الأمم المتحدة الإنمائي ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٣م .
(11) Louis Favoreiw : the principle of equality in the jurisprudence of the Conseil Constitutional ،Capital University Law Review ،2001
(12) Cynthia A.Vroom: Equal protection versus the principle of equality ،American and French views ، on Equality in the law ، Capital University law Review ، 2000.
(13) J . Robert، les violations de la liberté individuelle commises part la administration، L . G . D . J .، 1956 .
(١٤) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٧ ، لسنة ٩ قضائية دستورية ، جلسة ١٩ مايو ، سنة ١٩٩٠م ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الرابع .
(١٥) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٣٨ ، لسنة ١٠ قضائية دستورية ، جلسة ٤ مايو ، سنة ١٩٩١م ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الرابع .
(١٦) حكم المحكمة الدستورية المصرية ، القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية دستورية ، جلسة ٢ يناير ، سنة ١٩٩٩م، الجزء التاسع .
(١٧) حكم المحكمة الدستورية البحرينية ، الحكم الثالث عشر، بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الاثنين ٣٠ مارس ٢٠٠٩م، في الدعوى المقيدة بجدول المحكمة الدستورية برقم د/٠٦/٣ لسنة (٤) قضائية ، نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢ أبريل ٢٠٠٩ في العدد رقم ٢٨٨٩ ، مملكة البحرين .
(١٨) حكم المحكمة الدستورية البحرينيه ، القضية رقم د/٦/٣ لسنة ٤ قضائية دستورية ، قاعدة رقم ٦ ، جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩ .
(١٩) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، فى ١٩٨٩/٤/٢٩ ، طعن ٥٧/٢١ دستوري ، القاهرة ، سنة ١٩٨٩م .
(٢٠) حكم المحكمة الدستورية البحرينيه ، القضية رقم د/٦/٣ لسنة ٤ قضائية دستورية ، قاعدة رقم ٦ ، جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩ .
(٢١) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، فى ١٩٨٩/٤/٢٩ ، طعن ٥٧/٢١ دستوري ، القاهرة ، سنة ١٩٨٩م .
(٢٢) حكم المحكمة الدستورية البحرينية ، الحكم الثامن عشر، في الدعوى المُقيدة بجدول المحكمة الدستورية برقم د/٠٧/٤ لسنة (٥) قضائية ، نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٣١ ديسمبر ٢٠٠٩ في العدد رقم ٢٩٢٨ ، مملكة البحرين
(٢٣) المبدأ رقم ١/١١ ، مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية ، الكتاب الثاني

الأساس المنطقي في التمييز بين الإسناد الكاشف لطبيعة الواقعة وتوصيفها

الدكتور/ محمد سليمان الأحمد
أستاذ القانون المدني - كلية الحقوق – جامعة المملكة - مملكة البحرين

١- غالبا ما تتضمن الدراسات القانونية ، فضلاً عن التعريف بموضوع الدراسة ، تحديد الأساس القانوني له ، أو تأصيله قانونيا ، أو توضيح النظام القانوني للموضوع ، أو تعيين الأوضاع القانونية ؛ أو تتعمّق الدراسة القانونية لتبين التكييف القانوني للموضوع ، أو تحديد طبيعته القانونية.

لكن غالباً ما يذهب قصد الباحثين إلي إعطاء معنى التكييف القانوني للطبيعة القانونية أو العكس ، على الرغم من وجود الفارق بينهما . ويظهر الفارق بين هذين النمطين في علم القانون عندما نحدد نطاق تطبيق القانون المراد تطبيقه على الواقعة في كافة مراحل التطبيق ؛ والقانون المراد تطبيقه على الواقعة ليس قانوناً واحداً لجنس واحد من الوقائع ، بل هو يختلف باختلاف طبيعة الواقعة فهل هي واقعة ذات طبيعة مدنية أم جنائية أم تجارية.....إلخ ؛ ثم أنه –أي القانون المراد تطبيقه- يختلف باختلاف صنف الواقعة بالنتيجة التي آل إليها تكييفها ، وبالتالي فإن القانون المراد تطبيقه مرتبط بتكييف الواقعة وتحديد طبيعتها القانونية ، وهنا تكمن أهمية البحث الذي سنعالجه في المباحث الأربعة الآتية :-

-المبحث الأول : البحث في الإختصاص.

-المبحث الثاني : ماهية التكييف.

- المبحث الثالث : ماهية الطبيعة القانونية .

- المبحث الرابع : العلاقة بين التكييف والطبيعة القانونية .

ثمّ ننهي البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات

المبحث الأول

البحث في الاختصاص

٢- يلاحظ أن كل علاقة قانونية ينشأ عنها نزاع معين ، تحتاج إلي قانون مختص بالتطبيق عليها ، إذ إن القاضي لا يستطيع إلاّ أن يقضي بقانون أو بموجب قانون ؛ فما المقصود بالقانون المختص بالتطبيق ؟
القانون المختص بالتطبيق هو القانون الموضوعي(١) الذي يحتوي على الحكم القانوني الخاص بفرضية الواقعة ، وفرضية الواقعة تشمل شقين :-
الأول: الفرضية المذكورة في القاعدة القانونية والتي ينص عليها المشرع عادة ويضع لها حكماً مناسباً(٢) .
الثاني: الواقعة ذاتها بكل عناصرها وظروفها الحاصلة والمعروضة على القاضي ، والتي بها تحولت فرضية الواقعة من مجرد فرضية افترضها القانون إلي واقع حاصل حادث.

٣- إن القانون المختص بالتطبيق يختلف عن القانون الواجب التطبيق المعروف في القانون الدولي الخاص ، إذ إن وجوبية تطبيق الأخير، تنبع من وجود حالة تنازع القوانين ، كأن يبرم شخص عراقي في الأردن عقداً مع شخص سوري لغرض تنفيذه في لبنان ، فأي من هذه القوانين هو الواجب التطبيق على هذا التصرف (الواقعة بمعناها العام) ، أهو : القانون الأردني ، قانون دولة محل الإبرام ؛ أم القانون العراقي ، قانون دولة المتعاقد الأول ؛ أم القانون السوري ، قانون دولة المتعاقد الآخر ؛ أم القانون اللبناني ، قانون دولة تنفيذ العقد ؟
هنا يأتي دور قواعد الإسناد (٣) لتبين القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي ؛ أما القانون المختص بالتطبيق فهو القانون الذي يحتوي على حكم فرضية الواقعة ، وهنا ينبغي التمييز

(١).القاعدة الموضوعية هي القاعدة التي تقرر حقا أو تعدله أو تغيره أو تلغيه ، فهي قاعدة تؤثر في المراكز القانونية ؛ وتقابلها القاعدة الإجرائية أو الشكلية .(لاحظ مؤلفنا : تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية ، دار وائل للنشر ، عمّان ، ٢٠٠٤ ، ص٥٣.).
(٢).تتكون القاعدة القانونية من عنصرين مهمين هما : الفرضية والحكم ؛ إذ أن الفرضية تفترض وقوع حدث في المستقبل يرتب عليه القانون حكما ، وهذا الحكم هو الجواب على السؤال المفترض في الفرضية .(لاحظ للتفصيل بحثنا: عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم) ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون جامعة الموصل ،العدد الخامس، أيلول ، ١٩٩٨ ، ص١٠٤ و ما بعدها) .
(٣).قواعد الإسناد هي مجموعة القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي ، فهي قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلية فيما يسمى بالحياة الخاصة الدولية (تعريف الأستاذ الدكتور شمس الدين الوكيل ، نقلا عن الدكتور هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٥ ، ص٥).

بين القانون بمعناه العام والقانون بمعناه الخاص(١) ، إذ كثيراً ما يلتبس على البعض التفريق بين القانون العام والقانون الخاص من جهة ، والقانون بمعناه العام والقانون بمعناه الخاص من جهةٍ أخرى، نظراً لكثرة الاهتمام بفرعي القانون على حساب معنياه. القانون بمعناه العام ، يقصد به مجموعة القواعد القانونية المرعية في مجتمع ما والمنظمة للعلاقات الاجتماعية فيه والتي يلتزم الأشخاص باتباعها ، وإلاّ تعرضوا للجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة ، كأن يقال القانون الفرنسي والقانون البحريني .. الخ . أما القانون بمعناه الخاص فيعني مجموعة القواعد القانونية التي تسنها السلطة المختصة بالتشريع في دولة ما لتنظيم أمر معين(٢)، كأن يقال : القانون المدني ، القانون الجنائي ، قانون الضرائب ، ... الخ . وفائدة التمييز بين القانون بمعنييه العام والخاص تكمن في التمييز بين القانون الواجب التطبيق والقانون المختص بالتطبيق ، فالقانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين هو قانون بمعناه العام ، أما القانون المختص بالتطبيق فهو قانوناً بمعناه الخاص عموما .

