن هذا يغلب ترجيحه ووقوعه في العمل.⁽²⁾

ويلجأ المرشح عادة إلى القرائن القانونية في الحالات التي يرى أنه يتعذر أو يستحيل فيها المطالبة بدليل مادي، فيقطع الشك في شأنها بما يوافق المألوف أو الغالب في العمل. ومن ذلك ما ورد في الحديث الشريف "الولد للفراش" وذلك أن إثبات نسب المولود من زوج الوالدة أمر عسير ولما كان الغالب أن تكون الزوجة مقصورة على زوجها أثناء قيام الزوجية، فيفترض القانون الحمل أثناء الزوجية، وعلى هذا الأساس ينسب الولد للزوج، ويعفى من يريد إثبات هذا النسب من إقامة الدليل عليه، اكتفاء بإقامة الدليل على واقعة أخرى هي حدوث الحمل أثناء فترة الزوجية، وهي واقعة

(1) انظر د. عبد الحي حجازي، ص 419، د. حسنة كيرة، ص 191.

(2) ارجع د. توفيق فرج، د. محمد يحيى مطر، ص 73، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 101، د. مصطفى

محمد الجمال، د. عبد الحميد الجمال، ص 67، د. عبد الحي حجازي، ص 422.

يسهل إثباتها. ولا شك أن القرائن تبني على أساس القابلية للتصديق، بناء على فكرة أن اليقين أمر نادر في مجال القانون فكان من الضروري، لإعمال القانون، أن نحول ما هو غير مؤكد إلى مؤكد، والشكوك إلى حقائق، اعتماداً على ما يحدث وفق السير العادي للأمر. وتؤدي هذه القرائن دوراً مهماً في القانون الوضعي ولقد عالجها قانون الإثبات رقم 21 لسنة 1992م من المواد (154 إلى 159) وعالجها القانون المدني المصري من المواد (404 إلى 407) وقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي في المواد (139-142) والقرائن القانونية على نوعين قرائن بسيطة، وقرائن قاطعة أو مطلقة.

والقرائن البسيطة "هي التي لا تقطع بثبوت الواقعة المراد إثباتها وإنما ترشح لثبوتها وقد تحتمل ذلك وغيره" ولا تعد دليلاً قاطعاً يغني عن المطالبة بإقامة البينة القانونية على ما يدعيه وإنما يجوز للمحكمة الاستئناس بها وتستكمل الدليل على أساسها (م 158 قانون إثبات). أما القرينة القاطعة هي "ما علم من الأمارات ودلائل الحال المصاحبة للواقعة المراد إثباتها فتدل بطريقة القطع الذي لا يقبل الاحتمال أصلاً على ثبوتها م(154) قانون الإثبات.

والقرائن القاطعة نوعان، قران قاطعة قانونية كقرينة الولد للفراش، وقرينة مطابقة الحكم للحقيقة (حجة الحكم)، وقرينة النكول على اليمين، وقرينة العلم بالقانون وقت نشره، ويستخلص مما سبق أن القرينة القانونية من صنع المشرع وتكون في مرحلة صياغة القاعدة القانونية، وأما القرينة القضائية من صنع القاضي وتكون في مرحلة تطبيق القاعدة القانونية، وهي التي يستخلصها القاضي بحكم اللزوم الفعلي والمنطقي من الوقائع الثابتة في الدعوى، وهذه القرائن لا تدخل تحت حصر بل يترك أمر استنتاجها للقاضي.⁽¹⁾

ومن أمثلة القرائن البسيطة عد وجود سند الدين بيد المدين دليلاً على سداد الدين إلى الدائن دون إخلال بحق الدائن في نقض هذه القرينة. وكذلك من قبيل القرائن البسيطة قرينة البراءة والتي وردت في المادة 46 من الدستور اليمني "كل متهم بريء حتى تثبت إدانته...".

(¹) انظر د. حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مكتبة دار الثقافة، الطبعة الأولى، 1992م، ص401.

- د. حسن كبيرة، ص198.

والقرائن القانونية لا تؤدي في الإثبات دورا عاما وخاصا. فالدور العام فهو يتمثل في أن كل نظام الإثبات يقوم على قرائن قانونية. أما الدور الخاص فيتمثل في وجود وسيلة معينة بالذات من وسائل الإثبات هي القرينة القانونية.⁽¹⁾

ثالثا: الحيل القانونية

ويطلق عليها أيضا الافتراضات، باعتبار أن الحيلة أمر مخالف للحقيقة والواقع توصلنا إلى ترتيب أثر قانوني معين. وظاهر وجه الاختلاف بين القرينة القانونية والحيلة أو الافتراض القانوني. فالقرينة تقوم على التسليم بما يجري به الغالب من الأمور على زيف صناعي تتطلبه الضرورة أحيانا، وواضح بأن الحيلة ليس إلا افتراضا مخالف للحقيقة والواقع مخالفة صريحة.

ومن الأمثلة على الحيل القانونية فكرة العقارات بالتخصيص وهي منقولات بطبيعتها تخصصها إرادة المالك لخدمة العقار أو استغلاله كالألات الزراعية والماشية التي يخصصها مالك الأرض لخدمتها وزراعتها وقد نصت المادة (117) مدني يمني. وبمقتضى هذا الافتراض لا يجوز الحجر على المنقولات وفقا لإجراءات حجر المنقول، كما لا يجوز الحجر عليها مستقلة عن الأرض المخصصة لخدمتها وحماية لهذا النوع من الاستغلال. ومن الأمثلة على الحيل القانونية نظام الموت المدني الذي كان معروفا في الشرائع القديمة، وبمقتضاه كان يفترض موت الشخص رغم بقاءه على قيد الحياة، وكان يترتب على هذا الافتراض إنهاء الشخص وما يجره هذا الانتهاء من نتائج معينة⁽²⁾ والحيلة بهذا المعنى هي أشد وسائل الصياغة القانونية تطرفا. وهي لا تدعو الحاجة إليها إلا بسبب عجز الفكر القانوني عن خلق تصورات فكرية تتسجم مع الواقع. ولهذا ينبغي أن تظل الحيلة من وسائل الصياغة الاستثنائية التي لا يلجأ إليها إلا في حالات الضرورة، وتحقيقا لأهداف القانون في إقامة العدل أو المحافظة على المصلحة العامة، حيث تعجز وسائل الصياغة الأخرى عن إدراك هذه الأهداف⁽³⁾ والملاحظ أن كلما تطور علم القانون كلما أمكن الاستغناء عن هذه الطريقة في الصياغة.

والحيلة القانونية بوصفها أحد وسائل الصياغة القانونية، لا يقصد بها التحايل على القانون كما قد يتبادر للذهن أو يلتبس الفهم فالتحايل هو الالتفاف على نصوص القانون بغية الفكك والتصل من أحكامه. فالاختلاف واضح. إذ أن التحايل يندرج في نطاق نهى عنه الرسول "ص" "ولا ترتكبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل" وقد بحث فقهاء الشريعة الإسلامية

(1) ارجع د. سمير تناغو، ص 389 حيث بحث موضوع القران بتوسع وعمق ويرد أمثلة عديدة.

(2) انظر د. توفيق حسن فرج وآخرون، ص 175، د. أنور سلطان، ص 103.

(3) انظر محمد مصطفى الجمال، د. عبد الحميد الجمال، ص 71، د. سمير تناغو، ص 401.

الحيل من حيث حكمها في الشريعة وما يجوز ولا يجوز شرعا منها، وفرقوا بين الحيلة والتحايل على أساس الأصل اللغوي ولهم بحوث مستفيضة في ذلك منها كتاب "الخصاف" المتوفي 261هـ المسمى "الحيل" ويعد أول كتاب في الحيل، وليس كما زعم البعض أن أبو حنيفة أول من عمل بالحيل وله كتاب في ذلك. (1)

رابعا : الصياغة الجامدة والصياغة المرنة

من بين وسائل الصياغة القانونية طريقة الصياغة الجامدة والصياغة المرنة. فالصياغة الجامدة هي التي تحقق التحديد الكامل للحكم القانوني أو لما يخضع له من أشخاص أو أحداث، على نحو لا يترك مجالات للتقدير، سواء بالنسبة للمخاطب بالقانون أو بالنسبة للقاضي. ومن أمثلة ذلك تحديد سن الرشد بـ 15 سنة مادة 51 مدني يميني، فالفرض هو من بلغ سنة 15 سنة والحكم أن يعتبر رشيدا.

وكذلك تجد الصياغة الجامدة في القواعد التي تحدد مدة التقادم بعدد معين من السنوات، أو القواعد التي تحدد مواعيد الطعن في الأحكام وقد حددت المادة (200) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني، ميعاد الطعن بستين يوما، أو القواعد التي تحدد مقدار الرسوم والضرائب، ففي هذه القواعد جميعا نجد التحديد الرقمي لا يترك أي مجال للتقدير.

كما نجد أيضا الصياغة الجامدة في الصياغة الشكلية، كما هو الحال في القاعدة التي تستلزم إعلان في صحيفة الدعوى للمدعى عليه على يد محضر المادة (29) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني. ففي هذه القواعد جميعا يتطلب شكلا معيناً لا يحتمل إلا الوجود أو الانعدام ويربط الأثر القانوني بوجوده وينفيه بانتقائه.

أما الصياغة المرنة فهي الصياغة التي لا تضمن القاعدة القانونية حكما ثابتا لا يتغير بالنظر إلى ظروف كل حالة بل تضيي عليها نوعا من المرونة تستجيب لمتغيرات الظروف مما يترك للقاضي حرية التقدير وفقا لواقع وملابسات كل حالة.

ويعد من قبيل الصياغة المرنة في القانون المدني تحديد فكرة النظام العام والآداب المادة (26) مدني أو تحديد المؤلف من الأضرار التي يتعين على الجار تحملها المادة (1169) مدني أو تقدير الشروط التعسفية المرهقة التي تعطي للقاضي الحق في تعديلها أو إعفاء الطرف الذي يسلم بها منها المادة (216) مدني وأمثلة لا يمكن حصرها وردت في القانون المدني. أيضا من قبيل الصياغة المرنة في قانون الجرائم والعقوبات ترك تقدير العقوبات للقاضي في جرائم التعزير،

(1) ارجع د. محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ص312.

إذ غالبا ما يضع القانون حدا أدنى للقاضي هو الذي يقدر على تقدير العقوبات على وفق ظروف الجريمة، أو الترخيص للقاضي الحكم بإحدى عقوبتين أو بهما معا... إلخ.

وهكذا وتتميز الصياغة الجامدة بأنها تسهل للقضاة تطبيق القواعد القانونية، لأنها تحقق الاستقرار الاجتماعي لأن كل شخص يعرف موقفه من القانون سواء بالنسبة إلى حقوقه أو إلى واجباته، ومع ذلك يعاب عليها أن تحقق هذه المزايا على حساب العدالة في التطبيق لأنها تغفل الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة.

أما بالنسبة للصياغة المرنة فميزتها الأساسية تمكن القاضي من مراعاة العدالة كونها تترك له حرية الاختيار لأنها تدخل في الحسبان ظروف وملابسات كل حالة، علاوة على مسايرتها للتقدم الاجتماعي، إلا أن ذلك لا يتم إلا على حساب الاستقرار والأمن المدني في المعاملات.⁽¹⁾

المبحث الثاني

مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا

55 - الدولة في المنظور الإسلامي، تنبثق عن مفهوم الوجود والتصور العام الإسلامي للكون، الذي يركز على المحور الجوهري، أي العقيدة. بناء عليه فأن مؤسسات المجتمع الإسلامي ونشاطاته المختلفة لا بد أن ترتبط بالمحور التصوري للوجود، وتشكل فرعا منه، مما يسمح بتشبيه المنظومة الإسلامية بشجرة سابقة وجذورها وجذعها: العقيدة، فروعها وأغصانها: كل النظم الاجتماعية والاقتصادية، السياسية والثقافية، وكل من المؤسسات التي تعمل على تكريس وتحقيق هذه النظم في الواقع اليومي وحياة المسلمين.

والواقع أن علاقة الدولة الإسلامية بالدين، هي علاقة الفرع بالأصل، الأمر الذي يجعل من هذه المؤسسات هيئة لا بد أن تنظم وأن تسير وفقا لما يقره الأصل (الدين) بل أن من أولى المهام الملقاة على عاتق الدولة - في المفهوم الإسلامي - هي حفظ الدين وسياسة الدنيا به⁽²⁾ وعلى ضوء ما سلف، بأن المجتمع الإسلامية مطالب بضرورة الالتجاء إلى القرآن والسنة لتحكيمهما في

(1) ارجع د. نبيل إبراهيم سهد وآخرون، ص130، د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، المرجع السابق، ص165.

(2) انظر ابن خلدون: المقدمة تاريخ العلامة ابن خلدون، المجلد الأول، ط3، مكتبة المدرسة ودار الكتب اللبناني، بيروت، 1967م، ص338 وما بعدها.

شئونه المختلفة، وهو لجوء يعد شرطاً أساسياً لإيمان أفراد المجتمع الإسلامي: (1) (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) سورة النساء 65.

وعلى وفق هذه المعطيات فقد جعل المشرع اليمني الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات المادة "3" دستور، وبذلك ينفرد الدستور اليمني عن كافة دساتير الدول العربية التي تجعل من الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً أو المصدر الرئيسي للتشريع كما كان الوضع في الدستور اليمني قبل تعديله.

لقد وضعت المادة "3" دستور على عاتق المشرع عند سنه القوانين التزاماً مفاده أن الشريعة الإسلامية هي المصدر المادي أو الموضوعي لكافة القواعد القانونية، وعليه بالتالي ألا يخالف الالتزام الدستوري وإلا اعتبرت التشريعات باطلة لعد دستوريته لاستنادها إلى مصادر أخرى غير الشريعة الإسلامية والقانون المدني أيضاً يلزم القاضي عند تطبيقه القانون بأن يرجع أولاً ومباشرة إلى التشريع للبحث عن نص يحكم النزاع. وإذا لم يعثر فيه على أي نص يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها القانون المادة الأولى من القانون المدني. ويقصد بالشريعة الإسلامية هنا ما شرعه الله سبحانه وتعالى من أحكام لعباده بنصوص القرآن وما خرج عن الرسول الكريم "ص" من سنة قولية أو فعلية أو تقريرية.

ولا بد أن يفهم من الإحالة إلى الشريعة الإسلامية أنها دعوى للرجوع إلى المبادئ العامة والأصول التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب (2) وتختلف مرتبة التشريع الإسلامي كمصدر احتياطي باختلاف الأنظمة القانونية فبعض الدول تضعها في المرتبة الثانية بعد التشريع كالقانون المدني اليمني، المدني السوري المادة (1) والمدني الليبي مادة (1) وبعض الدول تضعها في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف كالقانون المدني المصري مادة (1) والعراقي مدني مادة (1) والكويتي مادة (1) أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فلم ينص على اعتبار الشريعة الإسلامية من مصادر القاعدة القانونية.

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن تقديم العرف على الشريعة في ترتيب المصادر لا يؤثر على قيمة العرف ومكانته كمصدر من حيث النتيجة لأن مبادئ الشريعة أصبحت من أعراف البلاد،

(1) أرزقي نسيب، الظاهرة الدستورية في المجتمع الإسلامي، مجلة بحوث تصدرها جامعة الجزائر، العدد الثاني، 1994م، ص 130-131.

(2) انظر د. رمضان أبو السعود، الجزء الأول، ص 524، د. همام محمد محمود، د. محمد حسن منصور، ص 80.

ولكن الواضح ما في هذا التخريج، رغم مهارته من خروج على النص وعلى قصد المشرع⁽¹⁾ كذلك، ليس من الممكن أن توجد أعراف مخالفة للشريعة الإسلامية كأن تحرم المرأة من حقها الشرعي في الإرث كما هو الحال في بعض مناطق بلادنا، فكيف سيكون الحال مثلا لو أن القانون اليمني أعطى الأولوية للعرف بعد التشريع في ترتيبه للمصادر علما بأن المشرع قد اشترط أن يكون العرف جائز شرعا⁽²⁾ وهكذا فإن الشريعة الإسلامية تعد مصدرا احتياطيا على وفق المادة الأولى من القانون اليمني، ومصدرا ماديا أيضا موضوعيا وفقا للنص الدستوري. "الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات" ويتضح أيضا من النص أنها هي المصدر الوحيد وليس هناك أي مصدر آخر يزاحمها، والشريعة الإسلامية على درجة من الوفرة والخصوصية، وفيها اكتفاء عن الالتجاء إلى سواها.⁽³⁾

المبحث الثاني

العرف

56 - يعد العرف أقدم مصادر القانون في تاريخ المجتمعات البشرية بوصفه قانونا غير مكتوب وينشأ عن تواتر الناس في إتباع سلوك معين مع شعورهم بالتزامه وبوجود جزاء قهري يكفل احترام هذا السلوك، وبعبارة أخرى "العرف" عادة تواضع الناس على إتباعها معتقدين في قوتها الملزمة أي أن العرف كان هو الطريق الطبيعي التي تخرج منه القواعد القانونية التي يحتاج إليها المجتمع.

ولما تعقدت الروابط الاجتماعية بين الأفراد، وتقدمت الجماعات ظهر عجز العرف عن مسايرة الأوضاع الجديدة، لذا أصبح التشريع الآن هو الذي يحتل مكان الصدارة بين مصادر القانون في المجتمعات الحديثة لمقدرته على تلبية حاجات هذه المجتمعات. ولم يفقد العرف مكانته بل بقي العرف مصدرا من المصادر الاحتياطية يلجأ إليه إذا كان التشريع كمصدر رسمي ومبادئ الشريعة كمصدر احتياطي لم يرد فيها ما يحكم مسألة من المسائل.

وفي بلادنا يحتل العرف مكانة كبيرة في تنظيم العلاقات بين الناس ولازال إلى اللحظة ينافس القانون بقوة، إذ أننا نلاحظ أن كثير من الخصومات تحل وفقا للأعراف المتجسدة في ضمير الشعب ووجد أنه بغض النظر عن الأسباب الكامنة وراء ذلك، ناهيك عن أن العرف يجد قبولا

(1) د. حسن كيرة، الهامش "1"، ص 298.

(2) القوانين المدنية العربية لم تضع هذا الشرط، مع أنها وصفت العرف المصدر الثاني بعد التشريع.

(3) د. رمضان أبو السعد، الجزء الأول، ص 518.

باعتباره نابع من الفطرة التي جبل عليها الإنسان وكونه أيضا تعبير عن الموروث الثقافي والتاريخي الذي ينتقل عبر الأجيال.

ينبغي الإشارة في هذا السياق إلى أن المشرع اليمني يعتد بالعرف مصدرا من مصادر القانون الرسمية إذا كان جائزا شرعا وموقف المشرع هذا، ينسجم تماما مع منطوق المادة الثالثة من الدستور والتي تنص بأن الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات باعتبار أن العرف قانون غير مكتوب، وبالتالي فإن مخالفة العرف للشريعة الإسلامية يؤدي إلى بطلانه لعدم دستوريته. وتقضي دراسة العرف بيان أركانه وأنواعه، ومزاياه وعيوبه مقارنة بالتشريع، وأسا قوته الإلزامية، وأخيرا دور العرف بين مصادر القانون، لهذا نخصص لدراسة هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: أركان العرف وأنواعه

المطلب الثاني: العرف، مزاياه وعيوبه

المطلب الثالث: أساس القوة الإلزامية للعرف

المطلب الرابع: دور العرف في التشريع اليمني

المطلب الأول

أركان العرف وأنواعه

57 - العرف هو المصدر الرسمي الثالث للقاعدة القانونية في القانون اليمني بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية كما رتبها المادة الأولى من القانون اليمني المدني السابق ذكرها والعرف كما سبق القول، عادة تواضع الناس على إتباعها معتقدين في قوتها الملزمة، ويتضح من التعريف أن للعرف ركنين: اعتياد الناس على سلوك معين وهو الركن المادي: واعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم وهو الركن المعنوي.

أولا: الركن المادي

"الاطراد على إتباع سلوك معين أي الاعتياد، ومعنى هذا أن يكون قد تكرر من الناس إتباع هذه القاعدة، بحيث يستنتج معه استقرار الجماعة على الالتزام بها. ويلزم أن يتوافر في الاعتياد شروط معينة: (1)

1- أن يكون عاما مجردا لا يتناول حكمه أشخاص معينين بالذات. وقد يكون محليا خاصا بمجموعة من الناس ولا يفقد صفته العمومية كالقانون التجاري. وقد ينشأ العرف من تعود

(1) د. حسن كيرة، ص274، المحامي محمود نعمان، ص87، د. محمد السعيد رشدي، ص62، د. سعيد جبر، ص147-148، د. خالد الزعبي، ود. منذر الفضل، ص82.

شخص واحد غير معين بالذات على مسلك معين، كما لو تعود رئيس الجمهورية على إصدار قرارات من نوع خاص إذ قد يترتب على هذا أن تتكون قاعدة عرفية تخول رئيس الجمهورية إصدار مثل هذه القرارات. (1)

2- أن يكون ثابتاً: أي أن يتبعه الناس بانتظام دون انقطاع فإذا تكرر من الناس إتباع مسلك معين فترة من الزمن ثم تحولوا عن هذا المسلك إلى غيره فترة أخرى ثم عاودا على إتباع المسلك الأول فإن التكرار لا يكون ثابتاً ولا يتوفر عندئذ ركن الاعتقاد. وبديهي أن الثبات لا يتقرر لعرف إلا أنه إذا كان قديماً أي لا يعرف أوله كما قال الأسلاف، وباتصاف السلوك أو العادة بالثبات والقدم تغدو قاعدة عرفية مستقرة.

3- أن يكون مطابقاً للنظام العام والآداب العامة في المجتمع فالعرف الذي يتنافى مع الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي تقوم عليها المصالح العليا للجماعة لا ترتقي إلى مرتبة العرف، مهما طال الأمر. كعادة الأخذ بالتأثر فإنه لا تنشئ عرف ملزم قانوناً لأن النظام العام يقضي بأن تتولى الدولة القصاص من الأفراد الذين يعتدون على الناس، ناهيك عن أن الأخذ بالتأثر لا يجوز شرعاً.

ثانياً: الركن المعنوي:

القاعدة العرفية لا تنشأ بمجرد توافر الركن المادي بل، يجب كذلك أن يتوفر الركن المعنوي للعرف، أي أن يتولد اعتقاد لدى الناس بأن هذه القاعدة ملزمة باعتبارها قاعدة قانونية لها جزء مادي توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها، شأنها شأن سائر القواعد التشريعية سواء بسواء. والاعتقاد بأن عادة معينة لها حرمة القواعد القانونية، لا ينشأ دفعة واحدة، بل يتكون تدريجياً حتى يصل في وقت ما إلى أن يكون محققاً لا نزاع فيه، وإذا أجمع الفقه على أن عادة معينة أصدرت عرفاً أو اطردت أحكام المحاكم على ذلك، أصبح العرف ثابتاً بما لا يحتمل الجدل. (2)

والركن المعنوي هو الذي يميز بين العرف والقاعدة فاعتقاد الناس في سلوكهم على أوضاع معينة والسير عليها بصورة دائمة لا يعد عرفاً لفقد الركن المعنوي أي الشعور بالإنذار، أي أن العادة تقوم على الركن المادي للعرف فقط دون الركن المعنوي ومن العادات ما يسمى بالعادات الاتفاقية بين الأفراد وهي عادات تصبح واجبة التطبيق إذا اتفق الأفراد على إتباعها. فالعادة لا تسري في حق الأفراد إلا إذا انصرفت إرادتهم إلى ذلك أي أن مصدر إلزام العامة هو إرادة الأفراد

(1) انظر د. عصام أنور سليم، و د. محمد حسن قاسم، ص38.

(2) انظر د. عبد المنعم فرج الصدة، ص147، د. عبد القادر الفأر، ص58.

واتفاقهم بينما مصدر إلزام القاعدة العرفية هو أنها قاعدة قانونية.⁽¹⁾ وجدير بالذكر أن العادة الاتفاقية لا تختلف فقط عن العرف، وإنما أيضا تفترق عن القواعد القانونية المكملة. فالقواعد الأخيرة هي قواعد ملزمة وواجبة التطبيق بمجرد عدم الاتفاق على ما يخالفها، فليس شرطا لتطبيق القاعدة القانونية المكملة إثبات اتجاه الإرادة إليها أو إثبات علم المتعاقدين بها. ويستوي تطبيقها أن يعلم بها المتعاقدان أو لا يعلمان. وهذا بعكس العادة الاتفاقية فشرط ثبوت اتجاه الإرادة الصريحة أو الضمنية للأخذ بها بالفعل.⁽²⁾

ويبدو مما ذكر سلفا أن العرف يختلف عن العادة في الأمور التالية:

- أ- من ناحية التكوين حيث أن العرف يتوفر له ركنان مادي ومعنوي، بينما العادة يتوفر لها الركن المادي فقط.
- ب- من حيث الأثر، إذا توافرت للعرف أركانه وشروطه نتجت عنه قاعدة قانونية ملزمة أما العادة فلا تعتبر قانونا ولا تلزم الناس بها إلا إذا اتفق الأفراد على إتباعها صراحة أو ضمنا.

58 - أنواع العرف

يمكن تقسيم العرف من حيث النشاط الذي يحكمه إلى عرف عام وعرف خاص، ويمكن تقسيمه أيضا من ناحية نطاق تطبيقه إلى عرف شامل وعرف طائفي وعرف مهني.⁽³⁾

1 - العرف العام

هو قانون عرفي عام من صنع السلطات المكونة للدولة في مباشرتها لوظائفها المختلفة، وفي تسييرها للمرافق العامة وفي علاقتها مع الأفراد ومن هذا القبيل العرف الدستوري والعرف الإداري.

2 - العرف الخاص:

وهو قانون عرفي خاص من صنع الأفراد أنفسهم في مباشرتهم لمعاملاتهم المدنية والتجارية.

3 - العرف الشامل:

هو العرف الذي يحكم علاقات الأفراد في الدولة كلها بغض النظر عن الإقليم أو الطائفة أو المهنة الذي ينتمي إليها الفرد. وقد كان العرف في الماضي عرفا شاملا بهذا المعنى.

4 - في الدولة الحديثة، من الصعوبة تصور نشأة عرف شامل بحكم سلوك المواطنين جميعا، إلا أنه ممكن أن ينشأ عرف شامل في إطار المجتمعات الصغيرة كالطوائف والمهن والأقاليم، والعرف الذي ينشأ داخل هذه المجتمعات يسمى باسمها فقد يكون عرف طائفي خاص

(1) انظر د. عصام أنور سليم، و د. محمد حين قاسم، ص 69.

(2) انظر د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 138، د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، ص 69-70.

(3) د. سمير تناغو، ص 425.

بطائفة معينة كالتجارة، أو عرف مهني خاص بمهنة معينة كالمحاماة، أو عرف إقليمي والعرف في الشريعة الإسلامية كما في القانون ينقسم لعرف عام، وعرف خاص. (1)

المطلب الثاني

مزايا العرف وعيوبه

59 - من مزايا العرف أنه:

- 1- يتولد تلقائياً في ضمير الجماعة، فهو يتماشى مع رغبات الأمة وحاجاتها، ولذلك عدّه الفقيه "سافيني" أكمل المصادر القانونية وقال عنه "هولاند" أنه بالنظر إلى طريقة تكوينه يكون أكثر تلاؤماً مع الشعور القومي من القانون المصنوع بطريقة أخرى.
- 2- العرف يتمشى مع الظروف الاجتماعية وحاجات المجتمع الذي تطبق فيه كونه انبثق عنه. (2)

عيوب العرف:

- 1- أنه أداة بطيئة لإنتاج القواعد القانونية وهو يحتاج إلى وقت طويل حتى يتكون وينشئ القاعدة، الأمر الذي لم يعد يلائم المجتمعات والتطورات السريعة الجارية فيها.
- 2- العرف يكتنفه الغموض والإبهام، بعكس التشريع فأن صياغته في نصوص مكتوبة محكمة تضي عليه الكثير من الوضوح.
- 3- العرف يؤدي إلى تباين النظم القانونية في الدولة الواحدة، فهو بطبيعته متجزئ ويختلف باختلاف الجهات، مما يعني اختلاف القواعد المنظمة للموضوع الواحد من إقليم إلى آخر في الدولة الواحدة وهو ما يتنافى مع ما تسعى إليه من وحدة القانون في كافة أنحاء إقليمها، وهذا بخلاف التشريع الذي عن طريقه تفرض الدولة نظاماً قانونياً واحداً على كل إقليمها. (3)

المطلب الثالث

أساس القوة الإلزامية للعرف

60 - أن البحث في أساس القوة الملزمة للعرف، لم يثر إلا حديثاً وذلك بقيام الدولة وانفرادها بوضع القواعد التشريعية، وقد كثرت الآراء حول أساس القوة الملزمة للعرف فمنها ما يرد القوة

(1) ارجع د. عبد العزيز عامر، المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلام القسم الأول، نظرية القانون "طبعة خاصة"، المطبعة العالمية، القاهرة، 1969م، ص 269.

(2) ارجع عبد الكريم فارس المالكي، جبار صابر، طه، ص 210، د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 182، د. غاب علي الداودي، ص 170.

(3) د. محمد محمود عبد الله، ص 125-126، د. سعيد جبر، ص 146-147.

الملزمة للعرف إلى إرادة المشرع وذلك لان المشرع يرضى بقيام العرف ويحيل إليه في كثير من القواعد القانونية.

ومن هذه الآراء ما يرد في القوة الملزمة للعرف إلى الضمير الشعبي لأن القانون ينشأ ويتطور في ضمير الجماعة وقد عرف أصحاب هذا الاتجاه "بالمدرسة التاريخية" وعلى رأسهم الفقيه "سافيني" ومن هذه الآراء ما يرد القوة الملزمة للعرف إلى القضاء على أساس تطبيق المحاكم له وقد عرض هذه النظرية "نظرية العرف القضائي"، الفقيه الفرنسي "لامبير" في مؤلف ضخم نشره سنة 1903م ردا على النظرية التقليدية عن العرف التي شرحها "جيني" في فرنسا لأول مرة سنة 1899م، وتقوم هذه النظرية على أساس أن تبني القضاء للعرف وتطبيقه من قبله وهو الذي يسبغ عليه قوته الإلزامية. ويذهب رأي آخر في الفقه الحديث إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده لتنظيم المجتمع،⁽¹⁾ وبصرف النظر عن ما وجه إلى هذه النظريات من انتقادات، فأننا نميل إلى الرأي الذي يذهب إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من إرادة المجتمع لأن القواعد العرفية تنشأ من ضمير الجماعة بسبب عوامل مختلفة، ذلك أن الثابت في دراسة، تاريخ العرف، أنه هو القانون غير المكتوب وهو الذي ينظم المجتمع قبل ظهور الدولة إلى جانب القواعد الدينية، وأن دور العرف لم يبلغ حتى بعد ظهور الدولة والتشريعات المختلفة.⁽²⁾

المطلب الرابع

دور العرف في القانون اليمني

61 - ليس جديدا القول بأن العرف يعتبر مصدرا رسميا للقانون، ولو أنه قد ترك مكان الصدارة للتشريع في جميع الدول، وفيما سبق أوضحنا مزايا التشريع التي جعلته يتفوق على العرف. وتتضح هذه المكانة من منطوق المادة الأولى من القانون المدني والتي اعتبرت العرف المصدر الاحتياطي الثالث للقانون في النظام القانوني اليمني، فحث لا يجد القاضي نصا تشريعا يمكن تطبيقه على ما يعرض عليه من نزاع، عليه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فأن لم يجد حكم بمقتضى العرف الجائز شرعا...."

(1) ارجع د. عبد المنعم فرج الصدة، ص154، د. محمد محمود عبد الله، ص128.

د. حسن كيرة، ص283، عبد الكاظم فارس، جبار صابر طه، ص207.

د. سعيد جبر، ص153 وما بعدها، د. حمدي عبد الرحمن، ص195.

(2) د. خالد الزعبي، د. منذ الفضل، ص84، و د. عبد المنعم فرج الصدة، ص165.

ولم يجاز المشرع اليمني التقنيات المدنية التي تحيل إلى العرف مباشرة بعد التشريع، وإنما جعل العرف يأتي بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك ينسجم مع الدستور الذي ينص على أن التشريع الإسلامي مصدر جميع التشريعات ومعلوم بأن الشريعة الإسلامية من الوفرة والخصوصية بحيث يصعب تقنينها مهما بذل من جهد وعناء، ناهيك عن أن باب الاجتهاد في اليمن لم يغلّق حتى اليوم⁽¹⁾ عكس الدول الإسلامية الأخرى التي ظلت فيها الشريعة الإسلامية فترة من الزمن معزولة عن تنظيم شؤون الحياة إلا بالقدر اليسير أضف إلى ذلك أن باب الاجتهاد أوصد وقيد لعدة قرون. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية تتضمن الإحالة إلى العرف، فالفقهاء المسلمين يعتبرون العرف أحد المصادر أو الأدلة الشرعية بغض النظر عن اختلافهم في ذلك⁽²⁾ والدليل على ذلك أن من بين القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية القاعدة التالية: "العادة محكمة"، استعمل الناس حجة يجب العمل بها، الممتنع عادة كالممتنع حقيقة" الحقيقة تترك بدلالة العادة، "المعروف عرفا كالمشروط شرطا، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم" التعيين بالعرف كالتعيين بالنص".⁽³⁾

ولقد سبق التقنين المدني السوري تقنيننا المدني في ترتيب العرف بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، وينبغي ألا يفهم بأن المشرع اليمني ينكر الدور المهم الذي يؤديه العرف في القانون اليمني، والدليل على ذلك النصوص القانونية ذاتها⁽⁴⁾ حيث تبرز الدور المهم الذي يؤديه العرف في القانون اليمني، فهو قد يكمل ما في التشريع من نقص كما قد يكون معاونا له، كما أن القانون سمح للعرف أحيانا بمخالفة التشريع، وذلك على النحو التالي:

أولاً: العرف المكمل للتشريع

يقوم العرف بهذا الدور بالنسبة لقواعد القانون العام منها أو الخاص، وهذا يتضح من المادة الأولى من القانون المدني، والذي تقربان التشريع لا يستطيع أن يتضمن جميع الأحكام الذي يحتاج

(1) انظر حديث الرئيس القائد المنشور بالمذكرة الإيضاحية لقانون المدني للجمهورية اليمنية، الكتاب الأول والثاني، ص5.

(2) ارجع د. سهيل الفتلاوي، ص178، د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، ص259 وما بعدها.

(3) انظر د. محمود عبد الحميد المغربي، القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية، المكتبة الحديثة، الطبعة الأولى، 1988م، ص24، مجلة الأحكام العدلية الصادرة عن الدولة العثمانية، 1295هـ، المواد 36، 37، 38، 39، 40، 43، 44، 45.

(4) القانون المدني اليمني المواد 252، 467، 630، 702، 736، 770، 772، 815، 884، 927، 986، 1196، 1370. القانون التجاري المواد 101، 136، 309، 31.

إليها الناس في أمورهم ومعاملاتهم، وكذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبًا.

والعرف يقوم بهذه الوظيفة فيما عدى القانون الجنائي وذلك تطبيقًا لمبدأ دستوري مفاده، أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "و46" دستور.

أما بالنسبة للقانون الدولي العام، فالعرف يلعب الدور الرئيسي إذ أن العلاقات بين الدول تسير في معظم الأحيان على القواعد العرفية، ويسمى هنا العرف الدولي كما يلعب دورا هاما في القانون الإداري¹ نظرا لأن قواعد هذا الفرع غير مقننة، وكثيرا ما تلجأ إليه المحاكم وتطبقه. إما في القانون المدني، ونظرا لعناية المشرع بتنظيم وتفصيل أحكامه، نلاحظ أن دور العرف ضئيل، وذلك على العكس في القانون التجاري، فأن العرف يؤدي دورا مهما نظرا لقصور النصوص التشريعية عن مواجهة متطلبات الحياة التجارية المتجددة والمتنوعة بتنوع التجارة.

ثانيا: العرف المعاون للتشريع

ويعد العرف معاونا للتشريع في الأحوال التي تحيل فيها النصوص إليه، لتحديد مضمون فكرة معينة، أو لتفسير قصد المتعاقدين أو التعرف على نيتهم أو لتنظيم مسألة فرعية لم ينظمها التشريع ومن أمثلة ذلك:

ما تنص عليه المادة (927) مدني والتي تنص على أن "يلزم الوكيل تنفيذ الوكالة دون تجاوز لحدودها المتفق عليه أو ما جرى به العرف".

كذلك المادة (770) والتي تنص على أن "ما لم يرد حكمه في المواد المتقدمة يرجع فيه لعرف الجهة". وكذلك نص المادة (252) والتي تنص "أن لا اعتداد بالعيب اليسير الذي جرى العرف على التسامح به". ويتضح من الأمثلة السابقة الدور الذي يحتله العرف كمعاون للتشريع.

ثالثا: العرف المخالف للتشريع

ذكرنا فيما سبق أن العرف احتياطي للقانون بمعنى أنه لا يطبق إلا إذا لم يوجد في المسألة المعروضة نص في التشريع، ويترتب على ذلك انه لا يجوز للعرف مخالفة التشريع، بالرغم من ذلك ففي حالات معينة يضع التشريع حكما لمسألة معينة ولكن يقرر أن إذا وجد عرف في هذه المسألة فإنه يجب العمل به دون العمل بما يضعه المشرع من قواعد تشريعية. والمشرع يقدر في ذلك أن ما يعتاد الناس في إتباعه من أحكام في مسألة من المسائل الفرعية، يعد أفضل مما يضعه

(1) ارجع د. أنور سلطان، ص151.

التشريع في هذه المسائل، وباعتباره أكثر اتفاقاً مع حاجات التعامل⁽¹⁾ وهذا يعني أن العرف يملك مخالفة القواعد الشرعية المكملة، فهي كما سبق بيانه، قواعد يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها "فمن باب أولى يجوز نشوء عرف مخالف لها في الجماعة"⁽²⁾ ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة 736 من القانون المدني على أنه "لا يجوز للمستأجر أن يستعمل العين المؤجرة إلا فيما أعدت له وعلى النحو المتفق عليه أو المتعارف عليه"، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بذلك. أيضاً ما نصت عليه المادة "815" والتي تنص على أن "لا يلزم رب العمل إطعام الخادم وكسوته إلا إذا اشترط عليه أو جرى العرف به".

ويلاحظ أن دور العرف في حلول حكمه محل التشريع إذا كان مخالفاً له، ومقصود على القواعد التشريعية المكملة، ولا يتصور قيامه بالنسبة للقواعد الآمرة، فحكم هذه القواعد مفروض فرضاً لا يسمح مخالفته في أية حال. ذلك أنها تنظم مسائل تتعلق بالمصلحة العامة، ولا يجوز أن يفلت زمام السيطرة على تنظيمها من قبضة السلطة القائمة على التشريع في الدولة.⁽³⁾ ومع ذلك بعض من الفقه يجيز للعرف التجاري أن يخالف القواعد الآمرة 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 للتنازع بين العرف التجاري وبين نصوص القانون المدني.⁽⁴⁾

المبحث الرابع

مبادئ العدالة

62 - إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وإن لم يجد رجوع إلى العرف فإذا لم تسعفه هذه المصادر بالحكم الواجب الإتيان بمبادئ العدالة الموافق لأصول الشريعة الإسلامية جملة ذلك ما تقضي به المادة الأولى من القانون المدني.

(1) ارجع جميل الشراوي، ص146، د. محمد السعيد رشدي، ص68.

(2) د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، ص75.

(3) انظر د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص149، د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، ص258.

(4) انظر د. حمدي عبد الرحمن، ص210، سمير تناغو، ص475.

فالقانون يرجع إلى قواعد العدالة في النهاية إذا لم يجد الحكم محل النزاع المعروض عليه في التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف. أما إذا وجد الحكم اللازم في أحد هذه المصادر لحسم النزاع المعروض عليه، فلا يجوز له عندئذ أن يبحث عن حكم آخر للنزاع المعروض في مبادئ العدالة ولو كان الحكم الذي تلزمه به تلك المصادر منافيا لقناعته⁽¹⁾ وفي الواقع لا يمكن إعطاء تعريف محدد لهذه المبادئ باعتبار أنها غير واضحة وغير محددة، كما أنها لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني إنما تلزمه أن يجتهد برأيه حتى تقطع عليه سبيل النكول عن القضاء⁽²⁾ وفكرة مبادئ العدالة ترتبط بفكرة القانون - الطبيعي بل وتتفرع منه، والقانون الطبيعي لم يكن في يوم من الأيام سوى مجموعة من الأفكار العامة والمبهمة التي لم تستقر لها مضمون معين وكل ما أمكن ذكره عن جوهرها يدور حول أنها "المبادئ الأبدية والمثالية التي يتوصل إليها الإنسان بتفكيره وعقله وتأمله، وكلا الفكرتان تتطويان على مضمون مثالي، ويشوبها ذات العيب وهو عدم التحديد وعدم الوضوح وبالتالي يمكن اعتبارها "اقرب إلى الشعور منها إلى الأفكار الثابتة المحددة".

وقد عبر أرسطو بوضوح عن أن القانون الطبيعي هو القانون العقلي، وأن إدراك العمل يكون بواسطة العقل السليم، كما لقيت هذه الفكرة بعض التغيير في أوروبا على يد الفلاسفة المسيحيين. فمع أخذهم بنظرية القانون الطبيعي، إلا أن هذا القانون لم يعد في نظرهم قانونا عقليا يدركه الإنسان بما يشع في عقله من ضوء، ولكنه أصبح قانونا مقدسا مصدره الوحيد الله ودليل وجوده هو الكتب المقدسة.⁽³⁾

وخلص القول ارتبطت فكرة العدالة في الفكر الإغريقي والروماني ثم في الأوربي باتجاهات فلسفية- والخوض فيما يتجاوز نطاق هذه الدراسة - ولكن تؤكد أن المشرع المصري في القانون المدني النافذ تبنى مذهب القانون الطبيعي وبمبادئ العدالة مصدرا رسميا راجعا في المادة الأولى منه ودخل الموقف المصري إلى التقنيات المدنية العربية الأخرى ومنها القانون المدني اليمني كأخر تقنين مدني عربي يصدر وكان هذا الصنيع تقليدا اعمي للقانون المصري.⁽⁴⁾

(1) غالب علي الداودي، ص173.

(2) ارجع د. غالب الداودي، ص174، د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، ص265، د. عصام أنور سليم وآخرون، ص81، د. عبد المنعم البدرابي، ص226، المحامي د. عبد القادر الفأر، ص92.

(3) لمزيد من التفصيل على تاريخ فكرة القانون الطبيعي راجع د. ملحم قريان، قضايا الفكر السياسي "القانون الطبيعي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1982م، ص15 وما بعدها.

(4) ارجع د. عباس الصراف، د. جورج حزيون، ص55، د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، ص264.

ومن نافل القول، أن التقنيات المدنية العربية، وإن حاكت التقنيات الأوروبية وبالذات التقنين المدني الفرنسي، إلا أن ذلك ينسجم مع النصوص الدستورية التي تجعل من الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا أو المصدر الرئيسي أي أن النصوص الدستورية لم تجعل من الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد بل فتحت المجال أمام - المشرع - لاستمداد قواعده من مصادر أخرى، وذلك مغاير لموقف المشرع اليمني الذي يجعل من الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات بعد تعديل الدستور الذي كان ينص سابقا على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" وإن كان هذا النص ينسجم مع نص المادة الأولى من القانون المدني التي تورد مبادئ العدالة كأحد المصادر إلا أنه بعد تعديل الدستور لم يعد كذلك والقول بغير ذلك مردود عليه بالتالي:

أولا: تنص المادة الثالثة من الدستور بأن الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات وبالتالي ليس أمام المشرع اليمني أي مصادر أخرى إذ أن الشريعة الإسلامية تستغرق مصادر التشريع.

ثانيا: أن المادة الأولى من القانون المدنى والذي هو الآخر ليس إلا تقنينا للشريعة الإسلامية "ويسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية جعلت " الشريعة الإسلامية المصدر الثاني بعد التشريع".

وإذا كان البعض يرى أن الإحالة إلى قواعد العدالة في القانون المصري ليس لها من فائدة أمام قيام الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وسبقها عليها⁽¹⁾ فأنا نتمنى لو أن المشرع اليمني يعيد النظر في المادة الأولى من القانون المدني ويعيد صياغتها متخلصا من الإحالة إلى مبادئ العدالة، والمفيد الذكر أيضا أن المشرع حتى عند الإحالة إلى مبادئ العدالة وضع قيد وهو موافقتها لأصول الشريعة الإسلامية.

أن بقاء الحال كما هو عليه في المادة الأولى ربما يوحي لدى البعض بان هناك شأنًا من شئون الحياة لا حكم للشريعة فيه أو مصادر الشريعة الإسلامية وهي الكتاب والسنة النبوية الشريفة والإجماع والقياس وغيرها من المصادر وكذلك المبادئ والأصول والقواعد الكلية لا تتطوي على مبادئ العدالة، ومثل هذا القول أو الطرح لا يمكن مطلقا التسليم به.

(1) انظر د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، ص 265 وما بعدها.

أن الشريعة الإسلامية في تقدير جمهور الفقهاء نظام قانوني تتسع أحكامه لكل جوانب الحياة، وإنما لا تقتصر على كليات الحياة فحسب، بل تتناول جزئياتها أيضا⁽¹⁾ ولن نسبح لأنفسنا بأن ننساق خلف الذين يوردون بعض الآيات من كتاب الله أو بعض الأحاديث النبوية ليؤكدوا على العدل في الشريعة الإسلامية إذ يكفي أن صانعها هو الله. وتتمثل فيها قدرة الخالق وكماله وعظمته وإحاطته بما كان وبما هو كائن⁽²⁾ وقد جعل المولى عز وجل العدل أسما له تمجيذا للعدل كأصل من أصول الشريعة السمحاء.

المبحث الخامس

المصادر التفسيرية

63 - ذهب الباحثون مذاهب شتى في تسمية المصادر التفسيرية،⁽³⁾ والمصدر التفسيري يراد به المرجع الذي يساعد على تجلية ما في القاعدة القانونية من غموض وتوضيح ما فيها من إبهام. فهو مصدر للاستئناس والاسترشاد، يسترشد به القاضي للتعرف على حقيقة القواعد التي استمدتها من مصادرها الرسمية دون أن يكون لها قوة ملزمة⁽⁴⁾ وقد جرت العادة عند الباحثين في النظرية العامة للقانون على اعتبار الاجتهاد القضائي وآراء الفقهاء، مصدرين تفسيريين أو مصدرين غير رسميين. أي أن المشرع عند تعداده لمصادر القاعدة القانونية، عادة ما ينص على المصادر الرسمية كما هو الحال في القانون المدني اليمني في المادة الأولى منه، والقانون المدني المصري المادة الأولى والمدني السوري المادة الأولى والقانون المدني الليبي المادة الأولى، والقانون المدني العراقي المادة الأولى.

وباستقراء النصوص أعلاه لا نجد ذكرا للمصادر التفسيرية أو غير الرسمية باستثناء القانون المدني الأردني في الفقرة الرابعة المادة الثانية والتي تنص على أن "يسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقهاء على أن لا يتعارض مع ما ذكر". الجدير بالذكر هو أن القانون المدني اليمني في المادة (19) ينص على أن المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة عن الهيئة التشريعية.

(1) لنظر د. محمد عوض محمد، مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع، دراسات قانونية، منشورات - الجامعة الليبية، كلية الحقوق، الجلد الثالث، السنة الثالثة، 1973م، ص18.

(2) انظر عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص18.

(3) حيث يطلق أيضا المصادر المساعدة، المصادر الاستثنائية، وغير التشريعية أو غير الرسمية.

(4) لنظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص19.

د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص177.

ونقتصر في هذا المقام على تناول القضاء والفقهاء كمصدرين تفسيريين يجمع عليهما الفقه إجماعاً مانعاً، أما ما ورد في المادة (19) مدني يمّني فنتناوله عند تفسير القانون في فصل مستقل.

