

بسم الله الرحمن الرحيم

مناط الإلزام بالأحكام المدنية

للدكتور مصطفى الجمال

١ - لا يكشف تصفح مؤلفات الفقه المدني عن مكان محدد فيها لمدرک «مناط الإلزام بالأحكام المدنية». ومع ذلك فاتخاذ هذا المدرک منطلقاً للتفكير يوصل إلى عديد من المباحث التي تثير مشكلة الإلزام بأحكام القانون بصفة عامة وأحكام القانون المدني بصفة خاصة ، كما هو الحال في مبحث نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص في النظرية العامة للقانون ، وفي مبحث الشخصية والأهلية في النظرية العامة للحق ، وفي مبحث دور الإرادة في الإلزام بالتصرف القانوني ومدى ارتباط وجودها بتوافر الإدراك ومبحث دور الخطأ في الإلزام بالتعويض ومدى لزوم التمييز لقيامه في نظرية الإلزام.

ولا شك أن هذه المباحث تناقش أمهات المسائل التي يثور حولها الجدل وتتصارع في شأنها النظريات في الفقه القانوني المعاصر ، دون أن يصل إلى تصورات تستجيب إلى اعتبارات العلم والعمل ، وتوفق بين النظرية القانونية وأحكام القانون الوضعي . ولا شك كذلك أن مثل هذه التصورات مازالت بعيدة المنال ، أمام ما يشهده القانون المعاصر من تحولات عميقة - لم تبلغ بعد منتهائها - وما تستتبعه هذه التحولات من اتجاه النظم القانونية نحو التفكك مخلقة وراعاها حاجة مستمرة للتفكير وإعادة النظر وإعادة البناء من جديد (١).

وقد يبدو ، لأول وهلة ، أن هذه المباحث السابقة تثير مشاكل متميزة

(١) أنظر في تفصيل هذه الظاهرة بحثاً لنا بعنوان « الجهل بالأحكام المدنية » منشور في مجلة الحقوق ، العدد الأول والثاني ١٦ - ١٩٧١ ؛ رينيه سافتييه ، التحولات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدني المعاصر ، ج ١ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٤ ؛ فريدمان ، القانون في مجتمع متغير ، ١٩٥٩ (بالانجليزية) ؛ ديجي ، التنيرات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون ، الطبعة الثانية ، ١٩٢٠ .

ومنفصلة إحداهما عن الأخرى ، على نحو لا مجال معه للبحث عن حلولها في مدرك مبدئي واحد . فبحث تطبيق القانون من حيث الأشخاص يثير مشكلة الجهل بالقانون ، وحلول هذه المشكلة ترتبط بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ومبحث الشخصية يثير مشكلة الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وحلول هذه المشكلة ترتبط بموقفنا من فكرة الحق ومن تعريفه . ومبحث الأهلية يثير مشكلة استعمال الحقوق وحلول هذه المشكلة ترتبط بفكرة الإرادة كأداة لاستعمال الحقوق وفكرة النيابة عن عديم الإرادة أو ناقصها في مباشرتها . ومبحث الإرادة والإدراك في التصرف القانوني يثير مشكلة أساس الإلزام بالتصرف القانوني وحلول هذه المشكلة ترتبط بالموقف الذي نتخذه من مبدأ سلطان الإرادة . ومبحث الخطأ وما إذا كان التمييز عنصراً فيه يثير مشكلة أساس الالتزام الناشئ عن الفعل الضار وحلول هذه المشكلة ترتبط بالخيار المطروح بين مبدأ التخيير ومبدأ التسيير .

ومع ذلك فالتعمق في الأمر يكشف عن أن هذه المشاكل ترتد في أعماقها إلى تساؤل أساسي واحد ، هو التساؤل عما إذا كان خطاب القانون يتوجه إلى الإنسان — مجرد الإنسان — أو يتوجه فحسب إلى الإنسان الذي يتمتع بقدر أو آخر من الملكات الذهنية يمكنه من العلم به وفهم مقتضاه والتصرف على هذا المقتضى ، أو يتوجه بعضه إلى هذا ويتوجه بعضه إلى ذاك .

فمشكلة الجهل بالقانون تنفرع عن مشكلة القوة الملزمة للقانون ومدى توقف إنزام المخاطب به بأحكامه على علمه أو إمكان علمه بوجوده وبمضمونه (١) ، ومشكلتنا الشخصية والأهلية تنفرعان عن مشكلة الأثر الذي يربته خطاب القانون بالنسبة للإنسان ومدى ارتباط وقوعه في حقه بقدرته على الفهم والتقدير أو بتوافر صفة معينة فيه هي صفة العقل أو الإدراك ، ومشكلتنا الإرادة والإدراك في التصرف القانوني ، والخطأ وما إذا كان التخيير عنصراً فيه ، تنفرعان عن مشكلة مسئولية

(١) أنظر في تفصيل ذلك ، بحثنا سابق الإشارة إليه .

الإسان عما يأتيه من أفعال نافعة أو أفعال ضارة ومدى توقف هذه المسئولية على إمكانية تقدير نتائج أفعاله الارادية أو المادية وحرية في اختيار ما يأتيه منها .

ولاشك أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على البصر بمضمون خطاب القانون ذاته ، وما إذا كان هذا المضمون يتمثل في مجرد الاعتراف بالحقوق وإثباتها للإسان وحمايتها ، اعترافاً وحماية لايتوقمان على قدراته الذهنية ، أو يتمثل في قواعد اجتماعية ، تقتصر على سن السلوك المحقق لأهداف المجتمع وغاياته والإلزام به إلزاماً لايتصور إلا بالنسبة لمن يتمتع بملكة التمييز أو العقل ، وتعتبر الحقوق المدعاة مجرد نتاج لتطبيقها .

ومن الواضح أن نظرة سريعة إلى أحكام القانون الوضعي تكشف عن صعوبة الانساق وراء اتجاه معين في هذا الصدد . فهناك حقوق والتزامات ترتب على وقائع لا دخل للإسان فيها وتثبت له بصرف النظر عن ملكاته الذهنية ، كتلك الناشئة عن أحكام الميراث أو الالتصاق أو النفقة بين الأقارب أو الضرائب . وهناك حقوق والتزامات ترتب على فعل الإسان الإرادى ، ولا تثبت للإسان أو عليه إلا إذا كان متمتعاً بالتمييز أو العقل ، أو كان على الأقل مزوداً بنائب قانونى يقوم بهذا الفعل باسمه ولحسابه ، كما هو الحال في الحقوق والتزامات التي يكون التصرف القانونى مصدرها . وهناك التزامات ترتب على فعل الإسان المادى ، وتثبت أحياناً على المميز وحده وأحياناً أخرى على المميز وغير المميز على السواء ، كما هو الحال في الالتزام بالتعويض عن الفعل الضار .

وهذا التباين في مناط إثبات الحقوق والتزامات المدنية لا بد أن يرجع إلى تمايز في مضمون الخطاب ذاته وما يفترضه هذا التمايز من اختلاف من يتوجه إليه الخطاب . ومن ثم يمكن القول - دون مصادرة على المطلوب - أن ماتعانيه النظرية القانونية من صعوبات في هذا الشأن مرجعه مادرج عليه الفقه من النظر إلى محتوى القانون نظرة تجريدية موحدة من خلال فكرة

الحق أو من خلال فكرة قاعدة السلوك . فهذا النظر يجب في الواقع حقيقة اختلاف مضمون أحكام القانون واختلاف مناط تعلقها بالإنسان باختلاف هذا المضمون . وهذا النظر يجب كذلك - وترتيباً على عدم البصر بالحقيقة السابقة - ماهية علاقة القانون بأحداث العالم - أفعالا للإنسان كانت أو غيرها - وصلة هذه الأحداث بالإنسان الذي ترتب له الحقوق أو ترتب عليه الالتزامات ، ومن ثم يجب حقيقة المدلول القانوني لهذه الأحداث (١) . فالحقوق والالتزامات ينظر إليها تارة كنتائج للإرادة أو الخطأ أو لغير ذلك من الوقائع ، وتارة أخرى كنتائج مباشرة لقواعد القانون ، كما لو كان الخيار بين هذين النظيرين أمراً مفروضاً من الناحية المنهجية ، على نحو يستحيل معه إيجاد دور واضح و متميز لكل من هذه الوقائع والقانون في إنتاج الحقوق والالتزامات في آن واحد .

٢ - وعلى هذا النحو السابق يتضح هدفنا من هذه الدراسة ويتبين منهجنا في مواجهتها . فهدفنا هو البحث عن نقطة الالتقاء بين الأنظمة المختلفة السابقة من خلال فكرة جامعة لها هي فكرة مناط الإلزام بالأحكام ، باعتبار كل منها يهدف إلى التعبير عن وجه أو آخر من أوجه الإلزام بهذه الأحكام أو بما يترتب عليها من آثار . ومنهجنا هو الوصول إلى هذا الهدف على مرحلتين . فأما المرحلة الأولى فتبدأ من القانون ذاته في محاولة الإمساك بمضمونه كمنطلق للوصول إلى تصور نظري يستجيب لحقيقة القانون الوضعي ويحدد مناط الإلزام بأحكامه . وأما المرحلة الثانية فتبدأ من الوقائع التي يواجهها القانون ويولد منها الحقوق والالتزامات في محاولة لتفسير مغزاها

(١) من الواضح أن أحداث العالم تدور في المكان والزمان وفقاً لمبدأ السببية الطبيعية . وهي بهذه المثابة ليس لها إلا مدلولها الحسي . غير أن هذه الأحداث تأخذ مدلولاً آخر هو مدلولها القانوني الذي تستمد من القاعدة القانونية (في التمييز بين الحدث ومدلوله القانوني أنظر :

كما نطلق للمطابقة بين منط تولد الحقوق والالتزامات منها ومنط الإلزام بأحكام القانون .

الفصل الأول : منط الإلزام بالأحكام المدنية وبنان القانون.

الفصل الثاني : منط الإلزام بالأحكام المدنية وإعمال القانون .

الفصل الأول

مناطق الإلزام بالأحكام المدنية وبيان القانون

٣ - تعرف النظرية القانونية اتجاهين متباينين في تصور بيان القانون ومناطق الإلزام به (١). فأما الاتجاه الأول فيتخذ من حرية الأفراد موضوعاً للقانون ، ومن حقوقهم بنياناً له ، وينتهي إلى أن مناطق الإلزام بالقانون هو وجود الإنسان ذاته ، تأسيساً على أن ثبوت هذه الحقوق له بصاحب هذا الوجود . وأما الاتجاه الآخر فيتخذ من سلوك الأفراد في المجتمع موضوعاً للقانون ، ومن واجباتهم بنياناً له ، وينتهي إلى أن مناطق الإلزام بالقانون هو توافر الوعي والإدراك لدى الإنسان لا مجرد وجوده ، تأسيساً على أن التكليف بهذه الواجبات يفرض توافر الوعي والإدراك لديه .

ولاجتدال في أن كلا من الاتجاهين السابقين يسلم بأن القانون مظهر من مظاهر الضبط في المجتمع يعتمد الإلزام وسيلة لضمان الحياة الإنسانية فيه ، وإن كان كل منهما يعكس مع ذلك تصوراً للقانون ومناطق الإلزام به غير التصور الذي يعكسه الآخر . ومرجع ذلك هو أن كلا منهما ينظر إلى الضبط الاجتماعي في أحد وجهيه ، ويتصور مناطق الإلزام بأحكام القانون انبعاثاً من هذا الوجه دون الوجه الآخر . فالإتجاه الأول ينظر إلى الضبط الاجتماعي من جهة ما يكفله للفرد من حرية في التصرف وقدرة على المبادرة ، فيجعل

(١) أنظر في تفصيل ذلك ، روبيه، النظرية العامة للقانون ، الطبعة الثانية، ١٩٥١ ، الفصل الثالث ، ص ٢٢٧ ، وما بعدها ؛ فالين ، الفردية والقانون ، الطبعة الثانية، ١٩٤٩ . وأنظر في الاتجاهات الفلسفية المختلفة التي تتبع منها هذه الاتجاهات القانونية ، البرت بريمو ، التيارات الكبرى في فلسفة القانون والدولة ، ١٩٦٧ ؛ جورج كاليونيوسكي ، المنطق وفلسفة الحق الشخصي ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٤ ، ص ٣٨ وما بعدها .

مناطق الإلزام بأحكام القانون هو وجود الإنسان ذاته ، باعتبار هذه وتلك من طبيعة الإنسان التي فطر عليها (١) . والاتجاه الآخر ينظر إلى هذا الضبط من زاوية ما يرسمه للإنسان من سلوك وما يفرضه عليه من واجب اتباع السلوك المرسوم ، فيجعل مناطق الإلزام بأحكام القانون توافر القابلية للتكليف ، باعتبار ما يصاحب ظاهرة الضبط الاجتماعي من قيود على حرية الاختيار وحرية المبادرة .

وهذا الاختلاف في زاوية النظر إلى الضبط الاجتماعي ينبع من اختلاف النظر إلى علاقة الفرد بالمجتمع (٢) ، وموقع كل منهما من أهداف القانون وغاياته . فالأول يبدأ من الفرد ذاته باعتباره القيمة الأولى في الوجود ، فلا يعترف إلا به هدفاً للقانون ، ولا يصدر إلا عنه في تحديد بنيانه ، فيجعل فكرة الحق الفردي حجر الزاوية في هذا البنيان ، ويربط بين مناطق ثبوت الحق ومناطق الإلزام بالقانون . والاتجاه الآخر يبدأ من المجتمع باعتباره قيمة تعلق على قيم الأفراد المكونين له ، فيحمله محل الفرد في كل ذلك ، ويصل إلى وضع السلوك الاجتماعي في مركز الصدارة من القانون ، ويربط بين مناطق التكليف بهذا السلوك وبين مناطق الإلزام بالقانون .

وعلى هذا النحو يمكن القول بأن المنهج السائد في تصور مناطق الإلزام بالقانون — سواء أكان ذلك من خلال فكرة الحق أو من خلال فكرة السلوك الاجتماعي — يستند إلى محاولات تحديد بنيان القانون من خلال مدرجات فلسفية خارجة عن جوهره ، وإلى ما يقتضيه اعتناق موقف فلسفي أو آخر في هذا الصدد من التركيز على أحد جوانب هذا البنيان دون الجانب

(١) جورج كالنيوسكي ، المقال السابق ، حيث يربط بين الحق وبين القاعدة القانونية المهيمنة للسلوك .

(٢) أنظر في ذلك ، روبييه ، المرجع السابق في الموضوع السابق ؛ فالين ، المرجع السابق ؛ جلال العدوي ، القانون والاجتماع الإنساني، فصلة من مجلة كلية الحقوق ، العددان الثالث والرابع السنة الخامسة ١٩٧٠ ؛ عبد المنعم البدرأوى ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ ، بند ١٤ وما بعده ، ص ٣١ وما بعدها ؛ توفيق فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٩ - ١٩٧٠ ، ص ٣٩ وما بعدها .

للقابل . وهذه الحقيقة من شأنها أن تقترح على الذهن منهجاً آخر في البحث عن بنیان القانون - ومن ثم مناط الإلزام بأحكامه - هو منهج النظر إلى جوهر القانون ذاته وتحليله تحليلًا علمياً لا يرتبط بموقف فلسفي مسبق (١) ، علّ مثل هذا المنهج يؤدي إلى الكشف عن اختلاف في أحكام القانون ذاتها يستتبع اختلاف مناط الإلزام بها .

المبحث الأول : مناط الإلزام بالأحكام المدنية ووحدة بنیان القانون .

المبحث الثاني : مناط الإلزام بالأحكام المدنية وازدواج بنیان القانون .

المبحث الأول

مناط الإلزام بالأحكام المدنية ووحدة بنیان القانون

٤ - عرفت البشرية القانون خلال تاريخها الطويل في صورة قواعد تحكم نشاط الإنسان الفرد وتصرفاته ، وتسعى من خلال ذلك إلى كفالة استمرار الروابط الاجتماعية ، على نحو تبدو معه المراكز القانونية للأفراد كمجرد «تفريد» لهذه القواعد (٢) .

(١) أنظر في محاولات الوصول إلى مثل هذا المنهج ، كلسن ، المرجع السابق ؛ البرت بريمو ، المرجع السابق ، المبحث الخامس من القسم الثاني ، ص ٢٧٩ ، وما بعدها ، والمراجع المشار إليها ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ ؛ بول أمسلك ، المنهج الظاهري ونظرية القانون ، ١٩٦٤ . وأنظر كذلك كالينويسكي :

La logique des normes d'Edward Husserl

أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٥ ص ١٠٧ وما بعدها ، أعمال المجمع الثاني لفلسفة القانون المقارنة ، المنعقد في تولوز سبتمبر ١٩٦٦ ، والمنشور في مجموعة فلسفة القانون والدولة المقارنة ، ج ٢ ، تحت عنوان «المنطق القانوني» ، ١٩٦٧ . وأنظر كذلك مؤلف رنيه كايبتان ، L'illicite. T. 1 .. L'imperatif juridique, 1929.

(٢) روبييه ، الحقوق والمراكز القانونية ، باريس ١٩٦٣ ، بند ٢١ ص ٦ وما بعدها ، النظرية العامة للقانون ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ وما بعدها ؛ رسالتنا «تطوير العقد للظروف الاقتصادية ، باريس ١٩٦٧ ، المقدمة ؛ ليون ديجي ، التغيرات العامة القانون الخاص منذ مجموعة نابليون ، الطبعة الثانية ، ١٩٢٠ .

غير أن العصر الحديث - الذى صاحب مولد النهضة الأوروبية - قد شهد انبعاث نظرة جديدة ترى فى القانون حقوقاً فطرية للإنسان ، وتحرص وظيفة السلطة العامة فى تحديد حقوق كل فرد وكفالة احترامها، منكراً عليه دور التحكم فى سلوك الفرد وتصرفاته تحقيقاً لأهداف أو غايات اجتماعية عامة تعلقو عليها .

ولا شك أن هذه النظرة الجديدة كانت تعبر عن روح العصر الذى نبتت فيه . فقد كان من نتيجة الانفتاح التجارى فى عصر النهضة أن نمت الثروة ونمت المبادرة الفردية وتأصلت المنافسة وأخذت تمارس تأثيرها على مختلف أوجه الحياة ، حتى ظهر الإنسان الفرد الذى يشعر باستقلاله جنباً إلى جنب مع شعوره بقدره الحر (١) . غير أن هذه المعطيات لم تلبث أن شهدت تغييراً حاسماً مع دخول الثورة الصناعية تمثل من ناحية فى تدعيم الشعور بالاستقلال ، ومن ناحية أخرى فى تحويل الشعور بالحرية إلى شعور بالتبعية لا قبل للمجتمع وإنما قبل أصحاب الثروة فيه (٢) . فقد أدت حرية المبادرة فى ظل التحول الصناعى إلى تركيز الثروة فى أيدي قليلة وتحول مجموعات متلاحقة من الأفراد إلى العمل التبعية وما صاحب ذلك من استغلال الأولين لجهد الآخرين . ونتيجة لكل ذلك كان لابد أن يترك القانون خاصيته الحمائية ليصبح أداة متحركة للإصلاح الاجتماعى والاقتصادى . ومن هنا فقد أطلت من جديد النظرة القديمة للقانون ، تلك النظرة التى تقف عند فكرة قاعدة السلوك وتعتبر المراكز القانونية الفردية كمجرد «تفريد» لها (٣) . وعلى هذا النحو فقد أخذ التحليل القانونى المعاصر يشهد صراعاً

(١) أريك فورم ، الخوف من الحرية ، طبعة ١٩٦١ ، لندن ، ص ٣٣ ومابعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ٨١ .

(٣) أنظر المراجع والمشار إليها فى الحاشية رقم ٢ من الصفحة السابقة ؛ وأنظر كذلك : كوانج ، مغزى فكرة الحق الشخصى ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٤ ، ص ١ ومابعدها ، خاصة

عنيفاً بين فكرتي الحق وقاعدة السلوك ، بكل ما يستتبعه هذا الصراع من بلبلة واضطراب وما يتركه من أثر على تحديد مناهج الإلزام بأحكام القانون. فالفقه المدني الغالب - الذي يجعل نظرية الحق محور القانون المدني بصفه عامة - مازال يقتصر في تناوله لنطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لينتهي إلى شرعيته وإطلاقه ، وينتقل من بعد إلى نظرية الحق ليناقد موضوع الشخصية باعتبار الشخص هو صاحب الحق (١) ، تاركاً موضوع الأهلية والإدراك إلى دراسة النظرية العامة للالتزام على اعتبار أنها عناصر في التصرف القانوني أو في الخطأ الذي ينشأ عنه الالتزام . والفقه المنكر لفكرة الحق يقف عند فكرة القاعدة القانونية ، فيجعل من الشخص مجرد مخاطب بأحكام القانون ويجعل من الوعي والإدراك شرطاً لقيام الشخصية ذاتها ، ويكاد بذلك يلغى موضوع الأهلية ويمحو موضوع الوعي والإدراك من مباحث التصرف القانوني والفعل الضار في نظرية الالتزام (٢) .

المطلب الأول : مناهج الإلزام بالأحكام المدنية وفكرة الحق الفردي .

المطلب الثاني : مناهج الإلزام بالأحكام المدنية وفكرة قاعدة السلوك .

المطلب الأول

مناهج الإلزام بالأحكام المدنية وفكرة الحق الفردي

وضع المشكلة :

٥ - على الرغم مما يدعيه دعاة الفردية من قدم فكرة الحق قدم القانون

(١) وأنظر مع ذلك : عبد الناصر توفيق العطار ، مبادئ القانون ، ١٩٧١ ، ص ٢٥١ ، حيث يعالج موضوع الشخصية في مبحث بعنوان « في الأشخاص المخاطبين بحكم القانون » .

(٢) أنظر عرضاً للاتجاهات المختلفة في هذا الصدد في مؤلف الدكتور عبد الحى مجازى ، المدخل لدراسة العلوم القانونية - القانون ، ١٩٦٦ ، ص ١٠٤ - ١٠٨ .

والإنسان ، فإن مصطلح الحق لم يأخذ مفهومه الفردي الذي يضيفه عليه
الفقه المعاصر إلا مع الفلسفة الحديثة التي ولدها مجتمع ما بعد النهضة (١) .

فحتى عصر النهضة كانت السيادة لفلسفة أرسطو التي تركز جوهر
النظام الطبيعي للعالم في فكرة العدل بمفهومه الموضوعي المجرد ، وترى في
القانون الوضعي وسيلة لإقامة هذا العدل بين الناس ، وفي الحق تجسيدا لما
يقتضيه في المراكز الخاصة للأفراد (٢) .

ولكن مجتمع النهضة قد ولد فلسفة جديدة ترفض هذا التصوير الموضوعي
للنظام الطبيعي ، وتركز جوهر هذا النظام في فكرة فردية هي فكرة الحرية ،
وترى في القانون وسيلة لضمان هذه الحرية ، وفي الحق تجسيدا لما تديحه من
خيارات في الفعل وفي التصرف تحقيقاً للمصالح الخاصة الذاتية . ومن
هنا كان استعمال مصطلح الحق بمفهوم فردي منبت الصلة بفكرة العدل
في معناها الموضوعي المجرد (٣) ، وكان النظر إلى القانون ك مجموع من

(١) أنظر في تفصل ذلك : ميشيل فيلي ، جذور فكرة الحق ، دروس في تاريخ
فلسفة القانون ، ١٩٦٢ ، ص ٢٢١ وما بعدها . وفي هذا الصدد يكشف المؤلف عن بداية
استعمال كلمة Jus في المعنى الذاتي على يد Grotius ثم يتتبع ما أثاره الفقه المعاصر له
من تحفظ على هذا الاستعمال بالنظر لانحرافه عن التقاليد الرومانية الموروثة ، ثم يؤيد ما انتهى
إليه من نتيجة بتتبع استعمال اللفظ المذكور منذ عصر القانون الروماني إلى عصر النهضة . وأنظر
كذلك في ذات المعنى ، روبية ، الحقوق والمراكز القانونية ، ١٩٦٣ ، ص ٦٨ ؛ كوانج ،
المقال السابق .

وأنظر فيما يرد على مثل هذا المنهج في التدليل على حداثة فكرة الحق من تحفظ : دابان ، الحق
الشخصي والاتجاه الشخصي في القانون (Droit subjectif et subjectivisme juridique)
أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٤ ، ص ١٨ وما بعدها .

وأنظر في مختلف جوانب الحق الشخصي : العدد المذكور من أرشيف فلسفة القانون .
(٢) ويلاحظ أن الاستعمال الشعبي لمصطلح الحق يصرفه في الواقع إلى معنى موضوعي
يمثل فيها هو عدل ، ويكاد يقابل بينه وبين مصطلح الظلم .
(٣) ميشيل فيلي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٤ ؛ دابان ، الحق ، باريس ١٩٥٢ ،
ص ٥٦ وما بعدها ؛ محمد الشقنقيري ، جيرمي بنتام : نقد حقوق الإنسان ، أرشيف فلسفة
القانون ، ١٩٦٤ ، ص ١٢٩ وما بعدها .

الحمق لا يقبلها من الواجبات إلا ما يفترضه هي ذاتها باعتبار ما يفرضه الاعتراف بها من حمايتها وضمان التمتع بها (١).

وهكذا صار القانون الخاص هو قانون الحقوق الفردية أو الذاتية للإنسان واستعمالها ، وصار القانون العام هو قانون حماية هذه الحقوق وضمان التمتع بها تجاه الدولة (٢) . وترتيباً على ذلك فمناط الإلزام بأحكام القانون لا بد أن يكون بالضرورة هو مناط ثبوت الحقوق ومناط استعمالها . ولذلك صارت دراسة نظرية الحق تتناول الأفكار الأساسية في تحديد مناط الإلزام بالأحكام المدنية - وهي فكرة الشخصية كمناط لثبوت الحق وفكرة الأهلية كمناط لاستعماله - وصارت فكرة صاحب الحق - وجوده وأهليته - تستنفذ بالضرورة فكرة شخص القانون . فأشخاص القانون هم أصحاب الحقوق لا أكثر ولا أقل ، بحيث يكفي أن نحدد ما هو الحق حتى نعرف من هو الشخص أو أن نحدد من هو الشخص حتى نعرف ما هو الحق (٣) . ومن هنا توالت محاولات ضبط كل من الفكرتين ، إحداهما على الأخرى في إطار تصور منطقي واحد يستجيب إلى أحكام القانون الوضعي . فإلى أي حد استطاعت هذه المحاولات أن تصل إلى هدفها المنشود ؟

١ - ارتباط الشخصية بفكرة صاحب الحق

الحق بين الإرادة والصلحة :

٦ - يتنازع فكرة الحق بصفة عامة مذهبان رئيسيان ، أحدهما ينسب

(١) أنظر كثال فريد على هذا الميثلق : روجان Rogion ، العلم القانوني المجرد ، ١٩٢٣ ، ج ٣ ، ص ٦٦٢ . فهو يضع عنواناً للمشكلة التي يعالجها في هذه الصفحات (تعاريف ونظريات القاعدة القانونية) ، ثم يتكلم تحت هذا العنوان مباشرة عن الحقوق وتقسيمها إلى حقوق مطلقة (الحقوق العينية) وحقوق نسبية (الحقوق الشخصية) ، مفترضاً أن فكرة القاعدة القانونية ليس لها من معنى سوى معنى الحقوق .

(٢) ميشيل فيلي ، المرجع السابق ، ص ٢٥٠ .

(٣) في هذا المعنى ، ليون ميشو ، نظرية الشخصية المعنوية الطبعة الثالثة ، ١٩٣٢ ، ج ١ بند ٣١ ، ص ٧٠ .

إلى الفقيه سافيني ويرى أن جوهر الحق إرادة صاحبه ، وينتهي إلى أن الحق هو «قدرة إرادية». والآخري ينسب للفقيه اهرنج ، ويرى أن جوهر الحق هو محله ، وينتهي إلى أن الحق هو «مصلحة يحميها القانون» (١) .

ومذهب إرادة صاحب الحق أو «القدرة الإرادية» يستمد أصوله مباشرة من الأصول الفلسفية لفقهاء الحتموق الذي يعتقد أن الناموس الطبيعي هو ناموس الحرية التامة بما تعنيه من قدرة الإنسان على التصرف أو النشاط وفق مشيئته ، وأن القانون هو مجرد ترجمة لهذا الناموس (٢) . وعلى هذا النحر فالحق الفردي هو «قدرة نحوها القانون لإرادة، هو مكنه في أن يراد يعترف بها القانون» (٣) ، «والحتموق الشخصية هي تلك التي بمقتضاها تعين إرادة صاحب الحق سلوك فرد معين تجاه هذا الصاحب ، بالمقابلة مع الحتموق العينية ، التي بمقتضاها تعين إرادة صاحب الحق سلوك الغير قبل شئ معين» (٤) .

واتساقاً مع هذا المفهوم كان لا بد أن ترتبط الشخصية ذاتها بالقدرة الإرادية فيعتبر شخصاً في حكم القانون من يتمتع قانوناً بهذه القدرة ولا يعتبر كذلك من لا يتمتع بها . فالشخص هو صاحب الحق ، ومن يتصور أن تكون له حتموق هو من يتمتع بالقدرة الإرادية .

ولاشك في أن القانون لا يعترف بالقدرة الإرادية إلا «للذات الواعية المفكرة» ، وأن توافر هذه الذات يفترض توافر «هبة» الإدراك أو العقل .

-
- (١) في الاعتبارات الفلسفية والفنية والاجتماعية التي تتنازع فكرة الحق ، أنظر : ماسبيتيول ، نموض الحق الشخصي ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٤ ، ص ٧١ وما بعدها .
(٢) أنظر في تفصيل هذا المفهوم : سالي ، الشخصية القانونية ، ١٩٢٢ ، ص ٣٦٨ وما بعدها ، ص ٥٢٤ وما بعدها ؛ دابان ، الحق الشخصي ، المرجع السابق ، ص ٣٧ وما بعدها ؛ ليون ميشو ، المرجع السابق ، بند ٣٢ ، وما بعده ، ص ٧٠ وما بعدها .
(٣) ميشو ، المرجع السابق ، بند ٣٢ ، ص ٧٠ . وأنظر المراجع المشار إليها في الحاشية (١) من الصفحة المذكورة .

Lehrbuch des Pandektenrechts, Francfort, 1906, t. II § 250.

- (٤) أشار اليه كومباراتو ، محاولة في التحليل المزدوج للالتزام في القانون الخاص ، ١٩٦٤ ، بند ٢ ، ص ٢ .

ومن الواضح أن هذه «المهبة» لا تتوافر إلا للإنسان وقت بلوغه سن التمييز ، وتراوله إذا ما اعتراه عارض يزيل قواه العقلية . ومن هنا فننطق بفكرة الحق مفهومة على النحو السابق يؤدي إلى عدم ثبوت الشخصية لعدم التمييز تأسيساً على عدم ثبوت القدرات الإرادية له (١) .

حقاً إن الإنسان غير المتمتع بمثل هذه القدرة يعتبر شخصاً في معنى الفلسفة أو علم النفس أو الاجتماع ، وأن مفاهيم القانون تبدوا وثيقة الصلة بمفاهيم هذه العلوم . ولكن مفاهيم القانون - ومن بينها مفهوم الشخصية فيه - لا تتحدد على أساس المعطيات المجردة لهذه العلوم وإنما تتحدد على أساس المعطيات المذكورة منظوراً إليها من خلال موضوع القانون وهو حقوق الأفراد (٢) . ولما كانت الحقوق لا تعدوا أن تكون قدرات إرادية ، فإنه لا يمكن اسنادها إلا إلى الإنسان القادر على أن يريد .

٧ - وغنى عن البيان أن تصوير كل من الحق والشخصية على هذا النحو لا يستجيب إلى حقيقة القانون الوضعي (٣) . فالقانون يعترف للإنسان

(١) أنظر في تفصيل ذلك، ميشو، المرجع السابق، بند ٤٦، ص ١٠٢، ١٠٣. وأنظر كذلك : كوانج المقال السابق، ص ٤. وأنظر في اعتناق هذه النتيجة بالفعل : روجان Roguin، العلم القانوني المجرد، ١٩٢٣، ج ٢، ص ٣١٣، ٣٥٦.

(٢) في التفرقة بين الشخص في معنى القانون والشخص في معنى العلوم السابق، أنظر، ليون ميشو، المرجع السابق، بند ٢ ص ٦ وما بعدها. وقرب، دبان، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٣) أنظر في نقد هذا التصوير، ميشو، المرجع السابق، بند ٣٢ وما بعده، ص ٧٠ وما بعدها، سالي. المرجع السابق، ص ٢٣٥ وما بعدها. دابان المرجع السابق، ص ٥٨ وما بعدها، وأنظر. كوانج، المقال السابق، ص ٧. ومع ذلك قارن، روبييه، المرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها.

منذ خلقه وحتى قبل ولادته بحقوق مالية أو غير مالية ، كما يعترف للمجنون بمثل هذه الحقوق ، ويعترف لهما من ثم بالشخصية مأخوذة على معنى الصلاحية لثبوت الحقوق (١) .

حقاً إن القانون يجعل لعديم التمييز نائباً قانونياً يتولى عنه مباشرة حقوقه . ولكن الواقع أن فكرة النيابة تعجز عن تفسير ثبوت الحقوق لعديم التمييز طالما كان الحق هو القدرة الإرادية ذاتها . ذلك أن الحق هو حق عديم التمييز ذاته ، وليس حق النائب . والاصرار على اعتبار الحق هو القدرة الإرادية معناه إثبات الحق للنائب لا للأصيل خلافاً للواقع (٢) .

وترتيباً على ذلك يلاحظ البعض أن هذا التعريف يعتمد النتيجة التي ترتب على ثبوت الحق جوهرأ لهذا الحق (٣) . فالقدرة الإرادية التي يتمتع بها صاحب الحق هي أثر لهذا الحق ينبعث من حقيقته دون أن يختلط بهذه الحقيقة . وهذا الأثر وحده هو الذي يتصور أن يكون للنائب كما يتصور أن يكون للأصيل ، دون الحق ذاته الذي لا يثبت بالضرورة إلا لصاحبه .

وعلى هذا النحو فإذا كان من الثابت أن الحقوق تثبت لعديم التمييز ، وكانت الشخصية هي مناط ثبوت الحقوق ، فلا بد أن يكون للحق مفهوماً آخر غير الإرادة أو القدرة الإرادية .

٨ - وقد بدأ اهرنج من هذه الملاحظة الأخيرة فرتب عليها أن «صاحب الحق ليس هو في الواقع من تثبت لديه الإرادة وإنما من تثبت لديه المصلحة» ، وأن الحق لابد لذلك أن يتمثل في «مصلحة يحميها القانون» (٤) .

(١) بل إن منطق هذا التصوير يؤدي في مداه البعيد إلى نفى الشخصية عن ضعيف الإرادة مما يضاعف من بعده عن حقيقة القانون الوضعي (دابان ، المرجع السابق ، ص ١١٨) .

(٢) دابان ، المرجع السابق ، ص ١١٨ .

(٣) ميشو ، المرجع السابق ، بند ٣٢ ص ٧١ ، وبند ٤٥ ص ١٠١ ، ١٠٢ .

(٤) أنظر في تفصيل ذلك : دابان ، المرجع السابق ، ص ٦٥ ، روبييه ، المرجع السابق

ص ٦٧ وما بعدها .

واهرنج يقرب بذلك المنهج السائد في تعريف الحق وتحديد الشخصية . فبدلاً من أن يبدأ من تعريف الحق ويرتب عليه تحديد الشخصية ، فهو يبدأ بتحديد الشخصية على أساس ما يلاحظه من ثبوت الحقوق للإنسان منذ وجوده ودون توقف على توافر الإرادة لديه ، ويستخلص من هذا التحديد مضمون الحق . فالحق ليس هو القدرة الإرادية ، وإنما هو المصلحة . وهكذا فقد توارت فكرة الإرادة في تعريف الحق تحت فكرة المصلحة دون أن يستتبع ذلك المساس بمضمونه الفردي باعتباره مظهراً من مظاهر استقلال الإنسان في المجتمع ، واتخذ الحق مفهوماً يستوعب ما نلمسه في الواقع القانوني من ثبوت الحقوق للإنسان بصرف النظر عن تمييزه أو توافر القدرة الإرادية لديه .

٩ - على أنه إذا كان اهرنج يجعل من المصلحة جوهر الحق، فإن المصلحة بذاتها لا تعتبر حقاً ولا تتوافر لها هذه الصفة لديه إلا بتوافر الحماية القانونية لها . فاهرنج يجمع في تعريفه للحق بين فكرتي المصلحة والحماية القانونية . فالمصلحة هي الهدف والحماية القانونية هي الأداة ، واجتماع المصلحة والحماية القانونية يكون الحق .

غير أن هذا المنطق من شأنه في الواقع أن يضع فكرة الحماية القانونية في مركز الصدارة من تعريف الحق خلافاً لما يعتقد اهرنج . فكل حماية قانونية تجد بالضرورة ورائها مصلحة تهدف إلى تحقيقها ، وتعتبر بذلك حقاً ، أياً كانت هذه الحماية ، وسواء كانت حماية مباشرة للمصلحة ذاتها ، أو حماية لمصلحة أخرى غيرها - عامة أو خاصة - تنعكس عليها بطريق غير مباشر (١) . فصلحة العاملين في الصناعة مثلاً - أرباب عمل وعمال - الناشئة من قوانين حماية الصناعة الوطنية ضد المنافسة الأجنبية تعد حقاً في هذا المفهوم . وبالمثل في مصلحة المستفيدين من المساعدات العامة في التشريعات التي لا تجعل من هذه الحماية حقاً شخصياً للمواطن (٢) .

(١) دابان ، المرجع السابق ، ص ٦٨ وما بعدها ؛ سالي ، المرجع السابق ص ٥٤١ ؛ ميشو ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ وما بعدها ؛ روبييه ، الحقوق والمراكز القانونية ، ص ٦٩ .

(٢) ميشو ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

وهكذا تفقد فكرة الحق ذاتيتها وتصبح قريباً لوسائل الحماية القانونية المختلفة مدنية كانت أو جنائية أو إدارية (١)، ويصبح تعريف اهرنج عاجزاً عن تمييز الحق عن غيره من المراكز القانونية الأخرى (٢) ، منذ أن يستغنى تماماً عن الإرادة التي ينطأ بها إعمال الحق والدفاع عنه عند التعدي عليه (٣).

وإذا ما سلمنا بتقدم فكرة المصلحة على فكرة الحماية القانونية - على نحو ما يتصوره اهرنج - فإن فكرة الحق مفهومه على معنى المصلحة إن كانت تفسر ثبوت الحق لعدم التمييز (٤) ، فهي تعجز عن تفسير ما هو ثابت في الواقع القانوني من إمكان ثبوت الحق لشخص من الأشخاص في الوقت الذي تكون فيه الإفادة مما يمثله من مصلحة ثابتة لشخص آخر (٥) . وهي كذلك تؤدي إلى نتيجة غير مطابقة للواقع فيما يتعلق بتحديد فكرة الشخصية ذاتها. فالقول بأن الحق هو ذات المصلحة يؤدي إلى إثبات الشخصية للكائنات الأخرى غير الإنسان من حيوان وجماد . فهذه الكائنات تتمتع بحماية القانون ، والتمتع هو جوهر الحق، وثبوت الحق معناه ثبوت الشخصية . وغنى عن البيان أن مثل هذه الكائنات إن كانت تتمتع بحماية القانون ، فهي لا تعتبر مع ذلك صاحبة حق ولا تعتبر أشخاصاً ، وإنما تعتبر محلاً لحق يثبت لصاحبه وهو الإنسان أو الشخص في لغة القانون (٦) . فهذه الحماية غير مقصودة لذاتها وإنما هي نتيجة غير مباشرة لحماية حق صاحبها عليها .

١٠ - وقد حاول ميشو تفادي الاعتراضات الموجهة إلى مذهب

- (١) قرب : سالي ، المرجع السابق ، في الموضوع السابق . وقرب أيضاً : كلسن ، المرجع السابق ، ص ٨ .
- (٢) روبييه ، المرجع السابق ، ٦٩ .
- (٣) ميشو ، المرجع السابق ، بند ٤٨ ، ص ١٠٦ .
- (٤) في هذا المعنى ، سالي ، المرجع السابق ، ص ٥٤١ .
- (٥) دابان ، المرجع السابق ، ص ٧١ وما بعدها ، ص ٨١ وما بعدها .
- (٦) دابان ، المرجع السابق ، ص ٨٠ وما بعدها .

اهرنج عن طريق الاحتفاظ بالإرادة بدور معين في فكرة الحق ، مع أبقائها خارج جوهره ، دفعاً لما يؤدي اليه تركيز جوهره في فكرة القدرة الإرادية من صعوبة تمثل ثبوت الحقوق لعدم التمييز . فهو يرى في الحق «مصلحة .. محمية قانوناً عن طريق الاعتراف للإرادة بتمثيلها والدفاع عنها» .^(١) وهكذا تصير المصلحة المحمية لديه هي جوهر الحق ، وتصير الإرادة مجرد أداة لمباشرته ، وتكون القدرة الإرادية أثراً لثبوته ، على نحو يمكن من تصور ثبوت الحق لعدم التمييز بتوافر مصلحة محمية له ، في الوقت الذي لا يستطيع فيه مباشرة هذه المصلحة بنفسه وإنما تتم مباشرتها بواسطة نائب عنه يتمتع بالإرادة . فالإرادة لا تلزم لوجود الحق وإنما لمباشرته (٢) .

ولا شك أن هذا المسلك من شأنه أن يحتفظ لفكرة الحق بذاتيتها ويمنع من اختلاطها بأوجه الحماية القانونية غير المباشرة ، التي لا تخلف ورأها حقاً بالمعنى الدقيق ، تلك الذاتية التي تفقدها مع فكرة اهرنج . غير أنه يبقى بعد ذلك أنه يركز جوهر الحق في فكرة المصلحة التي تمثل الهدف من الحق ، فيتعرض لما تعرض له تصوير اهرنج من اعتراضات في هذا الصدد (٣) .

والواقع ان عيب التعاريف التي تعتمد على فكرة المصلحة إنما يمكن في أنها تجعل من الهدف من الاعتراف بالحق لصاحبه جوهرراً لهذا الحق ، يمثل ما يجعل التعاريف التي تعتمد على فكرة الإرادة أو القدرة الإرادية من أثر ثبوت الحق جوهرراً له . فتعريف الحق يجب البحث عنه في حقيقته وليس في الهدف منه أو في أثره . وما لم يمكن التوصل إلى هذه الحقيقة ذاتها فلا بد أن يظل التنافر بين تعريف الحق وتحديد الشخصية قائماً .

وهكذا كان لا بد للوصول إلى تصور للحق وللشخصية يجعل ثبوت

(١) ميشو، المرجع السابق ، بند ٤٨ ، ص ١٠٧ .

(٢) أنظر في هذا الشأن : سالي ، المرجع السابق ، ص ٥٥٥ .

(٣) في نقد هذه النظرية ، أنظر : سالي ، المرجع السابق ، ص ٤٥٥ وما بعدها .

كل منها ملازماً لثبوت الآخر ، من البحث عن تعريف جديد للحق يبعد بجوهره عن فكرة المصلحة في ذاتها بقدر ما يبعده عن فكرة الإرادة .

الحق بين القدرة المجردة والاختصاص :

١١ - وقد قامت المحاولة الأولى في هذا الصدد - وعلى يد سالي - (٣) على أساس الغاء فكرة المصلحة من تعريف فكرة الحق ، وإحلال فكرة القدرة محلها ، مع الحفاظ على استقلال هذه القدرة عن الإرادة ، دفعاً لما يؤدي إليه ربطها بها من صعوبة تصور ثبوت الحقوق لعديم الإرادة . وعلى هذا النحو يظهر الحق في هذا التصوير « كقدرة أو سلطة في خدمة مصلحة تمارس عن طريق إرادة مستقلة » . فالمصلحة ليست هي الحق ذاته وإنما هي الهدف أو الغاية منه . والإرادة كذلك ليست هي الحق ذاته وإنما هي وسيلة ممارسته . والحق هو القدرة المجردة ، التي لا ترتبط بالمصلحة إلا باعتبارها هدفاً لها ولا ترتبط بالإرادة إلا باعتبارها وسيلة لممارستها .

ومن الواضح أن العودة إلى فكرة القدرة أو السلطة على هذا النحو ، وتركيز جوهر الحق فيها بدلا من فكرة المصلحة ، من شأنه أن يحول دون الخلط بين صاحب الحق وبين محله من حيوان أو جماد والخلط بين الحق كميزة فردية للإنسان وبين غيره من المراكز القانونية المصاحبة لأوجه الحماية غير المدنية ، ذلك الخلط الملحوظ في مذهب اهرنج ومن حذا حذوة . غير أن فكرة القدرة أو السلطة تفترض بطبيعتها الإرادة على نحو يصعب معه تصور إثبات سلطة أو قدرة لمن لا يتمتع بالإرادة ، فكيف يمكن تمثيل ثبوت قدرة لدى كائن لا تتوافر لديه الإرادة ، وكيف يمكن تمثيل ثبوت الشخصية المصاحبة لهذه القدرة لديه ؟

يجيب سالي على ذلك بأن المقصود بالقدرة أو السلطة التي يتمثل فيها الحق ليس القدرة الفعلية التي يفترض توافرها توافر الإرادة ، وإنما مجرد

(١) المرجع السابق ، ص ٤٨ . وأنظر في شرح هذا التعريف ، ص ١٤٧ وما بعدها من المؤلف

المذكور .

«علاقة قانونية» لا تعبر عن نشاط أو تصرف صاحب الحق بقدر ما تعبر عن استنثاره استثنائياً يستتبع إضافة آثار نشاط أو تصرف معين له ، أياً كان من يأتي هذا النشاط أو التصرف ، وسواء كان هو صاحب الحق أو كان إنساناً آخر (١) . وهكذا يمكن تصور أن الحق هو قدرة مجردة لا تفترض الإرادة وأن مباشرة الحق وحدها هي التي تفترض هذه الإرادة . فالحق يعبر عن مجرد قدرة قانونية ومباشرته هي وحدها التي تعبر عن قدرة فعلية . وهكذا أيضاً يمكن تفسير أحكام القانون الوضعي التي تثبت الحقوق لعدم التمييز في الوقت الذي لا تجيز مباشرتها له وتنبط هذه المباشرة بمن ينوب عنه قانوناً . فالقدرة التي يتمثل فيها الحق هي استنثار بآثار نشاط أو تصرف معين ، ومباشرة هذا النشاط أو التصرف إذا كانت تستلزم توافر الإرادة ، فانه يستوى أن تكون هذه الإرادة هي إرادة الأصيل أو إرادة النائب عنه .

١٢ - وقد أخذ على هذا التحليل أنه رغم دقته يؤدي بالضرورة إلى عودة الإرادة إلى جوهر الحق ذاته ، على نحو لا يكون هناك معه مناص من القول بأن الحق لدى سالي هو في النهاية قدرة إرادية . فقد قدمنا أن فكرة القدرة أو السلطة تفترض الإرادة . ومن الواضح أن القول بأن القدرة التي يتمثل فيها الحق هي مجرد قدرة قانونية لا قدرة فعلية ، لا يعني في الحقيقة أكثر من القول بأن الحق قدرة إرادية في حالة «سكون» أو في حالة «انتظار» . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن القدرة الفعلية التي يتمثل فيها ممارسة الحق ليست في الحقيقة سوى هذه القدرة القانونية والتي يتمثل فيها جوهر الحق ولكن ليس في حالة السكون أو الانتظار وإنما في حالة «الحركة» أو في حالة «الفعل» . ولما كان «تحرّك» القدرة أو وضعها موضع «الفعل» يمكن أن يتم على النحو السابق عن طريق صاحب الحق أو عن طريق النائب عنه في حالة عدم تمييزه ، فإن معنى ذلك أن إرادة النائب تقوم بما كانت تقوم به

(١) سالي ، المرجع السابق ، ص ٥٧٧ وما بعدها .

إرادة الأصل صاحب الحق فيما لو كانت متوافرة وتمثل من ثم إرادته المفترضة (١) .

على أنه لا شك لدينا بعد ذلك في أن التمييز بين العلاقة أو القدرة القانونية والقدرة الفعلية يمثل تقدماً أكيداً في الكشف عن جوهر فكرة الحق. فهو من ناحية أولى ، يحدد العلاقة غير المنكورة بين الحق وبين الإرادة ويكتشف المجال الحقيقي الذي تعمل فيه الإرادة وهو مجال المباشرة لاجمال الثبوت. وهو من ناحية ثانية ينبه «إلى أن الإرادة أو القدرة ، أو القدرة الإرادية» ، تجد خلفها حقيقة أخرى يتمثل فيها جوهر الحق. غير أن نقطة الضعف في نظرية سالي إنما تكمن في اعتقاده أن هذه الحقيقة التي توجد خلف القدرة الفعلية هي بدورها قدرة وإن كانت قدرة قانونية ، أو في عدم استطاعته في النهاية تخطي فكرة القدرة ، ومن ثم في عدم امساكه بالحقيقة المذكورة والكشف عن ماهيتها .

١٣ - ومن هنا فقد بدأت المحاولة الثانية لضبط فكرتي الحق والشخصية إحداهما على الأخرى ، على يد دابان (١) . فهي تبدأ من فكرة المصلحة باعتبارها فكرة سابقة على فكرة القدرة . وهي بعد ذلك تحاول أن تضع هذه الفكرة وضعها الصحيح في نظرية الحق . ذلك أن فكرة المصلحة - وبصرف النظر عن الدور الذي يعطيه لها اهرنج ومن تأثر به - تشير إلى أن للحق محل هو قيمة معينة ترتبط بشخص صاحب الحق وتعنيه . ونقطة الخطأ في التصورات السابقة التي تعتمد على فكرة المصلحة تكمن في أن هذه التصورات تركز جوهر الحق في هذه المصلحة ذاتها ، تركزاً

(١) قرب : دابان ، المرجع السابق ، ص ٧٨ وما بعدها ؛ الكسندر جوروفتسيف ، مشكلة شخص القانون ، المجلة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٢٧ ، ص ٥ وما بعدها ، وبصفة خاصة ص ٢١ وما بعدها .