٤- إن القانون المختص بالتطبيق هو القانون الذي احتوى على القاعدة القانونية التي فيها فرضية الواقعة والحكم الموضوع لها ، إذ إن القاضي عندما تُعرض عليه واقعة معينة ، فإنه يتوجب عليه وحده (٣) أن يبحث ويفتش عن فرضية هذه الواقعة في مختلف القواعد القانونية حتى يجد لها حكماً مناسباً يطبقه عليها . وهذا يعني أن القانون المختص بالتطبيق هو القانون الذي له خصوصية التطبيق على هذه الواقعة ، لا بمعنى أنه يختص بالتطبيق على هذه الواقعة دون غيرها ، بل بمعنى أن الواقعة قد انحصر تطبيق هذا القانون عليها دون غيره ، ثم أن هذا لا يعني حتمية وجود قانون واحد مطبق بمفرده على مفردات الواقعة ، بل قد تتعدد فقرات الواقعة فيختص كل قانون بالتطبيق على كل فقرة من فقرات هذه الواقعة ، كأن يتعرض قاضي محكمة البداءة لواقعة تشتمل على عمل تجاري واخلال بتنفيذ التزام موجب لنهوض المسؤولية المدنية ، فهنا يتحتم على القاضي تطبيق القانون التجاري على الفقرة التجارية ، كما أن عليه تطبيق القانون المدني على الفقرة المدنية الواردة في الواقعة ؛ لكن كيف يحدد جنس الفقرة ، فعلى أي أساس يضفي الصفة المدنية أو التجارية أو غيرها على هذه الفقرة أو تلك في الواقعة ؟ هذا ما سنجيب عليه في ماهية الطبيعة القانونية . ثم كيف سيحدد نوع ما تشتمل عليه الفقرة ، فهل هذه المسؤولية من قبيل المسؤولية العقدية أم أنهاغير عقدية (تقصيرية) ؟هذا ما سنجيب عليه في تحديد ماهية التكييف القانوني.

(١). لاحظ: د. توفيق حسن فرج ، و د. محمد يحيى مطر ، الأصول العامة للقانون ، الدار الجامعية، بيروت ، ١٩٨٩ ، ص ١٤. عبد الباقي البكري و د. علي محمد بدير وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٧ ، ص ١٧. و د. سعيد مبارك ، أصول القانون، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٢ ، ص ١٧.
(٢).لاحظ: عبد الباقي البكري و د. علي محمد بدير وزهير البشير ، المرجع السابق ، ص ١٧.
(٣). القاضي دائما هو المعني بإثبات القانون أيا كان وطنيا أو أجنبيا (لاحظ: الأستاذ مصطفى كامل ياسين ، كيف يُطبّق القانون الأجنبي ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧ ،ص٨ . أ.د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٧ ، ط٢ ، ص٢٣ . وكذلك أ.د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون البينات الجديد ، دار الثقافة ، عمّان ، ٢٠٠٤ ، ص٣٤ وما بعدها) .

المبحث الثاني
ماهية التكييف

٥- يعد التكييف القانوني عملية قانونية ، تكون في أحيان معينة ، معقدة جداً ، فالتكييف في القانون يقابل التشخيص (تشخيص المرض) في الطب ، إذ يتم الاعتماد عليه في تطبيق حكم القاعدة القانونية على فرضيتها المتمثلة في الواقعة الحاصلة التي وضعها التكييف ضمن إطار الفرضية الموضوعة من قبل المشرع.

والتكييف القانوني هو عمل قضائي أولاً ، ثم أنه عمل فقهي ثانياً (١) ؛ فهو من حيث أنه عمل قضائي يقوم به القاضي بإعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة المعروضة عليه تمهيداً لتطبيق الحكم القانوني الملائم عليها ؛ كما أنه عمل فقهي يقوم به الفقيه بتصنيف الوقائع حسب أوصافها ، فيجمع عدداً منها ويضعها في مجموعة واحدة ثم يقوم بتسمية هذه المجموعة ليتم من بعد ذلك إدراج الوقائع المماثلة ، وهذا ما جعل البعض يطلق لفظ التصنيف على التكييف(٢).

٦- وبعيداً عن الخوض في تفصيلات تعريف التكييف في اللغة والفقه والقانون(٣) ، نشير إلى أن كلمة (تكييف) على وزن (تفعيل) ، أي أن الذي يقوم بهذا الفعل هو الذي يجعل موضوع الفعل (متكيفاً)

(١). يذهب البعض إلى تقسيم التكييف إلى ثلاثة أنواع ، فقهي وقضائي وتشريعي (لاحظ : هدى سالم الأطرقجي ، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل، ٢٠٠٠ ، ص٣٣ والمراجع التي أشارت إليها) ونحن نرى أن التكييف لا يمكن أن يكون تشريعيا ، لأن من يقوم بعملية التكييف من رجال القضاء والفقه ، إنما يستند إلى وصف المشرع أيما كان هذا الوصف أو نوعه أو عرضه ، فالمشرع ينشئ الأوصاف في نماذج أو (قوالب) – سمّها ما شئت – ، ويأتي دور القائم على عملية التكييف ليعطي الوصف القانوني السليم للواقعة ، وكأنما يضع الواقعة في (قالبها) الصحيح.

(٢). د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص٨٥ .

(٣). للتفصيل في تعريف التكييف في القانون ، لاحظ : رسالتنا للماجستير ، الوضع القانوني لعقود انتقال لاعبي كرة القدم المحترفين ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٧ ،ص٧٩ وما بعدها . وأطروحتنا للدكتوراه ، المسؤولية المدنية للمساهمين في تنظيم الأنشطة الرياضية ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠ ، ص١٦٤ وما بعدها . (وللتكييف في القانون الدولي الخاص دور مهم نابع من معناه في فقه هذا القانون) لاحظ : د. هشام علي صادق ، مرجع سبق ذكره ، ص١١١ . د. محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، دار الطالب ، الإسكندرية ، ١٩٥٥ ، ص ٣٢٧. (يلاحظ أن الدكتور عز الدين عبد الله ، كان قد عرّف التكييف بأنه : (تحديد طبيعة العلاقة القانونية لردها لنظام قانوني معين خصّه المشرع بقاعدة إسناد) ، وذلك في الطبعتين الأولى والثانية من مؤلفه (القانون الدولي الخاص) ، إلاّ أنه عدّل عنه في الطبعات الأخرى) . لاحظ : مؤلفه : القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٩ ، ط٩ ، ص ١١٢ وما بعدها . ولاحظ على وجه الخصوص ، ص ١٤٤ ، والهامش (٢) في الصفحة نفسها .

(كما أن التكييف قد حظي باهتمام المختصين في القانون الجنائي وقد فاضوا في الكتابة في هذا الموضوع الحيوي) لاحظ لمزيد من التفاصيل : د. هدى سالم الأطرقجي ، أطروحتها سبق ذكرها ،ص ٢٢ وما بعدها.

لحكم قانوني معين ، وهنا تنطبق المقولتين الأخريين في الفلسفة ، مقولتي الفعل والانفعال(١) ، فالتكييف هو فعل من خارج الواقعة به تتفاعل الواقعة لتدخل في حيز القانون ، وهو يختلف عن الوصف القانوني في ذاته ، فالتكييف هو عملية لإعطاء هذا الوصف الذي يعد نتيجة تترتب على هذه العملية القانونية الصرفة ، هذه العملية تؤدي إلي وضع الواقعة في قالبها القانوني الصحيح ؛ وهنا لا بد من التعريج على مسالتين هما :

أ.) ما الحل فيما لو لم يوجد نموذج (قالب) قانوني توصف به الواقعة ؟ لا مشكلة لدينا عندما تتعدد مصادر القانون ، لكن المشكلة تظهر جلية في القانون الجنائي الذي يعتمد على مصدر واحد للتطبيق هو التشريع فقط ، وهنا يرى البعض (٢) أن على المحكمة في هذه الحالة أن تحكم بالبراءة لعدم وجود وصف قانوني لهذه الواقعة ، ونحن نرى أن البراءة جاءت من تكييف الواقعة فعلاً مباحاً ، لأن إصدار الحكم لا يستقيم إلا بعد الفراغ من عملية التكييف أياً كانت نتيجتها ، ثم أن علينا أن نميز بين النموذج القانوني للواقعة والنموذج الإجرامي أو النموذج القانوني للجريمة ، فالنموذج الأول يخص توصيف الواقعة تجريماً أو إباحة سواء أكانت الإباحة طبيعية أم استثنائية (٣) ، أما النموذج الثاني فانه يخص الواقعة تجريماً كأصل عام ، ثم إباحته إباحة استثنائية فقط إذا توافر سبب من أسباب الإباحة (٤) ، لأن عدم انطباق النموذج الإجرامي على الواقعة سيجعلها مباحة إباحة طبيعية وبالتالي لا يطبق قانون العقوبات عليها ؛ عليه فالعبرة بالنموذج القانوني للواقعة أياً كان حكمه .