المطلب الأول القضاء

القضاء في اللغة من المشترك اللفظي الذي يقع في عدة معانٍ⁽¹⁾ وما يهمننا من تلك المعاني المتعددة هو ورودها بمعنى الحكم، كما قال الأزهرى "وقيل للحاكم قاضي لأنه يمضي الحكم أو الأحكام ويحكمها، ويكون قضي بمعنى أوجب فيجوز أن يكون سمي قاضياً لإيجابه على الحكم على من عليه⁽²⁾ والقضاء بوصفه أحد السلطات الثلاث في الدولة يقصد به معنى ثالث.

الأول مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة والتي تقوم بتطبيق القانون على المنازعات المعروضة عليها، والثاني: الأحكام التي تصدر من هذه المحاكم، الثالث: يفيد استقرار المحاكم باتجاه معين بصدده مسألة معينة واطراد قضاءها طبقاً لهذا الاتجاه والمعنى الآخر هو الذي يعيننا في هذا المبحث.

وقد كان القضاء مصدراً رسمياً في الشرائع القديمة وتحول الآن إلى مصدر تفسيري له في معظم قوانين العالم، وعلى الأخص القوانين اللاتينية والقوانين التي سارت علي منهجها، أما القوانين الإنجلوسكسونية، فالقضاء هو المنبع الجوهري للقواعد والحلول القانونية.

وفي هنا يقوم الفقيه الإنجليزي "Lawson" أن الخصوصية التي يتميز بها القانون الإنجليزي تتبع إلى درجة كبير من كون الطريقة أو المبدأ الذي يكون في اللب أو الجوهر الحقيقي للنظام لا نجد أكثره في أي إعلان أو بيان مكتوب وملزم، ولكن يجب أن تجمع من عدد كبير من القرارات أو الأحكام القضائية ويضم ما جمع.

على هذا النحو بعضه على بعض⁽³⁾ ومن ذلك يتضح أن المبادئ المقررة في القوانين الإنجلوسكسونية أن أحكام المحاكم العليا تكون سوابق قضائية ملزمة للمحكمة التي أصدرتها والمحاكم التي تلتها في الدرجة.

(1) راجع في ذلك القرآن الكريم، سورة الإسراء آية (23)، النساء (103)، البقر (210)، طه (72)، زخرف (77)، الحجر (66)، فصلت (12)، الزمر (69). وانظر أيضاً لسان العرب لابن منظور، جزء 19، الدار المصرية للتأليف والترجمة مادة "قضى"، ص 47.

(2) تهذيب الأسماء واللغات للندوي.

(3) انظر د. المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الإنجلو أمريكي، 1991م، ص 84.

ويقول أحد الفقهاء الإنجليز "عندما أقول القانون فإنما أعني القانون كما يعلنه قضاء صاحبة الجلالة "لا القانون الذي تعلنه الدائر الحكومية".⁽¹⁾

أن إضفاء اللزوم والحجية إلنا لسوابق القضائية يعزوه "قريب جيمس" إلى سببين نفسي وعقلي، ناهيك عن المكانة التي يحتلها القضاة في إنجلترا وما يحضون به من إقدام وتقدير وليس هناك أدلة على هذه المكانة مما قاله رئيس وزراء بريطانيا السير ونستون تشرشل واصفا القضاة أنهم أناس لا شبيه لهم أبدا في جزيرتنا".⁽²⁾

أن الوضع في البلاد العربية ومنها الجمهورية اليمنية مغاير لما هو عليه في النظام الإنجلي سكسوني فالمادة الأولى من القانون المدني اليمني والنصوص المماثلة في البلاد العربية استبعدت اعتبار القضاء مصدرا رسميا من المصادر الرسمية الأخرى بل من المصادر التفسيرية. ومعنى ذلك أن الأحكام القضائية التي تصدر عن المحاكم لا تعتبر بمثابة قواعد قانونية عامة كقواعد التشريع أو العرف مثلا، وإنما هي عبارة عن تطبيق عملي للقواعد القانونية الموجودة وليس لها أي صفة بالنسبة للقضايا التي تفصل فيها.⁽³⁾

ومما ينبغي لفت الانتباه إليه هو أن القضاء ليس سلطة لسن القوانين، وذلك أن القضاء عندما لا يجد قاعدة في المصادر الرسمية، فإنه مضطر إلى الاجتهاد للوصول إلى حل يطبق على النزاع ثم تتواتر الأحكام وتستقر على الأخذ بهذا الحل في الحالات المماثلة وهذا القول ينصرف بالذات على أحكام المحكمة العليا، إذا تواترت، اعتبر القضاء هذه الأحكام وكأنها مبادئ كلية يطبقها كلما عرض أمامه وقائع مماثلة، غير أن التزام المحاكم بأحكام المحكمة العليا، لا نجد سنده في القانون، إنما في المكانة التي يحتلها في سلم القضاء بوصفها أعلى سلطة قضائية، فالإلزام لا يخرج عن الاعتبار الأدبية،⁽⁴⁾ وعلى العموم فالقاضي غير ملزم بالرجوع إلى الأفضية السابقة، كما أن التطبيق الآلي للقواعد القانونية يجردها من نبض الحياة ويحد من إنماء القانون وتطوره. أن اعتبار الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية هو من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات وبصورة خاصة بين السلطتين التشريعية والقضائية. كما أن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تتولى الفصل مباشرة في الدعاوى، كذلك لا تستطيع السلطة القضائية أن تتولى مهمة التشريع ووضع وقواعد قانونية عامة.

(1) د. المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص96.

(2) انظر د. المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص112.

(3) راجع في ذلك د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص241.

(4) انظر في ذلك د. عدنان طه الدوري، د. لطيف جبر كومانبي، الرجع السابق، ص58، د. عبد المنعم فرج

الصدّة، المرجع السابق، ص 185-186.

المطلب الثاني

الفقه

يقصد بالفقه مجموعة من الشروح والآراء التي يصدرها علماء القانون سواء كان ذلك في مؤلفاتهم القانونية أو في أبحاثهم أو في فتاواهم أو في تعليقاتهم على أحكام القضاء، وقد كان للفقه في أيام الرومان دور بارز في وضع الأحكام، حيث كانت المحاكم تستعين بأراء الفقهاء وقد خلد التاريخ أسماء فقهاء أمثال جايوس، وايليان وبول ومورستان وبابنيان حيث تكون القانون الروماني من آرائهم⁽¹⁾ وقد احتل الفقه دورا مهما في تفسير المصدرين الرئيسيين للشرعية الإسلامية "القرآن والسنة" وقد درج كثير من الفقهاء على تقسيم الفقه الإسلامي إلى قسمين "عبادات ومعاملات" والفقه الإسلامي فقه يناسب الإنسانية ويحل مشاكلها في كل زمان ومكان، لأنه من معين صاف طيب أساسه كتاب الله الذي (لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ولسنة نبيه محمد صلى الله عليه وسلم الذي أرسله رحمة بعباده).

(1) جميل الشرقاوي، نفس المرجع، ص159، د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص72.

الفصل الثاني

تطبيق القانون

64 - عندما تتوافر للقاعدة القانونية عناصر الوجود والنفاد، فإنه تسري على المخاطبين بأحكامها، ويجب على السلطتين التنفيذية والقضائية أن تطبق كل حدود اختصاصه. ومن نافل القول أن تطبيق القانون يقتضي أولاً تحديد المكان الذي تسري فيه قواعده في المكان والزمان.

ولذلك فأنا نخصص هذا الفصل في تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان والزمان وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان.

المبحث الثاني: تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان.

المبحث الأول

تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان

65 - الأصل أن قوانين الدولة توجد بقصد تطبيقها على مواطنها داخل حدود إقليمها، غير أن نشاط الأفراد لا يقتصر على ما يقومون به داخل حدود دولتهم، بل يمتد نشاطهم إلى ما وراء هذه الحدود، فمن النادر أن يكون إقليم الدولة مقصوراً على مواطنيها، إنما الغالب أن يوجد على إقليم كل دولة رعايا دول أخرى. كما أن سهولة وسائل المواصلات وتقدم وسائلها وازدهار التجارة الدولية أدى إلى نشوء كثير من العلاقات بين أفراد يقيمون في دول مختلفة. ولذلك برز السؤال الخاص بتحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان. ومع معرفة ما إذا كان القانون تطبق على كل من يوجد على إقليم الدولة بصرف النظر عن انتمائه إليها أو عدم انتمائه، ولا يمتد حكمه إلى رعاياها أن تجاوزا حدود إقليمها. وهذا هو مبدأ الإقليمية القانون. أم أن تطبيق القانون على رعايا الدولة دون غيرهم سواء في إقليم الدولة أو خارجه وهذا ما يعرف لمبدأ شخصية القوانين.⁽¹⁾

يستمد مبدأ الإقليمية القوانين من فكرة سيادة الدولة على إقليمها فتخضع لحكم قوانينها الأجنبي خضوع الوطني له. ويستمد مبدأ شخصية القوانين فكرة سيادة الدولة على رعاياها فينصرف إليهم - دون الأجانب - حكم قوانينها أينما وجدوا ولهذا قيل "بأن من يغترب يحمل على نعليه جزء من أرض وطنه".

والراجع في الوقت الحاضر أن المبدأ الأساسي الإقليمية القوانين وأن الاستثناء هو السماح لمبدأ شخصية القوانين في حدد معينة. ومن الطبيعي أن ينتصر مبدأ الإقليمية القوانين على مبدأ شخصية القوانين، لأن الدولة لا تملك سلطة حقيقية فعلية إلا على إقليمها، وهي تستطيع مباشرة هذه السلطة حتى على الأجانب المقيمين على إقليمها. وهذا بعكس الحال بالنسبة للأشخاص الذين يحملون جنسيتها ويوجدون على إقليم دولة أجنبية حيث لا تملك حسب الأصل سلطة فعلية عليهم.

ومن هنا كان انتصار مبدأ الإقليمية القوانين.⁽²⁾

66 - المبدأ المعمول به في اليمن

⁽¹⁾ ارجع د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، ص 86، عبد الحي حجازي، ص 678، د. حمدي عبد الرحمن، ص 143.

⁽²⁾ انظر د. سمير تناغو، ص 636.

الواقع أن القانون اليمني يأخذ مبدأ إقليمية القوانين بمعنى أن يطبق في إقليم الجمهورية اليمنية على المواطنين والأجانب على السواء، غير أن هذا المبدأ ترد عليه عدة استثناءات أهمها الآتي:

1- يتمتع اليمنيون وحدهم دون الأجانب بالحقوق السياسية كحق الانتخاب والترشيح وتولي الوظائف العامة، وبالتالي لا تسري القوانين المنظمة لهذه الحقوق على كل الأشخاص في إقليم اليمن.

2- كذلك ينص قانون الجرائم والعقوبات في المادة الثالثة على أن تسري هذه القوانين على الجرائم التي تقع خارج إقليم الدولة وتختص المحاكم اليمنية بها وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية، وعلى أساس ذلك نصت المادة "247" إجراءات جزائية على أن المحاكم اليمنية هي المختصة بمحاكمة كل من ارتكب خارج إقليم الدولة جريمة مخلة بأمن اليمن مما نص عليه في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات أو جريمة تقليد أو تزيف أختام الدولة أو إحدى الهيئات العامة أو تزوير عملة وطنية متداولة قانونياً أو إخراجها أو تزويرها أو حيازتها بقصد الترويج أو التعامل بها. والسبب في ذلك لأن هذه القاعدة القانونية تمس النظام العام ومصصلحة الدولة العليا وسيادتها.

وهنا نجد أنه رقم ارتكاب هذه الجرائم خارج اليمن إلا أن القانون اليمني يطبق عليها.⁽¹⁾

3- ويتصل هذا الاستثناء بالحصانة القضائية التي يقرها القانون الدولي العام لبعض الأجانب كرؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين، وفي حدود هذه الحصانة لا يخضعون لولاية القضاء الوطني، ولا تطبق عليهم بالتالي قانون الدولة الذي يزولون عملهم فيها.

4- وهذا الاستثناء مرده الأخذ بقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، إذ قد يؤدي إعمال هذه القواعد إلى تطبيق قانون أجنبي داخل الدولة، وفي هذا خروج على مبدأ الإقليمية، أو يؤدي إلى تطبيق القانون اليمني خارج حدود الإقليم اليمني، وبهذا يكون مبدأ شخصية القوانين هو المطبق.. وذلك ما تنص عليه المادة (25) من القانون المدني "يرجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم."⁽²⁾

وعد هذا الاستثناء أهم استثناء يرد على مبدأ إقليمية القوانين.

المبحث الثاني

تطبيق القانون من حيث الزمان

(1) انظر د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، ص102، سعيد جبر، ص187، أنور سلطان، ص168.

(2) انظر المواد 24-36 من القانون المدني اليمني.

67 - لا يمكن أن تكون القوانين أزلية، إنما تتبدل تبعاً لتبدل الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والقانون يطبق من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية على النحو 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.

أن تطبيق القواعد القانونية يبدو سهلاً وميسوراً إذا تعلق بوقائع تصرفات تمت وترتبت آثارها في ظل القاعدة القانونية القديمة، إذ لا مجال للشك في سريان هذه القاعدة، كعقوبات رتب كافة آثاره قبل نفاذ القاعدة الجديدة، إذ لا مجال للحديث عن سريان القاعدة الجديدة عليه.⁽¹⁾

إلا أن تطبيق القاعدة القانونية لا يعرض دائماً مثل هذه السهولة والبساطة إذ أن العلاقة القانونية قد تبدأ في التكوين في ظل قانون معين ثم تكتمل لها عناصر التكوين أو تنتج آثارها في ظل قانون جديد. فيقوم تنازع بين قاعدتين قانونيتين على حكم هذه العلاقة فهل ترجح تطبيق القانون القديم بسبب تكوين عناصر العلاقة كلها أو بعضها في ظله، أم نرجح تطبيق القانون الجديد بسبب تحقق الآثار بعد نفاذه؟ هذه المشكلة تعرف بمشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان.⁽²⁾

ومن أمثلة ذلك:

إذا بلغ الشخص سن الخامسة عشر أصبح وفقاً للقانون الحالي كامل الأهلية، فإذا صدر قانون جديد يجعل سن الرشد 18 سنة. فما أثر هذه القاعدة القانونية على الأشخاص الذين اعتبروا راشدين طبقاً للقانون الحالي إذا لم يكونوا قد بلغوا السن المقررة في القاعدة الجديدة، هل يعودون قاصرين مرة أخرى، وإذا عادوا قاصرين تطبيقاً للقاعدة الجديدة فما حكم التصرفات التي أبرموها في ظل القاعدة القديمة هل تبقى صحيحة وفقاً لهذه القاعدة أم تعتبر باطلة تطبيقاً للقاعدة الجديدة.

ومثال آخر يتعلق بالاختصاص، إذا كانت بعض الدعاوى من اختصاص المحاكم الابتدائية، ثم صدر قانون جديد يجعلها من اختصاص محاكم الاستئناف، فما حكم الدعاوى المرفوعة في ظل القانون القديم أمام المحاكم الابتدائية، إذا لم يكن قد فصل فيها بعد نفاذ القانون الجديد؟ هل تستمر المحاكم الابتدائية في نظرها؟ أم تحيلها إلى المحاكم الاستئنافية التي أصبحت بعد نفاذ القانون

(1) ارجع د. أنور سلطان، الرجوع السابق، ص 177.

(2) انظر د. حمدي عبد الرحمن، الرجوع السابق، ص 147.

د. عدنان طه الدوري، د. لطيف جبر كومانى، الرجوع السابق، ص 66.

د. عبد السلام المزوغي، الرجوع السابق، ص 289.

الجديد هي المختصة أن موضوع تنازع القوانين في الزمان هو في نظر غالبية الفقهاء من أكثر المواضيع الحقوقية تعقيدا.⁽¹⁾

ولحل مشكلة التنازع هذه وجد مبدأ قانوني قديم، وهو مبدأ عدم رجعية القوانين، كما وجد مبدأ ثاني هو مبدأ الأثر الفوري المباشر للقانون الجديد، كما وجدت بعض الحلول الوضعية لحل مشاكل التنازع الزمني. ونعرض لذلك في مطلبين:

المطلب الأول: الحلول النظرية لحل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان.

المطلب الثاني: الحلول الوضعية لحل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان.

المطلب الأول

الحلول النظرية لحل مشكلة التنازع

(مبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر الفوري للقانون)

68 - أولاً: مبدأ رجعية القوانين

ينص الدستور في المادة (103) على أنه لا تسري أحكام القوانين إلا على ما قع من تاريخ العمل بها ولا يترتب أثر على ما وقع قبل إصدارها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الضريبية والجزائية النص في القانون على خلاف ذلك، وبموافقة ثلثي أعضاء المجلس.

ومبدأ عدم رجعية القانون من المبادئ الأساسية في القانون، وتتص عليه معظم الدساتير منها الدستور المصري المادة (187) والدستور السوري م(30) والدستور العراقي م(64) الفقرة (ب)، الدستور الكويتي م(179)، كما أن مبدأ وجعية القانون يعمل به حتى لو لم يكن هناك نصا عليه ويبرر هذا المبدأ باعتبارات كثيرة يمكن إجمالها فيما يلي:⁽²⁾

1- يقضي المنطق ألا يطبق القانون على الماضي، وهو ما نجده في معنى القانون ذاته باعتباره خطاباً للأشخاص ليوجهوا سلوكهم على مقتضاه، فلا بد أن يكون هذا الخطاب سابقاً في وجوده على السلوك المطلوب ليتمكن الحكم على السلوك بأنه مطابق أو مخالف للقانون. وهذا يعني أن ما يتضمن القانون من "أمر لا يتصور توجيهه إلى ما وقع في الماضي وإنما في المستقبل.

(1) انظر د. أنطوان قسيس، النظرية الحديثة في تنازع القوانين في الزمان، مجلة "المحامون" سوريا، العددان الأول والثاني لسنة 1970م، دمشق، ص1.

- انظر أيضاً د. حسن كيرة، مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان، مجلة الحقوق، السنة السابعة، العددان، 3، 4، ص85 وما بعدها.

(2) ارجع جميل الشرقاوي، ص182، د. عبد الحي حجازي، ص610، د. محمد السعيد رشدي، ص82، د. عبد المنعم فرج الصدة، ص220.

أن تطبيق القانون على الماضي، يعني إلزام الأفراد بقانون لم يكن بوسعهم العمل به لأنه لم يكن موجودا. فضلا عن ذلك، فإن القاضي إنما يرجع إلى قانون ساري وقت نشوء العلاقة القانونية وعند إنتاجها لأثارها، ولا يعقل أن يطبق عليها قانونا آخر.⁽¹⁾

2- الاعتبارات القائمة على العدالة ليس من العدل في شيء مفاجأة الناس بقانون جديد يعاقب على أعمال أباحها القانون القديم، بحاسبتهم على ما أتوا من هذه الأعمال في ظل القانون القديم.

3- تقضي المصلحة العامة بعدم سريان القانون على الماضي، حتى لا تضرب المعاملات ويسود القلق بين الناس، إذا أمكن القانون الجديد أن يعدل بأثر رجعي الأوضاع والآثار القانونية التي تمت قبل صدوره. فضلا عن ذلك فإن هذا المبدأ يعد أساس مهم من أسس الحريات العامة.

69 - ثانيا: النظريات العامة لحل مشكلة التنازع

واجه الفقه الفرنسي (مشكلة تنازع القوانين) في القرن (19) فوضع نظريات عامة في هذا الشأن يستعان بها في حل هذه المشكلة، وتسمى بالنظرية التقليدية، وكذلك نظرية (ديجي) التي تفرق بين المراكز القانونية أو الموضوعية، والمراكز القانونية الشخصية، ونظرية "بونكاز" التي تفرق بين المراكز القانونية المجردة، والمراكز القانونية المحددة، وأخيرا النظرية الحديثة التي يرجع الفضل فيها إلى الفقيه الفرنسي "بول روبيه".

ونكتفي هنا بعرض النظرية التقليدية والنظرية الحديثة.⁽²⁾

70 - النظرية التقليدية

تقوم هذه النظرية على أساس التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل فالقانون الجديد لا يجوز له أن يمس حقا مكتسب وإلا كان ذلك تطبيقا رجعيًا للقانون الجديد. وبالتالي يمتنع تطبيقه ويظل القانون القديم مطبقا.

أما إذا لم يترتب على القانون الجديد سوى الإخلال بمجرد الأمل، فإنه يطبق ولا يعد ذلك سريانا على الماضي.

ولكن ما الحق المكتسب؟ وما هو مجرد الأمل؟

(1) انظر د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 165.

(2) ارجع بصفة خاصة، حسن كيرة، مشكلة التنازع بين القوانين في الزمن، ص 105، د. أنطوان قسيس، ص 11،

د. رمضان أبو السعود، ج 1، ص 355.

لم يعترف أنصار هذه النظرية على تعريف محدد للحق المكتسب ومجرد الأمل. فقد عرف البعض الحق المكتسب بأنه مصلحة شخصية يحميها القانون. وعرف البعض الآخر، بأنه الحق الذي يستقر نهائياً في ذمة صاحبه. أما مجرد الأمل فهو أمنية قد تتحقق وقد لا تتحقق والمثال العملي الذي يضربونه على ذلك هو التركة بعد وفاة المورث والتركة الاحتمالية قبل وفاة صاحبها، فبعد الوفاة يكون للورثة حق مكتسب، أما قبل الوفاة، فلا يكون إلا مجرد أمل في التركة الاحتمالية. وكذلك الحال فيما يتعلق بالوصية. ففي أثناء حياة الموصي لا يكون للموصى به سوى مجرد أمل في هذا المال. فإذا صدر قانون جديد يعدل القدر الذي تنفذ فيه الوصية بغير إجازة الورثة، بأن جعل هذا القدر ثلث التركة بعد أن كان النصف، وكان نافذاً قبل وفاة الموصي، فإنه لا يمس سوى مجرد أمل للموصى له. وكذلك يسري على الوصية.

أما إذا صدر هذا القانون وصار نافذاً بعد وفاة الموصي فآته يمس حقا مكتسبا للموصى له في نصف التركة لو أن الوصية كانت بالنصف. ولذلك لا يسري على الوصية.⁽¹⁾

نستخلص مما تقدم بأن القاعدة هي عدم رجعية القانون، بمعنى عدم المساس بالحقوق التي اكتسبت في ظل القانون القديم، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة في ظل النظرية التقليدية فمن المسلم به في هذه النظرية إمكان تطبيق القانون بأثر رجعي في بعض الحالات.

71 - الاستثناءات من مبدأ عدم رجعية القانون

لا ريب في أن الإجماع قانوناً وفقها منعقد بعدم سريان القانون بأثر رجعي. غير أن هذا المبدأ لا يطبق بشكل مطلق إذ ترد على بعض الاستثناءات وهي كالتالي:

أولاً: النص صراحة في القانون على رجعيته

بما أن مبدأ عدم رجعية القانون لا يقيد إرادة المشرع، فيما عدى القوانين الضريبية والجزائية. كما تنص (103) دستور يمني، ووفقاً لذلك فإنه من الجائز أن يقرر المشرع انسحاب القانون بأثر رجعي متى ما دعت المصلحة العامة لذلك. ويجب أن يكون النص على الأثر الرجعي للقانون صريحاً، فلا يؤخذ بالأثر الرجعي لأي قانون عن طريق الاستنتاج الذي يصل حد اليقين.

فلا تكفي الإرادة الضمنية، فليس ثمة رجعية ضمنية، تدل على ذلك أن الدستور اشترط لإصدار القوانين التي تكون ذات أثر رجعي أن يوافق على ذلك ثلثي أعضاء مجلس النواب.

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة، ص225، د. غالب الداودي، ص186، د. حمد عبد الرحمن، ص149، د.

مصطفى مجمل الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، ص113.

على أنه ينبغي ملاحظة أن مبدأ عدم الرجعية، وإن كان لا يقيد المشرع فإنه يقيد السلطة التنفيذية، فلا يجوز للسلطة التنفيذية أن تصدر لائحة تنفيذية ذات أثر رجعي، وإلا كانت اللائحة غير شرعية أو غير دستورية في آن واحد.⁽¹⁾

ثانيا: القوانين الجنائية الأصلح للمتهم

الأصل أن القوانين الجنائية لا تتسحب إلى الماضي، وقد عني الدستور اليمني كما رأينا بالتتويه بذلك، لما في هذا من ضمان للحرية الشخصية، كما قرر أيضا على أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي أو قانوني، ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي على صدوره" وخروجا على هذا الأصل فإن القوانين الجنائية تطبق بأثر رجعي إذا كانت أصلح للمتهم، بأن كانت تخفف من العقوبة أو تبيح الفعل، لأنه ليس في ذلك مساس بالحرية الشخصية بل العكس. في هذه الحال يطبق على المتهم، الذي لم يصدر الحكم عليه نهائيا، بعد القانون الجديد فتمتنع معاقبته أو تطبيق عليه العقوبة الجديدة الأخف بالرغم من ارتكابه الفعل في ظل التشريع القديم.⁽²⁾ أن استفادة المتهم مما يصدر بعد ارتكاب الجرم من قوانين جنائية أصلح وإن كان قد قرره الدستور، فإن القانون العقوبات أيضا ينص عليه في المادة الرابعة.

ثالثا: القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب

لا يصح التمسك بحقوق مكتسبة في مواجهة القانون الجديد إذا تعلق الأمر بالنظام العام والآداب. حتى ولو لم ينص القانون الجديد على سريانه على الماضي.

مثال على ذلك القانون الذي ينظم سن الرشد فإذا بلغ شخص سن الرشد في ظل قانون قديم ونفرض أنه 15 سنة ثم جاء قانون جديد ورفع سن الرشد إلى 18، فإن القانون الجديد يطبق ويعود الشخص قاصرا، إذا لم يكن قد بلغ سن 18 عند تطبيق القانون الجديد وتجب الإشارة إلى أن التصرفات القانونية التي عقدها هذا الشخص قبل صدور القانون الجديد نظل صحيحة ومرتبطة لأثارها القانونية. لأنها صدرت من شخص اعتبره القانون كامل الأهلية وقت انعقادها.⁽³⁾

رابعا: الاستثناء الأخير يتصل بالقوانين المفسرة لأن الغرض من هذه القوانين هو إزالة غموض شاب نصوص قانونية نافذة أدى إلى الاختلاف في تفسيرها وتطبيقها والقانون المفسر يعد

(1) انظر د. عبد الحي حجازي، ص 612، د. سمير جبر، ص 204، عبد الكاظم فارس المالي وجبار صابر طه، ص 280.

(2) انظر د. هشام القاسم، المدخل في علم القانون، ص 166، د. محمد محمود عبد الله، ص 193، جميل الشرقاوي، ص 178.

(3) انظر د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 181.

جزءا من القانون السابق الذي صدر لتفسيره، وعلى هذا الأساس فإنه يطبق اعتبارا من تاريخ القانون الذي جاء لتفسيره وليس من تاريخ صدوره فقط، باعتباره جزءا متمما للقانون السابق، أنه كاشف لا منشئ فلا يأتي بأحكام موضوعية جديدة، بل يتضمن أحكاما مفسرة للقانون السائد.⁽¹⁾

ومما تجدر الإشارة إليه أن البعض لا يعتبر هذه الحالة من حالات سريان التشريع الجديد على الماضي لأن التشريع الجديد ليس هو الذي يطبق وإنما يطبق التشريع القديم، وأن يكون من الظاهر عمليا أن التفسير الذي جاء به التشريع الجديد سيبدو وكأنه ذو⁽²⁾ مفعول رجعي، إذ يعتبر من الواجب إتباعه والأخذ به بالنسبة للحالات السابقة لصدوره.

نقد النظرية التقليدية:

سادت النظرية التقليدية خلال القرن التاسع عشر واعتقتها كثير من المشتغلين بالقانون، ولكن الفقه الحديث نجح في بيان عيوبها وعدم كفايتها لمواجهة مشكلات تنازع القوانين في الزمان.⁽³⁾ ونبرز هنا أهم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية:

1- أن النظرية التقليدية تمتاز بغموض الأساس الذي قامت عليه وعدم دقته. فمعيار الحق المكتسب معيار مبهم كل الإبهام لا يفصح في جلاء عن معنى الرجعية، ولذلك تضاربت آراء أنصارها حول تعريفه.

حتى انتهى الأمر إلى أن تغدو فكرة "الحق المكتسب" مجرد حيلة لمنع سريان القانون الجديد على ما يراد سلفا عدم المساس به.⁽⁴⁾

2- تخلط النظرية التقليدية بين الأثر الرجعي للقانون، والأثر الفوري للقانون وهذا ما دفع النظرية التقليدية إلى عد القوانين المتعلقة بالنظام العام قوانين رجعية استثناء من مبدأ عدم الرجعية. والصحيح أن القانون يطبق على الوقائع التالية لصدوره أي بأثر فوري أو مباشر. ففي المثال السابق عن سن الرشد المحدد في القانون القديم 15 سنة، وصدور القانون الجديد بـ 18 سنة أي جعل البالغ قاصرا. فهنا لا يوجد أثر رجعي. لأنه كما أوضحنا يترك تصرفات القاصر في الفترة بين بلوغه سن الرشد وفقا للقانون القديم وعودته إلى القصر وفقا للقانون الجديد، يتركها صحيحة، وكل ما يحدث هو أن القانون يطبق بأثر مباشر، ومن ثم فإن عودة الرشد

(1) انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 141.

(2) ارجع هشام القاسم، المرجع السابق، ص 116، د. عباس الصراف، د. جورج حزيون، المرجع السابق، ص 110.

(3) انظر د. حسن كيرة، مشكلة التنازع بين القوانين في الرمان، ص 101.

(4) انظر د. حسن كيرة، مشكلة التنازع، ص 101.

إلى القصر هو نتيجة لهذا الأثر المباشر، وليس نتيجة لرجعيته⁽¹⁾ والقول بأن للقانون أثر رجعي على سبيل الاستثناء في هذا الحال، يقتضي جعل مثل هذا الشخص قاصراً حتى في الفترة المذكورة التي اعتبر فيها بالغا سن الرشد في القانون القديم، وبالتالي جعل كل تصرفاته في تلك الفترة باطلة.

3- أن منطق النظرية التقليدية يؤدي إلى نتائج شاذة غير مقبولة، ففهم مبدأ عدم الرجعية على أساس عدم المساس بالحقوق القائمة من قبل، يؤدي مثلاً إلى عدم المساس بالملكيات القائمة وقت صدور القانون الجديد المعدل لنظام الملكية. وإلا كان القانون رجعياً. وهذا لا يمكن التسليم به، فلم يقل أحد بأن القانون يكفل أبداً الإبقاء على الحقوق أو على طريق استعمالها بوضعها القائم، والقول بمثل هذا يؤدي إلى الجمود وغلغلق الباب نهائياً أمام كل إصلاح منشود في المستقبل.⁽²⁾

72 - النظرية الحديثة:

إزاء النقد الشديد الذي تعرضت له النظرية التقليدية، نادى الفقه بنظرية جديدة أطلق عليها النظرية الحديثة⁽³⁾ وتقوم تلك النظرية على أساس التفرقة بين مبدئين مبدأ عدم رجعية القانون الجديد، ومبدأ سريانه سريانا مباشراً من جهة أخرى. وعلى أساس هذه التفرقة يكون حل مشكلة تنازع القواعد القانونية في الزمان.

أولاً: عدم رجعية القانون الجديد

ويقصد بمبدأ عدم الرجعية أن القانون الجديد لا يمس ما تم في ظل القانون القديم من المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت، كما أنه لا يمس ما توفر من عناصر خاصة بتكوين أو انقضاء تلك المراكز، وما رتبته المراكز القانونية المذكورة من آثار.

وتفيد الإشارة إلى أن بعض المراكز القانونية تنشأ وتنتهي في لحظة واحدة كمركز الوارث إذا نشأ حقه في الإرث فور وفاة المورث، ومركز المضرور، إذا نشأ حقه في التعويض فور وقوع الحادث، فمثل هذه المراكز تخضع للقانون الساري وقت نشوئها، ولا يثير أمر هذه مشكلة تنازع القوانين في الزمان. ولكن بعض هذه المراكز تستغرق في نشوءه فترة من الزمن فإذا وضع شخص

(1) د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 169، د. محمد السعيد رشدي، ص 85.

(2) د. رمضان أبو السعود، ج 1 ص 354، د. سعيد جبر، ص 207.

(3) يعد مؤلف الفقيه روبر "تنازع القوانين في الزمان" أعظم ما كتب في هذا الموضوع، ومن أنصارها بلاينول وكولات وكابيتان، عبد الكاظم فراس، جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 297.

يده على مال مملوك للغير بقصد تملكه، وانقضت المدة اللازمة لذلك وأصبح هذا الشخص مالكا يوضع اليد، فإن أي قانون جديد يصدر بعد تكوّن مركز الشخص القانوني كمالك بوضع اليد في ظل القانون القديم، ويطيل التقادم، مثلا لا يطبق على ما تم في ظل القانون القديم.⁽¹⁾

كذلك إذا انقضى مركز قانوني في ظل قانون قديم فلا يسري عليه القانون الجديد مثال ذلك أن تنتضي علاقة زوجية بالطلاق ثم يصدر قانون جديد يستلزم إتمام الطلاق أمام المحكمة، فهذا القانون لا يسري على رابطة الزوجية التي انقضت في ظل القانون القديم، فالقانون الجديد لا يسري على المراكز القانونية التي انقضت في ظل قانون سابق لم يكن يشترط إتمام الطلاق أمام المحكمة.⁽²⁾

وإذا توافرت بعض عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية دون البعض الآخر فإن القانون الجديد لا يمس ما تم منها فعلا. فالمركز القانوني الناشئ عن الوصية مثلا لا يتكون إلا باجتماع عنصرين فلا بد أولا من إبرام الوصية ولا بد ثانيا من وفاة الموصي بتمامها. وعلى ذلك فإن القانون الجديد الذي يصدر بعد إبرام الوصية وقبل وفاة الموصي، فلا يمس ما تم من إبرام الوصية، وإنما يرجع في ذلك إلى القانون القديم. أما بالنسبة لإتمام الوصية فيرجع فيه للقانون الجديد تطبيقا للأثر المباشر للقانون المذكور. وبذلك لا تكون الوصية نافذة في حق الورثة إلا في الحدود التي يسمح بها القانون الجديد.⁽³⁾ أما بالنسبة للأثار المترتبة على المراكز القانونية، فإن مقتضى عدم الرجعية ألا يمس القانون الجديد، ما ترتب فعلا من آثار في ظل القانون القديم، فإذا أبرم عقد بيع في ظل قانون يرتب على انعقاد البيع وانتقال الملكية بمجرد إبرام العقد ثم صدر قانون يعلق انتقال الملكية على تسجيل العقد، فهذا القانون لا يسري على العقد الذي أبرمت قبل نفاذه.

أما الأثار التي تستمر وقتا طويلا، فما تم منها في ظل القانون القديم لا تأثر للقانون الجديد عليه لأنه لا يملك الرجوع فيما يتم، وما لم يتم منها في ظل القانون القديم يخضعه القانون الجديد لأثره المباشر فلا يعد ذلك رجعية منه بل تطبيقا للأثر المباشر للقانون. فإذا اقترض شخص شخصا آخر بفائدة 8% ثم صدر قانون جديد يجعل الفائدة 7% فقط فلا يسري القانون الجديد على الفوائد التي استحققت في ظل القانون القديم، على الرغم من سريانه على ما يستحق منها منذ تطبيقه.

(1) انظر مصطفى محمد الجمال، ود. عبد الحميد محمد الجمال، ص116، د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، ص102.

(2) انظر د. سعيد جبر، ص212، عبد المنعم فرج الصدة، ص233.

(3) انظر هشام القاسم، المدخل إلى علم الحقوق، ص183.

كذلك الطلاق تترتب عليه بعض آثار تستمر وقتاً وطويلاً، كالنفقة وحضانة الأولاد. فإذا صدر قانون جديد يعدل في هذه الآثار، فلا تأثير له على ما استحق فعلاً في نفقة المطلقة ولا على ما تم فعلاً من حضانة الأولاد في ظل القانون القديم.⁽¹⁾

73 - الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القانون الجديد

القاعدة أنه ليس القانون الجديد أثر رجعي، أي ليس له أثر على ما تم في ظل القانون القديم من تكوّن أو انقضاء مركز قانوني، وما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء، ولا على ما ترتب في ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانوني. ولا يرد استثناء على هذه القاعدة إلا حيث ينص المشرع صراحة على الرجعية، وحيث يكون القانون الجديد تفسيرياً، وفي هذين الاستثناءين تتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية.

غير أن النظرية الحديثة لا تسلم بالاستثناءين الآخرين اللذين توردهما النظرية التقليدية على مبدأ عدم الرجعية. فهي لا تقرر رجعية القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب، وبالتالي لا تسري هذه القوانين بأثر رجعي وفقاً لما ذهبوا إليه إلا إذا نص المشرع صراحة على ذلك.⁽²⁾

أما القوانين الجنائية الأصلح للمتهم فهذه تسري بأثر رجعي على ما لم يتم الفصل فيه نهائياً في الدعوى الجنائية أن هذه الدعوى تمثل أوضاعاً لم يتم تكوينها بعد، وعلى ذلك فإن منطق النظرية الحديثة لا يحتاج إلى استثناء هذه القوانين من الأثر الرجعي كما تفعل النظرية التقليدية طالما لم يصدر حكم نهائي في الدعوى.

والخلاصة أن منطق النظرية الحديثة، لا يعد تطبيق للقانون الجنائي الجديد الأصلح للمتهم، استثناء من مبدأ عدم الرجعية، بل يعد تطبيقاً لمبدأ الأثر المباشرة للقانون الجديد. فهذا القانون يسري بأثر مباشر على جميع الأفعال التي ارتكبت من قبل والتي لم يصدر فيها حكم نهائي.⁽³⁾

74 - ثانياً: الأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد

(1) انظر د. حسن كيرة، مشكلة التنازع، ص118، د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص144، د. محمد السعيد رشدي، ص86، د. سعيد جبر، ص214، د. محمد محمود عبد الله، ص198.

(2) د. حسن كيرة، مشكلة التنازع، ص118، د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص171.

(3) انظر د. حمدي عبد الرحمن، ص155، د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، ص111، د. سمير تناغو، ص686.

يقصد به أن القانون الجديد يسري على كل ما يتلو نفاذه من مراكز قانونية سواء في نشوئها أو في أثارها ومعنى ذلك استبعاد امتداد سلطان القانون القديم بعد إلغاءه.⁽¹⁾ ويترتب على ذلك:

- 1- تطبيق القانون الجديد على المراكز القانونية 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.
- 4- تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبلية للمراكز القائمة وقت صدوره فإذا أبرم عقد زواج في ظل القانون القديم ثم صدر قانون جديد يعدل من آثاره أو من طرق انحلاله، فإن من مقتضى الأثر المباشر سريان هذا القانون بالنسبة للآثار المستقبلية.

بيد أنه إذا كان للقانون الجديد أن يطبق بأثر مباشر على هذا النحو بالنسبة لكل ما ينشأ أو يتكون أو ينقضي في ظله، وكذلك بالنسبة لما ترتبه المراكز القانونية من آثار فإن ذلك يؤدي إلى تحقيق ما يقتضيه النظام في الدولة من وحدة قانونية المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة، ويتقادم ما يؤدي إليه من المبدأ العكسي - وهو مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم - من ازدواج أو تعدد الأنظمة القانونية في حكم مراكز مماثلة.⁽²⁾

ويرد على هذا المبدأ استثناء وحيد خاص بالعقود، إذ تظل المراكز القانونية الجارية - حتى بعد صدور قانون جديد - محكومة بالقانون التي تكونت في ظله، دون أن يخضع للأثر المباشر لهذا القانون الجديد والعلّة في هذا الاستثناء هو احترام إرادة المتعاقدين حيث لا يكون هناك مبرر لإهدارها، وذلك أن المتعاقدين إنما تعاقدوا على أساس القانون القديم وقت إبرام العقد، فإذا ما طبقنا عليهما قانون جديد غير الذي كان في ذهنهما عند التعاقد لأدى إلى الإخلال بالتوازن العقدي.

أن امتداد القانون القديم "مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم" - مشروط بأن يكون هناك "مركز تعاقدي" "لا" مركز قانوني تنظيمي. ومن أمثلة المراكز القانونية المنظمة، الزواج والملكية وعلاقة الموظف بالدولة، أما المراكز التعاقدية فهي علاقة البائع بالمشتري وعلاقة المؤجر بالمستأجر وعلاقة المقرض بالمقترض،⁽³⁾ لقد أدت التفرقة بين "المركز التعاقدي" و"المركز القانوني التنظيمي" إلى فتح الباب واسعاً لخلافات كثيرة، إذ يرى البعض بأن تطبيق القانون الجديد بأثر

(1) انظر جميل الشراوي، ص184، المحامي د. عبد القادر الفار، ص118.

(2) ارجع حسن كيرة، مشكلة التنازع، ص121.

(3) انظر جميل الشراوي، ص185، عبد الحي حجازي، ص636، د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص172.

مباشر يكون فقط إذا كانت قواعده آمرة. أما إذا كانت قواعده مكملة، فإنه يكون هناك مجالات لاستمرار القانون القديم،⁽¹⁾ ولكن يرى اتجاه في الفقه أن التفرقة بين النظام القانوني والمركز العقدي تفرقة غير محكمة، وتدق كثيرا من الأحيان إذ يصعب معرفته، فيما إذا كان بصدد نظام قانوني أو رابطة تعاقدية. ويقصد النظام القانوني المركز القانوني الذي يستقل المشرع بتنظيمه وتحديد آثاره. ومثال ذلك نظام الزواج في القانون الخاص، ونظام الوظيفة العامة وفي القانون العام، وتسمى هذه المراكز أيضا مراكز قانونية أو لائحية أو تنظيمية أما المركز العقدي فيقصد به المركز القانوني الذي يترك المشرع تنظيمه وتحديد آثاره لإرادة الفرد، وخير مثال لذلك المراكز التي تنشأ العقود سواء في مجال القانون العام أو الخاص.⁽²⁾

75 - تقدير النظرية الحديثة

تعد النظرية الحديثة اليوم هي النظرية التي يلتفت حولها جمهور الفقهاء الفرنسيين المعاصرين، ولعل ما يحمى للنظرية الحديثة ما تمتاز به من وضوح التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقوانين الجديدة، وهي تلك التفرقة التي غفلت عنها ومن أهميتها النظرية التقليدية. ذلك أن تطبيق النظرية الجديد على ما يقع في المستقبل وكذلك على الآثار المستقبلية للوقائع القديمة لا يكون من قبيل الرجعية بل هو إعمال للأثر المباشر للقانون الجديد.

كما أن النظرية الحديثة تجنبت التفرقة التي أخذت بها النظرية التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الأمل وهي كما سبق ذكره تفرقة غامضة.

وتركز النظرية الحديثة على أساس مفاده "سريان القانون الجديد في الحال" وهذا المبدأ يتفق مع نية المشرع وما ينبغي أن يتوفر للروابط القانونية من توحيد في نظامها القانوني.

وأخيرا فإن النظرية الحديثة لم تهمل مبدأ سلطان الإرادة في الروابط العقدية واحترام إرادة الأفراد في هذا المجال، وذلك من خلال الاستثناء الذي أوردته بشأن الروابط العقدية المتكون في ظل القانون القديم⁽³⁾ ولكن بالرغم مما ذكر من المزايا، فإنها لم تسلم من النقد، فقد قيل بأن التفرقة التي أخذت بها في سبيل تحديد نطاق الأثر المستمر للقانون القديم والمتمثلة في التفرقة بين المركز العقدي والنظام القانوني تعد غير محكمة أو منظمة.

⁽¹⁾ انظر مصطفى محمد الجمال، ود. عبد الحميد محمد الجمال، ص120، د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون،

ص173، د. حسن كيرة، مشكلة التنازع، ص132، عبد الكاظم، المالكي، جبار صابر طه، ص3.6.

⁽²⁾ ارجع د. محمود حافظ، القرار الإداري دراسة مقارنة، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص16.

د. خالد سمارة الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، ط، عمان، 199م، ص24.

⁽³⁾ ارجع د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، ص107، عب د الكاظم فراس المالكي، جبار صابر طه،

ص307، د. رمشان أبو السعود، ج1، ص365-366، د. سعيد جبر، ص224 وما بعدها.

المطلب الثاني

الحلول الوضعية لحل مشكلة تنازع القوانين في الزمان

76 - حسم المشرع اليمني مشكلة تنازع القوانين، ولم يترك القضاء للخلافات الفقيه حول قواعد حل التنازع بين القوانين في الزمان، وذلك بوضعه قواعد لحل تنازع القوانين من حيث الزمان. وقد أورد المشرع اليمني في المادة (21) مدني المبادئ العامة في تطبيق القوانين من حيث الزمان حيث ينص على "لا تسري القوانين على الوقائع السابقة على الوقت المحدد لتنفيذها إلا في الحالات الآتية:

- 1- إذا كانت نصوصها آمرة أو متعلقة بالنظام العام، أو الآداب العامة بشرط أن لا تمس ما تم أو استقر من قبل.
- 2- إذا تعلق الأمر بتفسير تشريع سابق.
- 3- إذا نص القانون صراحة على سريانه على الوقائع السابقة على تنفيذه.

ونحن من جانبنا نرى أن المبادئ العامة للقانون ملزمة وواجبة التطبيق حتى في ظل غياب النصوص القانونية المكتوبة غير أن المشرع اليمني وقد وضع أساسا تشريعا للمبادئ العامة للقانون وذلك ما يستفاد من المادة (21) مدني، الاستثناءات الثلاثة الواردة في النص المذكور وقد أوجبتها المصلحة العامة التي تتحقق من ورائها، والقوانين منوطة بالمصلحة ربما قصد المشرع من ذلك حسم الخلاف حول القيمة القانونية التي تتمتع بها هذه المبادئ⁽¹⁾ وسبق القول بأن المشرع اليمني وضع قواعد لحل تنازع القوانين من حيث الزمان، وقد توزعت هذه القواعد في تقنيات مختلفة بحسب طبيعة القوانين الذي يقوم التنازع بينها. فمنها ما ورد في التقنين المدني، ومنها وما ورد في قانون المرافعات، ومنها ما جاء في قانون الجرائم والعقوبات. ونعرض فيما يلي الحلول التي قررها المشرع في هذه القوانين..

77 - الحلول الوضعية لحل التنازع الزمني الواردة في القانون اليمني

أولا : النصوص المتعلقة بالأهلية

أن تطبيق القانون في الزمان يثير مسألتين بشأن الأهلية، الأولى مرتبطة بتحديد مركز الشخص نفسه من حيث الأهلية والثانية بمصير التصرفات التي صدرت منه في ظل القانون

(1) راجع د. علي خطار شطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني، مرجع سابق، ص 149.

القديم، بعد أن تغير وضعه وفقا للقانون الجديد⁽¹⁾ وبالنسبة للقانون المدني اليمني فقد ترك المسألة الأولى للمبادئ العامة واقتصر الأمر في المادة (23) على معالجة تصرفات الشخص التي أبرمها في ظل القانون القديم.

1 - أهلية الشخص

ترك المشرع اليمني مسألة حل تنازع القوانين فيما يتعلق بالأهلية للمبادئ العامة، والحال الذي تنهض به المبادئ العامة في هذا الصدد يقوم على أساس أن القانون الجديد يسري بمقتضى أثره المباشر وذلك في الحالتين أي في حالة رفع القانون الجديد سن الرشد أو العكس. ففي حالة رفع سن الرشد يسري القانون الجديد بأثر مباشر على الشخص وبوصفه رشيدا، فيعده قاصرا إذا لم يكن قد بلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه، إذ أنه يملك إعادة النظر في المراكز القانونية القائمة وقت نفاذه، بما له من أثر مباشر بالنسبة إلى المستقبل. وفي حالة تخفيض سن الرشد يسري القانون الجديد بأثر مباشر على مركز الشخص باعتباره قاصرا، إذا أن هذا المركز لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم، فيسري عليه القانون الجديد بما له من أثر مباشر حيث تقرر انقضاءه من وقت نفاذه.⁽²⁾

2 - تصرفات الشخص

تنص المادة (23) مدني على أنه "إذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية، بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة فأن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة.