(١) أنظر في تفصيل ذلك : دابان ، المرجع السابق ، ص ٨٠ وما بعدها .

يؤدي إلى اعتبار صاحب الحق هو المتمتع دائماً ويلغى كل دور لإرادة من يتولى تحقيقها . وحقيقة الأمر أن جوهر الحق لا يكمن في المصلحة عينها وإنما في العلاقة التي تقوم بينها وبين الشخص صاحب الحق . ولذلك فالحق يتمثل في «تعلق» المصلحة أو في «الاختصاص» بها . وما يتضمنه الحق من تسلط أو استئثار إنما هو أثر من آثار هذا التعلق أو الاختصاص ، أو هو النتيجة المنطقية له . وهكذا يتخذ الحق مظهرين مرتبطين ، أحدهما موضوعي هو التعلق والاختصاص ، والآخر ذاتي أو شخصي ، وهو ما يعنيه هذا هذا التعلق أو الاختصاص من تسلط أو استئثار (١) .

ومن الواضح أن أخذ الحق بهذا المفهوم يزيل الارتباط التقليدي بينه وبين الإرادة . فالتعلق أو الاختصاص لا يفترض الإرادة . والاستئثار أو التسلط ليس إلا الوجه الذاتي لهذا التعلق أو الاختصاص ، فلا يفترض بدوره الإرادة . وهذا هو في الواقع ما أراد سالي التعبير عنه بفكرة القدرة القانونية والذي ليس في الحقيقة قدرة بقدر ما هو اختصاص واستئثار . وهكذا ، يمكن تصور ثبوت الحق لعدم التمييز ، ومن ثم اثبات الشخصية له . ذلك أن انعدام إرادته لا يحول دون أن تكون له مصالح تتعلق به ويختص بها ، بما يحمله التعلق أو الاختصاص من استئثار . ومن الواضح كذلك أن أخذ الحق بهذا المفهوم يسمح بالاحتفاظ بفكرة القدرة - التي تفترض الإرادة - للتعبير عن مباشرة الحق ، كلما كانت هذه المباشرة تستلزم توافر الإرادة ، ويمكن بالتالي من تصور ثبوت الحق لشخص معين في الوقت الذي لا تثبت له مثل هذه المباشرة وإنما تثبت لناثبه القانوني (٢) .

ويبدو لنا أن تعريف الحق على هذا النحو الأخير يستجيب تماماً إلى

(١) المرجع السابق ، ص ٨٧ . وأنظر في عرض تعريف دابان للحق ، وفي نقد هذا التعريف في الفقه المصري : جميل الشرقاوي ، دروس في أصول القانون ، الكتاب الثاني ، نظرية الحق ، ١٩٦٦ ، بند ١٠ ومابعده ، ص ٢١ ومابعدها ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ ومابعدها .

(٢) قرب : روييه ، المرجع السابق ، ص ٧١ ومابعدها .

(٣) وقارن : دابان ، المرجع السابق ، ص ٨٨ ومابعدها .

تصور الفقه الاسلامي له . فالفقه الاسلامي يستعمل لفظ الملك بمعنى واسع لا يقتصر على حق الملكية بمفهومه الحديث ، وإنما ينصرف إلى الحق بصفة عامة ، وسواء كان حقاً عينياً أو حقاً شخصياً . وهو لذلك يتكلم عن ملكية الدين وملكية العين . وتعريفات الفقه الإسلامي للملك توؤل في النهاية إلى علاقة أقرها الشارع بين الإنسان والمال تجعله مختصاً به وتجزئ له التصرف فيه (١) . وبعبارة أخرى فالحق أو الملك لديهم هو الاختصاص الحاجز .

٢ - تباين الشخصية عن فكرة صاحب الحق

صاحب الحق هو شخص القانون :

١٤ - لا شك أن اتخاذ فكرة التعلق أو الاختصاص منطلقاً لاستظهار جوهر الحق ، يربط بين ثبوت الحق وبين ثبوت الشخصية ، ويجعل مناط أحدهما هو بذاته مناط الآخر . غير أنه لا شك كذلك في أن تعريف الحق على هذا النحو من شأنه أن يباعد بين مفهوم الحق وبين التصوير الفلسفي الذي قام عليه فقه الحتموق الطبيعية (٢) . فقد رأينا أن هذا الفقه يبدأ من منطوق حرية الاختيار باعتبارها المعطى الوحيد والمؤكد للطبيعة الانسانية ، وينتهي حتماً وبالضرورة إلى تصور الحق كإرادة أو قدرة إرادية ، تترجم هذه الحرية إلى نشاط معتبر في عالم القانون . ومن الواضح أن التسليم بأن جوهر الحق يتمثل في مجرد التعلق أو الاختصاص ، أو في العلاقة بين الإنسان وبين قيمة معينة تسند إليه ، يمحو كل أثر للقدرة أو الإرادة في جوهر الحق ويرفع هذه الأفكار إلى مجال مباشرته ، ويباعد في النهاية بين الحق في ذاته وبين الحرية الطبيعية المقول بها . ففكرة الاختصاص أو التعلق كما قدمنا فكرة موضوعية محضة . وإذا كان التعلق أو الاختصاص

(١) أنظر في هذا الصدد : محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بقواعد الفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٦ م ، ص ٣١٨ . وبعدها . وراجع كذلك القواعد للحافظ أبي فرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، الطبعة الأولى ، ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م ، خاصة القاعدة السادسة والثمانون ص ١٢٥ وما بعدها .

(٢) قارن مع ذلك : دابان في مقاله السابق الاشارة إليه .

يستتبع التسلط أو الاستئثار - ومن ثم يستتبع التفرد - فإن هذا التفرد يجد
سنده في الاختصاص الذي يتفرع أو يتولد عنه .

ولذلك فأخذ الحق بهذا المفهوم الأخير يفترض بالضرورة اسناد الحق
إل أساس آخر يعلو فوق الإيرادات الفردية وقدراتها . وهذا الأساس لا بد
أن يكون هو حكم القانون ، باعتباره الناموس الموضوعى الذى يقيم علاقات
الاختصاص ويحمى الحقوق ، ويفرض من ثم على كل فرد ألا يمس
بنشاطه «مناطق الاختصاص» المثبتة لغيره (١) .

وبعبارة أخرى فأساس الحق ومصدره ليس اذن حرية الاختيار الكامنة
فى الإنسان وإنما هو القانون الموضوعى وأحكامه . وهذه الحرية إنما تعمل
فى الحدود التى يضعها هذا القانون وتسمح بها هذه الأحكام .

كذلك فحمل الحق على معنى علاقة الاختصاص على النحو المتقدم
يجعل من المستحيل اتخاذ فكرة الحق منطلقاً لتعريف الشخصية والاكتماء
بالقول بأن الشخص هو صاحب الحق . ذلك أن الحق محمولاً على هذا المعنى
يجد جوهره فى علاقة بين طرفين ، أحدهما هو الشخص ذاته ، والآخر هو
القيمة التى يختص بها والتي تمثل محل الحق . ومن ثم ففكرة الشخص
عنصر أساسى فى تصور الحق ذاته ، على نحو لا يمكن معه تعريف الشخص
عن طريق تعريف الحق دون مصادرة على المطلوب . وبعبارة أخرى ففكرة
الشخص أسبق من الناحية المنطقية على فكرة الحق - كفكرة القيمة سواء
بسواء - بحيث يمكن القول بأن تعريف الحق يفترض بداءة تعريف الشخص
وليس تعريف الشخص هو الذى يفترض تعريف الحق ، خلافاً لما يذهب اليه
منطق الفقه الغالب .

ومن الواضح أنه لاسبيل لتصور حقيقة الشخص وجوهر فكرة الشخصية
فى ظل هذه المعطيات إلا بنسبة الشخص وتعريفه إلى أمر آخر سابق عليه

(١) قارن : دابان ، المرجع السابق ، ص ٤٨ وما بعدها .

وعلى الحق في آن واحد . ومن الواضح كذلك أن هذا الأمر لابد أن يكون بالضرورة هو القانون الموضوعي الذي يسند إليه الحق ذاته . وبعبارة أخرى فالشخص هو شخص القانون وليس شخص الحق ، والشخص يكون من بعد صاحب الحق لأن القانون يسنده إليه أو يختصه بمحلّه ، أو يعتبره في الجملة من أشخاصه (١) .

وعلى هذا النحو السابق ننتهي إلى أن فكرة الحق وفكرة الشخص تتفرعان كليهما عن القانون بمعناه الموضوعي . فالحق يجد أساسه في اعتراف القانون به ، والشخص يجد فجواه في كونه مركزاً يربط به القانون ما يحميه من قيم .

الشخص كمتعلق للمراكز القانونية :

١٥ - وربط فكرة الشخصية بالقانون الموضوعي دون فكرة الحق على هذا النحو السابق لاشك يعطيها العمق اللازم لاستيعاب المراكز القانونية المختلفة التي يكشف عنها تحليل النظام القانوني ، بجانب الحقوق بالمعنى الدقيق . فمن الواضح أن فكرة الحق لا تعبر إلا عما ينفرد به الإنسان عن غيره من الناحية القانونية ، نتيجة لاختصاصه بقيمة من القيم . ولكن يتبقى بعد ذلك أن الإنسان يتمتع بمراكز قانونية لا ينفرد أو يختص بها ، وإنما يتساوى في التمتع بها مع غيره ، مما يعرف بالحرريات ، كحرية العقيدة وحرية القول وحرية التنقل (٢) . ومن الواضح كذلك أن مثل هذه الحرريات تمثل مراكز قانونية موضوعية لا يصدق عليها وصف الحق في مفهومه الذي انتهينا إليه . ومن الواضح أخيراً أن مثل هذه المراكز هي بالضرورة مراكز لأشخاص لا يمكن أن ينطبق عليهم وصف أصحاب الحقوق ، بالنظر إلى أن هذه المراكز مراكز عامة موضوعية لا تقوم على

(١) في هذا المعنى : موتيلسكي ،

(Principes d'une réalisation methodique du droit privé)

١٩٤٨ ، بند ٢٨ وما بعده ، ص ٣١ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكي ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، ١٩٦٩ ، بند ٢٦٤ ، ص ٤٠٥ .

(٢) رنييه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

الاختصاص والتفرد . ولما كانت هذه المراكز هي مراكز قانونية تنشأ عن القانون وتمتع بحايته ، فلا بد أن يكون أشخاصها أشخاصاً للقانون .

١٦ - وحتى مع التسليم بصحة فقه الحقوق فيما يبيته من أن ما يتمتع به الشخص من مراكز هو دائماً حق ، فإنه من المسلم به في هذا الفقه أن فصيلة الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية تفترض التزاماً محدداً بها ومديناً ينفرد بهذا الالتزام (١) ، وأن هذا المدين لا بد بالضرورة أن يكون شخصاً من الأشخاص ، فكيف يمكن القول بأن المدين بالالتزام هو صاحب حق في الوقت الذي يظهر فيه الالتزام في الجانب السلبي من ذمته ويفرض عليه أداء مالياً قبل صاحب الحق ؟ أليس معنى ذلك أن فكرة الشخصية أوسع في مداها من فكرة صاحب الحق ؟ إن وجود التفرد في كل من الحق والالتزام لا يؤدي إلى اعتبارهما حقيقة واحدة . فالحق مركز ينفرد به شخص الدائن والالتزام مركز ينفرد به شخص المدين .

لقد لفتت هذه الحقيقة أنظار الفقه الذي يسوى بين الشخص وبين صاحب الحق ، فحاول أن يجد لها تفسيراً في إطار هذه التسوية ، ومن ثم فقد أطلق على الدائن بالحق الشخصي الصاحب الإيجابي للحق وأطلق على المدين به الصاحب السلبي للحق (٢) .

وغنى عن البيان ما في هذا الإطلاق من تحايل ، وما يتضمنه من تناقض مع فكرة الحق ذاتها (٣) ، وأياً ما كان المفهوم الذي يؤخذ به . فالقول بأن

(١) في تحليل الالتزام وبيان عنصر المديونية والمسئولية فيه ، أنظر : كومبارتو ، المرجع السابق . وفي التفرقة بين الحق وغيره من المراكز القانونية الأخرى ، أنظر : روبييه ، المرجع السابق ، تحديد فصيلة الحقوق الشخصية وفائدتها العملية ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٦٤ ، ص ٨٣ وما بعدها .

(٢) روجان Rogin ، العلم القانوني المجرد ، ١٩٢٣ ، ج ٢ ، بند ٦٣٤ ، ص ٣٠٠ ؛ دي لاجريسي ولابوردلاكوست ، مقدمة عامة لدراسة القانون ، ١٩٤٧ ، بند ٣٥٤ ؛ ايونسكو ، فكرة الحق الشخصي في القانون الخاص ، رسالة من باريس ، ١٩٣١ ، بند ٦٦ و ٦٧ و ٧٧ .

(٣) في هذا المعنى : جوروفتسيف ، المقال السابق ، ص ٢٦ .

الحق قدره إرادية يقتضى إثبات صفة صاحب الحق لصاحب هذه القدرة دون من عداه ممن تباشر في مواجهته . والقول بأن الحق مصلحة يقتضى إثبات هذه الصفة لمن تتوافر له المصلحة دون سواه ممن تقتضى منه هذه المصلحة . والقول بأن الحق اختصاص ينشئ استحواداً يقتضى إطلاقها على من يثبت له الاختصاص دون سواه ممن تقع في ذمته القيمة التي ينشأ عليها الاختصاص (١) .

ويتضح من ذلك أنه لا سبيل لإزالة هذا التناقض إلا بالتمييز بين الشخص وبين صاحب الحق ، والنظر إلى أصحاب الحقوق ك مجرد فصيلة من فصائل أشخاص القانون . ففى ظل هذا التمييز وذلك النظر ، تظهر فكرة الشخص أوسع نطاقاً من فكرة صاحب الحق على نحو يمكن معه القول بأن الشخص كما يكون صاحب حق يكون كذلك مديناً بالتزام ، ولا تكون هناك حاجة إلى القول بأن المدين بالتزام يعتبر صاحب حق حتى يمكن النظر إليه كشخص من الأشخاص .

كذلك فالحق - أياً ما كان المفهوم الذى يعطى له ، وسواء كان هذا المفهوم هو مفهوم القدرة الإرادية أو مفهوم المصلحة أو مفهوم الاختصاص - ليس له من معنى إلا بقدر ما يقتضيه ثبوته من الخضوع لما يتضمنه من قدرة ، أو من عدم المساس بما يتضمن من مصلحة ، أو من عدم التعدى على ما يعبر عنه من اختصاص . ومن ثم فثبوت الحق لصاحبه يفترض بالضرورة واجباً موضوعياً عاماً على الغير باحترامه ، سواء كان مضمون هذا الواجب هو الخضوع لإرادة صاحب الحق كما تؤدى إليه نظرية القدرة الإرادية ، أو كان مضمونه هو عدم المساس بمصلحة صاحب الحق ، كما تؤدى إليه نظرية المصلحة ، أو كان هو عدم التعدى على اختصاص صاحب الحق ، كما تؤدى إليه نظرية الاختصاص . والغير فى هذا الصدد يكون فصيلة أخرى من فصائل أشخاص القانون غير فصيلة أصحاب الحقوق أو المدينين بالتزامات

(١) قرب : دابان ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ . وأنظر فى نقد فكرة صاحب السلبى

للحق : حسن كيرة ، أصول القانون ، ص ٦٨٩ .

هى فصيلة من يتوجه إليه خطاب القانون بإثبات الحق لصاحبه . وبالمثل فالحرية ليس لها من معنى إلا بقدر كفالة التمتع بها لصاحبها ، مما يفترض واجباً على الغير بعدم إعاقة هذا التمتع . والغير هنا كذلك هو فصيلة متميزة عن فصيلة أصحاب الحريات . حقاً إن هذه الحريات هى مراكز عامة لا تفرد فيها ، بما يعنى تمتع الجميع بها ، على نحو يكون معه المحمل بواجب احترام الحرية فى ذات الوقت متمتعاً بهذه الحرية . ولكن الشخص يكون له فى هذه الحالة صفتان متميزتان : صفة صاحب الحرية وصفة المكلف باحترام حرية الغير .

وعلى هذا النحو يظهر مرة أخرى أن الشخص فى معنى القانون ليس هو فقط من يثبت له الحق أو الحرية ، وإنما هو كذلك من يجب عليه احترام أى منهما ، وأن فكرة الشخصية أوسع بالضرورة من فكرة صاحب الحق أو صاحب الحرية .

ويمكن القول - بصفة عامة - بأن القانون يعرف فصائل أربع من المراكز القانونية (١) تقابل فصائل أربع من الأشخاص ، وأن الحق وصاحبه لا يمثلان سوى إحدى فصائل المراكز القانونية وشخص هذه الفصيلة . فهناك فصيلتان فرديتان من المراكز القانونية هما فصيلة الحق والالتزام يقابلهما فصيلتا شخص صاحب الحق وشخص المدين بالالتزام . وهناك فصيلتان عامتان موضوعيتان من المراكز القانونية هما فصيلة الحرية وفصيلة الواجب يقابلهما فصيلتا الشخص المتمتع بالحرية والشخص المكلف بالواجب .

ومن الواضح أن اغفال هذه الحقيقة لا يعدو أن يكون أثراً من أثار الفلسفة الفردية التى قام عليها البنيان القانونى كله إبان سيطرة فكرة الحقوق على نظرية القانون . فقد كانت هذه الفلسفة تركز كما قدمنا على الحرية الفطرية للإنسان ، وعلى ما تعنيه هذه الحرية من مكنات ومن تثبت له

(١) أنظر فى هذا الصدد : رينيه كاييتان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ وما بعدها .

هذه المكثات ، تركيزاً استتبع تناسي ما يعنيه ثبوت هذه المكثات من وجود أشخاص تباشر في مواجهتهم ويقع عليهم واجب الخضوع لها وتطويع سلوكهم لمقتضاها . هذا إلى ما درج عليه الفقه من النظر إلى المراكز القانونية من خلال المظهر الادعائي للقانون وحده . ذلك أن المراكز القانونية تبدو في هذا المظهر كادعاءات ، ويبدو القانون كمجرد مقياس للمفارقة بين ما هو صحيح وما هو غير صحيح من هذه الادعاءات ، على نحو يتجسد معه محتوى قواعد القانون في النهاية في صورة مكثات (١) .

الطلب الثاني

مناط الالزام بالاحكام المدنية وفكرة قاعدة السلوك

١٧ - انتهت الثورة الصناعية إلى المفارقة داخل المجتمعات التي غزتها بين قلة رأسمالية تسيطر على الإنتاج وغالبية عمالية تتحمل مخاطرة . وقد كان لذلك رد فعل متعاطف على الصعيد الفكري والواقعي . فعلى الصعيد الفكري تمثل رد الفعل المذكور في استظهار الموجهات الفلسفية لنظام يعلو على هذه التناقضات ، وفي قيام المذاهب الاجتماعية التي تنكر أن يكون للإنسان كيان مستقل عن المجتمع الذي يعيش فيه ، وترتب على ذلك أن وظيفة القانون هي كفالة الحياة الاجتماعية وضمان تقدمها (٢) . وعلى صعيد القوى الاجتماعية تجمعت الغالبية العمالية في قوة جديدة دافعة نحو اتخاذ القانون أداة لمنع استغلال الإنسان للإنسان ، فكان غزو القانون لمختلف جوانب الحياة الاجتماعية ليحد من الحرية الفردية ويكبح من جماحها .

وقد كان لكل ذلك أثره على صعيد النظرية القانونية ، فشهدت هذه النظرية اتجاهاً متزايداً نحو النظر إلى القانون كمعطى موضوعي - من المجتمع

(١) روبييه ، الحقوق والمراكز الشخصية ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ وما بعدها .

(٢) روبييه ، النظرية العامة للقانون ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ وما بعدها ؛ ديجي ، مطول القانون الدستوري ، ج ١ ، ١٩٢١ ، التنويرات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون ، ١٩٢٠ ؛ جورج جيرفتش ، الزمن المعاصر وفكرة القانون الاجتماعي ، ١٩٣٢ ؛ رينيه سافيتيه ، المرجع السابق ، ص ٤٨ وما بعدها ، رسالتنا سابق الإشارة إليها .

أو من الدولة - بما يستتبعه ذلك من التخفيف من الحماس لفكرة الحرية وفكرة الحق والتركيز على فكرة قاعدة السلوك كوحدة يتكون منها بنيان القانون . وهكذا كانت اداة التصوير الذى صاحب النهضة الأوروبية والرجوع إلى التصوير القديم الذى يرى فى القانون قواعد سلوك تحكم نشاط أفراد المجتمع وتنظم تصرفاتهم ، وفى المراكز القانونية للأفراد مجرد تفريد لهذه القواعد لا يحمل أى مدلول ذاتى أو شخصى (١) .

ووفقاً لهذا التصوير لا يبدو القانون كمجموعة من الحقوق تعبر عن ذاتية كل إنسان وتفرد به بقدر ما يبدو كمجموعة من أنماط السلوك الملزم يضمن احترامها جزاء يوقع على من ينحرف عنها . وهكذا اتجهت التفرقة بين القانون الخاص والقانون العام نحو التلاشى ، واتخذ القانون فى حملته مظهر التكاليف والواجبات المفروضة على أفراد المجتمع ، سواء قيل بعد ذلك بأن مصدرها هو المجتمع ذاته أو قيل بأن مصدرها هو الدولة ، وصارت نقطة البداية فى تحديد مناهج الإلزام بأحكام القانون هى فكرة التكليف والربط بين فكرة الشخصية وبين هذه الفكرة ، وصار الشخص هو المكلف بأحكام القانون ، وصارت دراسة الشخصية القانونية جزءاً من دراسة نظرية القاعدة القانونية .

وتفريعاً على ذلك فإنه يكفى أن نحدد ماهية التكليف وما يقتضيه حتى نعرف من هو الشخص . وعلى هذا النحو كان علينا التعرف على المحاولات الأساسية فى استكشاف فكرة التكليف وضبط فكرة الشخصية عليها ، ثم التساؤل عن مدى إمكان هذه المحاولات - التى سلكت سبيل قاعدة السلوك - استيعاب أحكام القانون الوضعى .

١ - ارتباط الشخصية بفكرة المكلف

١٨ - إذا كانت فكرة قاعدة السلوك قد عادت إلى مركز الصدارة

(١) روبييه ، الحقوق والمراكز القانونية ، المرجع السابق ، ص ٨ وما بعدها .

في بيان القانون وكانت فكرة الشخصية تنفرع تبعاً لذلك عن مفهوم هذه القاعدة ، فإن هذا المفهوم يتنازع مذهبان رئيسيان ، تمثل المدرسة الاجتماعية école sociologique وإحدهما ، وتمثل المدرسة المنطقية التجريدية école de la logique pure الآخر . والمدرسة الأولى يمكن أن نتخذ أعمال الفقيه الفرنسي ديجي أساساً للتعبير عنها . والمدرسة الأخرى يمكن أن تعبر عنها أعمال الفقيه النمساوي هانز كلسن . وكل من المذهبين ينظر إلى القانون كمجموعة من أنماط السلوك الملزم ، رغم اختلاف الخلفية الفلسفية لكل منهما (١) . غير أنه بينما يحرص الاتجاه الأول القواعد القانونية في أنماط السلوك العامة المحررة ويجعل من المراكز الفردية مجرد تطبيق لهذه القواعد ، فإن الاتجاه الآخر ينظر إلى هذه المراكز كقواعد قانونية فردية ، على نحو يبدو معه النظام القانوني في جملته كبناء من القواعد القانونية يتدرج من العمومية إلى الخصوصية ومن التجريد إلى التفريد ، مع ما يصاحب ذلك من تأثير على فكرة الشخصية ذاتها .

نظريه ديجي :

١٩ — أما ديجي فمشكلة القانون لديه هي مشكلة الاختيار بين اتجاه شخصي يرى في القانون مجموعة من الحقوق ، واتجاه موضوعي يرى فيه مجموعة من قواعد السلوك المفروضة على الإنسان الذي يعيش في مجتمع . وهو صاحب منهج واقعي (٢) يحاول أن يفهم القانون من خلال دراسة تجريبية لكل من الفرد والمجتمع ، باعتبارهما ظاهرتين يرتبط بهما وجود القانون ويتحدد على أساسهما بنيانه . وعلى أساس من هذا المنهج ينتهي ديجي إلى نفي وجود الحقوق الفردية وإثبات وجود قواعد ملزمة للسلوك الاجتماعي عامة ومجردة .

(١) أنظر في هذه المذاهب وموقف القائلين بها من فكرة الشخصية : رنيه كليمن ، الشخصية المعنوية والشخصية القانونية ، ١٩٣٥ ، ص ٨٧-١٠٥ ، دي لوجو ، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها .

(٢) ديجي ، مطول القانون الدستوري ، ج ١ ، ١٩٢١ ، ص ١ وما بعدها ، التغيرات العامة للقانون الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٥ وما بعدها ، و ص ٢٨ وما بعدها .

فأما نفى وجود الحقوق الفردية فهو ما يرجع إلى أن فقه الحقوق - على اختلاف نظرياته- ينتهي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى تصوير الحق كقدرة إرادية ، ويفترض من ثم أن لإرادة صاحب الحق سلطاناً ذاتياً بمقتضاه تفرض نفسها على غيرها من الإرادات . ولكن مثل هذا السلطان يستعصى على التحقيق العلمي القائم على الملاحظة والتجربة نظراً لتعلقه بالنفس وأغوارها الباطنة ، مما يستحيل معه التأكيد على وجوده ، ومن ثم على وجود الحقوق الفردية ، في عالم الواقع . والقول بغير ذلك معناه اتخاذ موقف غير علمي من دراسة القانون (١) .

وأما إثبات وجود قواعد ملزمة للسلوك الاجتماعي ، عامة ومجردة ، فهو ما يرجع إلى الملاحظ من أن الإنسان كائن يعي تصرفاته وكائن اجتماعي لا يعيش إلا في مجتمع ، وأن ثبوت هاتين الصفتين له يستتبع بالضرورة وجود قانون يحكم تصرفات الإنسان ويؤمن الحياة الاجتماعية ، أو قانون يعلو على الفرد ويخضع الفرد له . وهذا القانون هو بالضرورة قانون «غاية» وليس قانون سببية - كما هو الحال في قوانين العلوم الطبيعية - بالنظر إلى أنه يحكم تصرفات إنسان واع لسلوكه . ومن هنا فيمكن القول بأن التأكيد على وجود قواعد عامة مجردة للسلوك ، تأمر أو تنهى - فيلزم الأفراد بما تأمر به أو بما تنهى عنه - يستند إلى حقيقة واقعية علمية (٢) .

وترتيباً على ما تقدم، ينتهي ديجي إلى أن ما نتصور أنه حقوق فردية لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للقاعدة القانونية الموضوعية أو انزال حكمها على سلوك الأفراد (٣) ، كما ينتهي إلى أن الإلزام بالتصرف القانوني ليس مصدره

(١) القانون الدستوري، المرجع السابق ، ص ٦ وما بعدها ، ص ١٧٩ وما بعدها ،
التغيرات العامة للقانون الخاص ، ص ٩ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ١١ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ، الفصل الثاني، ص ١١ وما بعدها . وأنظر في إحلال فكرة الوظيفة الاجتماعية محل الحق ، التغيرات العامة للقانون الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها .
ويلاحظ في هذا الصدد أن ديجي - فيما يبدو - يفغل أن من قواعد القانون ما لا ينهى أو يأمر ، وإنما يبيح . ولعل ذلك مما ساعده على إنكار فكرة الحق . ذلك أن قيام الحق بمعنى القدرة أو السلطة الإرادية إنما يرتبط بوجود مثل هذه القواعد الأخيرة . في هذا المعنى :
كالنيوسكى ، المقال السابق .

ماللارادة من سلطان وإنما مصدره القانون الذى يعتبر هذه الارادة فيرتب عليها الأثر المذكور (١) .

٢٠ - واستناداً إلى التصوير السابق ينتهى ديجى إلى إنكار فكرة الشخص بالمعنى التقليدى الذى ينصرف إلى صاحب الحق ، والقول بأن فكرة الشخص «تستعمل لتحديد الكائن الذى يخضع لقواعد القانون» (٢) ، وأن الشخص من ثم هو شخص القانون أو المخاطب بأحكامه وليس شخص الحق أو صاحبه. ولكن إذا كان الأمر كذلك فما هو مناط ثبوت الشخصية لدى ديجى ؟

هنا يعود ديجى مرة أخرى إلى طبيعة الإنسان الواعية ، وطبيعته الاجتماعية ، فيرتب عليها أن القانون هو فى النهاية مجموعة من الأوامر والنواهي أو مجموعة من التكاليف ، وأن هذه التكاليف لا يمكن أن تتوجه إلا إلى «الإرادات الواعية» (٣) . وعلى هذا النحو يقرر ديجى أن «الكائن الوحيد على ظهر البسيطة الذى يمكن أن يخاطبه القانون هو الإنسان الفرد المتمتع بإرادة واعية» (٤) ، وأن شخص القانون هو الانسان الذى يتمتع بالإدراك أو التمييز . ذلك أنه «يجب ألا يغيب عن الذهن أبداً أن القواعد القانونية هي قوانين غائية، وأنها تتوجه إلى إرادات ، وأنها تتضمن تكليفاً إجبارياً أو سلبياً . غير أن التكليف لا يمكن أن يتوجه إلا إلى إرادة واعية. حقاً .. إن الالتزام القانونى لا يمس الإرادة فى ذاتها وأنه قيد على نشاط الإرادة ، بمعنى أنه إذا ما خالف الشخص القاعدة ، فإن رد الفعل الاجتماعى التلقائى يتحقق تجاهه فحسب . ولكن ، على سبيل التحديد ، عندما تم مخالفة القاعدة القانونية من طفل أو من غير متمتع بالعقل ، فإن أى رد فعل اجتماعى لا يتحقق قبله ، وهذا هو خير دليل على أنه ليس من أشخاص

(١) المرجع السابق ، الفصل الثالث ، ص ٢١١ وما بعدها. أنظر مايلي بند ٧٣ وما بعده .

(٢) ديجى ، مطول القانون للدستورى ، للمرجع السابق ، ص ٣١٩ . أنظر كذلك

التنويرات العامة فى القانون الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٧٩ وما بعدها .

(٣) ديجى ، مطول القانون للدستورى ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ .

(٤) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ .

القانون» (١) . وهكذا ينتهى ديجي إلى ربط مناط الإلزام بأحكام القانون
بفكرة التكليف ونفى الشخصية عن عدم التمييز .

٢١ - ولقد أدرك ديجي «أن الإنسان الذي لا يعي تصرفاته ، بسبب
السن أو المرض العقلي، لا يفلت ... من سلطان القانون»، «وأن الإنسان
غير الواعي ... له مصالح معترف بها ، وموضع حماية القانون» ، (٢)
مما يشكل اعتراضاً أمام قبول ما يذهب إليه من إنكار الشخصية القانونية
على عدم التمييز . ولكنه قد ذهب إلى أن مثل هذه القواعد التي يدخل
عدم التمييز تحت سلطتها لا يتجاوز مضمونها أن يكون تكليفاً يتوجه لا إلى
عدم التمييز ذاته وإنما إلى غيره ممن يتوقف على سلوكه الحفاظ على مصلحة
عدم التمييز ، كما هو الحال مثلاً بالنسبة للمكلف برعايته (٣) .

حقاً إن انصياع الغير لما يفرضه عليه القانون من تكاليف - صوتاً لمصلحة عدم
التمييز - يرتب أثراً أو آخر في جانب عدم التمييز . ولكن إسناد هذا الأثر
إلى عدم التمييز لا يتوقف على ثبوت الشخصية لديه . والقول بغير ذلك ليس له
من سند سوى تصوير الأثر القانوني في صورة حق ومن ثم في صورة قدرة
إرادية ، على نحو تبدو معه الإرادة الحرة هي السبب المنشئ ، لهذا الأثر (٤) .
ولكن هذا الأثر لا يعدو أن يكون النتيجة المنطقية لإعمال القاعدة القانونية
الموضوعية وليس من الحق الفردي في شيء .

ولذلك لا تبدو هناك حاجة لدى ديجي لفكرة النيابة عن عدم التمييز
في التصرفات القانونية . فالنائب القانوني لا يعدو أن يكون شخصاً - متمتعاً
بالإرادة والتمييز - يحول له القانون اختصاصاً في إجراء التصرفات القانونية

(١) ديجي ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .

وقرب: رنيه كاييتان ، المرجع السابق ، ص ٤٧ وما بعدها . ولاحظ مع ذلك أنه
ينظر إلى التكليف نظرة شخصية تخالف نظرة ديجي الموضوعية (أنظر بصفة خاصة ص ٣٤) .

(٢) ديجي ، المرجع السابق ، ص ٣٣٢ .

(٣) المرجع السابق في الموضوع السابق .

(٤) المرجع السابق ، ص ٣٢٢ .

لنفسه أو لغيره . فاذا ما أجرى تصرفاً على محل لغير المميز لمصلحته ترتبت آثار هذا التصرف في حق غير المميز بناء على هذا الاختصاص ، كأثر لإعمال القانون (١) ، دون حاجة إلى القول بأنه بنوب عنه . ففكرة النيابة ليست إلا نتيجة من نتائج إسناد الأثر القانوني لسلطان الإرادة .

٢٢ - ومن الواضح أن هذه النتائج التي وصل إليها ديجي فيما يتعلق بمناط الإلزام بأحكام القانون مبعثها، إنكار فكرة الحق (٢) . ولاشك لدينا أن ديجي كان مصيباً في إنكار وجود الحق مأخوذاً على معنى الإرادة أو السيادة على النحو الذي تنادى به فلسفة الحرية الطبيعية ومبدأ سلطان الإرادة ، وما يتفرع عنه من نتائج . غير أنه ليس معنى إنكار هذا المفهوم للحق ضرورة انكار فكرة الحق ذاتها إذا ما كانت هذه الفكرة تعبر عن مدلول حقيقي ملموس في عالم القانون . وقد سبق أن رأينا أن الحق يعبر عما يثبته القانون من اختصاص للشخص بقيمة أو مصلحة ، ومن ثم من استثناء هذه القيمة أو المصلحة ، وأن مثل هذا الاختصاص يفترض طرفين أحدهما القيمة أو المصلحة محل الاختصاص والآخر هو الشخص الذي تنسب إليه هذه القيمة أو المصلحة . ولذلك فانكار مذهب سلطان الارادة لا يستتبع إنكار وجود الحق ووجود صاحب له بين اشخاص القانون ، وإن كان وجود الحق ووجود صاحب له لا يستتبع كذلك حصر فكرة الشخصية في فكرة صاحب الحق (٣) . حقاً إن الحق بهذا المعنى يبدو كأثر أو كنتيجة لإعمال القانون . ولكن هل تكفي هذه الحقيقة لإنكار الشخصية على من يثبت القانون له الحق ، وقصرها على من يثبت القانون في جانبه التكليف ؟

(١) ديجي ، المرجع السابق ، ص ٣٤١ .

(٢) في نقد نظرية ديجي انظر : جيني ، العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي ، ج ٤ ، ص ١٥٩ وما بعدها ، دابان ، الحق ، المرجع السابق . وانظر في تقييم هذه النظرية ، رنيه كايبتان ، المرجع السابق ، ص ٢١٦ وما بعدها .

(٣) يلاحظ في هذا الصدد أن ديجي في - نفيه لفكرة الحق - قد خلط بين الاتجاه الشخصي في تصور القانون وبين الحق الشخصي . فإضافة لفظ الشخص للفظ الحق لا يقصد منه أكثر من التعبير عن المركز الفردي الذي يوجد فيه الانسان تجاه القاعدة القانونية ، ولا يقصد به على الاطلاق التعبير عن الاتجاه الشخصي في تصور القانون . انظر في هذا الشأن : رنيه كايبتان ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ .

إن وظيفة القانون تبدو على هذا النحو متمثلة في إثبات الحقوق من ناحية
وفي وضع التكاليف من ناحية أخرى . فلماذا يناط ثبوت الشخصية بفكرة
التكليف وحدها دون فكرة الحق ؟

يبدو من العرض السابق أن ديجي يتصور أن ثبوت الأثر القانوني -
الذي يتمثل فيه الحق - هو دائماً نتيجة تكليف سابق - على نحو يبدو معه
الأثر القانوني تابعاً بصفة دائمة للتكليف ، ويبدو من المنطقي إناطة الشخصية
بالفكرة الأصلية وهي فكرة التكليف . ولكن القانون الوضعي يعرف
حقوقاً مؤكدة يستقل ثبوتها تماماً عن فكرة التكليف السابق كما هو الحال
في الحقوق الناشئة عن الميراث - على نحو لا يكون هناك معه محل لإناطة
فكرة الشخصية بفكرة التكليف وحدها ومن دون فكرة الحق .

وإذا كان المنطق يؤدي إلى إمكان إناطة فكرة الشخصية بفكرة الحق
مثلها في ذلك مثل فكرة التكليف فكيف يستساغ نفي الشخصية عن عدم
التمييز في الوقت الذي ثبت له فيه الحقوق ؟

بل وإذا ما سلمنا جدلاً بإناطة فكرة الشخصية بفكرة التكليف وحدها
دون فكرة الحق ، فكيف يمكن نفي الشخصية عن عدم التمييز في الوقت
الذي يدان فيه بلا شك بكثير من الالتزامات المالية ، فيلتزم بديون مورثه
في حدود ما آل إليه من التركة ، ويلتزم بما يفرضه القانون من ضرائب ،
ويلتزم بما يجريه النائب عنه من تصرفات قانونية لحسابه ، وقد يلتزم
بالتعويض عما ترتبه أفعاله أو أفعال تابعيه من ضرر ؟ يبدو مما سبق أن ديجي
يرى في مثل هذه الالتزامات تكاليف على النائب ذاته لا على الأصيل
عدم التمييز . ولكن الواقع أن الالتزام يثبت في ذمة عدم التمييز ذاته ويؤني
من ماله ، وأن ثبوت الالتزام والوفاء به على هذا النحو لا يكون له من
معنى سوى ثبوت التكليف بالأداء في حق عدم التمييز . ففكرة الالتزام
تفترض التكليف على نحو لا يتصور معه وجود الالتزام دون تكليف بأدائه
اللهم إلا فيما يعرف بالالتزام الطبيعي (١)

(١) أنظر في تحليل الالتزام الطبيعي : كوجاراتو ، المرجع السابق ، ص ٢٧٧ -
١٨٥ ؛ جلال المدوي ، الالتزام الطبيعي ، عل الآلة الكاتبة ، ١٩٧١ .

فاذا ما كان تنفيذ التكليف من المكلف غير ممكن ، فإن ثبوت التكليف على هذا النحو لا يمكن تصوره إلا على أساس أن هذا التكليف يمكن الإنابة في تنفيذه . ولذلك فثبوت الالتزام في ذمة عدم التمييز لا يمكن تصوره إلا على أساس أن أدائه من النائب يقوم مقام الأداء من الأصل .

وعلى هذا النحو السابق يبدو من الصعوبة بمكان التسليم بما ينهى إليه ديجي من إنكار الحق ، وإنكار الشخصية على عديم التمييز ، وإنكار الحاجة إلى فكرة النيابة .

نظرية كلسن :

٢٣ - أما كلسن فمشكلة القانون لديه هي - مباشرة ودون نظر إلى أساس القانون - مشكلة تحليل بنیان النظام القانوني وتحديد علاقة مكوناته أو وحداته الأساسية بعضها ببعض الآخر (١) . وهو صاحب منهج تجريدي ينظر إلى القانون كظاهرة (٢) ، ويحاول أن يمسك بهذه الظاهرة في كينونتها واستقلالاً عما يسندها أو يتفرع عنها من معطيات نفسية أو اجتماعية أو عقائدية أو سياسية (٣) . وعلى أساس من هذا التصور وذلك المنهج ينهى كلسن إلى أن الوحدة الأساسية في النظام القانوني هي قاعدة السلوك ، وإلى أن هذا النظام لا يعدو أن يكون بناء متراصفاً من القواعد القانونية يعلو بعضها البعض ، ويستمد أعلاها قوته الملزمة من أدناها ، ويعتبر في ذات الوقت تطبيقاً له . ففي أدنى هذا البناء توجد القاعدة القانونية المبدئية التي تعطى القوة المازمة لقواعد النظام القانوني كله والتي تعتبر القواعد المذكورة تطبيقاً لها وتفريعاً عليها (٤) . وفي أعلى البناء توجد القواعد القانونية الفردية التي تطبق أو تنزل

(١) النظرية المجردة للقانون ، المرجع السابق .

(٢) في هذا المعنى : بول أمسلك ، المرجع السابق ، ص ٤٥ وما بعدها . وقارن : بولانتزاس ، طبيعة الأشياء والقانون ، ١٩٦٥ ، ص ٥٧ وما بعدها .

(٣) كلسن ، المرجع السابق ، ص ١ وما بعدها .

(٤) أنظر في طبيعة هذه القاعدة المبدئية لدى كلسن : دكتور محمد طلعت الغنيمي ، بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام ، ١٩٧٤ ، رنيه كايبتان ، المرجع السابق ، ص ١٦١ وما بعدها .

أحكام النظام القانوني على الوقائع أو التصرفات المادية المختلفة. وبين القاع والتممة تتدرج فصائل أو طوائف القواعد القانونية من العمومية إلى الخصوصية ومن التجريد إلى الواقعية .

وعلى هذا النحو تنبع القواعد القانونية من القاعدة المبدئية، ثم تتسلسل من الدستور إلى القانون إلى اللوائح إلى الأحكام القضائية والتصرفات القانونية والقرارات الإدارية (١) .

٢٤ - ولا تختلف نظرية كلسن عن نظرية ديجي على هذا النحو من حيث النظر إلى القانون كجموع من قواعد السلوك الملزمة والتي يضمن الجزاء احترامها (٢) ، ومن حيث إنكار فكرة الحق بالمعنى المتعارف عليه في النظرية التقليدية والنظر إليه كمجرد مظهر لإعمال أو تطبيق القاعدة القانونية . غير أن الخلاف بين النظريتين يظهر مع ذلك من وجوه ثلاث .

فأما الوجه الأول فيتمثل في أن ديجي يحصر مضمون القاعدة القانونية في الأمر أو النهي -- أو في التكليف بالمعنى الدقيق - ويترك من ثم منطقة «الإباحة» خارج نطاق القواعد القانونية . أما كلسن فيمد مضمون القاعدة القانونية إلى الإباحة بجانب ذلك ، ويجعل من ثم سلوك الإنسان في كليته محلاً لقواعد القانون ، سواء كان هذا السلوك مأموراً به أو منهيّاً عنه أو كان سلوكاً مباحاً (٣) .

وأما الوجه الثاني فيتمثل في أن ديجي يحتفظ لفكرة القاعدة القانونية بصفة العمومية والتجريد . أما كلسن فيحرف فكرة القاعدة القانونية من هذه الصفات . فالقاعدة القانونية لا تحتفظ لديه من العمومية والتجريد إلا بقدر

(١) كلسن ، المرجع السابق ، ص ٢٩٩ وما بعدها .

(٢) كلسن ، المرجع السابق ، ص ٤٢ وما بعدها .

(٣) كلسن ، المرجع السابق ، ص ٢٠ وما بعدها .

ويلاحظ في هذا الصدد أن البعض يرى في الحق مجرد إمكانية في التصرف أو بعبارة أخرى يرى فيه مجرد السلوك المباح (كاليويسكي ، المقال السابق) . وهذا المعنى لفكرة الحق يمكن القول بأن كلسن يعترف بوجود الحق من الناحية الفنية .

ما نخواه لها وضعها في النظام القانوني . ففي أدنى النظام القانوني توجد القاعدة الدستورية التي تحتفظ بأقصى قدر من العمومية والتجريد . وفي أعلاه توجد الأحكام والتصرفات والقرارات التي تفتقد هذه الصفات افتقاراً تاماً (١) . وبين هذه وتلك تدرج بقية القواعد من العمومية إلى الخصوصية ومن التجريد إلى الواقعية .

وأما الوجه الثالث فيتمثل في أن ديجي يعتبر كل ما يتفرع عن القاعدة القانونية - العامة والمجردة - مجرد تطبيق لها ونتاج لهذا التطبيق لا أثر للتعبد فيه . أما كلسن فينظر إلى ما يتفرع من القاعدة القانونية نظرة مزدوجة . فهو في علاقته بهذه القاعدة يعتبر تطبيقاً لها . وهو في ذاته يعتبر خلقاً لقاعدة قانونية أعلى منها وأقل في العمومية والتجريد (٢) . وترتيباً على ذلك فكلسن لا يعتبر الأحكام والتصرفات القانونية والقرارات الإدارية مجرد تطبيق لقاعدة قانونية تسندها ، وإنما كذلك خلقاً لقواعد فردية تتواجد أعلاها في السلم القانوني .

وترتيباً على ذلك يمكن القول بأن كلسن إذا كان ينكر فكرة الحق مثله في ذلك مثل ديجي ، إلا أنه خلافاً لديجي يحل محل الحق فكرة أخرى هي فكرة القاعدة القانونية الفردية .

وبعبارة أخرى فكلسن يحتفظ بالجانب الفردي من القانون بجانب الجانب الموضوعي أو العام، ويقيم بين الجانبين وحدة عضوية من خلال فكرة القاعدة القانونية بعد تخليصها من صفتي العمومية والتجريد .

(١) وعلى هذا النحو يمكن التمييز بين القواعد العامة والقواعد الفردية . والقاعدة الفردية تقابل ما يعبر عنه في لغة الفقه بالالتزام، والسلطة ، والحق ، والمركز القانوني . في هذا المعنى : رينيه كاييتان ، المرجع السابق ، ص ٥٨ وما بعدها . وأنظر في ضرورة هذه التفرقة ونقد موقف ديجي في هذا الصدد ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ وما بعدها .

(٢) يلاحظ الفقه في هذا الصدد أن إعمال القانون أو تطبيقه لا يبدو أن يكون خضوعاً لما يضعه من تكاليف، وأنه لا يمكن على هذا النحو أن يختلط بخلقها ، وأن كلسن قد خلط بين الأمرين نتيجة لخلطه بين نوعين من القواعد : «قواعد الاختصاص وقواعد الامن Police» التي تحدد مباشرة نشاط الشخص والتي تعتبر وحدها قاعدة قانونية بالمعنى الدقيق . في هذا المعنى : رينيه كاييتان ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ وما بعدها .

٢٥ - وإذا كانت هناك هذه الفوارق بين كل من النظريتين - رغم ما يجمعهما من وحدة في نقطة البداية - فإنه يصح التساؤل عن مدى تأثير الفوارق المذكورة على تحديد مناهج الإلزام بأحكام القانون وعلى تحديد فكرة الشخصية لدى كل من .

والواقع أن أهم تأثير لهذه الفوارق إنما يبدو فيما تؤدي إليه نظرية كل من من ازدواج فكرة الشخصية . فالنظام القانوني لدى كل من يبدو كمنوال من التخليق المستمر للقواعد القانونية الملزمة، إحداهما من الأخرى . وهذا المنوال يتمثل على النحو السابق في خلق للقاعدة القانونية من ناحية وفي إلزام بها من ناحية أخرى . والخلق هو اختصاص العضو القانوني الذي تجيز له القاعدة الأدنى هذا الخلق أو تعطيه سلطته ، والإلزام هو إلزام القاعدة القانونية ذاتها . ومن ثم يمكن القول بأن هناك معنيين للشخص . فأما المعنى الأول فينصرف إلى صاحب السلطة في خلق القاعدة القانونية . وأما المعنى الثاني فينصرف إلى الملزم بالقاعدة القانونية ، أو بعبارة أدق الذي يعتبر سلوكه موضوعاً للإلزام تضعه القاعدة القانونية المذكورة (١) .

ومن الواضح أن صاحب السلطة في خلق القاعدة القانونية يقابل صاحب الحق في النظر التقليدي وأن الملزم بهذه القاعدة هو المخاطب بالتكليف . غير أن منطق كل من يؤدي - مثله في ذلك مثل منطق ديجي - إلى ربط الشخصية في معنيها بالإرادة والتمييز .

والشخص الذي يجوز له خلق القاعدة هو بالضرورة شخص يعي تصرفاته ، إذ السلطة كما قدمنا هي سلطة إرادية أو هي تصرف إرادي منشاء لقاعدة قانونية وفقاً لقاعدة أدنى . والشخص الذي يعتبر سلوكه محلاً للإلزام ، بحيث يترتب الجزاء على عدم تنفيذه هذا الإلزام ، هو بالضرورة كذلك شخص متمتع بالإرادة الواعية أو التمييز .

(١) أنظر في ذلك : كلسن ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ وما بعدها .

وقد حرص كلسن (١) على تأكيد أن الشخص بأى من معنيه لا يعتبر كائناً ذاتياً يعيش خارج النظام القانونى وسابقاً عليه بحيث لا يكون له إلا أن يعترف به ، وإنما هو جزء من هذا النظام يتحدد على أساس قواعده . فهو لا يعدو أن يكون الفرد الذى يكون سلوكه منشئاً للقاعدة أو محلاً للالتزام الذى تشكله القاعدة المذكورة . وبعبارة أخرى فالشخصية ليست عنصراً متميزاً عن السلطة أو الالتزام وإنما هي مجرد تشخيص لها أو أداة للتعبير عن الوحدة المكونة منها .

وعلى هذا النحو السابق فعلى الرغم من أن تحليل كلسن قد أوصله بالفعل إلى ازدواج فكرة الشخصية ، إلا أنه قد أوصله من ناحية أخرى إلى نفي الشخصية فى معنيها عن عديم التمييز ، نتيجة لربط فكرة الشخصية وفكرة القانون ذاته بفكرة قاعدة السلوك . وهو بذلك يعجز - مثله فى ذلك مثل سابقه - عن تفسير ثبوت الآثار القانونية - من حقوق والتزامات - فى ذمة عديم التمييز نتيجة لتصويره هذه الآثار تصويراً سلوكياً محضاً . ومن الواضح أن مثل هذا التصوير يستجيب إلى تصوير الحقوق - باعتبارها مكونات القانون - كقدرات إرادية أكثر من تصويرها كعلاقات اختصاص .