ب.) هل أن التكييف يعني إسناد الواقعة إلى شخص ما ؟ على الرغم من أن البعض (٥) يرى شمول التكييف للإسناد ، لكنني أرى غير ذلك ، فالإسناد له معنى آخر في القانون ، لا سيما في القانون الجنائي (٦) ، يختلف عن معنى التكييف الذي يقتصر دوره على إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة ، وهذا دور كبير لا يقلل من شأنه خروج دور الإسناد منه ، والذي يقتصر على بيان نسبة الفعل إلى الفاعل بإسناد

(١). المقولات العشر في مبحث القيم (الاكسيولوجيا) هي : الجوهر ، الكم، الكيف ، الإضافة ، الأين ، المتى ، الوضع ، الملك ، الفعل ، والانفعال .(لاحظ : د. امام عبد الفتاح امام ، محاضرات في المنطق ، دار الثقافة ، القاهرة ، ١٩٧٣ ،ص٨٩ .) وقد نظم بعضهم بيتين ذكر فيهما أمثلة المقولات العشر ليسهل حفظها ، قال :

زيد الطويل الأزرق ابن مالكِ في بيته بالأمس كان (متكي)
في يده سيف لواه فالتوى فهذه عشر مقولات سوى

فزيد مثال الجوهر ، والطويل للكم ، والأزرق للكيف ، وابن للإضافة ، وفي بيته للأين ، و بالأمس للمتى ، ومتكي للوضع ، و في يده سيف للملك ، ولواه للفعل ، والتوى للانفعال . (لاحظ :محمد جواد مغنية ، معالم الفلسفة الإسلامية ، مكتبة الهلال ، (بدون مكان وزمان النشر) ، ص٦٥) .

(٢). لاحظ المراجع التي أشارت إليها د. هدى سالم الأطرقجي ،أطروحتها للدكتوراه سبق ذكرها ، ص ٢٥.

(٣). في التمييز بين الإباحة الطبيعية والإباحة الاستثنائية ، لاحظ : د. عبد الرؤوف مهدي ، الاتجاهات المعاصرة في أساس ونظام إباحة الجريمة الرياضية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، القاهرة ،العدد٣ ، السنة ٢٧ ، ١٩٨٣ ، ص١١.

(٤). لاحظ : د. عبد الرؤوف مهدي ، بحثه السابق ، ص١١. ولاحظ : د. محمد سليمان الأحمد و د. نضال ياسين حمو ، المنشطات الرياضية ، دار جهينة للنشر ، عمان ،٢٠٠٣ ، ص١٦.

(٥). د. هدى سالم الأطرقجي ، أطروحتها سبق ذكرها ، ص٢٥ .

(٦). لاحظ : د. رؤوف عبيد ،السببية الجنائية بين الفقه و القضاء ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ط٤ ، ص٣.

مادي كان أو معنوي(١) . كما أن التكييف يختلف عن الإسناد القانوني الذي يتعلق بإسناد واقعة تتنازع عدة قوانين بشان التطبيق عليها ، إلى أحد هذه القوانين ، سواء أكان التنازع بين قوانين عدة دول أو بين قوانين مختلفة في داخل الدولة ، وسنبين وجه الاختلاف عند البحث في ماهية الطبيعة القانونية .

٧- والتكييف القانوني يتصف ، عموما ، بالصفات الآتية :-

أ-انه عمل قانوني ، يتم به إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة (بمعناها العام) المعروضة على القاضي أو الفقيه ، فهذا العمل لا يحاكي طبيعة الواقعة ، بل يحاكي مفرداتها ومدى انسجامها مع القوالب القانونية الموضوعة من قبل القانون ، إذ إن القانون يضع أوصافا معينة لوقائع يفترض وقوعها في المستقبل (٢) لكن دون أن يدخل في تفصيلات الواقعة الحياتية الحاصلة فعلاً في الواقع والتي تخرج من مدركات الافتراض منطقا ، لا رغبة من المشرع بل لأن تفصيلات الواقع متنوعة وكثيرة وغير متناهية (٣) ، وبالتالي فالمشرع لا يستطيع استيعاب كل ما سيقع في المستقبل ، فكل ما بفعله هو وضع (القوالب) –إن صح التعبير- ، فيأتي دور القاضي أو الفقيه أو من يقوم بهذه المهمة(٤) ، بإدراج الواقعة الحاصلة الحادثة ووضعها في قالبها المناسب . فالوصف موضوع من قبل القانون ، ووضعه هنا للأوصاف لا يعني أنه يكيف الوقائع –كما سبق أن ذكرنا- بل لكون من يضع الأوصاف أصلاً إنما يقوم بالتشريع ، أما من يطبق هذه الأوصاف على الواقعة ، فإنه يقوم بالتكييف لأنه لا يضع بل يعطي وصف القانون ، وهذا أيضاً ما يدل على اتصاف الوصف بالقانوني .

(١). لاحظ : د. ماهر عبد شويش و د. محمد سليمان الأحمد و هيثم حامد المصاروة ، نظرية تعادل الأسباب في القانون الجنائي ، دار الحامد ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص١٤ .

(٢). لاحظ : بحثنا ، فكرة التطور القانوني بين تبدّل القانون وتغيّر الواقع (دراسة تحليلية استخلاصية لعنصر (المستقبل!) في القاعدة القانونية ، مجلة بحوث مستقبلية ، تصدرها كلية الحدباء الجامعة ، العدد الأول ، ٢٠٠٠ ، ص٢٩٧ .

(٣). وهنا يقترب التكييف من القياس ، فأساس الأخير يقوم على فكرة أن النصوص متناهية وأن الوقائع غير متناهية فكيف يمكن أن يدرك المتناهي غير المتناهي (لاحظ: أ.د. مصطفى الزلمي ، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد ، مركز عبادي ، صنعاء ، ١٩٩٦ ، ص١٠٤ وما بعدها.) والقياس قد يكون أحد أدوات عملية التكييف لأن الواقعة قد لا يمكن إعطائها الوصف القانوني الصحيح آلا بقياسها على واقعة أخرى منصوص عليها ، ثم أن التكييف غير محصور فقط في دائرة الأوصاف المنصوص عليها بل يشمل الأوصاف الموضوعة من قبل المصادر غير النصّيّة أيضا .

(٤). من الممكن أن يقوم غير القاضي والفقيه بمهمة التكييف ، فرجل الإدارة يمكن أن يقوم بتكييف الوقائع الإدارية المعروضة عليه ، وكذا المحامي فيما يعرض عليه من قضايا .

ب-التكييف هو عملية (قوننة) الواقعة ، إذ إنه عن طريق التكييف القانوني تتحول الواقعة من مجرد مسألة اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو ما تشاكل ذلك ، إلى مسألة قانونية ؛ و(القوننة)- إن صح التعبير- أعني بها صهر الواقعة بمفرداتها وملابساتها ، وجعلها واقعة مؤهلة لتطبيق القانون عليها ، فالتكييف هو تأهيل الواقعة لتطبيق القانون عليها .(١)

ج-التكييف عملية ممهدة لتطبيق القانون ، وقد يكون التكييف أول ما يبدأ به التطبيق ؛ وقد ذكرنا أن التكييف يشبه التشخيص في الطب ، فالطبيب لا يستطيع أن يعالج ما لم يشخص المرض ، والمعالجة القانونية لأية مشكلة لا تتم إلا بإعطائها الوصف القانوني السليم الملائم لتطبيق الحكم عليها .

د-التكييف عملية ، فضلا عن أنها تمهيدية ، فهي حتمية ؛ إذ يتحتم دائماً وأبداً تكييف الواقعة تمهيداً لتطبيق حكم القانون عليها ، سواء أكان هناك لبس أم لم يكن . فالأشخاص ، وهم أحد أهم عناصر الغالبية العظمى من الوقائع ، لا يدركون حقائق المعاني القانونية للألفاظ والكلمات المستخدمة في معاملاتهم بصورة عامة ، لكن المختص بعملية التكييف يحاكي مفردات الواقعة ويدرجها ضمن فرضيتها القانونية لتطبيق الحكم عليها ، وهذا الأمر حتمي في كل وقت وحين في نطاق تطبيق القانون المختص .