أن الحكم الوارد في المادة أعلاه واضح، فتصرفات الشخص التي أبرمت في ظل القانون القديم، فالقاعدة في شأنها أنها تظل محكومة به. فالتصرفات التي عقدها الشخص الراشد في ظل القانون القديم تظل صحيحة حتى لو أصبح هذا الشخص قاصرا في ظل القانون الجديد. وأيضا فأن التصرفات التي عقدها شخص قاصر في ظل القانون القديم تظل باطلة أو قابلة للإبطال حتى لو أصبح هذا الشخص رشيدا في ظل القانون الجديد.

ولتوضيح ذلك نورد المثالين التاليين:

(1) انظر م(6) مدني مصري، م(119) مدني عراق، م(7) مدني سوري، م(6) مدني أردني، م(6) مدني ليبي، وقد

وردت كافة النصوص مطابقة تماما للنص المصري باعتباره أول تقنين مدني عربي.

(2) ارجع في ذلك د. عبد المنعم فرج الصدة، د. سمير جبر، ص237.

عدّ الشخص راشدا لإكماله (15) عاما وهو سن الرشد المطلوب بالقانون القديم، فإذا قام هذا الشخص بإبرام بعض التصرفات، ومن ثم صدر القانون الجديد معدلا سن الرشد برفعها إلى (18 سنة)، فإن تصرفات الشخص تبقى صحيحة، ولو أنه لم يكمل 18 سنة من عمره، وهو قاصر تبعا لذلك.

والمثال الآخر، لنفرض أن سن الرشد وفقا للقانون القديم كان 18 سنة، وتصرف شخص وهو في سنة 17 سنة، فيعتبر تصرفه باطلا ابتداءً فإذا جاء القانون الجديد وخفض سن الرشد إلى 15 سنة، فيظل ذلك التصرف باطلا، ولا أثر للقانون الجديد عليه، رغم تقريره الرشد لهذا الشخص، حال نفاذه. وبهذا نرى أن الحكم الذي تقرره المادة (23 مدني يماني) يتفق مع مضمون كل من النظريتين التقليدية والحديثة.

فلاحظ أن فكرة احترام الحق المكتسب بالنسبة للنظرية التقليدية، هي التي تبرر إبقاء التصرفات التي تتم في ظل القانون القديم صحيحة.

ثانيا: النصوص المتعلقة بالتقادم

تنص المادة (22) من القانون المدني على أن:

- 1- يسري التشريع الجديد المتعلق بالتقادم من وقت العمل به على كل تقادم لم يكتمل.
- 2- فإذا قرر التشريع الجديد مدة تقادم أطول مما قرره التشريع القديم امتدت المدة القديمة طبقا للتشريع الجديد.
- 3- وإذا كانت المدة الجديدة اقصر مما قرره التشريع القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالتشريع الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك.
- 4- أما إذا كان الباقي من المدة طبقا للتشريع القديم اقصر من المدة المقررة في التشريع الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.
- 5- وفي كل حال يسري التشريع القديم على المسائل الخاصة ببداية التقادم ووقعه وانقطاعه وذلك على المدة السابقة على العمل بالتشريع الجديد.

والتقادم هو طريقة لاكتساب الملكية وبعض الحقوق العينية "كالارتفاق والانتفاع" عن طريق حيازتها مدة يحددها القانون، وبشروط يحددها القانون، وهذا هو المسمى بالتقادم المكسب. أما التقادم المسقط، فهو وسيلة لانقضاء الحقوق الشخصية "الالتزامات وبعض الحقوق العينية

كالارتفاق والانتفاع إذا مضى على استحقاقها أو عدم استعمالها مدة يحددها القانون في كل حالة⁽¹⁾ أي أن التقادم يعد طريقة لانقضاء الالتزام "التعهد" دون الوفاء به. وهذا ما تأخذ به غالبية التشريعات الوضعية وهو سقوط الحقوق بمضي المدة⁽²⁾ وهذا ما يصادم الشريعة الإسلامية التي لا تقر مبدأ سقوط الحق بمضي المدة، كما لا تعرف الشريعة الإسلامية من جهة أخرى اكتساب الحقوق بمرور الزمن، فمن لا حق له في شيء لا يكتسبه بوضع اليد عليه زماناً طال أو قصر، إذ لاكتساب الحقوق وانتقالها بين الناس طرق مشروعة أباحتها الشريعة الإسلامية كالعقود والتصرفات والموارث. وبذلك، فاته من كان عليه حق يلتزم بوفائه شرعاً مهما تقادم العقد به ولا يحل من الوفاء مرور الزمان لأن حقه ثابت في ذمة مدينه⁽³⁾ ولكن مبادئ الشريعة الإسلامية تقر فكرة منع القاضي من سماع الدعوى التي تمر عليها مدة طويلة. ويبنى الفقهاء المنع من سماع الدعوى على قاعدة تخصيص القضاء بالمكان تخصيص القضاء بالمكان والزمان "النازلة" علماً بأن هذه القاعدة تخصيص القضاء بالمكان والزمان لا يعمل بها عند الإقرار بالحق من المدين مهما طال الزمن على الدين المدعى به.

ونخلص مما سلف، بأن التقادم في الشريعة الإسلامية وهو تقادم الدعوى التي تحمي الحق دون تقادم الحق ذاته، بمعنى أنه مجرد حق الحماية إذا أهمله صاحبه بالترك، ولكن دون أن يؤدي ذلك إلى سقوط الحق في حد ذاته،⁽⁴⁾ وفي الحديث الشريف "لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم".

وتجنباً للمفاهيم التي تتسجم مع الشريعة الإسلامية فقد وردت النصوص المتعلقة بالتقادم في القانون المدني اليمني منسجمة مع موقف الشريعة الإسلامية من فكرة التقادم وكذا الحال في القانون المدني الأردني والمدني الليبي بعد تعديله بالقانونين (86 لسنة 1972م) و(38 لسنة 1977م).

(1) انظر المحامي عبد القادر الفار، ص122، د. عصام أور سليم، د. محمد حسن قاسم، ص102، عبد الكاظم فارس المالكي وآخرون، ص13.

(2) انظر القانون المدني المصري مواد (374-378)، 698، 728 فقرة 2، وغيرها.

(3) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 86 لعام 1972م بشأن تحريم بعض عقود الضروع في القانون المدني الليبي وتعديل بعض أحكامه المواد (361-375) نقلاً عن عبد السلام علي المزوغي، ص338.

(4) انظر محمد عبد اللطيف، التقادم المكسب والمسقط، ط2، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1966م، ص20-26.

لقد بينت المادة 22 مدني الحل في حال التنازع الزمني بين القوانين المتعلقة بالتقادم ويتضح لنا من نص المادة السابقة من القانون المدني أنها تعرض لمبدأ الأثر المباشر للقانون، كما تعرض لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد في شأن بعض العناصر المتعلقة بالتقادم.

(أ) عدم الرجعية: يفرق القانون بين المادة السابقة على العمل بالقانون الجديد، وهذه تخضع لأحكام القانون القديم بالنسبة للمسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وبذلك لا يكون للقانون الجديد أثر رجعي بالنسبة لهذه المسائل، وبين المدة التالية على العمل بالقانون الجديد، وهذه يسري عليها القانون الجديد بأثر مباشر ويتفق النص في ذلك مع النظرية الحديثة.⁽¹⁾

(ب) الأثر المباشر:

تقضي الفقرة الأولى من (22) بأنه "يسري التشريع الجديد المتعلق بالتقادم من وقت العمل به على كل تقادم لم يكتمل". وبما أن التقادم لا يتم إلا بانقضاء مدة من الزمن لذا فإنه من الجائز أن يصدر قانون جديد خلال هذه الفترة يعدل في أحكامه. وهذا التعديل قد ينصب على مدة التقادم بإبطالها أو تقصيرها، كما قد ينصب على شروط التقادم الأخرى. وأكثر ما تبرز من مشاكل تحتاج للحل في هذا الشأن هو التغيير في مدة التقادم سواء بإبطالها أو تقصيرها.

وباستعراض المادة (22) مدني نستخلص الأحكام التالية:

- 1- التقادم الذي يبدأ في السريان في ظل القانون الجديد، فالقانون الجديد هو الذي يطبق عليه من جميع الوجوه ولا يثير ذلك أي مشكلة.
- 2- التقادم الذي اكتملت مدته قبل نفاذ القانون الجديد، يعتبر مكتسباً في ظل القانون القديم ولا شأن للقانون الجديد به.
- 3- في حالة إطالة القانون الجديد لمدة التقادم، فإن القانون الجديد يسري بأثر فوري بحيث يعتد بالمدة الطويلة الجديدة للتقادم ولكن تحتسب مدة هذا التقادم من وقت بدئها في ظل القانون القديم وذلك طبقاً للفقرة الثانية من المادة 22 مدني.
- 4- إذا قصر القانون الجديد مدة التقادم، فإنه طبقاً للفقرة الثانية من المادة ذاتها، تسري المدة التي ينص عليها القانون الجديد من وقت العمل به وذلك بالنسبة لكل تقادم لم يكتمل دون اعتداد بالمدة التي انقضت في ظل القانون القديم.

(1) ارجع د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، المرجع السابق، ص125، عبد الكاظم فارس المالكي، جبار ثابر طه، المرجع السابق، ص314.

5- وفي الحالة التي يكون فيها الباقي من المدة القديمة أقصر من المدة التي تقررت في التشريع الجديد كما لو كانت المدة القديمة عشر سنوات ولم يبق لإكمالها سوى ثلاث سنوات ثم جعل التشريع الجديد المدة خمس سنوات. ففي هذه الحالة يعتد بالمدة القديمة وما سري منها ويتم التقادم بانقضاء باقيها "ثلاث سنوات" وتكون ولاية التشريع القديم قد امتدت بعد زواله تحقيقاً للمعادلة لأنه بغير هذا الاستثناء تطول مدة التقادم على عكس ما أراد المشرع. وقد أثر القانون اليمني هذا الحل اقتداءً بالتقنين المدني المصري.

والتقنيات العربية الأخرى التي حذت حذوه¹ والحكمة واضحة في هذا الحل الذي تتبناه الفقرة الرابعة م(22) مدني يمني فلو أخذنا بالمدة الجديدة وهي أطول بحسب المثل السابق عن المدة الباقية لأدى هذا إلى إطالة التقادم مع أن القانون الجديد جاء بقصد تقصيرها.

78 - الحلول الوضعية لحل التنازع الزمني الواردة في قانون المرافعات:

عالج قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (28) لسنة 1992م المسائل الخاصة بتنازع قوانين المرافعات من حيث الزمان في المادتين الأولى والثانية، وقد أخذ المشرع اليمني بهذا الشأن لمبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات، ومبدأ انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد. ونعرض ذلك على النحو التالي:

أولاً: عدم رجعية القانون الجديد

تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية قانون المرافعات، فقد نصت المادة الثانية منه على أن كل إجراء تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك أن كل إجراء من إجراءات المرافعة يخضع للقانون الذي تم تحت سلطانه.

فالإجراء الذي تم صحيحاً في ظل القانون القديم، يظل كذلك في ظل القانون الجديد وإن استلزم القانون الجديد أوضاعاً أخرى بصحة هذا الإجراء⁽²⁾ وكذلك الإجراء الذي يقع باطلاً في ظل القانون القديم، يظل باطلاً في ظل القانون الجديد⁽³⁾ والمقصود بقوانين المرافعات، كل القواعد

(1) ارجع المذكرة الإيضاحية لقانون المدني الكويتي، مجلس الوزراء، إدارة الفتوى والتشريع، لجان تطوير التشريع، مطابع القبس التجارية. بجون تاريخ، ص 14-15.

(2) انظر د. عبد المنعم فرج الصدة، ص 267.

(3) أحمد أبو الوفاء، التنازع الزمني لقوانين المرافعات، كلية الحقوق، السنة (15)، 1970م، العدد الأول، صادر 1971م، ص 64-66 نقلاً عن عبد الكاظم فارس المالكي وآخرون، ص 319، د. سمير تناغو، 716.

المتعلقة بإجراءات التقاضي وإجراءات الإثبات، والتنفيذ والتي لا تمس أصل الحق بطريق مباشر. وخلاصة القول بأن المادة أعلاه تقرر بأن قوانين المرافعات لا تسري على الماضي، أي ليس لها اثر رجعي.

ثانيا: مبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات

تنص المادة الأولى من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على ما يلي:

تسري قانون المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى وما لم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ويستثنى من ذلك:

- 1- القوانين المعدلة للاختصاص إذا كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى.
- 2- القوانين المنشئة أو الملغية أو المعدلة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها.
- 3- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها.

يتبين من هذا النص أن المشرع أخذ بمبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات بالنسبة للدعاوى التي لم يكن قد فصل فيها أو بالنسبة للإجراءات التي لم تكن قد تمت حتى تاريخ العمل بتلك القوانين.

وتطبيقا لذلك، فإذا صدر قانون جديد ينقل الاختصاص بنظر دعاوى معينة من محكمة إلى محكمة أخرى داخل الجهة القضائية الواحدة، أو نقل هذا الاختصاص من جهة قضائية إلى جهة أخرى، فإن مثل هذا القانون يسري بأثر مباشر على كل الدعاوى التي ترفع في ظله، وكذلك على تلك التي رفعت قبل نفاذه ولكن لم يفصل فيها بعد.

وانسجاما مع نص هذه المادة، فإن الدعاوى التي كانت منظورة أمام المحاكم أو الجهات القضائية التي لم تعد مختصة بنظرها، تحال فورا بحالتها إلى المحاكم أو الجهات القضائية التي أصبحت مختصة بنظرها طبقا للقانون الجديد¹ وإن كان هذا هو الأصل، إلا أن المشرع قد أورد استثناءات ثلاثة على هذا المبدأ أخذ فيها مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم بالرغم من نفاذ القانون الجديد، والاستثناءات هي:

(1) انظر د. رمضان أبو السعود، الجزء الأول، المرجع السابق، ص377، د. سمير تناغو، المرجع السابق،

ص717، د. هشام قاسم، المدخل إلى علم القانون، المرجع السابق، ص185.

1- لا تنطبق القوانين المعدلة للاختصاص على الدعاوى التي أعلن فيها إقفال باب المرافعة قبل نفاذها. فمثل هذه الدعاوى تظل محكومة بنصوص القانون الذي رفعت تلك الدعاوى وقفل باب المرافعة في ظل القانون القديم.

ويبرز هذا الاستثناء ما تقتضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم من عدم نقل الدعوى إلى محكمة أخرى وإعادة النظر فيها وقد وصلت مرحلة حاسمة حيث لم يبق فيها إلا إصدار الحكم.⁽¹⁾

2- القوانين التي تنظم طرق الطعن بالنسبة لما صدر من أحكام قبل تاريخ العمل بها، متى كانت هذه القوانين منشئة أو ملغية أو معدلة لطريق من تلك الطرق. ومعنى ذلك أنه إذا صدر حكم في ظل القانون القديم الذي يبيح الطعن فيه بالاستئناف، ثم صدر قانون جديد وجعل هذا الحكم غير قابل للطعن فيه بالاستئناف فلا يسري القانون الجديد، ويستمر سريان القانون القديم، ويكون الحكم قابلاً للطعن فيه بالاستئناف. وكذلك العكس أي أن الحكم غير قابل للطعن بالاستئناف مثلاً في القانون القديم الذي صدر الحكم في ظله، لا يصبح قابل للطعن بالاستئناف في حالة صدور قانون جديد ينشئ طريقاً للطعن بالاستئناف في مثل هذا النوع من الأحكام. غير أن هناك من يرى خلاف ذلك، باعتبار أن غلق باب الطعن أمام أطراف النزاع من شأنه غلق الباب أمام البحث عن معرفة الحقيقة وكشف الحق وبالتالي فإن الاستفادة من القاعدة الجديدة التي تبيح الطعن يتفق والعدالة طالما كان الأمر ممكناً أي طالما كان الحكم لم يمضي على صدوره مدة طویل.⁽²⁾

ونحن بدورنا لا نجد في هذا الطرح أي وجهة، إذ أن المبررات التي يستند عليها هي في الأصل التي أرغمت المشرع على إعادة النظر وإصدار قانون جديد الذي فتح باب الطعن بعد أن كان موصداً في القانون القديم، ناهيك عن أن المبادئ العامة في المرافعات لا تجيز تطبيق القانون الجدي على الدعاوى التي صدرت فيها أحكام في ظل القانون القديم.⁽³⁾

3- القوانين المعدلة للمواعيد، مثل المواعيد التي ينبغي أن ترفع فيها المعارضة أو الاستئناف أو النقض، يطبق بشأنها القانون القديم، متى ما كان القانون الجديد قد عجل به بعد أن بدأت المواعيد فعلاً في ظل القانون القديم، والحكمة في هذا الأمر أنه متى بدأ الميعاد في ظل قانون معين، فمن العدل وحسن التصرف أن ينتهي طبقاً لهذا القانون نفسه، كي لا يتجزأ

(1) عبد الكاظم فارس المالكي، جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 320.

(2) راجع د. عبد السلام علي المزوغي، ص 347-348.

(3) انظر عبد الكاظم فارس المالكي، جبار صابر طه، ص 321-322.

الميعاد أو يضطرب حساب بدايته ونهايته ومداه،⁽¹⁾ ويلاحظ أن هذا الاستثناء لا يسري إلا على القواعد المعدلة للمواعيد فقط، فلا يسري على استحداث القانون الجديد لميعاد من مواعيد السقوط بل يخضع ذلك للمادة الثالثة مرفعات التي تنص "لا يسري ما يستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون التي استحدثها.

79 - الحلول الوضعية لحل التنازع الزمني الوارد في قانون الجرائم والعقوبات

سبق القول، بأن القاعدة بالنسبة لقانون العقوبات، أنه لا يجوز أن يكون له اثر رجعي⁽²⁾ فيطبق على الفترة السابقة لتاريخ صدوره، وهذه القاعدة وهي نتيجة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وقد تبنى الدستور اليمني قاعدة عدم رجعية القوانين الجزائية بنص قاطع في المادة (46) التي جاء فيها ما يلي: " .. ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدوره" كما تبنى قانون الجرائم والعقوبات اليمني قاعدة عدم رجعية القوانين الجزائية، فنصت المادة الرابعة فيه على ما يلي: " يطبق القانون النافذ وقت ارتكاب الجريمة". أي أن القاعدة بالنسبة لقوانين العقوبات أنها تسري بأثر مباشر، فتطبق على كل ما يحدث ابتداء من وقت العمل بها، ولا تسري بأثر رجعي وهذه القاعدة ينقيد بها المشرع نفسه المادة (47، 103) فلا يستطيع الخروج عليها، ولو بالنص الصريح، خلافا للمسائل الأخرى غير الجنائية وذلك أن كفالة الحرية الفردية، تستلزم أن لا يؤخذ الأفراد على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها.⁽³⁾

أن الحكمة من عدم رجعية القانون الجنائي اقتضتها عدة اعتبارات منها:

احترام الحقوق والحرية الفردية، ناهيك عن مصلحة المجتمع والمحافظة على الثقة والاستقرار القانوني وغيرها من الأسباب والاعتبارات التي تجعل من مبدأ الحرية هي الأصل العام، وتجريم الأفعال والمعاقبة على ارتكابها هو الاستثناء فقط في حالة الضرورة القصوى لحماية المجتمع من ظاهر الانحراف.⁽⁴⁾ وبالرغم من الحكمة القوية التي تدعم تقرير مبدأ عدم رجعية

(1) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1981م، ص371.
(2) انظر في قاعدة عدم رجعية القانون الجزائي د. عبود السراج، قانون المرافعات القسم العام، الطبعة السادسة، منشورات جامعة دمشق، 92-199م، ص86-98، كامل السعيد 57-77، وحسني الجندي، ص111-146، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة 11، فقرة 2.
(3) انظر د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص376.
(4) د. عبد السلام علي المزوعي، ص351.

القوانين الجنائية، إلا أن المشرع أورد استثناءاً هاماً عليه وهذا الاستثناء خاص بقوانين العقوبات الأصلح للمتهم.⁽¹⁾

قوانين العقوبات الأصلح للمتهم:

أورد المشرع الأحكام الخاصة بهذا الخصوص في المادة الرابعة ذاتها أي التي قررت عدم رجعية القانون الجنائي. حيث نصت على أنه "يطبق القانون النافذ وقت ارتكاب الجريمة على أنه إذا صدر قانون أو أكثر بعد وقوع الجريمة وقبل الفصل فيها بحكم بات يطبق أصلحها للمتهم وإذا صدر قانون بعد الحكم البات يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية، ومع ذلك إذا صدر قانون بتجريم فعل أو امتناع أو بتشديد العقوبة المقررة له وكان ذلك في فترة محددة فأن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون تطبيقه على ما وقع خلالها.

ويتضح من ذلك أن القانون الجديد يعتبر أصلح للمتهم في حالتين:⁽²⁾

1- إذا كان يخفف العقوبة المقررة.

2- إذا كان يبيح فعلاً كان معتبراً جريمة في ظل القانون القديم.

والحكمة في هذا واضحة، ذلك أن المشرع إذا رأى أن العقوبة شديدة فخفف منها، أو أن الفعل لم يعد من الأهمية والخطورة على الجماعة حتى يستحق أن يعتبر جريمة، فمن العدل أن يعمل بماء جاء به المشرع الجديد ويمتد إلى الأفعال التي وقعت قبل سريانه.⁽³⁾

على أنه يشترط لكي تطبق القوانين الأصلح للمتهم على الأفعال التي وقعت قبل سريانه الشروط التالية:

1- أن لا يكون المتهم قد حوكم من أجلها وصار الحكم عليه باتاً أي استنفدت فيه كل وسائل الطعن في الحكم. فإذا صار الحكم نهائياً فأن المتهم لا يستفيد من أي قانون يصدر بهد ذلك ولو كان في صالحه.

(1) تنص على هذا الاستثناء معظم القوانين الجنائية (م5 عقوبات مصري)، (م5 عقوبات عراقي)، (م5 عقوبات أردني) والمواد (2، 3، 4، 5، 8، 10، عقوبات سوري)، ((م15، 16 عقوبات كويتي)، (م1 عقوبات قطري)، (م13، 14 عقوبات إماراتي)، (م2 فقرة 2 عقوبات ليبي).

(2) قانون العقوبات السوري المواد 2، 3، 4، 5، 8، 10، 11 والعقوبات اللبناني المواد (4، 10) ... من مفهوم القانون الأصلح للمتهم.

(3) انظر د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص378، د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص270.

2- أن يمحو القانون الجديد الجريمة، أي أن يصبح الفعل الذي حوكم عليه المجرم من أجله غير معاقب عليه، ففي هذه الحالة يسري القانون بأثر رجعي فيستفيد منه المتهم، حتى وإن أصبح الحكم باتا فصدور مثل هذا الحكم لا يحول دون استعادة المحكوم عليه من القانون الجديد، فيوقف تنفيذ الحكمة وتنتهي كل آثاره الجنائية. ويلاحظ في هذا الشأن اختلاف هذه الحالة التي سبقتها وترجع ذلك إلى تخفيف العقاب يقتضي حكما جديدا، وهذا الأمر قد امتنع بعد صدوره الحكم باتا، بينما الحالة الثانية لا تقتضي الإفادة منها صدور حكم جديد، وإنما يكفي فقط بوقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها.⁽¹⁾

ويلاحظ أن المادة (4) انتهت بالقول "ومع ذلك أن صدور قانون بتجريم فعل أو الامتناع أو التشديد بالعقوبة المقررة له وكان ذلك في فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون تطبيقه على ما وقع خلالها".

ووفقا لذلك فإن تطبيق الأصلح للمتهم ليس مطلقا وذلك أن هذا الاستثناء لا ينصرف إلى الحالة التي لم يتركب فيها جريمة في ظل قانون مؤقت أي في ظل قانون يعاقب على الفعل في فترة محددة، والقوانين المؤقتة نوعان: قوانين مؤقتة بحكم النص أي قوانين يحدد الشارع صراحة فيها تاريخ انتهاء العمل بها كالقانون الذي ينحصر على سكان منطقة مغادرتها لمدة ستة أشهر لانتشار الوباء.

والنوع الثاني في القوانين المؤقتة بحكم طبيعتها، أي قوانين سنت لواجهة ظروف طارئة لا يعرف على وجه التحديد زمن زوالها، كالحرب والدمار أو الأزمة الاقتصادية، التي تتطلب إصدار قوانين تعلق بالتموين أو التسعيرة... إلخ⁽²⁾ ومثال على ذلك أن يصدر قانون من قوانين التسعيرة الجبرية تحدد للعمل به مدة سنة مثلا. وأرتكب أحد التجار خلال تلك السنة مخالفات للأسعار الجبرية وانقضت مدة السنة وأصبح الفعل بذلك مباحا قبل أن تتم محاكمته، فليس معنى ذلك إفلات هذا التاجر من العقاب لأن الفعل صار مباحا بانقضاء السنة.. بل تتم محاكمته طبقا لذلك القانون، على ما ارتكبه من مخالفات أثناء قيامه.⁽³⁾

الفصل الثالث

تفسير القانون

(1) ارجع د. رمضان أبو السعود، ج، المرجع السابق، ص382، د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، المرجع السابق، ص180.

(2) ارجع في ذلك د. عبود السراج، المرجع السابق، ص95-96.

(3) انظر د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص256. و د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص272.

80 - سبق القول، بأن الغاية من سن القانون هي تنظيم الروابط والعلاقات التي تنشأ بين الأفراد من جهة وبينهم وبين السلطة من جهة أخرى، وأن وظيفة المشرع تنتهي بتشريع القوانين حيث تبدأ وظيفة القاضي بتطبيقها على القضايا التي ترفع إليه بغية الفصل فيها. غير أن عمل القاضي لا يكون عادة على مثل هذا القدر من السهولة، فالقواعد القانونية تتصف بالعموم والتجريد، كما يكتنفها الغموض والإبهام لأنها تأتي في عبارات وجيزة مركزة، مما يؤدي في كثير من الحالات التي صعوبة الوقوف على معناها، سواء من حيث ما تتضمنه من شروط لإعمال حكمها، أو من حيث تحديد مضمون هذا الحكم، والطريق الذي يسلكه رجال القانون لاستخلاص حكم القانون من خلال نصوصه يسمى تفسير القانون، والغاية من تفسير القانون هو تحديد معناه ومقصوده، ولذا فالقاعدة الشرعية المطابقة لنص المادة السادسة مدني يمني تنص على "الأمور بمقاصدها والعبارة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني". كما نصت المادة الأولى مدني يمني على أن يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى... ويتضح من هذه المادة بأنه يلزم عدم التقيد بألفاظ النص وإنما يجب أن يستخلص معنى النص من مجموعة عبارته وعلى هدى قصد المشرع ونيته الحقيقية.

أما في مجال التفسير فقد اختلف الباحثون، فهناك من ير بأن التفسير مقصور بالنسبة لكل القواعد القانونية أي كان مصدرها، وفريق آخر يرى بأن التفسير لا يتناول إلا القواعد التشريعية المكتوبة والصادرة في صورة رسمية من السلطات التنفيذية، أما القواعد العرفية، فأنها ليست بحاجة إلى التفسير لأنه إذا أريد تطبيق القواعد العرفية وجب التحري عن وجودها والتحري عن وجودها يؤدي بطبيعة الحال إلى الوقوف على معناها أو التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه، ولذلك لا تبقى حاجة للتفسير.⁽¹⁾

ولهذا جرى الفقه على بحث التفسير بمناسبة الكلام عن التشريع فقط نظراً لأنه يعد في الوقت الحاضر المصدر الأساسي للقواعد القانونية؛ وتأسيساً لما سبق فأن دراستنا لتفسير القاعدة

(1) انظر د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 273.

د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص 397.

د. سعيد عبد الكريم، المدخل إلى علم القانون، ص 148.

د. هشام قاسم، المدخل إلى علم القانون، ص 138.

د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 113.

د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص 258.

د. غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 205.

القانونية ستقتصر بصفة أساسية على تفسير القواعد التشريعية، ونبحث في هذا الشأن باقتضاب أنواع التفسير ومدارسه، وذلك على النحو الآتي:

- 1- المبحث الأول: أنواع التفسير
- 2- المبحث الثاني: مدارس التفسير
- 3- المبحث الثالث: طرق التفسير
- 4- المبحث الرابع: إلغاء القانون

المبحث الأول

أنواع التفسير

81 - ينقسم التفسير بالنظر إلى الهيئة التي تقوم بها إلى ثلاثة أنواع:

فإذا صدر التفسير عن المشرع نفسه، سمي تفسير تشريعي إما إذا صدر عن القضاة الذين يتولون تطبيقه سمي تفسير قضائي، وقد يصدر عن الفقهاء الذين يعكفون على دراسته، عندها يكون التفسير فقهياً. والغالب أن يصدر التفسير عن القاضي بمناسبة ما يعرض عليه من أفضية، لذلك يعتبر التفسير القضائي أكثر صور التفسير من الناحية العملية.

المطلب الأول

التفسير التشريعي

التفسير التشريعي هو التفسير الذي يقوم به المشرع نفسه، فإذا ما وجد الشارع نفسه أمام نص غامض، أو أن القضاء قد نهج في تفسيره منهجا يخالف قصده، عمد إلى إصدار نص تشريعي آخر لإيضاحه وإزالة الغموض عنه.⁽¹⁾

وقد لا يتولى المشرع مباشرة مهمة إصدار التفسير التشريعي بل ينيب عنه غيره في ذلك، ويتميز التفسير التشريعي بكونه يلزم الكافة. وهو يستمد هذا الإلزام العام من كون السلطة التي تقوم به هي السلطة المخولة حق التشريع في البلاد.

والأصل أنه لا يجوز للتشريع المفسر أن يتضمن تعديلاً أو إضافة للتشريع المراد تفسيره⁽²⁾ وهذا النوع من التفسير نادر ما يلجأ إليه المشرع.

(1) ارجع د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، 1988م، ص172، د. مصطفى الجمال، د. حمدي عبد الرحمن، دروس في القانون، الدار المصرية للطباعة والنشر، بيروت، 1971م، ص124.

(2) يذهب البعض إلى أن بإمكان المشرع الخروج عن هذا الأصل، أي أن يتجاوز النص المفسر ويجري تعديلات وإضافات جديدة. إلا أننا نرى أن ذلك غير صحيح باعتبار أن مهمة التشريع التفسيري مقتصرة على تفسير

وتستند التفسير التشريعي إلى مبدأ فصل السلطات، فالقضاة عليهم فقط واجب تطبيق القانون، فإذا وجدوا غموضاً فيه، فعليهم أن يلجئوا إلى المشرع الذي وضعه ليفسر لهم، لا أن يقوموا هم بتفسيره، فينحرفوا بمعناه على المعنى الذي قصده المشرع نفسه.

المطلب الثاني

التفسير القضائي

هو التفسير الذي يقوم به القضاة أثناء نظر الدعوى التي ترفع عليهم، والقاضي يقوم بالتفسير من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك، لأن مهمته هي معرفة حكم القانون فيما يعرض عليه من دعاوى، فالتفسير عند القضاء ليس غاية في ذاته، بل هو وسيلة يستخدمها بقصد الفصل في المنازعات، وبناء على هذا فلا يمكن أن يطلب من القاضي تفسير نص قانوني استقلاً عن وجود نزاع معروض عليه. والقاضي لا يستطيع أن يمتنع عن تطبيق النص القانوني بحجة عدم وضوحه أو نقصه وإلا عد منكرًا للعدالة، بل ينبغي عليه تفسيره وأن يستشف من مضمون النص والمعاني الوارد التي أرد المشرع الإفصاح عنها ولم تسعفه جهوده لتوضيح ذلك النص عن الصياغة.

والأصل في التفسير القضائي، أنه غير ملزم إلا في حدود النزاع الذي يستلزم هذا التفسير، فهو غير ملزم لنفس القاضي في نزاع مستقل مماثل. وهو غير ملزم من باب أولى لقاضي آخر، حتى وإن كان هذا التفسير صادراً من أعلى سلطة قضائية وهي المحكمة العليا ولكن يستثنى من ذلك الحالة التي نص عليها قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني م(221) وهي الحالة التي تنتقض فيها محكمة النقض الحكم المطعون فيه وكان نقضها مبنيًا على سبب آخر غير مخالفة قواعد الاختصاص فأنها تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيها من جديد بناء على طلب الخصوم في هذه الحالة يتحتم على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة. هذا ويتميز التفسير القضائي بالطابع العملي والواقعي لأنه يصدر عن جهة تعد أكثر الجهات التصاقاً بالواقع، ولهذا فإنه يتأثر بالظروف المحيطة بالمنازعات التي تعرض على القضاء للفصل فيها.⁽¹⁾

قانون معين، وإن رأي المشرع غير ذلك، فهو صاحب الحق في إلغاء القانون إصدار آخر متضمن لا يرد إضافته من نصوص موضوعية جديدة. انظر د. محمد الجمال، وعبد الحميد الجمال، ص 217.

(1) ارجع د. نبيل سعد وآخرون، المرجع السابق، ص 184.

د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 93.

د. عبد السلام علي المزوعي، المرجع السابق، ص 363.

المطلب الثالث التفسيري الفقهي

الفقه لغة الفهم⁽¹⁾ والعلم، واصطلاحا في القانون هو مجموع آراء وأبحاث ودراسات الأساتذة الذين يكرسون أوقاتهم وجهودهم في شرح أحكام القانون⁽²⁾ 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 التفسير الفقهي بالطابع النظري كما ليس لهذا التفسير صفة الإلزام بالنسبة للمحاكم، فهي ليس ملزمة بالأخذ به.

وقد لعب الفقه في بعض مراحل التاريخ دورا أهم من مجرد تفسير القانون كما هو الحال في القانون الروماني حيث يعتبر الفقه مصدرا من مصادر القانون، كذلك في الشريعة الإسلامية يعتبر إجماع الفقهاء، هو المصدر الثالث للتشريع الإسلامي بعد الكتاب والسنة.⁽³⁾ والجدير بالذكر بأن البعض يضيف التفسير الإداري كنوع رابع للتفسير أي التفسير الذي تقوم به السلطات الإدارية عند قيامها بتنفيذ قانون معين من خلال منشورات أو تعليمات... إلخ.⁽⁴⁾

المبحث الثاني مدارس التفسير

82 - تعددت وجهات النظر حول أصل القانون وأساسه، كما سبق وأوضحنا وتبعنا لهذا الخلاف تنوعت الاتجاهات واختلفت أيضا فيما يجب البحث عنه عند التفسير لتحديد المعنى المقصود من النص، وبرزت في الفقه عدة مدارس هي مدرسة الشرح على المتن، والمدرسة التاريخية أو الاجتماعية، المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر.

المطلب الأول

د. كامل السعد، المرجع السابق، ص49.

(¹) ارجع الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، جار القلم، بيروت، ص509.

(²) د. عباس الصراف، د. جورج حزيون، المرجع السابق، ص79، د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص151.

(³) د. محمود محمد طنطاوي، المرجع السابق، ص92، د. محمد فاروق النبهان، المرجع السابق، ص106، د.

وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص49، عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص51.

(⁴) د. غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص211.

مدرسة الشرح على المتون

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا أثر التقنيات الفرنسية في القرن التاسع عشر والتي سميت بمجموعة نابليون. وقد نظر الفقهاء إلى هذه التقنيات نظرة تقديس واحترام. لذلك فإن دور الفقه في تفسير هذه النصوص يتلخص في البحث عن أرادة المشرع الحقيقية متى عبر عنها بالنص التشريعي عند وضعه ويستدل على هذه النية الحقيقية من معاني ألفاظ النصوص نفسها، أما إذا لم يجد نص لحالة معينة تعين البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع وقت وضع النص فالعبرة إذن، لدى أصحاب هذه المدرسة بنية المشرع عند وضع النص سواء كانت هذه النية حقيقة أم مفترضة⁽¹⁾ وهي تنظر دائما إلى نية المشرع عند وضع النص حتى ولو تغيرت ظروف الجماعة عند تفسير القانون عنها عند وضعه، وإذا كانت لهذه النظرية مزايا في أنها تمنع تحكم القضاة، كما تحقق للنصوص القانونية الثبات والاستقرار، فإن عيوبها أنها تعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون ومن جانب آخر،⁽²⁾ فإن نظرتها للتفسير يؤدي إلى جمود القانون وتحول دون تطوره لكي يتلائم مع تغير الظروف في المجتمع. وقد عرف الفقه الإسلامي مدرسة مماثلة لهذه المدرسة هي المدرسة الظاهرية والسبب في هذه التسمية أنهم كانوا يأخذون بظاهر النص "الكتاب والسنة".⁽³⁾

المطلب الثاني

المدرسة التاريخية أو الاجتماعية

أنشأ "سافيني" و "بوشتا" هذه النظرية في ألمانيا ولم تجد لها في فرنسا إلا نصارا قليلين ويرى أنصارها أن تفسير التشريع يجب أن يكون على حسب الظروف الاجتماعية والاقتصادية في الوقت الذي تفسر فيه النصوص. ولا عبره بإرادة المشرع الحقيقية المفترضة عند وضع النص، كما يقول أنصار المدرسة السابقة ومن ثم فإن تفسير التشريع لا ينبغي أن يكون تفسيرا لإرادة المشرع، بل يجب أن يستقل التشريع عن المشرع ويعيش حياته المستقلة في الجماعة ذاتها، ويخضع في تفسيره لكل التطورات التي تحدث داخل هذه الجماعة⁽⁴⁾ وبالتالي فالإرادة المعتبرة في هذا الشأن هي الإرادة المحتملة أي الإرادة التي كان يريد المشرع لو أنه وجد في الظروف الحالية التي تحيط بالفقيه أو القاضي عند تفسيرهما للقانون. ونرى أن ما تذهب إليه هذه المدرسة يقترب من القاعدة الفقهية في

(1) انظر د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص186، د. توفيق حسن فرج، الدخول للعلوم القانونية، ص393.

(2) انظر د. سمير تناغو، ص752، د. رمضان أبو السعد، الجزء الأول، ص412، د. سعيد جبر، ص267.

(3) ارجع إلى د. محمود محمد طنطاوي، المرجع السابق، ص237.

(4) انظر د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، ص177، د. سمير تناغو، ص753، د. عصام أنور سليم،

ود. محمد حسن قاسم، ص118.

الشريعة الإسلامية التي تقول "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"⁽¹⁾ ومن المفيد الإشارة إلى أن المدرسة التاريخية هي أكثر مرونة من المدرسة السابقة كونها تهدف إلى تطويع النصوص لمواجهة الظروف المتجددة، ألا أنها تفتح المجال للتحكم، وتخرج بالتفسير عن معناه ووظيفته، من خلال تعديل النصوص التشريعية تحت ستار التفسير، وبحجة أن ما يقول به المفسر هو الإرادة التي كان من المحتمل أن يقول بها المشرع لو أنه وضع النص في الظروف الجديدة التي يتم فيها التفسير، وبذلك لا يكون للتشريع أي قيمة في ذاته.⁽²⁾

المطلب الثالث

المدرسة العلمية

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا على يد الفقيه "جيني" "Geny" وجاءت المدرسة العلمية كاتجاه وسط بين المدرستين السابقتين فنظرة هذه المدرسة في التفسير تقوم على أساس البحث عن إرادة المشرع مع عدم إغفال العوامل المختلفة التي تساهم في تكوين القاعدة القانونية. وتتفق المدرسة العلمية مع مدرسة الشرح على المتون عل أنه ينبغي أن يتم تفسير التشريع طبقاً لإرادة المشرع الحقيقية إلا أنها تختلف عنها بالنسبة للبحث عن النية المفترضة إذا لم يوجد نص في التشريع في الحالة المعروضة فلا يجوز أن تفترض أمراً وتنسبه إلى المشرع، بل ينبغي التسليم بأن التشريع لا يتضمن القاعدة التي تطبق ولهذا يتعين البحث في المصادر الرسمية الأخرى، فإذا لم توجد قاعدة في المصادر الرسمية الأخرى فلا ينبغي إلا إتباع "البحث العلمي الحر" أي الرجوع إلى جوهر القانون والحقائق التي تتكون منها مادته الأولية وهي حقائق طبيعة وتاريخية وعقلية ومثالية⁽³⁾ وفقاً لما رآه جيني مؤسس هذه المدرسة.

المبحث الثالث

طرق التفسير

83 - طرق التفسير هي الوسائل التي يهتدي إليها المفسر في سبيل استخلاص المعاني التي يدل عليها النص التشريعي بما يطابق القصد الحقيقي للمشرع، وهذه الوسائل أما أن تكون داخلية أو خارجية.⁽⁴⁾

(1) مجلة الأحكام العدلية م م 39.

(2) ارجع في ذلك د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، ص 221، د. توفيق حسن فرد، د. محمد يحيى مطر، ص 177، د. سعيد جبر، ص 270.

(3) انظر د. حسن كيرة، ص 410.

(4) انظر د. غالب علي الداودي، ص 211، عبد القادر عودة، الجزء الأول، ص 186-207.

المطب الأول طرق التفسير الداخلية

وهي الطريق التي يهتدي إليها المفسر بالتشريع نفسه دون الاستعانة بعنصر خارجي أي أنه يتقيد ضمن نطاق النصوص التشريعية والطرق المتبعة في التفسير الداخلي هي:

1 - القياس

القياس لغة هو التسوية بين شيئين وقيل هو التقدير كقولك قست الثوب بالذرع أي قدرته، والقياس بمعناه الفني، هو استنباط حكم غير منصوص عليه من حكم منصوص عليه لاتحاد العلة بين حكيم وفي اصطلاح الأصوليين هو إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها، في الحكم الذي ورد به النص. لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم⁽¹⁾ ونضرب على القياس المثال الذي نستمد منه أحكام الشريعة الإسلامية:

جاء في أحد الأحاديث النبوية الشريفة أن قاتل مورثه لا يرث فالحكم هنا هو حرمان الوارث الذي يقتل مورثه من نصيبه في الإرث، والسبب هو قتله لهذا المورث وقد قيس على هذه الحالة حالة تتعلق بالموصى له الذي يقتل من أوصى إليه وطبق عليه نفس الحكم وهو حرمان الموصى له من حقه في الوصية، لأن السبب واحد في الحالتين وهو قتل الموصي أو المورث.⁽²⁾

2 - الاستنتاج من باب أولى

هو أن تكون هناك حالة منصوص على حكمها وتكون علة الحكم أكثر توافراً في حالة أخرى غير منصوص على الحكم فيها فينسب الحكم في الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى ومثال على ذلك الآية الكريمة التي تأمر الإنسان بحسن معاملة أبويه بقولها "ولا تقل لهما أفٍ ولا تنهرهما" نستطيع أن نستنتج من باب أولى مثلاً أن من واجبه أن لا يضربهما.

3 - الاستنتاج من مفهوم المخالفة

هو أن تعطي حالة غير منصوص عليها حكماً يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها لاختلاف العلة في الحالتين أولاً ولأن الحال المنصوص عليها هي جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها فتخصيصها بحكم يستخلص منه أنها تنفرد بهذا الحكم دون سائر الجزئيات

(1) انظر عبد الوهاب خلاف، ص58، د. محمود محمد طنطاوي، ص256، د. وهبة الزحيلي، ص56، عبد اقلاد عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، ص182.

(2) انظر قانون الأحوال الشخصية رقم 20 لعام 1992م، المادة 8/233، 204.

الأخرى.⁽¹⁾ ومثال على ذلك ما تنص عليه المادة (542) مدني يمني على أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن فالمفهوم المخالف لهذا الحكم هو أن هلاك المبيع بعد التسليم لا يؤدي إلى فسخ البيع واسترداد الثمن، ومثال آخر ما تقضي به المادة (556) مدني يمني حيث تنص إذا أخطر المشتري بالبائع بالعيب في الوقت الملائم طبقت أحكام خيار العيب المنصوص عليها في القانون. ومن هذا النص يمكن الاستنتاج بمفهوم المخالفة أنه لم يعم المشتري بإخطار البائع بالعيب في الوقت الملائم فلا تطبق أحكام خيار العيب وما هذه الأمثلة إلا غيض من فيض.

4 - تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها مع البعض

تقتضي هذه الطريقة أن يكون هناك تقريبا بين الجزئيات النص الواحد والنصوص المبعثرة وأن يكون النص المراد تفسيره وثيق الصلة بنصوص القانون الأخرى باعتباره جزءا منه لكي تظهر هذه الطريقة أثرها في تحديد معنى النص القانوني المزمع تفسيره.

أن تقريب النصوص بعضها مع البعض، يؤدي إلى تدارك ما بها من نقص، فقد يكمل بعضها البعض أو يفسر المجل فيها أو يقيد المطلق، فالمفسر يجد النصوص الخاصة بموضوع واحد كلا لا يتجزأ يكمل بعضها البعض الآخر وبذلك يسهل عليه التعرف على الأحكام القانونية⁽²⁾ وأخيرا ينبغي التأكيد على أن استخدام هذه الطرق في الاستنتاج يجب أن يتم بحذر كي لا نصل إلى أحكام مخالفة لروح النص وقواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر تشريعاتنا كما يجب أن نلاحظ أن الأحكام الواردة على سبيل الحصر والاستثناء لا يقاس عليها ولا يتوسع في تفسيرها لأنها تبنى على ضرورة والضرورة تقدر بقدرها، فمثلا هذه النصوص يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً وأن يقتصر حكمها على ما ورد بشأنه.⁽³⁾

المطلب الثاني

طرق التفسير الخارجية

وهي التي يهتدي إليها المفسر مستعينا بعناصر ووسائل خارجة عن نطاق النصوص التشريعية ومن الطرق المتبعة في طريقة التفسير الخارجية.

1 - الأعمال التحضيرية

(1) انظر د. هشام قاسم، المدخل إلى علم القانون، ص 164.

د. محمد محمود عبد الله، ص 158.

(2) انظر د. غالب علي الداودي، ص 213.

(3) انظر د. محمد محمود عبد الله، ص 159.

وهي جميع الأعمال التي سبقت إقرار التشريع أو عاصرت تقنينه، كالمناقشات التي دارت خلال مراحل التصويت وملاحظات اللجان المتخصصة، ومحاضر جلسات المجالس التشريعية والمذكرات الإيضاحية.

والرجوع إلى هذه المسائل يساعد في معرفة الأسباب الموجبة للتشريع والنية الحقيقية للمشرع. والأعمال التحضيرية كإحدى طرق التفسير الخارجية، نصت عليها المادة 19 مدني يماني، ويجب أن نلاحظ أن المذكرات الإيضاحية ليست جزء من التشريع، بل خارج النص وليس لها أي صفة رسمية كما أن المذكرات الإيضاحية تعبر عن رأي واضعها وتصوره الشخصي والتي قد لا تتفق ونية المشرع الحقيقية.⁽¹⁾

2 - الكتب الشارحة

تقضي المادة (19) مدني يماني بأن: "الكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية"⁽²⁾ كمرجع من مراجع تفسير القوانين. وأول ما يتبادر إلى الذهن بعد قراءة النص أعلاه هو أن المشرع اليمني عازم على إصدار كتب تشرح القوانين، حتى يسهل للمشتغلين بالقانون تطبيقها على نحو ما قصد وذهبت إليه إرادته.

ونرى من جانبنا، بأن هذه الكتب الشارحة ليست لها صفة الإلزام، وإنما يرجع إليها مطبق القانون للاستئناس، اعتبار أن الكتب الشارحة ليست تشريعا.

3 - المصدر التاريخي

هو المصدر الذي يستمد منه المشرع نصوص التشريع وباستطاعة المفسر الاستفادة من الأصل الذي اقتبس منه التشريع في تفسيره⁽³⁾ وتعتبر الشريعة الإسلامية "الكتاب والسنة" المصدر التاريخي للتشريع اليمني وعلى أساس ذلك نصت م(19) مدني بأن الفقه الإسلامي هو المصدر عند تفسير القوانين وتطبيقها ويعتبر القانون المدني الفرنسي المصدر التاريخي للقانون المدني المصري وكذلك قانون العقوبات الإيطالي المصدر التاريخي لقانون العقوبات الليبي. ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي تعتبر مصادر تاريخية للقانون المدني

(1) انظر د. سعيد جبر، ص 289.