٢ - تمايز الشخصية عن فكرة المكلف

المقابلة بين فكرة القدرة الإرادية وفكرة المكلف :

٢٦ - يتضح من استعراض النظريات السابقة - التى تركز جوهر القانون فى قاعدة السلوك - أنها تصل إلى ما سبق أن توصلنا إلى إثباته من أن الشخص هو شخص القانون لا شخص الحق ، وأنها مع ذلك تصل إلى ذات النتيجة التى تصل إليها النظريات التى تركز القانون فى فكرة الحقوق وترى فى الحقوق قدرات إرادية من انكار الشخصية على عديم التمييز ، خلافاً لمنطق القانون الوضعى . فقاعدة السلوك تفترض التمييز فى المخاطب بها بمثل ما يفترض الحق - منهوماً على معنى القدرة الإرادية - التمييز

(١) المرجع السابق فى الموضوع السابق .

في صاحبه . والواقع أن فكرة السلوك وفكرة القدرة الإرادية هما وجهان لشيء واحد ، هو حرية الإنسان من حيث هي محل للتنظيم القانوني . ففكرة القدرة الإرادية تعبر عما يحوله هذا التنظيم من مكنات للإنسان . وفكرة قاعدة السلوك تعبر عما يفرضه من واجبات عليه . ولذلك فليس بغريب أن تنتهي كل من الفكرتين إلى نتيجة واحدة فيما يتعلق باشتراط التمييز لثبوت الشخصية . ولذلك أيضاً فقد قاعدة السلوك إلى الإباحة بجانب الأمر والنهي — على نحو ما يذهب اليه كلسن — يوجد مكاناً للقدرة الإرادية داخل إطار قاعدة السلوك ، ويجعل الحق بمعنى القدرة الإرادية فصيلة من فصائل القاعدة القانونية ذاتها .

وقد سبق أن رأينا أن الحق ليس في الواقع هو القدرة الإرادية وإنما هو أمر سابق عليها تعتبر هي نتيجة من نتائجه . فالحق هو الاختصاص بالقيمة والقدرة الإرادية هي الأثر لهذا الاختصاص . ولذلك فإذا كانت قاعدة السلوك تقابل القدرة الإرادية ، فلا بد أن تتضمن قواعد القانون ما يقابل الحق بالمعنى الدقيق — محمولاً على معنى الاختصاص بالقيمة ، وما تعتبر قاعدة السلوك أثراً له .

وعلى هذا النحو فحرية الإنسان لا تستنفذ كل التنظيم القانوني ، وكل من القدرات الإرادية والواجبات بالامتناع عن السلوك المنهى عنه أو باتيان السلوك المأمور به لا تستنفذ ببيان القانون . فالقانون يقر الحقوق والالتزامات بالمعنى الدقيق . وهذا التقرير يتم خارج منطقة حرية الإنسان . والقانون يرتب بناء على هذا التقرير كلا من قدرات الإنسان الإرادية من ناحية وواجباته السلوكية من ناحية أخرى . وهذا التنظيم هو وحده الذي يتخذ من حرية الإنسان وسلوكه محلاً له . ولذلك فالنظريات التي تعتمد فكرة قاعدة السلوك أساساً لبنيان القانون — رغم أنها قد استطاعت بالفعل تركيز الضوء على الجانب التكميلي في القانون — إلا أنها مع ذلك لم تستطع التخلص من آثار فلسفة الحرية عند تحديدها لمضمون القاعدة القانونية ، فحصرت هذا المضمون في الجانب التكميلي المذكور .

وقد بدأت بالفعل - في الفقه المعاصر - بوادر الكشف عن حقيقة مضمون القاعدة القانونية ، واستظهار كيف أن هذا المضمون يتجاوز إلى حد كبير فكرة التكليف المصاحبة لفكرة قاعدة السلوك . وهذا ما نلمسه بوضوح في النقاش الدائر حول تقسيم القواعد القانونية من حيث مضمونها ، وحول طبيعة ما تتضمنه من تكليف وما إذا كان هذا التكليف تكليفاً مطلقاً أو تكليفاً شرطياً .

فكرة التكليف وفصائل القواعد القانونية :

٢٧ - فأما عن فصائل القواعد القانونية ، فالقانون يعرف نوعاً من القواعد لا تأمر بسلوك معين أو تنهى عنه - على الأقل بطريق مباشر - وإنما تقتصر على مجرد بيان حكم أو آخر من الأحكام (١) ، كالقواعد التي تحدد أنصبة الورثة في التركة أو التي تجعل الالتصاق سبباً للملك أو البيع سبباً للشفعة ، وكالقاعدة التي تقرر أن الحيازة في المنقول سند الحائز أو القاعدة التي تحدد الموطن بمحل إقامة الشخص المعتادة ، أو تلك التي تثبت اختصاصاً معيناً لجهة أو هيئة معينة . فمثل هذه القواعد لا يبدو أنها قواعد سلوك ولا تبدو الحاجة إلى ضرورة التمتع بالإدراك لتعلق حكمها بالفرء أو الإفادة مما تخول من حقوق أو الالتزام بما تفرض من واجبات .

ويبدو أن جانباً من الفقه التقليدي قد لمس بالفعل وجود مثل هذه القواعد . غير أن هذا الفقه قد ذهب مع ذلك إلى القول بأن هذه القواعد «وإن كان التكليف فيها غير صريح الصورة ، تتضمن في الواقع أمراً أو تكليفاً إلى الكافة أو إلى شخص أو هيئة معينة باحترام أحكامها والزام سلوك معين فيما توجد من علاقات أو روابط قانونية . فالقاعدة التي تقرر أن الحيازة في المنقول سند الحائز تتضمن أمراً إلى الكافة وخاصة إلى المالك بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية . والقاعدة التي

(١) أنظر في هذا الصدد تفرقة دي لوجو بين قواعد السلوك والقواعد التنظيمية . دي لوجو ، دورس للذكورة القيت على طلبة كلية حقوق الاسكندرية تحت عنوان «أسباب الإباحة» ص ١٠ .

تقرر أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة تتضمن أمراً إلى الكافة بتوجيه الأوراق القضائية مثلا إليه في هذا المحل . والقاعدة التي تثبت الاختصاص لجهة أو هيئة معينة ، تتضمن تكليفاً إلى هذه الجهة أو الهيئة بالعمل في حدود هذا الاختصاص وعدم تخطية ، بما يمنع غيرها من مزاحمتها أو مشاركتها فيه ، وتتضمن كذلك أمراً إلى الكافة بالخضوع لهذا الاختصاص والزام ما يصدر عنه من أوامر أو قرارات» (١) .

ولا شك لدينا في وجود مثل هذه التكاليف المقبول بها . غير أن هذه التكاليف ليس مصدرها في الواقع تلك القواعد المذكورة وإنما مصدرها قواعد أخرى . فأمر الكافة بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية ليس مصدره القاعدة التي تقرر أن الحياة في المنقول سند الحائز وإنما مصدره قاعدة أخرى تنهى عن التعرض لصاحب الحق في تمتعه بحقه . أما القاعدة محل البحث فموضوعها هو مجرد تقرير حق الحائز بما يضمنه على مركزه بعد ذلك الحماية التي تقرر لها من اقواخذ اصحاب الحق .

وأمر الكافة بتوجيه الأوراق القضائية إلى الشخص في محل إقامته المعتادة ليس مصدره القاعدة التي تقرر أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة ، وإنما مصدره القاعدة التي تأمر بتوجيه الأوراق القضائية إلى الشخص في موطنه . أما القاعدة محل البحث فموضوعها مجرد تقرير أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة . وتكليف هيئة أو جهة بالعمل في حدود اختصاصها ومنع غيرها من مزاحمتها في هذا الاختصاص ليس مصدره القاعدة المقررة للاختصاص المذكور وإنما مصدره قاعدة أخرى تكلف كل هيئة معينة بالعمل في حدود اختصاصها . أما القاعدة موضع البحث فحلها هو مجرد تقرير الاختصاص المذكور .

(١) حسن كبيرة ، المرجع السابق ، ص ٢٢ . وفي نفس المعنى : دابان ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٩ ، ص ٨٢؛ منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٧٠ ، بند ٩ ، ص ٢٤ وما بعدها ، بند ١٢ ، ص ٣١ وما بعدها؛ شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ، ١٩٦٨ ، بند ٩ ص ١٥ .

وقد أدرك ديجي ذاته أن القانون يعرف نوعاً من القواعد لا تعتبر قواعد سلوك (١). فقد ميز بين ما أسماه القواعد «النمطية Normatives» وما أسماه القواعد «الإنشائية Constructives» ، وعرف هذه الأخيرة بأنها «القواعد المقررة لتنفيذ الأولى بقدر الإمكان . أنها تنظم الاجراءات وتتخذ الوسائل أو في الجملة تخلق السبل القانونية اللازمة لاجمال الأولى» .

غير أن ديجي تحت تأثير نفوره من فكرة الحق - محمولاً على معنى الإرادة - ومن الارتباط التقليدي بينها وبين فكرة الشخصية ، لم يبصر أن إحداث مثل هذه القواعد أثرها إن كان لا يستلزم الإدراك - وخلافاً للقواعد النمطية - فهو يستلزم وجود الشخصية .

والواقع أن القول بأن قاعدة السلوك تستنفذ مضمون القانون ، وأن القواعد القانونية دائماً وأبداً قواعد تكليفية، مبعثة تصور أن القانون يتوجه دائماً إلى الإرادات كتميد عليها ، دون البصر بأن كثيراً من قواعد القانون تقرر المراكز القانونية دون نظر إلى إرادة صاحب هذه المراكز أو إلى سلوكه ، وأن مهمة مثل هذه القواعد الأخيرة إنما هي اثبات هذه المراكز لأصحابها دون توقف على إرادتهم أو على إرادة غيرهم . ان هناك «قوانين لا تأمر ولا تفسر الإرادات ولكن تقرر اسبب بسيط هو أنه في عدد كبير من المراكز القانونية لا يكون تدخل الارادة متصوراً» (٢) .

ومن ثم يمكن القول بأن عيب نظريات قاعدة السلوك - مثلها مثل نظريات الحق كتمدية إرادية - إنما يكمن في اتخاذها إرادة الإنسان محوراً وحيداً لأحكام القانون. حقاً ان نظريات الحق التقليدية تجعل الحق بمعنى الإرادة حقاً طبيعياً وتجعل دور القاعدة القانونية مجرد حماية الحق ، بينما نظريات

(١) المرجع السابق ، ص ٣٦ وما بعدها .

(٢) جونو ، مبدأ سلطان الارادة في القانون الخاص ، ١٩١٢ ، ص ٩٢ .

وقارن ، رنييه كاييتان ، المرجع السابق ، ص ٧٧ وما بعدها .

قاعدة السلوك تنفي الحق كإرادة طبيعية وتجعل دور القاعدة القانونية هو تكليف الإرادة . ولكن يبقى بعد ذلك أن كلا منها يجعل الإرادة وحدها محوراً للقانون .

٢٨ - والقانون يعرف كذلك نوعاً من القواعد «غير الأمرة» يقال لها القواعد المفسرة أو المكملة ، لا تطبق إلا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم يختلف وجه الإلزام فيها عنه في القواعد الأمرة (١) . ووجود مثل هذه القواعد يثير الشك في صحة القول بأن القانون مجرد قواعد سلوك تأمر أو تنهى على سبيل الإلزام بصفة دائمة (٢) . ويظهر هذا الشك من استجلاء خلفية التسميات المتعددة التي تطلق عليها .

فالقول بأنها قواعد مفسرة مبعثة نظرة معينة إليها ترى أن المشرع بوضعه لها لم يهدف إلى أبعد من تفسير الإرادات المحتملة لأطراف العلاقة القانونية . وغنى عن البيان ما تتضمنه هذه النظرة من افتراض ومن تأثر بالنظر إلى القانون كمجرد تعبير عن إرادات الأفراد

والواقع أن المشرع عندما يضع هذه القواعد إنما يضع التنظيم الذي يرتضيه للعلاقة التي تناوّلها هذه القواعد في حالة اغفال طرفيها لمثل هذا التنظيم . ومن هنا كانت تسميتها بالقواعد المكملة في الفقه الحديث تعبيراً عن هذه الحقيقة . ولا شك أن هذه التسمية الأخيرة أقرب إلى إظهار حقيقة الوظيفة التي تؤديها هذه القواعد (٣) . غير أنها مع ذلك لا تكشف عن الخصوصية التي تتميز بها القواعد المذكورة من الناحية الفنية ، ولا تستظهر مناهج اختلاف وجه التكليف فيها عنه في القواعد الأمرة .

ويذهب الفقه في هذا الصدد إلى القول بأن القواعد المكملة تتضمن هي

(١) مارتق ورينو ، مطول القانون المدني ، ج ١ ، ١٩٦١ ، ص ١٦٢ بند ٩٨ ؛ رنييه كابيتان ، المرجع السابق ص ٧٠ وما بعدها .

(٢) أنظر في تناقض التفرقة بين النوعين من القواعد : محمد طلعت الغنيمي ، المرجع السابق ، ص ٥٢ وما بعدها . وقرب ، رنييه كابيتان ، المرجع السابق ، ص ٧١ وما بعدها .

(٣) سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٧٤ ، ص ٨٥ .

الأخرى تكليفاً - مثلها في ذلك مثل القواعد الآمرة - وإن يكن هذا التكليف لا يتوجه إلا إلى الذين لا تنصرف إرادتهم إلى مخالفتها دون الذين تنصرف إرادتهم إلى مخالفتها (١). ومن الواضح ما يتضمنه هذا القول من تناقض مع المقدمة التي يبدأ منها هذا الفقه والمتمثلة في اعتبار قواعد القانون دائماً وأبداً قواعد سلوك تأمر أو تنهى على سبيل الجزم أو التكليف. فهذا القول الأخير مقتضاه أن القواعد القانونية توضع لكي يكون السلوك على هديها ولكي يكون جزاؤها مسلطاً من بعد على من يخالفها، ولا توضع لكي تخالف ولكي يؤخذ من لا يخالفها بمقتضاها (٢).

ومن الواضح كذلك أن هذا التناقض مبعثه خطأ المقدمة المبدئية التي تذهب إلى أن القانون هو دائماً وأبداً قواعد مسلطة على الإرادة، تهدف إلى منعها من التصرف أو إجبارها عليه، دون التسليم بوجود قواعد موضوعها تقرير أمر أو آخر خارج سلطان الإرادة وبصرف النظر عن موافقتها، هي ما نسميه بالقواعد المقررة.

طبيعة التكليف :

٢٩ - يذهب الاتجاه السائد في الفقه إلى أن التكليف الذي يتضمنه القانون تكليف مطاتي، بمعنى أن المخاطبين بالقانون يكون مطلوباً منهم دائماً وأبداً محاذاة سلوكهم على النمط السلوكي الذي ترسمه القاعدة، وليس الاختيار بين محاذاة سلوكهم على هذا النمط وتحمل الجزاء. وعلى هذا النحو يكون الجزاء بمثابة «العقاب» الذي يوقع على المخالف جزاء له وردعاً لغيره، لا بمثابة أحد الخيارين المطروحين على أشخاص القانون (٣).

(١) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص ٦٠؛ دابان، المرجع السابق، ص ٨٣ حاشية.

(٢) أنظر في تحليل هذه القواعد وبيان صفتها المقررة في الفقه المصري، بصفة خاصة: جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، الكتاب الأول، نظرية القانون، ١٩٦٦، بند ٢٦، ص ٧٠ وما بعدها. وأنظر كذلك عبد الناصر توفيق العطار، مبادئ القانون، ١٩٧١، بند ٣٥، ص ٥٢ وما بعدها، حيث يرى أن القاعدة المكمله قاعدة يكون تطبيقها معلقاً على شرط.

(٣) أنظر في هذا الصدد، دابان، المرجع السابق، ص ٧٥ وما بعدها؛ حسن كبيرة، المرجع السابق ص ٢٣ وما بعدها.

فعدما يفرض القانون عقوبة الإعدام جزاء للقتل العمد مثلاً ، فهو لا يجعل لأشخاص القانون خياراً بين الانتهاء عن القتل والإفلات من الجزاء وبين اتيان القتل وتحمل هذا الجزاء ، وإنما هو يقتصر على تحريم القتل اطلاقاً ، فيكلف جميع أشخاص القانون الامتناع عنه ويجعل من الحكم بالإعدام وسيلة لزرع المخالف وردع غيره .

ولا شك أن مثل هذا القول يتضمن - إلى حد كبير - تجريداً للقاعدة القانونية عن الظروف التي يناط بها تطبيق هذه القاعدة ، على نحو يجعله غير معبر تماماً عن حقيقة التكليف الذي تتضمنه قواعد القانون . ذلك أن التأمّل في القواعد القانونية يكشف في الواقع عن ارتباط التكليف فيها بأسباب معينة أو شروط لا يقوم التكليف في حق المكلف إلا بتوافرها ، ويؤدى تخلفها إلى امتناع التكليف بالسلوك ، ومن ثم امتناع توقيع الجزاء على السلوك المخالف للتكليف كلما تخلفت هذه الأسباب أو الشروط .

وقد اتخذ البعض من الحقيقة السابقة سنداً للقول بأن «القانون اوضهى لايتضمن أوامر أبداً . فهو مجردحكم فرضى عام. إنه يؤكد أن أترامهيناً سوف يحدث إذا ما وجد سبب ما» (١) . وهكذا فالقاعدة القانونية تستحيل صياغتها إلى صياغة القوانين الطبيعية التي تعبر عن الصلة بين واقعيتين ، تحت لواء السببية القانونية ، وتبدو كتعبير عن الصلة بين واقعة الجزاء وواقعة السلوك المرتب له (٢) .

ولا شك أن هذا الاتجاه الذي ينفي فكرة التكليف من القانون نفياً تاماً يعتبر اتجاهاً فردياً ليس له من نصير في الفقه المعاصر . غير أن مظاهر الشعور بأن أنماط السلوك لا تستنفذ مضمون القواعد القانونية تبدو مع ذلك في الفقه الحديث بشكل أو بآخر .

Zitelman, Irrtum und richtsgischaft, leipzig, 1829 P. 208 (1)
at 222,

أشار اليه دابان ، في المرجع السابق ، ص ٧٦ .
(٢) دابان ، المرجع السابق ، ص ٧٦ وأنظر كذلك رتييه كاييتان ، المرجع السابق ، ص ٥٦ ومابعدها .

فالبعض من أنصار فكرة التكليف المطلق ينبه إلى أن كل تكليف يرتبط بفرض يوضع له ، يتمثل في مجموع الظروف التي يناط قيام التكليف بتوافرها ، وأن كل جزء يرتبط كذلك بفرض يوضع له ، ويتمثل في مخالفة التكليف الذي يرتبط ايقاع هذا الجزء بقيامه (١) . ومن هنا فقواعد القانون «ليست دائماً منفصلة ومستقلة . إنها في الغالب ، وعلى العكس من ذلك ، تتسلسل وتتابع . ومن هنا فالقاعدة القانونية يمكن أن تجد الفرض الخاص بها إما في الانصياع لقاعدة سابقة عليها منطقاً ، وإما في مخالفتها » (٢) .

والبعض الآخر يذهب إلى أن التكليف - أمراً كان أو نهياً - إنما يتفرع عن الجزء ذاته . «فالسلوك المخالف يعتبر سلوكاً منهيماً عنه والسلوك الموافق يعتبر سلوكاً مأموراً به ، باعتبار ما يترتب عليه من جزاء ، وليس الجزاء هو الذي يترتب على كون السلوك مأموراً به أو منهيماً عنه . فالقاعدة القانونية لا يعدو مضمونها أن يكون تقرير أن حدوث أمر معين يستتبع توقيع جزاء معين . والأمر الذي تتضمنه مثل هذه القاعدة إنما ينتج بالتبعية لهذا التقرير وبصفة غير مباشرة » (٣) . وعلى هذا النحو

(١) في هذا المعنى ، أنظر : دابان ، المرجع السابق ، ص ٧٣ وما بعدها ، ص ٨٦ وما بعدها ؛ عبد الحى حجازى ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القانون ، ١٩٦٦ ، المبحث الخاص بعناصر القاعدة القانونية ، ص ٥٥ وما بعدها ؛ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، بند ٩ ، ص ٢٤ وما بعدها ؛ شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، بند ١٢ ، ص ١٧ .

(٢) دابان ، المرجع السابق ، ص ٧٤ . وأنظر في ترابط العلاقات والقواعد القانونية وأنواعه : روجان Rogain المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٢٦١ - ٢٨١ . فهو يثير مشكلة الترابط بين العلاقات القانونية والترابط بين القواعد القانونية ، ويقسم هذا الترابط إلى ترابط بنائى Structural وترابط عادى أو نظامى Normal ou Institutionnel . فالأول هو الترابط بين العلاقات والقواعد القانونية من حيث أن إحداها تكون جزءاً للأخرى . أما الآخر فهو الترابط الناشئ من أن تنفيذ الأداء الواجب في رابطة قانونية معينة يستتبع تلقائياً قيام مجموعة من الروابط الجديدة ، ومن ثم فهو الترابط الناشئ عن الأنصياع لحكم القانون لا عن عدم الانصياع له كما في الترابط الأول .

(٣) كلسن ، المرجع السابق ، ص ٣٥ . أنظر كذلك ذات المرجع ص ١٣٥ وما بعدها .

يظل مضمون القاعدة القانونية هو التكليف ، ولكن هذا التكليف يعتبر تكليفاً فرضياً أو شرطياً لا تكليفاً مطلقاً (١) .

ومن الواضح أن الاتجاهات السابقة إن كانت تنبع كما قدمنا من الشعور بعدم استفاد فكرة السلوك أو التكليف لمضمون قواعد القانون ، فإنها مع ذلك تحاول أن تجد لهذا الشعور سنداً في فكرة التكليف عن طريق القول بأن التكليف يوضع لفرض معين أو أن التكليف شرطي وليس تكليفاً مطلقاً . وهي بذلك لا تجرؤ على أن ترتب على الشعور بعدم اقتضار مضمون القواعد القانونية على فكرة التكليف نتيجته الصريحة والمباشرة من أن أحكام القانون لا تقتصر على مواجهة السلوك وإنما تتجاوز ذلك إلى مواجهة الآثار القانونية ، وأنها لا تقتصر على أحكام التكليف وإنما تتجاوز ذلك إلى أحكام الوضع . ونتيجة لذلك فقد ظل الجانب الفرضي - أو «الشرطي» - المقول به في القانون بعيداً عن الدراسة الاستقصائية أو التحليلية الجادة والشاملة .

المبحث الثاني

مناطق الالتزام بالأحكام المدنية وازدواج بيان القانون

٣٠ - لعله قد أصبح من الواضح من دراستنا السابقة أن مناطق الإلزام بأحكام القانون يرتبط بفكرة القانون بمعناه الموضوعي - ذاته وفي كليته - وليس بمجرد إحدى الفكر الجزئية المتفرعة عن القانون ، كفكرة الحق أو فكرة الواجب ، وأن هذا المناط ليس واحداً في جميع الأحكام ، على نحو تتعلق معه بعض الأحكام بالكافة ويقتصر تعلق بعضها الآخر على من يتمتع بقدر من الملكات الذهنية تتيح له الإدراك أو التمييز . ولعله من الواضح كذلك أن اختلاف مناطق تعلق الأحكام على هذا النحو لا بد راجع إلى تباين أحكام القانون ذاتها تبايناً يستتبع اختلاف مناطق الإلزام بها . ولذلك فإن استظهار مناطق الإلزام بأحكام القانون يتوقف في الحقيقة على التوصل إلى

(١) في التفرقة بين التكليف الشرطي والتكليف المطلق ، أنظر رنييه كايبتان ، المرجع السابق ، ص ١٣ وما بعدها .

تصوير لبنيان القانون يتجاوز فكرة قاعدة السلوك المنزومة في كليتها وتجريدها - بقدر ما يتجاوز فكرة الحق في ضيقها وعدم شيولها - ويصل إلى الإمساك بحقيقة ما يقتضيه خطاب القانون في وقائع العالم وأحداثه ، ومدى تباين مقتضى هذا الخطاب باختلاف هذه الوقائع والأحداث ذاتها واختلاف علاقتها بالإنسان وعلاقتها بعضها ببعض الآخر (١) . وفي هذا الصدد تطالعنا نظرية الأصول في الفقه الإسلامي بالترفة المعروفة بين الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية ، وباختلاف مناط تعلق الحكم التكليفي بالمخاطب عن مناط تعلق الحكم الوضعي به . فإلى أي حد تصلح هذه الترفة للتعبير عن حقيقة بنيان القانون ؟ وإلى أي حد تصلح لتحديد وتأصيل مناط الإلزام بأحكام القانون ؟ وما هو أثر اجتماع التكليف والوضع على هذا المنط ؟

للإجابة على ذلك يتعين أن نحدد بنيان القانون على أساس من هذه الترفة ، وأن نحدد مناط الإلزام بأحكام القانون على أساس من هذا البنيان ، وأن نحدد أخيراً أثر الارتباط بين التكليف والوضع على هذا المنط .

المطلب الأول : بنيان القانون بين التكليف والوضع .

المطلب الثاني : مناط الإلزام بين التكليف والوضع .

المطلب الثالث : مناط الإلزام واجتماع التكليف والوضع .

المطلب الأول

بنيان القانون بين التكليف والوضع

وضع المشكلة :

٣١ - القانون في النظر الإسلامي هو خطاب الشارع الذي هو الله سبحانه وتعالى ، والحكم هو ما يقتضيه هذا الخطاب في أحداث العالم ،

(١) أنظر في ذلك بحثنا عن الجهل بالأحكام المدنية ، سابق الإشارة إليه ، ص ٣٥ وما بعدها .

أفعالاً كانت للعباد أو غيرها (١) ، أو هو «المدلول» القانوني لهذه الأحداث ، وعلى هذا النحو فالقانون في هذا النظر ليس مجرد نتاج مباشر وتلقائي للحياة في المجتمع على نحو ما ذهب إليه ديجي (٢) ، وإنما هو «تنزيل من الشارع» .
 حتماً إن الهدف من القانون في هذا النظر هو مصالح العباد أو الحياة الاجتماعية (٣) على نحو ما يذهب إليه ديجي (٤) . ولكن هذه المصالح لا تستعلن في صورة قانون ملازم من تلقاء نفسها ، وإنما تشرع من مالك الملك ، اعتباراً لهذه المصالح . وفي هذا الصدد يتفق النظر الإسلامي للقانون مع نظر كلسن إليه ، من حيث كون القانون تنزيلاً من «أصل» أولى مبدئي ، ولكنه يختلف عنه في تصور هذا الأصل (٥) . فهو في النظر الإسلامي الله عز وجل ، وهو لدى كلسن مجرد أصل افتراضي بحت يسند القاعدة الدستورية التي تتسلسل منها بقية قواعد النظام القانوني .

وعلى هذا النحو أيضاً فالحلية الأولى للقانون في النظر الإسلامي ليست هي القاعدة القانونية بمفهومها الشامل المألوف - الذي يخلط بين عديد من الأحكام - وإنما هي الحكم ذاته كوصف للحدث أو كمدلول قانوني له يعبر عن تفرد (٦) . وهذا الوصف أو المدلول ليس وصفاً أو مدلولاً

(١) عباس متول حادة ، أصول الفقه ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م ، ص ٢٧٥ وما بعدها .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ١٩ .

(٣) الموافقات ، ج ٢ ، ص ٢ ؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام إبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى ، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م ، ج ١ ؛ جلال العدوى ، القانون والاجتماع الانساني ، فصلا من مجلة كلية الحقوق ، العددان الثالث والرابع ، السنة الخامسة عشر ، ١٩٧٠ ، ص ١٤٧ .

(٤) أنظر ما تقدم ، بند ١٩ .

(٥) أنظر ماتقدم ، بند ٢٣ .

(٦) أنظر بحثنا السابق ، ص ٣٧ وما بعدها .

خارجاً عن القانون ذاته - سابقاً عليه ومستقلاً عنه - (١) وإنما هو مدلول
يخلعه القانون على الحدث ، بحيث لا يكون له قيام إلا بقيام القانون .
وفي هذا الصدد يلتقى النظر الإسلامي مع النظر الحديث الذى يفرع الآثار
القانونية - حقوقاً كانت أو التزامات - على القانون ذاته ، لا على الحرية
وسلطان الإرادة كمعطى فطرى للطبيعة الإنسانية .

وعلى هذا النحو أخيراً يمكن القول بأن محور نظرية القانون هو المدلول
القانونى للأحداث ، وأن مضمون القانون يرتبط بهذا المدلول .

١ - الأحكام كمدلولات للأحداث

التكليف والوضع

٣٢ - الحكم بهذا المعنى السابق قد يستظهر من النظر إلى الحدث
فى ذاته وقد يستظهر من النظر إليه فى علاقته بغيره مما يسند له (٢) والحدث
الذى يكون له معنى أو مدلول قانونى فى ذاته هو فعل الإنسان . فهذا
الحدث - الذى هو فعل الإنسان - يكون محل «تقييم» من الشارع يتمثل
فيه ما يقتضيه خطاب القانون . ولكن الحدث لم يصفه عامة سواء كان فعلاً
للإنسان أو كان حدثاً آخر لا يعتبر من الأصل فعلاً للإنسان يمكن أن يكون
له معنى أو مدلول قانونى مختلف إذا ما نسب إلى غيره من الأحداث - السابقة
عليه أو اللاحقة له - فىكون محل ربط أو جعل من الشارع يتمثل فيه كذلك
ما يقتضيه خطاب القانون .

فأما ما يقتضيه خطاب الشارع فى فعل الإنسان ذاته فهو طلب الفعل

(١) أقصد أن الحكم حكم شرعى وليس مجرد حكم عقلى ، أو أن الحكم ليس كما
فى طبيعة الأشياء على نحو ما يذهب اليه فقه الحقوق التقليدى من القول بأن حقوق الانسان هى
حقوق طبيعية سابقة فى وجودها على وجود القانون .

(٢) فى هذا المعنى : شرح التلويح على التوضيح ، ج ١ ، ص ١٢ ، ج ٢ ، ص
٢٢ وما بعدها .

أو طلب تركه من العبد أو التخيير بين فعله وتركه (١) . لذلك فحكم الفعل أو مدلوله القانوني في هذا الصدد هو الوجوب أو الحرمة أو الإباحة ، والفعل يكون مأموراً به أو منهيّاً عنه أو مباحاً . فالوفاء بالعهود واجب ، وأكل أموال الناس بالباطل حرام ، وأسباب الملك من بيع ونحوه مباحة . وإتيان مثل هذا الفعل يرتب ما يوضع له من أثر ، سواء تمثل هذا الأثر في براءة الذمة في حالة الوجوب ، أو في استحقاق «العقاب» في حالة الحرمة أو في ترتيب الحقوق والالتزامات التي يناط به ترتيبها في حالة الإباحة .

وهذه الأحكام تسمى بالأحكام التكليفية . ومن الواضح أن مبعث هذه التسمية هو ما يتضمنه الانصياع للحكم أو الحمل عليه من مشقة في صورة الوجوب والحرمة . ومن الواضح كذلك أن مثل هذه المشقة لا تتوافر في صورة الإباحة ، حيث يكون العبد مخيراً بين الفعل وتركه ، وحيث يقتصر مقتضى خطاب الشارع على تحويل العبد رخصة أو حرية — إن شاء استعملها وإن شاء أحجم عن استعمالها — دون أن يكون موضعاً للمواخذة في استعمالها أو عدم استعمالها . ومع ذلك فقد جرى الاصطلاح الغالب على تسمية الحكم في هذه الحالة كذلك بالحكم التكليفي ، من باب تغليب بعض أقسام الحكم في هذا النظر — النظر إلى فعل الإنسان في ذاته — على البعض (٢)

(١) أنظر في هذا الصدد : الشيخ محمد الحضري ، أصول الفقه ، ١٣٥٢ هـ ، ١٩٣٣ م ، ص ٣٩ وما بعدها ؛ عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامي ، ١٣٦١ هـ - ١٩٤٢ ، ص ٧٤ ؛ بدران أبو العنين بدران ، أصول الفقه ، ١٩٦٩ م ، ص ٣٦٣ وما بعدها ؛ محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص ٢٨ وما بعدها .

ويلاحظ أن بحث ما يقتضيه خطاب القانون في فعل الانسان قد بدأ يشغل الفقه الحديث . أنظر في هذا الصدد قائمة متكاملة بالمراكز القانونية الفردية وفصائلها في المؤلف الرائع للأستاذ رنييه كاييتان سابق الاشارة إليه ، ص ٢٠١ وما بعدها . وأنظر كذلك : روبييه الحقوق والمراكز القانونية ، المرجع السابق .

(٢) الفروق للقرافي ، ج ١ طبعة ١٣٤٤ هـ ، ص ١٦١ ، تهذيب الفروق ، ج ١ ،

ص ١٧٦ ، ١٧٧ .

أو باعتبار أن حكم الإباحة لا يتعلق إلا بالأفعال الصادرة من المكلف مثله في ذلك مثل الوجوب والحرمة (١) .

ومن ثم فالجوهرى في الحكم التكليفي هو أنه حكم ينصب على سلوك الإنسان من حيث مشروعيته - سلباً وإيجاباً - وبصرف النظر عما إذا كان مأموراً به أو منهيأ عنه أو كان مباحاً . فالفعل بالصفة التي يخلعها عليه القانون من حيث المشروعية - صفة الوجوب أو الحرمة أو الإباحة - يرتب أثراً قانونياً معيناً . وترتب هذا الأثر بدور وجوداً وعدمياً مع توافر هذه الصفة أو عدم توافرها فيه .

ومن الواضح أن هذا التقسيم الثلاثي للحكم التكليفي يتفق تماماً مع مذهب كلسن في هذا الصدد (٢) . ولذلك فالسلوك الإنساني في كليته يعتبر وفقاً للنظر الاسلامي محلاً للقانون وتنظيمه ، حتى ولو لم يكن مأموراً به أو منهيأ عنه ، باعتبار الاباحة ذاتها قسماً من أقسام الحكم التكليفي . ومن هنا يمكن القول باستحالة وجود فراغ قانوني فيما يتعلق بأحكام التكليف . فكل فعل له حكمه القانوني بالضرورة . وهذا الحكم يكون هو الإباحة كلما انعدم الأمر به أو النهى عنه في القانون (٣) .

٣٣ - وأما ما يقتضيه خطاب الشارع في الحدث من حيث نسبته لغيره من الأحداث فهو سببته أو اشتراطه له أو منعه منه . لذلك فحكم الحدث في هذه الحالة - أو مدلوله القانوني - يكون هو السببية أو الشرطية أو المانعية ، والحدث يكون سبباً أو شرطاً أو مانعاً . فالقراية مثلا سبب

(١) تهذيب الفروق ، ج ١ ، ص ١٧٦ ، ١٧٧ . وقرب : هانز كلسن ، المرجع السابق ص ٦ وما بعدها ، حيث يشير إلى أن فكرة القاعدة تعبر عن فكرة الوجوب وأن الوجوب في هذا الصدد يحمل معنى أهم من معناه في اللغة الدارجة ، تأسيساً على أن القاعدة قاعدة للسلوك الواجب أي ما كان مدلول هذا السلوك وقتاً لها ، وسواء كان هذا السلوك مأموراً به أو منهيأ عنه أو كان مباحاً . (وأنظر كذلك ص ٢٠ وما بعدها من هذا المؤلف) .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٢٤ .

(٣) في هذا المعنى ، أنظر : كلسن ، المرجع السابق ، ص ٣٢٩ وما بعدها .

للميراث ، وموت المورث وحياة الوارث شرطان له ، وقتل الوارث المورث مانع منه .

ويسمى الحكم في هذه الحالة بالحكم الوضعي تعبيراً عن علاقة الزوم بين الحدث وبين ما يسند اليه من أحداث . فقيام السبب يلزم منه قيام المسبب ، وقيام الشرط لازم لقيام المشروط ، وقيام المانع لازم لانتفاء الممنوع .

ويتضح من ذلك أن الحكم في هذا النظر الأخير لا يعدو أن يكون المدلول القانوني لعلاقة الآثار القانونية بموثراتها وعلاقتها بالمخاطب بالقانون . فخطاب الوضع هو الذى يرتب ما نسميه بالآثار القانونية على موثراتها ، وهو الذى يقرر نسبة هذه الآثار إلى الإنسان . فإذا ما اقتصرنا على الحقوق والالتزامات مثلاً بدت لنا في هذه النظر كأثار قانونية لموثرات - هى موثرات قانونية كذلك - أو بعبارة أخرى كسببات تقوم على أسبابها إذا ما توافرت شروطها وانتفت موانعها ، وبدت لنا نسبة هذه الحقوق والالتزامات لإنسان معين كنتيجة لاتصال موثراتها - من أسباب وشروط وموانع - بهذا الإنسان . وعلى هذا النحو يبدو بوضوح أن ترتب الآثار القانونية إنما يتم إعمالاً لنوع من أحكام القانون مستقل ومتميز عن أحكام السلوك . وبذلك يمكن القول بازدواج الأحكام التى يبنى منها النظام القانوني ازدواجاً يمكن أن يسمح بتفسير تباين مناط الإلزام بهذه الأحكام .

ويتضح من ذلك أيضاً أن خطاب الوضع يقتضى جعل موثر معين سبباً لأثر معين كلما كان وجود الأثر يتوقف على وجود المؤثر وكان وجود المؤثر مرتباً لوجود الأثر ، ويقتضى جعل المؤثر شرطاً للأثر كلما كان تحقق الأثر يتوقف على وجود المؤثر وكان وجود المؤثر لا يرتب وحده وبالضرورة هذا الأثر (١) ، ويقتضى جعل المؤثر مانعاً من الأثر

(١) أنظر في بيان الفرق بين السبب والشرط: الفروق، ج ١، ص ١٠٩، تهذيب الفروق ج ١ ص ١١٩؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج ٢، ص ١٠٥ وما بعدها .

المذكور كلما كان تخلف هذا المؤثر لازماً لقيام هذا الأثر وكان تخلفه لا يرتب وحده وبالضرورة ذلك الأثر (١) . وبعبارة أخرى فالسببية تفترض علاقة لزوم مزدوجة ، بينما الشرطية والمانعية تفترضان علاقة لزوم منفردة - إيجابية أو سلبية - إذا صح التعبير . وعلى هذا النحو فأقسام الحكم الوضعي (٢) تقدم دراسة استقصائية تحليلية شاملة للجانب «الوضعي أو الجعلي» في القانون ، ذلك الجانب الذي يبدو في أفق الفقه الحديث دون أن يتوصل هذا الفقه إلى فصله عن الجانب السلوكي ، فيقف عند النظر إليه كـ مجرد «فرض» للتكليف أو شرط اقياده (٣) .

ويتضح من ذلك أخيراً أن خطاب الوضع لا يقتصر على مواجهة سلوك الإنسان - أو الحدث الذي هو فعل له - وحده ، وإنما يواجه كل ما في العالم من أحداث يمكن أن يكون لها مدلول قانوني ، خلافاً لخطاب التكليف . ومن ثم فالأحداث التي لا تمثل سلوكاً للإنسان (٤) تجد مكانها الطبيعي في النظرية القانونية الإسلامية ، من خلال فكرة الحكم الوضعي ، سواء كانت هذه الأحداث مؤثرات أو كانت أثاراً . وفي ذلك تتميز النظرية القانونية الإسلامية عن النظرية القانونية المعاصرة ، التي تواجه القانون من خلال فكرة السلوك وحدها، مغفلة فكرة الجعل ، فلا تصل إلى بيان موضع هذه الأحداث - التي لا تعتبر فعلاً للإنسان - من النظام القانوني ، ولا تتمكن بذلك من توصيفها أو الإمساك بمدلولها القانوني . وبذلك أيضاً توضح لنا النظرية القانونية الإسلامية - من خلال تحليلها للبيان القانوني ذاته - كيف يمكن أن ينبع الأثر القانوني - أو المركز القانوني - تارة من أحداث

(١) الفروق ، ج ١ ص ١٠٩ ، تهذيب الفروق ، ج ١ ، ص ١٢١ .

(٢) أنظر في تفصيل أقسام الحكم الوصفي : الشيخ محمد الخضري ، المرجع السابق ، ص ٦٩ وما بعدها ؛ محمد أبوزهرة ، المرجع السابق ، ص ٥٥ وما بعدها ؛ بدران أبو العنين بدران ، أصول الفقه ، ١٩٦٩ ، ص ٣٩٣ وما بعدها .

(٣) أنظر ما تقدم ، بند ٢٩ .

(٤) ويعبر عنها فقهاء الأصول بالأفعال غير المقدورة للإنسان .

هي أفعال للإنسان الذي تنسب إليه أو لإنسان غيره ، وتارة أخرى من أحداث لا تعتبر من الأصل أفعالاً للإنسان .

اجتماع التكليف والوضع :

٣٤ - - وإذا كان ما يقتضيه خطاب الشارع على النحو المتقدم هو إما التكليف وإما الوضع ، وكان هذا هو مضمون ونطاق كل من الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية ، فإن مقتضى ذلك أن الحدث الذي هو فعل للإنسان - خلافاً للحدث الذي لا يكون فعلاً له - يكون محلاً لحكم تكليفي - وجوباً كان أو تحريماً أو إباحتة - كما يكون في ذات الوقت محلاً للحكم أو أكثر من الأحكام الوضعية ، فيكون سبباً لأثر معين وشرطاً لآخر ومانعاً من ثالث ، وهكذا . فالسرقة محل لحكم تكليفي هو التحريم ، ولحكم وضعي هو سببية الحد ، ولحكم وضعي آخر هو سببية الضمان (١) . غير أن الوضع قد ينظر فيه إلى الفعل من حيث هو محل للتكليف وقد ينظر فيه إلى هذا الفعل من حيث ما يتركه من أثر مادي . فسببية السرقة للحد ينظر فيها إلى كون السرقة محرمة ، وسببية السرقة للضمان ينظر فيها إلى ما يتركه فعل السرقة من أثر مادي في ذمة صاحب المال المسروق بصرف النظر عن كونها محلاً لتكليف هو التحريم . ولذلك فارتفاع التكليف عن الفعل لانتفاء سبب التكليف أو شرطه أو لوجود مانع منه يرفع بالضرورة الوضع المترتب على هذا التكليف ولا يرفع الوضع المنظور فيه إلى الأثر المادي لهذا الفعل ، لأن ارتفاع التكليف على هذا النحو لا يعنى ارتفاع السببية أو الشرطية أو توافر المانعية في هذا الوضع الأخير . فإذا ارتفع تحريم السرقة على العبد لظرف أو لآخر فإن ارتفاع التحريم يرفع بالضرورة حد السرقة عن السارق ولا يرفع الضمان عنه .

٢ - الأحكام ومضمون القانون

٣٥ - إذا كانت أحكام القانون بعضها نكليفي وبعضها الآخر وضعي

(١) تهذيب الفروق ، ج ١ ، ص ١٧٩ ؛ الشيخ محمد الحضري ، أصول الفقه ، المرجع السابق ، ص ٧٠ وما بعدها .

على هذا النحو السابق ، فإن معنى ذلك أن مضمون القاعدة القانونية لا يكون هو مجرد تقرير الحتموق أو غيرها من الآثار القانونية ولا يكون هو مجرد التكليف بالساوك ، وإنما يكون كلا الأمرين معاً . فالقاعدة القانونية تتضمن التكليف بسلوك معين وترتب آثاراً قانونية في آن واحد . وكل من التكليف والآخر القانوني يختلف أحدهما عن الآخر تمام الاختلاف . فالتكليف هو حكم لسلوك الإنسان من حيث هو مأمور به أو منهى عنه أو مباح . والوضع هو حكم لعلاقة كل موثر قانوني بأثره ، سواء كان المؤثر أو الأثر سلوكاً للإنسان أو كان حدثاً آخر لا يعتبر من الأصل سلوكاً للإنسان أو فعلاً له .

ومضمون القانون — منهوماً على هذا النحو المزدوج يعطى تفسيراً علمياً ودقيقاً لاختلاف الفقه فما إذا كان خطاب القانون هو خطاب بأمر أو منهى مطلق ، أو مجرد خطاب بأمر أو منهى شرطي . فقد رأينا من قبل أن كلا من النظريين يعبر عن جانب من الحقيقة وأن القانون يبدو كتكليف مطلق ويبدو في ذات الوقت مرتبطاً بفرض أو شرط معين (١) . ومن الواضح أن تحليل خطاب القانون إلى أحكام تكليفية وأحكام وضعية إنما يفسر هذه الحقيقة .

فالأحكام التكليفية تبدو — من بعد الفصل بينها وبين الأحكام الوضعية وتميزها عنها — متضمنة بالضرورة تكليفاً مطلقاً لاختيار للمخاطب بين تحمل مشقة الانصياع له وبين تحمل آثار عدم الانصياع (٢) . ذلك أن هذه الآثار تبدو في الحقيقة كنتيجة لعدم الانصياع للتكليف وليست كأحد طرفي خيار مطروح على الإنسان . وبعبارة أخرى فتحصل مشقة التكليف وتحمل أثر عدم الانصياع له لا يقفان على قدم المساواة ، وإنما يترتب آخرهما على النكول عن الأول .

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٢٩

(٢) في الأسس التي يقال لها لتفسير اطلاق التكليف ، أنظر : رنيه كابينان ، المرجع السابق ،

ص ١٧ وما بعدها ، ص ٩٧ - ١١١

والأحكام الوضعية على العكس من ذلك - ومتى تم فصلها عن الأحكام التكليفية - لا تتضمن بذاتها تكليفاً من الأصل ، حتى يثور التساؤل عما إذا كان التكليف فيها فرضياً أو شرطياً . فهي تعبر عن مجرد علاقة موضوعية بحثة بين وجود الحدث وبين أثر قانوني معين . وهذا الحدث ليس بالضرورة سلوكاً للإنسان ، وإنما يكون سلوكاً إنسانياً أو أى حدث آخر من أحداث العالم . فإذا ما كان هذا الحدث فعلاً للإنسان ، فإن علاقته بأثره تكون علاقة موضوعية ، تقوم على وجوده على مقتضى التكليف أو على خلاف مقتضاه . وبعبارة أخرى فهي علاقة وضعية بحثة لا أثر للتكليف فيها .

٣٦ - واجتماع وجه التكليف مع وجه الفرض في فعل الإنسان في آن واحد ، يفسره أن وقوع التكليف يفترض مقدماً وقوع الوضع الذي يتوافر به سببه وشرطه وتنتهي به موانعه ، كما يقتضى من بعد - كأثر لوقوعه - وقوع وضع آخر جديد يتمثل فيه ما يترتب على تحقق الفعل محل التكليف أو عدم تحققه من آثار . ونقطة الخطأ لدى كل من القائلين بأن التكليف القانوني تكليف مطلق والقائلين بأنه تكليف شرطي ، إنما تكمن في افتراض وحدة تكوين القاعدة القانونية ، ثم النظر إليها من زاوية أو أخرى من زواياها دون محاولة تحليل هذا التكوين والتثبت أولاً من وحدته أو ازدواجه . فالكل لا يرى في القاعدة القانونية سوى تكليف ، أمراً كان أو نهياً ، ولكن البعض ينظر إلى هذا التكليف في ذاته فينتهي إلى أن القاعدة القانونية تضع تكليفاً مطلقاً ، والبعض الآخر ينظر إلى هذا التكليف لا في ذاته وإنما في علاقته بسببه أو شرطه أو موانعه ، أو في علاقته بالأثر الذي يترتب على تحمله أو عدم تحمله مشقته ، فينتهي إلى أن القاعدة القانونية تضع تكليفاً شرطياً .

والحقيقة أن تحليل القاعدة القانونية يكشف عن ازدواج تكوينها . فهي تارة تتضمن حكماً تكليفاً وتارة أخرى تتضمن حكماً وضعياً . والحكم التكليفي والحكم الوضعي يمكن اجتماعهما في الحدث الذي هو فعل الإنسان ولا يجتمعان في الحدث الذي لا يكون فعلاً للإنسان . والتكليف بطبيعته

تكليف مطلق وإلا ما كان تكليفاً. أما الوضع فلا يتضمن تكليفاً من الأصل .
وقوع التكليف ذاته ليس إلا أثراً لوقوع أحكام أخرى وضعية هي بطبيعتها
أحكام فرضية . وتحمل مشقة التكليف أو عدم تحملها - من بعد قيام
التكليف في حق المكلف - يستتبع وقوع أحكام أخرى وضعية تقيم آثاره ،
هي بطبيعتها أحكام فرضية هي الأخرى .

٣٧ - ومن هنا فإن معنى إلزام القانون - أو القوة الملزمة له -
يختلف باختلاف أحكامه . فالقوة الملزمة للقانون تعنى بالنسبة للأحكام
التكليفية وجوب محاذاة المكلف سلوكه على مقتضاها أو تحمل ما يحمله
الانصياع لها من مشقة . وهذه القوة الملزمة تعنى بالنسبة للأحكام الوضعية
أمراً آخر هو ترتب الأثر القانوني ترتباً تلقائياً على توافر سببه ، متى توافرت
شروطه وانتفت موانعه . وبعبارة أخرى فالقوة الملزمة للقانون تعنى في
الأحكام التكليفية «الإلزام» بالنسبة للمكلف ، وتعنى في الأحكام الوضعية
لا الإلزام على هذا النحو وإنما «الزوم» بالنسبة للأثر القانوني .

ويتضح ذلك بجلاء من أن الحكم التكليفي يتضمن تكليفاً للإنسان
لا خيار له بين اتباعه وبين تحمل أثر عدم اتباعه ، وأن الحكم الوضعي
جعل أو وضع من الشارع . حقاً إن الإنسان محل لكل من الحكمين . ولكن
الإنسان في الحكم الأول يكون محلاً لتكليف ، وفي الحكم الآخر يكون
محلاً لمجرد أثر قانوني .

المطلب الثاني

مناطق الإلزام بين التكليف والوضع

٣٨ - إذا كان بنين القانون ينحل على النحو السابق إلى تكليف
ووضع وكان مدلول كل منهما يختلف عن مدلول الآخر ، فلا بد بالضرورة
أن يختلف مناطق الإلزام بأحدهما عن مناطق الإلزام بالآخر . ففي التكليف
يتوجه القانون إلى الإنسان بأمر أو نهى أو إباحة متعلق بسلوكه . وفي الوضع

يتوجه القانون إلى الإنسان بأثر قانوني -- حقاً كان أو التزاماً -- وسواء كان هذا الأثر متعلقاً بسلوكه أو لم يكن متعلقاً به .

