

المدخل للعالم القانوني

(موجز للنظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)

الدكتور نوري محمد فرج

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
وكيل كلية الحقوق جامعة الاسكندرية

مؤسسة الثقافة الجامعية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

تدخل دراسة المدخل للعلوم القانونية ، كما هو واضح من التسمية ، إلى التمهيد لدراسة تلك العلوم عن طريق تزويد طلابها بمجموعة من المبادئ العلمية الأولية ، وبالأسس القانونية العامة التي لا غنى عنها في دراسة فروع القانون المختلفة ، حتى تثير له السبيل عندما يبدأ في دراسة مفصلة للموضوعات القانونية المختلفة .

فدراسة المدخل إذن تمهيد للدراسات القانونية ، وتهيئة لأذهان طلابها تعينهم على تفهمها ، كما تبين لهم ما يدخل في نطاق هذه الدراسة بصفة عامة ، وبفهمياتها الأساسية ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى ، فإن القانون - شأنه في ذلك شأن سائر العلوم الأخرى - له مصطلحات فنية خاصة به ، ولهذا كان لا بد من التمهيد بدراسة أولية لمعرفة المصطلحات الفنية التي يتميز بها القانون والتي قد يكون من الصعب تفهم حقيقتها إذا ما توجه الطالب بها دون تمهيد سابق .

والقانون - كما سنرى - يرمى إلى تنظيم سلوك الأفراد في الجماعة ، أي يرمى إلى تنظيم الروابط التي تنشأ في المجتمع . فهو عبارة عن مجموعة من القواعد يهدف إلى تنظيم شؤون الجماعة ، فيحسم النشاط الفردي بما يتلاءم مع مصلحة الجماعة ، كما يعمل على تحقيق الحاجات المشتركة لكل الأفراد في الجماعة ، وهو إذ يفعل ذلك لابد أن يبين حقوق الأفراد قبل الغير وقبل الجماعة نفسها . فهدفه عندما يحكم سلوك الأفراد أن يبين حقوقهم وواجباتهم وما عليهم ، أي يبين حقوقهم وواجباتهم . ولهذا كان من اللازم فهم معنى القانون من جهة ، وفهم معنى الروابط التي يهدف إلى تنظيمها من جهة أخرى . وإذا كان القانون يحكمه للروابط بين الأفراد يبين ما لهم

وما عليهم ، أى حقوقهم وواجباتهم ، فإنه لكي يقوم بدوره نراه يرجع من بين مصالحهم المتضاربة مصلحة أحد الطرفين في العلاقة على مصلحة الآخر ، وهو إذ يفعل ذلك إنما يقرر لمن رجحت مصلحته حقاً في مواجهة الطرف الآخر ، الذى يقع عليه واجب احترام هذا الحكم وعدم الإخلال به .

فالحق ينشئ لمن رجحت مصلحته مركزاً ممتازاً بفرد به دون غيره ، ويفرض على الناس قيوداً في مقابل ذلك المركز الممتاز . وبعبارة أخرى إن دور القانون في تنظيم علاقات الأفراد يكون عن طريق تكاليف وواجبات على أحد أطراف العلاقة ، وتقرير حقوق في مقابل تلك التكاليف للطرف الآخر .

ومن هذا يتبين لنا أن القانون أو القاعدة القانونية من الناحية العملية ، تفعل الفرد سلطة القيام بعمل على نحو ما في علاقاته مع الغير ، هذه السلطة تمكنه من القيام بعمل بقره القانون . وهذه السلطة أو القدرة التى تعطى للشخص هى الحق . فيكون له بمقتضاها إمكان السلوك على نحو معين بالنسبة للشيء الذى يتصل به الحق . أما من عدا صاحب الحق فلا تكون لهم هذه السلطة أو هذا الاستئثار الذى يخوله القانون لصاحب الحق . بل على العكس ، يكون على من عدا صاحب الحق أن يمتنعوا عن أن يسلكوا سلوكاً من شأنه أن يهوى القدرة أو السلطة أو الاستئثار الذى تقرر لصاحب الحق .

وإذا كان القانون أو القاعدة القانونية تبين ما لصاحب الحق من المزايا والسلطات ، وتبين حدودها ، فإنها تنهى الغير - في الوقت نفسه - عن أن يسلكوا سلوكاً يعتبر افتثاناً على السلطات المخولة لصاحب الحق . وإذا كان القانون يقيد من سلوك الغير على هذا النحو ، عن طريق الأمر أو النهى ، فإنه يقصد من وراء ذلك إلى تقرير الحق وتأكيد كيمده . وبذلك تظهر الصلة الوثيقة بين القانون والحق . فالحقوق لا توجد ولا تحترم إلا في ظل القانون . والقانون أو القاعدة القانونية هى

التي تقرر الحقوق وترسم حدودها وتفرع من ضماناتها ، هي التي تُطع بين يدي الشخص سلطة تمكنه من أن يعمل على نحو معين في علاقاته مع الغير .

وإذا كان الحق لا يوجد إلا في ظل القانون على هذا النحو ، فإننا يجب أن نعرف ما هو القانون ، والأنواع المختلفة لقواعده ، ومصادره ، وتطبيقه . ثم يجب أن نعرف كذلك ما هو الحق ، وتقسيمات الحقوق وأنواعها المختلفة ، ثم أركان الحق ومصادره . وبذلك تتضح لنا خطة الدراسة . فنبداً أولاً بدراسة القانون أو القاعدة القانونية ثم ندرس نظرية الحق بعد ذلك . ومن دراسة هذين الموضوعين يتكون برنامج دراستنا في المدخل للمعلوم القانونية . فنعرض في القسم الأول لنظرية القانون ، أو القاعدة القانونية ، وفي القسم الثاني لنظرية الحق .

القسم الأول

في

نظرية القانون

وتتضمن دراسة هذا القسم الموضوعات التالية :-

- ١ - التعريف بالقانون - خصائصه ، ووضع من القواعد الاجتماعية الأخرى .
- ٢ - تقسيم القانون وأنواع القواعد القانونية .
- ٣ - مصادر القانون .
- ٤ - تطبيق القانون وتفسيره .

الباب الأول

التعريف بالقانون - خصائصه ووضعه من القواعد الاجتماعية الأخرى

تمهيد

ضرورة القانون : لا يستطيع الإنسان أن يعيش بمفرده ، بل لابد له من العيش في جماعة ، إذ لا يمكنه أن يني بكل حاجياته بنفسه . ولما كان من اللازم أن يعيش الإنسان في جماعة ، فإن ذلك يستتبع دخوله مع غيره من الناس في معاملات ، وبذلك تقوم بينه وبينهم علاقات ، تمارس في شأنها مصلحته ومصالحهم ومن ثم كان لزاماً أن تنظم تلك العلاقات حتى لا تعم الفوضى إذا ما ترك لكل إنسان مطلق الحرية في تحقيق رغباته وفقاً لمشيئته . وتنظيم تلك العلاقات يكون بوضع قواعد عامة يقصد بها الحد من حريات الأفراد ورغباتهم المطلقة ، كما يقصد بها كذلك التوفيق بين مصالحهم حتى يزول التعارض والتضارب بينها ؛ هذه القواعد العامة تضع ضوابط تحد ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد ؛ ولهذا فإنه يتعين عليهم احترامها والخضوع لها . ومن هذه القواعد التي تحكم سلوك الأفراد على النحو السابق يتكون القانون .

ومن ذلك يتبين لنا أنه إذا كان الإنسان لا يعيش إلا في مجتمع ، فإن قيام هذا المجتمع على أساس من النظام والاستقرار يستلزم وضع قواعد عامة يأمر بها الأفراد ، وذلك حرصاً على إقامة التوازن بين حرياتهم المتعارضة ومصالحهم

المختار به ، فيحل بذلك النظام والاستقرار محل الفوضى وطفيليات الأثرياء
على الضعفاء .

وعلى ضوء ما تقدم يمكننا أن نحدد الفرض من القانون ، كما يمكننا أن
نعرفه ، ونحدد المقصود باصطلاح « القانون » ، بصفة عامة .

الفرض من القانون : والقانون على التحديد السابق يرمى في الواقع إلى تنظيم
المجتمع تنظيمًا من شأنه العمل على تحقيق الخير العام للأفراد ، وكفالة المصلحة العامة
للمجموع ؛ كما أنه يعمل من جهة أخرى على صيانة حريات الأفراد ومصالحهم
الخاصة . فهمة القانون إنما هي تنظيم المجتمع تنظيمًا من شأنه التوفيق بين مصالح
الأفراد وحرياتهم من جهة . وبين الصالح العام للجماعة من جهة أخرى .

تعريف القانون وتحديد المقصود به : ينصرف اصطلاح « القانون » ، بصفة
عامة إلى كل قاعدة مطردة مستقرة يفهم منها نتائج معينة . وبهذا المعنى العام
يستعمل لفظ « قانون » ، في المجالات المختلفة ، في مجال العلوم الطبيعية والرياضية
والاقتصادية والاجتماعية وغيرها ، فيقال مثلاً : قانون الجاذبية ، « وقانون
الفيلان » ، « وقانون العرض والطلب » ...

إلا أنه في مجال العلوم الاجتماعية ، وبصفة خاصة في مجال الدراسات القانونية
ينصرف اصطلاح « القانون » ، بصفة عامة إلى مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد
في الجماعة والتي بتعين عليهم الخضوع لها ولو بالقوة إذا لزم الأمر . وهذا التعريف
يبين لنا الخصائص الجوهرية للقانون . فهو عبارة عن قواعد تحكم سلوك الأفراد ،
وهذه القواعد كثيرها من القواعد الأخرى تتميز بالعموم والتجريد ؛ ثم إنها
قواعد اجتماعية ، إذ تفترض قيام مجتمع يأتمر أفرادها بأوامرها . وأخيراً فإن
هذه القواعد القانونية إنما هي قواعد ملزمة للأفراد مرادة بمزاء توقعه سلطة

مهيئة في الدولة لكي يكفل لها احترامها . هذا هو تعريف القانون بصفة عامة في مجال دراستنا ، وهذه هي الخصائص المميزة له .

ولكن اصطلاح « القانون » قد لا ينصرف إلى المعنى السابق فقد يراد به مجموعة القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية المختصة بذلك ، بقصد تنظيم مسألة معينة في مجال معين . فيقال مثلا قانون الموظفين (العاملين) بالفسحة لمجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بالموظفين وتنظم مركزها من حيث التعيين والترقية والعزل والإحالة إلى المعاش . كما يقال كذلك قانون تنظيم الجامعات وقانون الحماية وقانون الإصلاح الزراعي . . . واصطلاح القانون في هذه الحالة ينصرف إلى معنى أخص من المعنى السابق ، إذ يقصد به التشريع فقط . وسنرى فيما بعد أن التشريع ليس هو القانون بالمعنى الواسع ، ولكنه أحد مصادر القانون .

وقد يستعمل اصطلاح القانون كذلك للدلالة على فرع معين من فروع القانون ، فيقال القانون المدني ، والقانون التجاري ، والقانون الدولي . . . وهو في هذه الحالة ينصرف إلى مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأشخاص ولعاطهم في مجال معين ، في مجال المعاملات المدنية ، أو التجارية أو الدولية . . .

كما قد يستعمل اصطلاح القانون متخصما بوصف معين ، فيقال « القانون الوضعي » بالمقابلة إلى « القانون الطبيعي » . ويراد بالاصطلاح الأول مجموعة القواعد القانونية السائدة فعلا والمطبقة في بلد معين في وقت معين . فإذا قيل « القانون الوضعي المصري » انصرف ذلك إلى مجموعة القواعد القانونية المعمول بها في الجمهورية العربية المتحدة في الوقت الحاضر ، أيا كان مصدر تلك القواعد . ولهذا فإن اصطلاح القانون الوضعي ينصرف إلى المعنى العام الواسع لاصطلاح

وقانون ، سالف الذكر ، مع صرف هذا المعنى إلى القواعد المختلفة في بلد معين وفي وقت معين . أما اصطلاح « القانون الطبيعي » فإنه ينصرف إلى مجموعة القواعد الابدئية المثالية التي أودعها الله في السكون ، وبكشف عنها للعقل ، والتي تعتبر أساساً للقانون الوضعي في كل جماعة من الجماعات . وهي تعتبر مثلاً أعلى للعدالة ، ويجب أن تتجه إليها القوانين الوضعية . وكلما قربت قواعد القانون الوضعي من قواعد القانون الطبيعي ، كانت القواعد الوضعية أقرب إلى المثالية والعدالة ، وبالتالي أقرب إلى الكمال .

ودر استنا في هذا المجال تنصرف إلى المعنى الواسع الذي حددناه لاصطلاح القانون بأنه « مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة » ، والتي يتعين عليهم الخضوع لها ، ولو بالقوة ، إذا لزم الأمر . وبذلك تنصرف القواعد القانونية إلى القانون بالمعنى الضيق (التشريع) وإلى غيره من المصادر الأخرى . هذا هو تعريف القانون ، وتحديد المقصود به . وسنعرض فيما يلي للخصائص المميزة للقانون أو القواعد القانونية ، ثم نميز بالتالي بينه وبين القواعد الاجتماعية الأخرى .

الفصل الأول

الخصائص المميزة للقواعد القانونية

تميز القواعد القانونية بالخصائص الآتية :

أولاً: القواعد القانونية قواعد عامة مجردة: القاعدة القانونية شأنها في ذلك شأن أية قاعدة أخرى تتميز بأنها قاعدة عامة مجردة . فلكي تقوم هذه القاعدة ينبغي أن تصاغ وتوجه إلى الأشخاص أو الوقائع بصورة عامة . فلا توجه إلى شخص معين بذاته ، ولا إلى واقعة معينة بذاتها . ولكنها تنطبق إذا توافر في الشخص أو في الواقعة صفات أو شروط معينة . فكل شخص اجتمعت فيه أوصاف معينة وكل واقعة توافرت فيها شروط معينة . تنطبق بشأنه أو بشأنها القاعدة القانونية .

مثل ذلك القاعدة التي تنقضي بأن ، كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ومن الرشد إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة . فهذه القاعدة تنطبق بالنسبة لكل شخص ، ذكر أو أنثى ، متى توافرت فيه شروط معينة هي (١) بلوغ ٢١ سنة ميلادية كاملة (٢) وأن يكون من بلغ هذا السن متمتعاً بقواه العقلية ، غير محجور عليه ، فإذا توافرت هذه الشروط انطبقت القاعدة وأصبح الشخص أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية . ولا تنف هذه القاعدة لدى شخص معين ، بل تسرى بالنسبة لكل الأشخاص الذين تتوافر فيهم شروط تطبيقها . كما أنها تنطبق على كل من تتوافر فيهم الشروط المطلوبة سواء توافرت الآن أم توافرت في المستقبل ، طالما ظلت القاعدة قائمة معمولاً بها . ومن هنا يقال إن القاعدة عامة مجردة .

وكذلك الحال بالنسبة للقوائم . فالقاعدة القانونية لا تنصرف إلى واقعة بذاتها ، ولكنها تنطبق إذا توافرت في الواقعة شروط معينة . مثل ذلك واقعة تمام ولادة الإنسان حياً ، يترتب عليها بدء شخصيته . فإذا توافرت شروط الولادة التامة وخرج المولود حياً بدأت شخصيته ، وهذا الحكم لا يقف لدى إنسان معين وإنما ينطبق على عدد غير محدد من الأشخاص ؛ فكل من يولد حياً تبدأ شخصيته القانونية . وسواء تم ذلك الآن أم تم في المستقبل ، طالما ظلت القاعدة قائمة معمولاً بها .

وعلى خلاف ما سبق قد يتعاق الأمر بشخص معين بذاته أو بواقعة معينة بذاتها ، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد قاعدة قانونية . وعلى ذلك فإن القواعد الخاصة بتعيين الموظفين وترقيتهم وعزلهم . . . تعتبر قواعد قانونية لأنها قواعد عامة مجردة لا توجه إلى موظف معين بذاته ، بل إلى كل شخص تتوافر فيه الشروط التي يستلزمها القانون من حيث التعيين والترقية والعزل ، وهذا بخلاف الحال بالنسبة إلى الأمر الصادر من جهة إدارية بتعيين موظف أو ترقيته أو عزله ، فهذا الأمر لا يعتبر قاعدة قانونية ، لأنه لا ينصرف إلا إلى موظف معين بذاته .

والقاعدة التي تميز منح الجنسية الأجنبية إذا توفرت شروط معينة إنما هي قاعدة قانونية ، لأنها لم توضع لشخص معين بالذات وإنما لكل من تتوافر فيه الشروط المطلوبة ، وهذا بخلاف القرار الذي يصدر بمنح الجنسية لشخص معين . . . وهكذا .

ومن ذلك يتضح لنا أن الفرق بين الأمر أو القرار وبين القاعدة القانونية ينحصر في أن تطبيق الأمر يقتصر على الحالة التي صدر بشأنها فقط ويانتهى عند تطبيقه ، فليس له صفة العمومية والتجريد ، لأنه لا يمتد إلى غير من صدر بالنسبة له ، كما أنه لا يكتسب صفة الدوام والاستمرار ، وهذا بخلاف القاعدة القانونية ،

إذ أنها لا تستنفذ قوتها بتطبيقها مرة أو مرات ، بل أنها تظل قائمة لا يقتصر تطبيقها على ماتم في الماضي أو الحاضر ، بل يمتد كذلك إلى المستقبل ، وذلك كلما توافرت شروط تطبيقها في جميع الحالات ، دون التقيد بشخص معين بذاته أو بواقعة معينة بذاتها .

على أن القول بعمومية القاعدة القانونية لا يعني أنها تنطبق بصفة مطلقة على الناس كافة ، بل إنها قد تنحصر من حيث الأشخاص ، كما قد تنحدد من حيث الزمان والمكان .

فقد تتوجه القاعدة إلى طائفة من الأشخاص ، بل وقد تتوجه إلى فرد واحد فقط ، ومع ذلك تعتبر قاعدة قانونية لأنها لا تفقد صفة العمومية والتجريد . من ذلك مثلا القواعد القانونية الخاصة بطائفة الموظفين أو طلبة الجامعات أو المحامين أو القضاة أو التجار إذ في جميع هذه الحالات تنطبق القاعدة على فئة من الأشخاص معينة بصفات لا بذواتها . وكذلك الحال بالنسبة للقواعد القانونية التي قد تتوجه إلى شخص واحد فقط ، مثل القواعد القانونية التي تنظم مركز رئيس الجمهورية أو رئيس محكمة النقض أو رئيس مجلس الدولة ، وذلك لأن هذه القواعد لا تتوجه إلى هؤلاء الأشخاص بذواتهم ، بل تتوجه إليهم بصفاتهم . فهي تتوجه إلى كل من يشغل تلك المناصب سواء في الحاضر أو في المستقبل ، بصفته رئيساً للجمهورية أو رئيساً لمحكمة النقض أو رئيساً لمجلس الدولة ، وهكذا .

ومن ناحية أخرى ، فقد تتحدد القاعدة القانونية ، رغم عموميتها وتجريدها من حيث الزمان . إذ هناك من القواعد ما يوضع لكي يعمل به مدة معينة . وهذا هو الشأن بالنسبة للقوانين التي توضع خلال فترة معينة بصفة مؤقتة مثل مدة قيام حرب مثلا . بل إن القوانين قد تُلغى وتعُدل فتتغير الأحكام الواردة بها ومع ذلك فإن هذا لا ينفى عن القواعد التي تتضمنها تلك القوانين المؤقتة صفة

العمومية والتجريد في الفترة التي كان معمولاً فيها بتلك القوانين . فقانون مؤقت من قوانين التسمية مثلاً ، يصرى على كل التجار المخالفين لأحكامه . وهكذا .

وأخيراً فإن القاعدة القانونية - رغم عموميتها وتعميدها - قد تتحدد من حيث المكان ، فتتعلق في إقليم معين من الدولة دون غيره . وهذا النظام معمول به في الدول التي تتكون من ولايات متعددة مثل الولايات المتحدة الأمريكية ، حيث تنفرد كل ولاية بوضع قوانين خاصة بها دون غيرها من الولايات الأخرى . وقد كان هذا هو الحال في الجمهورية العربية المتحدة ، إذ كانت هناك تشريعات يعمل بها في أحد أقاليمها دون الآخر . بل إنه في داخل الجمهورية العربية المتحدة الآن نجد من القواعد ما ينطبق في جهة معينة دون الجهات الأخرى . مثل ذلك القواعد الخاصة بمرتبات موظفي بعض المحافظات ، حيث ينفرد موظفو تلك المحافظات بعلاوات (بدل إقامة) هي نسبة معينة من المرتب ، لا ينفيد منها باقي موظفي الدولة (١) .

والعمومية القاعدة القانونية وتعميدها أهميته ، إذ يؤدي ذلك إلى إقامة النظام ويدعو إلى الاستقرار وتحقيق المساواة بين الأفراد في المجتمع . وهذا بخلاف ما إذا وضعت قاعدة لكل حالة على حدها ؛ إذ لا يكون من شأن هذا النظام تحقيق ما يهدف إليه القانون من الاستقرار والمساواة . وبذلك تنهار أهم الدعام التي يقوم عليها القانون .

ثانياً : القواعد القانونية قواعد اجتماعية : رأينا أن القانون لا يوجد إلا حيث توجد الجماعة ، ذلك لأن الغرض من القواعد القانونية هو تنظيم

(١) ومثل ذلك أيضاً ما كان القانون ينص عليه من تحديد حد أدنى لأجور العمال الزراعيين في المديرية (محافظتي) فنا وأسوان بمناسبة انتشار وباء الملاريا في هاتين المديريتين ، رغم أنه لم يكن هناك حد أدنى للأجور في باقي أنحاء الدولة . بل كان تحديد الأجور متروكاً لاتفاق المتاعدين ولله نس قانون العمل الصادر (١٩٥٩) على إلغاء هذه التفرقة .

العيش في جماعة ، فإذا لم توجد الجماعة ، فلا محل لوجود القانون ، وهذا مجرد فرض تصوري ، لأن الإنسان مدنى بطبعه يولد في مجتمع ، ولا يعيش إلا فيه .
ووجود القانون في المجتمع إنما يقصد به تنظيم روابط الأفراد فيما بينهم .
فوجود الإنسان في جماعة يدعو إلى قيام علاقات بينه وبينهم ، والقانون يتدخل لينظم هذه العلاقات .

ولا يقصد بالمجتمع في هذا المقام مجرد تجمع أفراد من الناس في مكان ما ، دون أن يربطهم هدف واحد . بل إن المجتمع الذى نقصده هنا هو المجتمع المنظم الذى توجد فيه سلطة يكون لها السيادة على أفرادها ، ويكون لها إيجابها على إطاعة أحكام القانون ، والدولة هي الصورة الواضحة اليوم لمثل هذا المجتمع ، وإن كان هذا لا يعنى أن الدولة هي الصورة الوحيدة للمجتمع الذى يوجد فيه القانون . فقد يوجد القانون كذلك في مجتمع لا توافر له مقومات الدولة ، طالما كانت هناك سلطة تملك إجبار الأفراد على طاعة القانون واحترامه . ولهذا كان القانون أسبق في الوجود . تاريخياً - من وجود الدولة ، فقد وجدت المجتمعات البدائية كالأمرة والعشيرة والقبيلة ثم الاقطاعية في العصور الوسطى ، وانتهى الأمر في العصر الحاضر إلى أن كاد المجتمع السياسى ينحصر في الدولة (١) .

ثالثاً - القواعد القانونية تحكم سلوك الأفراد في المجتمع : رأينا أن القانون ينظم الروابط الاجتماعية بين الأفراد في المجتمع . ولكي يتدخل لتنظيمها لابد أن يكون هناك مظهر خارجي ، إذ أنه لا يتم بالاحساسات أو المشاعر أو التوايا ، طالما أنها لم تظهر إلى العالم الخارجى . فقد يضر الشخص الحقود الآخرين ، بل وقد يعزم على قتل غيره ، ومع ذلك فإن القانون لا يتدخل طالما بقيت هذه

(١) ولك لا تكون هذه المرحلة من نهاية مراحل التطور ، إذ يبقى أن يكون العالم كله مجتمعاً واحداً ، بقيام سلطة فوق الدول تستطيع ، بما يحولها من سلطان ، أن تعمل الدول على الامتثال وإطاعة القانون .

الأمور في عالم النية والضمير ، ولكن إذا اتخذت مظهراً خارجياً ، ظهر في شكل تعدد على الغير بالضرب أو القتل مثلاً ، تدخل القانون .

ومع ذلك فإن هذا لا يعنى استبعاد عامل النية بصورة مطلقة ، فقد يدخل القانون نوايا الأفراد ودوافعهم في الاعتبار ؛ ولكنه لا يتم بهذه العوامل الداخلية في ذاتها ، بل أنه يتم بها فقط في حدود صلتها بالسلوك الخارجى للأفراد . من ذلك مثلاً حالة القتل . لجرم عزم شخص على قتل آخر لا شأن للقانون به ، ولكن إذا صاحب هذا العزم سلوك خارجى بأن قتله فعلاً ، فإن القانون يتدخل ويبحث في نية القاتل ليرى ما إذا كان القتل خطأ وعن غير قصد ، أم أنه كان مديراً من قبل ، أى كان هناك سبق إصرار على القتل . وبالتالي تشدد العقوبة . ومثل ذلك أيضاً حالة اكتساب الملكية بالتقادم عن طريق وضع اليد على مال ملك للغير ، فإن القانون يمتد بالنية فينتص مدة التقادم من ١٥ سنة إلى ٥ سنوات متى كان الحائز لمال الغير حسن النية ، أى متى كان يجهل أنه يحوز مالا لملك للغير . وفي نطاق السلوك الخارجى تمتد المساعدة القانونية إلى الأنواع المختلفة للعلاقات الاجتماعية ، وتنظم كافة المصالح الانسانية ، سواء في علاقات الأفراد بعضهم ببعض الآخر ، أم في علاقاتهم مع الدولة ، أم في علاقات السلطات المختلفة داخل الدولة ، أم في علاقات الدول فيما بينها .

رابعاً - القواعد القانونية قواعد ملزمة - ضرورة اقتضاها إجراءات : رأينا فيما سبق أن القانون يتدخل لكي ينظم العيش في جماعة . ولا يتأتى له ذلك إلا إذا كانت قواعده ملزمة ، يجبر الأفراد على احترامها عن طريق توقيع جزاء ؛ وإلا فقدت القاعدة صفتها ، ولم تصبح قاعدة قانونية . فخاصة الجزاء تعد من أبرز الخصائص التي تميز المساعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى . وهذا الجزاء نرفعه السلطة جبراً على كل من يخالف القاعدة .

ولو تركت القاعدة القانونية دون جزاء فلا يوجد ما يحمل الأفراد بتقبولها في علاقاتهم بالقدور الكافي لقيام النظام والاستقرار في المجتمع ، وهو ما تهدف إليه القاعدة القانونية .

فلا بد إذن من توقيع الجزاء ، ولا بد أن يكون توقيع الجزاء بواسطة السلطة العامة . فلا يجوز للأفراد أن ينتقموا بأنفسهم عن مخالف القانون ، وإنما يتعين عليهم الالتجاء إلى السلطة العامة ؛ وهي التي تولى توقيع الجزاء على من يخالف أحكام القانون .

صور الجزاء : ولا يتخذ الجزاء على مخالفة القواعد انقوابية صورة واحدة . بل إنه يختلف من قاعدة إلى أخرى ؛ يختلف من حيث طبيعته ومن حيث قوته . فمن حيث طبيعته نراه يختلف بحسب مضمون القاعدة وما تأمر به . إذ هناك جزاء جنائي ، وجزاء مدني ، وجزاء اداري . ويتمثل الجزاء الجنائي في عقوبة ترمق على من يخالف القاعدة القانونية . وهذه العقوبة قد تكون مائية (الغرامة أو المصادرة) . وقد تكون بدنية (الحبس والسجن والأشغال الشاقة والإعدام) . أما الجزاء المدني ، فإنه يتخذ صوراً مختلفة ؛ فقد يكون الجزاء مثلاً إجبار المدين على التنفيذ . وقد يكون للتنفيذ عيناً أي بعين ما التزم به المدين . وقد يكون الجزاء المدني في صورة أخرى كما في حالة مخالفة القواعد التي تبين شروط العقد ، إذا الجزاء في هذه الحالة هو اعتبار العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بحسب الأحوال . أما الجزاء الإداري فهو الذي يترتب على مخالفة قواعد القانون الإداري ، وهو يختلف كذلك بحسب القواعد التي تحصل مخالفتها ، فقد يكون الجزاء عبارة عن لفك نظر للموظف المخالف (وإن كان هذا ليس عقوبة تأديبية في الواقع) . وقد يكون الإنذار ، أو الخصم ، أو التنزيل من الدرجة أو التنزيل في الوظيفة ، أو الفصل . وقد يصطاحب الفصل بالحرمان من المكافأة أو الماشي . هذا هو

التدرج بالنسبة للجرائم في نطاق الوظائف ، وقد يشتمل الجرائم في إلغاء القرار الإداري المخالف لذاتون إذا صدر هذا القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص أو بعيب الشكل أو السبب أو المحل ، أو مشوباً بإساءة استعمال السلطة أو الانحراف بالسلطة . أما بالنسبة لمخالفة القوانين للدستور فسرى ذلك فيما بعد .

ويختلف الجرائم كذلك من حيث قوته . وذلك لأن القواعد القانونية تختلف من حيث أهميتها وصلتها بكيان المجتمع ، فالقاعدة التي تحرم القتل مثلاً تعتبر أكثر خطورة من القاعدة التي تحرم السير بالعربة على يسار الطريق ، ولهذا يختلف الجرائم في الحالتين ، إذ قد يكون الإعدام في الحالة الأولى . بينما هو في الحالة الثانية لا يتعدى الغرامة . وفي نطاق القانون الإداري رأينا أن الجرائم في حالة المخالفة التي تقع من الموظفين تدرج ، بحسب جسامة الفعل الذي يقع من الموظف ، فنبداً بمجرد لفت نظـر وتنتهي بالفصل ، وقد يصطحب بحرمان من المكافأة أو المعاش .

الفصل الثاني

وضع القواعد القانونية من القواعد الاجتماعية الأخرى

تمهيد : رأينا فيما سبق أن القواعد القانونية إنما هي قواعد تهدف إلى تنظيم العيش في الجماعة إلا أن هذه القواعد ليست هي القواعد الوحيدة التي تنظم الحياة في المجتمع، ذلك أنه متى بلغت الجماعة قسراً معيناً من الحضارة نجد قواعد اجتماعية أخرى تحكم سلوك الأفراد في المجتمع كذلك، مما يدعو إلى الخلط بينهما وبين القواعد القانونية. هذه القواعد الاجتماعية الأخرى هي قواعد المجاملات والعادات والتقاليد، وقواعد الأخلاق، وأوامر الدين ونواحيه. وإذا كانت تشترك مع القواعد القانونية في أنها قواعد اجتماعية تحكم سلوك الأفراد. وفي أنها قواعد عامة ملزمة، إلا أن هناك فوارق بينهما. ولهذا وجب الوقوف قليلاً لبيان مدى صلة القواعد القانونية بغيرها من قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى. ونعرض فيما يلي لصلة القواعد القانونية بقواعد السلوك الأخرى.

أولاً - القواعد القانونية وقواعد المجاملات والتقاليد :

تعتبر قواعد المجاملات أو التقاليد مبادئ سلوك يراعيها الناس في علاقاتهم اليومية. ومن هذه القواعد ما تواضع الناس على اتباعه فيما بينهم، كالسلام والنعمة عند اللقاء، والعزاء في الكوارث والممات، والتهنئة في شئ المناسبات السعيدة كالزواج والأعياد، وتقديم الهدايا بمناسبة أعياد الميلاد والزواج... وكذلك ما تواضع عليه الناس وما جرت به تقاليدهم في شأن اللبس والمظهر في المناسبات المختلفة... كل هذه القواعد التي يجرى الناس على اتباعها ويعتبرونها ملزمة لهم، تختلف عن القواعد القانونية.

ذلك أن هذه القواعد بتقصها التحديد الذي تتميز به القواعد القانونية . كما أنها تختلف عنها من حيث الجزاء ؛ إذ أن الخروج عليها لا يؤدي إلى تدخل السلطة العامة لإجبار الأفراد على احترامها ، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد القانونية . وهذا هو الفارق الجوهرى بينهما ، ومع ذلك فإن من تحدته نفسه بالخروج على تلك القواعد ، يتعرض لجزاء من نوع آخر يتمثل فى استنكار الناس وازدراءهم لمن حدته نفسه بالخروج عليها وعدم مراعاتها .

ولعل السر فى هذه التفرقة بين قواعد القانون من ناحية ، وقواعد المجاملات والتقاليد من ناحية أخرى ، يرجع إلى أن المصالح التى يهدف القانون إلى تحقيقها ، من حيث تحقيق النظام والاستقرار فى المجتمع أكثر أهمية مما تهدف إليه قواعد المجاملات والتقاليد ، ولذلك ينحصر عنها مجال القانون إذ لا تحتاج كفالتهما إلى إجبار الأفراد على احترامها ، ويكفى أن يترك ذلك للشعور العام للجماعة .

ومع ذلك فإن هذه القواعد قد ترتقى إلى مصاف القواعد القانونية إذا وجدت الجماعة نفسها فى حاجة إليها ، مثل ذلك ما تنص عليه قوانين بعض الدول من ضرورة تحلى الشباب عن أما كنهم فى وسائل المواصلات العامة لشيوخ والمجائز . فبعد أن كان ذلك يتم عن طريق المجاملة فى تلك البلاد ، أصبح يتم بالقانون ، الذى يضع الجزاء لمن يخالف أحكامه .

ثانياً - التمييز بين القواعد القانونية وقواعد الأخلاق :

يقصد بقواعد الأخلاق مجموع المبادئ التى تعتبرها غالبية الناس فى المجتمع قواعد سلوك ملزمة تهدف إلى تحقيق مثل العليا ، تحض على فعل الخير ، كمساعدة الضعفاء والوفاء بالعهد ، وتكمن عن الشر ، كالكذب والاعتداء على النفس أو العرض أو المال .

وتتفق قواعد الأخلاق مع القواعد القانونية من حيث أنها قواعد تنوِّج

إلى كل أفراد المجتمع في عصر من العصور . كما تتفق معها في أنها تهدف إلى تنظيم العيش في الجماعة ، وفي أنها قواعد ملزمة ، تقرن بجزاء يحقق بمن يخالفها أو يهيد عنها . هذه هي أوجه الشبه بين القواعد القانونية وقواعد الاخلاق . إلا أن هذا لا يمنع من قيام فوارق واضحة تميز بينها .

١ - من حيث الجزاء : إن أهم ما يميز القواعد القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الأخرى هو الجزاء . كما قدمنا . فالجزاء في القاعدة القانونية إنما هو جزاء مادي ، كالحبس والغرامة والحجز على أموال المدين . وتتولى السلطة العامة توقيعه على من يخالف القاعدة القانونية . أما الجزاء بالنسبة للقاعدة الأخلاقية فهو جزاء معنوي يتمثل في تأنيب ضمير المخالف واسقار المجتمع لقوله ، فلا توجد سلطة عليها ترغم الأفراد وتبهرم على احترام القاعدة الأخلاقية .

٢ - من حيث الغاية : التي تهدف إليها قواعد كل منهما : فالقانون - كما رأينا يهدف إلى حفظ النظام في المجتمع واستقراره ، وهو في ذلك لا يعتمد كثيراً على الواقع . أما الاخلاق فتأبى مثالاً ، فهي تنزع بالإنسان نحو الكمال . فالقاعدة القانونية تراعى ما هو كائن بالفعل في المجتمع . أما القاعدة الأخلاقية فانها تراعى في تنظيمها للمجتمع ما يجب أن يكون ولهذا نجد أن الاخلاق تتخذ من الشخص الكامل نموذجاً لها فيما تضعه من قواعد ، بينما نجد أن القانون يضع قواعده على أساس ما يمكن أن يقوم به الشخص العادي .

٣ - من حيث النوايا : فقد رأينا أن القانون لا يحكم إلا السلوك الخارجي للأفراد دون أن يهتم بالنوايا والبواعث الداخلية ، ذلك لأنه لا ينشد إلا الاستقرار في المجتمع ، فيتدخل لينظم النشاط الخارجي للأفراد . والنوايا لا تصطدم بنشاط الآخرين ، وبالتالي لا تقضى من القانون تنظيمها . وإذا كان القانون يمتد بالنوايا في بعض الأحيان ، فإنه لا يعتمد بها إلا لتحكم على نوح السلوك الخارجي للأفراد .

أما الأخلاق فإنها تتم بالنوايا الداخلية ، إذ هي تبتغى الكمال ، ولهذا فهي لا تكتفى بالحكم على التصرفات الظاهرة للأفراد ، بل إنها تعنى كذلك بالمقاصد التي تعمل في نفوسهم ، والتي قد لا يستطيع الغير الوقوف عليها .

- من حيث الوضوح والتحديد : ذلك أن قواعد القانون تظهر دائماً في صورة راحة محددة يتيسر معرفتها وتطبيقها ، أما مبادئ الأخلاق فإنها ليست كذلك ، بل إنها أحاسيس داخلية مستقرة في ضمير الأفراد ، وقد لا تتفق هذه الأحاسيس الداخلية للأفراد ، كل على حدة ، مع شعور الكفاة ، أي قد يكون هناك تعارض بين القاعدة الخلقية نظوراً إليها من وجهة نظر فرد معين ، وبين القاعدة العامة التي يعبر عنها شعور الجماعة .

هذه هي أوجه التفرقة بين القانون والأخلاق وعلى ضوء ما تقدم يمكننا أن نحدد نطاق كل منهما .

نطاق القانون الأخلاقي :

١ - قد يكون للقانون نطاق مستقل فيعرض لبعض المسائل التي تصل بإقامة النظام في المجتمع ويحتفظ فيها بنفوذه وحده دون أن يتفق ذلك ومبادئ الأخلاق كما يباحث الربا (القرض بفائدة) ، أو دون أن يكون للأخلاق شأن فيها كالقوانين التي تنظم مسائل الضرائب ولوائح المرور أو التنظيم أو إجراءات التقاضي . . . بل وقد يمتدحى القانون كذلك بالاحتبارات الخلقية إذا كان هذا من شأنه إقامة النظام والاستقرار في المجتمع ، مثال ذلك ما تقتضيه الأخلاق من أن يفي المدين بدينه مهما طالت المدة . ولكن القانون يوجب للمدين أن يمتنع عن الوفاء بالدين ، إذا تقدم هذا الدين دون أن يطالب به الدائن خلال مدة معينة ، لأن لاستقرار النظام في المجتمع يستلزم ذلك .

٢ - وقد تحتفظ الأخلاق هي الأخرى بمنطقة نفوذ مستقلة : فكثير من المبادئ

التي تعرضها الأخلاق لا تدخل في نطاق القواعد القانونية كالإحسان والبر بالفقراء ، وإغاثة البائسين والمهوفين . . . فالقانون لا يتدخل فيها بمعنى به الأخلاق في مثل تلك الأمور .

٣ - وقد يلتقي القانون والأخلاق في منطقة مشتركة بينهما . وذلك أنه إذا كانت القواعد الخلقية تشمل تلك القواعد الخاصة بواجبات الفرد نحو نفسه وواجباته نحو الغير ، وإذا كان القانون كما قدمنا لا يهتم إلا بالنوع الثاني ، لأنه لا ينظم إلا روابط الأفراد فيما بينهم ، فإنه يلتقى في هذا الصدد مع قواعد الأخلاق .

وأكثر القواعد القانونية تعتبر في الوقت نفسه قواعد خلقية أو تعتبر تطبيقاً لمبدأ من المبادئ الخلقية . فالأخلاق تحرم الاعتداء على الغير ، والقانون يحرم مثل هذا الاعتداء أيضاً سواء كان ذلك بالاعتداء على النفس عن طريق القتل أو الجرح ، أم بالاعتداء على العرض أو المال . . . والأخلاق تحث على الوفاء بالعهد والقانون كذلك يوجب الوفاء بالالتزام . والأخلاق تمنع الأثراء على حساب الغير بلا سبب والقانون كذلك . . .

هذا وتلتصق المنطقة المشتركة بين القانون والأخلاق كلما تقدم المجتمع ، إذ يتدخل القانون فيدخل في نطاقه بعض الواجبات الخلقية . مثل ذلك ، القاعدة التي تمنع صاحب الحق من التعسف في استعمال حقه ، فقد أقر القانون هذه القاعدة وهي قاعدة خلقية . فالقانون قد تدخل في ورفها من مرتبة القاعدة الخلقية إلى مرتبة القانون الوضعي ، عن طريق فرض جزاء يكفل احترامها .

ثالثاً - التمييز بين القواعد القانونية وأوامر الدين ولواهيته :

يفرض الدين على الناس سلسلة من الأوامر والنواهي يلزمون باتباعها لأنها من عند الله ، وإلا تعرضوا لعقابه وعقابه . وتنظم القواعد الدينية صلة المرء بربه وبكافة حدود واجبه نحو نفسه ثم واجبه نحو غيره من الناس . وفي هذا النوع

الأخير من القواعد الدينية ، التي تعنى بتنظيم علاقة الفرد بميره من الناس ،
تتعارض القواعد الدينية والقواعد القانونية . فالدين يحرم القتل والسرقة و [إيذاء
الغير ، وهي أعمال تحرمها في الوقت نفسه قواعد القانون وتجعلها جرائم
يعاقب عليها .

ومع ذلك فإنه يوجد في هذا الصدد فارق جوهري بينهما يبدو في الجزاء
الذي يترتب على مخالفة كل منهما . فالجزاء على مخالفة القواعد الدينية إنما هو
جزاء أخروي ، يوقعه الله سبحانه وتعالى على المخالف . أما الجزاء على مخالفة
القواعد القانونية فهو جزاء مادي - كما قدمنا - توقعه السلطة العامة التي يناط بها
تنفيذ القانون والعمل على احترام قواعده .

هذا ؛ وسنرى فيما بعد أن القواعد الدينية قد تكون في الوقت نفسه
قواعد قانونية .

الباب الثاني

تقسيم القانون

(أنواع القواعد القانونية)

نصيب : رأينا أن القانون عبارة عن مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة والقواعد التي يتكون منها القانون ليست كلها من صنف واحد ولكنها تنقسم إلى تقسيمات متعددة .

فهي تنقسم من حيث الصورة التي توجد عليها في المجتمع إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة . فقد تكون القاعدة القانونية مكتوبة ، كما هو الحال بالنسبة لقواعد التشريع وهي القواعد القانونية التي تضعها السلطة المختصة بسن التشريع وقد تكون القاعدة القانونية غير مكتوبة ، وذلك كما هو الحال بالنسبة للقواعد القانونية التي مصدرها العرف . والمهم في القواعد المكتوبة وغير المكتوبة هو الصورة التي تصدر فيها هذه القواعد عن السلطة المختصة . فإذا أصدرت في الشكل الكتابي كانت القواعد مكتوبة ، وإذا لم تصدر في الشكل الكتابي كانت غير مكتوبة ، حتى لو أشير إليها في كتاب من المكاتب أو كتبت في أي محرر آخر ، فليست العبرة بكتابة القاعدة أو عدم كتابتها وإنما العبرة بصورها مكتوبة عن السلطة التي لها حق إصدارها .

وتمتاز القواعد المكتوبة بالوضوح والتحديد ، أما القواعد غير المكتوبة فهي عبارة عن معنى يستقر في الأذهان دون أن تدون في عبارات واضحة محدودة مما يؤدي إلى الخلاف حول الوقوف على حقيقتها ومضمونها .

ونقسم القواعد القانونية كذلك إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية .
القواعد الموضوعية هي القواعد التي تحدد الحقوق والواجبات ، كالقواعد التي تمنع ارتكاب الجرائم أو تبين مصادر الحقوق ... والجزاء الذي يوقع عن مخالف القاعدة ، أما القواعد الشكلية فهي تبين الإجراءات التي يجب اتباعها لمقاب المجرم مثلا ، كما هو الحال في قانون الإجراءات الجنائية ، أو لحصول الشخص على حقه كما هو الحال بالنسبة للقواعد التي يوردها قانون المرافعات . فالقواعد الشكلية تبين الإجراءات التي تتخذ لتوقيع الجزاء على مخالفة القواعد الموضوعية .
هذا عن تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة وكذلك تقسيمها إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية . ولكن هناك تقسيمات أخرى للقواعد القانونية يحسن الوقوف عندها بشيء من التفصيل وهي تقسيمها من حيث طبيعة العلاقات القانونية التي تنظمها من حيث قوة القواعد القانونية .
أما من حيث طبيعة العلاقات أو الروابط القانونية التي تنظمها القواعد القانونية ، فلها تنقسم إلى قواعد تتبع ما يسمى بالقانون العام ، وقواعد أخرى تتبع ما يسمى بالقانون الخاص . وهذا يستلزم أن نتكلم عن القانون العام والقانون الخاص .

وأما من حيث القواعد القانونية ، فهي تنقسم إلى قواعد أمرية وقواعد مفسرة أو مكلة . وهذا يستلزم أن نتكلم عن هاتين الطائفتين من القواعد القانونية .

وسنعالج هذين القسمين في الفصلين الآتيين ، نتكلم في الفصل الأول عن القانون العام والقانون الخاص . ونتكلم في الفصل الثاني عن القواعد الأمرية والقواعد المكلة أو المفسرة .

الفصل الأول

القانون العام والقانون الخاص

أساس تقسيم القواعد القانونية في هذا المجال : يقوم تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص على أساس وجود الدولة أو عدم وجودها كطرف في العلاقات القانونية التي تحكمها تلك القواعد . فإذا كانت الدولة ، باعتبارها صاحبة السلطان ، طرفاً في العلاقة التي ينظمها القانون سميت القواعد القانونية في هذه الحالة بقواعد القانون العام ، وإذا لم توجد الدولة بصفتها صاحبة السلطان كطرف في العلاقة التي ينظمها القانون سميت القواعد القانونية في هذه الحالة بقواعد القانون الخاص .

فالقانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة . أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد بعضهم ببعض الآخر ، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً مادياً كباقي الأشخاص ، لا باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة .

ومن هذا يتبين لنا أن للدولة ، حينما تدخل في العلاقات القانونية ، صفتين . فقد تدخل في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة . وقد تدخل فيها بصفتها شخصاً عادياً وليست صاحبة السيادة . مثل ذلك ما إذا قامت الدولة بنزع ملكية قطعة أرض لاستخدامها للمنفعة العامة ، كعمل طريق زراعي أو خط حديدي ، أو ما إذا قامت بفرض ضريبة معينة . في هذه الحالة تخضع العلاقة بين الدولة وصاحب الأرض التي لزعت ملكيتها ، أو بينها وبين من تقع عليهم الضريبة ،

لقواعد القانون العام . أما إذا قامت الدولة بتأجير قطعة أرض تملكها أو استأجرت هي منزلاً لكي تعمل فيه مدرسة مثلاً ، فإنها تفعل ذلك باعتبارها شخصاً مادياً ، لا باعتبارها صاحبة السيادة . خلافاً للحالة السابقة . ولذلك تخضع العلاقة بينها وبين الطرف الآخر ، الذي تعامل معها ، لقواعد القانون الخاص .

وبالإضافة إلى ما سبق فإن القانون العام يتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة . ولهذا يمكن القول بصفة عامة بأن القانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة فيها صاحبة السلطة والسيادة أو التي تتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها . فإذا تعلق الأمر بعلاقات لا تكون الدولة فيها صاحبة السلطة والسيادة أو إذا لم يتعلق بتنظيم السلطات العامة كذا ، يصدر قواعد القانون الخاص .

أهمية التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص :
وعلة التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص هي أن الدولة باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة تهدف مباشرة إلى تحقيق المصلحة العامة للجماعة ، أما إذا كانت لا تمارس السيادة فإنها تهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة كالاشخاص العاديين . ولهذا فإنه ينبغي أن يوفق بين نوعي العلاقات ، والقواعد التي تحكم كلا منهما .

والدولة في تحقيقها للمصلحة العامة باعتبارها صاحبة السيادة تملك من الوسائل والسيطرة ما لا يملكه الأشخاص العاديون . فهي تملك تكليف بعض الأشخاص بالقيام بأعمال معينة . كما تملك نزع ملكية الأشخاص جبراً منهم . وهذا ما لا يستطيعه أي شخص مادي . وهي في علاقاتها بموظفيها تتمتع قبلها بسلطات لا يتمتع بها الأشخاص العاديون قبل من يعملون لحسابهم . . . وهكذا .

وهذا بخلاف ما إذا لم تكن الدولة طرفاً في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة إذ أن أساس القاعدة التي تحكمها في هذه الحالة هو المساواة بينها وبين غيرها من

الأشخاص العاديين ، وهذا ما يتخذ كذلك أساساً للقواعد التي تحكم العلاقات بين الأشخاص العاديين .

وتتكلم فيما يلي عن القانون العام ، ثم عن القانون الخاص .

المبحث الأول

القانون العام Droit Public

عرفنا أن القانون العام هو القانون الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بصفتها صاحبة السلطة والسيادة ، ولكن الدولة حين تدخل في علاقات قانونية على هذا النحو قد تدخل فيها مع دولة أخرى ، وفي هذه الحالة يسمى القانون العام بالقانون الخارجى (externe) أو القانون الدولى العام . وقد تظل داخل إقليمها فتدخل في علاقات مع رعاياها ، وفي هذه الحالة يسمى القانون العام بالقانون الداخلى (interne) . وينفرع القانون العام الداخلى إلى فروع متعددة ، فهو يشمل القانون الدستورى والقانون الإدارى والقانون المالى والقانون الجنائى ، ويعرض فيما يلي للقانون العام الخارجى أو القانون الدولى العام . ثم القانون العام الداخلى بفروعه المختلفة .

أولاً : القانون العام الخارجى

(القانون الدولى العام)

Droit International Public

تعريفه : القانون الدولى العام هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر وتحدد حقوق كل منها وواجباتها ، سواء في حالات السلم أم في حالات الحرب .

أنواع العلاقات التي ينظمها القانون الدولى العام : إذا كان القانون الدولى العام ينظم العلاقات بين الدول على النحو السابق فإن المبحث الأول من

قواعده ينظم تلك العلاقات في وقت السلم . فهو يتضمن القواعد التي تبين أشخاص المجتمع الدولي وهي الدول ، فيبين الشروط اللازم توافرها لقيام الدولة وحقوق الدولة باعتبارها صاحبة سيادة وتقسيم الدول إلى عامة السيادة وناقصة السيادة . كما يبين كذلك طرق تمثيل الدولة لدى الدول الأخرى تمثيلا سياسيا وقنصليا ، وأحكام المعاهدات التي تبرم بين الدول ، وطرق فض المنازعات بينها بالطرق السلمية كالمفاوضات والتحكيم والقضاء الدولي .

والقسم الثاني من قواعد القانون الدولي يشمل تلك القواعد التي تنظم علاقات الدول في حالة الحرب ، فيبين متى تبدأ الحرب وكيف تنتهي والأسلحة التي يجوز استخدامها والتي لايجوز ، ويبين أيضا كيفية معاملة الأسرى والجرحى والمعتقلين من المدنيين ، كما يبين كذلك حقوق وواجبات الدول المحايدة بالنسبة إلى كل من الدول المحاربة .

هذا ، وقد اتسع نطاق القانون الدولي فأصبح يشمل كذلك القواعد التي تحدد مركز المنظمات الدولية وعلاقاتها ببعضها وعلاقاتها بالدول .

هل تعتبر قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية بالمعنى الصحيح ؟ آثار هذا الموضوع الخلاف بين الفقهاء فانقسموا إلى طائفتين : الطائفة الأولى من الفقهاء أنكروا على قواعد القانون الدولي العام صفة القواعد القانونية أما الطائفة الثانية فقد رأت أن قواعد تعد قواعد قانونية بالمعنى الصحيح .

وقد استند الفريق الأول في القول بأن قواعد القانون الدولي لا تعد قواعد قانونية بالمعنى الصحيح إلى أنه لا توجد سلطة عليا فوق الدول تضع تلك القواعد وتولي مراقبة تنفيذها وتوقيع الجزاء على من يخالف أحكامها ولا يحترمها .

ولكن الرأي الثاني وهو الرأي الذي تؤيده غالبية الفقهاء ينقد الأساس الذي

يقوم عليه الرأى السابق ويقرر أن قواعد القانون الدولى العام تعد قواعد قانونية بالمعنى الصحيح .

ذلك أنه يلزم لى تنشأ القواعد القانونية أن توجد سلطة عليها تضعها . فهناك من القواعد القانونية ما ينشأ دون الحاجة إلى سلطة عليها تضعها ، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد القانونية التى مصدرها العرف . فالعرف ينشأ فى ضمير الجماعة دون أن تضعه سلطة عليا ، وهو يعتبر مصدراً للقواعد القانونية . والجزء الغالب من قواعد القانون الدولى العام مصدره العرف الذى ينشأ فى العلاقات بين الدول . ومع ذلك فقد بدىء فى تدوين القواعد التى استقرت بين الدول وذلك بالنص عليها فى الاتفاقيات الدولية الكبرى .

أما من حيث عدم وجود سلطة عليا توقع الجزاء على من يخالف قواعد القانون الدولى العام ، فإن أنصار الرأى الثانى يردون على تلك الحجة بقولهم إن السلطة التى تملك الجزاء هى المجتمع الدولى نفسه ، وهو يفوض الدولة التى وقع عليها الاختداء فى توقيع الجزاء باسم المجتمع الدولى عن طريق الحرب أو المعاملة بالمثل . وإذا كان الجزاء يترك للأفراد على هذا النحو ، يوقعونه بأنفسهم ، فإن هذا هو ما يبتلى والمرحلة التى يمر بها القانون الدولى العام ، لأنه قانون حديث النشأة ولا يزال فى مراحل تطوره الأولى ، ولم يصل بعد إلى المرحلة التى وصل إليها القانون الداخلى من حيث وجود سلطة منظمة تتولى وضع قواعده وتوقيع الجزاء على من يخالفه . فالقانون الدولى العام ، كما يقولون قانون بالمعنى الصحيح ، وإن كان لم يصل إلى الدور الذى وصل اليه القانون الداخلى من حيث التطور .

هذا وقد جرت بعد الحربين العالميتين الأخيرتين ومحاولات لتدعيم قواعد القانون الدولى ، عن طريق إنشاء منظمات دولية للعمل على احترام قواعد القانون

الدول . وهذه المنظمات الدوائية هي الجمعية العامة للأمم المتحدة ، ومجلس الأمن والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ، ومجلس الوصاية . وقد نص ميثاق الأمم المتحدة على إنشاء بوليس دولي يقوم بالعمل على اجبار الدول على احترام قواعد القانون الدولي . والامل معقود على هذه القوة الدولية حتى يمكن اجبار الدول على احترام قواعد القانون الدولي والمختص بها . هذا وقد اتيت لجنة الأمم أن تنشر أول قوة بوليسية دولية في تاريخ المجتمع الدولي هي قوة الطوارئ التابعة للأمم المتحدة بمناسبة العدوان الثلاثي على مصر . واقد كانت هذه التجربة خطوة أولي للتفكير في إنشاء قوة سلام دولية دائمة ، يمكن استخدامها في اجبار الدول على احترام قواعد القانون الدولي . ومع ذلك فقد أثبتت الأيام عدم جدوى هذه التجربة .

ومما يمكن من الامر ، فإن قواعد القانون الدولي العام تعد قواعد قانونية تستمد قوتها من اعرف الدول ، أو من المعاهدات ، أو من المبادئ القانونية العامة التي تعترف بها الدول المتعدية وتقرها . انظمتها الداخلية . وإذا كان من بين قواعد هذا القانون ما نسل به الدول وتلتزم به ، بل وتستر به بحكامها في الداخل ، فإن ضعف الجزاء بالنسبة لبعض القواعد الأخرى من هذا القانون لا يعني أنها ليست قواعد قانونية ، خاصة إذا نظرنا إلى حسنة هذا الفرع من فروع القانون . ومن ناحية أخرى فإن ضعف الجزاء لا يعد عيباً في القواعد نفسها ، وإنما العيب الحقيقي يكمن في عدم الاختصاص لتلك القواعد . وما كانت شدة الجزاء أو ضعفه حائلادون مخالفة القواعد القانونية ، في أي عصر من العصور حتى بالنسبة للقوانين التي تطبق داخل كل دولة ، فالأفراد يرتكبون انقـل مثلاً رغم علمهم بشدة الجزاء الذي قد يقع بهم . وليس العيب هنا في القاعدة القانونية ذاتها ، وإنما العيب في الأشخاص الذين يخرجون عليها ولا يحترمونها .

ثانيا : القانون العام الداخل

Droit Public Interne

يحتوى القانون العام الداخل على مجموعة القواعد التى تحدد كيان الدولة وتنظم علاقاتها - بصفتها صاحبة السلطان والسيادة - بالأفراد . ويتفرع القانون العام الداخل إلى : (١) القانون الدستورى . (٢) القانون الادارى . (٣) القانون المالى . (٤) القانون الجنائى .

وسنتكلم عن كل فرع من هذه الفروع بإيجاز فيما يلى :

§ ١ - القانون الدستورى

Droit Constitutionnel

التعريف به : القانون الدستورى هو مجموعة القواعد التى تبين نظام الحكم فى الدولة والسلطات العامة فيها واختصاص كل سلطة منها وعلاقة هذه السلطات بعضها ببعض الآخر . وعلاقتها مع الأفراد ، كما يبين حقوق الأفراد السياسية وما يجب لحررياتهم من ضمانات .

والقانون الدستورى هو أساس كل تنظيم فى الدولة ، فهو أسس القوانين . ولهذا فإنه يطلق عليه القانون الأساسى ، لأنه يضع الأسس التى تقوم عليها الدولة . ونتيجة لذلك فإنه لا يجوز أن يصدر قانون آخر داخل الدولة يتعارض مع أحكامه أو يخالفها ، لأن القوانين الأخرى أقل منه فى المراتبة .

ومن التعريف السابق للقانون الدستورى يمكن أن نثبت فى إيجاز الملاحظات التى يتضمنها .

المسائل التى يتضمنها القانون الدستورى :

١ - يبين القانون الدستورى شكل الدولة ، أى يبين نظامها الأساسى ، جمهورية أو ملكية ، ديمقراطية أم ديمقراطية ، نيابية أم غير نيابية . . . وتنص

المادة الأولى من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة (١٩٦٤) على أن
الجمهورية العربية المتحدة دولة ديمقراطية اشتراكية ، تقوم على تحالف قوى
الشعب العاملة ، والشعب المصرى جزء من الأمة العربية .

٢ - بين القانون الدستورى كذلك توزيع السلطات فى الدولة . والسلطات
التي تكون منها الدول الحديثة ثلاث ، هى السلطة التشريعية ، وهى التى تسن
القوانين ، والسلطة التنفيذية وهى التى تنفذ القوانين وتدير المرافق العامة ،
والسلطة القضائية ومهمتها الفصل بين الناس طبقا لما يقضى به القانون .

وإلى جانب توزيع السلطات فإنه يبين كذلك الهيئات التى تباشرها . والهيئة التى
تباشر السلطة التشريعية عندنا هى مجلس الأمة . والسلطة التنفيذية يتولاها
رئيس الجمهورية ويعاونه نوابه والوزراء . . . والسلطة القضائية تتولاها المحاكم .
وبين القانون الدستورى كذلك علاقة السلطات بعضها ببعض الآخر ،
فبين ما إذا كانت تلك السلطات منفصلة أم أن لكل منها التدخل فى نشاط
السلطتين الأخرين . وإذا وجد مثل هذا التدخل فما هى حدوده . . .

٣ - وإلى جانب ذلك فإن القانون الدستورى يبين حقوق الأفراد فى الدولة
وينص على حمايتها . وهذه الحقوق تتركز فى الحرية والمساواة ، والحرية تشمل
الحرية الشخصية وحرية التملك والسكن والرأى والدين وحرية العمل والصناعة
والتجارة . . . والمساواة تكون فى جميع المزايا التى تتيحها الدولة للأفراد وفى
التكاليف التى تفرضها عليهم ، كالحق فى تولي الوظائف العامة وواجب أداء
الخدمة العسكرية والضرائب .

أنواع الدساتير :

تنقسم الدساتير من حيث المظهر الذى تخرج منه . فمنها ما يكون منحة من
الحاكم أو السلطان إلى شعبه ، ينزل فيه عن بعض سلطاته للشعب . وقد يصدر

الدستور عن الشعب نفسه ، أى يقوم الشعب بإصداره . وهذا ما تم عندنا في سنة ١٩٥٦ وكذلك سنة ١٩٧١ عندما حصل الاستفتاء على الدستور .

ونقسم الدساتير من حيث قوة أحكامها وإمكان تعديلها إلى دساتير مرنة ودساتير غير مرنة . فالدساتير المرنة هي الدساتير التي يمكن تعديلها بقانون عادى ، ومثال ذلك الدستور الانجليزى .

أما الدساتير الجامدة فهي الدساتير التي لا يمكن تعديلها بقانون عادى ، وإنما لابد لتعديلها من اتخاذ إجراءات خاصة . وقد نص دستورنا سنة ١٩٧١ على أن لرئيس الجمهورية ومجلس الأمة طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ولكنه يشترط لذلك اتخاذ إجراءات خاصة .

لمحة في تاريخنا الدستوري :

صدر أول دستور عندنا في سنة ١٩٢٣ على شكل منحة من الملك . وقد استمر هذا الدستور حتى قامت الثورة المصرية سنة ١٩٥٢ فأعلن سقوط دستور سنة ١٩٢٣ وتألقت لجنة لوضع دستور جديد بقره الشعب ويكون منزها عن هيوب دستور سنة ١٩٢٣ ، وتحقيقا لآمال الأمة في حكم نيابى نظيف سليم .

وفي سنة ١٩٥٦ عرض الدستور الجديد في استفتاء شعبى فوافقت عليه الأمة ووضع موضع التنفيذ من تاريخ تلك الموافقة في ٢٣ يونيو سنة ١٩٥٦ . ولما تمت الوحدة بين مصر وسوريا وضع دستور مؤقت للجمهورية العربية المتحدة ونص في المادة الأخيرة منه (مادة ٧٢) على أن : « يعمل بهذا الدستور المؤقت إلى حين موافقة الشعب على الدستور النهائى للجمهورية العربية المتحدة » . وقد استمر العمل بالدستور المؤقت إلى أن أصدر رئيس الجمهورية دستورا مؤقتا آخر في سنة ١٩٦٤ (مارس) وقد استمرت أحكام هذا الدستور إلى حين وضع وإقرار الدستور الدائم للجمهورية العربية المتحدة سنة ١٩٧١ .

§ ٢ - القانون الإداري

Droit Administratif

التعريف به وموضوعاته : هي مجموعة القواعد التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها . ويتناول القانون الإداري الموضوعات الآتية :

١ - يبين القانون الإداري أنواع الخدمات التي تقوم بها السلطة التنفيذية والمرافق التي تقوم بتقديم تلك الخدمات . فالحكومة تؤدي للأفراد خدمات متنوعة ، وتقوم بأداء كل من هذه الخدمات إدارة أو هيئة معينة : الجيش يتولى الدفاع ، والبوليس يتولى الأمن والنظام ، ووزارة التربية والتعليم إعداد أبناء المستقبل ، ووزارة المواصلات تيسر طرق الانتقال . . . وهكذا . والقانون الإداري يحتوي على القواعد التي تنظم كل مرافق من المرافق العامة السابقة كما يحدد كيفية أداء كل منها لوظيفته ، وعلاقة هذه المرافق ببعضها البعض .

٢ - يبين القانون الإداري كذلك علاقة الحكومة المركزية بالإدارات في الأقاليم وبالمجالس البلدية والمحلية والقروية والمؤسسات .

