



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الأول 1974

محتويات العدد

١. الجهل بالأحكام المدنية

د/ مصطفى الجمال

٢. أسس التنظيم القضائي و القانوني في مصر خلال العصرين البطلمي و الروماني

د/ عبد المجيد محمد الحفناوي

٣. التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي

د/ محمد سامي عبد الحميد

4. DE L'EFFET DES TRAITES VIS-A-VIS DES PARTICULIERS

د/ محمد سامي عبد الحميد

5. CAPITALIST PENETRATION AND REGIONAL INEQUALITIES IN
AFRICA : AN ATTEMPT TO CONCEPTULISATION

د/ محمد دويدار

الجهل بالأحكام المدنية

دكتور مصطفى الجمال

أستاذ القانون المدنى المساعد

كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

تمهيد :

١ - قد يبدو عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من البديهيات التي ترتبط بفكرة القانون ووجوده (١) . ولذلك فعامة الناس ممن لا يعملون في الحقل القانوني تحس بحدسها أن جهلها بالقانون لا ينهض مبرراً للافلات من أحكامه ، بمثل ما تحس بوجود سنن تضبط أفعالها وتصرفاتها .

غير أن هذه البداهة تكاد أن تكون رهينة بفكرة القانون كعنى مجرد (٢) ، سواء تمثل هذا المعنى في فكرة العدل أو تمثل في فكرة الضبط الاجتماعي . فلا تكاد نتجاوز هذا المعنى المجرد للقانون إلى القواعد التي يتألف منها نظام قانوني معين حتى يساورنا الشك في «مشروعية» اطلاق القول بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ويتزايد هذا الشك كلما ابتعدنا عن فكرة النظام القانوني في كليته إلى الأحكام التفصيلية المحققة للعدل بين الناس

(١) قارب : استاذنا الدكتور حسن كبيره (المدخل إلى القانون ، ١٩٧١ ، بند ١٧٣) ، حيث يرفض تأسيس مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون على فكره القرينة القانونية ، ويرتفع به إلى فكره العدل من ناحية وفكره القوة الملزمة الذاتية للقانون من ناحية أخرى . وقارب أيضاً :

M.G. Dereux, Etude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi", R.T.D.C., 1907, p. 515.

(٢)

R. Guillen, Nul n'est censé ignorer la loi, Melanges en l'honneur de Paul Roubier, 1961, T. 1, p. 257 et 260.

أو الضابطة لعلاقتهم الاجتماعية المختلفة . ففي الوقت الذي نتقبل فيه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون كضامن *garant* لقيام النظام القانوني بتحقيق وظيفته الاجتماعية ، نتساءل عن عدالة وضرورة التسوية بشأنه بين المخاطبين بأحكامه - من يعلمها منهم أو يستطيع أن يعلمها ومن لا يعلم ذلك ولا يستطيعه - كما نتساءل عن امكان اعطاء ذات المعاملة لجميع أحكام القانون على اختلاف مصادرها - ما هو قطعى الثبوت منها وما ثبوته ظنى ، ما كان منها ممكناً العلم به وما كان العلم به مستحيلاً - على نحو جعل الفقه المعاصر يتحدث عن أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (١) .

والواقع أن هذا التناقض في موقفنا من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ما هو الا نتيجة لاختلاف مستوى نظرنا إلى الظاهرة القانونية . فحيثما نظرنا إلى هذه الظاهرة نظرة شكلية مجردة بدت لنا كبناء واحد متناسق ، وحيثما نظرنا إليها نظرة تحليلية - بقصد الامساك بما يجمع مفرداتها من علاقات جدلية - بدت مستعصية على الوحدة والتناسق (٢) . وكلما تعددت «المفردات» التي تتألف هذه الظاهرة من مجموع علاقاتها كلما بدت أبعد عن التوحيد والتناسق (٣) . مثلها في ذلك مثل كل تصور نظرى عندما نحاول سبر أغواره الواقعية (٤) .

F.Terré, Le rôle actuel de la maxime "Nul n'est censé ignorer (١)

la loi", Etudes de droit contemporain, 1966, p. 91 et s.

(٢) في طبيعة الوحدة الناشئة عن التركيب الجدلى بصفة عامة ، أنظر :

Hossam M. ISSA, Capitalisme et sociétés anonymes en Egypte, Paris, 1970, p. 17.

(٣) في هذا المعنى :

H. Buch, Conceptions dialectiques des antinomies juridiques, in "Les antinomies en Droit", Etudes publiées par Ch.Perelman, Bruxelles, 1865, p. 386 et s.

(٤) في هذا المعنى :

Radbruch, Rechtsphilosophie (1932), § 9, Antinomien der Reditsidee, p. 70, (Cité par H. Buch, ibid).

ولعل هذه الحقيقة تفسر منشأ أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في الفكر القانوني المعاصر . فالقانون يشهد في الوقت الحاضر - بجانب محاولات ضبط وتحديد قواعده التقليدية - امتداداً مستمراً وكاسحاً نحو مجالات جديدة كانت بالأمس القريب بعيدة عن متناوله . والمشرع الحديث لم تعد تغلت من قبضته مشكلة من المشاكل مهما كانت صغيرة أو كبيرة (١) . وقد كان لذلك أثراً واضحاً في اتجاه القواعد والنظم القانونية نحو التفكك والاستقطاب حول محاور جديدة، مع ما يصاحب ذلك من تنافر وتجادب وانفصال وتشابك ، على نحو تعقدت معه العلاقة الجدلية بين «مفردات» الظاهرة القانونية المختلفة في اطار النظام القانوني العام لمجتمع معين وفي علاقة هذا النظام بالأنظمة التي تعلوه أو توازيه أو تتبعه (٢) . ومن هنا كانت حدة التناقض بين بديهية مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وبين فداحة «المسئولية» التي يلقي بها على كاهل المخاطبين بالقانون . ولذلك كان من الطبيعي أن يلمس الفكر القانوني ويكشف العمل حلولاً جديدة لا نزاع في شرعيتها رغم تنافرها مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في انعكاساته المختلفة على البنيان القانوني ، على نحو أثار حيرة النظرية القانونية بشأن تطويع المبدأ أو الحلول المذكورة أحدهما للآخر .

٢ - وإذا كان هذا هو منشأ أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في الفكر والتطبيق القانوني المعاصر ، فان هذه الأزمة تبدو لذلك كأحد مظاهر الأزمة الشاملة التي تعانها النظرية القانونية التقليدية في مواجهة الواقع القانوني المتغير . فقد درجت هذه النظرية على تصوير معين للبناء القانوني لا يتجاوز كثيراً المعنى المجرد للقانون ولا يستجيب بالتالي لحقيقته

F. Terré, op. cit., p.109.

(١)

(٢) فالنظام القانوني الدولي مثلاً يعلو الانظمة القانونية العامة للمجتمعات المختلفة ، وهذه الأنظمة ذاتها تعتبر متوازية بالنسبة لبعضها البعض ، وأنظمة النقابات والجمعيات تتبع الأنظمة القانونية العامة للمجتمعات التي تتكون فيها النقابات أو الجمعيات .

راجع في تعدد النظم القانونية وطبيعة العلاقة التي تجمعها : دي لوجو ، أسباب الإباحة ، دروس للدكتوراه على الآلة الناسخة (بالفرنسية) ، (ص ١ وما بعدها) .

الوضعية الراهنة بما تتضمنه من شمول مختلف مظاهر الحياة الاجتماعية والاقتصادية ومن جدلية في علاقة «مفردات» النظام القانوني غير المتناهية. فالنظام القانوني في هذه النظرية يتألف من «ثنائي» مرتبط ، يحكم الواقع دون أن يتداخل فيه ، هو قاعدة السلوك والجزاء المترتب عليها . وهذا الثنائي يتولد عن مصادر رسمية محددة وتنظمه فروع القانون التقليدية ، الخاص منها والعام . ولم يعد يخاف مدى تخلف هذا التصور - في أجزائه المختلفة - عن ملاحقة التغيرات العميقة في القانون الوضعي ، ليس فقط ما كان منها نتيجة الثورات الاجتماعية وإنما كذلك ما كان مجرد نتيجة طبيعية لتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية على أثر الثورة الصناعية (١) .

(١) ففي نطاق مصادر القانون صارت هذه النظرية متخلفة عن استيعاب دور القضاء والعادات إن لم يكن العرف ، فضلا عن انتقال مركز الثقل - في نطاق التشريع ذاته - من القانون إلى اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية ، حتى صارت حركة مراجعة نظرية المصادر أحد معالم الفكر القانوني الحديث (أنظر في ذلك : دي لوجو : المرجع السابق ، ص ٢ وما بعدها) . وفي نطاق فروع القانون أصبحت هذه النظرية عاجزة عن استيعاب تفرع القانون الحديث وظهور كثير من الفروع الحديثة كقانون العمل وقانون النقل والقانون الزراعي وقوانين الإيجار (أنظر في هذه الظاهرة بصفة خاصة G. Farjat et Droit économique, Themis, Paris, 1971) ، حتى صارت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مجورا أساسيا للجدل بين فقهاء الفرعين . وفي مجال قواعد القانون ظهرت وتكاثرت قواعد قانونية لا تأمر بسلوك معين أو تنهى عنه ، على نحو أدى بجانب من الفقه إلى الاعتراف بأن قاعده السلوك لا تغطي كل « المجال » القانوني ، وأنه يجب الاعتراف بجانبها بنوع آخر من القواعد ذات الصفة التنظيمية (أنظر ما يلي بند ١٥) . وفي مجال الجزاء أمكن القول بوجود كثير من القواعد القانونية التي لا يسندها جزاء بالمعنى المادى المحدد لفكره الجزاء التقليدية ، كما هو الحال في قواعد القانون الدستوري وفي قواعد القانون الدولي العام (أنظر في ذلك بصفة خاصة : أستاذنا الدكتور حسن كبيره ، المرجع السابق ، بند ١٤ ، ٣٠ ، ٣٢ ، محمد سامي عبد الحميد ، أصول القانون الدولي العام ، المجلد الأول (القاعدة الدولية) ١٩٧٢ ، بند ٥) ، على نحو أدى إلى اختلاف النظر إلى القانون بين الفقهاء وعلماء الاجتماع القانوني (أنظر بصفة خاصة :

G. Gurvitch, Problèmes de sociologie du droit, in , Traité de Sociologie, T. II, 1968, p. 173 et S.

Comp., Edmond Jorien, De la sociologie Juridique, 1967, notamment p. 39 — 57).

والكشف عن ارتباط أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بأزمة النظرية العامة للقانون ، على هذا النحو ، من شأنه التنبيه إلى أن مشكلة الجهل بالقانون لا يمكن أن يكتب لها حل يوفق بين اعتبارات «العلم» ، و«العمل» ، بين التناسق اللازم للنظام القانوني وبين التناقض الداخلي في تكوينه ، إلا في ضوء المراجعة الشاملة للنظرية العامة للقانون. فنحن بحاجة ماسة إلى «تصور» للظاهرة القانونية في جانبها الفني ، يتجاوز فكرة السلوك والجزاء على مخالفتها ، إلى التمكين من الامساك باختلاف أحكام القانون واختلاف وظائفها والعلاقة الجدلية التي تجمعها ، وصياغة كل ذلك صياغة تستجيب إلى الواقع . ومثل هذا التصور وحدة هو الذي يمكن من توضيح وظيفة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ونطاقه والانعكاسات المختلفة التي يتركها على الحلول القانونية التفصيلية .

ومن الواضح أن مراجعة النظرية العامة للقانون رهين بمدى تجاوز المنطق الشكلى في تحليل الظاهرة القانونية من الناحية الفنية ، إلى المنطق الجدلى ، على الرغم من كون هذا التحليل يتناول موضوعاً نظرياً بحثاً من موضوعات الدراسة القانونية . كذلك من الواضح أن هذه المراجعة تتجاوز موضوع بحثنا كما تتجاوز جهد الفرد وربما جهد جيل قانونى برمته . ومع ذلك فلا شك انه من المفيد مجرد توجيه النظر إلى امكانية تجاوز فكرتى القاعدة والجزاء إلى تصورات أخرى أقرب إلى حقيقة البيان القانونى وتعقيده واختلاف وظائف أحكامه ، وأكثر امساکاً بالواقع فيما يتعلق بحلول مشكلة الجهل بالقانون . ذلك أنه «ليس هناك أكثر تنشيطاً للقانون .. من الشك في ذاته» (١) .

وعلى هذا النحو فسوف يكون المحور الأول في مراجعة مشكلة الجهل بالأحكام المدنية هو محور النظرية العامة للقانون ذاتها في ضوء معطيات كل من المنطق الشكلى والمنطق الجدلى .

فاذا ما فرغنا من مواجهة المشكلة على هذا المحور النظري ، كان علينا أن ننتقل بها إلى محور الحلول العملية عن طريق النظر التفصيلي فيها من جهة مصادر الحقوق ومصادر القانون على ضوء نتائج المواجهة الأولى . ذلك أن التسليم باختلاف أحكام القانون وتباين وظائفها إنما يظهر أثره في اختلاف كل من مصادر الحق ومصادر القانون .

الفصل الأول : الجهل بالأحكام المدنية بين التصور «الشكلي»
والتصور «الجدلي» للبيان القانوني .

الفصل الثاني : الجهل بالأحكام المدنية بين مصادر الحق ومصادر القانون .

الفصل الأول

الجهل بالاحكام المدينه بين التصور «الشكل» والتصور «الجدل»

للبيضان القانونى

٣ - على الرغم من أن القانون المعاصر ترجع جذوره إلى القانون الرومانى ، الا أنه يستمد أساسه النظرى وصياغته الفنية من الفلسفة الفردية وأصول المنطق الشكلى الذى تستند اليه - باعتبارها نتاجاً للمجتمع الأوروبى منذ عصر النهضة حتى الثورة الصناعية (١) . فهذه الفلسفة - فى سعيها لاعلاء شأن الفرد - ترى أن المعطى الأول للطبيعة الانسانية (٢) أو «للعقل العملى» (٣) يتمثل فى حقوق الأفراد وحررياتهم ، وتجد فى القانون - تبعاً لذلك - ظاهرة مضافة على طبيعة الانسان تستمد وجودها من اتفاق الأفراد على اقامة نظام يوفق بين حقوقهم وحررياتهم ويحميها (٤) . ومن هنا كان تصور القانون كمجموع من القواعد تعبر «عن الآرادة العامة» - التى هى ارادة المشرع - وتستمد قوتها الملزمة من قيام السلطة العامة بالاجبار على احترامها (٥) ، وكان اعطاء مشكلة الجهل بالقانون حلاً واحداً مطلقاً يستجيب لهذا الأساس الارادى للقانون ويتمثل فى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهله .

على أن هذه النظرة لم تعد تستجيب لما حققته مناهج البحث فى العلوم

(١) Michel Villey, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, 1962, p. 51 et s.

(٢) الاشاره هنا إلى فلاسفة العقد الاجتماعى . أنظر المرجع السابق ، ص ٥٣ وما بعدها .

(٣) الاشاره هنا إلى فلسفة «كانط» . أنظر المرجع السابق ، ص ٦٦ وما بعدها .

(٤) المرجع السابق ص ٥٨ .

(٥) المرجع السابق ، فى الموضوع السابق .

الاجتماعية من تقدم (١) صاحب بداية الثورة الصناعية وواكب خطواتها بمثل ما أصبحت عاجزة عن استيعاب «الحقيقة القانونية» الراهنة في شمولها وجدلية تركيبها . ومن هنا كان من اللازم أن يتجه الجهد إلى اعادة بناء النظرية القانونية على ضوء هذه المعطيات الجديدة وما تفرضه من مفارقات في الحلول وفي تأصيلها ينعكس أثرها بالضرورة على مشكلة الجهل بالقانون

لذلك فسوف نحاول مواجهة مشكلة الجهل بالأحكام المدنية من الناحية النظرية في مبحثين ، نتناولها في أولهما على ضوء التصور الشكلي للبيان القانوني ، ونتناولها في الآخر على ضوء التصور الجدلي لهذا البيان :

المبحث الأول : الجهل بالأحكام المدنية والتصوير «الشكلي» للبيان القانوني .

المبحث الثاني : الجهل بالأحكام المدنية والتصوير «الجدلي» للبيان القانوني

المبحث الاول

الجهل بالأحكام المدنية والتصوير «الشكلي» للبيان القانوني

٤ - إذا كان القانون مجرد تجسيد للإرادة العامة - التي هي محصلة إرادات أفراد متساويين في حقوقهم وحررياتهم - فإنه يكون من الطبيعي أن يمتنع على الفرد الإفلات من أحكامه بحجة الجهل بهذه الأحكام . لذلك فبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يرتد في الواقع إلى المفترضات «الايديولوجية» التي تقوم عليها النظرية القانونية . ولذلك أيضاً فأزمة هذا المبدأ في الفقه الحديث ما هي الا نتيجة للتناقض بين مفترضات النظرية القانونية وبين الحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون .

(١) أنظر في ذلك : ثروت أنيس الاسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشراكية، مجلة مصر المعاصرة ، عدد ٢ ، يوليو سنة ١٩٦٨ ، ص ١٦١ ومابعدها ، وعدد ابريل سنة ١٩٦٩ ، ص ١٥٩ ومابعدها .

غير أن هذه المفترضات ذاتها تفرض نفسها على تصور النظرية القانونية للقاعدة القانونية كأداة للنظام القانوني . ولذلك فالأزمة المشار إليها تعتبر في ذات الوقت نتيجة لهذا التصور لأداة النظام القانوني .

المطلب الأول : المفترضات المثالية للنظرية القانونية وحلول مشكلة الجهل بالقانون .

المطلب الثاني : فكرة القاعدة القانونية والتصوير النظري لمشكلة الجهل بالقانون .

المطلب الأول

المفترضات المثالية للنظرية القانونية وحلول مشكله الجهل بالقانون

٥ - يعتبر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تعبيراً صادقاً عن المفترضات المثالية التي تقوم عليها النظرية القانونية التقليدية . فهذه النظرية ترى في القانون تعبيراً عن ارادة الأفراد في صورتها الكلية ، وترى في الالتزام به التزاماً بهذه الارادة ذاتها ، وترتب على هذا وذاك مساواة الأفراد أمام القانون ووحدة مصدر أحكامه المختلفة . وهذه المفترضات الأربعة يعكس كل منها - على التوالي - مظهراً من مظاهر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون : افتراض العلم بالقانون ، وامتناع الافلات من حكم من أحكامه تأسيساً على هذا العلم المفترض ، وامتناع التمييز في هذا الشأن بين المكلفين بالقانون وفقاً لظروف كل منهم ، وامتناع التمييز كذلك بين أحكام القانون وفقاً لاختلاف أدلتها القانونية . فإلى أى حد تستجيب هذه المظاهر المختلفة للحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون ؟

١ - افتراض العلم بالقانون :

٦ - ان النتيجة المنطقية لكون القانون تعبيراً عن ارادة أفراد المجتمع هي تمثلهم له تمثلاً يؤدي إلى افتراض علمهم بأحكامه . فهذه الأحكام -

«تنزيلاً» من المشرع كانت أو عرفاً - ليست في أساسها الا ما يرتضيه الأفراد من قيود على حرياتهم بقصد حماية حقوقهم أو التوفيق بينها . وهذه القواعد من ناحية أخرى ، ليست سوى قواعد «موحدة الصياغة نموذجية القلب» يمكن استخلاصها من ارادة المشرع بطريق القياس المنطقي (١). ومن هنا فعدم جواز الاعتذار بجهل القانون يستند إلى حقيقة نظرية لا شبهة فيها هي افتراض العلم بالقانون .

ولا شك ان هذا الافتراض كان يستجيب إلى حد كبير لحقيقة القانون الوضعي ابان حركة التقنين التي صاحبت القرن التاسع عشر . ذلك أن تقنينات القرن الماضي - وبصرف النظر عن اتخاذها القلب التشريعي من الناحية الفنية - كانت في جوهرها مجرد صياغة للتجربة القانونية المستقرة والمستمرة للأجيال السابقة ، سواء تمثل هذا الجوهر في عرف متواتر أو في دين اكتسبت قواعده صفة القواعد العرفية (٢) . ولذلك كان من المستساغ القول بتمثل المخاطبين بهذه التقنينات لأحكامها وافتراض علمهم بهذه الأحكام . حقاً لقد مر التاريخ القانوني بثورات قلبت كثيراً من أحكام القانون رأساً على عقب ، كما هو الحال في الثورات التي صاحبت الأديان أو في الثورة الفرنسية ذاتها . ولكن هذه الثورات - فضلاً عن أن تأثيرها على العلاقات المدنية أقل منه على العلاقات السياسية - كانت تتمخص دائماً عن سنن مستدمة تحكم سلوك الأجيال اللاحقة : ولذلك فقد كان افتراض العلم بما تأتي به هذه الثورات من أحكام يستند في البداية إلى ضرورة «تثبيت» ما تبشر به من «ايدولوجيات» (٣) ، حتى يصير تمثل الأفراد للأحكام المذكورة فيكون اسناد افتراض العلم بها إلى هذا التمثل (٤) .

(١) ثروت أنيس الأسيوطي ، المقال السابق .

وأنظر كذلك في علاقة أزمة القانون بالتقدم العلمي في القرن التاسع عشر وانعكاس ذلك على فلسفة القانون :

Michel Villey, op. cit., Ch. V et Ch. VI.

F. Terré op. cit., p. 98 : (٢)

R. Guillen, op. cit., p. 258 : (٣) قارب :

F. Terré, op. cit., p. 106 et s. : (٤) في هذا المعنى :

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فقد كان مجال القانون في ذلك الوقت - ووظيفته - يقتصر - تحت تأثير تقديس الملكية الفردية وحرية المبادرة - على الأحكام التي تكفل حماية حقوق الأفراد أو التوفيق بينها ، وهي بطبيعتها أحكام يسهل الوصول إليها عن طريق القياس المنطقي .

٧ - غير أن التشريع الحديث لم يعد يقتصر على تقنين التجارب القانونية السابقة ، ولم تعد وظيفته في المجتمع تقف عند حد هذا المفهوم «الوقائي» الضيق . وإذا كان انتقاد المشرع الحديث فيما يصدر عنه من تشريعات كثيرة ومتغيرة ، في غير ما تناسق بينها أو وضوح في صياغتها (١) لم يعد جديداً ، فان التنبيه إلى تغير المفهوم الاجتماعي للقانون من شأنه توجيه النظر إلى خطورة افتراض العلم بأحكام القانون في العصر الحديث . فقد ترك القانون - نتيجة لذلك - خاصيته «المحافظة» و«الحماية» ليصبح أداة «متحركة» للإصلاح الاجتماعي والاقتصادي (٢) . ولذلك فالقواعد القانونية لم تعد «تأتي مصطفة بحكمة بعضها بجوار بعض ، كل بوظيفتها الخاصة ، انها تتقاطع على نحو يلزم معه التوفيق أو الجمع بينها ، لدرجة أن كل حالة فردية تتطلب بحثاً مسبقاً عن القانون الواجب التطبيق عليها» (٣) . ولذلك أيضاً فتكاد تختفي ظاهرة التمثل المصاحبة لصفة الاستمرار في القانون ، على نحو تبرز معه بوضوح مشكلة الجهل بالقانون كمشكلة واقعية تتنافى مع افتراض العلم بالقانون وتتطلب العلاج السريع .

وقد سار جانب من الفقه في اتجاه تطويع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ذاته لاعتبارات الواقع ، عن طريق السماح للأفراد بالاستناد إلى جهلهم هذا القانون أو ذاك لاستبعاد تطبيقه عليهم . ولكن هذا الفقه ظل عاجزاً عن تقديم معيار منضبط لما يجوز وما لا يجوز الاحتجاج بجهله أمام خلو النظرية القانونية من أدوات دقيقة للتحليل تتجاوز تقسيم قواعد

J. Carbonnier, op. cit., p. 115.

F. Terré, op. cit., p. 109.

J. Carbonnier, op. cit., p. 115.

(١)

(٢)

(٣)

القانون إلى قواعد أمرة وقواعد مفسرة أو مكملة ، وتمكن من ضبط الماييزة في الحلول . لذلك فقد سار جانب آخر من الفقه في طريق تطوير الواقع للمبدأ المذكور ، عن طريق اقتراح الحلول الكفيلة بتحقيق مزيد من العلم الفعلي بأحكام القانون ، سواء باشارك المعنيين بها في صياغتها أو تطوير وسائل الاعلام بها بالاستعانة بما حققته الثورة الصناعية من تقدم في وسائل الاعلام (١) . ولكن هذا الاتجاه يصطدم هو الآخر بطبيعة القانون كظاهرة نسبية يستعصى العلم الكامل والدائم بها حتى على المتخصصين .

ولعل في استحالة التوصل إلى حلول مقبولة لمشكلة الجهل بالقانون في ظل هذين الاتجاهين المتصورين ما يوحى بأن المشكلة قد وضعت - تحت تأثير التصورات الايديولوجية للقانون - وضعاً غير صحيح ، يستحيل البحث معه - وانعائاً منه - عن حل مقبول لها . «اننا لا يجب أن نبالغ في الاضطراب الذي تحسه عامة الناس .. ازاء تغيرات القانون . فروح الشرعية التي بثتها تقنيات القرن الماضي تكمن وراء تصورات المدرسين غير المحايدة له . ذلك أن القانون يصور كما لو كان مجرد قواعد جامدة . ولكن القانون يفترض وجود الانسان ، وبصفة خاصة القاضي ، لامكان إعماله . فالقانون لا يكون ولا يكتسب قيمة الا بالانسان . ماذا يضير إذن أن تكون القواعد (القانونية) غير ثابتة أو غير قطعية إذا ما وفرنا القضاة العدول ؟ .. » (٢) :

٢ - امتناع الاحتجاج بجهل القانون :

٨ - ان افتراض العلم بالقانون ، المستمد من تمثيل المكلفين لأحكامه يؤدي إلى عدم جواز الاحتجاج بجهله للافلات من هذه الأحكام . وهذه

(١) أنظر في تفصيل ذلك :

F. Terré, op. cit., p. 110 et s., J. Carbonnier, Droit Civil, T.I, 1969, No 25, p. 104.

وأنظر كذلك : محمد وجدى عبد الصمد ، الجهل بالأحكام في التشريعة والقانون ، مجلة القضاة ، العدد السادس ، السنة الثالثة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٨٦ ، ١٥ .

J. Carbonnier, Flexible droit, op. cit., p. 117.

(٢)

النتيجة الثانية يبررها من ناحية أخرى أساس الزام القانون للمكلفين . فالزام القانون للمكلفين يستند إلى ما لإرادتهم – التي يتمثل فيها القانون – من سلطان . ومن هنا كان اطلاق مبدأ عدم جواز الاحتجاج بجهل القانون باعتباره نتيجة منطقية لفكرة القانون ذاتها .

ومع ذلك ، فرغم التأكيد المستمر في الفقه على اطلاق المبدأ المذكور ، فإن تطور الحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون – على الأقل في نطاق الأحكام المدنية – لا يتفق مع هذا الاطلاق . فرغم ان القضاء ما زال يرفض في اصرار استبعاد تطبيق القانون عند ثبوت الجهل الفعلي بأحكامه ، الا أن الغلط في القانون صار يؤدي إلى ذات الآثار التي يؤدي إليها الغلط في الواقع ، كلما امكن ستره وراء فكرة أخرى من الأفكار التي تجد مكاناً «شرعياً» لها في القانون .

فبدأ الغلط الشائع يولد الحق يجد قبولاً واضحاً في القانون الحديث . وقد استند القضاء إلى هذا المبدأ لتوليد حقوق لا يعترف بها القانون أصلاً ، حتى في حالة كون هذا الغلط غلطاً في القانون وليس مجرد غلط في الواقع . وقد تمثل الاعتداد بالغلط الشائع في القانون في صورة اعتراف القضاء بنقضه السابق في تفسير القانون عند عدوله عن هذا التفسير إلى تفسير آخر مخالف (1) . فالقضاء – في هذه الصورة – يعتد بغلط المكلف الناشئ عن اعتقاده بأن حكم القانون الصحيح هو ما يقول به التفسير القديم . بل ان التشريع ذاته يعتد بالغلط الشائع – دون تمييز بين الغلط في الواقع والغلط في القانون – عندما يجعل التصرف نافذاً استناداً إلى هذا الغلط وخلافاً للأصل من عدم نفاذه ، كما هو الحال في النيابة الظاهرة .

وبالمثل ففكرة حسن النية تلعب دوراً كبيراً في اكتساب الحقوق العينية في القانون الوضعي . وقد وصل القضاء في بعض تطبيقاته إلى الاعتداد

H. Mazeaud, La maxime "Error connunis facit jus", R.T.D. C., (1) 1924, p. 945 et s.

بحسن النية الناشئة عن الغلط في القانون (١) . فرغم رفض القضاء الاعتراف بحسن النية المذكور لقرار اكتساب الملكية بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز أو اكتساب الثمار بالقبض ، إلا أنه قد عدل عن موقفه في هذه الصورة الأخيرة فاعتبر الغلط في القانون كاف لقيام حسن النية اللازم لاكتساب الثمار بالقبض (٢) .

على أن الغلط في القانون قد أصبح كافياً بذاته - دون الاستتار وراء فكرة أخرى - للتأثير على صحة التصرف القانوني ، من خلال فكرة عيوب الإرادة . فقد استنبط الفقه والقضاء الفرنسي من اقتصار المشرع على استبعاد الغلط في القانون من أسباب إبطال عقد الصلح ، اعتداده به في غير ذلك من التصرفات القانونية ، ثم جاء المشرع المصري فنص في المادة ١٢٢ من القانون المدني على أنه «يكون العقد باطلاً للغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع .. ما لم يقض القانون بغيره» . حقاً يقال تفسيراً لهذه القاعدة أن الأمر لا يتعلق باستثناء على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون - ما دام الأمر لا يصل إلى استبعاد القاعدة التي وقع فيها الغلط - وإنما بالاعتداد بواقع معين هو تعيب الإرادة، أو بالاعتداد بغلط في الواقع ترتب على الغلط في القانون (٣) . ولكن الاعتداد بهذا الواقع - أو بهذا الغلط في الواقع - يتضمن اعتداداً بالغلط في القانون الذي أدى إلى خلقه ، ومن ثم يتضمن على أي حال حداً من دائرة تأثير مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (٤) .

٩ - كذلك فقد تجاوز القضاء فكرة الغلط في القانون إلى الاعتداد الصريح بالجهل ببعض أحكامه . ويبدو ذلك بوضوح من متابعة موقف

F. Terré, op. cit., p. 101.

(١)

Cass. Civ., 11 janvier 1887, S. 1887.1. 225.

(٢)

Boulangier, Encycl. jur. Dall, Rép. de droit civil, V^o

(٣)

Erreur, N^o 41.

Houin, note, J.C.P., 1944. 11. 2649, sous cass. civ., 32 février 1943 (٤)

القضاء من ضمان البائع لحقوق الارتفاق القانونية . فقد جرى القضاء طويلاً على اعطاء الارتفاقات القانونية حكم الارتفاقات الظاهرة من حيث عدم التزام البائع بالاعلان عنها ، وعدم قيام الضمان بصدها تبعاً لذلك ، استناداً إلى افراض علم المشتري بها باعتبارها مقررة بحكم القانون (١) . ولكن محكمة النقض الفرنسية قد انتهت مؤخراً إلى تقرير ضمان البائع للارتفاقات الناشئة عن خط التنظيم (٢) ، ثم لكل ارتفاق قانوني لا يكون نتيجة طبيعية للملكية (٣) ، لتصل في النهاية إلى الاعتراف بأن الارتفاقات القانونية التي لا يضمنها البائع بالرغم من عدم ظهورها هي تلك الارتفاقات الناشئة عن الوضع العادي للملكية ، لا الاعباء الاستثنائية «التي لا تمكن حالة الاماكن المشتري من التفكير فيها» (٤) . ولا شك ان في هذا القضاء تسليم بأن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في تصوره المطلق وفي نتائج العملية ليس قادراً على حل مشكلة ضمان حقوق الارتفاق القانونية . «ان تشبيه الارتفاقات القانونية بالارتفاقات الظاهرة لم يعد من مطلقات زماننا . ان القانون المعاصر قد صار معقداً وتحكيمياً لدرجة أن أصبح من المعقول «تخفيض» القرينة (على ظهور الارتفاق القانوني) إلى الحد الأدنى» . وعلى هذا النحو يتضح بجلاء ان الحلول العملية التي يملها جهل المخاطب

(١) Cass. req. 20 février 1856, D.P., 1856 . 1. 2917.

(٢) Cass. 1^o Sect. civ., 13 juillet 1954, Bull. civ., 1954. 211 (cité par F. Terré, op. cit., p. 166, note 2).

(٣) Cass., 1^o sect. civ., 21 février 1956, D. 1956. 285, J.C.P., 1956. II, 9200, note Blin.

(٤) Cass., 1^o sect. civ., 15 octobre 1963. D. 1963, 715.

وأنظر في تأييد هذا القضاء في مصر : توفيق حسن فرج ، عقد البيع ، ١٩٦٩ ، بند

(٥) J. Carbonnier, obs. R.T.D.C., 1956, 555, sur Cass. 1^o sect. civ. 21 février 1956. précité.

وقارن :

Bernard Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris, 1964, p. 199.

بالقانون بأحكامه لم يعد من الممكن الاكتفاء باسنادها إلى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ولكم إذا كان الأمر كذلك فإن التساؤل ما زال يثور عن كيفية تخريج هذه الحلول في ظل قيام هذا المبدأ .

٣ - اطلاق عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من حيث المكلفين :

١٠ - يمثل ما أطلقت الفلسفة الفردية من تصور لها أساس القانون فكرتي افتراض العلم بالقانون وامتناع الاعتذار بجهله ، فقد اطلقت من هذا الأساس مفهومها لفكرة المساواة بين الأفراد . ولذلك كانت هذه المساواة مجرد مساواة شكلية أمام القانون لا تلتفت كثيراً إلى «المسافات» المختلفة التي تمايز المكلفين ، اجتماعية كانت أو اقتصادية . ومن هنا فقد جاء إعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إعمالاً «ميكانيكياً» مجرداً لا يقف عند اختلاف ظروف المكلفين .

ولم يعد بخاف مدى ما تؤدي إليه هذه المساواة الشكلية أمام القانون من اقرار النظام القانوني لعدم المساواة الفعلية بين الأفراد وحماية لمراكز البعض المتميز منهم من الناحية الواقعية على حساب الآخرين . لذلك لم تصمد المساواة المذكورة طويلاً أمام التيارات الاجتماعية والفكرية التي ولدتها الثورة الصناعية .

والحق ان المساواة الشكلية لم يكن من المتصور لها أن تسود في مجال إعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ذلك ان هذه المساواة في المجال المذكور لا تقف عند اغفال «المسافة» الاجتماعية والاقتصادية بين المكلفين ، وانما تتجاوز ذلك إلى اغفال ما يفصل بينهم من مسافة جغرافية أو ذهنية . ولذلك فقد ظهرت آثار الاختلاف في هذا الصدد في تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون حتى من قبل أن تحدث التيارات الاجتماعية والفكرية السابق الإشارة إليها أثرها في إعادة تشكيل فكرة المساواة بين الأفراد تشكيلاً يدخل في الاعتبار اختلاف قواهم الاجتماعية والاقتصادية . فن ناحية أولى لا يقتصر نطاق تطبيق القانون

على اقليم الدولة ، وانما يمتد في كثير من الأحيان إلى خارج حدوده اعمالاً لقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص . ومن الواضح أن منطق المساواة الشكلية أمام مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يفضي إلى التسوية في هذا الصدد بين من يتواجد خارج اقليم الدولة ومن يتواجد داخل هذا الاقليم . ولكن هذا المنطق لا يمكن ان نحفي أو يزيل اختلاف المسافة الجغرافية بين المكلفين . ولذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية تذهب منذ وقت مبكر إلى أن «النصوص المتعلقة بتنفيذ ونشر القانون في الاقليم الفرنسي لا تطبق عند تحديد التاريخ الذي يعتبر فيه المواطن الفرنسي الموجود بالخارج عالماً بالقانون ومن ثم فالقاضي - أمام سكوت القانون - عليه أن يحدد هذا التاريخ في ضوء الظروف التي من بينها وصول الجريدة الرسمية» (١) إلى البلد الذي يكون متواجداً فيه . وهكذا لم تجد المحكمة المذكورة بدءاً من ترك الحرية لقاضي الموضوع في تقدير ظروف المكلف الموجود خارج حدود اقليم الدولة عند تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون .

ومن ناحية أخرى فبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون لا يقتصر أثره - فيما يجري عليه الفقه - على الأفراد في تكليفهم باحترامه وانما يمتد إلى القاضي في تكليفه بتطبيقه (٢) . ومع ذلك فاختلاف وجه التكليف بين الأفراد العاديين وبين القاضي من شأنه أن يغير بالضرورة من النتائج التي يمكن ترتيبها على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في الحالتين . فبالنسبة لمحكمة النقض يلاحظ ان وظيفتها في كفالة التطبيق السليم للقانون من ناحية ونظام عملها الذي يؤدي إلى عدم التزام كل دائرة فيها بقضاء غيرها من الدوائر أو بقضائها السابق من ناحية أخرى ، من شأنه أن يؤدي إلى جعل كل قضاء جديد منها مخالف لقضاء سابق لها لا بمثابة اقرار بغلط في القانون سبق وقوعه وانما بمثابة «تعديل» للقانون على نحو لا يتصور معه أعمال النتائج

(١) Cass. civ. 22 Juin 1891, D.P., 1891. 1.353, concl.
Dejardine, S., 1891 .1. 289.

(٢) J. Carbonnier, Droit civil, T.1, op. cit., N° 25, p. 104.

المعروفة لمبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للمشرع عندما يصدر قانوناً متعارضاً مع قانون سابق ، فيعتبر القانون الأخير بمثابة تعديل للأول (١) .

أما بالنسبة لقضاء المحاكم الأدنى فالوضع مختلف نتيجة قيام رقابة محكمة النقض عليها في تطبيقها للقانون ، بما يؤدي إلى نقض الأحكام التي ترى فيها هذه الأخيرة غلطاً في القانون أو جهلابه . ومع ذلك فمحكمة النقض تنفادي نقض الحكم الذي يستند إلى أسباب غير صحيحة كلما أمكن اسناد منطوقه إلى أسباب جديدة صحيحة (٢) . ولذلك فالمحكمة في الوقت الذي تبدو فيه «بالغة التشدد مع الكافة (في أعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون) .. لا تحشى الاتهام بالبعد عن المنطق وبالعموية عندما تتساهل مع القضاة رغم تفرسهم بعلم القانون» ، على نحو أثار دهشة فقه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (٣) .

على أن مسألة جهل القاضي بالقانون قد عرضت من زاوية أخرى هي زاوية مسئولية عن الخطأ في تطبيق القانون . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في ذلك بأن مجلس القضاء الأعلى «لا يختص من وجهة النظر التأديبية إلا بالوقائع التي تمس اللياقة أو شرف القاضي واعتباره وأن الغلط في القانون لا يمكن أن يكتسب هذه الصفة» (٤) . كذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القاضي لا يمكن مطالبته بالتعويض إلا عن طريق

(١) أنظر في ذلك :

F. Terré op. cit., p. 95; Les antinomies en droit, Etudes publiés par Ch. Perelman, 1965, notamment les rapports de Mrs. P. Fournier (p. 20 et s.) et L. Silence (p. 63 et s.).

F. Terré, op. cit. p. 96. (٢)

Descoust, L'erreur de droit, Thèse, Paris, 1917, p. 153 (٣)
(Cité par F. Terré, op. cit., p. 96).

Cass. Ch. réun., 28 avril 1898, S. 1899. 1.385. (٤)

المخاصمة ، وفي حالة الانحراف عن واجبات الوظيفة أو إساءة استعمالها ، لأن ما يصدر عنه اثناء عمله يعتبر استعمالاً لحق ترك له سلطة التقدير فيه (١) .

ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تقرير مبدأ مسئولية الموثقين عن نتائج خطئهم في القانون (٢) خلافاً لما رأيناه بالنسبة للقضاة ثم قامت من بعد بتحديد نطاق هذه المسئولية باشرطها الا يكون الغلط في القانون «في نقطة مشكوك فيها وقابلة للخلاف» (٣) . وقد رأى البعض في هذا القضاء اتجاهاً إلى الاعتداد بمدى قدرة كل مكلف على الاحاطة بمفهوم قواعد القانون (٤) . ولكن إذا كان الأمر كذلك فلماذا يكون الاعتداد بمدى قدرة المكلف مع من يمتن القانون ولا يكون مع الفرد العادي المخاطب بأحكامه ؟ وماذا يكون بعد ذلك موقع فكرة المساواة من مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون ؟

٤ - اطلاق عدم جواز الاحتجاج بجهل القانون من حيث الاحكام :

١١ - أدت الفلسفة الفردية فيما أدت اليه إلى سيطرة روح الشرعية القانونية على نحو ما عبرت عنه تقنينات القرن الماضي . فالتشريع باعتباره تعبيراً عن الارادة العامة يعتبر المصدر الرسمي الوحيد للقانون وتختلف معاملته اختلافاً تاماً عن معاملة المصادر الأخرى التي تعتبر مجرد مصادر تفسيرية . وبذلك فافتراض العلم بالقانون وامتناع الاحتجاج بجهله - بما يفترضانه من اختلاف معاملة القانون عن معاملة الواقع - كلاهما ينصرف إلى جميع قواعد القانون باعتبارها جميعاً نتاجاً لمصدر واحد هو التشريع .

(١) نقض مدني ٢٩/٣/١٩٦٢ ، مجموعة النقض ، س ١٣ ، ورقم ٥٦ ، ص ٢٣٠

(٢) أنظر في تفصيل هذا القضاء :

F. Terré, op. cit., p. 97.

(٣) Cas. s. req. 12 février 1883, D.D., 1884. 1.255; Cass. Civ., 18 Juin 1918, D.P., 1922. 1.199.

F. Terré, op. cit., p. 98.

(٤)

ولم يعد يخاف ما في هذا الاطلاق من تجاهل لما يواجه حياة القانون في مختلف المجتمعات والازمان من حاجة إلى التطوير والتطويع المستمر لمقتضيات الحياة المتجددة وحاجة إلى ملء الثغرات التي يكشف عنها تجدد هذه الحياة ، وما فيه من تجاهل لنسبية القوة الملزمة للقانون في المكان والزمان (١).

١٢ - فقد أجبرت الحاجات المشار إليها إلى الاعتراف بالعرف مصدراً رسمياً للقانون بجانب التشريع . ولكن اعتبارات المنطق الشكلية قد فرضت قياسه على التشريع فيما يتعلق بالنظام الذي يخضع له من حيث افتراض العلم به وقوته الملزمة وما يتبع ذلك من اطلاق وعموم مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهله (٢). ولكن الواقع لم يلبث أن كشف عن استحالة مثل هذا القياس . فاذا كان العرف القديم المتمثل في المبادئ العامة لا يثير صعوبة في تطبيق نظام التشريع عليه ، فان هذه الصعوبة تظهر - وتزايد - فيما وراء هذه المبادئ . فالاعراف التي كثيراً ما تشير إليها القواعد المكتملة (٣) رغم أنها تعامل كقاعدة عامة معاملة التشريع - باعتبارها امتداد له (٤) - إلا أنه من المسلم به ان للقاضي حرية طلب اثباتها من الخصوم (٥) . أما الاعراف «ذات الأصل الشعبي» فلا يقتصر أمر اختلافها عن التشريع

(١) ثروت أنيس الايسوطي ، المقال السابق .

(٢) أنظر في هذا النظام : حسن كبره ، المرجع السابق ، بند ١٥٢ ،

Michel Pedamon, Y-a-t-il lieu de distinguer les usage, et les coutumes en droit commercial ?, R.T.D. Com., 1959, N° 22 et s.; Jaque, Normand, Le Juge et le litige, Paris, 1965, N° 216 et s.

(٣) أنظر على سبيل المثال المواد ٩٥ ، ٩٨ ، ١٤٨ ، ٤٢٢ ، ٤٤٨ ، ٤٥٨ ، من القانون-

المدني .

(٤) في هذا المعنى :

F. Terré, op. cit., p. 121.

(٥) حسن كبره ، المرجع السابق ، بند ١٥٢ ؛

Cass. civ., 19 juin, 1933, S., 1933. 1.382.

على امكان القاضى طلب اثباتها وانما يتجاوز ذلك إلى عدم قيام محكمة
النقض بالرقابة على تطبيقها (١) .

وأما العادات الاتفاقية فننحسر عنها كل عناصر النظام الذى يخضع
له التشريع ، بزوال التزام القاضى بتطبيقها من تلقاء نفسه على ، نحو تبدو
معه هذه العادات فى نظر الفقه والقضاء مجرد عنصر من عناصر الواقع
يأخذ حكم الشروط الاتفاقية (٢) . ومع ذلك فما لا شك فيه ان العادات
الاتفاقية تخرج عن ذات الطريق الذى يخرج عنه العرف وتحمل مثله « محتوى
تفصيلاً » . وهى فوق ذلك تقوم بدور تكملة العقد مثلها فى ذلك مثل القواعد
المكتملة (٣) . لذلك فقد يكون فى القول بأن العادة الاتفاقية مجرد واقع
مجازة للحقيقة . (٤) وعلى هذا النحو فقد قضت محكمة النقض الفرنسية
بأن للقاضى سلطة اثبات عادة تجارية من تلقاء نفسه وتأسيس حكمه عليها (٥) :
ومن الواضح ان اثبات هذه السلطة للقاضى لا يستجيب إلى اعتبار العادات
الاتفاقية مجرد عنصر من عناصر الواقع .

كذلك فقد أجبرت الحاجات المتقدمة القضاء على التصدى لتطويع
النصوص التشريعية الجامدة لحركة الحياة الدائمة ، (٦) فظهرت على هامش
هذه النصوص حلول جديدة لم تكن لتخطر على بال المشرع وقت وضعه لها .
والذلك فأيا كان النظر للقضاء — وسواء اعتبرناه مصدرأ تفسيرياً أو اعتبرناه

(١) Cass. Civ. 10 Janvier 1928, D.P. 1929. 1. 126.

(٢) حسن كبره ، المرجع السابق ، بند ١٥١ و ١٥٢ . وأنظر : نقض ١٢/٤/١٩٦٤ ،
مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ١٥ ، رقم ٨٠ ، ص ٤٩٩ ، نقض ٣/١٢/١٩٦٤ ،
مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٥ ، رقم ١٦٣ ، ١١٢٠ .

(٣) Jaques Normand, op. cit., No. 216 et la bibliographie cité
p. 206, note 267.

(٤) فى هذا المعنى :

F. Terré, op. cit., p. 121.

(٥) Cass. req., 22 déc. 1902, D.P., 1903. 1. 149; J. Normand,
op. cit., p. 208.

(٦) ثروت الأسيوطى ، المقال السابق .

مصدرراً رسمياً - فلا شك انه لم يعد بمستطاع معرفة الأحكام التفصيلية التي يتضمنها نص من نصوص القانون أو الوقائع التي تخضع لكل حكم منها دون الرجوع إلى القضاء (١). ولذلك أيضاً يثور التساؤل عما إذا كان من الممكن معاملة القضاء ذات المعاملة التي يلقاها التشريع من حيث افتراض العلم به ومن حيث قوته الملزمة وعدم امكان الاعتذار بجهله رغم ما في الاحاطة به من صعوبة منشؤها عدم نشره نشرأ رسمياً منتظماً وخضوعه للتغيير المستمر. وقد سبق أن اشرنا إلى أن القضاء (كسلطة) ينزل تغير القضاء (كمصدر رسمي أو تفسيري) من حيث عدم امكان توقعه مسبقاً منزلة الوضع الظاهر ويرتب مايرتبه على الأوضاع الظاهرة من القدرة على توليد آثار مخالفة لمقتضى النصوص (٢).

١٣ - على أن فساد المعاملة الموحدة لقواعد القانون تجاه مبدأ عدم امكان الاعتذار بجهله، لا يقتصر على مجال القواعد غير التشريعية وإنما يمتد كذلك إلى القواعد التشريعية ذاتها عند تحديد قوتها الملزمة في المكان والزمان على حد سواء.

فقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالتنازع المكاني تسمح ، كما هو معروف ، بتطبيق القانون الأجنبي . وسواء قلنا ان القانون الأجنبي يحتفظ بقوته الملزمة ، الثابتة أصلاً ، عند تطبيقه بواسطة القاضى الوطنى أو يستعيدها عن طريق إعمال القاضى الوطنى له ، فقد أصبح من المسلم به التزام المتقاضى الذى يتمسك بقانون اجنبى باثبات مضمونه . وقد حدا ذلك بجانب كبير من الفقه والقضاء إلى القول بأن القانون الأجنبي لا يعتبر - عند تطبيقه بواسطة القاضى الوطنى - قانوناً وإنما يعتبر مجرد عنصر من عناصر الواقع (٣) .

(١) فى الدور الانشأى للقضاء ، أنظر :

J. Normand, op. cit., No. 19; J. Carbonnier, Droit Civil, T.I, op. cit., No. 4 et s., p. 23 et s.

(٢) ما سبق ، بند ٨ .

(٣) أنظر فى ذلك بالتفصيل : هشام على صادق ، تنازع القوانين ، طبعة ثانية ، بند ٦٤ وما بعده . وأنظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٥٥/٧/٧٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٦ ص ١٣٤٧ ؛ نقض ١٩٧٠/٤/٢٤ (مشار إليه فى : محمد وجدى عبد الصمد ، المقال السابق ص ٢٥٩ هـ ٤) .

وغنى عن البيان ما فى هذا القول من افتراض مخالف للحقيقة . ولذلك فرغم التزام المتقاضى باثبات القانون الأجنبى الذى يتمسك به الا أن معاملة هذا القانون أمام القاضى الوطنى تظل مع ذلك متميزة عن معاملة الوقائع . فمن المسلم به أن للقاضى كامل الحرية فى البحث عن القانون الأجنبى ، حرية لا يتمتع بها بالنسبة للوقائع (١) . ومن المسلم به كذلك ان القاضى الوطنى لا يستطيع أن يرفض الدعوى عند عدم ثبوت مضمون القانون الأجنبى أمامه وخلافاً لما هو متبع عند عدم ثبوت الوقائع المدعاة (٢) .

ولكن إذا كان القانون الأجنبى يحتفظ بصفته القانونية عند إعمال القاضى الوطنى له - رغم التزام المتقاضى الذى يتمسك به باثبات مضمونه - فهل معنى ذلك جواز اعتذار القاضى - والخصوص من باب أولى - بجهل القانون الأجنبى ؟ هذا ما يبدو من قول احد الفقهاء تعليقاً على حكم (LIZARDI) الشهير : «إذا كان جهل القانون الأجنبى يمكن أن يكون مشروعاً فمرجع ذلك أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ينطبق فحسب فى فرنسا وعلى القانون الفرنسى» (٣) .

كذلك فقواعد حل التنازع بين القوانين فى الزمان تؤدى أحياناً إلى إخضاع المراكز العقدية للقانون القديم رغم جريان هذه المراكز فى النطاق الزمنى لأعمال القانون الجديد . ومن الواضح أن اطلاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من حيث انسحابه إلى جميع قواعد القانون يؤدى إلى وجوب معاملة القانون القديم ذات المعاملة التى يلقاها القانون الجديد . غير أن مثل هذا الحل لا يمكن اسناده إلى فكرة القوة الملزمة للقانون كما تتصورها النظرية القانونية التقليدية . ذلك ان دخول القانون

(١) Motulesky L'office du juge et la loi étrangère, Mélanges Maury, T. 1, 1960, No. 46 et s.

(٢) المقال السابق .

(٣) H. Battifol, Droit international privé, T. 11, 5^o éd. 1971 No. 491 p. 112.

الجديد حيز التطبيق معناه اكتسابه الصفة الملزمة بما يسحب مثل هذه الصفة من القانون القديم الملغى ، فكيف يمكن اذن تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بصدد قانون زالت عنه الصفة الملزمة (١) ؟ وإذا لم يكن ذلك ممكناً فهل يعتبر القانون القديم عند تطبيقه على المراكز الجارية في ظل القانون الجديد مجرد عنصر من عناصر الواقع ؟ وإذا ما قيل بذلك فهل يستجيب هذا القول إلى بقاء القانون القديم أداة لتقييم المراكز المذكورة حتى في ظل القانون الجديد ؟

الطلب الثاني

فكرة القاعدة القانونية والتصور النظري لمشكلة الجهل بالقانون

١٤ - رأينا كيف ان التصور الشكلي للبيان القانوني يواجه مشكلة الجهل بالقانون انبعثاً من المفترضات المثالية التي يقوم عليها ، كما رأينا كيف ان هذه المفترضات لا تستجيب إلى حقيقة القانون كأداة للضبط الاجتماعي ولا تعبر بالتالي عن حقيقة الحلول الوضعية لمشكلة الجهل بالقانون.. غير أن الفقه ما يزال رغم ذلك متمسكاً بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون كحل وحيد مطلق لهذه المشكلة ، متجاهلاً حلولها الوضعية ، أو في الأقل قاصراً جهده على محاولة إيجاد مخرج جانبية لهذه الحلول تخفى تناقضها مع المبدأ المذكور . وهذا الموقف الفقهي يدعونا إلى محاولة البحث عن العقبة التي تقعد بالفقه عن الوصول إلى تصور نظري جديد لمشكلة الجهل بالقانون يتزجم نسبية حلولها الوضعية ، وتقف به عند اطلاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، رغم انهيار المفترضات المثالية التي يقوم عليها وتجاوز الحلول المنطقية التي يؤدي إليها .

والواقع ان هذه العقبة تكمن في الجانب الآخر من النظرية القانونية التقليدية : جانب الصياغة الفنية . فهذه النظرية تجعل من القانون مجموعة

Patrice Lével, Essai sur les conflits de lois dans le temps, (١)
Paris, 1959, No. 160—164, et note 94 p. 288.

من القواعد القانونية ، موحدة الصياغة نموذجية قالب ، تراس في انتظام وتناسق ، وتتألف كل منها من نمط للسلوك الاجتماعي يتميز بخاصة الالتزام وجزء ماى تمثل فيه خاصة الالتزام المذكورة .

موضوع القانون وفكرة النمط السلوكى :

١٥ - والنظر إلى القانون كأنماط للسلوك على هذا النحو يؤدى منطقاً إلى القول بأن خطابه لا يتوجه إلا لمن يعلم بمضمون هذا الخطاب ، حتى يكون من المتصور عقلاً أن يشكل سلوكه وفقاً له . أما النظر إلى الالتزام كخاصة من خواص النمط السلوكى الذى يضعه القانون فيؤدى على العكس من ذلك إلى التسليم بأن هذا الالتزام يرتبط بوجود القانون ذاته وليس بعنصر خارجى عنه كالعلم به ، على نحو ينصرف معه خطاب القانون إلى الجميع من يعلم بمضمون هذا الخطاب ومن لا يعلم به . ولذلك كان المخرج من نتائج هذا التناقض الداخلى فى التصور التقليدى للظاهرة القانونية عن طريق افتراض العلم بالقانون افتراضاً عاماً ومطلقاً ، حتى يستقيم توجيه خطاب القانون إلى الجميع دون بحث فى علمهم أو عدم علمهم وحتى يمكن التوفيق - ولو عن طريق الافتراض - بين النتائج المتعارضة . لذلك نجد الفقه الغالب يؤسس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على وجود قرينة قانونية على علم الافراد به .

ومن الواضح ما فى هذا القول من اخراج لفكرة القرينة القانونية عن مدلولها الأسمى ، إذ القرينة القانونية « تقوم على حمل الأمر المشكوك محل الغالب والمألوف فى العمل بشأنه ، وليس الغالب فى العمل ولا المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية » (١) ، كما سبق أن رأينا . ولذلك ففكرة القرينة القانونية تعتبر مجرد «مهرب» لا يستجيب إلى اعتبار القانون دائماً وأبداً قواعد سلوك الاستجابة «نفسية» أو «نظرية» محضة ، وتنحاز انحيازاً حقيقياً وكاملاً إلى اعتبار الالتزام خاصة من خواص القانون ترتبط بوجوده دون نظر إلى ما يعتبر خارجاً عن ذاته كالعلم بمضمونه .

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٧٣ .

والحقيقة ان الدراسات العلمية الحديثة للظاهرة القانونية قد كشفت عن فساد «تخفيض» مضمون القانون إلى مجرد انماط للسلوك الانساني تعين ما هو واجب وما هو ممنوع وما هو مباح منه . فكثير من قواعد القانون لا تتولى مباشرة وضع انماط للسلوك بقدر ما تتولى تقرير أو تنظيم وضع من الأوضاع على نحو يكون معه موضوعها المباشر هو هذا التنظيم أو التقرير (١) ، وبحيث يكون النمط السلوكي الذي يتأتى عن هذا التنظيم أو التقرير نتيجة له وليس موضوعاً مباشراً للقانون . فالقاعدة التي تحدد سن الرشد باحدى وعشرين سنة مثلاً ليس موضوعها المباشر هو السلوك الانساني وانما مجرد اثبات سلطة من يبلغ هذه السن في اجراء التصرفات القانونية الصحيحة ، بحيث لا تظهر مواجهتها للسلوك الا في المرتبة الثانية وكنتيجة مرتبة على ما تقرره القاعدة المذكورة ، عندما يواجه الأفراد الاستفادة من هذه القاعدة . وبالمثل فالقواعد التي تقرر حقوق الحمل المستكن ليس موضوعها المباشر هو السلوك الانساني وانما تقرير هذه الحقوق في ذاته . ولذلك ينبه البعض إلى ضرورة التمييز بين الانسان كموضوع للقاعدة القانونية ، وبين الانسان كستخدم لها أو مستفيد منها (٢) . كذلك فكثير من القواعد يكون مضمونها من العمومية والتجريد بحيث لا يمكن أن نستخلص منه أنماطاً محددة للسلوك بطريق مباشر ، كما هو الحال في المبادئ العامة للقانون مثلاً (٣) . لذلك يكون من الصعب القول بأن هذه القواعد تتناول بذاتها تشكيل السلوك الاجتماعي . على أن ذلك لا ينفي بالطبع أن كثيراً من قواعد القانون تتولى بطريق مباشر تحديد انماط للسلوك الاجتماعي ، فتعين ما هو واجب وما هو ممنوع وما هو مباح منه . ولكن التأمل في الأمر يكشف عن أن مثل هذه القواعد التي يكون موضوعها المباشر تحديد انماط السلوك لا تواجه هذه الانماط

(١) دي لوجو ، المرجع السابق .

(٢) Paul Amselek, Méthode phénoménologique et théorie du droit, Paris, 1964, p. 247.

(٣) أنظر هذه الأمثلة لدى :

Paul, Amselek, op. cit., p. 237 et s.

على نحو مجرد وإنما تواجهها في اطار المواقف الاجتماعية والانسانية المختلفة ،
مواجهة تربط النمط السلوكي بالظروف المتغيرة التي يتواجد فيها الانسان ،
على نحو يتجاوز معه مضمون القاعدة تعريف النمط السلوكي إلى تحديد
شروطه وأسبابه ودوافعه (١) .

ومن الواضح ان التسليم بعدم اقتصار موضوع القانون على تعريف
أنماط السلوك الواجب على النحو المتقدم من شأنه أن يغير من وضع مشكلة
الجهل بالقانون تغييراً قد يقلب مفهومها رأساً على عقب . ولذلك فوضع
المشكلة على أساس من هذا التصور الواقعي لموضوع القانون يعتبر نقطة
البداية في أى بحث جدى عن التصوير النظرى لها .

موضوع القانون وفكرة الجزاء :

١٦ - أما النظر إلى الجزاء - سواء أكان جزءاً مادياً بالمعنى الدقيق
أم كان مجرد اجبار على الانصياع لما تمليه القاعدة القانونية - كعنصر
من عناصر القاعدة القانونية تتمثل فيه خاصة الالتزام التي لهذه القاعدة ،
فهو في الواقع نتيجة منطقية للنظر إلى القانون كجزء انماط للسلوك الاجتماعي (٢).
فهذه الانماط باعتبارها انماطاً لسلوك الانسان الذي يتمتع بحرية الاختيار
لا يمكن أن يكون لها من الحتمية في تحديد هذا السلوك ما للقوانين الطبيعية .
ولذلك فتشكيل السلوك المذكور وفقاً لهذه الأنماط لا بد أن يكون بالضرورة
رهيناً بالوعد أو الوعيد . غير أن التسليم بتجاوز موضوع القانون تحديد
أنماط السلوك من شأنه أن يؤدي إلى عدم ربط وجود القانون بتوافر الجزاء ،
على نحو يكون معه من المتصور وجود قواعد قانونية لا يقوم على كفالة
احترامها بالضرورة جزءاً مادى معين .

(١) في هذا المعنى :

Paul Amssek, op. cit., d. 247 et s.

Paul Amssek, op. cit., p. 221 et s.; Maurice Bouvier Ajam, Le (٢)
matérialism historique dans l'étude du droit, Paris, 1969, No. 9 et 10.

وعلى هذا النحو فقد كشفت الدراسات الحديثة عن أن الجزء المادى
— فى حالة توافره بالفعل — يعتبر أمراً خارجاً عن حقيقة القاعدة القانونية
ذاتها ومضافاً إليها . فالجزء من ناحية أولى يتمثل فى مجرد « أثر » معين
يحول القانون ذاته للقاضى ترتيبه بناء على تقييمه لسلوك المعروض عليه
وفقاً للقاعدة القانونية، فتقوم سلطات الدولة — بما يخولها القانون من وسائل
— بتحقيقه (١) . والقاضى فى قيامه بهذا الدور لا يعدو أن يكون موظفاً
مهمته اصدار قرار يعطيه القانون قوة النفاذ (٢) . والجزء من ناحية أخرى
لا يلحق بالقاعدة القانونية ذاتها وإنما يلحق بالأفراد الذين يأتون سلوكاً
مخالفاً لما تضعه من أنماط للسلوك الاجتماعى أو بسلوكهم المستقبل (٣) .

وعلى هذا النحو فان قوة الالتزام المصاحبة لوجود القاعدة القانونية —
وسواء توفر لها الجزء أو لم يتوفر — هى قوة ذاتية تكمن فى القاعدة ذاتها
ولا ترتبط بعناصر خارجة عنها . ولذلك فقوة الالتزام المذكورة ليست
« حقيقة » مستقلة وخارجة عن القاعدة وإنما مجرد « معنى » أو « علاقة منطقية »
تستخلص من فكرة القانون ذاتها ولا تتجاوزها إلى خارج تكوينها الداخلى
أو مفهومها (٤) .

ولعل التأمل فى بنى القواعد المدنية بصفة خاصة يكشف عن أن الجزء
لا يكاد يظهر فى هذه القواعد كعنصر خارج عنها ومضاف إليها . فنحن

(١) فى هذا المعنى ، أنظر :

J. Normand, op. cit., No. 20 et s.

Paul Amssek, op. cit., p. 221 et s. (٢)

(٣) المرجع السابق فى الموضوع السابق .

(٤) فى هذا المعنى : عبد الرحمن عياد ، الالتزام العقدى ١٩٧٢ ص ٤٣٢ ؛

Paul Amssek, op. cit., p. 275; Marty et Raynaud, Droit Civil,
Paris, T. 1, 1961, No. 34 et 35.

نتكلم مثلاً عن البطلان وعدم السريان والفسخ ، كما نتكلم عن التنفيذ العيني والتعويض وسقوط الحق ، باعتبارها جميعاً جزاءات مدنية ، على نحو يبدو الأمر معه كما لو كانت هذه الجزاءات مستقلة عن القواعد التي تقوم على كفالة احترامها . ولكن الأمر لا يعدو في الواقع أن يكون ربطاً متتابعاً بين أمور كل منها يؤدي للآخر في سلسلة متصلة ، على نحو يستحيل معه التوقف عند إحدى الحلقات للقول بأنها تمثل قاعدة السلوك وعند الأخرى للقول بأنها تمثل الجراء على مخالفة هذه القاعدة . فعدم مشروعية محل العقد أو سببه مثلاً ، ووجود عيب في الإرادة ، أو كون المعقود عليه غير مملوك للعاقدة في بعض الأحيان ، وعدم تنفيذ الالتزام ، يترتب عليها البطلان أو عدم السريان أو الفسخ أو التنفيذ العيني . وهذا الأمر أو ذلك قد يكون مانعاً من المطالبة بالمعقود عليه إذا لم يكن قد تم تسليمه ، أو شرطاً لاسترداده إذا ما كان قد سلم من قبل ، أو سبباً للمطالبة به . واستحالة الاسترداد أو استحالة المطالبة بالمعقود عليه - عند وجوب أي منهما - ترتب التعويض . ثم ان عدم المطالبة بالبطلان أو الرد أو التنفيذ العيني خلال مدة معينة قد يترتب عليها سقوط الحق فيه . وهكذا إلى ما لانهاية ، بحيث لا يمكن التمييز بين القاعدة والجزاء إلا في علاقة مرحلتين متتابعتين من هذه المراحل وبحيث يبدو الجزاء ك مجرد أثر معين يترتب على وضع سابق كما يبدو دور القاضي منحصرأ في مجرد استخلاص هذا الأثر وايداعه قراره .

وإذا كانت القاعدة القانونية ، على النحو السابق ، تستمد قوتها الملزمة من حقيقتها ذاتها ولجبردها كونها قاعدة قانونية ، فان المنطق يقتضي التسليم بأن إعمالها لا يتوقف بالضرورة على علم الأفراد بها (١) . آية ذلك أن القاعدة القانونية تطبق حتى في شأن من لا يعيها (٢) ، كما تطبق بأثر مباشر على التصرفات السابقة على نفاذها فيما تخلقه هذه التصرفات من أوضاع مستمرة

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق في الموضوع السابق .

Paul Amssek, op. cit., p. 236.

(٢)

يتجاوز استمرارها إلى النطاق الزمني للقاعدة القانونية الجديدة (١) .
ولذلك فيمكن القول بأن المنطق القانوني البحث يتلاءم تماماً مع مبدأ
جواز الاعتذار بجهل القانون كلما تحلف الجراء المادى - بالمعنى الدقيق -
كعنصر خارج عن ماهية القاعدة القانونية ومضاف إليها .

المبحث الثاني

الجهل بالاحكام المدنية والتصور الجدلى للبيان القانونى

١٧ - لعل أول ما يتبادر إلى الذهن من القول بتصوير جدلى للقانون
هو جدلية العلاقة بين القانون وبين البيان الاجتماعى ، بمعنى النظر إلى
القانون كعنصر من عناصر الحقيقة الاجتماعية الكلية يتأثر بعناصرها الأخرى
ويؤثر فيها (٤) . غير اننا نقصد بالتصور الجدلى فى هذا المجال المعاملة
الجدلية للظاهرة القانونية فى جانبها الفنى أو الصياغة الجدلية للادوات التى
التى يتوصل بها القانون إلى تحقيق وظيفته فى الضبط الاجتماعى . ولذلك
فهذا التصور لا يرد على العلاقة بين القانون وبين الحقيقة الاجتماعية الكلية
واما يرد على العلاقة بين الوحدات الأولية التى يتألف منها البيان القانونى ،
تلك العلاقة التى تشكل هذا البيان فى كليته .

والواقع ان مبعث ادخالنا الفكرة الجدلية فى الصياغة القانونية كمنطلق
لمعالجة مشكلة الجهل بالقانون هو ما سبق أن لاحظناه من ارتباط ضرورة
العلم بالقانون كشرط لقيام الخطاب فى حق الأفراد بفكرة انماط السلوك
التى يضعها القانون على وجه التحديد، وليس بفكرة القانون فى ذاته وعنصر
الالزام فيه . فهذا الارتباط يقتضى منا ايضاح مكان فكرة التكليف من البناء
القانونى ذاته ايضاحاً نستمد منه تصوراً لحل مشكلة الجهل بالقانون .

على أن هذا الارتباط ذاته من شأنه أن يمكن من التمييز بين مستويين

Paul Amselek, ap. cit., 236.

(١)

idem, p. 239.

(٢)

(٣) فى هذا المعنى :

Hossam M. ISSA, op. cit., p. 15 et s.

من مستويات «التجربة القانونية» التي يمكن أن يواجهها الفرد . فكل فرد يواجه القانون كمخاطب بأحكامه . ولكن الفرد قد يتخذ من العلم بالقانون مهنة فتنشأ بينه وبين القانون علاقة جديدة يغلب عليها الطابع المهني لا طابع التكليف . ولاشك ان ارتباط مشكلة الجهل بالقانون بفكرة التكليف إنما يكون في التجربة الأولى : تجربة الفرد كمخاطب بأحكام القانون . أما في التجربة الأخرى ، فمشكلة الجهل بالقانون إنما ترتبط في الواقع بأصول المهنة وواجباتها ، على نحو يمكن أن تأخذ معه حلولاً متميزة عن الحلول التي تأخذها في التجربة الأولى .

على هذا النحو فسوف نواجه هذا المبحث في مطالب ثلاث : نعرض فيها للتصور الجدلي للبيان القانوني ونطاق الاعتذار بجهل الأحكام المدنية ، ثم للاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة التكليف ، وأخيراً للاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة الواجب المهني .

المطلب الأول : التصور الجدلي للبيان القانوني ونطاق الاعتذار بجهل الأحكام المدنية .

المطلب الثاني : الاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة التكليف .

المطلب الثالث : الاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة الواجب المهني

المطلب الأول

التصور الجدلي للبيان القانوني ونطاق الاعتذار بجهل الأحكام المدنية

١٨ - يرجع فشل النظرية القانونية التقليدية - كما رأينا - في الامساك بحقيقة البيان القانوني بصفة عامة وفي اعطاء تصوير نظري متماسك لمشكلة الجهل بالقانون بصفة خاصة ، إلى نقطة البداية فيها وهي الايديولوجية المثالية التي كانت مسيطرة على الفكر الانساني ابان صياغتها . ولذلك لم يكن غريباً ان تجعل من علم القانون «عالملاً من الأفكار المغلقة» (١) ، تأتي من عل

(١) M. Villey, Marx et le droit romain, Publication de l'institut de droit romain, Paris, 1958 (cité par Hossam M. ISSA, op. cit., p. 3).

لتوجه الواقع القانوني دون نظر لمدى قابلية الواقع المذكور لمثل هذا التوجيه .

ولقد كان للماركسية وما أثارته من تيارات فكرية مختلفة فضل توجيه النظر إلى أن وجود القانون إنما يرتبط «بالوجود الانساني ، وعلاقاته الخلاقة بما يحيط به من معطيات» (١) ، وأن «تصرفات الانسان الفرد لا تكتسب معناها الا بنسبتها إلى غيره» (٢) من الأفراد . كذلك كان لهذه وتلك فضل كبير في توجيه النظر إلى العلاقة الجدلية التي تربط مختلف الظواهر الاجتماعية بما فيها ظاهرة القانون . غير أن مكتسبات العلم القانوني في هذا الشأن ما تزال بعيدة عن أن تجد طريقها إلى «المعاملة المنطقية» للظاهرة القانونية أو إلى الجانب الفني لهذه الظاهرة باعتباره احد فروع المعرفة القانونية . فالجانب الفني في القانون ما زال احتكراً للمنطق الشكلي بعيداً عن تناول المنهج الجدلي الحديث (٣) .

والواقع ان الصياغة القانونية ما كانت لتستعصى على المنهج الجدلي لولا أن ربط الفكر الماركسي الجدلي بين القانون ومختلف الظواهر الاجتماعية قد صاحبه «تخفيض» القانون إلى مجرد علاقات «لا تتميز عن العلاقات الاجتماعية الأخرى بكيان موضوعي مستقل» على نحو لا يتصور معه فصلها عنها واخضاعها - كظاهرة مستقلة - للدراسة العلمية (٤) . فلما تطور الفكر القانوني الماركسي نحو الاعتراف بالظاهرة القانونية ككيان موضوعي مستقل عن الروابط الاجتماعية - بما فيها الروابط القانونية -

NICOS Ar. Poulantzas, Nature des choses et droit, Essai sur (١) la dialectique du fait et de la valeur, Paris, 1965, p. 63.

(٢) المرجع السابق ص ١٢٠ .

(٣) في هذا المعنى :

K. Stoyanovitch., De quel usage peut être en logique juridique le "dialectique" au sens moderne hégélien et marxiste du mot? Archives de phil. de droit, op. cit. p. 161.

(٤) في انكار الماركسية للجانب الموضوعي في القانون ، أنظر :

A. Stoyanovitch, La philosophie du droit en U.R.S.S., 1971—1935, Paris, 1965, idem., Marxisme et droit, Paris, 1964.

ظل هذا الفكر متبياً من مواجهة الظاهرة القانونية في جانبها الفني خشية الانزلاق نحو الفصل بين القانون وبين البناء الاجتماعي . ولكن هذه الخشية لا يجب أن تحجب الحقيقة من أن الصياغة القانونية تعتبر احد فروع المعرفة القانونية التي لا تنفصل معاملة عن معاملة الفروع الأخرى لهذه المعرفة ، على نحو يلزم معه اتباع ذات المنهج الجدلي في دراسة الجانب الفني من القانون

على انه إذا ما تجاوزنا خصوصيات الفكر الماركسي فاننا نجد أن اغلاق باب الصياغة القانونية أمام المنطق الجدلي يرجع في الواقع إلى تصوير القانون كمجموعة من القواعد العامة المجردة ، ذلك التصوير الذي كان نتيجة حتمية لروح الشرعية التي غلبت على نظرية القانون طوال القرن الماضي . ولذلك فاتخاذ المنطق الجدلي أساساً لدراسة الجانب الفني في القانون رهين بإمكان تجاوز فكرة القاعدة القانونية في عموميتها وتجريدها إلى أداة أخرى تمكن من « تجسيد » « المحتوى القانوني » والامساك بالأثر الذي يقتضيه خطاب القانون في وقائع « العالم الاجتماعي » على اختلافها واختلاف وجه النظر إليها . ولعل هذا التجاوز قد أصبح قريب المنال بعد أن صار للعرف والقضاء الدور الذي نعرفه في نظرية مصادر القانون . ذلك أن القاضي عندما يطبق العرف أو يتجاوز الأعمال المباشرة للنص التشريعي لا يمكن أن يكون دوره هو ذات الدور الذي يقوم به المشرع في صياغة القواعد العامة المجردة (٢) . لذلك فليس بمستغرب أن تدفع هذه الملاحظة بعض مؤرخي القانون (٣) إلى البحث في المعنى الأصلي الذي كانت تحمله كلمة Droit وأن يسجلوا في هذا الشأن أنها كانت تعبر عن وصف للتصرف أو السلوك أو العلاقة الانسانية قبل أن تأخذ معنى القاعدة القانونية في العصور الحديثة .

(١) قارن :

Edmond Jorien, De la sociologie juridique, 1967, p. 85 et s.

M. Villey, Seize essais de philosophie du droit, Paris 1969, (٢) p. 18 et s. et p. 22 et s.

(٣) المرجع السابق ، ص ٢٤ . وقارن :

Del Vecchio, Philosophie du droit, Paris, 1953, p. 270.

١٩ - ولعل نظرة سريعة على النظرية العامة للقانون كما تصورها نظرية أصول الفقه الاسلامي توضح لنا إلى أي حد يمكن تجاوز فكرة القاعدة القانونية كأداة للتعبير عن «المحتوى القانوني» إلى فكرة أخرى أكثر دقة وأقرب إلى الكشف عن تباين وحداته المكونة وما يجمع بينها من علاقة تبادلية . «فالقانون» في هذه النظرية يتكون لا من قواعد مجردة وإنما من أحكام تفصيلية ، تعبر عن أثر أو آخر من الآثار التي يقتضيها خطاب الشارع في أفعال العباد وتعرف بالأحكام الشرعية (١) . ويختلف نوع الحكم باختلاف وجه اسناد فعل العبد (٢) . فالفعل من حيث اسناده إلى العبد الذي يأتيه ذاته يعتبر محلاً للحكم تكليفي هو الوجوب أو التحريم أو الإباحة بالنسبة لهذا العبد ، تبعاً لما إذا كان الخطاب يدل على طلب اتيانه أو على طلب تركه أو على التخيير بين اتيانه وتركه . والفعل من حيث اسناده إلى غير ذلك من الأمور - سواء كانت أفعالاً أخرى للعبد الذي يأتيه أو لغيره أو كانت أي أمر آخر ليس فعلاً للعبد - يعتبر محلاً للحكم وضعي هو السببية أو الشرطية أو المانعية - بالنسبة لهذه الأمور - تبعاً لما إذا كان الخطاب يجعل منه سبباً أو شرطاً لها أو مانعاً منها . والفعل ذاته من حيث ترتب المقصود منه عليه أو عدم توافر سببه وشروطه وانتفاء موانعه . وقد ألحق معظم الفقهاء هذه الأحكام الأخيرة بالحكم الوضعي بينما اعتبرها البعض أحكاماً عقلية بحجة ترتب دون حاجة إلى خطاب الشارع .

ونظرة سريعة إلى النصوص المدنية تكشف عن امكان الامسك بمضمونها عن طريق فكرة الحكم وأقسامه المختلفة . فاذا ما أخذنا - وبصفة مؤقتة - أمثلة من نظرية العقد ، فإنه يمكن القول بأن قاعدة العقد سريعة

(١) عباس متولى حماده ، أصول الفقه ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م ، ص ٢٧٥ وما بعدها ، محمد وجدي عبد الصمد ، الجهل بالأحكام المدنية في الشريعة والقانون ، والقانون ، مجلة القضاء ، العدد السادس ، السنة الثالثة ، سبتمبر ١٩٧٠ ، ص ٢٤٨ وما بعدها .
(٢) في هذا المعنى ، أنظر : شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح في أصول الفقه ، الجزء الأول ص ١٢ والجزء الثاني ص ١٢٢ وما بعدها .

المتعاقدين تضع حكماً تكليفاً هو الوجوب بالنسبة لتنفيذ العقد ، وأن القواعد التي تمنع التعاقد على محل غير مشروع مثلاً تضع حكماً تكليفاً هو التحريم ، وأن القاعدة التي تضع الأصل في جواز التعاقد تضع حكماً تكليفاً هو الإباحة .

وإذا ما تابعنا البحث وراء فكرة العقد في النصوص المدنية وجدنا أن نص المادة ٩٣٥ مدني على أن «الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الخلول محل المشتري ..» يضع حكماً وضعياً هو السببية بجعله البيع سبباً للشفعة (١) ، وأن نصوص قانون المرافعات وقانون المحاماة التي تشترط توقيع محام على عريضة الطعن بالنقض تضع حكماً وضعياً هو الشرطية بجعلها التعاقد مع محام شرطاً لقبول الطعن (٢) ، وان المادة ٤٥٧ مدني بنصها – بعد اثباتها حق المشتري في حبس الثمن – على أنه «ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً» ، تضع حكماً وضعياً بجعلها ابرام الكفالة مع البائع مانعاً من حبس الثمن (٣) . ويمكن أن نضيف إلى ذلك ما هو معروف – من خلال النصوص المختلفة – من أن العقد الذي تتوافر أركانه وشروطه وتنتفي موانعه يكون صحيحاً نافذاً مرتباً لآثاره، وان تخلف هذا الأمر أو ذاك يجعله باطلاً أو غير نافذ أو غير مرتب لآثره .

٢٠ – ومن الواضح ان هذه المعاملة المنطقية للظاهرة القانونية لا تجعل من القاعدة القانونية – في شمولها الذي يخالط بين عديد من الأحكام المختلفة في مضمونها – الخلية الأولى للقانون . فهذه الخلية تتمثل في الحكم ذاته كوصف لفعل كل مخاطب بالقانون في تفرد عن غيره من الأفعال وفي وجه اسناده . وعلى هذا النحو ففكرة الحكم كأداة للصياغة القانونية تمكن من التعبير عن اختلاف الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في أفعال المخاطبين بالقانون باختلاف هذه الأفعال ، على نحو ما نراه في أقسام

(١) في هذا المعنى : جلال العدي ، الاجبار القانوني على الممارسة ، ١٩٦٥ ، ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ص ٧٩ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ص ١٠٠ وما بعدها .

الحكم التكليفي ، واختلاف علاقة هذه الأفعال بمعطيات العالم الخارجى الأخرى ، على نحو ما نراه فى أقسام الحكم الوضعى . وعلى هذا النحو أيضاً ففكرة الحكم كأداة للصياغة القانونية تمكن من الامساك بالعلاقة الجدلية التى تحدد وضع أفعال العباد بالنسبة لبعضها أو بالنسبة لمعطيات العالم الذى تتواجد فيه .

كذلك من الواضح ان هذه «المعاملة» تستجيب إلى ما سبق أن انتهينا إليه من أن القانون ليس أداة للإجبار بقدر ما هو أداة للتقييم . فالحكم كما رأينا ليس الا الأثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى أفعال المخاطبين تكليفاً كان أو وضعاً ، وبصرف النظر عن الفعالية المكفولة لمقتضى الأثر المذكور . ولذلك فهذه المعاملة تتفادى الصعوبات التى تواجهها النظرية القانونية التقليدية من جراء الفصل بين انماط السلوك والجزاء مع اعتبار كل منها عنصراً فى القاعدة القانونية ، عن طريق التصوير الجدلى للعلاقة المنطقية بين أحكام القانون المختلفة .

٢١ - والحكم - تكليفاً كان أو وضعياً - يكون ملزماً بذاته ودون حاجة إلى علم المخاطب به علماً مسبقاً ، من حيث هو أثر لخطاب الشارع ، على نحو ما انتهينا إليه بصدد ايضاح القوة الملزمة الذاتية للقانون . غير أن نوعى الحكم يختلفان بعد ذلك فيما يختص بتعلق كل منهما بفعل المكلف عند صدوره منه .

فالحكم الوضعى من حيث هو «وضع أو جعل» من الشارع لا يتوقف على ادراك المخاطب ، يتعلق بالفعل بمجرد صدوره تعلقاً تلقائياً ، استناداً إلى القوة الملزمة التى لهذا الحكم وحدها ودون نظر إلى علم المخاطب أو عدم علمه به . ولذلك ففى الأمثلة السابقة ينشأ الحق فى الشفعة بمجرد بيع العقار ويكون الطعن مقبولاً بمجرد توقيعه من محام ويزول الحق فى الحبس بمجرد

ابرام الكفالة ، سواء كان أصحاب الشأن يعلمون أو لا يعلمون بهذه الأحكام وبالأدلة المثبتة لها (١) .

أما الحكم التكليفي ، فمن حيث إنه لا يتمثل في مجرد «وضع» أو «جعل» من الشارع وإنما يتجاوز ذلك إلى طلب الفعل أو طلب تركة أو التخيير بينهما ، فأمره يختلف . ذلك ان الطلب يستلزم إدراك المطلوب منه لحقيقة المطلوب ، ادراكاً يفترض علمه بالحقيقة المذكورة (٢) . فتحريم التعاقد على شيء غير مشروع مثلاً أو إيجاب الوفاء بالعقود ، أحكام تكليفية يفترض إعمالها علم المكلفين بحقيقة ما تتضمنه من تكليف .

وعلى هذا النحو فمشكلة الجهل بالقانون لا تتعلق بالقانون في كليته وإنما تتعلق بفصيصة محددة من أحكامه هي فصيصة الأحكام التكليفية . فالأحكام الوضعية هي آثار تلقائية لخطاب الشارع تترتب مباشرة استناداً إلى وجود هذا الخطاب ذاته ودون نظر إلى علم المكلف أو عدم علمه بها . أما الأحكام التكليفية فهي آثار يتوقف ترتيبها في حق المكلف على علمه بما عليه من تكليف من بعد وجود خطاب الشارع المتضمن لها . وترتيباً على ذلك فيبدو أن مبدأ عدم رجعية القانون لا يفرض نفسه على المنطق القانوني الا فيما يتعلق بأحكام التكليف وحدها . ولعل في ذلك ما يمكن أن يفسر امكانية تطبيق القانون تطبيقاً رجعياً بنصوص تشريعية ، إذ الأمر يتعلق بأحكام وضعية دائماً في هذه النصوص .