١ - مناط التكليف

مناط التكليف واسم الحكم التكليفي :

٣٩ - من الواضح مما سبق أن محل الحكم التكليفي هو سلوك الإنسان ذاته ، وأن هذا الحكم لا يتولى تسجيل واقع هذا السلوك وإنما يتولى تقييمه ويهدف إلى تعميمه (١) . فأما التقييم فقيم وفقاً للمصالح المعتبرة من الشارع عامة كانت هذه المصالح أو خاصة - والتي يقتضى اعتبارها إتيان هذا السلوك أو منعه أو مستوى في شأنه الإتيان والمنع . وأما التقويم فقيم بالحمل على السلوك الذي يقتضى اعتبار المصالح المذكورة إيجاباً ، والحمل على ترك السلوك الذي يقتضى اعتبارها تحريمه ، والتخير فيما يتعلق بالسلوك الذي يستوى في شأن اعتبارها إتيانه أو تركه . وفي كل ذلك يتفق الحكم التكليفي مع ما يذهب إليه الفقه من النظر إلى القانون كمجموعة من قواعد السلوك ، ويختلف عن قوانين الطبيعة التي لا تعدو أن تكون تعبيراً عن الواقع الحسى من ارتباط حدث بحدث آخر ، وترتبه عليه أو تسببه فيه (٢) .

والحكم التكليفي يتضمن كما قدمنا كلا من الوجوب والحرمة والإباحة . وإذا كانت هذه الأحكام جميعاً تشترك في أنها لا تتعلق إلا بفعل العبد وفي كون كل منها يشرع لمصلحة ، فإن المصلحة التي يشرع من أجلها الوجوب والحرمة تختلف عن المصلحة التي تشرع من أجلها الإباحة اختلافاً

(١) قرب قول كلسن (المرجع السابق ، ص ٢٣) : « القاعدة التي تقرر أن سلوكاً ما واجب تضع قيمة إيجابية وأخرى سلبية . فالسلوك الموافق للقاعدة تكون له قيمة إيجابية ، والسلوك المخالف لها تكون له قيمة سلبية . والقاعدة تؤدي دور أداة قياس قيمة السلوك الحادث بالفعل » .

(٢) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٢٠ وما بعدها . وأنظر كذلك رينيه كايبتان المرجع السابق ، ص ١ وما بعدها .

يؤثر في مناط الإلزام بهذه الأخيرة ويميزه عن مناط الوجوب والحرمة .
فالمصلحة التي يشرع من أجلها الوجوب والحرمة مصلحة عامة يتولى الشارع
بنفسه تقديرها وترتيب طلب الفعل أو طلب تركه بناء على هذا التقدير .
أما المصلحة التي تشرع من أجلها الإباحة فهي مصلحة خاصة يراعى فيها
حظ المكلف (١) ، ويترك له أمر تقديرها .

٤٠ - فأما الوجوب والحرمة ، فهي تتضمن وصفاً للفعل وحملًا
على إتيانه أو تركه . ومن ثم فهي تفترض في المكلف بالضرورة القدرة
على فهم خطاب الشارع والحرية في اختيار أفعاله وتوجيه سلوكه ،
حتى يتصور من بعد أن يعي الوصف وأن يمثل لما يقتضيه من طاعة (٢) .
وفي هذا المجال يصدق تماماً ما يذهب إليه ديجي من أن إحدى الحقائق التي
يقوم عليها القانون هي طبيعة الإنسان الواعية ، ومن أن «الكائن الوحيد
على ظهر البسيطة الذي يمكن أن تخاطبه قواعد القانون هو الإنسان الفرد
المتمتع بإرادة واعية» وأن قواعد القانون «لا يمكن أن تطبق إلا على إرادات
واعية» (٣) . وفي هذا المجال يصدق كذلك قول كانت (٤) - باعث
الأسس الفلسفية للنظرية القانونية الحديثة - «ليس الواجب ممكناً إلا بالحرية
ووجوده يدل على وجودها . وهما معنيان متضايقان . فإنه إذا كان على
الإنسان واجب كانت له القدرة على أدائه ، وكان فيه إلى جانب العلية
الظاهرة علية معقولة مفارقة للزمان ، تضع القانون وتفرضه على نفسها .
فالحرية خاصة الموجودات العاقلة بالإجمال ، فإن هذه الموجودات لا تعمل
إلا مع فكرة الحرية ، وهي إذن من الوجهة الحلقية حرة حقاً» ، وقوله ،

(١) الموافقات للشاطبي ، ج ١ ، ص ٩٧

(٢) الشيخ محمد الحضري ، المرجع السابق ، ص ١١٠ وما بعدها . وأنظر مع ذلك
التفرقة بين شرط الفهم وشرط الأهلية في المكلف : عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ،
ص ١٧٣ وما بعدها . وقرب رينيه كايبتان ، المرجع السابق ، ص ٤٧ وما بعدها .

(٣) ديجي ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ ، أنظر ما سبق بند ٢٠

(٤) عن الدكتور رؤوف عبيد ، في التسمير والتخيير ، ١٩٧١ ، ص ١١٦

وما بعدها

«القانون يبرهن على الحرية ، والحرية تفسر القانون . وفكرة العالم المعقول واسطة التركيب بين الإرادة المنفعلة بالمبول وبين الإرادة المشرعة الكابته» .

ولما كانت القدرة على الفهم والحرية في الاختيار مناطهما التمييز ، فإن الحكم التكليفي — بما يعنيه من وصف للفعل ومن حمل على اتيانه أو تركه — لا يمكن أن يتوجه إلى غير المميز من صغبر أو مجنون ، لسبب بسيط هو أن هذا وذلك غير قادر على فهم خطاب الشارع واستخلاص ما يلحظه على الفعل من وصف وما يعنيه الوصف من تكليف ، وغير قادر من بعد على محاذاة سلوكه على مقتضى الوصف أو التزام ما يقيمه من واجب (١) .

وبعبارة أخرى فالحكم التكليفي يرتفع بطبيعته عن غير المميز العاقل من صغبر أو مجنون ، فلا يكون الفعل محل التكليف واجباً أو محرماً عليه ، ولا يكون إتيان هذا الفعل أو الامتناع عنه من جانبه طاعة لتكليف الشارع أو معصية له منشأً لما يرتبه القانون من آثار على تحمل التكليف أو النكول عن تحمله (٢) .

٤١ — وأما عن الإباحة ، فهي تتضمن وصفاً للفعل ، ولكنها لا تتضمن حملاً عليه أو على تركه خلافاً للوجوب والحرمة . وهي لذلك قد تبدو لأول وهلة في غير حاجة لتوافر التمييز حتى تتعلق بفعل العبد ، طالما كان إتيان الفعل أو تركه على حد سواء في نظر الشارع .

ولكن الواقع أن المباح نوعان: مباح لا يغير اتيانه من المركز القانوني لمن يأتيه ولا ينشئ عمر كزاً قانونياً جديداً بالنسبة له ، كالنوم والأكل والشرب ، ومباح يغير اتيانه من المركز القانوني لمن يأتيه وينشئ عمر كزاً قانونياً جديداً بالنسبة له ، كالنصرقات القانونية (٣) . ولا شك أن النوع الأول لا يتوقف تعلق الإباحة به على توافر التمييز ، طالما كان اتيانه والامتناع عنه لا يرتب

(١) الموافقات للشاطبي ، ج ١ ، ص ٩٧ وما بعدها ؛ الفروق ، ج ١ ، ص ١٦١ ، تهذيب الفروق ، ج ١ ، ص ١٧٦ .

(٢) وليس معنى ذلك أن غير المميز يكون خارج منطقة القانون . ذلك أن غير المميز ترتب في جانبه الآثار القانونية التي لا ترتبط بتقييم سلوكه . أنظر مايلي ، بند ٤ ، وما بعده .

(٣) رنبيه كاييتان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ وما بعدها .

أثراً قانونياً . أما النوع الآخر فأمره مختلف . فالإباحة في هذا النوع الآخر تتعدى شرعية الفعل المباح إلى ترتيب أثره . ومن هنا وجب أن تقترن الإباحة بالقدرة على إدراك هذا الأثر ، ومن ثم توافر درجة العقل اللازمة للتمييز . ولذلك لزم لتعلق هذا النوع من الإباحة بفعل المكلف - تعلقاً يربط الفعل بآثاره القانونية - أن يكون الفعل صادراً من متمتع بالتمييز ، فيستوى بذلك بالواجب والمحرم .

بل إن القدرة العقلية اللازمة لهذا النوع من الإباحة تتجاوز القدرة اللازمة للتمييز . ذلك أن هذه الأحكام جميعاً إنما تشرع - كما قدمنا - لصالح العباد (١) ، وأن الفارق بين كل من الوجوب والحرمة من ناحية والإباحة من ناحية أخرى ، إنما يكمن في نوعية المصلحة التي يشرع من أجلها كل من النوعين من الأحكام . فالمصلحة التي يشرع من أجلها الوجوب أو الحرمة هي مصلحة عامة يقدرها الشارع ويربط بها الحكم . والمصلحة التي تشرع من أجلها الإباحة هي مجرد مصلحة خاصة يراعى فيها حظ المكلف فيترك له تقديرها دون إلزام عليه في ذلك (٢) .

ومن الواضح أنه إذا كان الحمل على الفعل أو على الترك يفترض درجة العقل الكافية للتمييز كما قدمنا ، فإن التقدير يفترض توافر درجة أعلى من القدرة العقلية تكفي للتمكين من حسن التقدير . فالشارع في صورة الإباحة لا يرى في إتيان الفعل أو في الامتناع عنه مصلحة مطلقة ، وإنما يجد أن توافر المصلحة في هذا أو ذاك يتوقف على ظروف كل مكلف على حدة ومن ثم يترك له أمر تبين ارتباط مصلحته بإتيان الفعل أو بالامتناع عنه ويجعل إتيان الفعل والامتناع عنه بعد ذلك مشروعاً على حد سواء . ولكن

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٣١ .

(٢) في معنى الحسن والقبیح والخلاف في اتصاف الفعل بهما عقلاً وعلاقة ذلك بالأحكام ، أنظر : الشيخ محمد الحضري ، المرجع السابق ، ص ٢٥ وما بعدها ؛ محمد أبوزهرة ، المرجع السابق ، ص ٧٠ وما بعدها . وأنظر كذلك : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، المرجع السابق ، ص ٥ وما بعدها .

الشارع يقرن مثل هذا الخيار بتوافر القدرة على استعماله ، تلك القدرة التي مناطها الرشد وليس مجرد التمييز .

وترتيباً على ذلك فالتصرفات القانونية التي تدخل في منطقة الإباحة لا يتعلق بها حكم الإباحة - بما يرتبه من آثار أو مراكز قانونية - إلا إذا كانت صادرة من مميز. بل إنه لا يكفي لذلك توافر التمييز وإنما يلزم له كذلك توافر الرشد على نحو ماسوف نراه (١). ومن ثم فالتصرفات الصادرة من صبي مميز أو من محجور للسفة أو الغفلة لا تتعلق بها آثار إباحة التصرف - من ترتب الحقوق والالتزامات عليها - بمجرد صدورها عن صاحبها ، وإنما تكون موقوفة على إجازة النائب القانوني (٢) .

٤٢ - وإذا كان الحكم التكليفي - بأقسامه المختلفة - يفترض توافر التمييز في المخاطب به على هذا النحو ، فإنه لا يمكن أن يعترض على ذلك بما يعترض به على أنصار فكرة قاعدة السلوك من ثبوت الحقوق والالتزامات وغيرها من الآثار القانونية في حق عديم التمييز ، ومن ثم من ثبوت الشخصية له . فمن ناحية أولى ، ففكرة التكليف وفكرة الحكم التكليفي ، لا تستنفذان مضمون القاعدة القانونية ، ولا تعبران عن مدلول القوة المنشئة للأثر القانوني . ذلك أنه بجانب ذلك توجد فكرة الوضع وفكرة الحكم الوضعي ، اللتان تحتلان جانباً من مضمون القاعدة القانونية وتتمثل فيهما القوة المذكورة . ومن ناحية أخرى ففكرة الصلاحية للتكليف لا تعبر عن فكرة الشخصية وإنما تعبر عن فكرة أخرى هي فكرة أهلية التكليف . ذلك أن الشخصية هي كما رأينا مجرد الصلاحية لثبوت الآثار القانونية ، وأن هذه الصلاحية - كما سوف نراه (٣) - شيء وأهلية التكليف شيء آخر .

(١) أنظر ما يلي ، بند ٧٨ وما بعده .

(٢) راجع في هذا الصدد: عبد الرازق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالقانون المدني ، ١٩٦٩ ، خاصة ص ٩٤ وما بعدها .

(٣) أنظر مايلي ، بند ٤٥ .

تخلف مناط التكليف وترابط احكام القانون :

٤٣ - وإذا كانت فكرة التكليف - بما تفرّضه من تقييم للسلوك وما تعنيه من طلب القيام به أو الامتناع عنه أو التخيير بين الأمرين - تفرّض أن تعلق الأحكام التكليفية بأفعال العباد لا ينصرف إلا إلى المميزين أو الراشدين منهم دون عديمي التمييز أو غير الراشدين ، فإنه يصح التساؤل عن موضع كل من التمييز والرشد وعوارض أى منها من قيام التكليف .

والواقع أن هذا الموضع لا يمكن البصر به إلا في ضوء الترابط بين أحكام القانون على نحو ما سوف نراه (١) . فالتكليف حتى يتعلق بفعل العبد لا بد أن يتوافر سببه وشروطه ثم هو من بعد ذلك لا يتعلق بفعل العبد إذا وجد مانع من ذلك . فاذا تخلف السبب أو تخلف شرط من الشروط امتنع قيام التكليف في حق العبد . وإذا وجد هذا وذاك ووجد معهما المانع امتنع كذلك وقوع التكليف في حق العبد (٢) .

فأما عن التمييز والرشد فيمكن أن تتنازعهما كل من فكرة السبب وفكرة الشرط . وقد سبق أن رأينا أن ما يربط به الشارع الحكم يكون سبباً إذا كان يلزم من وجوده وجود الحكم ويلزم من عدمه عدمه ، ويكون شرطاً إذا كان يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجوده (٣) . ومن الواضح أن التمييز أو الرشد لا يلزم من وجوده بالضرورة وجود الحكم وإن كان يلزم من انعدامه انعدامه . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن التمييز أو كمال العقل لا يعتبر سبب التكليف وإنما يعتبر مجرد شرط لوجوده .

والواقع أن سبب التكليف - طالما كان يلزم من وجوده وجود التكليف - فإنه لا يمكن البحث عنه في ظرف خاص بالملكف كظرف التمييز أو ظرف

(١) أنظر ما يلي ، بند ٤٨ وما بعده .

(٢) يثار مثل هذا البحث عادة في القانون الجنائي بصدد أسباب الإباحة ، وبصدد ما يعرف بالعنصر المعنوي في الجريمة . أنظر في النظريات المختلفة في هذا الصدد : دى لوجو ، المرجع السابق ، الفصل الرابع ، ص ٧٦ وما بعدها .

(٣) أنظر ماسبق ، بند ٣٣ .

الرشد ، وإنما يجب البحث عنه في الظرف أو الظروف الموضوعية التي يناد بها قيام التكليف في حق الكافة والتي تختلف باختلاف الفعل والمصلحة التي يرتبط بها وجه التكليف فيه لا باختلاف المكلف ذاته .

وعلى هذا النحو فإذا توافرت الظروف الموضوعية التي يناد بها حكم التكليف وكان العبد مميزاً أو راشداً قام التكليف في حقه لتوافر كل من سببه وشرطه . وإذا توافرت هذه الظروف ولكن تخلف التمييز أو الرشد قام سبب الحكم وتخلف شرط وقوعه في حق العبد .

وأما عن عوارض التمييز أو الرشد - التي تتوافر من بعد توافر أي منهما - فمن الواضح أن توافرها معناه وجود مانع من تعلق التكليف بالعبد بالرغم من توافر سببه وتوافر شروطه . لذلك فالاعتذار بالجنون أو العتة أو الاعتذار بالسفة أو الغفلة ، معناه الاعتذار بوجود مانع يحول دون تعلق التكليف بفعل العبد الذي يحتاج بعارض من هذه العوارض .

٢ - مناط الوضع

الوضع لا يستند الى تقييم السلوك :

٤٤ - الحكم الوضعي كما قدمنا هو مجرد ربط من الشارع - أو علاقة منطوية - بين مؤثر معين وأثر قانوني ، سواء تمثل هذا الربط - أو هذه العلاقة - في جعل المؤثر المذكور سبباً لهذا الأثر أو شرطاً له أو مانعاً منه . ولذلك فالحكم الوضعي لا يعدو أن يكون حكماً منطوياً شرعياً يقتصر على تقرير الواقع القانوني - من اتصال الآثار بمؤثراتها - دون أن يتضمن أو يبتغي تقويمه .

والحكم الوضعي على هذا النحو لا يفترض طلباً من الإنسان لسلوك معين أو لانتهاه عنه كما لا يفترض التخيير بين هذا وذاك ، وإنما يقتصر على ترتيب قيام الأثر المسبب على قيام المؤثر الذي جعل سبباً له أو قيام الأثر المشروط على قيام المؤثر الذي جعل شرطاً له ، أو ترتيب نفي

الأثر الممنوع على قيام المؤثر الذي جعل مانعاً منه ، وبصرف النظر عن القيمة التي يحملها هذا المؤثر فيما لو كان سلوكاً معيناً للإنسان . ولذلك فإذا ما كان المؤثر - الذي هو سبب أو شرط أو مانع - فعلاً للإنسان فإن الحكم الوضعي المتعلق بهذا الفعل لا يحمل تكليفاً إلا لمن أراد تحقيق الأثر الذي يتمثل فيه المسبب أو المشروط - أو لمن أراد تفادي الأثر الذي يتمثل فيه الممنوع . بل ويلاحظ في هذا الصدد أن الحكم الوضعي لا يحمل تكليفاً - حتى بهذا المعنى - إلا إذا كان المؤثر المذكور فعلاً لمن أراد تحقيق الأثر ذاته ، لا فعلاً لغيره . وفي كل ذلك يتفق الحكم الوضعي مع أحكام قوانين الطبيعة أو القوانين العلمية التي تتولى مجرد تسجيل الواقع من ارتباط النتائج بمجموع الظروف التي ترتبط بها بعلاقة لزوم ، إيجابية كانت أو سلبية ، ويختلف عما يذهب إليه الفقه (١) من التباين التام بين قواعد القانون وبين مثل هذه القوانين المذكورة .

وقد بصر كل من هذه الحقيقة السابقة فأشار إلى أن قواعد القانون وقوانين الطبيعة يعبر كل منها عن رباط بين أمرين . غير أنه لم يذهب في منطقته هذا إلى نهايته ، فعاد إلى القول بأن هذا الرباط يكون في القاعدة القانونية رباط «وجوب» بينما يكون في قوانين الطبيعة رباط «كينونة» . ومن هنا فقد انتهى إلى أن تحقق المؤثر - في علم القانون يوجب الأثر ولا يوجد ، بينما هو في قوانين الطبيعة يوجد هذا الأثر بالضرورة (٢) .

ويبدو لنا أن هذا الفارق ، الذي يقول به كل من ، بين الحكم الوضعي وحكم قوانين الطبيعة ، إنما يرجع إلى أن كل من قد وصل إلى فكرة الارتباط بين المؤثر والأثر القانوني ، لا من خلال تمييزه الحكم الوضعي عن الحكم التكليفي - والنظر إلى كل منهما كقسم مستقل وقائم بذاته من أحكام القانون - وإنما من خلال فكرة التكليف الشرطي ذاتها بعد تصوير التكليف

(١) حسن كبيرة ، المرجع السابق ، ص ٢٠ وما بعدها ، سميتر تناغو ، المرجع السابق ، ص ٣١ وما بعدها . وأنظر كذلك رنيه كايبتان ، المرجع السابق ، ص ١ وما بعدها .
(٢) المرجع السابق ، ص ١٠٥ وما بعدها . قرب ، رنيه كايبتان ، المرجع السابق ، ص ٨ .

على نحو يجعل منه تكليفاً شرطياً (١) . ففكرة التكليف الشرطي رغم أنها تتجاوز الفكرة السائدة في النظرية القانونية من أن القانون تكليف مطلق ، إلا أنها لا تحول رغم ذلك دون استحالة المضمون القانوني برمته في النهاية إلى تكاليف أو قواعد للسلوك . ومن ثم كان لا محالة أن ينتهي كلسن إلى القول بأن الرباط بين المؤثر القانوني والأثر القانوني هو رباط وجوب لا رباط كينونه .

ولذلك فيبدو لنا أن التسليم بتضمن القانون لأحكام وضعية - لا أثر لتقييم السلوك أو للتكليف فيها - من شأنه أن يؤدي إلى التسليم بأن الرباط بين الحدث المؤثر وبين أثره القانوني هو رباط كينونة ، لا مجرد رباط «وجوب» ، بحيث يتحقق الأثر القانوني بمجرد وجود المؤثرات التي جعلت سبباً أو شرطاً له وانتفاء المؤثرات التي جعلت مانعاً منه . ويبقى بعد ذلك أن «الكينونة» في الحكم الوضعي هي بطبيعة الحال كينونة قانونية ، بينما الكينونة في القوانين الطبيعية كينونة طبيعية ، وأن الأثر في الحكم الوضعي تبعاً لذلك هو أثر قانوني أياً ما كان هذا الأثر ، بينما الأثر في القوانين الطبيعية هو أثر مادي .

الوضع لا يفترض التمييز أو العقل :

٤٥ - ولما كان الحكم الوضعي هو مجرد «وضع أو جعل» من الشارع على هذا النحو السابق ، وكان لذلك لا يحمل في ذاته معنى الوجوب بقدر ما يحمل معنى الكينونة ، فقد قلنا من قبل (٢) بأن القوة الملزمة للقانون إنما تعني بالنسبة للأحكام الوضعية ، وخلافاً للأحكام التكليفية ، مجرد علاقة الزوم بين الحدث المؤثر وبين أثره القانوني ولا تعني الإلزام أو التكليف . فالأمر يتعلق أولاً وأخيراً بخطاب الشارع وحده ، ولا يتوقف على أي حقيقة أخرى خارجة عن هذا الخطاب ، كالقدرة على فهم هذا الخطاب ، أو إرادة الحدث المؤثر إذا ما كان هذا الحدث فعلاً مقدوراً للإنسان ،

(١) أنظر ماسبق ، بند ٢٩ .

(٢) أنظر ماسبق ، بند ٣٧ .

أو كونه من اختياره وبناء على ما يمليه عقله . فالإرادة المعتبرة هنا هي إرادة الشارع وحدها أو إرادة القانون ، وفعل الإنسان هنا لا ينظر فيه إلى كونه محل تكليف ، أمراً كان أو نهياً أو إباحة . أية ذلك أن مثل هذا الحدث المؤثر قد يكون فعلاً لغير من يترتب في جانبه الأثر ممن لا سيطرة لهذا الأخير عليه ، وقد يكون حدثاً آخر لا سيطرة لإنسان عليه من الأصل ، وأن ثبوت الأثر لا يحمل في ذاته تكليفاً ولا يفرض واجباً (١)

ومن الواضح أن مثل هذا التحليل يوصل إلى نتيجة طبيعية بسيطة ، هي أن توجه الأثر القانوني الناشئ عن خطاب الوضع لإنسان معين وتعلقه به لا يفترض بالضرورة توافر القدرة على فهم خطاب الشارع والقدرة على محاذاة السلوك في هذا الإنسان . فالأثر المذكور يترتب بقوة القانون دون حاجة إلى هذا الأمر أو ذلك . وكل ما يستلزمه ترتب الأثر على هذا النحو هو مجرد وجود «كائن» ينسب إليه هذا الأثر . فإذا ما وجد هذا الكائن ، فإن وجود الحدث المؤثر الذي يسبب الأثر القانوني أو بشرطه ، أو انتفاء الحدث المؤثر الذي يمنع من تحققه ، يترتب عليه بالضرورة وجود الأثر وتعلقه بهذا الكائن . ومن ثم فالإنسان منذ وجوده ، وبصرف النظر عن بلوغه أو عدم بلوغه سن التمييز أو عن وجود أو انتفاء عوارض التمييز لديه يمكن أن تلحق به الأحكام الوضعية وتترتب في حقه الآثار القانونية ، حقوقاً كانت هذه الآثار أو التزامات (٢).

وهذا المعنى السابق يتضح من تمييز فقهاء الشريعة الإسلامية بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء . فهم يصرفون أهلية الوجوب إلى معنى الذمة ، ويعرفون الذمة بأنها وصف شرعي يلزم الإنسان منذ وجوده على قيد الحياة إلى حين وفاته ، يجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق وتثبت عليه الالتزامات (٣)

(١) أنظر مايلي ، بند ٥١ .

(٢) في الحدود التي يجوز فيها النيابة في أداء الالتزام ، أنظر مايلي ، بند ٥١ .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك : عباس متولى حمادة ، المرجع السابق ، ص ٣٦٧ وما بعدها ؛ الأستاذ محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والمقود فيه ، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٩ م ، بيروت ، ص ٤٩٠ وما بعده .

ويجعلون صفة الإنسانية مناطاً لها (١). وهذا المعنى هو الذى يعبر عنه فى لغتنا القانونية المعاصرة بفكرة الشخصية. فالشخصية هى كما قدمنا صلاحية لثبوت الآثار القانونية حقوقاً كانت أو التزامات (٢). ولذلك يمكن القول بأن الشخصية تثبت للإنسان منذ وجوده وحتى وفاته ، وبصرف النظر عن توافر التمييز أو العقل أو عدم توافرها لديه .

أما أهلية الأداء فهى «صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة فى نظر الشارع» ، ومناطها التمييز والعقل (٣). وهذه الأهلية هى التى يتأخر توافرها عن ثبوت صفة الإنسانية ومن ثم عن ثبوت الشخصية .

الحكم الوضعى يفسر مناط الشخصية :

٤٦ - وربط الشخصية بفكرة الحكم الوضعى على هذا النحو يفسر ما سبق أن توصلنا اليه من نتائج يعجز عن تفسيرها ربط الشخصية بأى من فكرتى الحق وقاعدة السلوك ، على نحو ما يذهب إليه الفقه المعاصر.

أما عن فقه الحقوق ، فهو فى صورته الأولى التقية يربط كما رأينا بين فكرة الشخصية وفكرة الحق ، ويفرغ فكرة الحق على فكرة الحرية النظرية للإنسان ، فينتهى إلى أن الحق هو القدرة الإرادية ، ويجد نفسه بالضرورة عاجزاً عن إثبات الشخصية لمن لا يتمتع بالتمييز (٤). ومن الواضح

(١) فى هذا المعنى : الأستاذ محمد مصطفى شلبى ، المرجع السابق ، ص ٤٩٢ .

(٢) فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، ١٩٣٤ ، بند ٣١٨ ، ص ٣١٥ ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٤ ، بند ١٤٥ ، ص ٢٨٣ ، أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ١٩٤٥ ، بند ١٣٨ ، ص ١٠٠ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، بند ٢٨٢ ، ص ٤٣٨ وما بعدها ؛ عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، بند ٣٤٤ ، ص ٥٣٧ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، بند ١٣٠ ، ص ١١٦ ؛ اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٦٦ ، ص ١٧٤ ؛ توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٣١٧ .

(٣) الأستاذ محمد مصطفى شلبى ، المرجع السابق ، ص ٤٩٢ وما بعدها .

(٤) أنظر ما تقدم ، بند ٦ وما بعده .

أن ربط الشخصية بفكرة الحكم الوضعي على النحو الذي نقول به يسمح بتخطي هذه التناقض ، تأسيساً على أن الحكم الوضعي هو جعل من الشارع لا اعتبار فيه إلا لإرادة الشارع دون إرادة العبد الذي يثبت له الحق ، وأن الحق ليس إلا أثراً قانونياً يترتب بمقتضى هذا الحكم .

وقد رأينا أن فقه الحقوق قد ذهب بعد ذلك - في محاولته تفادي التناقض السابق - إلى أن الحق هو مصلحة يحميها القانون ، وأن هذا المذهب يؤدي إلى خلع الشخصية على غير الإنسان من حيوان أو جماد (١) . ومن الواضح أن ربط الشخصية بفكرة الحكم الوضعي يسمح كذلك بتفادي هذا التناقض الجديد ، باعتبار أن حكم القانون - ولو كان وضعياً - لا يتوجه إلا إلى الإنسان ، وأن الأثر القانوني الذي يترتب به هذا الحكم لا يتعلق تبعاً لذلك إلا بالإنسان .

وأخيراً فقد رأينا أن الحق لا يمكن أخذه إلا بمعنى الاختصاص بقيمة معينة وما يتفرع عن هذا الاختصاص من استحواذ أو استئثار ، وأن هذا الاختصاص وما يتبعه من استحواذ أو استئثار لا يمكن أن يجد مصدره إلا في القانون الموضوعي ذاته ، وأن صاحب مثل هذا الاختصاص لا بد بالضرورة أن ينسب إلى هذا القانون الموضوعي (٢) . ومن الواضح أن ربط الشخصية بفكرة الحكم الوضعي يجعل مصدر الحق هو القانون كما يجعل الشخص شخصاً للقانون يمثل ما هو صاحب الحق . ذلك أن الحق يبدو في ظل فكرة الحكم الوضعي كأثر قانوني ، وأن من ينسب إليه هذا الأثر يبدو كشخص للقانون قبل أن يكون شخصاً للحق أو صاحباً له .

٤٧ - أما عن فقه قاعدة السلوك ، فقد رأينا أنه بصور القانون كمجرد مجموعة من قواعد السلوك ، فينتهي إلى أنها لا تتوجه إلا إلى الإنسان العاقل الواعي ، وأنه بذلك يسدل الستار تماماً على الآثار القانونية التي لا يتوقف

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٨ وما بعده .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ١٣ - ١٥ .

وجودها على فعل للإنسان محل لتكليف - والتي هي جزء أصيل من مضمون القاعدة القانونية - وينفى فكرة الحق ، ويتجاهل ضرورة إسناد هذه الآثار - ومن بينها الحق - إلى شخص من أشخاص القانون (١). ومن الواضح أن الاعتراف بالحكم الوضعي - بجانب الحكم التكليفي - من شأنه أن يوجد لفكرة الأثر القانوني مكاناً في بنية القاعدة القانونية حتى لو لم يكن أثراً لفعل للإنسان محل لتكليف بجانب المكان الذي تحتله فكرة السلوك أو التكليف ، ويمكن من إناطة فكرة الشخصية بالصلاحية لتلقى هذا الأثر - دون فكرة التكليف - باعتبار هذه الصلاحية أوسع نطاقاً وأسبق توافراً لدى الإنسان من الصلاحية للتكليف .

المطلب الثالث

مناطق الالتزام واجتماع التكليف والوضع

وضع المشكلة :

٤٨ - إذا كانت الدراسة التحليلية لقواعد القانون تكشف عن فصيلتين متميزتين من الأحكام - تضم أحدهما أحكام السلوك ، وتضم الأخرى أحكام الوضع - فإن أحكام كل من الفصيلتين لا توجد في عالم القانون منفصلة بعضها عن البعض الآخر ، وإنما يوجد بينها ، كما قدمنا (٢) ، نوع من العلاقة التبادلية . فالتكليف يرتب الوضع ، والوضع قد يرتب التكليف .

ومرجع ذلك بالطبع أن هناك منطقة مشتركة بين التكليف والوضع هي منطقة السلوك الإنساني أو أفعال الإنسان . فهذا السلوك وهذه الأفعال محل لتقييم وتقويم ومن ثم محل لتكليف من ناحية . وهذا السلوك وهذه الأفعال مؤثرات لآثار قانونية ، ومن ثم محل لوضع من الشارع (٣) من ناحية أخرى .

(١) أنظر ماتقدم ، بند ١٨ - ٢٥ .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ٣٤ ، ٣٦ .

(٣) أنظر في هذا الصدد ، الشيخ محمد الحضري ، المرجع السابق ، ص ٧٠ وما بعدها

على أنه إذا كان هناك مثل هذه العلاقة بين التكليف والوضع ، وكانت هذه العلاقة مبعثها كون السلوك الإنساني محلاً لكل منهما ، فإن التضاييف بينهما ليس تضاييفاً تاماً . ذلك أن محل التكليف هو السلوك الإنساني والسلوك الإنساني وحده ، بينما محل الوضع هو السلوك الإنساني وغيره من الأحداث مما لا يعتبر سلوكاً للإنسان . وعلى هذا النحو يمكن بالطبع أن يتواجد الوضع دون أن يصاحبه التكليف . فالوفاة مثلاً سبب للميراث . والوفاة حدث طبيعي خارج عن إرادة الإنسان وسلوكه ، ومن ثم خارج عن منطقتة التكليف . والميراث هو أثر للوفاة يتمثل في إثبات حقوق المورث للمورث مما لا أثر للتكليف فيه كذلك .

ولما كان مناط التكليف يختلف عن مناط الوضع على النحو السابق ، وكان كل منهما يجتمع في سلوك الإنسان أو أفعاله ، فإن التساؤل لا بد أن يثور حول أثر اجتماعهما على مناط الإلزام بأحكام القانون ، وعماً إذا كانت الغلبة يجب أن تكون لمقتضى التكليف أو لمقتضى الوضع .

وللإجابة على هذا التساؤل يجب أن نفرق بين الحالة التي يسبق فيها التكليف الوضع ويترتب الوضع على التكليف - من الناحية المنطقية - والحالة التي يسبق فيها الوضع التكليف ويترتب التكليف عايه - من الناحية المنطقية كذلك .

١ - ترتيب الوضع على التكليف

مدى ارتفاع الوضع :

٤٩ - أفعال الإنسان دائماً محل لتكليف ، وجوباً كان أو تحريمياً أو إباحة (١) . ولكنها كذلك قد تكون عاملاً من العوامل المؤثرة في ترتيب أثر قانوني أو آخر (٢) . فالفعل المحرم ، كالسرقة ، يؤدي إلى العقاب ويؤدي

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٢٤ ، ٣٢ .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ٣٥ ، ٣٦ .

إلى الضمان ، والفعل المباح ، كالتصرف القانوني ، يؤدي إلى إنشاء الحقوق والالتزامات . وعلاقة الفعل بالأثر هي علاقة وضع أو جعل .

ولكن التمييز كما قدمنا شرطاً للتكليف . فإذا انتفى التمييز ارتفع التكليف . وفي هذه الحالة يثور التساؤل عن أثر ارتفاع التكليف عن الفعل على الوضع الذي يكون هذا الفعل محلاً له . فإذا كان السارق غير عاقل ، فهل يستحق العقاب ؟ وهل يجب عليه الضمان ؟ وإذا كان من صدر عنه التصرف القانوني غير عاقل فهل يمتنع ترتب الحق والالتزامات على تصرفه ؟ .

يفرق النظر الإسلامي في هذا الصدد بين وضع محله الفعل من حيث هو محل لتكليف ، وبين وضع محله هذا الفعل في ذاته وبصرف النظر عما هو محل له من تكليف (١) . فالأول يرتفع بارتفاع التكليف ، والآخر لا يرتفع بارتفاع التكليف . فتخلف التمييز لدى السارق يرفع التحريم^٢ عن فعله ، ويرفع من ثم العقاب ، لأن العقاب ما جعل أثراً للسرقة إلا باعتبارها محلاً لتكليف هو التحريم . ولكن ارتفاع العقاب لا يرفع الضمان ، لأن الضمان جعل أثراً لفعل السرقة لا باعتباره محلاً لتحريم وإنما باعتبار ما يعنيه من حرمان المسروق منه من ماله . وتخلف التمييز لدى من يجري التصرف يرفع الإباحة عن تصرفه ، ويرفع من ثم الحقوق والالتزامات التي وضع سبباً لها ، لأن هذه الحقوق والالتزامات ما جعلت أثراً للتصرف إلا باعتبارها مباحاً (٢) .

وقد يبدو أن مقتضى ما تقدم هو أن الحقوق والالتزامات التي تنتج عن الفعل باعتباره محلاً للتكليف لا تثبت لعدم التمييز أو عليه . غير أن الواقع أن أحكام النيابة من شأنها أنه تغير من هذه النتيجة . ويظهر ذلك بصفة خاصة فيما كان حكمه الإباحة ، كما هو الحال في التصرفات القانونية . ذلك أن ما كان حكمه الإباحة إنما ينظر فيه إلى إدراك أثره ويترك للعبد ليختار فيه بين

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٣٤ .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٤١ . وأنظر كذلك ما يلي ، بند ٧٩ - ٨١ .

الإتيان والترك وفقاً لما تقتضيه مصلحته (١) . ولما كان الاعتبار للمصلحة على هذا النحو ، وكان غير المميز غير قادر على تقدير هذه المصلحة ، فإنه يمكن للمميز - الذي يخول له القانون ذلك - أن يدرك هذا الأثر وأن يقوم بمثل هذا التقدير نيابة عنه . ولذلك كان الفعل الصادر من النائب لحساب الأصيل في هذا الصدد كالفعل الصادر من الأصيل مرتباً للحق أو الالتزام في حق هذا الأصيل .

تفسير ارتفاع الوضع :

٥٠ - وإذا كان الوضع يرتبط بالتكليف أحياناً على هذا النحو ، فإنه يصبح التساؤل عن موضع توافر التمييز - الذي هو شرط للتكليف - لا من التكليف ذاته وإنما من الوضع المترتب على هذا التكليف . وفي هذا الصدد لا بد أن يختلف الأمر باختلاف نوع الوضع ، وما إذا كان الفعل محل التكليف سبباً للأثر القانوني أو شرطاً له أو مانعاً منه .

فإذا كان الفعل محل التكليف سبباً للأثر كان معنى توافر التمييز توافر السبب بحيث يترتب على توافر الفعل قيام الأثر ، وكان معنى تخلف التمييز تخلف السبب ، على الرغم من توافر الفعل ، بحيث ينعدم الأثر رغم هذا الفعل . وإذا كان الفعل محل التكليف شرطاً للأثر كان معنى توافر التمييز توافر الشرط بحيث يترتب على توافر الفعل قيام الأثر إذا ما وجد سببه ، وكان معنى تخلف التمييز تخلف الشرط ، على الرغم من توافر الفعل ، بحيث ينعدم الأثر رغم هذا الفعل ، حتى ولو قام سببه . وإذا ما كان الفعل محل التكليف مانعاً من الأثر كان معنى توافر التمييز توافر المانع ، بحيث يترتب على توافر الفعل انعدام الأثر ، حتى ولو وجد سببه وتحققت شروطه وكان معنى تخلف التمييز تخلف المانع ، على الرغم من توافر الفعل ، بحيث يقوم الأثر رغم الفعل ، متى وجد السبب وتحققت الشروط .

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٤١ .

فإذا أخذنا أمثلة من أحكام القانون المدني ، فإنه يمكن القول - بصفة مؤقتة - بأن الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد محرم وأن هذا الانحراف سبب الالتزام بالتعويض (١) . فإذا توافر التمييز تعاقب التحريم بفعل المكلف بحيث إذا وقع الانحراف كان سبباً لقيام الالتزام بالتعويض ، وإذا تخلف التمييز امتنع تعلق التحريم بفعل المكلف ، بحيث إذا وقع الانحراف في السلوك لم يكن هذا الانحراف سبباً لقيام الالتزام بالتعويض .

والتصرف القانوني مباح وهو سبب لقيام الالتزام الإرادي . فإذا توافر التمييز تعلق الإباحة بفعل المكلف فكان وقوعه سبباً لقيام الالتزام الإرادي (٢) ، وإذا انعدم التمييز لم تتعلق الإباحة بفعل المكلف ، بحيث إذا أجرى التصرف لم يكن هذا التصرف سبباً للالتزام الإرادي ، على نحو ينعدم معه هذا الالتزام رغم قيام الفعل المكون للتصرف . كذلك فالتصرف القانوني شرط للتملك بالحيازة ، وفقاً لأحكام الحيازة في المنقول أو التقادم في المنقول أو التقادم الخمسي . فإذا توافر التمييز فيمن صدر عنه التصرف تعلق الإباحة بفعله وتوافر شرط التملك بالحيازة بحيث يتم التملك إذا ما كان سببه - وهو الحيازة ذاتها - متوافراً . وإذا انعدم التمييز لم تتعلق الإباحة بالتصرف وترتب على ذلك تخلف شرط التملك بالحيازة رغم توافر سببها وهو الحيازة .

وبالمثل يمكن القول بأن تقديم رهن للوفاء بالثمن المؤجل مباح أو واجب حسب نصوص عقد البيع ومانع من حبس الثمن . فإذا كان الراهن مميّزاً قامت الإباحة أو الوجوب وقام المانع من الحبس بما يتخلف معه الحق في الحبس . وإذا تخلف التمييز تخلفت الإباحة أو الوجوب وتخلف تبعاً لها المانع من الحبس بما يؤدي إلى توافر الحق في الحبس .

٢ - ترتيب التكليف على الوضع

٥١ - خطاب الوضع يرتب دائماً أثراً قانونياً في مواجهة الإنسان ،

(١) أنظر مايلي ، بند ١٠٠ .

(٢) أنظر مايلي ، بند ٨٠ وما بعده .

حقاً كان هذا الأثر أو التزاماً . وإذا كان الحق يعبر عن مجرد اختصاص لا أثر للسلوك فيه ، فإن الالتزام على العكس من ذلك يفترض أداء ومن ثم يفترض من الملتزم سلوكاً معيناً هو السلوك الذى يتم به هذا الأداء . ومن هنا فترتب الأثر الذى يقتضيه الوضع يعقبة قيام تكليف إذا ما كان هذا الأثر التزاماً .

والوضع كما رأينا هو علاقة جعلية من الشارع ، تقوم بين مؤثر وأثر قانونى ولا يفترض التمييز فيمن يوجد في جانبه المؤثر أو الأثر على حد سواء . ولذلك فإذا انتهى التمييز لدى من وجد في جانبه المؤثر أو الأثر ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب الأثر . ولكن الأثر ذاته قد يفترض بذاته تكليفاً كما قدمنا . ولذلك يثور التساؤل في هذه الحالة عما إذا كان تحقق الأثر رغم انتفاء التمييز يودى إلى قيام التكليف ، خلافاً لما رأيناه من أن التمييز شرط للتكليف . فوفاة المورث مثلاً تؤدى إلى انتقال حقوقه والتزاماته إلى الوارث حتى ولو كان هذا الوارث يتوافر لديه التمييز الذى هو شرط التكليف . ولكن الالتزام يفترض أداء. ويفترض تكليفاً ، فكيف يستساغ نقل الالتزام إلى غير المميز في الوقت الذى لا يكون فيه مكلفاً ؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد أولاً من التمييز بين ثبوت الالتزام في ذاته وبين أدائه . فثبوت الالتزام هو الوضع ، وتنفيذه هو التكليف ، وكل منهما يتصور - منطقاً - أن يقوم مستقلاً عن الآخر . وثبوت الالتزام يعنى وجوده في عالم القانون ، أما تنفيذه فيعنى وجود السلوك الذى يفرضه في عالم الواقع (١) .

والإجابة على هذا التساؤل لابد ثانياً من التمييز بين تنفيذ مستوى فيه

(١) قرب تفرقه كلسن بين صحة القاعدة القانونية وبين فعاليتها، المرجع السابق ، ص ١٤ وما بعدها . وقرب كذلك التفرقة بين المديونية والمسئولية في التحليل المزدوج للالتزام : كومبارتو المرجع السابق . وأنظر بصفة خاصة ص ١٩٨ وما بعدها من هذا المؤلف .

أن يتم من المدين ذاته أو من غيره - كما هو الحال في تنفيذ الالتزامات المالية بصفة عامة - وبين تنفيذ يجب أن يتم من المدين ذاته .

وترتيباً على هاتين المقدمتين ، فكلما كان الأثر القانوني الذي يفترض تكليفاً - وهو الالتزام - يستوى فيه أن ينفذ من المدين أو من غيره ، فإن تخلف التمييز لدى المدين لا يمنع من ثبوت الالتزام في ذمته ، وتكليف النائب عنه بأدائه . وفي هذه الحالة يثبت الأثر في مواجهة شخص ويقوم التكليف تجاه شخص آخر - حتى يتوافر التمييز لدى من يثبت الأثر في ذمته (١) - ولا يكون هناك تعارض في ذلك ، تأسيساً على المفارقة بين ثبوت الالتزام وتنفيذه ، وطالما كان الثبوت لا يقتضى أكثر من أعمال حكم وضعي .

أما إذا كان الأثر القانوني الذي يفترض تكليفاً يجب أن يؤدي التكليف فيه من المدين ذاته ، فإن تخلف شرط التكليف وهو التمييز يرتد بالضرورة إلى الوضع فيمنع إيقاعه . وفي مثل هذه الحالة يصبح توافر التمييز بالضرورة شرطاً للوضع بمثل ما هو شرط للتكليف المترتب عليه ، ويصبح تخلفه مانعاً من قيام هذا الوضع .

٥٢ - ولعل خير ما يكشف عن علاقة الوضع والتكليف ، وارتباط كل منهما بتشريع الحقوق والالتزامات وإيجاب الوفاء بها ، هو بيان موقف فقهاء الشريعة من إيجاب بعض الالتزامات المالية على عديم التمييز .

وسوف نتخذ مثالا لذلك من الزكاة والضمان . وتظهر أهمية مثال الزكاة في هذا الصدد في أن محور الخلاف بصده هو جواز أو عدم جواز النيابة في أداء الزكاة . وتظهر أهمية الضمان في أن محور الخلاف بصده ليس جواز النيابة وإنما هو حقيقة سبب الضمان وما إذا كان وضعاً أو تكليفاً .

(١) ولذلك فالدعوى بتنفيذ الالتزام لا ترفع على غير المميز وإنما على النائب عنه بصفته كذلك .

فأما الزكاة ، فمن المسلم به أنها تقوم على أحكام وضعية لا تفترض التمييز لوقوعها في حق الانسان . فهي سبب لمسبب لا أثر للتكليف فيه وهو الملك البالغ النصاب ، وهي مشروط لا أثر للتكليف فيه وهو الحول . ومقتضى ذلك أن تجب في حق عديم التمييز . غير أنه من المسلم به كذلك أن إيجاب الزكاة معناه التكليف بأدائها ، وأن مثل هذا التكليف لا يقوم إلا بتوافر شرطه وهو التمييز ، ويمتنع تعلقه بالشخص إذا ما وجد مانع منه من جنون أو عته . وهنا يتضح التعارض بين مقتضى التكليف الذي ينشأ عن إيجاب الزكاة وبين مقتضى الأحكام التي يقوم عليها إيجابها ، فكيف يحل فقهاء الشرع الاسلامي هذا التناقض ؟

ذهب الجمهور إلى وجوب الزكاة على عديم التمييز - أخذاً بمقتضى الأحكام التي يقوم عليها إيجابها - وذهب الحنفية على العكس من ذلك إلى عدم إيجابها - أخذاً بمقتضى التكليف الذي ينشأ عن هذا الإيجاب (١) . ومرجع هذا الخلاف لديهم هو ما إذا كانت الزكاة مؤنة للمال أو عبادة (٢) . فمن رأى فيها مؤنة ذهب إلى وجوبها على عديم التمييز ، ومن رأى فيها عبادة ذهب إلى عدم وجوبها عليه . ويتضح من ذلك أن حقيقة الخلاف لديهم تكمن فيما إذا كانت النيابة تجوز أو لا تجوز في أداء التكليف المترتب على إيجاب الزكاة . فمن قال بأنها مؤنة ذهب إلى جواز النيابة في أدائها ، وانتهى من ثم إلى إيجابها في مال عديم التمييز بمجرد توافر سببها وشروطها ، وأقام التكليف بأدائها على عاتق الولى لا على عاتق غير المميز . ومن قال بأنها عبادة ذهب إلى عدم جواز النيابة في أدائها باعتبار أن المقصود بإيجابها هو فعلها ممن تجب عليه ذاته لا من النائب ، ومن ثم انتهى إلى عدم قيام التكليف بأدائها على عديم التمييز وعلى الولى على السواء . وأما الضمان ، فمن المسلم به أن إيجابه ينشئ التزاماً في ذمة الضامن . ومن المسلم به كذلك أن هذا الالتزام التزام مالى لا أثر فيه للعبادة ، بحيث

(١) أنظر في ذلك : ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، طبعة ١٩٦٨ ، ص ٣٠٦ .

(٢) أنظر في ذلك : عمر عبده ، سلم الوصول لعلم الأصول ، الطبعة الثانية ، ١٣٧٩ هـ -

١٩٥٩ م ، ص ١٢٢ ، التلويح ، ج ٢ ، ص ١٦٤ .

يمكن أدائه من النائب كما يمكن أدائه من الأصل سواء بسواء .
ومع ذلك فقد اختلف الرأي في قيامه في حق عديم التمييز . فقد ذهب
الجمهور إلى قيامه قولاً بأن الضمان من خطاب الوضع وخالف بعض المالكية
في ذلك قولاً بأن الضمان من خطاب التكليف (١).

ويتضح من هاتين المقدمتين أن مبعث الخلاف ليس في كون الضمان—
إذا ما قام سببه — يفترض تكليفاً بالأداء من مال الضامن، أو في كون تنفيذ
هذا التكليف يمكن أن يتم ممن يقع الضمان على ماله أو من النائب عنه ،
ولمّا في النظر إلى سبب الضمان ذاته . فالجمهور يبحث عن هذا السبب
في ربط الشارع بين الضمان وبين الضرر الذي سببه الضامن للمضرور فيرى
فيه حكماً وضعياً يتحقق أثره تلقائياً بمجرد تحقق الضرر وثبوت التسبب فيه
دون نظر إلى تمييز أو انعدام تمييز المتسبب . وبعض المالكية يبحث عن هذا
السبب في عدم مشروعية النشاط المسبب للضرر ، فيرى فيه حكماً تكليفاً ،
التمييز شرط لقيامه في حق المتسبب وعدم التمييز مانع من قيامه في حقه ،
فينتهى إلى انعدام السبب بمجرد قيام المانع ، ومن ثم إلى عدم قيام الضمان
عند ثبوت انعدام التمييز تأسيساً على تخلف السبب (٢) .