وتوجد طريقتان لتنظيم العلاقة بين الإدارة المركزية والإدارات المحلية في الأقاليم :

(أ) طريقة المركزية centralisation وهي التي توجب على الإدارات المحلية في الأقاليم الرجوع في كل شئونها إلى الإدارات المركزية التابعة لها . فالدولة في ظل هذا النظام تتولى وحدها القيام بالمرافق المختلفة من تعليم ودفاع وصحة وأمن . . . وتقوم بالإشراف عليه عن طريق موظفيها في العاصمة أو الذين قد تبعث بهم إلى الأقاليم . فالمرافق كلها في ظل هذا النظام تتركز في يدها . ولها وحدها حق توجيهها دون أية سلطة أخرى معها .

(ب) طريقة اللامركزية décentralisation وبمقتضاها تمنح الإدارات

المحلي في الأقاليم سلطة واسعة في تسيير المرافق الخاصة بالأقاليم ، ولا ترجع إلى الإدارة المركزية الرئيسية إلا في الشؤون الهامة .

وتنجه الدول إلى نظام المركزية بالنسبة للمرافق الرئيسية وعلى وجه الخصوص تلك التي تقتضى أهميتها أو طبيعتها الخاصة الإبقاء على تبعيتها للإدارة المركزية . مثل ذلك مرفق الدفاع الذي تقوم عليه وزارة الدفاع إذ يتطلب قيادة وحدة مركزية ، وكذلك الأمر بالنسبة لمرفق التمثيل السياسي الذي تقوم عليه وزارة الخارجية . أما المرافق الأخرى التي لا تقتضى أهميتها أو طبيعتها إدارة وحدة ، فإن الاتجاه بالنسبة لها هو جعل الإدارة فيها لامركزية كالنظام مثلا .

وقد اتسع نطاق النظام اللامركزي عندنا وازدادت أهميته بصدور قوانين الإدارة المحلية التي تقوم على الاعتراف للوحدات الإقليمية الأقل من الدولة ، وهي المحافظات والمدن والقرى بسلطات واسعة بالنسبة لتسيير الشؤون الإدارية والتصرف فيما بدلا من انتظار التعليمات والأوامر من السلطة المركزية في العاصمة .

ويتولى الإشراف على الشؤون الإدارية المحلية مجلس المحافظة ومجلس المدينة ومجلس القرية . مع مراعاة أن مجلس المحافظة هو الذي يرعى الشؤون المحلية للمحافظة كلها بقراما ومدنها . وهذه الوحدات الإقليمية يعترف لها بشخصية قانونية مستقلة عن شخصية الدولة ، وهي تتصرف وتعامل باسم الوحدة الإدارية .

وقد جعل القانون لهذه المدارس سلطات واسعة في الإشراف على عدد كبير من المرافق مثل مرفق التربية والتعليم ، ومرفق الصحة . والشؤون البلدية والقروية ، والشؤون الاجتماعية ، والعمل ، والشؤون الزراعية ، والتكوين . . . وبذلك يبدو أنباء تلك القوانين واضحة نحو التوسيع في إعطاء المجالس السابقة الإشراف على أكبر عدد من المرافق .

وهذا النظام الذي اتجهت إليه الدولة الحديثة يحقق مزايا كبيرة من حيث

مساهمة الشعب في تسيير الشؤون الادارية ، بوجود عدد بنوب عنه المساهمة في
الإدارة ، وهو الى جانب ذلك يتمشى مع أهداف الثورة ويعمل على تحقيقها عن
طريق تدعيم النظام الديمقراطي وأسس المجتمع الاشتراكي التعاوني . وقد حقق
هذا النظام نجاحا واضحا منذ تطبيقه . وقد بدأ بذلك في أوجه النشاط المختلفة التي
تولاهما المحافظات ، والنتائج التي تحققت حتى الآن :

(٣) بين القانون الإداري علاقة الدولة بموظفيها ؛ وبضع نظاما لتعيينهم
وترقيتهم وتأديتهم وعزلهم . كما يبين بصفة عامة حقوق الموظفين وواجباتهم
نحو الدولة .

(٤) بين القانون الإداري الأموال العامة والنظام القانوني لها وكيفية إدارتها
والانتفاع بها ، إلى غير ذلك .

(٥) وأخيراً بين القانون الإداري الأعمال الإدارية والشروط اللازمة
لصحتها ، وطرق الرقابة عليها .

ولانتقد الدول في طريقة الرقابة على أعمال الإدارة موقفاً واحداً . فمن
البلاد ، كإنجلترا ، ما يترك الرقابة على أعمال الإدارة للمحاكم العادية ، وإذا ما اثار
نزاع بين الإدارة والأفراد كان القضاء العادي هو المختص بالفصل فيها ، ومن
الدول ما يجعل الرقابة على أعمال الإدارة لمحاكم إدارية خاصة .

وقد كانت المحاكم العادية عندنا تقوم بالفصل في المنازعات بين الدولة والأفراد
حتى سنة ١٩٤٦ حينما أنشئ مجلس الدولة وعهد اليه بالرقابة على أعمال الإدارة .

هذا ، ويراعى أن قواعد القانون الإداري لم تجمع حتى الآن في مجموعة
واحدة ، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للقانون المدني أو التجاري ، بل إن قواعده
لا زالت مبثورة . والسبب في عدم تجميعها حتى الآن من جهة تفرعها حتى

تساير التطور في المرافق العامة في الدولة ، كما أنها من جهة أخرى قواعد متشعبة مما يجعل من المسير حصرها في مجموعة واحدة .

§ ٣ - القانون المالي

Droit Financier

يتضمن القانون المالي القواعد التي تحكم مالية الدولة والهيئات العامة، من حيث بيان الموارد المختلفة من ضرائب ورسوم وفروض وكيفية تحصيلها ، ومن حيث الأوجه التي تنفق فيها تلك الأموال .

وبين القانون المالي كذلك القواعد التي تتبع في تحضير الميزانية السنوية للدولة والهيئات العامة الأخرى وفي تنفيذها والرقابة على هذا التنفيذ .

ولهذا فإن علم المالية العامة يعنى بدراسة : (١) النفقات العامة .
(٢) الإيرادات العامة . (٣) الفروض العامة . (٤) الميزانية .

وقد كان القانون المالي داخلاً في نطاق القانون الإداري حتى عهد قريب باعتبارها فرعاً من فروع تنظيم النشاط المالي للإدارة باعتبارها سلطة عامة ، ولكنه استقل عنه وأصبح فرعاً قائماً بذاته .

ولقد ازدادت أهمية هذا الفرع من فروع القانون عندنا وخاصة منذ سنة ١٩٣٧ حينما استردت مصر سلطانها في فرض الضرائب المباشرة على الأجانب والمصريين على السواء . بعد أن ألغيت الامتيازات الخاصة بالأجانب في هذا الصدد . وكان من نتيجة ذلك أن صدرت عدة قوانين ضرائبية أنشأت موارد جديدة للدولة ، منها القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الذي فرض ضريبة على إيرادات رموس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وكسب العمل .

كما ازدادت أهمية هذا القانون أخيراً على أثر القوانين التي أصدرتها الثورة في عيادها التاسع تحقيقاً لأهدافها من الناحية الاجتماعية ، ولحق بذلك القانون

الخاص بتعديل أحكام الضريبة العامة على الإراد ، وكذلك الخاص بالضريبة على العقارات المبنية (١) .

§ ٤ - القانون الجنائي

Droit Criminel

القانون الجنائي هو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم . وتبين العقوبات المقررة لكل منها ، وكذلك الاجراءات التي تتبع في تعقب المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه .

ومن هذا يبين أن القانون الجنائي يشتمل على طائفتين من القواعد : قواعد موضوعية وهي التي تبين الجرائم وتحدد العقوبة لكل منها . وقواعد شكلية وهي التي تبين الاجراءات الواجبة الاتباع منذ وقوع الجريمة إلى حين الوصول إلى الجاني وتوقيع العقاب عليه .

ولهذا فإن القانون الجنائي ينقسم إلى فرعين ، قانون العقوبات Code Pénal وهو يتضمن القواعد الموضوعية ، وقانون الاجراءات الجنائية Code de Procédure Criminelle ، وهو يتضمن القواعد الشكلية .

(أ) قانون العقوبات : هو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم والعقوبات كما قدمنا . وهو ينقسم إلى قسمين .

القسم العام : ويشمل القواعد التي تحدد الأحكام العامة للجريمة والعقوبة ، فيبين أنواع الجرائم من جنابات وجنح ومخالفات . كما يبين أركان الجريمة ،

(١) أنظر القانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٦١ بشأن تعديل بعض أحكام القانون ٩٩ لسنة ١٩٤٩ بمرض ضريبة عامة على الإراد في الاقليم المصري (الجريدة الرسمية عدد ١٦١٥ في ١٩ يونيو ١٩٦١) ، وكذلك القرار بقانون ١٢٩ لسنة ١٩٦١ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية (الجريدة الرسمية العدد السابق من ١٠٧٧) .

وهذه الأركان هي : وقوع فعل محرم ، وأن يكون هذا الفعل قد وقع من شخص توافرت فيه أهلية تحمل المسؤولية الجنائية ، وأن يكون هناك نص قانوني يجعل من هذا الفعل جريمة معاقباً عليها ، إذ القاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون . وأخيراً فإن القسم العام يتضمن القواعد التي تنظم العقوبة من حيث أنواعها وحالات تعددها وسقوطها والتخفيف أو الإعفاء منها .

القسم الخاص : وهو يشمل القواعد الخاصة بكل جريمة من الجرائم على حدة . ويبين أركانها وصرورها المختلفة والعقوبة التي توقع على مرتكبها .

(ب) قانون الاجراءات الجنائية : هو مجموعة القواعد التي تبين الاجراءات الواجبة الانباع من وقت وقوع الجريمة إلى حين توقيع العقاب بمرتكبها ، من حيث ضبط المتهم والتقبض عليه والتحقيق معه ومحاكمته ، وتنفيذ العقوبة التي يحكم بها .

والغرض من قانون الاجراءات هو بيان الاوضاع التي تتبع لتطبيق أحكام قانون العقوبات ، أي تقتصر على الشكل الواجب اتباعه ليقول قانون العقوبات كله .

المبحث الثاني

القانون الخاص

Droit Privé

القانون الخاص ، كما سبق أن بينا ، هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي لا تكون الدولة طرفاً فيها بصفتها صاحبة السيادة والسلطان ، فهو ينظم العلاقات بين الأشخاص بصفة عامة ، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً يقوم بأعمال مادية كالتي يقوم بها كافة الأفراد .

ويتفرع القانون الخاص إلى فروع متعددة على رأسها القانون المدني ، ثم

القانون التجاري. وقانون التجارة البحرية ، وقانون العمل ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، والقانون الدول الخاص .

§ ١ - القانون المدني

Droit civil

التعريف به : القانون المدني هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص ، عدا ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص .
والقانون المدني هو أصل القانون الخاص كله ، أما فروع القانون الخاص الأخرى ، كالقانون التجاري وقانون العمل ، فإنها تفرعت عنه ، وهي تتضمن قواعد تحكم أنواعا من العلاقات ظهرت الحاجة إلى تنظيمها بصفة خاصة لانصالها بنوع معين من النشاط أو مهنة معينة . ولما كان التطور في نطاق العلاقات بين الأفراد لا يقف عند حد ، فإن هناك من أوجه النشاط ما يستلزم الاستقلال بقواعد خاصة تزداد الحاجة إليها يوما بعد يوم ، ولهذا ظهرت الحاجة إلى تنظيم خاص لما يسمى بالقانون الجوي ، والقانون الزراعي . . وقد بدأت هذه القوانين في الاستقلال بقواعد خاصة تنظم ما يتصل بالنشاط الجوي والزراعي .

إلا أنه لما كان القانون المدني يحكم علاقات الأشخاص فيما بينهم بصفة عامة ، ترتب على ذلك أنه إذا لم توجد قاعدة تحكم مسألة من المسائل الداخلة في فروع القانون الخاص الأخرى كالقانون التجاري وقانون العمل . . فإنه يجب الرجوع في شأنها إلى ما يقرره القانون المدني ، ويطبق الحكم الذي يقضى به ، ما لم يظهر أن هذا الحكم لا يتفق مع طبيعة القواعد التي يتضمنها ذلك الفرع من فروع القانون الخاص .

موضوعاته : ويتناول القانون المدني نوعين من العلاقات أو الروابط :
(١) فهو يتضمن أولا روابط الأحوال الشخصية . ويدخل تحتها المسائل

المتعلقة بالأسرة بصفة عامة ، من ذراح وطلاق وانفصال وما يترتب عليها من آثار ، وبالنسب وآثاره ، والمواريث وغيرها من المسائل المتعلقة بعلاقة الفرد بأسرته . كما يدخل تحتها أيضاً المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم (١) .

(٢) والنوع الثانى من القواعد التى يتضمنها القانون المدنى هى القواعد المتعلقة بالأحوال العينية ، وهى تشمل كل ما يتصل بشايط الشخص بالنسبة إلى الأموال ، فتعرف المال وأنواعه ، وتبين الحقوق المالية للشخص وطرق كسبها وإنقضاءها . . إلى غير ذلك .

هاتان الطائفتان من الروابط يشتمل عليهما القانون المدنى فى أغلب الدول . لكن القانون المدنى عندنا يختلف عن تلك القوانين من هذه الناحية ، لأنه لا يتضمن إلا نوماً واحداً فقط من الروابط ، وهى الروابط المتعلقة بالأحوال العينية . أما بالنسبة للطائفة الأولى من الروابط وهى روابط الأحوال الشخصية فإن القانون المدنى عندنا لم ينظمها ولكنه تركها لتحكمها قواعد دينية تختلف باختلاف الأديان ؛ فتطبق الشريعة الإسلامية أو الشريعة المسيحية أو اليهودية .

هذا ويراعى أن القانون المدنى الحالى قد صدر فى سنة ١٩٤٨ ليطبق من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ويشمل هذا القانون على باب تمهيدى وقسمين رئيسيين .

ويبين الباب التمهيدي مصادر القانون المدنى ، وطريقة تطبيقه من حيث الإمان والمكان ، ويبان الأشخاص والأموال وأحكامها .

أما القسم الأول ، فقد خصص للحقوق الشخصية أو الالتزامات ، والقسم الثانى خصص للحقوق العينية ، سواء كانت حقوقاً عينية أصلية كحق الملكية ، أم حقوقاً عينية تبعية كالرهن .

(١) ويراعى أن ما يدخل فى نطاق روابط الأحوال الشخصية عندنا فى الوقت الحاضر ينطبق مما يدخل فى هذا النطاق لدى الدول الأخرى ، ويؤكد بقتصر عندنا على روابط الأسرة كما سنرى فيما بعد .

§ ٢ - القانون التجارى

Droit Commercial

التعريف به وهو موضوعه : والقانون التجارى هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الناشئة عن الاعمال التجارية .

ويبين القانون التجارى متى يعتبر الشخص تاجراً . سواء كان هذا الشخص فرداً أم شركة . ويبين كذلك الاعمال التجارية ، أى متى يعتبر العمل تجارياً ، لى نرى عليه أحكام القانون التجارى . وإلى جانب هذا فهو يبين أيضاً واجبات التجار كالقيد فى السجل التجارى ومسك الدفاتر . كما ينظم الشركات التجارية وأنواعها المختلفة وتكوينها ونشاطها وانقضاءها . وكذلك العقود التجارية باعتبارها مظهراً من مظاهر النشاط التجارى ، وكذلك النقل التجارى والسفرة والوكالة بالعمولة ، والأوراق التجارية وهى الكيالات والشيك والسندات .

وينظم القانون التجارى كذلك إفلاس التاجر ، فيبين شروط الحكم بالإفلاس وشهره والإجراءات التى تتبع فى هذا الشأن ، كما يبين أيضاً حقوق دائنى المفلس وإمكان الصلح بين هؤلاء الدائنين وبين التاجر المفلس . . .

لماذا استقلت قواعد القانون التجارى ؟ لقد كانت قواعد القانون التجارى فى الأصل داخلة ضمن قواعد القانون المدنى بصفة عامة ، شأنه فى ذلك شأن سائر فروع القانون الخاص الأخرى ؟ كما أشرنا إلى ذلك من قبل . وكان التجار يخضعون فى معاملاتهم للقواعد التى يخضع لها كافة الناس .

ولكن فيما بعد ، حينما ازدادت حركة نشاط التجارة واتسع نطاقها ، ظهرت الحاجة ماسة إلى وضع قواعد خاصة تتلاءم وما تنقسم به التجارة من السرعة والثقة . ولذلك كان من اللازم إخصاص العلاقات التجارية بين التجار لقواعد مغايرة ، قواعد تختلف عن قواعد القانون المدنى ، تقوم على هاتين الدعائتين وهما السرعة والثقة .

ولا شك أن هاتين الدعائين أثرهما الواضح في قواعد القانون التجارى مما أدى إلى اختلافها عن قواعد القانون المدنى ، وما أدى بالتالى الى ضرورة وضع قواعد مستقلة عن قواعد القانون المدنى . ونسوق بعض أمثلة توضح لنا ذلك وتبين الفارق بين القواعد المدنية والقواعد التجارية .

١ - بالنسبة لقواعد الإثبات ، القاعدة فى القانون المدنى أن اثبات وجود التصرف أو انقضاءه ، إذا زادت قيمته على عشرين جنيهاً ، لا يجوز إلا إذا كان هناك دليل كتابى . أى لا يجوز الإثبات فى مثل هذه الحالة بشهادة الشهود . وإذا كانت هذه هى القاعدة فى القانون المدنى ، فإن الأمر على خلاف ذلك فى القانون التجارى . فالإثبات فى القانون التجارى حر من كل قيد ، إذ يجوز لإثبات وجود التصرف أو انقضاءه بشهادة الشهود ، مهما كانت قيمته ، أى حتى لو جاوز عشرين جنيهاً .

ويرجع السرف فى هذا الخلاف إلى أن التجارة تقوم على السرعة ، والصفقات التجارية لا تحتل البطء فى إنجازها . ولهذا كان من اللازم تحريرها من القيود التى يفرضها القانون المدنى . فلا يلزم فى نطاق المعاملات التجارية الحصول على دليل كتابى للإثبات ، مهما كانت المبالغ المراد إثباتها .

٢ - ومن ذلك أيضاً ما نجد بالنسبة لحالة الحق فى القانون المدنى ، لا تنفذ الحوالة فى مواجهة المدين ، ولا بالنسبة لتغير إلا إذا قبلها المدين . أو أعلن عنها .

وامكن هذه القاعدة الخاصة باستلزام قبول المدين للحوالة أو إعلاؤه بها لا تنفق مع ما تستلزمه التجارة من السرعة ، ولهذا جاءت قواعد القانون التجارى فى هذا الصدد ببساطة تتلاءم مع ما يقتضيه من سرعة ، فأخضعت بحكم مبادئ الحكم القانون المدنى بالنسبة لحوالة الحقسوق الثابتة فى الأوراق التجارية

كالكميالة والشيك ، إذ جعلتها تنفذ في مواجهة الجميع بمجرد التوقيع على هذه الأوراق بما يفيد الحوالة .

٣ - ومن ذلك أيضاً ما جاء في حالة التضامن . فالقاعدة في القانون المدني أنه إذا تعدد المدينون فإن التضامن بينهم لا يفترض ، ولكن لكي يكون هناك تضامن بينهم لابد من الاتفاق عليه أو لابد أن ينص القانون عليه . إلا أن هذه القاعدة تختلف في حالة القانون التجاري إذ التضامن مفترض بين المدينين . أي أن الأصل في حالة تعدد المدينين هو وجود التضامن بينهم ، لأن في هذا زيادة لالتزام الدائن الذي يستطيع أن يرجع يديته كاملاً على أي من المدينين في حالة التضامن ، فيتعامل معهم وهو واثق من إمكان الحصول على حقه من أي منهم ، إذا لم يقيم الآخرون بالوفاء .

٤ - يميز القانون المدني للقاضي أن يمنح المدين أجلاً للوفاء بدينه ، إذا حل ميعاد الوفاء ورأى من الظروف ما يبرر التأجيل . أما القانون التجاري فليس للقاضي هذه السلطة لأن الثقة في المعاملات التجارية تستلزم الوفاء بالدين في ميعاده حتى يستطيع الدائن أن يسير في أعماله وفي علاقاته مع الغير وفقاً لما توقعه ، إذ أنه يرتب معاملاته على أساس أن سيستوفي حقه من المدين في يوم معلوم ، وتأجيل ذلك قد يؤدي إلى الإخلال والاضطراب في نطاق المعاملات . إلى غير ذلك من الفوارق التي ليس هنا مجال تفصيلها .

صلة القانون التجاري بالقانون المدني : إذا كان القانون التجاري قد تفرع عن القانون المدني على النحو السابق نظراً لأن قواعده تقسم بالسرعة وتوفير الثقة بين التجار ، إلا أن هذا لا يعني أن القانون التجاري لا تربطه بالقانون المدني أية رابطة . ذلك أن القانون التجاري لا زال يرتبط بالقانون المدني برابطة الفرع بالأصل . ولهذا فإنه إذا لم يوجد في القانون التجاري حكم لمسألة معينة ، يدين الرجوع في شأنها إلى قواعد القانون المدني .

ومن ناحية أخرى ، يراعى أنه لما كان الأصل بالنسبة لجميع المعاملات المالية هو خضوع الأفراد جميعاً لقواعد واحدة ، هي قواعد القانون المدنى ، وأن القانون التجارى قد استقل عن القانون المدنى ، فإنه يعد استثناء من قواعده . ولهذا فإن قواعده القانون التجارى ينبغى أن تطبق فى الحدود المرسومة لها ، فلا يخضع له التجار إلا بالنسبة لما يتعلق بمعاملاتهم التجارية فقط ، أما بالنسبة لسائر معاملاتهم الأخرى غير التجارية ، فإنهم يخضعون للأصل ، وهو القانون المدنى . كما إذا استأجر التاجر منزلاً لسكناء . ففى هذه الحالة لو ثار نزاع بينه وبين المؤجر (صاحب المنزل) تطبق أحكام القانون المدنى فى هذا الصدد ، لأن عقد الإيجار هنا لا صلة له بنشاط التاجر وعمله التجارى .

§ ٣ - القانون البحرى

Droit Maritime

القانون البحرى ، أو قانون التجارة البحرى ، هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الخاصة التى تنشأ بصدد الملاحة فى البحار . وتتركز العلاقات التى ينظمها القانون البحرى حول السفينة . ولذلك فإن هذا القانون ينظم القواعد التى تنعبر ببيع السفينة وشراؤها وشحنها والتأمين عليها وعلى شحونها . وينظم القانون البحرى كذلك عقد العمل البحرى ، وصلة ربان السفينة وملاحيهما بالسفينة . ومسئوليته قبلهم ، كما ينظم كذلك عقد النقل البحرى وما يتصل به من مسؤولية ، والقرض البحرى ، إلى غير ذلك من المسائل التى تثيرها الملاحة البحرية .

ومن الأسباب التى دعت إلى فصل قواعد القانون البحرى عن القانون التجارى كبر قيمة السفينة وتمرصها لآخطار جسيمة ، ووجودها أثناء استقلالها فى كثير من الأوقات ، بعيدة عن رقابة مالكيها .

§ ٤ - قانون العمل

Droit du travail

قانون العمل هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين العمال وأصحاب الأعمال . وقانون العمل قانون حديث النشأة أدى إلى وجوده تقدم الصناعة وانتشارها مما استدعى تنظيم العلاقات بين العمال وأصحاب الأعمال ، بصورة تتفق مع حماية العمال باعتبارهم الجانب الضعيف في تلك العلاقات إزاء الجانب القوي وهم أصحاب رؤوس الأموال .

وقد صدرت تشريعات كثيرة تنظم المسائل العمالية وتحكم صلة العمال بأصحاب الأعمال . فقد نظمت عقد العمل الفردي والمشارك ونقابات العمال والتوفيق والتحكيم في منازعات العمل ، وتنظيم العمل من حيث تحديد ساعات العمل وتكفيل الأحداث والنساء . . . إلى غير ذلك .

ثم انتهى الأمر عندنا إلى جمع كل التشريعات العمالية ، في مجموعة واحدة وصدر بها القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ . وبشبه قانون العمل إلى حماية العمال وإلى زيادة الضمانات الخاصة بهم ، تمشياً مع النظام الاشتراكي . وقد صدرت تعديلات لاحقة لقانون العمل ، تتمشى مع السياسة الاشتراكية كذلك ، مثل تحديد ساعات العمل بسبع ساعات ، وتحديد الحد الأدنى للأجور ، واشترك العمال والموظفين (العاملين) في إدارة الشركات ، وعلى نحو ما بينا من قبل .

§ ٥ - قانون المرافعات

Droit de Procédure

قانون المرافعات هو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات الواجب اتباعها أمام المحاكم . وذلك للوصول إلى حماية إذا ما توزع فيها .
فإذا كان القانون المدني والقانون التجاري مثلاً يحددان للناس حقوقهم

ورواجبتهم ، فإننا نجد أن قانون المرافعات يبين الاجراءات الخاصة بحماية تلك الحقوق ، وأداء هذه الواجبات .

وبين قانون المرافعات طريقة رفع النزاع أمام المحكمة المختصة به ، واجراءات إثبات الحق المدعى به ، وما يجوز ابدائه من دفع ، وكيفية الحكم في النزاع ، وطرق الطعن في الاحكام ومواعيدها . فإذا ما صدر حكم وصار نهائياً ، فإن قانون المرافعات يبين الاجراءات الواجب اتباعها بالنسبة لتنفيذه . وقد صدر قانون المرافعات الجديد عندنا (القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦١) . وأهم ما هدف إليه هذا القانون هو الاعتداد بدور المجتمع في الخصومة ، وتبسيط الاجراءات وتيسير سبل التقاضي . والتعجيل بحسم المنازعات ، وتيسير وتبسيط لاجراءات التنفيذ ، وإعطاء القاضى دوراً إيجابياً في الخصومات .

§ ٦ - القانون الدولي الخاص

Droit International Privé

العلاقات التي تقوم بين الاشخاص إما أن تكون علاقات وطنية بحثة بجميع عناصرها ، وإما أن تكون أجنبية في عنصر أو أكثر من عناصرها .

فإذا باع مواطن من الجمهورية العربية عقاره الموجود في الجمهورية نفسها إلى مواطن آخر ، فإن العلاقة تكون علاقة وطنية بحثة في كل عناصرها . وعناصر العلاقة هي : الأشخاص ، والموضوع ، والمكان الذي قامت فيه العلاقة . فالأشخاص في هذه الحالة مواطنون من الجمهورية العربية ، موضوع العلاقة وهو العقار موجود في الجمهورية العربية ، والمكان الذي قامت فيه العلاقة هو الجمهورية العربية . وهنا لا تتدخل قواعد القانون الدولي الخاص ، لأن جميع عناصر العلاقة وطنية .

أما إذا كان أحد العناصر السابقة أجنبيا ، بأن كان أحد الأشخاص أجنبيا ، أو أن العلاقة قامت في بلد أجنبي ، أو أن موضوع العلاقة كان موجودا في الخارج ، فإن قواعد القانون الدولي الخاص تدخل ، فحين ما هي المحكمة المختصة ، هل هي المحكمة الوطنية أو المحكمة الأجنبية ، كما تبين ماهو القانون الذي يحكم العلاقة ؛ هل هو القانون الأجنبي أم القانون الوطني .

ومن هذا يتبين أن القانون الدولي الخاص هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد ، وذلك من حيث بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق .

فالقواعد التي يحتوي عليها القانون الدولي الخاص لا تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بصورة مباشرة ، ولكن وظيفة هذه القواعد ، بعد أن تحدد المحكمة المختصة ، هي بيان القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي . وقد يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني أو القانون الأجنبي .

ومن هذا نستطيع أن نقول أن موضوع القانون الدولي الخاص هو بيان اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعاوى التي ترفع بشأن العلاقات القانونية الخاصة ، ذات العنصر الأجنبي ، وبيان القانون الواجب تطبيقه على هذه العلاقات . وهذا هو الموضوع الرئيسي للقانون الدولي الخاص ، ولكن البعض من الفقهاء يرون لإدخال موضوعات أخرى في نطاق القانون الدولي الخاص . هذه الموضوعات الأخرى هي القواعد التي تنظم الجنسية والقواعد الخاصة بالمواطن ومركز الأجانب . والواقع أن قواعد القانون الدولي الخاص بصفة عامة تعد قواعد ملزمة .

فالقواعد التي تتعلق بالجنسية والمواطن ومركز الأجانب تدخل في نطاق القانون العام ، لأنها تنظم العلاقات بين الدولة والأفراد . أما القواعد الأخرى الخاصة ببيان الجهة المختصة والقانون الواجب التطبيق ، وهي ما تسمى بقواعد تنازع القوانين ، فهي تدخل في نطاق القانون الخاص .

الفصل الثاني

تقسيم القواعد القانونية من حيث قوتها

(القواعد الآمرة والقواعد الممكلة)

تمهيد : تنقسم القواعد القانونية من حيث قوتها في الإلزام إلى قواعد أمرة وقواعد ممكلة أو مفسرة . ذلك أن القانون في تنظيمه للمجتمع لا بد له من وضع قيود على حريات الأفراد ولشاطهم ، فيوجه إليهم طائفة من الأوامر والنواهي يجبرون على طاعتها واحترامها . ولكن إذا كان يسلك هذا السبيل إلا أنه لا يفيد من حريات الأفراد ولشاطهم ، بصورة مطلقة ، بل يترك لهم قدراً من الحرية في سلوكهم ، أي في تنظيم علاقاتهم مع الغير ، وفي هذا النطاق الأخير لا يوجه القانون إلى الأفراد أوامر ونواهي يلتزمون بها ، بل يترك لهم قدراً من الحرية في توجيه لشاطهم الوجهة التي تروق لهم .

وفي الحالة الأولى تكون قواعد أمرة أو ناهية . أما حيث يترك لهم قدراً من الحرية في تنظيم علاقاتهم ، فإن قواعد تكون ممكلة أو مفسرة . وننظم فيما يلي عن هاتين الطائفتين من القواعد ، ثم عن كيفية التمييز بينهما .

أولاً - القواعد الآمرة

القواعد الآمرة أو الناهية هي القواعد التي يجبر الأفراد على احترامها ولا يجوز لهم أن يخفوا على من يخالف حكمها ، وكل اتفاق بينهم على مخالفة أحكامها يعتبر باطلاً لا يعتد به ، لأن هذا النوع من القواعد القانونية يتولى تنظيم مسائل تتعلق بإقامة النظام في المجتمع ، ولذلك فإنه لا يصح أن يترك مثل هذا التنظيم لإدارة الأفراد .

ومن ذلك مثلا القاعدة القانونية التي تحرم القتل ، فهي قاعدة أمرية يلتزم الأفراد باحترامها ، ولا توجد هناك طريقة للتهرب من حكمها ، ولو كان ذلك من طريق اتفاق بين شخصين على أن يقتل أحدهما الآخر . فمثل هذا الاتفاق لا يعتد به ؛ ولا يمنع من معاقبة القاتل إذا ما ارتكب جريمة . وهذا هو الشأن بالنسبة لكل القواعد الأخرى التي تمنع ارتكاب الجرائم ؛ فلا يصح الاتفاق على مخالفة أحكامها ، وكل اتفاق على مخالفة أحكامها يعد باطلا لا أثر له . ومن ذلك أيضا القواعد الخاصة بتحديد سعر الفائدة ، فهي من القواعد التي لا يصح الاتفاق على مخالفتها . . . إلى غير ذلك

وليس معنى قولنا إن هذه الطائفة من القواعد القانونية تسمى بالقواعد الآمرة أنها ترد دائما في صيغة الأمر أو النهي ، وإنما العبرة في هذا العدد هو بعدم إمكان الاتفاق على مخالفة أحكامها .

ثانيا - القواعد المفسرة أو المكملة :

هي القواعد التي يجوز للأفراد أن يخالفوا حكمها ، وإذا ما اتفقوا على مخالفة هذا الحكم كان اتفاقهم صحيحا . أما إذا سكتوا ولم ينصوا على ما يخالف حكمها فاتها تسري عليهم . وبعبارة أخرى فإن القواعد المكملة هي القواعد التي تسرى على الأفراد ما لم يتفقوا على مخالفة أحكامها .

من ذلك مثلا ما يقتضى به القانون من أن ثمن الشيء المبيع يدفع وقت التسليم . هذه القاعدة من القواعد المكملة أو المفسرة ، أي أنه يجوز لكل من البائع والمشتري الاتفاق على مخالفة حكمها ، فيصح الاتفاق بين البائع والمشتري على أن الثمن لا يدفع وقت تسليم المبيع ، ولكنه يدفع في وقت آخر . وفي هذه الحالة الأخيرة يعمل باتفاقهما . لكن إذا لم يتفق الطرفان على وقت دفع الثمن ينبغي أن يطبق حكم القانون في شأنه ، فيكون دفن الثمن تسليم المبيع ؛ طالما

لما يقضى به القانون . أى أنه إذا سككت المتعاقدان عن تنظيم مسألة مبيعاً لدفع الثمن ، فإن القانون يتدخل ليكمل اتفاقها ، فيقضى بأن هذا المبيع هو وقت التسليم ، ومن هنا جاءت تسمية هذا النوع من القواعد القانونية بالقواعد المكملة ، لأنها تكمل إرادة المتعاقدين .

وقد يطلق أيضاً على هذا النوع اسم القواعد المفسرة (Interpretatives) ، على أساس أنه إذا سككت الأفراد عن النص على حكم مخالف لهما فإن هذا السكوت يفسر على أن نية المتعاقدين أرادت تطبيق حكم القاعدة .

الالتزام فى القواعد القانونية المكملة :

قد يفهم من قولنا إن القواعد القانونية المكملة قواعد يصبح للأفراد أن يتفقوا على خلافها ، أنها ليست ملزمة . ولكن الواقع غير ذلك ، لأن الإلزام عنصر أساسى من عناصر القاعدة القانونية بصفة عامة ، سواء كانت قاعدة أم قاعدة أم قاعدة مكملة . وطالما كان الأمر كذلك فكيف نوفق بين القول بأن هذه القواعد قواعد ملزمة وبين إمكان الاتفاق على مخالفة أحكامها ؟

الواقع أن القواعد المكملة إنما هى قواعد ملزمة من وقت نشوئها ، مثلها فى ذلك مثل غيرها من القواعد القانونية الأخرى . ولكن كل قاعدة قانونية ، أيا كانت : سواء كانت أمرة أم مكملة ، لا تطبق إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لتطبيقها . ولما كان من شروط تطبيق القواعد المكملة ألا يتفق الأفراد على مخالفتها . فهذا يعنى أنه إذا اتفقوا على مخالفتها امتنع تطبيقها ، لا لأنها ليست ملزمة ، ويمكن لأن شرطاً من شروط تطبيقها قد تخلف . أما إذا سككت الأفراد عن النص على مخالفتها فإن شروط تطبيقها تكون متوافرة وبالتالي تنطبق عليهم ويلزمون بحكمها ، إذ أنها قد وضعت لحكم مسألة من المسائل يسكت الطرفان عن تنقيحها ، فإذا سككتا عن تنظيم تلك المسألة وجب عليهم الخضوع لحكم القانون فى

شأنها . وعلى ذلك إذا ما سكت الطرفان في المثال المتقدم عن الاتفاق على الوقت الذي يدفع فيه ثمن المبيع ، فإن حكم القانون يسرى عليها ، وهو أن الثمن يدفع وقت تسليم المبيع .

ثالثا : التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

رأينا أن القانون عندما يتدخل لكي ينظم سلوك الأفراد في الجماعة لا يتخذ موقفاً واحداً بالفئة لما يورده من قواعد . فقد يضع قواعد آمرة يجهز الأفراد على احترامها . وقد يضع قواعد مكملة أو مفسرة يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها . على النحو الذي بيناه . والواقع أن هذا التقسيم للقواعد القانونية يختلف بحسب المجال الذي يعمل فيه كل من القواعد الآمرة والقواعد المكملة .

فالقواعد الآمرة تعمل في مجال يتعلق بكيان الدولة ومصالحها الأساسية ، وفي هذا المجال لا ينبغي أن يترك الأفراد أحراراً ينظمون شئونهم كيف يشاءون .

أما القواعد المكملة فإنها تعمل في مجال يتعلق بمصالح الأفراد ، فيما ليس فيه مساس بكيان الدولة ، وفي هذا المجال ينبغي أن يترك الأفراد أحراراً ينظمون شئونهم بالطريقة التي يرونها ، لأنهم أقدر من الدولة على هذا التنظيم .

ولهذا توضع القواعد مكملة أو مفسرة ، يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها ، لأن مصالحهم قد تكون في هذه المخالفة .

وإذا كان هذان هما المجالان اللذان تعمل فيهما القواعد الآمرة والقواعد المكملة فكيف نميز بينهما . أي كيف نعرف ما إذا كانت القاعدة ، أو ما إذا كانت مكملة أو مفسرة .

توجد لذلك طريقتان : (١) طريقة مادية أو شكلية ، أو لفظية .

(٢) وطريقة معنوية .

(٣) الطريقة اللفظية : يمكن هذه الطريقة من الاستدعاء إلى فرج القاعدة

لمعرفة ما إذا كانت أمرة أو مكلة بالرجوع إلى نص المشرع ذاته . فإذا ثبت من عبارات النص والفاظه أن القاعدة أمرة أو مفسرة ، ترتب على ذلك عدم إمكان مخالفتها أو إمكان ذلك بحسب الأحوال .

فقد تتضمن عبارة القاعدة القانونية ما يشعر بأنها أمرة ، ويعبر المشرع عنها بأي لفظ يدل على ذلك ، فيبين مثلاً عدم جواز الاتفاق على مخالفتها ، أو يبين أن الخروج عليها يعتبر باطلاً ، أو يضع النصوص في صيغة الأمر أو النهي ، كان ينص على أنه يلزم أو يجب أن يتمين أو لا يصح ... إلى غير ذلك من العبارات التي تفيد الأمر أو النهي .

ومن ذلك مثلاً ما نص عليه المشرع في المادة ١٣١ مدني من أن : التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه . . ومن ذلك أيضاً نص المادة ٢٢٧ مدني التي أجازت الاتفاق على سعر الفائدة ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة ، فإذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة . . . ، والمادة ٢٢٢ مدني التي تقرر أنه : لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد القوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون بمحور القوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال . . . ، والمادة ٤٨ مدني التي تنص على أنه : ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها ، ، والمادة ٤٩ مدني التي تنص على أنه : ليس لأحد النزول عن حرته الشخصية ، . والمادة ٧٢ مدني التي تنص على أنه : لا يجوز للمعامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها ، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلاً ، ... في جميع هذه الحالات وأمثلةها يتبين لنا من ألفاظ النصوص وصياغتها أن القاعدة القانونية الواردة فيها قاعدة أمرة لا تسح مخالفتها .

ومن ناحية أخرى فقد تتضمن عبارة القاعدة القانونية ما يبين أنها مكملة أو مفسرة ، وبالتالي يصح للأفراد أن يخالفوها بالاتفاق على غير ما تقضى به . وكثيراً ما يعبر المشرع في هذا المجال عن أن القاعدة تطبق ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ويقرر أنه يجوز الاتفاق على خلافها ، أو يصيغ النص بصورة تفتني معها فكرة الوجوب أو الأمر ، كأن يقول إنه يجوز أو لا يلزم . . . من ذلك مثلاً ما تنص عليه المادة ٢٤٧ مدني من أن نفقات الوفاء تكون على المدين . إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، ، والمادة ٥٦ التي تقضى بأن الثمن يكون مستحق الوفاء في المسكان الذي سلم فيه المبيع ، ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، . . . في هذه الأمثلة وغيرها يتبين لنا من ألفاظ النصوص ذاتها أن القاعدة الواردة بها قاعدة غير آمرة ، يصح للأفراد الاتفاق على خلافها .

٣ - الطريقة المعنوية : لا صعوبة إذا ما بين المشرع في عبارات القاعدة نفسها ما إذا كانت آمرة أو مكملة ، ولكنه لم يلزم هذه الحطة دائماً . ولذلك كان من اللازم البحث عن طريقة أخرى هي الطريقة المعنوية ، التي تعتمد على معنى النص أو مضمونه . فإذا أفاد معنى النص أو مضمونه أنه يتضمن قاعدة تتعلق بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية ، كانت القاعدة آمرة . أما إذا أفاد النص أنه ينظم علاقة خاصة بين الأفراد وليس فيها ماس بكيان الجماعة أو مصالحها الأساسية ، فإن القاعدة تكون مكملة أو مفسرة .

من ذلك مثلاً ما يقضى به نص المادة ٤٤ مدني من أن « سن الرشد هي إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة » . فعبارة وألفاظه لا تبين نوع القاعدة الواردة به ، ومع ذلك فإنه يبين من معناه ومضمونه أنه يتعلق بمصلحة أساسية في الجماعة تتعلق باستقرار المعاملات . ولهذا فإن القاعدة الواردة به تعتبر قاعدة آمرة .

ومن ذلك أيضاً ما جاء بالمادة ٦ من القانون المدني في شأن تنازع القوانين
الاحكامية في الزمان ، إذ تقتضى بأن « النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع
الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص » . فإذا كانت
عبارة النص لا تفصح عن نوع القاعدة الواردة به ، إلا أنه يتبين من معنى النص
وموضوعه أنه يتعلق بمصلحة أساسية ، ومن ثم يعتبر أنه آمر . . . وهكذا .

وعلى العكس من ذلك ، قد لا يتضمن النص في العاظة وعباراته ما يشترط بأنه
يتعلق بمصلحة أساسية في الجماعة بل يتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد فقط ، وفي هذه
الحالة تعتبر القاعدة الواردة به قاعدة مكرمة أو مفسرة . وهذا ما يكون عادة
في النصوص المتعلقة بالالتزامات والعقود المختلفة ، حيث يسود فيها سلطان
الارادة ويكون للأفراد أن ينظموا انقائهم بالطريقة التي تروق لهم .

فالمبرة إذن بالنسبة للطريقة المعنوية التي يستعان بها للكشف عما إذا كانت
القاعدة آمرة أو مكرمة تنحصر في الوقوف على ما إذا كانت القاعدة القانونية تتعلق
بمصلحة أساسية وبكيان الجماعة ، أو ما إذا كانت تتعلق بالمصلحة الخاصة للأفراد .
ولما كان كل ما يمس كيان الجماعة ومصالحها الأساسية يتعلق بالنظام العام
والآداب ، فإن القواعد الآمرة تتعلق بالنظام العام والآداب ، فكل ما يتعلق
بالنظام العام والآداب لا يصح الاتفاق على ما يخالفه . أى لا يجوز للأفراد
الخروج عليه باتفاق خاص . حتى ولو كان هذا الاتفاق يحقق لهم مصالح فردية .
ومصالح الجماعة قد تكون مصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية . فتدخل
بذلك في نطاق النظام العام . وقد تتصل هذه المصالح بالقاموس الأدبي الذي
يسود العلاقات الاجتماعية بين الأفراد ويحرصون عليه لأنه وليد المعنويات
الموروثة والمواد المتصلة فيما بينهم فتدخل بذلك في نطاق الآداب أو حسن
الآداب . وسواء كانت القاعدة المتصلة بمصلحة الجماعة مقررة بنص صريح

في القانون أو لم تكن كذلك فإنه لا يجوز الخروج عليها باتفاق خاص لمحل اتفاق خاص على خلاف ما تقتضيه القواعد المتصلة بمصالح الجماعة الأساسية ، أى بالنظام العام والآداب ، يعتبر باطلا بصفة عامة .

فالمبدأ العام في هذا الصدد هو عدم جواز الاتفاق على القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ، وتطبيقاً لهذا المبدأ في نطاق الالتزامات نصت المادة ٢٥ من القانون المدني هو أنه : إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً . وتنص المادة ١٣٦ على أنه : إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً .

هذا ويراعى أن مدى تعلق القواعد القانونية بالنظام العام يختلف بحسب تقسيمها إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص ، أما بالنسبة لقواعد القانون العام فالأصل أن كل قواعده تتعلق بالنظام العام ، وتعد قواعد أمرة لا يصح الاتفاق على مخالفتها ، سواء كانت هذه القواعد هي قواعد القانون الدستوري أو الإداري أو المالي أو قواعد القانون الجنائي .

أما بالنسبة لقواعد القانون الخاص ، فإنه يفرق فيها بين نوعين من القواعد : القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية ونظام الأسرة بصفة عامة ، وهي قواعد تتعلق بالنظام العام ، ولا يصح الاتفاق على مخالفتها . أما القواعد الأخرى المتعلقة بالمسائل المالية ، فإذا كان الأصل أنها لا تتعلق بالنظام العام إلا أن من بين هذه القواعد ما يتعلق بالنظام العام ، مع مراعاة أن قواعد النظام العام تتزايد في هذا المجال في الوقت الحاضر في ظل الأنظمة الاشتراكية مما يؤدي إلى إزدياد القواعد الأمرة والتوسع في نطاقها ، وذلك على حساب القواعد المسككة أو المفسرة .

الباب الثالث

مصادر القانون

Les Sources du Droit

تمهيد - المصادر المادية والمصادر الرسمية : لكل قاعدة من القواعد القانونية مصدر مادي تستمد منه مادتها ، ومصدر رسمي تستمد منه قوتها في الإلزام ذلك أن القاعدة القانونية تتضمن تظليها معيناً لشأن من شئون الحياة ، وهي تتضمن كذلك عنصر الإلزام الذي يجعل لها قوة ملزمة .

والمصادر المادية متعددة ، فقد يقصد بها العوامل المختلفة التي اقتضت وضع القاعدة القانونية ، سواء كانت هذه العوامل طبيعية ، أو سياسية أو اجتماعية ، أو دينية أو أخلاقية ، أو اقتصادية ، أو ما مرت به الجماعة من ظروف مختلفة وقد يفصد بالمصادر المادية كذلك الأصل التاريخي الذي استمد منه القانون . وقد استمد قانوننا المصري الكثير من قواعد القانون الفرنسي ومن الشريعة الإسلامية ولهذا فإن القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية يعدان مصدرين أساسيين لقانوننا بالنسبة للقواعد التي أخذت عنهما . ومن المصادر المادية للقاعدة القانونية كذلك السوابق التي استقر عليها قضاء المحاكم وما رجع من آراء أساتذة القانون . وهذا ما نحمد أثره واضحا في قانوننا المدني ، إذ أخذ بكثير من القواعد التي استقر عليها العمل في المحاكم ، وما رجع من آراء الفقهاء .

أما المصادر الرسمية فهي المصادر التي يستمد منها القانون قوته الملزمة ، وتصبح بذلك واجبة التطبيق . فهي الطريق التي تنفذ منها القاعدة إلى دائرة التقانون المطبق ، وتكتسب بذلك صفة الإلزام .

والمصادر الرسمية للقانون متعددة متنوعة تختلف باختلاف المجتمعات والعصور، وإن كان هناك من بين تلك المصادر ما هو عام بين جميع الشرائع ووجد في معظم العصور، وهذا هو الشأن بالنسبة للعرف والتشريع. أما بالنسبة للمصادر الأخرى - غير المصدرين السابقين - كالدين والفقه والقضاء، فإن المنظر إليها باعتبارها مصادر رسمية، يختلف باختلاف البلاد واختلاف العصور.

ومن الدول ما يجعل التشريع - كصدر من مصادر القانون - في المرتبة الأولى وهذه هي الأغلبية الكبرى للدول في الوقت الحاضر. ومنها ما يجعل السوابق القضائية في المقام الأول بدلا من التشريع، وهذا هو الشأن في البلاد الأنجلوسكسونية^(١)، ومن ناحية أخرى، كان للدين دور هام فيما مضى باعتباره مصدرا من مصادر القانون، ثم ضاق نطاقه في الوقت الحاضر. وفي الشرائع القديمة كان للفقه والقضاء دور كبير باعتبارهما مصدرين تفسيريين تنحصر مهمتهما في توضيح ما غمض من نصوص القانون.

هذا عن المصادر الرسمية للقانون بصفة عامة، فما هي المصادر الرسمية في قانوننا بصفة خاصة.

المصادر الرسمية في القانون المصري : بينت المادة الأولى من القانون المدني المصادر الرسمية إذ قررت أن : وتدرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في نظمها أو فروعها، ثم أضافت أنه : إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ومن هذا النص يتبين أن المصادر الرسمية عندنا جاءت مرتبة ترتيبا خاصا

(١) وإن كان يراعى أن أهلية التشريع آخذة في الازدياد في تلك البلاد.

يتعين الأخذ به (١) . فينبغي أولاً أن تطبق النصوص التشريعية ولا يلجأ إلى المصادر الأخرى إلا إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه . ومعنى هذا أن التشريع هو المصدر الأصلي الذي يتعين تطبيقه أولاً ، أما المصادر الأخرى فهي مصادر احتياطية لا يرجع إليها إلا إذا لم يسمفنا التشريع بالحكم الواجب تطبيقه على ما يعرض من مسائل . وإلى جانب هذه المصادر التي نص عليها المشرع في المادة الأولى ، والتي يمكن أن نطلق عليها المصادر العامة ، يوجد مصدر آخر خاص بدائرة محدودة من العلاقات القانونية ، وهي المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية . هذا المصدر الخاص بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية هو الدين . فالدين عندنا بعد مصدر أصلياً خاصاً بمسائل الأحوال الشخصية ، وفي نطاق محدود منها يكاد يقتصر في الوقت الحاضر على نظام الأسرة . فإذا لم يوجد نص تشريعي في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية فإنه لا يرجع إلى المصادر الاحتياطية التي نص عليها المشرع هنا ، ولكن يرجع إلى الدين باعتباره مصدراً أصلياً خاصاً في هذا النطاق وفي الحدود التي ينظمها المشرع بنصوص تشريعية ، أي في الحدود التي ظلت بعيدة عن تدخل المشرع . والدين كمصدر أصلي في هذا الصدد لا يقصد به الدين الإسلامي فحسب ، بل يقصد به الأديان الأخرى المعترف بها عندنا وهي المسيحية واليهودية . فمسائل الأحوال الشخصية التي لم ينظمها المشرع بنصوص تشريعية خاصة يرجع فيها إلى الدين بصفة عامة ، وعلى النحو الذي سنتبينه تفصيلاً فيما يلي . ومن هذا يبدى لنا أن المصادر تنقسم إلى طائفتين : مصادر أصلية : وهي

(١) وهذا الترتيب الخامس ملزم للقاضي ، يتعين عليه الأخذ به باعتباره أمام مصادر رسمية للقواعد القانونية ، فهي ليست مصادر مادية أو موضوعية ، كما ذهب البعض (انظر أساسيات القانون الوضعي للدكتور برهام عثمان ط ١ ص ١٩٦٨ ص ٦٦ - ٦٩) وإن كان يراد أن يبادئ القانون العليم وقواعد المدالة وضماً خامساً على ما سنرى .

التشريع باعتباره المصدر الأصلي العام ، والدين باعتباره مصدراً أصلياً خام
بمسائل الأحوال الشخصية . ومصادر احتياطية وهي العرف ومبادئ الشريعة
الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، على الترتيب الذي وردت
به في المادة الأولى من القانون المدني (١) . وسنبين ذلك فيما يلي :

(١) وإذا حددنا المصادر الرسمية للقانون المصري على هذا النحو ، فإن القضاء يخرج
عنها ، حيث لا يعتبر مصدراً رسمياً في مصر ، إذ لا تلتزم المحاكم برأى محكمة أخرى حتى
ولو كانت محكمة النقض ، اللهم إلا في حالة واحدة عددها قانون المرافعات وهي حالة ما إذا
نقض المحكم - لغير سبب مخالف لقواعد الاختصاص - خطأ في تطبيق القانون ، حيث تعيل
محكمة النقض التفتيش إلى دائرة أخرى في نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المتعوض لتحكم
فيها من جديد. وحيث تلتزم هذه الدائرة بإتباع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي
بصل فيها (أنظر المادة ٢/٣٦٩ من قانون المرافعات الجديد) - ومع ذلك فإن قضاء
محكمة النقض في هذه الحالة لا يكون قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح لأن الالتزام برأى محكمة
النقض قاصر فقط على النزاع ذاته ، ولا يتوافر له صفة العموم والتجريد التي تتميز بها
القاعدة القانونية، حيث لا يعتمد على المنازعات الأخرى ولو كانت مماثلة للنزاع الذي فصل فيه .
أنظر مع ذلك : برهام طه الله : المرجع السابق ص ٦٩ والمهام ، وكذلك للمراجع
التي أوردها الدكتور حسن كبره : المدخل إلى القانون ١٩٦٩ بند ١١٧ ص ٢١٤ وهامش ١
إلا أنه لما صدر قانون المحكمة العليا (رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ - الجريدة الرسمية عدد ٣٥ مكرر
في ٣١ أغسطس ١٩٦٩ ص ٦٧٨) ، جعل للتفسير الذي تصدره المحكمة صفة الالتزام في الحدود
التي نصت عليها المادة ٤ من قانون هذه المحكمة ، ولحق تنس على أن المحكمة تختص « بتفسير
النصوص القانونية التي تستلزم ذلك » بـ « طبيعتها أو أهميتها » ، فيما لو سلمنا التطبيق للقضائي
وذلك بناء على طلب وزير العدل ، ويكون قرارها الصادر بالرد - غير ملزم . وبذلك أصبح
التفسير الذي تصدره المحكمة العليا - على النحو السابق - صفة الالتزام بالنسبة للمحاكم .

الفصل الأول

المصادر الأصلية

المبحث الأول

التشريع

La Législation

يقضى الكلام عن التشريع أن تبدأ أولاً بتعريفه وبيان مكانته ومزاياه بالنسبة للمصادر الأخرى ، ثم تتكلم بعد ذلك في تدرج التشريع وأنواعه والرقابة عليه في سنه وفي نفاذه ، وأخيراً في تجميعه .

أولاً : تعريف التشريع وبيان مكانته ومزاياه :

التعريف به : التشريع كصدر من مصادر القانون هو وضع قواعد قانونية في نصوص تنظم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع بواسطة السلطة المختصة . وطبقاً للأجرائات المقررة لذلك . فالتشريع إذن يضع قاعدة قانونية ، قاعدة عامة مجردة تحكم سلوك الأفراد . ولهذا فإنه يلزم أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية .

وقد يراد بانفظ التشريع معنى آخر ، إذ قد يراد به القاعدة القانونية أو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم أمراً من الأمور . فيقال مثلاً تشريع الضرائب ، والتشريع المالي . .

مكانته بين المصادر الأخرى : والتشريع هو المصدر الرسمي الأصلي عندنا ، بل وفي معظم قوانين الدول الحديثة ، مع أنه لم يكن كذلك فيما مضى ، إذا كان

العرف هو الذي يحتل مكان الصدارة بين مصادر القانون الأخرى . ويرجع السر في ذلك إلى أن أوجه النشاط في الدول الحديثة قد كثرت وتعمقت ، كما تعمقت الروابط الاجتماعية بين الأفراد بصورة أصبحت تتطلب كثرة القواعد التي تحكمها بحيث لم يعد العرف - وهو مصدر بطيء - يكفي لكي يساير ما طرأ من تطور في الحياة الاجتماعية ، فكان من اللازم الالتجاء إلى مصدر سريع يمكن من تنظيم الروابط تنظيمًا دقيقًا ، هذا المصدر هو التشريع .

وبما أدى إلى إحتلال التشريع المكانة الأولى بين المصادر الأخرى في الوقت الحاضر كذلك هو أن السلطة قد أصبحت مركزة في يد الدولة ، كما ساعد على ذلك أيضاً نمو الاتهامات الاشتراكية التي تؤدي إلى تدخل الدولة في شئون الأفراد لتنظيمها والامتراف عليها ، وسبيل الدولة إلى هذا التدخل يكون عن طريق التشريع .

وإذا كان التشريع يعد المصدر الأصلي بالنسبة للمصادر الأخرى ، فمعنى ذلك أنه يتعين على القاضى أن يلجأ إليه أولاً لحل ما يمرض أمامه من منازعات . فإذا ما وجد حكماً عارضاً أمامه امتنع عليه أن يلجأ إلى المصادر الأخرى . فهو لا يلجأ إلى المصادر الأخرى إلا إذا لم يجد نصاً في المصدر الأصلي وهو التشريع . ولكن ينبغى في هذه الحالة ألا يوجد نص أصلاً يحكم النزاع . فإذا وجد نص تشريعى لكنه كان غامضاً أو مبهماً فلا يجوز للقاضى أن يبحث في المصادر الأخرى ، وإنما يتعين البحث عن المعنى الذي يقصده النص ولا ينبغى أن ينتقل إلى المصادر الأخرى إلا إذا وجد بعد البحث أن النص لا ينطبق في لفظه أو في فحواه على الحالة المعروضة عليه ، فلا يكفي إذن غموض النص أو عدم وضوحه حتى يقال إنه لا يوجد مصدر تشريعى .

والمصدر التشريعى في الوقت الحاضر هو المصدر الغالب كما قدمنا . وبكاد

يحكم كل العلاقات والروابط الاجتماعية ، ولم يمد المصادر الاخرى دور هام ،
الاهم إلا في الحالات النادرة القليلة التي لا يوجد فيها نص تشريعي .

مزايا التشريع والرد على ما يوجه اليه من نقد : - والواقع أن المكانة
التي يحتلها التشريع بين المصادر واتساع نطاقه في الوقت الحاضر إنما يرجع إلى
ما لهذا المصدر من مزايا :

١ - ذلك أنه يرد مسطوراً أي بدون كتابة ، فيصاغ مضمون القاعدة
القانونية صياغة محكمة يقوم بها أناس متخصصون ، وبذلك تأتي القاعدة محددة
واضحة لا تثير مرفتها أو الوقوف عليها أية منازعات ، مما يجعل الأفراد
يعرفون على هديها ، ما لهم وما عليهم ، فيسود الأمن في الجماعة وتستقر المعاملات .
وهذا ما لا يتأتى بالنسبة للمصادر الاخرى كالعرف كما سنرى .

٢ - ومن مزايا التشريع كذلك تحقيق وحدة القانون في الدولة ، لأنه يطبق
كقاعدة عامة بالنسبة للجميع ، وهذا بخلاف العرف .

٣ - والتشريع كذلك مصدر صريح للقانون يستغرق عمله وقتاً قصيراً ،
وبالتالي يمكنه أن يستجيب بسرعة لضرورات المجتمع من حيث إنشاء قواعد
جديدة أو تعديل قوائمه قائمة . وهو في هذا يختلف عن العرف أيضاً .

وعلى الرغم من تلك المزايا التي جمعت للتشريع يحتل المكانة الأولى بالنسبة
للمصادر الاخرى ، فانه قد عيب عليه أنه قد يأتي غير ملائم لظروف المجتمع
لأنه من إنشاء سلطة مختصة بوضعه . كما عيب عليه أيضاً أنه قد يختلف عن
مسيرة التطور ، أي يبقى جامداً في مكانه دون أن يتمشى مع التطور في المجتمع ،
بخلاف العرف الذي لا تنشئه سلطة مختصة وإنما ينشأ في ضمير الجماعة طبقاً
لحاجاتها ، كما يتفق مع رغبتها وضروراتها . على أن النقد الذي وجهه للتشريع من
هذا الخصوص ليس حاسماً وخاصة إذا راعينا أن عدم ملاءمة التشريع لظروف

الجماعة قد يكون أمراً نادراً ، نظراً لأن السلطة التي تئن التشريع إنما هي سلطة تتكون من أفراد يمثلون المجتمع الذي يوجدون فيه ويعبرون عن رغباته ، ثم إن مثل تلك التشريعات التي لا تتفق وظروف المجتمع إنما هي تشريعات لا يكتب لها البقاء . ومن المشاهد من جهة أخرى أن للتشريعات تغيير دائماً حتى تلائم التطور في الجماعة .

من كل هذا يتضح لنا أن مزايا التشريع تجعله في المقام الأول بالنسبة للمصادر الأخرى ، على اعتبار أنه المصدر الرئيسى الذى يلائم الأوضاع في الدول الحديثة .

ثانياً : أنواع التشريع وتدرجه

أنواع التشريع : - ليست التشريعات كلها من نوع واحد ، ولكن يوجد هناك أنواع ثلاثة تتدرج من حيث قوتها على النحو التالى : فيوجد في القمة التشريع الاسامى وهو الدستور ، ويليه التشريع العادى أو الرئيسى ، ثم يأتي في النهاية التشريع الفرعى .

فالتشريع الاسامى (الدستور) هو مجموعة القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة . فبين الدستور نظام الحكم فيها وتوزيع السلطات ، والهيئات التي تتولى هذه السلطات ، وعلاقة كل من السلطات بالأخرى كما يبين حقوق الفرد في الدولة . . .

٢ - والتشريع العادى أو الرئيسى ، هو الذى تضعه السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور . ويشتمل على جميع القوانين العادية التي لا تتعلق بالنظام الاسامى للدولة . وقد جرت العادة على أن يطلق على التشريع العادى لفظ قانون (Loi) بالمدى الضيق لهذه الكلمة . أى باعتباره وثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية ، مثل قانون الإصلاح الزراعى وقانون المحاكم ، ويراد بذلك التشريعات التي تحكم تلك المسائل .

٣ - أما التشريع الفرعى فهو التشريع الذى تصدره السلطة التنفيذية فى الأحوال الاستثنائية التى تقوم فيها بوظيفة التشريع طبقاً للاختصاص الذى يخوله لها الدستور . وإذا كان الأصل أن السلطة التنفيذية لا تشرع أى لا تضع القواعد التشريعية ، بل أن مهمتها تنحصر أساساً فى تنفيذ القانون ، إلا أنه يعطى لها فى بعض الحالات الاستثنائية سلطة التشريع . وهى بهذه الصفة لا تحمل عمل السلطة التشريعية الأصلية ، ولكنها تختص اختصاصاً أصلياً - لا مؤقتاً - فى تلك الحالات الاستثنائية التى تمارسها ، حتى مع وجود السلطة التشريعية الأصلية . ولهذا تسمى السلطة التنفيذية فى مثل هذه الحالات بالسلطة التشريعية الفرعية ، تمييزاً لها عن السلطة التشريعية الأصلية . كما يطلق على التشريع الذى تسنه السلطة التنفيذية التشريع الفرعى ، ويشمل التشريع الفرعى اللوائح والقرارات ، وهى تصدر بمصد تنظيم تفاصيل تطبيق التشريع العادى وترتيب المصالح العامة .

لدرج التشريع وأثر هذا التدرج : يتبين لنا عما تقدم أن التشريع على درجات ثلاث تدرج فى قوتها بحسب الترتيب السابق . ويترتب على هذا التدرج أمر هام هو أنه لا يجوز للتشريع الأدنى أن يخالف التشريع الأعلى منه . ومعنى هذا أنه لا يجوز للتشريع الفرعى أن يخالف التشريع العادى ، ولا يجوز لهذا الأخير أن يخالف التشريع الأساسى . ويثور التساؤل عن الحالة التى يخالف فيها تشريع أدنى تشريعاً أعلى . هل تملك المحاكم إبطال التشريع الأدنى أو على الأقل عدم الأخذ به فى النزاع المطروح عليها ، أو لا تملك ذلك ؟ هذا ما يؤدى بنا إلى الكلام عن رقابة المحاكم على صحة التشريعات المختلفة .

رقابة صحة التشريعات :

يشرر هذا الموضوع إذا ما صدر تشريع أدنى يخالف تشريع أعلى ، على الوجه الذى بيناه ؛ فقد تخالف اللائحة مثلاً التشريع العادى أو الدستور ، كما قد

يصدر التشريع العادي مخالفاً للدستور . فهل يملك القضاء سلطة رقابة صحة التشريع ، مع مراعاة أن المخالفة قد تكون من حيث الشكل ، كما قد تكون من حيث الموضوع .