(١) في هذا المعنى : نقض ١٩٦٥/٤/٨ (مجموعة أحكام محكمة النقض، س١٦ رقم ٧٧ ص ٧٦) حيث قرر الحكم أنه « إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قبول اعتذار المطعون ضده بمجهله نص المادة ٢٥ من قانون المحاماة (الذي يوجب توقيع محام على صحف الدعوى) إلى مآثرته الطاعة في مذكرتها من أن المدة التي مضت ما بين تنفيذ القانون وبين إعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليعلم المطعون ضده رافع الدعوى بذلك النص المستحدث ، فان هذا الاستناد خطأ في القانون . ولكن المحكمة تسرسل بعد ذلك فتسند قضاءها إلى أن «عدم كفاية هذه المدة لا يعتبر قوة قاهرة ولا يبرر قبول اعتذار المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور» ، وهو اسناد لا يمكن قبوله إلا بصدد الحكم التكليفي وحده دون الحكم الوضعي .

(٢) عباس متولى حمادة ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ وما بعدها .

والواقع ان فكرة الحكم التكليفي والحكم الوضعي ان كانت تبدو جديدة على فقه القانون المدني الحديث ، فهي ليست كذلك بالنسبة لفقه المرافعات . فهذا الفقه يميز - كما هو معروف - بين أحكام «الالزام» وأحكام «التقرير» تمييزاً ينعكس أثره على تنفيذ كل منها . فالأولى وحدها هي التي تحتاج إلى تنفيذ جبري (١) . ولعل الجديد في الأمر هو أن اتخاذ فكرة الحكم كأداة للصياغة القانونية ، والفرقة في هذا الشأن بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي على غرار ما ذهب اليه الشريعة الاسلامية ، لا يعتمد فكرة الحكم بمفهومها المألوف - وهو «قرار» القاضي في نزاع مطروح عليه - وإنما بمعنى الأثر الذي يقتضيه خطاب القانون ذاته . وبعبارة أخرى فالحكم المقصود ليس حكم القاضي وإنما هو حكم القانون .

المطلب الثاني

الاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة التكليف

٢٢ - إذا كان الاعتذار بجهل القانون أمراً تفرضه حقيقة الأحكام التكليفية ، فإنه يبقى بعد ذلك أن نحدد المقصود بالجهل الذي يصلح عذراً يمتنع معه تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف . وهذا التحديد إنما يكون عن طريق تحديد المقصود بالعلم الذي يلزم توافره لدى المكلف لتعلق الحكم المذكور بفعله . وما دام البحث في جهل القانون أو العلم به يقتصر - على النحو السابق - على طائفة الأحكام التكليفية ، فإن تحديد معنى الجهل بالقانون أو العلم به يجب أن لا يرتبط بالضرورة بالمفهوم اللغوي لفكرة الجهل والعلم بقدر ما يرتبط بفكرة التكليف ذاتها ، والمعايير التي تحدد ما يمكن وما لا يمكن التكليف به .

ولعله من الواضح في هذا الصدد أن فكرة القرينة القانونية على العلم بالقانون - التي يؤسس عليها مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون - تنبع

(١) في هذه الفرقة ، أنظر : فتحي والى ، التنفيذ العيني في القانون اللبناني ، ١٩٦٩ ، بند

١٩ وما بعده .

من الاحساس بأن ماهية التكليف تفترض علم المكلف به لتعلقه بفعله وتعطى لفكر العلم مفهوماً اصطلاحياً محتملاً مختلف تماماً عن مفهومها اللغوي . غير أن هذه الفكرة - نتيجة لعدم التمييز بين القوة الملزمة الذاتية للقانون وتعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف - تصل إلى حد افتراض العلم بأحكام القانون افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ، فتصبح بذلك استجابتها لمقتضيات الحكم التكليفي مجرد استجابة «نفسية» لا تتجاوز الشكل إلى الحمول العملية ؛ فالاستجابة لمقتضيات الحكم التكليفي من ضرورة علم المكلف به استجابة حقيقية تفترض امكان اثبات المكلف جهله بالحكم والاحتجاج بهذا الجهل لمنع تعلقه بفعله ، أياً ما كان النطاق الذي يعمل فيه هذا الاثبات وما يترتب عليه من احتجاج .

والواقع ان الاستجابة لطبيعة الحكم التكليفي في تحديد المقصود بجهل القانون أو العلم به لا يقتضى أن نجعل - مسبقاً - من علم المكلف الفعلي بالتكليف شرطاً لتعلق الحكم التكليفي بفعله ، وانما يقتضى أن ننظر للعلم بالقانون هو الآخر كتكليف يسبق تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف ، وأن نعين حدود هذا التكليف المسبق على ضوء ذات المعايير التي تتحدد وفقاً لها فكرة التكليف .

على هذا النحو لا نجد غرابة فيما يذهب اليه فقه الشريعة الاسلامية من تحديد المقصود بالعلم تحديداً يبعد به عن العلم الفعلي . فالمقصود بالعلم لديهم ليس العلم الفعلي بما يؤدي اليه ذلك من عدم تعاقب الحكم التكليفي بفعل المكلف في كل مرة يكون فيها المكلف جاهلاً بحقيقة التكليف بالفعل . وانما المقصود به امكانية العلم على نحو لا يمتنع معه تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف - رغم عدم علمه الفعلي بالتكليف - ما دام قد كان باستطاعته أن يعلم ذلك ، سواء بنفسه أو بواسطة غيره (١) . ولذلك فلا يمتنع تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف الا إذا كان يستحيل عليه العلم بمضمون التكليف . ويلحق بالاستحالة في هذا الصدد المشقة الزائدة (٢) .

(١) عباس متولى حماده ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٣٨ وما بعدها .

ومن الواضح ان قصر امتناع تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف على حالة العلم بالتكليف أو مشقته الزائدة على هذا النحو ، مرجعه أن هذه هي بعينها الحدود التي يقف عندها التكليف ذاته ، فكان من الطبيعي أن لا يتجاوزها اشراط العلم بالتكليف لتعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف .

٢٣ - وإذا ما أردنا صياغة حديثة لفكرة العلم بحدودها السابقة ، فانه يمكن القول بأن هناك واجباً «مبدئياً» على عاتق الكافة بالتعرف على أحكام القانون التكليفية - للتصرف على مقتضاها من بعد - يماثل في فكرته فكرة الواجب العام بعدم الاضرار بالغير أو واجب الوفاء بالعقود (١) . ولذلك فاذا كان جهل المكلف بحكم القانون مرجعه تقصيره في القيام بهذا الواجب ، فان الحكم التكليفي يتعلق بفعله على الرغم من عدم علمه به ما دام عدم العلم مجرد نتيجة لتخلفه عن أداء الواجب المذكور .

وقد يبدو لأول وهلة أن فكرة الواجب يمكن أن تؤدي في منطقتها البعيد إلى ما تؤدي اليه فكرة القوة الملزمة الذاتية للقانون من عدم امكان الاعتذار بجهل القانون ، سواء تعلق الأمر بحكم تكليفي أو بحكم وضعي . غير أن النظر إلى واجب العلم كمجرد واجب ببذل عناية وليس واجباً ببلوغ غاية - تأسيساً على أن الغاية المرجوة ليست مضمونة في جميع الأحوال - من شأنه أن يفارق بين نتائج كل من المسلكين . ذلك ان هذا النظر يؤدي إلى أنه في كل مرة يقوم فيها المكلف ببذل العناية المطلوبة منه للتعرف على أحكام التكليف دون أن يتوصل إلى العلم بها بالفعل ، يمتنع تعلق هذه الأحكام بفعله ويكون له أن يعتذر بجهله للافلات من

(١) لايسعنا إلا أن نسجل أننا قد وجدنا - بعد كتابة هذه السطور - أن هذه الفكرة قد وردت عرضاً في مقال الأستاذ محمد وجدى عبد الصمد سابق الاشارة اليه ، وإن لم يفصح بجلاء عن مدى انحيازه لها ، حيث يقول (ص ٢٦٩) : «والحقيقة أن الاستثناءات السابقة (على مبدأ افتراض العلم بالقانون الجنائي) لا يمكن تبريرها إلا إذا كيفنا العلم بالقانون بأنه التزام ، فيكون متصوراً أن نضع له القيود المستمدة من استطاعة العلم وأن نعمل القاعدة التي تقضى بأنه «لا التزام بمستحيل» والقاعدة التي تقرر أنه لا مسئولية بغير خطأ.....»

مقتضاها . فعدم تحقق النتيجة المرجوه من وراء بذل العناية الواجبة - وهي العلم الفعلي هنا - رغم بذل هذه العناية بالفعل يكون مرجعه القوة القاهرة . ولذلك فكالم كان العلم الفعلي مستحيلا رغم بذل العناية المطلوبة ، لم يكن هناك تقصير في أداء الواجب وأمكن التمسك بجهل الحكم التكليفي للحيلولة دون تعلقه بفعل المكلف . وعلى هذا النحو يظل صحيحاً القول بأن مواجهة مشكلة الجهل بأحكام القانون في إطار فكرة الواجب دون فكرة القوة الملزمة الذاتية للقانون ، من شأنه أن يوصل إلى حلول تتفاوت بتفاوت أفعال المكلف ومدى امكان العلم بحكم كل منها .

على أنه يبدو أن تحديدنا لفكرة الاستحالة أو القوة القاهرة على هذا النحو ان كان يتفق مع فقه الشريعة الاسلامية الذي يأخذ الاستحالة بمعنى واسع - فيسوى بين الاستحالة بمعناها المطلق وبين المشقة الزائدة - الا أنه لا يستجيب إلى تحديد القانون الوضعي لها . فالقانون الوضعي - على ما يبدو من الفقه والقضاء - يأخذ الاستحالة المكونة للقوة القاهرة بمعنى الاستحالة المطلقة (١) .

ومع ذلك فاذا كان تحديد مفهوم الاستحالة أو القوة القاهرة في القانون الوضعي أمر يتجاوز نطاق بحثنا ، فانه لا يسعنا الا أن نلفت النظر إلى ما في أخذ الاستحالة بمعناها المطلق من جمود لا يتفق مع المنطق أو الواقع (٢) . فأخذ الاستحالة بهذا المفهوم معناه افتراض صفات في الانسان تتجاوز طبيعته البشرية (٣) . والقوة القاهرة هي القوة التي لا يستطيع أن يتخطاها رب الأسرة المعنى بأمور نفسه (٤) . فكل قوة تستعصي على العناية المطلوبة

(١) أنظر في ذلك : السهورى ، الوسيط ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٩ ، بند ٢١٩ ومابعده ، ص ٤١٧ ومابعدها ، وبند ٨٥٦ ومابعده ، ص ٩٩٤ ومابعدها ، وأنظر كذلك J. Carbonnier, Droit Civil, T.4, 1969, p. 248 et les arrêts y cités.
(٢) أنظر في ذلك ، مؤلفنا :

L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Paris, 1967, N° 247 et s.

J. Carbonnier, idem. p. 248 (٣)

A. Tunc, Force majeure et absence de faute en matière (٤)
contractuelle, R.T.D.C., 1945, p. 243 et s., Force majeure et absence de
faute en matière délictuelle, T.T.D.C. 1946, p. 171 et s.

من المكلف تحرره من التزامه ، على نحو يجب معه دائماً قياس هذه القوة على مضمون العناية التي يفرضها هذا الالتزام .

٢٤ - وإذا كان جهل القانون لا يتصور على النحو السابق الا بالنسبة للأحكام التكليفية ، وكان الاعتذار به يقتصر على حالة ثبوت عدم امكان العلم بهذه الأحكام رغم بذل العناية التي يفرضها واجب العلم بها ، فانه يصح التساؤل عن موضع ذلك الاعتذار وهذا الواجب من التكليف الأصلي الذي يراد الافلات من آثار تعلقه بفعل المكلف .

والواقع ان هذا الموضع لا يمكن البصر به الا في ضوء التصور الجدلي السابق لأحكام القانون . فالتكليف حتى يقوم ، لا بد أن يتوافر سببه وشروطه ، ولكنه لا يتعلق بفعل المكلف إذا وجد مانع من ذلك . فاذا تخلف السبب أو تخلف احد الشروط لم يتم التكليف . وإذا توافر هذا وذاك ولكن وجد مانع من الموانع امتنع تعلق التكليف بفعل المكلف . ومن الواضح ان عدم امكان العلم بالحكم التكليفي معناه وجود مانع من تعلقه بفعل المكلف بالرغم من توافر سببه وشروطه . لذلك فالاعتذار بجهل القانون انما يعنى وجود مانع يحول دون تعلق الحكم التكليفي بفعل المكلف - حتى يزول هذا المانع - دون أن يمس قيام التكليف بتوافر سببه وشروطه .

وترتيباً على ذلك فانه يمكن القول بأن واجب القيام بما يفرضه الحكم التكليفي واجب مستقل ومنفصل عن واجب بذل العناية المفروضة في التعرف على التكليف . ولذلك فقيام التكليف بشيء وامكان العلم به شيء آخر ، على نحو يتصور معه وجود الأول دون تحقق الثاني ، ومن ثم قيام التكليف دون أن يرتب آثاره في حق المكلف .

المطلب الثاني

الاعتذار بجهل الاحكام المدنية وفكرة الواجب المهني

٢٥ - اشرنا من قبل إلى أن موقف من يعمل في الحقل القانوني من العلم بأحكامه يختلف عن موقف المخاطب به من هذا العلم . فهو أولاً

يقف من القانون موقف المكلف فيخضع في ذلك لما يخضع له كافة المكلفين . ولكنه فوق ذلك يقف منه موقف صاحب المهنة فيخضع في ذلك لما تفرضه مهنته من واجبات . ولذلك فعلم القاضى أو المحامى أو غيرهم ممن يعملون في الحقل القانونى يقتضى مواجهة أخرى مستقلة لا فى اطار فكرة التكليف وانما فى اطار فكرة «الوظيفة» أو «المهنة» .

١ - الاعتذار بجهل الاحكام المدنية وواجب القاضى الفصل فى النزاع :

٢٦ - سبق أن اشرنا إلى ما درج عليه الفقه من الربط بين التزام القاضى بتطبيق القانون من تلقاء نفسه - وسلطته فى ذلك - وبين مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ولذلك فقد استغرب البعض بحق - فى ظل هذا الربط - تساهل محكمة النقض مع القاضى الذى يجهل القانون فى وقت لا تتساهل فيه مع الأفراد المكلفين فى هذا الصدد ، كما بدت حيرة البعض الآخر أمام ما يجرى عليه القضاء من تكليف الخصوم بإثبات العرف أو بإثبات القانون الأجنبى .

والواقع ان مواجهة جهل الانسان الفرد بالقانون فى ضوء موقفه منه من شأنها التنبيه إلى ضرورة الفصل بين جهل المحاطب و جهل القاضى . فجهل المحاطب بجهل للتكليف الواقع عليه ، يجد حلوله فى ضوء فكرة التكليف العام الواقع على الكافة . أما جهل القاضى فهو جهل بما يازم لمباشرة وظيفته فى «قول» القانون فى النزاع المطروح عليه . ولذلك فان حلول مشكلة جهل القاضى بالقانون لا بد أن تختلف عن حلول مشكلة جهل المحاطب به .

فجهل المحاطب - باعتباره مكلفاً - لا يثور الا بصدد الحكم التكميلى ويظهر أثره فى اختيار الحل الواجب للنزاع ، ويقتضى استبعاد آثار الحكم التكميلى عندما يثبت استحالة علم المكلف به على النحو المتقدم . أما جهل القاضى - باعتبار أن وظيفته هى حل النزاع وفقاً لأحكام القانون - فيمتد إلى كافة أحكام القانون - التكميلى منها والوضعى - ويظهر أثره فى الخطأ

في تطبيق القانون على النزاع المطروح ، ويقتضى إعادة إعمال القانون على النزاع من جديد .

وترتيباً على ذلك فواجب المخاطب العلم بالقانون هو واجب يبذل عناية يتمثل في العلم بالأحكام التكليفية التي يكون العلم بها ممكناً ، تمشياً مع موقفه من القانون كمكلف بأحكامه . أما واجب القاضي العلم بالقانون فهو واجب بتحقيق نتيجة يتمثل في المعرفة المطلقة بأحكام القانون ، تمشياً مع واجبه المطلق في «قول» القانون في النزاع المطروح عليه . وهو فوق ذلك لا ينصب فقط على مضمون الأحكام التي هي محل لاستنباطه وإنما يمتد كذلك إلى أدلة هذه الأحكام .

٢٧ - ولما كان واجب القاضي العلم بالقانون ينبع من وظيفته في حل النزاع وفقاً للقانون ويمتد إلى أدلة الأحكام ، فإن حدود هذا الواجب يجب البحث عنها في إطار فكرة أدلة الأحكام ذاتها وليس فقط في إطار فكرة التكليف . ولا شك لدينا ان واجب القاضي في هذا الصدد يجد حدوده في فكرة الاستحالة . غير أن هذه الاستحالة ليست مجرد استحالة العلم بالحكم ذاته وإنما استحالة «الامسك» بدليلة في المقام الأول . ومن هنا كان هناك محل لتفاوت الحلول فيما يتعلق بواجب القاضي العلم بالقانون باختلاف ما إذا كان الدليل تشريعاً (وطنياً) أو عرفاً أو عادة أو قانوناً أجنبياً . كذلك فهذه الاستحالة لا تؤدي إلى إعفاء القاضي من واجبه في «قول» القانون وإنما تؤدي إلى إعفائه من النظر في الدليل الذي استحال عليه العثور على الحكم فيه وتحويله الرجوع إلى الدليل التالي له في سلسلة الأدلة التي يجوز له الرجوع إليها .

فاذا كان من الواضح امكان علم القاضي دائماً بالتشريع (الوطني) على نحو يلزمه بتطبيقه من تلقاء نفسه ويحرمه من امكانية طلب اثبات وجوده من الخصوم ، فإن الأمر جد مختلف بالنسبة للعرف والعادة . فالعرف والعادة ليست سنناً تتضمنها وثائق يستطيع القاضي الرجوع اليها دائماً من تلقاء نفسه ، وإنما مجرد «حلول» يتواتر العمل بها في مكان أو زمان معين أو بالنسبة لطائفة من طوائف المخاطبين بالقانون . ولذلك فمن المتصور ألا يتحقق العلم الفعلي بهذه

الحلول بالنسبة لفرد أو آخر ، مع « توافر امكانية » العلم بها دائماً عن طريق وسيط من المتصلين بالمكان أو الزمان الذى يتواتر العمل بالحلول المذكورة فيه . ومن الواضح أن ارتباط امكانية العلم بتلك الحلول بالالتجاء إلى وسيط على هذا النحو ان كان لا يحول دون تعلق الحكم المنبثق عنها بفعل المكلف فهو يحول دون فرض واجب على القاضى بالعلم بها علماً تلقائياً مباشراً ، ويقتضى ربط مثل هذا الواجب الأخير بتمكين القاضى من الالتجاء إلى وسيط يستقى منه دليل حكم العرف أو العادة . ومن هنا كان طبيعياً أن يحول القاضى سلطة طلب اثبات العرف أو العادة من الخصوم (١) ، فى الوقت الذى يكون له فيه أن يقوم بإعماله من تلقاء نفسه كلما توافر له العلم التلقائى المباشر بدليلة . فان لم يتيسر للقاضى العلم بالعرف أو العادة على هذا النحو أو ذلك لم يكن أمامه الا أن يتجاهل أياً منهما عند الفصل فى النزاع المطروح عليه .

ومن الواضح أن هذه النتيجة ان كانت لا تتعارض مع الصفة الملزمة للعرف أو العادة – طالما كان موقف القاضى من العلم بالعرف أو العادة ليس موقف المكلف وانما موقف «الحكم» فى النزاع – الا أنها قد تبدو لأول وهلة متناقضة مع واجب القاضى المطلق فى الفصل فى النزاع . غير أن الواقع ان رفض القاضى لإعمال حكم العرف أو العادة المدعى والذى لم يثبت لديه الدليل عليه ، ليس معناه نكوله عن الفصل فى النزاع وانما معناه البحث عن الحل الواجب فى مصادر الأحكام الأخرى ، مما تزول معه شبهة هذا التعارض .

٢٨ – وما قلناه فى العرف والعادة يكاد ينطبق تماماً على القانون الأجنبى . فالقانون الأجنبى يعتبر قانوناً – وليس مجرد واقع – ويستمد قوته الملزمة من ذاته لا من إعمال القاضى له . والربط بين قوة القانون

(١) أنظر فى هذه المشكلة من حيث وضعها النظرى والعملى :

J. Normand, op. cit., N° 219 et s., P. 206 et s.

الأجنبي الملزمة وبين إعماله ليس الا نتيجة للخلط بين القوة الملزمة الذاتية للقانون وبين توافر الاجبار على احترامه .

وعلم القاضى بالقانون الأجنبي الذى تشير اليه قاعدة الاسناد هو فى المقام الأول علم بالدليل وليس مجرد علم بمضمون الحكم ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للقانون الوطنى . ولذلك فواجب القاضى العلم بالقانون الأجنبي - كواجبة العلم بالقانون الوطنى - يختلف عن واجب الأفراد فى كونه لا يتوقف عند الحكم التكميلى وإنما يمتد إلى الأدلة بكل ما تنصحه عنه من أحكام أيا كان نوعها . غير أن العلم بهذا الدليل تلقائياً وبطريق مباشر قد يكون مستحيلاً على القاضى . وهذه الاستحالة لا ترجع بالضرورة لعدم تمثل الدليل فى سنن تتضمنها وثائق - كما هو الحال فى العرف والعادة - وإنما قد يرجع إلى تعذر حصول القاضى على الوثائق المثبتة لأحكام القانون الأجنبي بالوسائل المباشرة المتاحة له . ولذلك فواجب القاضى العلم بالقانون الأجنبي لا يمكن تصوره الا مع تمكنه من الالتجاء إلى وسيط يقدم له الدليل على أحكامه . ومن هنا كان للقاضى أن يطلب من الخصم الذى يتمسك بحكم قانون أجنبي تقديم الدليل المثبت لهذا الحكم ، وكان له أن يتجاهل طلب الخصم إعمال حكم القانون الأجنبي كلما تخلف علمه المباشر به واستحال على الخصم اثباته أمامه .

ومن الواضح أن تكليف الخصم بالاثبات لا يتعارض مع حدود واجب الخصوم العلم بالقانون الأجنبي من حيث كونهم مكلفين (١) . فالفرض

(١) على أن الشك قد يثور مع ذلك فيما يتعلق بوجود معاملة قواعد القانون الأجنبي ذات المعاملة الى تلقاها قواعد القانون الوطنى بشأن مشكلة الجهل بالقانون . ومبث ذلك ما قصت به محكمة النقض الفرنسية فى قضية «ليزاردى» الشهيرة من أنه «لا يجوز أن يفترض فى الشخص الفرنسى العلم بكافة قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الأهلية والرشد» (أنظر : هشام صادق ، المرجع السابق ، بند ١٦٣) ، وما نصت عليه بعد ذلك المادة ٢/١١ من القانون المدنى المصرى من أنه «..... فى التصرفات المالية الى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيينه ، فان هذا السبب لا يؤثر فى نقص أهليته » .

ان من يكلف بتقديم الدليل على حكم القانون الأجنبي هو ذات الخصم الذى يتمسك به (١) . كذلك من الواضح ان عدم تطبيق القاضى لحكم القانون الأجنبي الذى تشير اليه قاعده الاستاد عند عدم قيام الدليل عليه لا يتعارض مع القوة الملزمة التى لهذا القانون ، ولا يتعارض بالمثل مع واجب القاضى الفصل فى النزاع ما دام له فى هذه الحالة أن يقوم بحل النزاع وفقاً لقانون آخر أيا ما كان هذا القانون (٢) .

٢ - الاعتذار بجهل الاحكام المدنية ومسئولية العاملين فى الحقل القانوني :

٢٩ - وإذا ما تجاوزنا موقف القاضى من القانون عند قيامه بتطبيقه فإن مشكلة الجهل بالقانون تظل واردة مع ذلك عند البحث فى مدى

= والواقع أن عبارات محكمة النقض الفرنسية تنبع من عدم ادراك المفهوم الصحيح لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون والنطاق الذى يعمل فيه . ذلك أن عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا يقوم فى الواقع على افتراض العلم به ، وإنما يقوم على أن أعمال القانون لا يتوقف على إدراك المكلفين . وعدم جواز الاعتذار بجهل القانون على هذا النحو يقتصر على أحكامه الوضعية دون الأحكام التكليفية . ومن الواضح أن القواعد المقرره لسن الرشد تضع أحكاماً وضعية أو تقريرية لذلك فقد بدأ اعتداد محكمة النقض الفرنسية بالجهل بهذه الأحكام مستصفاً على التبرير ، على نحو أدى بالبعض إلى الاعتراف بأن هذا القضاء لاتسند سوى اعتبارات « المصلحة الوطنية التى الى تستلزم الأضرار الوطنى من تطبيق القوانين الأجنبية » (أنظر المرجع السابق ص ٥٩٨) . وأياً ما كانت شرعية موقف محكمة النقض الفرنسية ، فان هذا الموقف - فيما يبدو لنا - يتمثل فى انشاء حكم جديد - اعتنقه المشرع المصرى بعد ذلك - يستبعد أعمال أحكام القانون الأجنبي التى تجعل المتعاقد ناقص الأهلية إذا كان فى أعمال هذه الأحكام إخلال بحسن نية المتعاقد الآخر ، وليس فى استبعاد مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بصفة مطلقة وعامة . والقول بغير ذلك معناه امكان الاحتجاج بجهل جميع قواعد القانون الأجنبي ، وهو ما يبدو غير معقول (فى هذا المعنى : المرجع السابق ، ص ٦٠١ وما بعدها) .

(١) قارن : استاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى القانون الدولى الخاص ، تنازع القوانين ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ، ص ١٥٩ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى :

Motulesky, op. cit., No. 5.

وأنظر فى الخلاف على القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة : هشام صادق ، المرجع السابق بند ٧٤ ، ص ٢٣٩ وما بعدها .

مسئولية من يعمل في الحقل القانوني بصفة عامة عما يترتب من ضرر للغير نتيجة لهذا الجهل . ولا يقتصر الأمر في هذا الصدد على القاضي عندما يصدر قراراً مخالفاً للقانون يترتب عليه ضرر لأحد أطراف النزاع ، وإنما يمتد الى جميع من تقتضيه وظيفته وإعمال حكم من أحكام القانون كالمحضر مثلاً ، أو تقتضيه اتخاذ مسلك قانوني كالحامي ، أو إصدار فتوى قانونية كالمستشار القانوني .

غير أن مشكلة الجهل بالقانون في هذه الحالة تظل متميزة كذلك عن مشكلة جهل المكلف بالحكم التكليفي . فالأولى تمتد لجميع أحكام القانون بينما تقتصر الأخرى على الأحكام التكليفية . والأولى يكون البحث فيها دائماً بصدد اثبات أو نفي المسؤولية «المهنية» ، بينما الأخيرة يكون البحث فيها بصدد محاسبة المكلف أو عدم محاسبته وفقاً لمقتضى التكليف المجهول منه . حقاً أن الانتهاء إلى وجوب محاسبة المكلف بمقتضى التكليف الذي كان يجمله بالفعل قد يترتب مسؤوليته على نحو ما سوف نراه . ولكن هذه المسؤولية تكون مسؤولية عن السلوك المخالف لمقتضى التكليف ، بينما تكون مسؤولية من يعمل في الحقل القانوني مسؤولية عن الجهل بالحكم في ذاته وليست مسؤولية عن سلوك مخالف لمقتضى التكليف ، إذ الفرض انه لم يأت بمثل هذا السلوك . وترتيباً على ذلك فان مسؤولية المهني عن جهله بالقانون لا ينبغي أن تواجه في اطار فكرة التكليف وحدودها وإنما في اطار واجبات مهنته ذاتها ، أو في اطار فكرة الواجب المهني بصفة عامة . وعلى هذا النحو فلا يكفي مثلاً ان يثبت المهني أن الحكم الذي كان يجمله ، والذي تترتب الضرر على جهله به ، كان من المستحيل الوصول اليه رغم بذل العناية الواجبة—لعدم امكان استخلاصه من النص—مثلاً— وإنما يلزم لذلك أيضاً أن يثبت انه قد نبه صاحب الشأن إلى مثل هذا الأمر أو ذاك .

تطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية — كما سبق أن اشرنا — بأن الموثق يكون مسئولاً عن الغلط في القانون ما لم يكن ذلك الغلط متعلقاً

بمسألة محل خلاف (١) ، ثم عادت من بعد فخففت من اطلاق هذا القضاء بقولها ان «هناك ظروفاً يكون فيها وجود الخلاف من شأنه جعل صحة أو فعالية الحقوق محل التصرف غير محققة ، ولا يمكن للموثق فيها ، دون أن يكون مسئولاً .. ان يتمتع عن تنبيه الأفراد إلى المخاطر الكامنة في امكانية حل قضائي يودي بهم ، تنبيهاً تخولم عدم خبرتهم وثقتهم الحق فيه » (٢) . وعلى هذا النحو فالمحكمة تواجه مسألة الخطأ المهني الناشئ عن الجهل بالقانون في نطاق أرحب من فكرة الجهل بالقانون ذاتها ، فلا تجعل الممتن مسئولاً عن هذا الجهل بالقانون ، وإنما عن الاخلال بواجبه في تنبيه عملائه إلى استحالة العلم — لحظة استفتائه — بحكم القانون في المسألة المعروضة عليه .

ومن الواضح ان هذا القضاء إذا كان قابلاً للتطبيق خارج الحالة التي صدر فيها — وهي حالة الموثق — الا أن الوضع يبدو مختلفاً في حالة جهل القاضى بصفة خاصة . ذلك ان القاضى — وخلافاً لغيره ممن يعملون في الحقل القانونى — لا يواجه القانون كمعطى موضوعى مفروض فرضاً تاماً عليه ، وإنما يواجهه بالضرورة من خلال تقديره الشخصى . فالقاضى عليه دائماً أن يزيل ما فى النص من غموض أو يكمل ما فيه من نقص ، على نحو يجعل موقفه من القانون — فى نطاق النزاع المعروض عليه — هو ذات موقف المشرع (٣) . « ان الاستنباط القضائى الذى درجنا على أن نعبر به عن المسلك الذهنى للقاضى فى ادائه لمهمته لا يمكن أن يكون له سوى قيمة الصورة . وفوق ذلك فهى صورة مشوهة للحقيقة بدرجة خطيرة ، ففى هذا الاستنباط تفترض المقدمات دائماً حكماً تقييمياً يتسلل اليه لا محالة

(١) أنظر ماسبق ، بند ١٠ .

(٢) Cass. civ., 16 avril 1935. Sem. Jur., 1935. 915 (cité par F. Terré, op. cit., p. 97),

وأنظر الأحكام الأخرى المشار إليها فى المرجع المذكور ص ٩٧ ٦٥ .

(٣) Carbonnier, Droit Civil, T.1, op. cit., p. 25.

قدر من التقدير الشخصي « (١) . ولذلك فوظيفة القاضي في تطبيق القانون لا تنفصل تماماً عن وظيفة خلقه ، على نحو لا يتيسر معه النظر إلى جهله بالحقيقة القانونية كإخلال بواجب مهني لمجرد مخالفة تقديره لتقدير محكمة النقض ، وإنما يلزم لذلك أن يكون هناك غش أو إساءة لاستعمال الوظيفة .

الفصل الثاني

الجهل بالأحكام المدنية بين مصادر الحق ومصادر القانون

٣٠ - إذا كان التصور الصحيح لمشكلة الجهل بالقانون يقتضى - على النحو السابق - التمييز فى أحكام القانون بين ما هو وضعى منها لا يعتد فى إعماله بعلم المكلف أو إمكان علمه ، وبين ما هو تكليفى يتوقف اعماله على علم المكلف به أو إمكان علمه ، ثم على تحديد متى يتوافر أو يتخلف العلم أو إمكان العلم بهذه الأخيرة ، فان البصر بكيفية استنباط الحلول العملية لهذه المشكلة وإعمالها يقتضى النظر أولاً فى مصادر الحق ثم فى مصادر القانون . ذلك ان دراسة مصادر الحق هى التى تمكن من تعيين موضع أحكام القانون المدنى من تقسيم الحكم إلى وضعى وتكليفى ، وأن دراسة مصادر القانون هى التى تمكن من تحديد متى يكون العلم بالحكم ممكناً ومتى يكون مستحيلاً . ولذلك كان علينا أن نواجه الجهل بالأحكام المدنية تارة فى اطار مصادر الحق وتارة أخرى فى اطار مصادر القانون .

المبحث الأول : الجهل بالأحكام المدنية ومصادر الحق .

المبحث الثانى : الجهل بالأحكام المدنية ومصادر القانون .

المبحث الاول

الجهل بالأحكام المدنية ومصادر الحق

٣١ - قد يبدو من الصعب للوهلة الأولى البت فى موضع الأحكام المدنية من تقسيم الحكم إلى وضعى وتكليفى . فهذه الأحكام - كما نعرف - تدور حول تقرير الحقوق المختلفة - شخصية كانت أو عينية - وذلك عن طريق بيان أسبابها وشروطها وموانعها ، وتبدو لذلك من قبيل الأحكام

الوضعية . غير أن الحق الشخصي - وخلافاً للحق العيني - يتميز بوجود مدين يقع عليه الالتزام المقابل للحق ، مما يوحي بأن أحكام الحق الشخصي أو أحكام نظرية الالتزام تعتبر أقرب إلى فصيلة الأحكام التكليفية .

والصعوبة السابقة يمكن تخطيها إذا ما ميزنا بين وجود الحق الشخصي وما يقابله من التزام وبين «تحقيق» هذا الحق تنفيذاً للالتزام المذكور . فالحق الشخصي - وما يقابله من التزام - يقوم إذا وجد سببه وتوافرت شروطه وانتفت موانعه ، تماماً كما هو الحال في الحق العيني . وإذا كانت السببية والشرطية والممانعة أحكاماً وضعية ، فقد يكون توافر أى منها في ذاته مترتباً على حكم آخر تكليفي أو وضعي ، على نحو ما رأينا عند بيان العلاقة الجدلية المتصلة بين أحكام القانون . ومن ثم فقيام حق شخصي لصالح شخص معين والالتزام مقابل على عاتق شخص آخر ليس الا محصلة إعمال الأحكام الوضعية في السببية والشرطية والممانعة والتي قد يكون توافر أى منها رهيناً بإعمال أحكام أخرى قد تكون وضعية هي الأخرى وقد تكون تكليفية . أما «تحقيق» الحق الشخصي بتنفيذ الالتزام المقابل - وهو ما يتجاوز فيه الحق الشخصي الحق العيني - فهو وحده الذي يعبر عن أحكام تكليفية تتمثل في طاب القيام بالعمل أو الامتناع الذي يكون مضمون الالتزام المذكور ويجعل الحق قابلاً للمطالبة به .

وعلى هذا النحو فتم جعل القانون من أمر من الأمور سبباً لقيام حق معين أو التزام أو شرطاً لقيامه أو جعل منه مانعاً من قيامه ، فان هذا الجعل ينتج أثره في اثبات الالتزام أو نفيته ، حتى توافر الأمر المذكور ، حتى ولو كان توافره سابقاً على الجعل . ذلك أن مثل هذا الجعل يعتبر حكماً وضعياً يحدث أثره دون نظر إلى علم المكلف أو عدم علمه به . ولكن ثبوت حق للدائن معين والالتزام مقابل على مدين به شيء واعتبار المدين مقصراً في تنفيذ التزامه شيء آخر . فما دام تنفيذ الالتزام يعبر دائماً عن أحكام تكليفية فان المدين به لا يمكن اعتباره مقصراً في تنفيذه الا منذ امكان علمه بوجود التنفيذ ، وهو ما لا يمكن أن يتأتى قبل اقرار القانون للالتزام وتوافر

امكان العلم بذلك . ولذلك فمن المتصور أن يكون هناك فاصل زمني بين اللحظة التي ينشأ فيها الالتزام ويكون مستحق الأداء واللحظة التي يمكن ابتداء منها مواخظة المدين على التقصير في تنفيذه .

وما دام قيام الحق يعتبر على هذا النحو دائماً مجرد أثر لإعمال أحكام القانون المختلفة ، فإن البحث في موضع الأحكام المدنية من تقسيم الحكم إلى وضعي وتكليفى لتعيين الأحكام التي يتوقف إعمالها على العلم بها يجب أن يبدأ من بحث مصادر الحق . فاذا ما تأملنا في هذه المصادر بدت لنا ضرورة التمييز بين العمل غير المشروع وبين غيره من المصادر . فالعمل غير المشروع المرتب للحق في التعويض والالتزام به هو وحده الذي يقوم على أحكام تكليفية . ذلك ان العمل غير المشروع يفترض اخلاقاً بواجب مفروض مسبقاً ، سواء تمثل هذا الاخلال في الامتناع عن عمل واجب أو في القيام بعمل محرم ، وسواء تمثل الواجب المفروض في التزام السلوك المعتاد أو تمثل في غير ذلك من الواجبات المختلفة التي تضعها نصوص القانون . لذلك فهذا المصدر من مصادر الحق هو الذي تبدو بشأنه أهمية تطبيق المبادئ التي انتهينا إليها بصدد مشكلة الجهل بالقانون .

غير أن مصادر الحقوق المختلفة يتدخل في وجودها أو في ترتيبها لأثرها في إيجاد الحق ، عنصر نفسى يختلط في قليل أو كثير بالعلم بالقانون ، على نحو جعل الفقه يثير بشأنه مشكلة الجهل بالقانون . ولذلك فلا يسعنا إلا أن نلقى نظرة سريعة على مصادر الحق المختلفة ، تصرفاً قانونياً كانت أو واقعة ، لبيان مدى صلة ترتب الحق عن مصدره بمشكلة الجهل بالقانون .

المطلب الأول : الجهل بالأحكام المدنية والتصرف القانوني .

المطلب الثانى : الجهل بالأحكام المدنية والواقعة القانونية .

المطلب الاول

الجهل بالاحكام المدنيه والتصرف القانونى

٣٢ - التصرف القانونى هو إرادة تتجه لاحداث أثر قانونى معين .
و صدور إرادة من الانسان بقصد إحداث مثل هذا الأثر يفترض تصوراً
سعيها للأوضاع المختلفة - واقعية كانت أو قانونية - فى كينونتها وفى
صيورتها ، لذلك فكلما كان تصور الإنسان لوضع من الأوضاع المتصلة
بالتصرف الذى يجريه مخالفاً للحقيقة ، أمكن أن ينعكس ذلك التصور على
صحة هذا التصرف أو نفاذه أو تحديد مضمونه ، وكالما كان التصور
المخالف للحقيقة منصباً على وضع قانونى ، ثارت مشكاة الجهل بالقانون .

١ - الجهل بالاحكام المدنيه وصحة التصرف القانونى :

٣٣ - فالتصور المخالف للحقيقة مؤداة وقوع طرف التصرف
فى غلط يجعل التصرف باطلاً أو قابلاً للإبطال فى الحدود التى يكون فيها
جوهرياً ودافعاً إلى التصرف .

والحقيقة التى يرد عليها الغلط غالباً ما تكون هى الحق محل التصرف
أو نطاقه ومضمونه . ولما كان وجود الحق وتحديد نطاقه يتوقف فى كثير
من الأحيان على إعمال أحكام القانون ، فكثيراً ما يكون تصور هذا أو ذلك
خلافاً للحقيقة مترتباً على عدم العلم بأحكام القانون .

والواقع ان الغلط فى وجود الحق لا يظهر كثيراً فى مجال العقد .
ذلك أن المشرع غالباً ما يجعل من عدم وجود الحق سبباً للإبطال كما هو
الحال فى ابطال بيع أو رهن أو هبة ملك الغير ، على نحو يفقد معه بطلان
العقد استناداً إلى الغلط فى وجود الحق كل قيمة عملية له . غير أن هذا
الغلط كثيراً ما يصادف فى التصرف القانونى المنفرد ، كما هو الحال
مثلا فى الوفاء الذى يؤدى اليه تصور وجود التزام غير قائم أو التزام سبق .

أن انقضى من قبل (١) . أما الغلط في نطاق الحق أو مضمونه فكثيراً ما نصادفه في العقد والتصرف المنفرد على السواء (٢) . ويكفي أن نضرب لذلك مثلاً بالبيع الوارد على الحق في التركة في حالة الجهل بمقدار النصيب والذي يخوله القانون للبائع ، أو البيع الوارد على أرض في حالة الجهل بالتشريعات التي تمنع البناء عليها ، أو الوفاء بدين دون معرفة مقداره نتيجة للجهل بأحكام القانون التي تحدده (٣) .

وقد كان من الطبيعي في ضوء النظرة التقليدية لمشكلة الجهل بالقانون أن يبدو الاعتداد بالغلط في القانون مناقضاً للحلول العملية لهذه المشكلة . ذلك ان الاحتجاج بهذا الغلط توصلنا إلى بطلان العقد أو ابطاله معناه الاحتجاج بجهل القانون ، وأن هذه الحلول تتمثل في عدم جواز الاعتذار بجهل القانون كقاعدة مطلقة . ولذلك فقد ذهب الفقه القديم إلى عدم الاعتداد بالغلط في القانون تغييباً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ؛ فلما جرى القضاء الفرنسي على الاعتداد بهذا الغلط - استناداً إلى نصوص التشريع التي لا تمنع الاعتداد به الا في حالة الصلح والاقرار - اعتبر جانب من الفقه ذلك من قبيل الاستثناء على المبدأ (٤) ، واعتبره جانب آخر خطوة نحو التخلص منه (٥) ، بينما اضطر جانب ثالث إلى القول بقصر المبدأ ذاته على القانون الجنائي (٦) .

(١) في هذا المعنى :

Roger Decotignies, L'erreur de droit , R.T.D.C., 1951, p. 309 et s..

(٢) المرجع السابق ، ص ٣١٧ وما بعدها .

(٣) أنظر الأمثلة المختلفة على الغلط في القانون التي يشير إليها السهوري في كتابه :

نظرية العقد ، بند ٣٧٤ ص ٣٨٨ وما بعدها .

(٤) في هذا المعنى : السهوري : نظرية العقد ، بند ٣٧٣ ص ٣٨٧ ، الوسيط -

مصادر الالتزام ، المرجع السابق ص ١٧٤ .

(٥) في هذا المعنى :

F. Terré, op cit., p. 101 et s.

Mazeaud, Leçons de droit civil, T. II, 1956, N° 172, p. 140. (٦)

وقد سبق أن رأينا ان مجال امكان الاعتذار بجهل القانون هو الأحكام التكاليفية دون غيرها ، وأن مناط هذا الامكان هو استحالة العلم بالحكم التكاليفي لا عدم العلم الفعلي بأحكام القانون على اختلاف فصائلها . ومن الواضح ان هذا النظر من شأنه التنبيه إلى ضرورة الفصل بين مشكلة الغلط في القانون وحلول مشكلة الجهل بالقانون . ذلك ان مشكلة الجهل بالقانون ترتبط حلولها العملية بإعمال أحكامه التفصيلية وتستنفد بالضرورة بتحقيق هذا الإعمال ، بحيث يكون كل ما يفوق هذا الإعمال خارجاً عن دائرة هذه المشكلة . وعلى هذا النحو فشكلة الجهل بالقانون تستنفد في صدد الحكم الوضعي بمجرد ترتيبه بالفعل . وهذا الحكم يترتب كما رأينا تلقائياً دون نظر إلى علم المكلف . ولذلك فالغلط في هذا الحكم منبت الصلة بحلول مشكلة الجهل بالقانون في صده . كذلك فشكلة الجهل بالقانون تستنفد في صدد الحكم التكاليفي بإعماله أو استبعاد إعماله ولا تستنفد قبل ذلك . ولكن إعمال هذا الحكم أو استبعاد إعماله رهين بإمكان العلم به أو باستحالة هذا العلم . ولذلك فالغلط في هذا الحكم أمر خارج كذلك عن حلول مشكلة الجهل به ان لم يكن الاعتداد به أمراً لازماً لإعمال هذه الحلول .

والواقع ان بحث الأمثلة السابقة يكشف بجلاء ان الاعتداد بالغلط في القانون يكون في بعض الأحيان سابقاً على إعمال الحلول التي وصلنا إليها في صدد الجهل بالقانون ، ويكون في بعض الأحيان لازماً لإعمالها وليس مناقضاً لها ، ويكون في بعضها الآخر تالياً لإعمالها ومن ثم خارجاً ومنفصلاً عنها .

ففي صورة البيع دون علم بقواعد القانون التي تمنع البناء في الأرض المبيعة يكون الحكم المجهول هو الحكم المقرر لعدم البناء على الأرض وما يترتب عليه من حكم تكاليفي بتحريم البناء في الأرض على صاحب الحق فيها . ومن الواضح أن الحكم الأول يكون إعماله متحققاً ما دامت الأرض خالية بالفعل . ولذلك فإعمال الغلط في القانون وابطال العقد بناء عليه لا يتضمن

بذاته اهداراً لهذا الحكم . أما الحكم الآخر فيكون لإعماله بتعلقه بفعل صاحب الحق في الأرض ما دام يمكنه العلم به ، وبعدم تعلقه بفعله مادام لا يمكنه العلم به . ومن الواضح أن هذا الحكم لا يعنى المشتري الا منذ أن يصير صاحب حق في الأرض ، وأن التمسك بالغلط ليس معناه اهدار هذا الحكم باستبعاده في حالة ثبوته في حق المشتري ، وإنما معناه تفادى ثبوته في حقه بتفادى تملكه للأرض المبيعة .

وفي صورة الوفاء بدين غير قائم أو الوفاء بما يجاوز الالتزام القائم - نتيجة توهم وجوده أو توهم مضمونه على غير الحقيقة - يكون الحكم المجهول هو الحكم المقرر لوجود الحق أو نفيه أو المحدد لمضمونه ، ويكون لإعماله بترتيب الالتزام بالرد تأسيساً على عدم وجود الالتزام أو على اختلاف مضمونه الحقيقي . وهذا الحكم حكم وضعي يرتب أثره دون نظر إلى العلم به أو امكانية هذا العلم . ولذلك فالأخذ بمقتضى الغلط في هذه الحالة ليس فيه خروج على الحلول الواجبة فيما يتعلق بالجهل بهذا الحكم ، وإنما هو - على العكس من ذلك - إعمال لهذه الحلول .

أما في صورة بيع حق الارث ، فالحكم المجهول هو ذلك المحدد لمقدار الأثر ، وهو حكم غير تكليفي يتحقق لإعماله بمجرد اثبات ملكية البائع للقدر الذي يقرره له هذا الحكم . ولذلك فإعمال الغلط في هذه الحالة يكون تالياً لإعمال الحلول الواجبة في صدد الحكم المقرر للإرث ومستقلاً عنها ، على نحو تبدو معه مشكلة الغلط مستقلة تماماً عن مشكلة الجهل بالقانون وما تفرضه من حلول .

٣٤ - وقد تكون الحقيقة التي يرد عليها الغلط هي سبب التصرف بمعنى الباعث الدافع اليه (١) . وفكرة السبب قد تواجه في ذاتها فتبدو

(١) أنظر كذلك في امكان ورود الغلط في القانون على شخص المتعاقد : السهوري ، نظرية العقد ، بند ٣٧٤ ص ٣٧٩ ، محمد وجدى عبد الصمد ، المقال السابق ، ص ٢٥٨ .

كركن في التصرف على نحو يكون معه التصرف باطلا في حالة تخلف
الباعث عليه ، خلافاً لما كان يعتقد طرفاً التصرف . وقد تواجه من خلال
فكرة الغلط على نحو تترتب معه مجرد القابلية للإبطال في الحالة المذكورة (١) .
وأيا ما كانت الوجة الواجب تغليبها في هذا الشأن ، فإن اعتقاد وجود
سبب قائم بالفعل كثيراً ما يكون مبعثه عدم العلم الفعلي بحكم من أحكام
القانون . مثال ذلك ان يتفق شخص مع آخر على منحه ارتفاقاً— في حالة عدم
قيام ارتفاق قانوني — اعتقاداً بأن القانون يلزمه بذلك ، أو أن يتفق مثل هذا
الشخص مع شخص آخر على تعويضه عن ضرر ليس مسئولاً عنه قانوناً
اعتقاداً بقيام التزام عليه بتعويض هذا الضرر ، أو أن يقوم بتعويضه بالفعل
استناداً إلى هذا الاعتقاد (٢) .

ومن الواضح ان البطلان أو الإبطال في هذه الصور يبدو مناقضاً
لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في معناه المطلق المتصل بفكرة القوة الملزمة
الذاتية للقانون ، تماماً كما في حالة الغلط في المعقود عليه . ذلك ان من يطلب
البطلان أو الإبطال انما يستند في طلبه إلى عدم علمه الفعلي بأحكام القانون ،
استناداً يتعارض مع القوة الملزمة الذاتية التي لهذه الأحكام دون نظر إلى
عنصر خارجي عنها كالعلم بها .

غير أن البطلان أو الإبطال لا يتعارض مع حلول مشكلة الجهل بالقانون
في ظل التصوير الذي نقول به لهذه المشكلة ، وانما يبدو — على العكس
من ذلك — أمراً خارجاً تماماً عنها . ففي كلا المثليين السابقين نجد الجهل
لا ينصب إلا على حكم معين من أحكام القانون ، وهو الحكم المقرر لعدم
الالتزام بالارتفاق بقوة القانون أو لعدم الالتزام بالتعويض . ومن الواضح

(١) السهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، بند ١٧٣ وبند ٢٩٢ ،

Roger Decotignies, op. cit., p. 321.

Roger Decotignies, op. cit., p. 321.

(٢)

وأنظر الأمثلة التي يذكرها السهوري في كتابه : «نظرية العقد» ، بند ٣٧٤ ، ص ٣٨٩

وما بعدها .

ان مثل هذا الحكم يعتبر حكماً وضعياً لا يتوقف إعماله على امكان أو عدم إمكان العلم به . لذلك فالالتزام بانشاء الارتفاق أو الالتزام بالتعويض ليس له من مصدر سوى التصرف القانوني المتمثل في الاتفاق بين الطرفين . ولكن هذا الاتفاق يتخلف ركن أو شرط فيه على نحو يؤدي إلى عدم قيام الالتزام المفترض قيامه عنه . وبالمثل فالوفاء بالتعويض ليس له من مصدر سوى الوفاء الباطل ذاته على نحو يبدو معه هذا الوفاء مناقضاً لمقتضى حكم القانون الذي كان الموفى يجهله . ولذلك فرد ما أوفى به يعتبر بمثابة حكم تكليفي يحقق الحكم الوضعي الذي ورد الجهل عليه . وعلى هذا النحو تبدو مشكلة الجهل بالقانون للمرة الثانية منتبة الصلة بمشكلة الغلط في القانون .

والواقع ان فكرة الجهل بالقانون وفكرة الغلط - كفكرتين قانونيتين متميزتين - تختلفان في مجالهما وفي معيارهما وفي أثرهما . فالأولى مجالها أحكام التكليف وحدها ، ومعيارها موضوعي هو امكانية العلم أو استحالته ، وأثرها هو عدم تعلق الحكم الذي يكون العلم به مستحيلاً بفعل المكلف . أما الأخرى فمجالها تمتد إلى جميع أحكام القانون ، ومعيارها شخصي تحت هو الجهل الفعلي ، وأثرها يتمثل في ابطال التصرف القانوني الذي داخله الغلط .

٢ - الجهل بالاحكام المدنية ونفاذ التصرف القانوني :

٣٥ - وإذا كان التصور المخالف للحقيقة يؤدي إلى بطلان التصرف أو ابطاله - خلافاً للأصل من صحته على النحو السابق - فقد يكون مؤدياً في بعض الأحيان إلى نفاذه ، خلافاً للأصل من عدم نفاذه . فقد يكون التصرف القانوني غير نافذ لعدم صدوره من صاحب الحق موضوع التصرف أو ممن له سلطة لإجراء التصرف عليه ، ولكن الطرف الأخير في التصرف كثيراً ما يكون حسن النية معتقداً بصدور التصرف من صاحب الحق أو السلطة في اجراء التصرف ، ويكون هذا الاعتقاد مستنداً إلى وضع ظاهر أو شائع . وفي هذه الحالة نجد نصوص القانون تقرر نفاذ التصرف في بعض الحالات حماية لحسن النية كما نجد اتجاهها في الفقه والقضاء إلى تعميم هذا الحل ورفعته إلى منزلة المبدأ القانوني . وتتوافر تطبيقات هذه الصورة

بصفة خاصة في حالة التصرف الذي يجريه النائب الظاهر أو التصرف الذي يجريه مدير الشركة المعين بقرار باطل ، أو التصرف الذي يجريه المالك الظاهر (١) .

وانفاذ التصرف على هذا النحو السابق يتضمن معنى اهدار حكم القانون القاضى بعدم نفاذه ، تغليباً لاستقرار التعامل واستناداً إلى حسن نية . ومن الواضح ان الوضع الظاهر قد يكون وضعاً قانونياً كما قد يكون وضعاً واقعياً . فاذا كان وضعاً قانونياً ثار التساؤل عما إذا كان في الاعتداد به خروج على الحلول الواجبة لمشكلة الجهل بالقانون (٢) .

والواقع أن الأمر يتعلق في الصور المعروضة بأحكام وضعية ترتب أثرها دون نظر إلى علم المكلف أو عدم علمه بها . ولذلك فالأخذ بفكرة الوضع الظاهر في هذا المجال ليس له من معنى سوى اهدار الأحكام المذكورة . ولكن مشكلة الجهل بالقانون كمشكلة عملية لا تقوم بصدد هذه الأحكام على نحو ما رأينا . ولذلك فليس هناك من تعارض بين حلول مشكلة الجهل بالقانون وبين الاعتداد بالوضع الظاهر بانفاذ التصرف ، بقدر ما هناك من تعارض بين هذا الاعتداد وبين إعمال الحكم الأصلي القاضى بعدم نفاذ التصرف ، أو بعبارة أخرى فالأمر لا يتعلق باباحة الاعتذار بجهل القانون في مجال يكون فيه هذا الاعتذار ممتنعاً بحسب الأصل ، وإنما ينخلق حكم وضعي جديد يجعل حسن النية المستند إلى الوضع الظاهر مانعاً من التمسك بعدم النفاذ (٣) .

٣ - الجهل بالأحكام المدنية ومضمون التصرف القانوني ؛

٣٦ - مهما كان من أمر معايير التفسير ومدى ما تتضمنه من نزعة

Mazeaud, Article précité, p. 930 et s.

(١)

(٢) قارن :

Mazeaud, Article précité, p. 942.

(٣) المقال السابق ، ص ٩٣٠ .

موضوعية ، فانه يظل صحيحاً أن محور التفسير هو ارادة طرف التصرف القانونى المنفرد أو إرادة طرفى العقد . ولكن البحث عن هذه الإرادة قد يصطدم بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى مفهومه المطلق . وقد رأينا مثالا لذلك فى الالتزام بالضمان المترتب على عقد البيع . فقد استقر القول فى القضاء والفقهاء على أن البائع يضمن حقوق الارتفاق غير الظاهرة وحقوق الارتفاق القانونية ، وأن وجه تسوية الأخيرة بالأولى هو كون القانون مصدرها المباشر على نحو يكون معه فى مطالبة المشتري بالضمان اعتذار بجهل القانون يخالف المبدأ العام المستقر فى هذا الصدد . لذلك فقد بدا اتجاه محكمة النقض الفرنسية مؤخراً إلى تقرير ضمان البائع حقوق الارتفاق القانونية كلما كانت وضعية الأماكن أو الوضع العادى للملكية لا تكشف عنها غريباً فى ظل التصور التقليدى لمشكلة الجهل بالقانون وحلونها العملية (١).

والواقع ان مشكلة تفسير التصرف القانونى لتحديد الالتزامات المختلفة المترتبة عليه مشكلة منفصلة تماماً عن مشكلة الجهل بالقانون فى التصور الذى انتهينا اليه ، ذلك التصور الذى يفرق بين الحكم الوضعى والحكم التكميلى . فالقواعد المقررة للارتفاق القانونى تضع أحكاماً وضعية أو تقريرية تتمثل فى اثبات الارتفاق بمجرد توافر سببه وشروطه دون حاجة إلى امكان العلم به أو عدم امكانه . حقاً ان هذه القواعد تضع أحكاماً تكليفية ، بالامتناع عن التعرض لصاحب الارتفاق ، على عاتق أصحاب العقارات التى ترد عليها الارتفاقات المذكورة ، وأن الاحكام التكميلية لا تتعلق بفعل المكلف الا منذ أن يكون باستطاعته العلم بها . غير أن المشتري عندما يطالب بالضمان لا يتعرض لصاحب الارتفاق ولا يدعى حقاً فى الافلات من التكليف الواقع عليه قبله ، وانما يطالب بحق قبل البائع يتوقف ثبوته له أو عدم ثبوته على مضمون العقد ذاته . ولذلك فقيام الضمان من عدمه مشكلة لا تتعلق بالاعتذار بجهل أحكام القانون المترتبة للارتفاق القانونى .

(١) أنظر ماتقدم بند ٩ .

والواقع ان ثبوت أو عدم ثبوت الضمان يتعلق بتفسير العقد لتحديد الالتزامات المترتبة عليه ومدى كل منها . ومن هنا كان ربط الفقه بين الارتفاقات القانونية والارتفاقات الظاهرة التي يرجع عدم ضمان البائع لها إلى أن ظهورها يؤكد عدم انصراف ارادة المتعاقدين إليها . حقاً ان المشتري قد لا يكون عالماً بالفعل بالارتفاق الظاهر على نحو يمكن معه القول بانصراف ارادته إلى عدم ضمان البائع له . ولكن ذلك لا يؤدي إلى القول بأن الارادة لم تنصرف إلى ضمانه . فظهور الارتفاق يمكن من استنباط ارادة من البائع بعدم الضمان واعتقاد منه بانصراف ارادة المشتري إلى عدم الضمان . ولذلك يمتنع القول باتجاه الارادة المشتركة إلى الضمان ويتعين التسليم باتجاهها على العكس من ذلك إلى عدم الضمان . ذلك أن مضمون العقد يتحدد بالارادة المشتركة وأن الارادة المعتمدة من جانب كل من المتعاقدين في هذا الصدد هي الارادة الممكن التعرف عليها بصرف النظر عن اتفاقها أو عدم اتفاقها مع ارادته الحقيقية (1) .

وعلى هذا النحو لا يسعنا الا أن نؤيد اتجاه محكمة النقض الفرنسية الأخير . فمسألة عدم ضمان حقوق الارتفاق القانونية لا تترتب في الحقيقة على الحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون ، وإنما تتعلق بتفسير العقد والارادة المشتركة فيه على نحو يعطيها حاولا متفاوتة تختلف باختلاف حقيقة الارادات الممكن التعرف عليها والمكونة للارادة المشتركة في كل حالة على حدتها . ومن هنا كان عدم الضمان في كل حالة يكون فيها الارتفاق ناشئاً عن وضعية الاماكن على نحو يجعل الارتفاق ظاهراً ويجعل الارادة الممكن التعرف عليها في ظل هذه الظروف هي ارادة عدم الضمان ، وكان الضمان في كل حالة لا يكون الارتفاق فيها ناشئاً عن هذه الوضعية على نحو لا يجعل الارتفاق ظاهراً ويجعل الارادة المشتركة الممكن التعرف عليها في ظل هذه الظروف كذلك

(1) قارن :

Bernard Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris, 1964, p. 189.

هي ارادة الضمان . وبعبارة أخرى فعدم قيام الضمان يتطلب شرطين : أن يكون هناك نص قانوني منشئ للارتفاق ، وأن تكون وضعية العقارات بحيث تنبئ عن وجود الارتفاق القانوني ، كما لو كان العقار متقدماً عن العقارات المجاورة له مثلاً (١) .

المطلب الثاني

الجهل بالاحكام المدنيه والواقعه القانونيه

٣٧ - رأينا ان الغلط الناشئ عن جهل أحكام القانون يؤدي إلى بطلان الوفاء على نحو يمكن من استرداد ما دفع دون وجه حق . على أن النظر إلى الوفاء من زاوية أخرى هي زاوية واقعة الأثر بلا سبب المنشئة للحق في الاسترداد يؤدي إلى القول بأن الغلط شرط لتوافر الحق في الاسترداد ، وان هذا الغلط يستوي فيه أن يكون ناشئاً عن جهل الواقع أو جهل القانون . وفكرة الغلط المذكورة تصادف في تطبيقات الأثر تحت ستار فكرة أخرى هي فكرة حسن النية . فكثير من تطبيقات واقعة الأثر بلا سبب تأخذ بعين الاعتبار حسن نية المفتقر في تقدير التعويض الواجب على المثري كما هو الحال في المصروفات (م ٩٨٠ مدني) وفي التعويض الناشئ عن أعمال قواعد الالتصاق (١) . وحسن النية في مثل هذه الحالة قد يكون ناشئاً عن جهل القانون . ولما كانت واقعة الأثر ترتب أثرها بمجرد توافر شروطها ، فالأمر يتعلق في هذه الصور بأحكام وضعية هي تلك التي تثبت الحق أو تنفيه أو تحدد مدها . وهذه الأحكام يتم إعمالها تلقائياً دون نظر إلى العلم أو عدم العلم بها . ولذلك فمشكلة حسن

B. Gross, op. cit., p. 200; H; Blin, Obs. sur Cass. civ., 29 février(١) 1956, J.C.P. 1965.2.9200; note anonyme sur le même arrêt. D. 1956. 285.

(٢) الواقع أن فكره حسن النية تتغلغل في كل القانون المدني . أنظر في تطبيقات حسن

النية وعلاقتها بالغلط :

J. Ghestin, op. cit., No. 84, p. 92 et s. et note 4 p. 99., F. Gorphe, op. cit.

النية تبدو تالية لهذا الإعمال كما يبدو التعويض الذي تؤثر في تقديره نتيجة لهذا الإعمال . ومن ثم فإعمال حسن النية في هذه الحالات لا يتضمن أى مخالفة لحلول مشكلة الجهل بالقانون .

وإذا كانت واقعة الأثرء لا تثير إشكالا على هذا النحو فان الأمر يختلف بالنسبة لوقائع أخرى كالواقعة المرتبة للمسئولية أو بعض الوقائع المرتبة للحق العيني .

١ - الجهل بالأحكام المدنية والواقعه المنشئه للمسئولية :

٣٨ - تعتبر الواقعة المنشئة للمسئولية والالتزام بالتعويض أهم الوقائع القانونية المنشئة للحق من حيث صلها بمشكلة الجهل بالقانون . فالمسئولية المستندة إلى الخطأ أساسها تكليف قانونى يثير تعلقه بفعل المكلف مشكلة الجهل بالقانون بالمعنى الدقيق . والمسئولية التى تقوم دون خطأ ان كانت لا تستند إلى تكليف يعتبر أساساً لها ، الا أنها تنهى على أى حال بالتزام بالتعويض لا تقوم مسئولية المدين به عن وفائه قبل أن يتحقق ثبوته من مصدر من مصادر القانون .

وقد كان من المنطقى فى ظل النظرة التقليدية المطلقة لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون - والتي تربط بينه وبين القوة الملزمة للقانون - أن ينتهى الفقه والقضاء إلى عدم امكان التخلص من المسئولية - أو استبعاد أثر الغش والخطأ الجسيم على تقدير التعويض - استناداً إلى الجهل بالقانون ، وسواء كانت هذه المسئولية ناشئة عن عدم التزام المعيار العام للسلوك أو عن عدم مراعاة واجب أو آخر من الواجبات المحددة التى تفرضها نصوص القانون (١) .

كذلك كان من المنطقى مع تأسيس المبدأ المذكور على قرينة العلم بالقانون حرمان المسئول من الرجوع بالتعويض على من قد يكون سبباً

في غلطة في القانون (١) . فالمستول مفروض فيه دائماً العلم بالقانون على نحو يكون معه هو وحده المسئول عن سلوكه سلوكاً مخالفاً لأحكامه . ولذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه «حيث أن مواعيد النقل بالسكك الحديدية محددة بقرارات وزارية منشورة ولها قوة القانون على نحو لا يمكن معه مخالفتها أو الادعاء بجهلها ؛ وحيث أن المدعى عليه تبعاً لذلك لا يستطيع قانوناً الادعاء بأنه أوقع في غلط في الشروط المتعلقة بمواعيد النقل عن طريق المعلومات الصادرة من موظف ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تحميله الشركة (شركة النقل) نتائج الغلط أو التأخير المدعى» (٢) . كذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه «لا يقبل من جانب المستوردين الدفع بالجهل بما فرضته القوانين الجمركية» ، وأن «اغفال مصلحة الجمارك تحصيل الرسوم المستحقة على البضاعة المستوردة لا يعلو إلى مرتبة الخطأ الموجب لتعويض المستوردين إذ أن تقصير موظفي المصلحة في اقتضاء الرسم المستحق إنما يكون قد أضر بحق الخزينة العامة وحدها» (٣) .

ولا نخفي ما في اطلاق الحلول السابقة من مجافاة للعدالة . لذلك نجد محاولات في الفقه لالتماس وسيلة للتخفيف من هذا الاطلاق (٤) .

٣٩ - على أن امعان النظر في النتيجة الأولى المتعلقة بمسئولية المكلف يكشف عن وجوب التمييز بين المسئولية غير الخطئية وبين المسئولية الخطئية في هذا الصدد . فالالتزام بالتعويض في المسئولية غير الخطئية لا ينشأ عن سلوك معين ولا يستند إلى تكليف (٥) . تتوقف المواخذة عليه على التمكين

(١) Dereux, op. cit., p. 514.

(٢) Cass. civ. 2 Janvier 1901, Gazette des tribunaux, 6 juin 1901.

وأنظر الأحكام الأخرى التي شار إليها «ديرو» في المرجع السابق ص ١٩ ٢٨ .

(٣) نقض ١٩٦١/٦/١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٢ رقم ٧٧ ، ص ٥١٠ .

(٤) أنظر في ذلك :

Dereux, op. cit., p. 537.

(٥) في هذا المعنى :

M.K. Gomma, Théorie des sources de l'obligation, Paris, 1968, No. et s.

من العلم به ، ولا يعدو أن تكون مجرد حكم تفريري أو وضعي يترتب مباشرة دون نظر إلى علم المدين أو عدم علمه به . ولذلك فلا يكون في ترتيب المسؤولية عند تخلف العلم أو امكانية العلم أى خروج على حدود امكانية الاعتذار بجهل القانون . أما في المسؤولية الخطئية فالالتزام بالتعويض ينشأ عن سلوك مخالف لمقتضى حكم تكليفي سابق (١) . ولذلك فيكون في القضاء بالمسؤولية دون الاعتداد بالاعتذار بجهل التكليف عندما يكون العلم به مستحيلا خروج على حلول مشكلة الجهل بالقانون .

أما فيما يتعلق برجوع المكلف على الغير الذي يكون سلوكه عاملا من عوامل جهله بالتكليف ، فهذا الرجوع يعتبر علاقة جديدة متميزة تماماً عن علاقة المكلف بالمضروب ويوجد حاوله في هذه العلاقة وحدها . ذلك أن مسؤولية المكلف قبل المضروب لا تتوافر على النحو السابق لمجرد عدم انصياعه لمقتضى الحكم التكليفي وإنما يلزم فوق ذلك توافر تقصيره في واجب العلم بهذا الحكم . ومن الواضح أن الواجب المذكور ينشأ عن صفته كمكلف ويظهر أثره لذلك في علاقته بالمضروب وحده دون علاقته بالغير الذي يكون سلوكه عاملا من عوامل جهله بالتكليف .

والواقع ان علاقة المكلف بالغير انما تتحدد - وفقاً لأحكام المسؤولية - عن طريق تقييم سلوك كل من طرفيها وما يربطه من صلة بالضرر الذي لحق المكلف نتيجة التزامه بالتعويض (٢) . وهذا التقييم لا يدخل فيه - كما هو واضح - جهل المكلف ذاته بقدر ما يدخل فيه جهل الغير . فالمكلف يكون مخطئاً مثلاً في اعتماده على معرفة أحكام القانون على غير مختص ولا يكون كذلك في اعتماده على شخص مختص . ولكن خطأ المكلف في هذا الصدد لا يكفي أن يدخل في تقديره جهله بأحكام القانون ما دنا

(١) قارب : المرجع السابق ، بند ١٠٤ .

(٢) قارب :

François Gorphe, Le principe de la bonne fois, Paris, 1928, p. 133 et s.

لا نواجه موقفه كمكلف وإنما كمدع بالتعويض . والغير الذي تسبب في وقوع المكلف في الغلط في القانون يكون تقييم سلوكه وفقاً لمدى تخصصه أو اختصاصه . فإذا كان متخصصاً أو مختصاً كان مخطئاً ما لم يكن الأمر متعلقاً بحكم محل خلاف وكان قد أبان للمكلف عن هذا الخلاف (١) . وإذا كان غير متخصص أو غير مختص كان غير مخطئ ما لم يكن في تصديه للتعريف بأحكام القانون ما يخالف المعيار العام للسلوك . وإذا كان الجهل بالقانون عنصراً من عناصر تقييم سلوك الغير على هذا النحو ، فمن الواضح ان الجهل المذكور هو جهل الغير ذاته وليس جهل المكلف ، وأن هذا الجهل يكون تقديره وفقاً لفكرة الواجب المهني وليس وفقاً لفكرة التكليف .

٢ - الجهل بالأحكام المدنية والولائع المرتبه لنحو العيني :

٤٠ - لا يقتصر أثر الوقائع القانونية على ترتيب الالتزام بالتعويض على النحو المتقدم ، وإنما يمتد كذلك إلى ترتيب الحقوق العينية أو انقضائها . وبعض الوقائع موضوعية بحيث لا تتضمن أي عنصر ذاتي ، بحيث ترتب أثرها في اكتساب الحق بقوة القانون ، كما هو الحال في الميراث وفي الالتصاق عادة . أما البعض الآخر فيدخل العنصر الذاتي في تكوينه أو يكون مضافاً إليه كشرط لانتاج الأثر المذكور ، كما هو الحال في الحيابة . فحسن النية شرط لاكتساب الحق على المنقول أو اسقاط التكليف الوارد عليه بالحيابة . وحسن النية شرط لاكتساب الثمار بالحيابة . وحسن النية شرط كذلك لاكتساب الحق عموماً بالتقدم الحمسى . وفي هذه الصور جميعاً كثيراً ما يكون حسن النية ناشئاً عن جهل أحكام القانون التي تحول دون صحة التصرف ونتاجه أثره المقصود دون حاجة إلى الاستناد إلى الحيابة . ولذلك فالتمسك بالحيابة فيها يتضمن الاستناد إلى جهل القانون على نحو يبدو معه متعارضاً مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في معناه التقليدي .

(١) أنظر ماتقدم بند ٢٩ ، وأنظر كذلك :

Dereux, op. cit., p. 540 et s.

ومع ذلك فيبدو أن محكمة النقض الفرنسية - وفقاً للتفسير التقليدي لقضائها - لم تلتزم قاعدة واحدة في هذا الشأن . فبينما استندت إلى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لاستبعاد آثار الحيازة في المنقول كلما كان حسن النية نتيجة للجهل بأحكام القانون (١) ، سلمت مع ذلك باكتساب الحائز ملكية الثمار استناداً إلى قبضها بحسن نية ، على الرغم من كون حسن النية ناشئاً عن جهل القانون (٢) . وقد انحصرت نظرة الفقه إلى إلقاء قضاء المحكمة في تأييد هذا الاتجاه أو ذلك وفقاً لمدى تقبل كل فقيه لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، دون البحث في إمكان التوفيق بين الأحكام التي تبدو متعارضة على ضوء شروط إحداث الحيازة أثرها في الصور المختلفة .

والواقع ان القضاء الأول - المتعلق بقاعدة الحيازة في المنقول - يبدو لأول وهلة منساقاً وراء فكرة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون في مفهومها المطلق ، فيغلب هذه الفكرة على فكرة حسن النية ، ويقرر عدم إمكان التملك بالحيازة على الرغم من توافر حسن النية . غير أن التأمل في الوقائع التي صدر فيها هذا القضاء - على ضوء شروط إعمال القاعدة المذكورة - يكشف عن أن عدم انتاج الحيازة أثرها يرجع لا إلى عدم الاعتداد بحسن النية على الرغم من توافره وإنما إلى عدم توافر السبب الصحيح . ففي جميع هذه الوقائع كانت الحيازة تستند لا إلى تصرف قانوني قابل للإبطال لصدوره من غير مالك وإنما إلى تصرف قانوني باطل بطلاناً مطلقاً أو على الأقل غير نافذ لعدم الحصول على إذن بالتصرف ، على نحو يمتنع معه توافر السبب الصحيح . ومثل هذا البطلان أو عدم النفاذ - كما رأينا - حكم وضعي يرتب أثره تلقائياً دون حاجة إلى العلم به . ولذلك يكون عدم ترتيب

Req. 14 Août 1882, D.1883. I.

(١)

وأنظر كذلك :

François Grphe, op. cit., p. 135.

Req., 11 Janvier 1887, D. 1888.5 269.

(٢)

الحيازة لأثرها نتيجة طبيعية لاشتراط القانون توافر السبب الصحيح لاكتساب الحق بالحيازة وتخالف هذا الشرط بالضرورة في كل حالة تم فيها مخالفة القانون مخالفة تجاوز صدور التصرف من غير صاحب الحق . ولذلك أيضاً يظل الباب مفتوحاً للقول بأن حسن النية يمكن أن يؤدي دوره حتى في حالة كونه نتيجة للجهل بأحكام القانون . ومن الواضح أن مثل هذا الحل يفرض نفسه كذلك في حالة التقادم الخمسي حيث يشترط السبب الصحيح .

ويكفي لتأكيد التحليل السابق التأمل في قضاء المحكمة في صورة اكتساب الثمار بالحيازة . فقد اعتدت المحكمة - كما رأينا - بحسن النية في هذه الصورة على الرغم من كون حسن النية ناشيء عن جهل فعلي بأحكام القانون . والواقع أن هذه الصورة لا يشترط فيها - كما نعرف - توافر السبب الصحيح لترتيب الحيازة أثرها . لذلك فبطلان التصرف الذي تستند اليه الحيازة ، أو عدم نفاذه ، لا يكون له من أثر على ترتيب الحيازة أثرها ، ما دامت قد تخلفت وسيلة ادخاله في الاعتبار ، وهي السبب الصحيح . ولذلك أيضاً فإن الحيازة تنتج أثرها بمجرد توافر حسن النية وبصرف النظر عن كون حسن النية نتيجة للجهل الفعلي بحكم أو آخر من أحكام القانون .

حقاً ان الاكتفاء بحسن النية لا يمنع ضرورة استناد الحيازة إلى تصرف معين يكون وجوده عنصراً لازماً لتوافر حسن النية . ولكن مجرد وجود هذا التصرف كاف لتوافر حسن النية ، حتى ولو كان باطلاً (1) ، على نحو لا يكون معه البطلان مانعاً من توفر حسن النية .

(1) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, Droit Civil, T. II, 2^o vol., Les Biens, 1965, N^o 44.

المبحث الثاني

الجهل بالقواعد المدنية ومصادر القانون

٤١ - انتهينا فيما سبق إلى امكان التمييز في الأحكام المدنية بين الحكم الوضعي والحكم التكليفي ، لإعمال الأول إعمالاً تلقائياً دون نظر إلى العلم به وترتيب إعمال الأخير على توافر امكانية العلم به . ومن الواضح ان امكانية العلم بالحكم لا يتصور توافرها قبل ثبوته من مصدره . غير أن ثبوت الحكم من مصدره لا يوفر بذاته امكانية هذا العلم . ذلك ان هذه الامكانية متوقف بعد ذلك على اعلام المكلفين به .

- المطلب الأول : الجهل بالأحكام المدنية وثبوت الحكم من مصدره .
- المطلب الثاني : الجهل بالأحكام المدنية واعلام المكلفين بالحكم .

المطلب الاول

الجهل بالأحكام المدنية وثبوت الحكم من مصدره

٤٢ - لا شك في أن الانتهاء إلى ضرورة ثبوت الحكم من مصدره كشرط لامكان العلم به من شأنه أن يلقى بمشكلة العلم بالأحكام المدنية في خضم أزمة نظرية مصادر القانون والتيارات المختلفة التي تتنازعها . ذلك ان تحديد وقت ثبوت الحكم - ومن ثم توافر الشرط المبدئي لامكان العلم به - يختلف باختلاف المصدر الذي يرجع اليه الحكم المذكور .

١ - ثبوت الحكم بين التشريع والقضاء :

٤٣ - وقد كان الفقه الوضعي اللاحق للثورة الفرنسية ، بنزوعه إلى الشرعية ، ينظر إلى القانون كمجموع من القواعد العامة المجردة ويجعل من التشريع المصدر الوحيد للقانون الذي يستقى منه القاضي هذه القواعد بطريق القياس المنطقي . وهذه النظرة كان من شأنها الربط المطلق بين امكانية العلم بالقانون وبين اتخاذ الاجراءات اللازمة لتنفيذ التشريع ، من اصدار ونشر ، دون التفات إلى الدور الذي تؤديه المصادر القانونية الأخرى وبخاصة القضاء .

غير أن تجاوز فكرة القاعدة القانونية إلى فكرة الحكم - باعتباره الأثر المحدد الذي يقتضيه خطاب الشارع في كل فعل من أفعال المكلفين - من شأنه أن يغير من وضع المشكلة حتى مع دوام النظر إلى التشريع كمصدر رسمي وحيد للقانون وإلى القضاء كمجرد مصدر تفسيري له . ذلك ان وجود التشريع نافذاً شيء ودلالته على حكم فعل بعينه شيء آخر . فالتشريع أولاً ، كثيراً ما لا يعنى الا بالموجهات البالغة العمومية فيتولى القضاء تحديد مضمونها (١) . ويمكن أن نضرب مثلاً لذلك بالمادة ١٦٣ من القانون المدني في نصها على أن «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» . فهذا النص يقتصر على تقرير الأصل العام في المسؤولية من ضرورة توافر الخطأ وترتب الضرر عليه لقيامها . ولكن المحاكم عليها أن تقيم كل مسلك يثور بشأنه النزاع لتقرير توافر أو عدم توافر الخطأ فيه ومن ثم تقرير حكم مثل هذا المسلك في القانون . والتشريع ثانياً ، باعتباره مجرد مجموعة من القواعد العالة المجردة ، لا يمكن مهما كانت درجة دقته وتفصيله أن يكون دالاً بذاته على حكم جميع الأفعال التي يتصور أن تقع تحت طائلته دلالة قطعية ، إيجاباً كان هذا الحكم أو تحريماً أو تخييراً . ذلك أن دلالة التشريع على حكم أفعال المكلفين المختلفة والمتجددة تراجع من اليقين إلى الظن بقدر ابتعاد هذه الأفعال عن تلك التي تكون في ذهن واضعه وتمايزها عنها . ولذلك فكثيراً ما يكون ثبوت حكم الفعل متوقفاً على موقف سلطات التفسير الرسمية من تحديد مضمون نصوص التشريع ، على نحو يستحيل معه القول بثبوت حكم الفعل قبل أن تتخذ سلطات التفسير موقفاً محدداً من هذا الفعل بذاته .

ولا شك ان التحليل السابق من شأنه أن يثير مشكلة القدرة الخلاقة لسلطات التفسير (٢) . ولكن أياً ما كان الرأي في مقدرة هذه السلطات على خلق قواعد القانون ، فيبدو لنا أنه لا مناص من التسليم بدورها في اثبات

(١) Marty et Raynaud, T. 1, op. cit., p. 203.

(٢) أنظر في هذا الموضوع :

Carbonnier, Droit Civil, T. 1, op. cit., p. 123 et s.

الأحكام التفصيلية لأفعال المكلفين في تفرد كل منها وتميزه عن غيره من الأفعال ، يستوى بعد ذلك أن يكون اثبات الأحكام المذكورة مجرد إعمال للقياس المنطقي أو خلقاً لقواعد جديدة تسد النقص في التشريع أو تطوع مضمونه للواقع الاجتماعي المتغير .

٤٤ - ولعله من الواضح ان هذا المنطق يسهل التسليم به فيما يتعلق بالتفسير التشريعي . ذلك أن هذا التفسير نظراً لصدوره من المشرع ذاته ، يكون له من العمومية ما يؤهله لتقرير الأحكام القانونية . غير أن التسليم بدور التفسير التشريعي في اثبات الأحكام القانونية على هذا النحو ، من شأنه أن يغير من النظرة التقليدية لهذا التفسير وإلى حلول مشكلة الجهل بما يتضمنه من أحكام . فالتسليم بذلك ان كان لا يحول دون تعلق الأحكام الوضعية التي يقررها التفسير التشريعي بأفعال المكلفين على الرغم من صدورها قبل تواجده ، الا أنه يحول دون ذلك بالنسبة لما يقرره من أحكام تكليفية ، نظراً لأن تعلق هذه الأحكام بأفعال المكلفين يتوقف على إمكان العلم بها وأن هذا الامكان لا يتأتى قبل تقريرها .

ولكن المشكلة تدق بالنسبة للتفسير القضائي . ففي ظل نظام لا يعترف بالسابقة القضائية يكون هناك دائماً مجال لاختلاف أحكام المحاكم دون أن يؤدي هذا الاختلاف إلى بطلان أي منها ما دام لم يطعن فيه أمام محكمة النقض أو لم يقض بنقضه في حالة الطعن فيه . وبذلك يصعب اعتبار قرار المحكمة في واقعة محددة مثبتاً لحكم نموذج معين من الأفعال يتجاوز الواقعة المقضى فيها ، كما يصعب اعتبار تواتر عدة أحكام على حل معين مثبتاً لمثل هذا الحكم إذا ما كانت أحكام أخرى قد تواترت على حل مخالف له . وعلى هذا النحو فكلما تعلق الأمر بحكم تكليفي لا يكون هناك مناص في مثل هذه الحالات من القول بوجود «فراغ قانوني» لدى من يسلمون بإمكان وجود مثل هذا الفراغ ، أو من القول بأن حكم الفعل هو «التخير» لدى من لا يسلمون بوجود الفراغ القانوني . وتطبيقاً لذلك يكون للمكلف

إذا ما ووجه بأن الفعل مأمور به أو منهي عنه أن يحتج دائماً بعدم ثبوت هذا الحكم أو ذلك .

على أن الأمر يختلف في حالة تواتر القضاء في مجموعة على حل معين دون آخر . ففي هذه الحالة يكون اعتبار تواتر القضاء مقررًا للحكم قانوني ينسحب إليه واجب العلم بالقانون كلما كان حكماً تكليفيًا . ولذلك يكون جهل المكلف لمثل هذا الحل من قبيل التقصير في واجب العلم بالقانون على نحو يتمتع معه الاحتجاج به لاستبعاد نتائج الحل المذكور .

وغنى عن البيان أن توافر التواتر المثبت للحكم القانوني على هذا النحو مسألة واقع تتوقف على ظروف عديدة من بينها عدد الأحكام ودرجة المحاكم الصادرة عنها في السلم القضائي (١) . ولذلك فلا مناص في هذا الصدد من الاعتداد بقضاء محكمة النقض — إذا كان لها قضاء في المسألة التي يثور بشأنها ثبوت الحكم القانوني — باعتبار مالها من سلطة في ضمان التطبيق السليم للقانون .