هـ-التكييف هو عمل يختص به قاضي الاختصاص ، إذ لا تكييف لواقعة غير معروفة بطبيعتها القانونية ، فهذه الواقعة لا يعرف ما قانونها المختص بأمثالها ؛ فعملية معرفة كون هذه المسؤولية مدنية أو جنائية أو إدارية ، ليست بتكييف ؛ وعملية معرفة كون هذا العقد مدنياً أو تجارياً أو إداريا ، ليست بتكييف ؛ وعملية معرفة كون دفع هذا المبلغ أو ذاك على سبيل الغرامة أو التعويض أو الضريبة ، ليست تكييف ؛ لأن ما يميز

(١) في بحث منشور لنا ، ميزنا بين القوننة و (القنونة) ، فالقـوننة تعني ، أنها التدخل القانوني في بعض الأوضاع غير القانونية ، وغير القانونية بمعنى أنها ، إما كانت غير مشروعة ، فشرّعها القانون ، كما في الزواج المثلي وتعاطي المخدرات ، حيث يقال قـوننة الزواج المثلي أو قوننة تعاطي المخدرات ، في قوانين البلاد التي قوننت مثل هذه الأوضاع ، أو أنها أوضاع ، وإن كانت مشروعة ، لكن القانون لم ينظمها بعد ، مثلاً قـوننة التظاهرات ، وقوننة التوقيع الألكتروني ، وغيرها . فالقوننة هي تحول الأوضاع من أوضاع غير قانونية الى قانونية ، عبر قيام التشريعات بتنظيمها وإقرارها وحمايتها ، لكن ما نقصده ب الـ(قنـونة) ، يتباين مع ذلك ، وإن كان قريباً منه في المعنى ، فالعقد ليس بالوضع غير القانوني لكي يحتاج الى قـوننة ، بل هو لا يحتاج اليها أصلاً ، إنما هو وضع لا يقدر القانون على نكرانه أبداً ، لكن القانون جُعل وسيلة لوضع بند عقدي مفترض فيه يعبر عن الإرادة العقدية العامة ، عن طريق فتح قناة في العقد ، والقناة التي يفتحها القانون في العقد ، لا شك أن أفضل مصطلح للتعبير عنها يتمثل في الـ ((قنـونة))، إذن فالـ(قنـونة) هي قناة يضعها القانون في العلاقات العقدية عموماً ، وفي بعضها على وجه الخصوص ، لإعتبارات معينة ، تعبيراً عن الإرادة العقدية العامة ، لتحقيق مصلحة عقدية جماعية تمثل في الأساس في منع كل عقد من أن يحقق لطرفيه مصالح على حساب الإضرار بالجماعة ضرراً لا يقره العاقدين لأنفسهما وهما يبرمان عقدهما المشترك . وإن كان مصطلح الـ(قنونـة) غير دارج في لغتنا العربيـة ، لكنه بالإمكان إدراجه في لغتنا القانونيـــة الخـاصة ، شأنه شأن إستخدامات كثيرة درّج الفقه والقضاء ورجال القانون على إستخدامها في القوانين والأحكام والمؤلفات الحقوقية ، دون أن يكون لها أساس في اللغة الفصحىٰ ، كما في إستخدام مصطلح (الغير) و (البعض) وما شاكل ذلك ، والمهم أن يكون لهذا الاستخدام ضرورة ومعنى خاص على وفق اللغة المهنية الدارجة . (لاحظ ، بحثنا : (قنونة !) العقد ، منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية ، تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية ، اقليم كوردستان-العراق ، السنة الأولى ، العدد (٢) ، كانون الأول ، ٢٠١٣ ، ص ١١) .

قانون عن آخر يعتمد ، أساساً ، على موضوع هذا القانون وما يتميز به عن موضوعات القوانين الأخرى ، وموضوع القانون يعني المفردات العامة التي يختص القانون بها ، وهذه المفردات قد أعطاها القانون طبيعة معينة تجعلها تخضع لقانون معين دون غيره ؛ فإذا أردنا معرفة أن هذه المسؤولية مدنية أو جنائية أو إدارية ، فإننا بصدد تحديد لطبيعتها القانونية ، لأنه بهذا التحديد سيتعين القانون الأولى بالتطبيق ، أهو القانون المدني (فيما لو كانت المسؤولية مدنية) ، أم القانون الجنائي (فيما لو كانت المسؤولية جنائية) ، أم القانون الإداري (فيما لو كانت المسؤولية إدارية) ؛ وكذلك الأمر بالنسبة للعقد ، فالعقد إذا كان مدنياً فسنطبق عليه القانون المدني ، وإذا كان تجارياً فسيختص به القانون التجاري(١) ، وإذا كان إدارياً فيتعين إسناده إلى القانون الإداري ؛ مع ملاحظة الإحالات القانونية إلى القواعد العامة ؛ وهكذا بالنسبة للالتزام بالدفع ، فإذا كان على سبيل الغرامة عدّ الموضوع ذا طبيعة جنائية ، أما إذا كان الدفع على سبيل التعويض فالموضوع ذو طبيعة مدنية ، وأما إذا كان الدفع على سبيل الضريبة فإننا أمام قضية مالية عامة ينطبق عليها قانون الضرائب . وعملية تحديد الطبيعة القانونية للواقعة يمكن أن نطلق عليها بالإسناد كما سيجيّ بيان ذلك .

و- ينعقد التكييف على مرحلتين ، مرحلة إلحاق الواقعة بوصف قانوني يجعلها تخضع لنمط قانوني معين (٢) في قانون معين ؛ ومرحلة توظيف الواقعة لصهرها في فرضية القاعدة القانونية الخاصة بها تمهيدا لتطبيق حكم القاعدة عليها . ولربما يكون بإمكاني أن أسمي التكييف الأول بـ(التكييف التوصيفي) ، والثاني بـ(التكييف التوظيفي) ؛ ففي الأول نلحق الواقعة بنظامها القانوني ، وفي الثاني نلحقها بحكمها الخاص بها ؛ فمثلاً لو عرضت قضية أمام القاضي تتعلق بمسؤولية مدنية ، فإن عليه أولاً أن يوصف الواقعة فهل هي مسؤولية عقدية أم غير عقدية (تقصيرية) ، وهذا هو التكييف التوصيفي ، وبه تلحق الواقعة إما بنظام المسؤولية العقدية أو بنظام المسؤولية الأخرى ، فإذا وجد القاضي أنها مسؤولية غير عقدية ، فأية فرضية تنصهر بها الواقعة المعروضة ؟ هنا يأتي دور التكييف التوظيفي .

(١). ينتقد بعض الفقهاء استخدام مصطلح (العقد التجاري) ويبرر انتقاده بأن هذا الاستخدام (يوحي بوجود فئة مستقلة من العقود ذات صفة تجارية بحتة اقتضاها التعامل التجاري ، تقوم إلى جانب العقود المدنية ، في حين أن العقود التجارية لا تختلف ، في حقيقتها ، لا من حيث الأركان ولا من حيث شروط الصحة ولا من حيث أسباب الانقضاء ، عن العقود المدنية ، لذلك يؤكد كبار الفقهاء في فرنسا أنه لا توجد (عقود تجارية) ، بالمعنى الدقيق ، وإنما توجد عقود مسماة توصف بالمدنية أو التجارية تبعا لصفة أطراف العقد والغرض من التعاقد) لاحظ: د. محمد حسن الجبر ، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ، مطابع جامعة الملك سعود ، الرياض ، ١٩٨٤ ، ص٣ . (وقد أيد بعض الفقهاء هذا الاتجاه) لاحظ : د. علي البارودي ، القانون التجاري اللبناني ، ج٢ ، الدار المصرية ، بيروت ، ١٩٧١ ، ص٥ .

(٢). النمط القانوني يشمل مجموعة من الفكر القانونية المشتركة في العرض ، وبمجموع الأنماط القانونية يتكون في القانون ما يسمى بالنظام القانوني ، فمثلا يعد كل من إبرام عقد الزواج والخطبة والمهر وشكل الزواج والنفقة والنسب والدخول والخلوة والعدّة والخلع والتفريق والطلاق ، أنماطا قانونية في نظام الزواج . (لاحظ في تعريف النظام القانوني كل من : د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج١ ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص١٨ . أ. عبد الباقي البكري و أ. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة التعليم العالي ، الموصل . ١٩٨٩ ، ص٢٧ .) .

المبحث الثالث

ماهية الطبيعة القانونية

٨- عندما يتم تعريف قانون ما ، فإنه يتم تعريفه بموضوعاته المدرجة تحت ظله ، فالقانون المدني هو مجموعة القواعد التي تنظم المعاملات المدنية ، والقانون الدستوري هو مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتضمن الحقوق والحريات العامة والأساسية و تنظم اختصاصات السلطات الثلاث في الدولة والعلاقة فيما بينها ؛ وهكذا إذن فالقانون هو الذي يحدد طبيعة الوقائع من وجهة النظر القانونية ، إذ إن للأشياء طبائع أخرى من زوايا متعددة ، لكن القانون يحدد طبيعتها القانونية فحسب ، بمعنى القانون المختص بها .