(١) أنظر في هذا الشأن ، على الحفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، ١٩٧١ .

(٢) أنظر ما يلي ، بند ١٠٤ .

الفصل الثاني

مناط الإلزام بالأحكام المدنية وأعمال القانون

٥٣ - أيما كان جوهر القانون - وسواء كان حقوقاً أو كان قواعد سلوك تقيم واجبات أو كان أحكاماً متباينة من التكليف والوضع - فإن وجوده أمر وتعلقه بإفسان معين أو إيقاعه في شأنه أمر آخر . فتشريع الحقوق والتكاليف والأحكام له دليله المتمثل في مصدر من مصادر القانون من تشريع وعرف وقضاء ، وتعلقها بالإنسان له دليله المتمثل في تصرف أو واقعة من التصرفات والوقائع التي يباط بها قيام الحق أو التكليف أو إنزال الحكم بالمكلف . وحتى يتحقق إلزام القانون للإنسان لابد من توافر الدليل على شرعيته من ناحية وتوافر الدليل على تعلقه بهذا الإنسان من ناحية أخرى . ولذلك فالفقه المعاصر يفرق بين المصدر المباشر والمصدر غير المباشر للمراكز القانونية، أو بين مصدرها المسبب ومصدرها المرتب (١) . فالأول هو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية التي يباط بها المركز القانوني . والآخر هو القانون ذاته الذي يتكفل بإنفاذ هذا المركز بالتصرفات والوقائع . والفقهاء الإسلاميين يفرق بين دليل شرعية الحكم وبين دليل وقوعه . فالأول يقابل المصدر غير المباشر أو المصدر المرتب . والآخر يقابل المصدر المباشر أو المصدر المرتب .

وقد كان لازدواج دليل إلزام القانون على هذا النحو أثره المباشر على مواجهة مشكلة مناط هذا الإلزام . فالحق أو الواجب القانوني كما يبدو كل منهما كنتاج للقانون بمعناه الموضوعي المجرد يبدو كنتاج للتصرف القانوني أو الواقعة القانونية . ومن هنا فالفقه بعد أن يواجه مشكلة مناط

(١) أنظر في هذا الصدد ، جلال العدي ، أصول المعاملات ، ج ١ ، ص ٦٢ وما بعدها .

الزام بالأحكام في نطاق نظرية الحق أو في نطاق نظرية القانون تحت فكرة الشخصية ، يعود فيواجهها مرة أخرى في نطاق نظرية التصرف القانوني تحت فكرة الأهلية - كعنصر في التصرف - وفي نطاق الواقعة القانونية تحت فكرة التمييز - كعنصر في العمل غير المشروع .

وكل من فكرتي الأهلية والتمييز مناطهما العقل . وفكرة العقل يتحدد موضعها في نظرية الحق ونظرية القانون من خلال مناقشة فكرة الشخصية . ولذلك يبدو لأول وهلة عدم جدوى مواجهتها مناط الإلزام بالأحكام المدنية من جديد في نظريتي التصرف القانوني والعمل غير المشروع بعد أن تحدد هذا المناط من خلال مناقشة فكرة الشخصية . ولكن هذه الجدوى تنصح إذا ما استعدنا في الذهن موقف الفقه التقليدي من بيان القانون ، وتصوير هذا الأخير تارة كمجرد حقوق وتارة أخرى كمجرد قواعد للسلوك تفرض واجبات .

ففي النظر الأول تثبت الشخصية دون اعتبار لتوافر العقل . ولكن الملاحظ أن العقل يلعب دوراً هاماً في الإلزام بأحكام القانون . ومن هنا كان لا بد من إيجاد موضع لدراسة دور العقل في الإلزام بأحكام القانون ، فكانت دراسته في مجال التصرف القانوني والعمل غير المشروع ، بعد أن صار من المستحيل دراسته في نظرية الشخصية .

وفي النظر الآخر لا تثبت الشخصية إلا للعاقل على نحو تستنفذ معه دراسة الشخصية دراسة العقل كمناط للإلزام بأحكام القانون . ولكن يبقى بعد ذلك أن دليل تعلق هذه الأحكام بالإنسان هو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية ، وأن التصرف والواقعة عناصران مستقلان في وجودهما عن وجود أحكام القانون وتاليان في وجودهما لوجوده . لذلك لزم توضيح الصلة بين كل من التصرف القانوني والواقعة القانونية من ناحية وبين أحكام القانون من ناحية أخرى ، مما يثبت أن مناط الإلزام الناشئ عن التصرف أو الواقعة هو بعينه مناط الإلزام الناشئ عن أحكام القانون .

وترتيباً على ذلك كان علينا أن نعرض لمناط الإلزام بالأحكام المدنية في علاقته بكل من التصرف القانوني والفعل الضار كنموذجين مختلفين لدليل وقوع أحكام القانون ، أو ما يعرف في الفقه بالمصدر غير المباشر أو المصدر المرتب للمراكز القانونية .

المبحث الأول : الإلزام بالأحكام المدنية والتصرف القانوني .

المبحث الثاني : الإلزام بالأحكام المدنية والفعل الضار .

المبحث الأول

الإلزام بالأحكام المدنية والتصرف القانوني

٥٤ - يمثل التصرف القانوني مجالاً من أهم المجالات التي تتصارع فيها الاتجاهات المختلفة في تصور القانون وجوهره . فالتصرف القانوني في جوهره هو تصرف إرادي يرتب أثراً قانونياً . وهو هذه المثابة عمل شخصي ذاتي في مبتداه ونتيجة موضوعية في منتهاه . ولذلك فدراسة مناط الإلزام بالتصرف القانوني لا بد أن تأخذ بعين الاعتبار العمل الشخصي الذي يبدأ به هذا التصرف والنتيجة الموضوعية التي ينتهي إليها . ولذلك أيضاً كان علينا أن نحدد مناط الإلزام بالتصرف القانوني على أساس من هذين العنصرين . فالعنصر الأول - العنصر الذاتي الشخصي - يبين منشأ الأثر الذي يرتبه التصرف القانوني . والعنصر الآخر - العنصر الموضوعي - يبين أن هذا الأثر هو أثر للقانون . وقد سبق أن رأينا أن الإرادة هي محور فقه الحقوق وأن الأثر القانوني هو مبحث من مباحث فقه قاعدة السلوك (١) . ومن ثم كان علينا أن نحدد علاقة مناط الإلزام بالتصرف القانوني بكل من التصرف الإرادي والأثر القانوني من خلال هذين الفقهين .

المطلب الأول : مناط الإلزام بالتصرف القانوني والتصرف الإرادي

المطلب الثاني : مناط الإلزام بالتصرف القانوني والأثر القانوني .

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٥ وما بعده ، وبند ١٨ وما بعده .

المطلب الاول

مناط الالزام بالتصرف القانوني والتصرف الارادى

وضع المشكله :

٥٥ - لاجدال فى أن الإلزام بالتصرف القانونى هو إلزام للإنسان بإرادته . ولكن التساؤل يثور عن المقصود بالإرادة، وعن علة التزام الشخص بإرادته وعدم إمكانه العدول عنها بإرادة لاحقة . ويحاول الفقه الإجابة على هذا التساؤل من خلال تنقيبه عن أساس الالتزام الإرادى أو منشأه . غير أن الواقع أن فكرة أساس الالتزام الارادى أو منشأه تخفى وراءها مشكلتين متميزتين هما: مشكلة الشخص الذى يكون أهلا للالتزام الإرادى - أو مايسميه فقه الشريعة الإسلامية بالعاقده - ومشكلة الإرادة الملزمة وحدود إلزامها ، أو مشكلة الإلتزام الإرادى . ولذلك فالمنطلق الصحيح لحل هذه المشكلة هو التمييز بين مناط الإلزام بالتصرف القانونى ودليل وقوع هذا الإلزام (١) .

١ - أساس الالتزام الارادى

الإرادة بنومها الفردى :

٥٦ - يمثل ما واجه الفقه التقليدى - بنزعه المثالية - فكرة الحق من خلال فكرة الحرية ، فقد واجه كذلك نظرية التصرف القانونى من خلال هذه الفكرة . ففكرة الحق تنبعث لدى هذا الفقه كما قدمنا من تصور أن الحرية والاختيار هما فطرة الإنسان ، وأن الترجمة القانونية لهذه الفطرة هى حقوق الفرد أو قدراته الإرادية . وعلى هذا النحو فإذا كان الإنسان يلتزم بما مجريه من تصرفات قانونية ، فإن اجراء هذه التصرفات لا يعدو أن يكون ممارسة لقدراته الإرادية التى تثبت لها فطرته ، فإرادة الإنسان هى مصدر التزامه ، والتزام الإنسان بما لم يردده يجافى الفطرة ويتعارض مع

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٥ وما بعده .

ناموس الخليفة(١)، والقوة الملزمة للتصرف القانوني ليس لها من سند سوى سلطان الإرادة(٢).

بل إن القانون الموضوعي ذاته - المتمثل في قواعد عامة مجردة - يستمد سلطانه من مجموع إرادات أفراد المجتمع ، باعتباره تعبيراً عن إرادة كل منهم (٣). وهو بهذه المثابة لا يكون له من سلطان قبل من يعبر عن إرادة صريحة مخالفة له . ولذلك كان للتصرف القانوني أن يخالف القانون دون أن يكون للقانون مخالفة التصرف وكانت قواعد القانون في الجملة قواعد مفسرة للإرادة الفردية .

حتماً إن القانون يعرف بعض القواعد يقال لها القواعد الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام والآداب ، لا يجوز الخروج عليها . ولكن هذه القواعد هي قواعد خادمة للحرية الفردية وحامية لسلطان الإرادة ، ولا تكتسب صفتها المذكورة إلا من قيامها بهذه الوظيفة وبقدر قيامها بها . ولذلك كان نطاق هذه القواعد مقصوراً على القواعد التي تعين المجال القانوني لكل فرد وتمنع إرادته من تخطي المجال الخاص به إلى المجال الخاص بغيره من الأفراد .

وعلى هذا النحو فالتصرف القانوني يتمحض في إرادة من الإنسان تهدف إلى إحداث أثر قانوني معين هو الالتزام ، والالتزام لا يعدو أن يكون تحديداً لحرية من يصدر عنه التصرف يفترض قبول الملتزم الخضوع

(١) في هذا المعنى : عبد الرحمن عياد ، أساس الالتزام العقدي ، ص ٨٧؛ مارتى وريينو ، القانون المدني ، ج ٢ ص ٣٠ وما بعدها . أنظر كذلك ، سيمير تناغو ، الالتزام القضائي ، ١٩٦٥ ، ص ٥٣ وما بعدها .

(٢) أنظر في هذا الشأن : بلانيول وريبير ، القانون المدني ، ج ٦ ، بند ١٤ ؛ مارسيل فالين ، الفردية والقانون ، ١٩٤٩ ، ص ٢٠ - ٢٧ و ص ١٦٩ وما بعدها ؛ جونو ، مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص ، ١٩١٢ ؛ حلمي بهجت بدوي ، أصول الالتزامات ، ١٩٤٣ ، ١٩٤٢ ، بند ٤٠ وما بعده ، ص ٦٤ وما بعدها .

(٣) فالين ، المرجع السابق ، ص ١١٥ .

الإرادة من يتم الالتزام في مواجهته (١) . وعلى هذا النحو أيضاً فالتصرف القانوني هو «مظهر القوة الخلاقة للإرادة الخاصة في المجال القانوني» (٢)

٥٧ - ولما كان التصرف القانوني ينحل على هذا النحو إلى إرادة مجردة إرادة تحد من حرية صاحبها لصالح الغير - كان لابد من إيجاد مكان شرعي لأحكام الأهلية في نظرية الإرادة ذاتها ، وتطويع هذه النظرية لمقتضيات هذه الأحكام . ولذلك فقد ذهب الفقه إلى أن انعدام الأهلية يعتبر قرينة على انعدام الإرادة ، وأن نقص الأهلية يعتبر قرينة على نقص الإرادة وأن كمال الأهلية يعتبر قرينة على كمال الإرادة (٣) . وعلى هذا النحو يمكن ترتيب حكم التصرفات القانونية بالنظر إلى قواعد الأهلية . فتصرف عديم الأهلية من صغير دون سن التمييز ومن مجنون أو معتوه يعتبر باطلاً لانعدام الإرادة لديه . وتصرف ناقص الأهلية من قاصر أو سفیه أو ذی غفلة يعتبر قابلاً للإبطال لنقص الإرادة لديه . وتصرف كامل الأهلية ممن بلغ سن الرشد غير مصاب بعارض من العوارض السابقة هو وحده الذي يعتبر صحيحاً لا كنهال إرادته (٤) .

٥٨ - ويبدو لنا أنه بصرف النظر عن مدى صحة اتخاذ سلطان الإرادة

- (١) أنظر في هذا المعنى ، وفي النظرية الإرادية للالتزام بصفة عامة : كومبارتو ، محاولة في التحليل المزدوج للالتزام في القانون الخاص ، ١٩٦٤ ، ص ٢ وما بعدها
- (٢) ونشيد ، الموسوعة ، الطبعة السابعة ، ج ١ ، ص ٦٩ ، أشار إليه ريج ، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني وفقاً للفقه الألماني في القرن التاسع عشر ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٥٧ ، ص ٢٢٦ .
- (٣) أنظر في صلة الأهلية بالإرادة : هوان ، عدم الأهلية ، المحلّة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٤٧ ، ص ٣٨٣ وما بعدها ؛ خاصة ص ٣٨٦ وما بعدها ؛ ريج ، دور الإرادة في التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي والألماني ، ١٩٦١ ، ص ١٦ وما بعدها ؛ مارتى وريغو ، القانون المدني ، ج ١ ، بند ٧٩١ وما بعده ، ج ٢ ، بند ٨٦ وما بعده ؛ اسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٨ ، بند ٩١ ، ص ١٧٤ .
- (٤) في هذا المعنى : عبد المعنم فرج الصدة ، المرجع السابق ، بند ١٣٢ ، ص ١٦٢ .

أساساً للقوة الملزمة للتصرف القانوني ، فإنه يؤخذ على هذا الربط بين الإرادة وبين الأهلية أنه يخالط بين الإرادة «كشيئة» مستظهرة في لحظة من لحظات الزمن وبين الإرادة كحالة أو صفة مصاحبة للإنسان . فما لا شك فيه أن الإرادة التي تكون جوهر التصرف القانوني هي مشيئة صاحب التصرف التي تصدر عنه في لحظة زمنية معينة وتنفصل عنه في هذه اللحظة . ومما لا شك فيه كذلك أن الأهلية في أي من أوضاعها هي حالة لمن يتمتع بها تلازمه ولا تنفصل عنه بإصداره مشيئة أو أخرى في لحظة معينة من لحظات الزمن . وهكذا يمكن أن يفهم قول الأستاذ هوان أن «تعبير القرينة على عيب الرضا يؤدي إلى إخفاء الصفة الشخصية لعدم الأهلية التي تتمثل فيها أصالتها» (١).

ولذلك فإذا كانت الإرادة هي مناط الأهلية فلا بد أن يكون المقصود بهذه الإرادة لا المشيئة المستعلنة في لحظة إبرام التصرف وإنما حالة الإنسان القادرة على إصدار مثل هذه الإرادة الأخيرة أو حالة الإنسان المتمتع بحرية توجيه إرادته . ومن ثم فإذا كان التصرف القانوني هو إرادة ، فلا يمكن أن تكون هذه الإرادة هي بذاتها الأهلية ، وإذا كانت الأهلية تقبل التبعض بحيث يتصور أن يفارق بين أهلية كاملة وأهلية ناقصة وأهلية منعدمة فإن ذلك لا يستتبع بالضرورة التمييز في صدد الإرادة المكونة للتصرف القانوني بين إرادة كاملة وإرادة ناقصة وإرادة منعدمة (٢) .

والواقع أن تحديد الإرادة المكونة للتصرف القانوني على هذا النحو وصرفها إلى مجرد المشيئة لا بد بالضرورة أن يؤدي إلى القول بأن الإنسان قد أراد أو أنه لم يرد ، ولا مرحلة وسطى بين الوضعين . ولذلك فإنه لا يمكن تفسير المفارقة بين تصرفات عديم الأهلية وتصرفات ناقصها وتصرفات كاملها على أساس من الإرادة ، والقول بأن الأولى باطلة والثانية قابلة

(١) المقال السابق ، ص ٣٨٨ .

(٢) أنظر في مناقشة الحالات المقول فيها بانعدام الإرادة : ريج ، المرجع السابق ، ص ١٦ وما بعدها .

للبطلان والثالثة صحيحة. فننطق بفكرة الإرادة يؤدي بالضرورة إلى إعطاء حكم واحد لتصرفات غير كامل الأهلية ، وهو البطلان إذا ما قلنا بانعدام الإرادة لديه والصحة إذا قلنا بتوافرها ، بحيث لا يكون هناك مجال لفصيلة التصرف القابل للإبطال .

٥٩ - على أنه إذا ما افترضنا إمكان التمييز بين إرادة كاملة وإرادة ناقصة وإرادة منعدمة تمشياً مع كمال الأهلية ونقصها وانعدامها ، على النحو المتقدم ، فإن ذلك لا يكفي في الواقع لتفسير حكم التصرفات القانونية من حيث الأهلية . ذلك أن هذا المنطق يؤدي كما هو واضح إلى القول بأن تصرفات ناقص الأهلية تكون دائماً وأبداً قابلة للإبطال ، لاصححة ولاباطلة ، لأن إرادته تكون ناقصة لا كاملة ولا منعدمة كذلك . غير أن أحكام الأهلية لا تجعل تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال إلا إذا كانت دائرة بين النفع والضرر . أما إذا كانت نافعة نفعاً محضاً فإنها تكون صحيحة بالرغم من أن الفرض هو نقص الإرادة لديه لا كمالها . وأما إذا كانت ضارة ضرراً محضاً ، فإنها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ، بالرغم من أن الفرض كذلك هو نقص الإرادة لديه لا انعدامها .

كذلك فهذا المنطق يؤدي إلى بطلان أو إبطال تصرفات عديم الأهلية في جميع الأحوال . ولكن الواقع أن تصرفات الجنون والمعتوه - والفرض أنه عديم الإرادة - لا تكون باطلة إذا صدرت قبل تسجيل قرار الحجر - وفقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدني- إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها . وبالمثل فتصرفات السفیه وذی الغفله - والفرض أنه ناقص الإرادة - لا تكون باطلة أو قابلة للإبطال إذا صدرت قبل تسجيل قرار الحجر - وفقاً لحكم المادة من ١١٥ من القانون المدني- إلا إذا كانت قد صدرت نتيجة استغلال أو تواطؤ .

ومن الواضح أن القول بأن التصرف القانوني هو إرادة يقتضى القول بانعدام التصرف القانوني ، ومن ثم تخلف الإلزام كلما تخلفت الإرادة. ولذلك فإذا كان التصرف القانوني يوجد صحيحاً رغم انعدام الأهلية أو نقصها ، فلا بد بالضرورة من التسليم بأن مناط الأهلية - انعداماً ونقصاً وكهلاً - ليس هو الإرادة ، وإلا لما أمكن تصور تصرف قانوني صحيح من عديم الإرادة أو ناقصها .

٦٠ - على أنه بصرف النظر عن مدى قدرة فكرة الإرادة على تفسير اختلاف حكم التصرف القانوني من البطلان إلى القابلية للإبطال إلى الصحة ، بحسب ما يتوافر لمن صدر عنه من أهلية ، فإنه لا يمكن أن يقدم تفسيراً لنفاذ التصرفات التي يجريها النائب عن غير كامل الأهلية باسمه ، في حق هذا الأخير . ذلك أن الفرض أن الإرادة هي مصدر الإلزام وأنه بقدر ما يتوافر منها تكون الصحة ، فكيف يكون التصرف الذي يجريه النائب صحيحاً في الوقت الذي تكون فيه إرادة الملزم معدومة أو ناقصة ؟ إن اتخاذ سلطان الإرادة وحده أساساً للإلزام بالتصرف القانوني يخالف المسلم من إلزام التصرفات التي يقوم بها النائب القانوني عن غير كامل الأهلية - بإرادته وباسم الأصيل - لمن ينوب عنه بمثل ما يخالف المسلم به من ثبوت الحق الناشئ عن هذا التصرف لعديم التمييز على نحو ما أشرنا إليه بصدد مناقشة فكرة الشخصية (١) . فمثل هذا الإلزام لا يمكن أن يكون له من سند سوى حكم القانون الموضوعي الذي يقضى بتعيين النائب القانوني ويجعل تصرفاته عن الأصيل ملزمة لهذا الأصيل .

وعلى هذا النحو السابق يمكن القول بأن التصرف القانوني إرادة ، فلا يوجد إذا تخلفت الإرادة . ولكن وجود الإرادة ، ومن ثم قيام التصرف

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٦ وما بعده .

القانوني ، لايعنى بالضرورة الإلزام بهذا التصرف ، إذا ماختلف مناط هذا الإلزام . كذلك فوجود الإرادة وقيام التصرف لايعنى بالضرورة انصراف الإلزام به لمن صدرت منه هذه الإرادة .

٦١ - على أنه إذا كانت فكرة سلطان الإرادة كأساس للإلزام بالتصرف القانوني تعجز عن تفسير أحكام الأهلية وماتستتبعه من نيابة قانونية على النحو المتقدم ، فإنها تؤدي إلى نتائج مخالفة لأحكام القانون الوضعي في مناطق أخرى متعددة من نظرية التصرف القانوني تدور حول مشكلة الخلاف بين الإرادة الحقيقية والإرادة المعلنة ، كما هو الحال في عدم اعتداد القانون الوضعي بالتحفظ الذهني بصفة عامة أو بالغلط غير المغتفر ، وكما هو الحال في إغفال الإرادة الحقيقية في التفسير إذا ما تعارضت مع المعنى العادي للتعبير الذي حملها إلى العالم الخارجي أو في تمكين الغير من الاعتداد بالتصرف رغم صورته (١) .

الإرادة بمفهومها الاجتماعي :

٦٢ - أدى عجز الاتجاه المثالي ، المتعلق بمبدأ سلطان الإرادة ، عن تفسير الحقائق السابقة - فيما يتعلق بالخلاف بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة - إلى زدود فعل مختلفة في الفقه الألماني وفي القضاء السويسري . وقد تمخضت هذه التيارات عن اتجاه وضعي يأخذ الإرادة المكونة للتصرف القانوني بمفهوم اجتماعي يخالف مفهومها الفردي السابق .

أما الفقه الألماني فقد ابتدع نظرية التعبير كمحاولة لتفادي التناقض الواضح في هذا الصدد بين مبدأ سلطان الإرادة وبين حقيقة القانون الوضعي . وفحوى هذه النظرية أن العنصر المكون للتصرف القانوني هو التعبير عن الإرادة كحقيقة اجتماعية خارجية وليس الإرادة ذاتها كحقيقة نفسية داخلية ، وأن دور الإرادة كحقيقة نفسية يقف عند إصدار التعبير ليتولى هذا

(١) أنظر في تفصيل ذلك : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٤٧ وما بعدها ؛ السنهوري ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، بند ٧٧ وما بعده ، ص ١٩١ وما بعدها .

التعبير من بعد ترتيب الآثار القانونية للتصرف (١). وعلى هذا النحو فمضمون التصرف لا يتحدد بما أنجهدت إليه الإرادة الحقيقية وإنما بما تضمنه التعبير عنها على نحو يزول معه التناقض بين حقيقة التصرف القانوني أو ركنه وبين آثاره . فحقيقته التصرف - أو ركنه - هي التعبير وآثار التصرف يحددها هذا التعبير .

ومن الواضح أن الإرادة النفسية في هذا النظر يظل لها دور إصدار التعبير . ولذلك فالتعبير لا يكون له من أثر إلا بقدر صدوره عن إرادة نفسية على نحو يمكن معه التمييز بين تعبير صادر عن إرادة كاملة وتعبير صادر عن إرادة ناقصة ، وتعبير لا تتواجد خلفه إرادة . وعلى هذا النحو فنظرية التعبير إن كانت تفسر أحكام القانون التي تغلب التعبير أو الإرادة المعلنة على الإرادة الحقيقية ، وتؤدي إلى وجوب عدم الاعتداد بالإرادة الحقيقية في ترتيب آثار التصرف القانوني من البداية ، فإنها لا تختلف عن نظرية سلطان الإرادة فيما يتعلق بمشكلة الأهلية ولا تفسر ما في هذه النظرية الأخيرة من تناقضات كشفنا عنها . وبعبارة أخرى فهي تبقى على فكرة سلطان الإرادة . لتفسير مناط إلزام التصرف القانوني .

بل الواقع أن نظرية التعبير - وما دامت مشكلة الأهلية فيها مرتبطة بمشكلة الإرادة النفسية - تضيف تناقضاً جديداً إلى نظرية التصرف القانوني . فالنظرية في أبعادها الحقيقية تؤدي إلى إهدار كل دور للإرادة الحقيقية وتعتمد بالتعبير وحده (٢) ، على نحو يؤدي منطقاً إلى التزام عديم الأهلية

(١) أنظر في تفصيل هذه النظرية : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٨٥ وما بعدها ؛ منيال ، إعلان الإرادة ، المجلة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٠٢ ص ٥٤٥ وما بعدها ؛ ريج ، دور الإرادة في التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي هو الألماني ، المرجع السابق ، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني وفقاً للفقهاء الألماني في القرن التاسع عشر ، أرشيف فلسفة القانون ، ١٩٥٧ ، ص ١٠٥ ؛ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ٥٢ ، ص ٨٩ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى ، حلمي بهجت بدوي ، المرجع السابق ، بند ٥٧ ، ص ٨٩ وما بعدها .

بالتصرف القانوني الذي يصدر عنه . والحفاظ على الإرادة الحقيقية في نظرية التصرف القانوني عن طريق القول بأنها هي التي تتولى إصدار التعبير ، لا يعدو أن يكون حفاظاً مصطنعاً ، الهدف الوحيد منه هو إيجاد تفسير لعدم التزام عديم الأهلية بما يصدر عنه من تعبير (١). ولكن الحفاظ على دور الإرادة على هذا النحو يؤدي إلى شرح عميق في نظرية التصرف القانوني . فكيف يمكن التسليم بأن الإرادة النفسية هي التي تصدر التعبير ، ثم يقال بعد ذلك بإغفال كل دور لها في تحديد الآثار القانونية لهذا التعبير؟ (٢) .

٦٣ — أما القضاء السويسري فقد سلك في معالجة التعارض بين الإرادة الحقيقية والإرادة المعلنة مسلكاً عملياً حاول فيه أن يوفق بين كل من هاتين الفكرتين . وقد كان من نتيجة ما بذل من محاولات لتفسير الحلول العلمية في هذا الشأن ، ظهور نظرية أخرى تعرف في الفقه بنظرية الثقة . وفحوى هذه النظرية يكمن في إيجاد نقطة التقاء بين الإرادة كعنصر نفسي وبين التعبير كعنصر خارجي ، عن طريق القول بأن منطوق التصرف القانوني هو الإرادة الممكن التعرف عليها (٣) . وعلى هذا النحو يكون الاعتداد بالإرادة الحقيقية رغم مخالفتها للتعبير كلما كان باستطاعة الموجه إليه التعبير التعرف عليها . ذلك أن اختلاف التعبير عن الإرادة الحقيقية لا يولد ثقة لدى الموجه إليه التعبير تخالف هذه الإرادة الحقيقية في هذه الحالة . وعلى العكس من ذلك يكون الاعتداد بالإرادة المعلنة رغم ثبوت مخالفتها للإرادة الحقيقية كلما كان من غير الممكن للموجه إليه التعبير أن يتعرف على هذه الإرادة الأخيرة . ذلك أن التعبير يولد لدى الموجه إليه ثقة فيما احتواه في هذه الحالة .

ولا شك أن هذه النظرية تؤدي إلى حلول عملية وعادلة فيما يتعلق بمشكلة الخلاف بين الإرادة الحقيقية والإرادة المعلنة . فهي تؤدي إلى الاعتداد

(١) ريج ، المقال السابق ؛ عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٩٢ .

(٢) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٩٣ .

(٣) في شرح هذا المعنى ، أنظر عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٩٨ وما بعدها .

بالتحفظ الذهني كلما كان الموجة إليه الإعلان عن الإرادة يعلم به وإهداره كلما كان يجهله . وهي في حالة التصرف الصوري تفارق في المعاملة بين طرفي التصرف اللذان يعلمان صورته وبين الغير الذي يجهلها . وهي تؤدي كذلك إلى نتائج عادلة فيما يتعلق بالتفسير تنفادي ما في الاعتداد بالإرادة الحقيقية أو بما يؤدي إليه التفسير الموضوعي المجرد للتعبير - أحدهما أو الآخر - من تطرف (١) .

كذلك فهذه النظرية تفسر جانباً من أحكام الأهلية . فهي تفسر بطلان تصرفات الجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر كلما كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها ، وصحتها إذا لم تكن حالة الجنون أو العته شائعة ولم يكن الطرف الآخر على بينة منها . ففي الحالة الأولى لا يولد التعبير ثقة لدى الطرف الآخر . وفي الحالة الأخرى يولد التعبير مثل هذه الثقة .

وهي تفسر كذلك بطلان تصرفات السفیه وذی الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر كلما كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ ، وصحتها إذا ما انعدم الاستغلال والتواطؤ . ففي الحالة الأولى لا يكون التعبير مولداً لثقة لدى الموجة إليه ، وفي الحالة الأخرى يكون التعبير مولداً لثقة .

غير أن نظرية الثقة لا تفسر كل أحكام الأهلية (٢) . ذلك أن منطقتها يؤدي إلى التزام غير كامل الأهلية بتصرفه كلما كان الموجة إليه التعبير

(١) في تفصيل ذلك ، أنظر : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٠٤ وما بعدها .

(٢) كذلك فمنطق هذه النظرية يتضمن قسوة فيما يفرضه من حلول لمشكلة عيوب الإرادة .

فهو يؤدي إلى عدم الاعتداد بالغلط مثلاً كلما كان الموجة إليه التعبير يجهل وقوع صاحبه في الغلط حتى ولو لم يكن هذا الأخير مقصراً في كشف الحقيقة التي وقع بشأنها الغلط المذكور .

في هذا المعنى ، أنظر عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

الصادر عنه يجهل انعدام الأهلية أو نقصاً ، فهدر بذلك ما يكفله القانون لمن لم يبلغ سن الرشد من حماية موضوعية لاتتأثر بمركز الطرف الآخر في التصرف ومدى علمه أو جهله بعدم كمال أهلية صاحب التعبير (١) .
ولذلك فالتضاء السويسرى لم يستطع مجارة منطق هذه النظرية إلى منتهاه في هذا الصدد (٢) . أما إذا كان الموجه إليه التعبير يعلم انعدام الأهلية أو نقصها ، فهى تؤدى إلى ذات النتائج التى يؤدى إليها مبدأ سلطان الإرادة بكل ما يرد عليها من تحفظات (٣) . ومرجع ذلك بالطبع أن الإرادة الممكن التعرف عليها فى هذه الحالة تكون هى الإرادة الباطنة أو الحقيقية ذاتها .

وخلاصة القول أن أخذ الإرادة بمفهوم اجتماعى لا يعدو أن يكون محاولة محمودة لتطويع نظرية سلطان الإرادة تطويعاً يقرب بينها وبين أحكام القانون الوضعى فيما يتعلق بمشكلة اختلاف الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة ، وأنه مهما كان نجاحها فى حل هذه المشكلة فهى لا تحل التناقض الذى سبق أن أوضحناه بين أحكام الأهلية وبين هذا المبدأ .

ضرورة التمييز بين مناط الالزام ودليل ولوعه :

٦٤ - لعله يتضح مما تقدم أن مبحث أساس الالزام الإرادى لا يثير مشكلة واحدة - كما يبدو لأول وهله من المنهج الذى درج عليه الفقه فى مواجهته - وإنما يثير فى الواقع مشكلتين منفصلتين ، هما مشكلة مناط الالزام بالتصرف القانونى ومشكلة دليل وقوعه أو الواقعة المسببة له . والمشكلة الأولى - فيما يبدو - هى المشكلة المسيطرة على التصوير الفردى للإرادة فى مواجهته لأساس الإلزام الإدارى . والمشكلة الأخرى هى المشكلة المسيطرة على التصوير الاجتماعى للإرادة فى مواجهته لهذا الأساس . ولذلك

(١) فى هذا المعنى : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

(٢) أنظر فى ذلك : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

(٣) أنظر ما سبق ، بند ٥٨ ، ٥٩ .

كان طبيعياً أن تضطرب حلول كل من المشكلتين - على حد سواء - في هذا التصوير وذاك . ولذلك أيضاً فيدلونا أن نقطة البداية في الوصول إلى تصوير مقبول لمشكلة منط الإلزام بالتصرف القانوني تكمن في الفصل بينها وبين مشكلة دليل وقوع الإلزام بهذا التصرف ، والكشف عن منشأ مواجهة الفقه لهما في مدرك واحد هو مدرك أساس الإلزام الإرادي ، على الرغم من انفصاليهما في الحقيقة انفصالياً يجعل هذا المدرك غير قادر على توفير الحلول المنطقية لكل منهما .

والواقع - فيما يبدو لنا - أن منشأ هذا المدرك «المغلوط» - مدرك أساس الإلزام الإرادي - هو الخلط بين الإلزام القانوني والإلزام الأدبي واستعارة مدرك يفسر الأخير لتفسير الأول نتيجة لهذا الخلط . فالإلزام الأدبي هو إلزام ذاتي داخلي أو هو إلزام الشخص نفسه النابع من ضميره . وهو بهذه المثابة يجد مناطه في توافر الوعي لدى الشخص ويجد دليل وقوعه فيما يشعر به المرء من داخله ، على نحو يحقق الوحدة بين مناط الإلزام ودليل وقوع هذا الإلزام ويمكن من مواجهة المفكرتين في مدرك واحد هو مدرك أساس الإلزام الأدبي . وقد درج الفقه المثالي - بنظرته الشخصية للقانون - على النظر إلى الإلزام القانوني كإلزام أدبي يتوافر له عنصر الجزاء الاجتماعي (١) . ولذلك كان طبيعياً أن تمتد إلى الإلزام القانوني - في هذا الفقه - كثير من مدركات الإلزام الأدبي ومن بينها مدرك أساس الإلزام الإرادي (٢) . وعلى العكس من ذلك فقد درج الفقه الوضعي - بنظرته الموضوعية للقانون - على النظر إلى الإلزام القانوني نظرة متميزة تماماً عن الإلزام الأدبي . ولذلك كان طبيعياً أن يواجه هذا الفقه صعوبة في العثور على مكان ثابت لمناطق الإلزام الإرادي في إطار تصوره لأساس هذا الإلزام (٣) .

(١) أنظر في هذا الصدد : منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، بند ١٦ ، ص ٣٩ وما بعدها .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٥٦ وما بعده .

(٣) أنظر ما تقدم ، بند ٦٢ وما بعده .

وحقيقة الأمر أن الإلزام القانوني لا يتميز عن الإلزام الأدبي بمجرد توافر الجزء الاجتماعي له ، وإنما يتميز عنه بالغاية منه . فالغاية من الإلزام القانوني ذاتها ليست غاية فردية تتعلق بذات الشخص الملزم - كما هو الحال في الإلزام الأدبي - وإنما هي غاية اجتماعية تتعلق بالنظام الاجتماعي (١) .
فبينما نجد «الفضيلة» هي غاية الإلزام الأدبي ، فإننا نجد «العدل» هو غاية الإلزام القانوني (٢) . ومن هنا كان لابد أن يختلف دليل وقوع الإلزام القانوني عن دليل وقوع الإلزام الأدبي ، فلا يتحدد هذا الدليل بما يشعر به الإنسان أو بما تقتضيه الفضيلة كما هو الحال في الإلزام الأدبي ، وإنما يتحدد بما يقتضيه النظام الاجتماعي أو بما يقتضيه العدل في المجتمع (٣) . وهذا ما يفسر اختلاف دليل وقوع الإلزام بالتصرف القانوني - باعتباره إلزاماً قانونياً - عن دليل وقوع الإلزام الأدبي .

غير أن الإلزام القانوني لا يختلف عن الإلزام الأدبي في مناطه ، وإن اختلف عنه في دليل وقوعه . ذلك أن الإلزام - سواء كان أدبياً أو قانونياً - لا يكون بالضرورة إلا بما يستطيع الإنسان أن يحسه ويستبينه . ولذلك فالإلزام أدبياً كان أو قانونياً - يفترض الوعي أو الإدراك ، ومناطق الإلزام القانوني هو بذاته مناط الإلزام الأدبي على الرغم من اختلاف دليل وقوع كل منهما . فالقانون - مثله في ذلك مثل الأخلاق - هو مجموعة من القواعد معقولة ومعترف بها من الأفراد (٤) والإلزام - بصرف النظر عن الغاية منه وعن نطاقه - هو دائماً حالة نفسية (٥) .

(١) رينيه كايبتان ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ أننا لانفرق في هذا الصدد بين الأخلاق والقانون الوضعي ، وإنما نفرق بين فكرة الأخلاق - مثالية كانت هذه الأخلاق أو وضعية - وبين فكرة القانون - وضعياً كان كذلك أو مثالياً . كذلك يلاحظ أننا لا نقصد في هذا الصدد معنى معيناً من معاني العدل ، وإنما نقصد العدل بأى معنى من معانيه ، خاصاً كان أو عاماً ، فردياً كان أو اجتماعياً ، تبادلياً كان أو توزيعياً .

(٣) رينيه كايبتان ، المرجع السابق ، ص ٢٨ وما بعدها .

(٤) المرجع السابق ، ص ٣٣ .

(٥) المرجع السابق في الموضوع السابق .

وعلى هذا النحو السابق تنفصل مشكلة مناط الإلزام القانوني عن مشكلة دليل وقوعه - خلافاً لما عليه الحال في الإلزام الأدبي - ويصبح مدرك أساس الإلزام غير صالح لكفالة الحلول المتناسقة لمشكلتي المناط ودليل الوقوع في مجال الإلزام القانوني ، رغم صلاحيته لذلك في مجال الإلزام الأدبي .

وعلى هذا النحو أيضاً يمكن القول أولاً بأن التصوير الفردي للإرادة - أو مذهب سلطان الإرادة - يمثل الخلط بين الإلزام الأدبي والإلزام القانوني ، ويمكن القول ثانياً أن التصوير الاجتماعي للإرادة - نظريات التعبير والثقة - يمثل الفصل بين الإلزام الأدبي والإلزام القانوني ، ويمكن القول ثالثاً بأن حقيقة الإلزام القانوني وفيصل التفرقة بينه وبين الإلزام القانوني يفترضان التفرقة بين مناط هذا الإلزام وبين دليل وقوعه . فمناط الإلزام القانوني كمناط الإلزام الأدبي هو الذات الواعية المفكرة . ودليل وقوع الإلزام القانوني يؤخذ بمعيار اجتماعي ، خلافاً للدليل وقوع الإلزام الأدبي الذي يؤخذ بمعيار ذاتي .

٢ - التمييز بين مناط الإلزام بالتصرف القانوني ودليل وقوعه

٦٥ - يقول الأستاذ كربونييه في بحثه عن ماهية الإرادة (١) « إن المرء ليأسف من أن التقنين المدني يركزه على فكرة الرضاء في المادة ١١٠٨ قد أطلق العنان للمبالغات النفسية وحاد بفقهاء القانون المدني عن دراسة الواجبات المتعلقة باستعمال العبارة (Parole) ، التي تمثل منهجاً أكثر موضوعية وأكثر اجتماعية في تناول العقد » . فالأستاذ كربونييه يوجه بهذه العبارة نظر الفقه إلى ما يمكن أن يؤدي إليه النظر إلى الإرادة المنشئة للإلزام - والتي يتمثل فيها التصرف القانوني من جهة ما ترتبه من مسؤولية على عاتق صاحبها قبل الغير ، لا من جهة ما لها من سلطان داخلي عليه ، ومن ثم من جهة الإلزام القانوني لا من جهة الإلزام الأدبي .

وهذا المنطلق وحده هو الذي يمكن من تمييز الإلزام القانوني بالتصرف

(١) القانون المدني ، ج ٤ ، ١٩٦٩ ، ص ٦٠ .

القانونى عن الإلزام الأدبى بهذا التصرف وجلاء مبحث أساسى هذا الإلزام بالكشف عما يختلط فيه من مشاكل متميزة والإمساك بالحلول المتباينة التى التى يفرضها جوهر كل مشكلة منها .

فقد رأينا أن هناك مشكلتان إن أمكن إدماجهما فى مشكلة واحدة فى مجال الإلزام الأدبى ، فانهما تنفصلان بالضرورة فى مجال الإلزام القانونى ، هما مشكلة مناط الإلزام ومشكلة دليل وقوعه . فمناط الإلزام — أديباً كان هذا الإلزام أو قانونياً — هو الوعى والإدراك . وهو بهذه المثابة دائماً وأبداً مناط ذاتى . أما دليل وقوع الإلزام فيتحدد على أساس الغاية منه ، وما إذا كانت هذه الغاية غاية فردية أو غاية اجتماعية . فكلما كانت الغاية فردية — كما هو الحال فى الإلزام الأدبى — كان لابد أن يؤخذ دليل وقوع الإلزام بالمعيار الذاتى . وكلما كانت الغاية اجتماعية — كما هو الحال فى الإلزام القانونى — كان لابد أن يؤخذ دليل وقوع الإلزام بالمعيار الاجتماعى .

ومن الواضح أن النظر إلى الإرادة المكونة للتصرف القانونى من جهة ما تستتبعه من مسئولية قانونية قبل الغير يمكن من الفصل بين مناط الإلزام بالتصرف القانونى وبين دليل وقوع هذا الإلزام . فطالما كان الأمر متعلقاً بمسئولية الشخص القانونية قبل الغير — لا بمسئولية الشخص قبل نفسه — فلا بد أن يؤخذ دليل وقوع الإلزام بمعيار اجتماعى لا بمعيار ذاتى . ولكن مناط الإلزام يظل مع ذلك مناطاً ذاتياً . ذلك أن مناط المسئولية القانونية قبل الغير هو الوعى والإدراك كالمسئولية قبل الذات سواء بسواء . وبعبارة أخرى فالمسئولية القانونية تجد دليل وقوعها فيما يولده التصرف من ثقة لدى الغير وتجد مناطها فى المسئولية الأدبية لصاحب التصرف .

وقد سبق أن رأينا أن جهود كل من نظرية التعبير ونظرية الثقة هى فى حقيقتها جهود فى اتجاه المفارقة بين الإلزام الأدبى والإلزام القانونى ،

وأخذ هذا الأخير بمعيار اجتماعي . كل ما في الأمر أن هذه النظريات لم تدرك أن مثل هذا المسلك من شأنه أن يباعد بين مشكلة دليل وقوع الإلزام القانوني وبين مشكلة مناط هذا الإلزام ، أكثر مما يؤدي إلى القضاء على هذه المشكلة الأخيرة أو إلى أخذها بذات المعيار الاجتماعي الذي تؤخذ به مشكلة نطاق الإلزام .

٦٦ - ويبدو أن منهج التفرقة بين دليل وقوع الإلزام القانوني وبين مناط هذا الإلزام قد بدأ يجد طريقه بالفعل إلى الفقه المعاصر . وهذا ما يتضح من الإشارة السريعة لمؤلف الدكتور عبد الرحمن عياد في «أساس الإلزام العقدي» .

فالدكتور عياد يبدأ من مقدمة مسلمة هي أن الإرادة لا تنتج أي أثر ما دامت لم تنفصل عن نفسية صاحبها ولم تبرز إلى العالم الخارجي ، فيقرر أن التعبير عن الإرادة عنصر ضروري للإلزام بالتصرف القانوني (١) ، ثم ينظر في جوهر هذا العنصر أو في أثره فيرى فيه مجرد واقعة تدعو الموجه إليه إلى التصرف على نحو معين اعتماداً على هذا التعبير (٢) . وهو على هذا النحو يأخذ دليل وقوع الإلزام بالتصرف القانوني بمعيار اجتماعي هو معيار ما يولده التعبير عن الإرادة من ثقة لدى الموجه إليه هذا التعبير (٣) .

وإلى هنا يتفق الدكتور عياد في تحليله مع منطق نظرية الثقة ، فيعتد بالتعبير كلما كان قد ولد ثقة في نفس الموجه إليه - وفي حدود ما ولده من ثقة - ولا يعتد به كلما تخلفت هذه الثقة . غير أنه مع ذلك لا يقف عند ما تؤدي إليه هذه النظرية من أن علة الإلزام بالتعبير الموجه تتصل بما يحدثه التعبير المذكور من أثر لدى الموجه إليه ، وإنما يعتبر هذا الأثر بمثابة عنصر أول في التصرف القانوني ، ويعود بعد ذلك إلى بحث موقف من

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ .

(٢) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ .

(٣) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ .

صدر عنه التعبير . فإذا «ما تولدت ثقة لدى المخاطب من التعبير الذى وجه اليه على النحو السابق ، فإن الخطوة المنطقية التالية هى فى التساؤل عن يلزم بتحقيق أثر هذه الثقة» . وفى هذا الصدد يجب بأن من يلزم بتحقيق هذا الأثر هو «الشخص الذى تسبب بنشاطه فى إحداثها وتوافرت مسئوليته عن هذا النشاط ، وتوافر المسئولية يقتضى أن يكون الشخص متمتعاً بالإدراك أى بالقدرة على فهم ماهية أفعاله وتقدير نتائجها ، ولمن تكون لديه حرية الاختيار أى القدرة على إتيان الفعل أو الامتناع عنه ..» (١) . ومن ثم فالمسئولية ، بمعنى توافر الإدراك وحرية الاختيار ، هى الركن الثانى فى التصرف القانونى كما يتصوره الدكتور عياد . وهو على هذا النحو يبقى على مناط الإلزام بالتصرف القانونى ويعطيه مفهوماً مستقلاً ومتميزاً عن مفهوم دليل وقوع هذا الإلزام .

وعلى هذا النحو فهذا الاتجاه يجد مكاناً شرعياً لأحكام الأهلية اللازمة لصحة التصرف القانونى داخل فكرة التصرف القانونى دون ربطها «بالإرادة» المكونة لهذا التصرف ، وهى الإرادة المولدة للثقة . وهو بذلك يوجد أساساً للمغايرة فى الحكم بين تصرفات عديم الأهلية وتصرفات ناقص الأهلية ، ثم بين تصرفات ناقص الأهلية ذاتها .

فالتصرف الذى يكون أحد طرفيه عديم التمييز والآخر مميز لا يعد قائماً ، لأن انعدام التمييز يمنع من توافر ركن المسئولية لدى عديم التمييز عن تصرفاته ويمنع من توافر ثقة الطرف الآخر فى هذه التصرفات . وكذلك التصرف الذى يوجهه المميز لعديم التمييز لا يكون قائماً لعدم إمكان أن يتولد عنه ثقة لدى عديم التمييز بالرغم من توافر الركن المعنوى .

أما التصرف الذى يكون أحد طرفيه ناقص التمييز فيختلف حكمه . فإذا كان صادراً من ناقص التمييز للمميز تخلف ركنه المعنوى ، مما يفسر بطلان التزام ناقص التمييز . وإذا كان صادراً من المميز كان ركنه المعنوى

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٥١ .

متوافر وأمكن القول بتوافر ركنه المادى لأن ناقص التمييز يمكن أن تتولد لديه ثقة في تعبير الطرف الآخر ، مما يفسر صحة الالتزام في مواجهة ناقص التمييز (١) .

٦٧ - وقد يبدو لأول وهلة أن هذا الاتجاه محو كل أثر للإرادة في التصرف القانونى ليحل محلها فكرة المسئولية . غير أن الواقع أن ما يسميه بالمسئولية ليس في الحقيقة سوى الإرادة ذاتها منظوراً إلى هذه الإرادة لا من جهة ما تتمتع به من سلطان وإنما من جهة ما تستتبعه من تكليف صاحبها . فهو يقرر أنه : «لا أحد يجادل على وجه الاحمال في أن من الصواب أن يتحمل الشخص التزاماً إذا ما قبل أن يلتزم وأنه لا يجوز إلزام الشخص رغماً عن إرادته» (٢) ، ثم يتساءل عن علة التزام الشخص بإرادته الأولى وعدم استطاعته العدول عنها بإرادة لاحقة ، وعن سر ما نلمسه من صحة نسبية في بعض تطبيقات مذهب الإرادة ، ويجب على هذا التساؤل بأن «هذا السر ينكشف بجلاء من مقارنة الإرادة والمسئولية التي هي قوام الركن المعنوى .. فالتعبير الذى تصدره الإرادة ويعد من ثم عملاً إرادياً عمدياً ، يولد الالتزام ، لا لأن الإرادة ذات سلطان ، ولكن لأن هذا التعبير يحرك بصفة عامة مسئولية صاحبه» (٣).

على أنه من الجدير بالذكر أن نلاحظ في هذا الصدد أن الدكتور عياد لا يقصد بالإرادة - فيما يبدو - الإرادة المكونة للتصرف القانونى والتي تستظهر في لحظة زمنية معينة وإنما الإرادة الملازمة للشخص ، أو بعبارة أخرى حالة الشخص القادر على أن يريد ، والتي تتوافر لديه وقت إصدار التصرف . فهو يفرق في هذا الصدد بين الإرادة بمعنى المشيئة والإرادة بمعنى المسئولية (٤) . فالإرادة التي يقصدها ليست هي الإرادة بمعنى المشيئة

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ و ٢٩٢ .

(٢) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ .

(٣) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ .

(٤) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ص ١٧٥ - ١٧٧ .

على نحو ما يتصوره مبدأ سلطان الإرادة وإنما هي الإرادة بمعنى المسؤولية. والإرادة بمعنى المسؤولية في نظرة أوسع من الإرادة بمعنى المشيئة. وترتيباً على ذلك فالإرادة بمعنى المسؤولية ليست مجرد كيف كما هو الحال في الإرادة بمعنى المشيئة وإنما هي كم وكيف في آن واحد. وترتيباً على ذلك فالإرادة بمعنى المسؤولية يمكن أن تفسر تعديل العقد علاجاً لما قد يكون فيه من غبن مصاحب لنشأته أو لاحق لهذه النشأة بفعل الظروف الطارئة ، مما تعجز الإرادة بمعنى المشيئة عن تفسيره (١) .