وإذا كان استلزام التواتر لثبوت الحكم عن طريق القضاء ليس الا نتيجة طبيعية لعدم الأخذ بنظام السابقة القضائية ، فان الأمر يختلف بالنسبة لقضاء المحكمة العليا عند ممارستها وظيفتها في تفسير القانون . ذلك ان أحكام المحكمة العليا في هذا الشأن — وخلافاً لأحكام محكمة النقض — تتمتع بانقوة الملزمة تجاه المحاكم الأخرى . ومن الواضح — تبعاً لذلك — ان صدور قرار من هذه المحكمة يعتبر بذاته مثبتاً للحكم بما يغني عن التواتر اللازم لثبوته عن طريق قضاء غيرها من المحاكم . ذلك أن هذا القرار يأخذ في الحقيقة حكم التفسير التشريعي (٢) .

Mazeaud, Article précité, p. 948.

(١)

(٢) في هذا المعنى : حسن كبره ، المرجع السابق ، بند ١٦٩ ، هشام على صادق ، دروس في المدخل إلى القانون والتشريعات الاجماعية ، ١٩٦٩ - ١٩٧ ، ص ٧٤ وما بعدها .

٤٥ - على أن القول باعتبار القضاء مصدراً للحكم في حالة التواتر على النحو السابق ، يثير مشكلة جديدة في حالة العدول عن الحل المتواتر إلى حل آخر مخالف . ففي هذه الحالة يكون العلم بما يتضمنه الحل الجديد من أحكام تكليفية مستحيلاً قبل القضاء به . ولذلك فالمنطق يقضى بتمكين المكلف من الاعتذار بجهل الحل الجديد .

ويبدو من استقراء أحكام المحاكم أن القضاء يسلم بهذه النتيجة (١) . غير أن الفقه يذهب إلى تفسيرها عن طريق مبدأ «الغلط الشائع يولد الحق» . ذلك أن رجوع القضاء عن حل سابق معناه اعترافه باكتشاف خطئه في تفسير القانون ، وأن هذا الخطأ القضائي قد خلق وضعاً ظاهراً يمكن الاحتجاج به على الرغم من مخالفته للقانون (٢) . غير أنه يبدو لنا أن الاستناد إلى فكرة الوضع الظاهر على هذا النحو تخفى وراءها الدور الخلاق للقضاء ، ذلك الدور الذي يصعب التسليم به في ظل النظرية التقليدية لمصادر القانون . فالاستناد إلى هذه الفكرة عند تخلف النص الصريح لا يستقيم إلا مع التسليم بقدرة القضاء على الانشاء . لذلك فلا مناص من القول بأن القضاء في أخذه بحكم تكليفي معين خلافاً لقضاء مستقر سابق ، إنما يقوم بتقرير هذا الحكم ، وأن الاحتجاج بالقضاء السابق في هذا الصدد إنما هو من قبيل الاحتجاج بعدم إمكان العلم بالحكم التكليفي الجديد . وبعبارة أخرى ، فرجوع القضاء عن حل سابق يحمل محتمل التعديل للوضع القانوني للمسألة التي يتحقق بشأنها الرجوع ، تماماً كما هو الحال في صورة إصدار المشرع تشريعاً جديداً دون الالتفات إلى مدى تعارضه مع الوضع القانوني القائم ، وحيث لا يعتبر ذلك بمثابة خطأ من المشرع وإنما يحمل دائماً محتمل التعديل للوضع القانوني القائم قبله .

Cass. 18 germ. an IIV, et les arrêt scités par Mazeaud, (١) article précité.

(٢) في هذا المعنى :

Mazeaud, article précité, p. 945 et s.

٤٦ - على ضوء ما تقدم يمكن البحث في تحديد نطاق مشروعية الاعتذار بجهل الحكم التكليفي استناداً إلى عدم ثبوته قبل صدور الفعل الذي ينصرف إليه هذا الحكم .

ولا صعوبة في الأمر إذا كان الحكم التكليفي ثابتاً مباشرة بنص قانوني . كذلك لا صعوبة في الأمر إذا كان هذا الحكم ثابتاً عن طريق قضاء مضطرد أو عن طريق حكم من أحكام المحكمة العليا . ففي هذه الأحوال جميعاً لا يكون الاعتذار بجهل الحكم التكليفي استناداً إلى مجرد عدم ثبوته مقبولاً ، ما دام النص المثبت له كان موجوداً قبل صدور الفعل الذي ينصرف إليه أو ما دام القضاء قد تواتر عليه أو كان قد صدر به حكم من المحكمة العليا قبل ذلك . ولكن الصعوبة تثور عندما يكون الحكم التكليفي راجعاً إلى مجرد قرار قضائي منفرد دون أن يمكن نسبته مباشرة إلى نص قانوني . كذلك تثور الصعوبة في حالة تقرير القضاء لمثل هذا الحكم رجوعاً عن قضاء مخالف سابق ومضطرد . ففي هذه الصور يكون الحكم التكليفي حكماً جديداً على نحو يؤدي منطق إعماله إلى عدم تعلقه بفعل المكلف السابق نظراً لاستحالة العلم به قبل صدور «الحكم القضائي» المقرر له . ولكن هذه النتيجة تبدو متعارضة مع وظيفة القاضي في نظامنا القانوني ، حيث القاضي لا يقوم بتقرير الأحكام على نحو منفصل عن النزاع المطروح عليه ، وحيث لا قيمة لهذه الأحكام الا بتطبيقها على هذا النزاع . فالقاضي « لا يتطوع بالفصل في مشكلة قانونية من تلقاء نفسه ، بل يقتصر عمله على النظر فيما يرفع اليه من منازعات .. بل ان التماضي لا ينفصل فيما يرفع اليه من قضايا الا إذا كانت متضمنة خلافاً له طابع عملي ، بمعنى انه لا يختص بالبت في الخلافات النظرية البحتة .. » (١) . ولذلك فالبحث عن حكم معين لا يعرض على المحكمة ، أولاً يكون له قيمة عملية معينة ، الا إذا كان بصدد انزال حكم القانون على فعل معين من أفعال المكلفين . والمحكمة من حقها ومن

(١) حمدي عبد الرحمن ، نظرية القانون ، الكتاب الأول من مؤلفه «دروس في القانون» بالاشتراك معنا ، بيروت ، ص ١٢٢ .

واجبها بالضرورة أن تنزل الحكم الذى تراه موافقاً للقانون على مثل هذا الفعل . ولذلك لا تبدو هناك جدوى من الاعتذار أمامها بأن الحكم الذى انتهت اليه لم يكن ثابتاً من قبل أو الاعتذار بأن هذا الحكم مخالف للقضاء المستقر . ذلك أن الاعتذار بذلك معناه مصادرة حق المحكمة فى التفسير .

والواقع ان التعارض بين تقرير الحكم التكليفى فى قرار القاضى الفاضل فى النزاع وبين قبول الاعتذار بعدم ثبوته من قبل ليس كما يبدو لأول وهلة تعارضاً تاماً . ذلك ان الاعتذار بعدم ثبوت الحكم من قبل - ومن ثم بجهله - انما يعمل من خلال فكرة «أسباب الاباحة» وليس من خلال فكرة التكليف ذاتها ؛ كما قدمنا . وبعبارة أخرى ، فتقرير التكليف واعفاء المكلف مع ذلك منه ، معناه التسليم بتوافر سببه وشروطه من ناحية ، وقيام مانع من موانعه فى حق المكلف المعروض أمره على المحكمة بالذات من من ناحية أخرى .

ويمكن أن نأخذ مثلاً لذلك من المسئولية الخطئية . فالمدعى عليه فى دعوى المسئولية الخطئية يستطيع أن يدفع بأن فعله لا يعتبر خطأ فى القانون كلما كانت صفة الخطأ فيه غير ثابتة مباشرة بنص تشريعى أو بقضاء متواتر أو بقرار من المحكمة العليا ، كما يستطيع - على سبيل الاحتياط - أن يدفع بجهل صفة الخطأ فى فعله للافلات من المسئولية فيما لو انتهت المحكمة إلى اعتبار فعله مكوناً للخطأ اللازم لقيام المسئولية . فاذا ما انتهت المحكمة إلى عدم اعتبار الفعل مكوناً للخطأ ، قررت انتفاء مسئولية المدعى عليه أصلاً . أما إذا انتهت إلى عكس ذلك فيكون عليها - قبل أن تنتهى إلى قيام مسئولية المدعى عليه - أن تقضى بقبول الدفع الاحتياطى شكلاً وأن تبحث بعد ذلك فى صحته من الناحية الموضوعية ، لتنتهى إلى رفض دعوى المسئولية إذا ما ثبتت لديها صحته (١) .

(١) فى الوصول إلى ذات النتيجة من طريق آخر ، انظر : Dereux, op, cit., p. 538

٢ - ثبوت العرف بين الحكم والقضاء :

٤٧ - أدت حملة «جيني» على عبادة التشريع إلى تسليم الفقه بأن المصادر الرسمية للقانون تتسع للعرف بجانب التشريع . ولكن بقايا الشرعية المتولدة عن الثورة الفرنسية وتقنيات القرن الماضي مازالت ماثلة في مواجهته كمجموع من القواعد العامة المجردة مثله في ذلك مثل التشريع (١) . فسواء كان للعرف قوة ذاتية كما يؤكد البعض ، أو كان يستمد قوته من ارادة المشرع الضمنية كما يذهب البعض الآخر ، أو كان يستمد هذه القوة من تطبيق القضاء له كما يقول به البعض الثالث (٢) ، فإن العرف لا يرتقى إلى مرتبة المصدر الرسمي للقانون - في نظر الفقه خاصة - الا حينما يمكن استخلاص قاعدة عامة مجردة من الحلول الفردية المتابعة في المجتمع ، يستوى بعد ذلك أن تودع الجماعة مثل هذه القاعدة في مبدأ عام تجرى على اتباعه أو أن لا تصل القاعدة إلى مثل هذه المنزلة ما دام من المتيسر استنباطها من الحلول التي يجرى عليها العمل (٣) .

والحقيقة السابقة تؤدي بنا إلى معاملة العرف ذات المعاملة التي يلقاها التشريع . فالقاعدة العرفية - من حيث هي قاعدة عامة مجردة - لا يمكن أن تكون بذاتها كافية للدلالة على حكم جميع الأفعال التي يتصور أن تنضوى تحتها إيجاباً وسلباً . ولذلك فلا مناص من ظهور كثير من الأفعال التي

(١) في هذا المعنى :

Carbonnier, Droit civil, t.a, op. cit., p. 28.

(٢) في تفصيل ذلك ، أنظر : حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٥٣ ، ص ٢٨٣ ومابعدا .

(٣) في هذا المعنى ، أنظر :

Paul Amselek, op. cit. p. 168.

وأنظر كذلك تفرقة الأستاذ «كرونييه» بين «العرف الشعبي» و «العرف الفكري أو العقلي» :

Droit civil, T.1, op. cit. p. 111.

وقارب :

Pedamont, op. cit. No. 18 et s.

لا يمكن معرفة حكمها عن طريق القاعدة العرفية مباشرة ، ويتعين في صدها انتظار ما يستقر عليه القضاء أو ما تقضى به المحكمة العليا في تفسيرها للقاعدة العرفية . لذلك لم يكن غريباً - حتى على من يؤكد قوة العرف الذاتية - التسليم بأن «دور القضاء .. غير منكور في تحديد مضمون العرف وفي تحديد قوته الملزمة على السواء» نظراً لأن العرف «يعوزه دائماً الوضوح والتحديد ، لأنه مجرد معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة معينة» (١) . وغنى عن البيان - بعد أن رأينا دور القضاء في اثبات الحكم استناداً إلى التشريع - ان الفارق في هذا الصدد بين العرف والتشريع ليس الافارقاً كميّاً محتماً . فالقضاء في كلا الحالتين له دور فعال في تقرير الأحكام ، وان كان هذا الدور أوسع في مجال العرف منه في مجال التشريع .

وترتيباً على ذلك فكلما كان القضاء منقسماً بصدد إعمال قاعدة عرفية معينة على بعض الأفعال ، كان حكم هذه الأخيرة غير ثابت على نحو يحول دون توافر امكانية العلم به ويمكن من الاحتجاج بجهل الحكم الذي تثبته المحكمة المعروض عليها النزاع لها . وعلى العكس من ذلك فكلما انعقد اتجاه القضاء على إعمال القاعدة العرفية على بعض الأفعال أو قضت بذلك المحكمة العليا ، صار حكمها ثابتاً على نحو يزيل العقبة التي تحول دون امكان العلم به ويمنع من الاحتجاج بجهله استناداً إلى مجرد عدم ثبوته . وبالمثل كلما رجع القضاء عن حكم معين إلى حكم آخر استناداً إلى سلطته في تفسير العرف ، كان معنى ذلك اثبات حكم جديد لا تتوافر امكانية العلم به قبل هذا الرجوع ، ويمكن الاحتجاج بجهله استناداً إلى مجرد عدم ثبوته قبل صدور فعل المكلف موضوع الحكم المذكور . وهذه النتيجة الأخيرة تستقيم تماماً مع امكان تغير مضمون القاعدة العرفية ذاتها تحت تأثير العمل ، على الأقل بالنسبة للعرف «الشعبي» الذي لا يترجمه مبدأ قانوني عام يعمل من خلاله ، ما دامت هذه القاعدة تجد مصدرها في الواقع العملي وحده .

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٥٦ ص ٢٨٨ .

٣ - ثبوت الحكم ودور الإرادة في تحديد مناطق اعماله :

٤٨ - يؤكد البعض أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ينحسر عن القواعد المكتملة ، ترتيباً على أن هذه القواعد لا تطبق - بحسب طبيعتها - الا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها (١) . ويرى البعض الآخر أنه لا مبرر لاستثناء هذه القواعد من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إذ ما دامت القاعدة المكتملة قاعدة ملزمة فلا ينبغي الاحتجاج بجهلها للافلات من الخضوع لحكمها ، لأن الالتزام بمضمونها ينطوى على معنى الالتزام بالعلم بهذا المضمون (٢) . والخلاف على هذا النحو مبعثه ما يكتنف فكرة الالتزام في القانون بصفة عامة - وفي هذه للقواعد بصفة خاصة بالنظر لوظيفتها التكميلية - من غموض ، وما يؤدي إليه ذلك من عدم التمييز بين الأحكام التكميلية والأحكام الوضعية عند مواجهة مشكلة الجهل بالقانون .

والواقع أنه لما كانت القواعد المكتملة لا تطبق الا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها ، فان مناط تطبيقها يقتصر على حالة انعدام مثل هذا الاتفاق على نحو لا يتصور البحث معه في امكان أو عدم امكان الاعتذار بجهلها الا عند تخلف الاتفاق المذكور . ولذلك فان الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد ليس معناه الاعتذار بجهلها وانما معناه عدم توافر مناط تطبيقها ، تماماً كما هو الحال بالنسبة لقاعدة أخرى آمرة يتخلف شرط من الشروط اللازمة لتطبيقها . فاذا انعدم الاتفاق على ما يخالف القاعدة المكتملة توافر مناط تطبيقها وكان هناك بالتالي مجال لتطبيق الحلول التي انتهينا إليها بصدد مشكلة الجهل بالقانون .

(١) السهورى ، نظرية العقد ، بند ٣٧٣ ، ص ٣٨٧ . وأنظر كذلك الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ص ١٦٤ .
وفي ذات المعنى :

Dereux, op. cit., p. 515.

(٢) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٧٤ ص ٣١٨ .

على أنه يلاحظ أنه إذا كان ارتهان تطبيق القواعد المكتملة بعدم وجود اتفاق مخالف لا يؤثر في تطبيق الحلول العامة لمشكلة الجهل بالقانون عليها على هذا النحو ، فإن اختلاف النظر إلى وظيفة هذه القواعد من شأنه أن يغير من نتائج تطبيق الحلول المذكورة بشأنها في حالة رجوع القضاء عن تفسير معين لقاعدة من هذه القواعد إلى تفسير جديد آخر . ذلك ان النظر إلى هذه القواعد كقواعد «مفسرة» للإرادة يؤدي منطقاً إلى إعمال الحل الذي يتضمنه التفسير القديم في مثل هذه الحالة ، باعتباره الحل الذي يمكن القول بانصراف الإرادة إليه . أما النظر إليها كقواعد مكتملة للتصرف القانوني – بصرف النظر عن استنادها أو عدم استنادها إلى الإرادة المنشئة له – فهو لا يحول دون إعمال الحل الذي يتضمنه التفسير الجديد ، وإنما يحول فقط دون موازنة المكلف بما قد يتضمنه هذا الحل من تكليف عن الفترة السابقة على أخذ القضاء بالتفسير الجديد . فاذا تعلق الأمر مثلاً باثبات التزام لم يكن ثابتاً من قبل على أحد الأطراف ، فإن المدين يؤخذ بمثل هذا الالتزام ولكن لا يمكن اعتباره مقصراً في تنفيذه ، بما يؤدي إلى استبعاد نتائج التقصير في الفترة السابقة على قرار المحكمة .

ومن الواضح ان النظر الأول يؤدي إلى مصادرة دور المحكمة في تفسير القانون بصدد إعماله على النزاع المطروح عليها . أما النظر الآخر ، ففضلاً عن أنه النظر الذي يأخذ به الفقه الحديث ، فهو يؤدي إلى ذات النتائج التي ترتبها الحلول العامة لمشكلة الجهل بالقانون .

كذلك يلاحظ ان جهل المتعاقدين بحكم القاعدة المكتملة جهلاً فعلياً قد يدفع بهما إلى تنظيم علاقتهما على نحو معين ، كما لو كان البائع والمشتري يعتقدان مثلاً ان مصروفات العقد وفقاً للقواعد المكتملة تكون على البائع فادخلاً ذلك في تقديرهما للثمن . ومن الواضح ان هذا الجهل يؤدي إلى عدم تطبيق القاعدة المكتملة . ولكن عدم تطبيقها لا يرجع في الواقع إلى خروج هذه القاعدة عن سلطان الحلول العامة لمشكلة الجهل بالقانون ، وإنما إلى تخلف مناهج تطبيقها نظراً لوجود اتفاق ضمني أكيد على مخالفتها .

٤٩ - ويقترّب من القواعد المكّملة في هذا الصدد القواعد التي تتضمّن العادات الاتفاقيّة . فرغم أن العادة الاتفاقيّة لا تعتبر مجرد واقع ولا تفرّق عن العرف من حيث القوّة الملزمة ، على نحو ما سبق أن رأينا ، إلا أنّها تختلف عنه فيما يتعلّق بنطاق إعمالها . ذلك أن وحدة المنشأ للعرف والعادة الاتفاقيّة وتوافر صفة العموميّة في كلّ منهما ، لا يمنع من أن القاعدة العرفيّة تميّز بانفصالها عن الإرادة الفرديّة للمخاطبين بها انفصالاً لا يتوافر للقاعدة التي تتضمّن العادة الاتفاقيّة . ولذلك فأحكام القاعدة العرفيّة تتعلّق مباشرة بأفعال المكلفين ما لم تتوافر بالفعل إرادة مخالفة منهم . أمّا أحكام العادة الاتفاقيّة فيتوقّف تعلّقها بأفعال المكلفين على انصراف إرادتهم إليها (١) .

وهذا الفارق في مناط الإعمال يترتب عليه فارق آخر فيما يتعلّق بتوافر امكانيّة العلم . ذلك ان توافر مناط إعمال العادة الاتفاقيّة - خلافاً للعرف - هو انصراف الإرادة إلى إعمالها ، وأن انصراف الإرادة إلى هذا لإعمال يفترض بالضرورة توافر العلم الفعلي أو على الأقل توافر امكانيّة العلم بها . وبعبارة أخرى فتختلف امكانيّة العلم بالعادة الاتفاقيّة لا يعنى مجرد توافر مانع من تعلّق حكمها بفعل المكلف كلما كان حكماً تكليفيّاً ، وإنما يعنى فوق ذلك عدم توافر مناط تطبيقها من الأصل ، بكل ما تتضمّنه من أحكام تكليفيّة وأحكام وضعيّة .

المطلب الثاني

الجهل بالأحكام المدنيّة اعلام المكلفين بالحكم

٥٠ - لا يكفي ثبوت الأحكام التكليفيّة للقول بإمكان العلم بها ، وإنما يلزم فوق ذلك توافر وسيلة نقلها لعلم المكلفين . وهذه الوسيلة تختلف أمرها باختلاف مصادر الأحكام :

١ - الاعلام بالأحكام التشريعيّة :

٥١ - فبالنسبة للتشريع ، يعتبر النشر في الجريدة الرسميّة هو وسيلة حمل

(١) في هذا المعنى :

Pedamont, op. cit., No. 32 et s.

الأحكام إلى علم المخاطبين بالقانون . وقد سبق أن عرضنا لمدى قصور هذه الوسيلة في تحقيق العلم الفعلي للمكلفين بأحكام القانون - خاصة في العصر الحديث الذي تزايد وتداخل فيه التشريعات - ثم لمحاولات البحث عن وسائل أخرى أكثر ضماناً لتحقيق هذه الغاية . ولا شك لدينا ان هذه المحاولات مبعثها تصور ضرورة العلم الفعلي بأحكام القانون كشرط منطقي لامكان تطبيقه على المكلفين . غير اننا قد رأينا أن مشكلة العلم بأحكام القانون لا تثور الا بالنسبة لطائفة معينة من هذه الأحكام هي الأحكام التكليفية ، وان ماهية هذه الأحكام لا تفترض منطقاً لامكان إعمالها سوى امكان علم المكلف بها ولو لم يتوافر له العلم الفعلي . كذلك قد انتهينا من بعدلاني ضرورة التمييز بين الأحكام التي تجد دليلها المباشر في نصوص التشريع ذاتها وتلك التي لا تجد دليلها المباشر الا في اجتهاد القضاء . وهذه الحقائق مجتمعة من شأنها أن تقودنا إلى كفاية النشر في الجريدة الرسمية لتحقيق الغرض المقصود من الاعلام بأحكام التشريع .

فن ناحية أولى يقتصر الغرض من الإعلام على التمكين من العلم بالأحكام التكليفية دون أن يتجاوزه إلى تحقيق العلم الفعلي بها ، ذلك العلم الذي يتوقف تحققه - بالفعل - على قيام المكلف ببذل العناية المفروضة عليه لاكتسابه . ومن ناحية أخرى فالمقصود بالأحكام المذكورة هو الأحكام التي تجد دليلها المباشر في النص التشريعي - دون غيرها مما يجد دليله المباشر في اجتهاد القضاء - على نحو يكفي معه امكان الاطلاع على الجريدة الرسمية للتمكن من العلم بها .

غير أن هذا القول ليس من شأنه بالضرورة وفي جميع الأحوال افتراض امكان العلم بأحكام التشريع بمجرد نشره في الجريدة الرسمية وانما مجرد نقل المشكلة من مجال البحث في توافر أو عدم توافر وسائل العلم بالقانون إلى مجال البحث في امكانية الاطلاع على الجريدة الرسمية . ولاشك ان هذا الوضع الجديد للمشكلة من شأنه أن يؤدي إلى تفاوت الحلول نتيجة الاعتماد باختلاف المسافة الجغرافية بين الأفراد . فاذا كان تحديد

وقت نفاذ القانون بتاريخ معين لاحق لتاريخ نشره ، وما تتيحه وسائل
المواصلات الحديثة من اعتبار اقليم الدولة وحدة واحدة من حيث توافر
وسيلة الاعلام بأحكام القانون ، يوؤديان إلى عدم التمييز بين المكلفين
الموجودين على اقليم الدولة في هذا الصدد، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمكلفين
الموجودين في جزء من هذا الاقليم تحول قوة القاهرة دون وصول الجريدة
الرسمية اليه أو بالنسبة للمكلفين الموجودين خارجه .

على هذا النحو فالفقه يسلم دائماً - ورغم تشبهه باطلاق مبدأ عدم
جواز الاعتذار بجهل القانون - بإمكان الاحتجاج بجهل القانون «في حال
قيام قوة القاهرة - كفيضان أو احتلال أجنبي - تعزل بعض المناطق في
الدولة عزلاً تاماً يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية إليها» كاستثناء على
على هذا المبدأ (١) . ولكن الأمر لا يتعلق في نظرنا باستثناء بقدر ما يتعلق
بالتطبيق الأصيل لحلول مشكلة الجهل بالقانون ، تلك الحلول التي تميز بين
الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية وتجعل مناط عدم جوار الاحتجاج
بجهل الأولى هو امكان العلم بها وليس مجرد ثبوتها من مصادرها .

وعلى هذا النحو أيضاً فقد رأينا محكمة النقض الفرنسية (٢) - في حالة
سريان القانون على الوطنيين الموجودين بالخارج - تترك للقاضي حرية
تقدير الظروف المحيطة بالمكلف ومن بينها وصول الجريدة الرسمية للبلد
الموجود فيه المواطن . ومن الواضح أن هذا الحل الذي يبدو مناقضاً لفكرة
المساواة بين المواطنين في التصور التقليدي لمشكلة الجهل بالقانون يعتبر
إعمالاً صحيحاً لهذه المساواة في التصور الذي انتهينا اليه لهذه المشكلة .

٢ - الاعلام بالأحكام العرفيه :

٥٢ - أما بالنسبة للعرف - الذي يعبر في الواقع عن قواعد القانون
ذات الأصل التاريخي أو ذات الأصل الشعبي - فلا تتوافر وسيلة معينة

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٧٥ ص ١١٩ .
وأنظر كذلك في هذا المعنى : نقض مدني ١٩٦٥/٤/٨ / مجموعة أحكام محكمة النقض ،
س ١٦ ، رقم ٢٧٧ ، ص ٤٧٦ .
(٢) مشار اليه فيما سبق ، ص ١٩

لنشره كما هو الحال بالنسبة للتشريع . ولكن هل معنى ذلك عدم توافر وسيلة للاعلام بما يحتويه من أحكام ؟ الواقع ان هذه الوسيلة توفرها عملية الاعتياد (١) المصاحبة لتكوين العرف والتي تخلق قوته الملزمة لدى المكلفين . بل ان هذا الاعتياد يحقق الاعلام على نحو أو في مما يحققه النشر بالنسبة للتشريع . ولذلك فالعرف – أو بعبارة أخرى التعارف – لا يعبر في الواقع عن مصدر الأحكام «العرفية» بقدر ما يعبر عن وسيلة حملها إلى المكلفين . ولذلك أيضاً فالعرف كما يقول البعض هو ذاكرة الأمة (٢) .

والعرف – أو التعارف – كوسيلة للاعلام بالأحكام «العرفية» لا يسمح بطبيعته بالاعتداد بالمسافة الجغرافية على النحو السابق بيانه بالنسبة للتشريع . ولذلك فلا يتصور الاحتجاج بجهل الحكم «العرفي» ممن يوجد في مناطق الدولة المعزولة أو خارج اقليمها . على أنه من الواضح ان هذا القول لا ينفي أن العرف قد يكون عرفاً عاماً أو مجرد عرف مهني أو محلي تقتصر قوته الملزمة على مهنة أو منطقة معينة .

٣ – الاعلام بالأحكام القضائية :

٥٣ – أما بالنسبة للقضاء كمصدر منشئ للأحكام التكليفية ، فقد رأينا أن ثبوت حكم تكليفي لا يستند مباشرة إلى النص لا يمكن أن يتوافر ما دام القضاء في مجموعه لم يتواتر على الحل الذي يتضمنه ، وما دام لم يصدر به قرار تفسيري من المحكمة العليا ، وأن الحكم في هذه الحالة لا يعتبر مصدره «قاعدة قضائية» وانما قرار المحكمة الفردي . ولذلك رأينا انه يمكن في مثل هذه الحالة الاعتذار بعدم وجود قاعدة «قضائية» أو تشريعية مقررة للحكم التكليفي من قبل توصلنا إلى استبعاد نتائج التقصير في اتباع التكليف الذي

(١) أنظر في ذلك ص ل. م. ماكيفر وشارل بيح ، المجتمع ، الجزء الأول ، ترجمة الدكتور على أحمد عيسى ، طبعة ثانية ، ١٩٦١ ص وما بعدها . وأنظر كذلك :

Carbonnier, Flexible droit, op. cit., Chapitr eVI, "La Génèse de l'obligatoire dans l'apparution de la coutume", p. 73 et s.

Carbonnier, Droit citil, T.1, op. cit. No. à.p. 28. (٢)

تقره المحكمة بقرار فردي منها . أما إذا توافر التواتر أو توافر حكم من المحكمة العليا ، فتقوم القاعدة «القضائية» المقررة للحكم على نحو لا يمكن معه استبعاد تعلقه بفعل المكلف الا باثبات استحالة العلم به . ولذلك فيثور التساؤل في هذه الحالة عن كيفية ضمان تمكين المكلفين من هذا العلم .

وقد رأينا اتجاهاً فقهيّاً للبحث في ضمان التمكين من استنباط الأحكام من القضاء وضمان نشرها . ويبدو لنا أن المشكلة بالنسبة للتواتر القضائي تكمن فقط في استنباط الأحكام من القضاء - للقطع في أمر ثبوتها - دون نشر هذه الأحكام . ذلك ان الاعلام بهذه الأحكام من بعد استنباطها يتحقق بالضرورة ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للعرف . فهذا التواتر يؤدي إلى التعود الذي يحقق العلم أو امكان العلم ، خاصة وأن قيام الحكم «القضائي» ذاته يتوقف على قيام هذا التواتر . ويكفي مثلاً على ذلك أحكام المسؤولية عن الأشياء التي أقامها القضاء الفرنسي . فتواتر حلوله معينة في صدد هذه المسؤولية هو الذي أدى إلى امكان القول بوجود هذه الأحكام واتباعها من بعد ، وهو الذي يمكن في ذات الوقت من العلم بهذه الأحكام .

أما بالنسبة لقضاء المحكمة العليا ، فهذا القضاء يتحقق الاعلام به عن طريق النشر في الجريدة الرسمية ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للتشريع .

خاتمة

٥٤ - لعل أهم ما نخرج به من هذه الدراسة هو أن مشكلة الجهل بالقانون - في أى فرع من فروعها - باعتبارها مشكلة كلية تتصل بذات القانون وليس بفرع أو مصدر أو آخر من فروعها ومصادرها ، إنما ترتبط أشد الارتباط بتصورنا للقانون من حيث جوهره ومن حيث صياغته . فتصور معين للقانون لا بد أن يعكس تصوراً موازياً لمشكلة الجهل بالقانون .

وعلى هذا النحو فبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من حيث تأصيله ومن حيث ما ينساب منه من حلول عملية ما هو الا انعكاس لتصور القانون الذى ساد نتيجة لفلسفة ما بعد النهضة الأوربية ، والذى يرى فى القانون تعبيراً عن ارادة الأفراد من حيث الجوهر ، ويرى فيه مجموعة من قواعد السلوك المصحوبة بجزاء من حيث الشكل . ولذلك كان طبيعياً أن تسجل الحلول العملية منذ النصف الثانى من القرن التاسع عشر تراجعاً ملحوظاً ومتزايداً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى ميادين عمله المختلفة ، أمام ما لحق ظاهرة القانون فى المجتمع الحديث من تعقيد وتشابك ، وأمام ما حققته مناهج البحث فيها من تقدم .

٥٥ - وابتداء من الحقائق السابقة فقد اتجهنا إلى دراسة مشكلة الجهل بالقانون انبعثاً من تصور آخر للقانون يأخذ التوطرات السابقة بعين الاعتبار ، ولعل الغريب فى هذا الأمر أن نجد أسس هذا التصور فى نظرية أصول الفقه فى الشريعة الاسلامية التى مضى على ارساء دعائمها أكثر من ألف عام مضت .

وعلى هذا النحو فقد رأينا ضرورة الاعتداد بالحكم كوحدة أساسية يتكون منها البيان القانونى بدلا من الوقوف عند فكرة القاعدة القانونية فى تجريدتها ، بما يستتبعه ذلك من التمييز بين الحكم الوضعى والحكم التكليفى ، والتمييز

بين أقسام كل من هذين النوعين من الأحكام ، واطهار العلاقة بين وقائع العالم المختلفة - التي يحكمها القانون - وبين ما يغطيها من أحكام .

وقد كان لهذا المسلك أثره المباشر في تصورنا لمشكلة الجهل بالقانون . فالحكم الوضعي - من حيث هو «جعل» من الشارع - لا يتوقف اعماله على ادراك المخاطب بالقانون له ومن ثم على علمه به. أما الحكم التكليفي - ومن حيث أنه يلقي بواجب معين على المخاطب بأحكام القانون - فهو وحده الذي يتوقف اعماله على ادراك المخاطب بالقانون له ومن ثم على علمه به. وعلى هذا النحو رأينا صحة القول بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون فيما يتعلق بالأحكام الوضعية ، ولكن لا على أساس افتراض العلم بها وإنما على أساس عدم لزوم العلم بها لاعمالها .

أما فيما يتعلق بالحكم التكليفي ، فقد رأينا خطأ القول بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ذلك أن اعمال هذا الحكم يفترض بالضرورة علم المكلف به . غير أن العلم المقصود في هذا الصدد ليس هو العلم الحقيقي بالنسبة لكل مكلف على حدة ، وإنما هو مجرد امكانية العلم بالنسبة للكافة . ذلك أنه مادامت ضرورة العلم مترتبة على جوهر فكرة التكليف ، فإن المنطق يقتضى النظر إلى العلم بالحكم التكليفي هو الآخر كواجب قانوني - أو تكليف مسبق - يجد حدوده في فكرة الاستحالة ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للتكليف الأصلي ذاته .

وعلى أساس من النظر السابق ، واجهنا تحليل أحكام القانون المدني إلى أحكام وضعية وأحكام تكليفية . وقد رأينا أن الحلول العملية التي التي تبدو متعارضة مع نتائج مبدأ جواز الاعتذار بجهل القانون ، تبدوا على العكس من ذلك متمشية تماماً مع النظر إلى مشكلة الجهل بالقانون من خلال التفرقة بين الأحكام الوضعية والأحكام التكليفية ، والبصر بمقتضيات كل من النوعين من الأحكام .

كذلك فعلى أساس من هذا النظر ، واجهنا مصادر القانون المختلفة ،
لنتعرف على المصدر الحقيقي للحكم أو دليله ، ومدى امكانية العلم بالأحكام
المتولدة من كل مصدر . وقد رأينا في هذا الصدد عدم صحة اعتبار التشريع
هو المصدر الوحيد للأحكام ، وضرورة الاعتراف بدور القضاء والعرف
في هذا الصدد ، كما رأينا أن هذا الاعتراف من شأنه أن يمايز بين الأحكام
المتولدة عن هذه المصادر المختلفة من حيث امكانية العلم بها ، وأن هذا التمايز
من شأنه أن يوصلنا إلى نتائج تتفق مع المنطق ومع الحلول العملية .

٥٦ - ولعل من أهم ما تكشف عنه هذه الدراسة أخيراً ، هو توجيه
النظر إلى الأهمية البالغة لنظرية أصول الفقه في الشريعة الاسلامية بالنسبة
للباحث الحديث في النظرية العامة للقانون . فهذه النظرية تقدم في الواقع
تصوراً علمياً غاية في الدقة والوضوح لتكوين القانون . وهذا التصور من
شأنه أن يلقي ضوءاً كبيراً على كثير من مباحث النظرية العامة للقانون
التي يحتدم النقاش حولها في الفقه الحديث ، والتي يصعب أو يستحيل
التوصل إلى حل مقبول لها نظراً لخطأ نقطة البداية لدى الفقه الحديث كله ،
كما هو الحال في مدى استيعاب عنصر النمط السلوكي لفحوى القواعد القانونية
وكما هو الحال في مشكلة الجزاء وفي مشكلة مصادر القانون . لذلك فيبدو
لنا أنه قد حان الأوان للكشف عن مكنونات تراثنا القانوني في هذا الصدد
واخراجها اخراجاً جديداً يتفق مع العقلية القانونية الحديثة ولغة العصر .
ولعل في سلوك هذا الطريق ما يمكننا من أن نسهم في التقدم العالمي لدراسة
القانون بدلا من أن نظل عالة على العالم الغربي في هذا المجال ، نجتز ما يقدمه
لنا من أفكار صاغتها خصوصيات تطوره التاريخي وفكره الفلسفي ، دون أن
نكون قادرين على تقييمها أو الاسهام في تطويرها وتوجيهها .

أسس التنظيم القضائي والقانوني في مصر

خلال العصرين البطلمي والروماني

للدكتور عبد المجيد الحناوى

١ - الغاية من هذه الدراسة :

سينصب اهتمامنا في هذا البحث على أسس التنظيم القضائي والقانوني في مصر في العصرين البطلمي والروماني . وهناك أسباب عديدة حدت بنا إلى ذلك ، منها أن الخلاف ما زال محتدماً بين العلماء في مختلف البلاد حول هذا الموضوع (١) ، ومنها اننا لم نعثر على أبحاث باللغة العربية تعالج هذا الموضوع الهام ، ومنها أخيراً أنه يمكن إضافة بعض الأفكار الجديدة التي تلقى الضوء على بعض الجوانب المجهولة من هذا التنظيم والأسس التي يركز عليها ابان هذه الفترة الطويلة .

٢ - خطة البحث :

من المعلوم أن بطليموس الأول سوتير نصب نفسه ملكاً على مصر في عام ٣٠٥ ق . م ، واستطاع أن يؤسس أسرة مالكة أجنبية كانت محوراً لتاريخ مصر السياسى والقانونى ابان القرون الثلاثة قبل الميلاد . ولقد أطلق المؤرخون على هذه الفترة اسم العصر البطلمي نسبة إلى هذه الأسرة .

وتصدى ملوك البطالمة لتنظيم الدولة المصرية من جوانبها المختلفة . ويرجع الفضل الأكبر في هذا المجال للملك بطليموس الثانى فيلاديلفوس . إذ بلغت الدولة البطلمية في عهده ذروة الحجد، ولم يعد يشغله ما كان يشغل الملك

Wolff (H. J.) : Das Justizwesen der ptolemaer, (1)
München, 1962.

بطليموس الأول من صراعات سياسية ، سواء في الداخل مع خصومه السياسيين أو في الخارج مع قادة الاسكندر . ولقد أجرى بطليموس الثاني فيلاديلفوس عدة اصلاحات من أهمها الإصلاح القضائي والتشريعي .

واستمر الحكم البطلمي حتى عام ٣٠ ق . م . حينما فتح اكتافوس مصر وأعلن ضمها إلى الامبراطورية الرومانية ، وجعلها ولاية رومانية . وبدأ بذلك العصر الروماني في مصر ، والذي استمر حوالي سبعة قرون ، إلى أن تمت هزيمة الرومان في عام ٦٤١ م في موقعة حصن بابلون على يد عمرو بن العاص . وصارت مصر بالتالي ولاية اسلامية .

ويمكن على هذا النحو تحديد الاطار الزمني لهذه الدراسة التي تمتد لألف عام تقريباً . وتتقابل خلالها نظم وأفكار قانونية حملها الإغريق والرومان إلى مصر ، مع النظم والأفكار القانونية التي كانت سائدة في مصر من قبل . ويترتب على هذا «التقابل» تأثيرات متبادلة ، نتيجة تعايش هذه النظم معاً وتجاورها ، رغم أنها تنتمي إلى أصول مختلفة . ذلك ان النظم القانونية اليونانية نشأت في اطار المدن اليونانية في اليونان (١) . ويقال نفس الشيء بالنسبة للنظم القانونية الرومانية التي نشأت أصلاً في روما .

وخضعت هذه النظم لسلسلة من التغييرات نتيجة لاختلاف الظروف الاجتماعية والسياسية التي نشأت أصلاً في ظلها . كما تكونت مناطق للاحتكاك بينها وبين النظم القانونية المصرية . وتحقق بعض مظاهر الامتزاج ، ولكنه لم يكن امتزاجاً تاماً . ذلك أن اختلاف العوامل العنصرية واللغوية والدينية لعب دوراً بارزاً في انفصال المصريين عن الأجانب . ووجدت ظاهرة «الازدواج» في مجال القضاء والقانون . فالأجنبي المقيم في مصر كان يجهل اللغة المصرية . كما أن عاداته كانت مختلفة تماماً عن العادات الصيقة بالمصريين . ولم تكن تهمة حضارتهم ، وانما كان شغله الشاغل ينصرف

(١) أنظر : Gernet (L.) : Introduction à l'étude du droit grec ancien , Archives d'histoire du droit orientale , t. 2, 1938, P. 261—292.

إلى البحث عن الثروة والعيش في وضع متميز عن المصريين . وحرص على اتباع قواعد قانونه الأصلي . ومن ناحية أخرى فان مصر ، وهي المحصورة في الأصل في اطار الفلاح ، حافظت على أصالتها وذاتيتها الحضارية المستقلة من خلال استمرار الحضارة الفرعونية . وتقابات في اطارها نظم تنمى إلى حضارات مختلفة . ولم يترتب على ذلك امتزاج هذه النظم ، وإنما مجرد تجاوزها وحدوث تأثيرات متبادلة في حدود معينة ، نتيجة تعايشها معاً لفترة طويلة من الوقت .

وهكذا تتضح السمات العامة لهذه الدراسة التي سنقسمها إلى قسمين ، نخصص أولهما لدراسة أسس التنظيم القضائي في العصرين البطلمي والروماني ، ويتناول ثانيهما أسس التنظيم القانوني خلال نفس الفترة ، نظراً للارتباط الوثيق ما بين التنظيم القضائي والتنظيم القانوني ، كما سنوضحه بالتفصيل .

القسم الأول

أسس التنظيم القضائي في مصر

في العصرين البطلمي والروماني

الباب الأول

أسس التنظيم القضائي في مصر في العصر البطلمي

الفصل الأول

الغاية من تنظيم مرفق القضاء

١ - المصادر التي نعتمد عليها :

تكثرت الوثائق البردية التي تمس مباشرة التنظيم القضائي في مصر البطلمية ، ومن أهمها التشريع الملكي الذي أصدره بطليموس الثاني فيلادلفوس في صورة «دياجراما» لتنظيم مرفق القضاء ، وذلك نحو عام ٢٧٠ ق.م. ، وذكرته مصادر عديدة . ويذهب فريق من العلماء إلى أن القضاء في عصر البطلمية لم ينظم دفعة واحدة بمقتضى تشريع ملكي واحد (دياجراما) ، وإنما نظمته على مراحل مجموعة من الأوامر الملكية (دياجراماتا) ، يرجع بعضها إلى الملك بطليموس الثاني فيلادلفوس ، وينسب البعض الآخر إلى الملك بطليموس الثالث يوارجيتيس .

ولا يمكن ابداء رأى حاسم بخصوص هذه المسألة ، نظراً إلى أن التشريعات الملكية (دياجراماتا) التي تنظم مرفق القضاء لم تصل إلينا بصورة مباشرة ، وإنما عرفناها من خلال إشارة بعض المصادر إليها بطريقة غير مباشرة . وكل ما يمكننا أن نقطع به هو أن التنظيم القضائي في مصر البطلمية يركز في وجوده إلى مبادرة ملكية . ولايهم بعد ذلك ما إذا كانت هذه المبادرة قد تجسدت في شكل أمر ملكي عام واحد (دياجراما) أو مجموعة من الأوامر الملكية التي صدرت في عهود مختلفة (دياجراماتا) .

فما نرغب في ابرازه أن الملك البطلمي هو الذي حدد اختصاصات

جميع المحاكم التي وجدت في ذلك الوقت ، وأنها كانت تباشر عملها بتفويض منه رغم أنها لم تكن تمثل الملك بصفة مباشرة . فقضاها لم يكونوا موظفين ملكيين بل كانوا يختارون في كل حالة فردية بطريق القرعة . وكان هناك ضمن هيئة المحكمة من يرمز لمصدر اختصاصها ، ونعني به المدعى العام Eisagogeus . فهو موظف ملكي يشغل وظيفة لها طابع الدوام . وهو مكلف بتحضير القضايا وتقديمها إلى المحكمة ، وتلاوة الوثائق أمامها ، وتنفيذ ما تصدره من أحكام . وباعتباره ممثلاً للحكومة ومصالحها ، كان في وضع يسمح له بأن يمارس رقابة على أسلوب عمل القضاة ، وطريقة أدائهم لواجباتهم . ولكن هذه الرقابة غير مباشرة ، وتستند إلى ما هو مفهوم ضمناً لدى القضاة من أنه يمثل الملك ، ويتبعه تبعية مباشرة باعتباره موظفاً ملكياً . ومع ذلك فإننا لم نعثر على أي دليل يشير إلى أن المدعى العام كان يمكنه أن يحول دون رفع أية دعوى بطريقة تحكيمية ، أي بمحض مشيئه أو بناء على تعليمات خاصة من قبل السلطات العليا ، أو أن يحول دون تنفيذ الأحكام القضائية التي لا ترضى الحكومة عنها .

٢ - الغاية من تنظيم مرفق القضاء :

كان ملوك البطلمة يهدفون من وراء كل تنظيم أجروه لمرافق الدولة المختلفة تقوية سلطة الملك حتى تتحقق في واقع الحياة العملية الفكرة التي حرصوا عليها دائماً وهي أن الملك تجسيد للدولة ورمز لها ، وهو مصدر كل سلطة . ونعتوا كل ما هو موجود في الدولة بنعت «الملكى» : فالوظف ملكى ، والفلاح ملكى .. الخ . ولم تذكر بجانبه أية هيئة سياسية أخرى .

وفي سبيل تحقيق هذه الغاية أيضاً ، عمد الملك البطلمي إلى إخضاع القضاء لرقابة الحكومة حتى يضمن هيمنته على كل مجالات الحياة في الدولة . فحينما يجعل الملك نفسه المصدر الأخير للسلطة القضائية ، فهذا يعني أنه يحتفظ لنفسه بسلطة املاء القانون الذي تطبقه الهيئات القضائية في اطار الدور المحدد لها بدقة . فكللا الأمرين متكاملان ، أى يكمل أحدهما الآخر .

فإقامة رقابة ملكية على القضاء كانت تعنى وضع يد الملك على النظام القانوني في مجموعه .

ويتضح على هذا النحو ما كان يرمى اليه الملك بطليموس الثاني فيلادلفوس من وراء الاصلاح القضائي الذي أجراه أو بدأه : فهو لم يكن يبغي مجرد تنظيم القضاء العادي وارساء المبادئ التي تحكم أنشطة المحاكم عن طريق تحديد القانون الواجب التطبيق من أجل حماية المصالح والحقوق الخاصة ، بل كان يحاول ارساء أسس تنظيم قانوني متكامل للدولة البطلمية يعتمد على الإرادة الملكية وحدها . وكان يبغي من وراء ذلك تحقيق هدف سياسي بعيد وهو أن يضع اطاراً لحكومة مستقرة وعادية تكون تحت سيطرته ، وتخل محل الحكومة البطلمية التي كانت حتى ذلك الوقت مجرد أداة للاستغلال الاقتصادي ، وترتكز على سلطة الجيش وعلى الروابط الشخصية بين الملك والقيادات العسكرية التي كانت تحتفظ بشعور الولاء له »

الفصل الثاني

مضمون الاصلاح القضائي

(أولاً) في ألدن اليونانية في مصر :

وجدت في مصر البطلمية ثلاث مدن يونانية : نقراطيس والاسكندرية وبطلمية . ومازال يحوط الشك حول المبادئ التي وضعت لتنظيم علاقة الملك البطلمي بهذه المدن . ذلك أن النظام الملكي يجرى بطبيعة الحال المدن من سيادتها القديمة ، ولا يمنحها الاستقلال السياسي والقضائي الا في اطار محدود . ويخدم الخلاف بين العلماء حول مدى الاستقلال الذي كانت تتمتع به المدن عن الملك .

وفي تقديرنا أنه ما دامت المدن السالفة الذكر قد أنشئت على النمط

اليوناني الخاص بدولة المدينة (١) ، فمن المحتمل أنه كانت لها كقاعدة عامة نفس الهيئات الرئيسية التي كان يضمها نظام المدينة اليونانية في اليونان وهي هيئة المواطنين Politeuma ، والمجلس الشعبي Ecclesia ، ومجلس الشيوخ Boulé ، والحكام . كما كانت تتمتع بجهاز ادارى خاص بها .

ورغم أن التنظيم القضائي الخاص بالمدن اليونانية في مصر غير معروف بدرجة كافية ، غير أنه يمكن تصور أنه كان منظماً بدوره بواسطة الدياجراما الملكية ، وأنه كانت للمدن الاغريقية محاكمها الخاصة المرتبطة بالقضاء خارج المدن . وهذا منطقي ، إذ ما دامت المدن الاغريقية في مصر كانت تتمتع ببعض الاستقلال السياسي ، فانه كان من المفروض أن تتمتع أيضاً ببعض الاستقلال القضائي تحت اشراف الملك . ومن ناحية أخرى ، فان الاستقلال النسبي الذي سلم به للمدن اليونانية الثلاث سمح لها بغير شك باصدار عدد من القوانين التي تطبقها المحاكم فيها على مواطنيها .

(ثانياً) في الريف المصري :

نظم القضاء خارج المدن نحو عام ٢٧٠ ق . م. ، كما سبق أن أشرنا ، وتم ادخال تجديدين هامين على النظام القضائي الذي كان مطبقاً في مصر من قبل . ويرجع ذلك إلى السياسة الواقعية التي انتهجها ملوك البطالمة . إذ كان ينبغي عليهم أن يقيموا وزناً لوضع مصر السكاني . فصر كانت

(١) أنظر فيما يتعلق بتاريخ أنظمة المدن اليونانية في الشرق بصفة عامة :

Jones (A.H.M.) : The Greek city, from Alexander to Justinian, Oxford, 1940; Préaux (CL.) : Les villes hellénistiques, principalement en Orient : leurs institutions administratives et judiciaires, la Ville, 1re partie, Bruxelles, 1954 (Rec. de la Soc. J. Bodin, t. 6) P. 69—134; Idem, les institutions économiques et sociales hellénistiques principalement en Orient, la Ville, 2e partie, Bruxelles, 1955 (Res. de la Soc. J. Bodin, t. 7) P. 89—135; Welles (C.B.) : The Greek city, Studi A. Calderini et R. Paribeni, t. 1., Milano 1956, P. 81—99; Martin (R.) : L'urbanisme dans la Grèce antique, Paris, 1956.

تضم خليطاً غريباً من السكان ، وينحصر أكثر عناصره أهمية وعدداً في المصريين والإغريق (١) . وكان يتعين على ملوك البطالمة أن يعملوا على أن يعيش هؤلاء معاً في دولة واحدة رغم اختلاف حضارتهم وسلالتهم ، ذلك الاختلاف الذى كان محل اعتبار البطالمة ، وظهر صداه في مجال التنظيم القضائى . ومن ثم قسم البطالمة المحاكم إلى محاكم مصرية ومحاكم إغريقية ومحاكم مختلطة ، وفي القمة يوجد الملك . وذلك على التفصيل التالى :

١ - المحكمة الإغريقية :

أطلق عليها اسم « ديكاستريون Dikasterion » . ولا يعين قضاتها بصفة دائمة . كما أن الملك لا يتدخل في عملية اختيارهم ، بل تتم على ما يبدو في كل حالة ، وكما سبق القول ، بطريق القرعة التى تجرى فيما بين الإغريق ، وان كان يجوز اختيارهم أيضاً من بين الأجانب المقيمين في المنطقة التى يباشر فيها القضاء . وكان عدد القضاة في العادة عشرة ، وان لم يكن هذا العدد الزامياً .

وينبغى أن نشير مرة أخرى إلى أنه رغم أن قضاة هذه المحكمة لا يعينون من قبل الملك ، غير أنهم كانوا يستمدون ولايتهم من دياجراما ملكية كانت تحدد ظروف نشاطهم وأشكاله . كما كان يعاونهم مدع عام وهو موظف ملكى يمثل حلقة الاتصال ما بين الحكومة والقضاة .

ولا نعرف الاختصاص الشامل لهذه المحكمة على وجه التحديد ، شأن بقية المحاكم الأخرى . فما لا شك فيه أنه كان لها اختصاص مدنى ، بمعنى أن المحكمة الإغريقية كانت تفصل في المنازعات المدنية فيما بين سكان الريف من غير المصريين . ولكننا نجهل ما إذا كان لها اختصاص جنائى . ومن ناحية

(١) أنظر :

Peremans (W.): Egyptiens et étrangers dans l'Égypte ptolémaïque, Fondation pour l'étude de l'antiquité, VIII, Grecs et Barbares (Genève, 1962) 121—166.

أخرى فإنها كانت تصدر أحكامها طبقاً للقانون اليونانى الذى سنعالجه بالتفصيل فيما بعد .

٢ - المحكمة المصرية :

أطلق عليها اسم « لاوكريتاي Laokritai » . ويرجع أصلها التاريخى إلى النظام القضائى الفرعونى على ما يبدو . وهى تضم قضاة مصريين ، وتفصل فى المسائل المدنية فيما بين المصريين . وتصدر أحكامها طبقاً للقانون المصرى .

ولقد اعترف الملك بطليموس الثانى فيلاديلفوس لهذه المحكمة بولايتها القضائية . فلا يمكن اثارة أى شك حول الطابع الرسمى لها . فمن ناحية ، لم تكن توجد محكمة مصرية رسمية أخرى . ومن ناحية أخرى فان وجود المدعى العام الأغريقى ضمن هيئة المحكمة يعتبر دليلاً كافياً لهذا القول . فضلاً عن أن هناك تشابهاً كبيراً ما بين المحكمة المصرية والمحكمة الاغريقية ، مما دعانا إلى الاعتقاد بأن الأولى صورة مصرية مطابقة للثانية ، وتقف أحدهما بجانب الأخرى كجهازين رسميين ورئاسيين لنظام قضائى متجانس لكل أفراد الشعب ، ويقومان بتحقيق العدالة ، كل فى مجاله ، فأحدهما يفصل فى قضايا المصريين والآخر يفصل فى قضايا غير المصريين .

٣ - المحكمة المختلطة :

لا نعرف عن هذه المحكمة سوى اسمها وهو « Koinodikion » ويبدو أنها كانت تنظر فى القضايا التى يكون أحد طرفيها أغريقياً والآخر مصرية . ودليلنا على ذلك أنه عند اختفائها خلال القرن الثانى قبل الميلاد ، قرر الملك يوارجيتيس الثانى فى عام ١١٨ أنه فيما يتعلق بالمنازعات المختلطة ، أى المنازعات التى يكون أطرافها مصريين وإغريق ، يعتمد على لغة مستندات القضية ، اللغة الديموطيقية أو اليونانية ، لمعرفة المحكمة المختصة .

٤ - محكمة القضاة الملكيين الاغريق « خرماتستاي Chrematistai » :

لم تكن المحكمة المصرية والمحكمة اليونانية والمحكمة المختلطة تعتبر محاكم

ملكية بالمعنى الفنى الدقيق لهذه الكلمة . فالرجال الذين يكونون هيئتها كانوا يمثلون مواطنهم الذين كانوا من حقهم أن يفصل في شؤونهم وفقاً لتقاليدهم ولغتهم وعن طريق أشخاص محل ثقمتهم . ولهذا فان تشكيل هذه المحاكم والطرق المتبعة لاختيار القضاة تتلاءم مع الأفكار التقليدية للخاضعين لقضاؤها .

ووجد بجانب هذه المحاكم محكمة تضم موظفين ملكيين وأطلق عليها اسم « خرماتستاي Chrématistai » أى محكمة القضاة الملكيين الاغريق . وهى محكمة متجولة ، كانت فى أول الأمر عبارة عن لجنة قضائية تضم عدداً من مندوبى الملك من الأغريق . ويقوم هؤلاء بجولات فى المقاطعات المختلفة . والملك بطليموس الثانى فيلادلفوس هو أول من أرسل مندوبين ملكيين مخصوصين ومكلفين بأعمال قضائية إلى الريف . ولم يكن يرمى من وراء هذا الاجراء سوى تخويل الأهالى فرصة الحصول على عون ملكى مباشر ، حتى إذا لم يكن فى قدرتهم الوصول إلى الملك نفسه فى العاصمة لبعده المسافة أو لأى اعتبار آخر .

ويحتمل أن النفوذ الكبير والهيبية اللذان كان يتمتع بهما مندوبو الملك فى أعين أفراد الشعب جعلاً «الخرماتستاي» فى مركز يعلو على المحاكم العادية السالفة الذكر .

ويبدو أن خطوة هامة اتخذت منذ وقت مبكر خلال القرن الثانى ، من أجل وضع السلطة القضائية لهذه اللجنة المتجولة من المندوبين الملكيين فى اطار تنظيم خاص عن طريق اعطائهم مكاناً بجانب السلطات الدائمة الخاصة بادارة كل مقاطعة . وأخيراً اعتبر مجلس الخرماتستاي هو المحكمة العادية للمنطقة المعين لها . وطبق هؤلاء القضاة الملكيون نفس القواعد التى كانت تتبعها المحاكم الاغريقية العادية كقاعدة عامة .

٥ - المحكمة الملكيه :

يستطيع الملك باعتباره سيد العدالة والقاضى الأول أن يمارس القضاء

ازاء جميع السكان في مصر ، وبالنسبة للمجالين المدني والجنائي . وكان يقوم فعلا بذلك بنفسه في بعض الأحيان . وكان لمحكمة الملك مدع عام كذلك . كما اننا نلاحظ ، بفضل بعض النصوص التي تنتمي إلى أواخر العصر البطلمي أن أحد أبواب القصر كان يدعى «باب الأحكام

“Pas taisanekrisesi chrematisticos pylon

ومن المحتمل أن هناك كانت تنعقد المحكمة الملكية . بيد أنه مما لا شك فيه أن هذه المحكمة كان من الممكن أن تنتقل إلى أى مكان مع الملك . كما كانت توجد مكاتب لصياغة الأحكام القضائية الصادرة من الملك .

الفصل الثالث

التغيير الذى حدث فى التنظيم القضائى البطلمى خلال القرن الثانى

١ - اختفاء بعض المحاكم :

لم يتعد وجود المحكمة الأغرريقية « الديكاستريون Dikasterion » القرن الثالث قبل الميلاد . ويحتمل كذلك اختفاء المحكمة المختلطة Kionodikion ، ويمكن الدليل على هذا الاختفاء فى أمر ملكى صادر من الملك يوأرجتيس الثانى فى عام ١١٨ وقد سبقت الاشارة اليه . وكان يرمى إلى تنظيم اختصاص المحكمة المصرية ومحكمة القضاة الملكيين الاغريق للحيلولة دون افتتاح القضاة الملكيين الإغريق على اختصاص القضاة المصريين . إذ كان القضاة الملكيون الاغريق لا يقتصرون على التصدى للمنازعات فيما بين الإغريق فحسب ، بل كانوا يحاولون أيضاً النظر فى المسائل التى تمهم المصريين . كما أن هذا الأمر هو الذى وضع معيار لغة مستندات القضية لتحديد المحكمة المختصة بالنسبة للمنازعات المختلطة .

واضح إذن أن محكمة القضاة المصريين « لاوكريتا Laokrita » وهى التى ترمز لاستمرار الحضارة المصرية، قد نجحت فى البقاء خلال الشطر الأخير من القرن الثانى قبل الميلاد . ولكنها كانت تحتاج فى ذلك الوقت إلى تدخل الملك لحمايتها من ميول التوسع التى كانت لدى القضاة الملكيين الاغريق . ومن ثم يمكن القول أن القضاء فى مصر وزع فى القرن الثانى بين القضاة المصريين الذين كانوا يحكمون بمقتضى القانون المصرى، والقضاة الملكيين الأغرريق الذين كانوا يطبقون القانون الإغريقى .

ويجدر بنا أن نذكر قاعدة مصرية قديمة يرجع أصلها التاريخى إلى العصر الفرعونى ، وهى تقرر أن الأحكام الصادرة من المحاكم المصرية فى القضايا

المدنية لا تعتبر حائزة لقوة الشيء المقضى *res judicata* الا إذا صاحبها عقد تنازل عن الدعوى . ومن ثم كان من الممكن أن تتعدد الأحكام في نفس القضية .

ويبدو أن الأغر يق استغلوا أسوأ استغلال هذه القاعدة ، مما حدا بأحد ملوك البطالمة في أواخر القرن الثاني إلى اصدار أمر يقضى بفرض غرامة كبيرة على من تفصل في أمره محكمة ملكية ويعرض الموضوع نفسه أمام محكمة أخرى . ويتبين من نفس الأمر أن المقصود بالمحكمة الملكية المحكمة التي كان يرأسها الملك والتي سبق ذكرها . ويدل ذلك على تفشى عادة تكرار عرض القضايا نفسها على المحاكم في العصر البطلمي .

ونضيف هنا أيضاً أن أحد كبار الموظفين في العاصمة أطلق عليه اسم «الارخيديكاستيس» ، والذي يرجع منصبه إلى القرن الثالث ولو أنه معروف على وجه الخصوص في العصر الروماني ، ظل يرأس محكمة الاسكندرية في القرن الثاني ، وكان يعتبر من القضاة الملكيين . كما كان يشرف على جهاز القضاء . ولقبه ينم عن بعض السلطة التي له على المحاكم ، ولذلك فاننا نشبهه بوزير العدل .

٢ - الاختصاص القضائي للموظفين الاداريين :

بدأ نظام «القضاء الادارى» أو «قضاء الموظفين» ينتشر في العصر البطلمي ابتداء من القرن الثاني قبل الميلاد . ويكفى أن نشير إلى قضية المدعو «هرمياس» للتدليل على أن مصر عرفت هذا القضاء . وتبين ملخصها من بعض وثائق طيبة (العاصمة القديمة لمصر وأكبر مركز للثورات القومية).

وتبدأ هذه القضية في أواخر عهد الملك بطليموس الخامس ، عندما اندلع هيب الثورة في منطقة طيبة وأرسلت الفرق الملكية إلى الحدود الجنوبية . وقد كان من بين حامية طيبة شخص يدعى بطليموس اضطر إلى الانسحاب إلى كوم أمبو وهجر منزله في طيبة . فشغلته أسرة مصرية كانت تحترف مهنة تقديم القرابين للموتى *Choachytes* . وفي عام ١٢٦ ، أى بعد

مضى فترة طويلة من الوقت ، فان ابن بطليموس ، المدعو هرمياس ، وكان ضابطاً في الجيش مثل أبيه ، رغب في المطالبة بماله . فرفع عدة دعاوى على الأسرة المصرية المذكورة ، ولكنه لم ينجح في أى منها . ويمكن أن نتبع هذا المترافع النشط ، في كل مساعيه تقريباً ، وأمام هيئات عديدة ، ولكن دون امكانية تحديد الأسباب التي كانت تدفعه إلى اللجوء إلى هذه الهيئة أو تلك . فلقد لجأ أولاً إلى محكمة القضاة الملكيين الاغريق ، ثم إلى الاستراتيجوس ، وايبستاتيس المقاطعة بصفة خاصة .

واضح أن هذه القضية عرضت على جهات مختلفة : محكمة القضاة الملكيين الاغريق ، والموظفين الاداريين : فلقد قدم هرمياس التماسين إلى الاستراتيجوس ، كما أنه شكاً أيضاً إلى الايبستاتيس (وهو رئيس الاستراتيجوس) . والايبستاتيس هو الذى قضى في النهاية بأن يكف هرمياس عن مشاغبه ووضع حداً لدعاوى هرمياس ، إذ حكم برفض الدعوى وقلت الحصومة بصفة نهائية .

نخلص من وقائع هذه القضية ان المحاكم في العصر البطلمي تعرضت لمزاحمة بعض الموظفين المحليين ، الذين كانوا يمارسون بالأحرى سلطة اكرامه ، ويحسمون الخلافات بوسائل ادارية ومن أهمهم :

الاستراتيجوس Strategos ، الذى كان في بداية الاحتلال البطلمي قائد القوات العسكرية المتمركزة في حاضرة المقاطعة ، ثم صار بعد ذلك يباشر فيها السلطتين المدنية والعسكرية معاً . وكان للاستراتيجوس باعتباره ممثلاً للملك في المقاطعة ، اختصاص مدنى وجنائى . وكان يمنح حمايته لأشخاص يطالبون بحقوقهم الخاصة ، ويتخذ قرارات شبه قضائية ، وفي أحيان كثيرة كانت الخلافات تنهى على يديه خارج المحاكم . كما كان يقوم بالدور الرئيسى في الاجراءات القضائية المدخلة للدعوى ، إذ تقدم اليه القضايا المتعلقة بالمقاطعة ويقوم بتوزيعها على الهيئات القضائية المختلفة . وهناك الإيبستاتيس ، وهو من كبار الموظفين في عاصمة المقاطعة ويختص بشئون القضاء المحلى . وكان اختصاصه قليل الأهمية في أول الأمر ، ثم ازدادت أهميته بعد ذلك . وعموماً فانه كان يتبع الاستراتيجوس .

ويمكن تتبع اجراءات تقديم الدعوى على النحو التالى :

فى القرن الثالث قبل الميلاد ، كانت عريضة الدعوى المسماة *extenxis* تحرر دائماً باسم الملك وتقدم إما اليه مباشرة عن طريق سكرتاريته ، وإما إلى المحاكم . وينوب الاستراتيجوس فى المقاطعة عن الملك فى التوقيع على عريضة الدعوى التى كان الشاكون يفضلون تقديمها اليه ولا تذهب إلى أعلى ويقوم مكتب الاستراتيجية بتدوين توصية عليها ، ثم ترسل التوصية إلى إبيستاتيس بلدة المدعى عليه . أما إذا كان المدعى عليه يقطن عاصمة المقاطعة ، فكان يجوز للاستراتيجوس أن يكلفه بالحضور أو يرسل شخصاً ما للتحقيق معه . وإذا كان المتهم موظفاً ، فان الإبيستاتيس يعد تقريراً بما هو منسوب اليه .

وإذا عرض النزاع على الإبيستاتيس وكان من اختصاصه فانه يحاول حسمه . وفى حالة انكار المتهم ، يحيل الأمر إلى الاستراتيجية . أما إذا كان النزاع ليس من اختصاصه ، فانه يجب على الإبيستاتيس أن يحاول التوفيق بين الخصوم . وإذا فشل ، يحيلهم إلى الاستراتيجية الذى يقوم ، بحسب الأوقات والحالات ، إما بحجز المسألة لكى يفصل بنفسه فيها ، أو يحيلها إلى الملك أو المحكمة المختصة . ونحن نعرف عدداً من الاحالات إلى القضاة المصريين حينما يتعلق الأمر بمصريين ، وإلى المحكمة المختلطة حينما يكون الخصوم مختلفى الجنسية . وفى الحالات الأخرى ، فان النصوص تقول فقط : المحاكم المختصة ، ولذلك يثور الخلاف حول تفسير هذه العبارة .

وفى القرن الثانى ، زادت الاختصاصات المالية للاستراتيجوس ، الذى أضيف إلى لقبه الأصلى ، لقب مندوب الإيرادات *Epi tôn posodôn* . وساعد ذلك على نمو الاختصاص القضائى للموظفين . ويبدو أن هذا التطور الأخير لم يكن فى صالح الاستراتيجية ، فلم يعد يتلقى العرائض التى يطلق عليها اسم *Extenxis* ، إذ أصبحت من اختصاص الملك وحده ، كما لم تعد عرائض الدعاوى توجه إلى الملك

الا إذا قدمت اليه فعلا ، عن طريق ديوانه . ولم يعد للاستراتيجوس حق النيابة عن الملك في التوقيع على العرائض الموجهة إلى الملك . ويبدو أنه فقد الدور الرئيسي الذي كان يلعبه في الاجراءات القضائية المدخلة للدعوى .

ولكن ما زال الايستاتيس منوطا به على وجه الخصوص بل وبدرجة أكبر بأعمال قضائية . ولعل ازدياد أهمية اختصاصه القضائي يرجع إلى كثرة المنازعات التي تترتبت على ما عانته البلاد من اضطرابات شديدة خلال القرن الثاني ، فكان لابد من هيئة تساعد محكمة القضاة الملكيين الاغريق المتنقلة ، وتفصل في القضايا التي تنشأ بين فترات انعقادها ، بدلا من تراكم القضايا أو اضطرار المتقاضين إلى تجشم متاعب ومصاريف الانتقال إلى الاسكندرية .

وكان نتيجة كل ذلك تشتت القضاء في ايدي بيروقراطية أخذت تزداد قوة ، غير أن ذلك لم يؤد إلى الغاء الاختصاص القضائي للقضاة الملكيين الاغريق والقضاة المصريين كما سبق القول .

٣ - **الاختصاص القضائي لموظفي الادارة الماليه** : كان على رأس الادارة المالية المركزية شخصية قوية للغاية يطلق عليها اسم «الديويكيتيس Dioicetes» أي « مدير خزانة الملك » ، وكان هو المهيمن على كل اقتصاديات الدولة ، ولذلك يدعو العلماء الباحثون بوزير المالية . وهو الذي يشرف على استغلال البلاد بمعاونة العديد من الموظفين (١) . وكان له مساعدان يحملان نفس اللقب «هيودويكيتيس Hypodiocetes» يكونان معه الادارة المالية المركزية . كما كان يوجد إلى جانب الديويكيتيس وتحت اشرافه موظف يدعى «أكلوجيستيس Eklogistes» أي رئيس الحسابات ، وهو مكلف بمراجعة الحسابات والاحصاءات المختلفة .

(١) راجع :

Bickerman : Notes sur la chancellerie des Lagides,

Révue internationale des droits de l'antiquité, Bruxelles, 2, 1953.

251 — 269.

وكانت الادارة المالية المركزية تشرف على موظفى الادارة المالية فى المقاطعات المختلفة ومن أهمهم : المشرف المالى والمدير المالى ومراجع الحسابات ، الذين كان لهم ممثلون فى مختلف مراكز المقاطعة وقراها ، حيث كانت ادارة القرية صورة مصغرة من ادارة المركز والمقاطعة .

وفى القرن الثالث قبل الميلاد ، كان الديويكيتيس يباشر اختصاصاً قضائياً خاصاً فى نطاق اختصاصاته الادارية. ويخضع لهذا الاختصاص القضائى الأشخاص الذين يعملون فى الادارة المالية المركزية والمحلية . فهو الذى يفصل مباشرة أو يعهد إلى مساعديه «الهيود يويكيتيس» بالفصل فى الأخطاء التى يرتكبها المدير المالى أو المشرف المالى أو جامعو الضرائب ، الخ . ولذلك كانت ترسل اليه الشكاوى المقدمة ضد مرووسيه .

ولما كان يتعذر على الديويكيتيس ومساعديه الفصل فى كل الشكاوى فيبدو أنه تقرر أن رئيس كل جماعة من موظفى الادارة المالية يفصل ، نيابة عن الديويكيتيس ، فى الشكاوى المقدمة ضد مرووسيه . وليس أدل على ذلك من أنه كان للمدير المالى ، والمشرف المالى .. الخ . ، اختصاص قضائى ادارى على مرووسيه .

ونحن لا نعرف شيئاً عن الاجراءات التى كانت تستخدم أمامهم . ويبدو ، على كل حال ، أنه كان يتبع احد اجرائين فى أمر الشكاوى من تصرفات الموظفين . ففى بعض الحالات كانت تفصل فى الأمر محكمة خاصة مؤلفة من بعض الموظفين وبعض القضاة . ولكن يلوغ انه فى أغلب الحالات كان رئيس الموظف هو الذى يفصل فى الأمر دون تشكيل محكمة .

الباب الثاني

النظام القضائي في مصر في العصر الروماني

تعرض النظام القضائي لتغيير جذري في العصر الروماني . إذ قام الرومان عند فتحهم لمصر بإلغاء الأنواع المختلفة من المحاكم التي كانت سائدة في العصر البطلمي ، ووجدوا جهة التقاضي . فأصبح القضاء بيد السلطة المركزية أو من يمثلها فقط ، وذلك رغم تعايش عدة قوانين معاً : القانون المصري والقانون اليوناني والقانون الروماني .

وليس في مقدورنا أن نسرد تفاصيل التنظيم القضائي في مصر الرومانية . ولذلك سنوجز حديثنا عنه . ومجمله أن مصر لم تعرف البتة نظام القضاء الخاص *orda privatorum iudicatum* ، الذي كان مطبقاً في روما عند فتحها لمصر ، والذي كان مبنياً على نظام دعاوى البرنامج . بل سارت على نظام الدعاوى الإدارية أو غير العادية حيث يتولى موظفون الإشراف على التحقيق والنظر في الدعوى والنطق بالحكم ، أي أن الفصل في الدعوى يتم على مرحلة واحدة وليس على مرحلتين : أمام الحاكم القضائي ، ثم أمام القاضي ، كما كان الحال بالنسبة لدعاوى البرنامج في روما . ومن المعلوم أن نظام الدعاوى الإدارية حل محل نظام دعاوى البرنامج في روما أيضاً في عصر الامبراطورية السفلى .

وإذا كانت مصر قد عرفت نظام القضاء الإداري قبل مجيء الرومان إليها كما سبق القول ، لكنه أصبح أساس التنظيم القضائي فيها في العصر الروماني ، حيث اعتبر الوالي رئيساً للسلطة القضائية . وكان بعض معاونيه من الموظفين الامبراطوريين يباشرون القضاء بدورهم ، ويستخدمون السلطات الواسعة المفوضة لهم من قبل الأمبراطور أو الوالي . وبعبارة أخرى

كان القضاء في مصر الرومانية يزاوله موظفون مرتبون ترتيباً هرمياً ،
وفي قمته والى مصر والامبراطور .

وما همنا الآن هو تحديد الولاية القضائية لكل موظف له اختصاص
قضائي في العصر الروماني ، وذلك على النحو التالي :

الوالى (١) : كان الامبراطور الروماني يوفد الى مصر موظفاً كبيراً
سمى الوالى وأمده بالسلطات التي كانت للملك البطلمي من قبل . وكان
الوالى يلحق بشخص الامبراطور ، وغالباً ما كان يتغير بتغيره . وكان
على رأس الجهاز الادارى في مصر ، ويعمل على تطبيق القواعد التي
تضمنتها اللساتير الامبراطورية ، إذ لا يجوز له أن يتخذ قراراً لا يتفق
وسياسة الامبراطور .

وكانت السلطات التي يتمتع بها الوالى بتفويض من الامبراطور
هائلة لأنه كان يتمتع بسلطة الأمر والنهى أو الولاية العامة «امبيريوم
Imperium» التي كان يستطيع حائزها اصدار الأوامر إلى الأشخاص
الخاضعين له واتخاذ كل الاجراءات الضرورية للعمل على تنفيذها ،
كما أنها تخوله سلطة قيادة الجيوش ، وبالتالي يسيطر على ما يوجد
في مصر من قوات رومانية سيطرة مباشرة (٢) . بل انه يتمتع بأعلى درجات
الامبيريوم وتسمى Imperium merum أى السلطة المحردة أو الخالصة
وهي تشمل سلطة الفصل في القضايا الجنائية ، ولا سيما حق اصدار حكم
الاعدام ، أو كما يعرفه الفقيه أو لبيانوس في كتاب « الجامع Digesta »

(١) راجع :

Humbert (M.) : La juridiction du préfet d'Egypte
d'Auguste à Diocletien, in Aspects de l'Empire romain, Paris,
1964.

(٢) أنظر :

Last (H.) : The praefectus Aegypti and his powers, J.B.A. 40,
1954, p. 68—73.

بحق السيف» Ius gladii (١) . ففي يد الوالى تركزت السلطة العليا فى البلاد ، العسكرية منها والادارية والقضائية .

وما يهمننا فى هذا المجال هو السلطة القضائية التى كان يتمتع بها الوالى . فهو الذى كان يقوم فى الأساس بالفصل فى المنازعات . ويحدثنا المؤرخ تاسيت (٢) «ان أغسطس المؤله كان قد أمر بأن يكون للفرسان الذين يحكمون مصر سلطة الفصل فى القضايا وأن تعتبر أحكامهم كأنها قد صدرت عن الحكام الرومان » . والمقصود بالفرسان ولاة مصر لأنهم كانوا يختارون من طبقة الفرسان . كما أن المقصود بالحكام الرومان هنا ، الحكام الذين يستمدون سلطتهم من الشعب الرومانى ، وهم حكام الجمهورية القدامى : القناصل ، والحكام القضائيون ، الخ . ويتمتع والى مصر بسلطة قضائية لها قوة السلطة المحولة لهؤلاء الحكام . فهو القاضى الأول لولاية مصر وأحكامه نهائية . ويفصل فى جميع المسائل ، المدنية منها والجنائية . وله أن يفوض غيره من الموظفين من المرتبة الأدنى للنظر فيها . وترتب على هيئته هذه على شئون العدالة أن الكثير من الموظفين الذين نراهم يباشرون القضاء يحوزون هذه الولاية بتفويض منه . ويمكن دائماً رفع دعوى الاستئناف أمامه . وله أن يصدر الحكم بالاعدام كما سبق القول ، فله بالتالى اختصاص جنائى ، وهو ما يشير اليه نص أحكام الوالى حيث نجد من بينها أحكاماً بالموت (٣) . وكان الوالى يزاول القضاء فى مجلسه القضائى Conventus بالاسكندرية ، كما كانت له دورة قضائية ، ويحتمل أنها كانت سنوية ، يعقد فيها مجلسه القضائى Conventus فى الأقاليم فى أوقات محددة من السنة ، للنظر فى قضاياها وذلك حتى لا يضطر الأهالى إلى أن يحضروا إلى الاسكندرية

(١) راجع :

Ulpianus : Dig. 1, 17, 1.

(٢) أنظر :

Tacite : Ann. 12, 60.

(٣) أنظر :

B.G. U. 1024

بأنفسهم . وكان يعقد هذا المجلس في المدن الثلاث الآتية : في بيلوزيون
للنظر في قضايا أقاليم شرق الدلتا (بناير) ، وفي ممفيس للنظر في قضايا
أقاليم مصر الوسطى والعليا (فبراير - مارس - ابريل) ، وفي الاسكندرية
للنظر في قضايا أقاليم غرب الدلتا . وكان يعقد مجلسه بصفة استثنائية في مدن
أخرى مثل أرسينوى (مدينة الفيوم) ، وكبتوس (قفط) ، بل وحتى
في بلدة صغيرة مثل كسويس (سخا) (١) .

وفي المجلس القضائي *Conventus* ، لم يكن الوالى يفصل في كل
المسائل ، بل ينيب غيره بالنسبة لشطر كبير منها ، مثل الرئيس القضائي
ورئيس الحساب الخاص أو الادبوس لوجوس ، وقاضى القضاة ، والمشرف
المالى (الديويكيتيس) ، والايستراتيجوس ، وبعض الضباط ، بل وحتى
الكاتب الملكى (سكرتير عام المقاطعة) .

كما كان الموظف الامبراطورى المختص يعهد إلى الغير في بعض الأحيان
بحسم الخلاف ، مع اعطائه التعليمات عن الطريقة التى ينبغى عليه أن يسلكها
في مباشرته لهذه المهمة (٢) .

وكان الوالى يتبع القواعد التى يضعها الامبراطور كما سبق القول .
ويستطيع المتقاضون التوجه اليه مباشرة ، كما كان يجوز للوالى أن يوجه
أسئلة عن نقاط قانونية تصدر بصدد فتاوى امبراطورية *Rescripta* .
وإذا زار الامبراطور مصر ، انتقلت اليه سلطة الوالى القضائية ، فكان مجلس

(١) أنظر :

Comoi "J.N.": Le conventus juridicus en Egypte
aux trois premiers siècles de l'Empire romain, Bull. Inst. Arch. Bulg.
9, 1933, p. 363-381; Idem : La papyrologie et l'organisation judiciai-
re de L'Egypte sous le Principat, Actes du Ve Congr. Int. de Pap., Ox-
ford, "Bruxelles, 1938", P. 632 FF.

(٢) راجع :

Boulard (L.) : Les instructions écrites du magistrat au juge
commissaire dans l'Egypte romaine, th. Paris, 1906.

الامبراطور المؤلف من المستشارين المرافقين له . هو الذى ينظر فى القضايا ويصدر الأحكام .

وإذا كان الشراح متفقيين على أنه كانت للوالى ولاية قضائية عامة تشمل المسائل المدنية والمسائل الجنائية معاً ، وهى أصيلة وخاصة به إذ يستمدّها من الامبراطور مباشرة ، غير أنهم تساءلوا عما إذا كان الوالى قد انفرد بالولاية القضائية فى مصر وبالتالى فإن أعوانه يباشرون القضاء بتفويض منه ، أم أن هؤلاء كانت لهم بدورهم ولاية قضائية خاصة بهم يستمدونها بتفويض من الامبراطور نفسه ؟

لمعرفة الاجابة على هذا التساؤل ، نعدد أعوان الوالى الذين لهم اختصاص قضائى :

١ - **المساعد القضائى « juridicus »** : وهو كالوالى يعينه الامبراطور ، ليقوم بالدور الذى كان يؤديه المندوبون القضائيون Legati Juridicus فى الولايات الأخرى . ومعلوماتنا عن اختصاصاته قليلة . ويمكن القول أن منصبه أنشئ ليكون بجانب الوالى رجل قانون ملم بالمسائل القانونية ، سيما وأن الوالى كان من طبقة الفرسان التى لا يشتغل أفرادها عادة بالقانون فى روما ، وإنما كان معظمهم من رجال الجيش أو السلك الادارى أو الأعمال التجارية والمالية ، ممن لم تكن لديهم خبرة خاصة بالقانون الرومانى . ولهذا انشأ الامبراطور أغسطس هذه الوظيفة ليكون شاغلها بمثابة مستشار قانونى ، وورقيب فى نفس الوقت على تصرفات الوالى حتى لا تتعارض أحكامه وقراراته مع مبادئ القانون الرومانى .

ومن ناحية أخرى فإن الكثير من المصريين كانوا مغرمين برفع الدعاوى ولذلك وجد من الضرورى أن يكون هناك معاون للوالى يستشير به فى الأحكام قبل اصدارها أو ينييه عنه فى النظر فى القضايا التى كانت ترفع اليه وفى رئاسة محكمة الوالى . وكان اختصاص الرئيس القضائى قاصراً على المسائل المدنية ، فلا يشمل المسائل الجنائية .

وكان يصحب الوالى فى جولاته ، وينوب عنه فى حالة غيابه . وإذا
خلى منصب الوالى فإنه يقوم بمباشرة مهامه لحين تعيين وال جديد .
ولا يستطيع الوالى أن يعزله ، وان كان تابعاً له .

ومن ثم اعترف له بعض الشراح بولاية قضائية خاصة به ، على أساس
أن وظيفته الرئيسية كانت الاشراف على مرفق القضاء ، وأن ولايته لم تكن
محددة بحسب المكان أو الاشخاص ، بل بحسب المسائل ، مثل الفصل فى
الأمور المتعلقة بتعيين الأوصياء ومحاسبتهم .

٢ - قاضى القضاة « الارخيديكاستيس Archidicastes » :

كان ، وفقاً لما جاء على لسان استرابون ، قاضياً اسكندريا محلياً . وكانت
محكمته تتعقد فى الاسكندرية ، وان كان اختصاصه يشمل القضايا المدنية
فى جميع أنحاء البلاد . وأوردت النصوص اشارة واحدة إلى أنه ينظر دعوى
فى منف .

وهناك من يرى أنه قد طرأ على طبيعة وظيفة قاضى القضاة بعض
التغيير عنها فى العصر البطلمى ، إذ استولى الرئيس القضائى على اختصاصاته
القضائية ، وأصبحت وظيفة قاضى القضاة ادارية قبل كل شيء ، وهى
رئاسة دار المحفوظات الرسمية التى تحفظ فيها صور من الوثائق والعقود
التي تبرم فى أنحاء مصر .