٩- إن القانون عندما يحدد الطبيعة القانونية للأشياء فإنه يحاكي ذات الواقعة في نظره وليس في نظر الواقع ، من هنا يلاحظ أن القانون هو الذي ينشئ الطبيعة القانونية للوقائع ، أما الكشف عن هذه الطبيعة فيتمُّ من قبل من يهتم بالكشف عنها ، فيكون عن طريق عملية يطلق عليها -(الإسناد القانوني) ، وهذا الإسناد يختلف عن إسناد مكونات الواقعة ، كإسناد النتيجة إلى الفعل وإسناد الفعل إلى الفاعل ، فالإسناد القانوني يعني نسبة الواقعة إلى قانون يطبق عليها ، فتتحدد طبيعة الواقعة من خلال إسنادها لقانون معين ، والمقصود بالقانون هنا القانون بمعناه الخاص ، أي القانون المختص بالتطبيق – كما ذكرنا في المبحث السابق – ؛ فإذا كانت الواقعة تتعلق بمعاملة مالية خاصة ونحن لا نعرف طبيعة هذه الواقعة ، فهل أن هذه المعاملة مدنية أم تجارية ؟ فإذا أسندنا هذه المعاملة إلى قواعد القانون المدني فقد فهمنا أن هذه الواقعة ذات طبيعة مدنية ، وكذلك الحال فيما لو أسندت الواقعة إلى قواعد القانون التجاري .

١٠- إن الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية يختلف عن الإسناد في القانون الدولي الخاص ، إذ إننا لا نستطيع تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص إلا إذا كنا أمام علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي ، أما الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية فيمكن أن يكون في كافة العلاقات القانونية الوطنية الخالصة والمشوبة بعنصر أجنبي . والإسناد الكاشف للطبيعة القانونية ليس حتمياً في كل الوقائع إلا في تلك التي يشك في طبيعتها القانونية ولأي قانون تخضع ؟ بعكس ما رأيناه في التكييف القانوني ، وهذا ما يفرق بين الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية والتكييف القانوني ، لكن ماذا عن الطبيعة القانونية في ذاتها ؟

١١- في الوقت الذي رأينا فيه أن التكييف يتعلق بمقولتي الفعل والانفعال منطقا ، نجد أن الطبيعة القانونية تتعلق بمقولة (الكيف) (١) ، أي (كيف) جوهر الواقعة ، إذ إن الطبيعة القانونية ثابتة في الأشياء ، هذا الثبات هو :-

(١). لاحظ ما سبق ذكره في الهامش رقم (١٠) من هذا البحث . ولاحظ أيضا : الأستاذ عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني ، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة ، دار القلم ، دمشق – بيروت ، ١٩٧٥ ، ط١ ، ص٣٣٩ .

أ- ثبات قانوني ، فالقانون هو المحدد الأصلي للواقعة .

ب- ثبات نسبي ، لأن القانون قد يغير من الطبائع القانونية للأشياء.

ج- ثبات موضوعي ، فالطبيعة ثابتة في الموضوع وإن لم تصل إلى علم من ينبغي إدراكها .

١٢- إن الطبيعة القانونية معلومة وينحصر معرفتها في حقيقة ذهنية رسخها القانون تتعلق بدرج هذه الواقعة أو تلك ضمن قائمة مجموعة معينة من القواعد القانونية ، يطلق عليها بالمجموعة القانونية ؛ ويقصد بالمجموعة القانونية ، نصوص القانون المشرعة التي تحكم حقلاً من حقول الحياة الاجتماعية الذي تتسم روابطه بوحدة طبيعتها، فيقال المجموعة المدنية والمجموعة التجارية والمجموعة العقابية(١) .

٣- إن تحديد مفهوم الطبيعة القانونية مرتبط بادراك الكليات الخمس في علم المنطق ، وهي : الجنس والنوع والفصل والعرض الخاص والعرض العام (٢) . فالجنس مجموعة من أنواع مشتركة في صفات معينة وإن اختلفت في حقائقها ، فالجنس في حالة الإنسان هو الحيوان أما النوع فمجموعة من أشياء مشتركة في حقائقها وإن اختلفت في خصائصها وميزاتها ومشخصاتها ، فالإنسان نوع من الكائنات الحية . أما الفصل فهو ما يميز النوع عن غيره من الأنواع ، فالإنسان نوع ، لكن ما يميزه عن أبناء جنسه من الأنواع الأخرى ، أنه ناطق . أما العرض الخاص فهو استدراك كل النوع وخصائصه وإن لم تبدو فاعلة ، كالضحك عند الإنسان وان لم يضحك . أما العرض العام فهو صفة غير ذاتية في حقيقة الشيّ ، بل تتحقق في أفراده وأفراد غيره ، كوصف التنفس في الإنسان (٣) .

١٤- إن الطبيعة القانونية للأشياء وتكييف الوقائع تتطلب منا تعريف الواقعة وتحديد صفاتها وخصائصها وتمييزها عن غيرها من أنواع الوقائع الأخرى ومن ثم تحديد طبيعتها وتكييفها القانوني . ونبدأ بالتعريف الذي يقصد به (القضية التي تحدد لنا الصفات الجوهرية للشيّ ، أو تلك الصفات التي بناءً عليها أطلق عليه اسمه ، فالاسم هو موضوع القضية ، والمحمول هو الصفات التي إذا فقدها الشيّ فقد وجوده معها ، إذ التعريف هو ماهية الشيّ وكيانه ، وتلك الماهية مؤلفة من الجنس والفصل وهي متساوية في نطاقها مع الموضوع الذي تعرفه ، أو أن التعريف ينطبق على كل فرد من أفراد الموضوع ، مثل (حيوان ناطق) بالنسبة للإنسان (٤). فالتعريف هو تحديد ماهية الشيّ ، أي جوهره ؛ وتحديد الصفات هو العرض العام ؛ والخصائص هو العرض الخاص ؛ وتمييز الشيّ عن ما يشتبه به هو الفصل ؛وتحديد تكييفه القانوني هو تحديد نوعه؛ وبالنهاية لا يبقى سوى تحديد الطبيعة القانونية للشيّ ، أي تحديد جنسه.

(١). لاحظ : أ. عبد الباقي البكري و أ. زهير البشير ، مرجع سبق ذكره ، ص٢٦ .

(٢). لاحظ : د.إمام عبد الفتاح إمام ، مرجع سبق ذكره ، ص٩٨ . و أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص٢٤ .

(٣). لاحظ : أبو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني (السيد الشريف)، التعريفات ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، (دون سنة نشر) ، الصفحات على التوالي: ٤٨ ، ١٣٤ ، ٩٥ ، ٥٧ ، ٨٦ . ولاحظ : الأستاذ عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني ، مرجع سبق ذكره ، ص٣٥ . والأستاذ محمد المبارك عبد الله ،المنطق في شكله العربي ، مطبعة وزارة التربية ، بغداد ، ١٩٨٤ ،ط١ ، ص٢٨ وما بعدها.

(٤). لاحظ : د. إمام عبد الفتاح إمام ، مرجع سبق ذكره ، ص٩٦ .

المبحث الرابع

العلاقة بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية

١٥- العلاقة بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية ، هي علاقة بين الذات والتفاعل مع مفرداته ، فالطبيعة القانونية هي الذات القانونية للواقعة ، فهي جواب للسؤال عن (كيف) لجوهر الذات ، لكن (كيف) هنا من القانون واليه ؛ أما التكييف القانوني فهو عمل يقوم به شخص مختص في القانون له أدواته القانونية في التعامل مع مفردات الذات (ذات الواقعة) ، فيقوم بـ(قوننتها) أولاً من خلال جعل القضية الواقعة قضية قانونية تتطلب وضع حل قانوني لها ، فالتكييف مرتبط بفعل يأتي من خارج الذات ليضفي عليها وصف قانوني تمهيداً لتطبيق حكم القانون عليها .