(2) لم نجد مصت للمادة (19) مدني يماني في معظم التشريعات العربية.

(3) انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 162.

العراقي كما جاء في المذكرة الإيضاحية⁽¹⁾ أما القانون السوداني فيمكن فهمه في ضوء القانون الانجليزي باعتباره مصدرا تاريخيا للقانون السوداني.

4 - المبادئ العليا لتشريع

هناك مبادئ عليها يخضع لها كل تشريع، هذه المبادئ يجب أن يتوخاها القاضي وهو يفسر نصا غامضا.

ويقصد بالمبادئ العليا المبادئ المستقرة في كل نظام قانوني يسير بموجبة ويتبعه ذلك البلد، والمبادئ العليا المستقرة في النظام القانوني اليمني هي مبادئ الشريعة الإسلامية وهي التي لا تقبل التغيير أو التبديل "لا تبديل لكلمات الله"⁽²⁾ فيجب على المفسر القانوني الاستئناس بهذه المبادئ وما تتضمنه من أحكام واسترشاد بما تحتويه من توجيهات واعتبارات عامة.

وأخير نود الإشارة إلى أن التفسير من قبل القاضي المدني يختلف عندما يكون المفسر قاضيا جنائيا، فالقاضي المدني يطبق قواعد التفسير بتوسع بينما العكس في حالة القضايا الجنائية فهو مقيد بأن يحصر اجتهاده في تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المروضة فليس له أن يخلف جريمة أو عقوبة من طريق القياس مثلا.

المبحث الرابع

إلغاء القانون

84 - أن حركة المجتمع متدفقة ودائمة التجدد، ولما كان الأمر كذلك، فالقانون باعتباره توأم المجتمع، فهو الأخير متجدد ومتغير بتغير وتجدد المجتمع ذاته. فالقاعدة القانونية والموافقة والمواكبة لشروط المجتمع اليوم، لا يكون كذلك غدا ولذا لزم الأمر إلغاء القاعدة القانونية بأخرى مواكبة للحياة في صيرورتها.

والمقصود بإلغاء القانون وقف العمل به وتجريد قوته الملزمة والإلغاء بهذا المعنى قد يكون بقصد إحلال قانون آخر محل القانون السابق وقد يكون بغرض الاستغناء عن القانون دون إحلال قانون آخر محله. وإلغاء يرد على القواعد القانونية أيا كان مصدرها الرسمي أي أكانت مستمدة من التشريع أو من مصدر آخر غير التشريع فالعرف مثلا يلغى بعرف مخالف له⁽³⁾ ويكون الإلغاء صريح أو ضمني، وسوف نبحث هذا الفصل:

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العراقي، ص 1 وما بعدها، د. عبد السلام علي المزوغي، ص 399.

(2) سورة يونس 64.

(3) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 396 وما بعدها.

- 1- المطلب الأول: إلغاء القواعد القانونية وغير التشريعية
- 2- المطلب الثاني: الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني
- 3- المطلب الثالث: التفرقة بين إلغاء التشريع وإبطاله

المطلب الأول

إلغاء القواعد القانونية وغير التشريعية

85 - تنص المادة الثانية من القانون المدني اليمني على أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعد ذلك التشريع.

ووفقاً للأصل أعلاه، فإن السلطة المختصة في إلغاء التشريع هي نفس السلطة التي أصدرته أو من جهة أعلى منها، ويترتب على هذا أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق. فالدستور هو أعلى القوانين لا يلغى إلا من السلطة المختصة قانوناً ولا يجرى تعديله إلا حسب الأسس المنصوص عليها في الدستور⁽¹⁾ وبناء على ما تقدم يجب رفض ما يذهب إليه البعض من أن التشريع يصبح ملغياً إذا أهمل تطبيقه أي جرى العرف عدم إعماله مدة طويلة فعدم تطبيق التشريع مهما طالّت المدة لا يترتب عليها سوى نشوء "عرف سلبي" كما يقال عادة.⁽²⁾

والعرف أياً كان لا يلغي التشريع كما هو واضح من منطوق م(2) مدني يمني. فالنص القانوني يمكن الاحتجاج به وطلب تطبيقه في كل وقت مادام المشرع لم يعمد إلى إلغائه، لأنه يظل قائماً وساري المفعول ولو أهمل استعماله⁽³⁾ وعدم جواز إلغاء التشريع إلا بتشريع لاحق مرجعه أن التشريع هو أعلى مصادر القانون وإذا كان العرف لا ينفي التشريع لأنه أعلى منه مرتبة فإن مبادئ الشريعة الإسلامية تتميز بالثبات والتالي لا يمكن الحديث عن إلغائها.

المطلب الثاني

الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني

د. حسن كيرة، المدخل للقانون، ص 331 وما بعدها.

جميل الشرفاوي، ص 215 وما بعدها.

د. أنور سلطان، ص 171 وما بعدها.

(1) انظر د. خالد الزغبى، د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص 104.

(2) انظر د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، ص 194، د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص 190.

(3) ارجع د. هشام قاسم، المدخل إلى علم الحقوق، ص 201.

86 - يتضح من المادة الثانية مدني يماني بأن الإلغاء قد يكون صريحا أو ضمنيا.

أولا : الإلغاء الصريح

يكون الإلغاء صريحا إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تقضي صراحة بهذا الإلغاء ولا يكون ذلك إلا بواسطة قاعدة تشريعية ينص فيها صراحة على إلغاء القاعدة السابقة مثل ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من القرار الجمهوري رقم 19 لسنة 1992م الخاص بإصدار القانون المدني حيث نصت على أن "يلغي القوانين 10، 11، 27 لسنة 1979م و16،7 لسنة 1983م بشأن القانون المدني الصادر في صنعاء، كما يلغي القانون رقم 8 لسنة 1983م بشأن القانون المدني الصادر في عدن.

هذه صورة من صور الإلغاء الصريح، والصورة الأخرى تتمثل في حالة ما إذا كان سريان القاعدة القانونية موقوتا بمدة معينة بحيث تعتبر القاعدة ملغية بانقضاء هذه المدة، كأن يصدر قانون لمواجهة ظروف معينة كحالة حرب، أو أزمة اقتصادية وبنص فيها على العمل بها أثناء مدة الحرب، أو الأزمة الاقتصادية فقط، وبانتهاء الحرب وزوال الأزمة الاقتصادية ينتهي العمل بهذا القانون.

ثانيا: الإلغاء الضمني

ويراد به إلغاء القاعدة القانونية الذي يستخلص من حالة التعارض مع قاعدة قديمة وأخرى جديدة تحل محلها أو من تنظيم تشريع جديد لموضوع سبق وأن نظمته تشريع قديم⁽¹⁾ أي أن الإلغاء الضمني يتحقق في صورتين:

الصورة الأولى: التعارض بين قاعدة جديدة وأخرى قديمة

إذا صدر قانون جديد متضمنا قاعدة أو قواعد تتعارض مع ما هو مقرر في التشريع القديم بحيث يتعذر تطبيق القاعدة أو القواعد في آن واحد والعمل بكليهما، فيعتبر أن القانون اللاحق قد ألغى ضمنا القانون القديم.

أما إذا أمكن التوفيق بين القواعد القديمة والجديدة، لا يعتبر القانون اللاحق ألغى السابق وإنما يطبقان معا كل منهما بالنسبة للحالات التي تتناولها أحكامه كأن يكون يحتوي القانون نصا

(1) د. خالد الزغبى، د. منذر الفضل، ص106.

د. محمد محمود عبد الله، ص175 وما بعدها.

عاما، والنص الجديد نصا خاصا ففي الحالة الأولى يعد النص الخاص استثناء من النص العام ويعمد إلى تطبيقه بالنسبة للأمور التي جاء لتنظيمها، ثم يطبق النص العام فيما عدا ذلك.⁽¹⁾

الصورة الثانية: تنظيم الموضوع نفسه من جديد إذا صدر تشريع جديد ينظم موضوعا سبق وأن نظمه تشريع قدم، فإنه يستخلص من إعادة تنظيم هذا الموضوع أن القواعد الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التي لا تتعارض معها والعلّة في ذلك أن إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته إلى العدول عن التشريع القديم بأكمله.⁽²⁾

ويلاحظ من النادر أن يعيد المشرع تنظيم موضوع كان ينظمه تشريع سابق دون أن ينص التشريع الجديد، على إلغاء التشريع السابق صراحة لذلك فإن الفقه لا يجد أمثلة يضربها على الإلغاء الضمني بهذه الطريقة.⁽³⁾

المطلب الثالث

التفرقة بين إلغاء التشريع وإبطاله

87 - سبق القول بان إلغاء القانون هو وقف العمل به وتجريده من قوته الملزمة، والإلغاء حدث عادي في حياة القانون فهو يضع نهاية لهذه الحياة والإلغاء يجرّد القانون من قوته الملزمة بالنسبة للمستقبل فقط وليس بالنسبة للماضي.

أما الإبطال فهو صورة خاصة من صور إعدام وجود القانون عن حالات الإلغاء السابق. أي أن الإبطال حدث غير عادي في حياة التشريع، ومن النادر أن يتعرض تشريع للإبطال والإبطال لا يرد إلا على تشريع معيب في تكوينه⁽⁴⁾ ويحدث ذلك بالنسبة للتشريعات السلطة الفعلية⁽⁵⁾ التي تنشأ عقب ثورة أو انقلاب.

(1) انظر د. محمد السعيد رشدي، ص 79 وما بعدها.

د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، ص 139 وما بعدها.

د. رمضان أبو السعود، الجزء الأول، ص 308 وما بعدها.

د. أنور سلطان، ص 173 وما بعدها.

د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 166.

جميل الشراقوي، ص 216 وما بعدها.

(2) د. عبد المنعم فرج الصدّة، ص 215، د. أنور سلطان، ص 185.

(3) انظر د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص 417.

(4) انظر د. مصطفى محمد الجمال، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 68-69. د. سمير تناغو،

المرجع السابق، ص 412.

(5) تشريع السلطة الفعلية هو التشريع الصادر عن سلطة غير مزودة من الناحية الدستورية بحق إصدار التشريع،

ومع ذلك فهو يعتبر لأسباب مختلفة تشريعا صحيحا.

ويختلف الإبطال عن الإلغاء فالإبطال لا يقتصر على إنهاء القوة الملزمة للقانون بالنسبة للمستقبل، بل يتعدى ذلك إلى الماضي، فهو بعدم وجود القانون منذ ولادته بحيث يعتبر كأن لم يكن أصلاً والبطلان تقرر المحاكم أي أن زوال التشريع بالإبطال لا يحتاج إلى صدور قاعدة قانونية جديدة تقرر كما هو الحال في الإلغاء.

ومن أمثلة هذه التشريعات التي أصدرتها حكومة "فيشي" التي حكمت فرنسا في ظل الاحتلال الهتلري فحين تم تحرير فرنسا أصدرت الحكومة الفرنسية المؤقتة قرارات إبطال بعض التشريعات بأثر رجعي.

القسم الثاني النظرية العامة للحق

سبق أن أوضحنا بأن القانون والحق مفهومات متلازمان مترابطان، بحيث أن الحديث عن أحدهما يقود إلى الحديث عن الآخر والحق ليس إلا ثمرة من ثمار القانون. وهذه الصلة الوثيقة بينهما كانت السبب في اعتبارهما معا موضوعا لعلم القانون.

ودرج الباحثون على دراسة "النظرية العامة للحق" في أعقاب دراسة النظرية العامة للقانون.

وتتضمن خطة دراسة هذا القسم التالي:

الباب الأول: في التعرف بالحق

الباب الثاني : أركان الحق

الباب الأول التعرف بالحق

الفصل الأول: التعريف بالحق

الفصل الثاني: أنواع الحق

الفصل الأول التعريف بالحق

من بين الموضوعات التي احتدم الخلاف حولها، موضوع الحق، ووضع تعريف له، ووصل الخلاف إلى إنكار الفقيه الفرنسي "ديجي" وجود فكرة الحق بحد ذاتها، مستندا إلى صعوبة وضع تعريف للحق ونادي بنظريته عن المركز القانوني بدلا عن الحق⁽¹⁾ كما حاول البعض إنكار فكرة الحق من الوجهة التاريخية، زاعمين بأنها فكرة حديثة مصطنعة لم تعرف في الشرائع القديمة ولاسيما القانون الروماني، ومن المنكرين أيضا لفكرة الحق الأستاذ "كلسين".

والشريعة الإسلامية تعرف اصطلاح الحق، وقد استعمل فقهاؤها كلمة الحق استعمالا عاما في بعض الأحيان، واستعمالا خاصا في بعض الأحيان الأخرى. وقد عرف الشيخ علي الخفيف الحق بأنه "مصلحة مستحقة شرعا" وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقاء بأنه "اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا" وعرفه الأستاذ أحمد فهمي أبو سنة بأنه: ما ثبت في الشرع للإنسان، أو لله تعالى - على الغير.⁽²⁾

أما فقهاء القانون المؤيدون لوجود الحق، فقد تجاذبتهم أربعة اتجاهات. فالاتجاه الأول نظر إلى الحق من ناحية صاحبه وهذا هو الاتجاه الشخصي ومضمونه "أن الحق فكرة أو سلطة إرادية مخولة لشخص" والاتجاه الثاني نظر إلى الحق من ناحية موضوعه، وهذا هو المذهب الموضوعي ومضمونه، أن الحق مصلحة يحميها القانون، والاتجاه الثالث كان وسيطا بين المذهب الشخصي والموضوعي، ويسمى بالمذهب المختلط ومضمونه أن الحق سلطة إرادية تثبت للشخص تحقيقا لمصلحة يحميها القانون.⁽³⁾

أما الاتجاه الحديث فقد أبرز عناصر الحق وخصائصه المميزة وصاحب الاتجاه الحديث في تعريف الحق هو الفقيه البلجيكي "دابان"

(1) انظر د. رمضان أبو السعد، لوسيط في شرح مقدمة القانون المدني النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، 1985م، ص7.

د. توفيق حسن فرج، المدخل لعلوم القانونية، ص438.

د. حسن كيرة، المدخل لعلوم القانونية، ص423.

(2) ارجع في ذلك د. محمود محمد طنطاوي، ص298.

(3) انظر د. همام محمد محمود، د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص121.

وإذا كان المقام هنا لا يتسع لعرض واف لهذه المذاهب في تعريف الحق، فلا بأس من الحديث عنها بإيجاز غير مخل.

المبحث الأول

المذاهب المختلفة في تعريف الحق

أولاً: المذهب الشخصي

وسمي هذا المذهب أيضاً بمذهب الإرادة ومن أبرز أنصاره الفقيه الإيطالي سافيني، وفينر شايد، وجيرك.

ويعرف أنصار هذا الحق بالنظر له من خلال صاحبه،⁽¹⁾ أي أن إرادة صاحب الحق هي العنصر الجوهرية "فيه" فيعرف الحق وفقاً لهذا المذهب بأنه قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون للشخص". ذلك أن القانون في تضمينه لعلاقات الأفراد إنما يحدد كل شخص نطاقاً محددًا تعمل فيه إرادته، وفي هذا النطاق يوجد الحق. ووفقاً لذلك فإن حق الملكية هو السلطة الإرادية للشخص في استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه.

وقد تعرضت النظرية التقليدية "المذهب الشخصي" إلى انتقادات أبرزها يتمثل في إنكار الحقوق لمعدومي الأهلية "المجنون والصغير وغير المميز"، باعتبارهم معدومي الإرادة في حين يقرر الواقع لهم حقوقاً لا يمكن نكرانها، كما أن ربط الحق بالإرادة لا يفسر الحقوق التي للأشخاص الاعتبارية، كما أن الحق قد ثبت للشخص دون علمه أو دون تدخل إرادته كما هو الشأن بالنسبة للغائب، أو بالنسبة للوارث، الذي ثبت له حقوق في تركة مورثه دون تدخل إرادته بمجرد وفاة المورث.

كما عيب على هذا المذهب أيضاً أنه قد خلط بين وجود الحق وبين استعماله أو مباشرته، فالحق كما رأينا يوجد ولو دون تدخل من الإرادة أما مباشرته فلا تكون إلا عن طريق الإرادة⁽²⁾ وقد تزعم هذه الانتقادات الفقيه "هرنج".

ثانياً: المذهب الموضوعي

(1) د. حسن كيرة، المدخل لعلوم القانون، ص 431.

د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 259.

(2) د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، ص 131.

د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، ص 130.

نادي بهذا المذهب الفقيه الألماني "اهرنج" الذي أنكر دور الإرادة في وجود الحق وينظر أنصار هذا المذهب إلى الحق من خلال موضوعه، لذلك عرفوا الحق بأنه "مصلحة يحميها القانون" ووفقا لهذه النظرية يقوم تعريف الحق على عنصرين: أولهما وهو العنصر الجوهري يتصل بالغاية العملية من الحق وهي المنفعة أو الفائدة التي يخولها الحق وهي ما يسمى بعنصر المصلحة، وثانيهما، وهو العنصر الشكلي، يتصل بالحماية أي حماية هذا الغرض بالذات فلكل حق "مصلحة" لا بد له من عنصر الحماية حتى يكفل احترام المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها. وهذا العنصر هو الدعوى⁽¹⁾ والمصلحة قد تكون مادية مثل حق الملكية أو مصلحة معنوية كالحرية والشرف.

وبالرغم من إنكار هذه النظرية قيام الحق على الإرادة، إلا إنها هي الأخرى كانت هدفا للانتقادات وأول نقد وجه لها اعتبارها المصلحة معيار لوجود الحق بينما هي ليست كذلك دائما. والنقد الآخر أنها تجعل من الحماية القانونية أو الدعوى عنصرا من عناصر الحق رغم أن الحماية تالية لوجود الحق ونشأته. وأخير أخذ على تعريفها للحق بأن هناك مصالح لا ترتفع إلى مرتبة الحقوق ومن ناحية أخرى يمكن أن يكون الحق ثابتا لشخص من الأشخاص، في الوقت الذي تكون فيه الإفادة مما يمثله من مصلحة لشخص آخر غيره مما يدل على أن الحق ليس هو المصلحة وإلا ثبت الحق لهذا الشخص الأخير دون الشخص الأول.⁽²⁾

ثالث: المذهب المختلط

تلافيا للانتقادات التي تعرض لهما المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي، يجمع هذا المذهب في تعريف الحق بين عنصري الإرادة والمصلحة فينظر أنصاره إلى الحق من ناحية صاحبة فيرون فيه عنصر الإرادة ومن ناحية موضوعه فيرون في عنصر المصلحة، ولكن أنصاره مختلفين فيما بينهم من تغليب أحد العنصرين وتقديمه على الآخر.

فالذين يغلبون دور الإرادة على دور المصلحة عرفوا الحق بأنه "هو القدرة الإرادية المعطاة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون". أما الذين غلبوا دور المصلحة على دور الإرادة عرفوا الحق بأنه "المصلحة التي يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها

(1) انظر د. توفيق حسن فرج، المدخل لعلوم القانون، ص 445.

جميل الشراوي، المرجع السابق، ص 25.

(2) انظر د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص 434.

د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، المرجع السابق، ص 287.

قدرة إرادية معينة" وهذه النظرية لم تسلم من سهام النقد هي الأخرى، ووجهت إليها الانتقادات التي وجهت إلى المذهبين السابقين كونها تقوم على أساس الجمع بينهما.

رابعاً: النظرية الحديثة

تنسب هذه النظرية إلى الفقيه البلجيكي "دابان Dabain" الذي عرف الحق بأنه "ميزة يمنحها القانون لشخص ما وتحميها طرق قانونية، وبمقتضاها يتصرف الشخص في مال أقر القانون استثنائه به وتسلطه عليه بصفته مالكا له أو مستحقا له في ذمة الغير"⁽¹⁾ وقد استمد دابان هذا التعريف من خصائص الحق أو عناصره الأساسية وهي: الاستثناء، والتسلط، واحترام الغير للحق والحماية القانونية.

1 - الاستثناء: أي اختصاص شخص بمال معين. فكل حق يفترض اختصاص شخص بمال معين أو قيمة معينة. والاستثناء يثبت لصاحب الحق ولو لم تتوافر لديه الإرادة المعتبرة قانوناً. والاستثناء يرد على الأشياء المادية كالعقار والمنقول، كما يرد على القيم اللصيقة بالشخصية كحياة الإنسان وسلامة بدنه، بل أنه يرد على عمل أو امتناع عن عمل يلتزم به للغير لصاحب الحق.⁽²⁾

2 - التسلط: أي قدرة صاحب الحق على التصرف في الشيء موضوع الحق بحرية وبالكيفية والحدود التي رسمها القانون.

3 - احترام الغير للحق

بضيف دابان عنصر ثالث هو احترام الغير للحق، ويقصد بالغير هنا، كافة الأشخاص في المجتمع، يلتزمون في الامتناع عن كل ما من شأنه المساس باستثناء صاحب الحق وتسلطه عليه. ولصاحب الحق دائماً أن يطالب باحترامه وعدم الاعتداء عليه وهذا ما يسميه دابان بمكنة الاقتضاء.

4 - الحماية القانونية

(1) انظر د. عبد المنعم البدرأوي، ص 265.

د. حسن كيرة، ص 441. قام بتحليل الحق الق عناصر أو عرفه بأنه تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يحول القانون شخصا على سبيل الإنفراد الاستثناء التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر.

تعريف دابان "الحق عبارة عن انتماء شيء إلى شخص انتماء يحميه القانون".

ويورد الأستاذان د. عباس الصراف وجورج حزبون، اعتراض على تعريف دابان من الناحية اللفظية والموضوعية.

انظر مؤلفهما، ص 122 حيث يعرفان الحق بأنه "اختصاص يقره القانون".

(2) انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص 262.

الحماية القانونية هي العنصر الأخير من عناصر الحق. حيث يرى دايان أن الحق لا يوجد في نطاق القانون الوضعي إلا بتوافر هذه الحماية، وذلك بأن يخول صاحب الحق دعوى يستطيع بها أن يقتضي احترام الغير لحقه. فالشخص لا يستطيع الوصول إلى حقه بيده، بل لا بد من تدخل السلطة العامة.

أن الفقه الحديث يتجه إلى مسايرة نظرية "دايان" بل لقد تأثر الشراح العرب المعاصرين ممن كتبوا في المدخل إلى علم القانون بتعريف دايان ومن جانبنا نرى أن تعريف دايان اقرب التعريفات دلالة على جوهر الحق وقد أخذت به عمليا الكثير من القوانين الحديثة.

المبحث الثاني

تعريف الحق في القانون اليمني

عرفت المادة (123) مدني يماني الحق بقولها "الحق هو مصلحة ثابتة للفرد أو للمجتمع ولهما معا مادية أو معنية ويقرها الشرع وإذا تعلق الحق بمال فهو سلطة يكون للشخص بمقتضاها التصرف في هذا المال والانتفاع به واستعماله واستغلاله طبقا للقانون وكل حق يقابله واجب يلتزم بأدائه من عليه الحق:

ويتضح من التعريف أعلاه ما يلي:

1- يتفق التعريف أعلاه مع تعريف "اهرنج" للحق "المذهب الموضوعي" حيث عرف الحق بأنه مصلحة⁽¹⁾ وهذه المصلحة قد تكون للفرد أو للمجتمع أو لهما معا. ومثال المصلحة التي تثبت للفرد حقه في ملكية شيء معين ، ومنزل أو سيارة...إلخ.

والمصلحة التي تثبت للمجتمع ككل احتكار الدولة وحدها حق التنقيب عن المعادن المادة "1236" مدني يماني، أما المصلحة التي تثبت للفرد والمجتمع في آن واحد كحق القصاص من القاتل عمدا وفي ذلك يقول الله تعالى: "ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلمكم تتقون".

2- المصلحة قد تكون مادية كحق الملكية، أو مصلحة معنوية كحق المؤلف في نشر عمله أو حق إبداء الرأي.

3- ليست كل مصلحة مادية أو معنوية تعد حقا، ولكن المصلحة التي تعتبر حقا هي المصلحة التي يقرها الشرع⁽¹⁾ فإذا أقر الشرع مصلحة ما اعتبرت حقا وبالتالي يكفل لها المصلحة المقررة.

(1) انظر د. سعيد جبر، المدخل لدراسة القانون اليمني، الجزء الثاني، نظرية الحق، 1990، ص2.

- 4- إذا تعلق الحق بمال معين، فإن هذا الحق يمنح صاحبه سلطة معينة في الاستفادة في هذا المال، وهذه السلطات تختلف اتساعا وضيقا حسب نوع الحق وطبيعته، فحق الملكية أوسع من حق الانتفاع، فالأخير لا يخول صاحبه إلا سلطتي الاستعمال والاستغلال دون التصرف، بينما حق الملكية يخوله إضافة إلى سلطتي الاستغلال والاستعمال سلطة التصرف بالمال.
- 5- أن الشرع حينما يقرر حقا لإنسان ينشئ في نفس الوقت واجبا مقررًا على غيره من الناس نحو هذا الحق. وهذا الواجب هو احترام هذا الحق في نطاق الحدود المرسومة له.

الفصل الثاني

أنواع الحقوق

تمهيد

تنقسم الحقوق بعامة إلى حقوق سياسة وحقوق مدنية. وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة. وتنقسم الحقوق الخاص إلى حقوق أسرة وحقوق مالية وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية.⁽²⁾

أولاً: للحقوق السياسية

هي الحقوق التي يقرها القانون للشخص بوصفه منتبياً إلى بلد معين، حتى يتمكن من الاشتراك والإسهام في حكم البلاد وإدارتها، كحق الانتخاب والترشيح أو حق تولي الوظائف العامة،⁽³⁾ وهذه الحقوق لا تمنح للأجانب، كما أنها ليست سوى وظائف سياسية أي أنها حقوق لها

⁽¹⁾ تختلف نظرة الشريعة الإسلامية إلى الحق عن نظرة القانون الوضعي، فشريعة الله سبحانه وتعالى هي المصدر لكل حق، أما القوانين الوضعي فمصدر الحقوق عندها هو القانون. ونلاحظ أن المشرع اليمني استخدم لفظ "الشرع" بدلا من لفظ القانون، وربما كان مرد ذلك إلى أن القانون المدني اليمني ما هو إلا تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي فالحقوق التي يقرها الشرع هي ذاتها التي أقرها القانون المدني المأخوذة عن الشريعة الإسلامية.

⁽²⁾ هناك من يقسم الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق مؤجلة أو مستقبلية، وحقوق شرطية وحقوق احتمالية أيضا وحقوق مقيدة وحقوق مطلقة، وحقوق دولية وداخلية، انظر حسن كيرة، المرجع السابق، ص 445.

⁽³⁾ انظر المحامي د. صبجي المحمصاني، أركان حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار المعلم للملايين، بيروت، 1979م، ص 79.

وظيفة اجتماعية تتمثل في حماية المصالح السياسية للجماعة ولممارسة الحقوق السياسية شروط خاصة يقررها الدستور والقوانين.⁽¹⁾

ثانيا: الحقوق المدنية

ويطلق عليها أيضا الحقوق غير السياسية كونها تثبت للأفراد خارج النطاق السياسي وتهدف إلى تحقيق مصالحهم الشخصية بوصفهم أعضاء في المجتمع الإنساني بصرف النظر عن جنسيتهم سواء كانوا من الوطنيين أم من الأجانب.⁽²⁾

والحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة:

أ - الحقوق العامة

هي الحقوق التي تثبت للشخص بمجرد وجوده أي لكونه إنسانا⁽³⁾ لا غنى له عنها ولذا يطلق عليها الحقوق للصيقة بالشخصية أو الحقوق الشخصية، والحقوق العامة على أنواع ثلاثة، يتصل كل نوع منها بجانب من جوانب شخصية الإنسان.

فمن النوع الأول حق الشخص في الحياة وفي سلامة جسمه وأعضائه، أما النوع الثاني وهو ما يتعلق بحماية الكيان الأدبي أو المعنوي للشخص، كالسمعة والشرف... إلخ⁽⁴⁾ وأما النوع الثالث فيهدف إلى تمكين الشخص من مزاولته نشاطه وهذه هي الحريات الشخصية، كحرية العمل وحرية التملك وحرية السكن وحرية المراسلات.

وتتميز الحقوق العامة بالخصائص التالية:⁽⁵⁾

1- لا يجوز التصرف فيها بأي وجه من وجوه التصرف، سواء كان بمقابل أو بدونه فهذه الأنواع من الحقوق لصيقة بشخصية صاحبها. ولهذا نص القانون المدني اليمني في المادة

د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، ص201، د. غالب علي الداودي، ص225.
(1) انظر المادة 63 دستور الجمهورية اليمنية، والمواد 3، 4، 5، 6 في القانون رقم 41 لسنة 1992م بشأن الانتخابات العامة.

(2) انظر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر بقرار الجمعية العامة 2200 "ألف" المؤرخ في 16 ديسمبر 1966م.

(3) ارجع في ذلك موريس كرنستون، حقوق الإنسان ما هي، بيروت، 1973م، ص9.

(4) انظر د. أنور سليم، ص187، د. عبد المنعم فرج الصدة، ص319.

(5) انظر د. سعيد جبر، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص31.

د. غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص228.

د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص320.

د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص481.

"47" على أنه "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا التعديل من أحكامها كما أنه ليس لأحد التنازل عن حرته الشخصية".

2- الحقوق الشخصية لا تنتقل بالميراث أو الوصية، بل تقتضي بمجرد وفاة صاحبها، كونها مرتبطة بشخص الإنسان.

3- الحقوق الشخصية لا يرد عليها التقادم، فعدم استخدام شخص لحقه في العمل أو في إبداء الرأي لا يؤدي إلى سقوط هذا الحق مهما طال مدة عدم ممارسته له.

4- الاعتداء على الحقوق العامة ينشئ لصاحبها الحق في التعويض فعلى الرغم من عدم ثبوت الصفة المالية للحقوق العامة، فإن ذلك لا يحول دون ثبوت الحق في التعويض عن كل اعتداء يقع على حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية. وقد نصت المادة (49) أيضا على أنه لكل من نازعه غيره في استعمال اسمه بلا مبرر أو انتحال الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما لحقه من ضرر."

ب - الحقوق الخاصة

هذه الحقوق تقرها فروع القانون الخاص المختلفة وبالذات القانون المدني وهي تنقسم إلى قسمين: حقوق الأسرة والحقوق المالية.

1 - حقوق الأسرة (1)

وهي الحقوق التي تثبت للشخص بوصفه عضوا في أسرة معينة، وتعطي له السلطات في مواجهة عضو آخر فيها تربطه به رابطة قرابة أو زواج، ومثلها حقوق الأب على أبنائه، وحقوق الإباء على الأبناء، وحقوق الزوج على زوجته، وحقوق الزوجة على زوجها.

وإذا كانت أغلب الحقوق التي تنبثق عن الزواج والقرابة هي حقوق أدبية فلاشك أن بعض تلك الحقوق هي حقوق مالية كحق الزوجة في النفقة، الحق في الإرث إلا أن الصفة العامة لحقوق الأسرة أنها حقوق غير مالية ولهذا فأنها تخرج عن دائرة التعامل، فلا يصح نقلها إلى الغير بالتنازل أو التصرف فيها. كما أن هذه القوانين تخضع لقوانين الأحوال الشخصية التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية كما هو الحال في قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية اليمنية رقم 20 لسنة 1992م.

(1) انظر د. محمد سعيد رشدي، المرجع السابق، ص105.

د. هشام القاسم، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص275.

د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، المرجع السابق، ص128-129.

د. عدنان جاموس، المدخل إلى العلوم القانونية، الطبعة الثانية، منشورات جامعة دمشق، 1991-1992م، ص123.

2 - الحقوق المالية (1)

الحقوق المالية هي التي يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقود. والحقوق المالية قد ترد على شيء مادي كالعقارات والمنقولات بأنواعها المختلف، وقد ترد على عمل يلتزم شخص معين بالقانون به، كالتزام العامل أو الطبيب أو المهندس...إلخ.

وتسمى هذه الحقوق بحقوق الذمة المالية لأنها تكون الجانب الايجابي للذمة المالية للشخص. وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق شخصية وحقوق عينية، وهذا ما نصت عليه المادة (124) من القانون المدني اليمني. والحق العيني محله شيء مادي كحق الملكية، أما الحق الشخصي فهو سلطة مقررة لشخص قبل شخص آخر، بمقتضاها يستطيع الأول أن يجبر الثاني على أداء العمل الذي التزم به بأدائه.

وإضافة لهذين النوعين من الحقوق، يوجد نوع ثالث من الحقوق يكفلها القانون وهي الحقوق الفكرية كحق المؤلف أو المخترع والمكتشف المادة 127 في القانون المدني اليمني، وتنظيم هذا النوع من الحقوق قانون خاص بها هو القانون رقم 10 لسنة 1994م بشأن الحق الفكري. وهذه هي الحقوق التي تكون مناط بحثنا على النحو التالي:

المبحث الأول: الحقوق الشخصية

المبحث الثاني: الحقوق العينية

المبحث الثالث: الحقوق المعنوية "الحق الفكري"

المبحث الأول

الحقوق الشخصية

يعرف الحق الشخصي⁽²⁾ بأنه السلطة الناجمة عن العلاقة القانونية والمقررة لشخص تجاه آخر، تخول الأول وهو - الدائن - أن يجبر الثاني وهو - المدين - أن يعطيه شيئاً، أو أن يقوم له بعمل، أو أن يمتنع عن عمل أو أداء خدمة، كحقوق المشتري تجاه البائع، وهو حق شخصي

(1) انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص323.

د. سعيد جبر، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص37.

د. محمد سعيد رشدي، المرجع السابق، ص106.

(2) انظر د. عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والعراقي واليمني في الالتزامات والحقوق

الشخصية، جذ، ط1، 1993م، ص45.

انظر د. عدنان الجاموس، المرجع السابق، ص125.

على البائع يتعلق بتسليم المبيع، وحق الموكل على المحامي، القيام بعمل وهو الدفاع عن موكله، وحق التاجر على زميله الذي يتعهد بألا يفتح محلا تجاريا بالقرب منه الامتناع عن القيام بعمل. والحق الشخصي يسمى حقا إذا نظرنا إليه من جانب الدائن، أما إذا نظرنا إليه من جانب المدين فإنه يسمى دينا أو التزاما فالحق الشخصي والالتزام وجهان لعملة واحدة.⁽¹⁾ ويظهر الحق الشخصي في ذمة الدائن كعنصر إيجابي، ويقابله التزام يظهر في ذمة المدين كعنصر سلبي، ومن ثم تجتمع في الحق الشخصي عناصر ثلاثة هي صاحب الحق وهو الدائن ومن عليه الحق وهو المدين، ومحل الحق وهو الأداء الواجب على المدين.⁽²⁾ والحقوق الشخصية لا يمكن حضرها، فهي تتنوع بحسب نوع الأداء الذي يلتزم به المدين. ولكن مهما تعددت صور الحق الشخصي فهي لن تخرج عن الأنواع الثلاثة التي ذكرناها. وهي إعطاء شيء أو القيام بعمل، أما الحقوق العينية فقد وردت في القانون على سبيل الحصر. وقد حدد المشرع اليمني في القانون المدني مصادر الحقوق حيث ردت المادة 1128 المصادر الأساسية إلى ثلاث أسباب، هي التصرف الإرادي، والفعل المجرد، والواقعة.

والتصرف الإرادي أو العمل القانوني يتفرع منه العقد والإرادة المنفردة، المادة 129 والفعل المجرد، ويتفرع عنه العمل الضار والفعل النافع والالتصاق المادة 130. وأخيرا الواقعة (وهي أمر حاصل بالفعل سواء أراده الإنسان أم لم يرده ولكن القانون يرتب عليه حقوقا للإنسان أو عليه، وذلك كميلاد الإنسان وموته ونسبه وشيوع الملك والجوار فيه وكون الإنسان موظفا في الحكومة أو عاملا لدى آخر وغير ذلك من العلاقات العامة أو الخاصة (المادة 131)).

وإذا كان كل من الالتزام والحق الشخصي، كما رأينا وجه لشيء واحد هو الرابطة القانونية، إلا أننا نلاحظ أن الالتزام شاع استخدامه بوصفه مصطلحا، فيقال نظرية الالتزام ولا يقال (نظرية الحق الشخصي) ومعظم القوانين تستخدم المصطلح الأول باستثناء المشرعين اليمني والأردني اللذين استخدموا اصطلاح مصادر الحقوق كما أن العلامة السنهوري سمى كتابه عن الفقه الإسلامي (مصادر الحق) ولم يسميه مصادر الالتزام.⁽³⁾

المبحث الثاني

(1) يرى د. عباس الصراف، و د. جورج حزبون أن هناك فارق كبير بين اصطلاح الحق الشخصي واصطلاح

الالتزام وأن كثير من الفقهاء يغفل عن هذا الفارق، المرجع السابق، ص

(2) د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص555.

(3) انظر د. عبد المجيد الحكيم/50. ، المرجع السابق، ص

الحقوق العينية

يعرف الحق العيني بأنه اختصاص الشخص بمال معين اختصاصا مباشرا يقره القانون⁽¹⁾ ويتميز الحق العيني بأنه يرد على شيء مادي معين بالذات، لذا كان على صاحبه أن يستعمل حقه دون حاجة إلى وساطة شخص آخر.

فصاحب حق الملكية يمارس سلطة مطلقة على الشيء الذي يملكه ويتمتع بامتياز فردي مطلق عليه يخول له استعمال الشيء الذي يملكه واستغلاله والتصرف به بالطريقة التي يجد فيها أنها تحقق له أكبر قدر ممكن من الاستعادة والانتفاع من مميزات هذا الشيء المتاحة فيه.⁽²⁾

ونصت المادة (124) مدني يمني على أن الحقوق العينية هي ما كان للإنسان من حقوق في مال بعينه ويتضح من النص أن محل الحق العيني شيء من الأشياء وليس عملا يقوم به شخص كما هو الحال بالنسبة للحق الشخصي.

ووفقا لنص المادة (125) مدني يمكن تقسم للحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

والحقوق العينية الأصلية هي الحقوق التي تنشأ لذاتها غير تابعة لحق آخر وتزول بالتصرف فيها تبعا لزوال حق آخر.

أما الحقوق العينية التبعية هي الحقوق التي تنشأ لضمان حق تعلق بالذمة وتزول بزوال الحق الذي تضمنته وقد تزول بنفسها.

المطلب الأول

الحقوق العينية الأصلية

وهي الحقوق التي تنشأ لذاتها غير تابعة لحق آخر، وقد حدد المشرع اليمني هذه الحقوق في المادة (125) من القانون المدني وهي "حق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق وفي حق تملك الرقبة وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق الاستغلال وحقوق الارتفاق كحق المرور وحق الشرب وحق صرف المياه.

(1) انظر د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، المرجع السابق، ص 131.

انظر التعريف السائد في الفقه للحق العيني هو، ه، يخول لصاحبه السلطات القانونية مباشرة على شيء مادي "جنس كبيرة"، المدخل إلى القانون، ص 459. ويعرفه د. عبد المنعم فرج الصدة، بأنه حق يتمثل في سلطة لشخص تنصب مباشرة على شيء معين، ص 189.

(2) انظر محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 234.

1 - حق الملكية

يعد حق الملكية أوسع الحقوق من حيث السلطات التي يمنحها للمالك، إذ أنه يخول له كل السلطات على الشيء من حيث استعماله واستغلاله والتصرف فيه⁽¹⁾ وهذه السلطات الثلاث التي يمنحها القانون للمالك هي التي تتكون منها عناصر الملكية. وقد نصت المادة (1161) مدني يمّني بأن للمالك الشيء وحده وفي حدود القانون الشرعي حق الانتفاع به واستعماله واستغلاله والتصرف فيه.⁽²⁾

- 1- سلطة الاستعمال: يقصد بها استعمال الشيء فيما أعد له وبما يتفق مع طبيعة الشيء، فإذا كان الشيء منزلاً كان استعماله بسكناه، واستعمال الأرض يكون بزراعتها.
 - 2- سلطة الاستغلال: ويقصد بها الحصول على ما يتولد عنه من ثماره كالحاصلات الزراعية أو أجرة المباني أو إنتاج الماشية، أو فوائد السندات أو أرباح أسهم.
 - 3- سلطة التصرف: والتصرف أما أن يكون مادياً وإفناءه والقضاء على مادته أو تغييره تغييراً جوهرياً بقلب وظيفته والغرض منه. وأما أن يكون قانونياً بنقل السلطة الواردة على الشيء أو بعضها إلى الغير بعوض أو بدون عوض مثل البيع والهبة.
- وعنصر التصرف هو الذي يميز حق الملكية عن سائر الحقوق العينية عموماً وعن باقي الحقوق العينية الأصلية بصفة خاصة لأن الحقوق العينية الأخرى تنصب على عنصري الاستعمال والاستغلال أو أحدهما أو حتى بعض مظاهر الاستعمال ولا تعطي هذه الحقوق لصاحبها أي سلطة تصرف في الشيء ذاته.
- وحق الملكية في الفقه الإسلامي، حق محترم معصوم، فلا يجوز لأحد غير صاحبه أن يتصرف فيه إلا بإذن الأخير وعصمة الملكية قاعدة مطلقة سوا في مواجهة سائر الأفراد أو في مواجهة الدولة.

(1) راجع في حق الملكية بالتفصيل د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، مطبعة التوفيق، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص12. د. محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص225.

(2) يجمع الفقه إجماعاً مانعاً بأن للمالك سلطات ثلاث هي سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف ويتوافر هذه السلطات الثلاث لشخص واحد تكون له الملكية الكاملة على الشيء. لفظ المنفعة الوارد في النص يعني الاستعمال وهو اللفظ الشائع في القوانين العربية الأخرى. وقد ورد لفظ المنفعة في المادة (11) من مرشد الحيران "الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالاً وهو ذات النص الوارد في المادة 38/11 مصري قديم التي تنص على أن الملكية هي حق للمالك في الانتفاع بما يملكه.. والمشرع المصري أخذه من القانون المدني الفرنسي م(544) "الملكية هي حق المالك في الانتفاع" نقلاً عن د. محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص226-227.

والملكية أو الملك في تعريف القرافي "حكم شرعي مقرر في العين أو في المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من أي ينتفع بالشيء وأن يأخذ العوض عنه.⁽¹⁾

2 - حق الانتفاع

هو الحق الذي يثبت لشخص على شيء مملوك للغير، ويكون له بمقتضاه أن يستعمل الشيء ويستغله دون التصرف فيه المادة (1327) مدني يماني وحق الانتفاع يرد على ملك الغير أي أنه ليس حقا عينيا مستقلا ولذا يوصف بأنه حق عيني متفرع عن حق الملكية.⁽²⁾

وينتزع في حق الانتفاع عن المالك سلطتي الاستعمال والاستغلال، وتبقى سلطة التصرف وهو ما يعبر عنه في هذه الحالة بملكية الرقبة، تمييزا لها عن الملكية الكاملة أو التامة التي تشمل السلطات الثلاث⁽³⁾ وحق الانتفاع حق مؤقت ينتهي بانقضاء المدة المحددة في سبب إنشائه أو تلف العين المنتفع بها أو تنازل المنتفع عن حقه، أو بحكم المحكمة بإنهائه لسوء الاستعمال، أو اتحاد صفتي المالك والمنتفع أو صفة المنتفع المادة 1334 مدني يماني.

3 - حق الاستعمال وحق السكن

حق الاستعمال هو حق عيني يخول لصاحبه استعمال الشيء بمقدار ما يحتاج إليه هو وأسرته فقط.

أما حق السكن، فيخول لصاحبه حق سكن الدار فقط، أي ليس له الانتفاع بها لغير السكن كاستخدامها لأي غرض آخر، المادة 1337 مدني يماني.

والاستعمال قد يرد على عقار أو على منقول، أما حق السكن فإنه لا يرد إلا على عقار وبالذات على دار سكن⁽⁴⁾ واكتساب حق الاستعمال وحق السكن وانقضائهما يكون بذات الطرق التي يكسب بها أو ينقضي حق الانتفاع المادة 1339 مدني يماني.

4 - حق القرار

ويسمى أيضا حق المساطحة،⁽¹⁾ وهو حق عيني عقاري متفرع عن حق الملكية ويعطي صاحبه الحق في إقامة بناء أو غرس أرض الغير، ويكتسب بالاتفاق (العقد) وينتقل بالميراث أو

(1) انظر د. عبد الحي حجابي، المرجع السابق، ص236.

(2) ارجع د. محمد حسين منصور، الرجوع السابق، ص513.

(3) انظر د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص192، د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص110، د. سعيد

عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص334.

(4) انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص338.

الوصية، ويبين السند المنشئ للحق حقوق صاحبه والتزاماته. كما يجوز تقرير حقوق الارتفاق على حق القرار شريطة عدم تعارضها مع طبيعته ويملك صاحبه حق القرار ما يحدثه في الأرض من مبان أو أغراس.

وقد بينت المادة (1344) مدني يمّني الأحوال التي ينتهي فيها حق القرار وهي:

- 1- انتهاء المدة المتفق عليها.
 - 2- إذا صار ملك العين لصاحب القرار أو العكس.
 - 3- تخلف صاحب الحق عن أداء الأجرة المتفق عليها مدة سنتين متتاليتين في الغراس أو لم يتفق على غير ذلك.
- كما نصت المادة (1345) على أنه (لا ينتهي حق القرار إذا زال البناء أو الغراس قبل المدة المتفق عليها بل يبقى لحين انتهاء مدته).
- وعند انتهاء حق القرار تطبق على المباني والمنشآت والغراس الأحكام الخاصة بذلك في باب الإجازة في الفصل الخاص بالزراعة المادة (1346).

5 - حق الارتفاق

تعرف المادة (1347) مدني يمّني حق الارتفاق بقولها (الارتفاق منفعة مقررة على عقار تحد من انتفاع مالكة به لمصلحة عامة أو خاصة).

ويكتب الارتفاق بإذن المالك أو بالتصرف الشرعي أو بالميراث أو بالعرف، كما يجوز⁽²⁾ أن يرتب على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال المخصص لهذا المال المادة 1348 ومن أمثلة حق الارتفاق حق المرور وحق الطريق وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل.

وحق الارتفاق يختلف عن حق الانتفاع في أنه يرد دائماً على عقار بينما حق الانتفاع قد يرد على منقول أو عقار. كما أن الارتفاق وحيث أنه مقرراً لصالح عقار لا لصالح شخص معين فإنه لا ينقضي بتغير المالك.

والعقار الذي يصلح أن يكون محلاً لحق الارتفاق هو العقار بطبيعته أما العقار بالتخصيص المادة (117) مدني يمّني فلا يصلح أن يكون محلاً لحق الارتفاق مستقلاً عن العقار بطبيعته.

(1) المادة 1345 مدني يمّني، المادة 1225 مدني أردني، المادة 1226 مدني عراقي والتي استثنت الغراس كمحل

للعقد المنشئ لحق المساطحة ولا وجود لهذا الحق في القانون المدني المصري،

(2) تقابل المادة 1015 مدني مصري.

ويطلق على العقار المثقل بالارتفاق أي العقار المرفق به اصطلاح (العقار الخادم) ويطلق على العقار المقرر لفائدته اصطلاح (العقار المخدوم).⁽¹⁾

وهناك عدة تقسيمات لحقوق الارتفاق: ارتفاقات مستمرة، وارتفاقات غير مستمرة، وارتفاقات ظاهرة وأخرى غير ظاهرة، ارتفاق إيجابي وارتفاق سلبي⁽²⁾ وقد ينتهي حق الارتفاق بصفة جزئية في حالة تجزئة العقار المرفق أو المرفق به، كما ينتهي كذلك بانتهاء أجله أو بزوال محله أو باتحاد الذمة أو بتعذر استعماله، أو بتنازل صاحبه أو بزوال الفائدة منه المادة (1356) مدني يمني.