ولقد ذهب بعض الشراح ، مثل العالم الألمانى ميتيس ، إلى أن قاضى
القضاة كانت له ولاية قضائية استمدتها من تفويض دائم من الوالى . بل ولقد
ذهب شراح آخرون إلى حد الاعتراف له بولاية قضائية خاصة به .
ولا نستطيع الانضمام إلى أى من هذين الرأيين لأنه تعوزنا الأدلة الحاسمة
فى الوقت الحاضر على الأقل . ويبدو لنا على كل حال أن قاضى القضاة

(١) أنظر :

Calaki "A.", Aegyptus 32, 1952, P. 408 et suiv.

كانت مهمته الأساسية هي الاشراف على دار المحفوظات في الاسكندرية وهو القاضي الأصيل الذي ينظر في القضايا المدنية التي كانت تدور حول المستندات المحفوظة في هذه الدار .

ومن الثابت أنه كان يقوم أحياناً برئاسة محكمة الوالى ، نيابة عنه وبتفويض منه .

٣ - مراقب الحساب الخاص ((اولادايوس لوجوس Idios Logos) :
ان معلوماتنا عن هذا الموظف غزيرة . فهو يشغل احدى الوظائف الكبرى ، ويشرف على المصادر غير الاعتيادية لايرادات الخزانة العامة . فهو يضع فى حساب خاص Idios Logos كل الموارد الاستثنائية لمالية الدولة : مثل الغرامات ، والأراضى التي يهجرها أصحابها وغيرها من الأموال التي تصادر لحساب الدولة لأن أصحابها قد تأخروا فى دفع الضرائب المستحقة عليها ، الخ . . وكان له اختصاص قضائى يمارسه لتحصيل هذه الموارد . وهو يختص بقضايا الضرائب بصفة عامة . ويبدو أن الوالى لم يكن يزاحمه فى هذا الاختصاص ، وبالتالي كان يستمده من الامبراطور مباشرة .

٤ - ومن بين الحكام المحليين archontes فى عاصمة المقاطعة ، يفترض أن رئيس هيئته الموظفين exegetes كان له اختصاص قضائى . فهو الذى كان يعين الأوصياء على القصر أو النساء بالنسبة للعنصر اليونانى من السكان .

أما الأبيستراتيجوس (١) (وهو الذى كان يشرف على أحد الأقسام الادارية الكبرى الثلاثة التى قسم اغسطس مصر اليها وهى : الدلتا ومصر الوسطى ومصر العليا) ، فكان ينظر فى القضايا التى تثار فى الأبيستراتيجية

(١) راجع :

Martin (V.) : Les Epistrateges, Genève, 1911

عندما كان يتجول فيها . ويحتمل أن هذه الولاية لم تكن مطلقة ، إذ كان يباشر القضاء بتفويض من الوالى ، وهو تفويض دائم بالنسبة للخدمات الاجبارية العامة . أما بالنسبة للمسائل التى كانت من اختصاص محكمة الوالى *Conventus* مثلا ، فانه كان ينبغى عليه أن يحصل على تفويض خاص للنظر فيها . وعلى أية حال فان المظالم كانت توجه اليه . وهو يستدعى الشاكى والمشكو فى حقه ، ويحاول التوفيق بينهما ، وإذا لم ينجح فى مساعاه فانه يرسلها إلى القضاء المختص ، كمحكمة الوالى .

وفىما يتعلق بالاستراتيجوس (١) ، فهو الذى كان يشغل وظيفة حاكم المقاطعة . وهو من حيث المرتبة فى درجة أدنى بكثير من الإيبيستراتيجوس وكان له فى المجال القضائى دور هام لحد ما ، إذ كان يقوم بجولات فى مقاطعته ، تحتل مرة كل شهر ، وتقدم اليه الشكاوى طلباً لحمايته ، ومن ثم كان ينبغى أن يكون له بعض الولاية القضائية ، ربما بمقتضى تفويض دائم من قبل الوالى .

ولكن اختصاصه فى هذا المجال محدود ، فلا يمتد إلى المسائل الهامة أو تلك التى تخضع للقانون المدنى ، فكان يتعين عليه أن يحيل بشأنها المتنازعين إلى محكمة الوالى *conventus* إذ لم تكن له سلطة إصدار الأحكام . فهو يتلقى الشكاوى وينتظر قدوم الوالى فى جولته ، وإن كان يحتمل أنه فى مثل هذه القضايا كان الاستراتيجوس يجرى تحقيقاً أولياً للاقتناع بوجود أدلة كافية ، وكان يمكنه أن يجمع الأدلة مثل أداء اليمين ، وتحفظ صور منها مع الشكوى المقدمة .

يبين مما تقدم أن الإيبيستراتيجوس ، والاستراتيجوس لم يكونا يتمتعان باختصاص قضائى مستقل ، ولا يمكنهما بدون تفويض من الوالى ، سوى اتخاذ اجراءات مؤقتة ومحاولة التوفيق فى المسائل المتنازع عليها .

(١) أنظر :

Martin (V.) : *Strateges et Basilicogrammates du Nome*

Arsinoites à l'époque romaine, Arch. pap., 6,1920, P. 137 et suiv.; Milne : *Egypte under roman rule*, P. 126.

هذا ولقد كان كثيراً ما يكلف الموظف الامبراطوري احد الأفراد بتسوية الخلاف مع اعطائه تعليمات عن الطريقة التي ينبغي عليه اتباعها لتحقيق ذلك (١). وهذا الفرد iudex datus مجرد مندوب عن الموظف الذي يعينه .

(١) أنظر :

Boulard (L) : Les instructions écrites du magistrat
au juge commissaire dans l'Egypte romaine, th. Paris, 1906.

القسم الثاني

أسس التنظيم القانوني في مصر

إبان العصرين البطلمي واليوناني

الباب الأول

أسس التنظيم القانوني في مصر البطلمية

كان الملك البطلمي Basileus يعتبر وريث الفراعنة ، ويمارس جميع سلطات الفرعون التي تتلخص في الحكم الملكي المطلق الذي يتمتع بسلطة دون مسئولية ، وفقاً للتقاليد القديمة التي جرت عليها البلاد . فهو مصدر السلطة في الدولة و ارادته هي القانون . ولا يوجد انفصال ما بين الملك والدولة ، فهو تجسيد لها . ويشار في النصوص إلى أن الملك «مصدر القانون» أو أيضاً «ما يقرره الملك يتسم دائماً بالعدالة» . ويسمى الملك «القانون الحي Nomos empsichas» . فهو المشرع الأوحد ، الذي يصدر النصوص التشريعية ، ويوجه عن طريق المنشورات الدورية التعليمات إلى ممثليه وجميع موظفيه . وأعمال الملك التشريعية هي إما خطابات موجهة إلى كبار الشخصيات ، وإما قرارات عامة أو أوامر صادرة إلى جميع المواطنين ، وإما أحكام أو أعمال تنفيذية مسجلة ، وإما اجابات على طلبات مقدمة من المدن أو الرعية . وتعتبر كل هذه الأعمال موحى بها من قبل العدالة . ولقد كانت هناك مكاتب لصياغة الأوامر الملكية والقرارات الادارية والأحكام القضائية الصادرة عن الملك ، ولكن الأشخاص الذين يعملون فيها ، ومهما كانت قيمتهم ، لا يحملون ألقاباً تشير إلى وظيفتهم كمستشارين للملك ، بل مسميات تعبر عن وضعهم كموظفين اداريين : «هو الذي يكتب الخطابات» ، «هو الذي يكتب المحاضر» ، فلا يصدر عن هؤلاء الناس أى عمل رسمي ، إذ أنهم يعيشون في ظل نظام قائم على سلطة الفرد الواحد ، ويتسم بالطابع الشخصي . ولا تذكر بجانبه أية هيئة أخرى . فلا نجد أى أثر لفئة النبلاء المصريين الذين كانوا يفتنون على حقوق الملكية الفرعونية في كثير من المرات ، إذ اجتثت شوكة هذه الفئة نهائياً بواسطة الجهاز الادارى الفارسي .

يبين مما تقدم أن ملوك البطالمة كانوا يحوزون في أيديهم سائر السلطات ،

التشريعية منها والتنفيذية والقضائية . وكانت لأوامرهم قوة القانون . ويتخذون القرارات في جميع المجالات تحت مسؤوليتهم الخاصة ودون وجوب رد حساب لأحد (١) .

ولا شك أن سلطتهم التشريعية كانت لها أهمية خاصة ، إذ أنها كانت تمنحهم الأداة التي تسمح لهم بتحديد الهيكل الخاص بأجهزة الدولة الأخرى ووظيفة كل منها .

ويمكن القول منذ البداية أن المصدر الرئيسي للقانون المعمول به كان يكمن في التشريعات الملكية . بيد أن هناك عناصر أخرى تدخلت وباشرت تأثيرها في وضع القواعد القانونية . فمن المعلوم أن الأسرة البطلمية تأسست في بلد محمل بالتقاليد . وكان يجب عليها أن تقيم وزناً لذه التقاليد وأن تتلاءم معها . وتركزت مهارة البطالمة في تلقي القواعد القانونية المتوارثة والتي كانت تقابلهم ، ومواءمتها عند الاقتضاء لسياستهم ومصالحهم . وهم بدورهم سنوا قواعد قانونية جديدة ، وبقيت بعض الأوامر الملكية التي أصدروها حتى في العصر الروماني . وبتعبير آخر ، ظلت بعض البروستيجات والدياجرامات المعمول بها في مصر الرومانية ، حتى مستهل القرن الثالث بعد الميلاد ، كما سيلي تفصيله .

وإذا كان ملوك البطالمة ابتداء من فيلادلفوس حاولوا وضع أسس «تنظيم قانوني متكامل» فان ذلك لا يعنى أنهم كانوا يرمون إلى استبعاد كل مصادر القانون الأخرى عدا التشريعات الملكية . وليس هناك مايدعو إلى ذكر بعض الأمثلة التي تثبت سنف هذا الاستنتاج . ويكفى أن نشير إلى القدرات الابداعية التي أظهرها موثوقو العقود ، مصريين كانوا أو يونانيين .

(١) أنظر :

Taubenschlag (R.) : The law of greco-roman Egypt in the light of the papyri, 332 B.C.—640 A.D., 2nd éd (Varsovie, 1955) PP. 2—3, 8—14, 19—20, 479—488 et 566—567.

كما أن الدياجراماتا التي تناولت الأحكام الخاصة بالأنشطة القضائية المتعلقة بالحكمة اليونانية المسماة الديكاستريون اعترفت بما بها من قصور . فلقد وجهت القضاة إلى تأسيس أحكامهم على قوانين المدن والجاليات اليونانية Politikoi Nomoi بل وضرورة إعمال اجتهادهم ودرايتهم القانونية ، ما لم يكن هناك بطبيعة الحال أوامر ملكية مثل الدياجراما .

وعلى أي ، فإن هذا لا ينفى ما ذهبنا إليه من أن ملوك البطلمة عملوا على منح البلاد ما سميناه «تنظيم قانوني متكامل» . ويمكن تصور أن التنظيم المذكور يضع شكلا هرمياً لمصادر القانون ، جاعلا التشريع الملكي فوق أية سلطة أخرى تصدر القوانين . ولكن هذه السلطات ، وبالتالي مصادر القانون الأخرى ، كانت في نفس الوقت تخضع للإرادة الملكية ، ومن ثم فإن أي مبدأ قانوني ينبع من هذه السلطات يصبح جزءاً من القانون الملكي ولوأنه أقل في الأهمية من التشريعات الملكية . وسنوالى شرح هذه المسائل بإبراز هيكل البناء القانوني الذي يستند على الأسس التالية :

(أولاً) **التشريعات الملكية** : قلنا أن أهم العناصر التي ساهمت في تكوين القانون يتمثل في النشاط التشريعي للملوك ، ولو أن هذا النشاط لم يؤد إلى تقنينات كبيرة تماثل التقنينات التي قام بوضعها مشاهير الملوك على مر التاريخ مثل حمورابي أو جستينيان (١) . بيد اننا نلاحظ اتساع مداه من خلال ما كان يصدره الملك من البروستجماتا Protagmata والدياجراماتا Diagrammta . ومازالت التفرقة بينهما محل خلاف (٢) . وسنهتم بمحاولة التمييز بينهما تاركين جانباً الأعمال التشريعية الملكية الأخرى

(١) راجع :

Préaux (Cl.) : Pourquoi n'y eut-il pas de grandes codifications hellénistiques? Revue internationale des droits de l'antiquité ,3ème sér., t.5 (1948), P. 365—387.

(٢) أنظر :

Lenger (M. Th.) : Corpus des ordonnances des Ptolémées, AC. royale de Belgique, Bruxelles, 1964.

مثل الديورثوماتا Diorthômata وهي قرارات ملكية تصدر بغية تعديل القوانين واللوائح النافذة ، والبروجراماتا Programmata وهي عبارة عن اعلانات ملكية تتضمن أوامر ادارية . ويرجع سبب اهتمامنا إلى الدور الهائل الذي لعبته البروستجماتا والدياجراماتا في الحياة القانونية لمصر البطلمية ولوفرة النصوص المتعلقة بهما . وتتكلم المصادر عادة عن البروستاجما والدياجراما ولكننا نصادف من حين إلى حين الجمع «بروستجماتا ودياجراماتا» .

١ - البروستجماتا :

وهي عبارة عن الأوامر الصادرة من الملوك البطلمية بمقتضى السلطات المطلقة التي كانوا يتمتعون بها ، بشرط أن يكون التعبير عن ارادتهم واضحاً وغالباً منسوباً اليهم بالاسم .

وكانت هذه الأوامر الملكية تتناول أموراً عامة أو خاصة . وكان الملوك يصدرونها من تلقاء أنفسهم أو بمناسبة شكاوى ومطالب أصحاب المصلحة ، وذلك على التفصيل التالى :

لقد كان الملك الذى يصدر البروستجا يذكر اسمه فيها صراحة فى العادة . وهناك أمثلة متنوعة لها ، بعضها وهو الأكثر رسمية يبدأ بصيغة :

«بناء على أمر الملك Basileós prestaxantes » ، والبعض الآخر تقدم باسم الملك متبوعاً بالفعل الذى يعبر عن مضمون الأمر ، مثال ذلك «الملك والمملكة يعفیان Aphiasi » ، ويرد بعضها خالياً من كل اسم .

ونجد تحت هذا الوصف أوامر لها مضمون عام أى تتناول أموراً عامة ومدونة أم لا فى شكل رسائل . وهناك أوامر لها مضمون خاص وفى أشكال متنوعة للغاية . وتوجه الأوامر من النوع الأول إما إلى كل سكان المملكة أو إلى سائر أعضاء تجمع معين ، ويمتد نطاق تطبيقها إما إلى كل الأقليم أو إلى عدة مقاطعات . ويرد بعضها فى شكل خطابات موجهة من الملك

إلى واحد أو أكثر من كبار الموظفين وتحتوى على بيان للاجراءات التى يتعين تنفيذها . والبعض الآخر عبارة عن نصوص قوانين متميزة عن الاجراءات المتعلقة بتنفيذها . وهناك مثالان لهما دلالة خاصة ، ويكفيان لتعزيز هذه النتائج .

والأول هو خطاب من بطليموس الثانى فيلاديلفوس إلى وزير ماليته أبولونيوس يحظر فيه على المحامين أن يدافعوا عن المتهمين ضد مصالح الخزنة العامة وإلا تعرضوا لعقوبة صارمة . وقد جاء فيه :

«من الملك بطليموس إلى أبولونيوس ، سلام .

«بما أن بعض المحامين المذكورين فيما بعد يتولون الدفاع فى قضايا مالية ضد مصالح موارد الدولة ، أمر بأن يدفع من ترفع فى القضايا ضعف ضريبة العشر الاضافى للخزنة العامة ويمنع من المرافعة منذ الآن فى أية قضية كانت .

«وإذا ثبت فى المستقبل أن أى واحد من أولئك الذين ألحقوا ضرراً بالموارد العامة قد ترفع فى أية قضية كانت ، فانه يجب ارساله الينا تحت حراسة جيدة ومصادرة أملاكه لمصلحة الخزنة العامة .

«الخامس عشر من شهر جوربياريوس ، فى العام السابع والعشرين (١)» .

أما المثال الثانى ، فهو خطاب من أحد ملوك البطالمة «يوارجيتيس الثانى» ومن احدى الملكات (كليوباترة الثانية؟) إلى أهل قورينة (برقة) يدعوانهم فيه أن يدخلوا فى تشريعهم نص بروتاجما يحظر وضع الأختام على الأموال السائبة أو المتنازع عليها ، كما يحظر القبض على المدعى عليهم بدون وكالة قضائية . وقد جاء فيه :

(١) أنظر :

Lenger (M. Th.) : Les ordonnances particulières des Lagides, Mélanges Georges Smets, Bruxelles, 1952, P. 494; Idem : Les prostagmata des rois lagides, RIDA, 1, 1948, P. 125.

«من الملك بطليموس والملكة كليوباترة أخته ، إلى هل قورينة .
«سلام . نرسل لكم صور الرسائل التي وجهناها إلى المندوبين المنوط بهم
«الاشراف على المدن ، وكذلك صورة الأمر' (بروستاجما) الذي رأينا من
«الصالح اصداره ، حتى تتبعوه . وتبعاً لذلك ، ولما كنا نسير على ألا يكون
«أحد من رعايانا موضع جور مخالفة للأمر ، فيجب ادخال نص البروستاجما
«في الدياجراما القضائية النافذة عندكم ، لمراعاته في المستقبل ، حتى لا يشرع
«من يطالبون باستحقاقات لهم ، في اتخاذ اجراء تنفيذي لا يعتمد على أساس
«قانوني . ولكم منا أطيب التمنيات . الرابع والعشرون من شهر جوريبايوس ،
«في العام التاسع ، الرابع والعشرون من فامينوث .
«بأمر الملك والملكة .

«وإذا طالب موظفون أو رعايا ملكيون آخرون بأموال سائبة أو أموال
«محل نزاع ، فلا يجوز لهم أن يضعوا الأختام على أملاك المدعى عليهم أو العمل
«على سجن هؤلاء أو عبيدهم ، دون الحصول على إذن من القضاة الملكيين .
«اللاغريق *chrématistes* ، ومن المأمورين المنوط بهم الاشراف على
«المدن (١)» .

ونستبين من هذين المثالين كذلك كيفية اصدار البروستاجما وتنفيذها .
أما فيما يتعلق بالبروستاجما التي لها مدلول خاص ، فان أحكامها تتعلق
بموضوع منفصل ، أو بمجموعة من الأشخاص ، أو بمكان محدد . وكل
هذه الأوامر تشمل أساساً اجراءات تتعلق بمنح معينة *Philanthrôpa*
(امتيازات ، سندات حماية ، عفو) ، أو تصدر على الأقل كمظهر لحب
الملك لرعيته . وغالباً ما كان الأمر من هذا النوع يصدر بمناسبة النظر

(١) أنظر :

Lenger (M. Th.) : Les ordonnances Particulières des Lagides,
op. cit., PP. 477 et 502.

في الشكاوى وطلبات الاستحقاق المقدمة من أصحاب المصلحة . وكان
يندر أن يصدر هذا الأمر من الملك ابتداء . ويصحب قرار الملك نص
الطلب أو الشكوى extenxis ، وتحرر البروستاجما فيه ، أو ملخص
الطلب أو الشكوى ، وهو يعتبر جزءاً لا يتجزأ من البروستاجما . وتحدد
طريقة تقديم الطلب أو الشكوى إلى الملك ، شكل الاجابة الملكية ، وبالتالي
شكل الأمر الملكي .

ويكفي هنا أيضاً أن نستعرض وثيقتين لهما دلالة خاصة لتعزيد هذه
الأفكار والامام بطريقة اصدار هذه الأوامر وتنفيذها .

وتتضمن الوثيقة الأولى خطاباً موجهاً من بطليموس فيلوميتور إلى
شخص يدعى أبولونيوس ، يظن أنه قائد لحماية محلية ، يخبره فيه بمنح
قطعة أرض مصادرة إلى معهد ثيرا الرياضي والمورخ في ١٣ أغسطس ١٦٣ .
وها هو نصه :

« من الملك بطليموس إلى أبولونيوس ، سلام .

« لقد تلقينا الخطاب الذي أرفقت به صورة الالتماس
الذي قدمه جنود حامية ثيرا .

« ولقد أمرنا الديوبوكيتيس ، وهو المدعو ديوجينيس
« بأن يسلمهم ، طبقاً لطلبهم ، الأراضي التي استولى عليها
« الاكونيموس لمصلحة الخزانة العامة ، وهي التيساجوريون ،
« والكاركينيون ، وتلك المسماة كاليستراتيا ، وتلك التي
« كانت لدى التياكريتاوهي أراضي يقدر ايرادها السنوي بـ ١١١
« دراخمة بطلمية - حتى يتسنى لهم تغطية مصاريف الأضاحي
« وزيت التطهير .

« ولك مني أطيب التمنيات .

الخامس عشر من أودنايوس ، في العام الثامن عشر ، الخامس عشر من أيفي (١) .

وتتضمن الوثيقة الثانية منشوراً دورياً موجهاً من بطليموس اسكندر الأول وزوجته برينيكى الثالثة إلى كافة موظفى مقاطعة منف، ويمنح فيه حق الحصانة لكبير محنطى معبد سيرابيس فى منف ، وهو المدعو بتلسيس ، ويطلب منهم فيه أن يتركوه فى أمن وسلام . ولقد صدر فى ١٥ أكتوبر سنة ٠٩٩ ، وها هو نصه :

« من الملك بطليموس ، ولقبه الاسكندر ، والملكة برينيكى أخته ،

« إلى استراتيجوس مقاطعة منف ، وإلى قائد الحامية ، وإلى إبيستاتيس الحرس ، وإلى رئيس الشرطة ، وإلى مدير الإيرادات ، وإلى الباسيليكوس جراماتيوس ، وإلى مجموعة ابيستاتيس المعابد ، وإلى كبار الكهنة ، وإلى الموظفين « الآخرين فى الادارة الملكية ، سلام . مرفق طيه صورة « الاتماس الذى قدمه لنا بتيسيس ، ونخبرنا فيه بالمضايقات التى يتعرض لها باستمرار من قبل عدد من الأشخاص .

« فليكن إذن ، بالنسبة لكل مسألة كما يطلب .

« ولكم منى أطيب التمنيات .

« التاسع والعشرون من ديوس ، التاسع والعشرون ثيوس ، سنة ١٦ (٢) .»

ويتبع ذلك التماس بتيسيس

(١) راجع : مجموعة الأوامر البطلمية ، المرجع السالف الذكر ، ص ٣٣ .

(٢) أنظر : مجموعة الأوامر البطلمية ، المرجع السالف الذكر ، ص ٦٢ .

لا تستنفد البروستجاتا كل العمل التشريعي للملك البطالمة . فليست كل الأوامر الصادرة من الملك عبارة عن بروستجاتا . بل نعرف أشكالا أخرى لتدخل السلطة الملكية في المجال القانوني . ولن نقحم أنفسنا في استعراض الوثائق المتنوعة التي لها مضمون تشريعي أو تنظيمي والتي تستخدم في التعبير عن اتجاهات السياسة الملكية والقرارات التنفيذية لها (١) . إذ من الصعب اجراء تقسيم خاص بها . ولذلك فاننا سنكتفي بالوقوف عند مجموعة النصوص ذات الطابع الأكثر تميزاً ووفرة ، وهي تلك المتعلقة بما يسمى الدياجراماتا .

ولفظ الدياجراما ، الذي يترجمه البعض بلفظ اللأحة ، نجده مستعملا في معظم الدول الهلينستية ، وينصرف عند البطالمة إلى مجموعة الأحكام التي تتعلق بموضوع محدد . وهي عادة مجهول اسم من أصلها ، وغير مؤرخة ، كما أنها تبدو بمثابة نوع من قوانين الكادر ، وهي دائماً قابلة للتغيير لكي تلائم الظروف المستجدة . ولا تقتصر أمثلتها ، كما كان يعتقد على المجالات الاقتصادية والمالية (شروط اجارة امتياز البنوك ، قوائم الضرائب وتعريفات الأثمان المفروضة (٢) ، ولكنها تمتد أيضاً إلى مجالات أخرى كتنظيم الهيئات القضائية والاجراءات القضائية (٣) والقانون الجنائي . وكان الملك يستطيع أن يتخطى أو يعدل الدياجراما بواسطة أمر ملكي

(١) أنظر :

Lenger (M.-Th.) : Les lois et ordonnances des Lagides, chronique d'Egypte, 19, 1944, pp. 108—146; Idem, Corpus des ordonnances des Ptolémées, pp. 20 — 21.

(٢) أنظر قوانين الدخل Revenue Laws للملك بطليموس الثاني فيلاد بلفوس (تنظيم الاحتكارات الملكية وتأجير الالتزام الخاص بمجموعة من الضرائب وإيرادات الدولة) .
(٣) ولقد أبرز وولف « فكرة الدياجراما القضائية الأساسية (ومن المحتمل أنها صدرت كذلك من قبل فيلاد بلفوس) ، في بحث خاص له ، أنظر :

Wolff : Plurality of laws in ptolemaic Egypt, RIDA, 1960

خاص «بروستاجا» . والدياجراماتا أقل عدداً من البروستجاتا ، كما أنها منقولة بطريقة أقل اتقاناً ، ولكن دورها كان عظيماً في الحياة والقانونية لمصر ، ولا سيما في بداية العصر البطلمي .

أهمية البروستجاتا والدياجراماتا :

تكون البروستجاتا والدياجراماتا المصدر الأساسي للقانون الذي وضعه البطالمة (١) ، وهو ما يمكن أن نطلق عليه اسم «القانون الملكي» . ولقد ظل متأثراً بالطابع الاغريقي . وهما يمثلان أهم نوعين من الأوامر الملكية .

وكانت هذه الأوامر الملكية أداة هامة من أدوات سلطة البطالمة التشريعية ، وكان ملوك البطالمة يشرعون بواسطة هذه الأداة لمصر وولاياتها وللمصريين والاغريق . فكما سبق القول ، كان الملك هو السلطة الوحيدة التي تستطيع اصدار تشريعات يخضع لها سائر سكان البلاد ، ما دام أنهم جميعاً يعتبرون رعاياه .

ولقد كان لهذا «القانون الملكي» الأولوية على قوانين المدن التي كانت تنعم بقسط من الاستقلال الذاتي ، وقانون المصريين ، وقانون الاغريق وغيرهم من السكان (٢) .

وكان «القانون الملكي» يمس مختلف الموضوعات . وإذا كان ملوك البطالمة يشرعون من حيث المبدأ في كل ناحية من نواحي القانون العام والقانون الخاص ، فإن المصادر التي لدينا تكشف مع ذلك عن أن الأوامر الملكية كانت تتعلق على وجه الخصوص بالقانون العام ، وفي القليل بالقانون الخاص . فهي كانت في الدرجة الأولى قوانين اقتصادية وضريبية . وتعالج

(١) راجع فيما يتعلق بهذا الموضوع : تاربنشلاح ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٢

بصفة خاصة أحوال تحصيل الضرائب وتنظيم الاحتكارات (١) . ومراعاة لألوية مصالح الملك ، يلحق بهذه القوانين ، عدد من التشريعات التي تعالج مسائل مرتبطة بذلك ، مثل تنظيم مكتب التوثيق ، وكيفية التسجيل ، ونظام الأموال العقارية . وتضاف أيضاً القوانين المتعلقة بتنظيم الهيئات القضائية ، وقواعد الاجراءات ، وكيفية التنفيذ (٢) . وهناك أيضاً قوانين جنائية تمس النظام العام وأمن البلاد .

أما فيما يتعلق بمجالات القانون الخاص ، فإن ما تبقى لنا من أوامر ملكية تنسم بالندرة : فهناك بعض الاشارات إلى دياجراما تحدد سعر الفائدة بالنسبة للقروض الخاصة ، وإلى دياجراما أخرى تنظم مسئولية ملاك المواشي عن الاضرار التي تلحقها بأموال الغير ، كما ذكرت في سياق دعوى قضائية مادة من مواد دياجراما عن حق ملكية المباني والغراس استند إليها المتقاضى . وتمثل كل هذه الاشارات استثناءات بالنسبة لما لدينا من وثائق . ولا تتضمن هذه الوثائق شيئاً يمس حالة الأشخاص ، وقانون الأسرة ، والموارث .

ويسوغ لنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه الحالة تفسر على أساس صدف الاكتشافات . والحقيقة أن الاجابة عن هذا التساؤل ترتبط بفكرة أن القانون المعمول به في الدولة البطلمية ليس قاصراً على هذا القانون الملكي المشترك الذي تتضمنه الأوامر الملكية ، إذ احتفظت مختلف الجماعات في هذه الدولة ، مع قانون أحوالها الشخصية ، بشرط كبير من قانونها الخاص . وعلى كل فإن الدولة البطلمية تقدم لنا مثالا رائعا عن مقاومة القانون الخاص لتشريع الدولة . كما يتعين علينا ألا ننسى ، من ناحية أخرى ، أن القانون الخاص يتطور بسرعة أقل من القانون العام .

(١) راجع على سبيل المثال : موسوعة الأوامر البطلمية : ص ١٧ - ١٨ ، ٢١ - ٢٢

- ٢٥ - ٢٨ - ٧٩ .

(٢) وهناك أمثلة لذلك في موسوعة الأوامر البطلمية : ص ٤٤ ، ٥٣ ، ٥٤ ،

ولقد كان التشريع الملكي وفيراً في القرن الثالث على الأخص ، الذي يمثل عصر تنظيم مصر الجديدة وازدهار الأسرة البطلمية (١) . ولقد ظل يلعب دوراً هاماً في القرن الثاني ، ولكنه صار بالتدريج ضحية لضعف النظام الملكي .

ولقد ظلت بعض أحكام القانون الملكي البطلمي مطبقة في مصر الرومانية (٢) . ولقد أوردت لنا موسوعة الأوامر البطلمية قائمة تحتوي على أمثلة من هذه الأوامر وهي مجموعة من البروستجاتا ظلت موجودة إلى ما بعد الاحتلال الروماني ، وتتعلق بأحكام خاصة بطرق تنفيذ عقود الأجير ، وبحماية المزارعين من مقاضاة الدائنين لهم خلال موسم الأعمال الزراعية ، ونظام استبدال أراضي المستعمرات اليونانية ، والاعباء المرتبطة بايجارات الأراضي الملكية ، وامتيازات الكهنة في المجال الضريبي ، والأرقاء المولودين في منزل سيدهم ، وهبة العقارات ، ومصادرة الأموال التي يتعرض لها مخالفو «منشورات الملوك والحكام» ، وطرق تنفيذ الديون الخاصة (٣) .

كما استمرت بعض الدياجراماتا تطبق في واقع الحياة العملية في ظل الامبراطورية الرومانية (٤) . وهناك أمثلة لذلك في مجال الرهن ، والوديعة والعربون . وتعكس الشروط المتعلقة بسعر الفائدة في عقود القرض في العصر الروماني ، تنظيماً تحدد بواسطة دياجراماتا صادرة من بطليموس الثاني فيلادلفوس .

(١) أنظر على سبيل المثال : موسوعة الأوامر البطلمية : ص ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٤٦ ، ٥٣ ، ٦١ .

(٢) راجع : موسوعة الأوامر البطلمية ، ص ١٨ - ٢٠ .

(٣) أنظر :

Lenger (M. Th.) : Les vestiges de la législation des Ptolémées en Egypte à l'époque romaine, RIDA, T. 3 (1949) ; Mélanges F. De Visscher, t. 2, P. 69—81.

وراجع أيضاً : موسوعة الأوامر البطلمية ، ص ٢٦٩ - ٢٧٢ (المصادر والمراجع) .

(٤) موسوعة الأوامر البطلمية ، ص ١١٤ - ١٢٣ .

(ثانياً) : القوانين (Nomoi) (١) :

كان من النادر أن نخلع الملك الهلينستي على أعماله التشريعية لفظ " قانون Nomos " ورغم التناقض الظاهر ، فإن هذا اللفظ يطلق ، في العصر محل هذه الدراسة ، على قواعد القانون التي لا تصدر عن الملك مباشرة .

ولقد سبق القول أن سكان البلاد في العصر البطلمي كانوا يتكونون من مجموعتين كبيرتين تنتميان إلى سلالتين مختلفتين : أهالي البلاد الأصليين وهم المصريون ويمثلون الكثرة ، والمهاجرون ، وبصفة خاصة هؤلاء الذين ينتسبون إلى أصل أغريقي . وكانت لدى كل من المصريين والاغريق منذ البداية تقاليد قانونية خاصة ، مؤسسة على قوانينهم وأعرافهم ، وهم يميلون إلى استبقائها في ظل النظام السياسي الجديد الذي خضعوا له . وفيما يتعلق بهذه المسألة ، نلاحظ أن المصريين وجدوا في جماعة رجال دينهم الكثيرة العدد وذات النفوذ ، الحارس الأمين والفعال لقانونهم . أما فيما يتعلق بالاغريق ، فكان لديهم على وجه الخصوص ، لكفالة المحافظة على قانونهم ، التعضيد والضمان من قبل ثلاث مدن مستقلة نسبياً وهي : نقراطيس ، والاسكندرية ، وبطلمية .

وتشهد المصادر التي لدينا بما يؤكد أن هناك قوانين لسكان البلاد الأصليين ، وقوانين للمدن الاغريقية أدخلها المهاجرون ، ولقد ظلت نافذة في مصر البطلمية . ورغم أن الأدلة على ذلك ليست وفيرة ، إلا أن ما هو موجود يكفي لاثبات أن هذه القوانين كان يتمسك بها بصفة منتظمة أمام القضاء وكانت تفرض على القضاة .

وهذا الاختلاف في القوانين (٢) نتيجة طبيعية لاختلاف عنصر السكان ،

(١) أنظر :

Taubenschlag (R.) : Nomos in the papyri, J.J. P., t. 2
(1948), P. 67—73; Opera minora, t. 2 (1959), P. 107—114.

(٢) أنظر :

واحترام البطالمة لهذا الاختلاف في القوانين ، وعدم محاولتهم ، الا في حدود معينة ، اصدار تشريعات تكون سارية على الجميع .

يبد أنه يتعين أن نبرز ما يمكن معرفته عن هذه القوانين ، ليتسنى لنا الالمام بالطريقة التي اتبعت للتوفيق بينها وبين سلطة الحكام والتشريعات الملكية .

١ - القانون المصري :

عرف لدى الاغريق بعبارة « قانون (أو قوانين) أهل البلاد Nomos (Nomoi) tes choras . ويحتمل انها تنطبق تماماً على عبارة «قانون المصريين Ton aigyption nomos » التي تردت في مصادر العصر الروماني .

ولسوء الحظ فاننا لا نعرف بالتفصيل شيئاً عن تاريخ وأصل هذه القوانين المصرية . ويكاد يكون من المؤكد على أية حال أنها لم تكن تعتبر بمثابة جزء من «الدياجراما» . ويستبعد التعبير نفسه « Nomos tes koras أو Nomoi tes koras قانون أو قوانين أهل البلاد » مثل هذا الافتراض . فلو كان هذا التعبير يشير إلى تشريع ملكي وضع خصيصاً باللغة اليونانية لكي يطبق على سكان البلاد الأصليين ويتضمن أنظمة تتعلق بهم، أو أن هذا التعبير ينصرف إلى تقنين ديموطيقى أصدره أحد ملوك البطالمة لتكملة تقنين مصري قديم (١) ، لم يكن هناك حاجة بالنسبة للخبراء القانونيين وكذلك من حيث وجهة النظر للفقهاء الحديث الخاصة بالدياجراما كمصدر للقانون ، إلى استعمال تعبيرات مميزة .

Préaux (Cl.) : sur la réception des droits dans l'Egypte gréco-romaine, Mél. de Wescher 4 (1950), 349—359; Wolff (H.J.) : Plurality of laws in ptolemaic Egypt, RIDA, 7 (1960), 191 — 223; Modrzejewski : Réflexions sur le droit ptolémaïque, Jura, 15 (1964), 32—56; Idem, la règle de droit dans l'Egypte ptolémaïque, Essays in Honor of C.B. Welles = Amer. Stud. Papyr., 1, 125—173.

(١) أنظر :

Arangio-Ruiz : Personae Familia, 29; Idem, la codification dans l'Egypte ancienne, JJP. t. 11/12 (1958), P 25-46.

والواقع انه من المحتمل جداً أن بعض أو كل القوانين الخاصة بسكان الريف من المصريين ترجع إلى ما قبل العصر البطلمي . فعندما نجد في مصدر ديموطيقي من القرن الثاني العبارة الآتية : «اللوحه الثامنة من قانون مصر» يصعب حقاً أن نستبعد الشك ان كاتبها يرد في ذهنه تقنين فرعونى قديم (١) . كما أن هناك أدلة أخرى عشر عليها في محضر محاكمة مصرية وأوراق متعلقة بها جمعها «تومبسون» تحت عنوان «ارشيف عائلى من أسيوط» يرجع إلى حوالى عام ١٧٠ ق . م . مذكور فيه قوانين مصرية عديدة ، بعضها على الأقل يرجع تاريخه إلى العصر الفرعونى ، وتتعلق بالعلاقات المنزلية واجراءات المحاكم (٢) .

ونضيف إلى ما تقدم أن ملوك الفراعنة تركوا شهرة كبيرة باعتبارهم مشرعين ، وان كنا لم نعثرحتى الآن على المجموعات القانونية التى أصدروها . بيد أن المصادر تشير إليها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، ومن بينها ما ظهر فى الآثار التى تنتمى إلى الدولة الوسطى فى مصر الفرعونية من اشارات إلى مجموعة من أربعين لوحة ، وتظهر فى الصور فى شكل لفات من أوراق الردى كان الوزير الأول للفرعون يضعها أمامه عندما كان يجلس فى ساحة القضاء . ولم يصل لنا أى من هذه اللوحات .

كما ينسب مؤرخو الإغريق مجموعات قانونية إلى اثنين من الفراعنة ينتميان إلى أواخر العصر الفرعونى ، وهما بوكخوريس (من ملوك الأسرة الرابعة والعشرين) وأمازيس (من ملوك الأسرة السادسة والعشرين) . فوفقاً لرأى هيرودوت وديودور الصقلى (٣) ، وهو ما أكدته مجموعة

(١) راجع :

Arangio-Ruiz , J .J. P., 11—12, 33

(٢) أنظر :

Thompson (H.) : A family archive from Siut, from papyri in the British Museum, Oxford, 1934, PP. 3,11—32.

(٣) راجع عمر ممدوح : أصول تاريخ القانون ، ١٩٦٣ ، ص ٧٩—٨٠ ، ص ٢٢٥ ومابعدها ؛ صوفى أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون ، ١٩٦٧ ، ص ١٦٣ ومابعدها .

من التصرفات القانونية التي تنتمي إلى هذا العصر ، قام الملك بوكخوريس بعمل تقنين باسمه ، تضمن من بين أحكامه القانونية الهامة حكماً يتعلق بالغاء الاسترقاق بسبب الدين . ويقال أن صولون ، مشرع أثينا المشهور ، اقتبس منه هذا الحكم حينما وضع تقنينه المعروف (نحو عام ٦٠٠ أو عام ٥٩٤ ق . م .) . كما سار على نهج بوكخوريس أيضاً الملك أمازيس (٥٦٨ - ٥٢٦ ق . م .) (١) .

ولقد كان هناك العديد من الأسباب وراء استمرار العمل بهذا القانون في العصر البطلمي . وهي لا تنحصر فقط في العادة التي جرى عليها الغزاة وراء احترام قوانين المصريين ، بل ومنها أيضاً عدم وجود علاقات قوية بين العناصر السلالية المختلفة التي وجدت في مصر ، واستمرار وجود اللغة المصرية التي كانت تقف في سبيل أى امتزاج قانوني . فالتصرفات التي كان يدونها المصريون أو تدون من أجل المصريين كانت تكتب بالديموطيقية ، وهي تتبع ما جرى عليه العمل منذ الماضي السحيق وتخضع في كل ما يثار بشأنها للقاضي المصري . كما ساهم حرص موثقي العقود وكتابها على اتباع التقاليد القديمة إلى الإبقاء على القانون المصري . وأخيراً فإنه لم يكن هناك ما يدعو البتة لأن يخلى هذا القانون ، الذي ساعدت على دقته قرون طويلة من الحضارة ، مكانه للقانون اليوناني .

٢ - القانون اليوناني :

كان من المستحيل كذلك فرض القانون المصري على اليونانيين المهاجرين . ولقد ارتبط بعضهم بالمدن اليونانية في مصر ، وعاش البعض الآخر في البلاط الملكي أو في ربوع البلاد . وهناك رأى يقول بأنه لم يكن هناك «قانون مشترك» للاغريق المقيمين في ريف مصر نظراً لاختلاف

(١) ديودور : ١ ، ٧٤ وكذلك : ١ ، ٧٩ ؛ هيرودوت : ٢ ، ١٦٤ -

قوانين المدن العديدة في اليونان والتي أمدت مصر بهؤلاء المهاجرين (١) ، وأنه ما كان من الممكن فرض قانون موحد على اليونانيين من غير مواطني المدن اليونانية في مصر لأنه كان سيترتب على ذلك العديد من المشاكل بسبب اختلاف قوانين مدنهم الأصلية التي كانوا ينتمون إليها .

ولكننا نلاحظ أنه إذا كان ثمة اختلاف بين قوانين المدن اليونانية القديمة، فإنه قد أخذ يتلاشى في ظل الحكم البطلمي . واستطاعت التشريعات الملكية أن تساهم في هذا المضمار ، فقامت بعمل موافقة واختيار فيما بين القوانين اليونانية المختلفة ، وساعدت على وجود «قانون مشترك» يطبق على كل الاغريق المهاجرين إلى الريف المصري .

ومن ناحية أخرى فإن كثيراً من الاختلافات المذكورة كانت طفيفة، كما ظهر بين الاغريق المقيمين في مصر اتجاه قوى لتكوين رباط مشترك في المجال القانوني مثلما تم في مجال اللغة . كما ساعد على ذلك أيضاً موثوق العقود وكتابتها من الاغريق ، ووجود لغة يونانية واحدة واستمرارها ، وكذلك الاطار العام الواحد الذي سادت فيه القوانين اليونانية . وإذا كان من المعلوم أن قوانين اليونان القديم (٢) كانت تنظم كل منها العلاقات التي تنشأ بين مجموعة من الأفراد يكونون جماعات صغيرة وهي جماعات مدن ، فإن القوانين اليونانية في مصر سادت على العكس في اطار نظام الملكية المطلقة وانفصلت هذه القوانين بالتالي عن نظام المدينة . فالبيئة المصرية أدت إلى أن تتخلص القوانين اليونانية من روابطها التقليدية المتعلقة بنظام المدينة .

(١) أنظر :

Taubenschlag (R.) : The ancient greek city laws in ptolemaic Egypt, Actes du cong. papyr., Bruxelles, 1938, , 471—489, op. minora, I, (1959), 601—622.

(٢) أنظر :

Gernet "L" : Introduction à l'étude du droit grec ancien, Archives d'Histoire du droit orientale, t. 2 "1938", P. 261 — 292.

والخلاصة أنه في تقديرنا وجد قانون يوناني مشترك طبقته المحاكم اليونانية على الاغريق المقيمين في الريف .

أما بخصوص المدن اليونانية الثلاث الموجودة في مصر ، فلقد سمح الاستقلال النسبي الذي سلم به لها باصدار عدد من القوانين التي تطبق على مواطنيها وربما كذلك على سكان هذه المدن من غير مواطنيها . ويحتمل أن هذه القوانين هي التي كان يطلق عليها اصطلاح Politikoi Nomoi الوارد في بعض النصوص (١) . وفي تقدير البعض ، أن هذا الاصطلاح كان يطلق على قانون الاسكندرية على وجه الخصوص . ومهما يكن من أمر ، فاننا نعتقد أنه بجانب ما كانت تصدره جمعيات هذه المدن من قرارات يطلق عليها اسم Psephismata ، فان اصطلاح politikoi nomoi كان ينصرف إلى القوانين التأسيسية للمدن ، ولا سيما قانون الاسكندرية .

أما فيما يتعلق بالعناصر السلافية الأخرى من غير الاغريق فلقد احتفظت بجزء من عاداتها على الأقل . ولكن ما كان يمكن لهذه العادات أن تستمر على قيد الحياة الا إذا كانت تتعلق بجماعات منظمة تضم أفراداً عديدين أي تتخذ شكل الجاليات . فالأجنبي المعزول ، والتائه بين جموع الشعب ، كان لا بد أن يرتبط بأى من الشريعتين السائدتين ، المصرية أو الاغريقية .

كيفية التوفيق بين الشريعتين المصرية واليونانية من جهة والتشريعات الملكية من جهة أخرى :

يمكن أن نورد ثلاث ملحوظات تلقي الضوء على الطريقة التي اتبعها ملوك البطالمة في التوفيق بين تشريعاتهم والشريعتين المصرية واليونانية :

١ - لم يكن ملوك البطالمة يكتفون بالاعتراف بفعالية الشريعة المصرية الموروثة عن أسلافهم والشريعة اليونانية التي حملها المهاجرون الاغريق

(١) أنظر :

Taubenschlag (R.) : Nomos in the papyri, J.J.P., t. 2 (1948), P. 67—73 = Opera minora, t. 2. (1959), 107 — 114.

إلى مصر . فلقد شرعوا أيضاً لكل من الطائفتين المصرية واليونانية . ونحن نعرف ، من خلال الملف الديموطيقى المتعلق بمحاكمة أسيوط قانوناً من قوانين السنة ٢١ (لبطليموس الخامس ايبفانيز ؟) ، وهو صادر من الملك ذاته أو على الأقل تحت ضمانه ، ويتعلق بنظام الأموال الزوجية الخاص بالمصريين . كما أننا قد أشرنا من قبل إلى أن الهيئات التشريعية لبعض المدن اليونانية الخاضعة للملك البطالمة قامت ، بناء على طلب الملك بادخال نص أوامر ملكية في قوانينها المحلية .

٢ - كما اتبع ملوك البطالمة مبدأ تدرج الشرائع على أساس السلطة التي تصدر القانون . فاذا كانت المسألة قد عاجلتها بروستاجما أو دياجراما يكون لمثل هذه التشريعات الملكية الأولوية على المصادر القانونية الأخرى التي نظمتها . ولقد حدد هذا المبدأ بوضوح في دياجراما من القرن الثالث ق . م . ، وعرضت في دعوى ضمن عدد من المستندات . ويعلن نصها في جوهره ما يلي : يخضع القضاة أساساً للدياجراماتا ، وفي حالة عدم وجود هذه الأوامر ، فلقوانين المواطنين ، وعند عدم وجودها فإنهم يحكمون وفقاً لمقتضيات العدالة .

٣ - وفي حالة تنازع هذه الشرائع ، يقوم الملك بدور الحكم ويفرض ، عن طريق الأوامر الملكية ، الحلول التي يتعين اتباعها لحسم هذا النزاع . ومثال ذلك ، حينما أريد معرفة القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص حينما يثور نزاع بين اغريق ومصريين بخصوص العقود التي أبرموها فيما بينهم أجاب بطليموس الثاني يوأرجتيس في بروستاجما مؤرخة نحو عام ١١٨ ق.م. بأن لغة العقد هي الفيصل .

ومن ثم يتضح من ترتيب الشرائع على هذا النحو ، أن التشريع الملكي كان متفوقاً بدرجة كبيرة ، وكان يباشر تأثيره في النهاية ، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على كل مظاهر القانون .

أساس استمرار القانون المصرى والقانون اليونانى :

أثار هذا الموضوع الكثير من الجدل بين الباحثين. ويمكن أن نبلور آراءهم على النحو التالى :

١ - النظرية القائلة بأن أساس الزامية القوانين المصرية واليونانية ينحصر فى كونها اعتبرت بمثابة «أعراف» :

يذهب البعض (١) إلى أن استمرار بقاء القانون المصرى والقانون الاغريقى فى عهد البطالمة يرجع إلى أنها اعتبرت بمثابة «أعراف» صدق عليها الملوك وأيدوا فعاليتها من خلال الحماية القضائية التى منحت لها فى اطار التنظيم الذى وضعه بطليموس الثانى فيلاديلفوس . وبتعبير آخر فان القواعد التى لا تصدر عن الملك تتركز بصفة رئيسية على أسس عرفية ، وتحميا الهيئات القضائية الملكية .

ويضيف أنصار هذه النظرية أنهم يقصدون «بالعرف» القواعد المرعية فى الحياة العملية ، التى تحترم من قبل السلطات العامة ، ولكنها لا تصدر مباشرة عن الدولة المشرع . وهم يطلقون لفظ «التشريع» بالتالى على الأعمال التشريعية للملوك البطالمة ، فالتشريع يضم القواعد القانونية التى من خلق الدولة مباشرة .

ووفقاً لهذه النظرية أيضاً ، فان نفس الفكرة التى تبناها تصدق أيضاً على قواعد القانون البطلمى ، عندما فقدت كل اتصال مباشر بالارادة التشريعية للملوك البطالمة ، وذلك فى العصر الرومانى ، وتجردت من الجزاء المحاكم الملكية تطبقه على كل من يخالفها . فلقد انكشفت هذه القواعد إلى مستوى الوقائع التى يحفظها مجرد الاستعمال ، واعتبرت استمرارا للتقاليد القانونية المحلية التى بقيت على قيد الحياة بعد الغزو الرومانى باعتبارها أعرافاً (٢) .

(١) أنظر :

Modrzejewski (Joseph) : Essays welles, 1966, P. 127—173.

(٢) أنظر فيما يتعلق بدور العرف فى الحياة القانونية لمصر البطلمية :

٢ - النظرية القائلة بمبدأ الشخصيه :

تمسك علماء البردى ولا سيما العلماء الألمان بمبدأ الشخصية الذي يربط كل فرد بقانونه الأصلي ، باعتباره أساساً للفكر القانوني القديم . وبتطبيق هذا المبدأ على مصر البطلمية ، يقال أن الارتباط السلالي أو السياسي للفرد يمكن في ظل بعض الظروف وفي اطار حدود معينة أن يحدد القانون الذي ينظم شؤونه .

ويقارن هؤلاء الباحثون ، فيما يتعلق بمدى صلاحية كل من القانون المصري والقانون اليوناني ونفاذهما في نفس الوقت تحت حكم البطالمة ، الموقف في عصر البطالمة بما حدث بعد ذلك بألف سنة في إقليم ريبوارا في مملكة الفرنجة حيث كان كل شخص يخضع لقانون قبيلته (١) .

٣ - النظرية القائلة بأن القوة الاجبارية للقوانين اليونانية والمصرية ترجع الى ادخال هذه القوانين في اطار التنظيم القضائي الذي ابتدعته الدولة البطلمية ، أو ما يسمى بقانون المحكمة Lex fori :

في تقديرنا أن أساس الزامية القوانين المصرية واليونانية في مصر البطلمية تحتاج إلى وقفة تأمل لكي يتسنى لنا التوصل إلى تفسير مقبول . وبطبيعة الحال ، ينبغي علينا أن نطرح جانباً الأفكار التي لا تثير خلافاً والتي تعتبر من المسلمات . فجميع الباحثين يعترفون بأن تاريخ القانون المصري في ظل البطالمة بل وحتى في ظل الرومان كان يتسم بسمة واحدة وهي أنه في اطار القانون الخاص تعايشت مجموعة من الأفكار والنظم المرتبطة بالحضارات العديدة التي تقابلت في وادي النيل خلال العصر البطلمي والروماني

=Taubenschlag (R.) : Customary law in the papyri, J.J.P., t. 1 (1946), P. 41— 54 = Opera minora, t. 2 (1959), P. 91 — 106; Modrzejewski (J.) : La notion d'injustice dans les papyrus grecs, Jura, t. 10 (1959), P. 67—85.

(١) أنظر :

والبزنطى . غير أن الخلاف يسود حينما نريد شرح كيف يحدث ان هذه الأفكار والنظم التى تنتمى إلى أصول مختلفة ، وغالباً شديدة الاختلاف من حيث الشكل والجوهر ، طبقت معاً فى العصر البطلمى كقانون معمول به .

ونحن لا نتفق مع الرأى القائل بأن أساس الزامية هذه القوانين يمكن فى كونها أعرافاً . كما أننا لسنا من أنصار النظرية القائلة بمبدأ الشخصية . فمثل هذه النظريات تثير التساؤلات أكثر مما تقدم الإجابة . صحيح أن الدول القديمة كانت تقصر على مواطنيها وحدهم ضمان مباشرة الدعاوى والتمتع بالحقوق باعتبارها من نتائج التنظيم القانونى للجماعة ، بينما يجد الأجنبي نفسه ، من الناحية النظرية على الأقل ، فى وضع قائم على مجرد التسامح ، ويعتمد على الحماية التقديرية التى يكفلها له حاكم مكلف بشئون الاجانب ، بيد أنه لم يكن ينبج عن هذا الوضع أى التزام يقع على عاتق السلطات للتعامل مع الأجنبي ووفقاً لقانونه الخاص . ويمكن القول على أية حال بأن مبدأ الشخصية ينتمى إلى دولة المدينة ولكن لا مكان له فى الملكيات المطلقة التى لا تقوم على أى تنظيم سياسى لحق مواطنة مطلق .

وبخصوص مصر فان الفكرة فى أن الشخص يرتبط ارتباطاً لانفصام فيه بقوانين جماعته الأصلية لم تكن تنطبق مع الفكرة الواقعية عن القانون لدى البطالمة التى بدأت ، مع تنظيم فيلاديلفوس لنظام قضائى فى نطاق محدد ، يعتمد على الملك وحده سواء فى الأسس الشكلية أو الموضوعية لكل اختصاص قضائى . وعلى هذا فان القوانين المصرية واليونانية لم تكن تعتمد فى الاعتراف بها على أية نظرية بمقتضاها كان يمكن اعتبار هذه القوانين خاصة بجماعات معينة من السكان (مبدأ الشخصية) ، إذ لم يعرف البطالمة مثل هذه النظرية .

ونحن نميل إلى القول بأن القوانين المصرية واليونانية كانت ملزمة لأنها ارتبطت بنوع معين من الحاكم ، طبقاً لرغبة الملك . وأى شخص كان يتقدم للمحكمة فانه كان يخضع للقوانين المعنية له ، لا لأنها القوانين التى ورثها عن أسلافه بل لكونها قانون المحكمة Lex fori . فالمصرى يخضع

للقانون المصرى لا باعتباره قانون أسلافه بل لكونه الشريعة التى تطبقها المحكمة المصرية وفقاً للتشريع الملكى الذى أصدره فيلاديلفوس . ويقال نفس الشيء بالنسبة لليونانى المقيم فى مصر .

ومن ثم فإنه إذا نظرنا إلى القانون المصرى فى مجموعه من ناحية قانونيته يجب أن نعتبره بمثابة قانون ملكى بطلمى . وفى حدود الاختصاص القضائى للمحاكم المصرية Laokritai ، فإنه يشغل مكاناً مماثلاً للمكان المخصص للقوانين اليونانية من خلال اختصاص المحاكم اليونانية Dikasterion . فالقاضى كان يحكم فى المسائل التى لا تدخل فى نطاق أى دياجراما طبقاً لتلك القوانين إذا كان كلا الطرفين ينتميان إلى نفس السلالة . وهذا يعنى ادماج تلك القوانين ضمن نطاق القانون البطلمى ، على الرغم من أنها لم تكن بالضرورة تابعة أصلاً من التنظيم القانونى البطلمى . فالمحاكم المصرية كانت تفصل فى المنازعات بين المصريين طبقاً للقوانين المصرية . وكذلك الأمر بالنسبة للمحاكم اليونانية ، فهى تفصل فى المنازعات بين الاغريق وفقاً للقوانين اليونانية . وليس هناك شك فى أن استمرار جميع هذه القوانين كان له طابع رسمى . وينتج الاستنتاج بأن هذا الاستمرار بنى على نوع من الموافقة الرسمية من الحكومة الملكية ، وضع المحكمة المصرية Laokritai والمحكمة اليونانية Dikasterion كجزء لا يتجزأ من النظام القضائى الذى يعمل تحت سلطة الملك .

ومن المؤسف حقاً أن المظهر الخارجى لهذه الموافقة الرسمية هو احدى المسائل التى لم تجب عنها مصادرنا بالضبط . ويغلب على الظن أن وضع المحاكم المصرية وسلطتها القضائية كان يرتكز على دياجراما والا فكيف يمكن أن نفسر الحاق مدع عام Eisagogeus بها؟ ونتيجة لذلك فإنه يمكن القول بأن هذه الدياجراما كانت تؤكد القوانين المصرية . وتصبح هذه الموافقة مماثلة لتلك التى رفعت القوانين اليونانية إلى مرتبة مصدر رسمى للقانون الذى تطبقه المحاكم اليونانية «الديكاستريون» .

وهكذا يمكن أن نكرر بالنسبة للمصريين وغيرهم من سكان الريف أن القانون كله كان يعتبر كلاً لا يتجزأ ، وينبع من الملك باعتباره المصدر الوحيد للقانون . وتصبح مفهومة الفكرة التي نادى بها وهي أن فيلاديلفوس بتنظيمه للقضاء وباتمامه أو ببدئه البرنامج التشريعي الشامل كان يهدف إلى إدخال «تنظيم متكامل» للقانون الخاص بالنسبة للبلاد بأسرها . ولقد حقق ذلك فعلاً .

ولم يكن بالطبع «تنظيماً» بمعنى مجموعة موحدة من النظم المتناسقة المتساوية في القيمة (ولو أنها غير متساوية في مصادرها المختلفة) . وعلى أية حال فإن الأفراد كانوا يستطيعون ، عند تنظيم أمورهم الخاصة ، أن يختاروا من بين النظم المعمول بها تلك التي تتفق مع تقاليدهم الوطنية .

ومن ثم نخلص من كل ما تقدم إلى أن القوة الاجبارية للقوانين اليونانية والمصرية في العصر البطلمي كانت في تقديرنا نتيجة لادخال هذه القوانين في اطار التنظيم القضائي الذي ابتدعه البطالمة .

الفرق بين مبدأ الشخصية ومبدأ قانون المحكمة :

يمكن تصور اننا نحاول اجراء مجرد تفرقة نظرية بين مبدأ الشخصية كما فهمه الالمان ، وفكرة قانون المحكمة Lex fori الذي خوله الملك بطليموس الثاني فيلاديلفوس للمحاكم اليونانية والمصرية المعترف بها في مصر . ذلك أنه من الناحية العملية فإن الآثار التي ترتبت على التنظيم المزدوج للمحاكم كانت غالباً مشابهة لتلك التي كان يمكن أن تحدث نتيجة للاعتراف «بمبدأ الشخصية» . ونحن لا نعرف ما إذا كان قد سمح للمصريين (كما هو الشأن بالنسبة لليهود وغيرهم ممن لا ينتمون إلى السلالة اليونانية) بالتقاضى أمام المحكمة اليونانية Dikasterion ، أو الأشخاص الذين ليسوا من أصل مصري بالتقاضى أمام المحكمة المصرية Laokritai . وعلى أية حال ، فإنه يمكن التسليم بأن هذه الحالات كانت نادرة جداً ، إذا كانت قد حدثت على الإطلاق .

فن الناحية الواقعية ، كان كل من هذين النوعين من المحاكم يخدم أولئك الذين انشئء من أجلهم . وكما سبق القبول ، سمح للمحاكم المصرية أن تتبع القوانين المصرية ، ومن ثم كانت مشاكل المصريين تحل طبقاً لتقاليدهم القانونية ، بينما كان الآخرون الذين يتقدمون إلى المحاكم اليونانية يتمتعون بنفس الحق .

بيد أننا إذا خرجنا عن نطاق اختصاص المحاكم المصرية واليونانية ، فإن الأهمية العملية للفرقة بين مبدأ الشخصية ومبدأ قانون المحكمة تصبح واضحة . ففي خارج نطاق التقاضي لم يتردد الأفراد في استعمال نظم غريبة عن قوانينهم الوطنية كلما استدعت مصالحهم الخاصة مثل هذا العمل ، وذلك على خلاف ما يقضى به مبدأ الشخصية . وكان بوجه عام متاحاً للجميع بلا استثناء الجهاز المعد لأغراض تسجيل ونشر المعاملات . فكان المصريون عند ابرام العقود ، كثيراً ما كانوا يستعينون بخدمات الموثقين اليونانيين ، وكان اليونانيون يصبون معاملاتهم في بعض الأحيان في قوالب ديموطيقية ، وكان اختيار اللغة بطبيعة الحال معناه قبول مضمون القانون الذى كان يلزم كتاب وموثقى كل منهما . ومما هو جدير بالذكر أيضاً أن المصريين كثيراً ما كانوا يدعمون معاملاتهم المتضمنة انتقال الملكية والتي وضعت فعلاً في صورة عقد ديموطيقى ، وذلك بالاستعانة بالنظام اليونانى المتعلق بتسجيل انتقال الملكية Katagraphé . كما كان القانون نفسه يحدد الخطوات التي يجب اتخاذها لتحقيق الإدعاءات المطلوبة بخصوص موضوع معين ، كلما كانت هناك دياجراما متعلقة بهذا الموضوع ، وكانت تطبق ، بطبيعة الحال ، في جميع الحالات بصرف النظر عن جنسية الدائن أو المدين .

ولربما يعترض البعض بأن استعمال الجميع للجهاز المعد لتسجيل ونشر المعاملات بدون أية قيود ، وكذلك الأدوات الرسمية ، لم يكن منه بد بسبب علاقات التعامل الضخمة التي كانت قائمة بين العناصر المختلفة

من السكان . إذ كان يجب بالطبع أن تطبق على كل فرد القواعد التي تصدر لتأمين سلامة المعاملات أو لضمان أسلوب منظم .

ولهذا فإن الأمثلة التي أعطيناها ربما كانت لا تثبت النظرية التي نؤيدها تماماً . ولكن لا داعي لتحفظ مماثل أزاء حقيقة أن هناك سلطات أخرى غير المحاكم العادية لم تكن خاضعة لأي قانون يمكن أن تدعيه الأطراف المتنازعة خاصاً بها باعتبارها أعضاء في مجموعة قومية أو متعلقة بمدينة . فلقد كان الموظفون ، بحكم عملهم كممثلين مباشرين للملك ومسؤولين أمامه وحده ويمارسون سلطة الإيجار أكثر من ممارستهم للقضاء ، خاضعين فقط لأوامره أو تعليماته العامة الموجهة اليهم مباشرة . وربما تعني بردية من القرن الثاني ق . م . (عام ١٧١) تتضمن التماساً لفلاح مصري قدم إلى الاستراتيجوس ويستشهد فيه بنص وارد في دياجراما لتدعيم ادعائه بخصوص حق الملكية . ولا شك ان هذا التماس له مغزى بخصوص موضوعنا . فالقاعدة المشار إليها فيه تتعلق بمسألة تتصل اتصالاً وثيقاً بالعلاقات العائلية والمواريث ، أي أنه كان يحكمها القانون المصري (١) . ومع ذلك فنحن بصدد مصري يقاضى مصرياً آخر ، وهو الذي فضل الالتجاء إلى التشريع الملكي (الدياجراما) بدلا من القانون المصري الخاص به والذي كان على المحاكم المصرية تطبيقه ، لو أنه قام بمقاضاة خصمه أمامها . ولا نعرف بالضبط سبب هذا التفضيل ، ربما مجرد أن الاستراتيجوس لم يكن يفهم الديموطيقية ، وربما مرد ذلك إلى أن الترجمة اليونانية للقانون المصري لم تكن موجودة بعد . ولكن هذه المسألة ليست لها أهمية لنا مثل المسألة الأخرى وهي أن هذه البردية تثبت أن جنسية الطرفين لا تحدد بالضرورة القانون الذي يتعين على الاستراتيجوس اتباعه .

وهذا يستخلص أيضاً مما سبق أن قلناه من أن الناس في معاملاتهم

(١) أنظر :

Arangio Ruiz, J. J. P., 11—12 (1958), 37.

اليومية - وخصوصاً فيما يتعلق بعلاقاتهم العائلية - يستفيدون من النظم المصرية واليونانية بدون تمييز ، وبأحسن ما يفيد أغراضهم ، بصرف النظر عن أصلهم (١)

يبين من كل ما تقدم أن البطالة حرصوا على احترام النظم التقليدية والأفكار العامة لشعب يتمتع بشخصية وطنية لا يمكن تحطيمها ، وذلك نتيجة للسياسة الواقعية التي التزموا بها . وهذا يؤيد خصيصاً الأزواج التي ميزت تطور القانون والقضاء في مصر البطلمية وتبين الحاجز الذي كان يفصل ما بين مجال الثقافة القانونية المصرية واليونانية . كما أن الميل إلى العزلة كان يجعل هناك مواجهة ما بين العنصر الاغريقي والعنصر المصري في المجالات المختلفة للحياة العامة ومن أهمها التنظيم القضائي والقانوني .

وعندما استولى الرومان على مصر فان النظم التي كانت تبقى القانون اليوناني والقانون المصري بعيدين عن بعضهما كانت قد وصلت إلى حد النسيان وانتصرت العوامل التي تميل إلى الاتجاه العكسي . فسمة السلطة التي اتسم بها التنظيم القضائي كما طبقه الرومان ، والاتجاه الروماني لمعاملة التقاليد القانونية لسكان مصر كمجرد تقاليد تظل مراعاتها متروكة لتقدير السلطات حالت بطبيعة الحال دون احياء تعدد القضاء الذي كان من الممكن أن يعيد المبدأ القديم الخاص بقانون المحكمة Lexfori . وهذا هو ما سنفصله فيما يلي .

(١) انظر :

Taubenschlag, Op. Min., 2, 447.

الباب الثاني

أسس التنظيم القانوني في مصر الرومانية

مقدمة :

١ - الامبراطور : كانت مصر في غاية السوء ، عندما وقعت في قبضة أول أباطرة الرومان . إذ ابتلعت الثورات والحروب جزءاً كبيراً من دخلها ، وخلت الادارة من الموظفين الأكفاء ، وشكى السكان باستمرار من ابتزاز جباة الضرائب والموظفين لأموالهم . وعموماً فان الأحوال كانت شبيهة بتلك التي سادت مصر قبل الغزو اليوناني .

ولقد تحولت مصر نتيجة الاحتلال الروماني ، من مملكة مستقلة أثناء حكم البطالمة إلى ولاية تابعة للامبراطورية الرومانية ، وذلك ابتداء من عام ٣٠ ق . م . (١) . بيد أنها لم تكن ولاية على نمط الولايات الرومانية الأخرى ، وانما احتلت وضعاً فريداً ، وحكمت وفقاً لنظام خاص (٢) ، وتبعت امبراطور روما مباشرة .

واستبقى أكتافيوس ، بعد فتحه لمصر ، النظام الاداري والاقتصادي للبلاد دون مساس تقريباً . إذ كانت سياسة الرومان على الدوام أنه حينما

(١) أنظر :

Van Groningen (A.B.) : L'Egypte et l'Empire, Etude de droit romain public, Aegyptus 7, 1926, P. 189—202.

(٢) أنظر عكس هذا الرأي :

Jouguet (P.) : La domination romaine en Egypte aux deux premiers siècles après Jesus-Christ, Alexandrie publications de la société royale d'archéologie 1947 (conférence donnée à la société royale d'archéologie d'Alexandrie, le 29 avril 1946), P.5.

يضاف إلى امبراطوريتهم بلد يتمتع بتنظيم متطور للحكومة ، فانهم لايتدخلون الا بالقدر الضرورى فيما يوجد من نظم (١) .

وتلقى هازم كليوباترة والوارث المباشر للبطلمة مظاهر التكريم الالهى التى كانت تؤدى لفراغته مصر منذ القدم . واضطلع بالدور الدينى للفرعون وما يرتبط به من شعائر . فالغزو الرومانى لمصر لا يعنى بالنسبة لسكان البلاد سوى مجرد تغيير فى الأسرة الحاكمة . ومارس الامبراطور أغسطس عليها سلطاناً مطلقاً . فهو يختار حكامها ، وهم مسئولون أمامه فقط ، ويتم شغل جميع الوظائف عن طريقه بصورة مباشرة أو غير مباشرة . وأرسيت دعائم حكم مطلق فى مصر يدور حول شخص الامبراطور بحيث يمكنه أن يتخذ أى تدبير يراه مناسباً دون الحاجة إلى استشارة أحد (٢) .

ويبين من كل ما تقدم أن امبراطور روما أصبح فرعوناً لمصر ، ويرسم على المعابد والآثار المصرية هذه الصفة ، ولا تخضع مصر لسلطة غير سلطته . إذ كانت التقاليد المصرية المستقرة منذ آلاف السنين توجب أن تحكم مصر حكماً ملكياً . ومن ثم فانه بعد سقوط مملكة البطلمة ، صار الامبراطور الرومانى وريثاً لهم ، وخلفهم فى حكم البلاد باعتباره الملك الشرعى وفرعون مصر .

٢ - **العصر الرومانى** : إذا كان مجيء الرومان إلى مصر لم يقلب كل شىء فيها رأساً على عقب بصفة كاملة ، فانه أدى مع ذلك إلى تغييرات

(١) أنظر :

Préaux "Cl." :

Les continuités dans l'Egypte gréco-romaine, Actes du congrès International de Papyrologues, P. 236.

(٢) راجع :

Piganiol (A.) : Le statut augustéen de l'Egypte et sa destruction, Museum Helveticum, X,3—4 (1953), P. 195; Van Groningen (A.B.), op. cit., 189 et suiv.

ملحوظة . فلقد أدخل الغزو الروماني عنصراً بشرياً جديداً ونعني به الرومان وهم يمثلون أقلية عددية ، ويعملون كموظفين وجنود ورجال أعمال . كما حصل الكثير من الأغريق والمصريين المتأخرين على المواطنة الرومانية Civitas romana . وهم الذين كانت النصوص في العصر الروماني تعنيهم في بعض الأحيان حينما كانت تذكر رومان مصر .

وإذا طرحنا جانباً الاستثناءات ، وأهمها الاستثناء الخاص باليهود ، إذ يحتمل أنه كان من الممكن لهؤلاء أن يكتسبوا الرعية الرومانية مباشرة ، أما بالنسبة لغيرهم فكانت المواطنة الاسكندرانية تشترط للحصول على الرعية الرومانية . ويحتمل أن مواطني المدن اليونانية الأخرى عوملوا بالنسبة لهذه المسألة معاملة الاسكندرانيين . كما أسهم الجيش الروماني في تكوين الطبقة الجديدة ، إذ كان يمكن اكتساب المواطنة الرومانية بالالتحاق به . فالخدمة في الفرق العسكرية الرومانية كانت تقتضي الجنسية الرومانية ، وهو ما كان يتم بالانخراط فيها . ولكن كان ينبغي تحقق أحد شرطين : إما الالتحاق بمدينة وبالتالي فإنه كان ينبغي بالنسبة للمصريين أن يلتحقوا بأحدى المدن اليونانية حتى يمكنهم الالتحاق بالفرق الرومانية ، وإما أن يكون الفرد من مواليد المعسكرات Ex-Casteris ، أى ولد أثناء الخدمة العسكرية لأبيه الجندي . ولكن ابتداء من القرن الثاني الميلادي ، اخذت الصبغة المحلية في التزايد بخصوص التطوع في الجيش الروماني إذ لم يعد يقبل فيه مواطنو المدن فقط بل وكذلك سكان الحواضر (١) .

وهناك فئة أخرى كانت تمنح الجنسية الرومانية ، وهي تضم الأفراد الذين يعتنقهم المواطنون الرومان بواسطة الطرق الرسمية للعتق (مثل دعوى الحرية الصورية Vindicta ، وقيد الرقيق في قوائم التعداد Censu ، والعتق بطريق الوصية ، والعتق في حضرة الأصدقاء) ، وذلك عندما يكون المعتق قد تجاوز الثلاثين عاماً .

(١) أنظر :

وكان هؤلاء المواطنون الرومان ، بصرف النظر عن أصلهم والطريقة التي حصلوا بها على المواطنة الرومانية ، يمثلون الطبقة العليا في مصر ، ويحتلون وضعاً مميزاً بالنسبة لسكان البلاد الأصليين . ولم ينشئ رومان مصر مدينة رومانية على نمط المدن اليونانية ، بل وجدوا في الأماكن المختلفة ، ويحتمل أنهم كونوا لأنفسهم رابطة تجمعهم *Conventus civium romanorum* ، وساهموا كمجموعة مستقلة في أوجه النشاط المختلفة . وهذا هو ما تكشف عنه بردية من أو كسيرنجوس (الهنسا) في صعيد مصر ، إذ تتحدث عن اجتماع عام لأهل هذه البلدة ، وتذكر أنه اشترك في هذا الاجتماع موظفو البلدة وأهلها والمواطنون الرومان والاسكندريون المستقرون بها .

ولقد ساهم هؤلاء الرومان المقيمون في مصر ، وكثير منهم في الأصل اغريق أو مصريون متأغرقون كما قلنا ، في نشر اللغة اللاتينية في مصر . غير أن هذه اللغة وان كانت تعلم ، لم يكن يتحدث بها كثيراً . إذ ظلت اللغة اليونانية هي لغة الإدارة . وكانت الدساتير الامبراطورية ذاتها تدون باليونانية إذا كانت موجهة لمصر ، وكذلك منشورات الولاية فيها . ولم تستخدم اللاتينية إلا بالنسبة للأوامر والتعليمات الامبراطورية التي توجه إلى الموظفين الرومان ، والمنشورات والبيانات الموجهة إلى القوات العسكرية وكذلك التصرفات التي تجرى وفقاً للقانون المدني الروماني *ius civile* .

وهكذا لم يحاول الرومان أبداً أن يصبغوا مصر بالصبغة الرومانية الكاملة ، وان كانوا قد طبقوا عليها المبادئ العامة التي كانت لديهم عن أي مجتمع إنساني ، إذ لم يتصوروا المجتمع دون تدرج هرمي بالنسبة للأشخاص والحقوق . واحتلوا قمة المجتمع المصري كما سبق أن رأينا ، وتمتعوا بامتيازات عديدة مثل شغل المناصب الهامة في الإدارة . وحرصوا على وضع تفرقة دقيقة للغاية ما بين الرومان ومواطني المدن اليونانية من ناحية ، وبين بقية السكان من ناحية أخرى . ويستدل على ذلك من تقريرهم عدداً من الجزاءات بالنسبة لبعض حالات الزواج المختلط ، فما كان يجوز للروماني أن يتزوج

من امرأة من سكان الريف حتى ولو كانت متأجرة ، ويعتبر هذا الزواج مخالفاً للقانون . ويحتمل أن الزواج كان جائزاً ما بين مواطني المدن اليونانية والمصريين المتأخرين من سكان الحواضر ، ولكنه غير جائز ما بين هؤلاء المواطنين والمصريين ، باستثناء مواطني مدينة أنتينوبوليس ، إذ سمح لهؤلاء الإغريق الجدد الزواج من المصريين . ويعكس هذا الاجراء الذي اتخذته الإمبراطور هادريان تفكيره الانساني ، كما أن الضرورة أوحى به إذ أن هادريان ملأ مدينته بسكان الحواضر .

وفي المرتبة الدنيا من التدرج الاجتماعي ، يوجد سكان البلاد الأصليين الذين يقطنون في غالبيتهم العظمى الريف . وأجر المصري على أن يظل مرتبطاً بالأرض التي يفلحها لمصلحة الحاكم الأجنبي . وظلت مدينة الاسكندرية ذاتها مغلقة في وجهه .

هذا ولقد سبق أن ذكرنا أن اصطلاح «Aegyption» أصبح ينصرف في العصر الروماني إلى المصريين ، وإلى الأغريق والمصريين المتأخرين المقيمين في الريف (١) .

٣ - السلطة التشريعية :

احتكر أباطرة الرومان هذه السلطة ، وان كانوا قد أجازوا للولاة حق اصدار منشورات تكون مصدراً للقانون المطبق في مصر (٢) . وهو مماثل حق اصدار المنشورات *ius edicendi* الذي تمتع به البريتور المدني في روما . إذ من المعلوم ان هذا الأخير كان يقوم عند تقلده الوظيفة باصدار منشور يتضمن المبادئ العامة التي سيراعها أثناء قيامه بوظيفته .

(١) راجع :

Bickerman, Arch. F. pap. 9, 1929, P. 40—42.

(٢) أنظر :

Piganiol : Le statut augustéen l'de Egypte et sa destruction, 7me cong.int. pap.; Idem, l'originalité de l'Egypte dans le monde gréco-romain, Mus. Helv. fasc. 3/4, Basel, 1953, P. 196.

ومنشورات الولاية من قواعد . وكانت هذه الدساتير والمنشورات تنشر على الملأ ، بلصقتها في الأماكن العامة في أرجاء البلاد . ويتم ذلك تحت اشراف الموظفين ، ولا سيما الاستراتيجوس .

ولقد حفظت لنا الوثائق ، ونعني بها النقوش والبرديات ، العديد من منشورات الولاية وكان أهمها المنشور الذي يصدره الوالي عند تقلده الوظيفة حيث يعرض فيه المبادئ التي ينبغى عليه اتباعها أثناء ولايته . وكانت هذه عادة متبعة في جميع الولايات الرومانية وان كنا لم نعر على أى نموذج لمنشور الوالي بالنسبة للولايات الأخرى .

ولما كانت المبادئ التي تتضمنها منشورات الولاية لا تتغير في العادة ، لذلك كان غالباً ما يكتفى الوالي بتكرار ما جاء في منشورات أسلافه من أحكام Edictum Translaticium . ومن ثم وجدت أحكام مشتركة تضمنتها منشورات الولاية في أنحاء الامبراطورية جمعت في منشور واحد أطلق عليه اسم منشور الوالي المستديم Edictum Provinciale . واعتبر مصدرراً للقانون الروماني بين جميع الولايات . وبجانبه وجدت منشورات ولاية مصر التي تتضمن قواعد قانونية خاصة بها . ويمكن القول اذن أن جميع ما يقرره الوالي له قوة القانون في مصر ، ولا يحيد سلطانه سوى ارادة الامبراطور وما يضعه من نظم للولاية .

وإذا كانت الدساتير الامبراطورية ومنشورات ولاية مصر قد أصبحت تمثل مصادر القانون الروماني المطبق في مصر من الناحية الرسمية ، غير أن الرومان استبقوا مع ذلك النظم المحلية في مجال القانون الخاص والتي تضمنتها القوانين المصرية واليونانية والتشريعات الملكية في العصر البطلمي . وسوف نعالج علاقة القوانين المحلية بالقانون الروماني ابان مرحلتين متعاقبتين : مرحلة ما قبل صدور دستور كراكلا في فصل أول ، ومرحلة ما بعد صدور دستور كراكلا في فصل ثان .

الفصل الأول

العلاقة ما بين القوانين المحلية والقانون الروماني
في مرحلة ما قبل صدور دستور كراكلا

١ - وضع القوانين المحلية بعد الغزو الروماني :

انفصلت بالغزو الروماني الرابطة التي كانت توجد بين سلطة الدولة البطلمية والقواعد التي تضمنها القانون البطلمي سواء كانت تشريعات ملكية أو قوانين يونانية أو مصرية . وانكسرت هذه القواعد إلى مستوى الوقائع التي حفظها مجرد الاستعمال نتيجة فقدانها الاتصال المباشر بسلطة الملوك التشريعية أو بتجريد هامن الجزاء الذي كانت تخوله لها المحاكم الملكية . ومع ذلك فإن هذه المسألة ، وهي المتعلقة بأساس الزامية القوانين المحلية بعد الغزو الروماني ، تثير خلافاً كبيراً بين العلماء .

١ - أسس استمرار القوانين المحلية في مصر الرومانية :

تعددت الفروض التي قال بها علماء البرديات لتفسير هذا الاستمرار على النحو التالي :

١ - فكرة القانون المعطى Lex data :

نقصد «بالقانون المعطى» القانون الصادر من الامبراطور بناء على تفويضه السلطة التشريعية المخولة له من قبل المجالس الشعبية بغية تحديد الوضع القانوني لبلد من البلاد المفتوحة . ولقد قال بهذه الفكرة تاوبنشلج (١) الذي ذهب إلى أن النظام الأساسي الذي وضعه الامبراطور أغسطس لمصر

(١) أنظر :

Taubenschlag : The law of greco-roman Egypt in the light of the papyri " 332 B.C. — 640. A.D." P. 29.

كان يتضمن تنظيماً رسمياً للعلاقات القانونية بين سكان مصر ويرخص للمصريين والاغريق وسائر العناصر الأجنبية الأخرى بجواز اتباع تقاليدهم .

فنحن إزاء قانون أساسى خاص بالولاية *Lex provinciae* مماثل للقوانين التي كانت تصدر في أعقاب الغزو الرومانى ، وفقاً لعادة دستورية جرت منذ العصر الجمهورى ، لوضع أسس النظام الذى تسيّر عليه البلاد المفتوحة . ولقد أجاز هذا القانون استمرار القوانين المحلية معمولاً بها في مصر .

ولقد تعرض هذا الفرض الذى ذهب اليه تاو بنشلاج للنقد ، إذ أثار بيجانينول *Piganiol* حوله الشك في بحث قدمه أمام المؤتمر السابع لعلماء البرديات (الذى عقد في جنيف في عام ١٩٥٢) . وهو يحلل في هذا البحث الهيكل العام للنظام الأساسى الذى وضعه أغسطس لمصر ، مع رفضه فكرة القانون المعطى الذى يشتدل على قواعد تنظيمية عامة . فاذا كان من المؤكد ، وفقاً لهذا الفقيه ، أنه قد تقرر عزلة مصر منذ سنة ٣٠ ، فإنه يمكن تصور أن تنظيم البلاد يكون قد تم نتيجة مجموعة من القوانين لها تواريخ مختلفة (١) .

وتطبيقاً لذلك ، فلقد حدد قانون صادر من المجالس الشعبية سلطات والى مصر ، وخوله سلطة الأمر والنهى الشبيهة بسلطة البروقنصل *Imperium ad similitudinem proconsulis* (٢) . فهو يخضع على الوالى المظهر الشرعى من الناحية الدستورية ، دون تحديد الاختصاصات ، التي كانت تتم عن طريق الدساتير الامبراطورية . وتذكر المصادر بوجه خاص دستوراً لأغسطس يؤكد فيه أن من حق الوالى مباشرة طريقة العتق بدعوى الحرية الصورية *Manumissio Vindicta* (٣) ، وأن يصدر

(١) أنظر

Mus. Helvo, 10, 1953, P. 193 — 202.

(٢) موسوعة جستينيان . ١ ، ١٧ ، ١ .

(٣) موسوعة جستينيان : ٤٠ ، ٢ ، ٢١ .

الأوامر باعتباره حاكماً (١) . ومما لا شك فيه أنه بنفس الأسلوب ، تقرر تقسيم البلاد إلى ابيستراتيجيات ، وتم تحديد هيكل النظام المالى للبلاد .

وفى تقديرنا أن الافتراض القائل بوجود قانون أو عدة قوانين صادرة من أغسطس للتصديق على استمرار العمل بالقوانين المحلية لا يتضمن تبريراً مقنعاً . إذ أن القواعد التى تضمنتها الدساتير الامبراطورية السالفة الذكر قاصرة على مسائل تتعلق باختصاصات وآلى مصر والنظامين الادارى والضريبي .

٢ - قيام الرومان بتقنين القوانين المحلية

يذهب فريق من العلماء إلى أن أساس العمل بالقوانين المحلية يكمن فى التقنين الذى قام الرومان بوضعه ليسرى على المصريين . ويدعم هذا الفريق رأيه بمقولة ان اصطلاح «قانون المصريين Nomos Ton Aegyption» الذى تتضمنه الوثائق الرومانية منذ أوائل القرن الثانى الميلادى (٢) ينصرف إلى التقنين الذى أجراه الرومان ليسرى على سكان الريف من المصريين والاغريق .