١٦- وعلى الرغم من اختلاف معنى التكييف القانوني عن معنى الطبيعة القانونية ، فإن هناك علاقة وأوجه للشبه بينهما يمكن تحديد أهمها في الآتي :-

أ- إن محل كل من التكييف القانوني والطبيعة القانونية هو الواقعة ، ولا نعني بالواقعة هنا المعنى الضيق الخاص ، بل المعنى الواسع العام لها ، فهي تعني كل حدث حاصل بإرادة أو بدونها قابلا للحكم عليه مهما كان ، فيصدق وصف الواقعة على كل ما يمكن أن تترتب الأحكام القانونية عليه ، والواقعة لا تقبل حكم القانون عليها ما لم تكن محلاً للإثبات (١) ، فكل واقعة تقبل الإثبات تصلح أن تكون محلاً للتكييف القانوني والطبيعة القانونية . عليه فإن كل من العقود ، والاتفاقات بين الأشخاص القانونية مهما كانوا ، داخل الدولة الواحدة أو على مستوى العلاقات الدولية ، والمسؤوليات ، والوقائع المادية ، طبيعية كانت أو بفعل الإنسان ، والجرائم سواء أكانت جنايات أو جنحاً أو مخالفات ، وعقوباتها ، والعفو والصفح ، والخلافة عامة كانت أو خاصة ، شخصية كانت أو عينية ، وكافة المعاملات والحوادث المنشئة لكافة الحقوق عينية أو شخصية أو معنوية ، والقرارات الإدارية ، والأحكام القضائية ، والإجراءات على أنواعها ، وأعمال السيادة ، بل وحتى القرارات التشريعية ، هي وقائع بالمعنى العام لها ، لأنها أحداث قابلة للحكم عليها . فالعقد قابل للحكم عليه بالصحة أو البطلان أو الفسخ ، وكذا الاتفاقات الأخرى ، والمسؤولية تقبل الحكم عليها بترتيب آثارها من عدمه ، وكذا الحوادث طبيعية أو بفعل الإنسان سواء شكلت جريمة أو فعلاً مباحاً ، كما أن أي قرار إداري قابل للحكم عليه بالنفاذ أو التوقف أو البطلان ، وكذا الحكم القضائي فإنه قابل للحكم عليه بالتصديق أو النقض ، فإذا كان مما لا يقبل الطعن ، فإنه يقبل الحكم عليه فقهاً ، وإن لم يكن هذا الحكم ملزماً ؛ بل حتى القوانين والتشريعات ، فهي أحداث قابلة للحكم عليها ، فهل التشريع موافقاً للدستور أم لا ، وهل الدستور معبراً عن إرادة الشعب ، وهل أن هذا القانون أو ذاك مقنعاً ، متزناً ، عادلاً ، مواكباً للتطور ، قابلاً للتطبيق ، جامداً ، مرناً ، هل حل مشكلة ، أم زاد الطين بلة ، ....إلخ ، وأعني

(١). لاحظ : أ.د. عباس العبودي ، كتابه في قانون الإثبات العراقي، سبق ذكره ، ص٤٤ وما بعدها . وكتابه في قانون البينات الأردني الجديد ، سبق ذكره ، ص٤٢ وما بعدها .

بالحكم هنا هو الرأي القانوني المبدى في الواقعة من قبل القائم بعملية التكييف أو الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية ، سواء أكان ملزماً ، كالحكم القضائي ، أم غير ملزم ، كأفكار الفقهاء وآرائهم .

ب- إن أدوات كل من القانون في إضفاء الطبيعة القانونية على الوقائع المجردة ، والقائم بعملية الإسناد الكاشف لهذه الطبيعة ، والمكيّف القانوني للواقعة ، هي أدوات قانونية ومنطقية ، فالمشرع – على سبيل المثال – هو الذي يحدد الطبيعة التجارية لبعض الأعمال ، كالشراء بقصد البيع ثانية بربح ، ومن ثم لو عرضت قضية تتعلق بعمل مفاده شراء شيٍّ معين لغرض بيعه ثانية بربح ، يصبح لدينا تصوّر عن طبيعة هذه الواقعة وما يصدق عليها(٧)، لكن كيف نكيفها ؟ فإذا بدأنا بالتكييف التوصيفي وكان شراء الشيٍّ لغرض بيعه ثانية بطريقة البيع الايجاري ، فهنا نكون أمام تساؤل ، هل أن هذا التصرف بيع أم إيجار ؟ هنا لا بد من استخدام أداة قانونية ومنطقية ، فالعقد (جنس) وله (أنواع) ، ولكل نوع مميزات (تفصله) عن غيره ، وهذه المميزات هي (أعراض خاصة) به نأخذها بعين الاعتبار بعيداً عن (الأعراض العامة) المشتركة بين أكثر من عقد . إذن على القائم بالتكييف أن يدرك عناصر وخصائص كل عقد على حدة ، فإذا توافرت العناصر الجوهرية لأحد العقود في الواقعة المعروضة ، رجحت كفة هذا العقد على العقود الملتبس توافر أوصافها في الواقعة ، الأداة هنا بجانب كونها منطقية فهي قانونية ، فالقانون هو الذي يحدد العناصر الجوهرية للعقود ، فعندما يرى القاضي أن التصرف في المثال أعلاه يغلب عليه وصف البيع لتوافر عناصره الجوهرية ، فانه يكون قد انتهى من التكييف التوصيفي ، ليأتي إلى التكييف التوظيفي ، فما هي المشكلة وما هو الحكم القانوني الخاص بها والمطبق على الفرضية الواردة في القاعدة القانونية ، والتي ألحقت الواقعة المعروضة بها ، وهنا سيكيف القاضي المشكلة فهل هي تتعلق بإبرام العقد أم تنفيذه أم فسخه وانقضائه ؟؟ بأداة قانونية منطقية .

ج- ولا ننسى أن كل من التكييف القانوني والطبيعة القانونية يلعب دوراً مهماً في القانون الدولي الخاص ؛ إذ إن من يريد أن يكيف واقعة ما مشوبة بعنصر أجنبي ، أو يحدد طبيعتها القانونية ، فإنه يهدف من وراء ذلك إلى إخضاع هذه الواقعة لقانون ما ؛ معنى هذا: أن التكييف القانوني يشترك مع الطبيعة القانونية في أنهما – بتحديدهما وتعيينهما – يهدفان إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على الواقعة التي تتنازع عليها عدة قوانين ؛ لكن ما هي نوعية القانون الذي يراد إخضاع الواقعة لاختصاصه؟

١٧- يهمل غالبية المختصين في علم القانون موضوعاً مهماً في المدخل إلى دراسة هذا العلم ، ألاَ وهو تحديد المعنيين العام والخاص للقانون ، وقد سبق لنا أن حددنا هذين المعنيين ، وبعد إدراك هذين المعنيين للقانون ، يلاحظ أن العملية تمر بمراحل حتى نصل إلى هدف كل من التكييف وتحديد الطبيعة ، وما لهذين النمطين القانونيين من دور فاعل في اختيار القواعد القانونية التي يشتمل عليها القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي . إن تحديد القانون

(١). التصور هو مدرك ذهني مرتبط بالمفهوم ويقصد بالمفهوم المعنى الذهني الذي يثيره اللفظ في الأذهان ، واللفظ دلالة كلامية عليه . وأما الماصدق أو (المصداق) فهو الفرد أو الأفراد التي ينطبق عليها اللفظ إذ يتحقق فيها مفهومه الذهني . (لاحظ : الأستاذ عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني ، مرجع سبق ذكره ، ص٤١ .)

الواجب التطبيق على واقعةٍ ما ، وثيق الصلة بكل من المعنيين العام والخاص للقانون ، سواءً أكان القانون المراد معرفته ، واجب التطبيق على علاقة دولية أو علاقة وطنية غير مشوبة بعنصر أجنبي ، فالمهم بالنسبة للعلاقات الدولية الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي ، هو تحديد القانون بمعناه العام ، ما دام هناك عدة قوانين لدول مختلفة تتنازع في التطبيق على ذلك النوع من العلاقات ، لذا فإن حل النزاع بين هذه القوانين ، لا يتم إلاّ بتحديد أي من هذه القوانين هو واجب التطبيق على تلك العلاقات(١) ، كأن يبرم شخص عراقي عقداً في الأردن مع شخص سوري لغرض تنفيذه في لبنان ، (المثال المطروح آنفا) (٢) ، فأي من هذه القوانين هو الواجب التطبيق على هذا التصرف (الواقعة بمعناها العام) ؟.

١٨- لكن العملية لم تنته بعد ، إذ أن تحديد القانون الأردني – مثلاً – في مثالنا أعلاه، على العلاقة الدولية الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي ، لم يحل سوى بعض المشكلة ، إذ بقي تحديد مسألتين مهمتين هما:

أ- تحديد نوعية القانون المطبق على الواقعة ، فلا يكفي أن نقول أن القانون الأردني هو الواجب التطبيق عليها ، بل لا بد من تحديد نوعية هذا القانون ، أهو القانون المدني ، أم القانون التجاري ، أم قانون المالكين والمستأجرين ؟ وبهذا التعيين يتحدد القانون بمعناه الخاص . وهو لا غنى عنه في العلاقات الدولية الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي، ولا غنى عنه في العلاقات الوطنية الصرفة كذلك .