أما عن المخالفة من حيث الشكل فيقصد بها عدم اتباع الأوضاع اللازمة لسن التشريع أو نفاذه . فقد يسن التشريع بواسطة سلطة غير مختصة أو قد يسن وفقاً لإجراءات غير صحيحة ، أو إذا كان التشريع لم ينشر في الجريدة الرسمية أو وضع موضع التنفيذ قبل أن يمر الوقت المحدد لنفاذه وبدء العمل به . . . هذا عن المخالفة من حيث الشكل . فإذا عرض على المحاكم تطبيق تشريع لم تتوافر فيه الشروط الشكلية المطلوبة كان عليها أن تمتنع عن تطبيقه متى تبين لها وجود المخالفة الشكلية . وهذا أمر لا خلاف فيه ، سواء تعلق الأمر بتشريع فرعي أم بتشريع عادي . إذ لا يعد له وجود قانوني في مثل هذه الحالة .

أما عن المخالفة من حيث الموضوع فتكون عندما يخالف التشريع من حيث موضوعه ، التشريعات الأعلى منه درجة . فإن يأتى تشريع فرعي يحكم بخالف أحكام الدستور مثلاً ، كما لو أصدرت الحكومة لائحة تخزنها الاستيلاء على أموال الناس دون أن تعرضهم عنها (١) . أو إذا صدر قانون مثلاً يحد من حرية العقيدة لبعض المواطنين (٢) . . . وفي هذا الصدد يفرق بين الرقابة على صحة التشريع الفرعي والرقابة على صحة التشريع العادي .

١ - الرقابة على صحة التشريع الفرعي : إذا تضمنت التشريعات الفرعية

(١) أنظر المادة ٢٤ من دستور ١٩٧١ وهي تنص على أنه « لا تزعج الملكية الخاصة إلا للخدمة العامة ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون » .

(٢) أنظر المادة ٤٦ من الدستور التي تنص على أن « تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الضمائر الدينية » .

مخالفة من حيث الموضوع ، سواء كانت المخالفة لتشريع عادي أم للدستور ، فإن المحاكم أن تمتنع عن تطبيقها وهذا أمر تملكه المحاكم جميعها .

على أنه ينبغي أن يراعى في هذا الصدد أن لمحكمة القضاء الإداري بمجالس الدولة وحدها ، إلى جانب حقها في الامتناع عن تطبيق الأوامر المعيبة ، أن تقضى بإلغاء تلك الأوامر إذا ما طلب منها ذلك خلال مدة معينة .

٣ - الرقابة على صحة التشريع العادي : (دستورية القوانين)

تعرف الرقابة على صحة التشريعات العادية من حيث موافقتها للدستور بالرقابة على دستورية القوانين . وقد رأينا أن مخالفة القانون العادي للدستور من حيث الشكل تؤدي بالمحاكم إلى الامتناع عن تطبيق القانون ، لأن القانون في مثل تلك الحالات لا يعتبر له وجود قانوني صحيح ، أو على الأقل لا يكون واجب التطبيق ، وعلى المحاكم أن تراعى ذلك وإلا فإنها تطبق قانوناً لا وجود له ، أو له وجود ولكنه لم يصر نافذاً .

أما من حيث مخالفة الأحكام الموضوعية للدستور فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان الدستور مرنأ أو جامداً . ففي البلاد ذات الدساتير المرنة وهي التي يمكن تعديلها بتشريع عادي ، يعتبر صدور قانون مخالف للدستور تعديلاً له ، متى كان القانون صحيحاً من حيث الشكل . وفي البلاد ذات الدساتير الجمادة التي لا يمكن تعديلها بتشريع عادي ، فإن حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين من حيث الموضوع أمر مختلف عليه سواء في دساتير الدول أو مسلك المحاكم أو آراء الفقهاء . ويمكن رد الخلاف في هذا الصدد إلى اتجاهين .

ففي اتجاه أول قيل بمنع المحاكم أصلاً من التعرض لدستورية القوانين من حيث الموضوع ، وذلك استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات ، فوظيفة القضاء القضائية تطبيق القانون فقط وليس لها رقابة على السلطة التشريعية التي تقوم بعمل

القوانين . وقد أخذت دساتير بعض الدول بهذا الاتجاه ، فنصت على منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين .

وفي اتجاه ثان اعترف المحاكم بحق النظر في دستورية القوانين . فإذا كانت القوانين مخالفة للدستور امتنعت المحاكم عن تطبيقها . ويستند هذا الرأي إلى أن المحاكم تطبق القوانين بمعناها الواسع ، سواء كانت القوانين المادية أم الدستور . فإذا ما خالف قانون عادي أحكام الدستور امتنعت المحاكم عن تطبيق هذا القانون احتراماً لمبدأ تدرج القوانين من حيث القوة ، والدستور أعلى من القانون العادي . ومن جهة أخرى قيل بأننا إذا حررنا السلطة القضائية من الرقابة على دستورية القوانين لكان في هذا إرغاماً لها على تطبيق قانون يخالف للدستور تفرضه السلطة التشريعية . وفي هذا إمدار لاستقلال السلطة القضائية في أداء وظيفتها . وأخيراً قيل في تأييد هذا الاتجاه إنه إذا كان الجميع متفقين على إعطاء المحاكم حق رقابة التشريعات الفرعية (اللوائح) وعدم مخالفتها للدستور أو التشريع العادي من حيث الموضوع ، فلماذا ننكر على المحاكم حقها بالنسبة للتشريع . وهذا الرأي الأخير هو الذي ساد في كثير من الدول .

وقد كان للخلاف السابق صداه عندنا سواء في الفقه أم في القضاء . وقد ظل هذا الخلاف إلى أن أثنى مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ فاستقرت محكمة القضاء الإداري على الأخذ بالاتجاه الأخير والامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، وقرر أنه يجب على المحاكم عند قيام التعارض أن تطرح للقانون العادي وتهمله وتقلب عليه الدستور وتطبيقه ، بحسباته القانون الأعلى الأجدد بالاتباع ولما صدر قانون المحكمة العليا (القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩) ، نص في المادة الأولى منه على أن لهذه المحكمة دون غيرها الفصل في دستورية القوانين ، وذلك

إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم . ونحدد المحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعادا للمصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا . ويوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع . فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر كأن لم يكن . وعلى ذلك ، ففي ظل القانون الجديد الخاص بالمحكمة العليا صار الفصل في دستورية القوانين من حق هذه المحكمة وحدها ، فليس لأي محكمة أخرى أن تتعرض لهذا الموضوع .

ولما صدر الدستور الدائم في مصر ١٩٧١ نص على إنشاء محكمة دستورية عليا . وجعل لها دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح . وبذلك ينتقل الاختصاص بالنظر في دستورية القوانين إلى تلك المحكمة عندما يتم تشكيلها ، حيث تظل المحكمة العليا تمارس اختصاصها حتى يتم هذا التشكيل (١) .

ثالثاً : سن التشريع

رأينا فيما سبق أن التشريع يتدرج بحسب قوته من التشريع الأساسي وهو الدستور ، إلى التشريع المادي وهو القانون ، ثم إلى التشريع الفرعي وهي اللوائح . وتختلف طريقة سن التشريع باختلاف نوعه . وتكلم عن كل من التشريعات الثلاثة والسلطة التي تملك ذلك فيما يلي .

(١) التشريع الأساسي (الدستور) : يشور البحث في هذا الصدد حول مسألتين ، ذلك أنه قد يراد وضع دستور كامل للدولة . سواء كان ذلك عن طريق تغيير دستورها القديم أم كان عن طريق وضع دستور جديد . كما أنه قد يراد القيام بتعديل بعض أحكام دستور قائم .

(١) أنظر كذلك مؤلفنا : للدخل للمعلوم النانونية (الاسكندرية ١٩٧٦ ص ٢١٢) .

حالة وضع دستور كامل : يختلف الأمر باختلاف الظروف التي يوضع فيها . فقد يصدر كمنحة من صاحب السلطان في الدولة . وقد يصدر نتيجة اتفاق بين الشعب والحاكم . وقد يصدر عن طريق جمعية تأسيسية ينتخبها الشعب لهذا الغرض . وقد يقوم الشعب نفسه بسننه عن طريق الاستفتاء .

ولا شك في أن صدور الدستور كمنحة من الحاكم - أو عن طريق الاتفاق معه لا تتفق مع الدول التي بلغت قدراً من النضوج السياسي ، أما الصورتان الأخيرتان في وضع الدساتير ، أي وضعها عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب أو عن طريق الاستفتاء ، فإنهما تقومان على احترام المبدأ الديمقراطي وأن الشعب هو مصدر السلطات . وقد وضعت الدساتير المصرية في ١٩٥٦ و ١٩٧١ طبقاً للطريقة الأخيرة وهي طريقة الاستفتاء .

حالة التغيير في دستور قائم : في هذه الحالة يتعين مراعاة الطريق الذي رسمه الدستور نفسه لذلك . وتختلف الدساتير في هذا الصدد . ففيها الدساتير المرنة ، كال دستور الانجليزى ، وهي تكتفي في إمكان تعديلها أن يتم ذلك عن طريق التشريع العادى الذى تصدره السلطات التشريعية ، كما هو الشأن بالنسبة لتعديل القوانين العادية . والنوع الثانى هو الدساتير الجمادة ، وهذا النوع من الدساتير يتطلب لتعديل أحكامه اتباع إجراءات وشروط معينة غير التى تتبع بالنسبة للتشريعات العادية . ومن هذا النوع الدستور المصرى فهو يتطلب اجراءات معينة يجب اتباعها لإمكان تعديله . وقد نصت على تلك الاجراءات المادة ١٨٩ من دستور سنة ١٩٧١ (١) .

(١) تنص المادة المذكورة على أن : « لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور » .
 ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب المادية لهذا التعديل =

(٤) التشريع العادى : وهذا هو القانون بالمعنى الضيق (١٤١٥) ، وهو الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصها الذى بينه الدستور . وفى ظل الدستور المصرى القديم (دستور ١٩٢٣) كانت السلطة التشريعية مكونة من مجلسين هما مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، ولكنها الآن غدت مكونة من مجلس واحد هو مجلس الشعب . فمجلس الشعب هو الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية (١) .

تشريعات الضرورة : عرض الدستور لحالة غياب مجلس الشعب ، سواء بين أدارار انعقاد المجلس أو فى فترة حله ، فقرر أنه ، إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ، ما يوجب الإصرار فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون .

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً ، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته . فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إمسداد قرار بذلك . وإذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة

— فإذا كان الطلب صادر من مجلس الشعب وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضائه المجلس
على الأقل .

وفى جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره فى شأنه بأغلبية أعضائه ، فإذا رفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضى سنة من هذا الرفض . وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة المواد المطلوب تعديلها . فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتاءه فى شأنه . فإذا وافق على التعديل اعتبر نافذا من تاريخ اعلان نتيجة الاستفتاء .

(١) أنظر المادة ٨٦ من دستور ١٩٧١ .

أو لحرية ما ترضى على آثارها بوجه آخر (م ١٤٧ من دستور ١٩٧١) .

وبراعى في هذا الصدد أن الدستور قد وضع قيودا عديدة ، نظراً لأن منح رئيس الجمهورية سلطة إصدار قرارات لها قوة القوانين يعتبر أمراً استثنائياً ، كما يراعى من جهة أخرى أن رئيس الجمهورية لا يتولى سلطة التشريع في هذه الحالة باعتباره عضواً في السلطة التشريعية ، ولكنه يتولاها باعتباره رئيساً للسلطة التنفيذية .

التشريعات التفويضية : تخول المادة ١٠٨ من الدستور (١٩٧١) لرئيس الجمهورية عند الضرورة في الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات ، والأسس التي تقوم عليها .

و يجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . فإذا لم تعرض ، أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها ، زال ما كان لها من قوة القانون .

ومن الواضح أن الأمر يتعلق بتفويض يصدر من مجلس الشعب إلى رئيس الجمهورية حال قيام المجلس وليس في غيبته ، كما في حالة تشريعات الضرورة ، ولهذا فقد أورد الدستور قيوداً كثيرة على هذا التفويض . فيلزم ألا يتم التفويض إلا عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية . كما يلزم أن يصدر هذا التفويض من المجلس بأغلبية خاصة هي أغلبية سلطة أعضائه جميعاً . فلا تكفي أغلبية ثلثي الحاضرين منهم فقط . كما لا تكفي من باب أولى الأغلبية العادية . ويرجع ذلك إلى أهمية المسألة حيث يتنازل المجلس مؤقتاً عن سلطته بصدد ما يتم

بشأنه . وبالإضافة إلى ما سبق يلزم أن تحدد مدة التفويض ، وأن تبين فيه الموضوعات التي يتم التفويض بشأنها ، كما تبين كذلك الأسس التي تقوم عليها القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية .

وللقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية في هذا الصدد قوة القانون . ويلزم عرضها على المجلس في أول جلسة ، بعد انتهاء مدة التفويض . فإذا لم تعرض على هذا النحو ، أو إذا عرضت ولم يوافق عليها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون .

ويراعى أن القرارات التي تصدر في حالة التفويض على النحو السابق تأخذ مرتبة التشريع العادي الذي يصدره المجلس . ولهذا فإنه يسرى في شأنها ما يسرى بشأنه .

المراحل التي يمر بها التشريع العادي : والطريق الطبيعي الذي يتبع في سن القوانين العادية ، والذي نص عليه في الدستور يبدأ أولاً بمرحلة الاقتراح (Proposition) . واقتراح القوانين قد يكون من أحد أعضاء المجلس النيابي ، كما قد يكون من رئيس الجمهورية (١) .

وتطرح مشروعات القوانين على مجلس الشعب لمناقشتها والتصويت عليها . فلا يجوز تقرير مشروع قانون إلا بعد أخذ الرأي عليه ، مادة (٢) .

ولا بد بعد ذلك من الموافقة على القانون ، أي لابد من إقراره قبل صدوره من المجلس (٣) .

(١) أنظر المادة ١٧٩ من الدستور (١٩٦١) .

(٢) أنظر المادة ١٠٧ من الدستور (١٩٦١) .

(٣) أنظر المادة ١٠٧ من الدستور (١٩٦١) .

على أنه إذا كان الأصل أن إقرار مجلس الشعب للقانون يعد كافياً لصدوره ،
أى أن عملية سن التشريع تتم بهذا الإقرار ، إلا أنه يكون لرئيس الجمهورية حق
الاعتراض على ما يقره المجلس من قوانين . والفرض من هذا الاعتراض هو حل
المجلس على العدول عن القانون عن طريق إعادة النظر فيه من جديد ؛ ولا تصح
الموافقة عليه إلا بأغلبية خاصة . وهذا مانص عليه الدستور ، فانه يحيز لرئيس
الجمهورية حق الاعتراض على القوانين وإصدارها . وإذا إعترض على قانون فإما
أن يرده إلى المجلس وإما ألا يرده .

فإذا إعترض رئيس الجمهورية ورد مشروع القانون إلى المجلس في مدى ثلاثين
يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه ، وأقر المجلس ثانية بموافقة ثلثي أعضائه اعتبر
قانوناً وأصدر .

أما إذا لم يرد مشروع القانون إلى المجلس في الميعاد المذكور اعتبر كذلك
قانوناً وأصدر (١) .

فالكلمة الأخيرة إذن للمجلس . وعملية الاعتراض توقف القانون لكي يصادق
الطرفيه من جديد بأغلبية الثلثين . فإذا ما حاز هذه الأغلبية اعتبر قانوناً وأصدر ؛
ورغم الاعتراض عليه من رئيس الجمهورية .

(ب) التشريع الفرعى (اللائحة) : تقوم السلطة التنفيذية بسن هذا
النوع من التشريعات في الحدود التي يكون لها في فيه ذلك ؛ وهي إذ تقوم بسن هذه
التشريعات قائماً تقوم بها على اعتبار أنها سلطة تنفيذية ، لا على اعتبار أنها تحمل محل
السلطة التشريعية حلولاً مؤقتاً فاختصاص السلطة التنفيذية بسن التشريعات الفرعية

إنما هو اختصاص أصلي يثبت لها حق مع قيام السلطة التشريعية . ويطلق على هذا النوع من التشريع اسم « اللائحة » ، واللوائح على أنواع ثلاثة :

١ - اللوائح التنفيذية : Règlements d'exécution وهي اللوائح التي يقصد بها تنفيذ القانون العادي الصادر من السلطة التشريعية . ذلك أن السلطة التنفيذية تتولى بحكم وظيفتها تنفيذ القوانين ، ولهذا فإنها تكون أقدر من السلطة التشريعية على تعريف التفاصيل والجزئيات اللازمة لتنفيذ تلك القوانين وفقا لما تقتضيه ضرورات العمل . وهذا من شأنه أن يخفف العبء على السلطة التشريعية ويجعلها تتم عند وضع القوانين العادية بالمبادئ العامة الأساسية دون التفاصيل .

ولما كان الغرض من اللوائح التنفيذية هو تدير تطبيق القوانين العادية وتنفيذها ، فإنه يتعين أن تقتصر على هذا الغرض وحده فلا تمدها إلى تعديل تلك القوانين أو تعطيلها .

والأصل أن صدور اللوائح التنفيذية يكون من رئيس الجمهورية ، ما لم يفوض غيره أو ما لم يعين القانون غيره في إصدارها ، وتصدر قرارات الرئيس في هذا الشأن بناء على عرض الوزير المختص (١) .

٢ - اللوائح التنظيمية : Règlements D'organisation ou organiques

يقصد بها التشريعات التي تسنها السلطة التنفيذية لتنظيم وترتيب المصالح العامة كإنشاء الوزارات والمصالح وتحديد اختصاصاتها وإلغائها . ويبدو أن الحق في إصدار هذه اللوائح قاصر على رئيس الجمهورية . إذ ينص الدستور على أن « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة » ، (مادة ١٤٦) .

(١) انظر المادة ١٤٤ من الدستور .

لوائح الضبط أو لوائح البوليس Rèlements relatif, à la Police

وهي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على الأمن والسكينة وحماية الصحة العامة . ومثالها لوائح تنظيم الأمور ، واللوائح التي تنظم سير المحلات المغفلة لراحة أو الضارة بالصحة ، واللوائح التي تنظم مراقبة الأغذية والباقة المنجولين . . .

والسلطة التنفيذية حق وضع هذا النوع من اللوائح ، وتصدر من رئيس الجمهورية ، كما أن له أن يفوض غيره في إصدارها ، وتصدر قرارات الرئيس هذا الشأن بناء على عرض الوزير المختص (١) .

رابعاً : نفاذ التشريع

إذا قامت السلطة المختصة بسن التشريع فإنه يعد موجوداً . ولكن هذا الوجود لا يعني أن يصبح نافذاً بمجرد وجوده أي بمجرد ميلاده ، بل إنه يتعين أن يمر بعد ذلك بمرحلتين : فلا بد من إصداره ، كما أنه لابد من إعلانه وشهره ، وهو ما يتم عن طريق نشره . فالإصدار والنشر مرحلتان لازمتان لنفاذ التشريع .

١ - الإصدار Promulgation

يقصد به إثبات وجود التشريع ، أي إثبات أن السلطة المختصة بسن التشريع قد سنت قانوناً جديداً ؛ كما يقصد به كذلك وضع التشريع موضع التنفيذ عن طريق توجيه الأمر من الهيئة الرئيسية في السلطة التنفيذية إلى عمال هذه السلطة ، كل فيما يخصه ، بتنفيذه ، على اعتبار أنه أصبح تشريعاً من تشريعات الدولة . وينص الدستور على أن لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين (م ١١٢) .

(١) انظر المادة ١٤٥ من الدستور .

والاصـدار لازم لانفاذ كل أنواع التشريع ، سواء في ذلك التشريع
الدستوري أم التشريع الفرعي .

وواضح أنه بالنسبة لتشريعات التي تختص السلطة التنفيذية بسمها فإن الاصدار
تقوم به هذه السلطة نفسها عند سنها للتشريع ، فهي التي تقوم بتكليف رجالها بالعمل
على تنفيذ ما تسنه من تشريعات .

أما إذا كانت السلطة التي تقوم بسن التشريع سلطة أخرى غير السلطة التنفيذية
كما هو الحال بالنسبة لسن الدستور عن طريق الاستفتاء ، أو سن القوانين العادية
عن طريق مجلس الشعب ، فإن الأمر يستلزم تدخل السلطة التنفيذية لإصدار
التشريع ووضع موضع التنفيذ .

٢ - النشر : Publication

هــي تم إصدار التشريع الجديد فانه يصبح موجوداً من الناحية الرسمية . ولكن
هذا وحده لا يكفي لتقام نفاذ التشريع والعمل به ، ولا بد لذلك من إعلانه ونشره .
ذلك أنه ليس من العدل أن يطبق تشريع دون أن يعلم الأفراد بوجوده . فالتقانون
يتطلب من الناس السير على نهج معين ، ومساءلتهم إذا خالفوا ما ينطلبه . ولهذا
كان من اللازم إعطاء من يتوجه إليهم فرصة تتاح لهم معرفته عن طريقهما ، حتى
يكون هناك ما يبرر توقيع الجزاء بهم إذا ما خالفوه .

ولما كان من المتعذر إحاطة الناس علماً بصدر التشريع الجديد ، ولما كان
من المتعذر كذلك إثبات توافر علم كل شخص بالطب بأحكام القانون ، فانه
لا يلزم أن يتحقق العلم الفعلي لكل شخص ؛ بل يكفي في هذا الصدد بافتراض علم
ناس جميعاً بصدر التشريع بمجرد شهره بالطريق الذي يرسمه الدستور ، وذلك
تحقيقاً للنظام والاستقرار في الجماعة .

والطريق الذي رسمه الدستور للعالم بالتشريع هو النشر في الجريدة الرسمية

فلا يصير التشريع نافذاً إلا بعد نشره . والنشر بهذا الطريق أمر لازم لنفاذ التشريع أياً كان نوعه ، سواء كان تشريعاً أساسياً أم تشريعاً عادياً أم فرعياً .

وهذا الطريق الذى رسمه الدستور لا يفتى عنه أية وسيلة أخرى للعلم بالتشريع ، فلا يفتى عنه النشر فى الصحف العادية أو فى الاذاعة أو الاعلان أو أية وسيلة أخرى ، بل إنه لا يفتى عنه العلم الحقيقى للأفراد بصدور القانون ، فالعلم الحقيقى وحده لا يكتفى إذا لم يتحقق النشر فى الجريدة الرسمية .

وإذا كان النشر فى الجريدة الرسمية يكتفى لجعل القانون نافذاً ، فهل يعتبر القانون نافذاً بمجرد نشره ، أم هل يلزم أن تمضى مدة على ذلك ؟

تنص المادة ١٨٨ من الدستور على أن تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها ، إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر .

وعلى ذلك فإنه يتعين نشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال المدة التى حددها الدستور ، وهى مدة أسبوعين من يوم إصدارها . والفرض من ذلك هو ضمان عدم تعطيل تنفيذ القوانين بتأخير نشرها . وإذا تم النشر خلال المدة المحددة على النحو السابق ، فإنه يجب العمل بالقوانين بعد مضى شهر يبدأ من اليوم التالى لتاريخ نشرها . هذا ما لم يحدد القانون نفسه ميعاداً آخر أقصر أو أطول من ذلك ، لئلا يصير نافذاً .

فقد يحدد القانون ميعاداً أقصر أو ينص على العمل بالقانون من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية . وقد يحدد ميعاداً أطول إذا اقتضت الظروف ذلك . كما حدث بالنسبة للقانون المدنى الذى صدر فى عام ١٩٤٨ وعمل به فى عام ١٩٤٩ ، وكما حدث بالنسبة لقانون المرافعات الجديد الصادر فى ٩ مايو ١٩٦٨ ، وقانون الاثبات الجديد (١٩٦٨) ، إذ نصح على العمل بها بعد ستة أشهر من تاريخ نشرهما فى

الجريدة الرسمية . ذلك أنه كان من اللازم أن تمضي فترة على نشر هذين القانونين حتى يتاح لرجال القانون العلم بها ودراستها بحيث تيسر تطبيقها من الناحية العملية . وبانتهاء المدة التي ينص عليها التشريع صراحة أو بمرور المدة المحددة في الدستور ، يصير التشريع نافذاً ، ويفترض في جميع المخاطبين بأحكامه العلم به ، فلا يجوز لأى منهم أن يعتذر بجهله به (١) . وهذا يقتضينا أن نتكلم عن قاعدة عدم العذر بجهل القانون ، وسنؤجل الكلام عن هذه القاعدة إلى ما بعد ، عند دراسة تطبيق القانون .

خامساً : تجميع القانون التقنين

Godification

التعريف بالتقنين : لم يعد هناك شك في أن التشريع أصبح يحتل المقام الأول بين مصادر القانون في كثير من الدول في الوقت الحاضر ، وذلك لما له من أثار جعلته يتفوق بها على باقى المصادر الأخرى وخاصة العرف ، وللكثرة التشريعات وتنوعها في فروع القانون المختلفة ، يقوم المشرع في كثير من البلاد بتجميع كل فئة مترابطة من التشريعات أو القواعد القانونية ويصدر بها تشريداً ، ووحداً . هذا العمل الذي يقوم به المشرع عموماً يسمى بالتقنين .

فالتقنين هو عملية تجميع للقواعد الخاصة بفرع من فروع القانون في كتاب واحد (Code) بعد أن تبوأ وتنفق ويرفع ما قد يكون بينها من تضارب وتعارض ، وتقوم السلطة التشريعية المختصة بإصداره في شكل تشريع (Loi) .

(١) إنما يلزم لذلك أن توزع الجريدة الرسمية التي ينشر بها القانون توزيعاً فعلياً ، فلا يمكن لاقتراض العلم بالقانون أن تطبع الجريدة الرسمية فقط دون أن توزع نسخاً لا يمكن أن تطبع ويوضع عليها أى تاريخ سابق على الطبع والنشر (انظر حكم النقض في ٢٤ يونيو ١٩٥٨ مودة النقض (المصكوب النفى) س ٩ رقم ٨١ من ٦٣٩) .

فمؤاذن لا يختلف عن أى تشريع عادى إلا من حيث سعة نطاقه ، فله كل ما للتشريع من مزايا ، ويضاف إليها أنه يجمع كل فئة واحدة من القواعد الخاصة بفرع معين من فروع القانون ولهذا يقال «التقنين المدنى» و «التقنين التجارى» و «التقنين المرافعات».

أنواع التقنين: والتقنين قد يكون رسمياً وقد لا يكون كذلك . والتقنين الرسمى هو عبارة عن تشريع تصدره السلطة المختصة ، ويجمع القواعد التى تتعلق بفرع من فروع القانون ، على النحو الذى يبنى ، كالتقنين المدنى والتجارى . والقواعد التى يحويها التقنين تعد قواعد تشريعية بالمعنى الصحيح .

أما التقنين غير الرسمى فهو تقنين لا يصدر به تشريع على النحو السابق ، بل يقوم به بعض الأشخاص بصفة غير رسمية . مثل ذلك التقنين الذى وضعه المرحوم قدرى باشا عندما جمع أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالمعاملات والأحوال الشخصية والوقف فى كتابه المعروف باسم «مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان» . ومثل ذلك أيضاً التقنين الذى وضعه الأقباط الأرثوذكس فى مسائل الأحوال الشخصية سنة ١٩٥٥ ومن قبله تقنين سنة ١٩٣٨ وغيرهما من التقنينات العرفية التى وضعتها الطوائف غير الإسلامية الأخرى . وهذا النوع من التقنين ليست له صفة القانون ، ولا يعدو أن يكون مجرد عمل فقهى بحث . ومع ذلك فقد تتضمن مثل هذه التقنينات قواعد مستمدة من الدين ، حيث تطبق على أساس أن الدين مصدر أصلى يصدد ما جاء فيها من قواعد .

مزايا التقنين وعيوبه : التقنين عبارة عن تشريع واسع النطاق ولهذا فإنه يتمتع بكل المزايا التى يتمتع بها التشريع بصفة عامة ، وبالإضافة إلى ذلك فإن التقنين مزايا أخرى . ذلك أنه ييسر على الباحث الوقوف على حكم القانون فى المسائل التى ينظمها التقنين ؛ فن البير مثلاً أن يقف الباحث على أية قاعدة من

قواعد القانون المدني إذا ما رجع إلى المجموعة المدنية ، إلى تقسيماتها الواسعة ، وهذا بخلاف ما إذا حارل مثلا الرجوع إلى مسألة من مسائل القانون الإداري ، لأن هذا القانون الأخير غير مقنن لم تجمع قواعده في تقنين شامل . ومن مزايا التقنين كذلك أنه يمنع احتمال التعارض بين القواعد المختلفة نظرا لتعدد التمرينات وتنوعها . مما قد يؤدي إلى قيام التعارض بينهما إذا لم يجمعها تقنين واحد .

ولقد كان للمزايا التي يتمتع بها التقنين ، أن قامت حركة فقهية . وخاصة في أوروبا ، تنادي به ، ولكنها لاقت معارضة شديدة من جانب البعض على أساس أنها تؤدي بالقانون إلى الجمود والوقوف عن مسيرة التطور في المجتمع .

ومما لا شك فيه أن لهذا النقد وجهته إلا أنه لا ينبغي مع ذلك أن يبالغ في أهميته ، ذلك أنه إذا كان التقنين يصيب القانون بالجمود ، فإن ذلك لا يكون عادة إلا في الفترة الأولى من حياته والتي تعقب صدره ؛ ثم لا يلبث هذا التقديس أن يتلاشى وخاصة إذا أظهر العمل ما فيه من نقص على مر الزمن بحيث يبدو عجزه على مسيرة التطور . وأمل القضاء هو أول من يحس بهذا النقص ، فيقوم بدوره ولا يقف مكتوف اليدين . وكثيرا ما يدر القضاء حكم القانون إذا ما اقتضت العدالة ذلك تحت ستار التفسير . وكثيرا ما يؤيده الفقه في ذلك . وكلما برزت عيوب التقنين على مر الزمن وبدأ عجزه عن مسايرة الواقع ، كلما قل احترام الناس لعدالته . وينتهي الأمر إلى تطور القواعد التي يحتويها إما عن طريق تفسير القضاء بما يتفق مع الواقع وحاجات الجماعة الحديثة ، وإما عن طريق تدخل الشارع نفسه لسد النقص وتدارك العيب ، وقد انتهى الأمر إلى التمدد الشامل .

انتشار حركة التقنين : منذ أن صدر القانون المدني الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر (١٨٠٤) ، واتته التغيرات الفرنسية الأخرى ، نجد أن حركة التقنين قد امتدت في البلاد المتأخرة ، وكثير منها لاج على منوال التقنين الفرنسي .

وفي مصر قامت حركة التقنين في الربع الأخير من القرن الماضي . ففي سنة ١٨٧٥ حينما أنشأت المحاكم المختلطة وضمت بمجموعة من التقنينات المصرية في فروع القانون المختلفة لكي تطبقها تلك المحاكم ، وقد نقلت هذه التقنينات عن التقنينات الفرنسية المقابلة لها أفلا غنصرأ ، مشوها في كثير من الحالات ، واستمر العمل بها إلى حين إلغائها المحاكم المختلطة سنة ١٩٤٩ ، اللهم إلا بالنسبة لتقنين العقوبات وتقنين وتحقيق الجنايات ، فقد روجعا مراجعة شاملة في عام ١٩٣٩ على أثر اتفاقية مونتر و توسيع اختصاص المحاكم المختلطة في المواد الجنائية .

ولما أنشئت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ وضمت لها تقنينات أخرى ونقلت نقلا يكاد يكون حرفيا عن التقنينات المختلطة . وقد أظهر العمل ما في التقنينات من عيوب ، ولذلك كان لابد مراجعتها . وكان أول تقنين ظهرت عدم ملاءمته لظروف الاجتماعية والتقاليد عندنا هو تقنين العقوبات الأهلي . فروجع في سنة ١٩٠٤ ثم روجع في سنة ١٩٣٧ لتوحيد بينه وبين العقوبات المختلطة .

ولقد أظهر العمل عيوب التقنينات المصرية ، لأنها وضعت على عجل ، كما أنها نقلت عن التقنينات الفرنسية نقلا مشوها ، فجاءت معيبة ناقصة . وقد قامت المحاكم بدور هام في علاج ما جاء بتلك التقنينات من عيوب ، وحاولت بقدر المستطاع ، أن تسد النقص ، وأن تطابقها مع ظروف البلاد .

ولما ألغيت المحاكم المختلطة كان من المناسب مراجعة التقنينات المصرية لكي تسير الأوضاع الجديدة ، فتمت مراجعة التقنين المدني والمواصفات . وقد بدأ العمل بهذين التقنين من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو تاريخ إلغاء المحاكم المختلطة . كما روجع كذلك قانون تقنين تحقيق الجنايات وحل محل تقنين جديد باسم تقنين الاجراءات الجنائية ، عمل به ابتداء من ١٥ نوفمبر ١٩٥١ . أما بالنسبة لتقنين التجارة البرية والبحرية فلم تتم مراجعتها .

وعلى أثر قيام ثورة ٢٣ يوليو ، وما حصل من تطور في المجالات المختلفة ، كان من اللازم تعديل القوانين بما يتفق والاضاع الجديدة . ولهذا تألفت عدة لجان لإعادة النظر في الفروع المختلفة للقوانين واتقن ما لم يسبق تنقيته منها كالقانون الاداري ، ولكن عمل تلك اللجان لم يكتب له الخروج إلى حيز التنفيذ حتى الآن . ومع ذلك فقد أعيد النظر في قانون المرافعات فصدر القانون الجديد سنة ١٩٦٨ ، كما صدر قانون الاثبات في الوقت نفسه . وقد جمع القانون الأخير القواعد الموضوعية والاجرائية معا ، بعد أن كانت موزعة بين القانون المدني وقانون المرافعات .

المبحث الثاني

الدين

أشرنا من قبل إلى أن الدين يعتبر مصدراً رسمياً أصلياً في نطاق خاص هو نطاق الأحوال الشخصية . فكل المسائل التي تدخل تحت مدلول اصطلاح الأحوال الشخصية عندنا الآن تطبق في شأنها القواعد الدينية سواء تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين أو بإبغير المسلمين من المسيحيين أو اليهود .

لكن ما هي المسائل التي تدخل تحت اصطلاح الأحوال الشخصية في الوقت الحاضر ، حيث يطبق الدين باعتباره مصدراً رسمياً بالقبية لها ، إن تحديد المقصود بالأحوال الشخصية أو المسائل التي تدخل تحت اصطلاح الأحوال الشخصية ليس من الأمور السهلة ، وقد كان محلاً للخلاف بين الفقهاء والفقهاء (١) .

(١) انظر في تحديد المقصود بالأحوال الشخصية : - وثقنا : أحكام الأحوال الشخصية

لغير المسلمين من المصريين ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٨ ص ٢١ وما بعدها إلى ص ٨٥ ، والطبعة الثانية ١٩٦٤ من ص ٣٠ إلى ١٠٢ وكذلك الطبعة الثالثة ١٩٦٩ .

والسكن المادة ١٢ من قانون نظام القضاء الصادر سنة ١٩٤٩ والذي أُلغى
بصدور قانون السلطة القضائية سنة (١٩٦٥) (١) كانت تبين المسائل التي تعتبر
من الأحوال الشخصية طبقاً للنظام القانوني المصري بصفة عامة ، وهذه المسائل
تتضمن فيما يأتي :

١ - المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهلهم .

٢ - المسائل المتعلقة بنظام الأسرة ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين
واجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق
والتعليق والتفريق ، كذلك المسائل المتعلقة بالبنوة والإقرار بالآبوة وإنكارها
والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار ،
وتصحيح النسب والتبني .

٣ - المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقيامة والحجر والاختن بالإدارة
والغيبية وإعتبار المفقود ميتاً .

٤ - المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة
إلى ما بعد الموت .

- هذه هي مجموعة المسائل التي اعتبرت من الأحوال الشخصية في النظام
المصري بصفة عامة ، فهل تخضع كلها للشرائع الدينية ؟ أي هل يعتبر الدين
مصدراً أصلياً بالنسبة لها كلها ؟

لا جدال في أنه إذا كانت كل تلك المسائل تعتبر في أصلها من الأحوال
الشخصية . فإنها مع ذلك لا تخضع جميعها للشرائع الدينية ، بل إن الكثير منها
أصبح يخضع للتشريع ، لا الدين . فقد نظم التشريع الكثير من تلك المسائل
وأصبح هو المصدر الأصلي بالنسبة لما نظمه من مسائل .

(١) وقد ألغى هذا القانون الأخيه وحل ٤٦ القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

فبالنسبة المسائل الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم، وكذلك المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية... أى بالنسبة للمسائل المذكورة أعلاه تحت رقم ١ ورقم ٢، أصبحت هذه المسائل تخضع لقواعد تشريعية موحدة، أى أصبح التشريع هو المأذر الأصلى بالنسبة لها.

وبالنسبة للموارىث والوصايا صدرت بشأنها قوانين خاصة، فأصبحت المسائل الداخلة فيها تخضع لأحكام التشريع، أى أصبح التشريع هو المصدر الأصلى بشأنها، مع مراعاة أنه يباح لغير المسلمين فى شأن تلك المسائل أن يتفقوا على الاحتكام إلى شريعتهم الدينية إذا توافرت شروط معينة نص عليها القانون. وإلى جانب تنظيم المسائل السابقة عن طريق التشريع نظم المشرع كذلك مسائل الوقف، فقد كانت المسائل المتعلقة بالوقف من حيث إنشاء وصحته والاستحقاق فيه وتفسير شروطه والولاية عليه... خاضعة للشريعة الإسلامية وقد نظم المشرع المسائل المتعلقة بالوقف بالقانون ٤٦ لسنة ١٩٤٦ المعدل بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالقضاء الوقف على غير جهات الغير. وعلى أية حال فإن الوقف أصبح يخضع للتشريع كصدر أصلى.

حصر المسائل التى تعتبر من الأحوال الشخصية والى يعتبر الدين مصدراً أصلياً بالنسبة لها.

إذا استبعدنا من المسائل الداخلة فى نطاق الأحوال الشخصية تلك المسائل التى نظمها المشرع فأصبح التشريع هو المصدر الأصلى بالنسبة لها، لرأينا أنه يبقى أمامنا الطائفة الثانية من المسائل والى تنحصر فى المسائل المتعلقة بنظام الأسرة، كالخطبة والزواج... على النحو المبين فيما سبق، فبالنسبة لهذه المسائل جميعاً يعتبر الدين مصدراً رسمياً أصلياً، ويرجع فيه إلى الشرائع الدينية المختلفة. ولما صدر القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالقضاء المحاكم الشرعية والمجالس

المالية وثوخت على أثر صدور قراراتها ، بقيت القواعد الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية دون توحيد ، وأحال القانون في شأنها إلى الشرائع الدينية . وقد فرقت المادة ٦ من القانون المذكور بين طائفتين من القواعد الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة .

الطائفة الأولى . تضم القواعد التي كانت تطبقها المحاكم الشرعية في المنازعات التي كانت أصلاً من اختصاصها ، وهذه القواعد مستمدة من الشريعة الإسلامية ، وتطبق بالنسبة للمسلمين ، كما تطبق أيضاً بالنسبة لغير المسلمين إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعتهم الدينية التي استلزمها القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ في المادة ٦ منه ، كما سنرى حالاً .

أما الطائفة الثانية فإنها تضم القواعد التي كانت المجالس المالية تطبقها ، سواء تعلق الأمر بالنسبة للمسيحيين أو اليهود . فالشريعة المسيحية واليهودية تعتبران مصفراً رسمياً أصلياً بالنسبة للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية على التحديد السابق ، أو المسائل المتعلقة بنظام الأسرة ، وإنما ينبغي لكي تطبق أى من العريبتين أن تتوافر الشروط التي نصت عليها المادة ٦ ، وهي اتحاد المنصور في الطائفة والملة ، ووجود جهة قضاء مالية منظمة حتى آخر سنة ١٩٥٥ ، وأن تصدر الأحكام طبقاً لشريعتهم ، في نطاق النظام العام ، وإذا لم تتوافر الشروط السابقة أو أحدها طبقت الأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين ، كما بينا .

نخلص مما سبق إلى أن الدين يعتبر مصدراً رسمياً أصلياً بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية التي تنحصر الآن في المسائل المتعلقة بنظام الأسرة . سواء تعلق الأمر بالدين الإسلامي أو المسيحي أو اليهودي على النحو السابق .

الفصل الثاني

المصادر الاحتياطية

تمهيد : بينا فيما سبق أن التشريع هو المصدر الأصلي العام ، ومعنى هذا أنه يتعين الرجوع إليه أولاً . فإذا لم يوجد لمسألة من المسائل حكم في التشريع ، تعين البحث عن مصادر أخرى غير التشريع وهي المصادر الاحتياطية . وإذا كان المشرع يحيل إلى المصادر الاحتياطية بعد التشريع ، فإنه ينبغي أن تدخل في الاعتبار - كما قدمنا - أن هذه الإحالة قصد بها الأمور التي لا تعتبر من الأحوال الشخصية ؛ وأنه إذا لم يوجد نص تشريعي ، يرجع إلى الدين كمصدر رسمي أصلي (١) .

أما بالنسبة لتغير الأحوال الشخصية ، فإنه إذا لم يوجد نص تشريعي ، يتعين الرجوع إلى المصادر الاحتياطية التي نص عليها القانون . ذلك أن التشريع لا يمكن أن يحيط بكل شيء . فقد يتغير تنظيم أمر من الأمور ، كما أن هناك من الأمور ما قد يستجد ، ولم يكن المشرع عند وضع النصوص التشريعية يدخلها في اعتباره . . . إلى غير ذلك . ولهذا فإن المصادر الاحتياطية من شأنها أن تقوم بسد ما قد يكون هناك من نقص .

والمصادر الاحتياطية التي نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني هي حسب الترتيب الذي جاءت به : العرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وسنذكر عن كل منها فيما يلي :

(١) أنظر في تمييز مصادر الأحوال الشخصية عن الأحوال العائلية ، مؤلفنا في الأحوال الشخصية لنهر المسلمين من المصريين ط ٣ (١٩٦٩) رقم ٣٨ مكرر ص ١٣٤ - ١٣٥

المبحث الأول

العرف La Coutume

العرف هو مجموعة القواعد التي تنشأ من اطراد سلوك الناس عليها زمنا طويلا مع اعتقادهم بالزامها وأن مخالفتها تـتبع توقيع جزاء مادي .

وهو يعتبر أقدم مصادر القانون في تاريخ المجتمعات ، ذلك لأنه الطريق الطبيعي الذي تخرج منه القواعد القانونية التي يحتاج إليها المجتمع ، وفي الجماعات البدائية كان العرف هو المصدر الوحيد الذي تستمد منه القواعد القانونية ، إذ كان الناس يسرون وفقا لعادات وتقاليد يتوارثونها جيلا بعد جيل ويحافظون عليها ، لأنهم كانوا يشعرون بضرورة اتباعها ويعتبرونها ملزمة لهم .

ولما تعقدت الروابط الاجتماعية بين الافراد ، وتقدمت الجماعات ، ظهر عجز العرف عن مسايرة الاوضاع الحديثة ، لأنه ينمو نموا بطيئا ، لا يمكنه من مسايرة التطور السريع ، ولا يقوى على تنظيم كل شيء . ولهذا قل شأنه وأصبحت منزلة كمصدر للقانون منزلة ثانوية . وكان لابد من تدخل إرادة واعية لتنظيم الاوضاع الحديثة ، فقام التشريع واحتل المقام الاول بين مصادر القانون بدلا من العرف . وقد ساعد على ذلك أيضا أن المجتمعات انتقلت إلى مرحلة التنظيم ، ووجدت فيها سلطة تستطيع بما لها من نفوذ أن تفرض هذا التنظيم على الافراد .

شروط العرف :

يشترط العرف لكي يصبح مصدرا من مصادر القانون أن تتوافر فيه شروط

مميّة تلخصها فيما يلي :

١ - أن يكون عاما : ذلك أن العرف ينشأ قاعدة قانونية ، والقاعدة لا بد أن تكون عامة مجردة . فلا ينصرف حكمها إلى شخص معين بذاته أو إلى أشخاص معينين بالذات . وليس معنى هذا أن يكون العرف عاما بالنسبة لكل

الناس في الدولة ، ولكنه قد يكون خاصا بإقليم معين منها ، وفي هذه الحالة يعتبر العرف محليا . كما قد ينشأ العرف ويكون خاصا بفئة من الناس فقط ، ومع ذلك لا يفقد صفة العمومية . وهذا هو الشأن بالنسبة للعرف الذي ينشأ بين طائفة التجار أو المزارعين أو أصحاب مهنة معينة . وفي هذه الحالة يعتبر العرف مهنيا أو طائفيا . بل إن العرف قد ينشأ من تعود شخص واحد ، شخص غير معين بذاته ، على سلوك مسلك معين في أمر من الأمور ، كما إذا تعود رئيس الدولة على إصدار قرارات من نوع خاص في أمر من الأمور ، إذ قد يترتب على هذا أن تكون قاعدة عرفية تخول رئيس الدولة إصدار مثل هذه القرارات .

٢- ويلزم أن يكون العرف قديما : ومعنى ذلك أن يحض على اتباعه فترة طويلة بحيث يمكن أن يقال إن الأمر قد استقر في الجماعة على اتباعه . ولا يوجد حد معين لهذه المدة ، فالمسألة تختلف باختلاف الظروف . ولهذا فإن تقدير الموضوع يترك للقضاء ، فيقدر ما إذا كان اعتياد الناس على القيام بهذا الأمر قد أصبح قديما بحيث يمكن القول إنه استقر أو لم يستقر .

٣- ويلزم أن يكون العرف ثابتا : ومعنى ذلك أن يتبعه الناس بانتظام بطريقة لا تتغير ولا تنقطع . فلا يتبعه الناس في بعض الأوقات . ويركونه في أوقات أخرى : ويترك تقدير هذا الموضوع كذلك للقضاء .

(٤) ويلزم أن يكون العرف مطابقا للنظام العام والآداب في المجتمع : فإذا جرت عادة الناس على أمر من الأمور التي تتنافى مع النظام العام مثلا ، كما هو الشأن بالنسبة لمصادرة الأخذ بالشار في بعض الأقاليم ، فإنه لا ينفذ عنها عرف ملازم قانونا ، لأن هذا يتعارض مع قاعدة أساسية من القواعد التي يقوم عليها المجتمع وهي أن الدولة هي التي تتولى القصاص من الأفراد الذين يستبدون على حياة الغير .

(٥) يجب أخيراً أن يتولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترامه وأن

مخالفته تسوجب توقيع الجزاء عليهم . وهذا الشعور بالإلزام شرط جوهري لتكوين العرف . وإذا ما استقر لدى الأفراد بصورة قديمة وثابتة ، فإنه يصبح بعد ذلك قاعدة قانونية واجبة الاحترام .

هذه هي الشروط اللازمة لقيام العرف ، ويرد الفقهاء هذه الشروط إلى ركنين : الركن المادى والركن المعنوى :

١ - الركن المادى : ويدخل تحت هذا الركن الشروط الأربعة الأولى السابق ذكرها ، ومعنى ذلك أنه يلزم لقيام العرف أن يطرد سلوك الناس مدة طويلة على أمر من الأمور بصورة عامة ثابتة لا تتغير ، ولا تتنافى مع الآداب أو مع المبادئ العامة الأساسية التى تقوم عليها الجماعة .

٢ - الركن المعنوى : وهذا الركن يشمل على الشرط الأخير من الشروط السابقة ، وهو شعور الأفراد بإلزام العرف . فيلزم أن يتكون لدى الأفراد الاعتقاد بأن المسلك الذى اعتادوا عليه ملزم لهم .

ولهذا الركن أهميته فى أنه يميز بين العرف والعادة . فقد يعتاد الناس فى سلوكهم على أوضاع معينة ويسيرونها عليها بصورة دائمة ثابتة : ومع ذلك فإنها لا تعتبر عرفاً ، لأنه لا يتوافر لها الركن المعنوى ، وهو شعور الأفراد بالزامها لهم وهذا يقتضى أن تتكلم عن العرف والعادة .

العرف والعادة :

رأينا أنه يلزم لقيام العرف توافر الركنين المادى والمعنوى . أما العادة فإنها تقوم متى توافر الركن المادى المكون للعرف فقط ، دون الركن المعنوى .

ومن العادات ما لا صلة لها بالقانون ، أى لا يلزم الأفراد التزاماً قانونياً وهذا هو الشأن بالنسبة للعادات التى تتعلق بالزيارات ، تقديم الهدايا فى الأعياد

والمناسبات السارة ، وما جرت عليه التقاليد بين الناس من حيث الملبس في المناسبات المختلفة ... إلى غير ذلك . كل هذه العادات التي تهرى بها التقاليد في المجتمعات لا ترتقى إلى مصاف القواعد القانونية وليست لها صفة الإلزام .

ومن العادات ما يتصل بالملافات القانونية بين الأفراد وهي ما تسمى بالعادات الاتفاقية بين الأفراد usages conventionnels وهي التي تعيننا في هذا المجال . وهذه العادات الاتفاقية قد تكون عادات مهنية خاصة بمهنة من المهن . ومن أمثلة هذه العادات الاتفاقية ما جرى عليه التعامل بين الأفراد في حالة بيع بعض أنواع الفاكهة على أساس المائة ، فقد اختلفت المادة بالنسبة لما يباع على أنه مائة . ففي بعض الجهات تباع مائة فقط وفي بعض الجهات الأخرى تكون المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين أو ثلاثين ، وكذلك ما جرت به العادة من أنه إذا قامت شركة بين شخصين وقدم أحدهما رأس المال وقدم الثاني العمل فقط ، فإن الأرباح توزع بينهما على أساس الثلاثين للأول والثلاث للثاني .

والمادة الاتفاقية لا تلزم الأفراد إلا إذا اتفقوا عليها وانصرفت إرادتهم إلى التقيد بها . ذلك أن العادة تنشأ إذا توافر الركن المادي فقط للعرف ، ومن المتصور أنه إذا بلغت درجة تمامها تولد في أذهان الناس الشعور بضرورة إلزامها . فإنها في هذه الحالة الأخيرة تتحول إلى عرف ، لتوفر المنصر المعنوي . وإذا كانت العادة غير ملزمة للأفراد من تلقاء نفسها ، وإنما هي تلزمهم فقط إذا ما اتفقوا فيما بينهم على اتباع حكمها ، فإن تطبيقها في هذه الحالة لا يكون على اعتبار أنها قاعدة قانونية ، ولكن تطبيقها يأتي من اتفاق الأفراد فيما بينهم على اتباعها باعتبارها شرطا من شروط الاتفاق . وهذا بخلاف العرف فإن الأفراد يلزمون به باعتباره قاعدة قانونية .

واتفاق الأفراد على اتباع حكم العادة قد يكون صريحا ، أى يتفق الأفراد

صراحة فيما بينهم على اتباع حكمها وهذه المسألة لاثير صهيونية ما ، إذ يعمل بالاتفاق فيما بينهم . ولكن الرضا بها قد يكون ضمناً . أى ينضج من ظروف الاتفاق بين الأفراد والفرص منه ، ومن المعاملات السابقة بينهم ، ومهنة كل منهم ويمكن لاستخلاص الرضا الضمني ، بقبول الموضوع لحكمها ، أن يعلم الأفراد بوجود عادة معينة ، ولا يستبعدون العمل بها في اتفانهم وهذه مسألة تترك للقاضى لى بتبينها من الظروف . وإذا كانت العادة لا تلزم إلا إذا انصرفت إليها إرادة الأفراد صراحة أو ضمناً ، فإنها فى هذا تختلف عن القواعد القانونية المكلفة أو المفصرة التى تلزم الطرفين إلا إذا انصرفت لإرادتها صراحة إلى ما يخالفها .

على أنه إذا كانت العادة الاتفاقية لا يعمل بها إلا إذا رضى بها الأفراد صراحة أو ضمناً ، باعتبارها شرطاً فى الاتفاق . فالحكم إذا حال إليها المشرع نفسه بالنص ؟ مثل ذلك ما نص عليه القانون المدنى فى المادة ٢٣٣ من أنه لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية . فى هذه الحالة يترتب على إحالة المشرع إلى العادة أن تصبح العادة المحال إليها واجبة الاتباع ، فنطبق حتى ولو لم تنبج لإرادة المتعاقدين إليها ، ولا ينفى استبعاد حكمها إلا إذا اتفق الأفراد على خلاف ما تقضى به . أى أنها تصبح كالتقاعدة القانونية المكلفة .

النتائج المترتبة على التفرقة السابقة : رأينا أنه ينشأ عن العرف قاعدة قانونية ، أما العادة فلا يلتزم بها الأفراد إلا إذا اتفقوا عليها وأصبحت ضمن شروط العقد ويترتب على هذا الفارق نتائج هامة :

١ - بالنسبة للعرف ، يفترض فى القاضى العلم به لأنه قانون ، ومن واجب القاضى أن يكون ملماً بالقانون فلا يلتزم المرسوم بأثباته . بل يدين على القاضى

البحث عنه ، وتطبيقه من تلقاء نفسه . وفي الحالة التي تكون فيها القاعدة العرفية غير واضحة لايسهل على القاضى الوقوف عليها ، نظراً لأن العرف لا يدون كالتشريع مما يسهل على القاضى معرفته ، فإن معارضة الخصوم له على إثبات القاعدة العرفية ، لايعنى أن القاضى يترك لهم إثباتها بل لهم في الحقيقة يثبتون العناصر التي يتكون منها العرف ، حتى يثبت هو من قيامه .

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعادة الاتفاقية ، ذلك أنها ليست قاعدة قانونية ، كما قدمنا ، ولهذا فانه لا يفترض في القاضى العلم بها ولا يطبقها من تلقاء نفسه ، ولكن يشين على ذوى المصلحة أن يطالبوا من القاضى تطبيقها ، كما يزمين عليهم كذلك القيام بإثبات وجودها ، وإثبات أنهم قصدوا إتباعها . فإذا ما تم ذلك فإن القاضى يقوم بتطبيقها عليهم ، شأنها في ذلك شأن شروط العقد الأخرى .

٢ - القواعد العرفية تلزم الأفراد سواء علموا بها أو لم يعلموا ، أى حتى ولو كانوا يجهلون بها ، لأن العرف قانون ، ولا يعذر أحد بجهله بالقانون .

أما العادة فهي لا تطبق إلا إذا قصد المتعاقدان إتباعها ، وهذا يفترض العلم بها . فإذا كان الطرفان أو أحدهما يجهل بحكم العادة ، فلا تطبق لأنه لا يمكن القول في مثل هذه الحالة إن إرادتهما قد قصدت تطبيقها .

٣ - ولما كان العرف قانوناً فإن القاضى في تطبيقه له يخضع لرقابة محكمة النقض وهذا بخلاف العادة ، فهي لا تعدو أن تكون مجرد واقعة من الوقائع ، ولهذا يكون لقاضى الموضوع القول بالفعل فيها ، وتخضع لرقابة محكمة النقض .

مقارنة بين التشريع والعرف :

رأينا أن العرف كان من أقدم مصادر القانون في الجماعات ، لأنه هو الطريق الطبيعي الذي يلزم المجتمعات في أوائل مراحل تقدمها ، ويعمل على إنشاء ما تدعو إليه الحاجة من قواعد بمسورة طبيعية تنفق سقيمة مع رغبات الجماعة وساحاتها

ولهذا كانت القواعد العرفية أصدق القواعد القانونية في تعبيرها عن حاجات الجماعة وأكثرها ملاءمة لظروفها الاجتماعية .

ولكن تقدم الجماعات وتعقد العلاقات بين الأفراد أظهر عجز العرف عن مسايرة التطور ، مما جعله يتراجع إلى الوراء قاركا مكان الصدارة بين مصادر القانون للتشريع .

وعلى ضوء ما تقدم يمكننا أن نقارن بين التشريع والعرف مع إبرازهما إيجابا وعيوب كل منهما ، ونحمل ذلك فيما يلي :

١ لا جدال في أن العرف يتفق وما تدعو إليه الحاجة من الناحية العملية ، لأنه يستند إلى ما يجرى عليه الناس في حياتهم فهو يعبر بتعبير أصا دقا عن حاجات الجماعة كما قدمنا . وفي هذا ما يميز العرف عن التشريع ، إذ أن قواعد التشريع قد توضع ولا تتلاءم مع ظروف الجماعة ، لأن هناك إرادة واعية مدبرة تتدخل في وضعه وهي إرادة المشرع ، ولا تنمو قواعد في ضمير الجماعة كالقواعد العرفية . ومع ذلك فإن نقد التشريع من هذه الوجهة ليس حاسما ، لأن التشريع إذا كان لا يتلاءم مع ظروف الجماعة ، لا يكتب له البقاء .

إذا كان العرف ينمو في ضمير الجماعة ويطلق حاجاتها ، فإنه تبعاً لذلك يتطور ويتغير بتغيير الظروف في الجماعة فينشئ من القواعد ما يطابق التطور الجديد . أما التشريع ، فإنه ، حتى إذا جاء مطابقاً لظروف الجماعة عند وضعه ، قد يتخلف عن التطور إذا لم يتدخل المشرع بالتعديل ، وتصبح القواعد التشريعية ، تبعاً لذلك ، غير ملائمة لظروف الجماعة . ومع ذلك فإنه ينبغي أن يراعى أن المجتمعات الحديثة تحاول دائماً أن تعدل التشريع بما يتلاءم والتطور .

ويختلف العرف عن التشريع كذلك من حيث أنه مصدر بطلى التكوين

ينشئ القواعد القانونية تدريجياً ، كما أنه من جهة أخرى إذا ما ثبت واستقر في الجماعة يصعب التخلص منه ، وبذلك لا يتفق العرف أن يستجيب لرغبات الجماعة إذا اقتضت الحالة تغيراً سريعاً . وخاصة في المصالح الحديثة حيث تنشأ كل يوم مشاكل جديدة تحتاج إلى حلول سريعة ، وهذا بخلاف التشريع . فالتشريع أداة سريعة يستطيع أن يتمشى مع حاجات المجتمع إلى إنشاء قواعد جديدة لمواجهة ما يستجد من مشاكل تحتاج إلى حلول سريعة ، كما أنه من ناحية أخرى أداة سريعة من حيث إمكانية تعديل القواعد القائمة على وجه السرعة .

د ويختلف العرف عن التشريع كذلك من حيث أنه قد يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية في البلد الواحد . ذلك لأن العرف قد ينشأ في جهة مغايرة له في جهة أخرى ، أي قد يكون محلياً ، ومن ثم فإنه لا يحقق وحدة القواعد القانونية في البلد الواحد . وهذا بخلاف التشريع ، إذ أنه يحقق الوحدة القانونية في البلد الواحد . ولهذا مزاياه في تبسيط التعامل وفي تقوية الروابط بين أجزاء الأمة الواحدة ، وتحقيق المساواة التامة بين أبنائها .

هـ والعرف يختلف كذلك عن التشريع من ناحية التجديد . ذلك أن القواعد العرفية تنشئ مضمون القاعدة القانونية دون أن توضع في صيغة محددة واضحة مكتوبة تبين متى يبدأ وقت سريانها . وهذا ما يثير المازعات بشأن القاعدة العرفية ، إذ يصعب في كثير من الأحيان معرفة مضمون القاعدة العرفية على وجه الدقة ، ومعرفة الوات الذي توجد فيه القاعدة وتصبح واجبة التطبيق .

و هذا بخلاف التشريع ، فللتشريع مزاياه من هذه الناحية ، إذ أنه ينشئ القواعد القانونية ، ويوردها مكتوبة ، كما يحدد مضمونها ويحدد الوقت الذي تصبح فيه واجبة التطبيق . وبذلك يفضي على كل ما يمكن أن يثار من تنازعات في هذا الصدد ، ويحقق بذلك النظام واستقرار في الجماعة .

ولقد كان لمزايا التشريع السابقة ، والتي تبين لنا من مقارنته بالعرف ، أن
انتشر في المجتمعات الحديثة وأصبحت له المكانة الأولى بين مصادر القانون .
ولم يعد العرف إلا مصدراً ثانوياً بالنسبة له .

ولكن على الرغم من تناؤل أهمية العرف بالنسبة إلى التشريع في الوقت
الحاضر ، إلا أنه مصدر لاغنى عنه . وهذا يجعلنا نقف قليلاً لتبين منزلة العرف
بين المصادر الرسمية للقانون .

منزلة العرف بين المصادر الرسمية للقانون :

ولا يزال العرف في الوقت الحاضر مصدراً رسمياً للقانون ، وإن كان قد ترك
مكان الصدارة للتشريع في أغلب الدول الحديثة وفي البلاد التي تطبق فيها الدوائع
الانجلوسكسونية ليس للتشريع نصيب كبير ، والمقام الأول للعرف ، لأن السوابق
القضائية في تلك البلاد تمد مصدراً للقانون ، وإذا ما اضطرر العمل على الأخذ
بماضت به المحاكم تكون عن ذلك عرف .

ولم يهمل القانون عندنا الدور الذي يعطى للعرف إلى جانب التشريع ، إذ
جعل منه مصدراً تكميلياً إلى التشريع في المرتبة ، يلجأ إليه القاضي مباشرة إن افتقد
النص . فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة
ويعتبر وسيلتها النظرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يهجر
التشريع عن تناولها بسبب تشغيلها أو استحصائها على النص . ولذلك ظل هذا
المصدر ، وسيظل إلى جانب التشريع ، مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه
عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسرى في شأنها قواعد
القانون الخاص والعام على السواء ، (١) .

ومن ذلك تبين لنا أن المشرع المصري يجعل من العرف مصدراً احتياطياً ،

(١) المدسكرة الإحصائية المقروءة للجمعية للقانون المدني .

بمعنى أنه يجب على القاضي ألا يلجأ إلى القواعد المرئية إلا إذا لم يجد لها تشريعا ينطبق في لفظه أو فحواه عن النزاع المعروض أمامه . وبذلك يقوم العرف بعد ما قد يكون هناك من نقص ، لأنه مما تدخل التشريع بتنظيم كل ما قد يعرض في الحياة العملية من مشاكل ، فانه لا يستطيع أن يعرض لها جميعها بالنظام ، فيقف العرف وراءه ومن خلفه المصادر الاحتياطية الأخرى ، لسد ما قد يكون هناك من نقص . وهذا هو دور العرف في قانوننا باعتباره مصدرا احتياطيا . فإلى النتائج التي ترتب على ذلك . وإلى جانب ما سبق ، فقد تضمن القانون عندنا كثيرا من النصوص التي تجعل على العرف باعتباره معارنا للتشريع . وتكلم فيما يلي عن نتائج تخلف العرف عن التشريع في المرتبة ، ثم تكلم بعد ذلك عن النصوص التي تجعل من العرف معارنا للتشريع .

نتائج تخلف العرف عن التشريع في المرتبة :

يرتب على تخلف العرف عن التشريع في المرتبة أنه لا يملك ، كقاعدة عامة ، إلغاء التشريع أو مخالفته ، وهذه نتيجة منطقية للتدرج في التشريع والعرف ، وهو ما أشار إليه المشرع في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بمادة ٢ منه إذ قال إن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق . .

وهذا الحكم الذي يقضى بأن العرف لا يملك إلغاء التشريع أو مخالفته حكم عام يسرى بالنسبة لكل فروع القانون الخاص ذلك أن المادة الأولى من القانون المدني التي تجعل العرف في المرتبة التالية للتشريع ، هي من المواد التي تضع المبادئ العامة ، والتي لا تنصرف على القانون المدني وحده ، إذ أنها واردة في الباب التمهيدى للجموعة المدنية الذي قصده أن يتضمن القواعد القانونية العامة التي تسرى بالنسبة إلى كل فروع القانون الخاص ، ومن بينها القانون التجاري .

ولذلك في هذا الصدد بين عدم قدرة العرف على إلغاء أو مخالفة القواعد التشريعية الآمرة والقواعد التشريعية الملزمة .