ويغنى التسليم بهذا الافتراض أن استمرار سكان الريف من المصريين والاغريق فى اتباع القواعد الخاصة بهم كفله اجراء رسمى قام به المشرع الرومانى . ولكن لا تدعم المصادر التى تحت أيدينا مثل هذا الاستنتاج (٣) . ويبدو بالأحرى أن تعبير «قانون المصريين Ton Aegyption Nomos» ، وكما يعتقد «ولف» (٤) ، مرادف لتعبير «قانون الريف Nomos tes Koras» ،

Tacite : Ann. 12, 60

(١) أنظر :

(٢) أنظر :

P. oxy. 706; Tebt. 488; CPR, 18, P. oxy. 237.

P. oxy. 1558.

ويحتمل أيضاً .

(٣) تاو بنشلاج ، المرجع السالف الذكر ، ص ٦ - ٧ .

(٤) أنظر :

“Wolff H. J.”, ZSS, 70, 1953.

وهو التعبير الذي كان ينصرف في العصر البطلمي وفي بداية العصر الروماني إلى نصوص القانون المصري . وحتى إذا سلمنا بأن هذين التعبيرين لا ينصرفان إلى نفس النظم، فإن ذلك لا يناقض هذا التفسير، مادامت المصادر المتعلقة بكل منهما تضعنا ازاء معلومات مبتورة وغير كاملة (١) .

وعلى كل حال فإن من الملائم أن نلاحظ أن اصطلاح «قانون المصريين» أصبح ينصرف ، على ما يبدو ، إلى القوانين المصرية والقوانين اليونانية . والاشارة إلى اصطلاح « قانون المصريين Nomos Ton Aegyption » خلال الاجراءات التي تضمنتها قضية لامرأة تدعى ديونيسيا Dionysia (٢) لها معنى في هذا المجال . وهي تدور حول حق الأب اليوناني في تطليق ابنته من زوجها بدون رضاها ، اعتماداً على فكرة السلطة بمدلولها اليوناني « Kyrieia » والتي تمنح رب الأسرة مكنت أكثر اتساعاً ازاء الأولاد، من السلطة الأبوية الرومانية Patria potestas . فالاشارة الواردة في مستندات القضية إلى «قانون المصريين» تفسر على النحو السالف ذكره . فلا يوجد أمام الوالي وهو يفصل في القضية ، وفي مواجهة القاعدة الرومانية التي تتكلم عن السلطة الأبوية ، سوى قاعدة محلية تنعت للتبسيط بأنها «مصرية» ، رغم أنها ترجع إلى أصل إغريقي .

وكما أننا نرفض الفرض القائل بوجود تقنين للقوانين المصرية ، فإن موقفنا لا يتغير بالنسبة للرأي الذي يذهب إلى أن الرومان قاموا بعمل تقنين لقوانين المدن اليونانية . ففي تقدير تاوبنشلاج Taubenschlag (٣) أن تعبير « Astikos nomos » الوارد في البردية الخاصة بقضية

Wolff (H.J.) ZSS, 73, 1950, P. 4, n. 10

(١) أنظر :

(٢) أنظر :

P. OXY. 237; P. OXY. 706.

(٣) تاوبنشلاج ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٧ - ١٩ .

ديونيسيا (١) يشير كذلك إلى تقنين أجرى في العصر الروماني ليطبق على «مواطني المدن Poleis» «وأعضاء الجاليات اليونانية Politeumata»، ويواجه هذا التقنين اليوناني «Astikos nomos» لدى يسرى على مواطني المدن اليونانية في مصر، التقنين المصري Nomos Ton Aegyption الذي يخص سكان الريف.

ويفسر على العكس «ميتيز L.Mitteis»، اصطلاح Astikos nomos، بأنه ينصرف إلى «القانون الاسكندري» فهو المعادل للتعبير البطلمي Politikos nomos (٢).

والحق أن كلامنا التفسيرين غير مقنع. فبخصوص النظر إلى تعبیر «Astikos nomos» كإشارة إلى تقنين اتبعه مواطنو المدن اليونانية، فإن هذا التفسير يبدو خيالياً. فالفكرة مستوحاة من نص وحيد ويحيطه الغموض، وهي تنسب إلى الرومان القيام بعمل لا يحتمل أنه قد تحقق ولا حتى اتجهت النية إليه. ونقول نفس الشيء للرد على «ميتيز Mitteis»، إذ لا يوجد في البردية التي تتعلق بقضية ديونيسيا ما يدل على أن أحداً من الأشخاص الذين اشتركوا في النزاع التجأ إلى القانون الاسكندري.

وعليه فاننا نؤثر أن نسير وراء «وولف H.J. Wolff» (٣) في قوله أن تعبیر «Astikos nomos» يشير ببساطة إلى «القانون المدني الروماني ius civile». ففي حالة عدم وجود قاعدة محلية تتضمن حلاً للنزاع المعروف على والى مصر، فانه يلجأ إلى القانون الروماني، وهو يطبق على هذا النحو المبدأ الذي أعلنه الفقيه الروماني جوليانوس من أن الالتجاء

(١) أنظر :

P. OXY. 706.

(٢) راجع :

P. Hal. 1.

(٣) أنظر :

RIDA, 7, 1960, p. 223, No 80.

إلى القانون الروماني يفرض نفسه في حالة عدم وجود نص في القوانين المحلية للولايات (١) . وفي هذه الحالة فإن الأمر مثار البحث كان إذن يتعلق بحقوق السيد على المعتق ، والتي كانت القوانين المصرية "Nomoi ton Aigyption" يعترها الصمت ازاءها .

٣ - منشورات الولاية :

آخر الفروض المتعلقة بالأسس التي يركز عليها استمرار العمل بالقوانين المحلية في مصر يتعلق بمضمون وطبيعة منشور الوالي "Edictum provinciale" . ويسلم المشتغلون بالدراسات الرومانية أنه منذ العصر الجمهوري كان من حق ولاية الاقاليم إصدار منشور ، على غرار المنشور الذي كان يصدره البريتور المدني في روما ، ويلتزم سكان الولايات بما جاء فيه من قواعد . وهذا المنشور القضائي المتعلق بالولاية يتميز عن المنشورات الخاصة الأخرى التي كانت تصدر في مناسبات مختلفة لتنظيم مسائل تستلزم تدخل الوالي خلال مباشرته لسلطانه ، ولا سيما في المجالات الادارية والمالية (٢) :

ووفقاً لنظرية «Buckland» (٣) ، كان منشور الوالي وسيلة لامتداد منشور البريتور لكي يستفيد الرومان المقيمون في الولايات مما جاء في هذا المنشور من قواعد . فكانت وظيفة منشور الوالي الرئيسية انه يمكن هؤلاء الرومان من الإلتجاء إلى الحماية القضائية التي يوفرها لهم البريتور (الحاكم القضائي) في نطاق دعاوى البرنامج . وهذه النظرية مقبولة من العديد من شراح القانون الروماني ، ولكنها تثير بالنسبة للولايات الامبراطورية ، وبالنسبة لمصر على وجه الخصوص ، مشكلة خطيرة ، إذ أن نظام دعاوى

(١) الموسوعة ١ ، ٢٠ ، ٣٢ :

Tunc, ius quo urbs Roma
utitur, servari oportet,

(٢) أنظر :

Lenel : Ed. Perp. 3, P. 45.

(٣) راجع :

Buckland : L'edictum provinciale, in R.H.D., P. 87.

البرنامج لم يطبق أبداً في مصر . وتصيح بالنالى الوظيفة الرئيسية لمشور
الوالى التى أفصح عنها Buckland غير ذات موضوع .

ومن الثابت على كل حال أن هناك قواعد وردت فى المنشور البريتورى ،
ونستبين من المصادر البردية أن والى مصر وعد بتطبيقها . ومن أمثلة
ذلك الفتوى الكتابية الصادرة من الامبراطور هادريان إلى والى مصر
«Ramius Martialis» والتي تمنح أبناء الجنود المولودين أثناء الخدمة
حق الارث البريتورى «Bonorum possessio» إذا مات آباؤهم دون أن
يتركوا وصية (١) . وهناك مجموعة من الالتماسات من القرن الثالث
يطلب فيها أصحابها بمنحهم حق الارث البريتورى باعتبارهم ورثة حسبما جاء
فى منشور البريتور (٢) . وهناك أمثلة أخرى لتطبيق قواعد منشور البريتور (٣) .
ومن ثم فانه من المؤكد تقريباً أن والى كان يكفل تطبيق نظم تضمنها
منشور البريتور ، فى مصر .

وعلى العكس فانه تبدو بدون أساس النظريات التى تقوم على الاستناد
إلى منشور والى المصرى لاضفاء حماية قضائية على القواعد المحلية . وليس
هناك ما يمنع من افتراض أن الولاة قد نظموا ، عن طريق منشوراتهم ،
مسائل تتعلق بمهمة مجلسهم القضائى «Conventus» أو فوضوا سلطتهم
القضائية إلى قضاة معينين من قبلهم . ولكن الاحتمال ضعيف للغاية فى أن
الولاة المتعاقبين كانوا يصدرن بانتظام منشوراً (٤) يوضحون فيه حدود

(١) أنظر مجموعة البرديات

B. G. U. 140 = M. chr. 373.

(٢) راجع مجموعة البرديات . 9298, S.B. 1010. وكذلك

P. Oxy. 1201; PSI 1101 :

(٣) أنظر :

Wilcken : Aroh. F. pap. 3, 1906, P. 570 sq.

(٤) أنظر : تاو بنشلاج ، المرجع المشار اليه ، ص ٣٣ - ٣٤ .

السباح بتطبيق القواعد المحلية ، وبالتالي كانت السلطات القضائية الرومانية تضىف عليها على هذا الأساس الحماية القضائية الضرورية .

٤ - استمرار وجود القوانين المحلية في القرنين الاول والثاني للامبراطورية قائم على اساس اعتبارها أعرافاً محلية :

والحق أن استمرار العمل بالقوانين المحلية يعتبر من المسلمات التي لا يمكن انكارها على ضوء الوثائق البردية التي تنتمي إلى العصر الروماني ولا ينطوى هذا الاستمرار ، وهو على أساس الواقع « de Facto » ، على رغبة الغزاة الرومان في الابقاء على «نظام قانوني» وتدعيمه باعتباره يضم قواعد قانونية . فلم يوجد أى اعتراف رسمي لهذه التقاليد القانونية المحلية التي اتبعتها العناصر المختلفة من سكان مصر لا عن طريق القانون الأساسي الذي أصدره أغسطس ، أو اجراء التقنينات من قبل الاباطرة اللاحقين ، أو مذشور وإلى مصر . وإذا كانت قد ظلت موجودة بعد الغزو فباعتبارها أعرافاً محلية . وبتعبير آخر فانه بالنسبة للرومان ، لم يكن يوجد في مصر سوى مجموعة من الاعراف يطبقها السكان .

والأمر لا يتعلق بمجموعة من الاعراف المتجانسة ، والقابلة لأن يحاج بها جملة في مواجهة القانون الرسمي للامبراطورية . فهي لا تضم قواعد ترجع إلى أصل واحد ولا يعبر عنها في شكل واحد . ومن ثم ينبغي تبيان الحالات التي استمر فيها العمل بالتشريعات البطلمية ، ومظاهر بقاء القوانين اليونانية والمصرية في الريف ، ونشير في النهاية إلى قوانين المدن المستقلة .

وهناك ملاحظات تفرض نفسها بالنسبة لكل من هذه المجموعات الثلاث .

الحالات التي استمر فيها العمل بالتشريعات البطلمية والقوانين المصرية واليونانية وقوانين المدن :

سبق القول أن هناك عدداً من البروستجماتا البطلمية ظلت على قيد الحياة بعد الغزو الروماني . وهي تتعلق بأحكام خاصة بطرق تنفيذ عقود

الايجار ، وحماية المزارعين من مقاضاة الدائنين لهم خلال الموسم الزراعى ، ونظام استبدال اراضى الاقطاعات ، والتكاييف المرتبطة باجارة الاراضى الملكية ، وامتيازات الكهنة فى مجال الضرائب ، ووضع الارقاء المولودين فى منزل السيد ، وهبة العقار ، واختصاص مجلس الشيوخ البطلمى (البولىه boulé) ، ومصادرة اموال المخالفين « لمنشورات الاباطرة والولاءة » ، وطرق تنفيذ الديون الخاصة (١) .

كما استمر التمسك بأحكام بعض **الدياجراماتا** فى ظل الامبراطورية الرومانية ، والمثال النموذجى لذلك تضمنته احدى البرديات (٢) . فمن خلال سرد الاعباء المفروضة على مستأجرى الحدائق ، ذكرت الدياجراماتا بجانب البروستجاتا و« الاعراف القديمة » . وهناك عدد من الدياجراماتا ظلت موجودة على ما يبدو بالنسبة للارهن ، والوديعة ، والعربون . وكذلك فان الشروط المتعلقة بسعر الفائدة فى عقد القرض تعكس فى العصر الرومانى تنظيمًا وضع عن طريق دياجراما صادرة من بطليموس الثانى فيلاديلفوس . ولا شك ان اجراء بحث أكثر عمقاً فى هذا المجال يمكن أن يودى إلى اكتشاف أمثلة أخرى عن هذا الاستمرار .

ففى جميع هذه الحالات ، التى لا تثير أى خلاف ، نجد أنفسنا ازاء استمرار لقواعد تضمنتها تشريعات البطالمة . وإذا أخذ أحد الدساتير الامبراطورية أو منشورات الولاة بحل تضمنه تشريع بطلمى ، فانه يصبح بمثابة قانون رومانى ، ويدخل فى نطاق القانون الرسمى المطبق فى الولاية . بيد أنه إذا تركنا هذا المثال جانباً ، فانه فى أغلب الحالات لا يعدو الأمر أن يكون مجرد استمرار من حيث الواقع لمجموعة من القواعد التى لم تعد تعتبر صادرة مباشرة من السلطة التشريعية الحالية . وسيكون من الخطأ

(١) أنظر

C. Ord. Ptol., All. 114 — 123.

(٢) أنظر

B.G.U. 118.

اعتبار كل مظاهر الاستمرار هذه بمثابة «قوانين» مؤسسة في هذا العصر على ارادة المشرع الامبراطورى باعتباره وريث البطالمة (١) .

ومن ثم فان الدياجراماتا والبروستيجاتا التى كانت فى الأصل تعبر عن سلطان المشرع البطلمى ، لم تعد كذلك فى مصر الرومانية . وإذا كانت قد استمرت فى البقاء فباعتبارها اعرافاً محلية . وتبيحها روما على هذا الأساس ، شأنها فى ذلك شأن النظم الأجنبية فى الولايات التى لا يكون المشرع الرومانى مصدرها . وهى لا تعترف لها بصفة القواعد القانونية الصادرة من المشرع الا فى الحدود التى يتضمنها القانون الرومانى المطبق فى الولاية . كما يمكن لروما أن تسلبها هذه القدرة على الاستمرار ، ومثال ذلك ما تضمنته منشور هادريان من الغاء لحكم وارد فى بروستيجا للتخفيف من شروط اجارة بعض الأراضى الملكية (٢) .

ويقال نفس الشيء بالنسبة للقوانين «Nomoi» المصرية واليونانية التى استمرت مطبقة فى الريف . ولقد سبق أن رأينا أن افتراض اجراء تقنين من قبل الرومان لا يبرر هذا الاستمرار . وكذلك فان عدم وجود رابطة بين سكان الريف مماثلة لتلك التى توجد ما بين المدينة ومواطنيها والتى يتطلبها القانون الرومانى ، يودى إلى عدم امكانية الاعتراف لعادات الريف بصفة القانون المدنى «ius civile» الأجنبى . ولقد استمر الموثقون فى استخدام نماذج الصبغ التى تضمنتها القواعد المحلية اليونانية والمصرية وحافظوا عليها ، وساعد ذلك على استمرار اتباع الأفراد للقوانين المحلية وارتباطهم بها . وإذا كانت نماذج الصبغ الديموطيقية قد اختفت منذ أواسط القرن الثانى الميلادى ، فان القانون المصرى باق على قيد الحياة ، وإن كان فى حالة غير ظاهرة ، فيما بين الفلاحين المصريين ، إلى أن قدر له

(١) أنظر على سبيل المثال :

Schaennbuer : J.J. P. 4 — 10, 1956, P. 26.

(٢) أنظر

C. Ord. Ptol. All. 117.

الظهور من جديد في مصادر العصر البيزنطي . وتكشف وصية ابراهيم ،
أسقف الأقباط في هيرمونثيس ، عن هذا البعث (١) .

ويشير استمرار وجود قوانين المدن اليونانية مشكلة أكثر دقة . ذلك
أن المدن Poleis في مصر هي وحدها التي يمكن أن تقدم الاطار المماثل
للاطار الروماني الذي يؤسس وجود القانون المدني "Ius civile" على
العلاقة ما بين المواطنين والمدينة . ومن ثم فإنه لا يثور بالنسبة لقوانين
المدن مسألة المواجهة لا يثور بالنسبة لقوانين المدن مسألة المواجهة ما بين
القانون الروماني والاعراف المحلية . فقوانين كل من المدن الأربع في مصر
يشكل نظاماً قانونياً محلياً بمعنى الكلمة .

والحق أن فكرة النظام القانوني المستقل لا تطابق الفكرة التي لدينا
عن قوانين المدن اليونانية في مصر في ظل الامبراطورية الرومانية . فبعض
هذه القوانين تضم قواعد سابقة على الاحتلال الروماني . ويشهد على هذا
الاستمرار ما أعلنه الاسكندرليون للامبراطور هادريان أو الامبراطور
تراجان من أن قوانينهم تطابق قوانين الاثينيين (٢) ، وما أكده سكان
مدينة انتينوبوليس من أنهم اقتبسوا قوانينهم من نقراطيس (٣) . وعلى
العكس فإنه لا يوجد أي مصدر يدل على ممارسة المدن في مصر لنشاط
تشريعي مستقل في ظل الاحتلال الروماني .

فالقواعد الجديدة التي صدرت لكي تسرى على مواطني المدن
اليونانية كانت من عمل الاباطرة وولاية مصر . ولنذكر كأمثلة ما ورد
في بردية « Gnomon » (وهي تحوى كما سبق أن أشرنا، مختصراً للقواعد

(١) أنظر :

P. Lond. 1.77, P. 231 = M. Chr. 319.

(٢) أنظر :

P. Oxy. 2177, 12 — 15.

(٣) أنظر :

W. Chr. 27.

المالية التي يطبقها مراقب الحساب الخاص (idios logos) من أحكام بخصوص مواريث الاسكندرانيين والامتيازات التي منحت لسكان انتينوبوليس في مجال الضريبة والأسرة (١). وهذه القواعد ، في حدود ما تم الحياة القانونية للمدن اليونانية في مصر ، تتعلق من حيث مصدرها بالقانون الروماني المطبق في الولاية وليس بقانون المدينة .

فهيكل قانون المدينة اليونانية في مصر اذن مركب : كما هو حال بقية الشرق الهلينستي (٢) : وحول نواته ، وهي حصيلة قواعد صدرت في العصر البطلمي ، يتكون قانون جديد من ابتداع المشرع الروماني . ويصعب اعتبار هذا التركيب نظاماً قانونياً محلياً . ولا شك أن قوانين المدن اليونانية عند عدم وجود هيئات تشريعية وقضائية مستقلة في هذه المدن ، يكون استمرار العمل بها هو نتيجة سماح السلطات الرومانية بذلك وليس بمقتضى تمتعها بامتياز العمل بقوانينها «Suis legibus uti» . ومن ناحية أخرى فلقد سبق أن لاحظنا ضعف الدليل المستنبط من احدى البرديات (٣) على أن الرومان قاموا باجراء «تقنين» لقوانين المدن . وهكذا فان وجود قوانين المدن لم يكن بدوره سوى استمرار عرفي لمجموعة من التشريعات القديمة .

ويقود بالتالى بحثنا المتعلق بالأساس الذي يرتكز عليه استمرار القوانين المحلية في مصر الرومانية في القرنين الأول والثاني للإمبراطورية إلى الاعتراف بوجود ثلاث مجموعات رئيسية من القواعد القانونية ، ظلت على قيد

(١) أنظر :

Taubenschlag «R.», Op. min. 2, 1959,
P. 46 — 51; Cadell «H.» : Chr. d'Eg. 40, 1965, P 357 — 363.

(٢) أنظر

D. Norr, Imperium U. Polis, 1966, P. 22.

(٣) أنظر :

P. Oxy. 706.

الحياة باعتبارها اعرافاً محلية : شطر التشريعات الملكية البطلمية ، بعض التقاليد التي احتفظ بها سكان الريف ، وبعض القواعد الواردة في قوانين المدن اليونانية . وسنحاول الآن أن نجري مواجهة بينها وبين القانون الروماني المطبق في مصر كما يظهر في مجال القضاء ومن خلال وثائق الحياة العملية .

القانون الروماني المطبق في مصر والقضاء الروماني : يدخل قانون

الغزاة مصر في أعقاب الغزو . وهو يتضمن قواعد وردت في تشريعات تنتمي إلى عصر الجمهورية ، وتوصيات لمجلس الشيوخ ، ودساتير إمبراطورية ، وكتابات الفقهاء ، حيث امتد نطاق تطبيقها إلى الولايات . وهي تمثل مصادر القانون الروماني المطبق في الامبراطورية (قانون الامبراطورية Reichsrecht) ، والذي كان مداه شاملاً . ومن ناحية أخرى هناك قواعد قانونية وضعت خصيصاً للولاية المصرية لكي تسرى عليها وحدها ، ويضمها ما يعرف باسم القانون الروماني الخاص بالولاية ، وهو متميز عن قانون الامبراطورية « Reichsrecht » والقوانين المحلية « Volksrechte » .

وتضمنت البرديات العديد من الأمثلة لقانون الامبراطورية ، منها التشريع الخاص بالزواج الذي أصدره الامبراطور أغسطس والذي تشهد بردية «Gnomon» (١) بامتداد تطبيقه إلى مصر . وكذلك الوثائق التي عثر عليها في مصر وتشير إلى التمسك بنظام امتياز الأولاد «Ius Liberiorum» (٢) . كما أن منشور الوالي تيريريوس يوليوس الاسكندر يذكر دستوراً «لاغسطس المؤله» ، يبدو منه أنه مد إلى مصر أحكام قانون جوليا الخاص بتخلي المدين المعسر عن كل أمواله لتفادي التنفيذ على بدنه lex julia de cessione bonorum . ويبدو أن إحدى توصيات مجلس الشيوخ كان لها نفس الأثر من حيث

(١) أنظر :

Besnier «R.», R. I.D.A., 2, 1948, P. 93 — 118.

(٢) أنظر :

Sijpesteijn, Aegyptus, 45, 1965, P. 171 — 189.

تطبيق بعض التشريعات الرومانية في مصر مثل قانون جوليا « Jolia » وتيتيا « Titia » بشأن منح الوالى فى الولاية حق تعيين وصى للصغير أو للمرأة إذا لم يكن لاحدهما وصى مختار أو وصى شرعى «datio tutelae» (١) .

وذكرت بردية «Gnomon» توصيات مجلس الشيوخ فى مقدمتها . كما أشارت بعض بنود هذه البردية إلى ما تضمنته توصيات مجلس الشيوخ المسماة S. C. Pernicien, S. C. Calvisien, S. C. Lagianum من أحكام (بنود ٢٢ ، ٢٤ ، ٢٦) . وفى القرن الثانى الميلادى فان أحكام المواريث التى تضمنتها توصية مجلس الشيوخ المسماة S.C. Orfitien والى نقرر أن ارث الولد من أمه ، تطبق فى مصر (٢) .

وفى نفس هذه الفترة فاننا نجد صدى لكتابات الفقهاء الرومان فى البرديات أيضاً .

وبجانب هذه الأمثلة لقانون الامبراطورية «Reichsrecht» فان الوثائق البردية تبرز لنا بصفة خاصة قانوناً رومانياً خاصاً بمصر ، وصادراً من أجل تطبيقه فيها وحدها . ومصدره الرئيسيان هما : الـدساتير الامبراطورية (٣) ومنشورات ولاية مصر (٤) . وهى فى غالبيتها تم القانون العام . فهى تتضمن قواعد تتعلق بتدابير لها طابع ادارى وضربى ، وترمى إلى تنظيم الولاية طبقاً لمصالح الامبراطورية ، مع الأخذ فى عين الاعتبار ببعض الخصائص اللصيقة بالظروف الجغرافية لمصر وتقاليدها المحلية . وبدون الوقوف طويلاً عند هذه التدابير إذ لا تهم بطريقة مباشرة الموضوع الذى ندرسه الآن ،

(١) راجع :

Taubenschlag «R.» : Law, Op. Cit. P. 32 N. 21.

(٢) أنظر :

Volterra «E.» : Actes Milan, 1966, P. 551 — 558

(٣) أنظر :

Taubenschlag «R.» : Op. Min. ,2, P. 3 — 28.

(٤) أنظر :

Bureth «P.» : R.H.D., 1968 P. 248 — 254.

فاننا نضرب لها بعض الأمثلة السريعة ومن ذلك وضع الامبراطور أغسطس القواعد المالية Gnomon التي يطبقها الادبوس لوجوس ، وتنظيمه للقضاء وتوحيده في يد الوالي مع منحه بعض الموظفين بعض السلطات القضائية في دائرة أعمالهم على التفصيل السالف الذكر . وكذلك دستور الامبراطور سيبتيموس سيفيروس الخاص باشاء نظام المجالس البلدية في المدن . ولكن ما يهمننا في هذا المجال هو مدى تدخل المشرع الروماني في مصر في مجال القانون الخاص .

وفي حدود الامكانيات المتاحة لنا ، وفقاً للمصادر البردية ، فانه إذا درسنا القانون الروماني المتعلق بولاية مصر ، نلاحظ سياسة تشريعية لها اتجاهان . فهي من ناحية ترمي إلى ادخال بعض القواعد المطابقة تماماً لتلك التي يتضمنها القانون الروماني لكي تسرى في مصر ، أى أن المشرع الروماني يعمل على إضفاء صبغة رومانية على بعض جوانب الحياة القانونية في مصر . فالدساتير الامبراطورية التي تعفى المقابر باعتبارها اشياء دينية من اجراءات التنفيذ الضريبي (١) ، وتلك التي تؤكد امتيازات المحاربين القدامى (٢) ، أو التي تقرر اعادة الحال إلى ما كانت عليه لمصلحة القصر « in integrum restituti » (٣) ، تكشف عن قانون روماني خاص بولاية مصر وله صبغة رومانية كاملة .

وعلى العكس فاننا نلاحظ من ناحية أخرى أن القانون الروماني الخاص بولاية مصر ، يتضمن بعض القواعد التي تؤكد عدداً من الأحكام المحلية . فهي تقرر في نصوص رسمية، وترتفع هذه الاعراف المحلية بالتالي إلى مستوى

(١) بردية

B. G. U. 1085.

(٢) أنظر :

W. Chr. 387, 462, 463; P. Fouad 21.

(٣) بردية

P. Oxy. 1120.

النظم الرسمية . وقد أجريت دراسة في عام ١٩٦٤ على بعض هذه النظم (١) ،
وركزت على أمثلة تتعلق بقضاء الوالى ، وشهر العقارات ، والتقدم ،
الطويل الأجل ، ووضع الطفل المولود من زواج مختلط بين مصرى وإمرأة
من مدينة أنتينوبوليس . وفي كل هذه الموضوعات ، فان للقواعد المحلية
نصيب كبير (٢) . وإذا عمقنا هذا البحث في مجالات أخرى ، سنلاحظ
بدون شك أن السمة المحلية هى الغالبة على كثير من القواعد . فهناك ، في
مجال القانون الجنائى مثلاً ، نص لاولييانوس (٣) يعالج الاضرار التى نصيب
الأشجار والسدود وهو يعكس ، تنظيمًا رومانياً طبق في مصر والصبغة
المصرية واضحة فيه تماماً (٤) .

وهكذا فان بعض القواعد المحلية تستفيد من الحماية القانونية التى يضيفها
عليها الأباطرة والولاة ، وهى تتطلب كذلك أن يخضع عليها الحماية القضائية
من قبل السلطات القضائية الرومانية الموجودة فى البلاد ، وتخرج بالتالى
من هذه المعركة منتصرة . وإذا كانت الأحكام القضائية لولاة مصر أو من
يفوض من الموظفين للفصل فى المنازعات ، تتعارض أحياناً مع بعض
القواعد المحلية الا أن هذه القواعد تحترم من قبل القضاء فى الغالبية العظمى
من الحالات المعروفة لنا بواسطة الوثائق البردية .

ولقد أجرى تاو بنشلاج بحثاً (٥) فى عام ١٩٥١ ، وأكد فيه هذه

(١) راجع :

Kupiszewski «H.» : Festschrift Oertel, 1964, P. 68 — 80.

(٢) أنظر :

Wolff (H.J.) : Z.S.S. 82, 1965 P. 370.

(٣) الموسوعة : ٤٧ ، ١١ ، ١٠ .

(٤) وهذا هو ما بينه D. Bonneau فى محاضرة ألقاها فى معهد القانون الرومانى

فى باريس فى يناير ١٩٦٨ .

(٥) أنظر :

Taubenschlag «R.» : Op. Min. 1, pp. 477 — 504.

الملاحظة بخصوص عدد من الأمثلة الملموسة ، التي تتعلق بأحكام قضائية في مجال نظام الأحوال الشخصية للسكان المحليين ، وقانون الأسرة ، والمواريث ، والالتزامات والأموال ، وما تضمنه قانون المرافعات من أوضاع . ففى كل هذه الحالات ، يتخذ القضاء موقفاً مطابقاً للقواعد المحلية . ويؤكد هذه الملاحظات أيضاً البحث الذى أجراه « M. Humbert » عن « قضاء والى مصر » (١) . فالوالى يطبق تارة قاعدة رومانية فى النزاع المعروض عليه ، ويتبنى تارة أخرى قاعدة من قواعد القانون المحلى . فهو يمثل أداة لامتداد القانون الرومانى على سكان الولايات ، وفى نفس الوقت يعتبر حامياً للقواعد المحلية . كما أن أبحاث D. Bonneau عن نهر النيل تشير إلى أن القاضى الرومانى يستلهم نفس المبدأ فى أحكامه (١) .

مخلص من كل ما تقدم أنه بالنسبة للولايات ، اقتصر تطبيق القانون الرومانى من حيث المبدأ على الرومان الموجودين فيها . ومع ذلك أدخل على القانون الرومانى قواعد جديدة ونص على سريانها على سائر أنحاء الامبراطورية . كما تقررت قواعد رومانية أخرى لتطبيقها على سكان الولايات فقط . ونضيف إلى هذا ، أن القانون الرومانى كان يستخدم كمصدر احتياطى يستعان به فى حالة عدم وجود قاعدة محددة فى القانون المحلى . وكذلك فإنه من الناحية الواقعية ، عندما كان حكام الولايات والموظفون التابعون لهم يزاولون نشاطهم القضائى ، كانوا يتأثرون ، فى كل إجراءات الدعوى ، بما ترشدهم به عقليتهم القانونية المكونة طبقاً لقانونهم الرومانى . ويمكن إذن تصور النتائج التى كانت تترتب على ذلك .

ويبين كذلك أن موقف المشرع والقضاء شجع على استمرار العمل

(١) أنظر :

Humbert «M.» : La juridiction du préfet d'Egypte,
Aspects de l'Empire romain, Paris, 1964, P. 95 — 147.

(٢) أنظر :

D. Bonneau : Le préfet d'Egypte et le Nil, Mélanges J. Maqueron.

بالقوانين المحلية خلال القرنين الأولين للإمبراطورية . وكان لهذا أثره على العلاقات التي تنشأ في واقع الحياة ما بين القانون الروماني والتقاليد القانونية اليونانية والمصرية ، وحدث تأثير متبادل .

صنع الحياة القانونية بالصبغة الرومانية : تسرب القانون الروماني

إلى واقع الحياة المصرية ، مع الزيادة المستمرة في عدد المواطنين الرومان . ويعرف عن رومان مصر أنهم لم يتبعوا في تصرفاتهم القانونية القانون الروماني البحت أى القانون الروماني المطبق في روما في العصر العلمي . إذ أن البيئة الهلينستية التي عاشوا فيها أدت إلى أن يبتعدوا لحد ما في حياتهم العملية عن هذا القانون . وفي هذا يمكن سبب الشذوذ الذي تتسم به تصرفات الاغريق الذين اكتسبوا الرعية الرومانية حديثاً . فلقد حاولوا العيش وفقاً للقانون الروماني مع بقائهم سخناء عاداتهم المحلية القديمة . ويمكن كذلك أن يفسر «انحراف» رومان مصر بالقانون الروماني عن وضعه الأصيل ، على أساس الانفصال الذي حدث في انحاء الامبراطورية ، ما بين القانون الذي طبق في واقع الحياة والمبادئ الرومانية البهجة التي كونها كبار الفقهاء الرومان . فلقد أضفيت بعض مظاهر الأغرقة على القانون الروماني ووجد ما يعرف باسم القانون العامي .

ولا شك أيضاً أن القوانين المحلية تأثرت ببعض القواعد والأفكار الرومانية نتيجة احتكاكها بهذه الممارسة العملية . وهذا التأثير الذي يطلق عليه الفقه التقليدي اسماً غير دقيق وهو «انتشار القانون الروماني» اجتذب انتباه العلماء منذ فترة طويلة . وتكمن نقط الخلاف في وقت انتشار القانون الروماني في مصر ، ومداه .

ففي رأى ميتيز «Mitteis» ، استمرت القوانين المحلية دون مساس تقريباً أثناء القرنين الأولين للإمبراطورية . فلم يسبق صدور دستور كرا كلا في عام ٢١٢ ، اضعاف صبغة رومانية كافية على القواعد المحلية . ولذلك تعرضت الحياة القانونية للسكان المحليين لصدمة عنيفة عند ادخال قانون

جديد وبدرجة كبيرة في أعقاب هذا الدستور . ومن ثم فإن كراكلا تسبب في إيجاد مواجهة دراماتيكية ما بين قانون الامبراطورية «Reichsrecht» والقوانين المحلية « Volksrecht » (١) .

وفي مواجهة هذه النظرة المتشائمة ، وجد رأى آخر يقول بأن الحياة القانونية المحلية اصطبغت بالصبغة الرومانية ، وقبل سكان الولاية طوعية قواعد القانون الروماني منذ بداية الاحتلال الروماني . وبهذه الروح أصر دى فيشر «F. De Visscher» على انزواء العادات المحلية أمام التفوق الفنى للقانون الروماني ونتيجة لتأثير القضاء الروماني (٢) . وهكذا مهد اصطبغ الحياة القانونية طوعية بالصبغة الرومانية السبيل لتعميم الرعوية الرومانية . فدستور كراكلا يمثل المنتهى الرسمي لوضع تحقق من قبل وليس نقطة بداية لوضع جديد . وتنحصر أهميته الحقيقية في تقرير أن الحياة العملية قد اصطبغت بصبغة رومانية بدرجة كافية ، وان كانت متنوعة للغاية بحسب كل ولاية، لتبرير اكتساب سكان الولايات للرعية الرومانية (٣) .

ويبدو أن الحقيقة ، كما هي العادة ، تحتل المكان الوسط بين هذين الرأيين المتطرفين . فما لاشك فيه أن الحكم القاسى الذى قال به «Mitteis» عن «وحشية» دستور كراكلا يدعو إلى ابداء بعض التحفظات عليه . بيد أنه لا ينبغي كذلك قبول مبالغة رأى الثانى القائل بأن سكان الولايات قد قبلوا سريعاً وبطريقة اختيارية مبادئ القانون الروماني . ونجد من الضروري أن تجرى في هذا المجال تفرقة دقيقة ما بين الولايات الغربية والولايات الشرقية (٤) .

(١) أنظر :

Mitteis, R.U.V., P. 159 sq.

(٢) أنظر :

F. De Visscher, Nov. études, 1949 P. 106.

(٣) أنظر :

F. De Visscher, Rec. Soc. J. Bodin, 9, 1958. P. 195—208.

Kaser, Rom. Rg. 2, 1967, P. 155 — 159.

(٤) أنظر :

فنى الولايات الغربية ، حيث لم تكن توجد تقاليد قانونية قومية قوية ، كان صيغ الحياة القانونية بالصيغة الرومانية سريعاً وعميقاً . فلم يكن عند أهل الجبال أو الاسبان كثيراً مما سيفقدونه بانضمامهم للتقائى للمنطقة التى يسود فيها القانون الرومانى . أما بالنسبة للولايات الشرقية ، وهى بلاد لها تقاليد ثقافية وقانونية قديمة ، فان عوامل المقاومة تبدو أكثر قوة من عوامل الانضمام . ويكمن العامل الأول من عوامل المقاومة فى الانقسام اللغوى بين الغرب اللاتينى والشرق اليونانى . فاستخدام القانون الرومانى بسهولة يقتضى الهيمنة على مجموعة كبيرة من المصطلحات القانونية الصعبة «Certa et Solemnis Verba» ، وذلك عن طريق فقهاء يتسمون بالحذر ، وهو ما لا يتوافر فى القسم الشرقى من الامبراطورية الرومانية ولا سيما مصر .

وهناك عامل آخر ينجم عن طبيعة النظم الرومانية ذاتها . فالانقراض الفنى للحلول التى وضعها فقهاء العصر العلمى فى روما لم يحل دون أن يحتفظ القانون الرومانى بخصائصه الذاتية . ولا يمكن تفسير العديد من نظم القانون الرومانى الا على ضوء تطور تاريخى لا يسهل على سكان الولايات الشرقية فهمه وتقدير النتائج العملية المرتبطة به . ويكفى أن نتذكر تقسيم القانون الرومانى إلى قانون مدنى « ius civile » وقانون ولائى (أوبريتورى ius honorarium) (١) والعمل بهما جنباً إلى جنب ، مما أدى إلى ازدواج الحلول لمسائل حيوية مثل طرق حماية الملكية ونظام الموارث :

(١) يبنى هذا التقسيم هنا على أساس مصادر القانون الرومانى . فالقانون المدنى نقصد به فى هذا المجال مجموعة القواعد القانونية التى تكونت حتى سقوط الجمهورية بطريق العرف ، وتفسير الفقهاء ، والتشريع ، وفى عصر الامبراطورية العليا ، أضيف إلى تلك المصادر : نشاط الامبراطور ومجلس الشيوخ . أما القانون الولائى (البريتورى) ، فهو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التى تضمنتها منشورات الحكام الذين كانوا يتمتعون بسلطات قضائية طبقاً للبداءى الدستورية فى العصر الجمهورى . وأهم هذه المنشورات ، من حيث تكوين القانون ، منشور البريتور (البريتور المدنى وبريتور الأجنب) ومنشور المحتسب ومنشور الوالى فى الولايات الرومانية . ويطلق أحيانا على القانون الولائى اسم القانون البريتورى باعتباره أهم صور القانون الولائى .

فكان لا بد أن يثير هذا الازدواج في نفوس سكان الولايات اضطراباً عميقاً . فالقانونون الروماني ، وهو القانون الذي يتسم بالسمة العلمية الهائلة ، والدقة البالغة ، والتعقيد المتناهي ، لم يكن من الممكن أن يفرض على سكان الشرق الهلينستي مجرد تفوقه من الناحية الفنية وما يتمتع به من نفوذ .

ومع ذلك ، لا ينبغي أن نغالي في تقدير هذه العوامل . إذ من الثابت أيضاً أنه قد شرع في صيغ الحياة القانونية في مصر بصيغة رومانية منذ بداية العصر الامبراطوري . ومن المفارقات أنه قد تحقق ذلك بدرجة أسرع وبعمق أكبر في مجال قانون الأسرة والموارث عنه في مجال العقود والأموال . إذ كان من الأسهل على القاضي الروماني أن يحترم استقلال ارادة الطرفين التي يعبر عنها من خلال عقد اجنبي أو أن يقرر حماية لنقل الملكية وفقاً لنظام شهر الملكية المتبع في الولاية ، من أن يحمي النظم العائلية المخالفة لمبادئ القانون الروماني (١) . وهكذا حدد موقف السلطات في الولاية مدى دخول الأفكار القانونية الرومانية في المجالات المختلفة للحياة العملية .

والخلاصة ان هذه الصبغة الرومانية تبدو أقل عمقاً مما يذهب اليه أنصار تفوق القانون الروماني من الناحية الفنية . فبتعد فكرة «القانون الهلينستي الروماني» (٢) ، عن واقع الحياة القانونية لمصر خلال عصر ما قبل كراكلا . إذ لم تتعرض النظم المحلية في مجموعها ، بعد مرور قرنين على الاحتلال الروماني لمصر ، لكثير من التغيير الملموس .

وفي عام ٢١٢ يظهر في الأقب عنصر جديد بصدور دستور كراكلا ، وتثار المشكلة الدقيقة المتعلقة باستمرار القوانين المحلية في امبراطورية لم تعد تعرف التفرقة ما بين الرومان والأجانب .

(١) أنظر :

Wolff, Z.S.S. 73, 1956, P. 9 — 12.

(٢) راجع :

Taubenschlag, Law 2, P. 51.

(ثانياً) العلاقة ما بين القوانين المحلية والقانون الروماني في مرحلة ما بعد صدور دستور كراكلا .

١ - مضمون دستور كراكلا :

أصدر الامبراطور كراكلا دستوراً «Constitutio Antoniniana» يمنح بمقتضاه الجموع الهائلة من سكان الامبراطورية الاحرار الرعوية الرومانية (١) . وتاريخ صدور هذا الدستور ما زال غير مؤكد ، رغم شيوع الرأي القائل بأن كراكلا اتخذ هذا الاجراء في عام ٢١٢ . إذ شكك بعض العلماء حديثاً في صحة هذا التاريخ (٢) .

ويمثل دستور كراكلا نهاية مرحلة من التطور بدأت منذ فترة طويلة من أجل تعميم الرعوية الرومانية . فهو يضيف نصاً عاماً إلى الوسائل المحدودة المدى لاكتساب هذه الرعوية ، والتي كانت تتكاثر باستمرار منذ العصر الجمهوري .

ولقد دفعت أهمية هذا الدستور الفقهاء والمؤرخين والفلاسفة القدامى إلى الاشارة اليه (٣) . ولكن لم يعرف بأكمله الا عن طريق بردية محفوظة

(١) أنظر

Saumagne «Ch.» : Quelques observations sur la «Constitution Antoniniana», Mél. Carcopino, Paris, 1966, 849 — 861; De Francisci «P.» : Ancora intorno alla Costituzione Antoniniana, B.I.D.R., 65 «1962», 1 — 18; Gilliam «J.F.» : Dura Rosters and the «Constitutio Antoniniana», Historia, 14 «1965» 74 — 92.

(٢) راجع :

Millar «Fergus» : The date of the constitutio Antoniniana, J.E.A., 48 «1962». 124 — 131; Seston «W.»: Marius Maximus et la date de «Constitutio Antoniniana», Mél. J.Carcopino, 1968, 877—888.

(٣) أنظر على العكس رأياً آخر في :

Gilliam «J. F.», Historia, 1965, 90 — 92; Dewisscher «F.» : La constitution antonien et la dynastie des Sévères, R.I.D.A., 8—1961, 232.

في « Giessen » (بألمانيا) ، ونشرت في عام ١٩١٠ (١) ، وتضمنت النص اليوناني له (٢) . ولقد محيت كلمات من إحدى فقرات هذه البردية لها علاقة بالتحفظ الذي ورد على مبدأ منح الرعوية الرومانية ، مما جعله غير معلوم بصفة قاطعة . وحاول الكثير من الشراح إعادة تشييد هذه الفقرة غير المقروءة ، وأثار ذلك خلافاً كبيراً بينهم ، واختلفوا على مدى التحفظ المذكور . فلقد جاء في هذه البردية ، بحسب صورتها التي وصلت إلينا : «أمنح جميع الأجانب الذين على الأرض الرعوية الرومانية» . وتتبع ذلك فقرة مشوهة للغاية لم تحفظ سوى كلمة «المقيمين» ، وترد بعدها بقليل عبارة «عدا الأجانب المستسلمين» . ومما لا شك فيه أن هذه العبارة كانت تتضمن تقييداً للمبدأ العام الذي ورد في بداية الدستور . ولكن ما هي طبيعة هذا القيد وأهميته ؟ تتعدد آراء الشراح المحدثين حول هذه النقطة تعدداً كبيراً (٣) . ولن نحاول أن نستعرضها هنا ، وإنما نكتفي بالقول أن أغلبية العلماء متفقون على أن الأجانب المستسلمين ظلوا مستبعدين من منحة التمتع بالرعوية الرومانية التي تضمنها دستور كراكلا .

فن هم هؤلاء الأجانب المستسلمون ؟ يثار هنا أيضاً الكثير من الجدل والشك . وأياً كان المفهوم الذي يرمى إليه هذا الاصطلاح ، فإنه من الثابت أن الأفراد الذين استبعدوا من منحة كراكلا كانوا قليلي العدد . ويبدو من غير المحتمل أنه كان من بينهم سكان الريف ، ولا سيما الريف

(١) أنظر :

Saint Augustin, Civ. Dei., 5, 17; Dion Cassius, 77,9,4; Hist. Aug., Vita severes 1,2; Ulpian, D. I.5. 17; Nov. Just. 78, 5.

(٢) أنظر :

P. Giessen 40 col. I. dans F.I. R.A. leges, No 88

(٣) أنظر :

Sasse, Die constituti Antoniniana, Wiesbaden 1958; Ibid, J.J. P., 14, «1962» 109 — 149; 15 «1965» 329—367; Seston — Euzennat, C.R.A.I. 1961, 317— 324; Modrzjewski, Z.S.S. 81, 1964, 73—76 et R.H.D., 43, 1965, 145 — 146.

المصرى كما يظن البعض (١) ، على أساس أن منحة الجنسية الرومانية اقتصر على سكان المدن ، وان سكان الريف المصرى لم يدخلوا فى نطاق المدن اليونانية الموجودة من قبل . والحق أن وثائق الحياة العملية اللاحقة لعام ٢١٢ تشير إلى أن سكان الريف كانوا يتمتعون بالرعوية الرومانية .

وفى تقديرنا أن تعبير « الأجناب المستسلمين *dediticii* » ربما ينصرف إلى الشعوب الثائرة أو الاعداء الذين بعد قمعهم وهزيمتهم خضعوا « *deditio* » لحكم الرومان ، ولكنه يعنى على وجه الخصوص العتقاء الذين أشار اليهم قانون ايليا سنتيا « *Lex Aelia Sentia* » ، وهو القانون الذى صدر فى عهد أغسطس فى العام الرابع الميلادى بقصد إبطال العتق الذى يتم بطرق تدليسية أو من سيد صغير السن ، والحيلولة دون أن يكون هؤلاء العتقاء مواطنين رومان ، ولقد ظلت هذه الفئة من العتقاء موجودة حتى عصر جستينيان (٢) .

ومن الجدير بالملاحظة أن دستور كراكلا لا يتعلق الا بالأجناب الذين يوجدون فى عام ٢١٢ فى البلاد الخاضعة لسيادة روما . أما سكان البلاد التى ستخضع لهذه السيادة فيما بعد فلا يمكنهم التمسك بنص كان يجهلهم . فالدستور يعالج الوضع القائم عند صدوره ، لا بالنسبة للمستقبل . ولهذا السبب ظل هناك أجناب ، وان كانوا ليسوا كثيرين بطبيعة الحال بعد عام ٢١٢ .

هذا عن الاستثناء الوارد فى آخر الدستور . أما بخصوص المبدأ ذاته ،

(١) أنظر :

Arangio-Ruiz «V.» : L'application du droit romain en Egypte, Bull. Institut, français d'Egypte, 29 «1948», 89—90; Segré «A.» : Note sull' editto di Caracalla, Rend. Pont. Acc. Arch., 1940, 192.

(٢) أنظر :

De Martino «Fr.» : Storia, 4, 706 — 707.

فلا توجد أدنى صعوبة من حيث تفسيره ومعرفة مضمونه . فالامبراطور يمنح الرعوية الرومانية إلى «كل الأجانب» الذين يسكنون الامبراطورية الرومانية .

نتائج صدور دستور كراكلا :

قلنا أنه قد ترتب على صدور دستور كراكلا استفادة سكان مصر سواء كانوا مواطني المدن اليونانية أو أهالي الريف ، والذين كانوا يعتبرون أجنب ، بارتقائهم إلى مرتبة المواطنين الرومان «Cives Romani» . ووجدوا أنفسهم خاضعين للقانون الروماني ، إذ امتد نطاق تطبيقه رسمياً على سكان الولايات الذين منحوا الجنسية الرومانية، ومن بينهم المصريون، وأصبح «قانونهم» . والحق أن المصريين ، كما رأينا من قبل ، استمروا في اتباع قوانينهم القديمة في العصر الروماني ، إذ لم يكن هناك وقت كاف لكي تسود الصبغة الرومانية حياتهم القانونية . وبرز هنا أيضاً الخلاف الذي لاحظناه بين العلماء في مرحلة ما قبل صدور دستور كراكلا ، والمتعلق بوضع القوانين المحلية بالنسبة للقانون الروماني :

فلقد ذهب ميتز « Mitteis » (١) إلى أن جميع سكان الامبراطورية فرض عليهم القانون الروماني بعد منحهم الرعوية الرومانية ، ومن ثم كان يتعين عليهم تبنيه، مما أدى إلى وجود «صراع» ما بين القانون الروماني، وهو القانون الوحيد الملزم على الصعيد الرسمي لكل مواطني الامبراطورية ، والقوانين المحلية التي اعتبرت من الناحية الرسمية بمثابة عادات غير مشروعة (٢) .

(١) أنظر :

Mitteis «Ludwig» : Reichsrecht und Volksrecht

in den ostlichen provinzen des romischen kaiserreichs, Leipzig, 1891.

(٢) ولقد درس ميتز نتائج هذا التغيير الذي ترتب على صدور كراكلا أزاء تطور القانون الروماني اللاحق ، وأوضح ، استناداً إلى نصوص وثائق هذا العصر ضلالة مقاومة القوانين المحلية للقانون الروماني . كما أبرز جهود الأباطرة المتتاليين حتى ديوقليسيان (٢٨٤ - ٣٠٤) ، =

ولقد تبنى علماء مرموقون هذه النظرية ودافعوا عنها بقوة بعد أن عدلوا فيها تعديلاً يسيراً لتخفيف من مبالغتها في إبراز وجود صراع عنيف بين القوانين المحلية الراسخة «*Volksrecht*» وقانون الامبراطورية «*Reichsrecht*» الذي كان غير قادر على أن يفرض نفسه . ومن أمثلتهم ، أرنجيو-رويز «*Arangio-Ruiz*» (١) الذي ذهب إلى أنه بعد صدور دستور كراكلا لم يكن يوجد في مصر من الناحية الرسمية سوى القانون الروماني ، وهو القانون المعمول به .

أما بخصوص النزاع الذي حدث بين القانون الروماني وما بقي في الواقع من الاعراف والقوانين المحلية فإنه لم ينشأ بسبب مقاومة عمدية من قبل سكان الولايات وإنما كان نتيجة الصعوبات التي نجمت عن اتباع نظام قانوني جديد . ولم يتم حسم هذه المسألة بأسلوب تعنتي ووحشي ، وإنما تمت المحاولات من أجل حصرها في أضيق الحدود . ومن ناحية أخرى تبنى القانون الروماني بعض هذه القوانين والاعراف المحلية . فمحاولة عزل مصير القانون الروماني عن الحياة القانونية للولايات لا تركز على أساس سليم .

بفرض الحفاظ ما أمكن على نقاوة القانون الروماني . ومع ذلك تم قبول عدد كبير من القواعد ذات الأصل الاغريقي أو الشرقي بواسطة قسطنطين وخلفائه . واعترف بحصيلة ما قدمته القوانين اليونانية والشرقية إلى قانون جستينيان وهو أساس التطور القانوني الحديث . ومن الجديد بالذكر أن هناك العديد من التغييرات التي أدخلت على قواعد القانون الروماني ، والتي كان الشراح يعتقدون أنها صدى لمقاومة القوانين المحلية سلم أخيراً بأنها ترجع إما إلى التطور الداخلي للقانون الروماني ذاته وإما إلى التأثير المتبادل ما بين القانون الروماني والقانون اليوناني ولا سيما قبل منح الرعية الرومانية إلى سكان الولايات ، وإما إلى الجهود الحثيثة التي بذلتها مدارس القانون التي تنتمي إلى عصر الامبراطورية السفلى لإدماج كل التجديدات التي اقتضتها البيئة العالمية ذات الطابع الشرق المتزايد في إطار القانون الروماني المطبق فيها .

(١) أنظر :

Arangio-Ruiz «*V.*» : op. cit., P. 83 — 130;

Ibid, La Successione Testamentaria secondo I Popirei greco-egizii, 1906, P. 26, N. 1.

كما أيد وولف Wolff (١) بدوره هذه الأفكار .

يبد أن هناك علماء آخرين مثل شينباور « Schoenbauer » ، هاجموا نظرية مبيتز من أساسها ، وشككوا في قونه بأن منح الرعوية الرومانية أدى تلقائياً إلى وجوب اتباع سكان الولايات للقانون الروماني . وفي رأيهم أن استمرار بقاء القوانين المحلية بعد صدور دستور كراكلا يعكس وضعاً طبيعياً للغاية : فالتناقض الظاهري بين الزامية القانون الروماني ووجود القوانين المحلية يبرره الانتماء إلى جماعتين ، الجماعة الرومانية والجماعة المحلية . وبتعبير آخر فإنه وفقاً لهذا الرأي ، تضمن دستور كراكلا فكرة ازدواج الجنسية ، اجنسية الرومانية والجنسية الأصلية ، وما يترتب على ذلك من الاحتفاظ بالقانون الأصلي بجانب القانون الروماني .

ولقد لقيت أفكار شينبور « Schoenbauer » قبولاً متزايداً من جانب بعض العلماء ، ومنهم تاو بنشلاج «Taubenschlag» (٢) و«Sir Harold Bell» ، فلقد تبنا فكرة ازدواج الرعوية التي ارتكز عليها بقاء القوانين المحلية

(١) راجع :

Wolff «H. J.», Z.S.S., 73 1956, P. 2 n. 5;

Taubenschlag : The law of greco — roman Egypt in the light of the papyri, New-York, 101 et suiv.

(٢) أنظر :

Bell : Jo. Egypt. Arch. 28, 1942, 49; ibid 1941, 43

وأنظر أيضا :

Segré : «Rend.», Potntif. Accad. Archeol., 16, 1940,

191 et suiv; Jo. Egypt. arch., 30, 1944, 71; Aegyptus, 25, 1945, 64 .

: Fernand De Visscher الأستاذ Schoenbauer

Le statut juridique des Nouveaux citoyens romains et l'inscription
= de Rhosos, Rhosos, «L'antiquité class.», 1945, II; 1946. 29.

ومن بين العلماء الذين رفضوا نظرية Schoenbauer :

Schulz : History of roman legal science, 251.

وبقصر شينبور ازدواج الرعوية الرومانية والمحلية على سكان المدن ، بينما لا يتمتع سكان الريف الا بالرعوية الرومانية ابتداء من عام ٢١٢ . ومن ناحية أخرى فانه يقرر أن سكان المدن ، نتيجة لازدواج الرعوية ، لم يكونوا ملزمين باتباع قانونهم المدني ، بل كان لهم أن يختاروا ما بينه وبين القانون الروماني . ويتم هذا الاختيار لعند تقديم أطلباتهم أو عرائضهم أمام محاكم المدن أو السلطات القضائية الرومانية . ويضيف أنه على أسالس هذا الازدواج للقانون المعمول به يمكن فهم كثرة الفتاوى التي كان الأباطرة يصدرونها ولا سيما في عهد ديوقليديسيان ، للافصاح عن مبادئ أولية للغاية للقانون الروماني ، عندما كان يسألهم سكان الولايات .

والحق انه يمكن في الوقت الحاضر استبعاد نظرية ازدواج الرعوية (٢) . إذ من المعلوم أن التطور الذي تم خلال القرنين الأولين بعد الميلاد أدى إلى تغيير عميق في العلاقات بين روما وحواضر الولايات التي كانت الامبراطورية تعتمد عليها . إذ اتجه إلى الغاء أوجه الاختلاف ما بين المدن والحواضر : ففي عشية صدور دستور كراكلا كان هناك نظام بلدى موحد تقريباً يضم المدن والحواضر . ومع ذلك فان الغموض يسود وضع المدن اليونانية في الشرق في تلك الفترة ، فهي كانت على وشك أن تصبح وحدات اقليمية تتمتع بمجرد استقلال ادارى ، ومع ذلك لم تفقد الخصائص المتعلقة بتنظيمها في شكل دويلة . والمهم أنه لم تعد فكرة الرعوية تأخذ في عين الاعتبار ضرورة الانتماء إلى مثل هذا التنظيم . وسادت فكرة المواطن « Origo » .

(١) أنظر :

Bell, Op. cit.; Taubenschlag, Op. cit.

(٢) أنظر :

Gaudemet «J.» : Institutions de l'Antiquité,
1967, P. 528 — 534.

وفي نفس الوقت فانه ، مع امتداد السيادة الرومانية في اطار دولة عالمية ، تكتسب الرعوية الرومانية بدورها أبعاداً هائلة ، بحيث لا تضارعها أية رابطة انتماء أخرى . إذ يعنى كون الفرد مواطناً رومانياً في القرن الثاني الانتماء إلى صفوة اجتماعية ، ويقف على قدم المساواة مع غيره من أعضاء الجماعة الرومانية الكبيرة التي تضمها الامبراطورية . ويمثل دستور كراكلا بهذا الخصوص نهاية المطاف للنزعة الرومانية التي وجدت في الامبراطورية من قبل . وهو لا يعنى انتصار العناصر الرومانية في الحياة القانونية لسكان الولايات ، ولكنه يترجم بلغة القانون انتماء الجموع الهائلة من سكان الامبراطورية اليها دون أن يؤثر في العلاقات التي تربطهم بمجاعاتهم الأصلية.

والعلاقة ما بين رابطتي الانتماء ، أن احدهما تحتوى الأخرى ، مثل صفة العضوية في المجلس البلدى «municeps» التي تشملها صفة المواطن الرومانى «Civis Romanus»، وفقاً لنظرية شيشرون عن «الوطن المزدوج» (١). ولقد كان هذا الانتماء المزدوج نتاج تشابك عاملين سادا تطور العالم القديم في بداية العصر الميلادى : الانتشار المتزايد للتجمعات الحضرية وتثبيت الامبراطورية الرومانية كدولة عالمية . ولا يمكن ترجمة هذا الانتماء المزدوج «بازدواج» الرعوية بالمعنى الفنى الذى يحلعه الشراح المحدثون على هذا الاصطلاح . وكذلك فانه لا يمكن أن نؤسس استمرار وجود القوانين المحلية على هذا الوضع المزدوج . فالمدن في الولايات ، بصيرورتها وحدات ادارية ، تصبح غير قادرة على أن تكفل وجود قانونى محلى معارض للقانون الرومانى .

وينبغى أيضاً استبعاد لبس آخر ، وهو يتعلق بوجود ارتباط الى ما بين اكتساب الرعوية الرومانية واستخدام القانون الخاص . ومن الملائم أن نلاحظ أنه ، وفقاً للتفكير الرومانى ، فان اكتساب أحد الأفراد صفة المواطن لا يفرض عليه بالضرورة استخدام القانون الرومانى ، فهو لا يتعدى

(١) أنظر :

تحويله امتياز استعمال التصرفات المقصورة على المواطنين الرومان . ولا توجد أية قاعدة تذكره المواطن على الخضوع للقانون الذى يوضع لاعضاء الجماعة التى ينتمى اليها الفرد ، إذ يعتبر هذا الخضوع من المسلمات الطبيعية والتلقائية . فاختيار القانون الرومانى أو الارتباط بالتقاليد المحلية لا يثير فى نظر الفقهاء الرومان فكرة التضارب التى صورها البعض بمعركة نشبت بينهما .

بيد أنه مما لا شك فيه أن الوضع القانونى لسكان الولايات قد تغير تغيراً ملموساً ابتداء من عام ٢١٢ . إذ أصبح الفرد الذى يظهر أمام محاكم الولايات أو يرسل إلى الأباطرة فى طلب الفتاوى عن مسائل قانونية مواطناً رومانياً . ويستجيب القضاة والأباطرة لطلبات هؤلاء المواطنين عن طريق الاستعانة بقواعد القانون الرومانى .

وهكذا نجد الامبراطور ديوقليديسيان يلفت نظر سكان الولايات إلى مبادئ القانون الرومانى الأولية للغاية من خلال العديد من الفتاوى التى كان يصدرها . وهناك الكثير من التفسيرات التى قدمت بصدد هذا الموضوع [والتي كانت محل خلاف شديد : الحماية الميوس منها للقانون الرومانى من أخطار الهرطقة القانونية اسكان الولايات ، أو صبر بعض الأباطرة المتسم بالعطف بمكافأة من يتبع طواعية من المواطنين الجدد لقانون الامبراطورية « Reichsrecht » . والحق أن الحجج المستخلصة من الفتاوى الامبراطورية لها قيمة محدودة للغاية ، إذ تعكس استمرار العمل بالقوانين المحلية . ومن ناحية أخرى فانه من الطبيعى أن الفقهاء فى بلاط الامبراطور يقدمون الاجابات على استفسارات سكان الولايات الشرقية الموجهة إلى الامبراطور . وهكذا فانهم يصححون الآراء المعيبة من وجهة نظر القانون الرومانى من خلال هذا الاجراء الرسمى المتمثل فى الفتوى . ولا يعنى تمسكهم بالقانون الرومانى الطعن فى القوانين المحلية من ناحية ، ولا الاعتراف بها من وجهة النظر القانونية الرسمية « de iure » من ناحية أخرى .

وموقف القضاة فى الولايات كان أكثر نموضاً . وتظهر الدراسة

التي قام بها تاو بنشلاج أن المحاكم الرومانية في مصر أقامت في بعض الأحيان اعتباراً لتعلق المتقاضين بالتقاليد القانونية المحلية بعد صدور دستور كراكلا . ويمكن أن تفسر هذه التنازلات جزئياً على أساس التعضيد الذي نالته بعض النظم المحلية من قبل التشريعات الخاصة بالولاية : فهناك قواعد محلية اعترف بها الأباطرة وولاية مصر قبل عام ٢١٢ واستمر التمسك بها بعد هذا التاريخ . وكذلك فإن السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في الولاية يمكن أن تكون بمثابة تبرير لموقفه المؤيد لمبادئ القانون المحلي .

والخلاصة انه لا يمكن تبرير استمرار وجود القوانين المحلية بعد صدور دستور كراكلا على أساس فكرة ازدواج الرعية وشخصية القوانين أو الدلالات المستقاة من الفتاوى الامبراطورية والوثائق القضائية . وعلى العكس فان التبرير يكون مقبولاً إذا استندنا إلى الطابع العرفي للقوانين المحلية في الامبراطورية . ولقد كان وضعها على هذا النحو قبل صدور دستور كراكلا ، كما ظلت غالبيتها على نفس الحال بعد عام ٢١٢ أي اعتبرت بمثابة أعراف جرى العمل عليها في الولايات . غير أن صفة هذه الأعراف قد تغيرت في أعقاب امتداد الرعية الرومانية . إذ لدينا في هذا الوقت ، في مواجهة القانون الروماني الرسمي ، أعراف الولايات وهي أجنبية الأصل من وجهة النظر الرومانية ولكنها ادخلت في اطار النظام القانوني الروماني لكي يستخدمها المواطنون في الولايات ، وهو ما يقودنا إلى الحديث عن هذه المسألة .

٣ - تدعيم الاعراف الأجنبية :

هل يعتمد بقاء القوانين المحلية ، وقد أصبحت أعراف ولايات ، على أساس الواقع أم على العكس على أساس تدعيم رسمي ؟ إن فكرة التدعيم الرسمي مغربية . وتتجه آخر المحاولات لتكملة ما في بردية « Giessen No. 40 » الشهيرة من نقص إلى تقرير هذا البقاء على نص دستور كراكلا ذاته . إذ أنه يتضمن « شرط حماية » يضمن كراكلا بمقتضاه استمرار

القوانين المحلية بعد تعميم الرعوية الرومانية . وتتعلق نقط الخلاف بمدى هذا الشرط ودلالته الحقيقية .

فيذهب وولف « Wolff » إلى أن قوانين المدن اليونانية وحدها ، هي التي استفادت من هذه المنحة ، في الحدود التي استمر العمل بها (١) . وهذه مثلاً حالة القواعد التي تتعلق بوضع الأطفال غير الشرعيين ، والتي يبدو تأثيرها واضحاً في التشريع الإمبراطوري في عصر الإمبراطورية السفلى (٢) . وإذا كان الأمر كذلك فإننا سنكون أزاء وضع يتسم بالتناقض . فسكان المدن ، وهم أكثر ثقافة وبالتالي أكثر إعداداً لاتباع القانون الروماني ، يتمتعون مع ذلك بحرية عدم تطبيقه . وسكان الريف ، وهم أقل قدرة من أن يهجروا بين يوم وليلة عاداتهم المحلية من أجل اتباع قانون يتسم بالدقة والصعوبة ، وجدوا أنفسهم فجأة خاضعين لهذا القانون خضوعاً مطلقاً . ومما يزيد في هذه المفارقة أنه قد عثر على العديد من الوثائق في الريف المصري . وهي تظهر استمرار تطبيق القوانين المحلية .

وربما يكون أفضل الآراء هو الرأي الذي قدمه سيستون « W. Seston » بتقريبه ما بين بردية « Giessen No. 40 » ونص لاتيني منقوش عثر عليه في بنازا بالمغرب (٣) ، وإعادة تكوينه على هذا الأساس لنص دستور كراكلا (٤) معطياً فكرة الرعوية الرومانية معنى واسعاً للغاية ، ومسلماً

(١) أنظر :

Wolff «H. J.» : Symb. Taubenschlag,
1, 1956, P. 367 — 371.

(٢) راجع :

Wolff «H. J.» : Séminar 3, 1945, P. 21 — 45.

(٣) أنظر :

C.R. Acad. Inser., 1961, P. 317 — 324.

(٤) أنظر :

Melanges J. Carcopino, 1966, P. 878 — 879.

بالتدعيم الرسمي الذي خلعه كراكلا على جميع النظم المحلية : فالرعوية رومانية ، ولكن وفقاً لدستور كراكلا فان هناك من الناحيتين القانونية والعملية . تشريعات وقوانين بعدد الجماعات السياسية الموجودة (١) .

وإذا سلمنا بهذا الرأي ، فانه يمكن أن ندخل تعديلاً حاسماً في نظرية ميتيس « Mitteis » . فوفقاً لهذا العالم ، يمكن أن نبحث عن أساس استمرار وجود القوانين المحلية بعد صدور دستور كراكلا في مجال القانون العرفي « Gewohnheitsrecht » . ونحن نتفق معه في هذا لخصوص . بيد أن ما يراه ميتيس بمثابة تنزيل للقواعد المحلية إلى مستوى العادات غير المشروعة المتحدية للقانون الروماني ، نعتبره على العكس رافعاً لهذه القواعد إلى مرتبة القانون العرفي المحلي ، وهو يتلو قوانين الامبراطورية في المرتبة .

ولم يكن من الممكن أن يحول تعضيد القوانين المحلية على أساس أنها أعراف محلية ، دون نشوب الصراع ما بين القانون الرسمي والاعراف المحلية للمواطنين الجدد . وكان ينبغي التوفيق بينهما على أساس اخضاع هذه الأخيرة في حالة التنازع بينهما للمقتضيات الحيوية التي يكفلها قانون الامبراطورية . ولقد وضعت حلول مختلفة لما يثار من مشاكل بحسب كل حالة .

فبعض النظم المحلية التي ارتفعت إلى مستوى الاعراف كانت قليلة الشأن . فهي تركز على أسس قانونية ووسائل فنية غريبة على القانون الروماني دون أن تتعارض مع مبادئه على الصعيد المعنوي أو السياسي . ومن ثم يمكن مواءمتها ، بطريق الحيلة ، مع القانون الرسمي بغية ارضاء كل من المشرع الامبراطوري وسكان الولايات المرتبطين بطبيعة الحال بتقاليدهم القديمة . بيد أن هناك نظماً أخرى لا يمكن أن يتم بصدها مثل هذه المواءمة بسهولة . وهي تارة تحرم ولا تستمر على قيد الحياة الا باعتبارها

(١) أنظر :

عادات غير مشروعة ، وتارة أخرى يتم تغيير جوهرها ولا يكون وجودها الا من الناحية الشكلية إذ تكون خالية من كل مضمون . وأخيراً فإنه في حالات أخرى ، يترك قانون الامبراطورية « Reichsrecht » مكانه لعرف الولاية الذي يتحقق له الانتصار كقانون رسمي على مستوى الامبراطورية .

ولنضرب الآن بعض الأمثلة على كل من هذه المجموعات الثلاثة من الحالات :

(أولاً) حالات يتم فيها المواءمة . ففي القانون اليوناني ، يمكن أن يتم عتق الارقاء أمام الموثق . ولقد أخذ المصريون عن الاغريق في العصر البطلمي هذه الطريقة للعتق الاختياري . كما تشير بعض الوثائق التي يرجع تاريخها إلى ما بعد عصر كراكلا ، إلى أن الطريقة المذكورة ، وهي غير معروفة في القانون الروماني ، استمرت في الحياة العملية المصرية خلال النصف الثاني من القرن الثالث . ففي حالة المنازعة القضائية ، لن تجد المحكمة الرومانية أية صعوبة لمواءمة عرف الولاية بقواعد القانون الرسمي ، بخصوص هذه المسألة . إذ يكفي أن تعتبر المحكمة إقرار العتق أمام الموثق بمثابة الاعلان عن ارادة العتق ، مشبهة بذلك هذه الطريقة للعتق الحلي بطريقة العتق فيما بين الأصدقاء Manumissio inter amicos في القانون الروماني . إذ لا يقتضى هذا العتق أى شرط شكلي لكي يكون صحيحاً . فهو يتطلب فقط أن يعبر عن ارادة العتق «Voluntas manumittendi» بصورة واضحة تسمح بتبرير الحماية البريتورية(١) . وهكذا استمر اقرار العتق أمام الموثق مستجلاً آثاره وفقاً لعرف الحلي Consuetudo regionis بجانب طرق العتق الرومانية مثل العتق بطريق الوصية (٢) .

وكذلك فان القانون اليوناني كان يعترف للمرأة بالقيام بدور الوصي

(١) أنظر :

Biscardi «A.» : Actes Milan, 1966, P. 396—4087

(٢) مجموعة الدساتير لجستينيان : ١٠٣٥٠ .

على الأولاد القصر وتأثر بهذه القاعدة القانون المصري أيضاً . أما الرومان فعلى العكس كانوا يعتبرون الوصاية « Virile manus » لا يقوم بها الا الرجال وتستبعد منها المرأة بسبب ضعف جنسها «Infirmitas sexus» . وهذا هو ما ذكره الامبراطور الاسكندر سيفيريوس في فتوى اصدرها بعد مضي اثني عشرة سنة من دستور كراكلا (١) ، بيد أن الرومان المقيمين في مصر تبنوا القاعدة المحلية ومارسوها ، حتى قبل صدور دستور كراكلا . وأمكن عن طريق مواعمة شكلية التوفيق ما بين ضعف جنس المرأة واعتبار أن وظيفة الوصى قاصرة على الرجال : فالمرأة تباشر الأعمال ، ليس بمثابة وصى بالمعنى الدقيق بل « كمساعدة » لوصى يقنع بسلطة اسمية . ويمكن لنظام الوصاية أن يستمر على هذا النحو في الولايات الشرقية المتأخرقة بعد عام ٢١٢ ، دون أن يكون هناك خطر الصدام بينه وبين القانون الرسمي .

وهذه الطريقة أيضاً أمكن تفادى الاصطدام بالقاعدة الرومانية القائلة بعدم أهلية ابن الأسرة من الناحية المالية . فاعتبر كما لو كان يتصرف باسم أبيه إذا ما ادعى ابن الأسرة في الولاية بملكته لامواله ، على شريطة ألا يحاول التصرف فيها ضد رغبة الوصى الشرعي (٢) . وكذلك فإن الوصية التي لا تتضمن تعيين وارث كان من المحتمل أنها تتفادى التعرض للبطلان عن طريق تشبيها بملحق الوصية في القانون الروماني .

وفي مجال العقود ، يمكن أن يحدث صدام عنيف . وكما بينه H. J. Wolff (٢) لم يؤد الاضطراب بالصيغة الرومانية في هذا المجال إلا إلى تغييرات سطحية بالنسبة لجوهر القانون . وينبغي انتظار القرن الرابع لكي تتغلغل هذه الصيغة الرومانية في الحياة العملية للولايات بطريقة أكثر عمقاً ، فعادة صدور دستور كراكلا ، لم تكن العقود التي تبرم في الولايات سوى مجرد اتفاقات Nuda Pacta في نظر القانون الروماني ، فلا تنشئ

(١) مجموعة الدساتير لجستينيان : ٣٠٤٦٠٨ .

(٢) أنظر :

Wolff «H.J.» : Z.S.S., 73, 1956, P. 1—28.

دعوى من دعاوى القانون الضيق . ولا يمكنها نقل الملكية ، في حالة البيع مثلاً «Dominia rerum nudis pactis non transferuntur» (١) فلكي يتسنى لهذه العقود أن تنتج آثاراً تكون قابلة للحماية القضائية كان يلجأ إلى شرط التعهد الرسمي الذي يخضع على كل اتفاق قيمة الالتزام اللفظي الجرد والذي تمكن حمايته بواسطة القضاء . وهكذا فإن العقود التي تبرم وفقاً للنظم المحلية ، تقيم وزناً لقواعد القانون الرسمي مع محافظتها في نفس الوقت على العادات المحلية للأطراف المتعاقدة . وتدل كثرة العقود المزودة بهذا الشرط فجأة ابتداء من عام ٢٢١ إلى أن إجراء رسمياً كدستور إمبراطوري ، أو منشور الوالي ، أو حكم قضائي بمناسبة وجود اتفاق « Conventus » يقرر هذا الشرط بعد مضي أقل من عشر سنين ، ليساعد على التوفيق ما بين العرف المحلي والقانون الرسمي «Riechrecht» (٢) .

(ثانياً) : حالات تعتبر فيها الاعراف غير مشروعة :

هناك بعض العادات المحلية التي كانت تتعارض تماماً مع النظام العام الروماني ، ومن ثم لم يكن من الممكن ، عن طريق الليلة ، تفادي الاصطدام . وكان ينبغي تحريم النظام المحلي الذي لا يمكن تشبيهه بنظام روماني . وإذا استمر وجوده مع ذلك ، فإنه يصبح عرفاً غير مشروع .

والمثال النموذجي لهذه الحالات يتعلق بالزواج الداخلي . فهو نظام محلي استمر وجوده في مصر الرومانية رغم اعتبار القانون الرسمي له من قبيل زنا المحارم وتقريره جزاءات مدنية وجنائية لهذا النوع من العلاقات ، وبعد صدور دستور كراكلا لم يكن من المستطاع أن يبقى باعتباره عرفاً محلياً معترفاً به رسمياً ، وإنما انكمش إلى مرتبة العرف المحلي غير المشروع ، وعاقبت الدساتير الامبراطورية بقسوة الأفراد الذين يبرمونه (٣) .

(١) مجموعة الدساتير لجستينيان : ٢ ، ٣ ، ٢٠ .

(٢) أنظر :

Simon «D.» : Stipulationsklausel, 1964.

(٣) أنظر :

Z.S.S. 81, 1964, P 52 — 82.

ولنضرب مثالا آخر ، ويتعلق بعادة اعطاء أبناء المدين على سبيل الرهن لضمان الوفاء بما في ذمة المدين من دين . والقانون الرسمي ، ولو أنه يجيز بيع الابناء المواردين حديثاً ، فانه يحرم بيع أو رهن الراشدين من الأبناء ، وهذا على خلاف العرف المحلى الذى يعترف لرب الأسرة بحق رهن أولاده . بل ويبدو أن الأم كانت تتمتع بدورها بهذا الحق ، كما يدل على ذلك خطاب خاص من القرن الثانى الميلادى (١) . واستمر هذا العرف بعد صدور دستور كراكلا ، رغم تحريمه بواسطة الدساتير الامبراطورية . وتدل وثائق مصر البيزنطية على أنه قد تحدى التحريم المذكور ، والذى قرره جستينيان فى دستوره : ١٣٤ ، ٧ ، حيث يعاقب فيه الدائن الذى يتلقى ابن الأسرة على سبيل الرهن . وبعد ثلاث عشرة سنة نجد بردية (٢) تتضمن الدليل على أن الحياة العملية المصرية ظلت غير متأثرة بالحظر المذكور . فالأمر يتعلق إذن بعرف غير مشروع وليس بنظام محلى احتواه القانون الرسمي باعتباره عرفاً محلياً

ولسبب مماثل حرم القانون الامبراطورى نظام رفض البنوة «Apokeryxis» ، فى الحدود التى يكون فيها بمثابة تصرف ، أى أنه يودى إلى فقدان الطفل لصفته كابن « Suus » . وهو مشاهد فى مصر الرومانية منذ القرن الثانى (٣) . واستمر موجوداً مع ذلك بعد عام ٢١٢ . ولقد كان هذا النظام يودى إلى نتيجة غير مقبولة من وجهة نظر السلطات الرومانية وهى التخلّى عن السلطة الأبوية بما يتضمنه ذلك من حرمان الطفل من الارث . وهذه النتيجة هى التى عارضها ديوقليديسيان (٤) فى دستور له ، وتبعه فى ذلك جستينيان :

(١) أنظر :

P. Oxy 1295.

(٢) أنظر : ديوقليديسيان ، مجموعة الدساتير الامبراطورية لجستينيان : ٤ ، ١٠ ، ١٢٠ -

٤٣ ، ٤٤ - ١ ، ٨ ، ١٦ ، ٦٠ .

P. Caire — Masp. 57023.

(٣) أنظر :

P. Oxy. 2342.

(٤) أنظر :

ورغم هذا الحظر ، فاننا نجد برديتين بتاريخ ٥٦٧ تشيران إلى نظام رفض البنوة (١) ، وان كان قد حدث تغيير في جوهره : إذ لم يحتفظ النظام المذكور من صورته اليونانية الا بإسمه « Apokeryxis » وشكله الخارجى . أما من حيث نتائجها القانونية فانه قد مثل بنظام هجر الطفل « Abdicatio » فى القانون الرومانى : إذ يظل الطفل المطرود ابنا « Suus » ويحتفظ بحقوقه فى الإرث . وعليه فانه يمكن القول أن التطور أدى فى النهاية إلى وجود شكل محلى لنظام هجر الطفل «Abdicatio» المقرر فى القانون الرومانى(٢).

وتدل هذه الأمثلة على أن تعميم الرعوية الرومانية لا يعنى الاعتراف الكامل بكل الاعراف السائدة فى الولايات . إذ تصحب عملية ادخالها فى القانون الرسمى ، مع اجراء الموازنة الضرورية ، ضرورة استبعاد بعضها بسبب طابعها المخالف لمبادئ النظام العام الرومانى ، واحداث تغيير فى جوهر البعض الآخر حتى لا يبقى الا على شكله المحلى .

(ثالثا) حالات تتبنى فيها الاعراف المحلية :

هناك أخيراً بعض النظم المحلية ، بعد الاعتراف بها كأعراف محلية ، يتضمنها فى النهاية القانون الرسمى للامبراطورية . ولنضرب مثلاً على ذلك بخصوص طرق نشأة السلطة الأبوية : فالتبنى ، كطريقة من هذه الطرق ، لم يكن يجوز للنساء مباشرته ، وفقاً لقواعد القانون الرومانى فى العصر العلمى . ولكن القانون الهلينستى أجاز لمن ذلك على ما يبدو . فهناك بردية من القرن الثانى (٣) وشهادة جاءت على لسان أوزيب Eusèbe (٤) تشيران

(١) مجموعة الدساتير لجستيتيان : ٦ ، ٤٦ ، ٨

abdicatio, que Graeco more ad alienandis liberos usurpabatur apoceryxis dicebatur, Romanis legibus non comprobatur.

(٢) أنظر :

Dull «R.» : Z.S.S., 63, 1943, P. 54 — 116.

(٣) أنظر :

P. Oxy. 588.

(٤) أنظر :

Hist. eccl. 6, 2, 13.

إلى أن النساء الاغريقيات في مصر يمارسن التبني بعد صدور دستور كراكلا ،
وسواء كن يقمن في الاسكندرية أو في الريف .

ومما لاشك فيه اننا نجد اشارة إلى هذا العرف الخلى في دستور ديوقليديسيان
الصادر في عام ٢٩١ (١) . إذ يذكر الامبراطور ان النساء لا يمكنهن التبني
لأن ليس لهن سلطة « Potestas » على أولادهن . ولكنه يرخص للمرأة ،
إذا لم يكن بالتبني ، فعلى الأقل بالاحتفاظ بزواج بنتها كما لو كان ابنها
بالتبني ، لتعزيتها على فقدانها لأطفالها . ولقد تمت مخالفة المبدأ الذي تضمنه
القانون الروماني في العصر العلمي ، رغم أن النصوص اللاحقة كانت
ما تزال تؤكد (٢) ، واختفى نهائياً في ظل جستينيان ، حيث سمح للنساء
بالتبني (٣) . فبالنسبة لهذه الحالة يأخذ قانون الامبراطورية « Reichsrecht »
أحد اعراف الولاية ويعتبره نظاماً رسمياً ذا مدى عام .

وهناك أمثلة أخرى لأعراف محلية احتواها القانون الروماني في المجالات
المختلفة لقانون الأشخاص والأسرة . ولقد ظل بعضها قاصراً على الجزء
الشرقي من الامبراطورية ، ومن أمثلتها: التبني غير الكامل « adoptio minus
piena » (٤) ، والرهن العام بالنسبة للدوطة ، وفاعلية العتق الذي يجريه
الشريك في ملكية الرقيق ، والأموال التي تحتفظ الزوجة بملكيتها الخاصة
الخاصة لها في عقد الزواج ولا تصبح ملكاً للزوج . وهناك اعراف أخرى
سابقة على تقسيم الامبراطورية امتدت أيضاً إلى الغرب ، ومن أمثلتها :
العتق في الكنيسة *manumissio in acclesiis* ، والمبلغ المقدم عادة من الخاطب

(١) مجموعة الدساتير لجستينيان : ٨ ، ٤٧ ، ٥ .

(٢) أنظر

Gai Ep. 1, 5, 2.

(٣) نظم جستينيان : ١٠ ، ١١ ، ١ .

(٤) وهو اصطلاح يخلمه الشراح المحدثون على التبني الذي يرتب آثاراً أقل أهمية بكثير من
التبني في العصر العلمي ، إذ أن المتبني يظل في أسرته الأصلية ويكتسب مجرد حق الارث بالنسبة
لاسرته الجديدة .

عند الخطبة «arra sponsalicia» ، والهبة المقدمة قبل الزواج من الزوج المقبل أو باسمه إلى زوجته المقبلة donatio ante nuptias ، والمحرم الذي يحظر فيه أحد الزوجين الزواج الآخر برغبته في فسخ الزواج («libellus repudiij» ، والمظاهر المختلفة لانتهاب السلطة الأبوية وغالباً ما يكون لصالح الأم . وفي مجال الحقوق العينية ، فان ملكية الطوابق يمكن أن تقدم مثالا للتأثير الهلينستي على فكرة الملكية في القانون الروماني وتجزئتها . وهذا التأثير ملحوظ بدرجة أقل في مجال الالتزامات والموارث ، ولكنه يظهر مع ذلك من خلال الدور المتزايد للمحرر ، وأهمية الميراث عن طريق الأم بدرجة أكبر .