المطلب الثاني

الحقوق العينية التبعية

الحقوق العينية هي الحقوق التي لا توجد مستقلة بذاتها، وإنما تكون تابعة لحق شخص تضمن الوفاء به. ولهذا سميت بالتأمينات العينية وذلك لتمييزها عن التأمينات الشخصية، ويتمثل التأمين الشخصي في ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي لضمان الوفاء بحق المدين، إذ يلتزم شخص آخر بالدين مع المدين، فيصبح أمام الدائن مدينان أو أكثر بدلا من دائن واحد، بحيث يستطيع أن يرجع عليهم مجتمعين أو على أحدهم لاستيفاء كامل حقه والكفالة هي أهم أنواع التأمينات الشخصية وينظم المشرع اليمني الكفالة في الكتاب الثالث الخاص بالعقود المسماة، وخصص لها الباب الثاني من القسم الثالث والخامس بعقود الضمان "الوثيقة" المواد 1033 إلى 1065 أي أنه وصفها كذلك من العقود المسماة⁽³⁾ ودراسة التأمينات الشخصية تخرج عن دراستنا، باعتبار أن دراستنا ترد ضمن النظرية العامة للالتزام.

ولذا تقتصر دراستنا على الحقوق العينية التبعية "التأمينات العينية"

سبق القول بأن الحقوق العينية التبعية لا يمكن أن توجد بصورة مستقلة، وإنما هي حقوق متعلقة بحق أصلي آخر ترتكز عليه، وقد سميت عينية لأنها تخول الدائن سلطة مباشرة على مال معين من أموال المدين وسميت تبعية لأنها لا تقوم مستقلة بنفسها، إنما تقوم مستندة أو تابعة لحق شخصي لضمان الوفاء به.

(1) انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 340.

د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، مرجع سابق، ص 541.

د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 193.

(2) ارجع في ذلك د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 575.

(3) ارجع د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 316.

د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، نفس المرجع، ص 147.

وهذه الحقوق تؤمن أصحابها ضد مخاطر إفسار المدين وتجنبهم مزاحمة الدائنين العاديين أو الدائنين التاليين لهم في المرتبة وما قد يتعرضون له من اقتسام أموال المدين قسمة غرماء أي بنسبة دين كل منهم⁽¹⁾ وتتنوع الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها أنواعا ثلاثة: حق الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز. الأول يتقرر بمقتضى عقد من العقود والثاني بأمر القضاء والثالث بنص في القانون.⁽²⁾

وتختلف الحقوق العينية باختلاف القوانين⁽³⁾.

الرهن:

الرهن في اللغة الحبس، وهو شرعا حبس شيء بحق لاستيفاء الحق من ذلك الشيء، والغرض منه هو التوثق من الوفاء بالحق، ودليل مشروعيته النص لقوله تعالى: "وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة" ولما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: أن النبي عليه الصلاة والسلام "اشتري طعاما من يهودي يقال له أبو الشحم ورهن درعه عليه" وروي عنه (ص) أنه قال: "لا يُغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه"⁽⁴⁾ وهذا ما تقضي به المادة 1011 مدني يماني.

عرفت المادة (990) من القانون المدني اليمني الرهن بقولها "الرهن عقد يقدم به المدين أو غيره بإذنه عينا مخصصة إلى الدين أو عدل يختاره الطرفان لحبسها لاستيفاء مال مخصوص.

والرهن نوعان: رهن رسمي ورهن حيازي.⁽⁵⁾

(1) انظر د. نبيل إبراهيم سعد وآخرون، المرجع السابق، ص 291.

د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 194.

د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 113.

د. سعيد جبر، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 50.

د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 341.

(2) ارجع في ذلك د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 621.

(3) انظر القانون المدني المصري المواد 1030، 1085، 1096، 1130، القانون المدني المدني المادة 70 فقرة

2، القانون المدني اليمني 283، 990، 1386، 1388

(4) الشافعي والدار قطني وابن ماجه وهو حسن لكثرة طرقه، ومعني غلق الرهن: أن يقول المرتهن للراهن إن لم توفي ديني أخذت الرهن، نقلا عن أبو بكر صابر الجزائري، منهاج المسلم، الطبعة الثامنة، القاهرة، 1406 هجرية، ص 370.

(5) انظر د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 880.

د. عدنان طه الدوري، د. لطيف جبر كومانى، نفس المرجع، ص 86.

ويشترك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي أن كل منهما يعد حقا عينيا غير قابل للتجزئة، وأنهما ينتميان إلى التأمينات الاتفاقية التي تنشأ عن طريق العقد، وذلك بخلاف حق الاختصاص الذي ينشأ بأمر القاضي، وحق الامتياز الذي يتقرر بنص القانون.

ويختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي في النواحي التالية:

- 1- ينشأ الرهن الحيازي العقد العرفي أي بمجرد التراضي دون اشتراط أي شكل رسمي، وذلك بخلاف الحال بالنسبة للرهن الرسمي الذي يشترط فيه أن يكون العقد رسميا. وذلك ما نصت عليه المادة 1030 مدني مصري والمادة 1323 مدني أردني والمادة 1286 مدني عراقي.
- 2- الرهن الحيازي ممكن أن يكون محله منقولا أو عقارا، في حين أن الرهن الرسمي لا يقع إلا على العقار.
- 3- الرهن الحيازي يؤدي إلى انتقال حيازة المال المرهون إلى الدائن أو إلى شخص ثالث يتفق عليه وهو ما يطلق عليه العدل، أما في الرهن الرسمي فيبقى العقار المرهون في حيازة الراهن.
- 4- يخول الرهن الحيازي للدائن، فوق ميزتي التقدم والأولوية والتتبع المترتبين على الرهن الرسمي حق حبس الشيء لحين استيفاء دينه.

أورد القانون المدني اليمني في الكتاب الرابع نوعين من الحقوق العينية والتبعية هي: رهن المنقول، والتأمين العقاري، أما الحقوق العينية التبعية الأخرى فقد أحال "إلى أحكام السبب في تقريرها" المادة 1399.

رهن المنقول:

عرفت المادة 1386 مدني يمني رهن المنقول بأنه "عقد يخصص بمقتضاه شيء منقول مادي أو غير مادي لضمان الوفاء بالتزام معين، وسبق أن وضحنا أن حق الرهن الحيازي يرد على العقارات والمنقولات على السواء، وذلك ما تقضي به المادة (990) التي عرفت الرهن بأنه عقد يقدم به المدين أو غيره بإذنه عينا... إلخ".

فلفظ "عين" تشمل العقار والمنقول. إلا أن المادة (1386) قصرت الرهن على المنقول سواء أكان ماديا أو غير مادي.

يبدو أن المشرع نص على إلغاء الرهن الحيازي على الأموال غير المنقولة لكفاية التأمين العقاري. وينص القانون اليمني على أن تسري الأحكام بالرهن المواد (990-1032) على أن رهن المنقول بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع أحكام القانون التجاري والقوانين المتعلقة بحالات خاصة في الرهن والقوانين المتعلقة بالمؤسسات المرخص لها بالتسليف على رهن المنقول، المادة (1387).

التأمين العقاري:

ويطلق عليه في مصر بالرهن الرسمي وفي العراق الرهن التأميني وفي لبنان التأمين الرضائي وفي ليبيا الرهن الاتفاقي.⁽¹⁾

والتأمين العقاري هو حق عيني تبعية يترتب للدائن على عقار معين بمقتضى عقد رسمي، ويخول له الحق في أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه في ثمن ذلك العقار في أي يد يكون.

والتأمين العقاري لا يؤدي إلى انتقال العقار المرهون الحيازة الدائن المرتهن.

ويلاحظ أن التأمين العقاري لا ينعقد إلا إذا سجل في السجل العقاري المادة 1389 ويشترط القانون في من يعقد التأمين العقاري أن يكون متمتعاً بأهلية التصرف بالعقار، ولا يؤثر التأمين العقاري على سلطات المالك أو الغير للعقار المؤمن به، ولكن ينبغي عليه مراعاة القواعد المنصوص عليها في القانون المواد (1394) إلى (1397) وبانقضاء الالتزام الذي يكون ضامناً له أو بتنازل الدائن عن حقه ينقضي التأمين العقاري.

حق الامتياز:

عرفت المادة (382) حق الامتياز بقولها (الامتياز أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة لصفته ولا يكون امتياز إلا بمقتضى نص القانون).

من هذا النص يتبين أن حق الامتياز لا يتقرر إلا بنص في القانون والقانون حينما يقرر امتيازاً لحق شخصي يرى أن هذا الحق جدير بالرعاية فيقرر له أولوية على الحقوق الشخصية الأخرى.

(1) راجع في ذلك د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 351.

د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 341.

د. عدنان طه الدوري، د. لطيف جبر كوماني، المرجع السابق، ص 84.

وحق الامتياز قد يكون حقا عاما يرد على جميع أموال المدين، مثال ذلك امتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر... إلخ مادة (3/387).
وقد يكون امتياز حق يرد على مال معين بالذات في أموال المدين كامتياز المصروفات القضائية التي أنفقت في حفظ أموال المدين وبيعها على أثمان هذه الأموال مادة (1/387).

الطلب الثالث

التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي

التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي، تفرقة جوهرية يترتب عليها عدة نتائج، والجدير بالتنويه، هو أن الفقهاء⁽¹⁾ بذلوا عدة محاولات لإزالة هذه التفرقة، غير أن تلك الجهود لم تفلح في هدم التمييز بينهما. أن المعيار الأساسي للتفرقة يتحدد بالنظر إلى محل الحق فإذا كان الحق عملا أو امتناعا عن عمل، كان الحق من الحقوق الشخصية.
أما إذا كان هذا الحق شيئا يرد الحق مباشرة على هذا الشيء، فيستطيع صاحبه أن يستفيد من الشيء دون وساطة أو عمل شخص آخر، فإن الحق يكون من الحقوق العينية.
ومن حيث الأطراف فإن الحق الشخصي يوجد به طرفان أحدهما دائن والآخر مدين. أما الحق العيني فلا يوجد به إلا شخص واحد هو صاحب الحق.

ويمكن إبراز الفوارق الأساسية بين الحق العيني والحق الشخصي فيما يلي:⁽²⁾

- 1- أن الحقوق العينية واردة في القانون على سبيل الحصر، أما الحقوق الشخصية لا تقع تحت حصر فهي غير محدودة بعدد معين وذلك لأن محلها عمل أو امتناع عن عمل ولذلك تتحدد الحقوق الشخصية، بتعدد حدود النشاط الإنساني، مادام الأمر لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والآداب العامة.
- 2- الحق العيني سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات، وذلك على خلاف الحق الشخصي فمحلله عمل المدين، ولذلك يتصور أن ينشأ هذا الحق متعلقا بشيء غير معين بالذات.

(1) راجع في ذلك بالتفصيل د. عباس الصراف، و د. جورج حزيون، المرجع السابق، 133، 136.

د. عبد المنعم فرج الصدة، ص354، د. رمضان أبو السعد، النظرية العامة للحق، ص559.

د. سعيد جبر، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص59.

د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص188.

(2) انظر د. حسين النوري، المرجع السابق، ص34-35.

د. همام محمد محمود، د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، المرجع السابق، ص139.

د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص115.

- 3- الحق العيني حق مطلق بمعنى أنه تحتج به في مواجهة الكافة، بينما الحق الشخصي نسبي لا يحتج به إلا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين.
- 4- يخول الحق العيني لصاحبه ميزة الأفضلية وكذلك ميزة التتبع، وهذا بخلاف الحق الشخصي.
- 5- يمارس صاحب الحق العيني سلطته على الشيء مباشرة دون وساطة من أحد أما الحق الشخصي لا تتم ممارسته إلا عن طريق تدخل المدين.
- 6- التنازل عن الحق العيني يتم بالإرادة المنفردة، أما التنازل عن الحق الشخصي فلا بد على الأقل من تبليغه إلى المدين ليعتبر سارياً بحقه. (1)
- 7- التقادم يؤدي إلى اكتساب الحق العيني ولكن لا يؤدي من حيث المبدأ إلى زواله وانقضائه، بعكس الحق الشخصي الذي لا يكتسب بالتقادم ولكن من الممكن أن يسقط به.

المبحث الثالث

الحقوق المعنوية "الحق الفكري"

الحقوق المعنوية هي الحقوق التي تنصب على أشياء غير مادية "معنوية"، والى هذا أشارت المادة 123 من التقنين المدني اليمني بقولها "الحق هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا مادية أو معنوية... إلخ والشيء غير المادي هو الذي لا يمكن أن يدرك بالحس بل يدرك بالفكر المجرد.

والحقوق الفكرية هي الملكية المعنوية التي ترد على أشياء غير مادية أي غير محسوسة لأنها نتاج وخلق الجهد الذهني كحق المؤلف في مؤلفه وحق المخترع في اختراعه وحق الفنان في مبتكراته الفنية فهذه الحقوق لها قيمة مالية. (2) قد عرفت الدول العربية قوانين البراءة وحماية الملكية الفكرية والملكية الصناعية منذ أن كانت ولايات خاضعة للدولة العثمانية وبعض هذه القوانين ظل سارياً في بعض الدول حتى اليوم (3) وقد أحال القانون المدني اليمني في المادة (127) منه على

(1) راجع في ذلك د. هشام قاسم، المدخل إلى علم القانون، ص283، د. سعيد جبر، الجزء الثاني، ص70.

(2) انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص201.

(3) راجع في ذلك بالتفصيل د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الفرقان، 82-1983، ص13 و23.

يشير د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص117، إلى سريان، قانون "حق التأليف العثماني" في الأردن حتى اليوم، والقانون قد صدر بتاريخ 12 جمادى الأولى سنة 1328هـ.

القوانين الخاصة لتنظيم الحقوق التي ترد على شيء غير مادي "معنوي" فقرر بأنه "الحقوق الفكرية يكفلها القانون وتنظيمها القوانين الخاصة كحق المؤلف والمخترع والمكتشف.

ويختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لحق المؤلف إذ يدرجه البعض في محيط الحقوق العينية ويعده حق ملكية ويرى آخرون فيه حقا من حقوق الشخصية. ورغم اختلاف الآراء فإن هذه الحقوق لم تدرجه تحت الحقوق المالية التقليدية، ولكنها اتخذت كيانا مستقلا يتلائم ووظيفتها⁽¹⁾ وتشمل الحقوق المعنوية حقول الملكية الصناعية والتجارية وحقوق الملكية الأدبية والفنية وحق المؤلف.

وسنتصر في دراستنا على حق المؤلف على النحو الآتي:

المطلب الأول

المقصود بحق المؤلف

يقصد بحق المؤلف ذلك الحق الذي يخول لشخص ما على كل إنتاج ذهني مبتكر سواء ذلك في مجال الآداب أم الفنون أم العلوم وينظم حقوق المؤلف في الجمهورية اليمنية القانون 19 لسنة 1994م بشأن الحق الفكري.

ويكون موضوعا لحق المؤلف كل إنتاج للفكر أيا كانت الصورة التي يظهر فيها. وقد ذكرت المادة الثالثة من القانون السابق ذكره عددا كبيرا من الأعمال الفكرية التي يعترف القانون لمؤلفيها بحق المؤلف منها المصنفات المكتوبة والأعمال الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط والألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة، والأعمال التي تبقى شفها كالخطب والمحاضرات والمواعظ وما يمثلها، والأعمال المسرحية والمسرحيات الموسيقية سواء اقترنت بالألفاظ أو لم تقترن بها أو الأعمال الفوتوغرافية والسينمائية وغيرها.

وواضح مما سبق أن لفظ مؤلف ينصرف إلى الكاتب والرسام والمثال والنحات والملحن بل وإلى المترجم الذي يقوم بترجمة المصنف إلى لغة أخرى أو قام بتحويله من لونه الأصلي إلى لون آخر أو من قام بتلخيصه أو تحويله أو شرحه أو التعليق عليه المادة الثالث الفقرة الرابعة. كما

(1) راجع في ذلك د. محمد إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، 1983م، ص13. د. مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد الجمال، المرجع السابق، ص413 عبد الحي حجازي، المدخل إلى العلوم القانونية، 2، الحق، وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1970م، ص285.

د. عبد المنعم سعيد جبر، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص71.

د. خالد الزعبي، د. منذ الفضل، مرجع سابق، ص193.

يشمل حق المؤلف أيضا المترجم عمل سبق ترجمته أو أي من حقوق أعمال تراثية "المخطوطات" المادة الخامسة.

وقد حددت المادة الثامنة المؤلف بأنه "الشخص الذي نشر العمل منسوبا إليه سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا وذلك بذكر اسمه على العمل أو بأية طريقة أخرى، ما لم يتم دليل على عكس ذلك.

ويجوز نشر العمل بدون اسم بناء على طلب المؤلف. وللمؤلف في أي وقت الكشف عن شخصيته أو نشر العمل باسم مستعار أو بدون اسم ولو سبق له الاتفاق على خلاف ذلك المادتين 10، 11.

أنواع المصنف:

يقصد بالمصنف أي إبداع فكري مبتكر اتخذ مظهر الكتابة أو الصوت أو الرسم... إلخ وليس معنى الابتكار هنا الإتيان بأفكار جديدة لم يسبق معرفتها، وإنما يقصد بالابتكار أن يأخذ الإنتاج الفكري طابعا متميزا بالأصالة يبرز شخصية صاحبه سواء كان ذلك في جوهر الموضوع أو في طريقة عرضه أو التعبير عنه وعلى العموم فإن أي قدر من الابتكار يكفي في هذا الصدد، فقد يكون الابتكار مجرد ترجمة المصنف إلى لغة أخرى. (1)

والمصنف قد يكون من عمل مؤلف واحد وهذه هي الصورة البسيطة للتأليف، وقد يكون مصنفا مشتركا، وقد يكون مصنفا جماعيا.

المصنف المشترك: هو الذي يشترك في عمله أكثر من شخص كأن تشترك مجموعة مؤرخين في إعداد كتاب تاريخي، أو يشترك أدبيان في تأليف مسرحية وقد كفل القانون لكل مؤلف حقه على عمله منفردا في العمل المشترك. (2)

أما المصنف الجماعي كما تنص المادة 34 هو العمل الإبداعي الذي يقوم بوضعه جماعة تحت إشراف هيئة أو مؤسسة تتكفل بنشره تحت إدارتها واسمها، ويندمج عمل المساهمين فيه في غاية مقصودة، وتكون حقوق المؤلف على العمل بمجملة للهيئة أو المؤسسة التي تصدره، ويكون لكل محرر أو كاتب حقوق المؤلف على ما يكتبه من أبحاث أو مقالات. ومثاله أن تعهد جامعة

(1) انظر نور سلطان، المرجع السابق، ص 203.

د. رمضان أبو السعيد، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص 575.

د. محمد إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 151.

(2) راجع المواد 29، 30، 31، 32، 33 من قانون الحق الفكري 19 لعامي 1994م.

عدن لمجموعة من الأساتذة بوضع كتاب معين في موضوع معين تتولى نشره، فيكون لجامعة عدن حق المؤلف على الكتاب.

ومن أمثلة المصنفات الجماعية دوائر المعارف، كدائرة المعارف الفرنسية، ودائرة المعارف البريطانية، والموسوعات العلمية كموسوعة دالوز في فرنسا. ويتفق المصنف الجماعي مع المصنف المشترك في أنه يأتي ثمرة لاشتراك عدة أشخاص ولكنه يختلف عنه في أن العمل يتم لحساب، وتحت إشراف شخص طبيعي أو اعتباري تحقيقاً لأهدافه. (1)

المطلب الثاني

مضمون حق المؤلف

نصت المادة 12 من قانون الحق الفكري⁽²⁾ في اليمن على أنه للمؤلف الحق فيما يلي:

- أ - تقرير نشر العمل وبيان طريقة النشر.
- ب - حصانة العمل وحمانيته.
- ج - الحصول على مكافأة تناسب طبيعة العمل ونوعه عند استعمال الغير للعمل، عدا الحالات المنصوص عليها في القانون. يتضح من هذا النص أن للمؤلف على مصنفه حقان حق أدبي وحق مالي.

أولاً: الحق الأدبي

يخول الحق الأدبي للمؤلف مكنة تقدير صلاحية نشر مؤلفه ونسبته إليه، المادة الثامنة من القانون 19 لسنة 1994م، كذلك يخول الحق الأدبي للمؤلف سلطة سحب مؤلفه من التداول كما يخوله أيضاً حمايته أثناء حياته وبعد مماته، كما للمؤلف الحق وحده في ترجمته إلى لغة أخرى أو لغات أخرى، ناهيك عن حقه في إعادة طبع عمله وبأي وسيلة كانت المادة 13 من القانون.

(1) د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، نفس المرجع، ص 399.

(2) يقابلها المادة السابعة من قانون حماية حق المؤلف في العراق رقم 3 لسنة 1941م، والمادة الخامسة من قانون حقوق المؤلف في مصر رقم 345 لسنة 1954م،

يراجع فيما يتعلق بالتطور التشريعي والدولي لحماية حق المؤلف كلا من د. محمود إبراهيم الوالي، د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 135.

د. عبد المنعم فرج الصدة، ص 363.

د. رمضان أبو السعد، النظرية العامة للحق، مرجع سابق، ص 571.

ويعد الحق الأدبي من الحقوق اللصيقة بالشخصية التي تميز فردية كل شخص ولا يمكن بالتالي فصلها عن هذا الشخص ونزعها منه ونقلها إلى شخص آخر.⁽¹⁾ ويترتب على ذلك أن هذا الحق لا يسري عليه التقادم ولا يجوز التصرف فيه أو الحجز عليه.

ويتميز هذا الحق عن غيره من حقوق الشخصية بأنه ينتقل بالوفاة إلى الورثة المادة 121 من القانون وجدير بالإشارة بأن الحق الأدبي يبقى مؤبداً على الدوام للورثة وذلك عكس الحق المالي. ولكن انتقال الحق الأدبي للمؤلف إلى ورثته لا يعني أن نسبة المصنف إلى المؤلف تنتقل إلى ورثته، فهي تظل له وحده وإلى الأبد.

وكل ما في الأمر أن بعض السلطات التي يخولها الحق الأدبي هي التي تنتقل إلى الورثة بغية تمكينهم من المحافظة على سمعة المؤلف الأدبية والفنية على الوجه الذي ارتضاه المؤلف لنفسه قبل وفاته.

ثانياً الحق المالي:

يعبر الحق المالي عن الصلة المادية القائمة بين المؤلف صاحب الحق الفكري وبين مصنفه أو عمله الإبداعي الأدبي أو العملي أو الفني، ويخول هذا الحق لصاحبه الاستئثار بنشر جهده. وقد أعطى القانون للمؤلف وحده استغلال مصنفه مالياً بأي طريقة من طرق الاستغلال وقد أوضحت المادة 13 من القانون أهم طرق هذا الاستغلال بقولها للمؤلف حق استغلال إنتاجه بالطرق المناسبة وعلى الأخص:

أ- طبع العمل بعدد غير محدد من النسخ وبأية وسيلة كانت كالنسخ اليدوي أو على آلات الطباعة ..إلخ.

ب - الأداء العلني للعمل الإبداعي في الندوات أو العرض في القاعات الموسيقية أو المسرح أو السينما أو معارض اللوحات أو التصوير.

ج - طرح العمل للتداول في الأسواق والمعارض الوطنية والدولية.

د - نقل العمل إلى لغة أو لغات أخرى.

خ - إعادة طبع العمل.

(1) انظر مالين، القانون المدني وحماية حقوق الشخصية في الاتحاد السوفيتي، ترجمة دار التقدم، موسكو، 1988م، ص20.

د. رمضان أبو السعد، نفس المرجع، ص590.

هذا يلاحظ أن حق المؤلف في الاستغلال المالي لمصنفة لا يختلف كثيرا في خصائصه عن الحقوق المالية الأخرى.

فحق الاستغلال المالي يجوز التصرف فيه كبقية الحقوق المالية، فللمؤلف أن ينزل عنه للغير بمقابل أو بدون مقابل ويشترط لإتمام هذا التصرف أن يكون مكتوبا (المادة 4). وإذا كان من الثابت أن الحق القابل للتصرف فيه يكون قابلا للحجز عليه فالمادة (22) قد نصت على أنه "لا يجوز الحجز على أعمال المؤلف للوفاء بديونه".

وينتقل حق المؤلف المالي إلى ورثته بعد وفاته إذ يكون لورثته وحدهم الحق في مباشرة حقوق المؤلف في الاستغلال التجاري، لمدة 30 سنة تحتسب من أول يناير من سنة وفاة المؤلف. وقد أورد المشرع على هذه القاعدة استثناءات. ففي حالة الأفلام السينمائية والتلفزيونية ينقضي حق الاستغلال المالي بمضي 25 سنة من تاريخ الإنتاج تحتسب من أول يناير من سنة الإنتاج وغير ذلك من الاستثناءات المواد 25، 26، 27.

وإذا كان الحق المالي ليس مؤبدا شأن الحق الأدبي، أي أنه ينقضي بمضي المدة المقررة قانونا وهي 30 سنة كما سبق القول. ففي هذه الحالة لا يصح استغلال المصنف ماليا قاصرا على احد، لأنه بفوات هذه المدة يعد المصنف جزءا من التراث الإنساني.⁽¹⁾

والجدير بالذكر أن القانون اليمني قد اعترف بحق المؤلف لغير اليمني إذا كان قانون بلده يعامل اليمني بالمثل أو بناء على لاتفاقيات الدولية التي تكون اليمن طرفا فيها.

المطلب الثالث

حماية حق المؤلف

اعتبر المشرع أن الاعتداء على حق من حقوق المؤلف جريمة جنائية إضافة إلى النسبة إلى النفس بالنشر أو الإعلان مؤلفا وضعه الغير كذلك التحريض والاشتراك في فعل من الأفعال المحظورة في القانون "قانون الحق الفكري" 19 لعام 1994م وعقوبة هذه الجرائم هي الحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر أو الغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف ريال.

وإلا جانب الجزاء الجنائي قرر المشرع الجزاء المدني المتمثل في الحق في التعويض وإزالة الآثار التي تلحق بالمؤلف. ليس هذا فحسب بل أن المشرع لم يجز الاتفاق على مخالفة أحكام القانون ما لم تكن في صالح المؤلف المادة "125"

(1) انظر د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 205.

الباب الثاني أركان الحق

اختلف الباحثون في تحديد أركان الحق، فبينما يرى البعض أن الحق يقوم على ركنين أساسيين هما:

1 - أشخاص الحق، 2 - محل الحق. ويضيف آخرون ركنا ثالثا هو الحماية القانونية للحق، كما يذهب فريق ثالث إلى إضافة سبب الحق ومضمون الحق ومؤيد الحق وجزاءه.⁽¹⁾ وقد أوضحنا عند تعريف الحق، أن النظرية الموضوعية عدت الحماية القانونية عنصرا من عناصر الحق بالرغم من أن الحماية تالية لوجود الحق ونشأته، بمعنى أن القانون لا يمكن أن يحمي شيئا لم يوجد بعد. وخلصنا فيما سبق إلى أن الحق انتماء شيء إلى شخص انتماء يحميه القانون. ويتبين من ذلك أن للحق ركنين هما:

1 - صاحب الحق: وهو ما يرد عليه الاستثناء.

بصرف النظر عن الصراع المحتدم حتى اليوم بين الباحثين بشأن عد عنصر الحماية القانونية من العناصر المكونة للحق أو عدم عده من بين العناصر المكونة للحق، فإن الذي لا شك فيه أن الحق الذي لا يوفر له القانون وسائل حمايته يكون موجودا ولكن صاحبه لا يستطيع الحصول عليه.⁽²⁾

وتأسيسا لما سبق سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول هي:

الفصل الأول: أشخاص الحق

الفصل الثاني: محل الحق

الفصل الثالث: حماية الحق

الفصل الأول

أشخاص الحق

(1) راجع في ذلك د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 207، د. سعيد جبر، الجزء الثاني، ص 249. د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 249، د. عباس الصراف، د. جورج حزيون، المرجع السابق، ص 149. د. عدنان جاموس، المرجع السابق، ص 127، د. محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 249. د. هشام قاسم، المدخل إلى علم القانون، المرجع السابق، ص 285.

(2) للتفصيل راجع د. عباس الصراف، د. جورج حزيون، المرجع السابق، ص 199.

الشخص في نظر القانون هو كل من يصلح لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات والشخصية القانونية هي صلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

وتثبت الشخصية القانونية للإنسان أساساً، فلإنسان شخص في نظر القانون لأنه يصلح لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. إلا أن الشخصية القانونية لا تقتصر على الإنسان كفرد، فقد دعت ضرورات التقديم الحضاري الذي أصاب مختلف جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية إلى التسليم بصلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات لبعض جماعات من الأفراد ولبعض مجموعات من الأموال.

ولتمييز الشخصية القانونية التي تثبت للإنسان عن الشخصية القانونية التي تثبت لغيره جرى الاصطلاح على تسمية الإنسان بالشخص الطبيعي، وعلى تسمية غيره بالشخص المعنوي أو الاعتباري أو الحكمي أو المجازي⁽¹⁾ وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول فكرة الشخص المعنوي ففي حين يذهب البعض إلى أن الشريعة الإسلامية لم تعرف فكرة الشخصية المعنوية يرى فريق آخر عكس ذلك⁽²⁾ وعلى هذا الأساس سنتكلم أولاً عن الشخص الطبيعي، وثانياً عن الشخص الاعتباري.

المبحث الأول

الشخص الطبيعي

تعترف القوانين الحديثة، على عكس الحال بالنسبة للقوانين القديمة لكل إنسان بالشخصية القانونية.

والشخص الطبيعي هو الإنسان، والأصل في الشخصية القانونية أنها للإنسان وحده. والقوانين التي تفرض على الإنسان الرفق بالحيوان لا تخلق من هذا الالتزام حقاً للحيوان، وإنما أساسها فكرة أخلاقية وهدفها مصلحة الإنسان نفسه.

(1) انظر محمود سليمان موسى، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في القانونين الليبي والأجنبي، ط1، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، 1985م، ص95.

د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، ص421.

(2) انظر محمود سليمان موسى، نفس المرجع، ص44-45.

وقد عرفت الإنسانية حالات لم يعترف فيها للإنسان بالشخصية القانونية كالحالة التي في القانون المدني الفرنسي "الموت المدني" حيث كان يعتبر المحكوم بهذه العقوبة بمثابة الميت فتسلخ عنه شخصيته القانونية.⁽¹⁾

وتثبت الشخصية للابسان بصرف النظر عما يمكن أن يكسبه من حقوق أو يلتزم به من واجبات كما لا يشترط لثبوت الشخصية أن توفر للإنسان القدرة الإرادية لكسب حق أو لتحمل بواجب فهي تثبت للطفل غير المميز والمجنون رغم كونهما فاقدان الإرادة لانعدام التمييز. ونتناول في هذا المبحث بدء الشخصية ونهايتها، ثم مميزات الشخصية، وأخيرا أهلية الأداء.

المطلب الأول

بدء الشخصية ونهايتها

أولاً: بدء الشخصية

تنص المادة 38 من القانون المدني اليمني على أنه "تبدأ شخصية الإنسان وقت ولادته حيا وتنتهي بموته ومع ذلك فإن للحمل المستكن حقوقا اعتبرها القانون".

وواضح من النص بأن شخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا، فيشترط لثبوت الشخصية أن ينفصل الجنين انفصالا تاما عن أمه وأن يولد الجنين حيا⁽²⁾ وتنتهي هذه الشخصية بالوفاة.

وإثبات الولادة والوفاة قد لا تكون عن طريق السجلات الرسمية المعدة لذلك، فإذا لم توجد سجلات أو لم تبين عدم صحة ما أدرج في السجلات المذكورة جاز الإثبات بكافة الطرق المادة 39 من القانون المدني اليمني.

وتوجب المادة 20 من قانون الأحوال المدنية والسجل المدني رقم 23 لسنة 1991م بأن يكون التبليغ عن المواليد خلال ستين يوما من تاريخ الولادة، وقد أعفى القانون شهادة الميلاد من الرسوم المادة 23 قانون السجل المدني.

حالة الحمل المستكن (الجنين):

إذا كان الأصل هو ابتداء شخصية الإنسان بولادته حيا، إلا أن القالون خرج عن هذا الأصل واعترف للحمل أو الجنين قبل ولادته ببعض الحقوق.

(1) انظر د. عدنان جاموس، المرجع السابق، ص162.

(2) المذهب الحنفي يكتفي في هذا الصدد بخروج أكثر المولود من أمه دون أن يشترط خروجه كله، أما المذاهب الثلاثة الأخرى تشترط تمام الولادة بخروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما. انظر د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ص523.

د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص211.

فيثبت له فضلا عن النسب، الإرث والوصية والاشتراط لمصلحة الغير، أما الهبة لا يجوز للجنين كون الهبة عقد يتم بإيجاب وقبول، ناهيك عن أن الهبة يشترط أن يكون الموهوب له موجودا⁽¹⁾ فالجنين، إذن، ثبت له حياة تقديرية يكتسب بموجبها بعض الحقوق التي يعينها القانون. ولكن يشترط لاكتساب هذه الحقوق نهائيا أن يولد الجنين حيا، فهو إذا ولد ميتا، لا يستحق هذه الحقوق وتعتبر بالنسبة له كأنها لم تكن.⁽²⁾

ثانيا: نهاية الشخصية

تنتهي الشخصية من الناحية الطبيعية بالوفاة، والمبدأ أن تنتهي كذلك بالوفاة من الناحية القانونية وهذا ما نصت عليه المادة 38 مدني يمني.

إلا أن هذه الشخصية قد تنقضي في وقت سابق على الوفاة إذا حكم بموت المفقود وهو ما يعرف بالموت الحكمي ونعرض فيما يلي حالة الموت الحكمي أو المفقود.

المفقود:

المفقود هو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته غيبة منقطعة، وانقطعت أخباره، بحيث لا يعرف حياته من مماته⁽³⁾ وقد نصت المادة 113 من قانون الأحوال الشخصية على أن "المفقود هو الغائب التي لا تعرف حياته ولا وفاته" وقد فرقت المادة ذاتها بين المفقود والغائب بقولها في الفقرة الأولى "الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته". والغائب هو الشخص الذي يغيب عن موطنه وقد يكون له محل إقامة معروف خارج موطنه أو لا يكون ولكن الثابت يقينا أن الغائب حي وحياته معلومة. ولذلك لا يعد الغائب مفقودا ولا يؤثر غيابه على شخصيته القانونية وكل ما في الأمر إذا ترتب على غياب الغائب أن تعطلت مصالحه أو مصالح الغير اعتمد له القاضي مقدما لإدارة أمواله كما يحق لزوجة الغائب حق فسخ نكاحها بعد انقضاء سنة واحدة لغير المنفق وبعد سنتين للمنفق. المواد (52، 114) قانون الأحوال الشخصية.

الحكم بموت المفقود:

تنص المادة (117) من قانون الأحوال الشخصية على أن للقاضي أن يحكم بموت المفقود في الحالات التالية:

أ - إذا قام دليل على وفاته.

(1) انظر قانون الأحوال الشخصية المواد 121، 134، 239، 171، 178، والمادة 221 قانون مدني يمني.

(2) انظر د. محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 263.

(3) د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، ص 257.

ب - إذا مرت مدة كافية من إعلان فقده في ظروف لا يغلب فيها الهلاك على أن لا تقل المدة عن أربع سنوات.

ج - إذا فقد في ظروف يغلب فيها الهلاك ومضت سنتان على إعلان فقده، يتضح من النص أعلاه أنه يفرق بين حالتين:

1- حالة المفقود في ظروف لا يغلب فيها الهلاك، كمن سافر إلى الخارج للسياحة أو التجارة أو طلبا للعمل أو انقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته ففي هذه الحالة يفوض القانون للقاضي تحديد المدة التي بعدها يمكنه الحكم باعتبار المفقود ميتا. وبالطبع فإن هذه المدة لا ينبغي أن تقل عن أربع سنين.

2- حالة المفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك، كما إذا كان قد فقد في زلزال أو فيضان. ففي هذه الحالة يحكم بموت المفقود بمضي سنتين على إعلان فقده. وفي جميع الأحوال ينبغي على القاضي أن يتحرى بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة الحقيقة أي معرفة ما إذا كان حيا أو ميتا قبل أن يحكم بوفاته.

ويذهب البعض إلى القول إذا كان حكم القاضي بموت المفقود قائما على أدلة قوية تصلح لإثبات الوفاة وفاة حقيقة وليست حكمية وكان الحكم بالوفاة حكما موقرا لا منشأ، فتكون الوفاة من وقت ثبوتها لا من وقت الحكم، بخلاف ما إذا كان حكم القاضي بموت المفقود قائما على مجرد أمارات لا تصلح لأن تكون حجة في إثبات الوفاة فإن الموت يكون حكما ويكون الحكم الذي قضى به حكما منشأ.⁽¹⁾

الحكم باعتبار المفقود ميتا:

نص المادة (119) من قانون الأحوال الشخصية على أن يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخا لوفاته⁽²⁾ ويترتب على الحكم بموت المفقود أن تنتهي شخصيته أي أهليته لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. وتبعا لذلك توزع تركته على من كان موجودا من ورثته وقت الحكم بموته، وتعتد زوجته عدة الوفاة من يوم صدور الحكم بوفاته لا من ويم فقده. ويحل لها بعد انقضاء العدة أن تتزوج من غيره⁽²⁾ كذلك يعتبر ميتا من وقت الحكم بالنسبة للأموال التي كان يملكها عند فقده، ومؤدى ذلك أن هذه الأموال ونماءها توزع على الورثة الموجودين عند الحكم، أما الذين ماتوا قبل الحكم فلا يرثون لأن شرط الميراث أن يكون الوارث حيا وقت الوفاة أي وقت وفاة المورث

(1) انظر د. عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 503.

(2) هذا إذا لم يكن قد سبق لها أن طلبت فسخ الزواج لغيبه الزوج وحكم لها به كما تقتضي بذلك المادة 52 من القانون، أيضا انظر م(26).

المادة (30) قانون الأحوال الشخصية وذلك لأن المفقود لم يعتبر ميتا إلا بعد حكم موته⁽¹⁾ أما بالنسبة للحقوق التي تنفع المفقود وتضر غيره، فإن المفقود يعتبر ميتا لا من تاريخ الحكم وإنما من تاريخ الفقد⁽²⁾ فإذا كان قد آل إليه ميراث في المدة بين فقده والحكم بموته. فإنه بعد صدور هذا الحكم لا ينتقل هذا الميراث إلى ورثته هو وإنما يعود نصيبه الذي كان موقوفا إلى من كانوا يستحقونه من وقت الوفاة وفاة المورث المادة (21) أحوال شخصية.

ظهور حياة المفقود:

إذا ظهر المفقود بعد حكم موته من قبل القضاء، يكون له أن يسترد ما بقي من ماله من ورثته، وكذلك يسترد ما يوجد من استحقاقه في إرث مورثه، في أيدي ورثة مورثه. أما ما استهلك في تلك الأحوال، أو تم التصرف فيه إلى الغير، فهم غير مسئولين منه، أي أنهم لا يسألون عن مواجهة العائد من أي تعويض عن قيمة ما هلك بفعلهم، ذلك أن يدهم كانت يد شرعية تستند إلى حكم قضائي سليم. أما عن زوجته والتي اعتدت هذه الوفاة تعود إلى عصمته ما لم تتزوج" ويقع الدخول بها المادة (130) أحوال شخصية. هذا إذا لم يكن زواجها الآخر قد حدث بعد فسخ زواجها من المفقود بحكم قضائي بسبب غيبة المفقود المادة (52) من القانون.

المطلب الثاني

مميزات الشخصية

يتميز الشخص عن غيره بعدة مميزات أو خصائص، ويحدد الفقهاء هذه المميزات بأمر ثلاثة هي : الاسم، والموطن، والحالة التي تحدد مركزه بالنسبة إلى الدولة وإلى الأسرة وفي بعض الأحيان بالنسبة إلى المدن، ويضيف البعض البعض الأهلية والذمة المالية.⁽³⁾

أولا : الاسم

يُعرف الشخص باسمه ويتميز عن غيره من الأشخاص، وتنص المادة (56) من القانون المدني اليمني على أنه "يعرف الإنسان في التعامل باسمه واسم أبيه واسم جده ولقب يتميز به

(1) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص504.

(2) يرجع في ذلك د. توفيق حسن فرج ، د. محمد يحيى مطر، المرجع السابق، ص258.

جميل الشراوي، المرجع السابق، ص292.

(3) انظر د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص214، د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص273، د.

محمد العيد رشدي، المرجع السابق، ص124، د. سعيد جبر، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص133، 163.

وينظم القانون كيفية تسجيل الأشخاص لأسمائهم وألقابهم"، القانون المنظم لكيفية تسجيل الأشخاص لأسمائهم وألقابهم هو القانون رقم 23 لسنة 1991م بشأن الأحوال الشخصية والسجل المدني". ويتضح من النص أعلاه بأنه يلزم إلى جانب اسم الشخص نفسه اسم أبيه واسم جده أن يوجد له لقب وهو اسم العائلة وذلك حتى لا يقع اللبس بين الأشخاص، وهذا هو الشائع أي استعمال الاسم الشخصي مضافا إليه اسم الأب والجد ومع ذلك يمكن أن يكون للشخص لقب يتميز به. (1) وقد ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للاسم وتعددت النظريات بهذا الصدد، ومن جانبنا نميل إلى ترجيح الرأي القائل أن الاسم من صفات الشخصية القانونية ومن مميزاتها، وباعتباره كذلك فإنه ينطوي على فكريتي الحق والواجب في آن معا، فهو ينطوي على فكرة الواجب بمعنى أن العلاقة بين الشخص واسمه هي علاقة وجوب ولزوم وضرورة. وهو ينطوي على فكرة الحق بمعنى أن للشخص حقا على اسمه يجب احترامه وعدم الاعتداء عليه بانتحاله لأنه من الحقوق اللصيقة بالشخصية (2) فالاسم واجب يقرره القانون، ولهذا فإنه لا يترك للأفراد الحرية في تغيير أسمائهم أو تصحيحها حسب إرادتهم، وإنما رسم لذلك نظاما ينبغي إتباعه حتى يمكن حصول هذا التغيير. وقد نص قانون الأحوال المدنية والسجل المدني في المادة (42) بأنه "لا يجوز إجراء تصحيح أو تغيير في قيود واقعات الأحوال المدنية إلا بحكم نهائي يصدر في المحكمة... إلخ.

والى جانب أن الاسم واجب يقرره القانون، فهو كذلك حق للشخص، وهو ليس حقا ماليا وإنما هو حق من الحقوق العامة اللصيقة بالشخصية كما تقدم القول، لذلك يظل الإنسان محتفظا باسمه ما بقيت شخصيته، وكل اعتداء على الاسم عن طريق استعماله بلا مبرر أو انتحاله يجيز لصاحبه طلب وقفه أي وقف الاعتداء على اسمه مع التعويض عما لحقه من ضرر "المادة 49 مدني يمني.

ويطلق على الاسم الوارد في المادة 46 مدني يمني "الاسم المدني" لأنه قد يوجد للشخص اسم تجاري غير الاسم المدني ومن خصائص الاسم التجاري أنه مرتبط بالمحل، فلا يوجد اسم تجاري مستقلا بحيث يمكن التصرف فيه، وقد نصت المادة 58 من القانون التجاري اليمني بأنه "لا يجوز التصرف في العنوان التجاري تصرفا مستقلا عن التصرف في المتجر ولكن إذا تصرف

(1) وهناك صور أخرى للاسم، كاسم الشهرة، وهو ما يخلقه الجمهوري من اسم على الشخص بحيث يستوعب كامل نشاطه ويعرف به. كذلك قد يختار الشخص لنفسه اسم يتميز به كالفنانين والرياضيين وهو ما يعرف بالاسم المستعار.

(2) انظر د. محمود محمد عبد الله، المرجع السابق، ص272، د. سعيد جبر، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص109، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص219.

صاحب المتجر في متجره لم يشمل التصرف العنوان التجاري ما لم ينص على ذلك صراحة وضمنا.

ثانياً: المواطن

يُعرف المواطن المحل الرئيسي الذي يستقر فيه الشخص، أي أن المواطن عبارة عن المكان الذي يفضل أن يعيش فيه الإنسان ويستقر ويرتب أموره فيه وإذا أراد أن يبتعد عنه فليس إلا لكي يعود فيما بعد. (1)

وقد عرف المادة (23) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم 28 لعام 199م المواطن بقولها (المواطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ويباشر فيه أعمال الحياة العادية ويستوفي ماله ويؤدي ما عليه، ويكون المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة أو مهنة أو وظيفة، موطناً له لإدارة هذه الأعمال).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع اليمني أجاز أن يكون للشخص الواحد في وقت واحد أكثر من موطن كما أجاز له موطن المادة (24) قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

ويتجاذب فكرة المواطن مذهباً (2) المذهب الواقعي وبمقتضاه يتحدد المواطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وواضح من نص المادة (23) مرافعات أن المشرع اليمني أخذ بالمذهب الواقعي في تحديد فكرة المواطن، كذلك القانون المدني الإيطالي المادة (7) والمدني المصري المادة (40) المدني العراقي المادة (42) والمدني الليبي المادة (40) والمدني الأردني 29 فقرة 1.

والمذهب الآخر هو المذهب الحكمي والذي يحدد المواطن لا بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بل للمكان الذي يوجد فيه المركز الرئيسي لأعمال الشخص ومصالحه. وقد أخذ بهذا المذهب القانون المدني الفرنسي المادة (102) والقانون المدني الإيطالي المادة (41) مني إيطالي.

والجدير بالذكر أن المذهب الواقعي في تحديد فكرة المواطن يتفق مع الشريعة الإسلامية (3) والتي تأخذ بمكان الإقامة المعتاد، وتسمح بتعدد المواطن للشخص الواحد ناهيك عن السماح بأن لا يكون للشخص موطن ما، كما هو الحال عند البدو الرحل، ويتأكد ذلك بنصوص القوانين سالفه

(1) راجع في ذلك د. عباس الصراف، د. جورج حزيون، المرجع السابق، ص 169.

(2) يراجع في ذلك بالتفصيل د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 471.

(3) راجع د. محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 315، د. رمضان أبو السعد، المرجع السابق، ص 287.

الذكر، والتي جاءت متوافقة مع تنص المادة 34 من مرافعات يميني⁽¹⁾ ويترتب على الأخذ بالمذهب الواقعي لتحديد فكرة الموطن نتيجتان: الأولى هي إمكان تعدد الموطن، حيث يكون الشخص مقيماً فعلاً في أكثر من مكان، كأن يكون متزوجاً بزوجة مقيمة في مكان معين وأخرى في مكان آخر.

ومفيد الإشارة في هذا السياق إلى أن القانون الروماني لم يكن يفصل بين الموطن والإقامة، فكان الموطن حيث يقيم الشخص أما القانون اليميني فيفرق بين الموطن ومحل الإقامة حيث نصت المادة 28 مرافعات يميني على أن محل الإقامة هو "المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة مؤقتة لعمل عارض أو ظرف خاص".

أهمية تحديد الموطن: لتحديد موطن الشخص أهمية تبرز في نواحي متعددة أهمها:

- 1- يتحدد الاختصاص للمحاكم على أساس موطن المدعى عليه أو محل إقامته المادة (17) مرافعات يميني.
- 2- الأوراق المطلوب إعلانها كصيغة الدعوى والإنذارات يجب أن توجه للشخص في موطنه المادة (32) المرافعات يميني.
- 3- الوفاء بالالتزامات التي ليس محلها شيئاً معيناً بالذات يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء... إلخ المادة (423) مدني يميني.
- 4- الحجز على المدين المفلس يكون بحكم من المحكمة التي يقع في دائرتها موطن هذا المدين المادة 72 مدني يميني.

أنواع الموطن:

الموطن أساساً ينقسم إلى نوعين: موطن عام، وموطن خاص.