١ - بالنسبة للقواعد التشريعية الآمرة :

لقد أثار هذا الموضوع الخلاف بين الفقهاء . ولكن الثابت أن للعرف - كقاعدة عامة - إلغاء التشريع أو مخالفته . وهذا الرأي يجب الأخذ به بالنسبة لنصوص التشريع الآمرة (وهي النصوص التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على عكسها) ، سواء كانت هذه النصوص تحمي مصلحة عامة من المصالح الأساسية للدولة أم كانت تحمي مصلحة خاصة من مصالح الأفراد ، لأن الأمر في كلتا الحالتين يتعلق بالنظام العام ، ولهذا لا يصح إلغاء القاعدة أو مخالفتها إلا بتشريع آخر .

لكن الأمر يثور بالنسبة للعرف التجاري . فهل يملك العرف التجاري مخالفة النص التشريعي الآمر ؟

لا جدال في أن تقدم التشريع على العرف في المرتبة مبدأ عام في كل فروع القانون الخاص ، كما قدمنا . ولهذا فإن إعمال هذا المبدأ يترتب عليه أن العرف التجاري لا يجوز أن يخالف قاعدة من قواعد التشريع التجاري الآمرة .

أما إذا تعلق الأمر بقاعدة تشريعية آمرة في القانون المدني ، فإن الأمر يختلف . إذ من المسلم به أن القاعدة العرفية التجارية يجوز أن تخالف القاعدة التشريعية الواردة في القانون المدني ، حتى ولو كانت آمرة . وليس في هذا إهدار لمبدأ التدرج بين التشريع والعرف . لأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بنطاق تطبيق كل من القانون التجاري والقانون المدني . فإذا كان القانون المدني هو الأصل الذي يرجع إليه دائما إذا لم توجد قاعدة قانونية في فرع من فروع القانون الخاص بصفة عامة ، فإنه ينبغي تبعا لذلك ألا تطبق القواعد الواردة فيه إلا إذا لم توجد

أيه قواعد عرفية ، والقانون التجاري تحكم المسألة المروضة ، أيا كان مصدر هذه القواعد ، سواء كانت قواعد تشريعية أم قواعد عرفية . ويجبارة أخرى إذا كانت هناك مسألة في القانون التجاري ووجد في هذا القانون قاعدة تحكمها ، فإنه يجب ، تنطبق هذه القاعدة التجارية حتى ولو كانت قاعدة عرفية . دون الرجوع إلى قواعد القانون المدني .

وفي مثل هذه الحالة لا يقال بأن هناك تنازعا بين القاعدة العرفية في القانون التجاري وقاعدة تشريعية في القانون المدني ، وإذا ما طبقت القاعدة العرفية التجارية حتى مع وجود قاعدة تشريعية أمرة في القانون المدني فلا تكون بذلك قد خالفنا مبدأ التدرج بين التشريع والعرف ، لأن وجود العرف في هذه الحالة يثبت له الولاية وحده في نطاق القانون التجاري وهو نطاقه الخاص ، دون النصوص المدنية العامة حتى ولو كانت أمرة .

ومن هذا نخلص إلى أنه إذا تعارض عرف مع قاعدة تشريعية أمرة فإن الغلبة للقاعدة التشريعية سواء كان ذلك التعارض في نطاق القانون المدني ، بين قاعدة تشريعية مدنية أمرة وبين قاعدة عرفية مدنية ، أم كان ذلك في نطاق القانون التجاري بين قاعدة تشريعية مدنية أمرة وقاعدة عرفية فإن القاعدة العرفية التجارية تطبق في هذه الحالة ، إذ لا محل لتطبيق القواعد المدنية ، وهي قواعد عامة . إذا ما وجدت قاعدة عرفية تجارية وهي قاعدة خاصة .

ولقد أجاز القانون المدني نفسه تطبيق العرف التجاري ، حتى ولو أتي بحكم مخالف للقاعدة أمرة في القانون المدني . ومن ذلك ما قضت به المادة ٢٢٢ من القانون المدني حيث نصت على أنه لا يجوز نقض فرائد على متجمد الفرائد ، ولا يجوز أن يكون مجموع الفرائد التي يفتاضها الدائن أكثر من راس

المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والمبادئ التجارية ، فواضح من هذه العبارة الأخيرة أن قواعد القانون التجاري تطبق حتى ولو كانت مخالفة للقواعد المدنية ، أى حتى ولو كانت تميز تقاضى فرائد على منجمد الفوائد . وحتى لو كان مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن تزيد على رأس المال .

٢ - بالنسبة للقواعد التشريعية المكملة :

القاعدة التشريعية المكملة هي قاعدة يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، فإذا ما وجدت قاعدة عرفية مخالفة لهذا النوع من القواعد . فها هو الحكم ؟ هل يصح أن ينشأ عرف يخالفها ؟ الجواب على ذلك أنه إذا كان للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف القواعد التشريعية المكملة ، فإنه يجوز من باب أولى أن ينشأ عرف يخالف لها .

فقد توجد قاعدة تشريعية مكملة تضع حكماً لمسألة من المسائل ، وينص المشرع فى هذه القاعدة على أن حكمها لا يطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . فى هذه الحالة يجب أولاً أن نطبق ما اتفق عليه المتعاقدان إن وجد اتفاق بينهما . أما إذا لم يوجد اتفاق بينهما فإنا نطبق العرف إن وجد . وإذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، فإن القاعدة التشريعية هى التى تطبق .

ومن قبيل ذلك ما ينص عليه القانون المدنى فى المادة ٢٢٦ التى تقضى بأن الفوائد التأخيرية تسرى من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها . . . فنص المادة ٢٢٦ نص مكمل يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمه . فإذا حدد الطرفان تاريخاً لسريان فوائد التأخير يعمل بما اتفق عليه . وإذا لم يحددا تاريخاً بالاتفاق بينهما فإنه يعمل بالتاريخ الذى قد يحدده العرف التجارى وإذا لم يكن هذا ولا ذلك يطبق حكم النص وهو أن الفوائد تسرى من تاريخ المطالبة القضائية بها .

ومن ذلك أيضا ما نصر عليه المشرع في المادة ٥٦ مدني من أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بنير ذلك . (أنظر كذلك المواد ١٥٧ و ١٦٢ و ١٦٣ و ١٦٤ من القانون المدني) .

ومن هذا يتبين أنه إذا كانت هناك قاعدة عرفية تخالف القاعدة التشريعية فإن القاعدة العرفية هي التي تطبق دون القاعدة التشريعية . وهذا نتيجة لإحالة القاعدة التشريعية على القاعدة العرفية .

وبلغنى أن يلاحظ أنه في كل الحالات التي تقضى فيها النصوص التشريعية بتطبيق العرف المخالف إن وجد ، نجد أن النصوص تتضمن قواعد مكملة ، إلا أنه يجب أن ندخل في الاعتبار ، في مثل تلك الحالات ، أن العرف لا يترتب عليه إلغاء القاعدة التشريعية بل تظل قائمة وتطبق إذا لم توجد قاعدة عرفية . فمن المتصور أن توجد قاعدة عرفية بالنسبة لمهنة معينة أو في جهة من الجهات ، وفي هذه الحالة تطبق القاعدة العرفية . لكن إذا لم توجد قاعدة عرفية بالنسبة لمهنة من المهن أو في جهة من الجهات ظلت القاعدة التشريعية قائمة تطبق طالما لم يخالفها الأفراد . فالعرف لا يملك إلغاء التشريع ، كما قدمنا .

العرف المعاون للتشريع :

قد يرض المشرع لتنظيم موضوع معين ، ولكنه يحيل في القاعدة التشريعية نفسها على العرف ، فيقوم العرف بتفسير وتحديد ما أحاله عليه المشرع والأمثلة على ذلك كثيرة في القانون المدني فكتفى بالإشارة إلى بعضها .

فمن ذلك مثلا ما نص عليه المشرع في المادة ٩٥ من القانون المدني من أنه إذا قام خلاف على المسائل التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها في العقد بين العارفين فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولا يحكم القانون والعرف والعدالة .

وكذلك ما نصت عليه المادة ١٣٢/٣ من أنه : « إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولا يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط ، ففي هاتين الحالتين وأمثلهما (انظر كذلك المادة ١٤٨ والمادة ٤٢٢ مدني) ، يستعان بالعرف لتحديد ما يعتبر من المسائل التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها في العقد ، كما يستعان به كذلك في تحديد درجة جودة الشيء إذا لم يتفق عليها في العقد .

وقد تحيل النصوص التشريعية على العرف للاستعانة به في تكميل نية المتعاقدين عند التفسير ، ومن ذلك ما تقتضيه المادة ١٥٠ مدني من أنه « إذا كان هناك عمل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ ، مع الاستئذان في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات ،

دور العرف في فروع القانون المختلفة :

يقوم العرف بدوره على النحو الذي بيّناه من قبل في كل فروع القانون بصورة متفاوتة من فرع إلى آخر ، مع استثناء القانون الجنائي ، إذ القاعدة في القانون الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص تشريعي . ومعنى ذلك أنه إذا لم يجد القاضى نصاً تشريعياً يعاقب على الفعل الذي ينسب إلى المتهم ، فإنه لا يستطيع إلا أن يقضى بالبراءة . لكن إلى جانب ذلك فإن للعرف دوراً يختلف في أهميته باختلاف فروع القانون على التفصيل التالي :

١ - ففي نطاق القانون الدولي العام ، يلعب العرف دوراً هاماً ، إذ يعد مصدرأ أساسياً من مصادر القانون ، وهذا ينطبق على أعمال متباعدة تتسع من الدول في المحيط الدولي .

٢ وفي نطاق القانون الدستوري يختلف الأمر باختلاف الدول . ففي إنجلترا مثلا يعتبر العرف المصدر الرئيسي للقانون الدستوري . أما في البلاد الأخرى ، حيث توجد دساتير مكتوبة ، فإن العرف دوره كمثل ذلك ، وإن كان هذا الدور محدوداً . ومن ذلك مثلا ما أقره الفقه عندما في ظل دستور ١٩٢٣ ، من تقرير حق السلطة التنفيذية في إصدار لوائح البوليس .

٣ - وفي نطاق القانون الإداري ، يعتبر العرف كذلك مصدراً من المصادر الرسمية يلجأ إليه قواعده القانونية حيث لا يوجد تشريع . وقد أقرت محكمة القضاء الإداري ذلك إذ قضت ، أن العرف الإداري ، الذي استقر العمل عليه واضطراداً وبمباشرة القاعدة التنظيمية المقررة ، بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع ، مما يعموز المأخذة عليه . فكل قاعدة من القواعد التي تهمر عليها الإدارة وتطبقها باضطراد تصبح قاعدة تنظيمية وتعتبر مخالفتها مخالفة قانونية ، إذ المخالفة القانونية لا تقتصر ، كما تقول محكمة القضاء الإداري ، على مخالفة نص في قانون أو لائحة .

٤ - وفي نطاق القانون المدني ، يلجأ العرف دوراً محدوداً ، لأن التشريع قد بلغ في هذا النطاق درجة كبيرة من الإحاطة والشمول . ومع ذلك فهناك أمثلة في هذا العدد ، منها القاعدة التي تضع قرينة على أن أثاث المنزل يمد مملوكاً للزوجة المسئلة ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ، وذلك لأن القاعدة جرت على أن تأتي الزوجة إلى منزل الزوجية بالمنقولات اللازمة لتأثيث المنزل .

ومن ذلك أيضاً ما جرى عليه العرف في بلاد الصعيد من قياس الأفراس والأصدقاء بالمعاونة في الأفراح والمآتم عن طريق تقديم المال والهدايا ، على أن ترد هذه الأموال والهدايا في المناسبات المماثلة . وقد حكم القضاء فعلاً بمقتضى هذا العرف وقرر بأن المهدى في مثل تلك المناسبات أن يلزم من إهداءه بأن يرد له مثيل مديته إذا وجد في نفس الظروف .

٤ في نطاق القانون التجاري ، العرف دور كبير نظرا لفئة النصوص
التشريعية ، وعدم كفايتها لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة .

ومن أمثلة القواعد العرفية في القانون التجاري القواعد المتعلقة بالبيع -
البحرية ، والحسابات الجارية ، والائتمان المئدنى ، كل هذه الأنظمة تحكمها
قواعد عرفية .

وقد سبق أن رأينا أن العرف التجارى قد يتضمن خروجاً على بعض النصوص
الواردة في القانون المدنى . ففي القانون المدنى نجد أنه لا يميز تقاضى فوائد على
منجمد الفوائد ، كما لا يميز أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر
من رأس المال . ومع ذلك فإن الفوائد المركبة ، ويجوز أن يكون مجموع الفوائد
أكثر من رأس المال جائز يحتضى العرف التجارى فى بعض الأحوال ، كما هو
الحال فى الحساب الجارى .

ومن أمثلة العرف التجارى كذلك إباحة تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه
لحساب الأصيلين ، وتعاقد سماسرة الأوراق المالية فى البورصات لحساب الأصيلين ،
مع أن تعاقد الشخص مع نفسه ممنوع سواء كان التعاقد لحسابه - أو أم لحساب
شخص آخر ، وذلك حتى لا تتضارب المصالح . وقد أقر القانون المدنى بهذا
العرف التجارى الذى يبيح تعاقد الشخص مع نفسه على خلاف ما يقضى به القانون
المدنى (أنظر المادة ١٠٨ مدنى) .

ومن أمثلة العرف التجارى القاعدة الخاصة باقراض التضامن بين المدينين فى
المعاملات التجارية وذلك رغبة فى تقوية الائتمان التجارى ، مع أن التضامنة
فى القانون المدنى هى أن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو
نص فى القانون .

أساس القوة الملزمة للقوة :

تمددت الآراء فى بحث أسس القوة الملزمة للعرف . فمنها ما يرد القوة الملزمة للعرف إلى إرادة المشرع الضمنية . لأنه يرضى عن قيام العرف ولا يمتنع على تطبيقه ، وفى هذا إقرار ضمني له ، ومنها ما يرد القوة الملزمة للعرف إلى الضمير الجماعى ، لأن القانون ينشأ ويتطور آلياً فى ضمير الجماعة ، ومنها ما يذهب إلى إقامة القوة الملزمة للعرف على أساس تطبيق المحاكم له مدة طويلة ، لأن قضاء المحاكم يكونه ويخلق بما يسبغ عليه من قوة إلزامية .

وبان تحليل الكلام حول تفصيل الآراء السابقة التى قبل بها فى بيان أساس القوة الملزمة للعرف ، وماوجه إليها من نقد . ولكننا نود أن نجتزئ القول فى هذا العدد بأن العرف يعتبر قانوناً ، أى تنشأ عنه قواعد قانونية يتوافر لحساب الإلزام الذى تتميز به كل القواعد القانونية ، متى توافرت شروطه التى سبق لنا بيانها ، والتى أرجعناها إلى ركنين ، هما الركن المادى والركن المضموى .

ومع ذلك فإنه لا ينبغي أن تغفل الدور الذى يقوم به القضاء بالنسبة للعرف إذ كثيراً ما يعمد لتكوينه عن طريق استقرار أحكام المحاكم على نحو معين فى مسألة واحدة ، وقد ينشأ عن ذلك عرف ملزم ، متى جرى الأفراد فى تنظيم أمورهم على نحو ما استقر عليه القضاء ، وتولد عندهم الشعور بوجوب احترامه . ومن ناحية أخرى فإن القضاء قد يعمل على تثبيت القواعد العرفية بعد توافر شروطها ، وذلك إذا ما طبق القواعد واضطرت أحكامه على الأخذ بها .

المبحث الثانى

مبادئ الشريعة الإسلامية

رأينا فيما سبق أن المادة الأولى من القانون المدنى جعلت من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً فى العرف فى المرتبة . إذ نصت على أنه ، فإذا

لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد
فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون
الطبيعي وقواعد العدالة .

ومعنى ذلك أنه عند عدم وجود نص في التشريع والنزاع القاضي إلى المصادر
الاحتياطية ، فإنه يبدأ أولاً بالبحث عما إذا كان هناك عرف يحكم النزاع ، فإن
لم يجد انتقل إلى المصدر الاحتياطي الثاني وهو مبادئ الشريعة الإسلامية .

ومبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي إلى العرف ، على هذا النحو ،
ينبغي أن يفرق بينها وبين الدين كمصدر أصلي خاص على النحو الذي بيناه فيما سبق .
فقد رأينا أن الدين يعتبر مصدراً أصلياً من مصادر القانون عندنا في نطاق محدود
هو نطاق الأحوال الشخصية . وكل ما يدخل تحت مدلول اصطلاح الأحوال
الشخصية الآن ، وهو يكاد يقتصر على المسائل المتعلقة بنظام الأسرة ، يطبق في
شأنه القواعد الدينية بأعبارها مصدراً أصلياً خاصاً ، سواء تعلق الأمر بالمسلمين
أم بالمسيحيين أم باليهود . فالدين مصدر رسمي أصلي في مسائل الأحوال الشخصية
بالنسبة للمسلمين ، والأحكام التي تطبق في هذا الصدد مستمدة عن الشريعة
الإسلامية ، ويقتصر تطبيقها على مسائل الأحوال الشخصية فقط بالنسبة للمسلمين
أو غير المسلمين إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعتهم الدينية في مسائل الأحوال
الشخصية على النحو الذي بيناه من قبل .

والشريعة الإسلامية كمصدر رسمي أصلي في نطاق الأحوال الشخصية تختلف
عن مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي إلى العرف في المرتبة اختلافات
أساسية . ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي إنما هي مصدر
عام من مصادر القانون تنطبق أحكامه على الجميع من مسلمين وغير مسلمين ، وبصفة
عامة ، وفي غير نطاق المسائل المعتبرة من الأحوال الشخصية .

والواقع أن اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية ، مصدرا رسميا من مصادر القانون يعتبر تعديداً في قانوننا منذ الإصلاح القضائي في نهاية القرن الماضي .
والمقصود بهذه المبادئ هي المبادئ العامة في المذاهب المختلفة ، وهي تختلف كثيراً من مذهب إلى آخر .

المبحث الثالث

مبادئ القانون الجديد وقواعد العدالة

تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة المصدر الرسمي الأخير من مصادر القانون بل مبادئ الشريعة الإسلامية . وقد أخذ المشرع في هذا بما كانت تنص عليه المادة ١١ من القانون المدني المخطط والمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية ، وماورد في غيرهما من نصوص أخرى .

كما استندت المحاكم فيما مضى إلى فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة في كثير من أحكامها حيث كانت أمام حالات لم يوجد لها نص في القانون لكي تستطيع أن تسد ما كان هناك من نقص . ومن ذلك مثلاً ماقررت به المحاكم بالنسبة لحماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، مثل حق المؤلف والملحن والمخترع . . . فقد كان المشرع يعترف بضرورة حماية هذه الممتلكات وأشار في القانون المدني القديم (مادة ١٢) إلى أنها تنظم بقانون ، ولما تأخر صدور القانون ، ووجدت المحاكم نفسها أمام حالة ليس فيها نص لجأت إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة لكي تتوصل إلى صيانة حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية للأفراد ، وألومت من يعتدى عليها بالتعويض ، وقد طبقت المحاكم هذه الفكرة في حالات كثيرة .

لكن إذا كانت فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة قد دونت من قبل في نصوص تشريعية ، كما أن المحاكم قد طبقتها ، إلا أنه ينبغي أن نشير - كما هو واضح من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في هذا الصدد - إلى أن الإشارة إلى

« مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » ، لاتعدنا بقواعد قانونية بالمعنى ،
الصحيح ، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الرسمية الأخرى ، والإحالة إليها لاتبقى
إلا إلزام القاضى أن يحشد رأيه ، حتى يصل إلى حكم النزاع المعروض عليه ،
وحق يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء .

وينبغى أن يراعى فى هذا الصدد ، أن على القاضى ، حينما يستوحى مبادئ
القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، أن يصدر على اعتبارات موضوعية عامة ، فلا
ينأثر بأفكاره الذاتية الخاصة .

الباب الرابع

تطبيق القانون

تمهيد : إذا ما وجدت القواعد القانونية مستمدة من المصادر السابقة ، ثار البحث حول تطبيقها على الروابط الاجتماعية التي وجدت هذه القواعد لتحكمها. ولهذا كان من اللازم أن نعرف النطاق الذي تطبق فيه القواعد القانونية عن طريق تحديد العلاقات التي تخضع لها ويسرى عليها حكمها . وتقوم السلطة القضائية بتطبيق القانون على ما يعرض من منازعات بين الأشخاص الذين يسرى عليهم حكمه . ولما لم يكن من الميسور في كثير من الحالات على من يقومون بتطبيق القانون الوقوف على حكمه بسهولة ، فإن الحاجة نشور إلى تفسيره لكي يمكن الوصول إلى حكمه في مسدد المنازعات التي تعرض بين الأشخاص في الحياة العملية .

ولهذا كان من اللازم عند بحثنا لتطبيق القانون أن نحدد النطاق الذي يطبق فيه ، أي نحدد العلاقات التي يسرى عليها أو مدى صريانه ، ثم نبحث بعد ذلك تفسيره ، ولكن قبل أن نعالج هذين الموضوعين نرى من اللازم الوقوف أولا لكي نبين في إيجاز السلطة التي تقوم بتطبيق القانون . وعلى ذلك يتحدد موضوع البحث في هذا الباب على النحو التالي : نبدأ أولا بالكلام عن السلطة التي تقوم بتطبيق القانون . ثم نتكلم ثانيا عن مدى صريان القانون أو نطاق تطبيق القانون ، وأخيرا نتكلم عن تفسير القانون .

الفصل الأول

السلطة التي تقوم بتطبيق القانون

تقوم السلطة القضائية بتطبيق القانون . ولما كانت هذه السلطة تؤدي دوراً خطيراً من حيث الفصل في المنازعات بين الأفراد ، أو بين الأفراد وجهات الإدارة ، كان من اللازم العمل على توفير الضمانات الكافية لأعضائها حتى يقوموا بواجبهم في إقامة العدالة على الوجه الأكمل . وقد عيّنت الدساتير بالنص على استقلال هذه السلطة حتى تضمن القضاء الحرية الكاملة في أداء عملهم ، دون أن يكون لأحد سلطان عليهم سوى القانون ، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا أو في شئون العدالة (م ١٦٦ دستور ١٩٧١) . وزيادة في ضمان استقلال القضاء نص الدستور كذلك على أن القضاء غير قابلين للعزل ، وذلك على الوجه المبين بالقانون ، (م ١٦٨ دستور ١٩٧١) .

ولكي يتوافر للمتقاضين الثقة في قضاء المحاكم ، كان الأصل في جلساتها هو العلنية ، اللهم إلا إذا استدعت الظروف جعل الجلسات سرية لما قد يثار في الدعوى من مسائل تتعلق بالنظام العام أو الآداب ، فيكون للمحاكمة في مثل هذه الحالة جعل جلساتها سرية . وعلى أية حال إذا ما تقرر جعل المحاكمة سرية ، فإنه يتعين أن يكون التعلق بالمحكمة في جلسة علنية .

والسلطة القضائية تتولاها المحاكم . وقد تعددت جهات القضاء عندنا نظراً للظروف التي مرت بها البلاد ، سواء من الناحية السياسية أم من الناحية الدينية . ولكن انتهى الأمر إل أن توحدت تلك الجهات على أثر إلغاء المحاكم المختلطة التي كانت تفصل في المنازعات التي يوجد فيها عنصر أجنبي . وذلك سنة ١٩٤٩ ، وعلى

أثر إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية التي كانت تختص بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية من مسلمين وغير مسلمين في سنة ١٩٥٥ .

وفي الوقت الحاضر يوجد عندنا جهتان رئيسيتان للقضاء : جهة القضاء العادي أو المحاكم العادية ، وجهة القضاء الإداري : هذا فضلا عن المحكمة العليا .

أولا : جهة القضاء العادي :

تختص المحاكم العادية بالفصل في كافة المنازعات وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص . ومعنى ذلك أن جهة القضاء العادي تعتبر صاحبة الولاية العامة ، فتختص بكافة المنازعات أيًا كانت . طالما أنها لم يخرج عن اختصاصها ينصر خاص .

وتتكون جهة القضاء العادي من عدة محاكم موزعة في أنحاء البلاد ، ومنقسمة إلى درجات على النحو التالي : محكمة النقض ويلها في التدرج محاكم الاستئناف ثم المحاكم الابتدائية ، فالمحاكم الجزئية .

١ - محكمة النقض : ومهمتها الإشراف على صحة تطبيق القانون . وهي محكمة واحدة ، ومقرها القاهرة .

٢ - محاكم الاستئناف : ومقر هذه المحاكم في القاهرة والاسكندرية ووطنطا والمنصورة وبني سويف وأسيوط . ويجوز أن تنعقد محكمة الاستئناف في أي مكان آخر في دائرة اختصاصها ، أو خارج هذه الدائرة عند الضرورة على النحو الذي يبينه القانون .

٣ - المحاكم الابتدائية : ومقرها في عواصم المحافظات . ويجوز أن تنعقد المحكمة الابتدائية في أي مكان آخر في دائرة اختصاصها أو خارج هذه الدائرة عند الضرورة على النحو الذي يبينه القانون .

٤ - المحاكم الجزئية : لم يحدد القانون المحاكم الجزئية كما فعل بالنسبة للمحاكم

الأخرى ، ولكنه قرر أن تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة ابتدائية محاكم جزئية يكون لإنشائها وتعيين مقرها وتحديد دوائر اختصاصها بقرار من وزير العدل . كما أجاز القانون كذلك إمكان انعقاد المحكمة الجزئية في أي مكان آخر في دائرة اختصاصها أو خارج هذه الدائرة عند الضرورة ، على النحو الذي بيته القانون . وهذا بالنسبة للمحاكم العادية ، أو جهة القضاء العادي . وهي تختص ، كما قدمنا ، بالفصل في كافة المنازعات وجميع الجرائم إلا ما يخرج عن اختصاصها بنص خاص .

ثانيا - جهة القضاء الإداري :

تختص جهة القضاء الإداري بنظر نوع معين من المنازعات يتولى القانون تحديدتها ، مثل المنازعات الخاصة بالمرقيات والمعاشات والمكافآت المستحقة للوظفين العموميين ، وكذلك تختص بالفصل في الطعون التي يقدمها ذوو الشأن في القرارات التي تصدر من الجهات الإدارية .

وقبل إنشاء مجلس الدولة عندما في سنة ١٩٤٦ لم يكن هناك جهة قضاء مستقلة للفصل في المنازعات الإدارية . ولكن حينما أُنشئ بمجلس الدولة جمل من بين أقسامه قسم خاص للقضاء الإداري . ويؤلف القسم القضائي بمجلس الدولة من : (أ) المحكمة الإدارية العليا . وهي تشبه في وظيفتها وظيفه محكمة النقض بالنسبة للقضاء العادي . (ب) محكمة القضاء الإداري . (ج) المحاكم الإدارية . (د) المحاكم التأديبية (هـ) هيئة مفوضي الدولة .

ثالثا - المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا :

وقد صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء محكمة عليا تكون هي الهيئة القضائية العليا بمصر ويكون مقرها القاهرة . وقد حدد القانون المذكور اختصاص هذه المحكمة فيما يلي :

(١) الفصل ، دون غيرها في دستورية القوانين ،

(٢) كما تختص هذه المحكمة كذلك بتفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها ، ضمانا لوحدة التطبيق القضائي ، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما .

(٣) الفصل في طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المشككة للفصل في منازعات الحكومة والقطاع العام ، وذلك إذا كان من شأن تنفيذ الحكم الإضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة بناء على طلب الوزير المختص .

(٤) الفصل في مسائل تنازع الاختصاص طبقاً لأحكام المواد ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ من قانون السلطة القضائية .

ولما صدر الدستور الدائم سنة ١٩٧١ لص على إنشاء محكمة دستورية عليا ، وبين أنها تتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وتقول كذلك تفسير النصوص التشريعية ، وذلك على الوجه المبين في القانون . كما بين الدستور كذلك أن القانون يبين الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها .

وقد لص الدستور في مرحلة انتقالية على أن تظل المحكمة العليا تمارس اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها ، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا .

الفصل الثاني

نطاق تطبيق القانون

تقسيم الموضوع :

إذا ما تكررت القاعدة القانونية وصدرت عن مصدر من المصادر السابقة ، فإن البحث يثور بعد ذلك حول تطبيقها ، لأنها ما وجدت إلا لكي تحكم سلوك الأشخاص في الجرائع ، فهي معدة لتطبيق على العلاقات التي تنشأ بينهم . كما أنها تتوجه بالمخاطاب إليهم وتظل كذلك طالما بقيت قائمة .

ويقتضى تطبيق القاعدة القانونية أن نعرض للنطاق الذي تطبق فيه . ويحدد ذلك أولاً ببحث مدى تطبيقها في حق المخاطبين بأحكامها . فهل تسري في حق من يعلم بها فتطد ؟

وإذا ما تحدد مدى سريان القاعدة القانونية على النحو السابق ثارت مسألة أخرى : هي مدى سريانها أو تطبيقها من حيث المكان فهل تسري في حدود الإقليم الذي وضعت فيه أم أنها تخرج عن حدود هذا الإقليم وتتبع المخاطبين بأحكامها أينما كانوا ، حتى لو كان خارج نطاق الإقليم ؟ وبمعنى آخر هل يتحدد نطاق تطبيق القاعدة على أساس شخصي ؟

ولما كانت القاعدة القانونية لا توضع لكي تفرض أحكامها بصورة مؤبدة ، فإنها قد تنقضي ، وقد تحمل محلها قاعدة أخرى . وإذا ما ألغيت وحلت محلها قاعدة أخرى ، فالأى وقت يستمر سريان القاعدة الأولى . وما هو الحد الفاصل بين نطاق تطبيق كل من القاعدة الأولى ، والقاعدة التي أعقبتها ، وهذا ما يجب علينا نتكلم عن مدى سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان .

ومن ذلك بحدود موضوع البحث الذي يثيره نطاق تطبيق القانون أو القاعدة القانونية ، فننكأ أولاً عن مدى صريانها في حق المخاطبين بأحكامها وإلى أى مدى يعنى البعض من الخضوع لها ، وهذا ما نعالجه تحت المبدأ الذى يقضى بعدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، فإذا ما افترضنا من ذلك انتقلنا إلى بحث مدى صريان القاعدة القانونية أو مدى تطبيقها من حيث المكان ، ثم أخيراً نتكلم عن مدى صريان القاعدة أو تطبيقها من حيث الزمان .

المبحث الأول

عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

الأساس الذى يستند إليه المبدأ : إذا تكونت القاعدة القانونية مستمدة من مصدر من المصادر الرسمية السابق بيانها ، فإنها تسرى في حق المخاطبين بأحكامها ، سواء علوا بها أم لم يعلموا . ولا يصح الاحتجاج بعدم العلم بها تبرها من تطبيق أحكامها ، إذ لا يعذر أحد لجهله بأحكام القانون . ويعبر عن ذلك بأنه « لا يفترض في أحد الجهل بالقانون » (nul n'est censé ignorer la loi) .

ومن الممكن أن يقال إنه ليس من العدالة أن يخضع الأفراد لقواعد قانونية لا يعلمون عنها شيئاً . ولكن لما كان من المستحيل أن يحاط كل فرد علماً بوجود القانون ، فإن المصلحة العامة تقتضى أن يوضع مثل هذا المبدأ حتى لا يوجه الخطاب إلى بعض الأفراد ، دون البعض الآخر ، وإلا سادت الفوضى وعدم الاستقرار والاضطراب في نطاق المعاملات ، وثارَت المنازعات حول علم الناس أو جهلهم بالقانون ، واستطاع الكثيرون الإفلات من الخضوع لأحكامه ، فيقتصر القانون على أداء وظيفته وهى حفظ النظام في الجماعة .

ومن ناحية أخرى يراعى أنه إذا كان تطبيق هذا المبدأ قد يؤدي إلى إهدار المصالح الخاصة للأفراد ، إلا أنهم كثيراً ما يحاطون علماً من الناحية الواقعية بأحكام القانون سواء عن طريق الإذاعة أو الصحف أو غيرها من وسائل النشر ، أو قد يعلمون بها لأنها من القواعد التي يسهل على الأفراد الوقوف عليها نظراً لنشوتها فيما بينهم ، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد التي مصدرها العرف ، أو أنها قواعد أصبحت واضحة معلومة من الكافة نظراً لقدمها أو لاتصالها بالدين ، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية .

ثم إنه يراعى كذلك أن التشريع ، وهو المصدر الرئيسى في الوقت الحاضر ، لا يصير نافذاً إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية . وغالباً ما تمضى مدة قد تطول في بعض الأحيان ، قبل وضعه موضع التنفيذ ، وفي هذا أيضاً ضمان كاف للأفراد يتيح لهم فرصة العلم بأحكامه .

يضاف إلى ذلك أن القواعد القانونية ، في مجملها ، تتفق ومنطق البشرية ، مما يجعل الأشخاص يحترمونها رغم علمهم بها فعلاً ، نظراً لشعورهم بأنهم يلتزمون سلوكاً معيناً في الحياة ، وأنه ليس لهم حق في الاعتداء على حقوق الآخرين .

وأياً كان الأمر ، فإن المبدأ يصرى في حق الناس كافة ، ولا يعذر أحد لجهله بالقانون ، أياً كانت الظروف المحيطة به فلا يصح للشخص الاحتجاج بعدم العلم بأحكام القانون لمرضه أو لغيابه خارج البلد أثناء صدور القانون أو تمام تكوين القاعدة القانونية ، كما لا يصح له أن يحتج بعدم علمه بالقانون لجهله بالقراءة . .

أو لغير ذلك .

استثناء من المبدأ : وإذا كان هذا المبدأ قد وضع على النحو السابق للاعتبارات التي أشرنا إليها . إلا أنه يرد عليه استثناء واحد . حيث يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون وطلب عدم تطبيقه ؛ وذلك في حالة القوة القاهرة التي تحول دون

وصول الجريدة الرسمية إلى بعض المناطق ، كما إذا عزلت هذه المناطق عزلاً تاماً بسبب حصار الأعداء لها أو بسبب احتلالها أو بسبب فيضان ، أو لانقطاع المواصلات عنها .. والحكمة من تقرير هذا الاستثناء هي أن وصول الجريدة الرسمية يعطى للأفراد فرصة للعلم ، فإذا لم يتم ذلك لا تكون لديهم الفرصة لاحتمال العلم به . ولهذا كان من الطبيعي أن يسمع لهم بالاعتذار بهم لهم بأحكامه ومن الواضح تبعاً لهذا أن الاستثناء لا يطبق إلا بالنسبة للقواعد القانونية التي مصدرها التشريع ، كما أن هذا الاستثناء مقيد بالظروف التي تدعو إليه . فإذا زالت تلك الظروف ، زال الاستثناء وطبق المبدأ .

مدى تطبيق المبدأ : لا جدال في أن المبدأ يطبق أبداً كان مصدر القواعد القانونية ، سواء كان مصدرها التشريع أو الدين أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية على النحو الذي فصلناه من قبل . كما أن المبدأ يطبق بالنسبة ، لكافة القواعد سواء كانت هذه القواعد قواعد أمرة لا يصح للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، أو كانت قواعد مكرمة أو منسوخة ، يصح للأفراد الاتفاق على مخالفتها .

المبحث الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

لعل ما دعا إلى بحث هذا الموضوع هو أن الدول أصبحت لا تمشي في معزل عن بعضها في الوقت الحاضر . ذلك لأننا لو تصورنا أن دولة من الدول عاشت منعزلة تماماً عن غيرها لا يوجد على إقليمها غير أبنائها ، ولا يوجد أحد أبنائها خارج إقليمها ، فإن مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون في المكان لن تثار ، لأن القانون في هذه الحالة يتحدد بإقليم الدولة وبالنسبة لكل أبنائها .

إلا أن الفرض السابق فرض غير متحقق من الناحية العملية في الوقت الحاضر

نظراً لإرتباط الدول بعضها ببعض الآخر بشق الوسائل ، وخاصة بعد أن تقدمت وسائل المواصلات وازدهرت التجارة الدولية ، مما أدى إلى انتقال الأفراد من دولة إلى أخرى لممارسة كافة أنواع النشاط . ولهذا وجد في كل دولة أشخاص من غير أبنائها يقيمون فيها ، وقد يكون ذلك بصفة مؤقتة . وإذا ما أقاموا على هذا النحو نشأت علاقات فيما بينهم وبين المواطنين من أبناء البلد . وهنا تثار المشككة بالنسبة للقانون الواجب تطبيقه . فهل يسرى قانون الدولة بصورة مطلقة على كل من في إقليمها من مواطنين وأجانب ، أم أنه يسرى على المواطنين فقط دون الأجانب . وإذا ما كان قانون الدولة يسرى على أبنائها فقط ، فهل يقتصر مريانه عليهم في حدود إقليمها ، أم أنه يتبعهم أينما كانوا ، فيسرى عليهم خارج إقليمها .

تختلف الإجابة على هذا التساؤل بحسب ما إذا كان المبدأ الذي يطبق هو مبدأ إقليمية القوانين ، أو ما إذا كان هذا المبدأ هو مبدأ شخصية القوانين .

ومقتضى مبدأ إقليمية القوانين Territorialité des lois أن قانون الدولة هو الذي يسرى على كل ما يحدث داخل حدود إقليمها ، بصرف النظر عن جنسية الأشخاص ، سواء كانوا من أبناء الدولة أم من الأجانب . وإذا اقتصر مريان القانون على حدود الدولة على هذا النحو ، فإنه لا يمتد خارج إقليمها ، حتى ولو تعلق الأمر بأبناء الدولة نفسها .

أما مبدأ شخصية القوانين Personnalité des lois : فقتضاء أن يسرى قانون الدولة على أبنائها فقط دون نظر إلى المكان الذي يقيمون فيه ، أى سواء كانوا داخل حدود الدولة أم خارجها . وإذا اقتصر مريان قانون الدولة على أبنائها فقط ، فإنه لا يمتد إلى الأجانب ، حتى ولو كانوا يقيمون داخل حدود الدولة .

إلى أى مدى يطبق مبدأ الإقليمية ومبدأ شخصية القوانين ؟

كان المبدأ السائد فيما مضى هو مبدأ الإقليمية القوانين ، وذلك لانعزال الدول بعضها عن البعض ، ولتشددتها في الأخذ بفكرة السيادة ، وهى الأساس الذى يقوم عليه مبدأ الإقليمية ، مما أدى إل تمسكها بتطبيق قوانينها على كل من يوجد على أرض الاقليم من وطنيين وأجانب .

ولما اتسع نطاق العلاقات بين الدول ، ونزح الكثيرون من بلادهم إلى دول أخرى لممارسة شتى أوجه النشاط ، شغل الأفراد أن في تطبيق قوانين البلاد التى نزحوا إليها ما لا يتفق وما ألفوه في بلادهم ، وخاصة بالنسبة للقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية نظراً لصلتها بشخص الإنسان وبملاقاته مع أفراد أسرته ، وكان من اللازم تبعاً لذلك أن تتساهل الدولة وتخفف من تشددتها في تطبيق مبدأ إقليمية القوانين حتى لا يتضرر الأجانب من تطبيق قوانين غير مألوفة لديهم . ومن هنا ظهر مبدأ شخصية القوانين ، وعلى سبيل الاستثناء يطبق مبدأ شخصية القوانين . وقد وجد المبدأ أن وطبقاً معاً على هذا النحو .

المبدأ المتأخوذ به في مصر :

الأصل أن القانون عندنا يطبق تطبيقاً إقليمياً ، ومع ذلك توجد استثناءات من هذا الأصل . ولهذا فإننا نتكلم عن القاعدة الأصلية ثم عن الاستثناءات .

القاعدة هى الإقليمية القوانين : الأصل أن القوانين تطبق تطبيقاً إقليمياً ، أى أنها تسرى على المواطنين والأجانب على السواء ، ولا تتجاوز حدود بلادنا ، حتى ولو قصد أنها تسرى على رعايانا في الخارج .

الاستثناءات : وإلى جانب المبدأ العام توجد بعض استثناءات تحد من تطبيق القانون المصرى داخل الأقاليم أو تمت تطبيقه إلى خارج الأقاليم .

(١) هناك طائفة أول من القواعد لا تطبق تطبيقاً إقليمياً . ولسكنها تطبق

بالنسبة للمواطنين وخدم دون الأجانب ، وهذا هو الشأن بالنسبة لما يقرره الدستور للأفراد من حريات وحقوق وما يلزمهم من واجبات قبل الدولة ؛ إذ بالنسبة لهذه المسائل لا يتمتع الأجانب بنفس الحقوق التي يتمتع بها المواطنون ، كحق الانتخاب وحق الترشيح للهيئات النيابية ، وحق تولي الوظائف العامة ، وهذا الحق الأخير قاصر ، بحسب الأصل على المواطنين ، ويباح للأجانب على سبيل الاستثناء بشروط وقيود معينة . كما أن الأجانب لا يتحملون بعض الالتزامات والواجبات التي تقع على المواطنين ، كأداء الخدمة العسكرية .

(٢) والاستثناء الثاني أورده قانون العقوبات . فالقاعدة بالنسبة لقانون العقوبات هي الإقليمية ، إذ تسرى أحكام هذا القانون على من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه . فقانون العقوبات يسرى إذن على كل من يرتكب جريمة في القطر المصري حتى ولو كان أجنبياً . كما أنه لا يسرى خارج القطر المصري حتى ولو كان مرتكب الجريمة مصرياً . وهذا هو الأصل في قانون العقوبات .

ولكن استثناء من هذا الأصل يسرى قانون العقوبات على بعض الجرائم التي ترتكب خارج إقليم الدولة ، فقد يقوم أشخاص موجودون في الخارج ، سواء كانوا من المصريين أم من الأجانب ، بارتكاب بعض الجرائم إذا وقعت هذه الجرائم كلها أو بعضها في أرض الإقليم ، وقد ترتكب في الخارج جرائم بها صاس بأمن الدولة أو الثقة في أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها أو بالثقة في نقدها عن طريق تزيفه .

(٣) وبسبب ذلك من قاعدة إقليمية القوانين : ما يقرره القانون الدولي العام من حصانة قضائية يتمتع بها بعض الأجانب مثل رؤساء الدول الأجنبية والممثلين

الدبلوماسيين في حدود معينة . وفي نطاق هذا الحدود لا يخضعون للقضاء الوطنى ،
وتبعا لذلك لا يطبق عليهم قانون الدولة .

(٤) ولعل أهم ما يرد على مبدأ إقليمية القوانين عندنا من استثناءات هو
الاستثناء الذى يترتب على أعمال قواعد القانون الدولى الخاص . إذ قد يفضى
إعمالها إلى تطبيق قانون أجنبى فى مصر . كما قد يفضى بذلك إلى تطبيق قانوننا
على ما يقع خارج حدود الإقليم . ومن ذلك مثلا ما تنص عليه المادة ١٢ من
القانون المدنى من أنه : يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون
كل من الزوجين ، فلو ثار النزاع بين زوجين فرنسيين مثلا ، فيبين فى مصر ،
بشأن الشروط الموضوعية لصحة زواجهما ، فإنه يرجع فى ذلك إلى القانون الفرنسى
دون القانون المصرى . وفى هذه الحالة يرى قاعدة الإسناد فى المادة ١٢ تؤدى
إلى تطبيق قانون أجنبى . ومن ناحية أخرى قد يترتب على أعمال قواعد القانون
الدولى الخاص تطبيق قانوننا على ما وقع خارج حدود الإقليم . فطبقا لقاعدة
الواردة فى المادة ١٢ سالفه الذكر ، إذا ما ثار النزاع حول الشروط الموضوعية
لصحة زواج تم فى الخارج بين مصريين ، فإنه يرجع - طبقا لقاعدة الإسناد
فى المادة السابقة - إلى قانون كل من الزوجين ، وهو القانون المصرى .

المبحث الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

إذا ما وجدت القاعدة القانونية وصارت نافذة ، قائما تظل سارية حتى تنقضى
بإلغائها . ولما كان إلغاء القاعدة القانونية لا ينهى كل ما يشير تطبيقها من مشاكل ،
لأنها إذا ما ألغت وحلت محلها قاعدة أخرى ، ثار النزاع بين كل من القاعدتين
لمعرفة الحد الفاصل بين نطاق تطبيق القاعدة التى ألغيت والقاعدة التى حلت محلها

بالنسبة للأوضاع والآثار القانونية التي ابتدأت في ظل القاعدة الأولى وظلت مستمرة في ظل القاعدة التي حلت محلها . وهذه هي مشكلة تنازع القوانين في الزمان . ومن هذا يتضح لنا أن دراسة هذا المبحث تقتضى أن نتكلم أولاً عن إلغاء القاعدة القانونية ، ثم نبحث بعد ذلك تنازع القواعد القانونية في الزمان .

أولاً : إلغاء القاعدة القانونية

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة . وقد يحصل هذا الإلغاء بأن يستبدل بالقاعدة القانونية قاعدة أخرى تحل محلها ، وقد يكون ذلك بالاستغناء عنها نهائياً دون إحلال قاعدة أخرى محلها . ولا يقتصر الإلغاء على القاعدة القانونية التي تستمد مصدرها من التشريع ، بل إنه يكون بالنسبة للقواعد القانونية بصفة عامة أيأ كان مصدرها . ولهذا فإن المصدر الذي تبنى القاعدة القانونية عن طريقه يختلف باختلاف المصدر الذي استمدت منه هذه القاعدة . ومن جهة أخرى تختلف الطريقة التي تتبع في إلغاء القاعدة القانونية بحسب ما إذا كان إلغاء صريحاً أو إلغاء ضمني . وعلى ذلك تتكلم عن السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية ، ثم نتكلم عن الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني .

١ - السلطة التي تملك الإلغاء :

القاعدة في هذا الصدد أن السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية هي السلطة التي تملك إنشاءها ، أو سلطة أعلى منها . فالقاعدة القانونية لا تافى إلا بقاعدة أخرى من نفس القوة أو بقاعدة أعلى منها . وقد سبق أن رأينا أن القواعد القانونية ليست كلها على درجة واحدة ، ففي مقدمتها توجد القواعد القانونية التي تستمد مصدرها من التشريع ، ويليهما في المرتبة القواعد العرفية ثم تبقى بعد ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية .

ويترتب على هذا التدرج بين القواعد القانونية أن القواعد التشريعية لا تُلغى إلا بقواعد تشريعية أخرى . ولما كانت القواعد التشريعية تختلف فيما بينها من حيث قوتها ، إذ أنها على درجات ثلاث : أعلاها التشريع الأساسي أو الدستور . ويليه التشريع العادي ثم التشريع الفرعي في نهاية التدرج ، فإنه يترتب على ذلك أن التشريع الأدنى لا يجوز له أن يخالف التشريع الأعلى منه ، وأن التشريع لا يلغيه إلا تشريع من نفس درجته أو أعلى منه . ولهذا فإن التشريع الأساسي (الدستور) لا يلغى إلا بتشريع أساسي مثله . والتشريع العادي لا يلغى إلا بالتشريع أساسي . والتشريع الفرعي لا يلغى إلا بتشريع فرعي مثله أو بتشريع عادي أو أساسي . هذا بالنسبة للقواعد التشريعية فيما بينها .

أما في صلة التشريع بصفة عامة ، بالمصادر التالية في المراتبة ، فإنه يراعى التدرج فيما بينها كذلك . ولهذا فإن التشريع لا يلغيه العرف . لأن العرف أدنى مرتبة من التشريع . وتبعاً لذلك فإنه لا يمكن إلغاء التشريع عن طريق إهمال تطبيقه مدة طويلة ، لأن إهمال التشريع وعدم تطبيقه مدة طويلة يكون عرفاً سلبياً بعدم الاستعمال ، والعرف . كما قدمنا لا يملك إلغاء التشريع .

وإذا كان العرف لا يلغى التشريع على النحو السابق ، فإن التشريع يلغى العرف لأنه أسنى منه في المراتبة ، كما أن العرف يلغى بعرف آخر مخالف له . وراعى أن التشريع يلغى كل القواعد القانونية الأخرى التالية له في المراتبة أيأ كان مصدرها . كما أن العرف يلغى القواعد الأخرى التالية له في المراتبة ، وهكذا .

٢ - الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني :

نصت المادة ٢ من القانون المدنى على هذين النوعين من الإلغاء فقررت أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، وينظم من جديد الموضوع

الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ، وعلى ضوء هذا النص تتكلم عن الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني .

(أ) الإلغاء الصريح : يكون الإلغاء صريحا إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تقضى صراحة بهذا الإلغاء ، ولا يكون ذلك إلا بواسطة قاعدة تشريعية ينص فيها صراحة على إلغاء القاعدة السابقة . مثل ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الخاص بإصدار القانون المدني الحالي حيث جاء بها : « يلغى القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٢ ، والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونيو ١٨٧٥ ، ويستعاض عنها بالقانون المدني المرافق لهذا القانون » . فالقانون قد صرح في هذه الحالة بإلغاء قانون سابق وإحلال قانون آخر محله . وهذه صورة أولى من صور الإلغاء الصريح .

وقد يتحقق الإلغاء الصريح كذلك في صور أخرى ، وهى الصورة التى ينص فيها على توقيت التشريع بمدة معينة ، أو ينص فيها على العمل بالتشريع إلى أن يتحقق أمر معين . وفى هذه الحالة يصبح التشريع ملغيا إذا ما انقضت تلك المدة المعينة أو إذا ما تحقق هذا الأمر المعين . مثل ذلك القوانين التى تصدر أثناء الحرب وينص فيها على أنه يعمل بها مدة قيام الحرب فقط ، وفى هذه الحالة تنتهى تلك القوانين بانتهاء الحرب . ومثل ذلك أيضا ما كان ينص عليه فى المادة ٧٣ من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة (سنة ١٩٥٨) من أنه « يعمل بهذا الدستور المؤقت إلى حين موافقة الشعب على الدستور الدائم للجمهورية العربية المتحدة » .

(ب) الإلغاء الضمنى : فى هذه الصورة من صور الإلغاء لا يصرح بإلغاء القاعدة السابقة ، ولكنه يستنتج من تعارض قاعدة قانونية جديدة مع قاعدة

أخرى سابقة ، فتعتبر القاعدة الجديدة ناسخة بطريقة ضمنية للقواعد السابقة ، وذلك لاستحالة الجمع بين حكم القاعدتين في وقت واحد ، وقد تضمنت المادة ٢ من القانون المدني صورتين للإلغاء .

الصورة الأولى : التعارض بين القديم والجديد : في هذه الحالة تصدر قاعدة جديدة تعارض مع قاعدة سابقة عليها . بحيث لا يمكن تطبيق القاعدتين معاً في وقت واحد ، فيفهم من ذلك ضمناً أن القاعدة الجديدة قد ألغت القاعدة القديمة .

وقد يكون التعارض بين القاعدتين تعارضاً كلياً ، كما قد يكون هذا التعارض جزئياً . فإذا كان التعارض تاماً ، بحيث يستحيل التوفيق بين أحكامها ، اعتبرت القاعدة الأولى ملغاة إلغاءً ضمناً بالقاعدة الجديدة . أما إذا كان التعارض جزئياً ، أي وقع في بعض الأحكام دون البعض الآخر ، فإن الإلغاء لا يكون إلا في حدود التعارض بين القديم والجديد أي يكون جزئياً .

ولكن لكي يتم الإلغاء على النحو السابق ، كليا كان أم جزئياً ، يلزم أن يكون الحكم الجديد والحكم القديم من نفس النوع ، أي تكون أحكاما ذات صفة واحدة . فإذا كان الحكم القديم حكماً عاماً يلزم أن يكون الحكم الجديد تاماً . وإذا كان الحكم القديم خاصاً يلزم أن يكون الحكم الجديد خاصاً . فإذا اتحدت أحكام القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة واتحاداً جديداً على هذا النحو كان هناك إلغاء كلي أو جزئي ، حسب الأحوال .

إلا أن الوضع لا يتم غالباً على النحو السابق . فقد يكون التعارض بين حكم قديم عام وحكم جديد خاص أو العكس ، فإذا يكون الوضع في هذه الحالة .

(١) إذا كانت القاعدة القديمة قاعدة عامة والقاعدة الجديدة قاعدة خاصة ، فإن القواعد الجديدة لا تلغى من القاعدة القديمة إلا ما جاءت الجديدة بشأنه

فقط . وتظل القاعدة القديمة كما هي ، فيما عدا الحالة الخاصة التي نعت عليها القاعدة الجديدة والتي تعتبر استثناءً يحد من عمومية القاعدة العامة .

فلو فرض أن القانون القديم يقضى بأن الملكية تنتقل فور العقد في المتعولات والعقارات . ثم جاء القانون الجديد ، وقرر أن الملكية لا تنتقل في العقارات إلا بالتسجيل . فالقاعدة الأولى قاعدة عامة تنصرف إلى العقار والمنقول ، وأما الحكم الجديد فهو حكم خاص ينصرف إلى بعض ما جاءت به القاعدة الأولى وهو العقار في القاعدة الأولى ، وانتقال الملكية بالنسبة له بمجرد العقد قد صار ملغياً ويبقى حكم انتقال الملكية بمجرد العقد ، والذي جاءت به القاعدة الأولى ، قاصراً على المنقول فقط .

(٢) أما إذا كان الحكم القديم خاصاً ، والحكم الجديد الذي يتعارض معه حكماً عاماً ، فإن هذا التعارض لا يؤدي إلى إلغاء القاعدة القديمة الخاصة ، فيعمل بالحكم الذي جاءت به القاعدة الجديدة باعتباره القاعدة العامة ، ويبقى الحكم القديم على ما كان ويعد استثناءً . فالحكم العام لا يلغى الحكم الخاص .

فلو كان القانون القديم يضع حكماً بشأن نقل الملكية في العقار وهو أنها لا تنتقل إلا بالتسجيل . وجاء القانون بعد ذلك فوضع قاعدة عامة تقرر أن الملكية تنتقل بمجرد نشوء الالتزام ، وأن حكم القانون الجديد حكم عام يشمل العقار والمنقول ، أما الحكم السابق فهو حكم خاص يعلق انتقال الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات فقط على التسجيل . فهذه الحالة لا ينسخ الحكم العام الوارد في القانون الجديد الحكم الخاص ، بل يظهر هذا الأخير قائماً كاستثناء واردة عليه .

الصورة الثالثة : تنظيم الموضوع نفسه من جديد : فإذا صدرت قواعد قانونية تنظم موضوعاً سبق أن نظمته أرواح سابقة ، فإنه يستخلص من إعادة تنظيم الموضوع نفسه من جديد إلغاء كل القواعد التي كانت تنظم هذا الموضوع

من قبل ، حتى ولو كانت بعض القواعد السابقة لا تعارض مع القواعد الجديدة .
فالفسخ يكون ضمناً إذا صدر ، تشريع جديدة ينظم تنظيمها كلاً ولا وضماً من
الأوضاع أفراد له تشريع سابق . وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً
بجملة وتفصيلاً ، ولو اختلف التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص
التشريع الذي تلاه ، (١) .

ثانياً : تنازع القوانين في الزمان

لعل أهم ما يثيره تطبيق القانون هو مسألة تحديد صريانه من حيث الزمان .
ذلك أنه إذا ما ألغيت قاعدة قانونية . وحلت محلها قاعدة أخرى ، أدى ذلك إلى
قيام التنازع بين القاعدتين لمعرفة الحد الفاصل بين نطاق تطبيق كل منهما .

ولا نشور صعوبة ما إذا أُلغيت الأوضاع القانونية وترتيب آثارها في ظل قاعدة
واحدة ، إذ في هذه الحالة لا تثار مشكلة تنازع القوانين في الزمان .

فإذا وضع شخص يده على عقار وتملكه بالتقادم . فلا يؤثر في ملكيته صدور
قانون بعد ذلك يغير من شروط التقادم ويطيل من مدته مثلاً ، لأن واقعة وضع
اليده لشأت وترتبت آثارها في ظل القانون القديم .

وإذا اشترى شخص عقاراً في ظل القانون الذي كان يقضى بأن الملكية تنتقل
بمجرد العقد . فلا يؤثر في ملكيته صدور قانون جديد بعد ذلك يلزم التسجيل
لنقل الملكية في العقار لأن العقد تم وترتب آثاره في ظل القانون القديم .

وإذا ارتكب شخص جريمة وعوقب من أجلها ونفذت العقوبة ، ثم صدر
بعد ذلك قانون يشدد العقوبة (مثل ما حصل بالنسبة لجريمة الاتجار في المخدرات)
فلا يؤثر صدور هذا القانون على مثل هذا الشخص . . . وهكذا .

(١) المذكرة الإيضاحية ، في شأنا المادة الثانية من القانون المدني .

وإذا كان الأمر يعرض بهذه الصورة . فإنه لا يثير صعوبات إلا أن من الوقائع أو التصرفات ما قد ينشأ ويستمر فترة طويلة . فينشأ في ظل قانون ثم يصدر قانون آخر قبل أن يترتب عليها آثارها ، أو وهي لا تزال ترتب آثارها . في هذه الحالة نشور الصعوبة هل يسرى القانون الجديد على الآثار المستقبلية لتلك الوقائع أو التصرفات أم أنها تظل تخضع للقانون الجديد الذي نشأت في ظله ؟

فلو وضع شخص يده على عقار بقصد تملكه في ظل قانون يجعل مدة التقادم المكسب ١٥ سنة ، واستمر واضعاً يده على هذا العقار مدة ١٠ سنوات ، ثم صدر قانون جديد يجعل مدة التقادم ٢٠ سنة ، ففي هذه الحالة بدأت واقعة وضع اليد في ظل القانون القديم ولم يترتب عليها أثرها وهو اكتساب الملكية بعد فهل يظل القانون القديم سارياً ويجعل مدة التقادم ١٥ سنة فقط ، أم هل تطبق القوانين الجديدة وترفع مدة التقادم إلى ٢٠ سنة حسب القانون الجديد ؟ إذا أخذنا بالقرص الأول فإنه يكتسب الملكية إلا بعد ١٠ سنوات . وهكذا بالنسبة للوقائع أو التصرفات التي تنشأ وتستمر فترة طويلة حيث تعرض المشكلة الناشئة عن تنازع قاعدتين قانونيتين في الزمان . ولهذا يثور التساؤل عن كيفية الوصول إلى تحديد نطاق تطبيق كل من القاعدتين ؟

المقاعدة في هذا الصدد أن القانون يسرى على الوقائع والتصرفات التي تحدث في المستقبل منذ أن يصير نافذاً إلى حين إلغائه . فلا يسرى على ما تم من وقائع أو تصرفات قبل العمل به ولا على ما يحدث منها بعد إلغائه . أي أن الوقت الذي يصير فيه القانون نافذاً هو الحد الفاصل بين نهاية مريان القوانين القديم وبداية مريان القانون الجديد ، دون أن يعتمد القانون الجديد إلى ما قبل ذلك ، ودون أن يعتمد القانون القديم إلى ما بعد ذلك الوقت أيضاً .

فالقانون الجديد إذا كان يسرى من وقت نفاذه مباشرة ، إلا أنه لا يمتد إل ما قبل ذلك ، أى أنه لا يسرى على الماضى ، وهذا هو ما يعرف بعدم رجعية القوانين أو عدم سريانها على الماضى ، وهذا هو مبدأ أساسى يسيطر على حل مشكلة تنـازـع القوانين . ونعرض لهذا المبدأ فيما يلى :

مبدأ عدم رجعية القوانين

يمتد هذا المبدأ أساساً يقوم عليه حل مشكلة تنـازـع القوانين فى الزمان . ويقصد به أن القانون لا يسرى على الوقائع والتصرفات التى تمت فى الماضى والتى يحكمها القانون القديم الذى تمت فى ظله .

الاعتبارات التى يقوم عليها : يعد مبدأ عدم رجعية القوانين من المبادئ التى تقتضى بها العدالة ، والتى تلزم لتحقيق الثقة فى القانون ، والاستقرار فى الجماعة : فن العدالة ألا يسرى على الأفراد قانون جديد لم ينظموا سلوكهم طبقاً له . فقد نكون هناك أفعال مباحة ، وقد يتصرف الأفراد تصرفات ينسبها القانون القائم صحيحة . فإذا صدر بعد ذلك قانون يحمل من هذه التصرفات تصرفات باطلة ، ومن تلك الأفعال أفعالاً محرمة ، فليس من العدالة ولا من المستساغ منطقياً أن نؤاخذ الأفراد بما عملوا فى الماضى من أعمال مباحة ، أو أن نبطل تصرفاتهم التى كان القانون يقرها .

ومن جهة أخرى فإن القول بسريان القانون على الماضى فيه إهدار للثقة بالقانون ، لأنه إذا جاء قانون جديد يهدم تصرفات الأفراد التى تمت صحيحة طبقاً لقانون كان قائماً أو يجعل من سلوكهم الذى كان مباحاً سلوكاً غير مباح ، فإن هذا من شأنه أن يهدم اقتسامهم فى القانون بصفة عامة .

النص على المبدأ فى قوانين الدول : ولقد كان للاعتبارات التى يقوم عليها المبدأ أثرها فى أخذ الدول به . فقد نصت عليه أكثر الدول الحديثة فى قوانينها .

بل إن منها ما ينص عليه في الدستور نفسه ، وذلك زيادة في الكشف عن أهميته ولزومه امسياسة الحرية الفردية .

ومع ذلك فإنه يجوز الخروج على هذا المبدأ والرجوع بالقانون إلى الماضي ينص خاص في التشريع وذلك فيما عدا المسائل الجنائية .

وإذا كان المشرع سلطة الخروج على مبدأ عدم رجعية القوانين ، فإنه في ذلك يقيد بأغلبية خاصة عند الموافقة عليه في مجلس الشعب ، في الحالات التي يباح له فيها ذلك . كما أنه لا يستطيع الخروج على المبدأ في المسائل الجنائية ، فلا يملك أن ينص في تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة على رجعية هذا التشريع وسريانه على ماتم قبل صدوره من أفعال .

صعوبة تطبيق المبدأ ومحاولة التغلب عليها :

لما كانت الوقائع والتصرفات لا تنشأ وتنقضى مرة واحدة ، كما رأينا ذلك من قبل ، فإنه لا يمكن بسهولة معرفة الحدود التي يعتبر أن القانون الجديد قد تجاوزها حتى يقال إنه سري على الماضي أم لا . ولا شك أن معرفة هذه الحدود ليست بالأمراهي . فقد يقال إن القانون القديم هو الواجب التطبيق لأن الوقائع والتصرفات نشأت في ظله ، وقد يقال إن القانون الجديد هو الواجب التطبيق باعتبار أن الوقائع أو التصرفات قد اكتملت وانتهت آثارها بعد أن صار نافذاً . وبهذا نشور الصعوبة .

وقد يعمد المشرع في بعض الأحيان إلى حل المشكلة ، فيبين بالنسبة لكل تشريع مدى تطبيقه على الماضي ، واضماً في اعتباره أن المصلحة العامة قد تقتضو الخروج على مبدأ عدم رجعية القوانين ينص خاص يتضمن حكماً انتقالياً مخالفاً . وكثيراً ما ينخلص المشرع من الصعوبة عن هذا الطريق فيضع أحكاماً انتقالية في التشريع الجديد تتضمن ما يراه محتقناً لمصلحة المجتمع ومنفقاً مع العدالة .

ولكن في الكثير من الحالات يسكت المشرع عن تنظيم كيفية تطبيق القانون الجديد بالنسبة للأحداث التي بدأت قبل أن يصير نافذاً . وهنا تدور الصعوبة ويتعين على القضاء العمل على حلها ، فكيف يمكن الوصول إلى ذلك .

لقد حارل العقه خلال القرن التاسع عشر حل هذه المشكله ، فظهرت نظريه سميت بالنظريه التقليديه ، إلا أنه تبين فيما بعد أن هذه النظرية لا تكفي ، فانتقدت ، وحاول العقه الحديث لإبراز عيوبها وخطاها بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للتشريع . وامرض هنا بإيجاز للنظريه التقليديه ، ثم للنظريه الحديثه ، وننتهي بعد ذلك إلى دراسة الحلول الوضعيه لمشكله تنازع القوانين في الزمان .