ولا يجوز أن نبالغ في مقدار هذا التأثير . فكثيراً ما نجد التغيير الذي حدث في نظم القانون الروماني يرجع إلى تطور داخلي في هذا القانون ذاته . وعلى كل فان مظاهر التبسيط التي يتسم بها القانون الروماني في عصر الامبراطورية السفلى تظهره أكثر قرباً من التقاليد الهلينستية عن القانون الروماني في العصر العلمي والذي يتسم بالتشدد والدقة . وتلحق الاعراف المحلية بالتالي بالقانون العامى . وعلى كل فما زالت حصة كل من هذين العاملين في تكوين القانون الامبراطورى المتأخر بعيدة عن التحديد على وجه الدقة .

الخاتمة

استمرت النظم اليونانية والمصرية باقية في الممارسة العملية باعتبارها اعرافاً أجنبية خلال القرنين الأول والثاني للإمبراطورية . ولقد أبحاثها روما وحتمها بواسطة القضاء ، وتبنت حلوها في قانون الولاية . ويسر هذا النهج للغزاة بقاء القوانين المحلية على قيد الحياة ، دون أن يحول ذلك من تسرب بطيء لبعض الأفكار والمصطلحات القانونية الرومانية في الحياة العملية للولاية . فنحن ازاء مجموعتين من النظم على مستويين مختلفين ، دون أن يخشى نشوب صراع بينهما .

ولقد غير تعميم الرعوية الرومانية من هذا الوضع دون أن يثير مع ذلك فكرة التقابل التي طرحها الفقه التقليدي وانقسم إلى فريقين يتبنى كل فريق احد طرفي هذا التقابل : إما سريان مطلق للقانون الروماني على حساب القوانين المحلية ، وإما تعايش رسمي بين القانون الامبراطوري «Reichsrecht» ومجموعة كبيرة من القوانين المحلية «Volksrechte» باعتبارها «أنظمة قانونية» منافسة . وفي تقديرنا أن هذا التقابل ليس له محل . فلا يوجد «صراع» ما بين القانون الامبراطوري «Reichsrecht» الذي يعتبر هو القانون الشرعي ، والقوانين المحلية «Volksrecht» باعتبارها قوانين غير شرعية . ومن ناحية أخرى ، لا يوجد تعادل بين عدة أنظمة متوازية وفي نفس المستوى . ففى ظل الامبراطورية الرومانية بعد صدور دستور كراكلا لا يوجد سوى نظام قانوني واحد كما هو الشأن في المجتمعات الحديثة . وهذا النظام روماني بطبيعة الحال . ولكنه يشمل ، بجانب القانون الامبراطوري «Reichsrecht» الذي يحتل مرتبة القانون الرسمي ، عدداً من القوانين المحلية «Volksrechte» باعتبارها اعرافاً محلية تستمر على قيد الحياة وستمثل جزءاً من الارث القانوني الذي سنتقله الامبراطورية الرومانية إلى أوروبا .

التصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي

دكتور

محمد سامى عبد الحميد

أستاذ القانون الدولى العام المساعد

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

تمهيد

١ - موقف الفقه الدولى من التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة .

إذا كانت النظرية العامة للتصرفات القانونية الصادرة عن الإرادة المنفردة قد حظيت بما تستحق من عناية في فقه القانون العام الداخلى ، بحيث لا يتصور أن يتصدى أى من الفقهاء للتأليف فى القانون الإدارى الداخلى دون أن يخصص قسماً رئيسياً من مؤلفه لدراسة القرارات الإدارية مسلماً بأن تصرفات الإدارة الصادرة عن إرادتها المنفردة تتعدى فى آثارها القانونية مصدرها إلى الغير من الأفراد «فتنشئ لهم حقوقاً أو ترتب على عاتقهم التزامات ، حتى إذا لم يصدر قبول لهذا التصرف من جانبهم» (١) . فن الملاحظ أن الاعتراف بالتصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة بوصف

(١) أنظر أستاذنا الراحل الأستاذ الدكتور توفيق شحاته ، مبادئ القانون الإدارى ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٤ - ١٩٥٥ ، صفحة ٦٤٨ .

وأنظر أيضاً الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا ، القانون الإدارى العربى فى ظل النظام الإشتراكى الديمقراطى التعاونى ، الطبعة الثالثة ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، صفحة ١٠١٧ .
وأنظر كذلك البحث الذى نشره أخيراً الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو تحت عنوان : القرار الإدارى مصدر للحق ، منشأه المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٢ .

المصدر العام المتميز للالتزام لا يزال من الأمور غير المتفق عليها في فقه القانون الخاص الداخلي وفي فقه القانون الدولي العام على حد سواء .

وإذا كان موقف فقه القانون الخاص الداخلي من الإرادة المنفردة أمراً لا يعيننا التعرض له في هذا المجال (١) ، فمن الجدير بالذكر أن من

(١) من الجدير بالذكر في هذا المجال أن الفقه الألماني - في مجموعه - يرى وجوب اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام ، بل وقد ذهب جانب من الفقه الجرمانى لى اعتبارها المصدر الوحيد لكافة الالتزامات الإرادية مكيفين العقد بأنه مجرد اجتماع لإرادتين منفردتين أو أكثر منكرين عليه وصف المصدر المتميز للالتزامات الإرادية .
ومن الجدير بالذكر كذلك ان الراجح فى الفقه والقضاء الفرنسين هو انكار وصف المصدر على التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة بالرغم من اقتناع البعض من فقهاء القانون المدنى الفرنسى البارزين (Gény, Colin, Jousserand, Saleilles, Capitant, Demogue. : أمثال) بضرورة الإعتراف لها بوصف المصدر الثانوى أو الإستثنائى على أقل تقدير .
أنظر فى عرض موقف الفقه والقضاء الفرنسين ، وفى شرح النظرية الجرمانية وبيان ما وجه اليها من انتقادات :

Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit Civil, Tome II,

Premier volume : Les obligations, Sirey, Paris, 1962, pp. 276 et s.

أما الفقه المصرى فيميل - فى مجموعه - إلى اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً ثانوياً استثنائياً للالتزام لا ينشئه «الإ» فى حالات محدوده ينص عليها القانون حيثما تدعو حاجة التعامل إلى أن ينشأ الالتزام فى ذمة الشخص بارادته وحدها دون توقف على قبول من آخر » .
انظر الأستاذ الدكتور اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبه ، القاهرة ١٩٦٨ ، صفحة ٣٩٤ .
وأنظر فى نفس المعنى :

أستاذنا الجليل الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ، الكتاب الأول : مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٩٥٤ ، صفحة ٣٦٢ - ٣٦٣
الأستاذ الدكتور أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول : مصادر الالتزام دار المعارف ، ١٩٦٥ ، صفحة ٤١٧ .

وأنظر فى انكار تمتع التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة بوصف المصدر المتميز للالتزام فى القانون المدنى المصرى :

المفطور له الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الأول : مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية التى أعدها الأستاذ الدكتور عبد الباسط جيمى =

بين فقهاء القانون الدولي العام عدداً غير قليل لم ير في التصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة أهمية تبرر التعرض لها بالدراسة في المؤلفات العامة المختصة لدراسته ، (١) وأن الفقهاء الذين تعرضوا لهذه التصرفات بالدراسة في مؤلفاتهم قد انقسموا إلى اتجاهات ثلاثة :

١ - اتجاه أول يرى انصاره ان هذه التصرفات «لا ترتب نتائج أو آثاراً قانونية معينة ، الا إذا لابتها ظروف خاصة تبرزها في صورة معينة ، وتجعل منها الإرادة الرئيسية التي تتدخل لاحداث الأثر القانوني . وليس معنى هذا أن هذه الإرادة المنفردة هي التي تخلق الأثر القانوني ، إذ أن هذا الأثر لا يحدث الا إذا لابس صدور هذه الإرادة ظروف خاصة تسبق صدورها أو تلحقه . وهذه الظروف هي تدخل ارادة أو ارادات مقابلة تصدر من اشخاص دولية أخرى ، سواء أكانت هذه الارادات المقابلة ايجابية أم سلبية أي مجرد السكوت ، فتؤيد أو تعارض ما انطوت

= والأستاذ مصطفى محمد الفقى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، صفحة ١٤٤٤ وما بعدها .

هذا ولا يفوتنا أن نشير - أخيراً - إلى أنه لا يوجد ، من اعتبارات صناعة القانون أو منطقها ، ما يحول دون اصفاء أى من النظم القانونية وصف المصدر العام على التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة إذا ما دعت إلى هذا ظروفه . ومن المعروف أن المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى كانت تعتبر الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام مثلها في ذلك مثل المادة الستين من المشروع الفرنسى الايطالى ، ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة «عدولاً عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة» (أنظر السهورى ، المرجع السابق) ، صفحة ١٤٥٢ - ١٤٥٤) وإذا كان هذا الحذف قد أدى بالعلامة السهورى إلى القول بأن «الالتزامات التي تنشأ عن الإرادة المنفردة في التقنين المدنى الجديد هي التزامات قانونية ومصدرها المباشر هو القانون» (المرجع السابق صفحة ١٤٥٤) ، فالراجع في فقه القانون المدنى المصرى - كما أسلفنا - هو اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً ارادياً استثنائياً للالتزام ، «لأن الالتزام القانونى ينشأ دون دخل لارادة المدين بل وبالرغم من ارادته ، أما في الحالات الاستثنائية التي أجاز فيها المشرع نشوء الالتزام بالارادة المنفردة ، فان الالتزام ينشأ كنتيجة مباشرة لهذه الإرادة وليس كنتيجة لنص القانون» . (أنظر أنور سلطان ، المرجع السابق ، صفحة ٤١٧) .

(١) من هذا الفريق من الفقهاء كل من الأساتذة : ستارك - برايرلى - فينيوك - أبو هيف الغنيمى .

عليه الارادة الأولى . فالارادة المنفردة لا تحدث آثاراً قانونية في دائرة القانون الدولي على وجه العموم الا إذا سبقها أو لحقتها ارادات اشخاص دولية أخرى بصفة رئيسية أو بصفة تبعية، وعلى صورة صريحة أو ضمنية» (١)

(١) أنظر الأستاذ الدكتور حامد سلطان ، القانون الدولي العام في وقت السلم، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، صفحة ٢٠٧ - ٢٠٨ .
وأنظر أيضاً الأستاذ الدكتور محمد حافظ غانم ، مبادئ القانون الدولي العام ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، صفحة ٦٣٠ .

ومن الملاحظ أن الدكتور غانم يميل «إلى الاعتقاد بأن الوعود الواردة في تصريحات تصدر عن الارادة المنفردة تعتبر ملزمة في الأحوال التي تتحول فيها هذه التصريحات إلى اتفاقات دولية كأن يوجه التصريح من دولة إلى دولة أخرى أو إلى مجموعة من الدول تقوم بقبوله صراحة - أو ضمناً ، ومن ثم يتحول إلى اتفاق ثنائي أو جماعي » . وقد أكد موقفه هذا - بعبارة أوضح - في محاضراته عن المعاهدات الملقاة على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية ، بقوله « ان الوعود الصادرة في تصريحات تصدر عن الارادة المنفردة تعتبر ملزمة في الحالتين الآتيتين :

- ١ - إذا كان التصريح الفردي جزء من مجموعة تصريحات أو وثائق دولية إذا نظر إليها كمجموع يرتبط بعضه بالبعض الآخر كونت اتفاقاً دولياً .
- ٢ - إذا كان التصريح يتضمن عرضاً موجهاً للدولة أو أكثر ثم قبل هذا العرض صراحة أو ضمناً .

أنظر الأستاذ الدكتور محمد حافظ غانم ، المعاهدات : دراسة لأحكام القانون الدولي وتطبيقاتها في العالم العربي، معهد الدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٦١ ، صفحة ١٨ وأنظر كذلك :

Pierre Vellas, Droit international public, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, pp. 201 - 206.

ويلاحظ ان الأستاذ فيلاس لم يقتصر على انكار تمتع التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة بوصف المصدر ، بل انتهى في تحليله إلى القول بأن :

« Les actes unilatéraux constituent, en droit international, une fausse catégorie juridique » (p. 205).

ويرجع انكاره لمعرفة النظام القانوني الدولي للتصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة في مفهومها الدقيق ، إلى تكييفه لبعض هذه التصرفات (الوعد) بأنها ركن في البعض من الاتفاقات الدولية ، وتكييفه لفة أخرى منها (الابلاغ) بأنها ليست من قبيل التصرفات القانونية في معناها الصحيح بل مجرد عمل من أعمال النشر والاعلام ، واعتباره تصرفات أخرى (مثل الاعتراف وعلان الحرب) مجرد أعمال شرطية (actes-conditions) لا ترتب بذاتها أية =

وواضح ان من شأن الأخذ بهذا الرأي انكار امكانية تمتع التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة بوصف المصدر المتميز للالتزامات الدولية ، لأن الارادة المنفردة متى التقت بمثيلة لها صريحة أو ضمنية — سابقة عليها أو لاحقة لها — فقدت ، بهذا الالتقاء ، وصف الارادة المنفردة ، وتحولت ومثيلها المنتقية بها إلى اتفاق الأسبق منهما ركن الإيجاب فيه واللاحقة ركن القبول (١) . وغنى عن البيان أن موضوع البحث الحقيقي — في مجال دراسة التصرف القانوني الصادر عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام — هو مدى امكانية قيام هذا التصرف بمفرده ، واستقلالاً عن غيره من التصرفات المماثلة ، بخلق الالتزام . أما صلاحيته لتكوين ركن الإيجاب أو ركن القبول ، متى التقى بمثيل له ، فن الأمور المسلمة . ومن المسلم به كذلك أن الاتفاق الناشئ عن التقاء ارادتين أو أكثر من المصادر الخالقة للالتزام ، بل لا شك في أنه أهم مصادر الالتزام على الاطلاق .

٢ — يتجه فريق آخر من الفقهاء — على رأسه كل من الأستاذ Paul Guggenheim وتلميذه Eric Suy — إلى الاعتراف للتصرف عن الارادة المنفردة بخاصية المقدرة على خلق الالتزامات في مواجهة مصدره دون غيره من الأشخاص ، قاصرين وصف المصدر على الوعد والاعتراف دون غيرها من التصرفات القانونية الصادرة عن الارادة المنفردة ، مسلمين — كذلك — بأن من شأن البعض الآخر من هذه التصرفات —

= آثار قانونية ، وان كان القيام بها شرطاً ضرورياً لانطباق البعض من قواعد القانون الدولي العام ، كما يرجع أيضاً إلى انكاره تمتع قرارات المنظمات الدولية بوصف التصرف الصادر عن الارادة المنفردة .

(١) من المنكرين ل تمتع التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة بوصف المصدر للالتزام كل من :

Alexandre - Charles Kiss, Les actes unilatéraux dans la pratique française du droit international, R. G. D. I. P., 1961, P. 317.

Rolando Quadri, Cours général de droit international public, R. C. A. D. I., 1964/3, t. 112, pp. 363 et s.

مثل النزاع والاحتجاج - ترتيب آثار قانونية بعينها رغم افتقاده وصف مصدر الالتزام (١) .

٣ - ويرى فريق ثالث من الفقهاء - على رأسه كل من أستاذينا الجليلين شارل روسو وبول ريتير - أن من التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة ما يعد مصدراً من مصادر الالتزامات الدولية المترتبة على عاتق مصدره ، وأن من هذه التصرفات - كذلك - ما في مكتته ترتيباً - الالتزامات على عاتق غير الصادر عنه من الأشخاص ، وأن ثمة تصرفات أخرى مصدرها الإرادة المنفردة من شأنها - بالرغم من افتقاده وصف المصدر - ترتيب آثار قانونية أخرى متنوعة تختلف باختلاف الوصف القانوني المتصف به كل منها (٢) .

وفي رأينا ان هذا الاتجاه الثالث هو أقرب الاتجاهات إلى حقيقة الأوضاع السائدة في المجتمع الدولي المعاصر ، إذ سوف يتبين لنا - من خلال دراستنا الصور الأساسية لما يعرفه النظام الدولي من تصرفات صادرة عن الإرادة المنفردة - أن في مكتة الدولة (أو المنظمة الدولية) الالتزام بإرادتها المنفردة كلما عن لها من الأسباب ما يدعوها إلى ذلك ، بل وسوف يتضح لنا - أيضاً - ان من هذه التصرفات ما يخلق الالتزامات الدولية - في ظروف معينة - على عاتق أشخاص غير الصادر عنه ، ومن ثم تستحق - في نظرنا - وصف المصدر العام للالتزامات الدولية بالرغم من أن تطبيقات

Cf. Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, (١) Tome 1, Deuxième édition, Librairie de l'Université, Georg & Cie. S. A., Genève, 1967, p. 274.

Eric Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Bibliothèque de droit international : Tom XXIII, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1962, pp. 33 - 44 et 269.

Cf. Charles Rousseau. *Droit international public*, Tome 1 (٢) (Introduction et sources), Sirey, Paris, 1970, pp. 416-418.

Paul Reuter, *Droit international public*, Deuxième édition, Collection Thémis, Presses Universitaires de France, Paris, 1963, pp. 92 et s.

هذا المصدر لا تزال - حتى الآن - محدودة ، إذ «لا تعارض في الواقع بين أن يعتبر مصدر الحق عاماً.... وبين أن تكون تطبيقاته قابلة للحصر» (١).

على هذا الأساس سوف نبدأ دراستنا لهذا المصدر الغامض من مصادر الالتزامات الدولية بتحديد المقصود به ، ثم ننتقل بعد ذلك لدراسة الصور الأساسية للتصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة من خلال تقسيم ثلاثي ، لم يسبقنا إليه - في حدود علمنا - أي ممن تعرض قبلنا لدراسة هذا الموضوع من فقهاء القانون الدولي العام (٢) ، تكمن ميزته الأساسية -

(١) من المعروف ان التشريع «مصدر عام للالتزام . ومع ذلك فتطبيقات هذا المصدر قابلة للحصر . والعقد كان معتبراً مصدراً عاماً للالتزام في القانون الروماني ، ومع ذلك فتطبيقاته كانت معينة على سبيل الحصر قبل أن تصحح الرضائية هي القاعده العامة في التعاقد . والعمل غير المشروع كان مصدراً عاماً للالتزام في القانون الروماني أيضاً ، مع وجود نص خاص لكل جريمة أو شبه جريمة ينشأ عنها الالتزام بالتعويض ، ومع عدم وجود نص مقابل للمادة ١٦٣ من القانون المدني التي تقرر أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض . ولم يقل أحد أن التشريع لا يعتبر مصدراً عاماً للالتزام في القانون الحديث ، أو أن العقد والجريمة وشبه الجريمة لم تكن مصادر للالتزام في القانون الروماني ، لمجرد أن تطبيقات هذه المصادر الثلاثة يمكن تعيينها على سبيل الحصر . بل الواقع أن عمومية المصدر لا تتعارض مع خصوصية التطبيقات.»
أنظر الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، صفحة ٢٦ .

(٢) من الجدير بالذكر أن أستاذنا شارل روسو قد تعرض لدراسة التصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة من خلال تقسيمها إلى خمسة أنواع هي :

- ١ - الأعمال الشرطية (actes - conditions) ولا تشمل - في نظره - سوى الإبلاغ.
 - ٢ - التصرفات الخالقة للالتزام (actes créateurs d'obligations) وهي - في نظره - الوعد والاعتراف .
 - ٣ - التصرفات المؤكدة للحقوق (actes confirmatifs de droits) ولا تشمل - في نظره - سوى الاحتجاج .
 - ٤ - التصرفات المتضمنة التخلي عن الحقوق (actes portant abandon de droits) ولا تشمل - في نظره - سوى التنازل .
 - ٥ - التصرفات الضمنية الصادرة عن الإرادة المنفردة (actes unilatéraux tacites) وقد تعرض في دراسته لهذا النوع الخامس من التصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة لمشكلة القيمة القانونية للسكوت (le silence) في مجال العلاقات الدولية .
- أما أستاذنا بول ريتير فقد قسم التصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة إلى مجموعتين =

في نظرنا - في ابرازه ، بوضوح ، تميز هذه التصرفات من حيث طبيعة الآثار القانونية المترتبة على صدورها . فمنها - كما سوف يتضح للقارئ - المتصرف بوصف مصدر الالتزام في مواجهة مصدره وحده دون غيره من أشخاص المجتمع الدولي ، ومنها المتصرف بوصف المصدر في مواجهة مصدره والبعض من أشخاص القانون الدولي الآخرين ، ومنها المفتقد لوصف المصدر بالرغم من صلاحيته لترتيب آثار قانونية أخرى متنوعة الطبيعة والأهمية .

٢ - المقصود بالتصرف القانوني الصادر عن الإرادة المنفردة .^(١)

ينصرف اصطلاح التصرف القانوني الصادر عن الإرادة المنفردة

= رئيسيتين ، هما :

١ - التصرفات الصادرة في مجال علاقات التنسيق *dans les rapports de coordination* ويقصد بها تلك الصادرة في مجال العلاقات القائمة على أساس المساواة في السيادة وتشمل في نظره - على وجه الخصوص - كل من الوعد والاعتراف والاحتجاج والابلاغ والتنازل .

٢ - التصرفات الصادرة في مجال علاقات السلطة *dans les rapports d'autorité* ويقصد بها التصرفات ذات الطبيعة الشارعة أو التلأئحية الصادرة عن البعض من الأجهزة الدولية في مجال ممارستها لاختصاص خلق التواعد الدولية *les actes réglementaires* ou *législatifs* ، والتصرفات القضائية الصادرة عن المحاكم الدولية أو لجان التحكيم إذ تفصل في المنازعات الدولية (*les actes juridictionnels*)
أنظر في عرض أهم التقسيمات الفقهية الأخرى :

Eric Suy, op. cit., pp. 33 - 43.

ويلاحظ ان هذا الكاتب قد قسم التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة إلى ثلاثة أنواع رئيسية هي :

- ١ - التصرفات الخالقة للالتزام . (الوعد والإعتراف) .
 - ٢ - التصرفات المؤكدة للحقوق (الاحتجاج) .
 - ٣ - التصرفات المستخدمة للتخلي عن الحقوق (التنازل) .
- وانظر كذلك :

Gian Carlo Venturini, La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats, R. C. A. D. I., 1964/2, t. 112, pp. 407 et s.

(١) أنظر بصفة خاصة :

(L'acte unilatéral) ، في مجال العلاقات الدولية ، إلى كل تعبير صريح أو ضمني عن الإرادة المنفردة لشخص واحد بعينه من أشخاص النظام القانوني الدولي ، متى استهدفت - من ورائه استقلالاً عن غيره من التصرفات الإرادية - ترتيب آثار قانونية معينة (١) . ويتضح من هذا التعريف ان اصطلاح التصرف القانوني الصادر عن الإرادة المنفردة لا يشتمل -بالضرورة - على كافة الأعمال الإرادية الصادرة عن الدولة (أو المنظمة الدولية) ، إذ يشترط لزوماً لاكتساب العمل الإرادي هذا الوصف أن تستهدف الدولة من ورائه ترتيب آثار قانونية بعينها. ولما كان من المألوف ، في العمل الدولي ، أن تقدم الدول والمنظمات الدولية - بارادتها الحرة - على اتخاذ مواقف معينة أو على القيام بأعمال إرادية متنوعة الطبيعة والأهمية دون ما استهداف لترتيب آثار قانونية بعينها ، فمن ثم ينبغي التمييز - بدقة - بين التصرفات القانونية (les actes juridiques) في مفهومها الصحيح وهي الأعمال الإرادية المستهدفة لترتيب آثار قانونية معينة ، وبين ما قد ما قد يختلط بها من أعمال أو مواقف إرادية لا تستهدف الإرادة - إذ تعبر عنها باخراجها إلى عالم المحسوسات - تحقيق أية آثار قانونية على الإطلاق ، حتى ولو اعتدت بها بعض قواعد القانون - في مجال تنظيمها للعلاقات ما بين أشخاصه - مرتبة على واقعة وقوعها آثاراً قانونية معينة (٢) .

Charles Rousseau, op. cit., p. 417.

(١) واضح من التعريف المبين في المتن أن الإيجاب والقبول كركنين للاتفاق الدولي لا يعتبران - في نظرنا - من قبيل التصرفات القانونية الصادرة عن الإرادة المنفردة في مفهومها الدقيق ، لأن كلاهما لا ينتج - بذاته استقلالاً - أية آثار قانونية ، بل تتوقف امكانية انتاجه لمثل هذه الآثار على التقائه بركن الاتفاق الآخر . ومن ثم يتضح أن مصدر الآثار القانونية في حالة التقاء الإيجاب والقبول هو الاتفاق الدولي المكون منهما لإكل منها على حدة .

Cf. Riccardo Monaco, Cours général de droit international public, R. C. A. D. I., 1968/3, t. 125, p. 180.

(٢) من الواضح ان الانسان إذ يقود سيارته في طريق عام يقوم بعمل ارادى ولكنه لا يستهدف من وراء القيام به ترتيب أية آثار قانونية على الإطلاق ، ومن ثم لا يتصور اعتبار هذا العمل الارادى من قبيل التصرفات القانونية . ولكن القانون قد يعتد - في حالات معينة - بهذا العمل الارادى مرتباً عليه آثاراً قانونية معينة لم تنصرف اليها ارادة الشخص على الإطلاق =

هذا ومن أهم ما قد يختلط أحياناً بالتصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة مما تعتد به بعض قواعد القانون الدولي العام من مواقف الدولة الأخرى الإرادية غير المتحلية بوصف التصرف القانوني ، ما قد تتخذه الدولة - خلال نزاع دولي بعينه - من مواقف ارادية يرتب القانون على اتخاذها لها منح طرف النزاع الآخر رخصة التمسك بالدفع المعروف في النظم الانجلوسكسونية باسم ال Estoppel (١) . فالواقع أن الدولة

= مضمياً عليه بذلك وصف الواقعة القانونية (le fait juridique) لا التصرف القانوني (l'acte juridique) ، كما لو تجاوز قائد السيارة - في المثال السابق - سرعة بعينها ففي هذه الحالة قد يعتد القانون بهذا العمل الارادي مجزماً له ، وكما لو ترتب على قيادة السيارة الأضرار بالغير ففي هذه الحالة قد يعتد القانون بهذه الواقعة مرتباً عليها الالتزام بتعويض من أصابه الضرر .

ويتضح مما سبق أن اعمال الانسان الارادية تنقسم - من وجهة نظر القانون - إلى ثلاثة طوائف أساسية :

١ - طائفة التصرفات القانونية (les actes juridiques) وهي الأعمال الارادية المستهدفة ترتيب آثار قانونية بعينها ، وأهمها - في العمل - الاتفاق .

٢ - طائفة الوقائع القانونية (les fait juridiques) وتشمل كافة ما قد يعتد به القانون - في مجال تنظيم العلاقات ما بين المخاطبين بأحكامه - من الأعمال الارادية غير غير المستهدفة في ذاتها ترتيب آثار قانونية على الاطلاق .

٣ - ما لا يعتد به القانون من الأعمال الإرادية الأخرى غير المتصرفة لا بوصف التصرف القانوني ، ولا بوصف الواقعة القانونية .

أنظر في التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية :

Gabriel Martyl et Pierre Raynaud, Droit civil, Tome 1 : Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires, Sirey, Paris, 1961, pp. 253 et s.

الأستاذ الدكتور حسن كبره ، المدخل إلى القانون، منشأ المعارف، الاسكندرية ، ١٩٦٩ ،
صفحة ٦٨٣ وما بعدها .

الأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، صفحة ٣٣ .
وأنظر كذلك :

Michel Virally, La pensée juridique, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, pp. 89 et s.

(١١) يمكن تعريف ال Estoppel - دون الدخول في الخصائص الفنية لهذا النظام الانجلوسكسوني - بأنه دفع يستهدف المستند اليه - من ورائه - الحكم بعدم قبول طلبات خصمه =

إذ تدفع بالـ Estoppel — خلال نزاع قضائي أو دبلوماسي معين — لا تبني هذا الدفع بعدم القبول على سبق صدور تصرف قانوني معين عن الإرادة المنفردة لطرف النزاع الآخر ، بل على سبق اتخاذ هذا الطرف — صراحة أو ضمناً — لموقف يتعارض ، بوضوح ، ودعواه بالموجه إليها دفع الـ Estoppel (١) وواضح أن الحكمة في ترخيص القانون للدولة طرف النزاع في التمسك بهذا الدفع — متى توافرت شروطه — ترجع إلى أن اعتبارات حسن النية والثقة كثيراً ما تؤدي بهذه الدولة إلى اتخاذ مواقف معينة أو الاقدام على مسلك بعينه اعتماداً على سبق اتخاذ طرف النزاع الآخر للموقف (attitude) المعتمد عليه في توجيه دفع الـ Estoppel ، وإلى أنه من شأن السماح له بتعديل موقفه — بعد اعتماد الطرف الآخر عليه في تحديد مسلكه ومواقفه — الاخلال باعتبارات الثقة الواجب توافرها في العلاقات ما بين الدول والحاق الضرر بهذا الطرف الأخير .

هذا ومن المتفق عليه أن تعبير الإرادة عن مضمونها المستهدف ترتيب آثار قانونية بعينها لا يشترط فيه — ضرورة — أن يتم بأسلوب صريح ،

= المتعارضة وما سبق لهذا الخصم اتخاذه من موافق صريحة أو ضمنية اعتمد عليها هو — بحسن نية واعتماداً على الثقة الواجب توافرها في العلاقات الدولية — في تحديد مسلكه موضوع النزاع .

أنظر في تحديد المقصود بالـ Estoppel

Charles Rousseau, op. cit., pp. 387 — 389.

G. Venturini, op. cit., pp. 370 ets.

وأنظر على وجه الخصوص :

Christian Dominicé, A propos du principe de l'estoppel en droit des gens, Mélanges Paul Guggenheim, pp. 327 — 365.

L.C. Mac Gioblon, Estoppel in international law, I.C.L.Q., 1958, pp. 468 — 513.

D.W. Bowett, Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence, B.Y.B I.L., 1957, pp. 157—202.

وأنظر أيضاً :

Bin Cheng, General Principles of law as applied by international courts and tribunals, Stevens & Sons Ltd., London, 1953, pp. 141—149.

(١) أنظر أستاذنا شارل روسو ، المرجع السابق ، صفحة ٤١٧ .

إذ يستوى—في مجال القانون— أن تعبر الإرادة عن نفسها صراحة أو ضمناً (١)، بل وقد يعتد القانون— في ظروف معينة — بمجرد السكوت (le silence) مضمياً عليه وصف التعبير عن الإرادة (٢). والراجع — في رأينا — كذلك أن التعبير الصريح عن الإرادة المنفردة لا يخضع — كقاعدة عامة — لشكل معين ومن ثم يستوى — من وجهة نظر القانون الدولي — ان يتم كتابة أو بطريقة شفوية ، وأن تعبير الدولة عن ارادتها المنفردة شفاهة لا يختلف —

Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 417. (١)

(٢) من المتفق عليه أن القانون الدولي العام لا يشتمل على قاعدة عامة تضيء على مجرد السكوت—دوماً— وصف التعبير عن الإرادة . ولكن السكوت قد يكتسب هذا الوصف إذا ما اقترن به من ظروف الحال ما يقطع بأن الدولة قد تنيت بسكوتها التنازل عن البعض من حقوقها أو الاعتراف بوضع معين . ومن ثم يمكننا القول بأن القيمة القانونية للسكوت لا تخضع لقاعدة عامة ومحددة ، بل تتوقف على الظروف الخاصة للملابسة لكل حالة على حدة من حالات السكوت. ومن الجدير بالذكر أن القضاء الدولي قد اعتد بالسكوت كتعبير عن اراده الدولة الضمنية في حالات عديدة منها :

1 — L'affaire des enclaves portugaises en Inde (Portugal c. Inde), C.I.J., arrêt du 12 avril 1960, Recueil, 1960, pp. 6 et s.

2. L'affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège), C.I.J. arrêt du 18 décembre 1951, Recueil, pp. 138—139.

3. L'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, (Honduras c. Nicaragua), C.I.J., arrêt du 18 novembre 1960, Recueil, 1960, p. 213.

4. L'affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Tha ilande) C.I.J., arrêt du 15 juin 1962, Recueil 1962, p. 6 et s.

أنظر فيما يتعلق بالقيمة القانونية للسكوت على وجه العموم بعض ما ورد في مقال

Charles Rousseau, op. cit., pp. 430 et 432

G. Venturini, op. cit., pp. 374 et s.

Richardo Monaco, op. cit., p. 178

D. Anzilotti, Cours de droit international, Traduction française par Gilbert Gidel, Sirey, Paris, 1929, p. 344

Arrigo Cavaglieni, Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I. 1929/1, t. 26, pp. 512 et s.

Eric Suy, op. cit., pp. 61 et s.

Bentz, Le silence comme manifestation de volonté en droit international public, R.G.D.I.P., 1963, pp. 44 et s.

الفصل الأول

التصرف الصادر عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام مصدره

المبحث الاول

الوعد (١)

٣ - المفهوم القانوني للصادر عن الارادة المنفردة من الوعود الملزمة .

ينصرف اصطلاح الوعد (la promesse) - في هذا المجال - إلى كافة التصرفات القانونية الصادرة عن الارادة المنفردة لاحدى الدول ، المستهدفة انشاء التزام جديد على عاتقها تجاه شخص أو أكثر من أشخاص القانون الدولي الآخرين .

ويتضح من هذا التعريف أن الوعد - في مفهومه الدقيق - تصرف مصدره ارادة الواعد المنفردة ، وان ارادة المستفيد منه لادخل لها البتة في نشأته ، ومن ثم ينبغي التمييز بينه وبين ما يعرف - في فقه القانون الدولي العام - بالوعد الاتفاقية (les promesses conventionnelles) وهي الالتزامات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية غير الملزمة الا لأحد أطرافها دون سائر الأطراف الآخرين (٢) سواء أفرغت مثل هذه الاتفاقية

(١) أنظر فيما يتعلق بالوعد على وجه العموم :

Charles Rousseau, op. cit., pp. 423 — 426.

Paul Guggenheim, op. cit., pp. 279 — 280

G. Venturini, op. cit., pp. 396 — 405

وأنظر على وجه الخصوص :

Eric Suy, op. cit., pp. 109 — 152.

(٢) من المسلم به - في فقه القانون الدولي العام - أنه لا يشترط في المعاهدة ترتيب الالتزامات على عاتق كل من أطرافها . فكما يتصور استهداف الاتفاق الدولي انشاء الالتزامات =

في وثيقة واحدة أو في وثائق منفصلة متعددة (مثل الرسائل المتبادلة) ، وسواء تمت كتابة أو شفاهة أو بطريقة ضمنية . ومن الملاحظ أن التفرقة كثيراً ما تدق بين الوعود الصادرة عن الإرادة المنفردة والوعود ذات الطبيعة الاتفاقية عندما تأخذ تلك الأخيرة شكل القبول لإيجاب ضمني أو عندما يتم قبولها - كإيجاب - بقبول غير صريح . والمعيار السليم للتمييز بين هذين النوعين من الوعود إنما يكمن - عندنا - في ارتباط أو عدم ارتباط الوعد - في الزامه - بمقابل معين أو بإرادة أخرى متميزة سابقة أو لاحقة سواء تم التعبير عنها صراحة أو بطريقة ضمنية . فإذا كان الالتزام نتاجاً لإرادة الواعد المنفردة وحدها - دون ما ارتباط بإرادة غيرها - كنا بصدد وعد مصدره الإرادة المنفردة . وإذا كان الالتزام لا يستند إلى إرادة الواعد وحدها ، بل إليها وإلى أخرى متميزة - صريحة أو ضمنية ، سابقة أو لاحقة - كنا بصدد وعد من الوعود الاتفاقية . ومن ثم يتضح أن العبرة ينبغي أن تكون دائماً بنحو التصرف في حقيقته لا بمظهره الخارجي ، إذ لا يؤثر في انصاف الوعد بوصف الوعد الاتفاقية أن يتم الإيجاب (أو القبول) بصورة ضمنية غير صريحة وأن يتجلى ركن الاتفاق الآخر (إيجاباً كان أو قبولاً) صريحاً في صورة تصريح من جانب دولة واحدة بعينها ، ما دامت الإرادة المنفردة

= المتبادلة على عاتق كل من أطرافه ، يتصور أيضاً استهداف ترتيب الالتزامات على عاتق طرف واحد فقط دون ما مقابل لها على عاتق أطرافه الآخرين .

Cf. L. Oppenheim, International Law, vol. I : Peace, Eighth edition edited by H. Lauterpacht, Longmans Green and Co, London, 1958, p. 893

وأنظر على وجه الخصوص :

Paul Guggenheim, op. cit., p. 130.

هذا ومن أبرز أمثلة المعاهدات غير المنشئة للالتزامات الا على عاتق أحد طرفيها دون الآخر معاهدات تعيين الحدود المتضمنة تنازل أحد طرفي المعاهدة عن جزء من اقليمه للطرف الآخر دون ما مقابل من جانبه (أنظر جاجنهايم ، المرجع السابق ، صفحة ١٣٠ هامش ١) ، والاتفاقيات المعروفة باسم Les Concordats المبرمة بين الفاتيكان والكثير من الدول المسيحية وغير المسيحية والمتضمنة تعهد هذه الدول بضمان الحرية للكاثوليك من رعاياها إذ يمارسون شعائرهم الدينية دون ما التزام مقابل من جانب الفاتيكان (Cf. Eric Suy, op. cit., p. 112)

المعبر عنها بهذا التصريح ليست وحدها أساس الالتزام بل شاركها في انشائه ارادة أخرى ضمنية سابقة عليها أو لاحقة لها (١) .

ويتضح من التعريف السابق بيانه أيضاً أن الوعد - في مفهومه الصحيح - نتاج للارادة المنفردة المستهدفة الزام نفسها قانوناً ، ومن ثم ينبغي التمييز بينه وبين ما قد يصدر عن الدولة من تصريحات سياسية تعبر عن نواياها المحتملة غير مستهدفة تقييدها - قانوناً - بأى الزام . وغنى عن البيان أن التمييز ، بين الوعد كتصرف قانوني ملزم وبين الوعد السياسي غير المتصرف بالالتزام ، أمر يتوقف - أساساً - على طبيعة الارادة الصادر

(١) من أبرز الأمثلة للوعود الإنفاقية في جوهرها - بالرغم مما قد يوحي به مظهرها الخارجي من انتهائها إلى طائفة الوعود الصادرة عن الارادة المنفردة - تلك الصادرة عن كل من فنلند (في السابع والعشرين من يونيو عام ١٩٢١) وألبانيا (في الثاني من أكتوبر عام ١٩٢١) وليتوانيا (في الثاني عشر من مايو عام ١٩٢٢) وليتفيا (في السابع من يوليو عام ١٩٢٣) واستونيا (في السابع عشر من سبتمبر عام ١٩٢٣) وبلغاريا (في التاسع والعشرين من سبتمبر عام ١٩٢٤) واليونان (في التاسع والعشرين من سبتمبر عام ١٩٢٤) والعراق (في الثلاثين من مايو عام ١٩٣٢) ، والمتضمن كل منها التزام الدولة الصادر عنها بأن تطبق - في اقليمها - الأحكام المتعلقة بحماية الأقليات المنصوص عليها في معاهدات الصلح المنهية للحرب العالمية الأولى . وإذا كانت هذه الوعود تشبهه - ولا شك - في مظهرها بتلك الصادرة عن الارادة المنفردة ، بالنظر لتضمن كل من الدول الواعدة التزامها في تصريح من جانبها وحدها ، فلقد كانت - في الحقيقة - وعوداً اتفاقية مصدر الزام كل منها اتفاق طرفاه عصبة الأمم والدولة الواعدة . ويلاحظ أن تصريح الدولة الواعدة كان - في بعض الحالات - ايجاباً صريحاً بادرت العصبة إلى قبوله صراحة أو ضمناً ، وكان - في حالات أخرى - قبولاً صريحاً لعرض وجهه إلى الدولة الواعدة مجلس العصبة .

أنظر في هذا الخصوص :

Eric Suy, op. cit., pp. 114 — 121.

أنظر كذلك :

L'avis consultatif de la C.P.J.I. du 6 avril 1935 dans l'affaire des écoles minoritaires en Albanie, Serie A B, No 64, pp. 15 — 16
ويلاحظ أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد انتهت - في هذه الفتوى - إلى أن تطبيق نظام حماية الأقليات في ألبانيا قد نتج عن عرض من مجلس العصبة قبلته ألبانيا .

وأنظر أيضاً :

Charles Rousseau, op. cit. p. 423.

الوعد تعبيراً عنها وهل هي ارادة التزام أم ارادة ذات مضمون سياسي بحت . كما يتوقف - أيضاً - على نية الدولة من وراء اصدار وعدها ، وكلها أمور يمكن أن تستشف - عادة - بسهولة بالرجوع إلى صيغة الوعد وظروف الواقع المعاصرة لصدوره (١) .

ولا يفوتنا أن نشر كذلك إلى أنه يشترط - وفقاً لتعريفنا السابق - لاعتبار الوعد مصدراً متميزاً للالتزام مصدره قانوناً ، أن نكون بصدد ارادة تستهدف - إذ تعبر عن مضمونها - الزام نفسها بالالتزام جديد ، لا مجرد تأكيد التزام سبق التزامها به نتيجة صدوره عن مصدر آخر من مصادر الالتزامات الدولية . ومن ثم ينبغي - في رأينا - التمييز بدقة بين الوعود الخالقة للالتزامات الجديدة ، وتلك المؤكدة للالتزامات مصدرها القائمة فعلاً (les promesses-confirmations) ، والنظر إلى الأولى وحدها - باعتبارها من قبيل التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة المنشئة للالتزامات الدولية (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى :

Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and procedure of the International Court of Justice* (1951 - 1954), B.Y.B.I.L., 1967, p. 230, cité par Paul Guggenheim, *op. cit.*, p. 279 note, 1, et par Eric Suy, *op. cit.*, p. 149.

(٢) من أشهر الأمثلة للوعود المؤكدة للالتزامات مصدرها السابقة (les promesses-confirmations) التصريح الصادر عن مثل اتحاد جنوب إفريقيا في الجمعية العامة لمصبة الأمم في التاسع من أبريل عام ١٩٤٦ ، والتصريح الصادر عن رئيس وزراء هذه الدولة أمام اللجنة الرابعة التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة في الرابع من نوفمبر عام ١٩٤٦ والمتضمن كل منهما تعهد هذه الدولة بالاستمرار في ادارة اقليم جنوب غرب افريقية وفقاً لأحكام نظام الإنتداب .

أنظر في هذا الصدد :

.Eric Suy. *op. cit.*, pp. 136 — 140.

Charles Rousseau, *op. cit.*, p. 426.

ومن أمثلة هذا النوع من الوعود كذلك التصريح الصادر عن مثل بريطانيا أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية مافروماتيس والمتضمن تعهد حكومته بتنفيذ كافة ما قد ترى المحكمة أن بروتوكول لوزان قد أنشأه على عاتقها من التزامات .

هذا ومن أشهر الأمثلة للوعود الدولية الصادرة عن ارادة الواعد المنفردة وحدها : التصريح الفرنسي البريطاني الصادر في الواحد والثلاثين من مارس سنة ١٩٣٩ والمتضمن تعهد هاتين الدولتين بتقديم المعونة العسكرية لبولنده إذا ما احتاجت إليها ، والتصريح البريطاني الصادر في الثالث عشر من ابريل سنة ١٩٣٩ المتضمن تعهد بريطانيا بتقديم المعونة العسكرية إلى كل من اليونان ورومانيا إذا ما احتاجت أى منهما هذه المعونة ، والتصريحين البريطاني والأمريكي الصادرين في الثلاثين والواحد والثلاثين من يوليو ١٩٤١ المتعلقين بضمّان الوحدة الاقليمية لدولة بولنده ، والقانون الدستوى النمساوى الصادر في الخامس والعشرين من اكتوبر عام ١٩٥٥ المعلن حياد النمسا الدائم (١) والتصريح المصرى الصادر في الرابع والعشرين من ابريل عام ١٩٥٧

= أنظر في هذا الصدد :

Eric Suy, op. cit., pp. 129 — 130.

وأنظر كذلك :

L'arrêt rendu le 26 mars 1925 par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire Mavrommatis, C.P.J.I., Serie A, No5, p.37, et le contre-mémoire britannique, C.P.J.I., Serie C, No 7, vol. II, p. 213 et la plaidoirie de Sir D. Hogg, Idem, p. 188.

(١) من الجدير بالذكر ان الفقه الدولى قد اختلف حول تكييف الوعد الذى تضمنه هذا القانون. فبينما يتجه جانب لا يستهان به من الفقه (Rousseau - Verdross - De Nova) إلى اعتباره وعداً ملزماً مصدر الزامه الارادة المنفردة للدولة الصادر عنها ، يعتبره فقهاء آخرون آخرون (Reut - Nicolussi و Kunz) من قبيل الوعود السياسية غير الملزمة، ويكفيه (Suy) بأنه من قبيل الاجراءات التنفيذية (un acte unilatéral d'exécution) لاحدى المعاهدات الدولية (مذكرة موسكو الصادرة في الخامس عشر من ابريل عام ١٩٥٥) مسلماً - مع ذلك - بأنه أكثر من مجرد اجراء تنفيذى وأنه قد خلق التزامات جديدة على عاتق النمسا .
أنظر في عرض هذا الخلاف الفقهى :

Eric Suy, op. cit., pp. 133 - 135

وأنظر كذلك :

Charles Rousseau, op. cit. p. 425

هذا وإذا كان مجال هذا المؤلف لا يتسع - بطبيعته - للدخول في تفاصيل هذا الخلاف الفقهى فحسبنا الاشارة إلى أننا من أنصار الرأى الأول .

المتعلق بنظام الملاحة في قناة السويس (١) (٢) ومن أمثلة هذه الوعود

(١) تعرض الزميل الأستاذ الدكتور عبد العزيز سرحان في الصفحتين ١٩٧ ، ١٩٨ من مؤلفه القانون الدولي العام (دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٩) . لبيان أهم ما تضمنه هذا التصريح من أحكام وهي :

١ - احترام اتفاقية القسطنطينية لعام ١٨٨٨ فيما يتعلق بحرية الملاحة في قناة السويس .

٢ - استمرار رسوم المرور في قناة السويس على ما كانت عليه عام ١٩٥٦ ، وإذا حدثت زيادة في الرسوم خلال اثني عشر شهراً فلن تتجاوز ١٪ . وأية زيادة أكثر من ذلك تتم بطريق المفاوضات ، فإذا تعذر الوصول إلى اتفاق ، لجأ الأطراف إلى التحكيم .

٣ - تتمتع الحكومة المصرية بصيانة القناة وتطويرها وفقاً لمتطلبات الملاحة الحديثة .

٤ - تدار القناة بواسطة هيئة قناة السويس التي أنشأها الحكومة المصرية في ٢٦ يوليو سنة ١٩٥٦ ، مع ترحيب الحكومة المصرية بالتعاون بين الهيئة وممثلي الملاحة والتجارة . وتدفع رسوم المرور مقدماً لحساب هيئة قناة السويس ، وتقوم الهيئة بدفع ٥٪ من مجموع الإيرادات كأثاوة للحكومة . ولا تستطيع الهيئة أن تمنح أي سفينة أو شركة أو جماعة أي امتياز أو رعاية لا تتمتع بها السفن أو الشركات أو الجماعات الأخرى في الظروف ذاتها .

٥ - ترفع الشكاوى المتعلقة بالترفة في المعاملة أو الاخلال بلائحة القناة إلى هيئة قناة السويس وفي حالة عدم الوصول إلى حل للشكوى يمكن عرض المسألة حسب رغبة الطرف الشاكي أو هيئة قناة السويس على محكمة التحكيم . وتتكون هذه المحكمة من عضو يعينه الشاكي وعضو تعينه الهيئة ، وعضو ثالث يختاره الاثنان . وفي حالة عدم الاتفاق على العضو الثالث يقوم رئيس محكمة العدل الدولية باختيار هذا العضو بناء على طلب أي من الطرفين ، وتصدر قرارات محكمة التحكيم بأغلبية أعضائها وتكون ملزمة للأطراف .

(٦) تسوى المنازعات والخلافات التي تنشأ بخصوص اتفاقية القسطنطينية سنة ١٨٨٨ أو التصريح ، طبقاً لميثاق الأمم المتحدة ، وتعرض الخلافات التي تنشأ حول تفسير أو تطبيق نصوص اتفاقية القسطنطينية سنة ١٨٨٨ على محكمة العدل الدولية إذا لم تحل بطريق آخر . ولقد قبلت الحكومة المصرية اختصاص محكمة العدل الدولية بالالتزام في هذا الشأن ، فاصدرت في ١٨ يوليو سنة ١٩٥٧ تصريحاً وفقاً للمادة ٣٦/٢ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، قبلت بمقتضاه الاختصاص الالزامي لهذه المحكمة في كل المنازعات القانونية التي تنشأ عن تفسير أو تطبيق نصوص اتفاقية القسطنطينية سنة ١٨٨٨ «

هذا وجدير بالذكر أن من فقهاء القانون الدولي العام من يتشكك في حقيقة انصاف هذا التصريح بوصف الوعد المنشئ للجديد من الالتزامات الدولية ، مرجحاً اعتباره مجرد تأكيد لالتزامات مصر الدولية الناشئة عن اتفاقية القسطنطينية

(une promesse — confirmation)

أنظر في هذا الصدد :

=

كذلك تصريح هتلر الشفوي الصادر في الواحد والعشرين من مايو عام ١٩٣٥ متضمناً تعهد ألمانيا باحترام سلامة النمسا ووحدة أراضيها ، والتصريحات الألمانية الصادرة في الثلاثين من يناير عام ١٩٣٧ والثامن والعشرين من أبريل عام ١٩٣٩ والسادس والعشرين من أغسطس عام ١٩٣٩ والسادس من أكتوبر ١٩٣٩ والمتضمنة تعهد ألمانيا باحترام حياد هولندا وسلامتها ووحدة أراضيها ، وعود ألمانيا باحترام حياد بلجيكا وسلامتها ووحدة أراضيها الصادرة في الثلاثين من يناير ١٩٣٥ والثالث عشر من أكتوبر عام ١٩٣٧ والثامن والعشرين من ابريل عام ١٩٣٩ والسادس والعشرين من أغسطس عام ١٩٣٩ والسادس من أكتوبر عام ١٩٣٩ ، والوعد الألماني الموجه إلى تشيكوسلوفاكيا في الحادي عشر من مارس عام ١٩٣٨ ومثيله الموجه إلى نفس الدولة في السادس والعشرين من سبتمبر عام ١٩٣٨ (٢) .

٤ - القيمة القانونية للوعود الصادرة عن الإرادة المنفردة :

كان السائد في الفقه والقضاء الدوليين حتى أوائل هذا القرن - اتباعاً لآراء كل من جروسويس و بوفندورف - أن الوعود الصادرة عن الإرادة المنفردة ، على العكس من الوعود الاتفاقية ، لا تنشئ - بذاتها - أى التزام قانوني على عاتق مصدرها (٣) . وإذا كان من الفقهاء

Charles Rousseau, op. cit., p. 425 — 426.

Eric Euy, op. cit., pp. 140 — 141.

(١) أنظر فيما يتعلق بهذه الأمثلة :

Charles Rousseau, op. cit., p. 425.

(٢) أنظر فيما يتعلق بهذه الأمثلة :

Eric Suy. op. cit. pp. 131 — 132.

(٣) من السوابق القضائية الصريحة في هذا المعنى قرار التحكيم الصادر من البارون

Lambermont بتاريخ ١٧ أغسطس ١٨٨٩ في القضية الخاصة بجزيرة لامو .
Cf. La Sentence arbitrale du Baron Lambermont dans l'affaire de l'île de Lamu (Allemagne c. Angleterre) publiée dans Lafontaine, Lafontaine, Pasicrisis internationale, Histoire documentaire des arbitrages internationaux (1794 — 1900), Berne, 1902, pp. 335 — 340, citée par Rousseau, op. cit., p. 254, et par Suy, op. cit., p. 120.

المعاصرين (١) من يرى - حتى يومنا هذا - هذا الرأي، فالراجع في فقه القانون الدولي المعاصر أن الوعد الصادر عن ارادة الواعد المنفردة يلزم - قانوناً - مصدره، ومن ثم يتعين عليه تنفيذه وفقاً لاعتبارات حسن النية، ويعتبر مسئولاً وفقاً لقواعد المسؤولية الدولية - إذا ما تخلف عن ذلك. وإذا كان هذا الرأي الصائب - في نظرنا - قد حظى بالتأييد الصريح من جانب عدد لا يستهان به من أئمة الفقه الدولي المعاصر أمثال روسو (٢) وريتير (٣) وجاجنهايم (٤) وبلادوري بالييري (٥) وسورنسن (٦) فقد توجهت المحكمة الدائمة للعدل الدولي بقضائها (٧) مضية عليه - بذلك - قيمة

(١) أنظر على سبيل المثال :

Rolando Quadri, op. cit., pp. 363 — 373.

Cf. Charles Rousseau, op. cit., pp. 423 et s. (٢)

Cf. Paul Reuter, op. cit., p. 92 (٣)

Cf. Paul Guggenheim, op. cit., pp. 279 — 280. (٤)

Cf. Ballardore-Pallieri, Diritto internazionale pubblico, (٥)

Septième édition, 1956, p. 315, cité par Eric Suy, op. cit., p. 148.

Max Soerensen, Principes du droit international public, (٦)

R.C.A.D.I, 1960/3, pp. 57 — 58.

(٧) أنظر على وجه الخصوص :

L'arrêt rendu le 25 mai 1926 par le Cour permanente de justice internationale dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute — Silésie polonaise, Serie A, No 7 p. 13.

وقد انتهت المحكمة الدائمة - في هذا الحكم - إلى القول بالتزام بولنده - قانوناً - بالوعد الصادر عن ارادتها المنفردة والمتضمن تعهدها بالامتناع عن تصفية ممتلكات أشخاص معينين .
أنظر كذلك :

L'arrêt rendu le 26 mars 1925 par le Cour permanente de justice internationale dans l'affaire Mavrommatis, Serie A, No 5, p. 37.

L'avis consultatif de la Cour internationale de justice en date du 11 juillet 1950 dans l'affaire du statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J.; Recueil, 1950, p. 135.

L'arrêt rendu le 18 juillet 1966, par la Cour internationale de justice dans les affaires du Sud-Ouest africain, C. I. J., recueil, 1966, p. 36.

هذا ولا يفوتنا أن نشير إلى أن الوعد التي انتهت المحكمتان إلى إلزامها في هذه القضايا الثلاث =

علمية وعملية ذات شأن عظيم (١) .

هذا وإذا كان جمهور الفقه الدولي قد انتهى إلى القول بتمتع الوعود الصادرة عن الإرادة المنفردة بوصف الالتزام ، فقد ثار الخلاف الفقهي حول الأساس القانوني لهذه القوة الملزمة . إذ بينما اتجه فريق من الفقهاء إلى تأسيس هذه القوة الملزمة على قاعدة عرفية مقتضاها وجوب التزام الواعد بما يصدر عن إرادته المنفردة من وعود (promissio est servanda) بالمقابلة لقاعدة Pacta sunt servanda ، اتجه فريق آخر إلى القول بأن اعتبارات الثقة في الكلمة المعطاة (la confiance dans la parole donnée) واعتبارات الطمأنينة القانونية (la sécurité juridique) هي أساس ما تتصف به الوعود الصادرة عن الإرادة المنفردة من قوة الالتزام (٢) . وعندنا أن تمتع هذه الوعود بوصف مصدر الالتزام ، إنما يرجع - شأن الوعود في هذا شأن كافة المصادر الأخرى للالتزام الدولي - إلى وجود قواعد قانونية عرفية غير مكتوبة تضيء عليها هذا الوصف إذا ما استكملت أركانها وكافة ما تشترطه هذه القواعد من شروط الصحة والنفاد .

هذا ولا يفوتنا أن نشر - أخيراً - إلى أن الوعد الصادر عن الإرادة المنفردة لا يكتسب قوته الملزمة كمصدر لالتزام الواعد الا بتوافر كافة شروط الصحة الرئيسية الواجب توافرها في أي من التصرفات الدولية

= (حكم مافروماتيس ، والرأي الاستشاري ثم الحكم الصادرين في خصوص إقليم جنوب غرب افريقية) ليست - في الحقيقة - من الوعود المنشئة للجديد من الالتزامات (كالوعد البولندي الذي انتهت المحكمة الدائمة إلى الزامه في قضية المصالح الألمانية) ولكنها من قبيل الوعود المؤكدة لالتزامات الواعد السابقة (les promesses - confirmations) (١) من السوابق القضائية الرائدة - في مجال القول بالزام الوعود الصادرة عن الإرادة المنفردة - قرار التحكيم الصادر في السادس عشر من أكتوبر عام ١٧٩٨ في القضية المعروفة

باسم قضية Fanny

Cf. R.S.A., Vol I, pp. 158 — 188, cité par Rousseau, op. cit., p.423

(٢) أنظر في عرض مختلف ما قيل به من آراء في هذا الصدد :

Charles Rousseau, op. cit., p. 424.

Eric Suy, op. cit., pp. 148 et s.

الصادرة عن الارادة المنفردة (أهلية المتصرف - سلامة رضائه من العيوب - مشروعية المحل والسبب) بالإضافة إلى شرط آخر مقتضاه ضرورة وصول مضمون الوعد إلى علم الدول الغير صاحبة المصلحة (١) . ويترتب على اشتراط هذا الشرط المتعلق بالعلم نتيجة في غاية الأهمية مقتضاها جواز رجوع الواعد عن وعده خلال الفترة ما بين صدوره عن ارادته ووصوله إلى علم الغير ذى المصلحة ، واستحالة مثل هذا الرجوع بمجرد اتصال مضمون الوعد بعلم صاحب المصلحة (٢) .

وغنى عن البيان أن هذه الوعود تخضع - في تفسيرها - لكل ما يخضع له الاتفاقات الدولية من قواعد التفسير . وفي مقدمتها مبدأ حسن النية والقاعدة القائلة بوجوب تفسير التزامات الملزم وفقاً لقواعد التفسير الضيق (٣)

(١) لا يشترط - ضرورة - أن يصل مضمون الوعد إلى علم الغير صاحب المصلحة عن طريق الابلاغ المكتوب (la notification) في صورته الدبلوماسية المألوفة ، فقد يصل إلى علمه بالطريق الشفوي المباشر كما لو أخطر ممثل الدولة صاحبة المصلحة بالوعد شفاهة، أو بالطريق الشفوي غير المباشر كما لو أخذ الوعد صورة خطبة علنية سواء ألقيت في محفل دولي أو داخلي .

Cf. Eric Suy, op. cit., p. 150.

ويتضح مما سبق أن الوعد قد يصل في كثير من الحالات إلى علم الغير ذى المصلحة في نفس لحظة صدوره ، ومن ثم يستحيل الرجوع فيه، وأن الرجوع في الوعد لا يتصور إلا في الحالات النادرة التي يفصل فيها بين لحظة صدوره ولحظة علم الغير صاحب المصلحة بمضمونه فاصل زمني .

(٢) يترتب - في رأينا - على رفض الغير صاحب المصلحة الافادة من مضمون الوعد انقضاء الالتزام الناشئ عنه ، ومن ثم لا يجوز له أن يعود - بعد الرفض - إلى المطالبة بتنفيذه . ويستوى في هذا المجال أن يتم الرفض صراحة أو بأسلوب ضمني .

Cf. Eric Suy, op. cit., p.150

(٣) أنظر أستاذنا شارل روسو ، المرجع السابق ، صفحة ٤٢٤

المبحث الثاني

الاعتراف (١)

٥ - المفهوم القانوني للاعتراف .

من الملاحظ أن فقه القانون الدولي العام ، بالرغم من عنايته البالغة بالدراسة التفصيلية للبعض من صور الاعتراف مثل الاعتراف بالدول والحكومات الجديدة ، لم يعط دراسة الاعتراف - في ذاته - كنظام من نظم القانون الدولي الرئيسية ما تستحق - في نظرنا - من بحث وعناية ، (٢) ومن ثم ضاعت - أو كادت - طبيعته الذاتية وسط خضم وجهات النظر الفقهية المتباينة بتباين صوره وتطبيقاته ، * بحيث لم يجد البعض من الفقهاء أى غضاضة فى القول بطبيعته المنشئة فى مناسبة معينة وبطبيعته الكاشفة

(١) أنظر :

Dionisio Anzilotti, op. cit., pp. 347— 348.

Charles Rousseau, op. cit., p. 426.

Paul Guggenheim, op. cit. pp. 275 — 267.

Eric Suy, op. cit., pp. 189 — 214.

G. Venturini, op. cit., pp. 395 — 396.

وما كتب عن الاعتراف كذلك :

H. Lauterpacht, Recognition in international law, Cambridge, 1947

J. Charpentier, La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens, Thèse, Paris, 1954 (éd 1956).

J.F. Williams, La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents, R.C.A.D.I., 1933/2,

G. Venturini, Il riconoscimento nel diritto internazionale, Milan, 1964.

(٢) من الجدير بالذكر أن الأستاذ الدكتور عبد العزيز سرحان ، بالرغم من أنه أكثر أكثر الفقهاء المصريين اهتماماً بدراسة «الأعمال المؤسسة على الإرادة المنفردة» ، لم يخصص للاعتراف - فى مجال هذه الدراسة - غير ثلاثة أسطر إكتفى فيها بمحصر تطبيقاته الرئيسية دون ما تعريف له ، أو تصد لمحاولة تكييف طبيعته الذاتية .

أنظر عبد العزيز سرحان ، المرجع السابق ، صفحة ١٩٨ .

في مناسبة أخرى ، مخضعين - بذلك - تكييفهم له لظروف موضوعاته المتغيرة لا طبيعته الذاتية الواحدة (١) .

وإذا كان مجال هذا البحث لا يتسع - بطبيعته - لمحاولة ارساء الدعائم الأساسية لنظرية عامة في الاعتراف تستند في بنائها لطبيعته الذاتية وخصائصه الثابتة ، لا لما قد يحيط ببعض من تطبيقاته الرئيسية من اعتبارات السياسة المتغيرة ، فحسبنا الإشارة إلى أن اصطلاح الاعتراف (recognition - reconnaissance) في ذاته - وبصرف النظر عن موضوعاته المتغيرة - إنما ينصرف إلى كل ما يصدر عن الإرادة المنفردة لأي من أشخاص القانون الدولي العام من تصرفات قانونية من جانب واحد (actes juridiques unilatéraux) تستهدف الأقرار بقيام وضع دولي معين والتسليم بمشروعيته .

ويتضح من هذا التعريف أن الاعتراف كتصرف قانوني من جانب واحد ان هو الا تعبير عن الإرادة المنفردة لمصدره ، ومن ثم يشترط لصحته توافر كافة شروط الصحة الواجب توافرها في مختلف التصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة . وإذا كان وجوب تمتع المعترف بالأهلية ، وسلامة رضاه من العيوب من الأمور المسلمة ، فقد يثور البحث حول مدى ضرورة تمتع محل الاعتراف وسببه بوصف المشروعية ، خاصة وجوهر الاعتراف نفسه انما يمكن في اتجاه ارادة المعترف إلى الزام نفسه بالتسليم بمشروعية الوضع محل الاعتراف ، مما قد يفهم منه أن الاعتراف انما يرد - عادة - على غير المشروع من الأوضاع الدولية ، ومن ثم لا يشترط في محله أو سببه التمتع بوصف المشروعية .

(١) في مقدمة الفقهاء المخضعين تكييف الاعتراف لطبيعة موضوعاته المتباينة وظروفها ، الفقيه الايطالي Cavaglieri . وفي رأيه أن الاعتراف ، بالدولة تصرف من جانب واحد ذو طبيعة كاشفة ، وأن الاعتراف بالحكومة تصرف من جانب واحد ذو طبيعة منشئة .

Cf. Eric Suy, op. cit., p. 190.

والراجع - عندنا - أن مشروعية محل الاعتراف وسببه من شروط صحته الجوهرية ، وأن اللبس إنما يرجع إلى عدم وضوح المقصود بالمشروعية في هذا المجال . والواقع أن مفهوم المشروعية ومعيارها - في مجال دراسة الاعتراف - هو نفسه مفهوم المشروعية ومعيارها في مجال دراسة الاتفاقات الدولية . فالحلل أو السبب غيز المشروع في الحالتين هو ذلك المتعارض واحدى قواعد القانون الدولي الآمرة . ويترتب ، على هذه النظرة لمفهوم المشروعية ، وجوب التسليم ببطلان الاعتراف المنصب على وضع يتعارض واجدى قواعد القانون الدولي الآمرة ، مثل الاعتراف - في هذا الفرض - مثل المعاهدة المتعارض مضمونها وقاعدة دولية آمرة . كما يترتب على هذه النظرة - أيضاً - القول بمشروعية الاعتراف المنصب على وضع يتعارض واحدى قواعد القانون الدولي العام المقررة ، وذلك المنصب على وضع يتعارض واحدى الالتزامات الدولية السابقة للدولة المعترفة أو تلك المستفيدة من الاعتراف ، مثل الاعتراف في الحالين - في ذلك - مثل الاتفاق الدولي المتعارض - في مضمونه - وقاعدة دولية مكملّة أو اتفاق دولي سابق (1) .

(1) من الجدير بالذكر أن للكاتب Eric Suy رأياً في مشروعية محل الاعتراف يختلف اختلافاً كلياً ورأينا المبين في المتن . فالاعتراف غير مشروع المحل - عنده - هو الاعتراف الصادر عن دولة معينة خرقاً لسبق التزامها بعدم الاعتراف ، ولا يتصور - في رأيه - القول بعدم مشروعية محل الاعتراف في غير هذا الفرض وحده .

ويرجع هذا الرأي - في تقديرنا - لاعتبار صاحبه (كما أعلن في مؤلفه صراحة) كافة قواعد القانون الدولي العام من قبيل القواعد المقررة ، وانكاره احتواء النظام القانوني الدولي على البعض من القواعد الآمرة . ومن ثم لم ير ثمة مساس بالمشروعية في وقوع الاعتراف مخالفاً لأى من قواعد القانون الدولي العام ، وإن قامت اللامشروعية - في رأيه - في حالة وقوع الاعتراف مخالفاً لالتزامات المعترف السابقة في نشأتها على صدور اعترافه .

Cf. Eric Suy, op. cit., p. 202.

هذا ولا يفوتنا أن نشير إلى أن مؤلف Suy المشار إليه قد صدر في عام ١٩٦٢ أى قبل قبل التوقيع على اتفاقية فيينا المقتنة لأحكام المعاهدات بسنوات سبع كاملة ، ومن ثم لم يكن من الغريب أن يتجاهل في مؤلفه مناقشة ما تبنته هذه الاتفاقية - في مادتها الثالثة والخمسين - من اتجاهات تتعلق بمفهوم مشروعية المحل والسبب .

خلاصة القول ، إذن ، أن مفهوم مشروعية المحل والسبب - في مجال صحة التصرفات الدولية أو بطلانها - يرتبط لزوماً ، في رأينا ، بفكرة النظام العام الدولي ، ومن ثم لا نعتبر من قبيل التصرفات الدولية الباطلة - بالنظر لعدم مشروعية المحل أو السبب - غير تلك المتعارضة في مضمونها أو غايتها واحدى قواعد القانون الدولي العام الآمرة . أما اتجاه الارادة - منفردة أو بالاتفاق مع مثيلة لها - إلى انشاء التزامات تتعارض وقواعد ولية مكاملة أو التزامات أخرى سابقة ، فلا يعتبر - في رأينا - محلاً غير مشروع أو من قبيل استهداف الغايات غير المشروعة ، ومن ثم لا يؤثر - عندنا - في صحة التصرف اتفاقاً كان أو اعترافاً (١) .

ويتضح من التعريف السابق - أيضاً - أن الاعتراف لا بد وأن ينصب على وضع دولي معين مستهدفاً الاقرار بوجوده والتسليم بمشروعيته ، ومن ثم لا يتصور الاعتراف بوضع غير موجود فعلاً ، ما لم يكن الاعتراف معلقاً على شرط وجوده (٢) .

والراجع - عندنا - أن الأوضاع التي قد يتجه الاعتراف إلى الاقرار بوجودها والتسليم بمشروعيته لا تخضع لحصر معين ، وأن كل ما يشترط في الوضع كمحل للاعتراف هو الوجود الفعلي أو احتمال الوجود (إذا ما كان الاعتراف معلقاً على شرط وجوده) والمشروعية (بالمفهوم السابق بيانه) ، ومن ثم يتصور أن يكون محل الاعتراف تصرفاً قانونياً (كمعاهدة من المعاهدات)

(١) غنى عن البيان أن التصرف الصحيح مشروع المحل والسبب (اتفاقاً كان أو من جانب واحد) قد يعتبر - بالرغم من مشروعية محله وسببه - من قبيل الأعمال الدولية غير المشروعة بالنظر لتعارضه مع أحد الالتزامات السابقة للدولة المتصرفة ، ومن ثم تعتبر هذه الدولة مسئولة دولياً في مواجهة الدولة الدائنة في علاقة الالتزام الأولى إذا ما أصابها الضرر نتيجة الاقدام على التصرف المتعارض وحقوقها الناشئة عن هذه العلاقة (علاقة الالتزام الأولى) . والواقع أنه لا ينبغي - مطلقاً - الخلط بين عدم مشروعية محل التصرف أو سببه كسبب من أسباب بطلانه ، وبين اتصاف التصرف الصحيح نفسه بوصف العمل غير المشروع المرتب لمستولية المقدم عليه بالنظر لتعارضه والبعض من التزاماته الدولية السابقة .

Cf. Eric Suy, op. cit., p. 201.

(٢)

أو واقعة ملموسة ذات أهمية دولية (مثل مولد احدى الدول الجديدة ، أو وصول حكومة جديدة إلى الحكم في دولة قائمة) ، أو مركز قانوني معين (مثل الاعتراف للثوار بمركز المحاربين) ، أو ادعاء دولي معين (مثل الاعتراف بادعاء احدى الدول السيادة على إقليم معين) أو أى وضع دولي آخر (١) .

هذا وغنى عن البيان أن الاعتراف - شأنه في هذا شأن سائر التصرفات القانونية - كما يتصور أن يتم صراحة ، يتصور أيضاً أن يتم بصورة ضمنية ، بل وقد يتم - أحياناً - بمجرد السكوت على وضع معين إذا ما اقترن السكوت بظروف حال لا تدع مجالاً للشك في انصراف ارادة الدولة المعنية - بسكوتها - إلى الاعتراف بالموضوع محل البحث (٢) . ولا خلاف في أن القيمة القانونية للاعتراف لا تختلف باختلاف صورته ، وإن أثار الاعتراف - إذا ما تم ضمناً - من صعوبات الاثبات ما لا يتصور أن يثيره إذا ما تم صراحة .

ومن الجدير بالذكر - أيضاً - أن الاعتراف وإن اتخذ - عادة - صورة التصرف القانوني من جانب واحد ، إلا أنه من المتصور - كذلك - أن يتم في صورة اتفاق دولي ، سواء أسهم المستفيد من الاعتراف في تكوينه أو اقتصر نطاقه على غيره من الدول (٣) .

Cf. Charles Rousseau, op. cit. p. 426. (١)

Cf. Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 348. (٢)

Paul Guggenheim, op. cit., pp. 275 — 276.

ومن الجدير بالذكر - في هذا الصدد - أن الدول كثيراً ما تفضل أن يتم اعترافها ببعض من الأوضاع الدولية ضمناً ، لاصراحة ، لأسباب سياسية بحجة .
(٣) أنظر في عرض ما ثار في الفقه من خلافات حول تكييف الاعتراف إذا ما تم في صورة اتفاق دولي :

Eric Suy, op. cit., pp. 196 ets,

Riccardo Monaco, op. cit., p. 182 note 38

وأنظر كذلك :

Charle Rousseau, op. cit., pp. 426.

هذا ، وإذا كان المجال لا يتسع لعرض كافة ما قيل به من آراء - في هذا الشأن - تفصيلاً ، =

من المعروف أن فقهاء القانون الدولي العام لم يهتموا بدراسة القيمة القانونية للاعتراف - في ذاته - كنظام متميز من نظم هذا القانون ، بقدر ما اهتموا بدراسة طبيعته إذ ينصب على وضع دولي بعينه هو قيام الدول الجديدة . ومن المعروف أيضاً أنهم قد انقسموا - في هذا الصدد - إلى اتجاهين رئيسيين ينادى أحدهما بأن الاعتراف - في هذه الحالة - مجرد عمل كاشف (la théorie déclarative) ، وينادى الآخر بأنه من طبيعة منشئة (la théorie constitutive) .

ويرجع هذا الخلاف الفقهي - في رأينا - إلى أن الفقهاء قد اهتموا في مجال تكييفهم لطبيعة الاعتراف - بتحليل تأثيره على الوضع محله ، أكثر من اهتمامهم بتحليل طبيعته في ذاتها . ومن ثم اختلف تكييفهم للاعتراف باختلاف تقديرهم لمقدار ما أضافه إلى (أو اضفاه على) الوضع محله .

ولو نظرنا إلى الاعتراف - في ذاته - كتصرف من جانب واحد تستهدف الإرادة المنفردة للمعترف إذ تعبر به عن نفسها الاقرار بقيام وضع دولي معين والتسليم بمشروعيته، لتبين لنا أنه لا بد وأن يشتمل - ضرورة على مرحلتين متميزتين متعاقبتين ترتبط التالفة منها بالسابقة لها ارتباطاً لزوم هما مرحلة الاقرار بوجود الوضع محل الاعتراف ، ومرحلة التسليم بمشروعيته

=والترجيح بينها ، فحسبنا الإشارة إلى أن من الفقهاء من يعترف بإمكانية وقوع الاعتراف في صورة اتفاق دولي وان كان الأصل فيه أن يتم في صورة تصرف من جانب واحد ، وإلى أن منهم من يرى أن مثل هذا الاتفاق - بالرغم من مظهره - ليس - في حقيقته - سوى التقاء عرضي لتصرفين (أو أكثر) من جانب واحد وليس بالاتفاق الدولي في مفهومه الموضوعي السليم ، وإلى أن ثمة رأي ثالث يرى وجوب التمييز - في هذا الصدد - بين حالتين : حالة اشتراك الدولة المستفيدة من الاعتراف في الاتفاق المتضمن إياه ، وحالة إبرام هذا الاتفاق بين غيرها من الدول ، منادياً باعتبار الاتفاق المتضمن للاعتراف - في الحالة الأولى - من قبيل الاتفاقات الدولية في مفهومها السليم ، وباعتباره - في الحالة الثانية - مجرد مجموعة من التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة ، وإلى أن هذا الرأي الأخير - كما يبدو لنا بصفة مبدئية - هو أولى الآراء الثلاثة بالاتباع

الثانية منطوقاً ، والمرتبطة لزوماً ، بمرحلة الاقرار الأولى الممهدة لها (١) .

وواضح من هذا التحليل لعملية الاعتراف — في ذاتها — اننا إذا ما نظرنا إلى هذا التصرف القانوني — في مرحلته الأولى — لتبين لنا ، بجلاء ، أنه مجرد اجراء ذي طبيعة كاشفة مقررة (de caractère déclaratif) وأنه — في مرحلته الثانية — إذ ينشئ على عاتق المعترف التزاماً مقتضاه الامتناع عن المنازعة في مشروعية موضوعه ، تصرف من طبيعة منشئة .
(de caractère constitutif)

خلاصة القول ، إذن ، أن الاعتراف تصرف قانوني من جانب واحد ذو طبيعة قانونية مزدوجة تنحصر في كشفه عن وضع دولي بعينه ، وانشائه التزاماً على عاتق المتصرف مقتضاه الامتناع عن المنازعة في مشروعية هذا الوضع ، يقابله حق المستفيد من الاعتراف في الاحتجاج بمحلله في مواجهة المعترف كلما دعت إلى ذلك مصلحة له . ومن ثم يتضح أن الاعتراف لا يخلق وضعاً جديداً ، بل يكشف عن وضع موجود بالفعل ، وأنه مصدر التزام على عاتق المعترف يقابله بالضرورة حق للمستفيد من الاعتراف .

هذا ولا يفوتنا أن نشير إلى من فقهاء القانون الدولي العام (٢) من يرى أن للاعتراف — في مجال العلاقات الدولية — وظيفة تماثل وظيفة التقادم (la prescription) في مجال العلاقات الداخلية كسبب لأنقضاء الحقوق (التقادم المسقط) واضفاء وصف المشروعية على أوضاع الواقع غير المشروعة بالنظر لتعارضها ومضمون هذه الحقوق (التقادم المكسب) مؤسسين رأيهم على القول بأن القانون الدولي العام لا يعرف المبدأ — المسلم به في معظم النظم

(١) Cf. Eric Suy, op. cit., pp. 206 et s.

(٢) أنظر في هذا المعنى :

Dinoisio Anzilotti, op. cit. p. 347 — 348.

Charles Rousseau, op. cit., p. 426.

وأنظر في نقد هذا الاتجاه :

Artigo Cavaglieri, op. cit., p. 516.

الداخلية - المضمنى على مجرد مرور الزمن خاصية انهاء الحقوق غير المستعملة (التقادم المسقط) وتحويل أوضاع الواقع المستقرة إلى حقوق بالمعنى الصحيح (التقادم المكسب) .

وإذا كان مجال هذا البحث لا يتسع لمناقشة هذا الرأى تفصيلاً ، فحسبنا الإشارة إلى أن مجرد مرور الزمن يكفى - فى رأينا - كسبب لانقضاء الحق أو اكتسابه فى مجال علاقات الدول ، وإلى أن خلو القانون الدولى العام من قاعدة تحدد بدقة مدة التقادم (كما هو الشأن فى القوانين الداخلية) لا يظن فى معرفته للمبدأ نفسه . فالأصل فى فكرة التقادم هو مرور فترة من الزمن على وضع معين وهو فى حالة من الهدوء والاستقرار تتردد تدخل القانون لحمايته رعاية للأوضاع المستقرة . ولا شك - عندنا - فى أن مقدار هذه الفترة لا يشترط فيه - منطقاً - أن يكون ماثلاً فى كافة الحالات ، بل قد يختلف من حالة إلى أخرى باختلاف ظروف الواقع المحيطة بكل حالة على حدة ، ومن ثم ينبغى أن يترك تقدير المدة المناسبة لكل وضع على حدة للقاضى الموضوع . وإذا كانت القوانين الداخلية قد دأبت على تحديد مدة تحكيمية لكل مجموعة من الحالات (مميزة عادة بين التقادم الطويل والتقادم القصير) فلتسهيل مهمة القاضى إذ يفصل يومياً فى العديد من الحالات ، لا لاعتبارات فنية تفرضها طبيعة نظام التقادم فى ذاته ، ومن ثم لا نرى ثمة غضاضة فى احجام قانون الدول عن تحديد مدة تحكيمية لما يعرفه من تقادم مسقط أو مكسب ، خاصة وأن حالاته الواقعية - فى مجال علاقات الدول - محدودة لا تشكل عبئاً مرهقاً على القضاء إذ يتعرض لفحص كل منها بدقة ، فضلاً عن تميز كل منها بظروفه الخاصة المتباينة وظروف غيره على نحو يندر أن تعرفه النظم الداخلية .

يضاف إلى ما سبق أن آثار التقادم آثار موضوعية - بطبيعتها - قابلة للاحتجاج بها فى مواجهة الكافة (erga omnes) أما الاعتراف فنسبى فى آثاره غير القابلة للاحتجاج بها إلا فى مواجهة المعترف وحده (مثله فى هذا مثل كافة التصرفات القانونية الأخرى) ، ومن ثم لا يتصور - فى رأينا -

النظر اليه - والحال كذلك - كبديل لنظام التقادم ما دامت آثار كل
منهما من طبيعة تختلف عن طبيعة ما يرتبه الآخر من آثار متميزة .

هذا ومن الجدير بالذكر - أخيراً - أنه لا يوجد ما يمنع المعترف-
قانوناً - من تعليق اعترافه على شرط أو شروط معينة (١) أو تقييده
بالبعض من التحفظات (٢) .

Cf. Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 348

(١)

Cf. Eric Suy, op. cit., p. 194.

(٢)

الفصل الثاني

التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة

كمصدر لالتزام الغير (١)

٧ - ارتباط ظاهرة التزام الدولة بالتصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة
لغيرها باحتواء النظام الدولي على علاقات جوهرها الخضوع .

من المسلم به - منطقياً - أن الزام الشخص غيره ، قانونياً ، بإرادته المنفردة وحدها أمر لا يتصور حدوثه في ظل علاقات التنسيق (les rapports de coordination) القائمة - أساساً - على المساواة بين أطرافها (مثل علاقات القانون المدني في النظم الداخلية) ، بالنظر لارتباطه - لزوماً - بظاهرة منح النظام القانوني أحد أشخاصه اختصاص ممارسة السلطة في مواجهة أشخاص آخرين ، ومن ثم ترتبط ظاهرة التزام الشخص بالتصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة لغيره - دوماً وضرورة - بظاهرة احتواء النظام القانوني على علاقات طابعها الخضوع (les rapports de subordination) مثل علاقات القانون الاداري في النظم الداخلية .

وبالتأمل في واقع النظام الدولي - على ضوء هذه الفكرة المستندة في منطوقها وأساسها إلى اعتبارات المنطق القانوني الدقيق - يتضح لنا أن هذا النظام لم يعرف ، ولم يكن من المتصور منطقياً أن يعرف ، ظاهرة التزام الدولة بالتصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة لدولة أخرى وقت أن كان -

(١) لم يتعرض لدراسة هذا النوع التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة من كتاب المؤلفات العامة - وفي ايجاز ملحوظ - غير أستاذنا الجليل بول ريتير ، المرجع السابق ، صفحة . ٩٤ - ٩٨ .

في جوهره - نظام تنسيق بين أشخاصه قوامه - أساساً - المساواة بينهم (١) وأن احتواءه - حديثاً - على علاقات جوهرها الخضوع ، نتيجة ظهور المنظمات الدولية ، قد أدى في حدود ضيقة - وسيؤدى مستقبلاً في حدود أوسع - إلى ظهور التزامات دولية مصدرها المباشر الإرادة المنفردة للبعض من المنظمات الدولية المتمثلة في قراراتها الملزمة لأعضائها أو غيرهم من الدول والمنظمات الأخرى . وإذا كانت هذه الظاهرة لم تبلور - بعد - وتكتمل ، فلحدثة الظاهرة المسببة لها (ظاهرة المنظمات الدولية) . وفي رأينا أن اطراد المنظمات الدولية في ازدهارها الملموس سوف يؤدي - حتماً - إلى تعدد

(١) من الجدير بالذكر - في هذا الصدد - أنه لا يوجد ثمة تعارض بين تكييفنا ماتنظمة قواعد القانون الدولي التقليدي من علاقات الدول بأنها علاقات تنسيق بينهم ، وبين طبيعة نظرتنا إلى قاعدة القانون باعتبارها أمراً عاماً مجرداً تفرضه جماعة الدول (أو المسيطر عليها من فئات أعضائها) على كافة الأشخاص المكونين لها ، لا مجرد نتاج للتنسيق الذاتي بين أعضائها . ففرق كبير بين أن تكون القاعدة - في ذاتها - نتاج تنسيق وبين أن يكون موضوعها هو التنسيق بين المخاطبين بحكمها . فالتنسيق الذاتي (الاتفاق) لا يملك - في رأينا - إنتاج قواعد القانون العامة المجردة بل مجرد الالتزامات . أما قاعدة القانون - المفروضة ضرورة - فقد يكون موضوعها مجرد التنسيق بين المخاطبين بها في علاقاتهم الخاصة لحكمها (قواعد القانون المدني وقواعد القانون الدولي التقليدي) ، وقد تستهدف تنظيم علاقات جوهرها اخضاع بعض المخاطبين بها للبعض الآخر (قواعد القانون الاداري وقواعد القانون الدولي العام المنظمة لعلاقة المنظمات الدولية بالمخاض لسلطتها من أعضائها أو غير أعضائها) .