أولاً : الموطن العام

(1) انظر المادة (40) فقرة 2 مدني مصري، والمادة 4 فقرة 2 مدني ليبي، والمادة 39 فقرة 302 مدني أردني، أما المشرع العراقي في المادة 42 مدني لم ينص على إمكان عدم وجود موطن للشخص وهو محق بذلك إذ لا فائدة من ذلك، دون إيجاد الحل، أي كيف سيكون الأمر في حالة عدم وجود موطن للشخص، مثلاً كيف يستطيع الدائنون الوصول إلى مدينهم الذي لا موطن له. وينبغي ألا يفهم أن الحل متعذر، وذلك ما ورد في المشرع البرتغالي حيث ينص على أنه إذا لم يكن للشخص إقامة دائمة كان موطنه حيث يوجد المادة 45 وكذلك القانون البرازيلي الذي نص على أن من ليس له موطن وكان يمضي حياته متنقلاً في البلاد كان موطنه حيث يوجد المادة 33 أيضاً القانون الياباني إذ يقول "من ليس له موطن في اليابان، سواء أكان يابانياً أو أجنبياً يكون موطنه حيث يوجد المادة 33".

هو المكان الذي يقيم فيه الشخص وعادة في الأصل يترك تحديد هذا المكان لاختيار الشخص وإرادته ويسمى المواطن الذي يختار على الأساس بالمواطن الاختياري أو الإرادي. ولكن هذا لا يكون إلا بالنسبة لكامل الأهلية، وهم البالغون سن الرشد دون أن يحجز عليهم لصغرهم أو لجنونهم أو لسفه. وعلى ذلك ففي الحال التي لا يكون فيها الشخص غير كامل الأهلية فإن القانون هو الذي يحدد موطن الشخص لذلك سمي بالمواطن القانوني أو الإلزامي. ووفقاً لنص المادة 25 مرافعات "مواطن القاصر ومن في حكمه هو مواطن النائب عنه قانوناً، ولياً أو وصياً، ومواطن التركة هو آخر مواطن للمتوفى عنها".

ثانياً: المواطن الخاص (1)

هو المواطن الذي يتعلق ببعض أعمال معينة لا يعول فيها على المواطن العام فيعتد بهذا المواطن الخاص بالنسبة لهذه الأعمال والعلاقات فقط. ويعتد بالوطن العام بالنسبة لجميع أعمال الشخص وعلاقاته الأخرى.

وأهم أنواع المواطن الخاص موطن الأعمال والمواطن المختار.

وموطن الأعمال، هو المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة أو مهنة أو وظيفة وذلك ما نصت عليه المادة 23 مرافعات بقولها "ويكون المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة أو مهنة أو وظيفة، موطناً له لإدارة هذه الأعمال".

أما المواطن المختار، فهو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين بالاتفاق مع الأطراف الأخرى كتابة أو بإعلان به بوجه رسمي... المادة 275 مرافعات. هذا ولا يجوز إثبات وجود المواطن المختار إلا بالكتابة أو بإعلانه رسمياً. وذلك لكون المواطن المختار خروجاً عن الأصل الذي يجعل موطن الشخص محل إقامته المعتادة.(2)

ثالثاً: الحالة

يرجع الأصل التاريخي لفكرة الحالة إلى القانون الروماني، ويقصد بحالة الشخص مجموع الصفات التي تلحق به ويترتب على توافرها آثار قانونية. وهذه الصفات منها ما يحدد مركز الشخص بالنسبة إلى دولة معينة وذلك بانتمائه إلى جنسية هذه الدولة وهذه هي الحالة السياسية، ومنها ما يحدد مركزه بالنظر إلى انتسابه إلى أسرة معينة وهذه هي الحالة العائلية، ويدخل فيها

(1) راجع في ذلك مفصلاً د. عبد المنعم فرج الصّدة، المرجع السابق ص 436 وما بعدها، د. توفيق حسن فرج، د.

محمد يحيى مطر، المرجع السابق، ص 273.

(2) انظر د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 177.

أخيراً ما يحدد مركزه من حيث انتمائه إلى دين معين⁽¹⁾ وقد عرفت محكمة النقض المصرية⁽²⁾ الحالة بأنه مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات التي يرتب القانون عليها أثراً في حياته الاجتماعية وهذه الصفات قد تكون طبيعية مثل كون الإنسان ذكراً أو أنثى، وقد تكون عائلية ككونه زوجاً أو أرملاً أو أباً أو ابناً. وقد تكون مدنية ككونه تام الأهلية أو ناقصها أو مقيداً بسبب من الأسباب القانونية، وقد تكون دينية ككونه مسلماً أو مسيحياً أو يهودياً أو غير ذلك، وقد تكون سياسية ككونه متجنساً بجنسية الدولة ومستوطناً فيها أو قد تكون حرفية ككونه محامياً أو موظفاً أو عاملاً ومما يجدر ذكره في هذا السياق هو أن الحالة في القانون الروماني كانت تشمل مركز الفرد من الحرية بانتمائه إلى مجموعة الأحرار والأرقاء.⁽³⁾

1 - الحالة السياسية "الجنسية"

وتحدد الحالة السياسية للشخص بتحدد جنسيته أي انتمائه إلى دولة معينة، وللحالة السياسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانوني ولذلك فهناك تفرقة بين الوطنيين والأجانب في كل الدولة من حيث نطاق ما يتمتع به كل من الوطنيين والأجانب من حقوق وواجبات، فمن حيث الحقوق العامة و ما تسمى بالحقوق الشخصية فلا فرق بين وطني وأجنبي في التمتع بهذه الحقوق فلأجنبي شأنه شأن الوطني الحق في سلامة جسمه وحقه في التنقل وحرية الفكر والرأي... إلخ مع الأخذ في الاعتبار بأن المشرع في بعض الأحيان يضع بعض القيود على تمتع الأجانب بهذه الحقوق مراعاة المصلحة العامة للدولة مثل منع الأجانب من ممارسة بعض المهن والأعمال. أما بالنسبة للحقوق الخاصة التي يحكمها القانون الخاص فإنه يعترف للأجانب ببعض منها. أما الحقوق السياسية فلا يتمتع بها الأجنبي كحق الترشيح أو الانتخاب في المجالس النيابية أو حق تولي الوظائف العامة⁽⁴⁾ كما أن تحديد الجنسية يعد فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي تنشأ بين أفراد ينتمون لجنسيات مختلفة، وكذلك فيما يتعلق بتعيين المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي قد تنشأ عن تلك العلاقات.

(1) راجع د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 537 وما بعدها، د. محمد السعيد رشدي، المرجع

السابق، ص 130، د. رمضان أبو السعد، النظرية العامة للحق، مرجع سابق، ص 115.

(2) نقلاً عن رمضان أبو السعد، المرجع نفسه، ص 116.

(3) يراجع في ذلك د. عباس العبودي، تاريخ القانون، المرجع السابق، ص 139.

(4) انظر قانون 41 لعام 1992م بشأن الانتخابات المادة (3)، أيضاً قانون 5 لعام 1995م "قانون العمل" المواد

19، 20، 21، 22، 23، 24، 25، 26.

وتنص المادة (42) من القانون المدني على أن الجنسية اليمنية ينظمها قانون الجنسية وهو القانون رقم 6 لعام 1990م. والجنسية نوعان هي الجنسية الأصلية والجنسية الطارئة المكتسبة.⁽¹⁾

أ- الجنسية الأصلية: وهي تلك التي تثبت للشخص عند الميلاد على أساس رابطة الدم "حق الدم" أو على أساس رابطة الإقليم "حق الإقليم" وقد درجت الدول على الأخذ بكلا الرابطتين رابطة الدم ورابطة الإقليم، فتكون إحدى الرابطتين هي الرابطة الأصلية والأخرى تأخذ الصفة التكميلية، أي أنها لا تأخذ بإحدى الرابطتين دون الأخرى انظر المادتين 2، 3 من قانون الجنسية حيث أخذ المشرع اليمني برابطة الدم كأساس لاكتساب الجنسية اليمنية فكل من ولد لأب يتمتع بالجنسية اليمنية يكتسب هذه الجنسية سريان ولد في اليمن أو خارجها. وإذا كانت رابطة الدم هي الأساس إلا أن المشرع اليمني أخذ برابطة الإقليم في حالات معينة كحالة الذي يولد في اليمن من أم يمنية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له، وكذلك حالة الطفل الذي ولد في اليمن من أم يمنية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً...إلخ.

ب- ب - الجنسية الطارئة: وهي التي تكتسب بعد الميلاد ولسبب آخر غيره، وهي تكتسب عادة بطريق الزواج أو بطريق التجنس⁽²⁾. وقد حدد المشرع اليمني شروط اكتساب الجنسية اليمنية وذلك في المواد 4، 5، 6، 9، 11 من القانون. والغالب بالنسبة إلى من اكتسب الجنسية بسبب الزواج أو بالتجنس ألا يتمتع فور كسبه للجنسية بكل الحقوق التي تثبت للوطنيين "الجنسية الأصلية" فحرم لمدة بعد اكتسابه الجنسية من التمتع ببعض الحقوق وخاصة الحقوق السياسية، وذلك ما تقضي به المادة 23 من قانون الجنسية اليمنية بقولها "الأجنبي المسلم الذي اكتسب الجنسية اليمنية عمل بأحكام المواد (4، 5، 6، 9، 11) من هذا القانون لا يكون له حق مباشرة الحقوق السياسية المقررة لليمنيين قبل انقضاء خمس عشر سنة من تاريخ كسبه للجنسية المذكورة كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه في أية هيئة نيابية قبل مضي المدة المذكورة من التاريخ المذكور" ويوجد في قانون الجنسية الأردني رقم 6 لعام 1954م المعدل نصاً مماثل للنص اليمني وهي المادة (14) من قانون الجنسية الأردني وكذلك الحال في غيره من قوانين الجنسية كالكويتي الصادر في 1959م والمصري الصادر في 1958م...إلخ.⁽³⁾

وقد اعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948م الجنسية من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها حقوق الإنسان، حيث نصت المادة (15) من الإعلان على أن لكل فرد

(1) انظر د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 458.

(2) انظر د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، الرجوع السابق، ص 212.

(3) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 463.

حق التمتع بجنسية ما، ولا يجوز حرمان شخص من جنسيته تعسفا وإنكار حقه في تغييرها". وجاءت المادة (43) من الدستور اليمني المعدل تطبيقا لما ورد في الإعلان "ينظم قانون الجنسية اليمني ولا يجوز إسقاطها من يمني إطلاقا ولا يجوز سحبها ممن اكتسبها إلا وفقا للقانون".

2 - الحالة العائلية:

يقصد بالحالة العائلية أو المدنية، مركز الشخص في أسرة معينة بوصفه عضوا فيها تربطه بباقي أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل، وقد تربطه بأعضاء أسرة أخرى رابطة من قرابة المصاهرة.

أ - قرابة النسب: يقصد بقرابة النسب أو الدم، الصلة التي تقوم بين الأشخاص يجمعهم أصل مشترك، وهو ما عبر عنه القانون المدني بقوله "أقارب الشخص هم الذين يجمعهم معه أصل مشترك... المادة (43) وتنقسم قرابة النسب إلى قسمين هي القرابة المباشرة والقرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي والقرابة المباشرة هي بحسب المادة (44) من القانون المدني، "الصلة بين الأصل والفروع" أي هي قرابة الآباء والأمهات والأجداد والجذات مهما علو والأبناء والبنات والأحفاد والحفيدات مهما نزلوا لأنهم إنما ينحدرون بعضهم من بعض بصورة مباشرة وعلى خط مستقيم. فقرابة الشخص بجدة مثلا هي قرابة مباشرة لأنه ينحدر منه انحدارا مباشرا ويجمعهما عمود نسب واحد هو العمود الذي يربط بين الشخص وأبيه ثم جده.

أما القرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي فهي بحسب المادة (44) المشار إليها "هي الصلة بين شخصين يجمعهما أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعا للآخر" كالقرابة بين الأخ وأخيه والولد وعمه وخاله".

وتحسب درجة الحواشي بحسب الدرجات صعودا من الفرع للأصل ثم نزولا إلى الفرع الآخر، وكل فرع يعتبر درجة دون أن يحسب الأصل المشترك فالأخ يعتبر من الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه لأن الأصل المشترك بينما هو الأب وكل منهما يعد درجة بالنسبة إلى الأصل المشترك الذي هو الأب فالمجموع درجتان وهكذا "المادة 45" من القانون المدني. وقد سميت هذه القرابة بالقرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي لأن الأقارب فيها لا ينحدرون بعضهم عن بعض على خط مستقيم، وإنما هو يوزعون على عمودين مستقلين للنسب يلتقيان معا عند الأصل المشترك.

وقرابة النسب سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة إنما تكون على نوعين وهما: قرابة العصابات أو القرابة العصبية، وقرابة الأرحام أو القرابة الرحمية.

أما القرابة العصبية فهي التي تكون عن طريق الأب كقرابة الشخص لجدّه لأبيه مثلاً أو لعمه. وأما القرابة الرحمية فهي التي تكون عن طريق الأم كقرابته لجدّه لأمه أو لخاله مثلاً.⁽¹⁾

ب - قرابة المصاهرة: المصاهرة صلة قانونية تنشأ بسبب الزواج بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، والمصاهرة صلة شخصية بحث. ولم ينظم المشرع اليمني قرابة المصاهرة كما فعلت التقنيات العربية⁽²⁾ وصلة المصاهرة لا تكون إلا بين أحد الزوجين، أقارب الزوج الآخر والصلة التي تربط بين الزوجين هي صلة ذات طبيعة خاصة، فهي ليست صلة مصاهرة ولو أنها هي التي تنشأ صلة المصاهرة.

أن المشرع اليمني وإن لم يورد نص بشأن قرابة المصاهرة كما سلف القول، إلا أنه رتب على قرابة المصاهرة آثارها القانونية، كما هو الحال عليه في قانون المرافعات والتنفيذ المدني. المادة 41، 98 فقرة 1، 3، 4 والمادة 100 فقرة 2. كذلك المادة 67 من قانون الإثبات والمادة 32 فقرة 4 من قانون الأحوال الشخصية.

آثار القرابة: يترتب على القرابة آثار قانونية مهمة من حيث تحديد ما لشخص من حقوق وما عليه من التزامات عائلية، أي تحديد حقوق الأسرة، كالحق في الإرث والنفقة والحق في الحضانة وواجب الطاعة، وكذلك من حيث تحديد المحرمات من النساء سواء حسب قرابة النسب أو قرابة المصاهرة. وتؤثر القرابة أيضاً على النشاط القانوني للشخص، فمثلاً يعتبر القاضي غير صالح لنظر الدعوى إذا كانت له صلة قرابة بأحد أطرافها المادة 271 فقرة ب إجراءات جزائية.

3 - الحالة الدينية:

ينص الدستور اليمني على أنه "المواطنون جميعهم مساوون في الحقوق والواجبات العامة" ومعنى ذلك أن الحالة الدينية لا تؤثر على صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات غير أن هذا الأصل قد يرد عليه استثناءات مثال المادة 1249 مدني يمني والتي نصت بأنه يجوز للمسلم إحياء أو تحجر الأرض الموات المباحة للكافة وهي التي لم يملكها أحد ولا تحجرها أحد ولا تعلق بها حق عام أو خاص طبقاً لما هو منصوص عليه... وهذا الاستثناء يعود إلى تطبيق الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر جميع التشريعات كذلك الحال فيما يتعلق بتطبيق قانون الأحوال الشخصية فالحقوق والواجبات التي تثبت للشخص تختلف باختلاف الدين الذي

(1) للتفصيل انظر د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 447.

(2) المدني المصري المادة (37) والمدني الأردني (37)، والمدني العراقي م(2/39)، والمدني السوري (39)، والمدني الليبي (37).

ينتسب إليه. وينبغي الإشارة إلى أن معظم الشعب اليمني يدين بالإسلام باستثناء مجموعة قليلة تدين باليهودية.⁽¹⁾

رابعاً: الأهلية

الأهلية لغة هي الصلاحية: يقال فلان أهل لعمل كذا إذا كان صالحاً للقيام به. في اصطلاح الأصوليين صلاحية الشخص للإلزام والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق غيره، وتثبت له حقوق قبل غيره وصالحاً لأن يلتزم بهذه الحقوق على وجه يعتد به شرعاً.⁽²⁾ والأهلية عند فقهاء القانون الوضعي هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وينصرف اصطلاح الأهلية تارة إلى ما يسمى بأهلية الوجوب وتارة أخرى إلى ما يسمى بأهلية الأداء وإن كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو انعدامها أو نقصها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب، لأنه إذا انعدمت أهلية الوجوب فلا يتصور البحث في أهلية الأداء.⁽³⁾

1 - تعريف أهلية الوجوب

هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، أي صلاحيته في أن يكون طرفاً إيجابياً أو سلبياً في الحقوق. وهي ترتبط بالشخصية القانونية. فكل شخص له أهلية وجوب أي يصلح لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه. وهذا يثبت له بمجرد الولادة كما تثبت له قبل الولادة "الحمل المستكن"، فقد سبق القول أن الجنين يثبت له الحق في الميراث من مورثه وفي الوصية ممن يوصى له.

2 - تعريف أهلية الأداء

هي صلاحية الشخص لإبرام تصرفات قانونية تستهدف إنشاء حقوق والالتزامات أو استعمال تلك الحقوق والوفاء بهذه الالتزامات.⁽⁴⁾ ويمكن إبراز الفرق بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء على النحو التالي:

أ - أن أهلية الوجوب تكتسب بمجرد الميلاد، أي مجرد بدء الشخصية، وقد تكتسب قبل ذلك في حالة الجنين، بخلاف أهلية الأداء فإنها لا تتوافر للشخص إلا ببلوغ سن معينة.

(1) للتفاصيل ارجع د. محمد عبد الكريم عكاشة، يهود اليمن والهجرة إلى فلسطين، الطبعة الأولى، 1993م.

(2) ارجع في ذلك د. حسن محمد مقبول الأهدل، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، 1990م، ص 217 وما بعدها.

د. محمد سعود المعيني، الإكراه وأثره في التصرفات الشرعية "بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، منشورات مكتبة سام، 1985م، ص 11 وما بعدها.

(3) انظر د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 227.

(4) انظر مفصلاً د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 402 وما بعدها.

ب - الأصل في أهلية الوجوب تبدأ كاملة بمجرد الولادة. وتبقى ملازمة للشخص طوال حياته، لا تتأثر بصغر أو مرض أو أفة عقلية. أما أهلية الأداء فتتدرج مع السن، فلا تبلغ درجة الكمال إلا في سن معينة. وقد تنعكس بعد ذلك لعارض لاحق.

ج - عديم أهلية الوجوب لا علاج له، فلا يستطيع إصلاحه بإحلال شخص محل شخص آخر. بخلاف عدم أهلية الأداء ما لا يستطيع عديم الأهلية أن يباشره بنفسه، يجوز أن يباشره عنه نائب قانوني.

أن صلاحية الشخص لإجراء الأعمال والتصرفات ذات النتائج القانونية ومباشرتها بنفسه لا تتعلق بصفته الإنسانية وحدها بل بتوجب لثبوتها أن يكون هذا الشخص على قدر كاف من العقل والإدراك يسمح له بمعرفة نتائج أعماله والتبصر فيها، أي أن مناط أهلية الأداء هو التمييز ولذلك جعل القانون السن معيار تحديد درجة التمييز لدى الشخص كما أن التمييز يتأثر أيضا بعوارض أخرى قد تصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد كالجنون والعتة والسفه والغفلة كما هو الحال في القوانين المدنية العربية.⁽¹⁾

3 - تدرج الأهلية بحسب السن

قسم القانون حياة الإنسان إلى ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: مرحلة الصبي غير المميز

يبدأ هذه المرحلة منذ ولادة الشخص وتنتهي عند بلوغه سنا يستطيع معها أن يعرف معاني الألفاظ ويقدر على التمييز كأن يميز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير كما تورد المادة 943 من مجلة الأحكام العدلية. وقد حدد القانون المدني اليمني سن التمييز في المادة 52 حيث نص على أن "سن التمييز هي عشر سنين كاملة" ولا يملك هذا الصبي أي أهلية لإبرام التصرفات القانونية، لكونه عديم التمييز وبالتالي عديم الأهلية، وإذا أقدم على تصرف من التصرفات كان باطلا بطلانا مطلقا.

المرحلة الثانية: الصبي المميز

هو الصبي الذي أكمال السنة العاشرة من عمره ولم يبلغ الخامسة عشرة، ويكون للصبي المميز أهلية أداء ناقصة، إذا يفترض في هذه المرحلة أنه لم يتوافر له أسباب التمييز كاملة ويظل الشخص ناقص الأهلية إلى أن يبلغ سن الرشد وهي 15 سنة كاملة.

(1) القانون المدني لا يعتر الغفلة من بين عوارض الأهلية، انظر المادة 46 مجني مصري 129 مدني أردني 110، وفي ليبيا قانون 17 لعام 1992م بشأن تنظيم الأحوال للقاصرين ومن في حكمهم المادة 11 فقرة ج، وفي سوريا المادة 200 من قانون الأحوال الشخصية.

أن تمتع الصبي المميز بأهلية أداء ناقصة، مؤداها السماح له ببعض التصرفات وعدم السماح له بغيرها. وتصرفات الشخص عادة تتحدد بثلاث أشكال من حيث نفعها أو ضررها كما قسمها الحنفية⁽¹⁾ وهذه التصرفات أما أن تكون نافعة له نفعاً محضاً، وهذه صحيحة يعترف بها القانون إذا مارسها الشخص، كقبول الهبة، كون الهبة نافعة للموهوب له نفعاً خالصاً لدخول أموال إلى ذمته بلا مقابل.

أما النوع الثاني من التصرفات، فهي الضارة له ضرراً محضاً ومثالها أن يوهب هو أمواله وهذه باطلة بطلاناً مطلقاً. أما النوع الثالث من التصرفات فهي الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع والإيجار، فأنها تكون صحيحة من جانب الصبي المميز، على اعتبار أنه يتمتع بأهلية الأداء إلا أنها موقوفة على إجازة الولي أو الوصي نظراً لنقصان أهلية الأداء من الصبي المميز، فإذا أجاز الولي تصرفه فقد سد النقص بإجازته، فيصير التصرف صالحاً لترتب آثاره عليه،⁽²⁾ وقد فصلت المادة (61) مدين يمني.

على أن المشرع اليمني قد راعى من ناحية أخرى أن ناقص الأهلية يتجه رشده إلى الاكتمال كلما اقترب من السنة المحددة لكامل الرشد والمذكور في قوله تعالى "وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"⁽³⁾ وتطبيقاً لذلك قضت المادة 62 من القانون المدني اليمني بأن "الصبي المميز يختبر في رشده قبل بلوغه بأن يأذن له وليه أو وصيه بإدارة شيء من ماله، ويختلف باختلاف الأحوال فولد التاجر بالبيع والشراء والمحترف بما يتعلق بحرفته وولد المزارع بالمزرعة والصبية بتدبير شؤون بيتها وذلك لمعرفة الغاية المقصودة من الاختبار". ولما كان الغرض هو اختبار مدى نباهة الصبي المميز وقدرته على حسن التصرف ووزن الأمور بالشكل السليم الذي يحقق مصالحه إذ كان لزاماً على المشرع أن يعتد الآثار القانونية لتلك التصرفات المأذون بها ولذا قضت المادة 63 مدين يمني بقولها "يقع صحيحاً منتجاً لجميع آثاره تصرف الصبي المميز فيما أذن له به على النحو المبين في المادة (62) ويستثنى من ذلك الغبن الفاحش... إلخ.

واشترط القانون أن يكون الإذن في الوالي أو الوصي، كما اشترط إشهار هذا الإذن ولا يعتد بالإذن قبل إشهاره المادتين 62، 71 مدين يمني.

(1) انظر د. محمود محمد طنطاوي، المرجع السابق، ص 360.

(2) انظر د. محمد سعود المعيني، المرجع السابق، ص 15، د. حسن محمد مقبول الأهدل، المرجع السابق، ص 221.

(3) سورة النساء الآية 5.

ونلاحظ أن المشرع اليمني في المادة (62) لم يحدد السن التي يجوز فيها الإذن للصبي المميز بإدارة شيء من ماله، كما فعلت معظم التشريعات العربية⁽¹⁾ واكتفى باستخدام لفظ قبيل⁽²⁾ وقد فعل خيرا، حيث أن اكتمال النضج العقلي لا يتوافر عند جميع الأشخاص في سن واحدة، بل يختلفان باختلاف الأشخاص، فقد يتوافر النضج والنباهة عند شخص قبل توافرها عند شخصا آخر، لذا كان تحديد السن التي يجوز فيهما الإذن بالإدارة فيه تحكّم غير قليل، أتبع فيه المشرع طريقة الكم بدلا من طريقة الكيف، والتي جعلها المشرع اليمني سلطة تقديرية بيد الولي أو الوصي. ناهيك عن أن تحديد السنة جائز فيها الإذن للقاصر بإدارة شيء من ماله هي حالة خاصة عكس تحديد سن الرشد بسن محدد والذي يقوم على أساس قرينة معينة هي أن شخص في هذا السن تكتمل إرادته ويتم نضجه العقلي مع أن هذه القرينة ليست صحيحة دائما إنما اقتضتها الضرورة العملية، ثم أن التشريع يكون للغالب في الحالات، والغالب أن يكتمل النضج العقلي في سن معينة قدرها معظم الفقهاء بتمام الخامسة عشرة وهذه السن هي التي تظهر فيها علامات البلوغ المعروفة. ناهيك عن أن تطور العلم والمعرفة والاتصال وغيرها من وسائل المدنية وانتشار التعليم... إلخ. عامل أثر النضج العقلي وهذا الاتجاه الغالب اليوم، عكس ما يذهب إليه البعض من أن سن الرشد في القانون المدني اليمني متدني مقارنة بمعظم التشريعات العربية⁽³⁾ والجدير بالتنويه أن لفظ الإدارة في المادة (62) مدني يمني ليس المقصود منه حرفيته، علما أن لفظ "إدارة" ليس له جذر لغوي في اللغة العربية⁽⁴⁾ وإنما المقصود اصطلاح الحديث لمعنى الإدارة، بدليل الأمثلة التي يوردها النص لمعرفة الغاية المقصودة من الاختبار ناهيك عن الدليل الشرعي للنص ذاته وهي الآية السالفة الذكر من سورة النساء، والتي ابتدأت بكلمة "ابتلوا" أي اختبروا.

المرحلة الثالثة: سن الرشد

(1) المادة 119 فقرة 1 مدني أردني حددتها بـ 15 سنة، المادة 112 مدني مصري حددتها بـ 18 سنة، المادة 113 مدني سوري 114 أحوال شخصية سوري بت 15 سنة، أما المادة 116 أحوال شخصية سوري فأوردت حكم خاص يتعلق بإدارة أمواله التي كسبها بعمله الخاص وحددت السنة بـ 13 سنة.

(2) قبيل تصغير قبل. يقال جاء فلان قبيل الهصر "أي قبله بزمان يسير، انظر المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة 28، منشورات دار المشرق، بيروت، 1986م/ص 607.

(3) انظر د. سعد محمد سعد، أحكام الأهلية في القانون المدني اليمني، مجلة القانون، العدد الثامن، والتاسع، تصدرها كلية الحقوق، جامعة عدن، السنة 94-1995م، ص 29.

(4) انظر تاج العروس، لسان العرب، القاموس المحيط، المعجم الوسيط، معجم متن اللغة، مختار الصحاح.

الرشد لغة الاستقامة على طريق الحق، وهو ضد الضلال والغي⁽¹⁾ قال تعالى في كتابه الكريم "لا إكراه في الدين، قد تبين الرشد من الغي" القرة 256.

والرشد عن الفقهاء الصلاح في المال، وذلك عند الأئمة الثلاثة: أبي حنيفة ومالك وأحمد، وهو الصلاح في الدين والمال معا عند الشافعي أما المشرع اليمني فيعرف الرشد بأنه حسن التصرف في المال المادة 10 مدني والرشد لا يعرف إلا باختبار فإذا بلغ رشيدا صار أهلا لكل التصرفات، وأصبح وليا على نفسه، وزالت عنه ولاية غيره، وسلمت إليه أمواله باتفاق الفقهاء. أما إذا بلغ غير رشيد فإنه لا يسلم إليه ماله باتفاق الفقهاء وقد عبرت عن ذلك المادة (5) مدني يمني بقولها "سن الرشد 15 سنة كاملة إذا بلغها الشخص متمتعا بقواه العقلية رشيدا في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها" والرشد لا يحتاج إلى حكم إلا عند الخلاف عليه بين الصغير مدعي الرشد وبين وليه أو وصيه، المادة 60 مدني يمني. ويجب كي تكتمل الأهلية أن يبلغ الصبي سن الرشد متمتعا بكامل قواه العقلية، وكل من يبلغ سن الرشد وكان سفيها يكون ناقص الأهلية في حكم الصبي المميز ومن لم يبلغ سن التمييز أو بلغها مجنونا أو معتوها يكون فاقد الأهلية "المادة 52 مدني يمني" غير أن الشخص قد يعترض أهليته عارض يفقده التمييز والإدراك.

4 - عوارض الأهلية

العوارض جمع عارض: وهو ما يطرأ على الأهلية بعد كمالها، فقد يطرأ على الأهلية بعد وجودها ما يزيلها أو ينقصها.

وعوارض الأهلية في القانون اليمني هي: الجنون والعتة والسفه.⁽²⁾

1 - الجنون والعتة

والجنون هو اختلال العقل بما يفقد الشخص الإدراك والتمييز كلية. أما العتة فهو نقصان العقل أو احتلاله، يجعل الشخص قليل الفهم مضطرب القول والفعل فاسد التدبير⁽³⁾ ويختلف احدهما عن الآخر من حيث أن العتة لا يرافقه اضطراب الجنون، فهو أشبه ما يكون من الجنون

(1) د. محمود محمد طنطاوي، المرجع السابق، ص362.

(2) عوارض الأهلية في التشريعات العربية أربعة هي الجنون والعتة والسفه والغفلة. انظر مدني مصري المادة 46 مدني أردني المادة 127 فقرة 2، أحوال الشخصية سوري المادة 200، مدني عراقي المادة 110، أما في ليبيا المادة 11 فقرة ج من القانون رقم 17 لسنة 1992م بشأن أموال القاصرين من في حكمهم.

(3) د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص458، د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص584.

الهادئ.⁽¹⁾ وقد ساوى القانون المدني اليمني بين المجنون والمعتوه من حيث الأهلية فاعتبر كل منهما عديم الأهلية، كالصغير غير المميز، وبذلك تنص المادة "52: منه على انه "من لم يبلغ سن التمييز أو بلغها مجنوناً أو معتوها يكون فاقد الأهلية تبعا لانعدام تمييزهما، فلا يستطيع أي منهما "المجنون والمعتوه" إجراء أي نوع من التصرفات بنفسه، وكل ما يجريه منها يعد باطلا ولا يعتد به من الوجهة القانونية.

والمجنون والمعتوه محجور عليهما ابتداء، وليس بحاجة إلى قرار من المحكمة بالحجز عليهما المادة (58) مدني وخروجا على هذا الأصل يلزم الحكم بالحجز من محكمة موطن المحجوز عليه وذلك في حالة الإصابة بالجنون بعد بلوغ سن الرشد، على أن يتضمن الحكم الصادر بالحجز تعيين منصوبا عن المحجوز عليه يسلم إليه ماله لحفظه أو استغلاله لمصلحة المحجوز عليه المادة (59) مدني.

ومن المسلم به أن التصرفات التي يقوم بها من أصيب بالجنون بعد بلوغه سن الرشد تكون باطلة إذا صدرت منه بعد الحجر عليه بحكم المحكمة، أما تصرفاته الصادر عنه قبل الحكم بالحجر عليه، فلا شك في صحتها باعتبار أن الحكم بالحجر لا تنتج أثره إلا من لحظة صدوره، ناهيك عن اشتراط القانون إشهاره في ذات اليوم إلي يصدر فيه وذلك بإثباته في السجل المعد لذلك... إلخ المادة (70) مدني.

ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الجنون الذي لا يفيق الشخص منه، والجنون المتقطع الذي تتخلله فترات إفاقة، فيصحون تصرفات المجنون إذا ما أجريت في فترات الإفاقة⁽²⁾ تصرفات المجنون غير المطبق في حالة إفاقة كتصرفات العاقل، المادة (980) من مجلة الأحكام العدلية وقد أخذ المشرع اليمني بذلك فالمادة (68) مدني⁽³⁾ تنص على أنه يرتفع الحجر عن المجنون بالإفاقة من الجنون وتصح التصرفات التي تصدر عنه في حالة الإفاقة ويجوز لمن أفاق من جنون أن يطلب من محكمة موطنه رفع الحجر عنه وتسليم أمواله إليه. كما يجوز لوليه أو الوصي المنصوب عنه ذلك ولا تصح قرارات من رفع الحجر عنه لجنون عن تصرفاته حال الجنون ولا إجازته لتلك التصرفات".

(1) انظر د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص353.

(2) د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد احمدي محمد الجمال، المرجع السابق، ص456، د. محمود محمد طنطاوي، المرجع السابق، ص364، د. حسن محمد مقبول الأهدل، المرجع السابق، 325-326.

(3) انظر مجلة الأحكام العدية المواد 944، 979، 980. والمادة 108 مدني عراقي والمادة 128 فقرة 2 مدني أردني.

ويتضح من النص السابق الآتي:

- 1- الأصل في الحجر يرفع عن المجنون عند الإفاقة من الجنون، أي دون حاجة إلى إصدار حكم يرفعه.
- 2- التصرفات التي تصدر عن المجنون في حالة إفاقة صحيحة أي كتصرفات العاقل، أما حالة عدم الإفاقة فحكمه كحكم الجنون المطبق "حكم الصغير غير المميز".
- 3- المجنون الذي يفيق من جنونه أي الذي عاد له عقله، كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل". فقد أجاز له القانون أن يطلب من المحكمة رفع الحجر عنه وتسليم أمواله إليه وذلك في حالة ما إذا نازع الوصي تسليمه أمواله لإدارتها والصرف فيها فينازعه الوصي في ذلك عندما يلجأ المجنون الذي أفاق إلى المحكمة لتصدره حكماً برفع الحجر والحكم هنا تقريرياً "كاشف" وليس منشئاً.⁽¹⁾
- 4- أجاز القانون للولي أو الوصي التقدم إلى المحكمة وطلب إصدار حكم برفع الحجر عن المجنون وذلك أما حماية له المجنون" أما لغير الذي ينازعه في الإفاقة، وأما لكي يستوثق من إفاقة المجنون بصدور الحكم برفع الحجر وبسلم الأموال التي بحوزته ويخلي مسؤوليته.⁽²⁾

ب - السفه

السفه في اللغة: الخفة وفي الاصطلاح عبارة عن التصرف في المال، على خلاف مقتضى الشرع والعقل، مع قيام العقل.⁽³⁾ ولم يعد القانون المدني السفه محجوراً لذاته، بل أوجب صدور حكم بالحجر عليه. وإذا حجر عليه أصبح حكمه حكم الضبي المميز "ناقص الأهلية" المادة 64.

(1) انظر د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص194 وما بعدها.

(2) د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص105.

(3) انظر د. محمد سعود المعيني، المرجع السابق، ص21.

وتطبيق حكم الصبي المميز على السفية يقتضي بطلان تصرفاته الصادرة ضررا محضا، وصحة تصرفاته النافعة نفعا محضا، وقابلية تصرفات الدائرة بين النفع والضرر للإبطال، وهذه التصرفات موقوفة على إجازة الولي والوصي.

وفضلا عن ذلك فقد قرر القانون عدم صحة إقرار السفية المحجور عليه بدين مطلقا أما إذا كان إقراره متعلقا بشيء غير المال فيعد صحيحا وبذلك تنص المادة (65) مدني يماني على أنه لا يصح إقرار السفية المبذر المحجور عليه بدين مطلقا ويصح إقراره بما لا يتعلق به مال".

والسفه يخالف الجنون والعتة، لأن السفية عاقل بخلاف المجنون والعمتوه، لكن معه وجود عقله يعد غير رشيد بالنسبة لتصرفاته المالية، باستثناء الوصية، لأنها تصرف مضافا لما بعد الموت المادة 66 مدني يماني. أما طلاق السفية فهو صحيح لأن الحجر عليه في التصرفات المالية وهذا رأي جمهور الفقهاء. (1)

والحجر على السفية لا يرفع إلا بصدر حكم عكس الحجر على المجنون كما تقدم، ويصدر الحكم برفع الحجر على السفية ويسلم إليه ماله وتكون تصرفاته بعد رفع الحجر صحيحة بما في ذلك إجازته لتصرفاته السابقة على رفع الحجر وإقراراته. المادة 67 مدني يماني.

موانع الأهلية: قد يكون الشخص كامل الأهلية أي أنه بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجوزا عليه، إلا أن هناك ظروف معينة مادية أو طبيعية أو قانونية، يترتب على وجودها ألا يتمكن من مباشرة التصرفات القانونية أو ألا يتمكن من مباشرتها منفردا (2) في هذه الحالات يقرر لها القانون تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه عند مباشرتها.

1 - الغيبة

الغيبة مانع قانون يتحول بين الشخص وبين مباشرة التصرفات القانونية بنفسه رغم اكتمال أهليته. وقد نص القانون المدني اليمني على زوجة الغائب وأولاده البالغون وكلاء عنه في ماله لإدارته، وذلك إذ خفي مكانه وانقطعت أخباره ومضت سنة على غيابه ولم يكن له وكيل أو ولي أو وصي. وإن لم يكن له زوجة أو أولاد أو ثبت تقريظهم وخشي ضياع المال تعين المحكمة منصوبا عنه، على أن تكون الأقدمية في ذلك للرشيد الأمين من أقاربه تسلم إليه أموال الغائب للمحافظة عليها. ويتمتع المنصوب عن الغائب بسلطات الوصي وعليه واجباته تحت إشراف المحكمة. المادة 54.

(1) انظر د. محمود محمد طنطاوي، المرجع السابق، ص 367.

د. حسن محمد مقبول الأهدل، المرجع السابق، ص 286.

(2) د. توفيق حسن فرج،

محمد يحيى مطر، المرجع السابق، ص 286.

والغيبية مانع مؤقت تنتهي بزوال سببه، أو بموت الغائب أو الحكم باعتباره ميتا.

2 - العاهة البدنية

العاهات البدنية كالعمى والصمم لا تؤثر في أهلية الإنسان، لكنها تقيم مانعا ماديا يمنع الشخص المصاب بهذه العاهات من القيام بتصرفات معينة لعدم استطاعته توفير الشروط اللازمة لسلامة هذه التصرفات، فالأعمى لا يمكنه أن يعمل وصية سرية بسبب عدم استطاعته قراءة الوصية التي يكتبها غيره، والأصم الأبكم الأمي لا يستطيع أن عمل وصية أيا كان شكلها⁽¹⁾ وما تقدم ليس إلا استحالة مادية وليس عدم أهلية يحول دون إبرام تصرفات قانونية. ولقد نصا المادة (55) من القانون المدني اليمني على انه "يجوز لمحكمة موطن الأخرس أو من كان ذا عاهة تعوقه عن مباشرة حقوقه بطريقة طبيعية أن تعين له بناء على طلب مساعد يعاونه في ذلك ويوقع معه ما يصدر منه ولا يجوز للمساعد أن يباشر بمفرده شيئا خاصا بمن يساعده.

ونلاحظ أن القانون اليمني يكتفي بعاهة واحدة لجواز الحكم بتعيين مساعد قضائي، بخلاف القانون المصري الذي اشترط عاهتين كذلك القانون السوري والليبي والأردني والعراقي والذي يجيز للمحكمة أن تنصب على ذي العاهتين وصيا بدلا من مساعد قضائي وبذلك يكون القانون اليمني أقل تشددا من التقنيات العربية.⁽²⁾

أن تعيين المساعد القضائي أمر متروك لذي العاهة نفسه ولا يعتد به إذا قدم الطلب من غيره. ولم يبين القانون المدني اليمني مصير التصرفات التي يبرمها ذو العاهة بغير معاونة المساعد وقد جرى في ذلك القانون المدني العراقي وذلك بخلاف القوانين المدنية العربية الأخرى والتي نصت على أنه "يكون قابلا لإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها، متى صدرت من الشخص الذي تقررت المساعدة قضائيا، بغير معاونة المساعد إذا صدر التصرف بعد تسجيل المساعدة.⁽³⁾

ومن الصعوبة القول أنه يمكن الوصول إلى نفس النتيجة في القانون اليمني بغير نص، إذا أن البطلان أو القابلية للإبطال لا تكون إلا بنص.

(1) انظر د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص423.

(2) المادة 117 فقرة 2 مدني مصري، المادة 132 مدني أردني، المادة 117 فقرة 1 مدني ليبي، المادة 104 مدني عراقي، المادة 107 مدني كويتي، المادة 118 فقرة 1 مدني سوري، المادة 80 مدني جزائري.

(3) المادة 117 فقرة 1 مدني مصري، 104 مدني عراقي، 117 فقرة 2 ليبي، 118 فقرة 2 سوري.

وفي هذا السياق يجب التنبيه إلى امن تعيين المساعد القضائي لأمثال هؤلاء المعوقين لا ينتقص من أهلية أدائهم بأي حال من الأحوال⁽¹⁾ ويؤكد ذلك، قول المشرع في عجز المادة ذاتها "ولا يجوز للمساعد أن يباشر بمفرده شيئاً خاصاً بمن يساعده".

وهذا يؤكد مسألة أخرى، وهي أن المساعد القضائي ليس نائباً لذوي العاهة.

الحكم بعقوبة جنائية

لم يذكر فقهاء الشريعة الإسلامية مثل هذه الحالة على اعتبار إن الأصل في الشخص كمال أهليته ولا يجوز إهدار آدمية إنسان دون سبب يدعو لذلك⁽²⁾ إلا أن الضرورة تقتضي تعيين نائب له يرضى مصالحه، ولذلك تنص قوانين العقوبات على أن كل حكم بعقوبة جنائية تستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة أعمال الإدارة الخاصة بأمواله وأملاكه، المادة (25/رابعاً) من قانون العقوبات المصري⁽³⁾ ولا نظير لمثل هذا النص في قانون العقوبات اليمني أو الأردني أو الكويتي.

أن الحرمان من أهلية الأداء هنا تعد عقوبة تبعية يوقعها القانون على كل من يحكم القضاء عليه بعقوبة جنائية والمحكوم عليه بعقوبة جنائية يعد محجوراً بقوة القانون دون حاجة إلى أن ينص الحكم عليه، فهو نتيجة للحكم بالإدانة.⁽⁴⁾

خامساً: الذمة المالية

اختلف الفقهاء في تعريف الذمة، فذهب البعض إلى أن الذمة صفة شرعية يفترض الشارع وجودها في الإنسان وعرفها آخرون أنها وصف شرعي يصير به المكلف أهلاً للإلزام. وعرفها الشيخ علي الخفيف بقوله "الذمة هي وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان أهلاً لوجوب له والوجوب عليه".

وعرفها الشيخ الجليل مصطفى الزرقاوي بأنها: محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه⁽⁵⁾ ويعرف رجال القانون الذمة المالية بأنها مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية في الحاضر والمستقبل.⁽¹⁾

(1) انظر د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، المرجع السابق، ص 159.

(2) انظر د. عبد الرحمن الصابوني، المخل لدراسة التشريع الإسلامي، الجزء الثاني، الطبعة التعاونية، مديرية الكتب المجتمعية، 1974-1975م، المرجع السابق، ص 422.

(3) انظر قانون العقوبات اللبناني المادة (5) والعقوبات السوري (50) والعقوبات العراقي المادة 98/97.

(4) للتفصيل ارجع د. عبد احي حجازي، المرجع السابق، ص 445.

(5) انظر د. عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 441.

ويتضح من التعريف السابق أن الذمة المالية تتكون من عنصرين إيجابيين يشتمل على الحقوق، وعنصر سلبي يشتمل على الالتزامات.

والذمة المالية تشمل جانب فقط في الحقوق والالتزامات التي تعود للشخص، وهي الحقوق والالتزامات ذات القيمة المالية. أما الحقوق والالتزامات غير المالية، كحق الانتخاب أو الترشح أو حق الأب في تربية أبنائه إلخ فلا تعد من عناصر الذمة المالية.

كما أن الذمة المالية ليس عبارة عن الرصيد بين عنصري الحقوق والالتزامات. وإنما هي عبارة عن مجموعهما معا، والذمة المالية لا تقتصر على الحقوق والالتزامات المالية العائدة للشخص في وقت من الأوقات فقط، بل تتضمن أيضا الحقوق والالتزامات المقبلة. (2) وإضافة لما سبق يمكن إيجاز خصائص الذمة المالية النقاط الآتية: (3)

- 1- أن لكل شخص ذمة مالية حتى الجنين، وتثبت بمجرد ثبوت صلاحية الشخص لأن تكون له وعليه حقوق والتزامات مالية ولو لم يكن فيها مال في الحال.
- 2- أن الذمة المالية لا تثبت إلا للأشخاص فلا تثبت للحيوان والجماد.
- 3- أن الذمة المالية ملازمة للشخصية وهي واحدة غير قابلة للتعدد والتجزئة والتنازل عنها ولا تنتهي الذمة المالية للشخص إلا بوفاته وانقضاء شخصيته.

وتمكن فائدة الذمة المالية في أنها الضمان العام لحقوق الدائنين وذلك ما أشارت إليه المادة (365) مدني يماني بقولها "أموال المدين جميعها ضمانا للوفاء بدينه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان...". وبناء على هذا الضامن العام يستطيع أي دائن التنفيذ على أي مال من أموال المدين، إذ لو وقع الالتزام على مال معين من أموال المدين يصعب على المدين التصرف فيه، لأن الناس لا ترغب في التعامل على مال حمل بحصة للغير، أما مع وجود فكرة الذمة المالية، فإن الالتزام يقع على مجموع أموال المدين، ولا يستقر على أحدهما ولذا يكون للمدين حرية التصرف في أمواله حتى ولو كان مدينا. (4)

المبحث الثاني

(1) انظر د. سعيد جبر، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 163.

د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 225.

(2) انظر د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مرجع السابق، ص 364 وما بعدها.

(3) انظر د. غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 248.

المحامي د. عبد القادر الفأر، المرجع السابق، ص 186 وما بعدها.

(4) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 226.

الشخص الاعتباري

أن الشخصية القانونية هي صفة في الإنسان، تجعله صالحا للوجوب له أو عليه، وهي تثبت للإنسان بمجرد ولادته حيا، فشخصية الإنسان من هذه الوجهة شخصية طبيعية. غير أن تطور المجتمع اقتضى ضرورة ثبوت الشخصية القانونية لغير بني الإنسان، كالشركات والمجموعات وذلك بغية تمكينها من أداء دورها الاقتصادي والاجتماعي والشخصية القانونية التي تثبت لغير بني الإنسان، لا تستند في ثبوتها إلى عناصر طبيعية بل إلى عناصر معنوية، أهمها رغبة القانون في تقريرها إليها، ولها تسمى الشخصية هنا بالشخصية المعنوية لأنها شخصية لا تدركها الحواس، أو بالشخصية القانونية أو الاعتبارية لأنها تقوم على اعتبار القانون إليها. (1)

وقد اعترف القانون لمجموعات الأشخاص أو الأموال بالشخصية القانونية حتى تتمكن من تحقيق الأهداف التي لا يمكن للإنسان بمفرده تحقيقها. هذا ويمكن تعريف الشخص الاعتباري بأنه "مجموعة من الأشخاص أو الأموال، تقدم تحقيق غرض معين، ويمنحها القانون الشخصية القانونية لتحقيق ذلك" (2) والحديث عن الشخص الاعتباري يقتضي التطرق إلى طبيعة الشخص الاعتباري وبدء الشخص الاعتباري وخصائصه وأنواعه.

المطلب الأول: طبيعة الشخص الاعتباري

المطلب الثاني: بداية الشخصية الاعتبارية ونهايتها

المطلب الثالث: خصائص الشخص الاعتباري

المطلب الرابع: أنواع الشخص الاعتباري

المطلب الأول

طبيعة الشخص الاعتباري

(1) انظر د. محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

(2) انظر د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 241.