١ - النظرية التقليدية

الأساس الذي تقوم عليه النظرية :

تقوم النظرية التقليدية على أساس الفرقه بين ما سمته بالحق المكتسب وبمجرد الأمل . فإذا تعلق الأمر بالمساس بحق مكتسب ، فإن القانون الجديد يعتبر أنه قد سري على الماضي إذا مس به ، وبالتالي يمنع تطبيقه ، ويظل القانون القديم مطبقاً . أما إذا لم يرتب على تطبيق القانون الجديد سوى الإخلال بمجرد الأمل ، فإنه يطبق ، ولا يعد أنه قد سري بذلك على الماضي .

ويثور التساؤل بعد ذلك عن معرفة الحق المكتسب وبمجرد الأمل . وإن كان الانجاء الغالب بينهم يعرف الحق المكتسب بأنه مصلحة الشخص يحميها القانون ، وأن مجرد الأمل هو أمنية قد تتحقق وقد لا تتحقق . فبالنسبة للملك بالتقادم مثلاً إذا كان الشخص قد اكتسب الملكية فعلاً في ظل القانون القديم ، انتهى الأمر . ولا يسري القانون إذا ما جاء معدلاً لمدة التقادم شيئاً ولا إلا

كان في مريانه لإخلال بحق مكتسب لوضع اليد. أما إذا صدر القانون الجديد المعدل للمدة ولم يكن التقادم قد اكتمل بعد فإن المدة الجديدة هي التي تسرى لأن واضح اليد لم يكن قد اكتسب أى حق ، بل كان له مجرد أمل فقط في اكتساب الملكية بالتقادم ، إذ كان من المحتمل أن يتحرك المالك الأصلي قبل انقضاء مدة التقادم فيبحث عن ملكه ويسترده من واضع اليد .

هذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية التقليدية ، وإذا كانت هذه هي القاعدة فإنه يرد عليه استثناءات ، إذ هناك من الحالات ما يطبق فيها القانون الجديد ، ولو كان في هذا التطبيق ما يمس بالحقوق المكتسبة . وهذه الاستثناءات هي :

١ - حالة النص الصريح : إذا ضمن المشرع القانوني نصاً صريحاً يقضى بسريان الحكم الذي ورد به على الماضي ، فإنه يمثل بالنقض حتى ولو أدخل بالحقوق المكتسبة .

٢ - القوانين الجنائية الأصلح للعلنهم : والقوانين الجنائية تعد أصلح متى كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة . فلي تحقق ذلك ، فإنها تطبق بأثر رجعي ويستفيد منها المتهم .

٣ - القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب : ذلك أنه لا يصح التمسك بحقوق مكتسبة إذا تعلى الأمر بالنظام العام أو الآداب ، حتى ولو لم ينص التشريع الجديد على مريانه على الماضي . فإذا كان الشخص حق مكتسب أصبح يخالف النظام العام والآداب ، لا يجوز التمسك به بعد ذلك . مثل ذلك القوانين التي تحدد سن الرشد . فإذا بلغ الشخص سن الرشد في ظل القانون القديم ، ولنفرض أنه ١٨ سنة ، ثم جاء القانون الجديد ورفق السن إلى ٢١ سنة ، فإن القانون الجديد يطبق ويمود البالغ في ظل القانون القديم قاصراً ، إذا لم يكن قد بلغ ٢١ سنة عند تطبيق القانون الجديد .

٤ - القوانين التفسيرية: إذا كان القانون الجديد مفسراً للقانون السابق، فإنه يطبق على ما حدث قبل صدوره في ظل القانون القديم الذي صدر تفسيراً له. ذلك أن القانون المفسر في هذه الحالة يعتبر جزءاً من القانون السابق، ولذلك فإن المحاكم تلزم به وتطبقه على المنازعات المظرورة أمامها والتي لم يفصل فيها بحكم نهائي.

تقد النظرية التقليدية:

تعرضت النظرية التقليدية لتقد شديد من الفقهاء، فقد عيب عليها غسوس الأساس الذي قامت عليه وعدم دقته، كما عيب عليها كذلك الخلط بين الأثر الرجعي للقانون، وبين أثره المباشر.

(١) أما عن التقد الأول، فإن أنصار النظرية إذا كانوا قد أقاموها على أساس التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل، إلا أن تعريفهم لما يعتبر حقاً مكتسباً، ومجرد أمل لم يكن محددًا دقيقاً يوضح المقصود بكل منهما. فالمعيار الذي قامت عليه النظرية معيار قاصر غير دقيق.

(٢) أما عن التقد الثاني، وهو الخلط بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون، فإن هناك من الحالات ما يرى فيها أنصار النظرية التقليدية أن القانون يطبق بأثر رجعي، مع أنه لا يوجد رجعية. وأن الأمر يتعلق بالأثر المباشر للقانون، أي تطبيقه مباشرة على ما يحدث بعد العمل به.

ويبدو لنا ذلك بالنسبة للاستثناءات التي ذكرها أنصار النظرية. ففي الحالة الخاصة بسن الرشد مثلاً، إذا كان القانون الجديد يرفع منه ويجعل البالغ قاصراً، نجد أن النظرية التقليدية تفسر ذلك على أن القانون الجديد يسري بأثر رجعي على سبيل الاستثناء لأنه من القوانين المتعلقة بالنظام العام، ولكن الواقع في هذه الحالة هو أن القانون الجديد يطبق بأثر مباشر، إذ يعد قاصراً من وقت العمل به.

بالقانون الجديد . ولوقلنا بأن القانون أثر أجمعياً على - يدل الاستثناء في هذه الحالة - لاقتضى الأمر جعل مثل هذا الشخص قاصراً في الفترة التي اعتبر فيها بالغاً من الرشد في ظل القانون القديم ، وبالتالي تعتبر كل تصرفاته في تلك الفترة باطلة ، وهذا لم يقل به أحد . ومن ذلك يتبين لنا أن النظرية التقليدية تخلط بين الأمر الرجعي للقانون الجديد وأثره المباشر ، حيث كان يجب التمييز بينهما . وهذا ما قامت به النظرية الحديثة .

٢ - النظرية الحديثة

قامت النظرية الحديثة على أساس التفرقة بين مبدئين مبدأ عام رجعية القانون الجديد من جهة ، ومبدأ سريانه سرياناً مباشراً من جهة أخرى . وعلى أساس هذه التفرقة يقوم حل مشكلة تنازع القوانين في الزمان . فنتكلم عن مبدأ عدم الرجعية ، ثم عن الأثر المباشر للقانون الجديد .

(١) عدم رجعية القوانين :

يقصد بمبدأ عدم الرجعية أن القانون الجديد لا يمس ما تم في ظل القانون القديم من المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت كما أنه لا يمس ما توفر من عناصر خاصة بتكوين أو انقضاء تلك المراكز ، أو ما رتبته المراكز القانونية من آثار . فإذا وضع شخص يده على مال مملوك لغير بقصد تملكه . وانقضت المدة اللازمة لذلك ، وأصبح هذا الشخص مالكا بوضع اليد ، فإن أي قانون جديد يصدر بعد تكوين مركز الشخص القانوني كمالك بوضع اليد في ظل القانون القديم ، وبطيل النفاذ مثلاً ، لا يطبق على ما تم في ظل القانون القديم .

وإذا ما انتضى مركز قانوني في ظل القانون القديم . فلا يمس عليه القانون الجديد ، كما لو انقضت علاقة الزوجية بالطلاق . فإذا ما صدر بعد ذلك قانون جديد يقيد الطلاق وينال من إنجازه أمام المحكمة ، لا يمس على ما انتضى من روابط زوجية في ظل القانون القديم الذي لم يكن يشترط لإنهاء الطلاق أمام المحكمة .

وإذا توالفت بعض عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية دون البعض الآخر، فإن القانون الجديد لا يمس ماتم منها فعلاً، فالمركز القانوني الناشئ عن الوصية مثلاً لا يتكون إلا باجتماع عنصرين. فلا بد أولاً من إبرام الوصية، ولا بد من وفاة الموصي تمامها. وعلى ذلك فالقانون الذي يصدر بعد إبرام الوصية، وقبل وفاة الموصي، لا يمس ماتم من إبرام الوصية. وإنما يرجع في ذلك إلى القانون القديم. أما بالنسبة تمام الوصية، فإنه يرجع فيه إلى القانون الجديد تطبيقاً للأثر المباشر للقانون، وبذلك لا تكون الوصية نافذة في حق الورثة إلا في الحدود التي يسمح بها القانون الجديد.

أما بالنسبة للأثار المترتبة على المراكز القانونية فإن القانون الجديد لا يسرى على ماتم منها فعلاً قبل نفاذه. فإذا كانت الملكية تنقل في القانون القديم بمجرد العقد، ثم صدر قانون يجعلها لا تنقل في المقارنات إلا بالتسجيل، فلا يسرى القانون الجديد على ماتم من عقود، في الماضي، ولا يمس الآثار المترتبة عليها، وبالتالي لا تكون هناك حاجة إلى تسجيل العقود السابقة عليه.

أما إذا كان الآثار تستمر وقتاً طويلاً، فإن القانون الجديد لا يسرى على ماتم منها، ولكنه يسرى على ماتم يتم منها تطبيقاً للأثر المباشر. فإذا أقرض شخص آخر بفائدة ٨٪، ثم صدر قانون جديد يجعل الفائدة ٧٪ فقط، فلا يسرى القانون الجديد على الفوائد التي استحققت في ظل القانون القديم، ولكنه يسرى على ما يستحق منها منذ تطبيقه.

هذا هو مبدأ عدم الرجعية، وتورد النظرية الحديثة على هذا المبدأ استثناءات،

الاستثناءات من مبدأ عدم الرجعية:

تورد النظرية الحديثة استثناءات على هذا المبدأ. وإذا كانت تتفق مع

النظرية التقليدية في هذا الصدد إلا أن باقى هذه الاستثناءات يختلف في كل منها على ما سترى :

(١) أما عن الاستثناء الأول والخاص بحالة النص الصريح على الرجمية ، فإن النظريتين تتفقان بشأنه وهو استثناء لا يشمل أى شك عندهما ، فالمرشح أن يضمن القانون نصاً يقضى صراحة بسريانه على الماضى . وقد رأينا أن الدستور يبيح للشرع النص على رجمية القانون ، عدا المسائل الجنائية .

(٢) وبالنسبة للاستثناء الخاص بالقوانين التفسيرية ، تنفق النظرية شأن كذلك ، باعتبار أن هذا النوع من القوانين ماهو إلا تفسير لقوانين سابقة ، ويعتبر جزءاً منها ، ولهذا فإنها تسرى على الأفعال التى تمت قبل صدورها طالما أنه لم يفصل فيها بحكم نهائى .

ولكن الواقع - كما رأى البعض بحق - أن القوانين التفسيرية ، والتى تقتصر على التفسير فقط ، لا تعد استثناء بالمعنى الصحيح ، لأنها توضح ما غمض من قانون سابق ، ولا يأتى المشرع فيها بقواعد جديدة تتنازع مع القواعد القديمة .

(٣) وبالنسبة للقواعد الجنائية الأصلح للمتهم ، فلا تعتبرها النظرية الحديثة استثناء من مبدأ عدم الرجمية ، بل إنها تطبق تطبيقاً مباشراً ، أى بأمر مباشر . ذلك أنه إذا كان الفعل قد ارتكب فى القانون القديم ، إلا أن المركز القانونى الناشئ عنه لا يتم تكوينه إلا فى ظل القانون الجديد . وطالما أن القانون الجديد قد صار بعد ارتكاب الفعل وقبل صدور الحكم على المتهم فهو الذى يطبق بحاله من أمر مباشر (١) .

(١) ولكن البعض يرى أن هذا المدد أن تطبيق القانون الأصلح للمتهم على ما ارتكبه من جرائم قبل صدوره يعتبر استثناء بالمعنى الصحيح ، لأننا لو أخذنا بالرأى السابق مرتب على ذلك أن القانون الجديد هو الذى يطبق ، - حتى ولو كان أشد من القانون القديم -

(٤) وأخيراً بالنسبة للقوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، لانقسام النظرية الحديثة بهذا الاستثناء . وقد رأينا أن النظرية التقليدية تحاط في شأنه بين الأثر المباشر والأثر الرجعي للقانون . وأن القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب عندما تطبق ، فانها تطبق بأثر مباشر .

الأثر المباشر للقانون الجديد :

ترى النظرية الحديثة أن القوانين الجديدة تطبق في الحال من وقت العمل بها ، وتبعاً لذلك يقف العمل بالقوانين السابقة التي أتت القوانين الجديدة تعديلاً أو إلغاءً لها .

والقانون الجديد يطبق بالنسبة للمراكز القانونية التي تنشأ بعد العمل به ، كما يطبق كذلك بالنسبة لما يتكون أو ينتضى من المراكز القانونية في ظله ، حتى ولو كانت قد بدأت في التكوين أو الانقضاء في ظل القانون القديم . كما يسرى القانون الجديد كذلك على الآثار التي تترتب على المراكز القانونية في ظله .

على أنه إذا كان القانون الجديد يطبق بأثر مباشر على هذا النحو بالنسبة لكل ما ينشأ أو يتكون أو ينتضى في ظله ، وكذلك بالنسبة لما تترتب عليه المراكز القانونية من آثار ، فانه ينبغي أن يراعى ، إلى جانب ذلك ، أن النظرية الحديثة تبيح استمرار تطبيق القانون القديم على سبيل الاستثناء . ولهذا فالتنا لتكلم عن الاستثناء من قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد .

الاستثناءات من قاعدة الأثر المباشر :

يرى الفقه أنه إذا كان القانون الجديد يطبق تطبيقاً مباشراً ، إلا أن المدالة واستقرار النظام يقتضيان التسليم باستمرار القانون القديم بعد إلغائه في بعض الحالات على سبيل الاستثناء .

وقد انتهى الفقه في هذا الصدد إلى وضع ضابط لتحديد الحالات الإستثنائية ،

فراى أن الأثر المباشر لقانون يجب أن يتحدد بالقدر اللازم لتحقيق وحدة التشريع الذى يطبق على الحالات المتشابهة التى تكون من نوع واحد فبدأ الأثر المباشر يقوم على أساس أنه يحقق ما يقتضيه النظام فى الدولة من وحدة القواعد التى تطبق على المراكز القانونية المتماثلة . ولما كانت العقود التى تبرم بين الأفراد شريعة المتعاقدين ، وتختلف أحكامها تبعاً لما ينفقون عليه ، فإن الفاعل وأعداها تطبق بشأنها لا توجد ، ولهذا فإنه لا محل لتطبيق فكرة الأثر المباشر بشأنها ، إذ أن فكرة الأثر المباشر تهدف إلى توحيد القواعد التى تطبق على المراكز القانونية المتماثلة وتنظيم المراكز العقدية يختلف نتيجة حرية الأفراد فى تنظيمها طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . ولهذا فإن الاستثناء من مبدأ الأثر المباشر ينحصر فى العمل بالقانون القديم بالنسبة لأثار العقود التى أبرمت فى ظله ، أى يقتصر على المراكز العقدية التى تكونت فى ظله .

على أن هذا الاستثناء الخاص بالمراكز العقدية لا يطبق على إطلاقه ، إذ رأى القائلون به تقييده ، ولهذا فرقوا بين العقود التى ينظم المشرع الآثار التى تنشأ عنها كلها أو بعضها مثل عقد الزواج ، وأى عقد آخر يكون محله حق ملكية أو غيرها من الحقوق العينية وبين العقود التى يترك القانون تنظيمها لإرادة الأفراد . ويقتصر الاستثناء على هذا النوع الأخير فقط من العقود ، لأن كل متعاقدين ينظمان العلاقة بينهما على الوجه الذى يروق لهما ، وبذلك تتمدد الأحكام بشأنها ولا يكون هناك محل لتطبيق فكرة الأثر المباشر .

على أن التفرقة بين الحالات التى يطبق فيها القانون الجديد بأثر مباشر والحالات التى يستمر فيها مريان القانون القديم على سبيل الاستثناء قد يهتب الوقوف عليها فى الكثير من الحالات لما جمل الفقه ينتقد هذا المعيار . فاقترحت معايير أخرى . ولعل أوضح معيار قيل به فى هذا الصدد هو الذى يرى تطبيق القانون الجديد

بأثر مباشر إذا كان يحتوي على قاعدة أمرية فإذا لم يحتو على قاعدة أمرية ، كان هناك مجال لاستمرار القانون القديم .

ولتوضيح ماسبق نذكر المثال التالي : قبل صدور القانون المدني المعدل كان الحد الأقصى للفائدة هو $\frac{8}{100}$ ، ولما جاء القانون المدني جعل هذا الحد $\frac{7}{100}$ ، وإذا اتفق على فائدة أزيد من هذا السعر وجب تخفيضها إلى $\frac{7}{100}$ ورد ما أخذ زيادة عن هذا المقدار .

فإذا طبقنا المعيار الأول الذي يفرق بين المقود التي ينظمها المشرع والمقود التي ترك لكي ينظمها الأفراد ، لبقيت الفائدة المتفق عليها قبل صدور القانون المدني خاضعة للقاعدة القديمة ، فيستمر المدين في دفع الفوائد بسعر $\frac{8}{100}$.

أما إذا طبق المعيار الأخير الذي يرى أن القانون يطبق بأثر مباشر إذا تعلق الأمر بقاعدة أمرية ، فإن القاعدة الجديدة التي تحدد سعر الفائدة على أساس $\frac{7}{100}$ هي التي تسري . وهي تسري على كل اتفاق أبرم قبل العمل بالعمل بالقانون الجديد ؛ ومعنى ذلك أنه إذا كان الاتفاق قبل القانون الجديد على $\frac{8}{100}$ فإن القانون الجديد يسري بأثر مباشر لأنه ينطوي على قاعدة أمرية . فتدفع الفائدة على أساس $\frac{7}{100}$ ابتداء من تطبيق هذا القانون . أما ما استحق من فوائد قبل تطبيقه فإنه لا يصح المساس به ، نظراً لأنه لا يطبق بأثر رجعي .



هذه هي الحلول النظرية التي قبل بها لمواجهة مشكلة تنازع القوانين في الزمان وإذا كانت النظرية التقليدية والحديثة تختلفان من حيث الأساس الذي تقوم عليه كل منهما ، فإن النتائج التي انتهت إليها كل من النظرتين تكاد تتقارب . وقد استمرت المحاكم تستند في حلول مشكلة تنازع القوانين في الزمان إلى معيار الحق المكتسب رغم مارجيه إلى هذا المعيار من نقد .

٣ - الحلول التشريعية لبعض مشاكل تنازع القوانين في الزمان :

وأينا كيف حارل الفقه وضع الحلول لمشكلة تنازع القوانين في الزمان ، وكيف أن وجهات النظر قد تباينت مما أدى إلى قيام النظريات التي بينها فيما سبق . وقد عني المشرع عندنا بوضع حلول لبعض مشاكل تنازع القوانين في الزمان ، ولكنه لم يجمعها في مكان واحد ، بل إنها جاءت موزعة بين فروع القانون الرئيسية . فلها ما جاء في القانون المدني ومنها ما في قانون المرافعات ، ومنها ما جاء في قانون العقوبات .

(أ) الحلول الواردة في القانون المدني :

١ - القوانين المتعلقة بالأهلية : أوضحت المادة ٦ مدني مسألتي يثيرها تعاقب القوانين المتعلقة بالأهلية في الزمان : الأولى خاصة ببيان مركز الشخص نفسه من حيث أهليته ، والثانية خاصة بمعرفة حكم التصرفات التي صدرت من الشخص . أهلية الشخص : يتضح من المادة السادسة أن القوانين الجديدة هي التي تسري على جميع الأشخاص . فإذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد ، من ١٨ إلى ٢١ سنة ، فإن كل شخص لم يبلغ ٢١ سنة يعتبر قاصراً ، حتى ولو كان قد بلغ سن الرشد في ظل القانون القديم .

وإذا جاء القانون الجديد ينقص سن الرشد ويحتملها ٨ : سنة بدلاً من ٢١ فإن كل شخص كان قاصراً في ظل القانون القديم ، أي كان أقل من ٢١ سنة ، ولكنه بلغ الثامنة عشرة عند العمل بالقانون الجديد يصير بالغاً .

تصرفات الشخص : يتضح لنا كذلك من نص المادة السادسة أن التصرفات التي يبرمها الشخص في ظل القانون القديم الذي يعتبره راشداً ، تبقى محكومة بالقانون الذي تمت في ظله ، ولا تأثر بالقانون الجديد ، حتى ولو كان هذا الأخير يعتبر الشخص الذي أجرى تلك التصرفات قاصراً . مثل ذلك إذا كان القانون

القديم يحدد سن الرشد ببلوغ ١٨ سنة وفي سن ١٩ سنة مثلاً أجرى الشخص بعض التصرفات ، ثم صدر القانون الجديد يرفع سن الرشد إلى ٢١ سنة وكان الشخص لم يتجاوز التاسعة عشرة . في هذه الحالة يعود الشخص قاصراً طبقاً للقانون الجديد ، لأنه لم يبلغ الحادية والعشرين بعد . ولكن ما أجراه من تصرفات (بيع ، إيجار ..) في سن التاسعة عشرة ، وفي ظل القانون القديم الذي كان يشتره بالغاً ، تظل صحيحة قائمة طبقاً للقانون القديم .

٢ - القوانين المتعلقة بالتقادم :

ويشخص لنا من نص المادة السابعة من القانون المدني أنها تعرض لمبدأ الآثار المباشرة للقانون ، كما تعرض لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد في شأن بعض العناصر المتعلقة بالتقادم . فتعرض لذلك :

عدم الرجعية - فرق القانون في نص المادة سالفه الذكر بين المدة السابقة على العمل بالقانون الجديد ، والمدة اللاحقة على العمل به . وبين أن المدة السابقة على العمل به تخضع لأحكام القانون القديم بالنسبة للمسائل الخاصة ببدء التقادم ووقته وانقطاعه . وبذلك لا يكون للقانون الجديد أثر رجعي بالنسبة لهذه المسائل . فإذا كان القانون القديم مثلاً يكفي بمجرد الإنذار لكي يقطع التقادم إذا ما وجه هذا الإنذار إلى الخائر في حالة التقادم المكتسب أو إلى المدين في حالة التقادم المسقط ، وجاء القانون الجديد واستلزم لقطع التقادم أن ترفع دعوى أمام القضاء ، وكان صاحب الحق قد قام بإنذار الخائر أو المدين قبل صدور القانون الجديد ، فإن هذا الإنذار يكفي لقطع التقادم ، ولا يطبق القانون الجديد .

الآثر المباشر : بين نص المادة السابقة أن القوانين المتعلقة بالتقادم تسرى من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل بعد . وعلى ذلك يسرى القانون الجديد على كل ما يتعلق بالتقادم من حيث شروطه ومن حيث مدته . فإذا كان القانون الجديد يغير من شروط الحيازة التي يقوم عليها التقادم المكتسب مثلا ، فإن هذا القانون هو الذي يسرى بالنسبة للتقادم .

وأكثر ما يعرض في هذا الصدد هو التغير في مدة التقادم ، سواء كان ذلك بإطالة هذه المادة أم بتقصيرها .

فقد يطيل القانون الجديد مدة التقادم فيجعلها عشرين سنة مثلا بدلا من خمسة عشر سنة . وفي هذه الحالة لا صعوبة في الأمر ، إذ تسرى المدة الجديدة على كل تقادم لم يكتمل حين العمل به مع إدخال المدة السابقة في الاعتبار . فإذا كان وضع اليد قد استمر عشر سنوات حتى العمل بالقانون الجديد ، فإن وضع اليد ينبغي أن يستمر كذلك عشر سنوات أخرى بالإضافة إلى العشر السابقة على العمل بالقانون ، ولا يكتسب بالتقادم بعد خمس سنوات حسب المدة الباقية طبقا للتنظيم الذي كان القانون القديم يقرره .

ولكن ثور الصعوبة بالنسبة للحالة التي يأتي فيها القانون القديم ويقصر مدة التقادم . إلا أن القانون المدني تكفل بحل هذه الصعوبة ، وفي هذا الصدد ينبغي أن نفرق بين حالتين .

الحالة الأولى : وهي حالة ما إذا كانت المدة الباقية من التقادم في ظل القانون القديم أطول من المدة التي قررها القانون الجديد . وفي هذه الحالة يسرى القانون الجديد من وقت العمل به ، مع صرف النظر عن المدة التي مضت في ظل القانون القديم . فإذا وضع شخص يده على عتار مدة ٢ سنوات ، وبعد ذلك صدر

القانون الجديد وجعل مدة التقادم ١٠ سنوات بدلا من ١٥ سنة ، فان المدة التي قررها القانون الجديد هي التي تسري ، ويستمر التقادم نيباً لذلك عشر سنوات من وقت العمل بالقانون الجديد ، أي أننا نصرف النظر عن الثلاث سنوات التي انقضت في ظل القانون القديم ، وذلك لأن المدة الباقية من التقادم في ظل القانون القديم وهي ١٢ سنة أطول من المدة التي قررها القانون الجديد وهي ١٠ سنوات .

الحالة الثانية : وهي الحالة التي تكون فيها المدة الباقية للتقادم حسب القانون القديم أقصر من المدة التي يحددها القانون الجديد ، في هذه الحالة لا يسري القانون الجديد ، ويكمل التقادم طبقاً للمدة الباقية في ظل القانون القديم . وعلى ذلك إذا كان التقادم قد استمر مدة ١٢ سنة قبل العمل بالقانون الجديد ثم صدر القانون الجديد وجعل مدة التقادم ١٠ سنوات بدلا من ١٥ سنة ، فان التقادم يكتمل في هذه الحالة طبقاً للقانون القديم . فيستمر ٣ سنوات ، لأن المدة وهي ٣ سنوات أقل من المدة التي قررها القانون الجديد وهي عشر سنوات ، ولذلك يتم التقادم بانقضاء هذا الباقي ولا يسري القانون الجديد على مدة التقادم في مثل هذا الفرض .

٣ - القوانين المتعلقة بأدلة الإثبات :

أدلة الإثبات هي الأدلة التي يقوم ذور الشأن باعدادها لإثبات حوقوقهم . ويقومون بذلك في الوقت الذي يتم فيه نصرف من النصرفات كالبيع والإيجار والقرض والهبة . . . ، حتى إذا ما قام نزاع بشأنها . أمكن الاستناد إلى الدليل الذي أعدوه منذ إبرام النصرف ، وتقديمه لإثبات حوقوقهم .

فإذا أمرض شخص آخر مبالغ مائة جنيه مثلا ، وأخذ عليه عند المرض

كتابة أثبت فيها أنه دائن له بهذا المبلغ . وحل أجل الوفاء دون أن يدفع المدين ما عليه من دين ، كان الدائن أن يلجأ إلى القضاء مطالبا بحقه ، ويقدم ما عنده من دليل كتابي لإثبات ذلك ، والأدلة التي تعد مقدما للإثبات هي عادة الكتابة ، وقد تكون الكتابة عرفية أو رسمية .

وقد بين القانون المدنى الحل فى نزاع القوانين المتلفة بأدلة الإثبات التى تعد مقدما ، أى التى تعد وقت قيام التصرف وقبل النزاع حول الحق الثابت بها ، فقرر أن تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النزاع وحس المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل ، أو فى الوقت الذى كان ينبغي فيه إعداد ، .

ومع هذا النص يتضح لنا أن القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأدلة التى تعد مقدما هو القانون الذى كان يجب إعداد الدليل فى ظله ، وعلى ذلك إذا كان القانون القديم يتطلب لإثبات التصرفات التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات أن تكون مكتوبة وأن التصرفات التى تقل قيمتها عن ذلك لا تلزم فيها الكتابة ، وبكفى بالنسبة لها الإثبات باليمين (شهادة الشهود) ، فإن التصرف الذى تم فى ظله وكانت قيمته أزيد من عشرة جنيهات ، بأن كانت ١٥ ج مثلا ، يلزم أن يكون مكتوبا ، حتى ولو جاء القانون الجديد وقرر أن الكتابة غير لازمة إلا بالنسبة للتصرفات التى تزيد قيمتها على عشرين جنيها .

وعلى العكس من ذلك إذا كانت قيمة التصرف الذى أبرم فى ظل القانون القديم أقل من عشرة جنيهات ، بل كانت ثمانية مثلا ، فإن مثل هذا التصرف يظل جائز الإثبات باليمين (بشهادة الشهود) ، حتى ولو جاء القانون الجديد واستلزم الكتابة لإثبات التصرفات التى تزيد قيمتها على خمسة جنيهات ..

(ب) الحلول الواردة فى ظل قانون المرافعات :

أورد قانون المرافعات الحلول المنقطة فى نزاع القوان بالبنسبة لقواعده

فوضع قاعدة تقضى بعدم رجعية قواعد المرافعات ، وبسريتها سر يافنا وباشراً
مع استثناءات على مبدأ الاثر المباشر .

١ - مبدأ عدم الرجعية : تنص المادة ٢ من قانون المرافعات الجديد على
أن : « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معسول به
يبقى صحيحاً ، ما لم ينص على غير ذلك » .

وقد بين القانون في صدد عدم الرجعية مسألة أخرى ما يستحدثه القانون
الجديد من مواعيد سقوط ، فقرر ، أنه لا يسرى ما يستحدث من مواعيد السقوط
إلا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها .

٢ - مبدأ الاثر المباشر : تنص المادة الأولى من قانون المرافعات الجديد
على أن قوانين المرافعات تسرى « على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو ما لم
يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها » ، ومعنى ذلك أنه إذا كان القانون
الجديد يجعل الدعوى من اختصاص محكمة أخرى ، تصبح المحكمة الجديدة هي
المختصة وتحال إليها الدعوى . وإذا القانون الجديد قد غير من الإجراءات التي
تتبع في نظر الدعوى ، فإن هذا القانون هو الذي يطبق على ما لم يتم من إجراءات
قبل العمل به . أما ما فصل فيه من الدعاوى ، أو ما تم من إجراءات في ظل
القانون القديم فإنه يظل كما هو .

هذه هي القاعدة بالنسبة للأثر المباشر لقوانين المرافعات . ولكن القانون
أورد عليها استثناءات ثلاث .

١ - إذا كان القانون الجديد يعطى الاختصاص لمحكمة أخرى غير المحكمة التي
كان النزاع أمامها وجاء تاريخ العمل بالقانون الجديد بعد أن أقيمت المرافعة
في الدعوى ، يبقى الاختصاص على سبيل الاستثناء للمحكمة التي كان النزاع أمامها ،

وتسولي هي إصدار الحكم إذ أن المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم يقتضيان عدم إعادة النظر في النزاع ثانية أمام محكمة أخرى بعد أن بحثته المحكمة الأولى وأصبح صالحا للحكم فيه

٢ - القوانين المعدلة المواعيد ، مثل المواعيد التي ينبغي أن يرفع فيها الاستئناف ، يطبق بشأنها القانون القديم . متى كان القانون الجديد قد عمل به بعد أن بدأت هذه المواعيد فعلا في ظل القانون .

٣ - القوانين التي تنظم طرق الطعن في الأحكام عن طريق إلغاء طريق من هذه الطرق أو إنشاء طريق جديد . ومعنى ذلك أنه إذا صدر حكم في ظل القانون القديم الذي يبيح الطعن فيه بالاستئناف ، ثم صدر القانون الجديد وجعل هذا الحكم غير قابل للطعن فيه بالاستئناف ، فلا يمسرى القانون الجديد ، ويستمر صريان القانون القديم ، ويكون الحكم قابلا للطعن فيه بالاستئناف ، وهكذا بالنسبة لطرق الطعن الأخرى .

(٣) الخلل الواردة في قانون العقوبات :

مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات : القاعدة بالنسبة لقوانين العقوبات أنها تسرى بأثر مباشر ، فتطبق على كل ما يحدث ابتداء من وقت العمل بها ، ولا تسرى بأثر رجعي . وهذه القاعدة ينقيد بها المشرع نفسه ، فلا يملك الخروج عليها ، ولو بالصرح ، وذلك خلافا للمسائل الأخرى غير الجنائية كما رأينا من قبل . ذلك أن كفالة الحرية الفردية . تستلزم ألا يؤاخذ الأفراد على أعمال كانت مباحة وقت ارتكابها . وهذا مادعا إلى الصل على هذه القاعدة في الدستور . حيث تقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنام على قانون ، ولا غناى إلا على

الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها .

كما نص عليها كذلك في قانون العقوبات ، إذ تنص المادة الخامسة بأنه
« يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » .

هذه هي القاعدة في قانون العقوبات ، ولكن عدم الرجعية في هذا الصدد
ليس مطلقاً ، بل يرد عليه استثناء خاص بقوانين العقوبات الأصلح للمتهم .

قوانين العقوبات الأصلح للمتهم :

بعد أن بينت المادة الخامسة من قانون العقوبات الحكم الخاص بعدم الرجعية ،
طادت وقررت أنه « ومع هذا » ، إذا صدر بعد وقوع الفعل ، وقبل الحكم فيه
نهائياً قانون أصلح للمتهم ، فهو الذي يتبع دون غيره .

وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله
غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم ، وتنتهي آثاره الجنائية .

ويتضح من ذلك أن القانون الجديد يعتبر أصلح للمتهم في حالتين : إذ
كان يخفف العقوبة المقررة ، أو إذا كان يبيح فعلاً كان معتبراً جريمة في ظل
القانون القديم .

على أنه يشترط لكي تطبق القوانين الجنائية الأصلح للمتهم على الأفعال التي
وقعت قبل سريانها ألا يكون المتهم قد حوكم من أجلها وصار الحكم عليه نهائياً
استنفذت فيه كل طرق الطعن في الأحكام . فإدام الحكم قابلاً للطعن فيه بالامارضة
أو الاستئناف أو حتى بالنقض ، استغاث المتهم من القانون الجديد طالما كان هذا
القانون الجديد أصلح له ، ولكن إذا صار الحكم نهائياً باستنفاد كل طرق الطعن
السابقة فإن المتهم لا يستطيع من أى قانون يصدر بعد ذلك ولو كان في صالحه .

وإذا كان يازم لاستفادة المنهم من القانون الاصلاح له الا يكون قد صدر
ضده حكم نهائى على النحر السابق ، إلا أنه إذا صدر قانون جديد يحمل الفعل
حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، فإنه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره
الجنائية ، حتى ولو كان القانون الجديد قد طبق بعد أن صدر الحكم نهائياً .

هإذا وينبغى أن يراعى أن تطبيق قوانين العقوبات الاصلاح المنهم ليس
مطلقاً ، ذلك أن هذا الاستثناء لا ينصرف إلى الحالة التى ترتكب فيها جريمة
في ظل قانون مؤقت ، أى في ظل قانون يعاقب على الفعل في فترة محدودة ، فإذا
صدر قانون من قوانين التسعيرة الجبرية وتحدد العمل به مدة سنة مثلاً ، وارتكب
أحد التجار خلال تلك السنة مخالفات الأسعار الجبرية ، وانقضت فترة السنة
وأصبح الفعل بذلك مباحاً قبل أن تتم محاكمة التاجر ، فليس معنى ذلك إفلات
مثل هذا التاجر من العقاب لأن الفعل صار مباحاً بانقضاء السنة . بل يتم
محاكمة طبقاً لذلك القانون ، على ما ارتكبه من مخالفات أثناء قيامه . وهذا
ما نص عليه قانون العقوبات .

الفصل الثالث

تفسير القانون

أهميته والمقصود به - تقسيم البحث : لما كانت القاعدة القانونية قاعدة عامة ، فإن تطبيقها على الحالات الخاصة كثيراً ما تعترضه صعوبات جسيمة ، إذ ينبغي الوقوف على المعنى الحقيقي والنطاق الدقيق لها حتى يعرف ما إذا كان من الممكن تطبيقها في شأن الحالات الخاصة ، ويتم ذلك عن طريق التفسير . هذا التفسير تقوم به المحاكم ، كما يقوم به الفقهاء . ولا يتم تفسير المعنى والنقضاء للقانون بطريقة واحدة . وإذا كان التفسير الفقهي لا ينبغي له أن يسود قبل تفسير المحاكم للقانون ، فإن الفقهاء مع ذلك الحق في نقد مسلوك المحاكم في تفسير ما للقانون ، مما يؤدي بها في كثير من الحالات إلى العدول عن مسلكها الذي انتقده الفقه .

ومن الواضح أنه تبعاً للطريقة التي تتبع في تفسير النص القانوني ، يمكن الوصول إلى توسيع أو تضيق نطاق تطبيقه ، بل يمكن أيضاً تغيير معنى النص تحت ستار التفسير . ومن هنا ظهرت أهمية تفسير القواعد القانونية .

والتفسير هو الاستدلال على ما تتضمنه القواعد القانونية من حكم ، وتحديد المعنى الذي تتضمنه هذه القاعدة حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية ، والمجال الذي يثار فيه التفسير هو القانون المكتوب ، وبصفة خاصة بالنسبة للقواعد القانونية التي تستمد مصدرها من التشريع ، لأن التشريع يرد عادة في مواد مختصرة موجزة ، مما يؤدي في كثير من الحالات إلى صعوبة الوقوف على حكمه ، ولهذا فإن الكثير من الفقهاء يقتصرون التفسير على التشريع فقط ، أي

هل الشواهد القانونية التي مصدرها التشريع ، وهذا ما سينصرف إليه بحثنا في هذا المصدد . وسنتكلم فيما يلي عن أنواع التفسير ، ثم المذاهب المختلفة في شأنه ، وأخيراً نتكلم عن طرق التفسير وقواعده .

المبحث الأول

أنواع التفسير

ينقسم التفسير بالنسبة إلى المصدر أو الجهة التي تتولاه ، أو بالنسبة للجهة التي تقوم به ، إلى تفسير تشريعي وتفسير قضائي وتفسير فقهي . وتكلم عن كل منها فيما يلي :

أولاً : التفسير التشريعي : التفسير التشريعي هو التفسير الذي يقوم به المشرع نفسه . ذلك أن الخلاف قد يثور بين المحاكم حول تفسير قصد المشرع ، مما يؤدي إلى أن بعضها يقضي بخلاف لما هو مقصود من التشريع ، ولهذا يتدخل المشرع نفسه لكي يحسم الأمر ويوضحه فيضع بذلك حداً لما يمكن أن يثور بالنسبة للوصول إلى قصده ، وذلك عن طريق وضع تشريع تفسيري ، يزيل الغموض ويضع به حداً للخلاف .

والعادة أن يصدر التفسير التشريعي من السلطة التي أصدرت التشريع الأول المراد تفسيره ، إلا أن الظروف قد تقتضي أن تفوض هذه السلطة سلطة أخرى في القيام بإصدار التفسير التفسيري .

هذا ويراعى أن التفسير التشريعي يعد ملزماً للقاضي ، أي أن القاضي بتقييد به عندما يعرض لتطبيق التشريع الأصلي الذي جاء التفسير بمصدده . كما يراعى أيضاً أن التشريع التفسيري يعتبر أنه قد صدر في الوقت الذي صدر فيه التشريع الأصلي ، ويطلق تبعاً لذلك على النصرفات والوقائع التي تحدثت في الفترة بين

صدر التشريعين ، طالما أنه لم يكن قد صدر بشأن تلك التصرفات والوقائع حكم نهائي .

ثانياً : التفسير القضائي : التفسير القضائي هو الذي يقوم به القضاة أثناء نظر الدعاوى التي ترفع إليهم ، حتى يتوصلوا بذلك إلى معرفة حكم القانون في تلك الدعاوى . ويقوم القضاة بذلك من تلقاء أنفسهم ، حتى ولو لم يطلب منهم الخصوم ذلك ، لأن مهمتهم هي بيان حكم القانون إذا ما عرض الخصوم لهم وقائع الدعوى .

ويمتاز التفسير القضائي بطبيعته العملية . ولهذا فإنه يتأثر بالظروف الواقعية المحيطة بالمنازعات التي تعرض على القضاء للفصل فيها ، وبمعدل القضاة بقدر المستطاع على أن تخرج أحكامه متفقة مع الظروف الواقعية ، حتى ولو أدى ذلك بهم إلى الخروج عن المعنى الذي قصده القانون ، إذا ما ظهر لهم مخالفته لعدالة ، وذلك كله تحت ستار التفسير .

أما من حيث مدى قوة التفسير القضائي في الإلزام ، فإنه غير ملزم سواء ، بالنسبة للمحكمة نفسها التي صدر منها التفسير في مناسبة معينة ، أم بالنسبة للمحاكم الأخرى . ومعنى ذلك أن المحكمة نفسها يصح لها عدم التقيد بالتفسير السابق في دعوى مماثلة ترفع إليها فيما بعد . كما أن المحاكم الأخرى لا تقيد بهذا التفسير . ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي نص عليها قانون المرافعات حيث يتعين على محكمة أن تلتزم بوجهة نظر محكمة النقض ، وهي الحالة التي تقرر فيها محكمة النقض نقض الحكم المطعون فيه أمامها لغير سبب مخالفة قواعد الاختصاص . إذ تميل المحاكم بعد نقضه إلى المحكمة التي أصدرته لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم . وفي هذه الحالة يعتمد على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة . ويجب ألا يكون

ضمن أعضاء المحكمة التي أحيت إليها القضية أحد من القضاة الذين اشتركوا في الحكم المطعون فيه .

وفصلا عن ذلك فإنه قد صدر قانون المحكمة العليا ، فإن تفسير هذه المحكمة يلزم المحاكم في الحدود التي نص عليها في قانون إنشائها . على ما قدمنا من قبل .

ثالثا : التفسير الفقهي - التفسير الفقهي هو الذي يقوم به فقهاء القانون في مؤلفاتهم وأبحاثهم وفتاواهم . وتقتصر مهمة الفقيه على استخلاص حكم قانون الذي يرمى إليه المشرع مجردا عن الظروف الواقعية ، لأنه لا يمرض لحالات واقعية يطلب إليه الفصل فيها كما هو الأمر بالنسبة للقضاء . ولهذا فإن التفسير القضائي يغلب عليه الطابع العملي ، أما التفسير الفقهي فإنه يغلب عليه الطابع النظري .

المبحث الثاني

المذاهب المختلفة في التفسير

يهدف التفسير إلى التعرف على المعنى الذي يتطوى عليه النص وما يقصده المشرع من عباراته . فالوقوف على نية المشرع وإرادته التي عبر عنها بالنص التشريعي هي الغرض الذي يسعى كل من الفقيه والقاضي إلى الوصول إليه . ولكن الخلاف يشور عندما يراد تحديد المقصود بإرادة المشرع ونيته ، ولهذا تعددت الآراء بشأن النية التي يجب البحث عنها في واقع النص ، مما أدى إلى اختلاف وجهات النظر في التفسير . وسنعرض فيما يلي لنظريات ثلاث ظهرت في هذا الصدد ثم نبين في النهاية الاتجاه عندنا .

النظرية الأولى : نظرية مدرسة التزام النصوص : وفي ظل هذه النظرية يقتصر دور الفقيه على تفسير النصوص واستخلاص الأحكام منها . وفي

تفسير الفقيه النص يتعين عليه أن يبحث عن إرادة المشرع الحقيقية التي عبر عنها بالنص التشريعي عند وضعه .

فالتفسير عند هذه المدرسة يجب أن يتجه إلى الكشف عن نية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، أى نية واضع التشريع نفسه . ويستدل على هذه النية الحقيقية من معاني وألفاظ النصوص نفسها . فإذا لم يوجد نص تشريعي لحالة معينة ، يتعين البحث عن إرادة المشرع المفترضة عند وضع النص ، أى إرادته التي يفترض أنه كان يقول بها وقت وضع التشريع ، لو أنه أراد وضع قاعدة للمسألة المعروضة ، والتي لم يوضع لها نص ينظمها . فالمبرة إذن لدى هذه المدرسة بنية المشرع عند وضع النص سواء كانت هذه النية حقيقية أم مفترضة .

النظرية الثانية : النظرية التاريخية أو الاجتماعية : يرى أنصار هذه النظرية أن تفسير التشريع يجب أن يكون على حسب الظرف الاجتماعية والاقتصادية في الوقت الذي تفسر فيه النصوص ولاعبرة بإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة عند وضع النص ، كما يقول أنصار النظرية السابقة ، وإنما المبرة بالإرادة المحتملة أى الإرادة التي كان يتجه إليها المشرع ، لو أنه وجد في الظروف الحالية التي تحيط بالفقيه أو القاضي عند تفسيرهما للقانون .

وهذه النظرية تهدف إلى إكباب القانون مرونة تجعله قابلاً للتطور ، صالماً لمواجهة الظروف الاجتماعية والاقتصادية المتجددة ، وتلكم الأخذ بها يفتح المجال للنحزم ، فيستطيع المفسر أن يعدل في التشريع تحت ستار التفسير .

النظرية الثالثة : النظرية العلمية : وتسمى هذه النظرية كذلك نظرية البحث العلمي الحر ، وتتفق هذه النظرية مع النظرية الأولى في أنه ينبغي أن يتم تفسير التشريع طبقاً لإرادة المشرع الحقيقية عند وضعه ، أى وقت صدوره ،

إلا أنها تختلف عنها بالنسبة للبحث عن النية المفترضة المشرع ، فهذه النظرية لا تبحث عن النية المفترضة المشرع وقد صدور التشريع ، فإذا لم توجد إرادة حقيقية للمشرع فلا ينبغي البحث عن إرادته المفترضة ، أى لا يجوز أن يفترض أمر أو نسبته إلى المشرع ، وإنما في هذه الحالة الأخيرة ، أى حالة عدم وجود إرادة حقيقية للمشرع ، ينبغي التمسك بأن التشريع لا يتضمن القاعدة التى تطابق . ولهذا ينبغي أن تبحث عن هذه القاعدة فى المصادر الرسمية الأخرى . فإذا لم توجد قاعدة فى المصادر الرسمية الأخرى ، فأننا نلجأ إلى والبحث العلمى الحر ، أى ينبغي أن تنلس الحكم بالرجوع إلى جوهر القانون ومصادره الحقيقية وما تشتمل عليه من عوامل مختلفة يؤدى تفاعلها إلى ظهور القاعدة القانونية اللازمة لتلك الحالة ، وهذه العوامل قد تكون طبيعية أو اقتصادية أو سياسية واجتماعية أو دينية وأخلاقية أو تاريخية . . .

الجاه القانون عندنا : يبدو أن المشرع عندنا قد تأثر بالنظريتين التاريخية والعملية ، ذلك أنه فى حالة وجود نص تشريعى يكون من المتمعن تطبيقه على كل حالة يطبق فيها من حيث لفظه أو فحواه . ونقص روح النص وفحواه يتم إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية ، وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة ، وهذا ما يعيننا على الوقوف على حقيقة قصد المشرع عند وضع النص ، مع مراعاة أثر الظروف الاجتماعية فى تحديد نطاق النص ومرامييه من ناحية أخرى .

فإذا لم يوجد ، فإن على القاضى الرجوع إلى المصادر الرسمية الأخرى ، وهى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، على نحو ما بينا . وفى صدد هذا المصدر الأخير يقصد من إحالة القاضى إليه أن يعتمد وأبداً حتى يقطع عليه سبيل التكول عن النص . وهو بذلك يذهب إلى القول

بالرجوع إلى جوهر القانون ومصادره الحقيقية والقاضي في هذا الصدد وإن كان يخرج عن دائرة تفسير القواعد القانونية إلى دائرة إلثامها ، إلا أنه لا يمد مشرعا . لأنه لا يمنع قواعد عامة مجردة ، بل إنه يضع حلا للمسألة المعروضة عليه فقط .

المبحث الثالث

طرق التفسير وقواعده

إذا ما عرض على القاضي نزاع كان عليه أن يتلص الحل في التشريع قبل أي مصدر آخر ، وإذا ما رجع إلى التشريع يتلص فيه الحلول ، فقد يجد النص واضحا سليما وقد لا يجده كذلك ، بل وقد لا يجد نصا يحكم النزاع المعروض عليه . ولما كان من المتعين على القاضي أن يقوم بحل ما يعرض عليه من منازعات ، فانه يلجأ إلى طرق التفسير المختلفة يستعين بها في الوصول إلى حكم النصوص الموجودة . وإذا لم يتمكن عن طريق النصوص الموجودة من الوصول إلى حل للنزاع ، فانه يوجد أمام حالة غير منصوص عليها ، وتبدأ لذلك يلجأ إلى حلها بالالتجاء إلى مصادر القانون الأخرى ، كما بينا . وواضح أن مجال التفسير يكون في الحالات التي يوجد فيها نص قسري ، سواء كان النص واضحا سليما أم لم يكن كذلك ، ولهذا فانه تعرض لطرق التفسير المختلفة التي يستعين بها القاضي في تحصيل حكم النصوص الموجودة ، سواء أكانت هذه النصوص معيبة أم غير معيبة .

الحالة الأولى : حالة النص السليم :

إذا ما كان النص سليما فان دور المفسر يقتصر على استخلاص المعنى الذي يستفاد من ألفاظه وعباراته أو ما يشير إليه عن طريق دلالة ، أي من فقراته ودروسه . وتعرض لكل من هاتين الصورتين :

أولاً - المعنى المستفاد من عبارة النص أو من ألفاظه :

متى كان النص واضحاً فإن المعنى يستخلص من ألفاظه وعباراته ، ويسمى هذا المعنى الحرفي للنص أو منطوق النص . وعبارة النص هي صيغته المكونة من مفرداته وجمله . والمراد بما يفهم من عبارة النص المعنى الذي يقبدر فهمه إلى الذهن من صيغته . ويكون هو المقصود من سياقه ، وفي هذا الصدد لا يجب التقييد بالألفاظ لفظاً لفظاً ، وإنما العبرة بالمعنى الذي يستفاد من مجموع عبارته على هدى قصد المشرع . فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني كما يقولون . وقد يحدث أن يكون لفظ الواحد معنى لغوي ومعنى اصطلاحى . وفي هذه الحالة يتعين الأخذ بالمعنى الاصطلاحى ، طالما أن نية المشرع لم تظهر في الأخذ بالمعنى اللغوي للفظ . مثل ذلك لفظ « الزنا » . فالزنا في المعنى الاصطلاحى هو قيام علاقة جنسية بين رجل وامرأة يكون أحدهما متزوجاً ، في حين أن المعنى اللغوي السائد لزنا ينصرف إلى كل علاقة جنسية آثمة بين رجل وامرأة ، سواء وقعت بين متزوجين أم غير متزوجين .

ثانياً - المعنى المستفاد من روح النص أو فحواه :

في هذه الحالة لا يقف المفسر عند المعنى المستفاد من لفظ النص وعبارته ، ولكنه يستخلص المعنى من روح النص . فالتفسير هنا يهدف إلى تقصى جميع المعاني التي تستفاد من النص عن طريق دلالاته أو عن طريق إشارته ومفهومه . وعدم الوقوف لدى المعنى المستفاد من الألفاظ والبحث عن روح النص ودلالته يؤدي إلى تفسير النصوص تفسيراً واسماً ، إلا أن التفسير الواسع للنصوص لا يسوغ في كل الحالات . فهناك من الحالات ما يمنع فيها تفسير النصوص تفسيراً واسماً . وفي تلك الحالات ينبغي الوقوف عند المعنى المستفاد من ألفاظ النص فقط . دون البحث عن روحه وفحواه .

وللتفسير الضيق يكون في النصوص القانونية التي تقرر استثناء من قاعدة عامة ، ولأن المعروف أن الاستثناء لا يتوسع في تفسيره ، ولهذا يتعين تفسيره بتفسيراً ضيقاً .

وإذا كان الأصل في الأفعال هو أنها مباشرة ، فإن القواعد القانونية التي تجعل بعض الأفعال التي يرتكبها الإنسان أفعالاً محرمة معاقباً عليها تعد استثناء من ذلك الأصل . ولهذا ينبغي أن تفسر القوانين الجنائية تفسيراً ضيقاً ، لأنهم استثناء من الأصل العام . إلا أنه إذا كان تفسير القوانين الجنائية تفسيراً واسعاً يؤدي إلى صالح المتهم ، فإنه يكون سائغاً مقبولاً ، إذ أن في هذا التفسير رجوع إلى الأصل العام نحو حرية الأشخاص فيما يفعلون .

وإذا كنا نلجأ في غير نطاق القواعد الاستثنائية - كما قدمنا - إلى تفسير الواسع ، فإننا نقابل بعد ذلك عن كيفية الوصول إلى روح النص أو فحواه . يتحدد المعنى المستخلص من روح النص أو فحواه عن طريق إشارة النص وعن طريق دلالة ومفهومه .

١ - إشارة النص : لا يقصد بذلك المعنى الذي يستفاد من ألفاظ النص وعبارته ، بل المقصود في هذه الحالة المعنى الذي يعد لازماً لما يستفاد من عبارة النص ، فالنص لا يبرر عن المعنى في ألفاظه ذاتها ، ولكنه ينضمه على اعتبار أنه من لوازمه ، فهو يشير إليه دون أن يصرح به .

مثال ذلك ما كان القانون المدني القديم عندما ينص عليه بالنسبة للقواعد المتعلقة بالنفقات الواجبة على الزوجين لدرى قرباه . إذ لم تكن ألفاظ النصوص القانونية تدل على أن المحاكم الأهلية تختص بنظر المنازعات المتعلقة بها . ولكن نظراً لورود تلك القواعد في القانون المدني الذي تطبقه المحاكم الأهلية . فإن هذا الوضع كان يشير إلى اختصاص المحاكم الأهلية بنظر المنازعات الخاصة بها .

ولسكن يلزم في هذه الحالة ألا يتعارض المعنى المستخلص بطريق الإشارة مع معنى مستخلص من عبارة نص آخر ، لأنه إذا حصل هذا التعارض يغلب المعنى المستفاد من طريق العبارة على المعنى المستفاد من طريق الإشارة .

٣ - دلالة النص ومفهومه : المراد بالمعنى الذى يفهم من دلالة النص هو المعنى الذى يفهم من روحه ومفهومه . ويستدل على هذا المعنى عن طريق الاستنتاج ، إذ يستنتج من روح النص ما أراده المشرع علاوة على المعنى المستفاد من اللفظ ويتم هذا الاستنتاج عن طريق مفهوم الموافقة أو عن طريق مفهوم المخالفة .

(أ) الاستنتاج عن طريق مفهوم الموافقة : في هذه الحالة يوجد هناك نص يفهم من عبارته معنى معين يطبق على حالة معينة ، لكن روح النص تفيد انطباقه على حالة أخرى لم يرد لها ذكر في النص ، وذلك لانخاذ العلة في كل من الحالتين فاتحاد العلة في الحالتين يجعلنا نقيس الحالة الثانية التي لم يصرح النص بحكمها على الحالة الأولى التي صرح النص بحكمها ، ونعطي حكم هذه الحالة الأخيرة للحالة التي لم يصرح بها النص . وهذا هو ما يسمى بالقياس . وهو على نوعين : القياس العادى والقياس من باب أولى .

القياس العادى : يكون في الحالة التي تعدد فيها عدة الحكم في الجائزين . وتبعاً لذلك يعطى حكم الحالة المنصوص عليها للحالة الأخرى التي لم ينص عليها .

مثل ذلك أن القانون التجارى ينص في المادة ٢ فقرة ١٣ على أن التأمين البحرى يعتبر عملاً تجارياً ، ولكن المادة لم تنص على التأمين البرى لأنه لم يكن معروفاً عند وضع التفتين التجارى . إلا أن الفقه والقضاء اعتبر التأمين البرى عملاً تجارياً قياساً على التأمين البحرى .

القياس من باب أولى : في هذا النوع من القياس نجد أن العلة في الحالة

التي لم ينص عليها المشرع أوضح وأظهر منها في الحالة التي نص عليها ، ولهذا فإننا نعلم على حكم الحالة التي نص عليها للحالة التي لم ينص عليها ، لا لأنها يتحدثان في العلة فحسب . بل لأن العلة أوضح وأظهر في الحالة التي لم ينص عليها . ولهذا فإننا تأخذ حكم الحالة التي نص عليها القانون .

مثل ذلك ما يقضى به قانون العقوبات من أن الزوج الذي يفاجئ زوجته حالة تلبسها بالزنا فيقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس (جنحة) بدلا من عقوبة الأشغال الشاقة المقررة للقتل (جناية) . واضح من نص القانون في هذه الحالة أن الزوج الذي يقتل زوجته الزانية هي وشريكها في الزنا حال تلبسها يعاقب بالحبس . فلو فرضنا أن الزوج أم يقتلها ولكنه ضربها ضربا مخلفا عنه عاهة مستديمة (جناية) ، ماذا يكون الحكم ؟ إن نص القانون لم يصرح إلا بحالة القتل فقط مع تخفيف العقوبة بالنسبة لها ، إذ جعلها الحبس ، ولكنه لم ينص على التخفيف بالنسبة للضرب الذي تتخلف عنه عاهة مستديمة . إلا أنه لما كانت علة التخفيف متوافرة وزيادة ، في حالة إحداث العاهة بدلا من القتل ، فإننا نقيس حالة العاهة المستديمة التي لم ينص عليها على حالة القتل التي نص عليها ، ونعطيها حكمها من باب أولى .

ومثل ذلك أيضاً ما نص عليه قانون العقوبات من أن الزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، ولكن لأوجهها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضاها معاشرتها كما كانت . ومن هذا النص نقيس أنه إذا كان الزوج أن يوقف تنفيذ الحكم على زوجته ، فإن له من باب أولى أن يوقف إجراءات الدعوى ضد زوجته قبل صدور الحكم عليها .

(ب) الاستنتاج عن طريق مفهوم المخالفة : يقصد بذلك إعطاء حالة أم ينص عليها المشرع عكس الحكم الذي يصرح به المشرع في حالة أخرى ، وذلك

إما لاختلاف العلة في الحالتين ، وإما لأن الحالة التي صرح المشرع بحكمها تعتبر استثناء من الحالة التي ينص عليها .

فقد تختلف العلة في الحالتين ، ولهذا تغطي الحالة التي لم ينص عليها عكس حكم الحالة المنصوص عليها . مثل ذلك ما ينص عليه القانون المدني من أن « من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » . فمن طريق مفهوم المخالفة نستنتج أن من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر (١) . وكذلك ما نص عليه القانون المدني من أنه « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالإبقاء على الإيجاب إلى أن ينقضي هذا الميعاد » . ويفهم من ذلك أنه إذا لم يعين ميعاد للقبول أمكن المدول عن الإيجاب ومثل ذلك أيضاً ما يقضى به القانون المدني من أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع . فيستنتج من هذا عن طريق مفهوم المخالفة أن تبعه الهلاك بعد التسليم تكون على المشتري .

أما عن الحالة الأخرى ، وهي حالة ما إذا كان المشرع يعتبر استثناء من الحالة التي لم ينص عليها ، فإن الاستنتاج بشأنها لا يخلو من الخطورة ، إذ يجب أن يتضح بجملة أن الحكم الذي نص عليه المشرع إنما هو حكم استثنائي من الحالة التي لم ينص عليها . فإذا ما ثبت ذلك أعطيت الحالة التي لم ينص عليها عكس حكم الحالة التي نص عليها .

الحالة الثانية : حالة النص المعيب :

قد يأتي النص للقانوني معيباً ، وذلك إذا ما وقع فيه خطأ أو نقص أو شابه غموض أو كانت بعض أحكامه متعارضة مع البعض الآخر أو مع نصوص

(١) وذلك مع مراعاة ما يقضى به الفانون في المادة ١٠ مدني والتي تحدد الحالات التي يكون فيها المسئول الحق غير مشروع .

أخرى ، في هذه الحالة يقوم المفسر ، مستعيناً بالطرق المختلفة في التفسير ، برفع ما يوجد من عيب في النص . ولهذا فأننا نعرض أولاً لأمثلة من العيوب التي تعيب النص ثم نبين بعد ذلك طرق تفسير النص إذا كان معيباً .

أولاً : العيوب التي تلحق الضرر :

١ - الخطأ : قد يقع في النص خطأ مادي نتيجة سهو من المشرع ، هذا الخطأ ينبغي تصحيحه . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ١٧٦ مدني من أن :
« تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين والمندوبين النامين وغيرهم من الوسطاء . . . » . في هذا النص لم يقصد المشرع أن يكون الممثلون التجاريون جوابين ، بل قصد أن يسرى حكم العقد على الممثلين التجاريين وعلى الجوابين ، فسقط سببوا حرف « الواو » بين « المندوبين » و « الجوابين » .

٢ - النقص : والنقص يأتي من إغفال لفظ في النص لا يستقيم الحكم بدونه . مثل ذلك أن المادة ١٥١ مدني قديم كانت تنص على أن « كل فعل لشأ عنه للغير يوجب ملووميه فاعله بتعويض الضرر » . فالمشرع في هذا النص لم يقصد أن يترتب الالتزام بالتعويض على كل فعل لشأ عنه ضرر ، سواء كون هذا الفعل خطأ أم لم يكون . ولكنه قصد الفعل الخاطيء ، ولو أنه أغفل الإشارة إلى اشتراط الخطأ ، مع أن النص الفرعي المادة كان يذكره . كما أن القانون الحالي قد راعى ذلك أيضاً فنص على أن (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) .

٣ - الغموض : والغموض يأتي من أحد ألفاظ النص أو عبارته في مجموعها تكون مما يحتمل أكثر من معنى واحد . وفي هذه الحالة يستعان بطرق التفسير المختلفة ، وخاصة حكمة التشريع لمعرفة حقيقة المقصود .

مثل ذلك أن قانون العقوبات يشدد عقوبة السرقة التي ترثكب ليلًا
ولسكن المشرع لم يعرف الليل ، فهل يفهم من كلمة (الليل) فترة الظلام فقط أم
أن المقصود بها هو الليل بمعناه الفلسفي من غروب الشمس إلى شروقها . في هذه
الحالة يوجد غموض بالنسبة لكلمة الليل لأنها تنصرف إلى أكثر من معنى .
ولكن الرجوع إلى حكمة تشديد العقاب في هذا الصدد يجعلنا نرجح المعنى الأول ،
وهو أن المقصود بالليل هو الفترة التي يسود فيها الظلام لأن الظلام يشجع على
ارتكاب جريمة السرقة .

٤ - التعارض : قد يصطدم نص مع آخر ، سواء في تشريع واحد أم في
تشريعات مختلفة ، في هذه الحالة ما ذا يكون الحكم ؟

إذا وقع تعارض بين تشريعات متفاوتة في الدرجة فيغلب التشريع الأقوى ،
كما قدمنا عند كلامنا على تدرج التشريع .

وإذا كان التعارض بين تشريعات متساوية في قوتها فإن التشريع اللاحق
يلغى التشريع السابق . ولكن التعارض قد يكون بين نصوص التشريع الواحد
أو بين نصوص تشريعين متساويين في القوة وصادرين في وقت واحد . في هذه
الحالة ينبغي العمل على رفع التعارض بينهما - إذا لم يوجد ما يرجع أحدهما على
الآخر - بالالتجاء إلى طرق التفسير الخارجية .

ثانها : طرق تفسير النص المذهب :

إذا كان النص معيباً على النحو السابق ، فإن القاضي يلجأ إلى طرق مختلفة
لكي يرفع ما فيه من عيب . وأهم هذه الطرق :

١ - الأعمال التحضيرية : ويقصد بها الرقائق والمذكرات الإيضاحية
والمناقشات التي دارت حول القانون حين إعداده . وهي تعد من أهم الوسائل في

تفسير القانون ، لأنها كثيراً ما تبين الغرض الذي قصده المشرع من النص ، بل إنما تبين كذلك نية المشرع بالنسبة لما ينص عليه .

ونظراً لأهمية الأعمال التفسيرية ، فإن السلطة التشريعية تلحق بكل قانون مذكرة لإيضاحية أو تفسيرية له ، حتى ييسر السبيل للكشف عن الغرض من التشريع والظروف التي أحاطت به منذ التفكير فيه حتى إخراجها إلى حيز التنفيذ . ومع ذلك فإنه ينبغي الحذر في الاستعانة بالأعمال التفسيرية لأنها كثيراً ما تتضمن آراء فردية خاصة بأصحابها يبدونها أثناء مناقشتهم عند نظر مشروعات القوانين وفي الأجان المختلفة . كما أنها قد تتضمن أحكاماً تتعلق بنصوص وردت في مشروع القانون ، ثم تتغير تلك النصوص عند صياغتها النهائية .