وفي رأينا أن طبيعة القانون الدولي - في ذاته - لم تتغير بظهور المنظمات الدولية فقد كانت منذ نشأته طبيعة فرض من جانب الجماعة الدولية (أو المسيطر عليها) وخضوع من جانب أعضائها ، ولكن ظهور هذه المنظمات - وان لم يؤثر في طبيعة القانون ذاته - قد أثر بوضوح في طبيعة العلاقات الخاصة له . فقد كانت - قبله - علاقات تنسيق بحث بين الدول ، ثم أدى ظهور المنظمات الدولية إلى ايجاد طائفة أخرى جوهرها الخضوع للبعض منها .
أنظر كذلك :

محمد سامى عبد الحميد ، القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية كصدر لقواعد القانون الدولي العام ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد ٢٤ ، ١٩٦٨ ، صفحة ١٢٥ وما بعدها .
وأنظر أيضاً في التمييز بين علاقات التنسيق وعلاقات الخضوع :

Paul Reuter, Organisations internationales et évolution du droit,
L'évolution du droit public : Etudes en l'honneur d'Achille Mestre,
Sirey, Paris, 1956, pp. 448 et s.

مظاهر التزام أشخاص النظام الدولي بالقرارات الصادرة عن الإرادة المنفردة لما يعرفه من منظمات ، ومن ثم تبدو - جلية - أهمية دراسة هذه القرارات كمصدر للالتزام الناشئ عن إرادة الغير المنفردة .

٨ - قرارات المنظمات الدولية كمصدر للالتزام الدولية الناشئة عن إرادة غير الملزم المنفردة .

سبق أن بينا في مقال نشرناه في عام ١٩٦٨ عن القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية أن قرارات هذه المنظمات ذات الطبيعة القاعدية تعتبر من المصادر الرئيسية للقانون الدولي بالنظر لتعبيرها عن الإرادة الشارعة الصريحة لجماعة الدول ككل أو لطائفة الدول المسيطرة على شئونها (١) . ولما كان من المسلم به - عملاً ومنطقاً - أن من يملك الأكثر يملك بالضرورة الأقل ، وأن اختصاص وضع قواعد القانون العامة المحررة أسماً - في طبيعته - من اختصاص خلق الالتزام كقاعدة سلوك فردية ملزمة ، فمن ثم لا يوجد مجال للشك - في رأينا - في أن قرارات المنظمات الدولية كما تملك وضع قواعد القانون الدولي ، تملك أيضاً - ومن باب أولى - خلق الالتزامات الدولية ، مثلها في ذلك مثل القرار الإداري في النظم الداخلية المتصف - باتفاق - بوصف المصدر لكل من قواعد القانون (اللائحة) والحقوق الشخصية (القرار الفردي) على حد سواء .

خلاصة القول ، إذن ، أنه إذا كان من قرارات المنظمات الدولية ما لا يستهدف أساساً - بالنظر لطابعه السياسي البحت - ترتيب أية آثار قانونية مباشرة (وإن أنتج - في حالات بعينها - آثار قانونية غير مباشرة بأسهامه في ارساء البعض من قواعد العرف الدولي) ، فمنها المنشئ لقواعد القانون الدولي العامة المحررة ، ومنها - أيضاً - المنشئ للالتزام كقاعدة سلوك فردية ملزمة .

(١) أنظر مقالنا المشار إليه في الهامش السابق .

هذا ومن أبرز الأمثلة لقرارات المنظمات الدولية المتصفة بوصف مصدر الالتزام تلك المحددة للالتزامات المالية لكل من أعضاء المنظمة في مواجهة المنظمة نفسها ، وما قد يصدره مجلس الأمن من قرارات ملزمة بالتطبيق لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ، وكافة ما تختص المنظمات الأخرى بإصداره من قرارات ملزمة .

ولا يفوتنا - أخيراً - أن نشير إلى أنه إذا كان لقرارات المنظمات الدولية الملزمة (les décisions) خاصية اضفاءوصف الالتزام الدولي - في مفهومه الدقيق - على ما قد تتضمنه من قواعد السلوك الفردية الموجهة إلى الدول الأعضاء (بل وغير الأعضاء (١) أو البعض من المنظمات الدولية الأخرى (٢) في حالات معينة) فإن ما قد تتضمنه توصياتها من قواعد السلوك الفردي المشابهة غير الملزمة لا تخلو بدوره من القيمة القانونية بالنظر لانصافه - في رأينا - بوصف الالتزام القانوني الناقص ، المترتب على اشتماله على عنصر المديونية (debitum) دون عنصر المسئولية (obligatio) المتوافرين معاً في كافة الالتزامات الدولية الكاملة، ومنها تلك الناشئة عن قرارات المنظمات الدولية الملزمة (٣) .

(١) من المعروف أن اختصاص مجلس الأمن ، بحفظ السلم والأمن الدوليين لا يقتصر - في نطاقه - على ما قد يقع بين أعضاء الأمم المتحدة وحدهم من منازعات تهدد الأمن والسلام فحسب ، بل يمتد أيضاً إلى سائر المنازعات الدولية المهددة لأمن العالم حتى ولو كان أحد أطرافها أو كلهم من غير أعضاء الأمم المتحدة .

(٢) من المعروف أن لمجلس الأمن الحق في الاستعانة بالمنظمات الإقليمية عند اتخاذ تدابير القمع «ويكون عملها حينئذ تحت مراقبته وإشرافه» (المادة ١/٥٣ من ميثاق الأمم المتحدة) .

(٣) أنظر في عرض وجهة نظرنا المتعلقة بالطبيعة القانونية لما تصدره المنظمات الدولية من توصيات غير ملزمة ، وبيان ما استدلنا إليه من حجج في تكييفنا ما قد تتضمنه من قواعد سلوك فردية بأنه من قبيل الالتزامات الدولية الناقصة .

Mohamed Sami Abdel Hamid, Quelques réflexions méthodologiques sur les sources de la règle de conduite obligatoire en droit international public, Bulletin de la Faculté de Droit d'Alexandrie, pp. 51 et s.

محمد سامى عبد الحميد ، القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية كمصدر لقواعد القانون الدولي العام ، المرجع السابق ، صفحة ١٢٢ وما بعدها .

٩ - مدى تمتع احكام القضاء الدولي بوصف المصدر المنشئ للالتزامات الدولية .

إذا كانت قرارات المنظمات الدولية هي الصورة الرئيسية - في رأينا - للتصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة المتمتعة بالقدرة على خلق الالتزامات على عاتق الغير ، فمن الجدير بالذكر أن أستاذنا الجليل بول ريتير يعتبر أحكام القضاء الدولي والقرارات الصادرة عن لجان التحكيم الدولية (les Sentences arbitrales) - فضلا عن قرارات المنظمات الدولية - من قبيل التصرفات القانونية الصادرة عن الارادة المنفردة المنشئة للالتزام على عاتق غير مصدرها (١) .

والواقع أننا بالرغم من تسليمنا بصحة اتصاف هذه الأحكام والقرارات بوصف التصرفات القانونية الصادرة عن الارادة المنفردة، لا تتفق مع ذلك مع أستاذنا الكبير في اعتبارها - كقاعدة عامة - من قبيل المصادر المنشئة لجديد الالتزامات على عاتق الدول .

فالأصل - كما هو معروف - في أحكام القضاء ، دولياً كان أو داخلياً ، هو الكشف عن الحقوق محل النزاع القائمة بالفعل قبل وصوله إلى ساحة القضاء لا التصدي لانشاء حقوق جديدة . وإذا كان من أحكام القضاء الداخلي (مثل حكم مرسى المزاد ، وحكم شهر الافلاس ، والحكم بالفرقة الجثمانية ، والحكم بتوقيع الحجر أو سلب ولاية الولي الشرعي) ما يتصف - استثناء - بالطبيعة المنشئة ، فمن المتفق عليه أن هذه الاستثناءات النادرة لا تمس أصل القاعدة ، وأن «الأحكام مقررة للحقوق وليست منشئة لها لأن وظيفة المحكمة هي أن تبين حق كل خصم بالنسبة لموضوع النزاع فهي لا تخلق للخصوم حقوقاً جديدة» (٢) ولا نعتقد أن وضع أحكام القضاء الدولي

Paul Reuter, op. cit., pp. 97 — 98.

(١)

(٢) أنظر الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة التاسعة ، دار المعارف بمصر ، ١٩٦٧ ، صفحة ٨١٢ - ٨١٣ .

يختلف - في هذا الصدد - عن وضع الأحكام في النظم الداخلية . فالأصل فيها هو حسم النزاع حول حقيقة وجود الحقوق المتنازع فيها لا أكثر ولا أقل ، ومن ثم فلا شك - لدينا - في أنها - كقاعدة عامة - من قبيل التصرفات القانونية ذات الطبيعة الكاشفة لا المنشئة ، وأن اعتبارها - كقاعدة عامة - من قبيل مصادر الالتزام المنشئة أمر محل نظر كبير .

ومع ذلك فمن الجدير بالذكر أن البعض النادر من أحكام القضاء الدولي قد يتصف - استثناء - بالطبيعة المنشئة ، كما لو «وافق أطراف الدعوى» على منح المحكمة «سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والانصاف *ex aequo et bono*» (المادة ٢/٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية) ، أو باعتبارها وسيطاً غير مقيد في حكمه بقواعد القانون الوضعي أو الطبيعي بل بما يرى هو مناسبة تطبيقه من حلول (*en amiable compositeur*) (١) ، أو كما لو أتفق الأطراف على منح جهة القضاء الدولي سلطة وضع القواعد المنظمة لعلاقاتهم المستقبلية فضلاً عن سلطة حسم النزاع القائم ذاته (*Clause de règlement d'intérêts*) (٢) . ولكن لما كانت حالات اتفاق الدول على تحويل جهات القضاء الدولي - محاكماً كانت أو لجان تحكيم - مثل هذه السلطات الاستثنائية حالات جد نادرة ، فمن ثم لا يسوغ في رأينا اعتبار أحكام القضاء الدولي من قبيل المصادر المألوفة لالتزام الدول ، ما دام الأصل فيها هو اتصافها بالطبيعة الكاشفة المقررة ، وما دامت الأحكام الدولية ذات الطبيعة المنشئة (الصادرة في أي من الحالات الثلاث السابق بيانها) محض استثناء نادر .

Cf. Louis Delbez, Les principes généraux du droit international (١) public, Troisième édition, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964, pp. 482 — 483.

Cf. Louis Delbez, op. cit., p. 484.

(٢)

الفصل الثالث

التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة غير المتصفة بوصف مصدر الالتزام

١٠ - تميز التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة من حيث الاثر القانوني المترتب على كل منها .

سبق أن عرفنا التصرف القانوني الدولي الصادر عن الارادة المنفردة بأنه «كل تعبير - صريح أو ضمنى - عن الارادة المنفردة لشخص واحد بعينه من أشخاص النظام القانوني الدولي ، متى استهدفت من ورائه - استقلالاً عن غيره من التصرفات الارادية - ترتيب آثار قانونية معينة» ، كما سبق أن أشرنا إلى أنه إذا كان من هذه التصرفات «المتصف بوصف مصدر الالتزام في مواجهة مصدره وحده دون غيره من أشخاص المجتمع الدولي ، ومنها المتصف بوصف المصدر في مواجهة مصدره والبعض من أشخاص القانون الدولي الآخرين» فإن منها أيضاً «المتفقد لوصف المصدر بالرغم من صلاحيته لترتيب آثار قانونية أخرى متنوعة الطبيعة والأهمية» والواقع أن ما يستهدف التصرف الصادر عن الارادة المنفردة ترتيبه من آثار قانونية لا يشترط أن يكون - ضرورة - انشاء الجديد من الالتزامات عن عاتق مصدره أو غيره من أشخاص القانون الدولي العام ، فمن هذه التصرفات ما تنحصر آثاره القانونية في تأكيد حقوق المتصرف والحفاظ عليها (الاحتجاج) ، ومنها المستهدف التخلي عن حقوق بعينها (التنازل) ، ومنها المتصف بوصف العمل الشرطي (الابلاغ) .

وبالنظر لما تتحلى به هذه التصرفات من أهمية لا ينبغي اغفالها في مجال العمل والعلم ، فمن ثم سوف نتعرض لها بالدراسة تباعاً ، لتكتمل - بذلك -

أمام القارئ صورة التصرف الصادر عن الإرادة المنفردة في مجال العلاقات
الخاضعة للقانون الدولي العام .

المبحث الأول

الاحتجاج (١)

١١ - المفهوم القانوني للاحتجاج .

ينصرف اصطلاح الاحتجاج (la protestation — protest) إلى التصرف الصادر عن الإرادة المنفردة لشخص بعينه من أشخاص القانون الدولي العام — دولة كان أو منظمة دولية — والمتضمن اتجاه هذه الإرادة إلى عدم الاعتراف بمشروعية وضع دولي معين — تصرفاً (un acte juridique) كان أو واقعة (un état de choses) أو مسلكاً (une conduite) أو ادعاء (une prétention) — بالنظر لمساسه بحقوق المحتج أو مصالحه ، أيا كان شكل التعبير عن الإرادة المحتجة ، بشرط صدوره عن الجهاز المختص بالتعبير عن ارادة المحتج في مجال العلاقات الدولية .

ويتضح من هذا التعريف أن الاحتجاج تصرف قانوني من جانب واحد ومن ثم يشترط لصحته توافر كافة شروط الصحة الواجب توافرها في مثل هذا النوع من التصرفات الدولية (الأهلية — سلامة الرضا من العيوب —

(١) أنظر فيما يتعلق بالاحتجاج :

- Charles Rousseau, op. cit. pp. 427 — 428.
Paul Guggenheim, op. cit., pp. 276 — 278.
Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 349
Riccardo Monaco, op. cit., pp. 185 — 186.
L. Oppenheim, op. cit., pp. 874 — 875.
Eric Suy, op. cit., pp. 47 — 80.
Arrigo Cavaglieri, op. cit., pp. 516 — 517.

وأنظر أيضاً :

I. C. Mc Gibbon, Some observations on the part of protest in international law, B.Y. B.I.L. 1953, pp. 293 — 319.

مشروعية المحل والسبب). (١) كما يشترط لصحته أيضاً صدور التعبير عن الارادة المحتجة عن الجهاز المختص بالتعبير عن ارادة الشخص الدولي المحتج في مجال العلاقات الدولية ، ومن ثم لا يعتبر من قبيل الاحتجاج الجائز الاعتماد به قانوناً ذلك الصادر عن برلمان الدولة ، أو أى من أجهزتها الأخرى مهما كان وزنه السياسي ، ما دام من غير الأجهزة المختصة بالتعبير عن ارادتها دولياً (٢) .

كما يتضح من تعريفنا للاحتجاج ، أيضاً ، أنه — كما هي القاعدة العامة في التصرفات الدولية — من التصرفات غير المشترط افراغها في قالب شكلي بعينه . وإذا كان من المؤلف توجيه الاحتجاج في صورة مذكرة دبلوماسية مكتوبة (une note écrite) ، فمن المؤلف — أيضاً — توجيهه في صورة مذكرة شفوية غير مكتوبة (une note verbale) أو في صورة مجرد تصريح شفوي (une simple déclaration orale) ، بل ومن المتصور — كذلك — أن تعبر الارادة المنفردة المحتجة عن نفسها باتخاذ البعض من المواقف القاطعة في دلالتها على الاحتجاج (les actes concluants) كقطع العلاقات الدبلوماسية القائمة بين المحتج والمحتج ضده ، أو سحب سفير الأول لدى الثاني ، أو طرد سفير هذا الأخير لدى الدولة المحتجة ، أو اللجوء إلى جهة قضائية دولية مختصة ، أو التقدم بالشكوى إلى أحد الأجهزة السياسية المختصة كمجلس الأمن أو الجمعية العامة للأمم المتحدة (٣) .

(١) Cf. Eric Suy, op. cit., p. 48.

(٢) أنظر أنزيلوني ، المرجع السابق ، صفحة ٣٤٩ .
وأنظر أيضاً شارل روسو ، المرجع السابق ، صفحة ٤٢٧ وريكاردو موناكو ، المرجع السابق ، صفحة ١٨٦ .

(٣) أنظر فيما يتعلق بشكل الاحتجاج :

Eric Suy, op. cit., pp. 49 — 53.

ومن الجدير بالذكر — في هذا الصدد — ان بعض الفقهاء يرون أن الاحتجاج قد يأخذ صورة القيام بأعمال الإنتقام العسكرية ، بل وقد يصل إلى اعلان الحرب (la déclaration de guerre) =

ومن الجدير بالذكر أيضاً أن الاحتجاج - وان كان لا بد من توجيهه إلى الدولة أو المنظمة المسؤولة عن الوضع محله - الا أن توجيهه إلى المحتج ضده لا يستلزم ضرورة ارساله اليه شخصياً ، فقد يرسل الاحتجاج إلى غير الموجه ضده دون أن يفقده هذا الأسلوب في اتخاذه قيمته القانونية الكاملة . كما لو تم الاحتجاج الموجه (dirigée) ضد دولة بعينها في صورة شكوى مرسلة (adressée) إلى منظمة دولية مختصة (الأمم المتحدة مثلا) (١) .

هذا ولا يفوتنا أن نشير أخيراً إلى أن الاحتجاج كما يصدر عن الدول إذا حدث ما قد يمس حقوقها أو مصالحها ، قد يصدر - أيضاً - عن احدى المنظمات الدولية - في حدود أهليتها المرتبطة في نطاقها بشخصيتها الوظيفية - إذا ما رأت في وضع دولي معين مساساً بحقوقها أو مصالحها الذاتية ، أو بحقوق أو مصالح أحد أعضائها ، أو بمصلحة دولية عامة تتصل بوظائفها (٢) .

١٢ - القيمة القانونية للاحتجاج .

تنحصر آثار الاحتجاج القانونية في حفاظه على حقوق المحتج - بشرط وجودها فعلا - في مواجهة الموجه الاحتجاج ضده ، ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير التمسك في مواجهة المحتج بمسلكه أو تصرفه أو ادعائه موضوع الاحتجاج ، ما لم تكن - في ذاتها - مشروعة ، أى ما لم يكن المحتج غير محق في احتجاجه المستند إلى حقوق مزعومة لا وجود لها فعلا .

= أوبدء عملياتها العسكرية (L'ouverture des hostilités) ولكننا - متفقين في رأينا هذا وأستاذنا شارل روسو - لا نستطيع التسليم بوجاهة هذه النظرة لأن الاحتجاج ، كتصرف دولي مشروع ، لا ينبغي له - منطقياً - أن يتم من خلال أعمال لاشك في خروجها على المشروعية الدولية .

أنظر في هذا المعنى :

Charles Rousseau, op. cit., p. 427.

Eric Suy, op. cit. p. 52.

Cf. Eric Suy, op. cit., pp. 57 — 61.

(١)

Cf. Eric Suy, op. cit., pp. 53 — 57

(٢)

وواضح من هذا التحديد لآثار الاحتجاج القانونية أنه لا ينشئ - ولا يتصور أن ينشئ - للمحتج حقوقاً جديدة غير تلك الثابتة له بالفعل، وأنه - إذ تنحصر آثاره في الحفاظ على حقوق المحتج الثابتة - لا يتصور انتاجه هذه الآثار إذا ما كانت حقوق المحتج المؤسس عليها احتجاجه مجرد حقوق مزعومة لا تستند إلى أساس من القانون سليم .

هذا وتبدو آثار الاحتجاج جلية في حالة استناده إلى حقوق للمحتج ثابتة وحقيقية، إذ يترتب عليه - في هذه الحالة - الحفاظ عليها، وقطع ما قد يستند إليه الموجه الاحتجاج ضده من تقادم مكسب (prescription acquisitive) من شأنه انشاء حقوق جديدة له تتعارض في مضمونها وحقوق المحتج الثابتة (١) بشرط أن يكون مجرد الاحتجاج هو الوسيلة الوحيدة المشروعة المتاحة له في سبيل الدفاع عن حقوقه المهتدة بهذا التقادم (٢) .

(١) أنظر في هذا الصدد :

Charles Rousseau, op. cit., 427 — 428.

Eric Suy, op. cit., pp. 71 et s.

وأنظر على وجه الخصوص القرار الصادر من لجنة الحدود الدولية (Intertinonal Boundary Commission) بتاريخ ١٥ مايو عام ١٩١١ في القضية المعروفة باسم قضية El Chamizal بين المكسيك والولايات المتحدة الأمريكية، والمنشور في المجلة الأمريكية للقانون الدولي عام ١٩١١ صفحة ٨٠٦ والمشار إليه في روسو، صفحة ٢٤٧. وقد انتهت اللجنة في هذا القرار إلى أن الاحتجاجات المكسيكية المتكررة الموجهة إلى الولايات المتحدة خلال الفترة ما بين عام ١٨٤٩ وعام ٨٩٥ من شأنها قطع ما تدعيه الولايات المتحدة من تقادم مكسب لو ثبت لكان من شأنه اكسابها السيادة على الأقاليم موضوع النزاع .
وأنظر كذلك :

L'arrêt rendu le 20 novembre 1950 par la Cour internationale de justice dans l'affaire du droit d'asile, C.I.J., Recueil, 1950, pp. 277—278, cité par Rousseau, op. cit., p. 428.

L'arrêt rendu le 18 décembre 1951 par la Cour internationale de justice dans l'affaire des pêcheries, C.I.J., Recueil, 1951, p. 131, cité par Rousseau, op. cit., p. 428.

(٢) يرى بعض الفقهاء - بحق - أنه إذا كان في مكتبة المحتج اللجوء إلى وسائل أخرى أقوى من مجرد الاحتجاج الدبلوماسي للدفاع عن حقوقه (مثل اللجوء إلى جهة قضائية مختصة) =

ويشترط لانتاج الاحتجاج أثره القانوني - المنحصر في الحفاظ على حقوق المحتج وقطع ما قد يهددها من تقادم مكسب - أن يكون واضحاً في مضمونه جلياً (dépourvue d'équivoque)، وأن يستمر ما أستمروا به في محله (répétée et non isolée)، والا يتقاعس المحتج في توجيهه إلى المحتج ضده بمجرد علمه بالوضع محل الاحتجاج (non tardive)، وألا يبادر من سلوك المحتج اللاحق له ما يقطع بعدوله عنه (١).

هذا ويترتب على سكوت الدولة (أو المنظمة الدولية) عن الاحتجاج على ما قد تمس حقوقها من أوضاع دولية تعلمها وتترك حقيقة تهديدها لهذه الحقوق - دون ما يبرر سائغ لهذا السكوت - افتراض تسليمها بمشروعية الوضع المتعارض وما لها من حقوق، وبالتالي جواز الاحتجاج به في مواجهتها (٢).

= ولكنه تقاعس عن استخدام هذه الوسائل مكتفياً بمجرد الاحتجاج الدبلوماسي، فن شأن هذا التقاعس سلب احتجاجه أثره القانوني المنحصر في قطع التقادم، إذ لا يترتب على مجرد الاحتجاج أحداث هذا الأثر - في رأيهم - ما لم يكن وسيلة المحتج الوحيدة في الزود عن حقوقه.

Cf. Eric Suy, op. cit., pp. 72 et s.

Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 428. (١)

Cf. Paul Guggenheim, op. cit., pp 277 — 278. (٢)

Eric Suy, op. cit., pp 61 et s.

وأنظر كذلك :

La sentence arbitrale du 24 mars 1922 rendue par le Conseil fédéral suisse dans l'affaire des frontières Colombo-Vénézuéliennes, R.S.A., t. II, pp. 1307 - 1366, cité par Suy, op. cit., p. 68 note 64 et par Guggenheim, op. cit., p. 278.

L'arrêt rendu le 18 décembre 1951 par la Cour internationale de justice dans l'affaire des pêcheries, C.I.J., Recueil, 1951, pp. 138 et s. cité par Suy, op. cit., p. 65.

L'arrêt rendu le 12 avril 1960 par la Cour internationale de justice dans l'affaire du droit de passage sur territoire indien, C.I.J., Recueil, 1960, pp. 6 et s., cité par Suy, op. cit., p. 66.

L'arrêt rendu le 18 novembre 1960 par la Cour internationale de justice dans l'affaire de la sentence rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1960, C.I.J., Recueil, 1960, p. 213, cité par Suy, op. cit., pp. 66 — 67.

المبحث الثاني

التنازل (١)

١٣ - المفهوم القانوني للتنازل .

ينصرف اصطلاح التنازل (La renonciation — renunciation)
— كتصرف دولي من جانب واحد — إلى اتجاه الارادة المنفردة لأي من
أشخاص القانون الدولي العام إلى التخلي عن واحد أو أكثر مما له من حقوق
أو اختصاصات أو دعاوى أو دفعوع ، ثابتة كانت أو مجرد ادعاء ، سواء
تم التعبير عن ارادة التخلي صراحة أو بأسلوب ضمني قاطع في دلالاته عليها.

ويتضح من هذا التعريف أننا لا نقصر القابلية للتنازل (la renonciabilité)
على الحقوق الشخصية وحدها كما يرى البعض من الكتاب (٢)، فمن الجائز
— في نظرنا — أن يكون محل التنازل حقاً أو اختصاصاً أو دعوى أو دفعاً
أو مجرد ادعاء (٣) . ومن الجائز في نظرنا — أيضاً — أن يرد التنازل

(١) أنظر فيما يتعلق بالتنازل على وجه العموم :

Charles Rousseau, op. cit., pp. 428 — 430

Paul Guggenheim, op. cit. pp. 280 — 282

L. Oppenheim, op. cit., pp. 875 — 876

Arrigo Cavaglieri, op cit., pp. 517 — 518.

Dionisio Anzilotti, op. cit., pp. 349 — 351

Riccardo Monaco, op cit., pp. 184 — 185.

G. Venturini, op cit., p.394

Eric Suy, op. cit., pp. 153. - 187

Cf. Eric Suy, op. cit., pp. 166 ets

(٢)

(٣) من أنصار هذا الرأي أيضاً أستاذنا الجليل شارل روسو ، المرجع السابق ، صفحة ٤٢٩
هذا ومن أهم السوابق القضائية الصريحة في امكانية التنازل عن الدفعوع ، استخلاص محكمة
العدل الدولية — في حكمها التمهيدى الصادر في الخامس والعشرين من مارس عام ١٩٤٨ في قضية
مضيق كورفو — لتنازل ألبانيا عن الدفع بعدم القبول ، المؤسس على بطلان اجراءات رافع
الدعوى من جانب المملكة المتحدة ، من مذكرتها الموجهة إلى المحكمة في الثاني من يوليو عام ١٩٤٧

Cf. L'arrêt rendu le 25 mars 1948 par le Cour internationale de

على أى من حقوق الدولة أيا كانت الطبيعة القانونية للحق موضوع التنازل، ومن ثم لانسلم بما يراه بعض الفقهاء من وجوب التمييز بين القابل للتنازل عنه من الحقوق الدولية وما لا يقبل منها التنازل عنه، أيا كان معيار التمييز المقترح (١).

justice dans l'affaire du detroit de Confou (Exception préliminaire), C.I.J., Recueil, 1947 — 1948, p. 27

أنظر كذلك تكييف محكمة العدل الدولية - في حكمها التمهيدى الصادر بتاريخ الرابع والعشرين من يوليو ١٩٦٤ في القضية الخاصة بشركة برشلونة ذات المسؤولية المحدودة للجر والانارة وتوليد القوى - التنازل عن المطالبة القضائية (le désistement) بأنه ، في جوهره ، تصرف من جانب واحد .

Cf. L'arrêt rendu le 24 juillet 1964, par le Cour internationale de justice dans l'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, entre le Belgique et l'Espagne (Exceptions préliminaires), C.I.J., Recueil, 1964, p. 20.

وأنظر في القول بالطبيعة الاتفاقية لهذا التصرف :

Eric Suy, op. cit., pp. 175 et s.

(١) يرى بعض الفقهاء أن الحق لا يجوز التنازل عنه متى كان الاحتفاظ به ضرورياً لتنفيذ الدولة ما على عاتقها من التزامات في مواجهة غيرها من الدول .

Cf. Riccardo Monaco, op. cit., p. 184 p.

Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 350 .

Arrigo Cavaglieri, op cit, p. 518

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن الدولة لا تملك التنازل عن حقوقها الجوهرية (les droits fondamentaux) المرتبطة لزوماً بما لها من شخصية ، مثلها - في ذلك - مثل الفرد في النظم الداخلية ، وان امكنها التنازل عن شخصيتها كاملة بالاندماج في دولة أخرى .

Cf. Arrigo Cavaglieri, op. cit., p. 518, et les autres auteurs cités par Eric Suy, op. cit., p. 166 et s.,

والواقع - في رأينا - أن الشخص كما يملك ابرام التصرفات القانونية المتعارضة والتزاماته السابقة دون أن يؤثر هذا الوضع في صحتها ، يملك أيضاً التنازل عن الحقوق المتوقف على احتفاظه بها تنفيذ ما على عاتقه من التزامات ، كما يملك كذلك - بداهة - الامتناع عن تنفيذ التزاماته دون ما سند أو مبرر ، وان ترتب على هذه المواقف كلها التزام بتعويض الدائن .

أما القول بأن من الحقوق الدولية مالا يجوز التنازل عنه بالنظر لارتباطه الوثيق بجوهر الشخصية ، فزعم يتعارض - تعارضاً صارخاً - وما جرى عليه العمل ، وما استقر عليه القضاء . إذ لا شك في أن أهم ما تملكه الدولة من حقوق هو حقها في السيادة والاستقلال ، ولاشك كذلك في أن الدول كثيرأ ما تتنازل عن سيادتها جزئياً إذ تتخلى اتفاقياً عن جزء من إقليمها ، بل وكثيرأ أيضاً =

ويتضح من تعريفنا للتنازل - أيضاً - أن ارادة التنازل لا تخضع - في نظرنا - في التعبير عنها لأي شكل خاص ، مثل التنازل في هذا مثل سائر التصرفات الدولية . ومن ثم فكما يتصور التعبير عنها صراحة ، يتصور التعبير عنها كذلك بصورة ضمنية إذ يتخذ المتنازل من المواقف ما لا يدع أى مجال للشك في انصراف ارادته إلى التخلي . بل وقد يفيد السكوت - إذا ما اقترن بظروف حال قاطعة في دلالتها - اتجاه الارادة إلى التخلي عن حق بعينه ، كما لو سكتت احدى الدولة عن الاحتجاج على وضع يتعارض وأحد حقوقها رغم ابلاغها به رسمياً .

هذا ولا يوجد - في رأينا - أى تعارض منطقي أو عملي بين هذا المبدأ المسلم به فقهاً وقضاء ، وبين مبدأ آخر أجمع عليه - بدوره - الفقه والقضاء مقتضاه أن التنازل لا يفترض (١) إذ لا يعنى هذا المبدأ الأخير ضرورة -

ما تتنازل عن سيادتها كاملة إذ تندمج في دولة أخرى . وقد أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولي = هذا المبدأ في رأيها الاستشاري الصادر في الخامس من سبتمبر ١٩٣١ بقولها أن التزام النمسا - وفقاً للمادة الثامنة والثمانين من معاهدة سان جرمان - بعدم التنازل عن استقلالها الا بموافقة مجلس العصبة ، التزام وارد خلافاً للأصل العام في هذا الشأن ، وأن الأصل أنه للنمسا - مثل أية دولة أخرى - مطلق الحرية في التصرف في استقلالها كما تشاء .

Cf. L'avis consultatif du 5 Septembre 1931 rendu par la Cour permanente de justice internationale au sujet de Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, C.P.J.I., Serie A/B, No 41, p. 45, cité par Eric Suy, op cit., p. 168.

(١) أنظر كثال للأحكام المشار فيها صراحة إلى مبدأ عدم جواز افتراض التنازل :

1. La sentence arbitrale rendue le 1er août 1870 par le président du Chili J. Perez dans l'affaire de la fermeture de Buenos Aires entre l'Argentine et la Grande Bretagne, R.S.A, vol. II, p. 648.

2. La sentence arbitrale rendue le 10 juin 1931 par le comte Carton de Wiart dans l'affaire Campbell entre la Grande-Bretagne et le Portugal, R.S.A., vol. II, p. 1156.

3. La sentence arbitrale rendue le 18 juillet 1932 par le professeur Eugène Borel dans l'affaire du navire Kronprinz Gustav Adolf entre les Etats-Unis et la Suède, R.S.A., vol II, p 1299, et A.J., 1932, p 861 et s

4. L'arrêt rendu le 7 Septembre 1927 par la Cour perma-

كما قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة - أن التنازل لا بد وأن يتم صراحة، بل يعنى القاء عبء اثبات التنازل على من يدعى وقوعه ، ووجوب التحرز في قبول ما يعد دليلاً على وقوع التنازل الضمني من تصرفات الدولة المنسوب إليها هذا التصرف . ومن المتفق عليه - في هذا الصدد - أن مجرد قعود الدولة عن استعمال حق لها (le simple non - exercice d'un droit) لا يعد من قبيل التنازل الضمني عنه (١) .

هذا ولا يفوتنا أن نشير - أخيراً - إلى أن التنازل كما يتم أحياناً نتيجة تصرف من جانب واحد ، قد يتم - في أحيان أخرى - نتيجة اتفاق بين المتنازل وشخص آخر أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام الآخرين . غير أن التنازل إذ يتم بتصرف من جانب واحد لا يتصور إلا أن يكون تنازل الخلاع (renonciation abdicative) ينحصر أثره في إنهاء حقوق المتنازل محل تنازله دون نقلها إلى غيره ، أما التنازل الاتفاقي فمن المتصور أن يكون تنازل الخلاع ومن المتصور أيضاً أن يكون تنازل نقل (renonciation translativ) لا يقتصر أثره على إنهاء حقوق المتنازل

nente de justice internationale dans l'affaire du Lotus; C.P.J.I., Serie AB, No 22, p 18

5. L'arrêt rendu le 15 juin 1954 par la Cour internationale de justice dans l'affaire de l'or monétaire pris à Rome, C.I.J. Recueil, 1954, p. 30

6. L'arrêt rendu le 6 avril 1955 par la Cour internationale de justice dans l'affaire Nottebohm, C. I. J. Recueil, 1955, pp 19 — 20

وانظر كذلك :

Charles Rousseau, op cit , p 429

Eric Suy, op cit , pp 159 — 164

Arrigo Cavaglieri, op cit , p 518

Riccardo Monaco, op cit , p 184

Cf. Paul Guggenheim, op. cit., p. 281.

(١)

Arrigo Cavaglieri, op ci.,t p. 518

Eric Suy, op. cit., pp. 165.

موضوع تنازله ، بل يترتب عليه - أيضاً - نقل الحق محل التنازل إلى طرف الاتفاق الآخر (١) .

١٤ - القيمة القانونية للتنازل :

تنحصر آثار التنازل أساساً في انقضاء الحق أو الدعوى موضوع التنازل إذا كان محله حقاً من حقوق المتنازل أو دعوى بدأ بالفعل اجراءات رفعها أمام القضاء ، وفي عدم جواز تمسك المتنازل بما تنازل عنه من دفع أو ادعاءات إذا كان محل تنازله أحد دفعه أو ادعاءاته .

ومن المتفق عليه أن مضمون التنازل يخضع في تفسيره لقواعد التفسير الضيق ، ومن ثم ينبغي تفسير التنازل على النحو الذي يحصر مداه في أضيق حد ممكن . فإذا ثار الشك - مثلاً - حول ما إذا كان مضمون التنازل هو التخلي عن حق معين أو مجرد النزول عن استعماله خلال فترة معينة ، وجب الأخذ بالتفسير الأخير . وإذا ما ثار الشك حول اقتران التنازل بشروط معينة أو صدوره خلواً من أى شرط أو قيد ، وجب تغليب التفسير الأول ، وهكذا .. (٢)

ومن الجدير بالذكر في هذا المجال كذلك أن الفقهاء قد اختلفوا حول مدى إمكانية رجوع المتنازل عن تنازله بعد صدوره عن ارادته المنفردة ،

(١) Cf. Eric Suy, op. cit., pp. 154 et s.
Paul Guggenheim, op. cit., p. 280.

هذا ومن أشهر الأمثلة لتنازل الانحلال الاتفاق تنازل الدول صاحبة الامتيازات عن امتيازاتها (les Capitulations) بمقتضى اتفاقيات بينها وبين كل من الدول الخاضعة للنظام الامتيازات (مثل اتفاقية مونترية المبرمة بين مصر والدول صاحبة الامتيازات في عام ١٩٣٧) ، وتنازل الاتحاد السوفيتي عن طلبات التعويض الموجهة منه إلى اليابان بمقتضى التصريح السوفيتي الياباني المشترك الصادر في التاسع عشر من اكتوبر عام ١٩٥٦ . ومن أشهر الأمثلة الحديثة للتنازل الاتفاق الناقل تنازل ألمانيا في المادة ١١٩ من معاهدة فرساي عن كافة حقوقها على ممتلكاتها فيما وراء البحار إلى الدول المترعمة للتحالف المنتصر في الحرب العالمية الأولى .

Cf. Charles Rousseau, op. cit., pp. 428 — 429

(٢) Cf. Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 351
Riccardo Monaco, op. cit., p. 185

وأن منهم من يرى جواز الرجوع عن التنازل في الفترة ما بين صدوره عن ارادة المتنازل المنفردة ووصوله إلى علم المستفيد منه مسلمين بعدم جواز الرجوع عنه بعد اتصاله بعلم المستفيد حماية للأوضاع المستقرة ، بينما يرى آخرون استحالة الرجوع عن التنازل اعتباراً من لحظة صدوره وحتى خلال الفترة السابقة على اتصال مضمونه بعلم المستفيد . وفي رأينا أن هذا الخلاف الفقهي — بالرغم من طرافته النظرية — لم تعد له الآن ، عملاً ، أهمية تذكر بالنظر لما ترتب على التقدم المذهل في وسائل الاتصال الدولية من ندرة تأخر وصول مضمون التنازل إلى علم المستفيد عن لحظة صدوره نفسها (١) .

هذا ولا يفوتنا أن نشير — أخيراً — إلى أن التنازل كتصرف من جانب واحد لا يتصور الا أن يكون تنازل الخلاع ، وإلى أن الارادة المنفردة إذا ما اتجهت إلى التنازل عن حق معين تنازل نقل لا يعتبر مضمونها — في هذه الحالة — تصرفاً من جانب واحد بل مجرد ايجاب موجه إلى من يراد نقل الحق اليه ليس من شأنه ترتيب أية آثار قانونية الا بقبول هذا الأخير له ، الأمر الذي يترتب عليه خلق اتفاق موضوعه نقل الحق من المتنازل إلى المتنازل اليه (٢) .

المبحث الثالث

الابلاغ (٣)

١٥ — المفهوم القانوني للابلاغ :

الابلاغ (notification) تصرف دولي من جانب واحد قوامه اتجاه

Cf. Eric Suy, op. cit., p. 184 — 185 (١)

Cf. Eric Suy,¹ op. cit., p. 183 (٢)

(٣) أنظر فيما يتعلق بالابلاغ على وجه العموم :

Charles Rousseau, op. cit. pp. 420 — 422

Dionsio Anzilotti, op , cit., pp. 346 — 347

Paul Guggenheim, op. cit., pp 274 — 275 =

الارادة المنفردة لشخص بعينه من أشخاص القانون الدولي العام إلى احاطة شخص دولي آخر علماً ، وبصورة رسمية ، بوضع دولي معين مستهدفاً بذلك تحقيق آثار قانونية بعينها .

والابلاغ بهذا المفهوم تصرف شكلي لا يتصور - في رأينا - أن يتم الا صراحة ، وفي صورة مذكرة مكتوبة توجه إلى المبلغ بالطريق الدبلوماسي المؤلف . ومن ثم يتميز - بهذا الطابع الشكلي - عن سائر التصرفات الدولية الصادر عن جانب واحد المتصفة - كلها - بالطبيعة الرضائية البحتة .

هذا والراجع - فقهاً - أن الأوضاع الدولية القابلة للابلاغ لا تخضع لخصر معين ، ومن ثم فمن الجائز للدولة (أو المنظمة الدولية في حدود وظائفها) ابلاغ غيرها من الدول (أو المنظمات) بأى وضع دولي يخصها - تصرفاً كان أو واقعة أو ادعاء ، مشروعاً كان أو غير مشروع - مادامت ترى أن من شأن ابلاغ غيرها به ترتيب آثار قانونية يعينها احداثها (١).

هذا ولايفوتنا أن نشير إلى أنه إذا كان الأصل في الابلاغ هو الجواز (٢) لا الالتزام ، فقد تفرض بعض قواعد القانون الدولي العامة المحررة على الدول - في حالات معينة - التزاماً مقتضاه وجوب ابلاغ غيرها بأوضاع معينة ، كما قد ينشأ هذا الالتزام عن البعض من الاتفاقات الدولية في مواجهة اطرافها دون غيرهم . ومن أبرز حالات الابلاغ الالزامي (la notification obligatoire)

L. Oppenheim, op. cit., p. 874

Eric Suy, op. cit., pp. 81 — 107.

Arrigo Cavaglieri, op. cit., pp. 515 et s.

Riccardo Nanaco, op. cit., p. 181 — 182.

Cf. Eric Suy, op. cit., 86 — 87.

(١)

Charles Rousseau, op. cit. p. 421.

(٢) من أبرز الأمثلة لما جرى العمل على الابلاغ به من أوضاع دولية - دونما التزام قانوني في هذا الصدد - قيام الدول والحكومات الجديدة ، وارتقاء الملوك عروشهم ، وانتخاب رؤساء الجمهوريات الجدد ، وقطع العلاقات الدبلوماسية .

الواجب قانوناً : ابلاغ المحاربين الدول المحايدة بقيام حالة الحرب (١) ،
وابلاغ الدول المحاربة الممارسة للحصر البحري (*Ie blocus maritime*)
الدول المحايدة والسلطات المحلية بواقعة التجاؤها إلى هذه الوسيلة من وسائل
الحرب البحرية (٢) . ومن أشهر الأمثلة للالتزام بالابلاغ الناشئ
عن احدى الاتفاقات الدولية : التزام الدول الأطراف في المعاهدة الميمنة
للمباديء المنظمة لنشاط الدول في مجال استكشاف الفضاء واستعماله المبرمة
في ٢٧ من يناير ١٩٦٧ بالابلاغ عن كل ماتكتشفه في الفضاء من ظواهر
خطرة (المادة ٣/٥) (٣) و التزام الدول أعضاء عصبة الأمم بابلاغ العصبة
سلفاً بعزمها على الانسحاب من عضويتها (المادة ٣/١) (٤) ، و التزام
كل من الدول الأطراف في معاهدة فرساي المبرمة عام ١٩١٩ (المادة ٢٨٩)
وتلك الأطراف في معاهدة الصلح مع ايطاليا المبرمة عام ١٩٤٧ (المادة ٤٤)
بابلاغ كل من أعدائها السابقين بما تود احياءه من معاهدات ثنائية
كانت تربطهما (٥) ، و التزام الدول الأطراف في اتفاقية الصيد الموقعة
في لندن في التاسع من مارس ١٩٦٤ بالابلاغ عما تضعه من تنظيمات للصيد في
المنطقة الواقعة ما بين الميل السادس والميل الثاني عشر من شواطئها (المادة ٢/٥) (٦)

١٦ - القيمة القانونية للابلاغ .

من المنفق عليه أن الأثر الرئيسي المباشر للابلاغ ينحصر في اثبات علم

Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 422.

Riccardo Manaco, op. cit., 182

Cf. Charles Rousseau, Droit international public, Précis (١)

Dalloz, Sixième édition, Dalloz., Paris, 1971, p. 341,

Cf. Arrigo Cavaglieri, op. cit. p. 515, (٢)

Charles Rousseau, op. cit., p. 372

Cf. Charles Rousseau, Droit international public, Tome I.(٣)

Introduction et Sources, Sirey, Paris, 1970, p. 422.

Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 421. (٤)

Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 421. (٥)

Cf. Charles Rousseau, op. cit., pp. 421 — 422. (٦)

الموجه اليه بالوضع محله ، بحيث يستحيل عليه - نتيجة ذلك - الدفع بجهله اياه (١) . وإذا كان هذا هو الأثر المباشر للإبلاغ ، فقد ترتب عليه - في حالات معينة - آثار أخرى غير مباشرة ذات أهمية لا ينبغي اغفالها يسهم في إحداثها عادة مسلك الدولة الموجه إليها ، كما لو سكتت هذه الأخيرة عن الاحتجاج على ما أبلغت به رسمياً من أوضاع تمس مصالحها ، إذ يعتبر سكوتها رغم الإبلاغ - في هذه الحالة - بمثابة الاعتراف الضمني بالوضع محله .

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد - كذلك - أن التعود عن القيام بالإبلاغ الإلزامي يترتب عليه عدم جواز الاحتجاج بالوضع الواجب إبلاغه في مواجهة من كان يتعين إبلاغه به حتى ولو علم به من طريق آخر ، وأن الإبلاغ قد يتصف - في حالات معينة - بوصف العمل الشرطي (acte-condition) إذا ما أهدف القيام به إخضاع أشخاص بعينهم لأحد المراكز القانونية الدولية ذات الطبيعة العامة الموضوعية . ومن أهم الأمثلة لهذا النوع من أنواع الإبلاغ المتصف بوصف العمل الشرطي ، إبلاغ الدولة المقدمة على الحرب أعداءها بعزمها على البدء في القتال (la notification formelle de l'ouverture des hostilités) المعروف - اختصاراً - باسم إعلان الحرب (la déclaration ds guerre) (٢) فهو - في رأينا - تصرف من جانب واحد غاية إخضاع معان الحرب وإعدادها لمركز المحارب كما تنظمه قواعد الحرب ، وإخضاع غيرهم لمركز المحايدين .

هذا ولا يفوتنا أن نشير - أخيراً - إلى أن من الكتاب من ينكر على الإبلاغ وصف التصرف القانوني معتبراً اياه مجرد عمل ارادي ذي طبيعة اعلامية ليس من شأنه ترتيب أية آثار قانونية تجعله جديراً بوصف

Cf. Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 347.

(١)

Arrigo Cavaglieri, op. cit., p. 515,

Cf. Charles Rousseau, Précis Dalloz, op. cit., pp. 340 et s. (٢)

DE L'EFFET DES TRAITES VIS-A-VIS DES PARTICULIERS

Par

MOHAMED SAMI ABD EL-HAMID

Professeur – Adjoint de Droit International Public
à la Faculté de Droit d'Alexandrie

INTRODUCTION

1. *La Commission du droit international et la question de l'application des traités créant des obligations à la charge de particuliers ou des droits en leur faveur.*

S'il est bien admis, dans la pratique la doctrine et la jurisprudence internationales, que «tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi», (1) et qu'en principe un tel acte juridique international «ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement» (2), la question se pose souvent de savoir si, et dans quelle mesure, les traités internationaux peuvent faire naître des droits directs en faveur des particuliers.

(1) Cf. L'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cf. aussi l'article 23 du projet d'articles sur le droit des traités préparé par la Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session (Genève, 4 Mai — 19 Juillet 1966), Documents officiels de l'Assemblée générale, Vingt et unième session, Supplément No. 9, (A/6309/ Rev. 1), p. 14.

(2) Cf. l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités Cf. aussi l'article 30 du projet précité, op. cit., p. 15.

Malgré son importance aussi théorique que pratique, le problème reste malheureusement peu exploré, et l'on ne trouve guère des études approfondies lui consacrées (3).

Même la Commission du droit international — aussi compétente qu'elle soit — n'avait pas l'audace de traiter au fond un sujet si périlleux. Dans son rapport sur les travaux de sa dix-huitième session (4 mai — 19 juillet 1966), par lequel son projet d'articles sur le droit des traités fut présenté à l'Assemblée générale des Nations Unies, la Commission avait le soin de souligner que « le projet ne comporte aucune disposition concernant l'application des traités créant des obligations à la charge de particuliers ou des droits en leur faveur ». (4) et de rappeler ce qu'elle a déjà précisé dans son rapport sur les travaux de sa seizième session, à savoir qu'elle avait « examiné la question de l'application des traités créant des obligations ou des droits à l'égard des particuliers », et que « certains membres de la Commission souhaitaient voir figurer dans le présent projet d'articles une disposition à ce sujet, mais d'autres estimaient qu'une telle disposition dépasserait la portée actuelle du droit des traités, et devant cette divergence d'opinions, le rapporteur spécial a retiré cette proposition » (5). En fait, compte tenu de l'intérêt théorique

(3) La seule étude approfondie consacrée à notre sujet remonte à l'avant-guerre. C'est un article dû au feu professeur Marcel Sibert, que fut publié aux *Mélanges Mahaim* sous le titre: "De l'effet des traités vis-à-vis des individus." (Cf. *Les mélanges offerts à Ernest Mahaim*, tome II, Sirey, Paris, 1935, pp. 332 — 340).

Cf. aussi les dix pages précieuses écrites par Charles Rousseau dans son ouvrage monumental intitulé: *Principes généraux du droit international public*, Tome I, Editions A. Pedone, Paris, 1944, pp. 429 — 439.

(4) Cf. le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session (4 mai — 19 juillet 1966), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, No. 33.

(5) Cf. le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa seizième session (11 mai — 24 juillet 1964), Document A/5809, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, No. 22, p. 184.

et pratique indiscutable qu'il présente, le problème des effets directs que les traités internationaux puissent produire à l'égard des particuliers n'a pas manqué d'attirer l'attention de deux des rapporteurs spéciaux de la Commission, et l'on trouve bien dans le quatrième rapport de Sir Gerald Fitzmaurice(6), et dans le troisième rapport de Sir Humphrey Waldock (7), des projets d'articles visant la codification des règles relatives à notre sujet.

(6) Sous un Rubrique "b" intitulé "Effets des traités à l'égard des personnes physiques et des personnes morales à l'intérieur de l'Etat", l'article 32 du projet d'articles présenté par Sir Gerald qui avait pour titre "Traité imposant des obligations à des personnes physiques ou à des personnes morales", précisait que "lorsqu'un traité impose des obligations à titre individuel à des ressortissants des Etats contractants (y compris les personnes morales) ou bien interdit ou restreint certaines activités individuelles, les Etats contractants sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour assurer que leur ressortissants — personnes physiques ou personnes morales — sont libres en vertu des lois internes applicables d'exécuter ces obligations et de se conformer à ces interdictions ou restrictions, ils doivent en outre faire en sorte dans la mesure du nécessaire que les dits ressortissants soient tenus par les lois internes de le faire."

D'autre part l'article 33 relatif aux traités bénéficiant à des personnes physiques ou des personnes morales", disposait que "(1) Sous réserve du paragraphe 2 ci-dessous, lorsqu'un traité confère des droits, intérêts, ou profits à des personnes physiques ou morales ou leur bénéficie de toute autre manière les Etats contractants ont le devoir de ne mettre aucun obstacle à la jouissance de ces droits, intérêts, profits et avantages par les personnes physiques ou morales en question, et à prendre toutes mesures nécessaires pour rendre ces droits, intérêts, profits, et avantages effectifs sur le plan interne (2) Les dispositions du paragraphe précédent ne portent pas atteinte au pouvoir discrétionnaire de renonciation, de transaction, ou d'abandon qu'a tout Etat ou tout gouvernement touchant les droits, intérêts, profits et avantages conférés à ses ressortissants en vertu d'un traité auquel il est partie. Les personnes physiques et les personnes morales peuvent elles aussi en ce qui les concerne exercer un droit de renonciation, de transaction, ou d'abandon touchant les droits, intérêts, profits ou avantages qui leur sont réservés ou qui leur reviennent directement ou indirectement en vertu d'un traité. Toutefois, si elles le font, leur Etat ou leur gouvernement ne perd pas le droit, en tant que partie au traité, de réclamer ou d'exiger l'exécution intégrale du traité."

Cf. Sir Gerald Fitzmaurice, Quatrième rapport sur le droit des traités, Document A/CN.4/120, Annuaire de la Commission du droit international, 1959, vol. II, pp. 50 et s.

(7) L'article 66 du projet d'articles présenté à la Commission du droit international par Sir Humphrey Waldock fut intitulé : "Application des traités aux individus", et précisait que "lorsqu'un traité crée des obligations ou des droits qui

Mais bien qu'ayant eu tous les deux le soin d'assurer la Commission que les dits projets d'articles «ont été rédigés de façon à éviter, si possible, toute controverse théorique touchant la situation des personnes physiques et des personnes morales en droit international, et le point de savoir dans quelle mesure elles en sont des sujets directs». (8) et que dès lors la Commission n'était pas obligé à prendre position à ce sujet (9), la Commission a préféré, tout de même, comme nous l'avons d'ailleurs indiqué ci-dessus, de ne pas aborder un sujet aussi périlleux.

2 — *Comment étudier le problème ?*

Si la Commission du droit international a estimé, et non sans raison, que les règles relatives à l'application des traités internationaux créant des obligations ou des droits à l'égard des particuliers n'étaient pas assez mûres pour être codifiées, nous estimons, quant à nous, que la question, étant donné son importance aussi théorique que pratique, mérite quand même d'être soigneusement examinée, car c'est, à notre avis la rareté des études approfondies lui consacrées qui a retardé son mûrissement.

doivent être remplis ou exercés par des personnes physiques, des personnes morales ou des groupements de personnes physiques, ces obligations ou ces droits sont applicables aux personnes physiques, personnes morales, ou groupements en questions :—

- a) par le truchement des Etats contractants au moyen de leur régime juridique interne.
- b) par le truchement des procédures et organes internationaux institués à cet effet, le cas échéant, par le traité en question, ou par tous autres traités ou instruments en vigueur.".

Cf. Sir Humphrey Waldock, Troisième rapport sur le droit des traités, Document A/CN.4/167 et add. 1 à 3, Annuaire de la Commission du droit international, 1964, vol. II.

(8) Cf. Sir Gerald Fitzmaurice, le quatrième rapport précité, No. 155, p. 79.

(9) Cf. Sir Humphrey Waldock, le troisième rapport précité, Commentaire sur l'article 66, No. 1.

A notre avis, aucune étude sérieuse de notre sujet ne saurait être bien menée, à moins qu'elle ne soit entreprise à partir des données positives respectives de chacun des ordres juridiques nationaux, des ordres juridiques internes des organisations internationales et de l'ordre juridique international, l'existence autonome et distincte de chacun de ces ordres étant un fait que l'on ne saurait nier.

En effet, afin qu'un certain acte de volonté, ainsi que le traité international, puisse faire naître des droits subjectifs directs en faveur d'un certain être, tel l'individu, ou lui imposer directement des obligations il faut nécessairement que l'ordre juridique auquel appartient l'acte aussi bien que l'être, reconnaisse au premier la qualité de "source de droit" et au second "la personnalité juridique", c'est-à-dire la capacité d'être un sujet de droit.

Or, comme il n'y a aucun être qui se trouve revêtu, par sa nature même, de la personnalité juridique, et comme il n'existe non plus aucun acte de volonté ayant par soi-même la capacité de faire naître des droits ou des obligations, car c'est, en fait, à chaque ordre juridique que revient la compétence de déterminer ses sujets de droit, et les sources des règles lui appartenant, on ne saurait, à notre avis, bien répondre à la question qui fait l'objet de nos recherches (à savoir : Les traités internationaux font-ils naître directement des droits ou des obligations à l'égard de particuliers ?), sans se poser préalablement, dans le cadre de chaque ordre juridique distinct, les deux questions préliminaires que voici :

- a) Le traité international est-il, ou non, l'une des sources de droit reconnues par l'ordre juridique en question ?

b) L'individu est-il, ou non, l'un des sujets de droit du dit ordre juridique ?

La réponse à chacune de deux questions que nous nous avons posées étant, comme nous l'avons bien indiqué, du ressort de l'ordre juridique au sein duquel se pose la question, et ne devant forcément être la même dans le cadre de chacun des ordres juridiques précités, nous estimons que le problème doit être examiné successivement en fonction des données positives respectives des ordres juridiques nationaux, de l'ordre juridique international, et des ordres juridiques internes des organisations internationales.

Ainsi notre plan se trouve bien tracé. Dans un premier chapitre nous étudierons le problème dans le cadre des ordres juridiques nationaux; dans un deuxième chapitre le problème sera étudié dans le cadre de l'ordre juridique international,¹ et le troisième chapitre sera consacré à l'étude du problème dans le cadre des ordres juridiques internes des organisations internationales.

CHAPITRE I

LE PROBLÈME DANS LE CADRE DES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX

3 — *Position du problème.*

S'il ne fait aucun doute que l'individu se trouve toujours revêtu de la personnalité juridique dans le cadre de tous les systèmes juridiques étatiques contemporains, le problème se pose souvent de savoir "comment le Traité, acte juridique international, va-t-il produire des effets sur le plan interne à l'égard des individus?" (10), et si l'adoption des formalités spéciales d'ordre national se trouve toujours nécessaire afin que les juges nationaux puissent procéder à l'application des traités internationaux créant des droits en faveur des particuliers, ou leur imposant certaines obligations.

La solution de notre problème dépend donc de la réponse que l'on se trouve en mesure de donner à la question que voici : le traité international est-il l'une des sources du droit interne de chacune des parties contractantes ?

Avant de préciser notre point de vue sur la réponse que l'on doit donner à la question précitée, nous croyons devoir passer d'abord en revue l'attitude de la doctrine, de la jurisprudence internationale, et des différents systèmes juridiques nationaux à l'égard de notre problème afin de le rendre plus clair, et par conséquent apte à être résolu.

(10) Cf. Louis Cavaré, *Le droit international public positif*, Tome II, deuxième édition, Editions A. Pedone, Paris, 1962, p. 134.

4 — *L'attitude de la doctrine.*

On sait bien que le problème de la valeur de source du droit que les traités internationaux peuvent avoir dans le cadre de chacun des systèmes juridiques nationaux des parties contractantes relève théoriquement d'un autre problème plus radical, mais non moins controversé, à savoir le problème relatif à la nature des rapports qui existent entre les droits internes et le droit international, et que ce dernier problème a suscité des développements théoriques et doctrinaux très considérables, et que le débat sur cette question était à l'origine de la naissance de deux écoles très célèbres : l'école moniste et l'école dualiste.

Si certains auteurs trouvent que "le sentiment général, aujourd'hui, est que ce débat théorique est épuisé et que les historiens futurs de la doctrine du droit international le considéreront peut-être comme une des caractéristiques de la première moitié du XXème siècle"(11) et qu'il "serait donc aussi téméraire que superflu de vouloir reprendre une discussion quasi achevée" (12), nous trouvons au contraire "que ce débat est destiné à se prolonger même si ses termes doivent subir des changements essentiels et si certaines données autrefois controversées doivent être considérées comme acquises". (13) En fait s'il est vrai que "le débat entre monistes et dualistes a perdu ces derniers temps beaucoup de son acuité" et que certains "monistes ont accepté la technique dualiste", et que du côté dua-

(11) Cf. Max Sorensen, *Principes de droit international public*, R.C.A.D.I., 1960/3, t. 101, p. 109,

(12) Cf. Krystyna Marek, *Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la C. P.J.I.*, R.G.D.I.P., 1962, p. 261.

(13) Cf. Rolando Quadri, *Cours général de droit international public*, R.C.A.D.I., 1964/3, t. 113, p. 280.

liste “on emploie en général un langage plus souple et modéré.”, “l’opposition entre les deux théories n’a pas cessé d’exister. Le fait que monistes et dualistes se sont rapprochés n’implique nullement qu’il se sont réunis.”(14)

Alors, étant donné l’importance de la querelle doctrinale qui oppose l’école moniste à l’école dualiste, nous proposons de jeter un peu de lumière sur les deux points de vue divergents.

Selon la thèse dualiste “aucun traité ne peut recevoir tel quel et directement exécution en droit interne, et il ne confère jamais de droits à des particuliers” (15), car, le droit international et le droit interne n’ayant ni les mêmes destinataires ni le même contenu, “il faut que le droit interne impose aux individus ce que le droit international impose aux Etats d’imposer aux individus” (16)

En fait les dualistes ne considèrent pas le traité international comme une source de droit interne, et dès lors n’admettent pas qu’il puisse être directement appliqué à l’égard des individus et ainsi leur créer des droits ou leur imposer des obligations. Ce point de vue se trouve, en effet, bien souligné par tous les chefs de l’école dualiste.

Etant d’avis que “le droit international public et le droit interne sont non seulement des parties, des branches du droit distinctes, mais aussi des systèmes juridiques distincts”, et que “ce sont deux cercles qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais” (17), Triepel

(14) Cf. Rolando Quadri, *op. cit.*, p. 290.

(15) Cf. Paul Reuter, *Principes de droit international public*, R.C.A.D.I., 1961/2 t. 103, p. 494.

(16) Cf. Rolando Quadri, *op. cit.*, p. 299.

(17) Cf. C.H. Triepel, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, R.C.A.D.I., vol. I, 1923, p. 83.

trouve, quant à lui, qu'un traité international n'est donc jamais en soi un moyen de création du droit interne". Il n'est, selon lui, qu'une simple "invitation à créer ce droit", la formation du droit reposant "toujours, dans l'Etat, sur un acte particulier de volonté de l'Etat, distinct de sa participation au développement juridique international" (18).

D'après Anzilotti "les clauses qui se rencontrent fréquemment dans les traités et qui, en apparence, expriment l'attribution des droits ou l'imposition de devoirs à des individus ou à des organes (par exemple le droit d'accès aux tribunaux, le droit d'acquérir des biens, le droit d'exercer le commerce, d'obtenir des brevets, etc., et les devoirs correspondants d'autres individus ou d'organes étatiques), en réalité, dans la mesure où elles font partie du traité, sont des manières impropres d'exprimer que l'Etat promet à un autre Etat d'accorder les droits dont il s'agit ou d'imposer des obligations"(19) car à son avis, "il n'est pas possible qu'un traité international soit en même temps, ou devienne une loi de l'Etat"(20) étant donné que "le traité et la loi sont distincts entre eux, de même que sont distincts les ordres juridiques auxquels l'un et l'autre appartiennent"(21).

(18) Cf. C.H. Triepel, *op. cit.*, p. 84.

(19) Cf. Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international, Premier volume (Introduction — théories générales)*, Traduction française d'après la troisième édition italienne revue et mise au courant par l'auteur, par Gilbert Gidel, Sirey, Paris, 1929, pp. 403 — 404,

(20) Cf. Dionisio Anzilotti, *op. cit.*, p. 404.

(21) Il précise, cependant, que "si le traité, comme tel, n'est pas et ne peut pas devenir, une loi, il peut à l'inverse être et il est fréquemment l'occasion de l'édition d'une loi, ou mieux de normes juridiques internes requises pour l'exécution des obligations ou pour l'exercice des droits naissant du traité."

Cf. D. Anzilotti, *op. cit.*, p. 405.

C'est aussi le point de vue de Louis le Fur (22), et de Paul Fauchille(23) ,mais c'est peut être Laband qui a exposé la thèse dualiste avec le plus de force quand il a précisé qu' "un traité international n'a pas, par sa nature, d'effets juridiques à l'intérieur vis-à-vis des corps constitués et des sujets, mais purement et simplement à l'extérieur ... Les traités engagent simplement les Etats et jamais leurs sujets; ils ne créent toujours que des droits et des devoirs internationaux, jamais des règles de droit. Les sujets sont engagés, non par des transactions internationales, mais uniquement par des ordres de leur gouvernement"(24)

Si les dualistes nient au traité international la qualité de source de droit, et dès lors n'admettent jamais qu'il puisse faire naître directement des droits ou des obligations à l'égard des individus, les monistes trouvent, quant à eux, comme Georges Scelle l'a bien souligné, qu'il n'existe logiquement aucun besoin "pour que le traité soit obligatoire dans chaque circonscription étatique déterminée, qu'il soit "introduit" dans l'ordre juridique interne par un acte de puissance publique qui l'y incorporerait"(25)

(22) Cf. Les documents relatifs à l'avis consultatif No.15 rendu par la Cour permanente de Justice Internationale le 3 mars 1928 dans l'affaire de la compétence des tribunaux dantziens à l'égard des fonctionnaires des chemins de fer polonais, Publications de la C.P.J.I., Serie C, No. 14/1, Treizième session, pp. 287 — 300, surtout p. 288 et p. 289.

(23) Fauchille trouve qu'afin que les traités "produisent leurs effets vis-à-vis des citoyens et des sujets d'un Etat, il faudra que cet Etat accomplisse certains actes à l'intérieur de lui-même".

Cf. Paul Fauchille, Traité de droit international public, Tome Ier., 3ème Partie, Paris, 1926, p. 355.

(24) Cf. Laband, Le droit public de l'Empire allemand, traduction Française, Tome II, pp. 438 et s., cité par Charles Rousseau, Principes généraux du droit international public, Tome I, Editions A. Pedone, Paris, 1944, p. 430.

(25) Cf. Georges Scelle, Droit international public (Manuel élémentaire avec les textes essentiels), Les éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1944, p. 471.

et que le traité international peut créer des droits directs pour les individus et les imposer directement des obligations car “son effet est immédiat et non médiat sur ces individus”(26).

En fait, les partisans de l'école moniste sont unanimes à déclarer avec Scelle que les traités internationaux obligent immédiatement et directement les particuliers, et “n'ont besoin d'aucun acte d'introduction ou de réception dans le droit interne pour avoir force obligatoire”(27), car, comme Hans Kelsen le précise, “si le droit international pouvait obliger l'Etat seul et non ses sujets..., il serait absolument dépourvu de force obligatoire. Car, si de l'Etat on soustrait...les individus, il ne reste plus rien qui puisse être obligé” (28).

5 — *L'attitude de la jurisprudence internationale.*

Malgré le prestige indéniable de la pensée dualiste, et l'influence considérable qu'elle n'a pas manqué d'exercer sur la jurisprudence internationale depuis plusieurs décennies, celle-ci s'est trouvée devant des cas où il lui était vraiment bien difficile de repousser certaines solutions incompatibles avec le dualisme classique, et de ne pas “reconnaître que les traités internationaux pouvaient établir des règles juridiques s'adressant directement aux particuliers”(29).

Cette évolution a commencé, en fait, par la sentence arbitrale rendue le 21 octobre 1861 par le Sénat de Ham-

(26) Cf. Georges Scelle, *Précis de droit des gens (Principes et systématique)*, Deuxième partie, Sirey, Paris, 1934, p. 348.

(27) Cf. Georges Scelle, *op. cit.*, p. 349.

(28) Cf. Hans Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, R.C.A.D.I., 1926/4, t. 14, pp. 287—288.

(29) Cf. Charles Rousseau, *op. cit.*, p. 437.

bourg dans l'affaire Yuille Shortridge et Cie entre la Grande-Bretagne et le Portugal (30) consacrant implicitement la théorie en vertu de laquelle lorsqu'un traité vise la protection des intérêts privés, les particuliers intéressés peuvent renoncer à son bénéfice, ce qui implique que c'est à ces particuliers que le traité a reconnu des droits. Il va de soi qu'admettre que les droits créés par un traité au profit d'individus peuvent faire, de la part de ceux-ci, l'objet d'une renonciation, c'est en effet admettre que les traités peuvent créer des droits directs en faveur des particuliers(31).

La deuxième phase de l'évolution jurisprudentielle anti-dualiste fut consacrée par la sentence arbitrale rendue le 7 septembre 1910 par la Cour permanente de l'Arbitrage dans l'affaire des Pêcheries de la Côte Septentrionale de l'Atlantique opposant La Grande-Bretagne aux Etats Unis(32).

Dans cette affaire la C.P.A. eut à interpréter le traité du 20 octobre 1818 entre la Grande-Bretagne et les Etats Unis, et la question de l'effet des traités internationaux à l'égard des particuliers fut l'une des celles qui retinrent son attention. La Cour trouva que "les habitants des Etats Unis ne tirent pas la liberté de pêcher directement du traité, mais du gouvernement des Etats Unis comme partie du traité"(33), parce que "le traité n'entend

(30) Cf. A. De La Pradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux* Tome Deuxième (1856 — 1872), Paris, 1957, p. 78 et s.

(31) Cf. pour l'analyse de cette sentence : Charles Rousseau, *op. cit.*, p. 437; Marcel Sibert, *De l'effet des traités vis-à-vis des individus*, Mélanges offerts à Ernest Maheim, Tome II, Sirey, Paris, 1935, p. 336.

(32) Cf. pour le texte de cette sentence: James Brown Scott, *Les travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye*, Oxford University Press, New-York, 1921, pp. 153—238.

(33) Cf. la sentence rendue par la C.P.A., *op. cit.*, p. 186.

pas accorder à des individus ou à une classe de personnes la liberté de pêcher” mais “entend assurer aux Etats Unis une part des pêcheries.... non seulement dans l’intérêt d’une certaine classe d’individus, mais, aussi dans l’intérêt des Etats Unis et de Grande-Bretagne”.(34)

L’importance de cette sentence réside dans le fait que “jusque-là le problème, qu’on le tranchât en reconnaissant ou en niant que les traités puissent imposer directement des droits ou des devoirs aux particuliers, n’avait pas cessé d’être d’ordre purement abstrait. Dans sa réponse au second point que les Etats en litige lui avait soumis, la Cour Permanente d’Arbitrage en fit une question d’interprétation de la volonté des parties”(35). Elle tira, en fait, sa conclusion que “les habitants des Etats Unis ne tirent pas la liberté de pêcher directement du traité”, de l’intention des parties de ne “pas accorder à des individus ou à une classe de personnes la liberté de pêcher dans certaines eaux”, d’où l’on pourrait déduire qu’elle a tacitement reconnu au traité la capacité de faire naître des droits directs en faveur des particuliers si tel était bien l’intention des Parties contractantes.

“Le germe nouveau déposé par cette décision, d’une manière encore un peu confuse, dans la théorie des traités internationaux et leurs effets, devait être précisé et développé, vingt ans après environ”(36) par un avis consultatif très célèbre rendu par la Cour permanente de justice internationale le 3 mars 1928 dans l’affaire de la compétence des tribunaux de Dantzing (Réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantzikois passés au service polonais, contre l’administration polonaise des chemins

(34) Cf. la sentence rendue par la C.P.A., op. cit., p. 185.

(35) Cf. Marcel Sibert, op. cit., p. 337.

(36) Cf. Marcel Sibert, op. cit., p. 338.

fer) (37) que l'on considère généralement comme le précédent jurisprudentiel le plus important dans la matière.

La question qui se posait devant la Cour, dans cette affaire, était celle de savoir si l'accord polono-dantzikois du 22 octobre 1921, relatif aux droits et obligations du personnel ferroviaire dantzikois passé au service de l'Administration polonaise (le Beamtenabkommen), avait des effets directs à l'égard dudit personnel.

Les thèses des deux parties peuvent être brièvement resumées de la manière suivante :

(A) La pologne soutenait :

1. que le Beamtenabkommen, accord international, ne crée de droits et d'obligations qu'entre les Parties contractantes.

2. que le Beamtenabkommen, comme tel, ne pouvait — ses dispositions n'ayant pas été incorporées dans la législation interne polonaise — créer directement des droits et obligations pour les individus intéressés.

B) Dantzig soutenait, par contre, que le Beamtenabkommen, bien qu'il soit en la forme, un accord international, était destiné, dans l'intention des Parties contractantes, à constituer une partie du "complexe des stipulations qui établit les rapports juridique entre l'Administration des chemins de fer et les employés" (Contrat de service), et que c'est le fond plutôt que la forme d'un acte qui détermine son caractère juridique (38).

(37) Cf. l'avis consultatif No. 15, Publication de la C.P.J. I., Serie B, No. 15.

(38) Cf. l'avis consultatif précité, p. 17.

La Cour, quant à elle, consacra la thèse dantzikoi, se en considérant l'accord en question comme faisant partie intégrante du contrat de service des fonctionnaires dantzikois, et en reconnaissant aux juridictions internes le droit et le devoir de l'appliquer, malgré son défaut d'incorporation dans les règlements polonais.

Voici le passage essentiel de l'avis consultatif :

“Le point litigieux revient donc à ceci : le Beamtenabkommen tel qu'il est, fait-il partie du complexe des dispositions qui regissent les rapports juridiques entre l'Administration polonaise des chemins de fer et les fonctionnaires dantzikois passés à son service (contrat de service) ?

La réponse à cette question dépend de l'intention des Parties contractantes. On peut facilement admettre que, selon un principe de droit international bien établi, le Beamtenabkommen, accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux. Que telle ait été l'intention, dans le cas présent, c'est ce que l'on peut établir en se référant aux termes du Beamtenabkommen. Le fait que les diverses dispositions ont revêtu la forme d'un Abkommen est une preuve complémentaire, mais non une preuve décisive, quant à la nature et à l'effet juridique de l'acte. L'intention des Parties — que l'on doit chercher dans le contenu de l'accord, en prenant en considération la manière dont l'accord a été appliqué — est décisive. Ce principe

d'interprétation doit être appliqué par la Cour en la présente espèce”(39).

Cet avis consultatif, étant le précédent jurisprudentiel le plus important dans la matière, fut et reste jusqu'à maintenant, diversement interprété par la doctrine.

Quelques auteurs [(Sibert (40) et Lauterpacht (41)] l'interprètent comme signifiant que des droits ou des obligations peuvent être directement conférés ou imposés à des individus par voie de traité, si “les hautes Parties Contractantes ont accepté que le traité conférât directement des droits à leurs ressortissants”, ou “si ces ressortissants peuvent administrer la preuve de cette volonté ou de cette simple intention des parties”(42).

D'autres auteurs doutent que tel soit vraiment le sens de l'avis de la Cour.

Lord McNair trouve en effet que :

“The simple and natural explanation of the effect of the Advisory Opinion is as follows :—

- a) Poland came under a duty to give to the railway officials who opted to remain in the Polish Railway Service, the benefit of the provisions of the Beamtinnenabkommen, and this duty was discharged by incorporating those provisions into the officials' contracts of service by means of their declarations

(39) Cf. L'avis consultatif précité, pp. 17 et 18.

(40) Cf. Marcel Sibert, De l'effet des traités vis-à-vis des individus, Mélanges offerts à Ernest Mahaim, Tome II, Sirey, Paris, 1936, pp. 339 — 340.

(41) Cf. Sir Hersch Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court, Stevens, London, 1958, pp. 173 — 176.

(42) Cf. Marcel Sibert, op. cit., p. 340.

of readiness to remain in the Polish Railway service upon the conditions contained in the Beamtenabkommen.

- b) the contracts of service were not international agreements, and, when suing the Administration in reliance upon those provisions, the officials were enforcing municipal rights — not international rights — in municipal courts”(43).

Anzilotti, le président de la Cour qui a émis l’avis, trouve quant à lui, qu’il n’est aucunement en contradiction avec la thèse dualiste. D’après lui, l’avis “ne dit pas qu’un traité, comme tel, peut créer des droits et des obligations pour des individus, sans besoin que les règles y afférentes soient incorporées dans le droit interne : il dit seulement que l’intention des Parties Contractantes peut être celle d’adopter des règles déterminées créant des droits et des obligations pour des individus et susceptibles d’être appliquées par les tribunaux nationaux. Si, dans le cas d’espèce, la Cour n’a pas cru nécessaire d’examiner si l’adoption des règles formulées dans l’accord avait effectivement eu lieu, c’est parce qu’elle a retenu que la partie qui s’était obligée d’adopter les dites règles ne pouvait en aucun cas se prévaloir du fait de ne pas avoir exécuté cette obligation pour se soustraire aux devoirs que l’accord lui imposait envers l’autre partie contractante” (44).

C’est, à notre avis, Charles Rousseau qui a saisi le mieux la vraie portée de cet avis consultatif, quand il a

(43) Cf. Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, at the Clarendon Press, 1961, p. 338.

(44) Cf. Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, Traduction Française par Gilbert Gidel, Sirey, Paris, 1929, pp. 407 — 408.

écrit qu'il ne touche en rien, au principe général d'après lequel "un traité international n'est pas en soi source de droit interne" mais admet "et par là on dépasse les vues étroites de la théorie dualiste", qu'il est toujours possible de stipuler le contraire et de décider qu'un traité constituera une source directe de droits et d'obligations pour des particuliers" avant de conclure en déclarant que "s'il est vrai qu'un traité n'a pas en principe d'effets directs à l'égard des individus, il est abusif d'en conclure, comme l'ont fait les dualistes, qu'il ne peut jamais en avoir. Est seul déterminant à cet égard l'accord de volontés des Parties"(45).

A notre avis, admettre — en tant qu'exception à la règle générale selon laquelle un "accord international ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers" — qu'un tel acte juridique international pourrait constituer une source directe de droits et d'obligation pour des particuliers, si les Parties contractantes entendaient lui attribuer cette capacité, implique logiquement la distinction entre deux catégories bien distinctes des traités internationaux, à savoir :

- a) Les traités internationaux non self-executing qui ne peuvent produire des effets directs à l'égard des individus, à moins qu'ils ne soient introduits dans le droit interne de l'Etat en question.
- b) Les traités internationaux self-executing qui peuvent créer directement des droits et des obliga-

(45) Cf. Charles Rousseau, *op. cit.*, pp. 438 — 439.

tions pour les particuliers sans qu'il soit nécessaire de leurs transformer d'abord en droit interne(46)

Le principe général étant que le traité international n'est pas en soi une source de droit interne, l'on peut soutenir l'existence d'une simple présomption d'après laquelle tout traité doit être considéré comme non-self-executing à moins qu'il ne soit établi que les Parties contractantes ont voulu lui attribuer le caractère self-executing, l'intention consciente des Parties contractantes étant, d'après la C.P.J.I., le seul critère valable pour déterminer le caractère self-executing des traités.

(46) Cf. pour la définition du caractère self-executing que le traité international pourrait avoir :

Leslie Henry, *When is a treaty self-executing*, Michigan Law Review, vol. 27, 1928 — 1929, pp. 776 — 785.

D'après Mr. Henry "a self-executing treaty is a treaty which, of its own force, furnishes a rule of municipal law for the guidance of municipal courts in deciding cases involving the rights of individuals" (p. 776).

Cf. aussi J. H.F. Van Panhuys, *Relations and interactions between international and national sciences of law*, R.C.A.D.I., 1964/2, t. 112, pp. 76. — 77

D'après Van Panhuys le terme "self-executing" pourrait être utilisé en deux sens bien distincts :

(1) "the term may be used to express the concept that under the law of a given State, certain rules of international law, especially those laid down in treaties, do not need any incorporation in order to have internal effect. ... The term thus used does not indicate to what extent a given rule of international law will be operative within the ambit of municipal law. It simply signifies that, in respect to the type of rule concerned, there is no necessity, as a matter of principle, for any incorporation enactment.

(2) "Secondly, the term may be employed to denote the character of the rules concerned. If taken in this sense, the expression "non self-executing" means that the rule is so phrased as to require further enactments for its implementation.

If taken in its second meaning, the term connotes a general concept, valid also in other fields of law.

A statute, ... may just as well be non self-executory, or self-executory, as a treaty".

Notons, enfin, que dans un arrêt rendu le 5 février 1963, dans l'affaire No. 26 — 62(47) la Cour de Justice des Communautés Européennes, était d'avis que pour savoir si l'un des articles "du traité a un effet immédiat en droit interne, dans le sens que les ressortissants des Etats membres pourraient faire valoir sur la base de cet article des droits que le juge national doit sauvegarder,... il faut en envisager l'esprit, l'économie, et les termes"(48), et trouvant "que selon l'esprit, l'économie, et le texte du traité (instituant la C.E.E.), l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder"(49) elle déclara "pour droit", que "l'article 12 du traité instituant la C.E.E. produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder"(50)

Cet arrêt marque, à notre avis, une nouvelle étape dans l'évolution de la jurisprudence internationale.

Tandis que la Cour permanente, avait le soin de préciser, dans son avis consultatif précité, que "selon un principe de droit international bien établi", un traité international "ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers", et que l'intention consci-

(47) Cf. Cour de Justice des Communautés Européennes, Demande de décision préjudicielle au sens de l'article 177 du traité C.E.E., présentée par la Tariefcommissie à Amsterdam le 16 août 1962 dans le litige : N.V. Algemene Transport — En Expeditie Onderneming Van Gend & Loos, contre Administration fiscale Neerlandaise, Affaire No. 26 — 62, Arrêt de la Cour du 5 février 1963.

(48) Cf. l'arrêt précité, p. 22.

(49) Cf. l'arrêt précité, p. 25.

(50) Cf. l'arrêt précité, p. 28.

ente des Parties contractantes est le seul critère valable pour déterminer le caractère self-executing que pourraient avoir certains traités, “in its turn the European Court has moved still further away from this premise. No reference can be found in the Van Gend & Loos decision to any well-established principle militating against the creation of private rights and duties under international law nor was an reference made to the “intention of the parties”. The words actually employed, namely “having regard to the spirit, system and wording” of the relevant treaty provisions, do not appear at any rate to require any actual or conscious “intention” on the part of the persons who have participated in drafting the text. It is the nature or spirit of their product that is thus held to be conclusive rather than their intentions”(51)

Nous pouvons donc conclure que de la conception dualiste jadis dominante dans la pratique internationale, la jurisprudence internationale ne retient plus qu'une simple présomption (d'ailleurs refutable) de l'inapplicabilité immédiate des traités, et que le critère du caractère self-executing du traité n'est plus nécessairement l'intention consciente des Parties contractantes, mais peut aussi être dégagé de la nature même du traité en question.

6 — *Le problème dans le cadre de principaux systèmes juridiques nationaux :*

A l'avis de certains auteurs, le problème des effets directs que les traités internationaux pourraient produire à l'égard des particuliers “n'est pas un problème de droit

(51) Cf. J.H.F. Van Panhuys, *op. cit.*, p. 32.

international, mais un problème de technique constitutionnelle”(52), que l’on ne saurait envisager que “in the light of the national legal system concerned”(53), car c’est en effet à la constitution de chaque Etat “qu’il appartient de dire de quels critères l’administration et les tribunaux devront s’inspirer pour faire prévaloir la norme internationale”(54), et de déterminer “si un traité, même s’il est conclu avec l’approbation de l’organe législatif, doit être transformé en une loi ou en un décret du pouvoir exécutif”(55).

Si l’on examine le problème à la lumière des données constitutionnelles relatives aux principaux systèmes juridiques nationaux, l’on ne manque pas de remarquer que les solutions nationales ne sont pas toujours les mêmes. Tandis que certains systèmes exigent immanquablement l’intervention d’un acte juridique de transformation afin

(52) Cf. Pierre Lardy, *La force obligatoire du droit international en droit interne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1966, p. 247.

Cf. aussi Hans Kelsen, *Théorie du droit international public*, R.C.A.D.I., 1953/3, t. 84, pp. 157 — 158.

(53) Cf. Van Panhuys, *op. cit.*, p. 77.

Cf. aussi : A.E. Evans, *Self-executing treaties in the United States of America*, B.Y.B.I.L., 1953, p. 193.

D’après le professeur Evans “the definition of self-executing treaties, which is essentially a problem of the enforcement of treaties, is a matter to be determined by the municipal law of a given State, interpreted with due consideration of the constitutional history of the State, the organisation of its government, and, indeed, of the political currents of a given period”.