انصرف قرن، والخلاف على أشده حول طبيعة الشخص الاعتباري، حتى لقد ذهب البعض إلى القول بأن تطور القانون المقارن يدور حول فكرة الشخص الاعتباري⁽¹⁾ ولقد انقسم الفقه بشأن طبيعة الشخص الاعتباري إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية هي:

الاتجاه الأول: وهو ما يطلق عليه نظرية, مذهب الافتراض أو المجاز، ويقوم على أساس أن الشخص الطبيعي هو وحده الشخص الحقيقي أما الشخص الاعتباري فليس إلا خرافة أو حيلة افترضها المشرع.

الاتجاه الثاني: وهو ما يطلق عليه نظرية, مذهب الحقيقة ويقوم على أساس أن الشخص الاعتباري هو حقيقة كائنة وليس بدعة أو خرافة.

الاتجاه الثالث: وهو ما يطلق عليه مذهب نفي الشخصية الاعتبارية، ويقوم على أساس رفض فكرة الشخص الاعتباري، ويدعو إلى أفكار بديلة.

1 - نظرية الافتراض أو المجاز

ويرجع أصلها إلى الكنسية، وانتشرت في ألمانيا على يد العلامة سافيني وتبناها رجال القانون من أنصار المذهب الفردي خلال القرن الثامن عشر. ويرى أصحاب هذه النظرية بأن الشخص الاعتباري هو مجرد افتراض قانوني خالف الحقيقة فهو كائن خيالي خلقته إدارة المشرع وأسبغت عليها الشخصية القانونية. فعند هؤلاء أن الشخص الحقيقي هو الشخص الآدمي فحسب، لأن الحقوق ليست سوى سلطة إرادية، والإرادة لا تكون للإنسان فإذا خلع القانون الشخصية على كائن غير الإنسان كان ذلك عن طريق الافتراض لا على أساس الحقيقة⁽²⁾ وقد أوضح "ميرلان" نظرية الافتراض بقوله: "أن الكائنات الآدمية هي الأشخاص فقط، بمفهومها القانوني، ولها دون سواها تقرير الحقوق".⁽³⁾

ووفقا لهذه النظرية فالشخصية الاعتبارية منحة من الدولة وهذا يؤدي إلى إطلاق يدها في هذا المجال. فهذه النظرية تؤدي إلى التسليم للدولة بالسلطان لمطلق على الجماعات فتمنحها

(1) للتفصيل بشأن طبيعة الشخص الاعتباري انظر د. محمود سلمان موسى، المرجع السابق، ص56.

د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص177.

د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص548.

جميل الشراوي، المرجع السابق، ص383.

(2) د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص475.

(3) انظر د. محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص59.

الشخصية القانونية أو تمنعها عنها حسب ما تمليه الاعتبارات السياسية كأن يكون لها سحب الشخصية القانونية من الشخص الاعتباري وتقييد الأعمال القانونية التي يجوز له القيام بها. (1)

2 - نظرية الشخصية الحقيقية

اتجه جمهور الفقه الحديث إلى دحض نظرية الافتراض القانوني التقليدية واستبدلوا نظرية معاكسة بها، تنظر إلى الشخص الاعتباري إلى انه حقيقة واقعة. وعلى الرغم من أن أنصار هذه النظرية اتفقوا على الصفة الحقيقية للشخص الاعتباري إلا أنهم اختلفوا في سبيل تأكيد هذه الصفة، واتبعوا مذاهب شتى، تسعى جميعها إلى إقامة الشخصية الاعتبارية على أساس موضوعي بعيدا عن المعيار الشكلي المطلق الذي تأخذ به نظرية الافتراض وهو ارتباط الشخص الاعتباري بإرادة المشرع. (2)

وفي ضوء ذلك الخلاف بين أنصار نظرية الحقيقة، برزت آراء مغالية في تصوير الشخص الاعتباري ، فذهب البعض إلى القول بأن الشخص الاعتباري ليس فقط حقيقة من الناحية القانونية، بل هو أيضا حقيقة بيولوجية وفيزيائية، بل لقد ذهب أحدهم إلى القول: أن من بين الأشخاص الاعتبارية من يمكن تحديد ذكوره أو أنوثته". (3)

ويمكن تصنيف مذاهب الحقيقة على النحو التالي:

1- نظرية أو مذهب الحقيقة العضوية.

2- نظرية أو مذهب الحقيقة الاجتماعية.

3- نظرية أو مذهب الإرادة الجماعية.

4- نظرية أو مذهب الحقيقة الفنية.

وبصرف النظر عن المذاهب الأربعة السالفة الذكر، فإن النتيجة الرئيسية التي تسعى النظرة الحقيقة للوصول إليها هي الاعتراف بوجود الشخصية الاعتبارية توافر عناصرها دون أن يتوقف ذلك على إرادة المشرع، أي يريدون التأكيد على أن المشرع لا يخلق الشخصية الاعتبارية من العدم وإنما يكشف وجودها. (4)

3 - النظريات التي تنكر الشخصية الاعتبارية

(1) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 290.

(2) انظر في تفصيل ذلك د. حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 625 وما بعدها.

(3) انظر د. محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص 64 الهامش رقم (2).

(4) انظر جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 387.

د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، المرجع السابق، ص 410.

ينكر جانب من الفقه وجود الشخصية القانونية لما يسمى بالشخص الاعتباري، ويرى ضرورة الاستغناء عن فكر الشخص الاعتباري في القانون، لكي تحل محلها أفكار أخرى واقعية، وقد وجد أصحاب هذا الاتجاه في فكرة الملكية الجماعية أو المشتركة كبديل لفكرة الشخص الاعتباري، وقسم آخر منهم يرى إمكانية وجود مال يخصص لغرض معين دون مالك، إذ ليس من الضروري وجود أصحاب الحقوق،⁽¹⁾ وهنا يقوم تخصيص المال مقام المالك، ولا يكون ذمة مالية مخصصة ونعرض لهاتين النظريتين فيما يلي:

1 - نظرية الملكية الجماعية أو المشتركة

يرى أصحاب هذه النظرية أن الإنسان هو وحده الشخص الحقيقي في نظر القانون، وأن إعطاء الشخصية لغيره من التكوينات الاجتماعية مجرد افتراض لا جدوى منه، وقد أخذ بهذه النظرية في فرنسا "بلاينول" والذي يستبدل بفكرة الشخص الاعتباري فكرة الملكية المشتركة، أي الملكية التي تنتمي إلى مجموعة من الناس ويكون أصحاب الحق هم أعضاء هذه المجموعة، أما اعتبار المجموعة كائنا قائما بذاته مستقلا عن أعضاء المجموعة المكونين لها فهو عند "بلاينول" تجريد لا أساس له من الحقيقة وعيب هذه النظرية أنها تنظر إلى المال باعتباره الشيء الرئيسي في فكرة الشخص الاعتباري، وهذا ليس بحق، إذ أن الأمر الرئيسي الذي دعا لوجود أو نشوء الشخص الاعتباري ليس هو المال، بل هو الغرض الذي يراد تحقيقه من وراءه ناهيك عن وجود أشخاص اعتبارية يعتبر المال فيها عنصرا ثانويا كالنوادي والنقابات والجمعيات العلمية والدينية إلخ. وحتى لو أخذنا بفكرة الملكية المشتركة بدلا من فكرة الشخصية الاعتبارية، فإن الفكرة الأولى نفسها غامضة وغير واقعية، كما أنه لا يتصور إمكانية مسائلة البديل الذي تدعو إليه نظرية الملكية المشتركة، باعتباره ليس شخصا قانونيا.

2 - نظرية ذمة التخصيص

لا يؤمن أصحاب هذه النظرية وفي مقدمتهم الفقيه الألماني "برنز" بفكرة الشخص الاعتباري على أساس اعتبار الإنسان هو وحدة الشخص الحقيقي في نظر القانون، وأن الشخص الاعتباري مع هو إلا محض افتراض يخالف الواقع. ولذلك يرى هؤلاء وجوب الاستغناء عن فكرة الشخص الاعتباري، والاستعاضة عنها بفكرة المال الذي لا مالك له، وعلى وفق رأي "برنز" تكون الأموال التي يقال أنها لشخص معنوي هي أموال أو ذمة مالية مخصصة لغرض معين وليس من

(1) انظر د. عبد الحي حجابي، الرجوع السابق، ص554.

د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص477.

د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص178

الضروري أن تنسب هذه الذمة وتلك الأموال لشخص معين⁽¹⁾ ويرى الفقيه "أوتوفون جيركا" بأن هذه النظرية "لم تفعل أكثر من إرجاء المجاز وذلك لأنه وجود حق دون صاحب هو تناقض في حد ذاته، ولهذا فأنها إذ أردت أن تتخلص من المجاز أو الافتراض، وقعت في فيه.⁽²⁾

المطلب الثاني

بداية الشخصية الاعتبارية ونهايتها

أولاً: الشخصية الاعتبارية

يتوقف اكتساب الشخصية الاعتبارية على اعتراف القانون بها لجماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال، وبديهي أنه يسبق هذا الاعتراف أن يتم تكوين الشخصي الاعتباري وفقاً للشروط التي يتطلبها القانون.

والاعتراف بالشخصي الاعتباري إما أن يكون عاماً أو خاصاً. ومقتضى الاعتراف العام أن يضع المشرع مسبقاً شروطاً عامة، إذا توافرت في جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال اكتسبت هذه المجموعة الشخصية الاعتبارية بقوة القانون دون حاجة إلى إذن خاص من جانب المشرع بصدد كل جماعة أو مجموعة منها على حدة أما الاعتراف الخاص فيتطلب اكتساب الشخصية الاعتبارية صدور إذن أو ترخيص خاص بذلك لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال على حدة.

ويتضح من نص المادة 89 من القانون المدني اليمني أن المشرع اليمني قد جعل من الاعتراف العام الأصل، والاعتراف الخاص هو الاستثناء. وقد ورد نص المادة المذكورة على النحو التالي: الأشخاص الاعتباريون هم:

- 1- الدولة والمحافظات والمدن والمديريات بالشروط التي يحددها القانون، والوزارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية.
- 2- الهيئات التي تعترف لها الدولة بالشخصية الاعتبارية.
- 3- الأوقاف.
- 4- الشركات التجارية والمدنية.
- 5- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفق أحكام الجمعيات والمؤسسات المبينة في هذا القانون.

(1) انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، الرجوع السابق، ص 291.

د. رمضان أبو السعود، الرجوع السابق، ص 338.

(2) محمود سلمان عيسى، الرجوع السابق، ص 76.

6- كل مجموعة من الأشخاص والأموال التي تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى القانون. فيما يلي ذكره من الأشخاص المنصوص عليها في هذه المادة يعد شخصا اعتباريا إذا استوفى الشوط اللازمة لتكوينه، وما لم يرد ذكره في المادة السالفة فإنه لا يكتسب الشخصية إلا إذا صدر به اعتراف خاص بمقتضى نص فلي القانون وفقا للفقرة السادسة من المادة السابقة.

ثانيا: نهاية الشخصية الاعتبارية

ينتهي الشخص الاعتباري بانتهاء الأجل المحدد له، فقد يحدد للشخص الاعتباري، أجل معين في السند المنشئ له. كما تنهي الشخصية الاعتبارية بتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله، أو إذا أصبح من المستحيل تحقيق هذا الغرض.

وقد ينتهي الشخص الاعتباري بموت كل من الأفراد أعضاء الشخص الاعتباري إذا كان جماعة من الأشخاص أو بانقراض كل المنتفعين بالغرض منه إذا كان مجموعة من الأموال. ومن الأمثلة على ذلك ما تنص عليه المادة (650) من القانون المدني اليمني بقولها: "تنتهي الشركة بانتهاء الميعاد المعين لها أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله" كذلك المادة (652) والتي تنص على أن: "تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها".

وقد تنتهي الشخصية الاعتبارية بالحل، والحل قد يكون اختياريا، باتفاق الأشخاص المكونين للشخص الاعتباري كما لو اتفق أعضاء الجمعية على حلها طبقا للشروط والواردة في نظام تأسيسها أو في القانون.

وقد يكون الحل إجباريا، بحكم القضاء إذا خالف الشخص الاعتباري القانون، أو عند هلاك جزء كبير من رأس المال الشخص الاعتباري، بحيث يصبح عاجزا عن الاستمرار في نشاطه وتحقيق الأهداف المنوطة به وغيرها من الأسباب انظر مثلا المادتين (652/650) من القانون المدني اليمني.

المطلب الثالث

خصائص الشخص الاعتباري

للشخص الاعتباري خصائص يتميز بها. إذ أنه يتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي إلا ما كان منها متصلا بصفة الإنسان الطبيعية "المادة 90" من القانون المدني اليمني فالشخص الاعتباري له اسم وموطن وحالة وأهلية وذمة مالية.

1 - الاسم

لكل شخص اسم اعتباري اسم يميزه عن غيره من الأشخاص ويجب أن ينص هذا الاسم في سند إنشائه. وهو يستمد عادة من الغرض الذي يسعى الشخص الاعتباري إلى تحقيقه أو من المجال الذي يمارس فيه نشاطه أو من أسماء مؤسسية وألقابهم وما إلى ذلك من اعتبارات. وقد يكون اسم الشخص الاعتباري اسماً تجارياً، وفي هذه الحالة يجوز له التصرف فيه باعتباره أحد عناصر المحل التجاري.⁽¹⁾ ويحمي القانون اسم الشخص الاعتباري أسوة بالحماية القانونية التي للاسم الطبيعي.

2 - الموطن

يكون للشخص الاعتباري موطن خاص به مستقل عن موطن أعضائه أو منشئيه. وقد نصت المادة "90" من القانون المدني اليمني على ذلك أيضاً قانون المرافعات ينفي على أن "موطن الشركات والجمعيات والمؤسسات القائمة أو التي في دور التصفية هو مركز إدارتها الرئيسي، وتعد مقر فرعها موطناً لها في المسائل المتعلقة به".

3 - الحالة

بديهياً أنه ليس للشخص الاعتباري حالة مدنية لاستحالة أن يكون له أسرة. كما أنه ليس له دين. لذلك فإن حالة الشخص الاعتباري مقصورة على حالته من ناحية الجنسية، أي انتسابه إلى دولة معينة.

والقانون المدني اليمني لم يشر كما تبين لنا من نص المادة "90" إلى الجنسية. أحد الخصائص التي يتمتع بها الشخص الاعتباري ونعزو ذلك إلى أن حقوق وخصائص الشخص الاعتباري التي حددتها المادة "90" وردت على سبيل المثال لا الحصر، باعتبار أن الأصل هو تمتع الشخص الاعتباري بحقوق الشخص الطبيعي كافة إلا ما كان منها متصلاً بصفة الإنسان.

والإتجاه الغالب في معظم التشريعات هو إعطاء الشخص الاعتباري جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي⁽²⁾ وهذا ما يستخلص من نص المادة "25" مدني يمني والتي تقضي بأن "يرجع في نظام الأشخاص الاعتباري الأجنبية من شركات وجمعيات وغيرها إلى قانون الدولة التي

(1) انظر د. أنور سلطان، الرجوع السابق، ص 249.

د. سعيد عبد الكريم مبارك، الرجوع السابق، ص 294.

(2) انظر د. محمد السعيد رشدي، الرجوع السابق، ص 147.

د. هشام القاسم، الرجوع السابق، ص 223.

د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، الرجوع السابق، ص 197.

د. عبد المنعم فرج الصدة، الرجوع السابق، ص 491.

اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي. ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيس في الجمهورية فإن القانون اليمني هو الذي يسري.

4 - الأهلية

للشخص الاعتباري أهلية كاملة بالنسبة للحقوق والواجبات التي يقتضيها الغرض من إنشائه وهو ما يسمى بمبدأ التخصيص"، قد تضمن ذلك البند الثاني من المادة "90" من القانون المدني اليمني، والتي ورد فيها بأن للشخص الاعتباري "أهلية، في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقرها القانون". ولما كان مناط أهلية الأداء هو التمييز والإرادة وأن الشخص الاعتباري ليس شخص حقيقي بل شخص معنوي، لذلك يصبح من الضروري أن يكون لكل شخص الاعتباري ممثل يعبر عن إرادته ويباشر نشاطه القانوني ويعمل لحسابه وهذا ما نصت عليه المادة "90" في البند الخامس بقولها: "يكون للشخص الاعتباري نائب يعبر عن إرادته ويمثله في التقاضي وغيره".

5 - الذمة المالية

للشخص الاعتباري ذمة مالية. وهذه الذمة مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لدائني هؤلاء الأشخاص الرجوع بديونهم على الشخص الاعتباري. كما أنه ليس لدائني هؤلاء الأشخاص الرجوع على الأموال الخاصة لهؤلاء الأشخاص، مع مراعاة أنه ليس بالنسبة للشركات المدينة وشركات التضامن والتوصية يكون كل الشركاء فيها أو بعضهم مسئولين عن ديون الشركة فلي أموالهم الخاصة. وهذا لا يعني اختلاط ذمة الشخص الاعتباري مع ذمة الشركاء، وإنما كل ما هنالك أن الشركاء يضعون ذمهم المستقلة لضمان الوفاء بديون الشركة وذلك كضمان إضافي لدائني الشركة.

ويترتب على الذمة المالية للشخص الاعتباري الآثار والنتائج التي تنجم عن الذمة المالية للشخص الطبيعي. كما أن هذه الذمة المالية تلازم الشخص الاعتباري طوال وجوده، ثم تنقضي بانقضائه وزواله.

المطلب الرابع

أنواع الشخص الاعتباري

حدد القانون المدني اليمني في المادة "89" منه الأشخاص الاعتبارية بأنها أما أن تكون أشخاص اعتبارية عامة كالدولة والمحفظات والمدن والمديريات، وأما أن تكون أشخاص الاعتبارية خاصة كالشركات والجمعيات والأوقاف والمؤسسات.

أن تقسيم الأشخاص الاعتبارية إلى أشخاص اعتبارية وأخرى خاصة له أهمية من حيث القواعد التي تحكم كل نوع، فالأشخاص الاعتبارية العامة تخضع لأحكام القانون العام، أن الدولة

هي تلك التي تقوم بإنشائها، بينما تخضع الأشخاص الاعتبارية الخاصة لأحكام القانون الخاص، لأن الأشخاص هم الذين يقومون بإنشائها، ويترتب على ذلك تمتع الأشخاص الاعتبارية العامة بحقوق وسلطان لا يتمتع بها الأشخاص الاعتبارية الخاصة. (1)

1 - الأشخاص الاعتبارية العامة

الأشخاص الاعتبارية العامة "هي تلك التي تناط بها تولي السلطة العامة كلها أو قسط منها، أو مباشرة أحد المرافق العامة" والدولة هي أقدم الأشخاص الاعتبارية العامة، وتكتسب شخصيتها في اعتراف الدول بها، والدولة هي الهيئة الرئيسية التي لها السلطة العامة على كل الإقليم.

وبجانب الدولة توجد سلطات محلية "تنازلت لها الدولة عن قسط من سلطتها أذا بسياسة اللامركزية(2) وتناط بالمسلطات المحلية "أمور المرافق العامة على اختلاف أنواعها في بقعة معينة من إقليم الدولة(3) كالمحافظات والمدن والمديريات، المادة "89"(4) مدني يماني، ويطلق على هذه الأشخاص الاعتبارية، الأشخاص الإقليمية. وتوجد بالإضافة إلى الأشخاص الاعتبارية السابقة الوزارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية، كذلك ذكرت المادة 89، 3 الهيئات التي تعترف لها الدولة بالشخصية الاعتبارية، وهي تندرج في عداد الأشخاص الاعتبارية العامة.

2 - تنقسم الأشخاص الاعتبارية بالنسبة إلى:

1- جماعات الأشخاص.

2- مجموعات

أولاً: جماعات الأشخاص

وتتألف من جماعة من الأشخاص تسعى لتحقيق غرض معين، وهي تشمل الشركات والجمعيات.

أ - الشركات

(1) انظر د. غالب علي الداودي، الرجوع السابق، ص255.

(2) انظر د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، الرجوع السابق، ص200، الهامش "210".

انظر د. نور سلطان، الرجوع السابق، ص247.

(3) انظر د. حسن طيرة، الرجوع السابق، ص671.

(4) انظر (يقابلها المادة (52) مصري، 47 عراقي، 50 أردني، 52 لبيبي.

عرفت المادة "627" مدني يمّني الشركة بقولها: "عقد الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل واقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة". والشركة قد تكون شركة مدنية وهي التي تقوم بأعمال لا يعتبرها القانون التجاري أعمالا تجارية وقد حدد القانون التجاري رقم "32" لسنة 1991م الأعمال التجارية في المواد 9 إلى 13.

وقد حددت المادة "625" من القانون المدني صور الشركة المدنية وهي شركة المفاوضة وشركة العنان وشركة الأبدان وشركة الوجوه.

أما الشركة التجارية فهي التي تباشر أي عمل من الأعمال التي اعتبرها القانون التجاري أعمالا تجارية وذلك في المواد 9 إلى 12.

ووفقا لقانون الشركات التجارية رقم (34) لسنة 1991م تقسم الشركات التجارية إلى شركة الأشخاص وشركة الأموال.

وتضم شركة الأشخاص شركة التضامن شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة.

أما شركات الأموال فتتمثل في شركة المساهمة وشركة التوصية بالاسم والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

وتكتسب الشخصية القانونية بمجرد تكوينها، ويجب أن يتم هذا التكوين بعقد مكتوب وإذا كانت الشخصية القانونية تثبت للشركة بمجرد التكوين كما سبق القول، فإنه لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر وفقا لما تنص عليه القوانين النافذة وإذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة فإن ذلك لا يمنع الغير من التمسك بشخصيتها "المادة 628" مدني.

هذا وتنتهي شخصية الشركة بانتهاء الميعاد لها أو انتهاء العمل الذي قامت من أجله: "مادة 650 مدني" كما تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها "مادة 653 مدني" وتنتهي أيضا بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بانسحابه... "مادة 654 مدني"، وبإجماع الشركاء على حلها "مادة 655 مدني" وتنتهي كذلك الشركة إذا حكمت المحكمة بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء أحدهم بما تعهد به أو لأي سبب آخر يسوغ الحل "مادة 656 مدني".

وبانتهاء الشركة تتعين تصفية أموالها وقسمتها وذلك وفقا للطريقة المبينة في عقد إنشائها فإذا لم يوجد في العقد نص على ذلك تتبع أحكام القانون المادة "659 مدني". ونص القانون على أن

تنتهي عند فسخ الشركة سلطة المديرين أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي هذه التصفية". مادة 660 مدني.

عرف الماجة "91 مدني" الجمعية بأنها "جماعة تتخذ لها صفة دائمة وتكون من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادي.

وتتميز الجمعية بالآتي:

1- تتكون من عدة من الأشخاص سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين. ولم يضع القانون حدا أدنى أو أقصى لهذا العدد.

كما هو الحال في بعض القوانين العربية.⁽¹⁾

2- تتصف الجمعية بصفة الدوام في تنظيمها، أي أن الجمعية لا تنشأ لأمر عارض، غير أن ذلك لا يعني أن يكون الجمعية مؤبدة فقد تكون لمدة معينة كما قد تكون لمدة غير معينة.

3- تتميز الجمعية بأنها لا تهدف إلى تحقيق ربح، وهذا أهم ما يميزها عن الشركة. وقد يكون غرض الجمعية علمي أو ثقافي أو خيري أو رياضي أو غير ذلك.

وتنشأ الجمعية عن طريق وضع نظام خاص لها مكتوب وموقع من المؤسسين "مادة 92 مدني" وتثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد إنشائها ولكنه لا يحتج بها قبل الغير إلا قبل أن يتم إشهار نظامها بقيد البيانات التي يتضمنها النظام الأساسي في سجلات الجهة الرسمية المختصة وتسليمها صورة من نظامها المكتوب ولا يمنع إهمال الإشهار الغير من التمسك ضد الجمعية بالآثار المترتبة على الشخصية الاعتبارية وكل جميعه مُشهرة أو منشأة بطريقة صحيحة أو بطريقة سرية تلتزم بما تعهد به مديرها أو العاملون لحسابها من أموالها وسواء كانت عن اشتراكات أو أي مورد "مادة 85 مدني"

وتنقضي شخصية الجمعية بالحل. والحل قد يكون اختياريا بقرار من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثي الأعضاء ما لم يرد في نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر من ذلك "مادة 98 مدني".

(1) اشترط القانون في مصر بأن لا يقل عدد الأشخاص المكونين للجمعية عشرة أشخاص في حالة الأشخاص الطبيعيين "المادة الأولى من القانون رقم (32) لسنة 1994م بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة.

وقد يكون الحل إجبارياً وذلك بحكم من المحكمة يصدر بناء على طلب من أحد أعضاء الجمعية أو من شخص له مصلحة أو من النيابة العامة ويشترط القانون بأن يكون طلب الحل مبنياً على سبب من السباب التالية:

- 1- إذا أصحبت الجمعية عاجزة عن الوفاء بتعهداتها.
 - 2- إذا خصصت أموالها أو نقلت هذه الأموال لأغراض غير التي أنشئت من أجلها.
 - 3- إذا ارتكبت مخالفة لتعاليم الشريعة الإسلامية أو للقانون ولنظامها.
- وبين القانون طريقة تصفية الجمعية وتحويل أموالها. "المادة 103 مدني".

ثانياً: مجموعات الأموال

تضم مجموعات الأموال المؤسسات والوقف

1 - المؤسسات

المؤسسة شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذي منفعة إنسانية أو أدبية أو رياضية أو لأي عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام ولا يكون الغرض منه الربح المادة. "مادة 104 مدني".

فالمؤسسة تتفق مع الجمعية في أنها لا تهدف إلى الربح المالي وهي بذلك تختلف عن الشركة. غير أنها تختلف عن الجمعية في أن المؤسسة تهدف دائماً إلى تحقيق غرض من أغراض النفع العام، مثل بناء مستشفى أو مدرسة والإنفاق عليها. أما الجمعية فقد تقوم لتحقيق مثل هذا الغرض أو لتحقيق مصلحة خاصة بأعضائها. إضافة إلى أن المؤسسة تقوم على مال أو مجموعة من الأموال أما الجمعية فتقوم على جماعة من الأشخاص.

وتنشأ المؤسسة بمسند أو وصية شرعيين ويكون السند أو الوصية دستوراً للمؤسسة ولذلك يجب أن يشمل على البيانات الأساسية المتعلقة بها وهي: اسم المؤسسة ومركزها على أن يكون هذا المركز في الجمهورية اليمنية، والغرض من إنشائها، وبيان دقيق بالأموال المخصصة له، ونظام إدارة المؤسسة "مادة 105 مدني".

الفصل الثاني

محل الحق

سبق القول بأن الحق يخول صاحبه سلطات وإمكانات معينة يباشرها على محله، وهذه السلطات هي التي تكون مضمون الحق. أما محل الحق فهو ما يرد أو يقع عليه هذا الحق، سواء كان شيئاً أو عملاً.

أن مضمون حق الملكية هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والصرف بينما يعتبر الشيء الذي تنصب عليه هذه السلطات هو محل الحق.

فالحق العيني يرد على شيء مادي، لأنه سلطة لشخص معين على شيء معين كالملكية والحق الشخصي يرد على عمل أو امتناع عن عمل لأن هذا الحق رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل. وسبق أن تناولنا الحق الفكري "حق المؤلف" والذي يرد على شيء معنوي.

ولذا يقتصر حديثنا في هذا الفصل على محل الحق الشخصي وهو العمل ومحل الحق العيني وهو الشيء.

المبحث الأول

الأعمال

محل الحق الشخصي أو الالتزام وهو العمل الذي يلتزم المدين القيام به. وهذا العمل يكون إيجابيا كالالتزام مقاول ببناء حديقة أو التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. وفي جميع الأحوال يشترط في العمل كي يصلح محلا للحق الشخصي أن يكون ممكنا، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين وأن يكون مشروعاً.

1 - الإمكان

يجب أن يكون العمل محل الحق الشخصي ممكناً، ويقصد بشرط الإمكان ألا يكون المحل مستحيلاً في ذاته أي مستحيلاً استحالة مطلقة بالنسبة لكافة الأشخاص.⁽¹⁾ وفي هذه نصت المادة 195 من القانون المدني على أنه: "إذا كان محل العقد مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد غير صحيح". أما الاستحالة النسبية أي التي تقوم بالنسبة إلى المدين ذاته دون غيره فلا تمنع من قيام الالتزام، وهذا ما نصت عليه المادة (195 "مدني"، "... أما إذا كان مستحيلاً "محل العقد" على الملتزم دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد ويكون للطرف الآخر الخيار".

2 - أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين

يجب في محل الحق أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين، وإلا فإنه لا يكون هناك التزام لانعدام المحل أو لجهالته، فإذا تعهد مقاول بإقامة منزل مثلاً يجب أن يكون هذا البناء معيناً أو أن يكون على الأقل قابلاً للتعين، بحيث يمكن استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وإذا كان المحل إعطاء شيء يجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعين. وتختلف تعيين الشيء

(1) انظر د. عبد الحي حجابي، المرجع السابق، ص 661-662.

بحسب ما إذا كان أصله مما يعين بذاته أو مما يعين بنوعه، فإذا كان الشيء مما يعين بذاته وجب لكي يتوافر فيه شرط التعيين أن تكون ذاتيته معروفة.

أما إذا كان مما يتعين بنوعه فقط لزم أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيين جنسه ونوعه مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف لابس التعاقد وقع العقد على شيء متوسط الجودة من ذلك الصنف. "مادة 193 مدني".

3 - المشروعية يجب أن يكون محل الشخص مشروعاً. والعمل غير المشروع هو العمل الذي يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة. وقد نصت المادة 188 مدني بأنه "لا يصح التعاقد على عين محرمة شرعاً ولا فعل محرم شرعاً أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة اللذين يخالفان أصول الشريعة الإسلامية. ومن أمثلة العمل غير المشروع المبطل للتعهد به: الالتزام بارتكاب حريمه معينة، أو بيع كمية من المخدرات، أو بدفع مبلغ من المال إلى امرأة مقابل إنشاء أو استمرار علاقة جنسية غير مشروعة معها.⁽¹⁾

المبحث الثاني

الأموال والأشياء

تُميز التقنيات العربية بني الأشياء والأموال،⁽²⁾ خلاف للقانون المدني اليمني، وقد سار على ذلك أكثر شراح القانون حيث فرقوا بين الشيء والمال⁽³⁾ علماً أن التمييز بين الأشياء والأموال لم يكن قاصراً في القانون الروماني ولا في قانون نابليون الصادر 1804م.

وأن "المال" في نظر القوانين المدنية العربية هو الحق المالي أي الحق الذي يمكن تقدير محله بالنقود أم الشيء فهو محل الحق المالي. والفرق بين المال والشيء كالفرق بين الحق ومحل الحق. فالشخص الذي له حق ملكية على منزل يكون له مال هو حق الملكية وهذا الحق يمكن تقدير محله بالنقود، أما المنزل ذاته فهو الشيء الذي يرد عليه الحق.⁽⁴⁾

(1) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 723.

(2) انظر القانون المدني المصري م 1/84، والمدني السوري 1/83، والمدني الليبي م 83، والأردني م 54، والعراقي م 1/61، والجزائري م 682.

(3) انظر د. عبد الحي حجابي، المرجع السابق، ص 584.

د. عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 451.

د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 705.

(4) انظر د. سعيد عبد الكريم مبارك، المرجع السابق، ص 304.

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة 126 بقولها "المال ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول". ويعرف محمد قنري باشا المال في المادة الأولى من كتابه مرشد الحيران "المال ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة".

وخلص ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف المال: أن المال هو كل ما يمكن إحراره والانتفاع به ويتضح من ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تعرف التفرقة بين الأموال والأشياء كما هو الحال في القوانين الوضعية، علماً بأن التفرقة بين المال والشيء وإن كانت لها أهمية فأنها تقتصر على الناحية النظرية.⁽¹⁾

ولما كان القانون المدني اليمني مأخوذاً من أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر جميع التشريعات وفقاً للمادة الثالثة من الدستور. فقد جاء في المادة 114 مدني: "المال هو كل شيء يتموله ويمكن ادخاره لوقت الحاجة إذا كان التعامل فيه مباحاً شرعاً وكان غير خارج عن التعامل بطبيعته".

ووفقاً لذلك فإن المال في نظر القانوني اليمني هو الشيء الذي يمكن أن ينصب عليه الحق. وبالتالي فإن تقسيمات الأموال في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني تعتبر تقسيمات للأشياء في التقنيات المدنية والعربية، ولذا ليس ثمة ما يمنع من استعمال إحدى العبارتين مكان الأخرى.

تقسيمات الأموال والأشياء:

هناك تقسيمات ترد عادة في التشريعات وأخرى ترد في كتب فقهاء القانون،⁽²⁾ فمن النوع الأول تقسم الأشياء إلى أشياء داخلية في التعامل وأشياء خارجة عنه، وإلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة له، وإلى أشياء عقارية وأشياء منقولة، وإلى أشياء قيمة وأشياء مثلية وإلى أشياء عامة وأشياء خاصة، ومثال النوع الثاني من تقسيم الأشياء هو تقسيمها إلى قابلة للقسم وغير قابلة للقسم، وأشياء حاضرة وأخرى مستقبلية، وأشياء بسيطة وأشياء مركبة وأشياء ورئيسية وأشياء تابعة

وسوف نقتصر في تناول التقسيمات التي ترد عادة في التشريعات.

المطلب الأول

أشياء الداخلة في التعامل والأشياء الخارجة عنه

تناولت المادة 115 مدني الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها فنصت على أن "الأشياء التي لا يباح التعامل فيها شرعاً هي التي حرم الشرع التعامل فيها، والأشياء التي تخرج عن التعامل

(1) انظر بشكل مفصل د. عبد الحي حجابي، المرجع السابق، ص 580-585.

(2) للوقوف على التقسيمات الفقهية للأشياء ارجع د. عبد الحي حجابي، المرجع السابق، ص 638.

بطبيعتها أو بحكم القانون تكون قابلة للتعامل، أي تصلح أن تكون محلا للحق. والأشياء الخارجة عن التعامل كما حددتها المادة 115 مدني هي:

1 - أشياء خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها:

وهذه الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، كأشعة الشمس والهواء وماء البحر لأن حيازتها مسألة مستحيلة، ولكن إذا أمكن الاستئثار بجزء منها عن طريق حيازته وفصله صار هذا الجزء مملوكا ملكية فردية، وينشأ عليه لحائزه حق، ويمكن التعامل فيه فالهواء إذا ما ضغط في أنبوية صار مملوكا لحائزه، وكذلك أشعة الشمس بعد تحويلها إلى طاقة شمسية وكذلك مياه البحر يمكن أن يكون محلا للحق المالي بعد حصرها وتحويلها إلى مجرى خاص.

2 - أشياء خارجة عن التعامل بحكم الشرع

الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون هي أشياء تقبل بطبيعتها الاستئثار بها وحيازتها ولكن الشرع يخرجها من دائرة التعامل مراعاة لبعض الاعتبارات المتعلقة بمصلحة الجماعة. ومثال هذه الأشياء المواد المخدرة، كذلك الأشياء العامة.

المطلب الثاني

الأموال القابلة للاستهلاك والأموال غير القابلة للاستهلاك

تنص المادة 118 مدني على أن المال ينقسم إلى قابل للاستهلاك ومال غير قابل للاستهلاك. ويكون المال قابلا للاستهلاك إذا كان استعماله فيما أعد له سنحصر في استهلاكه أو إنفاقه ويعتبر كل ما أعد فلي المتاجر قابلا للاستهلاك أما غير قابل للاستهلاك فهو المال الذي أعد للانتفاع به واستغلاله مع بقاء عينة كالأرض الزراعية والدور والحوانيت.

ويتضح لنا من هذه التفرقة أن الأشياء القابل للاستهلاك هي تلك التي بمجرد استعمالها مرة وحدة. أي أن استعمالها ينحصر بحسب ما عدت له، في استهلاكها.

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي الأشياء المعدة بطبيعتها لاستعمال المتكرر لا تهلك منذ أو استعمالا، استخدام بل يمكن أن نستخدم أكثر من مرة كالملابس والمفروشات والكتب.

وأساس تقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك هي طبيعتها، غير أن أرادة الفرد قد تتدخل في تعديل وصف الشيء إذا خصص لاستعمل يختلف عن الاستعمال الذي أعد له بحسب كبيعته. فالنقود والثمار من الأشياء القابلة للاستهلاك بطبيعتها، ولكنها تصبح غير قابلة للاستهلاك إذا أعدت للعرض في معرض لمدة معينة، والكتب مثلا، فهي من الأشياء غير القابلة للاستهلاك إذا أعدت للاستعمال الشخصي، ولكنها تكون قابلة للاستهلاك إذا أعجت للبيع.

وينبغي التأكيد بأن الاستهلاك قد يكون ماديا أو قانونيا. ومن أمثلة الأشياء التي تستهلك ماديا بمجرد استعمالها الأنواع المختلفة للطعام. أما الاستهلاك القانوني فتنتقل به ملكية الشيء كإنفاق النقود أو بيع البضاعة المعروضة في المتاجر.

وأهمية التفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك ينحصر في ناحيتين:

1- أن بعض الحقوق لا تعطي لصاحبها حق التصرف وإنما تعطيه فقط حق الاستعمال لا يمكن أن ترد على الأشياء القابلة للاستهلاك، وذلك مثل حق الانتفاع والاستعمال والسكن والارتفاق.

2- بعض النقود لا ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك، وهي النقود التي تلزم أحد المتعاقدين برد الشيء الذي تسلمه بعد استعماله، كالإيجار، فالمستأجر يلتزم برد الشيء المؤجر بعد انتهاء مدة الإيجار.

المطلب الثالث

الأموال العقارية والأموال المنقولة

تنقسم الأموال إلى عثارية ومنقولة يعد أهم تقسيماتها جميعا،⁽¹⁾ وقد وجد هذا التقسيم في القانون الروماني، واتخذ هذا التقسيم أهمية كبرى في القانون الفرنسي القديم وذلك لما لملكية العقارات والأرض خاصة من أهمية بالغة من الناحية السياسية حينها.⁽²⁾

وقد نصت على هذا التقسيم المادة 116 مدني بقولها "ينقسم المال إلى نوعين:

1- مال ثابت غير منقول "عقار".

2- مال منقول.

أما المادة 117 مدني فقد عرفت العقار والمنقول حيث تنص على أن المال الثابت غير المنقول "العقار" هو كل شيء له أصل ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فهو مستقر بحيز ثابت ويلحق به كل منقول يضعه مالك المال فيه لخدمته أو لاستغلاله وكل ما عدا ذلك من المال فهو منقول".

ويتضح من هذا النص أن معيار هذا التقسيم معيارا ماديا يعتمد على طبيعة الأشياء وهو معيار الثبات والحركة. فالعقار هو الشيء الثابت الذي لا يمكن نقله من مكانه دون تلف وهو

(1) العلامة الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، القاهرة، 1967م، ص10.

(2) د. عبد الحي حجابي، المرجع السابق، ص586-587.

يشمل الأرض والمباني والأشجار وغيرها وهذه هي العقارات بطبيعتها. ولم يعرف القانون المدني المنقول تعريفاً مباشراً كما فعل في تعريف العقار، بل اقتصر على أن يقول "وكل ما عدا ذلك من المال فهو منقول" م 117 منه. فالمنقول إذن بمفهوم المخالفة، هو كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف كالنقود والحيوانات والمحاصيل الزراعية والسيارة وغيرها.

والى جانب العقارات بطبيعتها يلاحظ أن المشرع قد مد وصف العقار إلى بعض المنقولات إذا توافرت فيها شروط معينة، وتسمى في هذه الحالة عقارات بالتخصيص. فالمادة 117 مدني بعد أن عرفت العقار بطبيعته أضافت "ويلحق به كل منقول يضعه مالك المال فيه لخدمته أو استغلاله". فالعقار بالتخصيص هو شيء منقول بطبيعته، ولكن مالكة الحق بعقار له بأن خصصه لخدمة العقار أو استغلاله. (1)

ويتضح مما سبق أنه يشترط لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص:

1- وحدة المالك، يشترط لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص أن يكون مالكة ومالك العقار الذي ارصد المنقول لخدمته شخصاً واحداً.

أما إذا كان العقار للشخص والمنقول لغيره، فلا يكون عقاراً بالتخصيص حتى لو أرصد لخدمة العقار، كما لو كان المنقول مملوكاً للمستأجر، أو أن مالك العقار استأجر المنقول لخدمة العقار.

2- أن يخصص هذا المنقول أو استغلاله، ويجب أن يكون هذا التخصيص عينياً لا شخصياً، بمعنى أن يكون مقرراً لخدمة العقار أو استغلاله وليس لخدمة شخص مالكة، فالخيل التي يركبها صاحب المزرعة مثلاً لا تعد عقاراً بالتخصيص، أما الخيل التي تستخدم نقل منتجات المزرعة فتعد عقاراً بالتخصيص.

فإذا توافر هذا الشرطان، أصبح المال رغم كونه من المنقولات بطبيعته، عقاراً بالتخصيص، أي بسبب تخصيصه لخدمة العقار. وتسري عليه الأحكام الخاصة بالعقار، فلا يجوز الحجز عليه حجز منقول مستقلاً عن العقار الذي خصص لخدمته أو استغلاله، كما أن التنفيذ على العقار يشمل ولو لم يذكر في تنبيه نزع الملكية، كذلك فأن التصرف في العقار بالطبيعة يشمل العقار بالتخصيص. ويكون في حالة القسمة من نصيب من حصل على العقار الأصلي، حتى ولو كانت القسمة بسبب وفاة المالك، لأن التخصيص لا يزول بالوفاة. (2)

(1) انظر د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 518.

(2) د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 522.

وإذا كان العقار يقسم إلى نوعين هما العقار بالطبيعة والعقار بالتخصيص كما سبق. فالحال أيضا كذلك بالنسبة للمنقول، فالمنقول بدوره ينقسم إلى منقول بالطبيعة، وهو كما أسلفت كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف ومنقول بحسب المآل" وهو كل عقار معد للتحويل في القريب وعلى سبيل التحقيق إلى منقول"⁽¹⁾ ومثال ذلك البناء المعد للهدم والأشجار المعدة للقطع.

ويترتب على اعتبار العقار منقولات بحسب المآل أنه إذا بيعت هذه الأشياء بأن بيعها يعتبر بيع منقول يخضع لأحكام بيع المنقول لا بيع العقار، والحكمة من ذلك التخفيف من قيود التصرف في العقار.⁽²⁾

أهمية تقسيم الأموال إلى عقار ومنقول:

1 - من حيث انتقال الملكية

الملكية لا تنتقل في العقار إلا بالتسجيل بينما في المنقول فأنها تنتقل بمجرد العقد إذا كان معين بالذات، وإذا كان المنقول من المثليات معين بالنزع تنتقل الملكية بالإفراز.

2 - من حيث الحقوق العينية الواردة على الأشياء

من الحقوق ما لا يرد إلا على عقار، كحق الارتفاق والسكن والقرار.

3 - دعاوى الحيازة التي شرعت من أجل حماية الحيازة، لا تحمي إلا حائز العقار فهي غير مقررة بالنسبة للمنقول.

4 - لا يقع الاستملاك للمنفعة العامة إلا على العقارات. قانون الاستملاك للمنفعة العامة رقم 25 لسنة 1992م.

5 - يفرق قانون المرافعات بين إجراءات الحجز على المنقول وإجراءات التنفيذ على العقار.

6 - من حيث الاختصاص القضائي

الأصل أن ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المدعى عليه ويستثنى من ذلك الدعاوى المتعلقة بحق عقاري، فترفع أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرتها. م67 مرافعات.

7 - القيود التي تحد من تملك الأجانب تقتصر عادة على العقارات دون المنقولات.

د. حسن كيرة، مرجع سابق، ص74.

(1) د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، المرجع السابق، ص384.

(2) د. همام محمد محمود، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص205.

المطلب الرابع

الأشياء المثلية والأشياء القيمة

تنص المادة 119 من القانون المدني على أن الأشياء المثلية تتماثل أحادها ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر في التعامل بين الناس عادة بالعد أو الفرع أو الوزن وما عدا ذلك من المال مما يكثر التفاوت فيه فهو قيمي "غير مثلي".

فالأشياء المثلية، أو المعينة بالنوع، هي الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء فهي في الغالب أشياء لا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به، وتجري العادة على تعيين هذه الأشياء بالعدد كالنقود أو بالمقياس كالمنسوجات أو بالكيل كالحبوب أو بالوزن كالزيوت.

أما الأشياء القيمة فهي التي يقدم بها وصف خاص بحيث لا يمكن أن يحل غيرها محلها في لوفاء كعقار معين أو سيارة معينة...إلخ.

وهذه الأشياء يطلق عليها أيضاً أشياء معينة بالذات لأن تحديدها ينصب على ذاتيتها وليس على نوعها فقط.

ولعله من المفيد الإشارة إلى أن أصل هذه التفرقة تعود للقانون الروماني فقد وردت هذه التقسيمات للأموال في مدونة جستنيان ومنها انتقلت إلى القوانين اللاتينية⁽¹⁾ ثم إلى القوانين العربية ومنها اليمني والأردني والمصري والسوري والليبي والعراقي.⁽²⁾

هذا وترتب على تقسيم الأشياء إلى أشياء مثلية وقيمة عدة نتائج أهمها:

- 1- الأشياء القيمة "المعينة بالذات" تنتقل ملكيته بمجرد العقد، أما الأشياء المثلية "المعينة بالنوع" فلا تنتقل ملكيتها إلا بالإفراز.
- 2- هناك مقولة مفادها أن "الأموال المثلية لا تهلك" ومعنى ذلك لو أن شخصاً التزم بتقديم شيء مماثل لكمية والنوعية المتعاقد عليها، في حين لو باع شيئاً قيمياً، معيناً بذاته، كبقرة مثلاً، وهلكت بقوة قاهرة فإن ذمة المدين تبرا ولا يطالب بتسليم بقرة أخرى، لعدم وجود ما يماثلها تماماً.
- 3- من حيث المقاصة" فإنها لا تقع إلا بين دينين موضوع كل منهما شيء مثلي متحد في النوع والجودة...إلخ م438 مدني.

(1) د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص284.

(2) انظر القانون المدني الأردني م56، والمصري م85، والليبي م85، والعراقي م64.

المطلب الخامس

الأموال العامة والأموال الخاصة

تنقسم الأموال من حيث تخصيص منفعتها إلى أموال عامة وأموال خاصة، وقد نصت المادة 120 مدني على أن "المال العام هو كل مال تملكه الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ويكون مخصصا للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار وهذا المال لا يجوز التصرف فيه والحجز عليه ولا تملك الأشخاص له بأي وسيلة مهما بقي عاما ويجوز للأشخاص الانتفاع به فيما أعد له طبقا للقانون وما عدا ذلك من المال فهو مال خاص سواء تملكه الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو تملكه آحاد الناس".

ووفقا للنص أعلاه يجب لاعتبار المال عاما أن يتوافر شرطان. أولهما أن يكون المال مملوكا للدولة أو أحد أشخاص القانون العام كالمدن والمديريات ..إلخ وثانيهما أن يكون المال مخصصا للمنفعة العامة.

وكما أن للدول أموالا عاما بصفتها صاحبة السيادة لها كذلك أموال خاصة تكون في انتفاعها بها كالأفراد في انتفاعهم بما يملكون. ومن هنا انقسمت أموال الدولة قسمين. أموال عامة وأموال خاصة. والمقصود بأموال الدولة الخاصة تلك التي تملكها الدولة بوصفها فردا كسائر الأفراد لكي تحصل منها على دخل كالأراضي والمناجم والمحاجر وتخضع لنظام القانون الخاص، بحيث يجوز التصرف بها بجميع أوجه التصرف المبينة في القانون م122 مدني.

وقد وردت عبارة الأموال العامة في الدستور اليمني، إذ تنص المادة 19 منه "للأموال والممتلكات العامة حرمة وعلى الدولة وجميع أفراد المجتمع صيانتها وحمايتها.