٢ - المصدر التاريخي للنص : كثيراً ما يرجع المفسر إلى المصدر التاريخي للنص القانوني لكي يتبين حقيقة قصد المشرع إذا ما جاء النص معيماً بمبى من العيوب السابقة .

ولهذا فإننا كثيراً ما نجد الفقه والقضاء عندنا يرجع إلى الشريعة الإسلامية للوقوف على معنى النصوص التشريعية التي استمدت منها . كما أنهم يرجعون كذلك إلى قانوننا المدني السابق وإلى القانون الفرنسي للوقوف على معنى نصوص القانون المدني الحالي .

٣ - حكمة التشريع : يستعين المفسر كذلك في تحديد معنى النص بحكمة التشريع ، أي بالغاية التي قصد المشرع إلى تحقيقها من وراء النص . ذلك أن النص التشريعي إنما هو وسيلة لتحقيق غاية معينة . وهذه الغاية التي جعلت المشرع يقرم بوضعها . ولهذا فإن معنى النص يتحدد على ضوء الغاية منه أو الدافع إليه .

وفد ذكرنا مثلاً لذلك عند كلامنا عن الفروض الذي يشوب التشريع ،
والاستعانة بحكمة التشريع في تفسير معنى كلمة ، الليل ، .

٤ - قريب النصوص : من الأمور التي تيسر على المفسر الوقوف على
معنى النص الغامض قريب النصوص الغامضة من غيرها من النصوص التي تحكم
المسائل المتشابهة أو المتعارضة . ويقصد بذلك أن المفسر يعتبر النصوص الخاصة
بموضوع واحد كلا يكمل بعضه البعض الآخر . وبذلك يسهل عليه تعرف
الاحكام القانونية . فقد يأتي النص مطلقاً في موضوع ثم يقيد في موضوع آخر .
وقد يأتي عاماً في صدد موضوع معين ثم يخصمه المشرع في موضع آخر .

٥ - النص القرني : لقد كان النصوص الفرنسية أثرها ، وخاصة فيما سبق
حينما كانت القوانين توضع باللغة الفرنسية أولاً ، ثم تترجم بعد ذلك إلى اللغة
العربية . في مثل تلك الحالات كان النص الفرنسي أفضل لأنه كان الأصل ، وتبعاً
لذلك كان أقرب إلى بيان قصد المشرع . وقد أفادت النصوص الفرنسية كثيراً
في الرجوع إليها لإيضاح المعنى المستفاد من ألفاظ النصوص العربية وخاصة
عندما كانت هذه الأخيرة معيبة .

وعلى الرغم من انقلاب الوضع الآن وجعل أصل النصوص باللغة العربية ،
فانه كثيراً ما يحدث أن ينشر إلى جانب النصوص العربية ترجمة لها بالفرنسية ،
وكثيراً ما تفيد هذه الترجمة الفرنسية عندما يكون النص العربي معيباً بحيث من
المعيب السابقة . وبالإضافة إلى ذلك قد تفيد نصوص القانون الفرنسي ذاته في
معرفة حقيقة النص الذي أخذ عنها في القانون المصري .

القسم الثاني

في

نظرية الحق

وتتضمن دراسة هذا القسم الموضوعات التالية :-

١ - التعريف بالحق وأنواع الحقوق وتقسيماتها.

٢ - أركان الحق .

٣ - مصادر الحق .

الباب الأول

التعريف بالحق وأنواع الحقوق وتقسيماتها

الفصل الأول

التعريف بالحق

تمهيد : لقد كان تعريف الحق مثاراً للخلاف بين الفقهاء . فمنهم من نظر إلى الحق من ناحية صاحبه ، وهذا هو الاتجاه الشخصي أو المذهب الشخصي . ومنهم من نظر إلى محل الحق أو موضوعه والفرض منه . وهذا هو المذهب الموضوعي ومنهم من اتجه اتجاهاً وسطاً نظر فيه إلى الاثنين السابقتين : صاحب الحق ومحل فيه . وهذا هو المذهب المختلط . وإلى جانب كل هذا ظهر في الفقه الحديث تعريف الحق اتجه فيه إلى إبراز عناصره وخصائصه المميزة ، وسنمرحس النظرية الحديثة ، ثم نبين التعريف الذي نختاره للحق .

أولاً : النظرية الحديثة :

حاول الفقه الحديث أن يعرف الحق تعريفاً يكشف عن خصائصه المميزة له ولهذا عرف الفقيه الفرنسي إدا بان ، صاحب هذه النظرية - الحق بأنه "ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية ، ويعتصمها بتصرف الشخص متسلطاً على مال معترف له به ، بصفته مالكا أو مستحقاً له ، ومن هذا التعريف يتبين أن العناصر التي

يشكون منها الحق فتعصر في طرودة وجود الاستثناء والتسلط ، وفي أن يلزم الكافة باحترام استثناء صاحب الحق وتسلطه ويكون له أن يطالب باحترام حقه . فهناك أولاً عنصر الاستثناء ثم عنصر التسلط وهناك أيضاً الغير الذين يتعين عليهم احترام الاستثناء والتسلط ، هذا إلى جانب الحماية القانونية .

١ - الاستثناء : فالحق عند دابان Dabin ، إنما هو « استثناء وتسلط ، وكل حق يفترض استثناء شخص بمال معين أو بقيمة معينة ، وهذا يعني اختصاصه بهذه القيمة أو بذلك المال . وهذا الاستثناء أو الاختصاص لا يعني سحياً أن يكون للشخص الانتفاع بالشئ أو القيمة ، فقد تكون المنفعة أو المصلحة المقصودة من الحق لغير صاحبه . ومن جهة أخرى فإن الاستثناء أو الاختصاص يثبت لصاحب الحق ولو لم تتوافر لديه الإرادة ، كالمجنون والصغير غير المميز .

وموضوع الاستثناء يرد على الأشياء المادية من منقولات وعقارات ، كما يرد كذلك على القيم الحقيقية بالشخص ، كحياته وسلامته بدنه . بل إنه يرد أيضاً على عمل أو امتناع عن عمل يلزم به الغير لصاحب الحق .

٢ - التسلط : والوجه الثاني للحق هو التسلط . ويقصد به القدرة على التصرف . فإذا كان الشئ يخص صاحب الحق ، كانت له السلطة عليه . وهذا العنصر ملازم للعنصر الأول ، فالحق استثناء وتسلط . أو هما يثبتان لصاحب الحق ، حتى ولو لم تكن له إرادة . وفي هذه الحالة الأخيرة تثبت مباشرة الحق لمن يتوجه عنه ، كالولي أو الوصي .

٣ - شرط تعدد الأشخاص واحترامهم للحق : وإلى جانب المنصرين السابقين يوجد عنصر ثالث هو وجود الغير واحترامهم للحق . فالحق استثناء وتسلط من جانب صاحبه في مواجهة الغير . وقد يكون الغير شخصاً أو أشخاصاً

غير محددين فيقع عليهم التزام عام باحترام استثمار صاحب الحق وتسلطه ، وفي هذه الحالة ينصب الحق مباشرة على الشيء ، دون التزام معين كما هو الشأن بالنسبة لحق الملكية ، فالغیر في هذه الحالة هم جميع الناس عدا صاحب الحق .

فوجود الغير لازم لوجود الحق ، ذلك أن الحقوق تستلزم المنافسة والتزام وهذا يقتضى تعدد الأشخاص . ولكي يقتضى لصاحب الحق الاستثمار والتسلط يتمين أن يلتزم الغير باحترام حقه وذلك بالامتناع عن كل ما من شأنه الإضرار به في استثماره وتسلطه ، فان وقع من الغير اعتداء كان لصاحب الحق أن يدفع ذلك عن طريق القضاء .

٤ عنصر الحماية القانونية : يعتبر دابان ، أن الحماية القانونية لازمة لوجود الحق . والدعوى هي الطريق الذي رسمه القانون لتحقيق هذه الحماية وهي نتيجة لازمة للحق : فالشخص لا يستطيع الوصول إلى حقه بيده ، بل لابد من تدخل السلطة العامة لحايته ، ووسيلة الحماية لا تقتصر فقط على الدعوى التي يرفعها صاحب الحق ، وإنما قد تكون وسيلة الحماية هي الدفع أمام القضاء . إذا ما توزع الشخص في حقه .

خلاصة النظرية الحديثة :

عرضنا في إيجاز النظرية الحديثة في تعريف الحق ، وهي تنلخص في وجود استثمار أو اختصاص لشخص بشيء أو بقيمة ، استثمار مباشر (كما في الحالة الملكية) أو غير مباشر (كما في حالة حق الدافعية) ، هذا الاستثمار يعطى لمن يثبت له القدرة على التصرف فيما يرد عليه الحق . ثم إلى جانب ذلك ينبغي أن يلتزم الغير باحترام استثمار وتسلط صاحب الحق الذي يكون له المطالبة باحترام حقه عن طريق الوسائل القانونية التي تكفل حمايته .

وقد اتجه الفقه الحديث عندنا إلى مسايرة هذه النظرية ، وانتهى الفقهاء إلى وضع تعاريف للحق تبرز فيها الفكرة السابقة ، وكلمها تتفارب في جوهرها .

ثانياً : التعريف الذى نراه للحق :

قبل أن نعرف الحق يجب أن نشير إلى أنه يمكن رد العناصر الأربعة التى تتكون منها نظرية دابان ، إلى عنصرين :

أولهما : الاستئثار مع مظهره أو نتيجه الحتمية وهو التسلط ، وهذا ما يعبر عنه الفقيه نفسه بمباراة *Appartenance - Maitrise* . هذا العنصر ينظر إليه من ناحية صاحب الحق نفسه ويسمى بالعنصر الداخلى *Interne* ، إذ أن الاستئثار سبب التسلط ويؤدى إليه ، باعتبار أن الشئ أو القيمة تتبع الشخص فيكون له السلطة عليه .

وثانيهما : هو العنصر الخارجى *Externe* وهو عنصر الحماية القانونية ، ويدخل تحته العنصران الآخران اللذان قال بهما دابان ، وهما احترام الغير للحق والالتزام به . والحماية القانونية التى تباشر عن طريق الدعاوى . والواقع أن هذين العنصرين يتعلقان بالالتزام الغير باحترام استئثار الشخص وتسلطه ، ويكون له أن يجبرهم على ذلك إذا ما خالفوا الاحترام الواجب له .

وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نعرف الحق بأنه : « استئثار بشئ أو بقيمة استئثار يحمله القانون » . ومن هذا التعريف نستطيع أن نقبين الخصائص المميزة للحق ، وهى تنحصر فى الاستئثار أو الاختصاص بشئ أو بقيمة ، من ناحية ، وفى الحماية القانونية من ناحية أخرى .

الناحية الأولى : ناحية الاستئثار : وهى أهم ما يميز الحق . والاستئثار يستلزم وجود شخص يتأثر بشئ أو بقيمة وينفرد دون غيره من الأشخاص بالفائدة التى يعطيها له الشئ أو القيمة . فلهذا وراء ذلك ميزة أو مصلحة ، وهذه المصلحة هى الهدف أو الغاية من الاستئثار فصاحب حق الملكية له

وحده الاستشارة أو الأفراد بالميزات التي يخولها له هذا الحق ، وينفرد بها دون الآخرين (١) والدائن يتفرد وحده دون غيره بمطالبة المدينين بمقتضى ... وهكذا .

وإذا كان الاستشارة يثبت للشخص على هذا النحو النحو ، فليس من المحتم أن تتوافر لديه الإرادة ، فقد يثبت الصغير غير المميز والمجنون ، كما أن الحق أو الاستشارة قد يثبت للشخص حتى ولو لم تدخل إرادته ، كالفائب أو الوارث .
والأخذ بهذه الفكرة هو الذي يبين لنا كذلك ثبوت الحق بالنسبة للأشخاص الاعتبارية رغم عدم وجود إرادة حقيقية لها فالإرادة لا تلزم لوجود الحق أو الاستشارة ، ولكنها تلزم لمباشرة ، كما قدمنا .

والاستشارة يستلزم كذلك قيام ما ينصب عليه وهو موضوع الاستشارة ، وقد يكون شيئاً مادياً كحق الملكية ، أو معنوياً كحق المؤلف والمخترع ، وقد تكون قيمة لها تقدير اقتصادي أو ليس لها ذلك ، أي لا تقدر اقتصادياً ، مثل القيم الحقيقية بالشخص . كما قد تكون أداءات يقوم بها الغير .

ويختلف مدى ما يخوله الاستشارة للشخص من سلطات على هذه الأشياء والقيم ، فقد تكون له سلطات واسعة كما هو الشأن بالنسبة لصاحب حق الملكية ، فله سلطات واسعة تخوله استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه . وقد يضيق نطاق هذه السلطات بالنسبة لما يرد عليه الاستشارة فلا يكون له التصرف فيها ، كما هو الشأن بالنسبة لحقه في الحرية وسحقه في الحياة .

الناحية الثانية : فاحية الحماية القانونية : لا يكفي اقيام الحق أن يكون هناك شخص يستأثر بشيء أو بقيمة ، أو بميزات معينة قبل الآخرين ، وإنما ينبغي

(١) وإل كان ينبغي أن يراد أن كلمة « استشارة » إذا كانت تعني أفراد صاحب الحق ، دون غيره ، بالميزات التي يخولها له هذا الحق ، إلا أن الاستشارة ينبغي أن يفهم في ظل الأوضاع الحديثة التي تحد من إطلاق الحقوق ، على أنه استشارة في حدود ما يحمي به القانون .

أن يمكن من المطالبة بحماية حقه ورد أى اعتداء أو تعرض من جانب الغير .
أو ينبغي أن يحصى القانون استثناء صاحب الحق فقد يثبت الاستثناء الشخصى
بما يخوله من سلطات وميزات ، ومع ذلك لا يكون صاحب حق كالمستصحب
والسارق ، إذ لكل منها الاستثناء المادى فقط على التواء دون أن تنوافر الحماية
القانونية . ولهذا فليس لأى منها حق على ما يستأثر به .

وتنصرف الحماية القانونية إلى إقرار استثناء صاحب الحق وما يخوله هذا
الاستثناء من ميزات . ويتحقق ذلك عن طريق كفالة القانون للشخص مباشرة
السلطات اللازمة لتحقيق انفراد به بالشئ أو بالقيمة ، فالحماية بالنسبة لصاحب حق
الملكية مثلا تتطلب تمكين المالك من مباشرة كافة السلطات على ما يملك . وهذا
يقضى احترام كافة السلطات المخولة له والى له أن يتمتع بها فى حدود القانون ،
وفى حدود المصلحة المشروعة التى يهدف إلى تحقيقها . فالقانون إذ يضمن حمايته
على الاستثناء ، فإن الهدف من هذا تحقيق مصلحة صاحب الحق ، لأنه يرى أن
هذه المصلحة جديرة بالحماية . والمصلحة لا تكون جديرة بالحماية إلا إذا كانت
متفقة مع المصلحة العامة . فإذا كانت المصلحة التى يسعى الشخص إلى تحقيقها
مشروعة أى فى حدود المصلحة العامة ، استعقت الحماية القانونية . وإذا لم تكن
كذلك تخلى عنها حماية القانون .

وإذا كان القانون يقر استثناء الشخص ، فإنه يعطيه وسيلة الدفاع إذا ما اعتدى
عليه ، كان مهدداً باعتداء عليه ، وهذه الوسيلة هى الدعوى أو الدفع أمام القضاء
فالدعوى أو الدفع وسيلة لحماية الحق . وهى لا تعتبر لذلك عنصر لازماً لوجوده .
وإنما هى أثر مترتب على قيام حق بقره القانون . فالحماية القانونية التى نقصد بها
هى إقرار القانون لاستثناء الشخص وما يخوله هذا الاستثناء من ميزات .
وهذا يكفى لوجود الحق . والحماية على هذا المذهب تختلف عن وسيلة أو هى الدعوى
التي لا تنور الحماية إليها إلا إذا كان الشخص مهدداً فى استثنائه .

الفصل الثاني

أنواع الحقوق وتقسيماتها

تمهيد : تنقسم الحقوق بصفة عامة إلى حقوق سياسية وحقوق غير سياسية أو مدنية . وهذه الطائفة الأخيرة تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة . وتنقسم هذه الطائفة الأخيرة بدورها إلى طائفتين : حقوق الأسرة ، وحقوق المعاملات المالية . وسنتناول كل قسم من هذه التقسيمات في إيجاز ، على أن نقف بعد ذلك لدى التقسيم الأخير للحقوق وهو الخاص بحقوق المعاملات المالية ، فتولاه بشيء من التفصيل .

أولاً - الحقوق السياسية :

هي الحقوق التي يقرها القانون للشخص باعتباره متدياً إلى بلد معين ، حتى يتمكن من الاشتراك في شئون الحكم وفي إقامة النظام السياسي للجماعة . وهذه الحقوق تهدف إلى حماية المصالح السياسية للجماعة كحق الانتخاب ، وحق الترشيح ، وحق تولي الوظائف العامة .

وتتميز الحقوق السياسية بطابع خاص بها . ذلك أنها لا تعتبر ميزات أو مصالح للدواطين ، بل إنها وظائف سياسية أي أنه ينظر إليها على أنها تكاليف وليست حقوقاً . ولهذا فإنها تختلف عن غيرها من الحقوق الأخرى . كما سنرى . فهي لا تلبي لكافة من يوجد على أرض الدولة ، بل إنها أثبتت فقط لأبناء الدولة ، الذين ينتمون إلى جنسيتها ، وهم المواطنون ، ولا تمنح للأجانب . ولكن القانون يبيح على سبيل الاستثناء الاستعانة بموظفين من الأجانب وخاصة في الحالات التي لا تتوفر فيها الخبرة ، والتخصص الذي لدى المواطنين .

ومن ناحية أخرى إذا كان الأصل أن الحقوق السياسية لا تلبث إلا للمواطنين فقط ، فانها بالنسبة لهؤلاء لا تتقرر لهم جميعاً . بل لابد من توافر شروط خاصة لمنحها ، كاشتراط بلوغ سن معينة . فعضو مجلس الأمة مثلاً يجب ألا تقل سنه يوم الانتخاب عن ثلاثين سنة ميلادية .

ثانياً - الحقوق غير السياسية أو المدنية :

تهدف هذه الحقوق إلى حماية الأفراد ومصالحهم . وهي تعد ضرورية لهم من حيث حماية حرياتهم ومزاولة أوجه النشاط المختلفة . ولهذا كان الأصل هو ثبوت هذا النوع من الحقوق لجميع الأشخاص . ولما كانت هذه الحقوق ترتبط بوجود الأشخاص على هذا النحو ، فانها تفترق مع ذلك عن الحقوق السياسية من حيث أنها لا تقتصر فقط على المواطنين وحدهم ، بل يستطيع الجميع التمتع بها . وهي تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة .

(١) الحقوق العامة :

هي الحقوق التي تثبت للشخص بمجرد وجوده ، أي لكونه إنساناً . فهي لا غنى عنها ولهذا فانه يطلق عليها الحقوق الأصلية بالخصوية أو حقوق الشخصية *Droits de la Personnalité* لأنها تنصل أشد الاتصال بالشخص وقد سميت كذلك بالحقوق الطبيعية وبحقوق الإنسان ، وذلك تأثراً بما كتبه فلاسفة القانون الطبيعي من أنه توجد حقوق طبيعية للإنسان تولد معه ، وبما كتبه كذلك أنصار المذهب الفردي من ضرورة الاعتراف للإنسان بحقوق طبيعية تلبث له باعتبارها إنساناً .

وهذه الطائفة من الحقوق متعددة متنوعة ، منها ما يرمى إلى حماية الكيان المادى للإنسان ، ومنها ما يرمى إلى حماية كيانه المسمى أو الأدبى ، ومنها أخيراً ما يتعلق بشأان الشخصية وتمكين الشخص من مزاولة نشاطه مستقلاً عن غيره .

لن النوع الأول حق الشخص في الحياة وفي سلامة جسمه وأعضائه ، ومتضمن قيام هذه الحقوق استلزام امتناع الآخرين عن المساس به أو الاعتداء عليه بالقتل أو الجرح أو الضرب وتكفل القوانين الجنائية عقاب من يعتدى على هذه الحقوق . وإذا كان حق الشخص في هذه الحالة يحميه من اعتداء الغير إلا برضائه فليس معنى ذلك أن له سلامة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيفما شاء ، بل إن حق الشخص في مثل هذا التصرف ينبغي أن يراعى فيه الصالح العام وليس من الصالح العام أن يكون للشخص الحق في التصرف في جسده أو حياته دون قيود أو حدود . وهذا ما حدا ببعض القوانين مثلاً إن المعاقبة على الشروع في الانتحار بل إن القانون عندما يعاقب من يقتل آخر بناء على طلبه أو برضاه المجنى عليه . أما إذا لم يكن تصرف الشخص في جسمه متعارضاً مع الصالح العام في الجماعة ، بل على العكس كان يحقق فائدة للجماعة ، فإنه يكون صحيحاً كما هو الأمر بالنسبة لتصرف الشخص في بعض دمه ، بالبيع أو الهبة لإنقاذ حياة الآخرين .

أما النوع الثاني وهو ما يتعلق بحماية الكيان الأدبي أو المعنوي للشخص ، فإن حماية هذا الكيان تستلزم الاعتراف له بحقوق معينة . تكون سنداً له في دفع أي اعتداء على كيانه الأدبي بصفة عامة ، وفي التعويض عن الأضرار . فللشخص مثلاً الحق في المحافظة على سمعته وشرفه ، وإذا ما وقع عليه اعتداء في هذا الشأن كان له الحق في دفع هذا الاعتداء وفي المطالبة بالتعويض عما لحقه من الأضرار إلى جانب ما قد يكون هناك من جزاء جنائي .

وبإلى جانب النوعين السابقين يوجد نوع ثالث من الحقوق التي ترمى إلى تمكين الشخص من مزاولة نشاطه . وهذه هي الحريات الشخصية والرخص العامة التي نلبت للناس كافة ، مثل حرية الشخص في الانتقال والتملك ، وحرية المسكن وحرمة ، وحرية الإقامة ، وحرية المراسلات ، وحرية اختيار طريقة الحياة ،

من حيث العمل والزواج ، وبصفة عامة حرية القيام (أو الامتناع عن القيام)
بالاعمال أياً كانت طبيعتها وأياً كان نطاقها في الحدود التي يضمنها القانون . أى
أنه يضاف إلى حقوق الشخصية التي نرى إلى حماية الكيان المادى والادنى
للشخص ، طائفة من الحريات والمسكنات ليس فقط للقيام بالاعمال المادية بل
وأيضاً بالاعمال القانونية .

ومما يكن من الأمر بالنسبة لهذا النوع من الحقوق فإن المشرع عندنا لم
يورد تعداداً لها وإنما اكتفى بالإشارة إلى حمايتها بصفة عامة في المادة ٥٥ من
القانون المدنى كما سنرى ذلك فيما يلى .

خصائص هذا النوع من الحقوق : يتميز هذا النوع من الحقوق البصقة
بالشخصية بأنها حقوق غير مالية . ويرتب على ذلك أنه لا يمكن انتقالها إلى
الغير كما أنه لا يرد عليها التقادم .

فهي أولاً لا يمكن انتقالها إلى النوع ، سواء بالتنازل عنها أم بالتصرف فيها
بأى وجه من أوجه التصرف نظراً لتلازمها مع الشخصية . فلا يصح لأحد مثلاً
النزول عن حريته الشخصية . كما أنه لا يجوز تصرف المؤلف في حقه الادبى وإلا
كان باطلاً .

على أنه إذا كان الأصل هو منع التصرف فى هذا النوع من الحقوق بأى
وجه ، إلا أنه إذا لم يكن من شأن التصرف أن ينقص من الكيان المادى للشخص ،
كالإرضاع أو بيع الدم أو حبه ، فإنه يكون صحيحاً . وطالما بقيت أجزاء
الجسم لاصقة به فإن المنع ينصرف اليها إلى أن تفصل عنه . وفى هذه الحالة نزول
عنها الحماية ويمكن التصرف فيها . كالنصرف فى الشعر بعد فصله مثلاً .

وإذا كان الأصل هو اطلاق كل تصرف يرد على هذا النوع من الحقوق فإن
الأمر بطلان الحماية حينئذ . على ذلك لا يوجد ما يمنع من أن يوصى

الشخص بمجده أو بجزء منه بعد وفاته إماماً أو طبياً أو بوعى بهيئته
لبنتك من بنوك العيون .

ويقتضى تلازم هذا النوع من الحقوق مع الشخصية ، أنها إذا كانت تنقضى
ب وفاة صاحبها ، فالأصل أنها لا تنتقل إلى الورثة عن طريق الميراث .

أما من ناحية التقادم ، فإن هذه الحقوق لا يرد عليها التقادم ، سواء تعلّق
الامر بالتقادم المسقط أم التقادم المكسب ، فهذه الحقوق لا تنقضي بعدم الاستعمال
مهما طال الامد . ومن جهة أخرى فإن مرور الزمن لا يكسب الشخص حقاً من
هذه الحقوق الخاصة بالغير ، فإذا استعمل شخص اسم الغير فإنه لا يكسب عليه
حقاً مهما طال المدة .

على أنه إذا لم يكن لهذا النوع من الحقوق صفة مالية ، فإن هذا لا يحول دون
تبوت حق الشخص في التعويض عن كل اعتداء يقع على حق من حقوقه الشخصية
بشخصيته ، إذا ترتب على الاعتداء ضرر . وقد نص القانون المدني على ذلك في
المادة ٥٠٥ منه إذا قررت أن لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من
الحقوق اللازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون
قد لحقه من ضرر .

(ب) الحقوق الخاصة :

هذه الحقوق تقررها فروع القانون الخاص المختلفة وعلى الأخص القانون
المدني . وهي تنقسم إلى قسمين : حقوق الأسرة والحقوق المالية .

حقوق الأسرة : نلبي هذه الحقوق للشخص باعتباره عضواً في أسرة :
وهي تختلف باختلاف مركز الشخص ووضعه من هذه الأسرة . فالزوج حقوق
على زوجته بصفتها زوجها . ولها من الأخرى حقوق على زوجها بصفتها زوجته .
والأب حقوق على أبنائه ، والأبناء حقوق على الآباء .

والطابع المميز لهذه الحقوق أنها لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصلحة شخصية لهم ، ولكنها تمنح لتحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة ، بل وقد تكون لمصلحة الطرف الآخر الذي يخضع لسلطة صاحب الحق فسلطة الأب على أبنائه مثلاً ، وحقه في تأديبهم لم تقرر لمصلحته الشخصية ، بل لمصلحة الأبناء أنفسهم ، ولهذا فإن هذه الحقوق لا تعد في الواقع حقوقاً تحول لأصحابها ميزات معينة ، وإنما هي أيضاً واجبات بالنسبة لمن تقرر لهم . وإذا كانت سلطة الأب على أبنائه تعطيه الحق في تأديبهم ، فإنها توجب عليه أن يقوم بذلك .

وحقوق الأسرة بصفة عامة ، حقوق غير مالية ، ولهذا فإنها تخرج عن دائرة التعامل ، فلا يصح نقلها إلى الغير بالتنازل عنها أو التصرف فيها . كما أن هذه الحقوق تخضع لقوانين الأحوال الشخصية . وهي عندنا تستمد الجزء الأكبر من أحكامها من القواعد الدينية .

٢ - الحقوق المالية : هذه الحقوق تنتج عن المعاملات المالية بين الأفراد وتسمى بالحقوق المالية لأن موضوع الحق فيها يقوم بالمال ، كما أنها تسمى كذلك بحقوق الذمة المالية لأنها تكون الجانب الإيجابي من الذمة المالية للشخص . وتختلف هذه الطائفة من الحقوق عن غيرها كحقوق الأسرة والحقوق الممثلة بالشخصية من حيث أن الهدف منها هو الحصول على فائدة مادية ، أى أن الاعتبار الاساسى بالنسبة لها هو الجانب المادى أو الاقتصادى ، ولهذا فإنها تقبل التعامل كما أنها تنقل إلى الورثة ، كقاعدة عامة .

وتشمل هذه الطائفة من الحقوق أنواعاً ثلاثة : (١) الحقوق العينية . (٢) الحقوق الشخصية . (٣) الحقوق الادبية أو المعنوية . وإذا كان للنوعين الاولين طابع مالى بحث فإن النوع الثالث يختلف عنها إذ ينظر إليه على اعتبار أنه حق غير مالى أو أدبى باعتباره نصيباً بالشخصية من جهة ، وحق مالى من

جهة أخرى . وسنلتوي فيما يلي الكلام أولاً عن الحقوق المالية بصفة عامة ، ثم ننتهيها
بالكلام عن الحقوق العينية أو الأدبية .

المبحث الأول

الحقوق المالية

الحقوق المالية هي الحقوق التي يكون عليها قابلاً للتقويم بالنقود ، وقد نرد
على شيء ، كما قد يكون عليها عملاً يلزم شخص معين بالقيام به ، فهي تنقسم إلى
حقوق عينية وحقوق شخصية ، باعتبار أن الحق العيني ينصب مباشرة على أشياء
مادية ، كحق الملكية وحق الرهن ، وأن الحق الشخصي سلطة مقررة لشخص
قبل شخص آخر ، بمقتضاها يجبر الأول منها الثاني على العمل الذي ألزم بأدائه .
وسنكلم أولاً عن الحقوق العينية ، ثم عن الحقوق الشخصية ، حيث يتضح لنا في
النهاية الفارق بينها .

الفرع الأول

الحقوق العينية

التعريف بالحقوق العينية وأنواعها : الحق العيني هو استئثار مباشر يقرر
لشخص على شيء معين يمكنه من القيام بأعمال معينة بالنسبة لهذا الشيء وذلك
تحقيقاً لمصلحة يقرها القانون . فالصلة في الحق العيني بين الشخص صاحب الحق
والشيء الذي يرد عليه حقه صلة مباشرة ، تجعل استئثاره من هذا الشيء غير متوقفة
على تدخل شخص آخر ، إذ لصاحب الحق العيني أن يباشر حقه دوق وساطة
أحد . فمالك المنزل مثلاً يستطيع أن يستعمله لنفسه ، وأن يؤجره لغيره ،
وأن ينصرف فيه بكافة التصرفات ، دون توقف على تدخل شخص آخر يمكنه
من ذلك . وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين : حقوق عينية أصلية ، وحقوق
عينية تبعية .

والحقوق العينية الاصلية : هي حقوق تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه . وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها ، بحسب اختلاف مضمون هذا الحق ، وتسمى الحقوق العينية الاصلية لأن لها وجود مستقل فهي تقصد لذاتها . ولا تقوم ضماناً لحق آخر وتشمل هذه الحقوق حق الملكية والحقوق المنفردة عنه . وهي حقوق الارتفاع والاستعمال والسكنى والمحر والارفاق .

أما الحقوق العينية التبعية : فهي أيضاً حقوق تخول للشخص سلطة مباشرة على شيء معين بالذات ، ولكنها لا تقوم بذاتها مستقلة ، بل إنما تستند إلى حق شخصي وتقوم ضماناً للوفاء به ، ثم إنها من جهة أخرى لا تخول صاحبها سلطة استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه ، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية الاصلية ، ولكنها توجد ضماناً لحق شخصي ، وتخول صاحبها استيفاء حقه من ثمن الشيء الذي ترتب عليه الحق العيني التبعية ، متقدماً في ذلك على غيره من الدائنين : كما أنها تخول لصاحبها حق تدفع الثمن إذا انتقل من ملكية المدين إلى ملكية غيره . وتشمل الحقوق العينية التبعية حق الرهن وحق الاختصاص وحقوق الامتياز .

المطلب الأول

الحقوق العينية الاصلية

تشمل هذه الحقوق - كما قدمنا - حق الملكية والحقوق التي تنفرع عنه ، وسنتكلم عنها فيما يلي :

أولاً : حقوق الملكية :

يعبر عن الملكية أوسع الحقوق من حيث السلطات التي يمنحها للمالك ، إذ أنه يخول له في السلطات التي على الشيء من حيث استعماله واستغلاله والتصرف

ليه . هذه السلطات الثلاث التي يعطيها القانون لذلك الشخص هي السلطات التي تتكون منها عناصر الملكية .

واستعمال الشيء يكون بالإفادة منه مباشرة والحصول على ما يمكن أن يؤديه من خدمات فيما عدا الثمار ، ودون أن يمس هذا جوهره . فإذا كان الشيء منزلاً مثلاً كان استعماله بسكناه ، وإذا كان أرضاً فإن استعمالها يتحقق برراحتها والبناء عليها .

واستغلال الشيء يكون بالإفادة منه بطريق غير مباشر وذلك بالحصول على ثماره . وثمار هي ما يتولد دورياً عن الشيء من فوائد أو منافع في مواعيد دورية دون مساس بجوهره . هذه الثمار إما أن تكون ثماراً مادية ، وإما أن تكون ثماراً مدنية . والثمار للمادية تنولد إما بفعل الطبيعة مثل نتاج الحيوان ، وإما بفعل الإنسان مثل المزروعات ، والنوع الأول يسمى ثماراً طبيعية ، والنوع الثاني يسمى ثماراً مستحدثة أو صناعية نظراً لتدخل الإنسان في استحداثها واستخراجها ، أما الثمار المدنية أو القانونية فهي عبارة عن ريع الشيء وما ينفذ من دخل نقدي في مقابل الانتفاع به ، وذلك كالأجرة التي يحصل عليها المالك من تأجير مملكته ، وفوائد السندات وأرباح الأسهم .

أما التصرف في الشيء فعناه استخدام الشيء استخداماً يستنفذه كلاً أو بعضاً . وهو إما تصرف مادي ويكون بالقبض على مادة الشيء عن طريق استهلاكه أو إنلافه أو تغيير شكله وتحويله تحويلاً نهائياً لا رجوع فيه . وإما تصرف قانوني ويكون ذلك بنقل سندات المالك كلها أو بعضها إلى الغير ، سواء كان ذلك بمقابل أم بدون مقابل ، كالبيع والهبة .

هذه هي السلطات الثلاث التي يحولها حق الملكية للمالك وإذا ما اجتمعت في يد شخص واحد قيل إن له الملكية التامة . ولكن قد تجتمع في يد شخص

واحد لشجراً الملكية . إلا أنه ينبغي أن يراعى أن التصرف هو التصرف الذي يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق الميضية الأصلية ، ولهذا فإنه يظل دائماً في يد المالك . أما الاستعمال والاستغلال فيجوز لغير المالك ، وفي هذه الحالة تجزأ الملكية . فقد يتنازل المالك عن حق الاستعمال وحق الاستغلال لشخص آخر ، ويبقى لنفسه حق التصرف . ويعتبر الشخص الذي تنازل إليه المالك في هذه الحالة صاحب حق انتفاع ، أما من بقي له حق التصرف في هذه الحالة ، فيقال له مالك الرقبة .

ثانياً - الحقوق المنفردة عن حق الملكية :

١ - حق الانتفاع : هو حق عيني منفرد عن حق الملكية يخول للمنتفع استعمال الشيء واستغلاله فقط دون التصرف فيه ، إذ يبقى التصرف للمالك ، ويسمى المالك في هذه الحالة مالك الرقبة كما قدمنا . فللمنتفع أن يستعمل الشيء فيما أعد له ، كما أن له كذلك الحصول على ثماره . وإلى جانب ذلك فإن على المنتفع أن يلتزم بالمحافظة على الشيء وأن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، كما أن عليه أن يرد الشيء عندما ينتهي حق الانتفاع .

ويراعى أن حق الانتفاع حق مؤقت ينتهي بوقوع المنتفع ، كما قد ينتهي كذلك بانتهاء المدة المحددة في العقد الذي يرتبه أو في الوصية به . وينتهي حق الانتفاع كذلك بهلاك الشيء الذي تقرر عليه ، أو عدم استعماله مدة ١٥ سنة .

٢ - حق الاستعمال وحق السكنى : حق الاستعمال هو حق عيني يخول لصاحبه استعمال الشيء الذي يقع عليه . وذلك بالتقدير اللازم لما يحتاج إليه هو وأسرته لحاجة أنفسهم . فليس لصاحب حق الاستعمال أن يستعمل الشيء ، أو أن يستغله إلا في هذه الحدود فقط . أي بالتسليم اللازم لحاجته وحاجة أسرته .

فإذا كان لشخص حق استعمال حديقة فليس له من ثمارها إلا القدر الذى يحتاجه هو وأسرته . ولكن ليس له أن يبيع هذه الثمار أو يعطيها للغير .

أما حق السكنى فهو أضيق نطاقاً من حق الاستعمال ، إذ ليس لصاحب الحق أن يستعمل المنزل فى غير السكنى . فليس له أن يفتح فيه متجرأ ، أو أن يستغله بتأجيريه إلى الغير مثلاً .

هذا ويراعى أن حق الاستعمال وحق السكنى يتقضيان بموت صاحب الحق ، كما هو الشأن بالنسبة لحق الانتفاع .

٣ - حق المحكر : استمد نظام المحكر من الشريعة الإسلامية ، والفرض منه تسليم أرض فى حاجة إلى اصلاح إلى شخص يقوم باصلاحها وتسميرها بالبناء عليها أو بالتراس فيها . ويكون ان تسلم الأرض ، وهو ما يسمى بالمحكر حق عني عليها بخوله الانتفاع بها فى مقابل دفع أجرة المثل أى الأجرة التى تدفع لمثل هذه الأرض .

ويمتلك المحكر ما يحدده على الأرض من بناء أو فراس أو غيره ملكاً تاماً ، وله أن يتصرف فيه وحده كما أن له كذلك أن يتصرف فيه مع حقه فى المحكر . والمحكر لا يجوز طبقاً لأحكام القانون المدنى الحالى إلا على الأراضى الموقوفة (١) . وقد اشترط القانون لجوازه أن يكون لضرورة أو مصلحة تقتضيه ، وأن تأذن به المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها الأرض المطلوب محكرها كلها أو بعضها قيمة ، كما يجب كذلك أن يصدر به عقد رسمى يشهر وفقاً لأحكام الشهر العقارى .

(١) ولهذا فانه بعد إلغاء نظام الوقف الأهلى سنة ١٩٥٣ انتهت الأحكام التى كانت مرتبة على الأعيان الموقوفة ، ولم نعد هناك أحكام جديدة بملكية الحال . وتقشياً مع سياسة تصفية نظام المحكر فقد خول القانون لوزير الأوقاف انهاءها على الأوقاف الخيرية إذا انتهت المصلحة ذلك . وقد حدد القانون بعد ذلك مهلة لانتهاء الأحكام وقد مدت هذه المهلة بالقانون ٣٢ لسنة ١٩٦٥ .

وحق الحكر مؤقت . وقد قرر القانون أنه لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، ولكن هذا الحق - على خلاف حق الانتفاع - لا ينقضى ستما بوفاة المحتكر . وإذا توفي المحتكر قبل انتهاء الحكر انتقل هذا الحق إلى الورثة .

٤ - حق الارتفاق : الارتفاق ، كما يعرفه القانون حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ، أى أنه لا بد من وجود تكليف ، يتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر ، ويكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين . والتكليف تقييد من سلطة صاحب العقار المرتفق به أو الخادم لمصلحة صاحب العقار المخدوم . فالارتفاق بالمرور مثلاً تكليف بمقتضاء يكون لصاحب العقار المخدوم حق المرور عبر العقار الخادم والارتفاق بالمطل تكليف بمقتضاء يكون لصاحب العقار المخدوم حق فتح مطلات على ملك الجدار على أقل من المسافة القانونية . . وهكذا .

وتتميز حقوق الارتفاق بأنها حقوق غير مؤقتة ، ذلك أن هذه الحقوق تنقرر لمنفعة عقار ، ولهذا فإن بقاء المنفعة بظل مرتبطاً بالعقار رغم تغير ملاكه . والاصل أن الارتفاق بظل قائماً مابقى العقاران الخادم والمخدوم . فلا يوجد حد أقصى ينبغي أن ينتهى الارتفاق بانتهائه كما هو الشأن بالنسبة لحق الحكر . هذا ما لم يوجد اتفاق على إنشاء ارتفاق يشق بمدة معينة ، أو ما لم يسقط بعدم الاستعمال المدة الطويلة .

• • •

هذه هي الحقوق العينية الأصلية وهى تشمل حق الملكية والحقوق المنفرعة عنه . ويلاحظ أن حق الملكية يختلف عن الحقوق المنفرعة عنه من حيث أنه حق دائم يبقى طالما بقى الشيء . فلا يسقط بعدم الاستعمال ، مهما طال الزمن . فإذا أهمل صاحب الملكية حقّه يستعمله فإن الملكية تظل دائمة . مهما طال الأمد ، اللهم

إلا إذا وضع شخص يده على شيء الذي لأهل المالك مباشرة - لمطاعته عليه مدة طويلة ، فإن واضع اليد يكتسب في هذه الحالة ملكية الشيء بالتقادم متى توافرت شروط اكتساب الملكية . فإذا لم تتوافر هذه الشروط ظلت الملكية للمالك . أما بالنسبة للحقوق الأخرى المنفردة عن الملكية ، فإنها تسقط بعدم استعمالها مدة ١٠ .

المطلب الثاني

الحقوق العينية النجبة

تمهيد : يقضى القانون بأن أموال المدينين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . وهذا هو ما يسمى بالضمان العام . والأصل أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه . ومعنى ذلك أن لكل دائن - من أجل أداء حقه دون أن يقوم المدين بأدائه مختاراً أن يستوفي حقه جبراً عن المدين بالتنفيذ عن أمواله عن طريق الحجز عليها ويضمها بالمراد واستيفاء الحق من ثمنها ، ويستطيع الدائن أن يتخذ لإجراءات التنفيذ على أى مال من أموال المدين يكون في ذمة وقت التنفيذ . وكل الدائنين يستطيعون القيام باتخاذ إجراءات التنفيذ . فالضمان العام الذى يقرره القانون على أموال المدين مقرر للدائنين جميعاً . وإذا ما تعددوا كان لهم الاشتراك في قسمة أموال المدين . وقد لاقى أمواله للوفاء بكل ديونه فتقسم عليهم قسمة غرماء بنسبة دين كل منهم . فإذا كان الدائنون ثلاثة مثلاً ، لكل منهم ٥٠٠ جنيه ، وكان باقى من أموال المدين ٦٠٠ جنيه قسم عليهم بنسبة دين كل منهم ، فيأخذ كل دائن مبلغ ٢٠٠ جنيه .

ولكن الدائنين لا يستطيعون التنفيذ إلا على الأموال الباقية في ذمة المدين . وقت التنفيذ ، ذلك أن مجرد المديونية لا تقبل يده عن التصرف في أمواله ، فيخرجها بذلك من الضمان العام للدائنين . ولا يكون لهم - في الأصل - من

سبيل عليها . ثم إن المدين قد يلجأ كذلك إلى الاستدانة وعقد قروض جديدة
فيأتي الدائنون الجدد ويراحلون السابقين . وهذا من شأنه أن ينقص الضمان العام
بالنسبة لهم أيضاً . فالضمان العام يتأثر - كما هو واضح - بما يجريه المدين من
تصرفات ، وبما ينشأ في ذمته من ديون جديدة .

وحق يتلانى الدائنون هذه المخاطر ، وأوجد القانون لهم ضمانات خاصة هي
ما تسمى بالتأمينات . والتأمينات إما شخصية وإما عينية . فقد يطلب الدائن
إلى مدينه - زيادة في الاحتياط - أن يقدم له كفلاً يكفل تنفيذ الالتزام
إذا لم يقيم المدين بالوفاء به . وقد يلجأ الدائن إلى طريق آخر ، فينص على
تضامن المدينين إذا ما تعددوا ، ويمكنه بذلك أن يرجع على أى منهم لاستيفاء
حقه ، قال كفالة والتضامن تأمينات شخصية . وقد يطلب الدائن إلى مدينه أن
يقدم له تأميناً عينياً ، وبذلك لا يقتصر ضمان حقه على الضمان العام الذى يشترك
فيه جميع الدائنين ، ولكن يكون له كذلك ضمان خاص أو تأمين خاص على
شئ معين ، يمكنه من استيفاء حقه بالتقدم على سائر الدائنين الآخرين الذين
ليست لهم ضمانات خاصة ، كما يمكنه من تتبع الشئ الذى يرد عليه الضمان فى
أى يد كان ، إذا ما تصرف فيه للمدين ببيع أو بغيره . والضمانات الخاصة أو
التأمينات العينية هي ما تسمى بالحقوق العينية التبعية . وقد سميت بالحقوق العينية
لأنها تحقق لأصحابها - لطفة مباشرة على شئ معين بذاته من أموال المدين ، وسميت
تبعية لأنها تقوم تبعاً لقيام حق شخصى ، فينقرر لضمان الوفاء بالمدين .

وتتنوع الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها إلى ثلاثة أنواع : الرهن وهو
يقرر بالارفاق ، والاختصاص وهو ينقرر بأمر القضاء ، والامتياز وهو ينقرر
بنص القانون ، ونوضح كلا منها بإيجاز فيما يلى :

أولاً : الرهن :

يقرر الرهن - كما قدمنا - بالاتفاق ، وهو نوطان : رهن رسمي ورهن حيازي .

(١) الرهن الرسمي : الرهن الرسمي ، عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين المصادين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون . فهذا الرهن ينشأ بمقتضى عقد رسمي يبرم بين الدائن والمدين ويتم بمعرفة موظف مختص هو الموثق . ولا بد من أن يكون هذا الرهن على عقار (منزل ، أرض) ، ولكي يحتاج به على الغير من الدائنين الآخرين أو من تؤول إليه ملكية العقار لأبد من شهره عن طريق التقييد في مكتب الشهر العقاري .

وإذا كانت حيازة العقار المرهون تدل للمدين مباشرة على سلطاته كالك له ، إلا أن الرهن يحول للدائن المرتفع الحق في استيفاء دينه من ثمن العقار بالأفضلية على غيره من الدائنين الذين ليست لهم رهون ، أو الذين لهم رهون تالية في المرتبة . ومن جهة أخرى يستطيع الدائن المرتفع أن يتبع العقار في يد من انتقلت إليه ملكيته كالشترى ، وينفذ عليه للحصول على حقه .

(ب) الرهن الحيازي : الرهن الحيازي ، عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي بعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يحول بحسب القس . لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين المصادين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون .

فالرهن الحيازي ينشأ بمقتضى عقد بين دائن ومدين . ولا يشترط تحريره أمام موظف رسمي . وهو يرد على العقار والمنقول بخلاف الرهن الرسمي ، ولما

كانت الحيازة تنتقل إلى الدائن ، فإنه يلزم بصيانة الشيء المرهون ، وإذا كان يستفيد من هذا الشيء عن طريق استعماله أو أخذه ريمه ، فإن ما يحصل عليه من هذا الطريق أو ذاك يخص من الدين الذي يقوم الرهن ضمانا له .

ولكي يحتج بالرهن على الغير يلزم انتقال الحيازة إلى الدائن أو إلى شخص أجنبي برضاه المتعاقدان . كما يلزم أن يفيد الرهن في الشهر العقاري إذا كان واردا على عقار ، أو أن يكون المحرر المثبت له ثابت التاريخ إذا كان منقولا .

ويحول الرهن الحيازي للدائن المرتهن الحق في استيفاء دينه من ثمن العين المرهونة بالأولوية على غيره من الدائنين . كما يحوله كذلك الحق في تتبع الدين في أي يد كانت ليستوفى دينه من ثمنها .

وبراعى أنه لكي يحصل الدائن المرتهن على حقه ينبغي عليه اتباع إجراءات التنفيذ التي نص عليها القانون ، سواء تعلق الأمر برهن رسمي أم برهن حيازي .
ثانها - حق الاختصاص :

ينقرر هذا الحق على عقار بأمر من القضاء . وينص القانون على أنه يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل ، متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بمقاررات مدينة ضمانا لأصل الدين والقوائد والمصرفات .

ومن هذا يتبين أنه لا يجوز طلب تقرير الاختصاص إلا إذا كان بيد الدائن حكم واجب التنفيذ ضد المدين . ويتقدم الدائن بمرضية إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها المقاررات التي يريد الاختصاص بها . وإذا ما توافرت الشروط المطلوبة لذلك أصدر الرئيس أمره بالاختصاص ويدونه في ذيل العريضة ، مراعى في ذلك التناسب بين مقدار الدين وقيمة المقاررات التي يتقرر عليها الاختصاص .

وإذا ما تقرر للدائن الاختصاص بمقاررات أو أكثر من عقارات المدين ، كان

له من الحقوق ما للدائن المرتهن رهنا رسميا من حيث: تتبع العقار أو العقارات في أى يد كانت . ومن حيث استيفاء حقه بالأولية من وقت قيد الاختصاص في مكتب الشهر العقارى بالطريقة التى يفيد بها الرهن الرسمى . وتظل حيازة العقارات التى يقع عليها الاختصاص للدالك ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمى .

ثالثا - حقوق الامتياز :

د الامتياز أولوية يقررها القانون لحين معين مرأطاة منه لصفته . ولا يكون الحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون ، ولهذا إذا أريد معرفة ما إذا كان لدين من الديون امتياز على غيره ، يتعين البحث عن ذلك فى نصوص القانون ، سواء ما ورد فى هذا الشأن فى القانون المدنى ، أم فى القوانين الأخرى . وقد نص القانون المدنى فى الباب الخاص بحقوق الامتياز على أن : مرتبة الامتياز يحددها القانون . فإذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتياز . كان هذا الحق متأخرا فى المرتبة عن كل امتياز ورد فى هذا الباب . وإذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقتضى بغير ذلك . وحق الامتياز قد يكون عاما يرد على جميع أموال المدين من عقارات ومنقولات وذلك كامتياز المبالغ المستحقة للخدم والعامل وكل أجير آخر ، عن أجرم وروائهم من أى نوع كان ، عن الستة أشهر الأخيرة .

وقد يكون حق الامتياز خاصا يرد على مال معين بالذات . هذا المال قد يكون عقارا ، كامتياز بائع العقار ضمانا لحقه بالسوية للباقي من الثمن . وهذا الامتياز يجب أن يقيد فى سجل الشهر العقارى ، وتكون مرتبته من وقت القيد . وقد يرد الامتياز الخاص على منقول معين ، وذلك كامتياز مؤجر العقارات على منقولات المستأجر من مفروشات ومحصولات . . ضمانا للأجرة . ومثله أيضا امتياز بائع المنقول ، إذ يكون الثمن ممتازا على هذا المنقول .

الفصل الثاني

الحقوق الشخصية

الحقوق الشخصية أو الآلات أمات من التي تكون الطائفة الثانية من الحقوق المالية ، إذ أن محاسنها قابل للتفريق بالنفود . وإذا كنا قد عرفنا الحق العيني بأنه استئثار مباشر بأداء معين ، ينقرر لشخص يسمى الدائن قبل شخص آخر يسمى المدين ، وبمقتضاه يكون للدائن القدرة على أن يطالب المدين بالقيام بأداء معين يلتزم به قبله . فالاستئثار في هذه الحالة لا ينصب على شيء معين كما هو الشأن بالنسبة للحق العيني ، ولكنه استئثار بأداء معين لا يستطيع الدائن الوصول إليه مباشرة ، وإنما يستطيع ذلك عن طريق تدخل المدين .

وقد ينظر إلى الحق الشخصي من جانب الدائن (صاحب الحق) ، كما قد ينظر إليه كذلك من ناحية المدين ، ولهذا فإن الحق الشخصي يسمى بحق الدائنية ، على أساس النظر إلى مركز الدائن ، كما يسمى أيضا بالالتزام على أساس النظر إلى مركز المدين ، لأن المدين يلتزم بأداء معين قبل الدائن . فالحق الشخصي أو حق الدائنية يقابله التزام المدين . واصطلاحا ، الحق الشخصي ، أو ، الالتزام ، يعبران عن مضمون واحد . ولهذا نجد أن القانون المدني عندنا يستعمل الاصطلاحين مترادفين ، إذ جاء القسم الأول منه تحت عنوان ، الآلات أمات أو الحقوق الشخصية .

أنواع الحقوق الشخصية :

وتنوع الحقوق الشخصية بتدرج الآلات ، هو ذاته لأعمال معين من جانب المدين . هذا العمل قد يكون إيجابيا أو قد يكون سلبيا ، والدائن الذي يتحقق هو ما يتحقق بالالتزام . أما العمل السلبى ، فيسمى بالالتزام السلبي ، وهو العمل الذي

ويضيف الفقه إلى ذلك حالة أخرى هي ما نسمي بالالتزام بإعطاء ، وتكلم عن كل منها فيما يلي :

١ - الالتزام بعمل : يلتزم المدين في هذه الحالة بالقيام بعمل إيجابي وذلك كالالتزام عامل بالعمل لدى شخص معين هو صاحب العمل بمقتضى عقد العمل ، وكالتزام المقاول ببناء منزل لشخص معين بمقتضى عقد المقاولة ، وكالتزام الممثل بالتمثيل في رواية معينة بمقتضى اتفاق يبرم بينه وبين مدير المسرح . في هذه الصور المختلفة يكون لصاحب العمل أو لمدير المسرح حق شخصي قبل الطرف الآخر . محله الالتزام بالقيام بعمل معين ، وهذا العمل ينشأ عن الاتفاق بين الطرفين .

٢ - الالتزام بالامتناع عن العمل : في هذه الحالة يلتزم المدين التزاما سلبيا . وبمقتضى هذا الالتزام يمتنع عليه القيام بفعل شيء كان أن يقوم به لولا أنه التزام بالامتناع عن القيام به فالأداء الذي يلتزم به المدين في هذه الحالة يحيد من حرية . ففي حالة الالتزام بعدم المنافسة مثلا نجد أن هذا الالتزام يحيد من حرية الشخص ، إذ الأصل أن له حرية المنافسة .

ومن أمثلة بالالتزام بالامتناع عن عمل كذلك حالة ما إذا تعاضد ممثل على أن يقتصر على التمثيل عند صاحب مسرح معين فقط ، إذ يلتزم الانفاق في هذه الحالة على طائفة الممثل التزاما بالامتناع عن التمثيل لدى صاحب مسرح آخر ، وكذلك حالة ما إذا باع شخص محلا تجاريا ، فإنه يلتزم بعدم فتح محل تجاري يمارس فيه التجارة نفسها في المنطقة التي يوجد فيها محله الأول . فالالتزام بالبائع في هذه الحالة هو التزام بالامتناع عن عمل ، أي بالامتناع عن فتح محل تجاري .

٣ - الالتزام باعطاء : . في صدد الالتزام الإيجابي . وهو الالتزام بالقيام بعمل ، هناك مجال للتفرقة بين حالتين ، فهناك حالة أولى يكون فيها الأداء عبارة عن مجرد عمل يقوم به الملتزم لصاحب الحق . كما هو الشأن في حالة الالتزام الشخصى بالقيام بخدمة معينة ، والالتزام مقبول ببناء منزل أو بإصلاحه ، والالتزام شخص بنقل بضاعة من مكان إلى آخر . ففي هذه الصور وأمثالها يكون محل الالتزام عبارة عن مجرد القيام بعمل . أما في الحالة الثانية فإن الالتزام بالأداء الإيجابي يختلف عن الحالة السابقة ، إذ أنه يكون عبارة عن القيام بنقل حق عيني أو إنشاءه ، أى يكون تصرفاً قانونياً من طبيعة خاصة .

في هاتين الحالتين السابقتين يوجد نوعان من الالتزامات الإيجابية يختلفان فيما بينهما ، ولهذا يفضل التفرقة بينهما . ويطلق على الالتزام في الحالة الأولى التزام بمعمل . وهو الالتزام الذى يمثل في القيام بعمل مادي . ويطلق على الالتزام في الحالة الثانية الالتزام باعطاء . وهو التزام يقصد من ورائه نقل حق عيني أو إنشاؤه ، . أى تم ذلك بمقابل أم بدون مقابل .

فقد يتضمن الالتزام باعطاء إنشاء حق عيني ، كما إذا التزم مالك عقار بإنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار آخر ، وقد يرد الالتزام باعطاء كذلك على نقل ملكية مبلغ من النقود وذلك كالالتزام المشتري بدفع الثمن ، والالتزام المستأجر بدفع الأجرة . . فحل الالتزام في هذه الحالة هو نقل ملكية شيء مقبول ، وهو مبلغ من النقود ، وقبل تنفيذ الملتزم بنقل ملكية هذا المبلغ من النقود ، لا يكون للطرف الآخر (وهو البائع والمزجر هنا) إلا حق شخصي قبل هذا الملتزم . ولكن إذا ما نفذ الملتزم التزامه بالوفاء ، فإن الحق الشخصى الذى كان للبائع أو للمزجر ينقضى ويصبح كل منهما مالكا للسلع المدفوع .

ومن هنا يتبين لنا أنه بعد تنفيذ الالتزام بعمل بين شخصين . . .

في حالة ما إذا كان هذا الالتزام يهدف إلى نقل أو إنشاء حق عيني على شيء .
فانه يسمى التزاما بإعطاء . فالالتزام بإعطاء ليس في حقيقته إلا صورة من صور
الالتزام بعمل . وبعبارة أخرى إن العمل الذي يطلب من المدين أدائه إما أن
يؤدي إلى نقل أو إنشاء حق عيني ، وإما ألا يؤدي إلى ذلك . فإذا كان من
شأنه أن يؤدي إلى نقل أو إنشاء حق عيني أطلق عليه التزام بإعطاء .

مصادر الحقوق الشخصية :

تتنوع الحقوق الشخصية وتعدد صورها ، وذلك على خلاف الحقوق العينية ،
ذلك أنه إذا كان القانون يحدد الحقوق العينية ويوردها على سبيل الحصر وينظم
أحكام كل منها ، فانه لم يفعل ذلك بالنسبة للحقوق الشخصية ، وإنما اكتفى
في شأنها ببيان مصادرها . ونحن نشير في إيجاز إلى هذه المصادر ، إذ مجال
دراستها هو نظرية الالتزام . وقد بين القانون مصادر الحقوق الشخصية أو
الالتزامات . وتناول كل مصدر منها في فصل مستقل ، وهذه المصادر هي العقد ،
والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، والقانون .

١ - العقد : يعتبر مصدراً للحقوق الشخصية التي تنشأ من توافق إرادات
الأفراد على إحداث آثار قانونية ، وللأفراد في هذا المجال سلطان واسع ، إذ
لمهم أن ينشئوا ما شاءوا من الحقوق دون أي قيد عليهم في هذا الصدد إلا مراعاة
النظام العام والآداب .

٢ - الإرادة المنفردة : قد تكون للإرادة الواحدة القدرة على إنشاء حق
شخصي . وهذا ما نص عليه القانون المدني عندنا في حالة الوعد بجائزة . فإذا
ما وجه شخص إلى الجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين ، التزم بإعطاء
الجائزة لمن قام بهذا العمل قبل الواعد ، ومصدر هذا الحق هو إرادة الواعد
المنفردة .

٣ - العمل غير المشروع : والعمل غير المشروع أو الفعل الضار يعتبر مصدرًا للحق الشخصي على أساس أن كل خطأ سبب ضررًا للغير ، يلزم من ارتكبه بالتعويض ، أي أنه ينشأ المضرور حق في التعويض .

٤ - الأثر بلا سبب : وهو ما يسمى كذلك بالفعل النافع : في هذه الحالة نجد شخصًا يقوم بفعل يعود منه نفع على شخص آخر يترى منه دون سبب مشروع ، فيلتزم من أثره بالتعويض من قام بالفعل طبقًا للقواعد التي نظمها القانون في هذا الصدد .

٥ - القانون : ومن الحقوق الشخصية ما ينشأ مباشرة بمقتضى قاعدة قانونية مثل التزام الأب بالإعانة على أبنائه . إذ القانون ينشئ للأبناء في هذه الحالة حقوقًا قبل الأب .

الفرع الثالث

الفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي

تمهيد : انتهينا فيما سبق من عرض سريع لتعريف بكل من الحق العيني والحق الشخصي . وقد وضحت لنا معالم كل من هذين الحقين . فالحق العيني استثنائي بمعنى أنه يطالب صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء تمكنه من الحصول مباشرة على المزايا التي يخلو لها هذا الحق ، أما الحق الشخصي فانه استثنائي غير مباشر بأداء معين بتقرر لشخص قبل شخص آخر ويمكنه من المطالبة بهذا الشخص الآخر ، وهو المدين ، بالقيام بالأداء الذي التزم به . ومن هذا يتبين لنا أنه في حالة الحق العيني يوجد صاحب الحق والشيء الذي يرد عليه الحق . ويستطيع صاحب الحق أن يستفيد مباشرة مما يمنحه له حقه . أما في حالة الحق الشخصي فانه إلى جانب الحق والأداء الذي يرد عليه حقه يوجد المدين ولا يستطيع صاحب الحق الحصول على حقه إلا بتدخل هذا المدين وهو الطرف

السلبي في الحق . — هذه التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني تفرقة جوهرية
تتقرب عليها نتائج متعددة . وقد ظلت هذه التفرقة بينهما قائمة رغم المحاولات
التي بذلت من جانب الفقه لإزالتها ، سواء منهم من أراد تقريب الحق العيني من
الحق الشخصي أو من أراد العكس بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني .

ولهذا فإننا نبرز الفوارق بينها فيما يلي :

المقارنة بين الحق العيني والحق الشخصي : مما سبق نستطيع أن نقبين
أوجه التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي ونجمل ذلك - بإيجاز - فيما يلي :

١ - رأينا فيما سبق أن الحقوق العينية وارد على سبيل المحصر بخلاف
الحقوق الشخصية ، إذ رأينا أنها متعددة متنوعة وأن للأفراد أن ينشئوا منها
ما شاءوا في حدود النظام العام والآداب .

٢ - الحق العيني يتركز في شيء معين بالذات ، إذ أنه يحول صاحبه سلطمة
على شيء . أما الحق الشخصي فحله عمل المدين ، ولذلك يتصور أن ينشأ هذا
الحق متعلقا بشيء غير معين بالذات ، ويكفي فيه أن يكون معيناً بنوعه ومقداره .
فإذا باع شخص كمية من القمح مثلاً دون أن تحدد الكمية بالذات ففي هذه الحالة
لا تنشأ ملكية المشتري ، ولا يكون له سوى حق شخصي فقط قبل اللبايع . وإذا
ما أفرزت الكمية المباعة ، فإذا أصبحت محددة بالذات . وبالتالي تنشأ الملكية
وبصحب المشتري حق عيني على هذه الكمية المفترزة لأنها أصبحت بالذات .

ومن ناحية أخرى فإذا كان الحق العيني يتركز في شيء معين بالذات . فإنه
علاوة على ذلك ينبغي أن يرد على شيء موجود ، أي يكون حالاً . فإذا ورد
على شيء مستقبل لا يولد حقاً عينياً ولكن يتولد عنه حق شخصي .

٣ - الحق العيني ، كما رأينا ، استثمار مباشر بشيء . يمكن صاحبه من الحصول

على المزايا التي يمنحها له دون ، - ساطة ، خلافاً للحق الشخصي ، فقد رأينا أنه استثناء غير مباشر يمنح صاحبه - لطفه قبل شخص آخر وهو المدين تمكنه من الحصول على حقه بواسطة المدين .

٤ - الحق العيني يحتاج به وينتج أثره في مواجهة الكافة ، وبهذا فإنه لا ينشأ عنه إلا واجب عام يلزم الكافة بقتضائه . الامتناع عن التعرض لصاحبه . ولهذا فإنه لا يعد عنصراً .. إيجابياً في ذمة الغير ، وإن كان يعد عنصراً من عناصر الذمة المالية بالنسبة لصاحبه ، أما الحق الشخصي فإنه لا يحتاج به إلا في مواجهة شخص معين . وهو ينشئ - علاوة على الواجب العام الذي يقع على طائفة الكافة ، واجباً خاصاً على طائفة المدين ، وبالتالي يعتبر عنصراً - إيجابياً في الذمة المالية . ولهذا يقال إن الحق العيني حق مطلق أما الحق الشخصي فإنه حق نسبي .