Il trouve aussi que “the distinction between self-executing treaties and non-self-executing treaties may not be open to generalization for purposes of international law. Nevertheless, an understanding of the nature of the problem is necessary in the field of international law, because of the implications of the problem for the basic obligation of States to execute their validly concluded international agreements”.

(54) Cf. Pierre Lardy, *op. cit.*, p. 248.

(55) Cf. Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 158.

que le traité international puisse produire des effets directs à l'égard des individus soumis à leur juridiction, d'autres systèmes nationaux font la distinction entre les traités internationaux self-executing, et les traités qui n'ont pas ce caractère et n'exigent l'intervention d'un acte de transformation qu'en ce qui concerne la deuxième catégorie.

A la tête des systèmes juridiques nationaux reconnaissant à certains traités internationaux le caractère self-executing, le système américain a une place toute particulière.

En effet, interprétant l'article 6 de la constitution des Etats Unis selon lequel tous les traités internationaux conclus ou à conclure par le gouvernement fédéral sont tenus pour la loi suprême du pays, les tribunaux de chacun des Etats fédérés devant s'y conformer nonobstant toute norme contraire de la constitution ou des lois d'un Etat fédéré (56) la Cour suprême des Etats Unis a trouvé que "tout traité conclu par les Etats Unis doit être appliqué par les organes compétents de la même manière que les lois adoptées par l'organe législatif qui est le congrès"(57) et pourrait dès lors produire des effets directs à l'égard des individus sans qu'il soit nécessaire de le transformer d'abord en droit interne par la voie d'un acte juridique spécial émanant du pouvoir législatif, lorsque "absolute

(56) L'article 6 de la constitution des Etats Unis dispose en effet que "this constitution and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof and all treaties made, or which shall be made under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land, and the judges in every State shall be bound there by, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding".

(57) Cf. Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 157.

in its terms as an ordinary statute”(58) “it is intended to operate as domestic law without enabling legislation”(59).

La distinction entre les traités internationaux self-executing et les traités internationaux non-self-executing fut en effet consacrée par la Cour suprême des Etats Unis dans l’affaire très célèbre *Foster v. Neilson*.

Après avoir rappelé le principe général selon lequel “a treaty is in its nature a contract between two nations, not a legislative act. It does not generally effect, of itself, the object to be accomplished, especially so far as its operation is infra-territorial, but is carried into execution by the sovereign power of the respective parties to the instrument”, le chief Justice Marshall déclara dans l’arrêt rendu en 1829 dans l’affaire *Foster v. Neilson* précitée que, “in the United States a different principle is established. Our constitution declares a treaty to be the law of the Land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the judicial department, and the legislature must execute the contract before it can become a rule for the court”(60).

(58) Cf. Roger Lee Mac Bride, *Treaties versus the constitution*. The Caxton Printers limited, Caldwell, Idaho, 1955, p. 40.

(59) Cf. William C. Gordon, *Self-executing treaties — The Genocide convention*, *Michigan Law Review*, 1950, vol. 48, p. 857.

(60) Cf. Alona E. Evans, *Self-executing treaties in the United States of America*, *B.Y.B.I.L.*, 1953, p. 185; — William C. Gordon, *op. cit.*, p. 853; — Roger Lea Mac Bride, *op. cit.*, p. 39; — Edwin D. Dickinson, *Are the liquor Treaties self-executing ?* *A.J.*, 1926, pp. 447 — 448.

A partir de l'arrêt rendu dans l'affaire *Foster v. Neilson*, personne en effet ne conteste plus que "it is perfectly possible, under the... constitutional provisions, to make law in the United States by exercise of the treaty power without aid from congress" (61) et que l'on doit faire la distinction entre les traités n'ayant que la valeur d'un "promise on the part of the United States to do an act" et qui ne peuvent produire des effets directs vis-à-vis des particuliers à moins qu' "an implementing statute doing the act must be passed by Congress" afin que "the Court will permit the subject matter of the treaty to be affected", et les traités self-executing qui étant "absolute in its terms as an ordinary statute ... will be enforced as the supreme law of the land" (62), sans qu'il soit nécessaire de les transformer en droit interne.

Si le système juridique américain se trouve indéniablement considéré comme le cas typique des systèmes juridiques nationaux établissant la distinction entre les traités self-executing et les traités dépourvus de ce caractère, le système juridique anglais constitue, quant à lui, l'un des exemples les plus frappants des systèmes juridiques nationaux ne reconnaissant point cette distinction.

Etablissant "une distinction nette et fortement accentuée entre le traité international et son efficacité interne"(63) la constitution anglaise confère exclusivement

(61) Cf. E.D. Dickinson, *op. cit.*, p. 447.

(62) Cf. Roger Lea Mac Bride, *op. cit.*, p. 40.

(63) D. Lasok, *Les traités internationaux dans le système juridique anglais*, R.G.D.I.P., 1966, p. 96

à la Couronne le treaty making power (64) et “n’impose aucune limite à la compétence du souverain en matière de traités”(65) qui entrent en vigueur internationalement une fois signés et ratifiés par la Reine “même si le pouvoir législatif refuse d’y collaborer”(66), l’adaptation de l’ordre juridique interne au traité étant toutefois l’affaire exclusive du Parlement(67).

En effet, l’application du principe de la Common Law d’après lequel “international law is a part of the law of the land” étant strictement réservée au droit international non écrit(68), aucun traité n’est self-executing en Grande-Bretagne, car il faut toujours transformer le traité en droit interne par un acte pris par le parlement afin qu’il puisse être appliqué par les tribunaux britanniques (69).

(64) Cf. Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, at Clarendon Press, 1961, p. 68.

Lord McNair précise en effet que “the organ in which, constitutionally, the treaty-making power resides is the Crown, that is, Her Majesty, acting upon the advice of Her Ministers. It is the Crown which in virtue of the royal prerogative issues Full Powers for the negotiation and signature of treaties and ultimately ratifies them ... Internationally the Crown is omni-competent in the matter of treaties, and we are aware of no constitutional or other limitation upon the power of the Crown to conclude on behalf of the United Kingdom an internationally valid treaty. Nevertheless,....., although the treaty is internationally valid, it does not follow that it can receive municipal effect without legislation or some other Parliamentary activity”.

(65) Cf. D. Lasok, *op. cit.*, p. 966.

(66) Cf. D. Lasok, *op. cit.*, p. 968.

(67) Cf. R. Quadri, *op. cit.*, p. 309.

(68) Cf. R. Quadri, *op. cit.*, p. 309.

(69) Cf. Lord McNair, *op. cit.*, p. 81, qui précise qu’en Grande-Bretagne “no treaty is self-executing; no treaty requiring municipal action to give effect to it can receive that effect without the co-operation of Parliament, either in the form of a statute or in some other way. Whenever a treaty, or anything done in pursuance of it, is likely to come into question in a court of law or require for its enforcement the assistance of a court of law, the question at once will arise whether any action required on the part of the executive or the courts of law to give effect to the provisions of the treaty is, or is not, already authorised by the existing law of the land. If the answer is =

Par conséquent, "eu égard aux principes du droit international et de la constitution britannique, on pourrait concevoir une situation dans laquelle un traité, valable au point de vue du droit international, ne pourrait pas entrer en vigueur par suite de refus du Parlement. En d'autres termes, il pourrait arriver qu'un traité qui lie la Grande-Bretagne sur le plan du droit international reste lettre morte du point de vue du droit interne"(70).

Le droit positif anglais régissant la matière fut, en fait, le mieux précisé par Lord Atkin dans l'arrêt rendu, le 28 janvier 1937, par le British Empire Judicial Committee of the Privy Council dans l'affaire *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (on appeal from the Supreme Court of Canada) en ces termes :

"Within the British Empire there is a well-established rule that the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action.

Unlike some other countries, the stipulations of a treaty duly ratified do not within the Empire, by virtue of the treaty alone, have the force of law.

in the negative, the crown must induce the Parliament to legislate so as to make the necessary change in the law or to equip the Crown with the necessary power to execute the treaty. If Parliament declines to do so, the Crown will not conclude the treaty; if per incuriam the Crown has already done so, the United Kingdom is bound by it, for the Crown is internationally omniscient in the matter of treaties, and the Crown must do its best to extricate the country from an embarrassing situation. Even the fact that the treaty has been duly concluded and is internationally binding upon the United Kingdom, does not enable a British court to give effect to it municipally if it should conflict with the law of the land".

(70) Cf. D. Lasok, *op. cit.*, p. 973.

If the national executive, the government of the day, decide to incur the obligations of a treaty which involve alteration of law, they have to run the risk of obtaining the assent of Parliament to the necessary statute or statutes. To make themselves as secure as possible, they will often in such cases before final ratification seek to obtain from Parliament an expression of approval. But it has never been suggested, and it is not the law, that such an expression of approval operates as law, or that in law it precludes the assenting Parliament, or any subsequent Parliament, from refusing to give its sanction to any legislative proposals that may subsequently be brought before it.

Parliament, no doubt,, has a constitutional control over the executive : but it cannot be disputed that the creation of the obligations undertaken in treaties and the assent to their form and quality are the function of the executive alone. Once they are created, while they bind the State as against other contracting parties, Parliament may refuse to perform them and so leaves the State in default''(71)

7. *Conclusion du Premier Chapitre*

Malgré toute l'estime que nous devons à l'opinion adoptée par la C.P.J.I. dans son avis consultatif précité relatif à la compétence des tribunaux dantziens à l'égard des fonctionnaires des chemins de fer polonais, nous croyons que la valeur de source directe des droits ou des obligations que les traités internationaux pourraient avoir à l'égard des particuliers dans le cadre des différents ordres juridiques nationaux ne dépend ni de l'intention consciente ou inconsciente des Parties contractantes, ni de la nature

(71) Cf. Annual Digest, vol. 8, Years 1935 — 1937, Case No. 17, p. 43.

même du traité en question, mais du droit national de de chacun des Etats parties au traité.

C'est, en fait, le point de vue de Hans Kelsen qu'il n'a pas manqué d'exprimer fort clairement dans ses cours professés à l'Académie de La Haye en 1953. D'après cet illustre savant, "c'est la constitution de chaque Etat qui détermine si un traité, même s'il est conclu avec l'approbation de l'organe législatif, doit être transformé en une loi ou en un décret du pouvoir exécutif" étant donné que "la nécessité d'une transformation dépend du droit national et non du droit international"(72).

Par conséquent, il trouve, non sans raison, que "si les dispositions du traité doivent être appliquées par des tribunaux étatiques indépendants du gouvernement et si la constitution de l'Etat permet aux tribunaux d'appliquer, seulement le droit crée par les organes législatifs de l'Etat, en pareil cas une véritable transformation du traité en une loi est certainement nécessaire" mais précise qu' "il se peut aussi que selon une disposition constitutionnelle les traités conclus par l'Etat conformément à la constitution soient obligatoires pour les organes et les sujets de l'Etat et notamment pour les tribunaux au même titre que les lois et les autres normes juridiques créées par les organes législatifs de l'Etat, sans qu'il soit nécessaire de

(72) Cf. Hans Kelsen, *Théorie du droit international public*, R.C.A.D.I., 1953/3, t.84, p. 158 qui précise, non sans raison, que si "un grand nombre de constitutions prévoient que tous les traités ou certains d'entre eux, doivent pour être valables être approuvés par l'organe législatif, une telle approbation n'est pas une transformation. Elle est une participation de l'organe législatif à la conclusion du traité, c'est-à-dire à la création de normes du droit international", (ibid., p. 158).

publier le traité ou de le transformer d'une autre manière" (73).

Le problème relevant exclusivement du droit national, il souligne, et nous sommes d'accord avec lui, que même si le traité en question peut "prévoir expressément que ses normes doivent être appliquées directement par les organes des Etats contractants sans qu'il soit nécessaire de les transformer en droit national, dans ce cas une transformation serait néanmoins nécessaire si le traité devait être appliqué par des tribunaux autorisés seulement par la constitution à appliquer le droit crée par les organes législatifs de l'Etat" (74).

En d'autres termes, ce n'est pas le droit international qui pourrait conférer au traité le caractère self-executing, mais le droit constitutionnel de chacun des Etats contractants.

Nous nous avons posé une question au début du présent chapitre, à savoir : le traité international est-il l'une des sources du droit interne de chacune des Parties contractantes?, et nous croyons pouvoir maintenant lui donner une réponse définitive. A notre avis le traité international n'est jamais en soi l'une des sources du droit national, et ne peut avoir ce caractère à moins que la constitution de l'Etat en question ne le lui confère explicitement.

(73) Cf. Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 157.

Notons aussi qu'une telle disposition constitutionnelle n'est, à l'avis de certains auteurs, qu'un "transformateur permanent"

Cf. Rolando Quadri, *op. cit.*, p. 303.

(74) Cf. Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 157.

CHAPITRE II.

LE PROBLEME DANS LE CADRE DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

8. *Position du problème :*

Nous avons déjà précisé dans l'introduction de cette étude qu' "afin qu'un certain acte de volonté, ainsi que le traité international, puisse faire naître des droits subjectifs directs en faveur d'un certain être, tel l'individu, ou lui imposer directement des obligations, il faut nécessairement que l'ordre juridique auquel appartient l'acte aussi bien que l'être, reconnaisse au premier la qualité de "source de droit", et au second la "personnalité juridique", c'est-à-dire la capacité d'être un sujet de droit" (75).

Or, s'il ne fait aucun doute que les traités internationaux se trouvent bien parmi les actes de volonté capable de faire naître de vraies règles internationales "la question de savoir si, et dans quelle mesure, les individus peuvent être considérés comme sujet de droit international est, comme chacun le sait, une question controversée"(76).

Comme "il n'est aucun auteur "majeur" ou "mineur", qui n'ait donné son avis sur ce problème"(77) et comme

(75) Cf. supra, No. 2.

(76) Cf. le commentaire de Sir Humphrey Waldock sur l'article 66 de son projet d'articles, présenté avec son troisième rapport sur le droit des traités, document A/CN.4/167 et add. 1 à 3, Annuaire de la Commission du droit international, 1964, vol. II.

(77) Cf. J. de Soto, L'individu comme sujet du droit des gens. *Mélanges Scelle*, T. II, p. 687.

l'on peut facilement faire état de l'opinion de plusieurs autorités du droit international à l'appui de chacune des tendances opposées, il ne saurait, à notre avis, être question, dans le cadre restreint de notre étude, de reprendre le problème dans son ensemble; il nous suffit de préciser notre point de vue personnel sur le problème (78).

9. *Les individus peuvent-ils se trouver revêtus de la personnalité juridique internationale ?*

A notre avis, l'individu n'est pas, en principe, l'un des sujets habituels du droit des gens, et dès lors les traités ne peuvent lui faire engendrer des droits directs sur le plan de l'ordre juridique international, sauf dans des cas tout à fait exceptionnels.

Néanmoins, étant donné que les sujets du droit international public "ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou quant à l'étendue de leurs droits", et que "leur nature dépend des besoins de la communauté" (79) nous sommes d'avis que les sujets habituels du droit des gens peuvent, par le moyen d'un traité international, donner à l'individu, une personnalité juridique limitée quant à l'étendue et quant au temps.

Cependant, il ne faut absolument pas, "confondre les deux problèmes de la personnalité internationale de l'individu et de la reconnaissance des droits de l'homme en droit international, encore qu'ils aient indiscutablement des points communs", car la reconnaissance des droits

(78) Cf. sur l'ensemble du problème : Carl Aage Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Munksgaard, Copenhagen, 1962.

(79) Cf. C.I.J., "Réparation des dommages subis au service des Nations-Unies", Avis consultatif du 11 avril 1949, Recueil 1949, p. 178.

de l'homme "peut signifier seulement que les personnes du droit international doivent respecter ces droits de l'individu, autrement dit que l'individu constitue la fin du droit international, ce que personne ne nie plus maintenant, mais ce qui n'est pas la même chose que lui reconnaître la personnalité" (80).

En fait, il ne suffit pas, selon nous, afin de prétendre qu'un certain traité a bien doté l'individu de la personnalité juridique internationale, qu'il oblige les Etats membres de lui garantir certains intérêts sur le plan de leur ordre juridique interne, sans toutefois lui accorder une véritable voie de recours de nature internationale susceptible de lui assurer la possibilité de faire valoir ses droits dans le cadre de l'ordre juridique international, car "without subjecting the State to the jurisdiction of a tribunal, no rights of individuals in relations to the State are established" (81).

"The right to bring a claim (being) of the essence of juridical personality" (82), nous croyons que le vrai critère de la personnalité juridique internationale réside dans la possibilité d'un recours devant un organe international (soit sous la forme d'un vrai droit d'ester en justice, soit sous la forme d'un droit de pétition-plainte), et que "tant que ces voies ne se situent pas directement sur le plan du droit international, la personnalité internationale

(80) Cf. De Soto, *op. cit.*, pp. 692 — 693.

(81) Cf. Hans Kelsen, "Principles of International Law, Second edition revised and edited by Robert W. Tucker, New York, 1966, p. 226.

(82) Cf. Sir Hersch Lauterpacht, "The Development of International Law by the International Court", Stevens, London, 1958, p. 178.

de l'individu est extrêmement imparfaite, voire même nominale(83).”

10. *L'Etat de la pratique internationale.*

Il y a une vingtaine d'années, Maurice Bourquin a écrit, qu' "un coup d'oeil sur la pratique contemporaine permet de constater que les barrières qui arrêtaient l'individu au seuil de l'organisation internationale commencent à céder ou du moins à s'entr'ouvrir". Mais ayant la finesse de comprendre que "sans doute le mouvement est-il encore timide", il mettait en garde les auteurs "enclins à prendre leurs désirs pour des réalités", d'attribuer à ce mouvement, "des proportions qui dépassent singulièrement la réalité présente", et n'a pas hésité à affirmer que "les cas dans lesquels l'ordre international le (l'individu) saisit directement et lui attribue compétence pour faire valoir lui-même ses droits restent tout à fait exceptionnels", et qui si l'on relève "une tendance à accroître le nombre de ces exceptions les innovations demeurent limitées à un cercle très étroit (84)".

(83) Cf. Paul Reuter, *Principes de droit international public*, R.C.A.D.I. 1961/2, t. 103, p. 502. Le professeur Reuter précise d'ailleurs, non sans raison, "qu'on a pu soutenir que l'individu était une personne de droit international, parce qu'une règle coutumière de ce droit lui interdisait la piraterie ou que certaines règles de même nature créaient des crimes de guerre. Il faut bien reconnaître que si de telles infractions sont sanctionnées par des juridictions purement nationales, ou par des réclamations diplomatiques entre Etats, ce n'est qu'un jeu de l'esprit de parler de personnalité internationale de l'individu. En revanche, si ce dernier devient dans ces hypothèses justiciable de tribunaux internationaux, la situation change complètement. Il en est ainsi également en matière de droits de l'homme, ceux-ci ne conférant vraiment à l'individu une personnalité internationale que lorsqu'ils sont aménagés sur un plan international avec un droit de réclamation, de pétition ou de sanction devant des organismes internationaux, juridictionnels ou non".

Cf. Paul Reuter, *op. cit.*, p. 503.

(84) Cf. Maurice Bourquin, *L'humanisation du droit des gens, La technique et les principes du droit public : Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, Tome Premier, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, p. 44.

Or, si l'un des auteurs trop optimistes a affirmé dans une étude plus récente que "l'individu, cet homme oublié de XX^e siècle,, allait entrer avec éclat dans la sphère des relations internationales" (85), nous trouvons, quant à nous, que la situation n'a pas beaucoup changé depuis la publication de l'étude remarquable de Maurice Bourquin que nous avons déjà cité.

En fait, il n'est pas absolument fréquent que des traités internationaux accordent aux particuliers la personnalité internationale dans le sens que nous avons précisé. Cependant l'on peut citer un certain nombre des traités, assez rares mais bien connus, "qui instituent des procédures ou des tribunaux internationaux à l'effet exprès d'appliquer aux individus des droits ou obligations nés des traités" (86)

La première convention internationale reconnaissant aux individus un droit d'action directe devant une instance internationale fut celle de Washington du 20 décembre 1907 instituant la Cour de justice centre-américaine (87).

Aux termes de cette convention conclue entre les cinq Républiques de l'Amérique centrale, les Etats contractants "étaient convenus de soumettre à la Cour, tous les

(85) Cf. Marcel Slusny, Quelques observations sur les systèmes de protection internationale des droits de l'homme, Mélanges offerts à Henri Rolin, Pedone, Paris, 1964, p. 374.

(86) Cf. Sir Humphrey Waldock, *ibid.*

(87) La Convention du 20 décembre 1907 instituant la Cour de justice centre-américaine fut la première convention *ratifiée* reconnaissant aux particuliers le droit de saisir un tribunal vraiment international, mais elle ne fut la première convention conclue qui conféra aux individus une telle possibilité. En fait la convention non ratifiée de la Haye du 18 octobre 1907 relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises reconnut aux particuliers le droit de saisir la Cour.

Cf. pour le projet de Cour internationale des prises : Manley O. Hudson, *op. cit.* pp. 80 et s.

débats ou toutes les controverses qui pourraient survenir entre eux, de quelque nature qu'ils fussent et quelle que fût leur origine, dans les cas où les chancelleries respectives n'auraient pas pu arriver à un accommodement. La compétence fut également conférée à la Cour de connaître d'affaires entre un gouvernement et un particulier, ressortissant d'un autre Etat, pourvu qu'il s'agit, ou bien d'affaires de caractère international, ou bien de demandes alléguant une violation d'un traité ou d'une convention; dans les cas de cet ordre, il n'était pas nécessaire que le gouvernement du particulier appuyât sa réclamation, mais, lorsqu'il s'agissait d'une réclamation introduite contre un gouvernement, il était indispensable que les remèdes locaux eussent été préalablement épuisés ou que l'on put prouver l'existence d'un déni de justice. Toute affaire entre un gouvernement contractant et un particulier pouvait être, d'un commun accord, soumise à la Cour" (88).

Durant son existence dix affaires furent soumises à la Cour. De ces dix affaires, cinq — parfois mal connues (89) — furent introduites par des particuliers et, dans chaque cas, la demande fut soit rejetée, soit déclarée irrecevable, de sorte que "no decision was rendered in favour of the private party" (90).

Dans les affaires Diaz c. République de Guatemala

(88) Cf. Manley O. Hudson, *La Cour Permanente de Justice Internationale*, Edition française établie par le Baron d'Honinchtun, Editions A. Pedone, Paris, 1936, p. 50.

(89) Il est, en fait, très frappant qu'une grande autorité du droit international tel notre maître le Professeur Rolando Quadri n'a pas hésité à affirmer que "la Cour de Justice de l'Amérique Centrale, établie par le traité de Washington du 20 décembre 1907, ... n'a jamais fonctionné pour des affaires individuelles".

Cf. Rolando Quadri, *op. cit.*, p. 411.

(90) Cf. W. Paul Gormley, *The procedural status of the individual before international and supranational tribunals*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1966, p. 33.

(la résolution du 6 mars 1909) (91), et de Salvador Cerda c. Costa-Rica (la résolution du 14 octobre 1911) (92), et Felipe Molina Larios c. Honduras (la "sentencia" du 10 décembre 1913) (93) les demandes furent déclarées irrecevables pour défaut d'épuisement des recours internes. Dans l'affaire Alejandro Bermudez y Nunez c. Costa-Rica, "la Cour déclara la demande sans fondement étant donné que les personnes qui résident dans un pays sont dans l'obligation d'en respecter la neutralité et que le décret d'expulsion du Costa-Rica était légal" (le jugement "sentencia" du 7 avril 1914) (94) et dans l'affaire l'affaire de l'élection du Président Gonzalez Flores de Costa-Rica "la Cour rendit le 3 juillet 1914 un jugement unanime (sentencia) dans lequel elle déclara la protestation (contre l'élection prétendue nulle du Président Gonzalez Flores) irrecevable, parce que cette protestation visait une intervention dans les affaires intérieures du Costa-Rica et qu'il ne s'agissait pas d'un cas présentant un caractère international" (95).

Or, si l'on ne saurait pas nier que "dès le début, La Cour de Justice centre-américaine ait été vouée à l'insuccès"(96), et qu' "aucune des cinq affaires, dans lesquelles les demandeurs étaient des particuliers, n'offrait beaucoup

(91) Cf. Manley O. Hudson, *op. cit.*, p. 56.

(92) Cf. Manley O. Hudson, *op. cit.*, p. 57.

(93) Cf. Manley O. Hudson, *op. cit.*, p. 59.

(94) Cf. Manley O. Hudson, *op. cit.*, p. 60.

(95) Cf. Manley O. Hudson, *op. cit.*, p. 61.

(96) Cf. Manley O. Hudson, *op. cit.*, p. 77.

d'importance au point de vue pratique"(97) de sorte que la Cour ne put exercer aucune influence réelle durant sa brève existence, les tribunaux arbitraux mixtes établis par les traités de paix conclus après la première guerre mondiale eurent indéniablement plus de succès.

Institués par les articles 304—305 du traité de Versailles, l'article 256 du traité de Saint-Germain, l'article 188 du traité de Neuilly, l'article 239 du traité de Trianon et l'article 92 du traité de Lausanne (98), "par méfiance envers les juridictions des pays ex-ennemis" (99) "il y avait autant de T.A.M. que d'Etats belligérants groupés deux à deux (ex. T.A.M. franco-allemand, anglo-allemand, roumano-hongrois, etc.)", et chaque T.A.M. comprenait "trois membres, un pour chaque Partie et un président neutre choisi par les Parties ou, à défaut, par le Conseil de la Société des Nations", les décisions étant rendus à la majorité (100).

Les tribunaux arbitraux mixtes "étaient destinés à régler : (a) les litiges provoqués par les mesures exceptionnelles de guerre (liquidation, administration forcée, séquestre, dispositions prises par les Etats ennemis contre

(97) Cf. Manley O. Hudson, *op. cit.*, p. 78.

(98) Charles Rousseau, *Droit international public*, Sirey, Paris, 1953, p. 509.

(99) Cf. Georges Scelle, *Droit international public : Manuel élémentaire avec les textes essentielles*, Les Editions Domat-Montchrestien, Paris, 1944, p. 527.

(100) Cf. Charles Rousseau, *op. cit.*, p. 510.

Louis Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, Troisième édition, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964, p. 566.

Georges Scelle, *op. cit.*, pp. 527 — 528.

Cf. aussi, sur le fonctionnement des tribunaux arbitraux mixtes :

Rudolf Bluhdorn, *Le fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes créés par les traités de Paris*, R. C. A. D. I., 1932/3, t. 41, pp. 137 et s.

les ressortissants alliés), (b) les litiges relatifs aux contrats conclus avant la mise en vigueur du traité entre les ressortissants alliés et les ressortissants ennemis. Ils étaient ouverts aux Etats comme aux particuliers” (101) et “de nombreuses actions ont été intentées devant ces tribunaux internationaux par des individus” (102).

Bien que l'on ne doit pas sous-estimer le fait que ces tribunaux “étaient compétents pour connaître les actions intentées par un particulier contre un Etat ennemi, ainsi que des litiges relatifs à des contrats conclus avant 1914 entre des individus devenus ultérieurement ennemis l'un de l'autre”(103), il faut cependant admettre qu'il “s'agissait d'un phénomène passager lié à la défaite des Puissances centrales et qui n'était pas destiné à créer un précédent pour de nouvelles expériences”(104), et que la nature internationale de ces tribunaux n'est pas certaine. En effet, si des auteurs prestigieux tels Sir Hersh Lauterpacht(105) et le professeur Charles Rousseau considèrent les tribunaux arbitraux mixtes “comme de véritables juridictions internationales” (106) certains

(101) Cf. Charles Rousseau, *op. cit.*, p. 509—Louis Delbez, *op. cit.*, p. 456. Georges Scelle, *op. cit.*, p. 527—J. de Soto, *op. cit.*, p. 703.

(102) Cf. Sir Humphrey Waldock, *ibid.*

(103) Cf. Charles Rousseau, *op. cit.*, p. 217.

(104) Cf. Rolando Quadri, *op. cit.*, p. 403.

(105) Cf. Sir Hersh Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Stevens & Sons Limited, London, 1950, p. 50.

(106) Cf. Charles Rousseau, *op. cit.*, p. 510.

Notre grand maître trouve que “le fait que les individus étaient parties devant les T.A.M. ne doit pas empêcher de considérer ces derniers comme de véritables juridictions internationales, le critère véritable de la nature d'un tribunal étant d'ordre formel et résidant non dans le droit appliqué par lui ou dans la qualité des justiciables, mais dans l'acte qui est à la source de sa création et de ses pouvoirs; c'est l'existence d'un traité international qui constitue à cet égard le critère décisif”.

autres — non moins prestigieux — tels les professeurs Dionisio Anzilotti et Georges Scelle sont d'avis que "ces sont des organes juridictionnels communs à deux Etats et non pas des organes juridictionnels internationaux"(107).

En tout état de cause, les derniers tribunaux arbitraux mixtes ont disparu définitivement en 1932(108) et les Puissances Alliées victorieuses dans la deuxième guerre mondiale avaient la sagesse de ne pas renouveler une expérience discutée considérée parfois "une création assez artificielle, de caractère discriminatoire à l'égard de certains Etats, et en opposition certaine avec l'évolution traditionnelle de la territorialité de la pratique judiciaire dans la communauté internationale" (109).

Un autre exemple — non moins isolé — d'une convention internationale reconnaissant aux individus un droit

(107) Cf. Dionisio Anzilotti, *op. cit.*, pp. 135 — 136 qui base son point de vue sur le fait que les tribunaux arbitraux mixtes "ont dans certains cas une compétence facultative concurrente avec celle des tribunaux nationaux des Puissances alliées et associées", et trouve que "les dispositions des traités en question, qui accordent à l'individu le droit de recourir aux tribunaux arbitraux mixtes et établissent les règles applicables par ces tribunaux, sont devenues des normes internes de chacun des Etats contractants, grâce à l'approbation régulière et à la publication du traité dans les modalités exigées par la constitution, et composent un droit interne uniforme dont la réalisation uniforme est garantie par l'existence de l'organe juridictionnel commun".

Cf. aussi Georges Scelle, *Droit international public : Manuel élémentaire avec les textes essentielles*, Les Editions Domat-Montchrestien, Paris, 1944, p. 528.

Le regreté savant a précisé — dans son ouvrage précité — que les tribunaux arbitraux mixtes étaient "à proprement parler, des instances bi-étatiques plutôt que réellement internationales".

(108) Cf. Louis Delbez, *op. cit.*, p. 456.

Charles Rousseau, *op. cit.*, p. 510.

(109) Cf. Georges Scelle, *op. cit.*, p. 528.

d'action directe devant une instance internationale est celui qu'offre la convention germano-polonaise du 15 mai 1922 relative à la protection des minorités et à la sauvegarde des droits de propriété en Haute-Silésie qui créa un tribunal arbitral compétent pour connaître les actions intentées par les sujets de chacune de deux parties contre l'autre partie ou même "against their own State" (110). Cette expérience n'a pas duré que pendant une quinzaine d'années. La convention précitée a pris fin en 1937 (111) et n'était pas renouvelée après la deuxième guerre mondiale.

Or, si les Puissances alliées victorieuses dans la deuxième guerre mondiale n'ont pas créé des tribunaux semblables aux tribunaux arbitraux mixtes, et n'ont pas institué un régime international pour la protection des minorités pareil à celui qui fut appliqué en Haute-Silésie de 1922 jusqu'à 1937, elles ont créé un tribunal militaire international — de nature tout à fait différente — qui mérite, à notre avis, un examen à part, étant donné le fait qu'il n'avait pas de précédents dans l'histoire des relations internationales (112).

(110) Cf. Sir Hersh Lauterpacht, *op. cit.*, p. 50.

Sir Humphrey Waldock, *ibid.*

Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Second edition revised and edited by Robert W. Tucker, Holt Rinehart and Winston Inc., New York, 1966, p. 225

(111) Cf. L. Oppenheim, *International Law*, Vol. I — Peace, Eighth edition edited by H. Lauterpacht, Longmans Green and Co., London, 1958, p. 714, note 2.

(112) Cf. Rolando Quadri, *op. cit.*, p. 408. En effet, bien que "le principe de la responsabilité internationale des Etats belligérants pour violation des règles relatives à la conduite des hostilités a été expressément posé par l'article 3 de la convention IV de la Haye de 1907 d'après lequel "La Partie belligérante qui violerait les dispositions du dit règlement (Règlement annexé à la convention) sera tenue à indemnité, s'il y a lieu", et "sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée", le droit international positif n'a pas reconnu la responsabilité pénale des gouvernants en cette matière que dans le traité de Versailles.

Institué par l'accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (113), le

= Or, ce traité n'a pas créé aucune instance internationale ayant compétence pour juger les gouvernants accusés de crimes de guerre. Il se contenta d'annoncer — dans une formule très vague "qui traduisait l'embarras des rédacteurs du traité devient une notion nouvelle"—la mise en accusation publique de l'ex-empereur d'Allemagne Guillaume II "pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités" (l'article 227), et de permettre aux Puissances alliées et associées de traduire devant leur tribunaux militaires "les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre" (les articles 228 à 230).

D'ailleurs, malgré la timidité de la tentative, son échec sur les deux plans ne fut que total. D'une part, le gouvernement néerlandais refusa à deux reprises de livrer Guillaume II — "réfugié sur son territoire, et réclamé avec une certaine mollesse" — en invoquant "à l'appui de son refus sa qualité d'Etat tiers par rapport au traité de Versailles, l'inapplication de l'extradition aux crimes politiques et l'extension traditionnelle du droit d'asile à cette catégorie de délinquants". D'autre part, "des 896 criminels de guerre réclamés par les Alliés à l'Allemagne le 3 février 1920, seuls 45 furent jugés et 9 condamnés par la Cour suprême de Leipzig, érigée à cette fin en juridiction criminelle par une loi allemande du 13 décembre 1919. Les Alliés ayant renoncé à obtenir l'extradition des coupables devant les refus successifs du Reich".

Cf. Charles Rousseau, *op. cit.*, pp. 575—576. —J. de Soto, *op. cit.*, p. 709.

Louis Delbez, *op. cit.*, pp. 517 — 518.

(113) Cet accord fut signé à Londres, le 8 août 1945, par l'U.R.S.S., Les Etats Unis, La France et l'Angleterre. Dix-huit pays y adhérèrent ultérieurement.

Cf. Louis Delbez, *op. cit.*, p. 519.

Diverses déclarations antérieures avaient, en effet, affirmé la décision des Puissances Alliées de châtier comme crimes internationales les violations du droit des gens imputées aux ressortissants des Puissances de l'Axe. La déclaration de Saint James Palace du 13 janvier 1942 due aux neuf gouvernements en exil à Londres constitue l'antécédent le plus important de l'acte de Londres de 1945. Cette déclaration fut suivie par d'autres déclarations non moins importantes dont la plus significative fut celle de Moscou du 30 octobre 1943 sur le châtement des criminels de guerre, et le principe fut réaffirmé par l'article 11 de la déclaration de Berlin du 5 juin 1945 concernant la défaite de l'Allemagne et la prise de l'autorité suprême par les gouvernements alliés.

Cf. Charles Rousseau, *op. cit.*, pp. 576 — 577.

J. De Soto, *op. cit.*, pp. 710 — 711.

Roiando Quadri, *op. cit.*, p. 407 note 85.

tribunal militaire international, dit le Tribunal de Nuremberg (114) “fut composé de quatre juges, désignés respectivement par les quatre puissances signataires, et de quatre suppléants” (115), et était compétent “pour juger — en déterminant d’une manière discrétionnaire soit la nature soit le quantum de la peine — trois catégories de faits : crimes de guerre, crimes contre la paix, crimes contre l’humanité” (116).

“Sur la nature du Tribunal militaire international de Nuremberg et sur l’existence, la nature et le fondement des catégories des crimes prévues par l’Acte de Londres, ainsi que sur l’appréciation politique et morale du jugement, une controverse doctrinale est encore en cours, et ne semble pas devoir prendre fin” (117). Nous sommes,

(114) L’accord de Londres du 8 août 1945 créant le Tribunal de Nuremberg, concernait la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l’Axe. En ce qui concerne l’Extrême-Orient, une charte similaire, signée le 19 janvier 1946 créa un autre tribunal militaire international dit le Tribunal de Tokio pour juger les grands criminels de guerre de nationalité japonaise.

Cf. Charles Rousseau, *op. cit.*, p. 578.

(115) “Les juges devaient élire leur président. Ce fut le Lord Justice Lawrence qui fut désigné par ses collègues”.

Cf. Louis Delbez, *op. cit.*, p. 519.

(116) Cf. Rolando Quadri, *op. cit.*, p. 408.

Le système adopté à Moscou (La déclaration du 30 octobre 1943) étant basé sur la distinction fondamentale entre criminels ordinaires et grands criminels de guerre, le Tribunal de Nuremberg fut créé pour juger les seuls grands criminels de guerre. Les criminels de guerre ordinaires devaient être jugés par les tribunaux des pays contre lesquels ils ont commis leurs forfaits.

Cf. Louis Delbez, *op. cit.*, p. 518.

(117) Cf. Rolando Quadri, *op. cit.*, p. 409.

En effet, “le tribunal de Nuremberg a été contesté dans sa légalité et on a dirigé contre lui trois critiques principales” qui concernaient “sa composition”, la “violation par le système de Nuremberg de la règle *nullum crimen ou nulla poena sine lege*”, et “la violation par le statut de Nuremberg du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale”.

précisément, de l'avis de notre grand maître le professeur Rolando Quadri qui trouve, non sans raison, que "dans le cas de Nuremberg les individus, ex-organes de l'Etat allemand, (ayant été) jugés et exécutés par les soins des quatre Puissances qui occupaient et gouvernaient le territoire allemand, c'est donc à ces quatre Puissances en tant que gouvernement provisoire de l'Allemagne conquise qu'il faut imputer le jugement et les actes de l'exécution qui s'y rattachent"(118).

Notons enfin que la dernière en date, et la seule actuellement en vigueur, des conventions internationales accordant aux individus une véritable voie de recours de nature internationale susceptible de leur assurer la possibilité de faire valoir certains droits dans le cadre de l'ordre juridique international, est la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 par la plupart des membres du Conseil de l'Europe qui entra en vigueur le 3 septembre 1953, date à laquelle le dixième instrument de ratification a été déposé entre les mains du secrétaire général du Conseil de l'Europe (119).

Cette convention avait le soin d'énumérer certains droits qu'elle protège(120), et d'instituer "à la différence

= Cf. pour l'examen de ces trois critiques :

Louis Delbez, *op. cit.*, pp. 520—522.

Charles Rousseau, *op. cit.*, pp. 578—579.

(118) Cf. Rolando Quadri, *op. cit.*, p. 411,

(119) Cf. sur cette convention en général la bibliographie détaillée publiée dans : W.I. Ganshof Van Der Meersch, *Organisations Européennes*, Sirey, Paris, 1966, pp. 247 — 252.

(120) Cf. sur l'énumération des droits protégés par la Convention, et des droits qu'elle a omis :

Paul Reuter, *Organisations européennes*, Collection Thémis, Presses Universitaires de France, Paris, 1965, pp. 122 et s.

Roger Pinto, *Les organisations européennes*, Deuxième édition, Payot, Paris 1965, pp. 88 et s.

d'autres textes internationaux ou, internes, des mécanismes de contrôle et de sanction précis et développés qui présentent déjà un caractère fédéral". (121). Elle a institué, en effet, deux organes principaux de contrôle : la Commission des Droits de l'Homme, et la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Or, si la Cour est fermée aux individus, et ne peut être saisie qu'après la Commission, et d'une affaire à l'encontre d'un Etat qui a accepté sa compétence, soit par un autre Etat ou par la Commission elle-même (22), cette dernière (La Commission) peut être saisie soit par toute Haute Partie contractante contre une autre (art. 24 de la Convention), soit par "toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention". (art. 25 de la Convention).

Malgré le fait que la compétence de la Commission en matière de requêtes individuelles est subordonnée à l'acceptation préalable de l'Etat mis en cause qui doit prendre la forme d'une déclaration pure et simple ou à durée déterminée reconnaissant la compétence de la Commission et visant l'ensemble des dispositions de la Convention ou seulement certaines d'entre elles (123), il ne fait aucun doute que cette construction juridique réalise un progrès considérable étant donné que "l'accès direct des particuliers à des organismes internationaux, l'établissement de relations immédiates entre l'organi-

(121) Cf. Paul Reuter, *op. cit.*, p. 120.

(122) Cf. sur la compétence de la Cour européenne des Droits de l'Homme : Paul Reuter, *op. cit.*, pp. 128 et s.

Roger Pinto, *op. cit.*, pp. 185 et s.

(123) Cf. Roger Pinto, *op. cit.*, pp. 172 — 173.

sation internationale et les particuliers, marque un profond bouleversement de la structure de la société internationale” (124)

11 — *Conclusion du Deuxième Chapitre :*

Nous avons constaté dans la conclusion du précédent chapitre, que les traités internationaux ne peuvent faire naître des droits subjectifs directs en faveur des individus, ni leur imposer directement des obligations dans le cadre des ordres juridiques nationaux, car “le traité international n’est jamais en soi l’une des sources du droit national, et ne peut avoir ce caractère à moins que la constitution de l’Etat en question ne le lui confère explicitement” (125)

En ce qui concerne le cadre propre de l’ordre juridique international, nous sommes d’avis que l’individu n’étant pas l’un des sujets habituels du droit international public, les traités internationaux ne peuvent en principe lui faire naître des droits subjectifs directs ni lui imposer directement des obligations, sauf dans des cas très rares et tout à fait exceptionnels auxquels nous avons fait allusion, et qui ne constituent, comme nous l’avons d’ailleurs constaté, qu’un phénomène passager et purement exceptionnel.

A notre avis, les traités internationaux n’ont pas en règle générale, la capacité de faire naître des droits directs en faveur des particuliers ou de leur imposer directement d’obligations que dans le seul cadre des ordres juridiques internes des organisations internationales,

(124) Cf. Paul Reuter, *Principes de droit international public*, R.C.A.D.I., 1961/2 T. 103, p. 503.

(125) Cf. *Supra*, No. 7.

comme nous allons le démontrer dans le troisième chapitre de cette étude.

CHAPITRE III

LE PROBLEME DANS LE CADRE DES ORDRES JURIDIQUES INTERNES DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

12 — *Position du problème :*

Dans l'introduction de cette étude, nous avons déjà précisé que, "comme il n'y a aucun être qui se trouve revêtu, par sa nature même, de la personnalité juridique, et comme il n'existe non plus aucun acte de volonté ayant par soi-même la capacité de faire naître des droits, ou des obligations, car c'est, en fait, à chaque ordre juridique que revient la compétence de déterminer ses sujets de droit et les sources des règles lui appartenant, l'on ne saurait, à notre avis, bien répondre à la question qui fait l'objet de nos recherches (à savoir : les traités internationaux font-ils naître directement des droits ou des obligations à l'égard de particuliers?), sans se poser préalablement, dans le cadre de chaque ordre juridique distinct, les deux questions préliminaires que voici : (a) le traité international est-il, ou non, l'une des sources de droit reconnues par l'ordre juridique en question (b) l'individu est-il, ou non, l'un des sujets de droit du dit ordre juridique ? ". (126)

Or, au cours de deux précédents chapitres, nous avons fait de notre mieux pour répondre aux deux questions précitées. Dans le premier chapitre consacré à l'examen du problème dans le cadre des ordres juridiques nationaux,

(126) Cf. supra, p. 5.

nous avons trouvé que “s’il ne fait aucun doute que l’individu se trouve toujours revêtu de la personnalité juridique dans le cadre de tous les systèmes juridiques étatiques contemporains”, “le traité international n’est jamais en soi l’une des sources du droit national, et ne peut avoir ce caractère a moins que la constitution de l’Etat en question ne le lui confère explicitement” (127). Et dans le deuxième chapitre consacré à l’étude de notre problème dans le cadre de l’ordre juridique international, nous avons constaté que “s’il ne fait aucun doute que les traités internationaux se trouvent bien parmi les actes de volonté capables de faire naître de vraies règles internationales”, “l’individu n’est pas, en principe, l’un des sujets habituels du droit des gens, et dès lors les traités ne peuvent lui faire engendrer des droits subjectifs directs, ni lui imposer directement des obligations sur le plan de l’ordre juridique international”(128).

Ainsi nous nous trouvons d’avis que les traités internationaux n’ont pas, en principe, la capacité de produire des effets juridiques directs à l’égard des particuliers ni dans le cadre de l’ordre juridique international, ni dans celui des ordres juridiques nationaux, et qu’ils “n’ont pas, en règle générale, la capacité de faire naître des droits directs en faveur des particuliers ou de leur imposer directement d’obligations que dans le seul cadre des ordres juridiques internes des organisations internationales”(129).

Avant de procéder à démontrer le bien fondé de notre point de vue en prouvant que les particuliers ont

(127) Cf. *Supra*, p. 31.

(128) Cf. *Supra*, p. 48.

(129) Cf. *supra*, p. 48.

la personnalité juridique dans les droits internes des organisations internationales, et que ces derniers reconnaissent aux traités internationaux la qualité de source de droit, nous commencerons ce troisième chapitre par prouver que chaque organisation internationale possède un ordre juridique interne bien distinct du droit international public et des différents droits nationaux.

13 — *L'autonomie de l'ordre juridique interne de chacune des organisations internationales.*

Si la controverse entre monistes et dualistes a occupé les annales du droit international durant plusieurs décennies, nous trouvons que le moment est venu pour soutenir l'existence d'une triade des ordres juridiques distincts. A côté de l'ordre juridique international et des ordres juridiques nationaux propres aux Etats, chaque organisation internationale possède, elle aussi, son ordre juridique autonome et bien distinct par rapport à l'ordre juridique international et par rapport aux ordres juridiques internes des autres personnes internationales qu'elles soient des Etats ou des organisations internationales.

En effet, si la majorité des juristes n'a pas, jusqu' à tout récemment, rendu compte que les organisations internationales se sont complètement émancipées et vivent à nos jours une vie autonome et indépendante, et "qu'une branche distincte du droit était née et devait nécessairement naître du fonctionnement interne de l'Organisation des Nations Unies, comme de toute organisation internationale"(130) et hésite encore à admettre la possibilité d'une discipline juridique qui ne soit ni internationale, ni nationale tout en soutenant que aucune organisation internationale n'a pas encore "un ordre juridique

(130) Cf. Lazar Focsaneanu, *Le droit interne de l'Organisation des Nations Unies*, A.F., 1957, p. 317.

interne, indépendant du droit international, qui évolue pour son compte”(131) et que les règles intérieures des organisations internationales appartiennent au droit des gens conventionnel étant donné qu’elles trouvent leur source formelle dans “une forme spéciale d’accord, obtenu au moyen de l’organe, au lieu d’être réalisé directement”(132), il ne fait aucun doute, à notre avis, que les règles concernant la vie interne des organisations internationales n’appartiennent ni à l’ordre juridique international ni aux ordres juridiques nationaux, et que chaque organisation internationale, tout comme chaque Etat, a un ordre juridique interne propre à elle.

Certains auteurs n’ont pas manqué de s’apercevoir de cet état des choses, et ont soutenu l’existence d’un droit interne des organisations internationales qui “se différencie fortement du droit international public général en se rapprochant beaucoup du droit national des Etats contemporains”, et qui “présente des caractères structurels qui le rapprochent des droits nationaux et l’éloigneraient d’autant du droit international”(133) Et la jurisprudence —

(131) Cf. Giorgio Balladore Pallieri, *Le droit interne des organisations internationales*, R.C.A.D.I., 1969/2, t. 127, p. 17.

(132) Cf. Dionisio Anzilotti, *op. cit.*, p. 295.

Notons à cet égard qu’ “il n’est pas difficile de se rendre compte du caractère artificiel et spécieux de cette thèse. Il faut vraiment aller loin dans la fiction pour voir un accord interétatique dans le désaccord des Etats minoritaires, qui s’opposent à l’adoption d’une disposition interne par voie de vote majoritaire ou encore dans l’édiction par le Secrétaire général de l’O.N.U. de dispositions réglementaires qui ne seront même pas portées à la connaissance des Etats membres”.

Cf. Lazar Focsaneanu, *op. cit.*, p. 322.

(133) Cf. Paul Reuter, *Principes de droit international public*, R.C.A.D.I., 1961/2, t. 103, p. 527.

Cf. aussi Philippe Cahier, *Le droit interne des organisations internationales*, R.G.D.I.P., 1963, pp. 563 et s. Cet auteur soutient l’existence d’un droit interne des organisations internationales qui “peut prendre deux aspects. Le premier se manifeste dans les normes promulgués par les Organisations internationales afin de régler leur vie organique interne, de délimiter les compétences des différents organes, de modifier leur structures, etc. Le second se manifeste dans les règles approuvées par l’Organisation et destinées à influencer le comportement des Etats membres en vue de la réalisation des buts pour lesquels elle a été créée” (p. 581).

quant à elle — a décelé la naissance obscure de ce droit particulier dès 1929 dans l'arrêt N. 2 rendu par le Tribunal administratif de la Société des Nations dans lequel le Tribunal affirmait "qu'il était tenu d'appliquer dans ses jugements le droit interne de la Société formulé soit par le statut des fonctionnaires soit par des décisions et textes concernant tel cas déterminé"(134), et a affirmé ce point de vue dans plusieurs jugements rendus par le Tribunal administratif des Nations Unies(135), et dans l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice le 13 juillet 1954 dans l'affaire relative à l'effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité (136).

En effet, étant donné "que toute communauté organique et, d'autant plus, toute communauté organisée possédait l'aptitude de créer du droit" (137) et que l'ordre juridique n'est qu' "un ensemble de normes juridiques organisées et unies dans un tout harmonieux et autonome en vue de réglementer une société donnée" (138), l'on devait s'attendre à ce que l'instauration de toute organisation internationale, en tant qu'entité sociale distincte des Etats

(134) Cité par Philippe Cahier, *op. cit.*, p. 567.

(135) Cf. par exemple, le jugement No. 56 rendu le 14 décembre 1954 dans l'affaire Aglion, Jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies, Affaires Nos. 1 à 70 (1950—1957), Nations Unies, New York, 1962, pp. 261 et s.

(136) La Cour internationale de Justice a déclaré dans cet avis consultatif que : " Le présent avis consultatif se rapporte aux jugements prononcés par un tribunal permanent établi par l'Assemblée générale fonctionnant en vertu d'un statut spécial et dans le cadre du système juridique organisé des Nations Unies, et traitant exclusivement des différends internes entre les fonctionnaires et les Nations Unies".

Cf. Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, Avis consultatif du 13 juillet 1954, C.I.J., Recueil, 1954, pp. 55—56.

(137) Cf. Lazar Focsaneanu, *op. cit.*, p. 320.

(138) Cf. Philippe Cahier, *op. cit.*, p. 574.

qui la composent et ayant sa vie propre(139), donnerait nécessairement naissance à la formation d' "un véritable ordre juridique intérieur, original et complexe" (140) qui comprend "tous les éléments que les auteurs découvrent dans les ordres juridiques étatiques"(141).

Notons, enfin, que le fait que les ordres juridiques internes de organisations internationales soient dérivés de l'ordre juridique international ne touche à rien à autonomie de ces ordres, car "pour qu'il y ait ordre juridique, il importe peu que celui-ci soit totalement indépendant de tout autre ordre juridique"(142), à condition qu'il possède des règles qu'il a créés et qui lui sont propres. En fait, la grande majorité des ordres juridiques "est composée d'ordres juridiques qui dépendent d'autres et leur sont subordonnés : que l'on songe par exemple aux rapports entre l'ordre juridique d'un Etat fédéré et celui de la fédération, ou entre celui d'une commune et celui de l'Etat auquel elle appartient"(143). Et mêmes les ordres juridiques nationaux peuvent, eux aussi, être considérés comme dérivés, si l'on adopte les points de vue de l'école moniste.

14 — *Le traité international est-il l'une des sources des droits internes des organisations internationales ?*

S'il est vrai que les effets directs à l'égard des particuliers que peuvent avoir les traités internationaux dans le cadre de chacun des ordres juridiques nationaux, dépendent essentiellement des solutions positives adoptées par l'ordre juridique national en question, il n'est pas moins vrai que la solution de ce problème dans le cadre

(139) Cf. Philippe Cahier, op. cit., p. 575.

(140) et (141) Cf. Lazar Focsaneanu, op. cit., p. 321.

(142) Cf. Philippe Cahier, op. cit., p. 572.

(143) Cf. Philippe Cahier, op. cit., p. 573.

des ordres juridiques internes des organisations internationales dépend, elle aussi, des dispositions respectives de chacun des droits internes des organisations internationales.

Afin que l'on puisse soutenir que les traités internationaux produisent des effets directs à l'égard des individus dans le cadre de l'ordre juridique d'une certaine organisation internationale, il faut inévitablement établir que le droit interne de cette organisation considère le traité international comme l'une de ses sources.

Or, il nous paraît hors de toute controverse que le traité international est l'une des sources — sinon la source primordiale — des droits internes de toutes les organisations internationales, étant donné que c'est toujours un traité international qui donne la vie à l'organisation internationale, et qui constitue, et pour toujours, sa loi suprême, remplissant ainsi le rôle confié aux constitutions dans les ordres juridiques nationaux.

D'ailleurs, personne n'a jamais prétendu que les traités internationaux conclus par les organisations internationales auraient besoin de actes de réception ou de transformation afin de pouvoir acquérir la qualité de source du droit interne de l'organisation en question et d'être applicables dans le cadre de son ordre juridique interne.

Le Traité international ayant ainsi, et sans aucun doute, le caractère de source des droits internes des organisations internationales, il nous reste d'examiner le problème de la personnalité juridique de l'individu dans le cadre des ordres juridiques internes des dites organisations.

15 — *La personnalité juridique des individus dans le cadre des droits internes des organisations internationales.*

Malgré la réticence de certains auteurs tel le professeur Rolando Quadri qui trouve “que la situation d’emploi dans les organisations internationales ne donne pas lieu à de véritables droits subjectifs des fonctionnaires, ni, réciproquement, à de véritables obligations juridiques des organisations”, (144) il ne fait aucun doute que les droits internes de toutes les organisations internationales reconnaissent aux fonctionnaires internationaux la personnalité juridique, au moins lorsque les organisations disposent d’un tribunal pour juger les différends relatifs à la situation d’emploi.

En fait, la plupart de ces droits confère des vrais droits subjectifs aux fonctionnaires, tout en leur reconnaissant la possibilité d’un recours devant un organe juridictionnel qui est le tribunal administratif de l’organisation, s’ils auraient besoin d’un tel recours afin de protéger leurs droits vis-à-vis du secrétaire général de l’organisation.

De plus, les fonctionnaires internationaux n’ont pas simplement la possibilité de faire valoir leurs droits face à l’organisation, mais dans certains cas ils pourront les faire valoir face aux Etats membres, y compris l’Etat de leur nationalité.

Dans son arrêt du 16 décembre 1960, rendu dans l’affaire No. 6—60 : Jean-E. Humblet contre Etat Belge, la Cour de Justice des Communautés Européennes a trouvé “qu’il est donc parfaitement admissible qu’un fonctionnaire de la Communauté se présente devant la Cour comme requérant contre le gouvernement de son

(144) Cf. Rolando Quadri, *op. cit.*, pp. 406—407.

pays d'origine" (145) et que si les privilèges et immunités prévus par le protocole sur les privilèges et immunités de la C.E.C.A. "ont été accordés exclusivement dans l'intérêt de la Communauté, il ne faut perdre de vue qu'ils ont été expressément accordés aux fonctionnaires des institutions de la Communauté" (146) et "que le fait que les privilèges, immunités et facilités sont prévus dans l'intérêt public communautaire, ne signifie pas que ces privilèges soient accordés à la Communauté et non pas *directement* à ses fonctionnaires"(147)et a, dès lors, déclaré "que le protocole crée donc un droit subjectif au profit des personnes visées, dont le respect est garanti par le droit de recours prévu à l'article 16 du protocole" (148) dont les auteurs "ont manifestement entendu garantir le respect des privilèges de immunités dans l'intérêt non seulement de la Communauté et de ses institutions, mais encore des personnes auxquelles ces privilèges et immunités ont été accordés et, d'autre part, dans l'intérêt des Etats membres et de leur administrations qui doivent être protégés contre une interprétation trop extensive des dits privilèges et immunités." (149)

Notons, d'ailleurs, que si les fonctionnaires internationaux constituent le groupe le plus important des individus ayant la personnalité juridique dans le cadre des ordres juridiques internes des organisations internationales, ce n'est pas, à notre avis, le seul groupe.

En effet, le régime des pétitions-plaintes institué au

(145) Cf. C.J.C.E., Affaire No. 6—60 - Jean-E Humblet contre Etat Belge, R.J.C., vol. VI, 1960, Deuxième partie, p. 1148.

(146) Ibid., p. 1148.

(147) Ibid., p. 1148.

(148) Ibid., p. 1148.

(149) Ibid., p. 1147.

profit des populations de territoires sous mandat au sous tutelle constitue une amorce de personnalité juridique en faveur des pétitionnaires dans le cadre des ordres juridiques internes des organisations internationales qui leur reconnaissent ce droit de pétition-plainte, à savoir : la S.D.N. et L'O.N.U. (150) et l'on puisse aussi soutenir que la charte des Nations Unies "peut être considérée comme créant une amorce de personnalité ... en faveur des groupes d'individus non étatiques" (151) quand elle a disposé — dans l'article 71 — que "le Conseil économique et social peut prendre toutes dispositions utiles pour consulter les organisations non gouvernementales qui s'occupent de questions relevant de sa compétence." (152)

16. *Conclusion du Troisième Chapitre.*

Dans la conclusion du premier chapitre de cette étude nous avons constaté que les traités internationaux

(150) Cf. De Soto, *op. cit.*, p. 696 et s., et surtout p. 699.

Nathan Feinberg, *La pétition en droit international*, R.C.A.D.I., 1932/1, t. 40, pp. 633 et s., et surtout pp. 637—638.

Notons d'ailleurs que à l'avis du professeur Quadri "la personnalité internationale de l'individu ne peut guère être déduite de ce qu'on appelle le droit de pétition. Par l'exercice de cette liberté l'individu ne fait que porter à la connaissance de l'organe international des faits pouvant constituer des violations de l'ordre juridique international ... Plusieurs auteurs parlent d'une obligation de l'organe international, envers l'individu, de donner suite à la réclamation individuelle, ce qui est purement imaginaire".

Cf. Rolando Quadri, *op. cit.*, p. 405.

(151) Cf. De Soto, *op. cit.*, p. 699.

(152) Notons que les dispositions citées par l'article 71 peuvent s'appliquer à des organisations internationales non gouvernementales, et, s'il y a lieu, à des organisations nationales après consultation du membre intéressé de l'O.N.U., et que "ces organisations non gouvernementales sont réparties en deux catégories (a) et (b). Celles qui sont placées dans la catégorie (a) participent véritablement à la vie du Conseil économique et social : elles peuvent envoyer des observateurs à toutes les séances publiques du Conseil, voir leurs communications publiées comme documents officiels du Conseil, consulter la Commission permanente du Conseil, faire inscrire une question à l'ordre de jour".

Cf. De Soto, *op. cit.*, p. 700.

ne peuvent faire naître des droits directs en faveur des particuliers, ni leur imposer directement des obligations, car le traité international n'est jamais en soi l'une des sources du droit national, et ne peut avoir cette qualité à moins que la constitution de l'Etat en question ne la lui confère explicitement (153) Et dans la conclusion du deuxième chapitre nous avons précisé que l'individu n'étant pas l'un des sujets habituels du droit international public, les traités internationaux ne peuvent en principe lui faire naître des droits directs ni lui imposer directement des obligations dans le cadre de l'ordre juridique international, sauf dans des cas très rares et tout à fait exceptionnels qui ne constituent qu'un phénomène passager et purement exceptionnel. (154)

Or, comme nous avons précisé que le traité international possède indéniablement la qualité de source des droits internes des organisations internationales, et que les individus se trouvent très souvent revêtus de la personnalité juridique dans le cadre des ordres juridiques internes des dites organisations, nous pouvons conclure que les traités internationaux peuvent faire naître des droits directs en faveur des particuliers et leur imposer directement des obligations dans le cadre des ordres juridiques internes des organisations internationales, et que c'est une règle générale et n'est pas une simple exception.

(153) Cf. *Supra*, p. 31

(154) Cf. *Supra*, p. 48

CONCLUSION FINALE

Etant donné le fait que l'individu n'est pas l'un des sujets habituels du droit des gens, et le fait que le traité international n'est jamais en soi l'une des sources du droit national et que dès lors les traités internationaux ne peuvent pas, en principe, faire naître des droits directs en faveur des particuliers ou leur imposer directement des obligations ni dans le cadre de l'ordre juridique international ni dans le cadre des ordres juridiques nationaux, nous pouvons conclure que c'est seulement dans le cadre des ordres juridiques des organisations internationales, que les traités ont en règle générale la capacité de produire des effets juridiques directs vis-à-vis des particuliers, les traités ayant la qualité de source de droit dans le cadre de ces ordres juridiques et les individus ayant la possibilité de posséder la personnalité juridique.

CAPITALIST PENETRATION AND REGIONAL INEQUALITIES IN AFRICA : AN ATTEMPT TO CONCEPTUALISATION

By

DR. MOHAMED DOWIDAR*

The purpose of this paper* is to show, within the context of the underdeveloped societies, the incapacity of the conventional analysis to grasp the plenitude of the social phenomenon, in our case that of regional inequalities, its incapacity to grasp this phenomenon in its dynamics, its historical emergence and its development. And to show its incapacity, consequently, to guide a conscious action that aims at the acceleration of the negation of this phenomenon. The alternative is to look for historical concepts theoretically rich.

A student of the problem related to regional inequalities, in African economies, does not start from scratch. He is usually faced by a host of writings on regional development and planning in advanced and underdeveloped economies. These writings imply ideas and conceptions concerning regions and their developments. He is to know about these regional inequalities in analysing

*Associate Professor of Political Economy at the Faculty of Law, Alexandria University.

** This paper was presented at the IDEP Seminar on "Regionalisation of Development Planning and Regional Planning" held in Ibadan (Nigeria), 16th April-5th May 1973. It has been included in the author's book "Planifier le développement, critique de l'analyse conventionnelle" that will be published by F. Maspéro, Paris, 1974.

the historical process through which they have emerged giving place to a number of economic, social and political problems. He must study too, but in a critical manner, the effort of regional development that have been undertaken since the political independence of the African countries. He must study the strategy of growth in general, the theory that underlies, explicitly or implicitly, the regional development efforts, the pattern of organisation conceived for this development, methods and techniques adopted — to appreciate finally, the results of such regional development efforts.

In this paper we limit ourselves to the concepts necessary to a proper understanding of regional inequalities in African economies. And the purpose will be to elaborate a “concept” of region in the context of African economies. This will be done through an attempt to relate the “concept” of region to that of mode of production. To achieve this purpose we will proceed as follows :

1. From the process of production to the concept of mode of production(1)
2. From the concept of mode of production to the capitalist mode of production.
3. From the development of the capitalist mode of production on a world level and its penetration in the pre-capitalist African Societies (modes of production) to the creation of regional inequalities in such societies.

1. We don't intend here to deal with the different visions of the “mode of production”. It suffices for our purpose in this context to arrive at the concept of mode of production in its clearest form. For these different visions see the author's book : Cours d'Economie politique, Tom I, L'Economie politique, une science sociale, ch. III, F. Maspéro, Paris, 1974, See also, in Arabic, Political Economy. (with the collaboration of Moustafa Rouchdi). Alexandria, 1973, Ch. III.

4. From all this we reach the region: how it is defined within the framework of the traditional space analysis; the critique of such a definition; the alternative definition and accordingly what should be meant by "regional analysis".

I

Production is effectively a process of collective struggle between Man and Nature. It could be conceived as a double relation : between Man and Nature, and at the same time, between Man and Man.

Man is the only being opposed to Nature. He is a part of it, but opposed to it. And as a being, he has his needs which he cannot satisfy but on acting on the forces of Nature. To satisfy his needs, he pays an effort directed to Nature.

This effort differs from the effort of other beings by being a conscious one : Labour. It is conscious, first, in the sense that Man realises his opposition to Nature. It is conscious, second, in the sense that Man is the only being who imagines the result of his effort in advance (a priori) and adopts the means that enables him to achieve this result. (In this sense, Aristotle tells us that Man is a planning animal).

Through his conscious effort, his labour, Man procures from Nature what is necessary for the satisfaction of his needs which are always changing and developing.

At a certain stage of his development, Man invents what augments the productivity of his labour. the implements, mere extension of his physical power, and the tools.

implements for the production of implements. (In this sense, Franklin defines Man as a tool-making animal).

These instruments are used by him to transform the forces of Nature, the objects of his labour, into products apt to satisfy his needs.

It is this process of labour using the instruments of labour, themselves the product of previous labour, to transform the objects of labour, which is the process of production. A process which is proper to Man, for he is the only animal which produces his means of subsistence. And he does not do it once and for all, but continuously; his struggle against Nature does not stop, it goes through time, from a period to another. It is hence a *process* of production.

This struggle against Nature, Man does not live it individually, but collectively, in society; for Man is a social animal. He realises himself through the others, in labouring together, in cooperation, and in effectuating each a part of the social labour.

The process of production is hence the process of social labour using the available (quantitatively and qualitatively) instruments of labour in the transformation of the forces of Nature, the objects of labour, into products capable of satisfying the material and cultural needs of the members of the society.

All societies have, at one or another period of their history, proved capable of pushing further this process towards better conditions of social life, i. e. capable of development.

The conditions of this process of production are hence :

- The labour force, with a certain technical formation, acquired through the accumulation of knowledge and from generation to generation through practical experience and education.
- The instruments of labour.
- The objects of labour.

Both the instruments of labour and its objects represent the “*means of production*” among which figures the land. They are always means of production of a certain type which implies a certain level of technological achievement.

And both the labour force, having a certain technical formation, and the means of production whose type reflects a certain level of technological achievement, represent what is called the *productive forces* of the society. It goes without saying that the labour force must have the technical formation which enables it to form using the available type of means of production.

This process of production is a collective one. Between men, engaged in their social struggle against Nature, exist the production relations. These relations oscillate around the relation that occurs between men, (a social relation), through the intermediary of the means of production. The legal expression of this relation is *the property of the means of production*.

These relations of production determine for each individual, or group or class :

- his role in the process of production : a user of the means of production (a direct producer) or a mere decision-maker, or both or neither; and
- his share in the social product, the result of the collective struggle against Nature, and consequently the extent to which he will have his needs satisfied (in number and extension).

These are the conditions of the production process which should exist whatever may be the society with which we are dealing. But, seen in this way, they are considered in abstraction, in abstraction from the *social form which their collective union takes and which differs with the development of the society.*

How could we recognise this social form (or what may be called the form of social organisation) of the production process ?

First, in finding out the level of development of the productive forces :

- what sort of labour force we have and what sort of technical knowledge and formation it has ;
- with what sort of means of production it is effecting its labour : when working on the land, for example, what instruments it uses.

Second, what sort of production relations exist between the members of the society :

- who possesses the means of production : the land, the instruments and the objects of labour, and who consequently is divorced from them.

- what rights has each individual or group or class on these means : to use them directly in excluding the others — to put them at the disposal of the others to be used by them in return for a part of the product.

Third, by finding out how the level of development of the productive forces, combined with the existing sort of production relations, are to give the whole process of social labour a *specific form* which differentiates its from the other forms and shows :

- what type of economic activity dominates and how the process of production is socially conducted; the role of each member, or group or class, in the process of social labour;
- is this activity conducted for the immediate satisfaction of wants of the direct producers or for exchange.
- how is the product of the process of social labour distributed among the members, the groups or classes, and in particular what is the destiny of that part of social product which could be called the economic surplus : its form, its appropriation, its utilisations, etc.
- how is the continuity of the process of production, and hence that of the society, guaranteed over time; in other words, how is social reproduction assured.

The specific way in which these "hows" exist gives us the specific combination that could be called a mode

of production. Put simply, it is the way in which a certain society organises its process of social labour 1, *c'est sa manière de produire.*

II

In the context of the study of regional inequalities in African economies, the capitalist mode of production acquires a special importance. For, it is with the development of such a mode, on a world level, that these inequalities emerged.

The main characteristics of this mode of production, which represents a special historical form of exchange production where industry dominates and agriculture becomes itself an industry, are :

- that production relations repose on the private ownership of the means of production that become capital, as a dominating phenomenon ; which means the divorce of the direct producer from the means of production with his labour power becoming a commodity. With the private ownership of the means of production society is composed of three *main* social classes : the capitalist class, the landowners and the

1. The history of human society has known different modes of production. To take examples : in the ancient Greece, we had the esclavagist mode of production where land, which is originally a gift of Nature, becomes landed property; and where labour, which is originally the conscious effort of Man on Nature, becomes slave labour, with the slave himself subjected to property rights. If we take the history of Western Europe since the 9th—10th centuries, we can distinguish two main modes of production : the feudal mode of production, where landed property becomes the dominant social relation with labour becoming serf labour, and the capitalist mode of production. As for Africa before the penetration of capitalist mode of production, we will have the occasion of knowing some types of its modes of production.

working class. And on the basis of these relations of production, social product is distributed between the different classes of the society.

- The immediate objective of production, from the viewpoint of those who take production decisions, is the maximisation of monetary profit.
- The whole economy functions through the market mechanism, through the price mechanism.
- It is a mode of production with an *international nature*. In the process of its development, production and reproduction take place around the *accumulation of capital, which finds its source in the economic surplus accruing not only in the capitalist centers but also in the societies that have been integrated into the world capitalist market.*
- This mode of production *develops through the inequalities* :
 - in the distribution of income between the different social classes,
 - over time : through economic crisis and recessions,
 - between the different branches and sectors of the economy and
 - *between regions, within the advanced capitalist society and the integrated, underdeveloped society.*
- Looked at from the point of view of the underdeveloped economies, the process of the capitalist development on a world scale is that of the integration of the pre-capitalist societies, including the African ones.

To understand the regional inequalities in these societies, one has to have an idea about the modes of production dominating the African societies before direct penetration and the process of their integration into the world capitalist market and the penetration of capital to subordinate any other social relation in these societies. Here, we will limit ourselves to *West Africa's societies which were mainly agricultural but in which trade played a crucial role*¹. Here, we can distinguish three types of social organisation of production :

- the social organisation based on *the village community* with community land property (in East Nigeria, e.g.) ;
- the social organisation based on *small farmers that were producing partly for exchange* during the period of African trade before the capitalist penetration West Nigeria, e.g.), and
- the pseudo-feudal organisation of production in *kingdoms and grand empires*. To be precise, one has to distinguish, as far as West Africa, and especially Nigeria, is concerned, is concerned, between the socio-political organisation of the grand States and that of the costal cities.

Talking about trade in the States of Guinea (the States of the forested southern half of West Africa : Kanem-Bornu and Hausa Kingdoms, R. Olivier & Fage

1. The colonial period began for Sierra Leone Colony in 1787; for the protectorate in 1896, it began for the Gold Coast Colony in 1874; for Asante in 1902; for Lagos in 1861 and for the Oil Rivers in 1885; for Dahomey in 1892 and the Ivory Coast in 1893. See W.E.F. Ward, *Colonial Rule in West Africa*, in, J. Anene & Brown (eds.), *Africa in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. Ibadan University Press & Nelson, Ibadan, 1970, p. 308 & sqq.

write that “demand for luxuries, of course, implies the existence of a *wealthy class*. The first existed in the West Africa in the shape of Kings and their courts, and the specialised professions-administrator, soldiers, artists, metal workers, court musicians, remembranciers, and the like — which they were able to support from *their control of the surplus wealth produced by their subjects*. This surplus flowed into each court in the form of *tribute* in such widely-desired commodities as gold or kola-nuts which made the initiation of international trade possible when outside demand arose.¹ Here we have a social organisation on a class bases with a relatively high level of development of the production forces which allows for the production of a considerable surplus appropriate by the dominating class and partly used in trade².

In some of the coastal *city-states* (as those of the Niger Delta) that was prosperous due to the trade activity prior to their direct colonisation, we had a social organisation known as the “*house*” *system*. “Each city-state comprised a number of “houses”. Now, each “house” was more or less a *trading* association of freemen and slaves under a head or chief. There were usually four social rangs in a “house”. The heads of “houses” formed a sort of advisory council over which presided the king of the city-state “who was to” enforce peace and order, safeguard the interests and privileges of the nobility, and keep the women, slaves and masses of the population

1. A Short History of Africa, Penguin Books, London, 1972, p. 110.

2. See for the Benin State of the Guinea Forest “were the people came into two categories : the nobility and the common people” J.C. ANENE, The Peoples of Benin, the Niger Delta, Congo, Angola in the Nineteenth Century, in, Africa in the 19th & 20th Centurie op, cit., p. 270 — 273.

(supposedly engaged in other economic activity, M.D.) in subjection''1.

We had then different modes of production that dominated the different parts of West African societies at the eve of their penetration by the capitalist mode of production.

III

We cannot deal here with the process of capitalist development on a world level, as the process of the historical formation of under-development as a socio-economic phenomenon, for it represent the whole history of capitalist development and underdevelopment.²

This process of development of the capitalist mode of production affected differently the pre-capitalist African societies (modes of production) :

1. First, the starting point was a pre-colonial Africa that was characterised, by a large number of ethnic groups, or with different modes of production and political organisation (and hence different levels of development).

2. Second, the external, mainly European, impact up to 1885 was very uneven in geographical terms, with the coast being obviously more exposed.

1. Ibid, p. 276.

2. Reference can be made to :

— Walter RODNEYS's simple but profound analysis of this process in his book *How Europe Underdeveloped Africa*, Tanzania Publishing House Dar-ês Salam, 1972.

— Paul BARAN's more sophisticated analysis of this process in his *Political Economy of Growth*, first published in 1957.

— Thomas SZENTES, *The Political Economy of Underdevelopment*, A Kademiai Kiado, Budapest, 1971.

3. Third, the commerce of Europe affected different aspects of African life in varying degrees, with the political, military and ideological apparatus hardly touched, until the imperialist stage of capitalist development.

4. Fourth, the dynamic features of independent African evolution and development (that existed before the penetration of the capitalist mode of production) continued to operate after 1500. But on the whole in the direction of a loss of development opportunity

To be sure, as J. Saul & R. Woods put it, the colonial situation was everywhere one in which the local (agricultural) population were both exposed to new goods and services and, in many cases, subjected to specific governments—enforced economic or labour demands with the result that new needs were generated which could only be met by participation in cash-based market economy. Two ways of participation were open to them :

- sale of their labour power,
- or sale of their agricultural product.

And within this broad process four variables have been of particular importance in defining the nature of the integration in the overall system by the African agricultural producers through which they acquired, in effect, their peasant characteristics :

These variables are :

1. The presence, or otherwise, of centres of labour demand, such as mines, industries and the like. (This was partly done by a physical shift of the African peasants through slave trade, from the 16th to the 19th centuries, where the demand for labour existed in the countries of the

New World. The effect of this trade was different in the different parts of African societies). This would lead to the development of labour-exporting peasantries. A development which reflects also in some instances the degree to which adult men were under-employed in the pre-capitalist agriculture and hence the extent to which they could be absent without threatening the security of minimal subsistence production which assures the production of the labour force.

2. The presence, or otherwise, of a suitable local environment for the production of agricultural crops for sale with the degree of availability of marketing opportunities for these crops. (Here the factors involved are: the natural endowment and the degree of integration in the capitalist market). The extent to which the peasantry could respond to cash cropping depended on the adaptability of the pre-capitalist agriculture to the incorporation of new crops without threatening the security of minimal subsistence production. This adaptability was higher in areas where dominated, before capitalist penetration, a social organisation of production based on small farmers producing partly for exchange (West Nigeria, e.g.).

3. The presence, or otherwise, of an immigrant settler group of capitalist farmers who would be competitors with African producers 1.

As a result, in each territory, given its natural endowment and the mode of production dominant prior to capitalist penetration, a number of peasantries who are differentiated according to locality :

1. See J. S. Saul & R. Woods, African Peasantries, in Peasants and Peasant Society, T. Shamin (ed.) Penguin Readings, 1971, p. 107 & Sqq.

- some localities being labour exporting;
- some being food-crop exporting;
- some cash-crops exporting, and
- some with varying proportions of each.

These differentiation will often coincide with, and be reinforced by, localised cultural identifications, often of an ethnic or tribal nature.

Of course this pattern cannot be a static one, but rather one changing over time as the whole system develops.¹

If we add to this, that some localities are characterised by the dominance of capitalist agriculture (foreign or local), and that some others (urban) by the existence of services (administrative, banking, commercial and others) necessary for production and exchange between the different localities and the rest of the World, especially the capitalist centres, and that in such urban localities live the representatives of international corporations, immigrant settlers and immigrant traders, indigenous traders and indigenous so-called elites who (basing themselves upon educational attainment and, in some cases, upon political skills) under certain circumstances could take over formal political power from the colonial regime, if we add all this we arrive at the differences which express *regional inequalities*, result of the integration of different modes of

1. The dynamics of capitalist development tends to introduce a further element which cuts across the differentiation of peasants by locality with a differentiation based on the degree of involvement in the cash economy. This involves the possible movements towards proletarianisation of migrant labourers on the one hand and towards capitalist agriculture on the other and these two can clip away at the peasantry, pulling it in different directions. J. Saul & R. Woods, op. cit., p. 109.

production in African pre-capitalist societies into the capitalist world economy.

And with the political independence, a balkanisation of Africa has taken place through the creation of political units (States) which do not correspond neither to ethnic and cultural groupings nor to more or less homogeneous "regions". *How can we define then a region ?*

IV

In the after Second World War period, regional inequalities were flagrantly showing themselves in the Western capitalist countries. These inequalities called not only for regional development policies (*aménagement des territoires* but) also for a host of *space analysis* that came to make afterwards a part of the theoretical exportation towards the underdeveloped countries.

According to the advocates of these analysis, three different approaches have been used in *defining regions*:

- the first stresses *homogeneity* with respect to some one or combination of physical, economic, social or other characteristics (but mainly in terms of natural endowment and basic services, especially transport);

1. The integration of the pre-capitalist mode of production in the capitalist market was *not even over time*. For in some parts of the African societies, it was delayed by the resistance of the previously well organised societies. This resistance affected too the modality of capitalist penetration through its effect on the attitude of the colonial power towards the resisting societies. An attitude which affects, in its turn, the changes that these societies have to undergo. In this sense too, the pre-capitalist mode of production had its effects on the emergence of regional inequalities. (See as an example the resistance of Benin and the States of North Nigeria, a resistance that caused less capitalist penetration in the North and affected the educational policy of the colonial power, which was for less education opportunities in the North and more opportunities, especially through missionary education, in the South, for the purpose of the formation of necessary civil servants. See J.C. Anene, *op. cit.*, p. 273-275.

- the second emphasises the so-called *nodality of polarisation* usually around some central urban place;
- the third is policy-oriented, concerned mainly with *administrative* coherence or identity between the area being studied and available political institutions for effectuating policy decisions¹.

But all these definitions are, to say the least, of a simplest nature, for :

- they are based on an erroneous idea of space, and
- missing the scientific approach, which when considering social phenomena, must be historical.

We take, first, the *significance of space*. In their view, space is a mere geographical distance, to be measured by the transport cost. "It will be admitted, according to Tinbergen and others, that the most important aspect of space in economic matters is the existence of transportation. Therefore, we think that the best economic measure of space must be based on the level of transportation costs for a number of commodities"².

This might be a geographical definition of space, but *in Economics, a science that deals with social relations occurring through the intermediary of material things, space cannot be but the geographical distribution of production relations.*

1. See Jos G. Hilhorst, *Regional Planning, A system Approach*, Rotterdam University Press, 1971, p. 5 & sqq.

See also the ECAFE paper on "Comprehensive Regional Development Planning" Presented to the Sixth Interregional Seminar on Development Planning (Regional Planning). Quito, 20 sep. — 10 Oct, 1971, P.6.

2. L. Meunes, J. Tinbergen & J. Waandenburg: *The Element of Space in Development Planning*. North-Holland Publishing Company. Amsterdam, 1969, P.2.

It is the location, over the society's territories, of these production relations and the whole supra-structure they underlay. On the basis of this idea of space, and interested in "regions" in the African context, the approach to their definition must be, as we have seen, historical :

- to start with the mode of production dominant in the precapitalist African societies, given the natural endowment;
- to analyse the process of integration and its effects;
- to see the political division of Africa in States.

It is only in adopting such approach that we can arrive at "regions" within a political unit, a state, and in more than one state.

And for regions within the state, the differences between them might manifest themselves, given the endowment, in :

- different modes of production dominant before pre-capitalist penetration;
- different modality of capitalist penetration (through slave trade or other modality);
- the different degrees of integration in the world capitalist market;
- difference in the specific role played by the region within the whole capitalist system :
 - mainly reserve of cheap labour force,
 - mainly source of cheap food for local labour force,

- mainly source of agricultural raw materials, cocoa, cotton,
- mainly source for mineral : copper, oil;
- according to their different roles they might have different supplies of basic services (especially trading and transportation); and here, it appears clearly that the transport is a dependent variable and not an independent one;
- differences, in ethnic and cultural groups.

But, whatever the difference between these regions (within the State), they all have in common :

- a subordinate nature, for they represent parts of a dependent economy within the capitalist world market. A part of their economic surplus is mobilised towards the metropolitan centres.
- for each of these regions, the process of mobilisation of the surplus is realised through a physical polarisation (which materialises a certain socio-political subordination) around some urban places, towns, which represent mere «stops» in the way towards the real metropolitan centres. And for these towns or «stops» the *function* is well defined : they are not meant to provide the countryside with what towns provide agriculture in the capitalist centres. They are meant to collect agricultural and mining products (with some processing if necessary) and export them, and to distribute imports between the different parts of the underdeveloped economy.

Hence, the pattern of location of the African towns :

- the location of the major urban agglomerations usually the capital of the country, is on the coast (Mention can be made of most of the capitals of West Africa's countries from Dakar to Lagos, passing by Conakry, Freetown, Abidjan and Accra).
- the location at inland ports : river and lake ports.
- the location at important nodes of land routes, and
- the location of towns in the areas of mining activities and where the climatic factor favours the settlement of Europeans(1).

The whole locational pattern of African towns, excepting the pre-colonial ones, is determined by the dependent nature of the economies and their concentrations towards the metropolitan centres; and within each African economy the pattern of location of internal towns is determined by the degree of subordination of the region and the role it plays in the whole capitalist system.

- A third feature in common between the different regions of an underdeveloped economy, is that, since the political independence, the State might play an intermediary role between the region and the international capital.

Seen in this way, a *regional analysis* means an analysis given the natural endowment :

- of the social organisation of production in the region, especially in agriculture;

1. See E.O. Adeniyi, The Role of African Cities in Development Paper presented to U.N. IDEP Seminar on Regional Planning, Ibadan, April, 1973, p. 4—6.

- of the degree of its integration in the capitalist market;
- to find out the class-structure for the rural and the non-rural population which gives the regions its specificity within the ensemble : the subordinated and repressed classes and stratum, their life conditions, their mobility, etc.;
- all this for the region, in its relation with other regions and with the metropolitan centre. To find out whether this relation is direct or indirect through another region and whether it is established through selling its labour power and its commodities or through buying, or through both of them and the terms of trade...and so on. To find out which of the classes of the region is in contradiction or in conciliation with the metropolitan centre;
- to see as a result, the region's lot in so-called infrastructure basic services corresponding the pattern of income distribution and to the role played by the region in the whole system.

Accordingly, a region will be defined, given its natural endowment, according to the specificity of its social organisation of production, and in under-developed societies, according to the specificity of its subordination to capital, and consequently, the role it plays in the production and the mobilisation of a certain type of surplus towards the metropolitan centre.