٦٨ - ويبدو لنا من هذا العرض السريع لهذه النظرية أنها توجه النظر بالفعل إلى حقيقة مشكلة الالتزام الإرادي. ولكن يبدو لنا كذلك أنها تتضمن قدراً كبيراً من الغموض والتجاوز نتيجة لخلطها بين المعنى الفلسفي لفكرة المسؤولية والمعنى القانوني لها .

فأما أنها توجه النظر إلى حقيقة أساس الالتزام الإرادي ، فهو ما يرجع إلى أنها تميز بين مشكلة دليل وقوع الإلزام ومشكلة مناطه وتأخذ الأول بمعيار اجتماعي وتأخذ الآخر بمعنى ذاتي . فدليل وقوع الإلزام ينظر فيه ، لا إلى ما للإرادة من سلطان ذاتي ، وإنما إلى ما يستتبعه قيامها من مسؤولية صاحبها قبل الغير ومدى هذه المسؤولية . ذلك أن الإرادة إذا ما استظهرت للغير وولدت لديه ثقة تحرك مسؤولية صاحبها عن تحقيق ماتضمنته من تعهد . وبعبارة أخرى فدليل وقوع الإلزام ينظر فيه إلى جهة من يتحقق الإلزام في مواجهته لا إلى جهة الملزم ذاته .

أما مناط الإلزام فلا ينظر فيه إلى جهة الغير وإنما إلى جهة الملزم . فالسبب المنشئ للمسؤولية - وهو العبارة المولدة لثقة الغير - أمر ، ومناط تعلق هذه المسؤولية بمن تبحث مسألته أمر آخر . فسبب الإلزام هو التصرف

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٧٩ وص ٣٣٩ وما بعدها ، ص ٣٥٠ وما بعدها ، ص ٣٦٦ وما بعدها .

ذاته ، بينما مناط هذا الإلزام يوجد في داخل صاحب التصرف أو في وعيه وإدراكه (١).

ولاشك أن التمييز بين دليل وقوع الإلزام ومناطه على هذا النحو من شأنه أن يمكن من إيجاد مكان لأحكام الأهلية خارج جوهر التصرف القانوني ، ويمكن بذلك من تفسير اختلاف حكم تصرف غير كامل الأهلية باختلاف نوع التصرف ذاته . فالتصرف يوجد دائماً بمجرد توافر العبارة المولدة للثقة ، سواء كان من صدرت عنه هذه العبارة متمتعاً بالأهلية أو كان غير متمتع بها ، وبصرف النظر عن نوعية التصرف الذي تحمله هذه العبارة . ولكن وجود التصرف على هذا النحو ليس معناه بالضرورة التزام من صدر عنه به . فحتى يتوافر هذا الالتزام ، لا بد أن يتوافر عنصر آخر خارج عن حقيقة التصرف ، هو مناط الإلزام به . وهذا المنط يمكن أن يختلف باختلاف نوعية التصرف ذاته .

وهذا التمييز بين دليل وقوع الإلزام وبين مناطه يمكن كذلك من تفسير اختلاف حكم تصرف غير كامل الأهلية الذي ينعدم لديه التمييز عن حكم تصرف غير كامل الأهلية المميز . ذلك أن تصرف عديم التمييز لا يعتبر مجرد تصرف صادر عن غير ذي أهلية وإنما يعتبر تصرفاً منعماً من الأصل . فعديم التمييز من صغير أو مجنون أو معتوه - خلافاً للمميز غير المتمتع بالأهلية من قاصر ومن في حكمه - ليس لعبارته معنى ولا يمكن أن تولد هذه العبارة ثقة لدى الغير الذي توجه إليه . وهو كذلك لا يستطيع أن يفهم معنى معيناً من العبارة الموجهة إليه من الغير ولا يمكن أن تتولد لديه ثقة

(١) وقريب من التمييز بين وقوع الإلزام ومناطه ما يذهب إليه الدكتور جمال الدين زكي (المرجع السابق ، بند ٢٨٢ ، ص ٤٣٩) من تعريف أهلية الأداء بأنها «هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني عنه على وجه يعتد به قانوناً» . فهذا التعريف يتضمن في الواقع التسليم بأن غير ذي الأهلية يمكن أن يصدر منه تصرف قانوني وإن كان . هذا التصرف لا يعتد به قانوناً لعدم توافر الصلاحية لذلك لديه . وفي ذات المعنى اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ، ص ١٩٦ .

من هذه العبارة (١) . ومن ثم فانعدام التمييز لا يقتصر أثره على تخلف مناط الإلزام بالتصرف القانوني وإنما يمتد كذلك إلى تخلف دليل وقوع هذا الإلزام ، وهو الثقة المتولدة عن العبارة . وهذا هو المعنى الحقيقي للقول الشائع بأن عديم التمييز تنعدم لديه الإرادة .

وعلى هذا النحو يمكن القول بأن عديم التمييز ينعدم لديه مناط الإلزام بالتصرف القانوني ، ويستحيل أن يتوافر في مواجهته دليل وقوع هذا الإلزام في آن واحد . أما المميز غير المتمتع بالأهلية ، فينعدم لديه مناط الإلزام بالتصرف القانوني ، ويمكن أن يتوافر في مواجهته دليل وقوع هذا الإلزام . ذلك أن عبارته تحمل معناها الذي يمكن أن يفهم منها ، ويمكن من ثم أن تولد ثقة لدى الغير الذي توجه إليه . وبالمثل فهو يفهم ما تحمله عبارة الغير من معنى ويمكن أن تتولد لديه ثقة من هذه العبارة .

٦٩ - وإذا صح هذا التحليل المتقدم ، فإن التساؤل لا بد أن يثور عن تفسير صحة تصرفات المحجور عليه لعارض من عوارض التمييز أو الأهلية إذا ما صدرت قبل تسجيل قرار الحجر ، في الحدود التي تكون فيها هذه التصرفات صحيحة . ويبدو لنا أنه من الجوهرى أن نفرق في هذا الصدد بين تصرفات المحنون والمعتوه التي تناولها المادة ٢/١١٤ من القانون المدني ، وبين تصرفات السفهية وذى الغفلة التي تناولها المادة ٢/٦١٥ منه .

فأما تصرفات المحنون والمعتوه فقد يبدو من صياغة نص المادة ٢/١١٤ أن الأصل هو صحتها وأن الاستثناء هو بطلانها ، مما إبتعاض مع القول بأن تصرف عديم التمييز يعتبر غير قائم . ذلك أن هذا النص يجرى على أن تصرف المحنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر لا «يكون باطلا إلا إذا

(١) قرب : عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق في الموضوع السابق ؛ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ٩١ ، ص ١٧٣ .

كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها». غير أن الواقع أن التأمل في نص المادة ٢/١١٤ يكشف عن أن تصرفات المجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر تكون باطلة في جميع الأحوال متى ثبت وجود حالة الجنون أو العته وقت إجراء التصرف . ذلك أنه في غيبة قرار مسجل بالحجر ، فإنه يستحيل معرفة ما إذا كان الشخص مجنوناً أو معتوهاً ما لم تكن حالة الجنون أو العته معروفة للكافة ممن يحيطون به أو على الأقل معروفة لمن يتعامل معه . ولذلك يمكن القول بأن نص المادة ٢/١١٤ لا يقرر في الواقع مبدأ صحة تصرفات المجنون والمعتوه بالرغم من جنونه أو عته ، وإنما يضع حكماً متعلقاً بإثبات حالة الجنون أو العته عند إبرام التصرف . وهذا الحكم من بعد يتفق تماماً مع الواقع من كون الجنون والعته حالة داخلية لا يمكن التعرف عليها إلا من خلال ما يكون لها من مظاهر خارجية يمكن أن يلمسها من يتعامل معه أو يمكن أن يلمسها غيره ممن يحيط به (١) .

والواقع أن الفارق بين حكم تصرف المجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر وبعده لا يمكن في أن التصرفات السابقة على تسجيل قرار الحجر تكون صحيحة بحسب الأصل على الرغم من قيام الجنون أو العته خلافاً للتصرفات اللاحقة ، وإنما في أن إبطال الأولى يقتضى إثبات توافر الجنون أو العته وقت إجراء التصرف بالذات ، بينما إبطال الأخرى لا يقتضى أكثر من إثبات صدورهما بعد تسجيل قرار الحجر ، حتى ولو ثبت من بعد أن المجنون أو المعتوه كان في حالة إفاقة مؤقتة وقت إبرام التصرف .

أما تصرفات السفیه وذی الغفله قبل تسجيل قرار الحجر فيبدو كذلك من صياغة نص المادة ٢/١١٥ أن الأصل هو صحتها وأن الاستثناء هو بطلانها . ولكن هذا الذي يبدو من صياغة النص يتفق تماماً مع جوهره - خلافاً

(١) في هذا المعنى اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ٥٢ ، ص ٩٥ .

للنص المتعلق بالمجنون والمعنوه - كما يتفق تماماً مع تحليلنا السابق ذكره. فالمشكلة التي تثيرها صحة تصرفات السفه وذى الغفلة ليست مشكلة وجود التصرف - إذ التصرف يكون موجوداً - وإنما هي مشكلة توافر أو عدم توافر مناط الإلزام بهذا التصرف. أما المشكلة التي تثيرها صحة تصرفات المجنون والمعنوه فهي - قبل ذلك - مشكلة وجود هذا التصرف.

فالمادة ٢/١١٥ تجرى على أن تصرف السفه وذى الغفلة الصادر قبل تسجيل قرار الحجز لا «يكون قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ». فالمشرع إذن لا يفرق بين بطلان التصرف وبين شيوع حالة السفه أو الغفلة أو علم الطرف الآخر في التصرف بها وإنما بين البطلان وبين ثبوت الاستغلال أو التواطؤ. ومعنى ذلك أن المشرع - خلافاً لحالة الجنون والعتة - يسلم بقيام تصرف السفه وذى الغفلة وإن كان يعلق الإلزام به على انتفاء الاستغلال والتواطؤ. ومن ثم فمشكلة تصرف السفه وذى الغفلة ليست مشكلة وجود هذا التصرف وإنما هي مشكلة مناط الإلزام به (١).

٧٠ - وأما أن هذه النظرية تتضمن عموضاً وتجاوزاً فهو ما يرجع إلى أن صاحبها يخلط بين المعنى الذاتي - الفلسفي - للمسئولية وبين معناها القانوني (٢)، ويعبر بفكره المسئولية تارة عن ركن التصرف وتارة عن مناط الإلزام بالتصرف وتارة ثالثة عن نطاق الإلزام بالتصرف (٣).

ولتوضيح ذلك نبادر إلى القول بأن المسئولية بالمعنى الذاتي الفلسفي هي مناط الإلزام الإرادي، وهي لا تعدو في الواقع أن تكون «أهلية التكليف».

(١) أنظر ما يلى، بند ٧٨ وما بعده.

(٢) راجع في هذه التفريغ، كومباراتو، المرجع السابق، ص ١١١، دلفيكوي،

فلسفة القانون، ١٩٥٣، ص ٢٦٤ وما بعدها.

(٣) يلاحظ في هذا الصدد أن نطاق الإلزام يرتبط بدليل وقوعه. فدليل وقوع الإلزام

هو الذي يحدد نطاق هذا الإلزام.

وهذه المسئولية تتميز تماماً عن العبارة التي هي ركن التصرف ، كما تتميز كذلك عن نطاق الإلزام بالتصرف ، ذلك النطاق الذي يتحدد بما يولده التصرف من ثقة لدى الغير والذي تتمثل فيه المسئولية بالمعنى القانوني .

فالمسئولية بالمعنى الذاتي الفلسفي هي صفة في الإنسان تثبت له نتيجة لتوافر الوعي والاختيار لديه . وهي هذه المثابة لا تعدو أن تكون مجرد قابليته للإلتزام بما يقصد الشخص الإلتزام به ، أو هي بعبارة أخرى شرط التكليف اللازم توافره في الشخص لكي يلتزم بما يتعهد به قبل الموجة إليه العبارة . أما الإدراك وحرية الاختيار فهما جوهر هذه الصفة أو عناصرها . وقد عبر صاحب النظرية ذاته عن هذا المعنى في موضع آخر من عمله بقوله «والواقع أن استعمال اصطلاح الإرادة في معنى المسئولية أو في معنى شرطها استعمال غير دقيق ، فالإرادة في حد ذاتها هي تعمد الفعل المادى أو تركه أما الإدراك وحرية الاختيار فهما شرطان يضافان إليها لكي تقوم المسئولية (١)» .

والمسئولية بهذا المعنى الذاتي الفلسفي ليست ركناً في التصرف القانوني . ففكرة ركن التصرف تعبر في الواقع عن «السبب المنشئ» الذي يترتب على وجوده وجود الإلتزام . ومن المسلم به منطقياً أن المسبب يدور وجوداً وعدمياً مع وجود السبب وانعدامه . ومن الواضح ان الإلتزام إذا كان لا يوجد إلا بوجود المسئولية المتمثلة في توافر الإدراك وحرية الاختيار فإن وجود المسئولية بهذا المعنى لا يستتبع وجوده . فإذا كان الإنسان متمتعاً بالإدراك وحرية الاختيار ومن ثم مسئولاً ، فإن المسئولية لا تستتبع قيام الإلتزام قلبه ما لم يتوافر بالمثل تعبير عن قبوله هذا الإلتزام ، ويولد هذا التعبير ثقة لدى الموجه إليه . ومن هنا فركن التصرف ليس هو المسئولية وإنما أمر آخر مستقل تماماً هو العبارة المولدة للثقة ، والإرادة لا تأخذ إلا معنى المشيئة التي تتضمنها العبارة . أما الإدراك وحرية الاختيار ، فهما أقرب إلى أن يكونا شروطاً يجب توافرها في صاحب العبارة لقيام الإلتزام ،

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ .

من أن تكونا ركناً فيه . ولذلك فصاحب النظرية لا يقتصر على استعمال اصطلاح المسؤولية وإنما يستعمل كذلك اصطلاح «الإرادة بمعنى المسؤولية» على نحو ما قدمناه .

والمسئولية بالمعنى الذاتى الفلسفى - وباعتبارها مجرد قابلية للالتزام - تتميز عن نطاق الالتزام ، ولا تعتبر كيفاً بالمعنى الذى قصد اليه الدكتور عياد . فهى مجرد تعبير عن توافر الإدراك وحرية الاختيار . وهى بذلك لا تُفسر التزام الشخص بالالتزامات المكتملة ولا تفسر تعديل العقد لتخليصه من الغبن . وحقيقة الأمر أن المسؤولية التى هى «كم» إنما هى المسؤولية بالمعنى القانونى الذى ينصرف إلى قيام الالتزام ذاته فى حق المدين به ونطاق هذا الالتزام، وليس المسؤولية بالمعنى الفلسفى الذى ينصرف إلى مجرد توافر صفة فى الإنسان هى صلاحيته للالتزام بعبارته . ويتضح ذلك من قوله - بعد أن يقرر أن الإرادة تعنى ألا يتحمل الشخص التزاماً ما لم يكن قد قصد تحمله وأنها تفترض إلى جانب تعمد الفعل تعمد النتيجة - «أما فى المسؤولية فلا يشترط لمساءلة الشخص عن نتيجة ما أن يكون قد قصدها فإذا كانت مسؤوليته قد توافرت عن الفعل فإنه يسأل عن النتيجة الطبيعية المترتبة عليه ولو لم يقصد ما دام أن هذه النتيجة أثر عادى لفعله لقيام رابطة السببية المادية بينهما» (١) . فمن الواضح أنه يستعمل لفظ المسؤولية فى هذا الصدد بمعنيين مختلفين ، أولهما هو نطاق التكليف ، وثانيتها هو أهلية التكليف .

والواقع أن مسؤولية الإنسان عن الالتزامات المكتملة إنما نجد تفسيرها لافى فكرة المسؤولية بالمعنى الذاتى الفلسفى وإنما فى أن العبارة المنشئة للتصرف تعتبر سبباً لها باعتبارها نتيجة طبيعية لهذه العبارة . كذلك الشأن فى تعديل العقد . فهو يستند إلى حقيقة ما قصد إليه الملتزم بعبارته لافى مسؤوليته بالمعنى الذاتى الفلسفى ، تلك المسؤولية المتمثلة فى مجرد توافر الإدراك وحرية الاختيار لديه . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن ما يعتبر «كما» ليس هو المسؤولية

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ١١٦ ، وص ٢٣٤ وما بعدها .

بالمعنى الذاتى الفلسفى أو بمعنى أهلية التكليف ، وليس هو الإرادة التى تتضمنها العبارة المنشئة للتصرف وإنما هو محل هذه العبارة أو ما انصرفت إليه ، أو هو محل المسؤولية بالمعنى القانونى .

ويبدو لنا أن مبعث هذا الخلط السابق أن لفظة الوعى أو الإدراك conscience إنما تحمل فى الحقيقة معنيين متميزين يشير أحدهما إلى ما يستبينه الشخص مما هو واقع خارج ذاته ، ويشير الآخر إلى شعور الشخص بالواجب المتحصل من الواقع الذى استبان له (١) . ومن الواضح أن المعنى الأول للوعى أو الإدراك هو الذى يتخذ معياراً لنطاق الإلزام ، وأن المعنى الآخر للوعى أو الإدراك هو الذى يعبر عن مناط هذا الإلزام ، وأن الخلط بين المعنيين لا بد أن يودى بالضرورة إلى الخلط بين نطاق الإلزام ومناطه .

وخلاصة القول أن الإنسان يلتزم بإرادته لا لأن للإرادة سلطاناً ذاتياً وإنما لأن العبارة التى تتضمن إرادته تستتبع مسؤوليته القانونية عما تولده من ثقة لدى الغير . ولكن هذه المسؤولية لا تقوم إلا بتوافر الإدراك وحرية الاختيار . ولذلك فالإلزام بالإرادة لا يقوم إلا فى حق المكلف . فإذا قامت أهلية التكليف بتوافر شروطها كان أهلاً للإلزام بإرادته . وهذا الإلزام يتحدد بما تضمنته عبارته وبما كان نتيجة طبيعية لهذه العبارة .

٧١ - ومن الواضح مما سبق أن الفقه الحديث يشعر بأن ركن التصرف الوحيد هو العبارة المولدة للثقة ، وأن دليل وقوعه ونطاقه يتحددان على هدى من هذه العبارة . ولكن آثار النظر إلى التصرف ككيان مستقل عن القانون الموضوعى - المتولد من تأسيس القانون كله على فكرة الحق - مازالت تفرض عليه إيجاد مكان شرعى لفكرة الأهلية داخل أركان التصرف القانونى ذاتها . وهذا ما يبدو بوضوح فى نظرية الإعلان التى تتمسك باتجاه الإرادة إلى التعبير بالرغم من تعارض منطقتها فى أبعادها الحقيقية مع هذه الفكرة . وهذا ما نلمسه كذلك فى فكرة المسؤولية كركن فى التصرف

(١) أنظر فى هذه التفرقة : رينيه كايبتان ، المرجع السابق ، ص ٦ وما بعدها .

في هذه النظرية الأخيرة . ولكن الواقع أن فكرة الأهلية تنبؤ بطبيعتها عن فكرة التصرف ذاتها . فتوافرها يعبر عن مجرد قابلية مسبقة لإصدار عبارة مرتبة لآثارها .

وعلى هذا النحو يبدو لنا أنه لا مجال للخروج من هذه الحلقة إلا بإسناد الأهلية إلى القانون ذاته باعتبارها مناطاً للتكليف بأحكامه . ومن ثم يكون معنى توافر الأهلية في شخص معين هو صلاحيته للالتزام بما يصدر عنه من عبارة ، ويكون معنى انتفاءها عدم توافر هذه الصلاحية ، دون حاجة إلى القول بأن الإدراك والاختيار ركن في التصرف ذاته أو إلى الاحتفاظ بالإرادة كحالة أو صفة في الإنسان ركناً في التصرف بجانب الإرادة كمشيئة مستظهرة في عبارة مولدة لثقة الغير ، لاستيعاب هذه العناصر .

المطلب الثاني

مناط الالتزام بالتصرف القانوني والاثر القانوني

٧٢ - إذا كان التصرف القانوني تصرفاً إرادياً وكان الإلزام به تفسره مسئولية صاحبه عن تصرفه ، فكيف يكون هذا الإلزام إلزاماً بالقانون الموضوعي ؟ وكيف يكون الأثر القانوني الذي ينتجه التصرف أثراً لهذا التصرف وللقانون الموضوعي في آن واحد ؟ هذا ما يتعين تتبعه في كل من الفقه المعاصر الذي يرى في القانون مجرد مجموعة من قواعد السلوك والنظر الإسلامي الذي يرى فيه مجموعة من الأحكام تختلف بين التكليف والوضع .

١ - الالتزام بالتصرف القانوني ووحدة بيان القانون

نظريه ديجي :

٧٣ - للإجابة على هذا التساؤل يبدأ ديجي من التعريف السائد للتصرف القانوني ، باعتباره تصرفاً إرادياً يقصد به إحداث أثر قانوني

معين ، أيا ما كان هذا الأثر (١) ، ثم يعمد إلى تحليل كل من الأثر القانوني والتصرف القانوني ، لينتهي من هذا التحليل إلى أن الإلزام بالتصرف القانوني إلزام بأحكام القانون .

فأما الأثر القانوني ، فهو يرى فيه تكليفاً - أمراً كان أو نهياً - يكتسب صفته القانونية من تدخل السلطة العامة لكفالة احترامه ، مثله في ذلك مثل أى تكليف آخر يفرضه القانون (٢) . وفي هذا الصدد يتمشى ديجي مع منطقة في إنكار فكرة الحق وفي النظر إلى مضمون القانون كمجموعة من التكاليف الإيجابية أو السلبية .

ولا شك أن ديجي كان يدرك الفارق بين تكليف ينشأ مباشرة عن القاعدة القانونية وتكليف يكون نشوؤه رهيناً بقيام تصرف إرادى معين . غير أنه قد ذهب إلى أن التكليف في الحالين هو مجرد انعكاس للقاعدة القانونية أو تطبيق لها ، غاية ما في الأمر أن هذا التكليف يكون انعكاساً أو تطبيقاً مباشراً للقاعدة القانونية في الحالة الأولى ، ويكون انعكاساً أو تطبيقاً غير مباشر لها في الحالة الثانية (٣) .

وأما التصرف الإرادى ، فهو يقوم بتحليله من خلال المراحل المختلفة لتكوينه (٤) ، من التصور إلى التصميم إلى التنفيذ . ففي مرحلة التصور يقتصر الإنسان على مواجهة الأثر القانونى المطلوب والفعل الذى يربط القانون بين هذا الأثر وبين وجوده . وفي مرحلة التصميم يعقد الإنسان العزم على إتيان الفعل المذكور تحقيقاً لهذا الأثر . وفي مرحلة التنفيذ يأتى الإنسان هذا الفعل فيتحقق الأثر المقصود .

(١) ديجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ .

(٢) ديجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٣) ديجي ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤ .

(٤) ديجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ وما بعدها .

ويتضح من ذلك أن التصور هو عمل الذهن لا عمل الإرادة ، وأن نشاط الإرادة ودورها لا يبدأ إلا في مرحلتى التصميم والتنفيذ . ومن هنا فالأهلية التى مناطها الوعى والإدراك تبدو مستقلة تماماً عن العمل الإرادى ويبدو توافرها سابقاً على وجوده .

ويتضح من ذلك أيضاً أن محل الإرادة فى هاتين المرحلتين الأخيرتين ليس هو الأثر القانونى المطلوب وإنما هو الفعل الذى يربط القانون وجود الأثر المطلوب بوجوده ، وأن الذى يوجد هذا الأثر ليس هو هذا الفعل وإنما هو القانون ذاته إذا ما توافر هذا الفعل . ومن هنا فالفعل المذكور يبدو كمجرد شرط لإحداث الأثر القانونى . وفى هذا الصدد يقول ديجى إن «الإرادة ليست إلا طاقة طبيعية تستظهر من الفرد حركة جسدية .. إنه القانون الموضوعى هو الذى يرتب أثراً قانونياً على هذه الحركة الجسدية الإرادية للفرد والمستظهرة بقصد إحداث الأثر المذكور» (١)

وهكذا يصل ديجى فى النهاية إلى أن الإلزام بالتصرف القانونى هو إلزام بأوامر القانون ونواهيه ، وأن مناط هذا الإلزام هو مناط الإلزام بالقانون وهو توافر الوعى والإدراك، وأن دور التصرف الإرادى فى هذا الصدد لا يجاوز إيجاد الشرط الذى يتطلبه القانون للإلزام بأوامر القانون ونواهيه (٢).

تقييم نظريه ديجى :

٧٤ - وأول ما يلاحظ على هذا التحليل هو ما فيه من تجاوز لتحليل ديجى للقاعدة القانونية ذاتها . فقد رأينا ان القاعدة القانونية لديه هى قاعدة سلوك ، وأن هذه القاعدة لا تواجه سوى نوعين من السلوك هما السلوك الواجب والسلوك المحرم (٣) . ومن الواضح أن الفعل الإرادى الذى يتمثل فيه التصرف القانونى لديه هو سلوك ، وأن هذا السلوك ليس

(١) ديجى ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ وما بعدها .

(٢) ديجى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

(٣) أنظر ما تقدم ، بند ١٩ وما بعده .

بواجب وليس بمحرم ، فكيف يمكن سلك هذا السلوك في عداد أفعال السلوك التي تواجهها القاعدة القانونية والقول بأنه يرتب أثراً قانونياً ؟ لابد لذلك من التسليم بأن القاعدة القانونية كما تواجه السلوك الواجب والسلوك المحرم وترتب على كل منهما أثراً معيناً ، تواجه السلوك المباح وترتب عليه أثراً معيناً كذلك . وبعبارة أخرى فالتسليم بمنطق ديجي في صدد التصرف القانوني يقتضى بالضرورة التسليم بأن مضمون قاعدة السلوك هو مطلق سلوك الإنسان ، سواء في ذلك ما يوجب وما ينهى عنه من هذا السلوك أو ما يباح منه .

أما الملاحظة الثانية فتتعلق بالأثر القانوني . فديجي يرى في هذا الأثر مجرد تكليف . ومن الواضح أن هذا النظر يقوم على إنكاره لفكرة الحق . وقد سبق أن رأينا ما يعنيه هذا الإنكار من مخالفة للواقع (١) . فالأثر القانوني ليس هو التكليف وإن كان التكليف قد يسبق وجوده وقد يترتب على قيامه ، كما قدمنا (٢) .

وأما الملاحظة الثالثة فتتعلق بربط الأثر القانوني بالتصرف . فديجي يذهب إلى أن الأثر القانوني هو تكليف من تكاليف القانون بمعناه الموضوعي غاية ما في الأمر أن التصرف شرط لقيام هذا التكليف . ولكن هذا القول لا يكفي لحل مشكلة الربط بين التصرف وبين الأثر القانوني . فمثل هذا الربط لابد أن يتم بمقتضى حكم من أحكام القانون الموضوعي ذاته . وقد سبق أن رأينا أن ديجي لا يرى في أحكام القانون سوى 'تكاليف' (٣) . ومن الواضح أن مثل هذه الأحكام بطبيعتها لا يمكن أن تربط بين التصرف القانوني وبين الأثر القانوني الذي لا يعدو أن يكون تكليفاً هو الآخر . ولذلك فربط التصرف بالأثر القانوني على النحو الذي يقول به ديجي يفترض وجود أحكام أخرى غير الأحكام التكليفية تتولى مهمة هذا الربط . وبعبارة

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٢٣ وما بعده .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ٤٨ وما بعده .

(٣) أنظر ماتقدم ، بند ١٩ وما بعده .

أخرى فمنطق ديجي في شأن التصرف القانوني يفترض بالضرورة مراجعة نظرته إلى القاعدة القانونية وتحليلها إلى أحكام تكليفية وأحكام وضعية والتسليم بأن الأحكام الوضعية هي التي تتولى هذا الربط . والإصرار على القول بأن القاعدة القانونية مجرد قاعدة سلوك من شأنه أن يترك التصرف القانوني وآثاره خارج منطقة القانون بمعناه الموضوعي .

كذلك فالقول بأن التصرف القانوني مجرد شرط لوجود التكليف ، يفترض أن يكون للأثر سبب آخر خارج التصرف . فالشرط كما قدمنا إن كان يلزم توافره لوجود المشروط ، فإن وجوده لا يلزم منه بالضرورة وجوده . ومن ثم فمنطق فكرة الشرط يؤدي إلى عدم إمكان وجود الأثر بالرغم من وجود التصرف ، خلافاً لما يقصده ديجي من ربط وجود الأثر بوجود التصرف (١) . والقول بغير ذلك يقتضي بالضرورة اعتبار التصرف القانوني سبباً للأثر . فإذا ما سلمنا بذلك فكيف تستقيم نسبة الأثر إلى القانون الموضوعي وإلى التصرف القانوني في آن واحد ؟ لا بد لذلك من التسليم بالترقية بين المصدر المرتب وبين المصدر المسبب ، أو بين دليل شرعية الحكم ودليل وقوعه على نحو ما قدمناه (٢) .

نظريه كلسن :

٧٥ - أما كلسن ، فهو يبدأ من علاقة الجزاء بالسلوك المقرر له الجزاء المذكور . فإذا ما اقتصرنا على دائرة الأحكام المدنية وجدنا أن الجزاء ينحصر في التنفيذ الجبري - ويتمثل في إزالة الوضع الذي أوجده السلوك المخالف أو في التعويض عما يحدثه من ضرر كلما استحالت الإزالة - ووجدنا أن السلوك يعتبر بمثابة واقعة «تشرط» هذا التنفيذ (٣) . ولكن السلوك قد يستتبع بذاته هذا التنفيذ وقد يتوقف استتباعه له على ارتباطه بتصرف

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٣٣ .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ٥٣ .

(٣) كلسن ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ و ص ١٦٨ و ص ٣٤٢ .

قانوني سابق . وفي هذه الحالة الأخيرة تكون الواقعة التي «تشرط» التنفيذ الجبري واقعة مركبة تتكون من عنصرين^(١)، أحدهما إبرام التصرف القانوني والآخر هو إتيان سلوك مخالف لمقتضى هذا التصرف (١) . وفي هذه الحالة أيضاً لا يكون السلوك مخالفاً للقانون إلا باعتبار مخالفته للتصرف القانوني ، وباعتبار هذا التصرف منشأ لقاعدة قانونية فردية ، ترتباً على أن النظام القانوني ذاته يخلع عليه هذه الصفة «بجعله اتيان واقعة التصرف القانوني متبوعة بسلوك مخالف لهذا التصرف ، شرطاً للجزاء المدني» (٢) . وهكذا يصل كلسن إلى جعل الإلزام بالتصرف القانوني إلزاماً بأحكام القانون الوضعي من خلال فكرته في تخليق القواعد القانونية بعضها من البعض الآخر ، واعتبار المراكز القانونية الفردية بمثابة قواعد قانونية فردية للسلوك (٣) . فالنظام القانوني يجعله التصرف القانوني واقعة منشئة للقانون ، «يبيح للأفراد تنظيم علاقاتهم المتبادلة في إطار القواعد القانونية العامة التي ينشئها التشريع والعرف ، بقواعد تنشأ عن طريق التصرف القانوني . وهذه القواعد المنشأة عن طريق التصرف القانوني ليست قواعد قانونية مستقلة مستكفية بذاتها . إنها لا تقرر جزاءات وإنما مجرد سلوك تكون مخالفته شرطاً لجزاء تقرر القواعد القانونية العامة» (٤)

تقييم نظريه كلسن :

٧٦ - وأول ما يلاحظ في هذا الشأن أن نظرية كلسن تتضمن قدراً من التلاؤم بين التصرف القانوني وبين القاعدة القانونية لا يتوافر لدى ديجي . فالتصرف القانوني يبدو من ناحية تطبيقاً للقاعدة القانونية العامة ويبدو من ناحية أخرى خلقاً لقاعدة قانونية فردية . والتصرف القانوني من الناحية

-
- (١) كلسن، المرجع السابق ، ص ٣٤٢ .
 - (٢) كلسن، المرجع السابق ، ص ٣٤٣ .
 - (٣) أنظر ما تقدم ، بند ٢٣ وما بعده .
 - (٤) كلسن، المرجع السابق ، ص ٣٤٣ .

الأولى يجد مكاناً له في القاعدة القانونية العامة . ذلك أن مضمون هذه القاعدة لديه لا يقتصر على الواجب والمحرم وإنما يمتد كذلك إلى المباح . ومن ثم فاذا كان اجراء التصرف يمثل سلوكاً معيناً للإنسان ، فهذا السلوك يدخل في فصيلة السلوك المباح الذي تتضمنه القاعدة .

والتصرف القانوني من الناحية الثانية تكون له قدرة خلاقة لا تحجبها قواعد القانون العامة المجردة . فهو بهذه المثابة يعتبر مصدراً للأثر القانوني الذي يعبر عنه كلسن بالقاعدة الفردية . ولذلك يستقيم في منطق كلسن الجمع بين واقعة التصرف وبين القاعدة العامة ، ودور كل منهما في إنتاج التصرف القانوني لأثره ، خلافاً لمنطق دييجي . حقاً إن كلسن يذهب إلى أن التصرف شرط لوقوع الجزاء . ولكن ذلك لا يمنع من أنه سبب أو مصدر لوجود القاعدة القانونية الفردية .

على أن الواقع ان نقطة الضعف لدى كلسن إنما تكمن في الربط بين السلوك أو التكليف الذي يفرضه التصرف وبين الجزاء القانوني . فأحكام القانون لدى كلسن كلها أحكام تكليفية (١) . وهذه الأحكام هي بطبيعتها كما قدمنا تتعلق بالسلوك ، ولا يمكن أن توجد الربط بين السلوك وبين الجزاء . فإذا كان التصرف يضع نمطاً سلوكياً فردياً فكيف يتم الربط بين هذا النمط وبين الجزاء الذي تتضمنه القاعدة العامة ؟ لا بد لذلك من حكم قانوني يقرر هذا الربط . وهذا الحكم لا يمكن أن يكون حكماً تكليفاً ، وإنما هو بالضرورة حكم جعلي أو وضعي . ومن ثم فنطق كلسن لا يمكن أن يستقيم إلا مع التسليم بأن القانون يتضمن أحكاماً وضعية بجانب الأحكام التكليفية . وهكذا يكمن سبب التناقض بين تصوير التصرف القانوني وبين تصوير القاعدة القانونية ، في خطأ هذا التصوير الأخير الذي يجعل منها مجرد قاعدة للسلوك .

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٢٩ .

٢ - مناط الإلزام بالتصرف القانوني وازدواج مضمون القانون

٧٧ - التصرف القانوني كما قدمنا تصرف إرادي يرتب أثراً قانونياً. وهو بهذه المثابة يدخل تحت خطاب التكليف كما يدخل تحت خطاب الوضع. واجتماع التكليف والوضع فيه هو الذي يفسر أحكامه.

التصرف القانوني وخطاب التكليف :

٧٨ - يدخل التصرف القانوني من حيث كونه فعلاً للإنسان في نطاق خطاب التكليف (١). والتصرف القانوني ليس بحسب الأصل مطلوب الفعل ولا مطلوب الاجتناب. ولذلك فحكمه من الناحية التكليفية هو الإباحة وبحسب الأصل كذلك.

والتصرف القانوني من فصيلة المباح الذي يغير أتيانه من المركز القانوني لمن يأتيه وينشئ مركزاً قانونياً جديداً بالنسبة له، والذي تتعدى إباحته منه في ذاته إلى آثاره. ولذلك فإن إباحته تقترن بتوافر التمييز فيمن يصدر عنه (٢). فهذا التمييز وحده هو الذي يمكن من إدراك ارتباط التصرف بأثره. ولذلك قلنا من قبل إن عبارة عديم التمييز لا تلزمه ليس فقط لأنها لا تعتبر تصرفاً قانونياً وإنما كذلك لتخلف مناط الإلزام بالتصرف القانوني لديه (٣)

غير أن المباح إنما يكون مباحاً لاعتبار حظ المكلف فيه، أو لاعتبار مصلحة. وقد رأينا أن وجه المصلحة في الفعل يختلف من شخص لآخر، وأن إدراك هذا الوجه يفترض - من بعد توافر التمييز - القدرة على المقارنة بين النافع والضار وأن هذه القدرة ترتبط باكتمال العقل. ولذلك فنطاق إباحة الفعل الذي يرتب أثراً قانونياً ليس هو مجرد توافر التمييز في الشخص وإنما هو الرشد (٤). ومن هنا يمكن أن نفهم قول الشاطبي إن «إباحة

(١) أنظر ما تقدم، بند ٣٢ وما بعده.

(٢) أنظر ما تقدم، بند ٤١.

(٣) أنظر ما تقدم، بند ٦٨ وما بعده.

(٤) أنظر ما تقدم، بند ٤١.

الفعل إنما تكون بالنظر إليه في نفسه من غير اعتبار لأمر خارج . فإذا نظر إليه باعتبار ما يخرج عنه من الأمور كان مطلوب الفعل أو مطلوب الاجتناب،(١).

والتصرف القانوني يكون على هذا النحو مباحاً ، من باب ترك فعله أو اجتنابه إلى اختيار المكلف وفقاً لما يقدره من مصلحة في هذا أو ذاك . فإذا انعدمت مقدرة المكلف على هذا التقدير كان محرماً ، وكان فعله رغم تخلف هذه القدرة غير مرتب لأثره من حقوق والتزامات . وبعبارة أخرى ، فالتصرف الذي يأتيه من لا تتوافر له هذه القدرة لا يصلح أن يكون سبباً ، ولا يرتب ما يراد ترتيبه من أثر .

ومناطق تعلق إباحة التصرف القانوني على هذا النحو بفعل العبد هو غير مناطق تعلق الإيجاب أو التحريم بفعله . فمناطق تعلق الإيجاب أو التحريم بفعل العبد هو مجرد القدرة على إدراك خطاب الشارع والمفارقة بين ما يجب فعله وما يجب اجتنابه .

أما مناطق تعلق إباحة التصرف القانوني بفعله فهو ليس مجرد القدرة على إدراك خطاب الشارع ، وإنما هو القدرة على تبين وجه المصلحة في إتيان التصرف أو اجتنابه ، وهو أمر يتجاوز في دقته مجرد فهم خطاب الشارع ويتطلب قدرة ذهنية أعلى من تلك التي يتطلبها فهم هذا الخطاب والتمييز بين ما يوجبه وما يحرمه . ومن هنا كان شرط صحة التصرف هو اكتمال الأهلية بصفة عامة ، وكان اكتمال الأهلية يرتبط ببلوغ سن الرشد والحلو من العوارض التي تؤثر في القدرة على التقدير ، ليس ما يعدم العقل منها فقط كالجنون والعتة ، وإنما كذلك ما ينقص من سلامة التقدير كالسفة والغفلة ، وكان كل ما ينقص من حسن التقدير مزيلاً لأهلية التصرف ، مانعاً من إباحتها . وعلى هذا النحو فبينما عوارض التمييز هي الجنون والعتة فعوارض الأهلية تضم السفة والغفلة بجانب الجنون والعتة .

(١) الموافقات ، ج ١ ، ص ٩٦ وما بعدها .

٧٩ - والأهلية على هذا النحو السابق ليست عنصراً في التصرف القانوني ذاته وإنما هي شرط في المكلف به أو شرط في العاقد كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية . فالتصرف يقوم بمجرد توافر العبارة المولدة للثقة ولكنه لا يعتبر سبباً صالحاً لترتيب الآثار القانونية إلا إذا كان صادراً عن توافر لديه أهلية إبرامه . « إن الإرادة ليست إلا مجرد واقعة ، والأثر القانوني الذي يتولد عن حدوثها لا يترتب عليها بذاتها ، وإنما يترتب على قاعدة خارجية تربط بين حدوث الواقعة وبين نشأة الأثر إذا توافرت شروط أعمال هذه القاعدة » (١) .

وقد سبق أن رأينا في هذا الصدد كيف ان نظرية سلطان الإرادة بإقحامها فكرة الأهلية على فكرة التصرف لا تجد لها محلا بين إركانها ، فنذهب إلى اعتبارها هي الإرادة ذاتها (٢) ، كما رأينا كيف أن تصوير القانون كمقواعد للسلوك يؤدي إلى الربط بين الأهلية والشخصية واعتبار مناط الشخصية هو بذاته مناط الأهلية بالرغم من صحة النظر إلى الأهلية من خلال شخص القانون وليس من خلال التصرف الذي يجريه (٣) .

التصرف القانوني وخطاب الوضع :

٨٠ - والتصرف القانوني من حيث كونه مؤثراً أو من حيث علاقته بما يرتبط بقيامه من آثار قانونية يدخل في نطاق خطاب الوضع . ووجود التصرف القانوني يستتبع وجود الأثر القانوني . وتختلف التصرف القانوني يستتبع تخلف هذا الأثر . ولذلك فالتصرف القانوني حكمه من الناحية الوضعية هو السببية وليس هو الشرطية على نحو ما يذهب إليه كل من « ديجي » و« كلسن » (٤) .

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٣٤ وما بعدها . وأنظر كذلك المراجع

المشار إليها في هذا الموضوع .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٥٧ .

(٣) أنظر ما تقدم ، بند ١٩ وما بعده ، وبند ٥٣ .

(٤) أنظر ما تقدم ، بند ٧٤ وما بعده .

وخطاب الوضع لا يستلزم توافر التمييز أو الرشد لتعلق أثره بفعل العبد. ولذلك يمكن القول بأن التصرف القانوني يعتبر سبباً لنشوء الأثر القانوني في حق من يتوجه إليه دون حاجة لتوافر التمييز أو الرشد لديه . فإذا وهبت لإنسان أو أوصيت له فلا حاجة لتوافر التمييز أو الرشد لديه لقيام حقه في الهبة أو في الوصية .

ولا شك أن هذا التحليل يتفق مع منطوق القانون المدني في شأن الوصية. فالوصية كما نعلم تصرف قانوني بإرادة منفردة ينتج أثره بمجرد الوفاة دون حاجة إلى القبول ، وإن كان يترد بالرد . وعلى ذلك فتوافر الأهلية لا يلزم لقيام حق الموصى له في الوصية وإن لزم لصحة ردها منه .

أما فيما يتعلق بالهبة فقد انحاز التقنين المدني إلى منطق التشريعات الغربية المتأثرة بمذهب سلطان الإرادة والتي تستلزم القبول لقيام الهبة وتجعل منها عقداً . ولما كان هذا المنطق ذاته يجعل من التمييز شرطاً لوجود الإرادة لا شرطاً للتكليف ، فقد أدى ذلك إلى استحالة ثبوت الحق في الهبة لعدم التمييز بالنظر إلى أن انعدام تمييزه بعدم إرادته ويمنع تصور القبول منه خلافاً للتمييز غير كامل الأهلية .

والواقع أنه ليس هناك ما يدعو إلى اشتراط القبول لثبوت الحق في الهبة ، طالما لم يلحق بها تكليف . حقاً يقال إن مثل هذا القبول لازم لمنع ثبوت الحق للشخص رغماً عن إرادته . ولكن الحقيقة أنه يكفي للحيلولة دون هذه النتيجة القول بأن الهبة تترد بردها ، على نحو ما هو الحال في الوصية ، وعلى نحو ما يذهب إليه فقه الشريعة الإسلامية . أما إذا اقترنت الهبة بتكليف فإن الحق فيها لا ينشأ للموهوب له إذا توافرت لديه الأهلية. ذلك أن الحق في الهبة في هذه الحالة يكون مشروطاً بقيام التكليف وأن قيام التكليف في حق الموهوب له يستلزم بالضرورة توافر أهلية التكليف لديه . وفي هذه الحالة لا يكفي توافر التمييز لنشوء الهبة وإنما يلزم لذلك توافر الرشد أو الأهلية الكاملة .

التصرف القانوني واجتماع التكليف والوضع :

٨١ - ومن الواضح أنه إذا كان التصرف القانوني يدخل في كل من منطقة التكليف ومنطقة الوضع فإن الوضع فيه مترتب على التكليف. ولذلك فإذا تخلف مناط التكليف وهو الأهلية ، تخلف الوضع تبعاً لتخلفه. وبعبارة أخرى فتخلف الأهلية يجعل التصرف غير مباح ويمنع من ترتيبه لأثره تبعاً لذلك باعتبار أن ترتيبه لهذا الأثر مرتبط بكونه مباحاً .

وإذا كان اكتمال الأهلية في الشخص على هذا النحو شرطاً لإنتاج ما يجريه من تصرفات أثره ، فإن عدم توافر الأهلية ليس معناه إهدار مصالح غير كامل الأهلية . ذلك أن القانون يجعل له نائباً قانونياً يمكن أن يقوم بالتقدير نيابة عنه ، ويتولى بعد ذلك إبرام التصرف بنفسه وباسم الأصل ، أو على الأقل يتولى إجازة ما صدر من غير كامل الأهلية ذاته من تصرفات فيكسبها القدرة على ترتيب الآثار .

٨٢ - وقد جرى الفقه على اعتبار التصرف الذي لا يرتب أثره لتخلف أهلية التكليف تصرفاً باطلاً ، مثله في ذلك مثل التصرف غير القائم لتخلف ركنه . وبذلك صارت فكرة البطلان تعبر عن معنيين مختلفين تمام الاختلاف ، هما معنى عدم قيام التصرف لانعدام ركنه - وهو التعبير المولد للثقة - ومعنى عدم إنتاج التصرف أثره لتخلف أهلية التكليف. وقد يبدو أن توسيع فكرة البطلان على هذا النحو له ما يبرره . فقد رأينا من قبل أن انعدام التصرف وتخلف أهلية التكليف يتلازمان في صدد عديم التمييز (١). غير أن التلازم بين انعدام التصرف وتخلف الأهلية في هذه الصورة لا يمنع من تمايزهما . ويظهر هذا التمايز بصفة خاصة كلما كان تخلف الأهلية يرجع لا إلى انعدام التمييز ، وإنما إلى عدم توافر القدرة على التقدير ، كما هو الحال بالنسبة للقاصر ومن في حكمه . ففي هذه الحالة الأخيرة يكون التصرف قائماً وتكون الأهلية متخلفة . ولذلك فالمنطق يقتضي المغايرة في الوصف بين حالة انعدام التصرف وحالة تخلف الأهلية .

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٦٨ .

ولا شك أن مثل هذه المغايرة تجدد صدى لها في الشفقة بين بطلان مطلق وبطلان نسبي ، وإطلاق الأول على التصرف المنعدم والآخر على التصرف القائم إذا ما كان صادراً عن غير ذي أهلية . فالتصرف الباطل بطلاناً مطلقاً يعد غير قائم من الأصل على نحو لا يتصور معه تصحيحه بالإجازة اللاحقة . أما التصرف الباطل بطلاناً نسبياً ، فهو تصرف قائم ومنتج لأثره حتى يقضى بإبطاله ، وهو كذلك تصرف تصحيحه بالإجازة .

٨٣ - ومقتضى ما تقدم بشأن البطلان النسبي أن حالة البطلان لا تنشأ إلا بالحكم الصادر بالإبطال ، وأن توافر هذه الحالة يجعل التصرف كأن لم يكن . ولذلك فقد اضطر الفقه إلى القول بالأثر الرجعي للبطلان ، تفسيراً لما يؤدي إليه البطلان من إزالة تصرف كان قائماً بالفعل قبل الحكم به . غير أن فكرة الأثر الرجعي هي في جوهرها مجرد إقتراض .

ولذلك فقد لجأ البعض - خروجاً من هذا المأزق - إلى القول بأن التصرف الباطل بطلاناً نسبياً لا يكون له وجود قانوني قبل القضاء بالبطلان وإنما مجرد وجود فعلي أو ظاهري (١) ، وأن «فقد الأهلية... يوجد قرينة لمصلحة فاقد الأهلية .. على أن رضاه معيب .. فإذا ما تمسك بها .. كان متمسكاً بعيب في رضائه يعفيه القانون من إثباته ولكنه يتحم أن يتمسك به ليكون قائماً ، وعند تمسكه بوجوده تكمل عناصر وصف البطلان الذي يلحق التصرف .. ويحمّله إلى عالم القانون» (٢) . ومؤدي هذا القول كما هو واضح أنه إذا ما أبرم قاصر أو مجنون عقداً فإنه لا يعتبر قاصراً أو مجنوناً إلا إذا تمسك بقصره أو جنونه (٣) .

وقد لاحظ البعض بحق أن فكرة البطلان النسبي «تتضمن خللاً منطقياً» ذلك أنه إذا كان العقد مصدراً للالتزام وكان البطلان صفة تلحقه وقت

(١) جميل الشرفاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، ١٩٥٦ ، بند ٢٣٥ .

(٢) المرجع السابق ، في الموضوع السابق .

(٣) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٧ .

إبرامه ، فإن اسباغ هذه الصفة عليه لا يكون منوطاً برغبة لاحقة للشخص إن شاء خلع عليه صفة البطلان وإن شاء أيد استمرار صحته ، فالصفة التي تلحق بالعقد سواء أكانت صفة الصحة أم صفة البطلان إنما تلحقه منذ نشأته ولا يمكن ارجاع الزمن بعد ذلك « (١) .

ولذلك لم يجد هذا البعض مناصباً من القول بأن الأثر القانوني لا يصاحب التصرف الباطل وإنما يصاحب التصرف الذي تتمثل فيه الإجازة ، وأن هذا الأثر أثر للتصرف المميز أكثر منه أثراً للتصرف الباطل . فالتزام عديم الأهلية لا يقوم لانعدام إرادته «مأخوذاً بالإرادة هنا على معنى المسؤولية» (٢) . وعلى هذا النحو تبدو الإجازة في صورة تصرف قانوني جديد (٣) محل محل التصرف الباطل . ولما كان التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً يمكن كذلك إعادة إبرامه من جديد بعد زوال العيب المؤدى إلى البطلان ، فقد ذهب هذا الاتجاه إلى الغاء التفرقة بين البطلان النسبي والبطلان المطلق .