٥ - الحق العيني يخول صاحبه ميزة أو حق الأفضلية ، وكذلك يحوله بميزة أو حق التتبع ، وهذا بخلاف الحق الشخصي .

وتتحقق الأفضلية سواء كان للشخص حق عيني أصلي أم حق عيني تبعي . فهي تثار في العلاقة بين أصحاب الحقوق العينية بصفة عامة ، وبين غيرهم من الدائنين الماديين الذين ليس لهم مثل هذه الحقوق . أمام التفاضل بين أصحاب الحقوق الشخصية فقط ، فإنه لا يقوم . كما أن التفاضل بين أصحاب الحقوق العينية ذاتها له قواعد تحكمه إذا ما تعلقت بهذه الحقوق بشئ معين من أموال المدين ، إذ قد يقوم على أساس الأسبقية في القيد أو في التاربع أو على أساس ثبوت الحيازة بحسب الأحوال .

أما عن حق التتبع ، فإنه هو الآخر يثبت في حالة الحقوق العينية وحدها . فإمالك يستطيع أن يتبع الشيء المملوك له في أي يد كانت ، في يد الحائز أو السارق ... وصاحب حق الرهن الرسمي ، لا يتأثر حقه بخروج الحائز المرهون

من يد المدين ، ويكون له أن يتبعه في يد الخائز الجديد لكي يستوفي حقه . . .
وهكذا ذلك لأن لصاحب الحق العيني - أصليا كان الحق أم قبهيا - سلطة
مباشرة على الشيء . هذه السلطة يمكن ممارستها أينما وجد هذا الشيء ، ومهما
كان حائزها .

وليس الأمر كذلك في حالة الحق الشخصي . فالدائن لا يستطيع تتبع الشيء
إذا ما خرج من يد المدين ، لأن في حقه لا يرد على شيء معين من أموال المدين ،
ولأنما يرد على عمل أو امتناع عن عمل ، ولا يتصور التتبع بالنسبة للعمل . بل
لأنه حتى في الصورة التي يلتزم فيها المدين بأداء شيء لا يكون للدائن (صاحب
الحق الشخصي) حق التتبع على الشيء ، لأن حقه لا يرد عليه مباشرة . ولا يكون
له إلا دعوى شخصية فقط قبل مدينه . وإذا ما أراد أن يجعل حقه أكثر قوة
يمكنه من تتبع الشيء في أي يد كانت ، فانه يفنى أن يحصل على تأمين
خاص كالمدين .

ومن هذا نأين أن الحق العيني يخول صاحبه حق الأفضلية وحق التتبع وهو
في هذا يفرق عن الحق الشخصي . والواقع أن الأفضلية أو التقدم والتتبع
لا يقتصران على نوع معين من الحقوق العينية ، بل أنهما يظهران سواء بالنسبة
لحقوق العينية الأصلية أم النجمية .

وهذا بعد نتيجة لطبيعة الحق العيني بصفة عامة لأنه حق مطلق يسرى في
مواجهة الكافة ، يخول صاحبه سلطات مباشرة على الشيء ، وتمكنه من الإفادة
من المزايا التي يمنحها له هذا الشيء - مفضلا في ذلك على الآخرين ، كما تمكنه من
تتبع هذا الشيء أينما كان ، وبذلك يمكنه أن يتوصل إلى ممارسة السلطات المخولة
له بموجب حقه . وفي الحدود التي يقرها له القانون .

٦ - يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي من ناحية الحيازة ، فتطبق قواعده
الحيازة وما يترتب عليها من آثار - خاصة ما يتعلق منها بالتقدم المكسب ومرور
الزمن - في الأصل بصدد الحقوق العينية .

أما بالنسبة للحقوق الشخصية فليس للحيازة دور في بحالها اللهم إلا في حالة ما إذا كان الدين ثابتاً في سند لحامله حيث يعامل معاملة المنقول في كسب الحق متى توافرت شروط الحيازة . كما قد يكون للحيازة أثرها بهدد إفساء الدين بحسن نية لشخص يحوز سند الدين ، إذ يعتبر إبقاء مبرئاً للدين .

٧ - التنازل عن الحقوق العينية يتم بالارادة المنفردة ، أما في الحقوق الشخصية فإن التنازل عنها يتم بالاتفاق مع المدين أو على الأقل بعلمه .

٨ - من حيث المدة نجد أن حق الملكية يعتبر حقاً دائماً . أما الحقوق الشخصية فإنها لا تكون إلا مؤقتة .

المبحث الثاني

الحقوق الذهنية

(حق المؤلف)

لمهبط : أدى التطور في نطاق الدراسات القانونية إلى ظهور طائفة جديدة من الحقوق ، إلى جانب ما كان معروفاً من حقوق عينية وحقوق شخصية ، هي طائفة الحقوق الذهنية . هذه الطائفة من الحقوق ترد على أشياء معنوية غير محسوسة ، من نتاج الفكر ، تجعل لصاحبها الاستئثار بنتاجه الذهني بصفة عامة أياً كان نوعه ، بحيث ينسب إليه ما أنتجه ، كالإنتاج الفني والأدبي ، وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والعلامات التجارية ... كما تجعل له كذلك الحق في أن يستغل ما أنتجه استغلالاً مالياً . فهذه الحقوق لها في الواقع جانبان ، كما قدمنا . جانب معنوي هو حق الشخص في أن ينسب إليه ما أنتجه من الناحية الذهنية باعتبارها امتداداً لشخصيته . وجانب مالي هو حقه في استغلال ما أنتجه استغلالاً مالياً .

وقد اهتمت الدول بتنظيم الحقوق الواردة على أشياء منوية بصفة عامة .
سواء كانت حقوقاً ذهنية أم غيرها . ولكن تنظيم الحقوق عندما جاء متأخراً
عنه في الدول الأخرى . ففي سنة ١٩٢٩ صدر القانون رقم ٥٧ لتلك السنة خاصاً
بحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية . ثم صدر بعد ذلك
القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ ، متضمناً بعض الأحكام المتعلقة بالمفومات المنوية
للمحل التجاري ، ثم القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع
والرسوم والنماذج الصناعية ، وهذان القانونان ينظمان نوعاً من الحقوق الذهنية
اصطلح على تسميتها بالملكية الصناعية . وصدر بعد ذلك القانون رقم ١٦٥ لسنة
١٩٥٠ بالمرافقة على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الملكية الصناعية ، فجاء
مكملاً للقانونين السابقين . ولما كانت الحقوق التي نظمها تلك القوانين تتميز
بصفات التجارية والاقتصادية فإن دراستها تدخل في نطاق القانون التجاري .

ولإ جانب ذلك فقد بقي هناك نوع من الحقوق الذهنية هو « حقوق
المؤلفين » دون تنظيم تشريعي إلى أن صدر القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص
بحماية « حقوق المؤلف » ، فقد نقصا في هذا المجال ، أظهر العمل الحاجة إلى تنظيمه .
وقد كفل بذلك حماية حقوق المؤلفين وأخذ بإحداث المبادئ التي تضمنتها
المعاهدات الدولية ، فضلاً عن التشريعات الحديثة في الدول الأوروبية .

وتشمل دراستنا في هذا المصدد . من يتمتع بالحماية القانونية في ظل هذا
القانون ، وطبيعة حق المؤلف وضمونه ، وأخيراً حماية حق المؤلف . ونعرض
هذه الموضوعات فيما يلي :

الفرع الأول

من يتمتع بالحماية القانونية

المعيار : يتمتع بحماية القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم ، أيا كان نوع المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها وإذا كان القانون يتدخل لحماية هؤلاء المؤلفين ، فهو إنما يتدخل لكي يحمي حقوقهم التي تنشأ نتيجة لوضع مصنفات مبتكرة . ولهذا ينبغي أن نعرف ما المقصود بالمؤلف وما المقصود بالمصنف ، وما المقصود أخيراً بالابتكار .

أولاً : المؤلف :

المؤلف هو كل من ينتج إنتاجاً ذهنياً أياً كان نوعه (١) ، وأياً كانت طريقة التعبير عنه ، أو أياً كانت الأهمية التي تعطى لهذا الإنتاج أو الغرض منه ، طالما كان على قدر من الابتكار . وقد عرف القانون المؤلف بأنه الشخص الذي نشر المصنف منسوباً إليه سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أم بآية طريقة أخرى .

ثانياً : المصنف :

أما المصنف ، فإنه لا يقصد به الكتاب ، ولكنه ينصرف إلى كل إنتاج ذهني أياً كان مظهر التعبير عنه ، سواء كان ذلك بالكتابة أو الرسم والتصوير أو الصوت أو الحركات أو غير ذلك من وسائل التعبير .

ولا تقتصر حماية القانون للمصنف على مضمونه ومحتوياته ، بل إن الحماية تمتد كذلك إلى عنوانه ، إلا إذا كان العنوان عبارة تدل على موضوع المصنف وليست متميزة بطابع ابتكاري .

(١) مع مراعاة أن لا يدخل معنا المتهرمون لأن القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٩ ينظم حقوقهم .

هذا بالنسبة لمن يعتبر مؤلفاً وما يعتبر مصنفاً . ولا تؤثر صعوبة ما في تحديد المؤلف إذا كان واحداً . إلا أن تحديد من يعتبر مؤلفاً قد ندد في بعض الأحيان وذلك في حالة المصنف المشترك والمصنف الجماعي .

١ - المصنف المشترك : هو المصنف الذي يشترك في إخراجه أكثر من شخص وفي هذه الحالة يكون من اشتركوا في المصنف الحق عليه . إلا أنه يفرق مع ذلك بين فرضين .

ففي فرض أول نجد نوعاً من المصنفات يجمع إنتاج جميع المشتركين في التأليف على نحو يتعذر معه فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك ، وهنا يعتبر جميع من اشتركوا في تأليفه أصحاب حق عليه بالتساوي فيما بينهم ، ما لم يتفق على غير ذلك .

أما بالنسبة للفرض الثاني فإنه يعرض للحالة التي يمكن فيها فصل دور كل مؤلف عن دور غيره من المشتركين . وفي هذه الحالة يكون لكل منهم حق استغلال الجزء الذي انفرد بوضعه ، على ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك .

المصنف الجماعي : هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي يتكامل بنشره تحت إرادته وباسمه . ويتدمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حده .

فقد يقصد شخص طبيعي ، أو معنوي كالدولة مثلاً ، تحقيق هدف معين عن طريق وضع مصنف من المصنفات تشرح فيها سياستها في مسألة من المسائل التي تهم الرأي العام ، فتعتمد بذلك إلى مجموعة من الأفراد ينضافون معاً لتحقيق هذا

الهدف المنشود . وفي هذه الحالة يندمج عمل المشتركين في الهدف العام بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حده .

ثالثا - المقصود بالابتكار في المصنف :

لكي يتدخل القانون لحماية حقوق المؤلفين ، يلزم أن تكون المصنفات مبتكرة ، ولا يقصد بالابتكار أن تكون الأفكار أو الآراء التي يتضمنها المصنف قد ابتدعت لأول مرة ، أو أن تكون الموضوعات التي تعرض لها جديدة لم يسبق لأحد إخراجها . وإنما يقصد به أن يكون للمؤلف دور يبرز شخصيته ، سواء كان ذلك في موضوع المصنف نفسه أم في الطريقة التي يعالج بها هذا الموضوع من حيث تنظيمه وترتيبه ، أو من حيث الأسلوب المستخدم في عرض الأفكار المختلفة التي يشتمل عليها . فأى مجهود ذهني يقوم به المؤلف وتحتل فيه شخصيته يعد ابتكاراً .

وعلى ذلك إذا انتفى الابتكار عن المصنف فإنه لا يكون جديراً بالحماية ، ولهذا لا يعتبر مصنفاً يستحق الحماية المجموعات التي تنظم مصنفات عدة كاختارات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من المجموعات ، وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل مصنف ، لأن دور المؤلف في شأنها لا يتجاوز مجرد مجهود مادي . كذلك لا يعتبر مصنفاً يستحق الحماية ، مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية ، . ذلك لأن هذه المجموعات والوثائق . . . وثائق عامة توضعها الدولة ، فلا يستأثر بها فرد دون آخر . بل هي حق شائع للجميع . ثم دور من يقوم بالتجميع قد لا يتجاوز مجرد المجهود المادي .

ومع ذلك فإن الأمر يختلف في شأن هذه المجموعات السابقة إذا ما روعي في جمعها الاختيار والترتيب بحيث تبدو في صورة مصنف جديد . وكذلك إذا

ما قام المؤلف بالتعليق عليها أو تلخيصها في بعض الحالات حتى يدبر على الغير الوقوف على مضمونها .

على أنه إذا كان الابتكار على البحر السابق لازماً للحماية القانونية ، فإنه يمكن كما قدمنا . وجود أي مجهود ذهني تبرز فيه شخصيته ، ولهذا فإنه يتمتع بالحماية من يقوم بترجمة المصنف إلى لغة أخرى ، لأن المترجم دوره في اختيار الألفاظ والتصرف في التعبير بما يوافق المذهب الأصلي . وكذلك من يقوم بتحويل المصنف من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر (١) . وكذلك من يقوم بتلخيصه أو تحويله أو تعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأية صورة تظهره على شكل جديد ، وكل هذا مع عدم الإخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلي .

الفرع الثاني

طبيعة حق المؤلف ومضمونه

نار الخلاف حول طبيعة حق المؤلف ، ولكن الاتجاه السائد في الفقه الآن يرى أنه ليس حق ملكية ، بل إنه حق من نوع خاص له طبيعة مزدوجة وينطوي على جانبين : جانب معنوي أو أدبي ، وجانب مادي أو مالي ، ولهذا فإنه يمكن النظر إلى هذا الحق على أنه حق أدبي وحق مالي . ولقد اتجه القانون إلى إبراز الطبيعة المزدوجة لحق المؤلف ، فبين أن يخول صاحبه على مصادفه نوعين من الحقوق : حق أدبي ، وحق مالي .

أولاً : الحق الأدبي

يعتبر الحق الأدبي ، مجموعة اثرات التي تثبت للشخص على نتاجه الفكري ، التي تخول له السيادة الكاملة على هذه الآثار الفكرية باعتبارها انعكاساً لشخصيته .

(١) توسع السيناريو ، من الأعلام المنع بالحماية ، ولو أنه يقتبس السيناريو من قصة لأحد الكتب ، مع عدم الإخلال بحقوق مؤلف القصة (انظر المادة ٣١ من القانون) .

فهذه الميزات التي تثبت للشخص لبيت إلا العناصر المذكورة لحقه الذي يرد على إنتاجه نفسه . ويتضمن حق المؤلف من هذه الناحية الأدبية عدة سلطات تمكنه من حماية شخصيته التي يمر عنها إنتاجه الذهني . ولهذا كان من اللازم أن نبين هذه السلطات ، ثم نتكلم بعد ذلك عن خصائص هذا الحق الأدبي للمؤلف ، وانتقاله إلى الورثة .

السلطات التي يخولها الحق الأدبي :

أولاً - للمؤلف وحده سلطة تقرير نشر مصنف أو عدم نشره : يعتبر المؤلف وحده صاحب السلطان المطلق في هذا الصدد . فقد تقوم هناك اعتبارات أدبية أو علمية أو فنية تمنعه من نشر مؤلفه بحفاظته على سمعته ، كما لو كان المصنف أصبح لا يتفق مع الأوضاع الحديثة التي يحيط به في الوقت الذي ينبغي فيه نشره إذا كان قد تم نشره من قبل ظروف أخرى . ولهذا لا يمكن إجبار المؤلف على نشره مع قيام تلك الظروف والاعتبارات ، وإلا كان في هذا اعتداء على حق من الحقوق الأصيقة بشخصيته ، إذ قد يسوء نشر المصنف ، جبراً عنه ، إلى سمعته الأدبية أو العلمية أو الفنية .

وهذه السلطة المطلقة التي تثبت للمؤلف لا تقتصر على نشر المصنف أو عدم نشره ، بل إنها تمتد كذلك إلى تعيين طريقة هذا النشر ، فقد يختار المؤلف نشر مصنفه مكتوباً أو شفوياً .

ومع ذلك فإن المشرع قد أورد على حرية المؤلف بعض قيود تليها المصلحة العامة ، وذلك إذا كان المؤلف قد قام فعلاً بنشر مصنفه . إذ يكون للغير القيام بتكرار نشر المصنف أو بتقليده ، ولو بطريقة أخرى دون إذن من المؤلف أو دون تعويضه .

ثانياً - للمؤلف الحق في أن ينسب مصنفه إليه وحده : وهذا يعني أن له الحرية في تقرير نشر مصنفه حاملاً اسمه أو بدون اسم مطلقاً أو باسم مستعار .

وفي هاتين الحالتين الأخيرتين يشترط ألا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصيته .
ويظل المؤلف محتفظا بحقه في الكشف عن نسبة المصنف إليه في أى وقت ، فهذا
حق متصل بشخصيته لا يسقط بالتقادم . على أنه إذا كان حق المؤلف في نسبة
مصنفه إليه يقتضى الكشف عن أبوته الفكرية له في أى وقت كان . فان حماية هذا
الحق تقتضى كذلك أن يكون له منع أى اعتداء يقع على حقه ، فيمنع كل سرقة
أو نقل تقليد لمصنفه يقوم به الغير .

ثالثا - للمؤلف وحده ساطة ادخال ما يراه من تعديل أو تحوير في مصنفه :
وهذا يستلزم أن يكون له وحده الحق في القيام بالتغيير الذى يراه مناسبا ،
سواء كان ذلك بحذف بعض أجزاء المصنف أم بإضافة أجزاء جديدة . كما أن
المؤلف وحده أن يمنع الغير من القيام بأى حذف أو تعديل دون إذن كتابي
منه أو بمن يخلفه . ومن جهة أخرى فإن للمؤلف وحده الحق في ترجمة مصنفه
إلى لغة أخرى . ولكن يراعى أنه إذا حصل الحذف أو التغيير في ترجمة المصنف
مع ذكر ذلك ، فلا يكون للمؤلف الحق في منعه ، إلا إذا أغفل المترجم الإشارة
إلى مواطن الحذف أو التغيير . أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف
ومكانته الفنية .

رابعا - للمؤلف أن يسحب مصنفه من التداول بعد نشره :

ذلك أنه قد يرى أن استمرار تداوله بين الجمهور وما يسوق إلى ضميره
العلمية أو الأدبية أو قد يرى أنه لم يعد يتفق مع الأفكار والاتجاهات الحديثة
السائدة في الجماعة التي اشر فيها المصنف .

ولما كان استعمال هذا الحق يؤدي إلى الإصرار المتنازل إليه عن حق
الاستغلال المالى للمصنف ، لذلك كان لابد من موافقة القضاء في هذه الحالة .

والقضاء لا يوافق على مثل هذا الإجراء إلا إذا كانت هناك أسباب خطيرة تدعو إليه ، على أن يراعى تمويض المنازل إليه عن حق الاستغلال المالى تويضاً عادلاً .

خصائص الحق الادبى للمؤلف :

رأينا فيما سبق أن الحق الادبى للمؤلف يخول له سلطات متعددة على مصيصة باعتبار أنه نتاج ذهنه . ولما كان هذا الحق من الحقوق الاصبقة بشخصية المؤلف فانه يرتب على ذلك نتائج تجعلها فيما يلى :

١ - لا يصح التعامل فيه بنقله أو التنازل عنه . كما قرر القانون كذلك بطلان تصرف المؤلف فى مجموع انتاجه الفكرى المستقل .

٢ - لا يجوز الحجز على هذا الحق ، وإن من الجائز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره . لأن النسخ أشياء مادية ذات قيمة مالية يصح الحجز عليها .

٣ - لا يسقط الحق الادبى للمؤلف بالنقد أو بعدم الاستعمال ، مهما طالت المدة وهذا يختلف عن حق الاستغلال المالى كما سنرى .

انتقال الحق الادبى بالميراث :

لا ينقضى الحق الادبى بالوفاة وإنما ينتقل إلى ورثة المؤلف . ولكن انتقال هذا الحق إلى الورثة لا يعنى إمكان تمتع بكافة السلطات الادبية التى كانت للمؤلف ، ولكن يقتضى بالنسبة لاستعمال الورثة هذا الحق الادبى لمورثهم أن يراعى مآلخان .

١ - أن دور الورثة يقتصر على حفظ كرامة المؤلف وسمعته كما ارتضاها هو نفسه قبل موته ، وتبعاً لذلك إن كان قد تم نشر المصنف ، فإن سلطة الورثة لا تمتد إلى سحبه من التداول ، طالما أن المؤلف نفسه قد رضى بتداوله قبل موته .

وقد أعطى القانون للورثة وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الخاصة بإدخال التعديل أو التحوير على المصنف كما أنه يكون لهم وحدهم الحق في أن ينسب المصنف إلى مورثهم ، وأن يدفخوا أى اعتداء يقع على هذا الحق ، ولهم كذلك منع أى حلف أو تغيير المصنف .

٢ - أن سلطة الورثة في منع نشر المصنف مقيدة بما أوصى به المؤلف ، وإذا لم يوص بشئ فإن سلطتهم تظل مع ذلك مقيدة بما عليه الصالح العام .

ثانياً : الحق المالى

رأينا فيما سبق أن حق المؤلف يعتبر حقاً ذا طبيعة مزدوجة ، له جانب أدبي وجانب مالى . وقد تكلمنا عن الجانب الأول والسلطات التى يخولها لصاحب الحق ، أو بعبارة أخرى مضمون الحق الأدبي وخصائصه ، وإنتقاله إلى الورثة . ونعرض لهذه المسائل كذلك ، فيما يلى ، بالنسبة للحق المالى للمؤلف .

السلطات التى يخولها هذا الحق المالى أو مضمونه

يخول الحق لصاحبه ميزات متعددة متنوعة تمكنه من الاستثمار بشرة بجهوده ونتاج ذهنه من الناحية المالية ، هذه الميزات تختلف فيما بينها بحسب طبيعة المصنف ، فإذا كان حق الترجمة يتصور بالنسبة للمصنفات كالصور مثلاً ، فإنه لا يتصور بالنسبة لأنواع أخرى من المصنفات كالصور والنماذج والموسيقى . وقد بين القانون أن المؤلف وحده استغلال مصنفه مالياً بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز ذلك لغيره دون إذن كتابى سابق منه أو بمن يخافه . وبلبت المؤلف على مصنفه جميع السلطات التى يتمكن بها من الاستفادة من مصنفه ، ومن ذلك :

١ - الحق في نشر مصنفه ونسخه : يكون للمؤلف وحده الحق في نقل

المصنف إلى الجمهور بنشره ونسخه . وهذه هي الوسيلة التي يتمكن بها المؤلف من استغلال مصنفه ، لكي يستفيد بذلك من الجانب المالي الذي يحوز له حقه عليه .

المؤلف وحده إختيار وسيلة نقل مصنفه إلى الجمهور . وقد يتم ذلك بطريق مباشر كال تلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقي أو التمثيل المسرحي أو العرض العلني أو الإذاعة الإسلامية للحكم أو الصوت أو الصور ... أو غير ذلك . وقد يتم نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صورة منه تكون في متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو التصوير الفوتوغرافي أو الصاب في قوالب ، أو بآلة طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة ، أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينما .

٢ - الحق في الترجمة : للمؤلف وحده الحق في التصريح لغيره بنقل مصنفه إلى لغة أجنبية والاستفادة بذلك من نشر المصنف باللغة التي ترجم إليها ؛ وقد يكون هذا مصدراً لربح مادي كبير ؛ وخاصة بالنسبة للكاتب الأدبية والقصص . ولما كان هذا الحق قاصراً على المؤلف وحده ، فإنه لا يجوز لغيره أن يباشر هذا الحق بدلا منه إلا بإذن كتابي منه نفسه أو عن خلفه .

٣ - الحق في اظهار المصنف في ثوب جديد : يرتبط هذا الحق بالحق في نسخ المصنف ونشره . وهو يحول المؤلف السلطة في تعديل المصنف أو تحويله من أي لون من ألوان الأدب أو الفن إلى لون آخر . وفي هذه الحالة قد يتخذ من المصنف مجرد فكرة منتزعة لمصنف جديد ، وهو ما يحصل في كثير من الأحيان ؛ كأن يحصل المازلف من قصة أدبية كتبها قطعة مسرحية أو موضوعاً أفيلم سينمائي ...

والواقع أن هذا سبيل من سبل الاستغلال يعود على صاحبه بالنفع المادي

وهو حق يثبت للمؤلف وحده ، ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك ، إلا بإذن كتابي منه أو عن خلفه .

خصائص الحق المالى :

يعبر الحق المالى عن الجوانب المادى من حق المؤلف فى مجموعه ، والنظر إلى حق المؤلف من هذه الناحية هو الذى يدرجه فى إعداد الحقوق المالية ، إلى جانب الحقوق المعنوية والحقوق الشخصية ، ولهذا فإنه يمكن القول ، تبعاً لذلك ، بإخضاعه لقواعد المنظمة لها ، وإن كان يتميز عنها ببعض خصائص ، نحاول إبرازها فيما يلى :

١ - التصرف فى هذا الحق : حق الاستغلال المالى . كغيره من الحقوق المالية الأخرى ، يجوز التصرف فيه . فيكون المؤلف أن ينزل عنه إلى الغير . وقد يكون تصرفه نهائياً أو مؤقتاً بمدة معينة ، وقد يكون كاملاً أو جزئياً ، وله أن ينزل عن هذا الحق حال حياته أو بعد وفاته . وإنما يلزم لقيام التصرف أن يكون مكتوباً ، يبين فيه محل الحق ومداه والغرض منه ومدة استغلاله ومكانه .

والتصرف فى حق الاستغلال لا يعنى النزول عن الحق الأدبى ، إذ يظل للمؤلف الحق فى سحب مصنفه من التداول ، مع مراعاة تعويض الأضرار التى قد تترتب للغير كالناشر مثلاً . ولا يعنى تصرف المؤلف فى نسخة من نسخ المصنف إلا التصرف فى هذه النسخة فقط ، لا فى الاستغلال المالى لحقه . ولهذا فإنه لا يصح لمن اشترى نسخة من كتاب مثلاً أن يعيد نشر المصنف واستغلاله على أساس شرائه لهذه النسخة . وهذا الحل هو الواجب الأخذ به ، حتى ولو تعاق الأمر بالنسخة الأصلية الوحيدة من المصنف ، كالخطوط مثلاً . فلا يمكن لمن انتفت إليه النسخة الأصلية للخطوط أن يدعى ملكية أدبية على هذا الخطوط الذى

لم ينشر ، وكل ما هنالك أنه لا يجوز إلزام من انضمت إليه . الملكية هذه الفسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، ما لم يتفق على غير ذلك .

على أنه إذا ما تم التصرف طبقا للأوضاع القانونية ، فإنه يتمين على المؤلف الامتناع عن القيام بأى عمل يكون من شأنه تعطيل استعمال الحق المنصرف فيه . ولهذا فإنه يمنع على المؤلف الذى يتنازل عن حق الاستغلال إلى ناشر مثلا بالنسبة إلى الطبعة الأولى أن يتفق مع ناشر آخر على طبعة ثانية . طالما أن الطبعة الأولى لم تنفذ .

التصرف بطريق الوصية : للمؤلف أن يتصرف فى حقه فى استغلال مصنفه إلى ما بعد الوفاة ، بطريق الوصية . فقد أجاز القانون أن يعين أشخاصا بالذات من الورثة أو غيرهم ليكون لهم حقوق الاستغلال المالى . وله ذلك حتى ولو تجاوز القدر الذى تجوز فيه الوصية ، وقد تضمن القانون فى هذا الصدد خروجاً على القاعدة العامة التى أوردتها قانون الوصية الصادر سنة ١٩٤٦ ، والتى تقضى بأن الوصية إذا زادت على ثلث التركة ، فإنها لا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع عالين بما يجزونه . وهذا يبرز لنا الطابع الخاص لحق المؤلف المالى واستقلاله عن غيره من الحقوق المالية الأخرى .

٢ - الحجر على هذا الحق : لا جدال فى أن جواز الحجر على حق المؤلف لا يمرض بالنسبة للجانب الأدبى . فهو غير قابل للحجز عليه كأربنا . إذ لا يجوز التنفيذ جبراً بالنسبة له ، نظراً لما له من طابع شخصى .

أما بالنسبة للجانب المالى فإنه لا يظن إلا مع فكرة الاستغلال . فإذا قرر المؤلف نشر مصنفه واستغلاله ظهر الطابع المالى لحقه . فعملية الاستغلال ذاتها هى التى تصبح حق المؤلف بالصيغة المالية ، وتدخله بالنال فى عداد الأموال ، فتصبح له

لخصائصها وتميزاتها ، ومن ثم يصبح محلا للتعامل ، كما يدخل في نطاق الضمان
للدائتين ، . وطالما أن الطابع المالي لحق المؤلف يبدو على هذا النحو ، فإن من
الجزاء القول بالحجز عليه إذا ما استغل المؤلف حقه عن طريق نشره . أما قبل
نشر المصنف فإنه لا يمكن الحجز .

٣ - توقيت الحق المالي : الحق المالي ، على خلاف الحق الأدبي ، موقوت
بمدة معينة ينتضى بفواتها ، ذلك أنه حينما يحصل المؤلف هو وورثته على المقابل
الذي يكافئ مجهود الذمى الذى بذله فى المصنف . فان الحقوق الفردية تتوول
لصالح الجماعة ، ويصبح المصنف مشاعا بين الجميع ، فيكون لمن يشاء الحق
فى استغلاله دون أن يدفع عن ذلك أى تعويض لورثة المؤلف .

وقد وضع المشرع قاعدة عامة نص فيها على إنقضاء حقوق الاستغلال المالي
بمضى خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف . ولكنه خرج على هذه القاعدة سواء
من حيث المدة نفسها أم من حيث الوقت الذى تبدأ فيه هذه المدة فى السريان ،
فى بعض الحالات .

انتقال الحق المالى إلى الورثة :

ينتقل الحق المالى إلى الورثة ، شأنه فى ذلك شأن سائر الأموال الأخرى .
وللورثة وحدهم مباشرة حقوق الاستغلال المالى للمصنف مع مراعاة ما قد يرد
على هذا الحق من قيود ناشئة من تعاقد المؤلف حال حياته مع الغير ، أو بما
أوصى به المؤلف سواء للورثة أم لغيرهم . هذا وقد أورد القانون أحكاما خاصة
بالمصنف المشترك فقرر أنه إذا مات أحد المؤلفين بلا وارث ، فان نصيبه يشول
إلى المؤلفين المشتركين وخلفهم ، . لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ، .

الفرع الثالث

حماية حق المؤلف

كان من الطبيعي بعد أن فصل المشرع القواعد الخاصة بحق المؤلف على النحو السابق أن يمرض بالتنظيم لحايته. وقد بين القانون الإجراءات التي ينبغي إتخاذها في حالة الاعتداء حتى يمكن التوصل إلى حماية الحق والمحافظة عليه ، كما وضع جزاءات جنائية توقع على المعتدى . وبين ذلك فيما يلي :

أولاً : الاجراءات التي تكفل حماية الحق :

يبين القانون في هذا الصدد الإجراءات التحفظية التي يجوز إتخاذها عافطة على حق المؤلف المعتدى عليه إلى أن يفصل في دعواه ضد المعتدى ، إذ أن أمد النزاع قد يطول مما يضاعف من الأضرار التي تلحق بالمؤلف . ويصدر رئيس المحكمة الابتدائية أمراً على عريضة بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه باتخاذ الاجراءات التحفظية التي بينها القانون .

وإذا ما اتخذت الاجراءات التحفظية كان على من طلبها أن يرفع دعوى بأصل النزاع إلى المحكمة المختصة خلال ١٥ يوماً من صدور الأمر . وإذا لم ترفع هذه الدعوى في الميعاد زال كل أثر للأمر الصادر من رئيس المحكمة .

وإذا ما طرح أصل النزاع على المحكمة المختصة فإن لها أن تأمر باتلاف نسخ أو صور المصنف الذي نشر بوجه غير مشروع والمواد التي استعملت في نشره ، بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر . ولها أن تأمر بتغيير معالم النسخ والصور والمواد أو جعلها غير صالحة للعمل ، وذلك كله على نفقة الطرف المسئول . وقد استثنى القانون من هذا الإنالاف بعض الحالات ، واكتفى في شأنها بتعويض المعتدى على حقه .

ولقد جعل القانون دين التعويض في هذه الحالة من الديون الممتازة يشع على
سائر ممن يبيع الأشياء وعلى التقود والمبالغ المحجوز عليها ؛ وجعل مرتبة هذا
الامتياز بعد امتياز المصروفات القضائية والتي تنفق لحفظ وصيانة تلك الأشياء
ولتحصيل تلك المبالغ .

ثانها : الجزاءات الجنائية :

إلى جانب الجزاء المدني الذي يمثل في وقف الإعتداء على حق المؤلف
وإزالة أثره والتعويض عن الأضرار التي تلحق بالمؤلف ، قرر القانون كذلك
جزاءات جنائية .

والجريمة التي نص عليها القانون في هذه الحالة تسمى جريمة التخليد . عقوبتها
الغرامة التي لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد عن المائة . وتقوم الجريمة
في حالات معينة نص عليها القانون . كما أنها تشدد في حالة العود ، ويقضى إلى
جانبها بمقوبات تبعية كغلق المؤسسة التي استغلها المقلدون .

الباب الثاني

أركان الحق

لنهيئ : انتمنا فيما سبق إلى تعريف الحق بأنه استثمار بشيء أو بقيمة ، استثمار يحميه القانون . وعلى ضوء هذا ندين أركان الحق . ذلك أن الاستثمار يفترض شخصاً ، كما يفترض كذلك محلاً يرد عليه ، وهذا إلى جانب الحماية القانونية . فأركان الحق ثلاثة :

أولهما : شخص الحق ، وهو من يتأثر أو يتفرد بشيء معين أو بقيمة معينة ، وهو ما يسمى بصاحب الحق أو الطرف الإيجابي للحق . ويقابل صاحب الحق طرف آخر هو الملتزم باحترام الحق ، أو الطرف السلبي للحق . ولهذا ندرس تحت هذا الركن أشخاص الحق أو الأشخاص بوجه عام .

وثانيهما : هو ما يرد عليه الاستثمار أو موضوع الاستثمار ، وهذا هو محل الحق .

وثالثهما : هو الحماية القانونية . ذلك أن استثمار الشخص بشيء معين أو بقيمة معينة إذا كان من شأنه أن يجعل الشخص يتفرد بها على سبيل الاختصاص دون غيره من الأشخاص ، فإنه يلزم إلى جانب ذلك أن يكون محمياً من القانون .

فالكلام عن عناصر الحق إذن يقتضي أن نتكلم عن أشخاص الحق أو الأشخاص ، ثم عن موضوع الحق أو محله ، وأخيراً عن حماية الحق . وسنعالج كل موضوع منها في فصل مستقل .

الفصل الأول

أشخاص الحق

(Les Personnes الأشخاص)

الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري : إذا كان الحق لا يتصور إلا منسوبا إلى شخص من الأشخاص ، فإن الواجب الذي يقابل الحق لابد أن يقع هو الآخر على حاقق شخص من الأشخاص ، سواء كان هذا الواجب واجبا عاما باحترام حقوق الآخرين ، أم كان واجبا خاصا يقابل الحق الشخصي . فالحق يفترض ، كما قد ندنا ، وجود الأشخاص من ناحيته الإيجابية والسلبية .

وفي الميدان القانوني يعطى اصطلاح الشخص ، معنى خاصا . فالشخص في لغة القانون هو من يتمتع بالشخصية القانونية ، أي يكون صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . هذه الشخصية تثبت في الأصل للإنسان ، وهو ما يطلق عليه الشخص الطبيعي . ومع ذلك فقد تثبت الشخصية لمجموعات من الأشخاص أو الأموال مثل الجمعيات والمؤسسات ، وهي ما يطلق عليها الأشخاص الاعتبارية . ولهذا فإن دراستنا الأشخاص تقتضي أن نتكلم عن الشخص الطبيعي وعن الشخص الاعتباري .

المبحث الأول

الشخص الطبيعي

لمهيمند - تقسيم البحث : الشخص الطبيعي هو الإنسان فالإنسان هو الذي يمكن أن يكون طرفا إيجابيا أو طرفا سلبيا في الحقوق . وكل إنسان

شخص لأنه صالح لتمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات ، أى أنه له شخصية قانونية . بل إن الطفل والمجنون هما شخصية قانونية رغم انعدام الإرادة والإدراك لديهما . ولم يكن الأمر كذلك فيما مضى ، إذ لم يكن الرقيق شخصا في نظر القانون ، لأنه لم يكن صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات ، بل إنه على العكس كان محلا للحقوق كالأشياء تماما ، يباع ويشترى .

على أنه إذا كانت الشخصية القانونية ، تثبت لكل إنسان في الوقت الحاضر وأنه هو وحده الذى يمكن أن يكتسب الحقوق وأن يتحمل بالالتزامات ، فإن كل ما يوجد الآن من فوارق بين الأشخاص هو اختلاف نطاق الشخصية ، نظرا لتدخل بعض العوامل السياسية أو الاجتماعية أو الدينية أو غيرها ، فنطاق الشخصية يختلف تبعا لما إذا كان الشخص مواطنا أو أجنبيا ، إذ يتمتع المواطن ببعض حقوق لا يتمتع بها الأجنبي . وفي بعض الدول لا تزال المرأة محرومة من حق الانتخاب ، وفي هذا المجال تختلف الشخصية القانونية نظرا لاختلاف الجنس . ولدين أثر ضيق في العابلية لتمتع بالحقوق ، ولهذا فإن له أثره في تحديد نطاق الشخصية ، كما سنرى . ولكن مهما كانت الفوارق في كل هذه الحالات ، فإنه لا يترتب عليها زوال الشخصية القانونية ، بل إن مثل تلك العوامل تؤثر تحديد نطاقها من حيث اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات .

ودراسنا للشخص الطبيعي نقضى أن تتكلم عن بدء الشخصية ونهايتها ، كما نقضى كذلك أن ندرس المميزات التى تعين على التعرف على المركز القانونى لكل إنسان . وتحديد نطاق شخصيته ، وهذا ما يختلف من شخص إلى آخر . وإلى جانب ذلك ينبغي أن تراعى أن الإنسان إذ يعتبر شخصا يكتسب الحقوق ويتحمل بالواجبات ، فإنه يفترض أن لديه القدرة على القيام بالأعمال القانونية

التي تخولها له حقوقه ، وتنفيذ الواجبات التي تفرضها عليه التزاماته ، سواء بنفسه أم بواسطة غيره ، أي يفترض أن له إرادة . ولكن قد لا تتوافر هذه الإرادة ، إذ قد يكون الشخص أهلا لمباشرة حقوقه وأداء واجباته على هذا النحو وقد لا يكون أهلا لذلك . وهذا ما يدعونا إلى أن نتكلم هما يسمى بأهلية الأداء .

ولهذا نتكلم أولا عن بدء الشخصية ونهايتها ، ثم عن مميزات الشخصية وتحديد نطاقها ، ثم أهلية الأداء . ونختتم دراستنا في هذا المبحث بكلمة عن الذمة المالية لما لها من صلة وثيقة بنظرية الشخصية في نطاق الحقوق في المالية .

الفرع الأول

بدء الشخصية ونهايتها (مدة الشخصية)

أولا : بدء الشخصية : تبدأ شخصية الإنسان بولادته . والولادة لا بد أن تكون تامة . وذلك بأن ينفصل المولود عن أمه انفصالا تاما ، وأن يولد حيا (مادة ١/٢٩ مدني) . ويكفي أن يولد الشخص حيا ولو لحظة واحدة بعد ولادته وتلبت حياة المولود بما يدل عليها من علامات ظاهرة تدل على الحياة كالنبكاه والصراخ والحركة ... فإذا ثبتت حياته على هذا النحو ، ثبتت له الشخصية القانونية ، وترتبت له الحقوق التي يقرها القانون . ولا يهم بعد ذلك ما إذا مات مباشرة عقب ولادته ولم يمكن التلبت من حياته بالأعراض الظاهرة السابق بيانها ، فانه يستعان بأهل الخبرة من الأطباء لمعرفة ما إذا كان قد ولد حيا أم ميتا .

حالة الجنين : وإذا كانت شخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا على النحو السابق ، فإن القانون قد اعترف للحمل ببعض الحقوق ، بالنسبة لإستحقاقه في الميراث والوصية .

فبالنسبة لإستحقاقه في الميراث يقرر القانون بأن يوقف له من تركه المتوفى

أو فر النصبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى ، وإذا تبين بعد ولادته حياً أنه أنثى أخذ نصيبه ورد الرائد إلى من يستحقه من الورثة . وكذلك يرد ما يوقف له إلى من يستحقه من الورثة في حالة ما إذا ولد ميتاً .

أما بالنسبة للوصية فإن الحمل يستحق ما يوصى له بعد وفاة الموصى . وقد بين قانون الوصية الأحوال التي تصح فيها الوصية للحمل . وترقب غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له . ولكن في حالة الوصية للجنين يقوم من له الولاية على ما له بقبولها بعد إذن المحكمة . وإذا ما ولد ميتاً ، يرد ما أوصى له به إلى ورثة الموصى ، أما إذا مات بعد ولادته حياً ، فإن ما أوصى له به يعتبر تركه يوزع على ورثته في حالة الوصية بالأعيان . أما في حالة الوصية بالمنافع ، فإنه يكون لورثة الموصى .

على أنه إذا كان يترقب الجنين قبل ولادته بالشخصية ، على سبيل الاستثناء فإن هذه الشخصية لا تعطى له إلا أهلية وجوب ذات نطاق محدود . فصلاحيته لاكتساب الحقوق قاصرة على الحقوق التي يقررها له القانون ، حيث لا يشترط ثبوتها القبول ، كالميراث والوصية . فإذا كان لاكتساب الحقوق يتوقف على القبول كالهبة ، لأنها تنعقد بإيجاب وقبول ، فإنه لا يصلح لاكتسابها . وهذا هو ما تقتضيه الشريعة الإسلامية في هذا الصدد .

ويتجه فريق من الفقه إلى القول بأن الجنين طبقاً لأحكام القانون الوضعي أن يكسب من الحقوق ما هو نافع نفعاً محضاً دون تفرقة بين ما يتطلب القبول وما لا يتطلبه ، لأنه إذا كان القبول لازماً - كما في الهبة - فإن الوصى الذي يمين للحمل يتولى قبولها .

ولكننا لا نرى ذلك ، رغم قيامه على النظر إلى صالح الجنين . ذلك لأن ما يثبت للحمل المستكن من الحقوق يثبت له سبيل الاستثناء . إذ الأصل أن

الحقوق لا تثبت للشخص إلا منذ ولادته حياً . فالميراث يثبت له استثناء بنص القانون ، وكذلك الوصية . وإذا كان القانون قد أجاز تعيين وصي له وجعل له أن يقبل الوصية أو يردّها ، فإن هذا قاصر فقط على ما جاء بشأنه وهو الوصية ، فلا يمتد إل الهبة . إذ الواقع أننا بصدد حالة استثنائية . وطالما أن المشرع نفسه قد قرر أن « حقوق الخلع المستكن يعينها القانون » ، فإنه لا بد من وجود نص قانوني يبيح ذلك ولا يوجد مثل هذا النص .

وعلى أية حال فإن إعراف القانون بوجود الجنين وترتيب بعض الحقوق بالنسبة له ، إنما هو إعراف مؤقت معلق على شرط ولادته حياً . فإذا ولد حياً تأكدت شخصيته ، وثبتت له حقوقه ، من وقت الخلع . وإذا ولد ميتاً ، اعتبر كأن لم يكن له وجود .

ثانياً : نهاية الشخصية : تنهى الشخصية القانونية بالموت . والموت قد يكون حقيقياً وقد يكون حكياً . وبالنسبة للموت الحقيقي يثار الكلام عن إثباته كما سنرى ، ونعرض فيما يلي لحالة الموت الحكمي ، أو المفقود .

المفقود : المفقود هو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته غيبة متقطعة ، وإتقطعت أخباره ، بحيث لا تعرف حياته من مماته . وفي هذه الحالة يبيح القانون إعتباره ميتاً ، متى توافرت شروط معينة ، فتتقضى شخصيته تبعاً لذلك . وهو يختلف عن الغائب . فالغائب هو الشخص الذي يغيب عن موطنه أو محل إقامته ولكن حياته تكون معلومة ، وقد يكون محل إقامته بالخارج معروفاً وقد لا يكون كذلك ، ولهذا فإنه لا يعد مفقوداً . ولا أمر لغيابه على شخصيته القانونية . وكل ما هنالك أنه قد لا يترتب على غيابه إستعالة مباشرة لمصالحه ، فتقيم المحكمة وكبلاء عنه يتولى مباشرة هذه المصالح أثناء غيابه .

وقد بينت المادة ٦١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بقانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ أحكام الفقد . ويفرق في هذا الصدد بين حالتين :

١ - حالة المفقود الذي يظن عليه الهلاك ، كما إذا كان قد فقد في حرب أو في كارثة كزلزال أو فيضان ، وفي هذه الحالة يحكم بموته المفقود بعد أربع سنين من تاريخ فقده ، أو يصدر قرار وزير الحربية باعتباره مفقوداً إذا كان من العسكريين .

٢ - حالة المفقود في غير الظروف السابقة ، كمن سافر إلى بلد آخر طالباً للعلم أو السياحة ولم تنقطع أخباره . ولم تعلم حياته من عائلته ، في هذه الحالة حيث لا يظن عليه الهلاك يفرض أمر المدة التي يحكم بموته بعدها إلى القاضي . وبديهي أنه لا ينبغي أن تقل هذه المدة عن أربع سنوات . وفي جميع الحالات لا يجوز الحكم بوفاة المفقود إلا بعد أن يتحرى القاضي عنه بجميع الطرق الممكنة حتى يعرف ما إذا كان حياً أو ميتاً .

ويرتب على الحكم بموت المفقود ، أو صدور قرار وزير الحربية باعتباره مفقوداً بالنسبة للعسكريين ، إعتباره ميتاً . وبما لذلك توزع تركته على من كان موجوداً من ورثته وقت الحكم ، بموته (أو صدور قرار وزير الحربية) ، وتعتد زوجته عدة الوفاة ، ويحـل لها بعد إقضاء فترة العدة أن تتزوج من غيره . أما من مات من ورثته قبل ذلك التاريخ فإنه لا يرث منه . كما أنه لا يصح لزوجه الزواج من غيره قبل أن يحكم بإعتباره ميتاً .

أما بالنسبة إلى الحقوق التي تنفع المفقود وتضر غيره ، فإن الحكم يختلف . فإذا كان قد آل إلى المفقود ميراث مثلاً في المدة بين فقده والحكم (أو القرار) بموته ، فإن هذا الميراث لا ينتقل إلى ورثته من . وإنما يعود نصيبه الذي

أوقف له الميراث إلى من كانوا يستحقونه وقت موت مورثهم . ويرجع عدم استحقاق المفقود في تركته من مات من أقاربه قبل الحكم باعتباره ميتا إلى أن حياته . عند موت مورثه . لم يكن محققة ، ومن اللازم لاستحقاق الإرث أن تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا ، كما ينص على ذلك قانون الموارث .

ظهور حياة المفقود : إذا ما حكم بموت المفقود ، أو صدر قرار بذلك ، فلماذا يكون الحكم لو ظهر حيا ؟

بالنسبة لزوجته ، إذا لم تكن قد تزوجت بغيره ، تكون له . أما إذا كانت قد تزوجت بآخر ، في الأمر تفصيل : إذا كان الزوج الثاني قد عقد عليها ولم يدخل بها ، تعود إلى زوجها الأول وينسخ العقد الثاني . وكذلك الأمر في حالة ما إذا كان الثاني قد تزوجها وهو يعلم بحياة المحكوم بفقده ، أو كان قد عقد عليها خلال فترة عدتها من المفقود . أما إذا كان الزوج الثاني حسن النية لا يعلم بحياة المفقود ، ودخل بالزوجة ، ولم يكن عقد عليها خلال العدة من الزوج الأول ، فإنها تكون له .

بالنسبة لأمواله : يأخذ ما بقى في يد ورثته مما كان له . أما ما كان موقوفا لأجله من ميراث أو وصية ، فإنه يستحقه ، ولكنه لا يأخذ إلا الموجود منه في أيدي ورثة المورث أم الموصى . أما ما استهلكه هؤلاء ، سواء من أمواله التي ورثت عنه أم مما كان يستحقه من ميراث أو وصية ، فإنهم لا يسألون عنه .

ثالثا : اثبات الوفاة والميلاد : عرضنا فيما سبق لبدء الشخصية ونهايتها ورأينا أن الشخصية تبدأ بواقعة معينة هي ولادة الشخص حيا ، وتنتهي بواقعة أخرى هي الوفاة الحقيقية أو الحكيمة . وإذا كانت مدة شخصية الإنسان تتحدد بالفترة بين ميلاده ووفاته ، فإن الأمر بشار بالنسبة لإثبات هاتين الواقعتين .

وينص القانون المدني على أن ، تلبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك ، فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى ، كما ينص كذلك على أن : « دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ، ينظمها قانون خاص » .

وقد اهتم المشرع بتنظيم وضبط واقع الميلاد والوفاة ، في القانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ في شأن الأحوال المدنية . وقد جعل هذا القانون مكاتب السجل المدني التابعة لمصلحة الأحوال المدنية تختص بتسجيل واقعات الميلاد والوفاة ، وجعل لكل شخص أن يستخرج صورة رسمية طبق الأصل من القيود والوثائق المتعلقة به أو بأصوله أو فروعه أو بأزواجه . ويجوز للسلطات العامة طاب صورة رسمية من أي قيد أو وثيقة . ويجوز إعطاء هذه الصورة لكل من يثبت لدى أمين السجل المدني أن له مصلحة فيها من غير من تقدم ذكرهم .

كما نص القانون سالف الذكر على أن ، تعتبر السجلات بما تحويه من البيانات والصور الرسمية المستخرجة منها ، حجة بصحتها ، ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم . ويجب على الجهات الحكومية الاعتماد في مسائل الأحوال المدنية على البيانات المقيدة في هذه السجلات .

الفرع الأول

مميزات الشخصية

تتناول دراسة مميزات الشخصية ما يميز كل شخص عن الآخر، وإذا كان لكل شخص صفات يتميز بها عن غيره بالنظر إلى شخصه أو إلى نشاطه بصفة عامة. فإن الخصائص أو المميزات التي يتميز بها الشخص تكون من حيث الحالة التي تحدد مركزه بالنسبة إلى دولة معينة أو بالنسبة لأسرة معينة أو بالنسبة إلى انتمائه إلى دين معين في بعض الأحيان، ومن حيث الإسم وهو وسيلة التعرف عليه، ومن حيث المواطن

الذى يتيح العثور على مكانه حيث يقيم . ولهذا ندرس فيما يلي الحالة والإقامة المواطن
كوسائل تميز الشخص عن غيره من الآخرين .

أولاً : الحالة

الحالة هي مجموع من الصفات يدخلها في الاعتبار ليعان عليها آثاراً قانونية .
ویدخل تحت اصطلاح الحالة تحديد مركز الشخص بالجنسية إلى دولة معينة .
إلى جنسيتها . وهذه هي الحالة السياسية . كما يدخل تحت مدلوله أيضاً ما يسمى بالحالة
العائلية وتتحدد بمركز الشخص في الأسرة ؛ والحالة الدينية حيث يحددها المذرع
عندنا في بعض الحدود . ونتكلم عن كل منها فيما يلي :

١ - الحالة السياسية : تتحدد حالة الشخص السياسية بجنسيته ، أى بانتمائه
إلى دولة معينة . ويحدد القانون في كل دولة الشروط التي تلزم بها الجنسية للأفراد
الذين ينتمون إليها . والجنسية قد تلزم للشخص على أساس النسب ، فباخذ الولد
جنسية أبيه أو جنسية أمه . وهذا ما يسمى بحق الدم . وقد تلزم على أساس الميلاد
على أرض الإقليم ، فيعتبر المولود في بلد معين تابعاً لجنسية هذا البلد . وهذا ما
يسمى بحق الإقليم . والقاعدة المأخوذ بها عندنا هي ثبوت الجنسية على أساس
النسب ، وإن كانت هناك حالات خاصة يأخذ فيها المذرع بحق الإقليم . وإلى جانب
هذا فإن الجنسية قد تكتسب بطريق الزواج . ففي بعض البلاد تأخذ الزوجة جنسية
زوجها . كما أن من الممكن أن يتجنس الشخص بجنسية دولة أخرى طبقاً للشروط
التي يضعها قانون الدولة ، وهذا هو ما يسمى بالتجنس .

وقترتب على الجنسية آثار قانونية من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته
ونشاطه القانوني فالتمتع بالحقوق السياسية مثلاً مقصور على المواطنين دون الأجانب ،
وقد يحرم القانون على الأجانب - دون المواطنين - ممارسة بعض الامور أو يفيد
حقوقهم في تملك العقارات وخاصة الاراضي الزراعية .

٢ - الحالة العائلية : يقصد بذلك تحديد مركز الشخص في أسرة معينة ، باعتبارها عضواً فيها ، تربطه بباقي أعضائها قرابة نسب أو قرابة مصاهرة .

(أ) قرابة النسب : ويقصد بقرابة النسب الصلة العائمة بين الأشخاص على دم مشترك ، لا اشتراكهم في أصل واحد فيعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك . وقرابة النسب إما أن تكون قرابة مباشرة أو قرابة حواشي . والقرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول والفروع كالصلة بين الجد والاب والابن . ويستوى في ذلك أن يكون النفرع عن طريق الذكور أو طريق الإناث . أما قرابة الحواشي : فهي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً الآخر . من ذلك مثلاً قرابة الأخ لاخته . إذ لا ينحدر أحدهما من الآخر ولكن يجمعها أصل مشترك هو الأب .

وقد بين القانون كيفية احتساب درجات القرابة سواء كانت قرابة مباشرة أم قرابة حواشي . فبالنسبة للقرابة المباشرة يعتبر كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . وعلى ذلك ففي القرابة المباشرة يعتبر الابن في الدرجة الأولى وابن الابن في الدرجة الثانية . أما بالنسبة لقرابة الحواشي فإن الدرجات تعد صعوداً من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر . وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة . فالأخ مثلاً في الدرجة الثانية لاخته ، لأن الأصل المشترك بينهما هو الأب . إذ أن الصلة بين الأخ والأصل المشترك (الأب) درجة ، ومن الأصل المشترك إلى الاخت درجة فيكون المجموع درجتين .

(ب) قرابة المصاهرة : هي القرابة التي تقوم نتيجة الزواج ، وهي تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . ويقضى القانون بأن : د أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر . . وعلى

ذلك فان أب الزوج يعتبر قريباً بالمصاهرة من الدرجة الاولى الزوجة ، لأنه قريب بالنسب لإبنه (زوجها) من الدرجة الاولى . وشقيق الزوجة قريب للزوج من الدرجة الثانية، لأن شقيق الزوجة قريب لها قرابة لسبب من الدرجة الثانية، وهكذا.

آثار القرابة : ترتب على القرابة آثار قانونية متعددة تتحدد بحسب القرابة ودرجتها .

وبصفة عامة ينشأ عن القرابة ما يسمى بالحقوق والواجبات العائلية التي تثبت تبعاً لمركز الشخص في الأسرة . وهي ما يطلق عليها اصطلاح حقوق الأسرة . فيتولد عنها حقوق الآباء على الأبناء وحقوق الأبناء على الآباء وحقوق الزوج على زوجته وحقوق للزوجة على زوجها . ويترتب على القرابة كذلك حقوق مالية مختلفة كالنفقات والتوارث بين الأقارب ، كما تعتبر أيضاً مانعاً من موانع الزواج ، إذ يحرم على الشخص من أقاربه إلى درجات معينة .

والقرابة كذلك آثارها في تحديد ما يثبت للشخص من حقوق كما يؤثر في نشاطه القانوني . من ذلك مثلاً ما ينص عليه القانون المدني من عدم جواز الرجوع في الهبة ، إذا كانت الهبة لذى رحم محرم ، وما يقضيه قانون المرافعات من عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة . . . إلى غير ذلك .

ومن هذا يتبين لنا أن شخصية الإنسان وأهلية وجوبه ، أو بمعنى آخر ، مدى صلاحيته لإكتساب الحقوق وتحمله بالواجبات ، تتأثر بالمركز الذي يحتله في العائلة . أي أن الحالة العائلية للشخص تؤثر في مجموع ما له من حقوق وما عليه من التزامات .

القانونية إذ أن القانون يطبق على الجميع دون تفرقة بينهم على أساس الدين ، لكن في بعض الدول ، ونحن منها ، يترتب على انتماء الشخص إلى ديانة معينة أثره بالنسبة إلى شخصيته القانونية . ومدى ما يثبت له من حقوق وما يتحمل به من الالتزامات . من ذلك مثلاً ما يقتضى به قانون المواريث من أن اختلاف الدين مانع من الارث .

على أن لانتماء الشخص إلى ديانة معينة أثره الواضح بصفة خاصة في الحدود التي يخضع فيها المواطنون لشرائعهم الدينية المختلفة . وهي مسائل الاحوال الشخصية . إذ يترتب على ذلك اختلاف مراكرم القانونية وتفاوتهم في التمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات نظراً لاختلاف الشرائع الدينية في هذا العدد . فلامسلم مثلاً أن يتزوج بأكثر من واحدة ، وله أيضاً أن يطلق زوجته ، ولكن ليس للمسيحي أن يعدد زواجه ، بل وليس له أن يطلق وزوجه في بعض المذاهب المسيحية وهو المذهب الكاثوليكي ، وحتى بالنسبة للمذاهب الأخرى فإنها لا تبيح الطلاق إلا في حالات محددة . وكذلك يحق للمسلم أن يتزوج من حكتانية (مسيحية أو يهودية) . ولكن ذلك لا يصلح بالنسبة للمسيحي أو اليهودي .. وهكذا .

وفيما عدا هذه الحالات الاستثنائية التي تطبق فيها الشرائع الدينية . فالأصل أن الجميع لدى القانون سواء . وأنهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تميز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، وهذا ما حرمه الدستور على النص عليه دائماً .

ثانياً : الأسهم

تكوين الأسهم : نص القانون على أن يكون لكل شخص اسم ولقب ، وأن لقب الشخص ياتى أولاده . ومعنى هذا أنه يلزم إلى جانب اسم الشخص

نفسه ، أو ما يطلق عليه الاسم الشخصي Prenota ، أن يوجد له لقب nom ، وهو اسم الأسرة ، وذلك حتى لا يقع اللبس بين الأشخاص ، إذ أن الاسم وحده لا يكفي للتمييز بينهم .

والشائع عندنا هو استعمال الاسم الشخصي مضافا إليه اسم الأب والجد وإن كان البعض يستعمل اللقب إلى جانب الاسم الشخصي كما يفعل الغربيون . ولما كان استلزام اللقب إلى جانب الاسم الشخصي أمرا مستحدثا عندنا ، فقد أشار القانون المدني (المادة ٢٩) إلى أن كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها ينظمها تشريع خاص ، ولكن هذا التشريع لم يصدر حتى الآن (١) .

وإذا كان القانون قد نص صراحة على أن يكون للأولاد لقب أبيهم ، إلا أن لقب الشخص لا يلحق الزوجة بحكم القانون ، خلافا لما هو متبع في البلاد الغربية حيث يكون للزوجة الحق في أن تستعمل لقب زوجها .

الطبيعة القانونية للاسم : الاسم باختياره من عيزات الشخصية يتطوى على واجب وحق في وقت واحد . فإذا كان من الواجب أن يتسمى الشخص باسم معين حق يتميز بذلك عن غيره من الأفراد ، فإن للشخص حقا على اسمه ينفى احترامه ، فهو حق من حقوق الشخصية .

فالاسم واجب يقرره القانون ، ولهذا فانه لا يترك للأفراد الحرية في تغيير أسمائهم أو تصحيحها حسب إرادتهم ، وإنما رسم لذلك نظاما ينفى اتباعه حق يمكن حصول هذا التغيير ، وحق ينضم بذلك جدية الأمر ، لأن تغيير الاسم

(١) ونسب المادة ١٨ من القانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالأحوال المدنية على أنه يجب أن يشتمل التبليغ من المواليد فذكر اسم المولود ولقبه .

الذى عرفت به الشخص في الجاعة قد يضر بمصالحهم . وهذا أمر تثني عليه المصاحبة العامة (١) .

وإلى جانب ذلك فإن الاسم حق للشخص كما قدمنا ، وهو ليس حقاً مالياً وإنما هو حق من الحقوق العامة للصيقة بالشخصية ، ويرتب على ذلك أنه لا يمكن التنازل عنه ، كما لا يمكن التصرف فيه نظراً للصلة الوثيقة التي تربط بينه وبين الشخص . ومن ناحية أخرى فإنه لا يرد عليه التقادم المكتسب أو المسقط ، أى أنه لا يمكن أن يكتسب الغير عليه حقاً بمضى المدة ، كما أنه لا يمكن أن يفقد بعدم الاستعمال المدة الطويلة .

حماية الحق في الاسم : إذا كان الاسم واجباً وحقاً في الوقت نفسه ، وإذا كان هذا الحق من حقوق الشخصية ، كما قدمنا ، فإنه يترتب على ذلك - بالإضافة إلى ما سبق - أن كل اعتداء يخول لصاحبه الحق في مطالبة المعتدى بالكف عن الاعتداء ، كما يخول له كذلك الحق في المطالبة بالتعويض . ولا تقتصر الحماية القانونية على الاسم الحقيقي ، بل تمتد إلى اسم الشهرة (*surnom*) أو الاسم المستعار (*psedonyme*) . وقد قرر القانون المدني (مادة ٥١) حماية الاسم فخص على أنه لكل من تازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطالب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ، . والحماية التي يقرها القانون في هذا الصدد تتحقق بوسيلتين :

الاولى : رد الاعتداء على الحق في الاسم حتى ولو لم يحصل للشخص ضرر .

(١) وقد اشترط قانون الأحوال المدنية - ان لا يكون المكان التصحيح أو التغيير لما هو مدون بالسجل أن يصدر حكم قضائي ، اللهم إلا إذا تعلق الأمر بخطأ مادي ، إذ يجوز لأبوين الطفل تصحيحه ، على أن يستند التصحيح من مفتش السجل .

والثانية : طلب التمييز ويكون ذلك في حالة تحقق ضرر مادي أو أدبي بصاحب الاسم .

الاسم التجاري : هو الاسم الذي يتخذه شخص أو شركة أو أية مؤسسة تجارية لكي يميز المحل أو المنشأة . وقد يكون هذا الاسم هو اسم صاحب المحل أو المنشأة وقد يكون اسماً آخر . وفي جميع الحالات يعتبر الاسم التجاري عنصراً من عناصر المحل التجاري ، ويدخل في تكوينه .

والحق على هذا الاسم التجاري يختلف عن حق الشخص على اسمه ، إذ أن الحق على الاسم التجاري حق مالي ، ولهذا يصح التصرف فيه بالتنازل عنه إلى الغير ، ويكون ذلك مع التصرف في المحل التجاري نفسه ، كما يصح أن يكتسب بالتقادم خلافاً للاسم المدني ، هذا ولما كان من المتصور أن يكون اسم المحل التجاري هو اسم صاحبه ، فإنه إذا تنازل عنه الغير بقصر التنازل على السماح باستعمال هذا الاسم كعنوان للمحل التجاري فقط فلا يمتد التنازل إلى اسم الشخص نفسه صاحب المحل الذي تصرف في محله التجاري إلى الغير .