ب- تحديد نوع الواقعة ، فإن كانت عقداً فهل هو عقد بيع أم هبة أم إيجار ، .. ، إلخ ، وإن كانت مسؤولية ، فهل هي مسؤولية تقصيرية أم عقدية ؟؟

ومن خلال تحديد هاتين المسألتين في الموضوع ، يتضح لنا أن المسألة الأولى ، إنما تتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للواقعة ، أما المسألة الثانية فتتعلق بالتكييف القانوني لها ، فالطبيعة القانونية تعني إخضاع الواقعة لقانون (بمعناه الخاص) ، أي لتنظيم قانوني معين ، أما التكييف القانوني فيعني إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة .

١٩-لكن علينا أن نشير إلى نقطتين مهمتين هما :

أ- قد يظن البعض أنه من الواجب – أولاً – تحديد القانون بمعناه الخاص ، ثم التحول إلى تعيين القانون بمعناه العام ، فيما لو كانت العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي، على أساس أن القاضي عندما يطبق قانوناً أجنبياً على علاقة دولية خاصة ، فإن أول عمل يقوم به هو (تكييف) تلك العلاقة(٣)، ومن ثمّ تعيين القانون بمعناه العام .

(١). لاحظ: د. حسن الهداوي و د. غالب الداؤودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني ، دار الكتب ، الموصل، ١٩٨٨ ، ص ١١.

(٢). لاحظ : الفقرة (٣) من البحث .

(٣) لاحظ: د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ط٢ ، ص ٢٦٦. ولاحظ أيضاً : د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٥٩ وما بعدها .

صحيح إن أول مرحلة من مراحل تطبيق القانون الأجنبي تكمن في التكييف ، لكن يجب إدراك معرفة المفهوم الدقيق للتكييف في مجال القانون الدولي الخاص من جهة ، وفي مجال المعاملات المالية من جهة أخرى ، فالتكييف – كما مرّ بنا – هو : (تحديد الوصف السليم للرابطة القانونية المطروحة أمام القاضي لينتهي إلى كون العقد محل النزاع هو عقد إيجار أو عقد بيع ... الخ)(١) ؛ فالغاية من التكييف – إذن – كما يقول بعض الفقهاء(٢) – هي : (وصل الحالة القانونية بإحدى الفكر المسندة لا بأحد النظم القانونية كما يقال عادةً ، لأن تقسيم الأنظمة القانونية ليس مطابقاً لتقسيم الفكر المسندة ، بل أن ثمة فكراً مسندة لا تعتبر بذاتها مكونة لأنظمة قانونية كآثار الزواج وأشكال التصرفات) . لذا فإن تحديد وصف العقد بأنه يدخل ضمن نطاق القانون المدني أو القانون التجاري ، هو ليس تكييفاً له ، بل تحديداً لطبيعته القانونية التي توصلنا بالنهاية إلى تحديد القانون بمعناه الخاص ، وهذا هو الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية .

أما ما يتعلق بتحديد نمط الواقعة من حيث انتمائها لنظام محدد ، فهو استاذ لها وليس تكييفاً ، فتحديد وصف الواقعة يختلف عن تحديد وصف المشكلة التي انقدحت بها مشكلة التنازع بين القوانين ، فكون المشكلة الأخيرة متصلة بكون المسألة هي مسألة أهلية أم شكل – على سبيل المثال – ، هي وجه آخير لاسناد الواقعة لنظام ، وهذا يدخل في الطبيعة لا في التكييف .

ولغرض تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد – مثلاً –، يجب أولاً تكييف هذا العقد ، ومن ثمّ تحديد القانون بمعناه العام ، على فرض وجود عنصر أجنبي في العقد ؛ هذا اذا لم يلتبس على القاضي تحديد وصف المشكلة التي خلقت وضع التنازع ، فهو يحتاج لتحديد الطبيعة القانونية لهذا الوجه فقط ، ومن ثمّ يُسند الواقعة الى قانونها ، أي أنه يقوم بتعيين القانون بمعناه الخاص (تحديد الطبيعة القانونية) .

ب- إن كون العلاقة القانونية ، علاقة دولية خاصة(٣) مشوبة بعنصر أجنبي ، أو علاقة وطنية العناصر ، لا يغير من طبيعتها القانونية ، فالعقد – مثلاً – إذا كان عقداً مدنياً ، فإنه يبقى بهذا الوصف ، وإن شابه عنصراً أجنبياً ، مما يعني أن العقود المدنية والتجارية ، من الممكن أن تكون دولية مثلما يمكن أن تكون وطنية، ذلك لأنها تعدّ من عقود القانون الخاص(٤).

(١) . لاحظ: د. هشام علي صادق ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١١.

(٢) . د. محمد كمال فهمي ، مرجع سبق ذكره ، ص٣٢٧ .

(٣) العلاقات الدولية إما أن تكون عامة أو خاصة ، فالعلاقات الدولية العامة هي القائمة بين الدول أو بينها والمنظمات الدولية العامة ، أما العلاقات الدولية الخاصة فهي القائمة بين الأفراد (رعايا الدول) ، أو بين الأشخاص المعنوية الدولية الخاصة غير الحكومية ، والفرق بين النوعين من العلاقات الدولية ، أن العامة منها تخضع لقواعد القانون الدولي العام ، أما الخاصة منها فتخضع لقواعد القانون الدولي الخاص.

(٤) في المعنى نفسه لاحظ : د. حسن الهداوي و د. غالب الداؤودي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢ وما بعدها .

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي:-

٢٠- النتائج : ويمكن إجمالها في الآتي :

أ- يختلف مفهوم التكييف القانوني عن مفهوم الطبيعة القانونية ، في حين يعني التكييف إعطاء الوصف القانوني الصحيح للواقعة المعروضة ، تعني الطبيعة القانونية نوعية الواقعة من وجهة النظر القانونية ، فالتكييف يتصل بعمل يقوم به القاضي أو الفقيه في العادة ، فهو مرتبط بمقولتي الفعل والانفعال في علم المنطق ، أما الطبيعة القانونية فهي متعلقة بمقولة الكيف في علم المنطق .

ب- لتحديد الفيصل بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية أهمية بالغة في تحديد نطاق القانون المختص ، فالطبيعة تحدد نوع القانون المطبق ، (القانون بمعناه الخاص) ، كما لو كان قانوناً مدنياً أو قانوناً تجارياً أو قانوناً للأحوال الشخصية أو ما إلى ذلك ، أما التكييف فهو انطلاقة تطبيق القانون على الواقعة ، إذ به (تتقنون) الواقعة ، فتظهر في فرضية القاعدة القانونية ليطبق عليها بعدئذٍ حكم القاعدة الوارد على فرضيتها ، وهذا ما دفعنا إلى تقسيم التكييف إلى نوعين ، تكييف توصيفي وتكييف توظيفي .

ج- إن محل كل من التكييف والطبيعة هو الواقعة بمعناها العام ، الذي به يقصد بالواقعة كل حدث يقع ويكون قابلاً لترتيب الحكم عليه ، والواقعة تكون صالحة لأن تكون محلاً لكل من التكييف والطبيعة ، متى ما كانت صالحة محلاً للإثبات.

د- القانون هو الذي يحدد الطبائع القانونية للوقائع ، وعادة ما يكون لدى رجل القانون تصور عن هذه الطبائع ، لكن إن التبس عليه الأمر ، فان عليه أن يقوم بعملية الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية.

هـ- إن لكل من التكييف القانوني والطبيعة القانونية دوراً مهماً في القانون الدولي الخاص ، في حالة وجود العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي ، إذ إن قواعد الإسناد في هذا القانون تشير دوماً إلى القانون الواجب التطبيق على الواقعة ، من خلال تحديدها (للقانون بمعناه العام) ؛ لكن العملية تتطلب كذلك تعيين (القانون بمعناه الخاص) في الدولة التي أشارت قواعد الإسناد إلى اختصاص قانونها ، وهنا يتحتم الرجوع إلى الإسناد الكاشف للطبيعة القانونية . وقبل هذا ينبغي أولاً معرفة وصف الواقعة ، وهنا يأتي دور التكييف القانوني .

٢١- التوصيات : ويمكن إجمالها في الآتي :

أ- إجراء الدراسات المعمقة في تحديد ماهيّات المصطلحات المستخدمة في كل الدراسات القانونية ، كمصطلحات : الأساس القانوني ، والتأصيل القانوني ، والإطار القانوني ، والنظام القانوني ، والوضع القانوني ، والمركز القانوني ، وكذلك التكييف القانوني والطبيعة القانونية .