٨٤ - ومن الواضح أن هذا الرأي الأخير مبعثه إنكار حقيقة وجود التصرف القانوني أو العقد وإنكار جعله مصدراً للالتزام (٤) ، والقول بأن التصرف القانوني مجرد واقعة وأن مصدر الالتزام هو المسؤولية عن هذه الواقعة ، تلك المسؤولية التي تتوافر بتوافر الأهلية (٦)

ويبدو لنا أن مثل هذا الإنكار إن هو إلا نتيجة طبيعية للنظرة الموحدة لبنيان القانون . ففي ظل هذه النظرة يستحيل اعتبار الأثر القانوني أثراً للتصرف القانوني وللقانون الموضوعي في آن واحد ، ويتعين اعتباره أثراً للتصرف وحده إذا ما أخذنا بتحليل فقه الحقوق (٥) ، واعتباره أثراً للقانون الموضوعي وحده إذا ما أخذنا بتحليل فقه القاعدة القانونية (٧) . ومن

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥ .

(٢) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ .

(٣) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ وما بعدها .

(٤) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ .

(٥) أنظر ما تقدم ، بند ٦٦ وما بعده .

(٦) أنظر ما تقدم ، بند ٥٦ وما بعده .

(٧) أنظر ما تقدم ، بند ٧٣ وما بعده .

الواضح أن إنكار وجود التصرف القانوني وإنكار اعتباره مصدراً للالتزام إنما ينبع من هذا الفقه الأخير .

أما في النظرة المزدوجة للقانون ، فالأمر يختلف . ففي هذه النظرة تتكون أحكام القانون من تكليف تشترط قدرة ذهنية معينة لقيامه في حق المكلف ووضع لا تشترط مثل هذه القدرة لقيامه في حقه ، ويختلف التكليف من الوجوب إلى الحرمة إلى الإباحة ، ويختلف الوضع من السببية إلى الشرطية إلى المانعية . وفي ظل هذه النظرة يكون التصرف القانوني مباحاً وتكون الأهلية شرطاً لإباحته منفصلاً تمام الانفصال عن وجوده ، كما يكون عدم توافرها مانعاً من إنتاج التصرف أثره على الرغم من قيامه بالفعل . وفي ظل هذه النظرة كذلك يكون التصرف القانوني - حتى مع النظر إليه كمجرد واقعة - هو سبب الحقوق والالتزامات .

فإذا ما سلمنا بذلك فإنه يمكن تصور وجود التصرف في ذاته رغم عدم توافر الأهلية دون أن ينتج هذا التصرف أثره . فإذا ما زال المانع وصدرت إجازة للتصرف ، كانت هذه الإجازة - بما تفيده من أن التصرف كان في مصلحة من أجراه - بمثابة إقرار للتصرف الأصلي يعطيه الفعالية أو القدرة على إنتاج التصرفات القانونية . وبعبارة أخرى فترتب الأثر القانوني في هذه الحالة يكون نتيجة للتصرف الأصلي والتصرف المحيز معاً ، بحيث يعتبر التصرف الأصلي بمثابة سبب والتصرف المحيز بمثابة شرط .

وتمشياً مع هذا المنطق يذهب فقه الشريعة الإسلامية إلى أن تصرف غير كامل الأهلية تصرف موقوف وليس تصرفاً باطلاً . ففكرة الوقف تفسر في الواقع كون الأثر القانوني أثراً للتصرف الأصلي والتصرف المحيز على حد سواء . فهي تعترف بوجود التصرف في عالم القانون دون أن يكون منتجاً لأثره إنتاجاً فورياً ، وهي تجعل إنتاج هذا الأثر متوقفاً على الإجازة (١) .

(١) السهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج ٤ ، ص ٣٠٥ ؛ عبد الرازق حسن فرج ، المرجع السابق .

وعلى هذا النحو يبدو التصرف الأصلي بمثابة سبب ويبدو التصرف المحيز بمثابة شرط .

٨٥ - ويلاحظ في هذا الصدد أن المواد ١/١١١ و ١/١١٥ من القانون المدني تجعلان تصرفات القاصر ومن في حكمه باطلة بطلاناً مطلقاً كلما كانت ضارة ضرراً محضاً وليست مجرد تصرفات دائرة بين النفع والضرر (١). ومن الواضح أن هذا الحكم لا يتمشى مع تحليلنا السابق المتعاق بالتفرقة بين انعدام التصرف - ومن ثم انعدام دليل وقوع الإلزام الإرادى - وبين مناط تعلق الإلزام بالشخص . ذلك أن عبارة القاصرومن في حكمه يمكن أن تبعث الثقة لدى من توجه إليه ، على نحو يصعب معه اعتبار تصرفه تصرفاً منعدياً والتسوية بينه وبين تصرف عديم التمييز لمجرد كونه ضاراً ضرراً محضاً .

وحقيقة الأمر أن التصرف يكون موجوداً في هذه الحالة ولكنه لا يكون ملزماً لصاحبه حتى تصدر منه إجازة له بعد اكتمال أهليته (٢) . وفي هذا الصدد يستوى التصرف الضار ضرراً محضاً والتصرف الدائر بين النفع والضرر من حيث أن كلا منهما يؤدي إلى إلزام من يصدر عنه إلزاماً لا ينافى به إلا بإجازته له من بعد اكتمال أهليته .

وقد يبدو أن تسوية التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر على هذا النحو من شأنها أن تؤدي إلى نتيجة غريبة هي إمكان إلزام التصرف الضار ضرراً محضاً لصاحبه إذا ما صدرت إجازة له من النائب عن القاصر ومن في حكمه . ذلك أن التصرف الدائر بين النفع والضرر ينتج أثره ليس فقط إذا ما صدرت إجازة له ممن صدر عنه التصرف بعد

(١) ويلاحظ في هذا الصدد أن فصيلة العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية لا تتضمن من تصرفات ناقص الأهلية سوى تلك الدائرة بين النفع والضرر . أما الضارة ضرراً محضاً فهي باطلة .

(٢) قرب ، حلمى بهجت بدوى ، المرجع السابق ، بند ١٥١ ، ص ٢٣٤ .

اكتمال أهليته ، وإنما كذلك إذا ما صدرت مثل هذه الإجازة من النائب عنه . ومن الواضح أن مثل هذه الإجازة إذا كانت مقبولة من النائب في حالة التصرف الدائر بين النفع والضرر ، فهي غير مقبولة منه في حالة التصرف الضار ضرراً محضاً

ومع ذلك فيبدو لنا أنه لا يتصور صدور إجازة للتصرف من النائب متتجة لأثرها في حالة التصرف الضار ضرراً محضاً . ذلك أن إجازة التصرف لا يتصور أن تصدر إلا ممن له سلطة إبرام هذا التصرف . ومن المسلم به أن النائب ليس له سلطة إبرام مثل هذا التصرف . ومن ثم فلا يكون للنائب أن يجيز تصرف غير كامل الأهلية إذا ما كان هذا التصرف ضاراً ضرراً محضاً .

وعلى هذا النحو ننهي إلى وجوب إزالة التفرقة بين التصرف الضار ضرراً محضاً والتصرف الدائر بين النفع والضرر ، من حيث عدم إلزام كل منها للقاصر ومن في حكمه ما لم تصدر منه إجازة لها بعد اكتمال أهليته ، مع بقاء التفرقة بينهما قائمة فيما يتعلق بسلطة النائب القانوني في إبرام التصرف وفي إجازته .

المبحث الثاني

الالتزام بالاحكام المدنية والفعل الضار

٨٦ - لعل القانون المدني لم يعرف حتى الآن موضوعاً أثار الجدل أكثر من موضوع المسؤولية والالتزام بالتعويض . ففي هذا الموضوع بالذات يلتقى تصور القانون كمجموعة من الحقوق بتصوره كمجموعة من التكاليف ، ويلتقى الاتجاه الشخصي - في النظر إلى القانون - بالاتجاه الموضوعي ، حتى يتبادل أنصار كل من التصورين أو الاتجاهين موقع التصور أو الاتجاه الآخر . فالقائلون بأن القانون هو الحرية بما تعنيه من قدرات إرادية يجدون أنفسهم وجهاً لوجه أمام المسؤولية التي نتج من هذه القدرات وترتب الالتزام بالتعويض على تجاوز الحدود ، فيضطرون إلى

روية قانون المسؤولية كقواعد ملزمة للسلوك . والقائلون بأن القانون هو قواعد السلوك الملزمة يواجهون بتجاوز نطاق المسؤولية حدود السلوك غير المشروع ، فيضطرون إلى البحث عن أساس المسؤولية في حقوق المضرور قبل سلوك المسئول . وهكذا تختلط المواقف ويسود الغموض نظرية المسؤولية والالتزام بالتعويض ، نتيجة لعدم وضوح موضع كل من فكرتي الحق والتكليف من القانون .

والواقع أن الالتزام بالتعويض مثله في ذلك مثل غيره من الالتزامات ليس إلا أثراً قانونياً يرتبه القانون إذا ما توافر سببه وتوافرت شروطه وانتفت موانعه . وهو بهذه المثابة يعتبر وضعاً من الشارع مرتباً لتكليف مما تجوز النيابة فيه على نحو ما رأيناه في الالتزامات المالية (١) . غير أن هذا الالتزام يمكن أن يجد سببه في مخالفة تكليف فيكون بمثابة الجزاء المدني على هذه المخالفة ، وقد يجد سببه في المساس بحق الغير بالمعنى الدقيق فيكون بمثابة ضمان لهذا الحق . وعلى هذا النحو يزودج دليل وقوع الالتزام بالتعويض فيكون تارة المسؤولية عن الفعل غير المشروع ، ويكون المساس بحق الغير تارة أخرى .

ومقتضى هذا التصور لمشكلة الالتزام بالتعويض — فيما جرى عليه النظر إليها وفيما يجب أن يكون عليه هذا النظر — أن نتناول دراستها على مرحلتين ، نعرض في أولهما للنظرية الأساسية السائدة في شأنها ، والتي تنتهي إلى وحدة دليل وقوع الالتزام بالتعويض ، ونعرض في الأخرى لمحاولة بيان ازدواج هذا الدليل على أساس من تباين القانون إلى وضع وتكليف .

- المطلب الأول : وحدة دليل وقوع الالتزام بالتعويض .
- المطلب الثاني : ازدواج دليل وقوع الالتزام بالتعويض .

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٥١ وما بعده .

المطلب الاول

وحدة دليل وقوع الالتزام بالتعويض

٨٧ - يذهب الفقه الغالب - رغم اختلاف نزعاته الفلسفية - إلى وحدة دليل وقوع الالتزام بالتعويض ، أو وحدة ما يسمى بأساس المسؤولية . ولما كان الالتزام بالتعويض يفترض سلوكاً في جانب الملتزم بالتعويض وضرراً في جانب مستحق التعويض ، فقد تركز البحث عن دليل وقوع الالتزام بالتعويض تارة في جانب المسئول ، على نحو ما نراه في نظريات الخطأ ، وتارة أخرى في جانب المضرور على نحو ما نراه في نظريات التبعية والضمان .

١ - البحث عن دليل وقوع الالتزام بالتعويض في جانب المسئول

الخطأ بالفهم الذاتي :

٨٨ - إذا كانت الحرية هي المعطى الفطرى للطبيعة الإنسانية ، وكان معنى هذه الحرية هو تمتع الإنسان بقدراته الإرادية باعتبارها حقوقاً له ، فإن مقتضى ذلك عدم مسؤولية الإنسان عما يأتيه من نشاط مهما ترتب على هذا النشاط من أضرار . غير أن الحرية والإرادة لا يتصوران إلا بالنسبة للإنسان الواعى الذى يدرك ارتباط أفعاله بنتائجها . ومثل هذا الإنسان يشعر شعوراً داخلياً ذاتياً بالخطيئة كلما وجه نشاطه للإضرار بالغير - إيجابياً كان هذا النشاط أو سلبياً - وكلما توقع ما قد ينجم عن هذا النشاط من أضرار فلم يمنعه ذلك من المضى فيه رغم قدرته على ذلك . ومن هنا فحرية الإنسان في التصرف تجدد حدودها في هذا الناموس الداخلى الذاتى للسلوك ، ومسئوليته الأدبية تجدد سببها فى الخطأ ، والخطأ هو تجاوز الناموس المذكور .

ونظام المسؤولية القانونية ليس إلا ترجمة لهذه المسؤولية الأدبية فى عالم القانون ، وذلك بإلزام الإنسان حدود ما يفرضه ضميره من سلوك بفرض

جزاء على تجاوزه (١) ، عقوبة كان هذا الجزاء كما هو الحال في المسؤولية الجنائية ، أو تعويضاً كما هو الحال في المسؤولية المدنية . ولذلك نجد دليل وقوع الالتزام بالتعويض يدور مع مناط هذا الالتزام ، ويؤخذ بذات المعيار الذاتي الذي يؤخذ به .

وعلى هذا النحو فالمسؤولية المدنية تجدد سببها في الخطأ بهذا المعنى الأدبي الذاتي . فالإنسان لا يكون مسئولاً بداءة إلا إذا توافر له العقل الذي يمكنه من البصر مقدماً بما قد ينجم عن نشاطه من ضرر للغير . ولذلك فالصغير غير المميز والمجنون لا يسأل أى منهما عما قد يترتب على أفعاله من أضرار (٢) . والإنسان العاقل لا يكون مسئولاً عن هذه الأضرار إلا إذا كانت الظروف التي ينشط فيها تجعله باستطاعته توقع الضرر من النشاط وتجنب هذا النشاط (٣) . هناك يكون على الإنسان التزام بالامتناع عن النشاط المؤدى إلى الضرر أو بمباشرة النشاط الذي يحول دونه (٤) ، يقابله حق للمضروب . فإذا لم يف بهذا الالتزام كان معتدياً على حق الغير ولزمه التعويض .

وهكذا تدور المسؤولية المدنية للإنسان عن نشاطه — كالمسؤولية الجنائية — لا مع هذا النشاط ذاته ، وإنما مع الخطأ (٥) ، ويتوافق مناط المسؤولية المدنية مع مناط المسؤولية الأدبية الذاتية . وفي ذلك يقول جورج ريبير :

-
- (١) أنظر في تفصيل ذلك : جان داربلاي ، النظرية العامة لعدم المشروعية ، ١٩٥٥ ، بند ٢٢ ، ص ٤٩ وما بعدها ، دليانيس ، فكرة العمل غير المشروع ، ١٩٥٢ ، بند ١٨ وما بعده ، ص ٢١ وما بعدها .
- (٢) أنظر في تفصيل ذلك : بلان جوفان ، مسئولية الصغار ، المجلة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٥٧ ، ص ٣٦ ؛ جان لافون ، المسؤولية المدنية عن فعل المرضى العقليين ، ١٩٦٠ ، ص ١١ وبعدها والمراجع المشار إليها فيه .
- (٣) جورج ريبير ، القاعده الخلقية ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٩ ، ص ٢١١ .
- (٤) لوفيفر ، المسؤولية التقصيرية والعقدية ، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ، ١٨٨٦ ، ص ٤٨٦ ، أشار إليه زيمان جمعة ، نظرية مصادر الالتزام ، ١٩٦٨ ، ص ١١٤ حاشية ١٧ ؛ بلانيول ، ج ٢ ، الطبعة التاسعة ، أشار إليه سليمان مرقص ، في نظرية دفع المسؤولية المدنية ، ١٩٣٦ ، ص ١٣ . وقرب : سليمان مرقص ، الفعل الأضرار ، ١٩٥٦ ، ص ٤٧ وما بعدها .
- (٥) ستارك ، المسؤولية المدنية في وظيفتها المزدوجة — الضمان والعقوبة الخاصة ، المرجع السابق ، ٢١٩ .

«إن الإنسان يجب أن ينشط ، والنشاط يحمل مخاطر له ولغيره ، وهذا ليس
بذئب بال طالما كان النشاط هو ناموس الإنسان . ولكن الإنسان لا يجب
أن يتصرف على نحو معيب . وهو يتصرف على نحو معيب عندما يسبب
للغير ضرراً كان باستطاعته أن يتوقعه أو أن يتفاداه أو أن يخفف منه» (١)
وهكذا كان الفقه المدني طوال القرن التاسع عشر يقيم المسؤولية المدنية على أساس
فكرة الخطأ بهذا المعنى ، ويرد أحكام القانون المدني التي تتخطى فكرة
الخطأ - في تأسيسها هذه المسؤولية - إلى قرينة يقيمها المشرع على توافر
الخطأ المذكور .

وهكذا أيضاً فالهدف من المسؤولية المدنية يبدو هو عقاب المذنب
أكثر منه جبر الضرر ، وهذه المسؤولية ذاتها تبدو كصورة مخففة من
المسؤولية الجنائية (٢) ، على الرغم من أن المضرور هو صاحب الحق في
التعويض ومن أن مقدار التعويض يقاس عادة بما أصابه من ضرر . ذلك
أن الضرر لا يمكن الإلزام بجبره إلا إذا كان النشاط المسبب له نشاطاً خاطئاً ،
وأن الضرر المترتب على نشاط غير خاطيء هو في حقيقته قدر على المضرور
وحده أن يتحملة (٣) .

٨٩ - ولا شك ان هذا التصوير للخطأ يستجيب إلى نظرة شخصية
للقانون تخلط بين التكليف القانوني وبين التكليف الأدبي (٤) . ففي هذه
النظرة يبدو القانون كمجرد حقوق ، ويبدو الحق كقدرة إرادية ، وتبدو
حدود الحق - التي يتمثل التكليف في عدم تجاوزها - كحدود ذاتية تنبع
من صاحب الحق ذاته ، مثلها في ذلك مثل مناط ثبوته (٥) .

-
- (١) جورج ريبير ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠ .
 - (٢) جورج ريبير ، المرجع السابق ، ٢٠٠ ؛ محمد ابراهيم دسوقي ، تقدير
التعويض بين الخطأ والضرر ، ١٩٧٣ ، بند ٥٤ وما بعده وبند ٤ ؛ بلان جوفان ، المقال
السابق ، ص ٣٧ .
 - (٣) ستارك ، المرجع السابق ، ص ٥ .
 - (٤) أنظر نظير ذلك في التصرف القانوني : ماتقدم ، بند ٦٤ .
 - (٥) أنظر ماتقدم ، بند ٦ وما بعده ، وبند ٦٤ .

ولكن التصوير المذكور لا يستجيب إلى نظرة موضوعية للقانون تميز بين التكليف القانوني وبين التكليف الأدبي ، سواء كان بنيان القانون في هذه النظرة يتكون من مجموعة من قواعد السلوك أو يتكون من مجموعة من الأحكام تختلف بين التكليف والوضع . ففي ظل هذه النظرة يتميز دليل وقوع الالتزام القانوني عن مناطه - خلافاً للإلزام الأدبي - ويؤخذ الأول بمعيار اجتماعي ، بينما يظل للآخر معناه الذاتي (١) . فإذا ما قلنا بأن القانون في هذا النظر الأخير يتكون من مجموعة من قواعد السلوك ، فلا بد أن يبدو الخطأ بالضرورة كسلوك مخالف للسلوك الاجتماعي الذي تفرضه القاعدة القانونية . وبعبارة أخرى فإذا كانت فكرة الخطأ تفترض تقيماً للسلوك الحادث ، فهذا التقييم لا يتم وفقاً لعناصر شخصية خاصة بكل إنسان وإنما وفقاً لنواميس اجتماعية موضوعية يرسمها القانون الموضوعي بأوامره ونواحيه (٢) . وإذا ما قلنا بأن القانون في هذا النظر هو مجموعة من الأحكام تختلف بين التكليف والوضع ، فإن التكليف يأخذ حكم قاعدة السلوك على النحو المتقدم . أما الوضع فينظر فيه إلى السلوك ، لا من حيث مشروعيته وعدم مشروعيته ، وإنما باعتباره مجرد مؤثر لأثر قانوني ، سواء كان هذا المؤثر الذي يعتد به الشارع سلوكاً غير مشروع أو كان هذا المؤثر سلوكاً يستوى فيه المشروعية وعدم المشروعية (٣) .

وقد سبق أن رأينا أن التمييز هو صفة أو حالة تلازم الشخص (٤) . ومن الواضح أن الخطأ يتمثل في تصرف أو نشاط معين يصدر عن الشخص في لحظة زمنية معينة . ولذلك فقد يكون من الصعب تصور أن يكون التمييز - وهو أمر ممتد في الزمن - عنصراً في الخطأ الذي يتحقق بطبيعته في لحظة زمنية معينة .

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٦٤ . وأنظر كذلك : رنيه كاييتان ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ وما بعدها .

(٢) أنظر ماتقدم ، بند ٣١ .

(٣) أنظر ماتقدم ، بند ٣٣ وما بعده .

(٤) أنظر ماتقدم ، بند ٦ و ٥٨ .

كذلك فهذا التصوير لا يستوعب أدلة وقوع الالتزام بالتعويض في القانون المعاصر . فمن ناحية أولى ، فإذا كان القضاء يسلم بعدم مسئولية عديم التمييز كمبدأ عام ، ، فالفقه لا يكف عن التنبيه إلى ما يؤدي إليه هذا المبدأ من حلول مجافية للعدالة - على الأقل كلما كان عديم التمييز موسراً وكان المضرور معدماً - والقضاء ذاته لا يألو جهداً في الحد من المبدأ المذكور (١) . من ذلك مثلاً نسبة انعدام التمييز إلى خطأ من عديم التمييز سابق على انعدام تمييزه ، ومساءلته عما يأتيه اثناء تخلف التمييز لديه رجوعاً إلى هذا الخطأ . ومن ذلك استلزام أن يكون انعدام التمييز تاماً للإفلات من المسئولية . ومن ذلك تطلب إثبات انعدام التمييز من المدعى عليه بالمسئولية وقت وقوع الفعل المسبب للضرر . ومن ذلك أخيراً مساءلة متولى الرقابة عن أفعال عديم التمييز في الوقت الذي يعتبر فيه خطأه شرطاً لهذه المساءلة (٢) . ومن الواضح أن مساءلة عديم التمييز على هذا النحو لا تتماشى مع هذا التصوير الذاتي للخطأ كدليل لوقوع الالتزام بالتعويض .

ومن ناحية أخرى فالخطأ بهذا المعنى لا يمكن أن يكون دليلاً لوقوع الالتزام بالتعويض في حق المميز ذاته في كثير من حالاته التي تتكاثر في العصر الحديث كما هو الحال في مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، وفي مسئولية حارس الأشياء وفي المسئولية عن حوادث العمل .

الخطأ بالمفهوم الموضوعي :

٩٠ - وأمام فشل نظرية الخطأ بالمفهوم الذاتي ، على النحو السابق ، اتجه الفقه الحديث نحو توسعة فكرة الخطأ توسعة تمكن من استيعاب الحقائق السابقة . وتبدأ هذه المحاولة من نظرة موضوعية للخطأ ترى فيه مجرد

(١) أنظر في هذا الصدد ، بلان جوفان ، المقال السابق ، ص ٤٤ وما بعدها ؛ جان لافون ، المرجع السابق ، ص ١٩٩ وما بعدها و ص ٢٠٧ وما بعدها ؛ جاك ماسيب ، إصلاح قانون غير المتمتعين بالأهلية من البالغين ، ١٩٦٩ ، ص ٤٥ وما بعدها .
(٢) بيير دومينيك أوليفيه ، المسئولية المدنية للأب والأب ، ١٩٦١ ، ص ٨٣ وما بعدها . وقارن : إيمانويل بلان ، مسئولية الآباء ، ١٩٥٣ ، ص ٤٣ وما بعدها .

سلوك غير مشروع في ذاته ، بصرف النظر عن مدى قدرة صاحبه على تبين وجه عدم المشروعية فيه (١) . وفي هذا الصدد تسلّم هذه المحاولة أن المفهوم الذاتي للخطأ يمكن من تبيان عدم المشروعية كلما كان نشاط محدث الضرر مقروناً بقصد إيقاع الضرر ، ولكنها لا تكفي لتبيانها كلما تمثل في الرعونة والإهمال . ولذلك وجب البحث عن معيار الخطأ في هذه الصورة الأخيرة باعتبارها الصورة الأكثر شمولاً والتي تستوعب بالضرورة الخطأ في صورته الأولى .

والواقع أن الفصل فيما إذا كان النشاط يمكن أن يلحقه وصف الرعونة أو الإهمال لا يكون إلا بمقارنة مسلك صاحبه بمسلك الشخص العادي أو الأوساط من الناس إذا ما وجد في ذات الظروف التي وجد فيها صاحب النشاط . غير أنه يجب الاقتصار في هذا الصدد على الظروف الخارجية وحدها ، دون الظروف الداخلية ، توكيلاً للخوض في أعماق النفس البشرية بحثاً عن عناصر يستحيل في الحقيقة الإمساك بها ، وفصلاً بين مجال الأخلاق ومجال القانون . فالخطأ إذن هو انحراف السلوك عن سلوك الشخص العادي إذا ما وجد في الظروف الخارجية التي وجد فيها من يتم تقييم سلوكه .

وترتيباً على ذلك فلا محل للبحث في مدى إدراك المدعى عليه بالمسؤولية باعتبار الإدراك بطبيعته أمر نفسي أو داخلي بحث . فالتمييز «خارج عن الخطأ بمعنى الكلمة ، وربما كان نتيجة لفكرة الخطأ . ولكنه ليس عنصراً من عناصرها» (٢) . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن فكرة الخطأ مفهومة على هذا النحو المجرد تؤدي إلى مسؤولية عديم التمييز كالمميز سواء بسواء . وهكذا يتوصل هذا المفهوم للخطأ إلى إقرار مسؤولية عديم التمييز تغليباً لاعتبارات العدالة السابقة .

(١) مازو وتك ، المسؤولية المدنية ١٩٦٥ ، ج ١ ، بند ٤٧٩ وما بعده ، ص ٩٥٣ وما بعدها ؛ مازو ، دروس في القانون المدني ، ج ٢ ، ١٩٥٦ ، ص ٣٦٩ ؛ بلان جوفان المقال السابق ، ص ٥٢ وما بعدها ؛ جان لافون ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ .
(٢) مازو وتك ، المرجع السابق ، بند ٣٩٠ ، ص ٤٦٧ و ٤٦٨ .

٩١ - ولا شك أن هذا المفهوم للخطأ يستجيب أكثر من سابقه للمفهوم الموضوعي للقانون ويميز بين دليل وقوع الالتزام القانوني ودليل وقوع الالتزام الأدبي . فالعبرة في هذا المفهوم - كما هو واضح - بقيمة السلوك في نظر القانون أكثر منها بالحدود الشخصية لحقوق صاحبه أو بما يتقيد به ضمير هذا الأخير ، مما يستجيب إلى النظر إلى القانون كمجموعة من قواعد السلوك أو كمجموعة من التكاليف (١) . ودليل وقوع الالتزام بالتعويض يؤخذ على هذا النحو بمعياري اجتماعي يتميز فيه الإلزام القانوني عن الإلزام الأدبي . غير أنه مع ذلك ينتهى إلى نتيجة لا تتلائم مع هذا النظر فيما يتعلق بمسئولية عديم التمييز . فقواعد السلوك - أو التكاليف - تفترض في المكلف بها كما قدمنا القدرة على التمييز حتى يستطيع فهم خطاب الشارع ومحاذاة سلوكه مع ما يفرضه من طريق للسلوك ، مما يجعل عديم التمييز غير مخاطب بهذه القواعد (٢) .

ولكن هذا المفهوم للخطأ يقف في هذا الصدد عند الظروف الخارجية ، ويجعل من التمييز شرطاً داخلياً ، بما لا يحول دون مسائلة عديم التمييز . ولذلك فحتى يستقيم الأخذ بهذا المفهوم واعتبار التمييز ظرفاً داخلياً ، لابد من التسليم بأن للتمييز وظيفة أخرى متميزة عن مجرد دخوله كعنصر من العناصر المكونة للخطأ (٣) . . وإذا ما أريد من بعد إقرار مسئولية عديم التمييز فلا بد من البحث عن أساس آخر لهذه المسئولية لا يقوم على تقييم السلوك ولا يفترض من ثم هذا التمييز للأخذ به (٤) .

كذلك فهذا المفهوم - على فرض استقامته مع الفكرة العامة للقانون - يؤدي إلى نتيجة تجاوز ما تقضى به العدالة فيما يتعلق بمسئولية عديم التمييز .

(١) قرب : نعمان جمعة ، نظرية مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، بند ١٠٤ .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٤٠ .

(٣) ستارك ، المرجع السابق ، ص ٩٢ .

(٤) في هذا المعنى : ريبير ، القاعدة الخلقية ، ص ٢٣ ؛ إيسان ، تعليق في الموسوعة

الدورية ، ١٩٥٦ ، ٢ ، ٩٢٩٧ .

فهو يؤدي إلى التسوية بين التزام المميز والتزام غير المميز ليس فقط عندما يكون غير المميز موسراً والمضروب معدماً ، وإنما كذلك عندما يكون غير المميز معدماً والمضروب موسراً ، فيتفادى بذلك نتيجة مخالفة للعدالة بنتيجة أخرى ليست أقل مخالفة للعدالة (١) .

وأخيراً فهما قيل من توسيع فكرة الخطأ على هذا النحو ، فهي لا يمكن أن تستوعب كل صور المسؤولية ، كما هو الحال في المسؤولية عن الأشياء وفي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة . حقاً يقال إن أساس المسؤولية عن الأشياء هو خطأ في الحراسة ، يقوم بمجرد إفلات الشيء من سيطرة حارسة ويستند إلى التزام محدد بالسيطرة عليه (٢) . ولكن الخطأ بهذا المعنى يكف عن أن يكون انحرافاً في السلوك لا يأتيه الشخص العادي منذ اللحظة التي لا يصبح فيها سلوك المسئول محل تقييم (٣) . حقاً يقال كذلك إن المتبوع ينوب عن التابع ولا يسأل إلا إذا تحققت مسؤولية هذا الأخير بقيام الخطأ في جانبه (٤) . ولكن هذه النيابة هي محض افتراض (٥) .

٢ - البحث عن دليل وقوع الالتزام بالتعويض في جانب المضرور

المسئولية عن الأشياء :

٩٢ - مما لا شك فيه أن اتخاذ الخطأ دليلاً لوقوع الالتزام بالتعويض كان كافياً لضمان التعويض للمضرور - إبان صياغة نظام المسؤولية المدنية

(١) أنظر في هذا الصدد : نعمان جمعة ، « تعويض الضرر الذي يحدثه المرضى العقليون » ، المجلة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٧١ ، ص ٣٦ ، ٣٨ ، ٤٣ ، والمراجع المشار إليها ص ٤٢ حاشية (٧٣) .

(٢) مازو وتنك ، المسؤولية ، ج ٢ ، ١٩٥٨ ، بند ١٣٠٢ وما بعده ، ص ٣١٩ وما بعدها ؛ مازو ، المرجع السابق ، ص ٤٧٦ وما بعدها .

(٣) ستارك ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

(٤) مازو وتنك ، المسؤولية ، ج ١ المرجع السابق ، بند ٩٤١ وما بعده ، ص ١٠١٧ .

وما بعدها ؛ مازو ، المرجع السابق ، ص ٤١٧ .

(٥) ستارك ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ .

في بداية القرن التاسع عشر - كلما كانت العدالة تفرض ذلك ، بصفة عامة . فقد كان الخطأ والضرر مرتبطان ، وكان النشاط المتاح أمام الإنسان في هذا الوقت لا يسبب ضرراً لغيره ما لم يوجه فعلاً إلى هذا الغرض أو تصاحبه الرعاية أو الإهمال ، وكان كل ضرر يتأتى في غير هذه الحالة يرجع في الواقع إلى القوة القاهرة (١) . غير أن التطور الهائل في أدوات الصناعة ووسائل النقل قد غير فجأة من طبيعة النشاط المتاح أمام الإنسان ، وجعل إمكانية الضرر كامنة في كثير مما يتاح له من نشاط ، رغم حسن نيته واتخاذ كل ما يلزم من حيلة وتبصر . ومن هنا فقد كشف هذا التطور عن صيرورة اتخاذ الخطأ - بأى من مفاهيمه - دليلاً لوقوع الالتزام بالتعويض عاجزاً بالفعل عن كفالة التعويض للمضرور .

وأمام هذه الحقيقة بدأ القضاء الفرنسي في البحث عن سند لتوسيع نطاق الالتزام بالتعويض . وقد وجد في هذا الصدد نص المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي على أن «الشخص مسئول عن الأشياء التي تكون في حراسته» ، فاتخذ منه سنداً لابتداع نوع جديد ومستقل من المسؤولية هو المسؤولية عن الأشياء . وتتحصل فكرة هذه المسؤولية في أنه كلما كان الضرر ناشئاً عن شيء كان حارسه ملزماً بالتعويض دون حاجة لإثبات خطئه ، خلافاً للأصل العام في المسؤولية (٢) . وفي إطار هذا النوع من المسؤولية يتوقف القول بضرورة التمييز لقيام المسؤولية لا على فكرة الخطأ وإنما على فكرة الحراسة ذاتها . فالقول بأن المقصود بالحراسة هو الحراسة الفعلية يؤدي بالضرورة إلى اشتراط التمييز لقيامها ومن ثم لقيام المسؤولية . والقول بأن الحراسة مجرد سلطة قانونية يجعل قيامها مستقلاً عن توافر التمييز ويؤدي من ثم إلى قيام المسؤولية رغم انعدامه . وقد انحازت محكمة النقض الفرنسية

(١) ستارك المرجع السابق ، ص ٦ .

(٢) أنظر في تفصيل هذه الفكرة : محمد لبيب شنب ، المسؤولية عن الأشياء ،

بالفعل إلى هذا القول الأخير (١) . وبذلك فقد صار قطاع كبير من المسؤولية لا يستند من قريب أو بعيد لفكرة الخطأ .

نظرية تحمل التبعه :

٩٣ - كذلك كان للتطورات السابقة أثر كبير على الفقه . فقد اتجه الفقه إلى البحث عن أساس جديد للمسئولية يستوعب حقائق العصر ، فظهرت في هذا الصدد فكرة تحمل تبعه المخاطر في صياغاتها المختلفة (٢) : تبعه الكسب وتبعه المخاطر المستحدثة . وفحوى هذه الفكرة ، كما نعلم ، هو أن وظيفة المسؤولية ليست عقاب المخطيء وإنما تعيين من توجب العدالة تحميله بعبء الضرر ، وأن أساسها تبعاً لذلك لا يجب البحث عنه في جانب المسئول وإنما في جانب المضرور . ولذلك يكون من المنطقي أن يتجاوز هذا الأساس فكرة الخطأ في جانب المسئول ليقف عند مجرد تسببه في الضرر بما يصطنعه من نشاط .

وفي ظل هذه الفكرة يكون من المنطقي القول بمسئولية رب العمل عما يصيب العامل من جراء قيامه بالعمل أو بمسئولية الناقل عما يصيب الراكب من ضرر من جراء السفر ، باعتباره صاحب النشاط الذي تتأتى عنه الإصابة دون حاجة إلى إثبات خطأ منه . وفي ظل هذه الفكرة كذلك لا يكون هناك محل للبحث عن إرادة المدعى عليه بالمسئولية ومن ثم عن إدراكه ، وربط قيام المسئولية بتوافره . فالمسئولية ليس أساسها عدم مشروعية النشاط المسبب للضرر ، وإنما واقعة إحداث هذا النشاط ذاتها ، مما لا يكون هناك

(١) نقض مدني ١٨/١٢/١٩٦٤ ، دالوز ، ١٩٣ ، تعليق أمان ، J. C. P. ، ١٩٦٥ ، ١٤٣٠٤ ، تعليق دي جان دي لاباتى ، المجلة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٦٥ ، ٣٥١ ، تعليق روديير ؛ نقض مدني ١/٣/١٩٦٧ ، المجلة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٦٧ ، ٨٢٨ ، ملاحظات دورى . وأنظر بقية الأحكام في بحث نعمان جمعة سابق الإشارة إليه ، ص ٣٥ حاشية (٤٩) .

(٢) أنظر في تفصيل هذه الفكرة: محمد لبيب شنب ، المرجع السابق؛ ستارك ، المرجع السابق؛ محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق؛ سنافتيه ، التحولات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدني المعاصر ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٣٣٣ وما بعدها ؛ مازوتنك ، المسئولية ، ج ١ ، المرجع السابق ، بند ٣٣٦ وما بعده ، ص ٢٩ وما بعدها .

معه محل لتقييم هذا النشاط تقييماً يفتح الباب بالضرورة أمام البحث في مدى اتصاله بإرادة وإدراك محدثه (١) .

٩٤ - وأول ما يلاحظ في هذا الصدد أن نظرية تحمل التبعة تبدأ من ذات الفكرة التي تبدأ منها نظرية الخطأ ، وهي حرية الإنسان وما تخوله له من مباشرة ما يروق له من نشاط . غير أن نظرية تحمل التبعة لا تؤسس المسؤولية على تقييم هذا النشاط والممايزة بين ما هو مشروع وما هو غير مشروع منه ، وإنما تجعل منها المقابل لهذا النشاط ، مشروعاً كان أو غير مشروع (٢) . وهي بذلك - تماماً كما هو الحال في نظرية الخطأ - تبحث عن السبب المنشئ للمسؤولية لدى المسئول وفي نشاطه ، وليس لدى المضرور وفيما أصابه من ضرر ، مع فارق وحيد هو تسليمها بمشروعية النشاط المرتب للمسؤولية . وهي بذلك أيضاً تنبع من مقدمة مسلمة فيها هي حرية الإنسان في اتخاذ ما يريد من نشاط مع شرط وحيد هو إلزامه بدفع ثمن هذا النشاط ممثلاً في تعويض ما يترتب عليه من ضرر . فالمسؤولية هي تبعه الحرية ، كما قال سالي (٣) ، «والسلطة تستدعي وتستتبع المسؤولية» كما قال جوسران (٤) .

ولا شك أن هذا المنطق السابق - الذي تقوم عليه نظرية تحمل التبعة - هو بذاته الذي أفرغ الجانب الأكبر من الفقه وحال بينه وبين تقبل النظرية كتنفسير عام لنظام المسؤولية ، رغم ما يبدو في هذا المنطق من قدرة على تفسير كثير من حلول القضاء والتشريع السابق الإشارة إليها . ذلك أن مثل هذا

(١) ويؤسس البعض مسؤولية عديم التمييز المخففة في مصر على فكرة تحمل التبعة . في هذا المعنى: السهورى ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، بند ٥٤٠ ، ص ٩١١ ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، بند ٢٣٢ ، ص ٣٥٤ ؛ عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، بند ٤٢٨ ، ص ٤٦٤ .

(٢) قرب : ستارك ، المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(٣) المسؤولية عن فعل الأشياء أمام المحكمة العليا لكندا ، المحلة الفصلية للقانون المدنى ،

١٩١١ ، ص ٥٤ .

(٤) روح الشرائع ، ج ١ ، ص ٢٥٠ .

المنطق من شأنه أن يطلق المسؤولية من إسارها التقليدي ويجعلها قريبة لكل نشاط يأتيه الإنسان ، ومن ثم حائلا بينه وبين مثل هذا النشاط . فن المسلم به أن أى نشاط كان يترتب عليه بالضرورة إضرار بآخر ، مباشراً كان هذا الإضرار أو غير مباشر ، مقصوداً كان أو غير مقصود ، متوقفاً أو غير متوقع . ومن ثم فالمسؤولية تصبح سيفا مسلطاً على حرية الإنسان ، تلك الحرية التي تقرها النظرية ذاتها وتقوم عليها . هذا فضلا عن أن ربط المسؤولية بالنشاط في ذاته على هذا النحو من شأنه أن يدفع بالضرورة إلى أخذ نشاط المضرور نفسه في الاعتبار ، وعدم الاقتصار على نشاط المسئول وحده - كما يصوره دعاة النظرية - تأسيساً على أن الضرر يكون في الواقع نتيجة لنشاط المضرور بمثل ما هو نتيجة لنشاط المسئول (١) .

على أن التمعن في منطق هذه النظرية يكشف في -نظر البعض (٢) - عن عدم قابليتها لاستيعاب مسئولية غير المميز كما يصوره دعاؤها . فاذا كانت المسؤولية تستند إلى واقعة إحداث النشاط ذاتها ، وبصرف النظر عن مدى مشروعيته ، فإن هذا الاستناد يرتد إلى أساس أعمق هو أن صاحب النشاط يفيد منه اقتصادياً ، أو على الأقل يفيد منه قانوناً من حيث هو يستعمل حقاً يخول له إحداث هذا النشاط (٣) . فاذا كان الأمر كذلك فإنه يصبح من غير المتصور القول بأن المحنون مثلا يسأل عن نشاطه لأنه يفيد من هذا النشاط ، اقتصادياً أو قانونياً . وعلى هذا النحو فمسئولية عديم التمييز لا يمكن أن تجد سنداً لها في نظرية تحمل التبعة .

نظريه الضمان :

٩٥ - وقد بدأ جانب من الفقه (٤) يلحظ في التشريع والقضاء

(١) قرب : ستارك ، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها .

(٢) ستارك ، المرجع السابق ، ص ٩٤ .

(٣) ديموج ، ٣ ، ٢٨٥ .

(٤) أنظر في هذا الاتجاه مؤلف ستارك ، سابق الاشارة اليه ؛ دليانيس ، المرجع

السابق .

اتجهاً إلى زيادة مقدار التعويض كلما ثبت الخطأ بالمعنى الذاتي ، إلى جانب الاتجاه نحو توسيع نطاق المسؤولية عن نطاق الخطأ الثابت ، ويكشف عن عجز أى من نظريات الخطأ وتحمل التبعة منفردة عن تفسير هذين الاتجاهين مجتمعين . وقد انتهت به هذه الملاحظات إلى القول بازدواج وظيفة المسؤولية ومحاولة تأسيس كل وظيفة وتحديد مناط التعويض ونطاقه على أساس من هذا التأسيس .

فالمسؤولية تقوم بوظيفة أولى هي ضمان حقوق المضرور ، فتميم الالتزام بالتعويض لمجرد المساس بهذه الحقوق . ولكن بعض الحقوق محددة المعالم بطبيعتها فلا يثير الالتزام بالتعويض بصدها فكرة الخطأ وإنما يقوم بمجرد ثبوت المساس بها ، كما هو الحال في الأضرار الجسمانية والمادية . أما البعض الآخر ، فهو غير محدد المعالم بطبيعته . وفي صدد هذا النوع الأخير من الحقوق تظهر فكرة الخطأ كعيار لتحديد الحق ، فلا يعتبر الضرر ماساً بحق إلا إذا توافر الخطأ . ولكن ذلك لا يمنع أن أساس المسؤولية في هذه الحالة ، هو الضمان ، كما في الحالة السابقة ، وأن دور الخطأ لا يتجاوز تحديد الحق ليكون المساس به من بعد مرتباً للمسؤولية والالتزام بالتعويض . ويظهر ذلك بصفة خاصة بصدد ما يسمى بالأضرار الاقتصادية والأدبية .

والمسؤولية تقوم بوظيفة ثانية هي عقاب المسئول ، فزيد من حجم الالتزام بالتعويض كلما توافر في جانب المسئول خطأ بالمعنى الأصيل . فإذا تعلق الأمر بحق من الحقوق المحددة المعالم فإن الالتزام بالتعويض يقوم بمجرد المساس به . فإن توافر الخطأ فوق ذلك كان معنى توافره زيادة حجم التعويض . والخطأ المقصود في هذا الصدد هو الخطأ بمعناه الذاتي الأدبي .

وعلى هذا النحو فالمسؤولية في حدود وظيفتها الأولى ، القائمة على الضمان ، لا تستلزم التمييز لقيامها . أما في حدود وظيفتها الثانية ، القائمة على العقاب ، فهي تتطلب التمييز . ولذلك فعديم التمييز يسأل عن مساسه بحق من الحقوق

المحددة مسئولية مخففة ، ولا يمكن أن يسأل في خارج هذا النطاق أو أن يتجاوز التزامه بالتعويض حدود التعويض المخفف لعدم إمكان نسبة الخطأ إليه

٩٦ - ومن الواضح أن ازدواج وظيفة المسئولية على هذا النحو لا يستجيب إلى النظر إلى القانون كمجرد مجموعة من قواعد السلوك . فقد رأينا أن هذا النظر يفترض بالضرورة اتخاذ فكرة الخطأ وحدها أساساً للمسئولية .

ولكن ازدواج المسئولية يمكن أن يتفق مع النظر إلى القانون كمجموع من الحقوق . فالمسئولية بصدد الحقوق المحددة تبدو كضمان لحقوق المضرور . وهي بصدد الحقوق غير المحددة تبدو كتحديد لدائرة النشاط المشروع للمسئول أو بعبارة أخرى كحد لحقوقه . على أنه يبقى بعد ذلك أن فكرة ازدواج المسئولية على هذا النحو تنظر تارة إلى حقوق المضرور - كما هو الحال في صورة الحقوق المحددة - وتارة أخرى إلى حقوق المسئول - كما هو الحال في الحقوق غير المحددة - دون بيان وجه اختلاف النظر على نحو مقنع .

كذلك فازدواج المسئولية على هذا النحو يتفق مع النظر إلى القانون كمجموع من الأحكام تختلف إلى تكليف ووضع . فالمسئولية في قيامها بوظيفة الضمان تقوم على أحكام وضعية ، وفي قيامها بوظيفة العقاب تقوم على أحكام تكليفية .

٩٧ - وتبدو أهمية فكرة ازدواج وظيفة المسئولية في أنها تحاول محو كل أثر لفكرة مشروعية السلوك من أساس المسئولية في قيامها بوظيفتها الأولى ، وقصر هذا الأثر على الوظيفة الثانية ، توصلنا إلى تفسير قيام المسئولية في بعض الأحيان دون ثبوت أى انحراف في السلوك أو دون نظر إلى مدى توافر التمييز لدى المسئول ، وتفسير ارتفاع مقدار التعويض عند ثبوت الانحراف في السلوك والتمييز . غير أنها تصل بهذا المنطق إلى مد

فكرة الضمان إلى كل نطاق المسؤولية ، وحصر دور الخطأ في مجرد تحديد نطاق طائفة معينة من الحقوق المضمونة ، ومن ثم تصل إلى إلغاء كل دور للخطأ في إقامة الالتزام بالتعويض كلما كان هذا الالتزام يقتصر على حدود جبر ما أصاب المضرور من ضرر دون أن يتجاوز ذلك إلى عقاب المضرور .

والواقع أن فكرة الضمان لا يمكن أن تفسر أساس المسؤولية إلا بالنسبة للحقوق المحددة التي يلحق بها ما يسمى بالضرر الجسماني والمادى . أما الحقوق غير المحددة التي يلحق بها ما يسمى بالضرر الاقتصادي والمعنوي فالمسؤولية بصددتها ليس لها من أساس غير الخطأ ذاته . آية ذلك أن صاحب الفكرة -فكرة ازدواج وظيفة المسؤولية - لم يستطع أن يلغى دور الخطأ بالمرة في مجال الحقوق غير المحددة ، واضطر في سبيل إزاحة فكرة الخطأ من أساس المسؤولية في هذا النطاق - واقحام فكرة الضمان - إلى القول بأن الخطأ يقتصر دوره في هذه الحالة على تحديد نطاق الحقوق المضمونة . والحقيقة أن هذا الدور الذي يؤديه الخطأ ليس إلا دور تأسيس المسؤولية ذاته أو دور السبب المنشئ لها في هذا النطاق .

وفوق ذلك ، ففي نطاق ما يسمى بالحقوق المحددة يصعب القول بأن المسؤولية تقوم بمجرد المساس بحق من هذه الحقوق دون حاجة إلى توافر الخطأ في جميع الأحوال . فإقامة المسؤولية دون خطأ في هذا النطاق لا يعدو أن يكون اتجاهًا ملحوظًا لم يبلغ بعد منزلة المبدأ العام . بل وفي الحدود التي تقوم فيها المسؤولية دون حاجة للخطأ في هذا النطاق ، فإنه لا يمكن التعويل على مجرد المساس بالحق لإقامة الالتزام بالتعويض . فحتى يقوم هذا الالتزام في جانب شخص من الأشخاص يجب بالضرورة أن ينسب الضرر إلى فعل منه ، حتى ولو كان هذا الفعل مشروعاً . وبعبارة أخرى فدليل وقوع الالتزام بالتعويض لا بد أن يكون بالضرورة ضرراً في جانب المضرور وفعلاً في جانب المسئول ، حتى ولو لم يكن يشترط في هذا الفعل عدم المشروعية .

المطلب الثاني

ازدواج دليل وقوع الالتزام بالتعويض

٩٨ - يتضح من العرض السابق لما يقال في أساس المسؤولية أن القانون المعاصر يعرف في الحقيقة نوعين من المسؤولية: إحداهما مسؤولية تكليفية تقوم على الخطأ وسندها القانوني أحكام القانون التكليفية ، وأخرى وضعية تقوم على مجرد المساس بحق من حقوق المضرور وسندها القانوني أحكام القانون الوضعية التي تجعل من الفعل الماس بالحقوق أو ببعضها سبباً للالتزام بالتعويض . وفي هذا الصدد يقرر جورج ريبير أنه «عندما تصل كافة الاذهان إلى الاقتناع بأنه ليس هناك جامع بين فكرة المسؤولية المؤسسة على الخطأ وفكرة التعويض المبني على المخاطر ، فإن قدراً كبيراً من الوضوح سوف يتسلل إلى القانون المدني» (١) .

١ - المسؤولية التكليفية

دليل وقوع المسؤولية التكليفية ومناطها :

٩٩ - فأما عن المسؤولية التكليفية ، فإن فهمها يقتضى أن نميز منذ البداية بين دليل وقوع المسؤولية وبين مناط تعلق هذه المسؤولية بفعل الإنسان . فالأول هو الواقعة التي يرتب القانون عليها قيام المسؤولية ، والآخر هو الصفة التي يربط المشرع بين توافرها في الإنسان وبين قيام هذه المسؤولية في حقه .