أما المال الخاص فهو المملوك ملكية خاصة للأفراد أو للأشخاص الاعتبارية الخاصة كالشركات والجمعيات.

وتكمن أهمية تقسيم الأموال إلى أموال عامة وأموال خاصة في النواحي التالية:

- 1- الأموال العام غير القابلة للتصرف فيها، بمعنى أنه لا يجوز نقل ملكيتها إلى أشخاص آخرين. والتصرف الممنوع بالنسبة للأموال العامة هو التصرف الذي يتنافى مع تخصيص المال للنفع العام.
- 2- لا يجوز الحجز على الأموال العامة وذلك عكس الأموال الخاصة.

الفصل الثالث

حماية الحق

سبق القول بأن فقهاء القانون لم يتفقوا عند تعريفهم للحق حيال عد الحماية القانونية عنصرا من عناصر الحق. وقد عرضنا للنقد الموجه للمذهب الموضوعي الذي اعتبر الحماية القانونية عنصرا من عناصر الحق. وبصرف النظر عن هذا الجدل بشأن عد الحماية القانونية من عناصر الحق أو عدمه كذلك⁽¹⁾ فإن الذي لا يدخل إليه الشك أن الحق الذي لا يوفر له القانون وسائل حمايته يكون موجودا ولكن صاحبه لا يستطيع الحصول عليه⁽²⁾ ومن هنا يمكن القول بأن الوضع الطبيعي أنه ما دام القانون قد أقر بالحق واعترف به يجب أن يوفر له أسباب الحماية القانونية.⁽³⁾ هذا ويجمع فقهاء القانون على أن الحماية القانونية لا تتحرك إلا عندما يحدث نزاع بين الأشخاص بشأن هذا الحق، وفي ذلك تأكيد على أن الحق ينفصل عن وسيلة حمايته.

وقد وضع القانون لصاحب الحق من الوسائل ما يمكنه من الوصول إلى حماية حقه إذا ما اكره الغير أو اعتدى عليه، ولذلك تقرر المادة 113 مدني على أن كل حق يقابله واجب يلتزم بأدائه من عليه الحق". كما تنص المادة 307 مدني على أن كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئا عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضررا يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه ولا يخل ذلك بالعقوبات المقررة للجرائم طبقا للقوانين النافذة.

أن إضفاء الحماية القانونية على الحق تقتضي من صاحب الحق إثبات وجود الحق بإقامة الدليل أمام القضاء، وانه استعمل حقه دون تعسف، أي أنه استعمل حقه استعمالا مشروعاً.

المبحث الأول

وسائل حماية الحق

أن إقرار القانون للحق، ومنحه وسائل الحماية، يؤكد بأن الحق دون حماية لا قيمه له. والوسيلة الأساسية لحماية الحق هي الدعوى، وهذا ما يؤكد المادة 50 من قانون المرافعات حيث تنص بأن "الدعوى هي الوسيلة التي يخولها القانون للشخص في سبيل الالتجاء إلى القضاء

(1) انظر د. خالد الزعبي، د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص 285.

(2) د. عباس الصراف، وجورج حزبون، المرجع السابق، ص 199.

(3) المحامي د. عبد القادر الفأر، المرجع السابق، ص 217.

للحصول على حق أو ضمانه أو إثباته". وتتفق التشريعات الحديثة في كون الدعوى سلطة قانونية، وتختلف في تغليب بعض الأوصاف عليها.

فيعرف البعض الدعوى بكونها سلطة قانونية يكلف الشخص بالاستناد إليها السلطة القضائية بحماية حق يدعيه بالمؤيدة المقررة، ويرى آخرون بأن الدعوى "سلطة مقررة للأفراد في الارتفاع للقضاء للتماس توفير الحرمة لحقوقهم ومصالحهم المشروعة. وقسم آخر يعرفها بكونها "سلطة من أجل بحق من حقوقه في مطالبة القضاء بتوفير الحماية لحقه.

وقد عرفها الأستاذ أحمد أبو الوفاء تعريفا موجزا مستمدا مما سلف بقوله: "أنها سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته".

ويعرفها الأستاذ صلاح الدين الناهي بالقول: "أن الدعوى هي تقاضي حماية حق أو مصلحة أخل بهما أو أصبعا عرضة للإخلال أو الضياع".

أن حماية الحق باللجوء إلى القضاء حق دستوري، فالمادة 50 من الدستور تنص يحق للمواطن أن يلجأ إلى القضاء لحماية حقوقه ومصالحه المشروعة وله الحق في تقديم الشكاوى والانتقادات والمقترحات إلى أجهزة الدولة ومؤسساتها بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

ويتضح من النص الدستوري السابق أن وسائل حماية الحق لا تقتصر على الدعوى فقط بل تتعداها إلى الحق في تقديم الشكاوى والانتقادات والمقترحات إلى أجهزة الدولة ومؤسساتها إلخ.

وتقرر القوانين الجزائية أيضا حق الشخص في الدفاع الشرعي عن نفسه أو مال، بل أيضا عن نفس غيره وماله مثال ذلك قانون الجرائم والعقوبات المواد 26-30 والدعوى وإن كانت هي الوسيلة الأساسية لحماية الحق فأنها مقيدة بشروط: أهمها شرط المصلحة بمعنى أن تكون لمن يقيم الدعوى مصلحة في ذلك. حيث أن هذا المبدأ المتفق عليه أنه "لا دعوى بدون مصلحة". ولكي تكون هذه المصلحة "سواء كانت مادية أو أدبية" منتجة ومعتبرة بالنسبة لإقامة الدعوى يجب أن تكون هذه المصلحة مستندة إلى حق، وأن تكون شخصية، ومباشرة، وأن تكون قائمة وحالة أي أن الحق الذي يستند إليه تقوم بشأنه منازعة جدية، ولا يهم بعد ذلك أن تكون المصلحة مهمة أو قليلة الأهمية⁽¹⁾ وأخيرا يشترط لقبول الدعوى أن لا يكون قد سبق الحكم في موضوعها "بين نفس الخصوم" وذلك تطبيقا لمبدأ أساسي في القانون هو "مبدأ حجية الشيء المحكوم به" أو مبدأ "قوة الأمر المقضي به".

(1) د. أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص35.

المبحث الثاني

إثبات الحق

الإثبات لغة، ثبت الأمر ثباتاً وثبوتاً فهو ثابت، وثبت الأمر تحقق وتأكّد وأثبتته جعله ثابتاً، والإثبات، الإيجاب، ضد السلب والنفي.⁽¹⁾

أما من الناحية الفلسفية، فيعرف الإثبات بأنه العملية التي تسوق بصفة مقنعة قاطعة إلى التسليم بصحة قصة مشكوك فيها بداءة.

ويعرف الفقه الإسلامي الإثبات بمعناه العام بأنه إقامة الدليل على حق أو واقعة من الوقائع. وبمعناه الخاص بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار.⁽²⁾

أما الإثبات قانوناً فتعرفه المادة الأولى من قانون الإثبات رقم 2 لسنة 1992 بأنه إقامة الدليل بالطرق القانونية لإثبات الحق المتنازع عليه أو نفيه.

وللإثبات أهمية عملية بالغة، فصاحب الحق لكلي يستطيع الوصول إلى حماية حقه يتعين عليه إقامة الدليل على وجوده، فإن لم يتمكن من ذلك مجرد الحق من كل قيمة عملية وأصبح هو والعدم سواء.⁽³⁾ وصدق من قال "يستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل عليه".

المطلب الأول

محل الإثبات وعبء الإثبات

محل الإثبات:

واضح من تعريف الإثبات، بأن الإثبات ينصب على الواقعة القانونية مصدر الحق أو المنشئة له. فنحل الإثبات ليس هو الحق المتنازع فيه ولكن محل الإثبات ينصب على المصدر القانوني الذي ينشئ الحق، والحق ينشأ أما عن واقعة أو فعل مجرد أو تصرف إرادي، فمن يدعي أن له ديناً في ذمة آخر، عليه أن يثبت مصدر هذا الدين، كعقد بيع مثلاً ومن يدعي بأن شخصاً

(1) المنجد في اللغة والإعلام كلمة ثبت ، ط28، دار الشروق، بيروت، 1989م، المعجم الوسيط، حرف الثاء، ص93.

(2) ارجع د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، ط2، بغداد، 1986م، ص14-15.

(3) انظر د. عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص4.

ملتزم تجاهه بالتعويض عليه إثبات الواقعة المنشئة للحق في التعريض بإثبات أن المدعى عليه قد ارتكب خطأ سبب له ضرراً معيناً كإصابة في حادث، ومن يريد أن يثبت أن له حقاً في الميراث، فعليه أن يثبت أولاً واقعة الوفاة للمورث وواقعة القرابة.

عبء الإثبات:

وبقصد بتحديد عبء الإثبات تعيين أي من المتنازعين يحمل واجب إقامة الدليل على ما يدعيه، ولتحديد عبء الإثبات أهمية بالغة من الناحية العملية ذلك أن تكليف أحد الخصوم بالإثبات يجعل الخصم الآخر في مركز أفضل، أن موقفه سيكون سلبياً وسيكسب الدعوى دون مجهود إذا عجز المكلف بالإثبات عن إقامة الدليل على ما يدعيه، فعلى سبيل المثال أنه عندما يكلف المدعى بإثبات خطأ المدعى عليه في المسؤولية، لا شك أن المدعى عليه سيكون في مركز أفضل من مركز المدعي الذي ينوء بذلك العبء. (1)

والقاعدة العامة في شأن الإثبات هي أن الإثبات على المدعي، وهذا ما تقتضي به المادة الثانية من قانون الإثبات والتي تنص بأن الدليل إثبات الحق وعلى المدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلص منه، وتكون البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

ولا يقصد بالمعني رفع الدعوى، بل يقصد به كل من يدعي أمراً على خلاف الظاهر (2) سواء كان هو رافع الدعوى أو من رفعت عليه، فإذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه فيها بمبلغ معين اقترضه منه، كان رافع الدعوى أن يثبت حقه في ذمة المدين المدعى عليه. فإذا ما جاء المدين أمام القاضي وادعى أنه قام بالوفاء بهذا الدين فإنه يكون عليه أن يثبت ذلك أي يقع عليه عبء الإثبات.

المطلب الثاني

طرق الإثبات

طرق الإثبات أو أدلة الإثبات هي الوسائل المقبولة قانوناً التي يلجأ إليها أطراف النزاع لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها. (3) وقد بين قانون الإثبات "رقم 21 لسنة 1992" هذه

(1) د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص 16.

د. آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 74.

(2) انظر المادة الثالثة من قانون الإثبات، رقم 21 لسنة 1992م.

(3) د. آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 92.

الطرق⁽¹⁾ وهي شهادة الشهود، أقرار، الكتابة، اليمين وردها والنكول عنها، القرائن القاطعة ، المعاينة "النظر"، الخبرة "العدول" تقريرهم، استجواب الخصم.

1 - شهادة الشهود

عرفت المادة (26) من قانون الإثبات بقل=ولها "الشهادة أخبار في مجلس القضاء من شخص بلفظ الشهادة لإثبات حق لغيره على غيره. أما المادة (27) من القانون نفسه فذكرت ما يشترط في الشاهدة وهي:

- أ - أن يكون بالغاً عاقلًا مختارًا عدلاً.
 - ب - أن يكون قد عاين المشهود به بنفسه إلا فيما يثبت بالسمع واللمس ويستثنى أيضا النسب والموت والدخول بالزوجة وأصل الوقف فإنه يجوز إثباتها بالشهرة.
 - ج - أن لا يكون مجلوداً في حد أو مجروحاً في عدالة، والعدالة هي الصلاح الظاهر في الشاهد.
 - د - أن لا يجبر لنفسه نفعا أو يدفع ضرراً.
 - هـ - أن لا يكون خصماً للمشهود عليه.
 - و - أن لا يشهد على فعل نفسه.
 - ز - أن يكون عاماً بالمشهود به ذاكرًا له وقت الأداء.
- وتشترط المادة (41) في الشهادة ما يلي:

- 1- أن تكون في مجلس القضاء في حضور المشهود عليه أو وكيله و المنصوب عنه.
 - 2- أن يؤدي بلفظ الشهادة.
 - 3- أن يتقدمها دعوة شاملة لها.
 - 4- أن لا يكون بالنفي الصرف وأن لا يكذبها الواقع.
- وبالنسبة لنصاب الشهادة فقد حددتها المادة (45) كما يلي:

- 1- في الزنا أربعة رجال.
- 2- في بقية الحدود رجالان أو رجل وامرأتان.
- 3- في جنایات النفس والأطراف رجالان أصلان أو رجل وامرأتان.
- 4- في الأموال والحقوق ونحوها رجالان أو رجل وامرأتان، ويجوز أن يقبل غير ذلك بما استثني بنص كشهادة امرأة فيما لا يطلع عليه الرجال وشهادة الصبيان بعضهم على بعض. انظر المادتين 30، 32 من قانون الإثبات.

2 - الإقرار

(1) انظر قانون الإثبات، المادة 1.

الإقرار هو إخبار الناس شفاها أو كتابه عن ثبوت حق لغيره على نفسه "المادة 78" إثبات. وإقرار الشخص بالواقعة يحسم النزاع في شأنها فيجعلها في غير حاجة إلى إثبات. وبذلك تنص المادة 87 من القانون "الإقرار حجة قاطعة على المقر".
وقد بين القانون أركان القرار والشروط التي ينبغي توافرها في المقر والمقر له والمقر به.. إلخ "المواد 79-96" من قانون الإثبات.

3 - الكتابة

تعد الكتابة من أهم أجلة الإثبات في الوقت الحاضر، وقد تكون الكتابة رسمية أمام موظف رسمي مختص طبقا للأوضاع التي يستلزمها القانون. وقد تكون عُرفية بين الأفراد ولكل من النوعين حجية في الإثبات على النحو الذي بيّنه القانون ، "المواد 97-128".

4 - اليمين وردها والنكول عنها

اليمين حلف لإثبات الواقعة المتنازع عليها أو لنفيها تؤدي من الخصم الذي وجهت إليه بالصفة التي تقرها المحكمة. المادة 129 إثبات.

ورد اليمين هو طلب الخصم الذي وجهت إليه بردها إلى خصمه ليحلفها هو بالصفة التي تقرها المحكمة. المادة 130 إثبات.

والنكول هو امتناع الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن حلفها الواجب عليه دون أن يردها على خصمه في الأحوال التي لا يجوز فيها الرد. المادة 131 إثبات.

واليمين كأحد طرق الإثبات، يؤخذ بها في ظل ضمانه من الذمة والعقيدة الدينية، واليمين نظاما من أنظمة العدالة أراد به المشرع أن يخفف من مساوئ تقييد الدليل.⁽¹⁾

واليمين القضائية تنقسم إلى نوعين ، يمين حاسمة ويمين متممة.

أ - اليمين الحاسمة

هي يمين يوجهها الخصم إلى خصمه إذا أعوزه الدليل المطلوب، ليحسم بها النزاع، فهي ليست دليلا يقدمه الخصم على صحة ما يدعيه، إنما وهي وسيلة احتياطية يلجأ إليها الخصم، محتكما إلى ذمة خصمه وضميره.⁽²⁾ وإذا حلف اليمين من وجهت إليه كان مضمون الحلف حجة ملزمة للقاضي، فيحسم النزاع، ويخسر من وجه اليمين دعواه، فإذا تضمن الحلف إنكارا لما يطالب به من وجه اليمين، حكم برفض الدعوى. وهذا الحكم نهائي.

(1) انظر د. آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 240-241.

(2) انظر د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص 169.

أما إذا نكل من وجهت إليه اليمين - أي رفض أن يحلف اليمين بعد أن وجهت إليه - خسر دعواه، وكسب من وجه اليمين الدعوى. (1) ويكون النكول صراحة أو ضمناً. مادة 144 إثبات، وقد يرد الخصم اليمين أي يطلب إلى من يوجهها إليه أن يحلف هو فأما أن يحلف فيكسب الدعوى. أما إذا امتنع عن الحلف خسر دعواه.

ويلاحظ أنه إذا كان القانون قد أعطى لكل من الخصمين الحق في توجيه اليمين الحاسمة إلا أنه أخضع ذلك لرقابة المحكمة تجوز للمحكمة أن تعدل من صيغة اليمين أو تمنع توجيهها. المادتين 137، 140 إثبات.

ب - اليمين المتممة

هي يمين توجهها المحكمة للمدعي الذي قدم بينه ناقصة لاستكمال البينة القانونية عن الحق المدعى به بشرط ألا تكون الدعوى خالية من أية بينه وأن لا تكون فيها بينة كاملة وتلك في الأحوال التي يجوز فيها ذلك وهي الحقوق والأموال، ولا يجوز للمدعي أن يرد اليمين المتممة إلى المدعى عليه المادة 145 إثبات.

واليميني المتممة لا تحسم النزاع كاليمين الحاسمة، وإنما هي إجراء يلجأ إليه القاضي، عند نقص الأدلة.

5 - القرائن القاطعة

القرينة هي استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت (2) وهي على نوعين: القرائن القانونية والقرائن القضائية. (3)

والقرينة القانونية قد تكون قرينة بسيطة أي يمكن إثبات عكسها، وقد تكون القرينة القانونية قاطعة أي لا يمكن إثبات عكسها، ومن أهم أمثلتها حجة الأمر المقضي به ويقصد بها أن الحكم النهائي الذي يصدر في قضية معينة يكون حجة على ما فصل به فلا تقبل العودة إلى مناقشة ما فصل فيه هذا الحكم كما لا يجوز التشكيك في صحة ما قضي به (159) إثبات. وعلى ذلك تنص المادة 154 إثبات "القرينة القاطعة هي ما علم من الأمارات والدلائل الحال المصاحبة للواقعة المراد إثباتها فتدل بطريقة القطع الذي لا يقبل الاحتمال أصلاً على ثبوتها. كما تنص المادة 156 إثبات على أن كل قرينة قاطعة قانونية لا يجوز نقضها.

(1) د. عبد الودود يحيى، نفس المرجع، ص 178-179.

د. آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 254.

(2) د. آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 216.

(3) سبق الحديث عن القرائن القانونية عند الحديث عن وسائل الصياغة القانونية، في القسم للأول من الكتاب.

6 - المعاينة "النظر"

تعد المعاينة من الأدلة المهمة في سبيل التوصل الى معرفة الحقيقة فقد ترى المحكمة أن معاينة المتنازع فيه له أهميته في الإثبات فيكون لها من تلقاء نفسها أن تقرر الانتقال لمعاينة موضوع النزاع. كما يكون للمحكمة أن تنتقل بناء على طلب أحد الخصوم في الدعوى غير أنه في هذه الحالة لا تلتزم المحكمة بالانتقال في محل النزاع فالأمر يخضع لتقديرها. المادة 162 إثبات.

وإذا كان انتقال المحكمة لمعاينة محل النزاع من الأمور الجوازية فلها أن تقرر الانتقال بنفسها أو أن تنتسب أحد قضاتها أو من قضاة المحاكم الأخرى. المادة 160 إثبات.

وهناك خلاف حول سلطة قاضي الموضوع في تقدير الدليل الناتج عن المعاينة. ففي حين يذهب الأستاذ السنهوري إلى القول "وغني عن البيان أن المعاينة والخبرة دليلان حجبتها غير ملزمة"⁽¹⁾ يذهب آخرون إلى القول بأن "كل ما يثبت للمحكمة بالمعاينة يعد دليلاً قائماً على الدعوى يتحتم عليها أن تقول كلمتها فيه"⁽²⁾ وهذا هو حكم محكمة النقض المصرية.⁽³⁾

أما الأستاذ أم وهيب النداوي فيرى "أن بإمكان القاضي ألا يأخذ بنتيجة المعاينة إذا شعر أن ثمة تغييرات قد أدخلت على ما عاينه بحيث لم يعد يطابق الحقيقة أو أن المعاينة لم تؤدي إلى تكوين قناعة بصدد النزاع" ويخلص إلى القول بأن (القاضي حر في عدم الأخذ بما حصل عليه من علم نتيجة المعاينة ولكنه ملزم في حالة عدم الأخذ به بتسبب قرار الرفض كما هو الحال في أي دليل مقنع غير ملزم⁽⁴⁾) ونحن نشاطره هذا الرأي لما فيه من منطق يتفق ومهم الإثبات.

7 - الخبرة "العدول"

نعتد بالخبرة نوع من المعاينة الفنية تتم بواسطة أشخاص من أهل الخبرة تتوافر لديهم الكفاءة في النواحي التي لا تتوافر لدى القضاة. فقد يقتضي الفصل في النزاع الوقوف على بعض النواحي الفنية التي لا يلم بها القاضي، كالهندسة والطب وغيرها من فروع المعرفة، لذا أجاز القانون للمحكمة أن تعين خبيراً "عدلاً أو أكثر للاستعانة بهم. المادة 165 إثبات.

هذا وتعد النتيجة التي توصل إليها الخبير أو الخبراء وتطمئن إليها المحكمة دليلاً كاملاً في المسائل التي يعينون فيها. المادة 175 إثبات.

(1) العلامة السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، ص 101، نقلاً عن د. آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 266.

(2) د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص 188.

د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 664.

(3) نقض مدني، في 1945/2/8م نقلاً عن د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص 189.

(4) د. آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 266.

8 - استجواب الخصوم

نصت المادة 176 إثبات بأنه "يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم استجواب خصمه للإحاطة بجوانب المسألة المتنازع عليها ويكون توجيه الأسئلة للخصم عن طريق المحكمة أو من تنتدبه لذلك من قضاائها أو قضاة لمحاكم الأخرى ويبدأ بتوجيه الأسئلة التي ترى المحكمة أو القاضي المنتدب توجيهها ثم أسئلة الخصم وسببه أن وجد ولا يخل ذلك بما تستتبطه المحكمة من قرائن تفيد في إثبات أو نفي الحق المتنازع عليه.

تم بحمد الله

المراجع

مراجع الكتاب

- 1- القرآن الكريم
- 2- ابن خلدون، المقدمة تاريخ العلامة ابن خلدون، المجلد الأول، ط3، مكتبة المدرسة ودار الكتب اللبنانية، بيروت 1967.
- 3- د. إبراهيم محمد العاني، القانون الدولي العام، دار الفكر العربي.
- 4- د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة "طلبة كلية التجارة"، دار النهضة العربية، ط4، 1983.
- 5- د. إبراهيم أبو الليل، د. محمد الألفي، المدخل إلى نظرية الحق، مطابع مقهوري، الكويت 1974.
- 6- د. أحمد سلامة، المدخل إلى لدراسة القانون، الكتاب الأول، نظرية القاعدة القانونية، دار النهضة العربية 1974.
- 7- د. أحمد فتحي سرور، الجرائم الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة 1990.
- 8- د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1977.
- 9- د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الإداري اليمني 1991.
- 10- د. أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف الإسكندرية.
- 11- د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج2، منشأة المعارف الإسكندرية.
- 12- آدم وهيب النداوين شرح قانون الإثبات، ط2، بغداد 1986م.
- 13- د. بطرس بطري غالي، د. محمود خيرى عيسى، المدخل في علم السياسة، ط8، مكتبة الإنجلو المصرية 1989م.
- 14- د. توفيق حسن فرج، الدخل للعلوم القانونية، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية 1981م.
- 15- د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية 1988م.
- 16- جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

- 17- د. جعفر الفضلي، د. منذر عبد الحسين الفضل، المدجل للعلوم القانونية "النظرية العامة للقانون والنظرية العام للحق، ط1، 197م.
- 18- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، 1974م.
- 19- د. حسن الهنداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون الكويتي، وكالة المطبوعات 1973م.
- 20- د. حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، دار الفكر العربي 1979م.
- 21- د. حسين عبد علي عيسى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص "الجرائم الواقعة على الأشخاص"، عدن 1994م.
- 22- د. حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني، القسم العام 1991م.
- 23- د. حسن الجوداري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط1، مكتبة دار الثقافة، عدن 1992م.
- 24- د. حسن الجوداري، قانون الأحدث الجانحين، مكتبة دار الثقافة، ط1، عمان 1992م.
- 25- د. حسين سلوم، المالية العامة "القانون المالي الضريبي"، دار الفكر العربي، بيروت 1990م.
- 26- د. محمد مقبول الأهدل، أصول الفقه الإسلامي، ط1، مكتبة الجيل ، صنعاء 1990م.
- 27- د. حسين النوري، دروس في القانون ، مكتبة عين شمس، القاهرة بدون سنة نشر.
- 28- د. خالد سمارة الزعبي، القرار الإداري، ط1، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان 1995م.
- 29- د. خالد عمر باجبيد، القانون الإداري اليمني، إصدار جامعة عدن، عدن 1992م.
- 30- دونالد ر. ددلي، حضارة الرومان، ترجمة يواقيم الذهبي، دار نهضة مصر، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 31- رز هز بارو، الرومان، ترجمة عبد الرزاق يسري، مراجعة د. سمير القلماوي، دار نهضة مصر، القاهرة 1968م.
- 32- د. رشاد السيد، مبادئ القانون الدولي 1991م.
- 33- د. رمضان أبو السعد، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ج1، الدار الجامعية 1983م
- 34- د. رمضان أبو السعد، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية 1985م.
- 35- د. سعيد جبر، المدخل لدراسة القانون اليمني، ج1، نظرية القانون 1990م
- 36- د. سعيد جبر، المدخل لدراسة القانون اليمني، ج2، نظرية الحق 1990م.

- 37- د. سمير عبد تتاغو، النظر العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية 1986م.
- 38- د. سهيل الفتلاوي، نظرية القانون، ط1، 1993م.
- 39- د. سامية محمد جابر، علم الاجتماع المعاصر، دار المعرفة الجامعية 1990م.
- 40- د. شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل لدراسة القانون، ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 41- د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل العراقي، بغداد 1978م.
- 42- د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في الملكية الصناعة والتجارية، دار الفرقان 1983-82م.
- 43- د. صلاح الناهي، د. محمد صبحي نجم، د. نائل عبد الرحمن صالح، القانون في حياتنا، الجامعة الأردنية 1984-83م.
- 44- د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، النظرية العامة في الدعوى في المرافعات والأصول المدنية، ط1، دار الجيل، بيروت، دار عمار، عما، 1988م.
- 45- د. طعيمة الجرف، القانون الإداري 1973م.
- 46- د. عبد العزيز سرحان، القانون الدولي العام، القاهرة 1969م.
- 47- د. عبد المجيد راضي الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والعراقي واليمني، ج1، الشركة الجديدة للطباعة، عان 1993م.
- 48- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانونية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1994م.
- 49- السنهوري، الوسيط في القانون المجني، ج8، القاهرة 1967م.
- 50- المحامي د. عبد القادر الفأر، المدجل لدراسة العلوم القانونية، ط1، دار الثقافة، عمان 1994م.
- 51- د. صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، ط11، منشأة المعارف، بدون سنة نشر.
- 52- د. عمر بامحسون، التطور الدستوري في اليمن الديمقراطية، مكتبة مصر، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 53- د. عبد العزيز السقاف، نظرية المالية العامة والنظام المالي في الجمهورية العربية اليمنية، المعهد القومي للإدارة، صنعاء.
- 54- د. عبد الودود يحيى، دروش في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- 55- د. علي خطار شطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني، عمان 1994م.
- 56- د. علي خطار شطناوي، القضاء الإداري، ط1، مطبعة كنعان 1995م.

- 57- د. عبد الرحمن عيسوي، علم النفس القانوني، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- 58- د. عبد الواحد عزيز الزنداني، السير والقانون الدول العام، ط1 1990م.
- 59- د. عبد القادر اللامي، معجم المصطلحات القانونية، بغداد 1990م.
- 60- د. عبد العزيز عامر، المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي، القسم الأول، نظرية القانون، طبعة خاصة، المطبعة العالمية، القاهرة، 1969م.
- 61- د. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون المصري، مؤسسة الثقافة الجامعية 72-73.
- 62- د. عباس الصراف، د. جوج حزبون، المدخل إلى علم القانون، ط3، دار الثقافة، عمان 1994م.
- 63- د. عدنان طه الدوري، د. لطيف جبر كوماني، المبادئ للقانونية العامة، "طلبة التجارة"، ط1، الجامعة المفتوحة 1994م.
- 64- د. عصام أنور سليم، د. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، مدخل إلى القانون، مدخل إلى الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 1993م.
- 65- عبد الكاظم فارس المالكين، جبار صابر طه، المدخل لدراسة القانون، مؤسسة المعاهد التقنية، بغداد 1986م.
- 66- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، في جزئين، ط12، مؤسسة الرسالة 1993م.
- 67- عبد الوهاب خلفن علم أصول الفقه، دار القلم، 1986م.
- 68- د. عبود المسراج، قانون العقوبات "القسم العام"، ط6، مطبوعات جامعة دمشق، 92-1993م.
- 69- د. عبد المنعم البدرابي، مبادئ القانون 1985م.
- 70- د. عدنان جاموس، المدخل إلى علم القانون، ط2، منشورات جامعة دمشق، 91-1992م.
- 71- د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، "1" القانون، وفقا للقانون الكويتي، "دراسة مقارنة"، مطبوعات جامعة الكويت، المكتبة العصرية، الكويت 1972م.
- 72- د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، "2" الحق، وفقا للقانون الكويتي، "دراسة مقارنة"، مطبوعات جامعة الكويت، المكتبة العصرية، الكويت 1970م.
- 73- د. عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ج2، الطبعة التعاوني، مديرية الكتب الجامعية، 74-1974م.
- 74- د. عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، ج1، نظرية القانون، ط2، الدار الجامعية للنشر والتوزيع والإعلان 1988م.
- 75- د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994م.

- 76- د. عبد الباقي البكري، د. غلي محمد بدير،، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد 1982م.
- 77- د. عبد القادر الشبخلي، النظام القانون للجزء التأديبي، دار الفكر، عمان 1983م.
- 78- علي خليل إبراهيم، جريمة الموظف العام الخاطفة للتأديب في القانون العراقي، الدار العربية، بغداد، بدون سنة نشر.
- 79- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، القاهرة 1954م.
- 80- د. عصام العطية، القانون الدولي العام، 1987م، ص 23-38.
- 81- د. علي محمد جعفر، العقوبات والتدابير والأساليب تنفيذها، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات 1988م.
- 82- د. عبد الغني محمود، التدخل في الدعوى أمام محكمة العدل الدولية، ط1، دار النهضة العربية 1988م.
- 83- د. عبد العال الصكبان، مقدمة في علم المالية العامة في العراق، ج1، دار الكتب لطباعة والنشر، جامعة الموصل 1986م
- 84- د. غسان الجندي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، مطبعة التوفيق ، عمان 1989م.
- 85- د. غالب علي الداودي، المدخل إلى عالم القانون وخاصة الأردني، ط4، 1996م.
- 86- د. فؤاد شباط، د. محمد عزيز شكري، القضاء الدولي، المطبعة الجديدة، دمشق 1966م.
- 87- د. كمال أبو سريع، القانون البحري اليمني، منشورات جامعة صنعاء 1991م.
- 88- د. كمال السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الأردني، دار الفكر، عمان 1989م.
- 89- مناع القطاع، التشريع والفقہ الإسلامي، "تاريخاً ومنهجاً" ط10، مؤسسة الرسالة، 1989م.
- 90- د. مصطفى كمال أبو طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، الإسكندرية 1988م.
- 91- المحامي محمود نعمان، موجز المدخل للقانون، دار النهضة العربية، بيروت 1975م.
- 92- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1984م.
- 93- د. ماهر صالح علاو الجبوري، القانون الإداري، جامعة الموصل 1989م.
- 94- د. محمد السعيد رشيد، موجز المدخل لدراسة القانون الأردني، دار الفرقان، عمان 1991م.
- 95- د. ملحم قربان، قضايا الفكر السياسي "القانون الطبيعي"، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت 1982م.
- 96- د. محمد عبد الكريم عكاشة، يهود اليمن والهجرة إلى فلسطين، الطبعة الأولى، 1993م.

- 97- د. ماهر صالح علاو الجبوري، القرار الإداري، كلية صدام للحقوق، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد 1991م.
- 98- د. محمد محمود ربيع/ مناهج البحث في العلوم السياسية، ط2، مكتبة الفلاح، الكويت 1987م.
- 99- د. محمد لبيب شنب، الدخول لدراسة القانون، القاهرة 85-1986م.
- 100- د. محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ط10، الدار الجامعية، 1985م.
- 101- د. محمد فاروق النيهان، المدخل للتشريع الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، دار القلم، بيروت، بدون سنة نشر.
- 102- د. منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، ط1، دار الشؤون الثقافية، بغداد 1966م.
- 103- د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، النظريات العامة للقانون، الدار الجامعية 1987م.
- 104- د. محمد خلف، مبادئ علم الإجرام، ط1، 1977م.
- 105- د. مصطفى محمد الجمال، د. حمدي عبد الرحمن، دروس في القانون "الطلبة كلية التجارة"، الدار المصرية للطباعة والنشر 1971م.
- 106- د. محمد محمود عبد الله، المدخل إلى علم القانون، ط6، منشورات جامعة دمشق 1994م.
- 107- د. محمد حسن منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون الليبي، مطبعة تونس، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 108- محمود سليمان عيسى، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في القانون الليبي والأجنبي، ط1، الدار الجامعية للنشر والتوزيع الإعلان 1985م.
- 109- محمد عبد اللطيف، التقادم المكسب والمسقط، ط2، دار النشر للجامعات المصرية، 1966م.
- 110- د. محمد إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع، ديوان المطبوعات، الجزائر 1983م.
- 111- د. محمد عمر الحبشي، اليمن الجنوبي، سياسيا واقتصاديا واجتماعيا، دار الطليعة، بيروت 1968م.
- 112- د. محمد سليم محمد غزوي، الوجيز في التنظيم السياسي والدستوري للمملكة الأردنية الهاشمية، ط3، مكتبة دار الثقافة 1994م.

- 113- د. محمد قائد طربوش، نظام الحكم في الجمهورية العربية اليمنية، ط1، مكتبة مدبولي 1990م.
- 114- د. محمد عبد القادر الحاج، شرح القانون التجاري اليمني، مكتبة الجيل الجديد 92-1993م.
- 115- د. مصطفى أحمد فؤاد، الطعن في الأحكام "دراسة في النظام القضائي الدولي"، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 116- د. سيعد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العام في القانون المدني الأردني، ط1، مكتبة دار الثقافة، عمّان 1996م.
- 117- د. مطهر محمد إسماعيل العزي، التطور الدستوري في الجمهورية العربية اليمنية 1985م.
- 118- د. مطهر محمد إسماعيل العزي، المبادئ الدستورية والنظام الدستوري في الجمهورية اليمنية، ط1، 1994م.
- 119- مالين، القانون المدني وحماية حقوق الشخصية في الاتحاد السوفيتي، ترجمة دار التقديم، موسكو 1988م.
- 120- د. محمد سعود المعيني، الإكراه وأثره، في التصرفات الشرعية، "بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، منشورات مكتبة بسام 1985م.
- 121- د. محمود الطنطاوي، المدخل إلى الفقه الإسلامي "تاريخ التشريع ومناهجه ومصادره والنظريات الفقهية"، ط2، مطبعة البيان التجارية، دبي 1988م.
- 122- موريس كرنستون، حقوق الإنسان ما هي، دار النهار، بيروت، 1973م.
- 123- د. محمود حافظ، القرار الإداري "دراسة مقارنة"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 124- د. محمود عبد المجيد المغربي، القواعد الأهلية في الشريعة الإسلامية، ط1، المكتبة الحديثة 1988م.
- 125- د. محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، ط1، منشورات الجامعة الأردنية، عمّان 1987م.
- 126- د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد السيد عمران، د. محمد يحيى مطر، المدخل إلى العلوم القانونية، الدار الجامعية 1992م.
- 127- نيكولاس بولانتزاس، نظرية الدولة، ترجمة ميشيل كيلو، ط1، دار التنوير 1987م.
- 128- د. هشام القاسم، المدخل إلى علم النفس، دار الثقافة، عمّان بدون سنة نشر.
- 129- د. هشام القاسم، المدخل إلى علم الحقوق، المطبعة العلمية، دمشق 1971م.

- 130- هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة د. أكرم الوتري، مركز البحوث القانونية، بغداد 1986م.
- 131- د. همام محمد محمود، د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 132- د. وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ط2، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق 1995م.

البحوث والمقالات والدوريات

- 133- أحمد الداعور، نقض القانون المدني، كتاب الوعي، "2" ، ط3، دار الأمة، بيروت 1990م.
- 134- أحمد علي الجهراي، مبدأ فصل السلطات، مجلة أبحاث سياسية تصدرها وزارة الخارجية اليمنية، السنة الثانية، العدد الرابع، يوليو، أغسطس، سبتمبر 1990م.
- 135- د. أنطوان قيس، النظرية الحديثة في تنازع القوانين في الزمان، مجلة المحامون، سوريا، العددان الأول والثاني السنة 35، دمشق 1970م.
- 136- أحمد أبو الوفاء، التنازع الزمني لقوانين المرافعات، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة عشر 1970، العدد الأول، صادر سنة 1971م.
- 137- د. إبراهيم شحاتة، موقف الدول الجديدة من محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلة 20، 1964م.
- 138- د. أحمد كمال أبو المجد، حوار لا مواجهة "دراسات حول الإسلام والعصر، كتاب العربي، العدد السابع، أبريل 1985م
- 139- ارزقي نسيب، الظاهرة الدستورية في المجتمع الإسلامي، مجلة بحوث، جامعة الجزائر، العدد الثاني 1994م.
- 140- د. حسن كيرة، مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة السابعة، 57-2958م، العددان الثالث والرابع.
- 141- المحامي اللورد دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويصي، مراجعة سليم بسيسو، سلسلة علم المعرفة، الكويت، العدد 47، نوفمبر 1986م.
- 142- د. سعد محمد سعد، أحكا الأهلية في القانوني المدني اليمني، مجلة القانون، كلية الحقوق، جامعة عدن، العددان 8 و9، 94-1995م.
- 143- د. عدنان حمودي الجليل، مبدأ الفصل بين لسلطات وحقيقة مونتسكيو، مجلة القانون، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة، يونيو 1985م.

- 144- د. محمد أحمد علي، مسائل خلافية في القانون الدولي الخاص موقف التشريع اليمني
منها، مجلة دراسات يمنية، مركز البحوث والدراسات، صنعاء، العدد 30، أكتوبر، نوفمبر،
ديسمبر 1987م.
- 145- د. محمد أحمد علي، من تاريخ التشريع في اليمن، دراسات يمنية، مركز البحوث
والدراسات، صنعاء، العدد 30، أبريل، مايو، يونيو 1985م.
- 146- د. محمد عوض محمد، مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل
الشرعية الإسلامية مصدراً للتشريع، مجلة دراسات قانونية، منشورات الجامعة الليبية، كلية
الحقوق، المجلد الثالث، السنة الثالثة 1973م.
- 147- د. محمد محمد علي صلاح، العلاقات الدولية نشأتها، أهميتها وتطورها، مجلة اليمن
الجديد، وزارة الثقافة والإعلام، صنعاء، العدد 11، السنة، ذ18، نوفمبر 1979م.
- 148- د. محمد أحمد علي ، القانون اليمني الخاص المعاصر في اليمن "المصادر"، دراسات
يمنية، مركز البحوث والدراسات
- 149- يحيى قاسم علي ، القضاء الدولي والقضاء الداخلي "دراسة مقارنة"، بحث غير منشور.
- 150- يحيى قاسم علي ، التفويض الإداري كمصدر من مصادر الاختصاص، بحث غير
منشور.

الوثائق القانونية

- 151- الدستور اليمني.
- 152- الدستور المصري.
- 153- الدستور الأردني.
- 154- القانون المدني اليمني
- 155- القانون المدني العراقي.
- 156- القانون المدني المصري.
- 157- القانون المدني الأردني.
- 158- القانون المدني الليبي.
- 159- القانون المدني السوري.
- 160- قانون بشأن العقوبات والجرائم رقم 12 لسنة 94.
- 161- قانون بشأن الأحوال الشخصية رقم 20 لسنة 92.
- 162- قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم 28 لسنة 92.

- 163- قانون الإثبات 21 لسنة 92.
- 164- قانون الوقف الشرعي 23 لسنة 92.
- 165- قانون بشأن الحق الفكري 19 لعام 94.
- 166- قانون الإجراءات الجزائية 13 لعام 94.

المحتويات

تمهيد

1 - القانون ظاهرة اجتماعية

2 - وظيفة القانون

3 - التعريف بالقانون

4 - القانون والحق

12

القسم الأول: نظرية القانون

13 الباب الأول: تحليل القانون

14 الفصل الأول: الخصائص المميزة للقاعدة القانونية

15 المبحث الأول: خصائص القاعدة القانونية

16 المطلب الأول: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعية

17 المطلب الثاني: القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة

19 المطلب الثالث: القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص في المجتمع

19 المطلب الرابع: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

24 المبحث الثاني: تمييز القواعد القانونية عن القواعد الاجتماعية الأخرى

25 المطلب الأول: القاعدة القانونية وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد

25 المطلب الثاني: القاعدة القانونية والقواعد الأخلاقية

27 المطلب الثالث: القاعدة القانونية وقواعد الدين

28 المبحث الثالث: علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى

28 المطلب الأول: القانون وعلم الاجتماع

29 المطلب الثاني: القانون وعلم الاقتصاد

29 المطلب الثالث: القانون وعلم التاريخ

30 المطلب الرابع: القانون وعلم السياسة

30 المطلب الخامس: القانون وعلم الإجرام

31 الفصل الثاني: أساس القانون ومدى تدخله في نشاط الأشخاص

32 المبحث الأول: أساس القانون "طبيعة القانون"

33 المطلب الأول: المدرسة التاريخية

| | |
|-----|---|
| 34 | المطلب الثاني: المدرسة الوضعية |
| 36 | المطلب الثالث: مدرسة الشرح على المتن |
| 37 | المطلب الرابع: مدرسة القانون الطبيعي |
| 38 | المطلب الخامس: مدرسة العلم والصناعة |
| 39 | المطلب السادس: المدرسة الإسلامية |
| 40 | المبحث الثاني: مدى تدخل الدولة في نشاط الأشخاص |
| 41 | المطلب الأول: المذهب الفردي أو المذهب الحر |
| 44 | المطلب الثاني: المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي |
| 46 | المطلب الثالث: موقف القانون اليميني من المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي |
| 48 | الفصل الثالث: أنواع القواعد القانونية |
| 50 | المبحث الأول: أقسام القانون وفروعه |
| 51 | المطلب الأول: التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص |
| 55 | المطلب الثاني: فروع القانون العام |
| 64 | المطلب الثالث: فروع القانون الخاص |
| 71 | المبحث الثاني: القواعد الآمرة والقواعد المكملة |
| 72 | المطلب الأول: تعريف بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة |
| 74 | المطلب الثاني: معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة |
| 79 | الباب الثاني: القانون بين النشأة والتطبيق والإلغاء |
| 80 | الفصل الأول: مصادر القانون |
| 83 | المبحث الأول: التشريع كمصدر أصلي |
| 83 | المطلب الأول: تعريف التشريع وبيان خصائصه وتوضيح مزاياه وعيوبه |
| 96 | المطلب الثاني: سن التشريع ونفاذه |
| 91 | المطلب الثالث: أنواع القواعد القانونية |
| 95 | المطلب الرابع: التقنين وبعض وسائل الصياغة |
| 102 | المبحث الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا |
| 104 | المبحث الثالث: العرف |
| 105 | المطلب الأول: أركان العرف وأنواعه |
| 108 | المطلب الثاني: مزايا العرف وعيوبه |

| | |
|-----|--|
| 109 | المطلب الثالث: أساس القوة الإلزامية للعرف |
| 110 | المطلب الرابع: دور العرف في القانون اليمني |
| 113 | المبحث الرابع: مبادئ العدالة |
| 115 | المبحث الخامس: المصادر التفسيرية |
| 116 | المطلب الأول: القضاء |
| 118 | المطلب الثاني: الفقه |
| 119 | الفصل الثاني: تطبيق القانون |
| 120 | المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث المكان |
| 121 | المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث الزمان |
| 123 | المطلب الأول: الحلول النظرية لحل مشكلة التنازع |
| 132 | المطلب الثاني: الحلول الوضعية لحل مشكلة تنازع القوانين في الزمان |
| 143 | الفصل الثالث: تفسير القانون |
| 144 | المبحث الأول: أنواع التفسير |
| 144 | المطلب الأول: التفسير التشريعي |
| 145 | المطلب الثاني: التفسير القضائي |
| 146 | المطلب الثالث: التفسير الفقهي |
| 147 | المبحث الثاني: مدراس التفسير |
| 147 | المطلب الأول: مدرسة الشرح على المتون |
| 147 | المطلب الثاني: المدرسة التاريخية والاجتماعية |
| 148 | المطلب الثالث: المدرسة العلمية |
| 149 | المبحث الثالث: طرق التفسير |
| 149 | المطلب الأول: طرق التفسير الداخلية |
| 151 | المطلب الثاني: طرق التفسير الخارجية |
| 152 | المبحث الرابع: إلغاء القانون |
| 153 | المطلب الأول: إلغاء القواعد التشريعية وغير التشريعية |
| 154 | المطلب الثاني: الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني |
| 155 | المطلب الثالث: التفرقة بين إلغاء التشريع وإبطاله |

157

القسم الثاني: النظرية العام للحق

158

الباب الأول: تعريف بالحق

| | |
|-----|---|
| 159 | الفصل الأول: التعريف بالحق |
| 160 | المبحث الأول: المذاهب المختلفة في تعريف الحق |
| 163 | المبحث الثاني: تعريف الحق في القانون اليمني |
| 164 | الفصل الأول: أنواع الحقوق |
| 167 | المبحث الأول: الحقوق الشخصية |
| 168 | المبحث الثاني: الحقوق العينية |
| 169 | المطلب الأول: الحقوق العينية الأصلية |
| 173 | المطلب الثاني: الحقوق العينية التبعية |
| 176 | المطلب الثالث: التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي |
| 178 | المبحث الثالث: الحقوق المعنوية "الحق الفكري" |
| 179 | المطلب الأول: المقصود بحق المؤلف |
| 180 | المطلب الثاني: مضمون حق المؤلف |
| 183 | المطلب الثالث: حماية حق المؤلف |
| 183 | الباب الثاني : أركان الحق |
| 184 | الفصل الأول: أشخاص الحق |
| 185 | المبحث الأول: الشخص الطبيعي |
| 185 | المطلب الأول: بدء الشخصية ونهايتها |
| 189 | المطلب الثاني: مميزات الشخصية |
| 208 | المبحث الثاني: الشخص الاعتباري |
| 209 | المطلب الأول: طبيعة الشخص الاعتباري |
| 212 | المطلب الثاني: بداية الشخصية الاعتبارية ونهايتها |
| 213 | المطلب الثالث: خصائص الشخص الاعتباري |
| 215 | المطلب الرابع: أنواع الشخص الاعتباري |
| 219 | الفصل الثاني: محل الحق |
| 220 | المبحث الأول: الأعمال |
| 221 | المبحث الثاني: الأموال والأشياء |
| 222 | المطلب الأول: الأشياء الداخلة في التعامل والأشياء الخارجة عنه |
| 223 | المطلب الثاني: الأموال القابلة للاستهلاك والأموال غير القابلة للاستهلاك |
| 224 | المطلب الثالث: الأموال العقارية والأموال المنقولة |

| | |
|-----|---|
| 227 | المطلب الرابع: الأشياء المثلية والأشياء القيمية |
| 228 | المطلب الخامس: الأموال العامة والأموال الخاصة |
| 229 | الفصل الثالث: حماية الحق |
| 229 | المبحث الأول: وسائل حماية الحق |
| 231 | المبحث الثاني: إثبات الحق |
| 231 | المطلب الأول: محل إثبات الحق |
| 232 | المطلب الثاني: طرق الإثبات |
| 238 | المراجع |
| 248 | المحتويات |