ب- استخدام الأدوات المنطقية في التمييز بين الأنماط القانونية المختلفة ، سواء تلك الأنماط المتعلقة بأحكام الفقه القانوني ، أو تلك المتعلقة بأصول الفقه القانوني .

ج- وضع منهج جديد في كليات القانون تحت عنوان (أصول الفقه القانوني) ، يتناول دراسة كيفية التعامل مع النصوص القانونية والتعريف بالمبادي القانونية والقواعد الكلية والدلالات واستنباط الأحكام والتحليل والتكييف والتفسير وما إلى ذلك ، والاستفادة من تراثنا الإسلامي الغني في هذا المجال والمتمثل في أصول الفقه الإسلامي .

النص في القانون المدني على تعريف المصطلحات القانونية العامة المتعلقة بأصول التفسير والتكييف ، ووضع فواصل لمعاني كل المصطلحات القانونية.

هـ - العمل على سن قانون التفسير العام للنصوص وأصول تطبيقها ، ليكون معيناً للقضاء في تفسير القوانين ، وبالتالي حسن تطبيقها تحقيقاً للعدالة .

قائمة المراجع

١. أبو الحسن علي بن محمد بن علي الجر جاني (السيد الشريف) ، التعريفات ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، (بدون سنة نشر) .
٢. د. إمام عبد الفتاح إمام ، محاضرات في المنطق ، دار الثقافة ، القاهرة ، ١٩٧٣ .
٣. د. توفيق حسن فرج ود. محمد يحيى مطر ، الأصول العامة للقانون ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٩ .
٤. د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٧٢ .
٥. د. حسن الهداوي ود. غالب الداؤودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٨ .
٦. د. رؤوف عبيد ، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ط٤ .
٧. د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٥.
٨. د. سعيد مبارك ، أصول القانون ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٢ .
٩. أ. د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٧ ، ط٢ .
١٠. أ. د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون البينات الجديد ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٤ .

١١. أ. عبد الباقي البكري و أ. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة التعليم العالي ، الموصل ، ١٩٨٩ .
١٢. أ. عبد الباقي البكري ود. علي محمد بدير و أ. زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٧.
١٣. د. عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني ، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، دار القلم ، دمشق ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ط١ .
١٤. د. عبد الرؤوف مهدي ، الاتجاهات المعاصرة في أساس ونظام إباحة الجريمة الرياضية ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، العدد الثالث ، السنة ٢٧ ، ١٩٨٣ .
١٥. د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ط٩ .
١٦. د. علي البارودي ، القانون التجاري اللبناني ، ج٢ ، الدار المصرية ، بيروت ، ١٩٧١ .
١٧. د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج١ ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢.
١٨. د. ماهر عبد شويش ود. محمد سليمان الأحمد وهيثم حامد المصاروة ، نظرية تعادل الأسباب في القانون الجنائي ، دار الحامد ، عمان ، ٢٠٠٠ .
١٩. أ. محمد جواد مغنية ، معالم الفلسفة الإسلامية ، مكتبة الهلال ، (بدون مكان وسنة نشر) .
٢٠. د. محمد حسن الجبر ، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، مطابع جامعة الملك سعود ، الرياض ، ١٩٨٤ .
٢١. د. محمد سليمان الأحمد ، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٤ .
٢٢. محمد سليمان الأحمد ، عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، العدد الخامس ، ١٩٩٨ .
٢٣. محمد سليمان الأحمد ، فكرة التطور القانوني بين تبدّل القانون وتغيّر الواقع ، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية ، كلية الحدباء الجامعة ، العدد الأول ، ٢٠٠٠ .
٢٤. د. محمد سليمان الأحمد ، المسؤولية المدنية للمساهمين في تنظيم الأنشطة الرياضية ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠.
٢٥. محمد سليمان الأحمد ، الوضع القانوني لعقود انتقال لاعبي كرة القدم المحترفين ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٧.
٢٦. د. محمد سليمان الأحمد ود. نضال ياسين حمو ، المنشطات الرياضية ، دار جهينة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٣ .
٢٧. أ.د. محمد سليمان الأحمد ، (قنونة !) العقد ، منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية ، تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية ، اقليم كوردستان-العراق ، السنة الأولى ، العدد (٢) ، كانون الأول ، ٢٠١٣ .

٢٨. د. محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، دار الطالب ، الإسكندرية ، ١٩٥٥.

٢٩. أ. محمد المبارك عبد الله ، المنطق في شكله العربي ، مطبعة وزارة التربية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ط١ .

٣٠. أ. د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد ، مركز عبادي ، صنعاء ، ١٩٩٦ .

٣١. أ. د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٨٦.

٣٢. أ. مصطفى كامل ياسين ، كيف يطبق القانون الأجنبي ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧.

٣٣. د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ط٢ .

٣٤. د. هدى سالم الأطرقجي ، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي ، أطروحة دكتوراه في كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠ .

٣٥. د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٥ .

بين الوسيط والعميل في الأوراق المالية الصادرة عن شركات المساهمة في القانون البحريني والقانون المصري

الدكتور/ عماد رمضان

أستاذ القانون التجاري المساعد – كلية الحقوق – جامعة المملكة – مملكة البحرين

مقدمة :- التعريف بموضوع البحث

تصدر شركات المساهمة ذات الاكتتاب العام أوراقاً مالياً عبارة عن الأسهم والسندات ، والتي يصرح لها القانون بإصدار أوراقً مالية تطرح في اكتتاب عام بهدف إما تجميع رأس المال بإصدار أسهم أو الحصول على المال اللازم لتسير أمور الشركة أثناء عملها عن طريق طرح سندات للاكتتاب العام ، ويتم التعاقد مع جمهور المكتتبين عن طريق أحد البنوك أو إحدى المؤسسات المرخص لها بتلقي الاكتتابات، وقد تهدف الشركة المساهمة من ذلك في الرغبة الى زيادة رأس المال، ونظراً لأن المشرع فى قانون الشركات سواء البحريني أو المصري نظم قواعد خاصة بشركات المساهمة، بأن جعل الاعتبار المالي فيها هو الأساس ومن ثم يكون للمساهم كامل الحرية فى الدخول أو الخروج منها دون أن تتأثر الشركة بكيانها القانوني، خلافاً لشركات التضامن ، والتى تنتهى بمجرد خروج الشريك أو وفاته أو فقد أهليته لوجود اعتبار شخصي ومهم للشريك المتضامن، وحرية خروج ودخول المساهمين بشركة المساهمة هو سر نجاح هذه الشركات فى الوسط الاقتصادي لأى دولة وهو ما جعل المشرع ينظر اليها بعين الاعتبار خلافا للشركات الأخرى، كذلك، وقد نظمها بنصوص قانونية خاصة، سواء فيما يتعلق بتأسيسها أو بنشاطها أو مقدار رأس المال فيها .

ورأسمال الشركة المساهمة بصفة عامة ينقسم الى أسهم متساوية القيمة ، يعبر السهم عن جزء من رأس المال يكون للمساهم المكتتب فيه ، ويعطيه حقوقاً ويفرض عليه عدة التزامات ، ومن أهم هذه الحقوق والتي تمثل دراستنا هو حق الخروج من الشركة بتنازله عن سهمه أو أسهمه الى الغير أو الشركة نفسها والحصول على قيمة السهم الإسمية التي دفعها عند دخوله الشركة بالإضافة الى نصيبه في الأرباح التي تحققت بالشركة ، والقاعدة أن الشركة تتولى إتمام عملية التنازل وتقيد ذلك فى دفاترها الخاصة بالأوراق المالية، الا أن هذا الأمر قد يشغل الشركة عن إدارة مشروعها ، فتعهد به الشركة الى شركة أخرى أو شخص آخر بإجراء هذه العملية يسمح له القانون بمباشرة هذه العملية لصالح الشركة المصدرة للأوراق المالية، وهو ما يطلق عليه الوسيط، أى الذى يتوسط فى شراء أو بيع الأسهم أو السندات لصالح الشركة أو العملاء ، بل أن المشرع سواء بالبحرين أو بمصر أنشأ سوقاً يسمى سوق الأوراق المالية بهدف الترخيص لشركات المساهمة بإصدار أوراقٍ مالية (الأسهم والسندات) والرقابة على تداول الأسهم ومراقبة الأسعار التى يتم من خلالها بيع الأوراق المالية، بهدف منع التلاعب فى أسعارها وحدوث مضاربات قد تضر بالشركة ذاتها أو بالمساهمين، وغالباً ما يكون للوسيط الدور الأكبر فى هذه العملية، لأسباب حاصلها أنه أول من يطلع على الأسعار اليومية للأوراق المالية ، ومن خلالها يقرر البيع أو الإنتظار لحين حدوث إرتفاع رغم عدم تلقيه أمراً من المساهم أو صاحب السند (العميل) .