فأما عن دليل وقوع المسؤولية ، فهو واقعة الخطأ . ذلك أن المسؤولية التكليفية تقوم بالضرورة على تقييم سلوك المدعى عليه بالمسؤولية للبحث في مشروعيته أو عدم مشروعيته . حقاً إن دعاة فكرة تحمل التبعية يعزفون

(١) مقدمة المسؤولية المدنية لرنيه سافتييه ، الطبعة الثانية ، ١٩٥١ . وفي ذات المعنى: نعمان جمعة ، نظرية مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص ١١٨ ؛ بول إيسمان ، الخطأ ومكانة في المسؤولية المدنية ، المجلة التصليية للقانون المدني ، ١٩٤٩ ، ص ٤٨١ .
(٢) أنظر في هذا الصدد : جان داربلاى ، المرجع السابق ، بند ٢ ومابعده ، ص ٩ ومابعده ، بند ١٢ ومابعدها ، ص ٢٨ ومابعده ، بند ٢٠ - ٣٥ ، ص ٤٦ ومابعدها .

عن مثل هذا التقييم بالرغم عن مجتهم عن أساس المسئولية لدى المسئول وفي نشاطه . ولكن مثل هذا العزوف ليس له من مبرر سوى ضيق فكرة الخلق عن استيعاب كل صور المسئولية ، نتيجة لإغفال المسئولية الوضعية التي تستند إلى حقوق المضرور ذاتها وبعيداً عن تقييم سلوك المسئول .

وقيام المسئولية على الخطأ يعتبر مبدأ عاماً تقرره صراحة نصوص القانون المعاصر ، وإن كانت هذه النصوص لا تبين المقصود بالخطأ . لذلك كان ما أن رأيناه من خلاف حول معياره . وقد اتضح لنا مما سبق (١) ضرورة أخذ فكرة الخطأ بمعيار اجتماعي مجرد يقيس سلوك المدعى عليه بالمسئولية بسلوك الشخص العادي ، ايا ما كانت صورة الخطأ (٢) . فالخطأ يتمثل في انحراف في السلوك عن سلوك الشخص المعتاد إذا ما وجد في الظروف الخارجية التي وجد فيها المدعى عليه بالمسئولية (٣) .

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٩ وما بعده .
(٢) نعمان جمعة ، المرجع السابق ، ص ١١٦ ؛ جان دار بلاي ، المرجع السابق بند ٦٩ وما بعده ، ص ١٦٠ وما بعدها .

(٣) ويلاحظ في هذا الصدد أن أستاذنا الدكتور سليمان مرقس (الفعل الضار ، ص ٥٧ وما بعدها) يجل محل التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية تفرقة أخرى بين الظروف الظاهرة والظروف غير الظاهرة . ذلك أنه يجب النظر إلى ظروف مرتكب الفعل الضار ، «لا من ناحية هذا الأخير وكونها خارجة عنه أو باطنة ، بل من ناحية المصاب ومدى إمكان إحاطته بها وتوقعه تأثيرها في مسلك الفاعل» . وترتيباً على ذلك يذهب الأستاذ الكبير إلى وجوب الاعتداد بظرف السن ، باعتباره من الظروف الظاهرة ، بهذا المعنى . ويبدو لنا أنه من العسير التسليم بتقييم سلوك الفاعل لا من جهته هو وإنما من جهة المصاب وما يتوقعة منه . فالنظر إلى الظروف من جهة شخص معين معناه أننا نقيم سلوكه لا سلوك غيره . وبهذا المعنى فالنظر إلى ظروف الفاعل من جهة المصاب معناه أننا نقيم سلوك المصاب ذاته لا سلوك الفاعل . ولذلك فتقدير ظروف الفاعل لا بد أن يكون من جهة صلة هذه الظروف به لا بالمصاب . وتقدير ظروف الفاعل في صلته بالمصاب لا يتصور إلا إذا تعلق الأمر بتقييم سلوك المصاب ذاته لمعرفة ما إذا كان قد أتى خطأ ينسب إليه الضرر كله أو ينسب إليه المشاركة في إحداثه . وهذا ما يشير إليه الأستاذ الكبير ذاته في موضع آخر من مؤلفه السابق (ص ١١١) وفي مؤلفه نظرية دفع المسئولية المدنية (ص ٢٩٦) .

ومن الواضح أن هذا المعيار الاجتماعي للخطأ لا يترك مجالاً للاعتداد بالتمييز في تقديره . ذلك أن التمييز يعتبر كما قدمنا ظرفاً داخلياً محضاً وأن المعيار الاجتماعي للخطأ لا يعتد إلا بالظروف الخارجية وحدها . وهو من ثم يتفادى ما تؤدي إليه النظرة الذاتية للخطأ من الخلط بين الخطأ القانوني والخطأ الأدبي، ويمكن من استيعاب كل نطاق المسؤولية التكليفية الذي لا يقتصر على صورة الخطأ العمدي وإنما تمتد كذلك إلى صورة عدم الحيطة والإهمال . فقد رأينا أن النظرة الذاتية للخطأ تأخذ الخطأ بمعيار شخصي تحت مخطط بين الإلزام القانوني وبين الإلزام الأدبي ، ويستجيب إلى ناموس الأخلاق أو الضمير أكثر من استجابته لناموس القانون كأداة للضبط الاجتماعي (١) ، ويعجز من ثم عن تغطية النطاق الواسع للخطأ بالمعنى الاجتماعي .

١٠٠ - على أنه إذا كان الخطأ يؤخذ على هذا النحو بمعيار اجتماعي وكان هذا المعيار يؤدي إلى عدم اعتبار التمييز عنصراً في الخطأ ، فإنه ليس معنى ذلك في نظرنا إمكان مسائلة عديم التمييز على أساس من المسؤولية التكليفية . ذلك أنه لا يكفي لقيام المسائلة قيام دليل وقوعها وهو الخطأ ، وإنما يلزم لذلك أيضاً توافر مناطها في الشخص المراد مسائلته ، وهو التمييز . فغير المميز يكون مخطئاً إذا ما انحرف في سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد ، ولكنه لا يكون مسئولاً عن هذا الخطأ لتخلف مناط المسؤولية لديه .

ومرجع ذلك أن الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد على النحو السابق يعتبر إخلالاً بتكليف قانوني ، وأن للتكليف مناطاً لا يقوم في حق الشخص بغير توافره ، هو التمييز أو اكتمال الأهلية بحسب ما إذا كان الأمر متعلقاً بوجوب أو حرمة أو كان متعلقاً بإباحة ، على نحو ما قدمناه (٣) .

(١) أنظر ماتقدم ، بند ٨٨ وما بعده .

(٢) قارن : نعمان جخمة (نظرية مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١١٧ وما بعدها ، المقال السابق في المجلة الفصلية للقانون المدني) حيث يعتبر التمييز من الظروف التي يجب الاعتداد بها في تقدير الخطأ . وقارن كذلك : السهورى ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، بند ٥٣٦ ، ص ٩٠٤ .

(٣) أنظر ماتقدم ، بند ٤٠ وما بعده . وقرب : أحمد حشمت أبوسيتيت ، المرجع السابق ،

بند ٤٤٥ ، ص ٣١١ وما بعدها ؛ دليانيس ، المرجع السابق ، بند ٧ ، ص ٧ وما بعدها .

ومن الواضح أن التكليف الذى تستند اليه عدم مشروعية السلوك المنحرف هو التحريم أو الوجوب وليس الإباحة كما فى التصرف القانونى . ومن ثم فهو لا يفترض سوى القدرة على فهم خطاب الشارع ولا يتجاوز هذه القدرة إلى القدرة على وزن المصالح لاختيار موقف من المواقف التى يتيح الشارع له الاختيار بينها . وعلى هذا النحو فتعلق التكليف الذى تقوم عليه المسئولية التكليفية بفعل الإنسان يفترض فيه توافر التمييز ولا يلزم له توافر كمال الأهلية . ومن هنا كان الصغر والجنون والعتة مانعاً من التكليف فى صدد المسئولية التكليفية دون السفه والغفلة ، خلافاً لما عليه الحال فى التكليف بالتصرف القانونى .

وقد وضع الشارع الانحراف عن السلوك أو الخطأ - من حيث هو مخالفة لتكليف على النحو السابق - سبباً للالتزام بالتعويض . ولكن التمييز هو مناط التكليف بفعل المكلف . ولذلك فإذا ما أنتفى التمييز أرتفع التكليف عن الفعل وأرتفع تبعاً لذلك الوضع المترتب عليه (١) . وبعبارة أخرى فالانحراف فى السلوك لم يجعل بذاته سبباً للالتزام بالتعويض وإنما جعل كذلك باعتباره محلاً لتكليف . فإذا لم يقم التكليف لانتقاء شرطه - وهو التمييز - لم يكن الانحراف فى السلوك سبباً لنشوء الالتزام بالتعويض .

المسئولية التكليفية وفقه الخطأ :

١٠١ - ولا شك أنه كان من بين أهداف القائلين بالمعيار الاجتماعى للخطأ التوصل إلى مساءلة عديم التمييز عن خطئه . غير أن ذلك كان مبعثه فى الواقع عدم تصور أساس آخر للمساءلة خارج فكرة الخطأ وخارج البحث فى نشاط المسئول ، نتيجة لعدم أخذ المضرورة وحقوقه التى يمس بها السلوك فى الاعتبار .

(١) أنظر ما تقدم به ٤٩ .

ولا شك كذلك أن التمييز يعتبر من الظروف الداخلية وأن تلك الظروف لا تؤخذ في الاعتبار وفقاً لهذا المعيار . ولكن الأمر كما هو واضح ليس أمر إنكار الخطأ من جانب عديم التمييز إذا ما أخذ بهذا المعيار ، وإنما هو أن أخذ الخطأ بهذا المعنى معناه ثبوت التكليف من القانون الموضوعي باتباع أنماط السلوك التي يقاس عليها سلوك المدعى عليه بالمسئولية واستحالة توجيه مثل هذا الخطاب إلى عديم التمييز .

ولا شك أخيراً أن الجانب الأكبر من الفقه قد أصبح يدرك أن قيام الخطأ يفترض إخلالاً بواجب قانوني ، أو «سلوكاً غير مشروع» ، أو «انحرافاً عن السلوك المعتاد» ، ومن ثم في النهاية مخالفة لأنماط السلوك التي يضعها القانون الموضوعي (١) . غير أن الاتجاه الشخصي في تعريف الخطأ - الذي يخلط بين القانون والأخلاق ويربط ربطاً محكماً بين فكرة الخطأ وفكرة الإدراك فيجعل من الإدراك عنصراً في الخطأ - مازال يلقي بثقله على غالبية الفقه وينتهي به على هذا النحو إلى عدم تصور الخطأ من عديم التمييز ، حفاظاً على ما تحمله المسئولية التكليفية في ذاتها من صدى أدبي أو أخلاقي (٢) . وهو بذلك يبدو محلاً للنقد من حيث خلطة بين مجال القانون ومجال الاخلاق ، وتحديدده للخطأ بالمعنى القانوني على ضوء نواميس أخرى غير ناموس القانون .

أما الاتجاه الموضوعي في تعريف الخطأ ، فهو إن كان يفصل بوضوح تام بين مجال القانون ومجال الاخلاق ، ويأخذ الخطأ على هذا النحو بالمفهوم الاجتماعي الذي هو في الواقع مفهوم القانون ، إلا أنه هو الآخر لا يبصر بحقيقة أن النمط السلوكي الذي يقاس عليه سلوك المدعى عليه بالمسئولية هو خطاب من الشارع بتكليف موجه إلى من يستطيع فهمه ، وأن هذا الخطاب لا يلزم أصلاً من كان غير قادر على فهمه لانعدام تمييزه ، فينتهي به

(١) أنظر في هذا الصدد : جان داربلای ، المرجع السابق ، بند ١٢ وما بعده ،

ص ٢٨ وما بعدها

(٢) جان داربلای ، المرجع السابق ، بند ٢٢ ، ص ٤٩ .

ذلك إلى إلغاء ما للمسئولية التكليفية من صدى أدى أو خلقى على النحو المتقدم. وبعبارة أخرى فهو يتجاهل أن دور الخطأ لا يعدو أن يكون دور الواقعة التي يرتب القانون المسئولية عليها إذا ما توفر التكليف بخطابه ، ليجعل منها مباشرة - ودون المرور بأحكام القانون لتبين المخاطبين بها - الواقعة المنشئة للمسئولية ومناطق تعلق هذه المسئولية بفعل المكلف في آن واحد. وهو على هذا النحو يتجاهل المنطلق الذي يبدأ منه تعريفه وهو أن المسئولية تجرد أساسها في مخالفة القانون الموضوعي ليعود إلى المنطلق التقليدي الذي يرى في القانون مجرد حقوق، وفي النشاط مجرد استعمال لهذه الحقوق ، وفي سلوك الشخص العادي مجرد حد طبيعي لهذه الحقوق .

ومن الواضح أن النظر إلى المسئولية الخطئية كمسئولية قائمة على حكم تكليفي والاعتراف بالتمييز شرطاً في الإنسان لتعلق التكليف به يتفادى كل هذه التناقضات في آن واحد . فالخطأ في هذا النظر هو مجرد الواقعة المنشئة للمسئولية . وهو يؤخذ بميار اجتماعي يستجيب إلى غاية القانون ووظيفته التي تختلف عن غاية الأخلاق ووظيفتها . ولكن المسئولية لا تتعلق بالشخص بمجرد توافر الواقعة المنشئة لها وهي واقعة الخطأ ، وإنما يلزم لذلك توافر مناط هذه المسئولية وهو التمييز لديه . وعلى هذا النحو يبقى للمسئولية التكليفية صدها الذاتي من خلال فكرة مناط التكليف دون أن يخل ذلك بالمفهوم الاجتماعي للخطأ .

المسئولية التكاليفيه ومسئوليه متولى الرقابه

١٠٢ - ومن الواضح في هذا الصدد أن التمييز لا يكون عنصراً في الخطأ ومن ثم في التكليف وإنما يكون شرطاً في محل التكليف - أو في المكلف - وهو الإنسان . وعلى هذا النحو يمكن تصور عدم مساءلة عديم التمييز على أساس من الخطأ بالرغم من صدور الخطأ منه ، دون أن يحول ذلك دون مساءلة متولى الرقابة عن فعل عديم التمييز (١) . فالفرض أن عديم التمييز

(١) أنظر في اشتراط خطأ عديم التمييز لقيام مسئولية متولى الرقابة في الوقت الذي ينعدم فيه ما يسمى بالركن المعنوي في الخطأ لديه، بيردومينيك أوليفيه ، المسئولية المدنية للأب والأم ، ١٩٦١ ، ص ٨٣ وما بعدها .

مخطيء مما يتيح مساءلة متولى الرقابة عن هذا الخطأ . ولكن الفرض كذلك أن هذا الخطأ لا يبرر مساءلة عديم التمييز الشخصية لانتفاء شرط هذه المساءلة لديه وهو التمييز .

٢ - المسئولية الوضعية

دليل وقوع المسئولية الوضعية ومناطها :

١٠٣ - ترجع فكرة المسئولية الوضعية في القانون المعاصر إلى أن فكرة السلوك غير المشروع والمكون للخطأ لا تستوعب كل مجال المسئولية في هذا القانون ، وأن هناك مجال آخر للمسئولية في القانون المذكور تقوم فيه دون نظر إلى مشروعية أو عدم مشروعية النشاط المحدث للضرر ، وإنما بالنظر إلى ما يؤدي إليه هذا النشاط من مساس بحقوق الغير .

ولا شك أن القانون المعاصر لم يعرف بعد مبدأ عاماً يقرر هذه المسئولية على نحو ما تعرفه المسئولية التكليفية ، وإنما يعرف نصوصاً متفرقة تطبق فكرة هذه المسئولية . وما دامت هذه المسئولية تقوم خروجاً على المبدأ العام الذي يقيم المسئولية التكليفية ، فلا بد للقول بقيامها من وجود حكم في القانون يقررها . فإذا لم يوجد مثل هذا الحكم امتنع القول بقيامها ، تأسيساً على أن المشرع لم ينزل بعد هذه المسئولية منزلة المبدأ العام على نحو ما انتهى إليه الأمر بصدد المسئولية التكليفية .

فالمسئولية الوضعية تمر في القانون المعاصر بذات الدور الذي مرت به المسئولية التكليفية قبل أن تصل إلى أن تصبح مبدأ عاماً ، وحيث كانت تقتصر على بعض الأخطاء أو الأضرار المحددة بالنص (١) . ولذلك نجد المسئولية الوضعية ما زالت محدودة بنطاق بعض الأفعال الضارة أو بعض الحقوق بحسب الأحوال .

(١) أنظر في هذا التطور : محمد ابراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، الباب الأول من القسم الأول .

١٠٤ - والمشرع عندما يقيم هذه المسؤولية إنما يتخذ لها سبباً مزدوجاً يتمثل في فعل ضار من ناحية - وبصرف النظر عن مشروعية أو عدم مشروعية هذا الفعل الضار - ووقوع الضرر على حق للغير بالمعنى الدقيق من ناحية أخرى . فلا يكفي وقوع الفعل الضار وحده لقيام هذه المسؤولية وإنما يلزم أن يقع هذا الفعل على حق للمضرور . ولا يكفي لقيامها مجرد المساس بحق للمضرور وإنما يلزم كذلك نسبة هذا المساس لفعل المسئول .

ومن الواضح أن سبب هذه المسؤولية لا يقوم على حكم تكليفي وإنما على مجرد وضع من الشارع . وعلى هذا النحو فمتى توافر الفعل الضار وتوافر المساس بالحق توافر سبب المسؤولية بصرف النظر عن تخلف التمييز . فمناط الإلزام بالأحكام الوضعية على نحو ما قدمناه هو مجرد توافر الفعل الذي وضعه الشارع سبباً أو شرطاً للنتيجة أو مانعاً منها دون نظر إلى توافر أو انتفاء التمييز فيمن تتعلق به هذه الأحكام . وبعبارة أخرى فمناط هذه الأحكام هو الشخصية في ذاتها وليس التمييز . وعلى هذا النحو فالمسؤولية الوضعية يمكن أن تلحق بعدم التمييز فيقوم التزامه بالتعويض بمجرد توافر سببها وبالرغم من انعدام تمييزه (١) . حقاً إن ثبوت الالتزام بالتعويض يعنى التكليف بأدائه . غير أن هذا التكليف تكليف مالى يمكن أن يؤديه النائب كما يؤديه الأصيل . وعلى هذا النحو فالإلزام يثبت في ذمة الأصيل غير المميز والتكليف يكون أداؤه من النائب المميز (٢) .

المسئولية الوضعية والفقهاء المعاصر :

١٠٥ - وقد مس جانب من فقه نظرية الخطأ من بعيد فكرة المسؤولية الوضعية عندما ذهب إلى أن هناك حالات يعتبر فيها محدث الضرر مخالفاً

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٤٤ وما بعده .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٥١ وما بعده .

لواجب قانوني عندما لا يقوم طواعيه بتعويض المضرور (١) . فن الواضح أن مضمون مثل هذا الواجب ليس هو سلوك معين سابق على قيام الالتزام بالتعويض يكون سبباً لقيام هذا الالتزام ، وإنما مضمونه هو مضمون الالتزام بالتعويض ذاته . وبعبارة أخرى فالواجب المقول به هو التكليف بأداء الالتزام وليس واجباً سابقاً في وجوده على هذا الالتزام . وعلى هذا النحو فالمسئولية في مثل هذه الحالات تختلف تماماً عن المسئولية في صورتها العادية التكليفية التي تفترض واجباً أو تكليفاً سابقاً يكون الإخلال به سبباً لقيام الالتزام بالتعويض . ولكن عيب الفكرة التي يعبر عنها الفقه السابق إنما يكمن في عجزها عن إيجاد سند قانوني للالتزام بالتعويض خارج فكرة الخطأ ومحاولتها على هذا النحو إقحام فكرة الخطأ على الالتزام بالتعويض في مثل هذه الحالات . وحقيقة الأمر أنه ليس هناك واجب منفصل عن الالتزام بالتعويض ذاته وأن هذا الالتزام يستند مباشرة إلى نص القانون الذي يضع النشاط الماس بحق من الحقوق سبباً للالتزام بالتعويض .

١٠٦ - ولا شك أن نظرية تحمل التبعة قد مست عن قرب هذه المسئولية الوضعية . غير أن عيب هذه النظرية يكمن في الربط المطلق بين الضرر والنشاط المؤدى إليه باعتبار تعويض هذا الضرر ثمناً للنشاط المذكور (٢) ، ومن ثم في جعل نشاط المسئول هو السبب المنشئ للمسئولية على نحو يقيم من المسئولية الوضعية مبدأ عاماً يحل محل المسئولية التكليفية ، ويصطدم مباشرة بأحكام القانون الوضعي . وبعبارة أخرى فنظرية تحمل التبعة تجعل من المسئولية الوضعية جزاء للنشاط مشروعاً كان أو غير مشروع فتخرج على منطقي فكرة الجزاء ووظيفتها ، تلك الفكرة التي تهدف ليس فقط

(١) ريبير ، القاعدة الحلقية ، ص ٢٢٠ ؛ بلانيول ، الموسوعة ، الطبعة الثانية ،

ج ٢ ، بند ٨٦٧ وما بعده .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ٩٣ وما بعده .

إلى عقاب المسئول وإنما كذلك إلى ردع غيره ، وتفترض لذلك نشاطاً غير مشروع .

والواقع أن الفارق بين نظرية تحمل التبعة وبين المسئولية الوضعية لا يقتصر على مجرد التأصيل النظرى وإنما يمتد كذلك إلى مجال التطبيق العملى . فن الناحية النظرية ترتب نظرية التبعة الالتزام بالتعويض على مباشرة النشاط فى ذاته فتجعل هذا الالتزام لا يستند إلى سند من القانون كلما كان النشاط المذكور مشروعاً . أما المسئولية الوضعية فتتخذ من إيقاع الضرر بحق من الحقوق معياراً لعدم مشروعية هذا الضرر ، وتقيم المسئولية على هذا النحو على أساس من عدم مشروعية الضرر ، فتوجد لها سنداً قانونياً فى عدم المشروعية المذكورة . وبعبارة أخرى ففكرة المسئولية الوضعية تكشف عن ازدواج فكرة عدم المشروعية . فإلى جانب عدم مشروعية السلوك هناك عدم مشروعية الضرر . وعدم مشروعية السلوك ينظر فيها إلى انحراف السلوك بصرف النظر عما قد يؤدى إليه من ضرر وعن نوعية هذا الضرر . أما عدم مشروعية الضرر فينظر فيها إلى «المحل» الذى يصيبه هذا الضرر ، بحيث يكون الضرر غير مشروع إذا ما وقع على حق من الحقوق بالمعنى الدقيق ويكون مشروعاً إذا ما وقع على مجرد حرية من الحريات وليس على حق بالمعنى الدقيق ، وذلك بصرف النظر عن مشروعية السلوك المؤدى إلى هذا الضرر (١)

ومن الناحية العملية ، لا يفرق منطق نظرية تحمل التبعة بين ضرر وآخر . فكل الأضرار تجدد سنداً لتعويضها فى هذه النظرية . أما المسئولية الوضعية فتحصر الالتزام بالتعويض فى الضرر الذى يقع على حق بالمعنى الدقيق وفى نطاق ما يصيب محل هذا الحق ، فلا تتمد بالتالى إلى الضرر الذى يقع على الحريات أو لا يتجاوز محل الحق .

(١) أنظر ما تقدم ، بند ١٥ .

١٠٧ - وقد سبق أن رأينا مدى مساهمة نظرية ستارك في المسؤولية القائمة على الضمان في إبراز فكرة المسؤولية الوضعية ، وكيف أن عيب هذه النظرية يكمن في اتخاذها هذه المسؤولية مبدأ عاماً يحل محل المسؤولية التكليفية مما يتعارض مع أحكام القانون الوضعي (١) .

ولعل مرجع هذه النتيجة هو في الواقع اضطراب فكرة الحق ذاتها والخلط بينها وبين فكرة الحرية وتوسيع فكرة الحق على نحو تمتد معه لتشمل كافة المراكز القانونية الإيجابية، سواء ما كان منها خاصاً وشخصياً أو ما كان عاماً وموضوعياً (٢) . فقد رأينا في بحث فكرة الحق أنها لا يمكن أن تعبر إلا عن استئثار يستند إلى اختصاص الشخص بقيمة معينة أو تعلقها به . ومثل هذا الاستئثار وما يستند إليه من اختصاص يتوافر بلاشك في علاقة الإنسان بحياته وجسمه وماله المادي . ولذلك يمكن القول بأن للإنسان حقاً في حياته وفي جسمه وفي ماله ، فيقوم من ثم ضمان القانون لها ، ويتصور من بعد مساءلة كل من يوقع بها ضرراً ، على أساس عدم مشروعية مثل هذا الضرر . أما ما يسميه بالحق في المنافسة أو الإضراب أو النقد (٣) ، فلا يتضمن مثل هذا الاستئثار وما يقوم عليه من اختصاص ، ولا يعتبر من ثم حقاً يضمنه القانون وإنما مجرد مركز قانوني عام وموضوعي ، أو مجرد حرية يتمتع بها المشلول كما يتمتع بها المضرور . ومن ثم فالمسؤولية عن استخدام مثل هذه الحريات لا يمكن أن يتصور لها من أساس في فكرة عدم مشروعية الضرر التي تفترض حقاً بالمعنى الدقيق ، ولا يمكن أن أن يوجد هذا الأساس إلا في الخطأ ذاته ، ويبقى بعد ذلك أن الخطأ يتمثل في مجرد الانحراف عن السلوك المعتاد في استخدام هذه الحريات ، وأن المساءلة عن مثل هذا الخطأ تستلزم توافر التكليف لدى من يصدر منه هذا الانحراف .

(١) أنظر ما تقدم ، بند ٩٥ - ٩٧ .

(٢) أنظر ما تقدم ، بند ١٥ .

(٣) ستارك ، المرجع السابق ، ص ٤٤ وما بعدها .

المسئولية الوضعية والتزام عديم التمييز بالتعويض :

١٠٨ - ومن الواضح ان التحليل السابق هو وحده الذى يفسر التزام عديم التمييز بالتعويض وفقاً للمسئولية عن الأشياء أو للمسئولية عن فعل التابع . فالأمر لا يتعلق فى هذه الصور من المسئولية بتكليف وإنما بمجرد وضع من الشارع . فالشارع يجعل حارس الشئ مسئولاً عن تعويض ما يتسبب عنه من أضرار كما يجعل المتبوع مسئولاً عما يسببه تابعه من أضرار كذلك . ولا يقدح فى ذلك أن مسئولية المتبوع تفترض بداءة مسئولية التابع وأن هذه المسئولية الأخيرة قد تفترض التكليف . ذلك أن مسئولية التابع إذا كانت تقوم على التكليف الثابت فى حقه فإن مسئولية المتبوع لا تقوم على هذا التكليف وإنما على مسئولية التابع ذاتها . وبعبارة أخرى فالشارع لم يضع تكليف التابع سبباً لمسئولية المتبوع ولم يضع تكليف المتبوع سبباً لمسئوليته وإنما وضع مسئولية التابع ذاتها - وباعتبارها نتيجة لتكليفه - سبباً لمسئولية المتبوع .

١٠٩ - كذلك فالتحليل السابق هو الذى يفسر ما انتهى اليه المشرع المصرى من مسئولية عديم التمييز عن فعله الشخصى . فقد نصت المادة ٢/١٦٤ من القانون المدنى - بعد تقريرها المسئولية عن العمل غير المشروع واشتراطها توافر التمييز وقت وقوع العمل غير المشروع لقيام هذه المسئولية - على أنه : «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيأ فى ذلك مركز الخصوم» (١).

(١) أضاف المشرع الفرنسى فقرة ثانية للمادة ٤٨٩ من القانون المدنى الفرنسى ، بالقانون رقم ٥٠٦٨ فى ٣ يناير ١٩٦٨ ، قضت بأن «من سبب ضرراً للغير وهو تحت تأثير اضطراب عقل يكون مع ذلك ملزماً بالتعويض» . ومن الواضح أن هذا النص المقتضب يختلف عن نص المادة ٢/١٦٤ من القانون المدنى المصرى . فقد جاءت صياغته عامة لا تشير إلى دليل وقوع الالتزام بالتعويض أو شروط وقوعه ، ولا تشير إلى قواعد خاصة بتقديره . ولذلك فقد أثار هذا النص حيرة الفقه الفرنسى . فقد ذهب البعض إلى أن المشرع الفرنسى قد اعتنق بهذا النص فكرة الخطأ الموضوعى وانتهى من ثم إلى مسئولية عديم التمييز كالمميز سواء بسواء (جنيفيف =

وصياغة النص على هذا النحو تنبئ عن استقلال مسؤولية عديم التمييز وتميزها عن مسؤولية المميز .

فن ناحية أولى لا يلزم لقيام المسؤولية عمل غير مشروع ، كما هو الحال في القاعدة العامة في المسؤولية ، وإنما مجرد وقوع الضرر من غير المميز . ولذلك فهذه المسؤولية لا تفترض خطأ في جانب المسئول وإنما مجرد فعل منه سبب الضرر (١) .

ومن ناحية ثانية فهذه المسؤولية لا تقوم إلا إذا «لم يكن هناك من هو مسئول (عن عديم التمييز) أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول» . ولذلك فالفكرة التي توجد وراء هذه المسؤولية ليست فكرة مجازاة المسئول على فعله غير المشروع بقدر ما هي فكرة ضمان حقوق المضرور . ولذلك أيضاً فهذه المسؤولية يجب ألا تدور وجوداً وهدماً مع وقوع الضرر بالمضرور وإنما مع وقوع الضرر على حق من حقوقه بالمعنى الدقيق ، على نحو يقتصر معه إلزام غير المميز على حدود ما يسمى الأضرار الجسمانية والمادية دون الأضرار الاقتصادية والمعنوية .

ومن ناحية ثالثة فالإلزام بالتعويض الناشئ عن هذه المسؤولية يحدده لا في مقدار الضرر المتحقق بالضرورة وإنما في الموازنة بين مركز الخصوم من الناحية المالية . ولذلك فالتعويض لا يقاس بقدر الضرر وإنما بقدر ما تمليه فكرة توزيع عبئه بين المسئول والمضرور وفقاً للحالة المالية لكل منهما .

== فيني ، تأملات في المادة ٤٨٩ / ٢ من القانون المدني ، المجلة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٧٠ ، ص ٢٥٤ وما بعدها ، جاك ماسيب ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ . وعلى العكس من ذلك فقد ذهب البعض إلى استحالة تسوية مسؤولية عديم التمييز بمسؤولية المميز وانتهى إلى أن مسؤولية عديم التمييز مسؤولية من نوع خاص تقتصر على مخالفة الواجبات المحددة بصفة خاصة (نعمان جمعة ، المقال السابق) . وغنى عن البيان ما يتضمنه هذا الاتجاه أوداك من إغفال لما تقتضيه فكرة المسؤولية التكاليفية من اشتراط التمييز لقيامها في حق المكلّف . (١) قرب : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ٢٣٤ ، ص ٤٢٦ .

حقاً قد يبدو من هذا التحليل أن مسئولية غير المميز يمكن أن تتجاوز مسئولية المميز كلما كان سلوك غير المميز مشروعاً . ولكن هذه النتيجة ليست في الواقع إلا أثراً من آثار المرحلة التي تمر بها المسئولية الوضعية التي لم تصل بعد إلى منزلة المبدأ العام الذي يقوم إلى جانب مبدأ المسئولية التكليفية . فعندما تصل المسئولية الوضعية إلى منزلة المبدأ العام الذي يقوم إلى جانب مبدأ المسئولية التكليفية ، سوف يكون المميز مسئولاً عن كل ضرر يترتب على خطئه وعن كل ضرر يقع على حق للغير نتيجة فعل يقع منه ولو كان هذا الفعل مشروعاً ، وسوف يكون غير المميز مسئولاً فقط عما ينتج من فعله من ضرر يقع على حق الغير دون ما يترتب على خطئه من ضرر لهذا الغير .

المسئولية الوضعية في الشريعة الإسلامية :

١١٠ - والواقع أن المسئولية الوضعية لم تصل إلى منزلة المبدأ العام الذي يحكم نظرية المسئولية برمتها إلا في الشريعة الإسلامية . فالشريعة الإسلامية تؤسس المسئولية على الضمان استناداً إلى الحديث الشريف المعروف «لا ضرر ولا ضرار» ، والضمان لا يقوم إلا بالنسبة للمال المتقوم ، والتعويض يقتصر على الضرر المادي الحال الذي يصيب هذا المال ، على نحو تبدو معه عملية التعويض كمبادلة بين القيمة المنتقصة وقيمة التعويض . أما ما عدا ذلك مما ليس مالا متقوماً كالمنافع وما يسمى بالحقوق الأدبية فلا ضمان له ولا تعويض عن تفويته (١) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك: محمد إبراهيم الدسوقي ، المرجع السابق ، ص ٦٥ وما بعدها . على أنه يلاحظ في هذا الصدد أن المساس بحياة الانسان أو جسمه لا يوجب الضمان وإنما يوجب القصاص . فإذا امتنع القصاص أو نزل عنه صاحب الحق فيه وجب مال مقدر (الدية والارش) أو مال يقدره القاضى (حكومة العدل). وهو بهذه المثابة لا يعدو أن يكون عوضاً عن المساس بالحياة أو الجسم كضرر مادي . المرجع السابق ص ٥٦ وما بعدها ، والمراجع المشار إليها .

على أنه يلاحظ في هذا الصدد إجماع الفقه الإسلامي على التفرقة في قيام الضمان بين مباشرة الضرر والتسبب فيه . فإذا لم يكن هناك من فاصل بين نشاط المسئول والضرر ، كان نشاطه بذاته مرتباً للالتزام بالتعويض . أما إذا فصل بينهما نشاط آخر فلا يقوم الالتزام بالتعويض إلا إذا كان النشاط المسبب للضرر يمثل تعدياً (١) . ويذهب جمهور المحدثين من الباحثين في الشريعة الإسلامية ، تفسراً لذلك ، إلى القول بأن الشريعة الإسلامية تستلزم الخطأ لقيام المسؤولية في حالة التسبب دون حالة المباشرة (٢) .

ومع ذلك فيبدو لنا ان القول باستناد مسؤولية المتسبب إلى الخطأ يتعارض مع الأصل الذي قامت عليه نظرية المسؤولية في الشريعة الإسلامية وهو قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» وما تشير إليه من النظر في الالتزام بالتعويض إلى عدم مشروعية ما أصاب المضرور من ضرر لا إلى عدم مشروعية ما أتاه المسئول من نشاط . كذلك فهذا القول يتعارض مع ما هو ثابت من تسليم جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية - عدا بعض المالكية - بقيام الضمان في حق عديم التمييز ، دون تفرقة بين صورة المباشرة وصورة التسبب (٣) . حقاً إن التمييز ليس ركناً في الخطأ على نحو ما قدمناه . ولكن التمييز مع ذلك شرط لقيام التكليف ومن ثم للمساءلة عن الخطأ .

(٢) أنظر في تفصيل هذه التفرقة : على الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ١٩٧١ ، ص ٤٠ وما بعدها ، ص ٧٤ وما بعدها؛ الفروق للقرافي ، ج ٢ ، ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى : شفيق شحاته، نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، البنود: ٢١٧، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ؛ حسين صفائي ، حاية غير كامل الأهلية (بالفرنسية) ، باريس ، ١٩٦٦ ، ص ٨٢ وما بعدها ؛ نعمان جمعة ، المقال السابق ، بند ١٤ والمراجع المشار إليها فيه ، ص ٣٤ حاشية (٣٨) .

(٣) أنظر في هذا الصدد ، على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٨ وما بعدها . وأنظر كذلك ص ٧٥ حاشية (١) ، حيث يقول بصدد اشتراط التعدي في التسبب : «ذلك ما يدعو إلى النظر فيما إذا كان المسبب صيباً أو مجنوناً فهل ينظر إلى أهليته فلا يعد الفعل الذي يصدر منه اعتداء مسبباً لعدم تصور التعدي فيه فلا ضمان عليه حينئذ أو ينظر إلى نفس الفعل وكونه محظوراً ليعتد اعتداء ويكون عليه الضمان . ذلك ما لم أره ويظهر من اطلاقهم ضمان فاعل الفعل الأول اعتبار النظر الثاني والالتزام بالضمان محافظة على الأموال» .

وحقيقة الأمر أن مبنى المسؤولية في حالة التسبب هو المساس بحق المضرور لا ما قد يمثله النشاط الضار من خطأ في السلوك ، تماماً كما في حالة المباشرة ، غاية ما في الأمر أنه في حالة التسبب يكون هناك أكثر من نشاط واحد تدخل في إحداث الضرر ، أحدها تدخل بطريق غير مباشر والآخر تدخل بطريق مباشر ، مما يتعين معه تغليب أحدهما على الآخر وإسناد الضرر إليه ، وأن فقهاء الشريعة الإسلامية قد وجدوا من المنطقي في هذه الحالة إسناد الضرر إلى النشاط المباشر ما لم يكن النشاط غير المباشر يمثل تعدياً فينسب إليه الضرر. وبعبارة أخرى فالمشكلة التي يثيرها اشتراط التعدي في صورة التسبب ليست مشكلة خطأ بقدر ما هي مشكلة سببية .

وقد بصر بعض فقهاء الشريعة المحدثين بهذا النظر . ومن ذلك مثلاً ما يقوله الأستاذ على الخفيف (١) من أن مبنى التفرقة بين المباشرة والتسبب فيما يظهر «أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظر إلى فاعله وقصده فوجب إلزامه بما يرفع هذا الضرر ، لانتسابه إليه واحداثه إياه اما عند التسبب فلا يكون لسببية الفعل هذا الظهور ، لوجود فعل آخر مفض إلى الضرر فاصل بينه وبين الضرر مع تراخ للضرر عن الفعل المسبب فإذا ما انتفت نسبتته إليه خفيت سببيته وضعفت وعند ذلك لا يصلح أساساً لإلزام صاحبه بالضمان ، وإذا نسب الضرر إليه وكان غير محظور شرعاً لم يصلح سبباً موجباً للضمان مع ثبوت حقه في فعله فوجب لذلك أن يكون محظوراً حتى يكون التضمين من موجبات حظره وتبعاته دفعاً للإضرار به »

(١) المرجع السابق، ص ٨٣. ويلاحظ في هذا الصدد أن مسؤولية عديم التمييز عن التعويض لا تختلط بانعدام مسؤوليته الجنائية بالنظر إلى قيام هذه الأخيرة على أحكام تكليفية. قرب: افلاطون، -القوانين، الكتاب التاسع، ٨٦٤ (أشار إليه جان لافون، المرجع السابق، ص ١٩٩) حيث يفرق بين عدم المسؤولية عن الجريمة وبين الالتزام بالتعويض .

خاتمة

١١١- لم يكن هدفنا من هذه الجولة عبر أنظمة القانون المدني ونظرياته - من الشخصية إلى الأهلية إلى التمييز إلى التصرف القانوني إلى الفعل الضار - معالجة الموضوعات التي طفنا بها ، بقدر ما كان محاولة إيجاد الأصول التي تترد إليها والتي تناسب منها أحكامها . ولذلك فخلاصة بحثنا لا تتعلق بتفصيل أحكام هذه الموضوعات بقدر ما تتعلق بربط هذه الأحكام بالنظرية العامة للقانون ، وثمره هذا البحث نتحصل في إلقاء الضوء على علاقة الأنظمة السابقة بالبيان العام للقانون .

وقد اتضح لنا أن هناك حقيقتين أساسيتين في القانون الوضعي تعجز النظريات القانونية السائدة في تصور ببيان القانون عن تفسيرهما . فأما الحقيقة الأولى فهي أن من أحكام القانون ما يتعلق بالإنسان منذ وجوده وبصرف النظر عن توافر التمييز لديه وأن منها ما لا يتعلق إلا بالإنسان المتمتع بالإدراك والقدرة على التمييز . وأما الحقيقة الثانية فهي أن تعلق حكم قانوني معين بالإنسان يبدو من ناحية إعمالاً لقاعدة قانونية عامة مجردة ويبدو من ناحية أخرى أثراً لتصرف قانوني فردي أو واقعة قانونية فردية ، على نحو يبدو معه الإلزام بهذا الحكم تارة إلزاماً بالقاعدة القانونية وتارة أخرى إلزاماً بالتصرف أو الواقعة وأن مناط الإلزام بالحكم يجب أن يكون واحداً سواء نظرنا إليه من زاوية الدليل الأول أو من زاوية الدليل الثاني .

فأما عن الحقيقة الأولى فقد رأينا أن فقه الحقوق - الذي يركز جوهر القانون في حقوق الإنسان - يجعل مناط الإلزام بالقانون هو مناط ثبوت الحقوق ، مما يجعل هذا المنطوق غير قابل لتفسير الإلزام بأحكام القانون التي

لا تثبت حقوقاً وإنما تقيم تكاليفاً من واجبات والتزامات . هذا إلى أن الربط بين منط الإلزام بأحكام القانون وبين منط ثبوت الحقوق من شأنه أن يعرض فكرة منط الإلزام بأحكام القانون - وهي فكرة موضوعية بحتة - لكافة التيارات الايديولوجية والفلسفية المتناقضة التي تتنازع فكرة الحق .

كذلك فقد رأينا أن فقه القاعدة القانونية - الذي يركز مضمون القانون في قواعد السلوك - يجعل منط الإلزام بأحكام القانون هو منط التكليف ، وهو توافر الإدراك أو التمييز . وهو بذلك يتجاهل أن عدم التمييز يترتب في جانبه كثير من الآثار القانونية من حقوق والتزامات قانونية .

وأما عن الحقيقة الثانية فقد رأينا أن فقه الحقوق ينظر إلى التصرف القانوني الفردي أو الواقعة القانونية الفردية المسببان كما لو كانا مصدر الحكم القانوني ، ويبحث فيهما عن منط الإلزام بهذا الحكم ، فيصطدم بذلك مع الحقيقة المسلمة من أن الإلزام الناشئ عن التصرف القانوني أو الواقعة القانونية هو إلزام بأحكام القانون بمعناه الموضوعي أو على الأقل يتجاهل هذه الحقيقة .

أما فقه القاعدة القانونية فهو لا ينظر إلا إلى القاعدة القانونية وحدها ، ولا يبحث عن منط الإلزام بأحكام القانون إلا في هذه القاعدة . وهو بذلك إما أن يلغى التصرف القانوني كحدث مستقل في وجوده عن القاعدة القانونية بالمرّة - على نحو ما رأيناه لدى ديجي - وإما أن يسلكه في إطار فكرة القاعدة القانونية بضمن باهظ هو تجريد هذه القاعدة من صفتها العامة المسلمة .

١١٢- وقد تبين لنا - بعد تتبع ما تثيره هذه التناقضات السابقة في الفقه القانوني المعاصر ومقابلتها بفقه نظرية الأصول في الفكر القانوني الإسلامي - أن أحكام القانون ترد إلى قسمين رئيسيين هما الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية ، وأن منط الإلزام بأحكام كل من القسمين يختلف عن منط الإلزام بأحكام

القسم الآخر . فالأحكام التكليفية تواجه سلوك الإنسان فتحمله بأمر أو تمنعه منه أو تترك له الخيار في شأنه . وهي لذلك تفترض فيمن تلحق به القدرة على فهم خطاب الشارع والحرية في اختيار أفعاله وتوجيه سلوكه . وهذه وتلك مناطها الإدراك أو التمييز . أما الأحكام الوضعية وهي مجرد ربط من الشارع - أو علاقة منطقية - بين مؤثر معين وأثر قانوني أو هي وضع أو جعل من الشارع لا يتعلق بالضرورة بسلوك الإنسان، ولا يحمل معنى الوجوب بقدر ما يحمل معنى الكينونة . ولذلك فالإلزام بها لا يتوقف على حقيقة أخرى خارجة عن خطاب الشارع بها كالقدرة على فهم هذا الخطاب أو إرادة الحدث المؤثر إذا ما كان هذا الحدث فعلاً مقدوراً للإنسان أو كونه من اختياره وبناء على ما يمليه عقله . ولذلك فالإلزام بهذه الأحكام لا يتوقف على توافر الإدراك والتمييز لدى الإنسان بقدر ما يتوقف على وجوده وحده .

ومن الواضح أن القول بازدواج مضمون القانون إلى أحكام تكليفية وأحكام وضعية على هذا النحو من شأنه أن يفسر الحقيقة الأولى وأن يبرر إلزام بعض أحكام القانون للإنسان منذ وجوده وقبل توافر الإدراك والتمييز لديه وعدم إلزام البعض الآخر له إلا منذ توافر هذا الإدراك والتمييز ، بعيداً عن الأيديولوجيات التي تقف وراء القول بأن القانون مجرد حقوق أو مجرد قواعد قانونية ، والمناداة بسيطرة هذه الفكرة أو تلك على بيان القانون .

ومن الواضح كذلك أن التفرقة بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي تفسر الحقيقة الثانية . ففما يتعلق بالتصرف القانوني ، يعتبر هذا التصرف فعلاً للإنسان فيدخل بذلك في خطاب التكليف . وهو ليس مطلوب الفعل ولا مطلوب الاجتناب فينصوب تحت أحكام الإباحة . ولكن التصرف القانوني مؤثر لأثر قانوني هو ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات . ولذلك فهو يدخل من هذه الزاوية في خطاب الوضع . وترتيباً على ذلك فالتصرف القانوني لا يكون صحيحاً إلا إذا توافرت لدى صاحبه أهلية التكليف . ولكنه إذا ما نشأ صحيحاً رتب أثراً في حق من يتوجه إليه دون حاجة إلى توافر هذه الأهلية فيه . وأما فيما يتعلق بالفعل الضار ، فهذا الفعل قد يكون خطأ فتكون

المسئولية الناشئة عنه مرتبة على حكم تكليفي وقد لا يكون كذلك فتكون مرتبة على حكم وضعي .

١١٣- وإذا كانت هذه هي نتيجة البحث فيما يتعلق بالمشكلة التي يواجهها ، فإن هذا البحث يوجه النظر كذلك إلى ملاحظتين هامتين فيما يتعلق بالدراسة القانونية بصفة عامة . وأول هاتين الملاحظتين هي أن كثيراً من التناقضات والتعقيدات التي يواجهها الباحث في القانون إنما ترجع إلى عدم التمييز بين دراسة القانون من الناحية الفنية المجردة وبين دراسة القانون في علاقته بما يحكم تطوره وارتقائه من معطيات اجتماعية أو أيديولوجية ، أو بعبارة أخرى مواجهة الجانب الفني من القانون من خلال جانبه الاجتماعي والأيديولوجي . فمثل هذا الخلط من شأنه أن يشيع الغموض في تصورنا لبنيان القانون . فبنيان القانون هو بنيان منطقي يحتمل استناداً إلى ملاحظة مكونات النظام القانوني في كل زمان ومكان وتحليلها . أما ما يحكم تطور القانون وارتقائه من معطيات اجتماعية أو أيديولوجية فهو يختلف من عصر إلى عصر ومن مكان إلى مكان ومن فقيه إلى فقيه . ولذلك فمواجهة الجانب الفني للقانون من خلال الجانب الاجتماعي أو الأيديولوجي من شأنه بالضرورة أن يشيع البلبلة والاضطراب في هذا الجانب الأول . وقد رأينا مثلاً واضحاً لذلك في نظرية فقه الحقوق . فقد ألفت الأيديولوجية الفردية بثقلها على فكرة الحق في معناها الفني وأشاعت عدم الانضباط فيها وأدت إلى عدم استجابة نتائجها لمعطيات النظام القانوني الوضعي . كذلك فقد رأينا مثلاً آخر لذلك في نظرية القاعدة القانونية . فهذه النظرية تقوم على أيديولوجية جماعية كلية متسلطة . وقد ألفت هذه الأيديولوجية بثقلها على فكرة القاعدة القانونية فأظهرتها كقاعدة للسلوك وحجبت بذلك المجال الواسع للقواعد التقريرية التي لا تأمر أو تنهى عن سلوك معين أو تبيحه .

ولذلك فقد رأينا أن دراسة الجانب الفني للقانون يجب أن تعتمد على معطيات النظام القانوني وحدها مجردة عما يواجه هذا النظام من حقائق اجتماعية أو أيديولوجية . وليس معنى ذلك بالطبع أننا ننكر تأثير المعطيات

الاجتماعية والأيدولوجية في خلق القانون أو تطويره ، وإنما معناه أن هناك جانبان مختلفان للقانون كل منهما محل لعلم من العلوم القانونية مستقل عن الآخر .

وأما الملاحظة الثانية فهي أن القانون المعاصر لا يعرف نظرية متكاملة وشاملة للقانون في بنيانه الفنى ، تجمع بين كلياته وجزئياته ، وتوفق بين أصوله وفروعه . ولذلك فالأصول التى يقررها فقه القانون كثيراً ما لا تصمد لامتحان تطبيقها على الفروع والجزئيات وكثيراً ما لا تجد لها صدقاً فى الكليات . فنحن نقرر مثلاً أن القانون هو مجموعة من الحقوق وأن الحق هو إرادة ثم نواجه بحقيقة ثبوت الحقوق لعدم الإرادة فى القانون الوضعى . ونحن نقرر أن القانون مجموعة من قواعد السلوك الملزم ثم نواجه بعد ذلك قواعد قانونية لا تلزم إلا عند عدم الاتفاق على ما خالفها وأخرى مقررة لا تأمر بشئ أو تنهى عنه . ونحن نقرر أن المسؤولية لا تقوم بدون خطأ ثم نواجه بوجود حالات للمسؤولية تعجز فكرة الخطأ عن تفسيرها . ونحن نرى فى التصرف القانونى مجرد إرادة ثم نضطر بعد ذلك إلى الاعتراف بإنتاج التصرف القانونى آثاراً لا تكاد تمت لإرادة مصدره بصفة .

ولا شك أن هذا النقص فى فقه القانون المعاصر هو نقص منهجى تابع عن عدم المواجهة المستقلة للجانب الفنى فى القانون . ودليل ذلك أن الفقه الإسلامى الذى عنى بهذا الجانب لا يشوبه مثل هذا النقص . فقد وعى فقهاء الشريعة الإسلامية منذ زمن بعيد ضرورة تحقيق التناسق والانسجام بين كافة أجزاء البيان القانونى من أصوله إلى فروعه ، فعنوا بوضع قواعد الأصول حتى يصير من بعد ترتيب الأحكام التفصيلية على هدى منها .