ثالثاً : الموطن

أهمية الموطن والتعريف به وأنواعه : للموطن وثيق الصلة بالشخصية ، إذ يمكن من العثور على مقر الشخص ، وتحديد مكانه القانوني بالنسبة لمن يريد أن يتعامل معه ، فيقتضى له مخاطبته فيه ، فيما يتعلق بشئونه القانونية ، حيث يوجه فيه إلى الشخص كل إعلان أو إنذار أو صحيفة دعوى أو غير ذلك من الأوراق التي يكون لها أثرها القانوني ومعرفة موطن الشخص لها أهمية في حالات كثيرة نص عليها القانون ، كما هو الشأن مثلاً في حالة تحديد اختصاص المحاكم ، إذ قد يتحدد على أساس موطن الشخص في دائرة المحكمة .

وقد يكون الموطن عاماً وقد يكون خاصاً . والموطن العام قد يكون إرادياً اختيارياً ، وقد يكون إلزامياً . ولمرض أولاً للموطن العام ثم للموطن الخاص .

أولاً : الموطن العام : الموطن العام هو المكان الذى يمتد فيه بالنسبة إلى جميع معاملات الشخص ونشاطه بوجه عام . والاصل أنه بتحديد إرادة الشخص فيقال له الموطن الإرادى أو الاختيارى . وهذا ما يكون بالنسبة لمن يباشرون أعمالهم بأنفسهم . ولكن القانون قد يفرض على بعض الأشخاص موطناً معيناً فى حالات استثنائية لا تكون لإرادتهم دخل فى اختياره وهذا ما يطلق عليه الموطن الإلزامى أو القانونى . ويكون ذلك بالنسبة لمن لا يستطيعون مباشرة نشاطهم بأنفسهم . فنعرض أولاً للموطن الإدارى ، ثم للموطن الإلزامى أو القانونى .

١ - الموطن الإدارى : يعرف القانون الموطن بأنه ، المكان الذى يقيم فيه الشخص إقامة مستقرة ويعتبر أنه موجود فيه دائماً ولوتغيب عنه بصفة مؤقتة ، وهذا يستلزم أن تكون هناك إقامة فعلية وأن يكون هناك استقرار ، أى إقامة مستمرة ، حتى ولو تخلل هذه الإقامة فترات غيبة متباعدة أو متفاربة عن هذا المكان . فإذا كان الشخص يقطن فى مكان ما بصفة مؤقتة بحيث لا يمكن اعتباره مقراً ثابتاً له ، كالإقامة فى فندق مثلاً لمدة أيام ، فلا يعد هذا موطناً . وإن كان يعد محل إقامة للشخص خلال مدة إقامته فيه . وهذا يعنى أن مجرد الوجود أو السكن فى مكان لا يجعل منه موطناً للشخص ، طالما أن الإقامة ليست مستقرة . فنمصر الاستقرار ضرورى لنوافر معنى التوطن .

وإذا كان الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص على وجه مستقر ، وأن الاستقرار يقصد به استمرار الإقامة على وجه يتحقق معه شرط الاعتقاد ولو تخللها فترات غيبة ، فإنه يترتب على ذلك : ١ - أن الشخص قد لا يكون له موطن ما ، كما هو الشأن بالنسبة للبدو الرحل الذين لا يستقرون فى مكان واحد معين . (٢) أنه يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن فى وقت واحد ، ويتحقق ذلك إذا كان الشخص يقيم إقامة معقدة فى الريف وفى مدينة من المدن ، أو كانت له زوجتان يقيم كل منهما فى مكان منفصل عن المكان الآخر .

وهذا التصوير الذى أخذ به القانون المدنى عندنا للوطن هو تصوير واقعى ،
إذ يجعله المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، ويرتب على ذلك أنه يجوز للشخص
أن يغير موطنه باختياره ، فيعتبر المكان الجديد الذى يقيم فيه إقامة مستقرة . وطننا
له . وإذا كانت إرادة الشخص هى التى تحكم فى تحديد الموطن ، إذ أنه يقيم
حيث يريد ، فإن الأمر يختلف بالنسبة لأنواع الموطن التى بينها القانون .

٢ - **الموطن الإلزامى (القانونى)** : يتدخل القانون لتحديد الموطن العام
بالنسبة لبعض الأشخاص دون تدخل من إرادتهم فى ذلك نظرا لعدم إمكانيتهم
الاختيار . وقد نصت المادة ١/٤٢ مدنى على أن : موطن القاصر والمهجور عليه
والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا .

وعلى ذلك فإن موطن الأشخاص الذين حددهم القانون ليس هو مكان الإقامة
المعتادة لهم ، وإنما يجعل القانون موطنهم فى موطن من ينوب عنهم قانونا بصرف
النظر عما إذا كانوا يقيمون معه أو لا يقيمون معه . ويتحدد الموطن بالنسبة
للأشخاص المذكورين على أساس تحكمى لا على أساس واقعى . وبهذا يأخذ
المشرع هنا بالتصوير التحكمى للوطن .

ويظل الموطن الإلزامى قائما طالما بقى السبب الذى استلزم اتخاذه . أى طالما
ظل الشخص قاصرا أو محجورا عليه أو غائبا . فإذا زال السبب ، فإنه يرجع إلى
الأصل العام ، وهو تحديد الموطن على أساس الإقامة الفعلية .

ثانيا : الموطن الخاص - أنواعه : هو الموطن الذى يمتد فيه بالنسبة لبعض
الأعمال أو أوجه النشاط المحددة . وقد بين القانون - إلى جانب الموطن العام أو
العادى - أنواعا خاصة من الموطن هى : موطن الأعمال ، وموطن ناقص الأهلية
بالنسبة لما يعتبر أهلا لمباشرته من تصرفات ، والموطن المختار . ونعرض لكل
منها فيما يلى .

١ - موطن الاعمال : نصت المادة ١ : مدنى على أن : يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة . . فموطن الاعمال يعتبر موطناً خاصاً مقصوراً على ناحية معينة من نواحي نشاط الشخص ، لأنه هو المكان الذى يباشر فيه تجارة أو حرفة معينة . وهذا الموطن يقوم إلى جانب الموطن الاصلى ، وطالما كان موطن الاعمال موطناً خاصاً بما يتعاق بأعمال التجارة أو الحرفة ، فإنه ينبغي أن يكون مقصوراً على هذه الناحية من نشاط الشخص أما بالنسبة لسائر الاعمال الأخرى ، فإنه يخاطب بشأنها في موطنه العادى ، باعتباره الاصل العام هذا ويراعى أن المكان الذى يباشر فيه الموظف عمله لا يعتبر موطناً له .

٢ - موطن ناقص الاهلية بالنسبة لما يعتبر أهلاً لمباشرة من تصرفات : رأينا أن الموطن العام لعدى الاهلية وناقصها ، بصفة عامة ، يتحدد بصفة الزامية بموطن من ينوب عنهم . ويرجع هذا التحديد للموطن الاضامى إلى عدم قدرة هؤلاء على مباشرة التصرفات القانونية التى تخضعهم بأنفسهم ، ولكن القانون قد يتيح لهؤلاء القيام ببعض التصرفات القانونية على -سبيل الاستثناء- ، كما نرى وبالتالي يعتبر أنهم كاملوا الاهلية بالنسبة لتلك التصرفات التى يباح لهم القيام بها . ولذلك يكون من الطبعى أن يتحدد لمثل هؤلاء موطن خاص بالنسبة للحالات التى يتبررون فيها كالملى الاهلية ، إلى جانب الموطن العام الذى يتحدد بموطن من ينوب عنهم .

ومن أجل هذا وضع المشرع قاعدة خاصة فى شأن القاصر الذى بلغ ١٨ سنة ومن فى حكمه ، فقرر أنه بالنسبة إلى الاعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها يكون له موطن خاص ، غير موطن وليه أو وصيه ويتحدد الموطن الخاص فى هذه الحالة على أساس الإقامة المادية ، ومطابقاً لقواعد تحديد الموطن

بصفة عامة ، في صدد موطن الأعمال أو الموطن المختار وفيما عدا ذلك يكون موطنه الأصلي هو موطن وليه أو وصيه .

٣- الموطن المختار: هو الموطن الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين ، كما إذا اختار موطناً له مكتب أحد المحامين لكي يعلن فيه كل ما يتعلق بما يثار من منازعات حول عقد أبرمه مع آخر .

وقد نص القانون على ضرورة إثبات وجود الاتفاق على الموطن المختار بالكتابة . وإذا ما اتفق على موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين ، فإنه يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، مثل استيفاء أقساط الثمن في حالة البيع ، ومطالبة المشتري بـ اثر التزاماته ومقاضاته بشأن البيع ، بل واتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى ، إلى غير ذلك مما يتعلق بتنفيذ العمل القانوني المتفق عليه ، اللهم إلا إذا اتفق صراحة على قصر الموطن المختار على بعض هذه الأعمال دون البعض الآخر .

الفرع الثالث

أهلية الأداء

أنواع الأهلية - تقسيم البحث : الأهلية نوحان : أهلية وجوب وأهلية أداء . وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، أى صلاحيته لأن يكون طرفاً إيجابياً أو طرفاً سلبياً في الحقوق . وهي ترتبط بالشخصية القانونية ، فكل شخص له أهلية وجوب ، أى صلاح لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه . وهذا يثبت له بمجرد الولادة . بل إن الجنين - كما قدمنا - أهلية وجوب ذات نطاق محدود ، ترتب له بمقتضاها بعض حقوق يقررها القانون وإذا كانت أهلية الوجوب نلت لجميع الأشخاص في الوقت الحاضر ، نظراً للاعتراف لهم جميعاً بالشخصية القانونية ، فإن نطاق

هذه الأهلية ، أى مدى صلاحية الأشخاص لاحتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، يتفاوت بحسب ظروف كل منهم ، وقد رأينا أن مدى ما يمكن أن يثبت للشخص من حقوق وما يتحمل به من التزامات يختلف باختلاف حالته السياسية أو العائلية أو الدينية .

أما أهلية الأداء : فإنها صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته بتعبير أقرب عليه آثار قانونية ، أو هى صلاحيته للقيام بالأعمال القانونية لحساب نفسه . هذه الصلاحية لا تثبت لجميع الأفراد ، إذ ليس لكل منهم القدرة على التعبير عن إرادته بتعبير أقرب نتائج قانونية ، وإنما يلزم أن يتوافر لدى الشخص قدر من التعبير يجعله قادراً على التعبير عن إرادته بتعبير أقرب به القانون ويرتب عليه آثاره .

ولما كانت أهلية الأداء هى القدرة على التعبير عن الإرادة ، أو هى قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية لحساب نفسه ، فإن نطاق هذه الأهلية يتحدد بالتصرفات القانونية وحدها ، سواء كانت هذه التصرفات تتم بإرادة واحدة أم تتم بإرادتين .

وتنقسم التصرفات القانونية من حيث أهلية الأداء إلى أقسام ثلاثة :

١ - تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وهى التصرفات التى يترتب عليها اختفاء الشخص دون مقابل ، مثل قبول الهبة ، فالذى يقبل الهبة ينتفى دون أن يدفع مقابلاً لذلك .

٢ - تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وهى التى يترتب عليها إفقار الشخص دون مقابل ، كالهبة بالذمة للواهب ، إذ أنه يترتب عليها إخراج شيء من ماله دون مقابل . وكذلك الوصية بالنسبة الموصى ، وتسمى هذه الأعمال التبرع .

٣ - تصرفات تدور بين النفع والضرر ، وهى تصرفات تقوم على إحداث

الكسب والخسارة ، مثل عقود البيع والايجار . فالبائع قد يبيع بشئ لا يحقق له ربحاً ، واسكنه يحقق له خسارة في بعض الاحيان ، وبالعكس ، قد يبيع في ظروف أخرى يحقق ربحاً وهكذا .

ويراعى في هذا الصدد أن التصرفات إذا تمت بقصد استغلال الشيء واستثماره فقط ، كما في حالة الايجار ، تسمى بأعمال الإدارة .

ومباشرة التصرفات يختلف بحسب صلاحية الشخص والحدود التي يصلح لمباشرتها ، أو عدم صلاحيته . وهذه مسألة تتصل بالتمييز والادراك . ولما كان تمييز الشخص يختلف بحسب الظروف التي يمر بها في حياته ، إذ قد يكون منعدم التمييز أو ناقصة أو كاملة ، فإن الأمر يختلف ، فتكون أهليته ناقصة أو منعدمة أو كاملة بحسب الأحوال ، لكن متى يكون الشخص كامل الأهلية ومتى تكون أهليته ناقصة أو منعدمة ؟ يقتضى هذا أن نعرض لأحكام الأهلية ، فتتكمّل عن الأدوار المختلفة ، التي يمر بها الشخص ، أو تدرج الأهلية بحسب السن . ثم نتكلم بعد ذلك عن العوارض التي تطرأ على الأهلية فتعدها أو تنقص منها ، وكذلك عن موانع الأهلية .

والا كانت أهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية في حق نفسه ، فإنه قد يحدث ألا تقوم لديه هذه القدرة ، إما لانعدام أهلية الأداء عنده في بعض الحالات أو لنقصها ، وإما لوجود مانع من موانع هذه الأهلية . وفي مثل تلك الحالات يتولى الغير القيام بالتصرفات القانونية بدلا منه وحسابه . وهذا الغير هو من نثبت له الولاية بصفة عامة على أموال الشخص . وتبعاً لذلك فإننا نقسم الموضوع إلى قسمين . نتكلم أولاً عن أحكام أهلية الأداء ، ثم نتكلم بعد ذلك عن أحكام الولاية .

أولاً : أحكام أهلية الأداء

تمهيد : يمر الشخص بمراحل مختلفة في حياته ، إذ يبدأ صغيراً غير مميز ، ثم بعد مرحلة معينة من حياته يبدأ تمييزه ولكن لا تتوافر له كل أسباب التمييز ، ويستمر هكذا خلال تلك المراحل الثانية من حياته إلى أن يبلغ سن الرشد . وقد يبلغ سن الرشد كامل التمييز فتكون له أهلية أداء كاملة ، ومع ذلك يعرض طارئ من عوارض الأهلية كجنون أو سفه . . . أو أنه قد يبلغ سن الرشد مع قيام طارئ من هذه العوارض . وقد يكون من شأن هذا الطارئ أن يعدمه التمييز أو أن ينفق منه ، وإلى هذا وذاك فإن الشخص قد يبلغ سن الرشد ، يراً كامل التمييز والأهلية ، ومع ذلك يقوم هناك مانع يمنعنا من مباشرة التصرفات القانونية أوبعضها . وبهذا نتضح لنا خطة البحث في هذا الموضوع . إذ نعرض أولاً لمراحل الأهلية أو تدرجها بحسب السن . ثم نعرض ثانياً لعوارض الأهلية ، ثم نعرض لموانع الأهلية .

§ ١ - تدرج الأهلية بحسب السن

لما كانت الأهلية هي قدرة الشخص على التعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لأنواره القانونية ، فإن هذا يقتضي أن تكون إرادته واعية . ويفرق في حياة الشخص بين مراحل ثلاثة من ولادته حتى السابعة ، ومن السابعة حتى الحادية والعشرين ، ومن الحادية والعشرين إلى أن تفتى الشخصية .

الدور الأول : الصبي غير المميز : حدد القانون سن التمييز للشخص بالسابعة . فكل من لم يبلغ السابعة يعتبر قاصداً للتمييز . وتبعاً لذلك تنعدم لديه أهلية الأداء . فلا يصلح لمباشرة التصرفات القانونية ، أيأ كان نوعها ، سواء كانت هذه التصرفات نافعة نفماً أم ضارة ضرراً أم مترددة بين النفع والضرر . فإذا ما وقع من الصغير غير المميز تصرف من التصرفات كان باطلاً بطلاناً مطلقاً .

المرحلة الثانية : الصبي المحرز : إذا بلغ الشخص من السابعة كان محرزاً وتكون له أهلية أداء ناقصة ، لأنه يفترض في هذه المرحلة أنه لم تنوافره أسباب التمييز كاملة . ويظل الشخص معتبراً ناقص الأهلية إلى أن يبلغ سن الرشد وهي إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ، فالحكم تصرفات الشخص في هذه المرحلة .

القاعدة العامة : أنه يفرق بين الأنواع المختلفة للتصرفات : فبالنسبة للتصرفات المالية النافعة نفعاً عاماً ، تعتبر صحيحة إذا قام بها ناقص الأهلية . وعلى العكس من ذلك فإن تصرفاته الضارة ضرراً عاماً تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً . أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنها تكون قابلة للإبطال . أى باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر الذي قام بها . وبزول حق التمسك بالإبطال في هذه الحالة إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة ، بحسب الأحوال ، وفقاً للقانون . ويراعى أنه إذا ما لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته على المتعاقدين الآخرين معه ، فإنه ياتزم بالتدوين عن الأضرار التي تصيب الطرف الآخر من جراء إخفاء نقص الأهلية .

الاستثناء من القاعدة السابقة : هناك من الحالات ما يكون فيها للقاصر أهلية أداء كاملة ، وذلك في الحدود التي بينها القانون بصدور كل حالة منها . وهذه الحالات هي :

١ - حالة القاصر المأذون له بالإدارة : إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له في تسليم أمواله لإدارتها ، أو تسليمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادر منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون . وطبقاً لما جاء به قانون الولاية على المال ينبغي أن يكون القاصر قد بلغ ١٨ سنة ، وأن يكون

قد أذن له في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وهذا الإذن قد يصدر من الولى ، ويتم ذلك بإشهاد لدى المولى ، وقد يصدر من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى ، وذلك في حالة ما إذا كان للقاصر وصى .

والأهلية التي تمنح للقاصر في هذه الحالة هي أهلية الإدارة فقط . فيعتبر كامل الأهلية بالنسبة لأعمال الإدارة وهي الأعمال التي تتعلق بحفظ المال الذي سلم إليه ، وباستغلاله عن طريق تأجير مثلاً . وتبعاً لذلك فإنه لا يملك التصرف في هذا المال الذي هو أصل الحق . وإذا كان له أن يباشر أعمال الإدارة . وأن يفي ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال فإنه لا يجوز له أن يؤجر الأرض الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ، وليس له أن يفي الديون الأخرى (غير الديون المترتبة على أعمال الإدارة) ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر . ولكن إذا لم يكن للقاصر أن يقوم بهذه الأعمال من تلقاء نفسه فإنه يملك مع ذلك ، القيام بها متى حصل على إذن من المحكمة أو من الوصى في حدود ما يملكه الوصى من هذه الأعمال . وإذا كان الله صريحاً لا بالولاية يتعين عليه الحصول على إذن وإليه بالنسبة لهذه الأعمال . ويحصل القاصر على إذن من الولى أو الوصى أو المحكمة في كل حالة بذاتها . حتى يتحقق معنى الاشراف الذي يقصد من الإذن .

ولم جانب ما سبق حظير القانون على القاصر المأذون به أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ، ومن تلزمه نفقتهم قانوناً ، . . والمقصود بصافي دخله في هذه الحالة هو صافي دخل ما يملك من أموال .

ولما كانت أهلية الإدارة التي تمنح للقاصر ، إنما قصد منها التجربة وإعداده لتسلم أمواله نهائياً عند بلوغ سن الرشد ، فإن القانون قد وضع عليه رقابة في هذا الصدد من شأنها أن تؤدي إلى الحد من الإذن أو سحبه نهائياً ، إذ لم تتضح

كفائه . فالأموال أن يسحب هذا الإذن أو يحدد منه بإشهاد لدى الموثق ، والمحكمة كذلك - سواء من تلقاء نفسها أم بناء على طاب النياابة العامة أو أحد ذوى الشأن - أن يحدد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله ، وذلك فى حالة ما إذا أساء التصرف فى إدارته . أو ما إذا قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده .

٣ - حالة الإذن للقاصر بالأعجار : لا يجوز للقاصر ، سواء كان مشغولا بالولاية أو الرعايا ، أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشر من عمره وأذنت المحكمة فى ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا ، فلكى يشتغل القاصر بالتجارة لابد من الحصول على إذن المحكمة ذاتها . وإشترائط إذن المحكمة فى هذه الحالة يبرره أن التجارة لا تعتبر من قبيل أعمال الإدارة ، كما أنها تستتبع مسؤوليات جسيمة قد تؤدى بالمال جميعه .

٣ - حالة الإذن فى زواج القاصر . نص قانون الولاية على المال على أنه : إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال ، كان ذلك إذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة ، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق .

وإذا كان يفهم من النص أن الإذن بالزواج يكون إذنا بالتصرف فى المهر والنفقة ، دون تحديد فى هذا الصدد ، إلا أن المحكمة أن تحدد ما يجوز الزوج أن يدفعه من مهر أو نفقة ، سواء كان هذا التحديد فى الإذن نفسه أم فى قرار لاحق .

٤ - الأموال المخصصة لأغراض النفقة : للقاصر أهلية التصرف فيما يملك له أو يوضع تحت تصرفه ، عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه ، الملتزم بهذه الأغراض ، فى حدود هذا المال فقط .

٥ - حالة إبرام عقد العمل : للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي ، وفقا لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة ، ومن هذا ينضج أن للقاصر متى بلغ السابعة أن يبرم عقد العمل ولكن القانون رأى أن ترك الحرية للعامل في إبرام العقد على هذا النحو قد يؤدي إلى الإضرار به ضرراً لا يستطيع القاصر نفسه أن يدرك مداه . ولهذا أعطى للمحكمة الحق في إنهاء العقد متى رأت أن في هذا مصلحة ظاهرة له أو حرصاً على مستقبله ، من ناحية إتمام دراسته أو ما شابه ذلك .

٦ - حالة ما يكسبه القاصر من عمله : للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله ، دون توقف على إجازة أحد . وهذه ميزة ، قصد من ورائها تشجيع القاصر على العمل والتكسب . ومع ذلك فللمحكمة ، إذا إفتضت المصلحة ، أن تقيد حق القاصر في هذه الحالة ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية .

٧ - حالة الوصية : أجازت المادة الخامسة من قانون الوصية لمن بلغ من العمر ثمانى عشر سنة شمسية أن يوصى وتكون وصيته جائزة ، متى أذنت المحكمة بذلك . وقد روعى في هذا أن في إذن المحكمة رقابة كافية على تصرف القاصر ، حتى لا يوصى تحت تأثير نزوات خاصة .

المرحلة الثالثة : البالغ الرشيد : إذا بلغ الشخص سن الرشيد ، وهي إحدى وعشرين سنة ميلادية ، اكتملت له عناصر التمييز وصار بذلك كامل الأهلية يستطيع القيام بكل أنواع التصرفات القانونية . ولا يكفي أن يبلغ الشخص من الرشيد ، بل يتعين أن يكون قد بلغ هذه السن متمسكاً بقواه العقلية ولم يحجر

عليه وإذا ما بلغ سن الحادية والعشرين متمتعاً بقواه العقلية انقضى الولاية أو الوصاية عليه بقوة القانون .

ولكن الشخص قد يبلغ هذا السن غير متمتع بقواه العقلية . وفي هذه الحالة إذا ما طلب من له الولاية أو الوصاية عليه الحكم باستمرارهما قبل بلوغ الحادية والعشرين استمرت الولاية أو الوصاية لما بعد البلوغ وإلى حين رفعهما بقرار من القضاء . لكن إذا ما بلغ هذه السن غير متمتع بقواه العقلية ولم يحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، فإنه ينبغي أن تتخذ لإجراءات الحجر وتعين قيم عليه .

٣ - عوارض الأهلية

قد يبلغ الشخص الحادية والعشرين كامل الأهلية ، ثم يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية يؤثر في تمييزه ، فيفقد أو ينقص منه ، وتبعاً لذلك يفقد أهليته أو يكون ناقص الأهلية بحسب الأحوال .

وعوارض الأهلية في قانوننا تنقسم إلى طائفتين بحسب أثرها في أهلية الشخص . فمنها ما يعدم الأهلية ، وهذا هو الشأن بالنسبة للجنون والعمه . ومنها ما ينقص من الأهلية فقط ولا يعدمها ، وهذا هو الشأن بالنسبة للسفاهة والغفلة .

ونتناول فيما يلي هذين النوعين من العوارض -

١ - الجنون والعمه : الجنون مرض يصيب العقل ويفقده تمييزه ، فلا يعتد بأقواله وأفعاله ، أما العمه فهو نقصان العقل واختلاله ويجعل الشخص قليل الفهم مختلط الكلام دون أن يصل إلى مرتبة الجنون . وقد سوى القانون بين المجنون والمعتوه في الحكم واعتبر كلاهما كالصبي غير المميز . ويحجر على المجنون أو المعتوه بحكم من المحكمة ، وفقاً للإجراءات التي يبينها القانون في هذا الصدد كما يرفع الحجر بقرار من المحكمة كذلك إذا ما انتهت حالة الجنون أو العمه .

أما بالنسبة لتصرفات المجنون أو المعتوه فقد فرق القانون بين ما يصدر منها قبل تسجيل قرار الحجر (أو تسجيل طالب الحجر ذاته طبقاً لما يقضى به قانون المرافعات) ، وما يصدر منها بعد تسجيل هذا القرار . فإذا صدر من المجنون أو المعتوه تصرف بعد تسجيل قرار الحجر (أو تسجيل طلبه) وقع هذا التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً أي كان هذا التصرف ، حتى ولو كان من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، ولا عبرة بما إذا كان التصرف قد صدر في فترة من فترات الجنون أو في فترة من فترات الافاقة . ويظل الأمر كذلك إلى أن يرفع الحجر على المجنون أو المعتوه .

أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فإنه لا يقع باطلاً في الأصل ، بل يقع صحيحاً . وهو يقع صحيحاً في هذه الحالة رغم إنه دام التمييز لدى المجنون أو المعتوه . لكن إذا كانت حالة المجنون أو المعتوه شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر الذي تعاقد مع المجنون أو المعتوه على علم بهذه الحالة ، أو كان في إمكانه أن يعلم بها ، بإعتبار أنها شائعة ، يكون التصرف باطلاً ، لأن الطرف الآخر لن يفاجأ إذا ما أبطال التصرف .

٣ السفه والغفلة : السفه هو من يبذر المال ويبدده في غير موضعه ، على غير مقتضى العقل والشرع ، فهو يبذر ثروته بصورة منافية للصواب . أما ذو الغفلة فهو شخص لا يحسن التمييز بين الرابع والخاسر من التصرفات ، فيخضع في معاملاته بسهولة ويغبين .

والسفه أو الغفلة لا يؤديان إلى إنهام التمييز كلية لدى الشخص كما في حالة الجنون والعته ، وإنما يؤثران فقط في حسن تدبيره . ولذلك فقد سوى القانون بينهما في الحكم ، مع إعتبار تصرفات كل من السفه وذو الغفلة في حكم تصرفات الصبي المميز .

وتحجر المحكمة على كل من السفينة وذى الغفلة ، كما ترفع الحجر عنهم . وذلك
وفقا للاجراءات التي يقررها القانون في هذا الصدد ، وإذا ما سيجر على السفينة
أو ذى الغفلة فإنه يفرق بالنسبة لتصرفاته بين ما يصدر منها قبل تسجيل قرار
الحجر ، وما يصدر منها بعد تسجيل هذا القرار .

فإذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر (أو قبل تسجيل طالب الحجر)
يكون صحيحا ، أيا كان نوع التصرف ، حتى ولو كانت حالة السفينة أو الغفلة
معروفة للطرف الآخر ، أو كانت شائعة ، طالما أنه لم يتم نتيجة لاستغلال أو تواطؤ .
لكن إذا قصد منه التعامل مع السفينة أو ذى الغفلة لاستغلال حالته لكي يحصل على
فائدة من وراء العقد ، أو تعامل معه وهو يعلم أنه سيحجر عليه في القريب ،
فيتواطأ معه لتحايل على القانون وتلافي آثار الحجر ، فإن تصرفات السفينة أو ذى
الغفلة في هذه الحالة تأخذ حكم التصرفات التي تتم بعد تسجيل قرار الحجر كما سيلي :

أما إذا كان التصرف واقعا بعد تسجيل قرار الحجر ، (أو بعد تسجيل طلب
الحجر إذا ما سجل) فإنه يمسر عليه ما يمسر على تصرفات الصبي المميز من
أحكام . ومعنى هذا أن التصرف يكون صحيحا إذا كان نافعا نفعا محضا ، وباطلا
بطلا مطلقا إذا كان ضارا ضرا محضا ، وقابلا للإبطال إذا كان مترددا بين
الفع والضرر .

وإذا كان هذا هو الحكم بالنسبة إلى السفينة أو ذى الغفلة ، فإن المشرع قد خرج
على ذلك في حالتين استثنائيتين :

١ - أجاز القانون للسفينة ولذى الغفلة التصرف في أموالهما عن طريق الوكيل
والوصية ، ويقع التصرف صحيحا متى أذنت المحكمة في ذلك ، حتى ولو كان بعد
تسجيل قرار الحجر .

٢ - أجاز القانون كذلك لسفيه ولذى العفة المحجور عليها مباشرة أعمال الإدارة ، متى أذنت لها المحكمة في تسليم كل أو بعض أموالهم لإدارتها ، وفي هذه الحالة تسرى الأحكام المتعلقة بالقاصر المأذون ، على النحو السابق بيانه في هذا الصدد .

٣ - موانع الأهلية

تمهيد : قد يكون الشخص كامل الأهلية ولكن توجد ظروف معينة ، ظروف مادية أو طبيعية أو قانونية ، يترتب على وجودها ألا يتمكن من مباشرة التصرفات القانونية أو ألا يتمكن من مباشرتها منفرداً ، ولهذا يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه عند مباشرتها ، والموانع التي ذكرها القانون هي الغيبة ، والداومة ، والحكم بعقوبة جنائية .

١ - الغيبة : الغيبة مانع مادي يمنع الشخص عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، رغم كمال أهليته ، ولهذا فإن المحكمة تقيم وكيلًا عنه ، متى انتقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه ، ويترتب على ذلك تعطيل مصالحه ، وذلك متى كان مفقوداً لا تعرف حياته من عائلته . أو إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم . أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج البلاد ، واستحال عليه أن يتولى شؤنه بنفسه أو يشرف على من ينييه في إدارتها .

وقد يترك الغائب وكيلًا عامًا ، وفي هذه الحالة تحكم المحكمة بتعيينه متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي ، وإلا عينت غيره .

هذا ويراعى أن الغيبة مانع مؤقت تنقضي بزوال سببها ، كما تنقضي ، كذلك بموت الغائب ، أو بالحكم باعتباره ميتاً :

٣ - العاهة : العاهة مائع طبيعي يترتب على وجودها عدم استطاعة الشخص مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، أو يكون في استطاعته مباشرتها لكن يخشى من انفراد به بالتصرف ، فتمين له مساعد قضائي يتولى مساعدته بالنسبة للتصرفات التي تقرر فيها المساعدة . ويلزم لتعيين مساعد قضائي :

(١) أن تكون هناك عاهة مزدوجة ، كما إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم . فلا بد من اجتماع عاهتين في وقت واحد . ولكن قانون الولاية على المال قد أضاف إلى هذا حالة أخرى تميز تقرير المساعدة القضائية ، وهي حالة المعجز الجسماني الشديد كالشلل النصفي ، والضعف الشديد ، وضعف السمع والبصر ضعفا شديدا لا يبلغ القسم أو العمى أو ما إلى ذلك .

(٢) ينبغي أن يتعدى التعبير عن الإرادة بسبب العاهة المزدوجة ، كما ينبغي أن يكون المعجز الجسماني الشديد بحيث يخشى معه من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله فإذا لم يترتب على العاهة أو المعجز شيء من ذلك فلا تقرر المساعدة القضائية . كما إذا كان الشخص قد تلقى تعليما خاصا يمنحه من التعبير عن إرادته بأي طريقة من طرق التعبير .

(٣) ويلزم لتعيين مساعد قضائي أخيرا ، أن يتعلق الأمر بتصرف من التصرفات التي نص عليها القانون ، وهي التصرفات التي حددها قانون الولاية على المال في المادة ٣٩ منه .

إذا ما توافرت الشروط السابقة ، جاز للمحكمة أن تعين للشخص مساعدا قضائيا ، والأمر جوازي لها ، حتى مع وجود هذه الشروط .

أثر الحكم بتقرير المساعدة : إذا ما تقررت المساعدة القضائية فينبغي أن يسجل القرار الصادر بها . ويترتب على ذلك ضرورة اشتراك المساعد مع من

تقررت مساعدة في مباشرة التصرفات التي تقررت المساعدة بشأنها . فلا يجوز المساعد أن يتصرف بالتصرف ، وإلا كان غير نافذ في حق من تقررت المساعدة لصالحه . كما لا يجوز لمن تقررت المساعدة لصالحه أن يتصرف بالتصرف في حالة من الحالات التي تقررت فيها المساعدة ، وإلا كان هذا التصرف قابلاً للإبطال (انظر المادة ٢/١١٧ مدني) .

هذا وقد يحدث أن يتمتع المساعد عن الاشتراك في تصرف . فيجوز رفع الأمر للمحكمة ، ولها - إذا ما رأت أن الامتناع في غير محله - أن تأذن للمحكوم بمساعدته بالانفراد في إمرامه ، أو أن تعين شخصاً آخر للمساعدة في إمرامه وفقاً للتوجيهات التي تبينها في قرارها . كما قد يحدث أن يكون في عدم قيام من تقررت مساعدته بتصرف معين ما يعرض أمواله للخطر ، وفي هذه الحالة يجوز المساعد رفع الأمر للمحكمة ، ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف .

٣ - الحكم بمقربة جنائية : تنص المادة ٢٥ من قانون العقوبات بأن كل من حكم عليه بمقربة جنائية لا يجوز له أن يتولى إدارة أمواله مدة اعتقاله ، كما لا يجوز له مباشرة أعمال التصرف إلا بناء على إذن من المحكمة ويتضح من هذا النص أن من حكم عليه بمقربة جنائية لا يجوز أن يتولى إدارة أمواله طالما بقي تنفيذ المقربة مستمراً ، أي خلال مدة اعتقاله . وإنما يتولى ذلك بدلاً منه قيم يختاره المحكوم عليه وتقره المحكمة . فإذا لم يعين هو قياً لهذه الإدارة ، عينته المحكمة بناء على طلب النيابة العامة أو ذوى المصلحة في هذا الشأن . هذا بالنسبة لإدارة أمواله . أما بالنسبة للتصرف فيها ، فإنه يبقى له ، لكن يتعين أن يحصل على إذن من المحكمة ، وإلا كان تصرفه باطلاً بطلاناً مطلقاً .

ويظل هذا المانع قائماً بالنسبة للمحكوم عليه طالما كان تنفيذ المقتضى مستمراً ، فإذا ما أفرج عنه ، ولو إفراجاً شرطياً ، أو انتهت مدة العقوبة ، يقدم له القيم حساباً عن إدارته .

ثانياً - أحكام الولاية على المال

تمهيد - أنواع الولاية على المال : الولاية سلطة لشخص معين في مباشرة التصرفات باسم والحساب كل من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو من يقوم بهم مانع من موافق الأهلية فالولاية تثبت على مال القاصر أو البالغ المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة . كما تثبت أيضاً على مال كامل الأهلية الذين يقوم بهم مانع من موافق الأهلية ، ولكل حالة من هذه الحالات نوع من الولاية . فبالنسبة للقاصر يتولى مباشرة التصرفات القانونية الخاصة به إما الولي وإما الوصي . وبالنسبة للمحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة يعين له قيم ، وبالنسبة لمن يقوم به مانع من موافق الأهلية ، يختلف الأمر بحسب المانع ، إذ يعين وكيل عن الغائب ، ومساعد قضائي لذى العاهة أو من به عجز جسماني شديد . كما يعين قيم بالنسبة للمحكوم عليه بمقربة جنائية .

وقد سبق لنا الإشارة إلى بعض هذه الأنواع المختلفة من الولاية على المال فشكلنا عن الأحكام الخاصة بالمساعد القضائي ، والوكالة عن الغائب مع مراعاة أن القانون يقضي بأن يسرى على الوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة في شأن الأوصياء . أما بالنسبة للقيم ، فإنه لا يختص بقواعد معينة ، بل إن القانون يشترط فيه ما يشترط في الوصي . والقوامه تكون لابن البالغ ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة مع مراعاة أنه يجوز للمحكمة - في حالة ما إذا كان المرشح للقوامه هو الابن أو الأب أو الجد - التجاوز عن بعض الشروط التي يستلزمها القانون

أن يبرر وسبباً . فالأحكام الخاصة بالقلم لا تحتاج إلى دراسة على حدة . لأنه يسرى في هذا الشأن بصفة عامة ، ما يسرى على الوصاية والأوصياء .

وإذا استبعدنا من بين أنواع الولاية المساعدة القضائية والوكالة عن الغائب والندامة ، فإنه يبقى لنا أن نتكلم عن الولاية والوصاية ، ثم نغيب ذلك ببعض أحكام عامة .

§ ١ - الولاية

الفرص من الولاية ، كما قدمنا ، أن يقوم شخص مقام القاصر في مباشرة التصرفات القانونية التي لا يستطيع الأفراد بالقيام بها . ويقضى الكلام عن الولاية أن فبين من تثبت لهم ، وسلطاتهم ، ثم نعرض لإنقضائها والآثار المترتبة على هذا الانقضاء .

من تثبت لهم الولاية : تثبت الولاية على مال القاصر للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً . فالوصى المختار يقدم على الجد . وولاية الأب أو الجد تثبت لها بقوة القانون ، ومن تقع عليه الولاية منها عليه القيام بها ، وليس له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة . ومع ذلك ينبغي أن توافر في الوالي أهلية حددها القانون . فلا يجوز له مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا كان له ذلك فيما يتعلق به . فإذا لم تتوافر فيه الأهلية المطلوبة تقيم المحكمة وصياً خاصاً لمباشرة الحق الذي لم يستطيع الولى القيام به . وهي تقيم هذا الوصى أيضاً عندما تتعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته ، وكذلك في حالة ما إذا أن إلى القاصر مال بطريق التبرع واشترط التبرع ألا يتولى إدارة المال . في جميع هذه الحالات تقيم المحكمة وصياً خاصاً لتحديد مهمته بحسب كل حالة .

سلطة الولي : الولي بصفة عامة سواء كان هو الأب أم الجد ، سلطة التصرف والادارة في ماله القاصر (١) ، وإن كان القانون قد أورد على سلطته بعض القيود ، كما أنه فرق كذلك بين ولاية الأب وولاية الجد من حيث ما يثبت لكل منهما من سلطات راعى فيها التوسع في سلطات الأب عن سلطات الجد .

القيود التي أوردتها القانون على سلطات الولي : قرر القانون أنه :

(١) لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر ، ما لم يكن ذلك لأداء واجب إنساني أو عائلي ، بشرط أن تأذن المحكمة . (٢) كما لا يجوز له أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن من المحكمة . (٣) ولا يجوز له أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة ، إلا بإذن المحكمة ، كما لا يجوز له كذلك أن يرهن عقار القاصر لغيره على نفسه . ولا يجوز له كذلك أن يتصرف فيما آت إلى القاصر من ميراث ، إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف فيه في المال الموروث . ولا يجوز للولي ذلك إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها . (٤) لا يجوز للولي كذلك إقراض مال الصغير ولا إقراضه إلا بإذن المحكمة . (٥) ولا يجوز له تأجير عقار القاصر لمدة تزيد إلا ما بعد بلوغه بسنة ، بغير إذن من المحكمة . (٦) ولا يجوز للولي أن يستمر في تجارة آت للقاصر إلا بإذن من المحكمة ، وفي حدود هذا الإذن .

هذه هي القيود التي ترد على سلطات الولي ، سواء كان الولي هو الأب أم

(١) وقد أباح القانون للولي ، الأب أو الجد ، أن يتفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقة واجبة عليه ، وله كذلك أن يتفق منه على من يجب على الصغير نفقته (مادة ٧٦ من قانون الولاية على المال) .

الجد . غير أنه يراعى بالاضافة إلى ما سبق أن القانون قد أعطى الآب سلطة أوسع من الجد ، ويظهر ذلك فيما يلي :

١ - القيود المنصوص عليها في القانون والوارد به بشأن أموال القاصر لا تقضى على ما آل إليه من مال بطريق التبرع من أبيه ولا يلزم الآب بتقديم حساب على هذا المال . كما أنه ينفى من إجراءات الحصول على إذن ، وإذا استلزم الأمر الحصول عليه لإمكان التصرف . أما بالنسبة للجد فإن ما يتبرع به لابن ابنه الذي تحت ولايته يخضع للقيود التي نص عليها القانون .

٢ - إذا كان للولي سلطة الإدارة والتصرف في مال القاصر ، إلا أنه بالنسبة للتصرف قد حد القانون من سلطة الآب وسلطة الجد - إلى جانب القيود السابقة - على نحو وفرق فيه بينهما بحيث ظهرت ثمة في الآب أكثر من الجد . فبالنسبة للآب إذا كان الأصل أن له ولاية التصرف في أموال القاصر دون حاجة إلى إذن من المحكمة ، مع مراعاة الاستثناءات السابقة . إلا أنه لا يجوز له أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية ، إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه ، إلا بإذن المحكمة . ومع ذلك فلا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن للآب في هذه الحالة إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يجعل أموال القاصر في خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة .

أما بالنسبة للجد ، فقد حرم عليه بصفة عامة أن يتصرف في أموال الصغير ، أي أن التصرف ، ومنها كانت قيمته ، دون إذن من المحكمة فنصر في المادة ١٥ على أنه : « لا يجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف في مال القاصر ولا التصالح عليه ، ولا التنازل عن التامينات أو إضاقتها » .

٣ - للآب وحده دون الجد أن يتساقط مع نفسه باسم القاصر ، سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر .

وقف الولاية وانقضاؤها والحد منها وسابها . قد توقف الولاية ، وقد تنقضى أو يحد منها لأسباب طارئة ، كما تنقضى انقضاء طبيعيا ، وتسلم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولي غائبا ، أو اعتقل تنفيذ الحكم بمقوبة جنائية ، أو بالحبس مدة لا تزيد على ستة . وإذا ما حكم بوقف الولاية تقيم المحكمة وصيا مؤقتا إذا لم يكن للقاصر ولي آخر . وقد تنقضى الولاية لأسباب طارئة وذلك متى أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي ، أو لأي سبب آخر . وفي هذه الحالة يكون للمحكمة أن تسلب الولاية من الولي . أو أن تكتفي بالحد منها . وإذا ما سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت ، فلا تعود إلا بقرار من المحكمة . وتنقضى الولاية انقضاء طبيعيا ببلوغ ٢١ سنة . وهي تنقضى في هذه الحالة بقوة القانون ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغ هذه السن باستمرارها . وإذا ما انتهت الولاية بالبلوغ فإنها لا تعود ، حتى ولو قام بالشخص سبب من أسباب الحجر . إذ في هذه الحالة يميز له قيم .

الانوار المترتبة على انقضاء الولاية : يترتب على انقضاء الولاية تصفية الموقف في صلة الولي بالقاصر ، فيقوم الولي أو ورثته برد أموال القاصر إليه عند بلوغه ، ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه . وتحسب القيمة على أساس الوقت الذي تم فيه التصرف .

ويفرق القانون في هذا الصدد كذلك بين الأب والجد من ناحية المسؤولية ، فيحذف منها بالنسبة للأب . حيث لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم . أما الجد فإنه يسأل مسؤولية الوصي . ومعنى هذا أنه يتعين أن يبذل من العناية ما يبذله الشخص المعتاد . كما يفرق بينها من ناحية الحساب ، إذ لا يحاسب الأب على ما تصرف فيه من ريع أموال القاصر ، ما لم يكن هذا الربع هو ريع المال الذي

ويجب للقاصر لغرض معين كالتمائم أو القيام بحرفة أو دونه . أما الجرد فإنه يتعين عليه أن يقدم حساباً سنوياً عن إدارته كالوصى .

§ ٢ - الوصاية

يفتضى الكلام عن الوصاية أن نتكلم عن تعيين الوصى وشروط هذا التعيين ، ثم عن سطات الوصى وواجباته ، وأخيراً فنكلم عن انقضاء الوصاية والآثار المترتبة على هذا الانقضاء .

تعيين الوصى وشروطه : تتم الوصاية بالاختبار ، سواء من قبل الآب أم من قبل المحكمة . فالآب أن يختار وصياً على ولده القاصر . وهذا هو الوصى المختار ، وهو يقدم على الجد . والآب كذلك أن يقيم وصياً للحمل للمستكن . كما أنه يجوز المتبرع تعيين وصى مختار للقاصر فقط ، وذلك في حالة ما إذا كان لا يريد أن يدخل المال المتبرع به القاصر في نطاق الولاية عليه . وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها ، وتحقق من الشروط الواجب توافرها . واختيار الوصى قد يتم من جانب المحكمة ، وذلك في الحالة التي لا يوجد فيها وصى مختار أو جد صحيح . بل وقد تقوم المحكمة بتعيين أكثر من وصى عند الضرورة . وفي هذه الحالة إذا لم تعين المحكمة اختصاص كل منهم فإنه لا يجوز لأحدهم الانفراد بمباشرة الأعمال القانونية الخاصة بمن يدخل تحت الوصاية بصفة عامة . لكن إذا تعلق الأمر بانحياز الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتحضنة لنفع القاصر فإنه يكون لكل من الأوصياء القيام بذلك . وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع .

هذا بالنسبة للوصى العام . ولكن الأمر قد يقتضيه تعيين وصى خاص لتحديد مهمته بأمر من أمور القاصر وتنتهي بانتهائها . كما أن الظرف قد تستدعي تعيين

وصى مؤلف في بعض الأحيان كما في حالة وقف الولاية أو الوصاية . وقد بين قانون الولاية على المال أحكام الوصاية في هاتين الحالتين .

شروط الوصى : نصت المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال على أنه يلزم أن يكون الوصى - بصفة عامة - عدا صكفاً إذا أهلية كاملة . وقد نص القانون على طائفة من الأشخاص لا يجوز تعيينهم أوصياء ، كما يجوز تعيينهم إذا كانوا مختارين من الأب ، وذلك لعدم صلاحيتهم لتولى شئون القاصر ، كمن حكم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو الزنا ، ومن كان مشهوراً بسوء السيرة ، أو من لم يكن له وسيلة مشروعة لتعيش ، والمحكوم بأفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره . . وغيرهم ممن نص عليهم القانون .

سلطات الوصى وواجباته : حصر القانون سلطات الوصى في نطاق أضيق من نطاق سلطات الولي ، فقرر أنه لا يجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي ، بشرط أن تأذن المحكمة بذلك . وهذا هو ما يستلزمه القانون أيضاً بالنسبة للولي . أما بالنسبة للأعمال القانونية الأخرى فإنه يتبين من استعراض نص القانون في صدها أن الأصل هو عدم جواز التصرف إلا بإذن المحكمة ، مهما كانت القيمة التي يتصرف في حدودها ، ومهما كانت طبيعة الشيء الذي حصل فيه التصرف عقاراً كان أو منقولاً . هذا ما لم تستلزم أعمال الإدارة القيام ببعض التصرفات ، فيكون له أن يجريها دون إذن من المحكمة أما بالنسبة لأعمال الإدارة فإنه إذا كان له أن يقوم بها ، إلا أن القانون قد استلزم حصوله على إذن المحكمة في بعض الحالات . من ذلك مثلاً أنه ليس له أن يؤجر عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني بغير إذن من المحكمة . كما أنه ليس له إيجار عقار القاصر لمدة تتعدى ما بعد بلوغه سن الرشد بأكثر من سنة دون الحصول على هذا الإذن .

واجبات الوصى : على الوصى أن يتسلم أموال القاصر ويقوم على رعايتها .
وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يطلب من الرجل المعتاد ، حتى ولو كانت الوصاية
بدون أجر .

وإذا مات سلم الوصى أموال القاصر تقع عليه التزامات أخرى ينص عليها
القانون ، فيجب عليه : ١ أن يعرض على المحكمة بفيز تأخير ، ما يرفع على القاصر
من دعاوى ، وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ ، وأن يتبجح في شأنها ما تأمر به
المحكمة ، كما يجب عليه كذلك ٢ أن يودع ما يحصله من نفود وما يكون هنالك من
أوراق مالية ومجوهرات وغيرها باسم القاصر ، حسبما تشير به المحكمة وفي المواعيد
المنصوص عليها (أنظر المادتين ٤٣ و ٤٤ من قانون الولاية على المال) . كما يبين
القانون كذلك (مادة ٤٥) الحالات التي يلتزم فيها الوصى بتقديم حساب عن
إدارته ، وما يتطلب منه في هذا الشأن .

هذا ويراعى أن للمحكمة الحق في أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بقيمة التزم
بها ، أياً كان نوع هذه التأمينات ، عينية أو شخصية . وتكون مصروفات تقديم
هذه التأمينات على حساب القاصر .

انتهاء الوصاية : قد توقف مهمة الوصى ، كما قد تنهى بسبب طارىء أو
تنهى نهاية طبيعية . فقد توقف الوصاية إذا ماتوا فرت أسباب جديده تدعو لانظر
في عزل الوصى أو في قيام عارض من العوارض التي تزيل أهليته ، ويكون
ذلك بأمر المحكمة . وقد تنتهى مهمة الوصى بسبب طارىء إذا ما عادت الولاية
لأولى . وتنتهى مهمته كذلك بعزله أو بقبول استقالته . كما تنتهى أخيراً بفقد
أهليته أو بموت غيبته أو موته أو موت القاصر . وفي جميع الأحوال تنتهى مهمة
الوصى نهاية طبيعية ببلوغ الحادية والعشرين ، وهي تنتهى بقوة القانون ، ما لم تقرر
المحكمة قبل ذلك استمرارها إلى ما بعد البلوغ .

الآثار المترتبة على الاقتضاء : إذا ما إنتهت الوصاية يتعين على الوصى أن يقوم بتسليم الأموال التي في عهده إلى ذوى الشأن خلال ٣٠ يوماً . وعليه أن يودع خلال هذه المدة صورة من الحساب ومحرر تسليم الأموال . (أنظر في هذا المبدأ في المواد ٥٠ - ٥٢ من قانون الولاية على المال) .

٣ - أحكام عامة

تكلم القانون أخيراً عن أحكام عامة في شأن حالات الولاية على المال فتشير إليها ، ثم تتكلم عن حكم خروج الولي عن حدود ولايته .

الأحكام المشتركة بين الوصاية والقوامة والقبية : قرر القانون أن الأحكام المقررة في شأن الوصاية على القصر تسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين ، وأنه يسرى في شأن قسمة مال الغائب المحجور عليه ما يسرى في شأن مال القاصر من أحكام .

المشرف : أجاز القانون تعيين مشرف مع الوصى ، كذلك مع القيم والوكيل من الغائب . وتنحصر وظيفته في الإشراف على الغائب عن عديم الأهلية أو الوكيل عن الغائب في إدارته . وهو يتولى إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضيه المصلحة رفعه إليها . كما يقوم من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر عندما يخلو مكان النائب أو الوكيل . ويخضع المشرف - من حيث تعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره عن أعماله و - مسؤوليته عن تفويضه - للقواعد التي تسرى على النائب عن عديم الأهلية أو الوكيل ، بحسب الأحوال . وتنتهى مهمته بقرار من المحكمة ، متى رأت أن ليس ثمة داع إلى وجوده .

الجزاءات : إذا قصر الوصى في الواجبات التي يفرضها عليه القانون ، أو أوقف الإجراءات التي تصدرها المحكمة ، يجوز للمحكمة أن تحكم عليه بفراصة

لا تزيد على مائة جنيه ، مع حرمانه من أجره كله أو بعضه ، وعزله . والمحكمة أن تكتفى بواحد من هذه الجزاءات . ولكن في حالة الحكم بالغرامة المحكمة أن تمنحها للقاصر كلها أو جزءا منها . مع ذلك يجوز إعفاء الوصي من هذا الجزاء المالى - كله أو بعضه - متى نفذ الأمر الذى أدى إلى الحكم عليه به ، أو وفقه قدم أعتذار مقبولة . ومن أخرى يسأل نائب القاصر عما يلحق به من أضرار مترتبة بفعله هو . ويتعين عليه أن يبذل عناية الشخص المعتاد .

ويلاحظ أن الأحكام السابقة الخاصة بمسئولية النائب وبالجزاءات التى يجوز أن ترفع عليه ، تسرى على القيم والمساعد القضائي والوكيل عن الغائب والوصى الخاص والوصى الموقت .

خروج الولى على حدود ولايته :

إذا ما قام له الولاية على المال بالتصرفات التى يخولها له القانون كان بذلك نائباً عن ولى عليه ، وتسرى آثار تلك التصرفات على هذا الشخص . لكن ما الحكم إذا كانت هذه التصرفات لا تدخل فى النطاق الذى رسمه القانون أو كانت يتبعى عليه أن يحصل على إذن المحكمة بشأنها ولكنه لم يفعل ؟ إذا لم يكن الولى على المسال سلطة القيام بالتصرف على النحو السابق ، فإن ما يجريه من تصرفات لا يعتبر نافذاً فى حق المشمول بالولاية . وبصير هذا التصرف موقوفاً على إقرار يصدر إما من القاصر بعد اكتمال أهليته ، وإما من المحكمة ، بحسب الأحوال :

الفرع الرابع

الذمة المالية

تعريف الذمة المالية الذمة المالية هي ما لشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية . والحقوق تكون الجانب الايجابى ، أما

الالتزامات فإنها تكون الجانب السلبي ، وقد تزيد حقوق الشخص على التزاماته فيكون موسرا . وقد تزيد الالتزامات على الحقوق فيكون معسرا .

والذي يدخل في الاعتبار هنا هو مجموع الحقوق والالتزامات التي لها قيمة مالية . فلا يدخل في الذمة المالية للشخص من حقوق غير مالية مثل الحقوق العامة ، وحقوق الأسرة . كما لا يدخل فيها ما يتوسع على الشخص من التزامات لا تقدر بقيمة مالية ، كالواجبات التي تقع على الكافة باحترام حقوق الآخرين ، والواجبات التي تقابل حقوق الأسرة وواجب الطاعة على الزوجة .

العلاقة بين الذمة والشخصية : لما كانت الذمة هي مجموع ما للشخص من حقوق وماعليه من التزامات مالية . ولما كانت من يكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات هم الأشخاص دون غيرهم ، كان من اللازم أن تفرم الذمة خاصة بشخص معين . فالعلاقة وثيقة بين الشخصية والذمة . وقد أطلق على هذا التصوير للذمة اسم " نظرية الشخصية " . ولكن فربما من الفقهاء حاول الفصل بين الذمة وبين الشخصية واعتبر أن الذمة مجموعة من الحقوق والالتزامات تخص شخصاً معين ، بصرف النظر عن وجود شخص تستند إليه فكلها وجدت مثل هذه المجموعة كانت ذمة مالية . وهذه هي ما تسمى " نظرية التخصيص " . ولا نجد هنا مجالا لتفصيل الخلاف حول هذا الموضوع ، ونكتفي بالإشارة إلى أن الاتجاه عندنا بناصر نظرية الشخصية ولا يزال جانب كبير من الفقه يتجه إليها . ويرتب على الأخذ بها نتائج نجعلها فيما يلي :

١ - أن لكل شخص ذمة مالية ، حتى ولو لم يكن له أي حق ، ولو لم يلتزم بأي التزام . فالطفل له ذمة مالية ، والمفلس الذي أقسم الدائنون جميع أمواله له ذمة مالية كذلك ، لأن كلا من هؤلاء صالح لأن يكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات .

٢ - لما كانت الذمة مرتبطة بال شخصية ، فإنه يترتب على ذلك أن تكون واحدة لا تعدد بالنسبة للشخص الواحد ، فكل أموال الشخص الحاضرة والمستقبلية ، وكل التزاماته كذلك ، تكون مجموعة قانونية واحدة ينظر إليها ككل مستقل عن العناصر المكونة لها . وفي هذه المجموعة القانونية يقوم الجانب الإيجابي كله بضمان الجانب السلبي كله .

٣ - لا تثبت الذمة إلا للأشخاص وحدهم لأنهم هم الذين يتمتعون بالحقوق ويلتزمون بالواجبات . أما الكائنات الأخرى فليست لها ذمة مالية .

٤ - يترتب على ارتباط الذمة بالشخصية أنه لا يمكن التنازل عنها وإن كان من الجائز التصرف في عناصرها فقط .

الأهمية العملية لفكرة الذمة : ولتصوير الذمة المالية على النحو ، السابق أهميته بالنسبة لتحديد مدى ما للدائنين من حقوق على أموال مدينهم . فالدائن حق الضمان العام على ذمة مدينه ، ولا يقع هذا الضمان على مال معين من أموال المدين ، وإنما يقع على ما يوجد في ذمته من أموال ، سواء كانت موجودة وقت نشوء الدين أم وجدت فيما بعد . لأن كل ما يدخل في ذمة المدين في المستقبل يزيد من الجانب الإيجابي ، فيزيد من ضمان الدائنين . وهذا من شأنه أن يزيد الثقة ويسر التعامل بين الأفراد . فقد يقوم الدائن بإقراض المدين مثلاً ، وهو يعلم أنه لا يملك شيئاً وقت العقد ، لكنه سيوفر في المستقبل ، أي سترداد العناصر الإيجابية في ذمته ، وتبعاً لذلك يزداد الضمان العام فيسبغ وفاء ما عليه من ديون نشأت في الماضي .

ومن ناحية أخرى لما كانت حقوق الدائن لا تتعلق بعين معينة من أموال مدينه ، فإنه يترتب على ذلك أن يكون المدين حرة تصرف في أمواله حتى

ولو كان مدنياً ، ولو أن حق الدائن كان ينصب على عنصره معين لما استطاع المدين
التصرف فيه ، وتبعاً لذلك تنأثر حرية تداول الأموال .

المبحث الثاني

الشخص الاعتباري

تمهيد

فكرة الشخص الاعتباري وأهميته : لم تعد الشخصية القانونية قاصرة على
الأشخاص الطبيعيين بل وجدت شخصيات أخرى تقوم بنشاط قانوني ، تنشأ
من اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين أو من تخصيص مجموعة من الأموال
لتحقيق غرض معين ، ويكون لها كياناتها المستقلة عن شخصية الأفراد المكونين
لها ، وعن شخصية من قام بتخصيص الأموال . ويطلق على هذا النوع من
الأشخاص اسم الأشخاص القانونية ، كما يطلق عليهما كذلك اسم الأشخاص
المدنوية أو الاعتبارية .

فالشخص الاعتباري مجموعة من الأشخاص أو الأموال يرى إلى تحقيق
غرض معين ، ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض ومن
هذا نستطيع أن ندين ما يأتي :

١ - أن الشخص الاعتباري مجموعة من الأشخاص أو الأموال : فقد تكون
جماعة لتحقيق غرض معين ، فيعترف لها القانون بالشخصية ، وتكون لها حياة
مستقلة عن حياة الأفراد المكونين لها ، وقد تخصص مجموعة من الأموال لغرض
من أغراض البر أو المنفعة كالمستشفيات والملاجئ والمعاهد العلمية ، وهي ما يطلق
عليها المؤسسات . وإذا ما اعترف لها بالشخصية القانونية . فانهما تستقل عن
شخصية مؤسسيها ويبقى المال متنعاً بهذه الشخصية رغم فناء صاحبه .

٢ - إن الشخص الاعتباري يقوم لتحقيق هدف معين مستقل عن الأهداف الخاصة بالأفراد المكونين له . وباختلاف هذا الهدف لدى الأشخاص الاعتبارية تختلف أنواعها . فإذا كان الهدف عاماً يترك الشخص الاعتباري بنصيب في السلطة العامة كان من أشخاص القانون العام . أما إذا كان الهدف خاصاً يحقق مصالح جماعة كان من أشخاص القانون الخاص .

٣ - إن الشخص الاعتباري لا يمنح من الشخصية القانونية إلا بقدر ما يلزم لتحقيق أهدافه . ومعنى ذلك أن نشاطه القانوني ينبغي أن يتحدد بالحدود التي أنشئ من أجلها فلا يجوز لجمعية أن تدخل في مضاربات مالية ، كالايجوز لمؤسسة من المؤسسات ، كمستشفى مثلاً ، أن تؤجر بعض غرفها للنوم كالفنادق .

خطة البحث : تقتضي الدراسة أن نتكلم عن بدء الشخصية الاعتبارية ونهايتها ، ثم عن مميزات وتحديد نطاقها . ثم عن أهلية الشخص الاعتباري وذمته المالية . وتدخل هذه الموضوعات جميعاً تحت دراسة نظرية الشخص الاعتباري ، وسندرس فيها القواعد العامة التي تخضع لها جميع الأشخاص الاعتبارية . ثم نتقل بعد ذلك إلى دراسة أنواع الأشخاص الاعتبارية ، وبصفة خاصة في نطاق القانون الخاص .

الفرع الأول

نظرية الشخص الاعتباري

نعرض في هذا الصدد لدراسة بدء الشخصية الاعتبارية ونهايتها ، ثم مميزات هذه الشخصية وأهليتها : ثم الذمة المالية . وسنعرض لهذه الموضوعات في إيجاز ، مع مراعاة إبراز ما يميز به الشخص الاعتباري من أحكام خاصة به .

أولاً : بدء الشخصية الاعتبارية ونهايتها

بدء الشخصية : لا يبدأ الشخصية الاعتبارية إلا بعد الاعتراف بها من السلطة المختصة في الدولة . إنما يلزم لهذا الاعتراف أن تتوافر شروط معينة ، فلا بد أولاً من أن يكون هناك عمل إرادي يقوم به أشخاص طبيعون ، ويتم طبقاً لشروط التي يتطلبها القانون . وهذا العمل الإرادي قد يكون عقداً ، كما هو الشأن بالنسبة للجمعيات والشركات ، وقد يكون تصرفاً قانونياً من جانب واحد كما هو الشأن في حالة الأوقاف والمؤسسات . ولا بد أن يكون هذا العمل الإرادي بقصد تحقيق غاية معينة ، غاية منكرة ومشروعة بطبيعة الحال . هذه الغاية تنبثق بحسب الأحوال : فقد يقصد من وراء ذلك الحصول على ربح مادي ، كما في حالة الشركات ، وقد تكون الغاية دينية أو أدبية أو خيرية أو علمية ، كما في حالة الجمعيات والمؤسسات . وبالإضافة إلى ما سبق يلزم أن يكون هناك تعظيم من شأنه أن يكفل وجود إرادة تعمل على تحقيق الأغراض التي أنشئ الشخص الاعتباري من أجل تحقيقها . فبمقتضى هذا التنظيم تعين الهيئة أو الهيئات التي تمثل الشخص الاعتباري ، وتبرعن لإرادته ، وتعمل لحسابه .

إذا توافرت الشروط السابقة قامت الشخصية من حيث الواقع ، ولكنها لا توجد من الناحية القانونية ، لأنه لا بد من تدخل السلطات المختصة لإقرارها والاعتراف بها حتى تبدأ الشخصية الاعتبارية ، وهذا الاعتراف يأتي بالنسبة للدولة من مجموعة الدول الأخرى . أما بالنسبة لغير الدولة من الأشخاص فإنه يأتي من الدولة نفسها ، وقد يكون الاعتراف عاماً عن طريق تنظيم قانوني عام . وقد يكون خاصاً بكل شخص على حده . وفي الحالة الأولى ، تخضع الدولة شروطاً عامة إذا توافرت في جماعة من الأشخاص ، أو في مجموعة من الأموال

قامت الشخصية الاعتبارية . والشخصية في هذه الحالة تأت بعجز تحقق الشروط دون تدخل لاحق من الدولة ، اللهم إلا ما يتعلق بدورها في مناقشة تراخيص الشروط المطلوبة . أما في الحالة الثانية فإن الدولة تتدخل للاعتراف بالشخصية في كل حالة على حدة وترخص في قيامها ترخيصاً خاصاً . وفي هذه الحالة لا تبدأ الشخصية إلا من تاريخ القرار الذي يصدر من الدولة ، أو إحدى سلطاتها ، بالاعتراف بالشخصية لا من تاريخ تكوينها .

ويبدو أن المشرع عندما قد جمع بين طريقتي الاعتراف العام والاعتراف الخاص ، وإن كان الأصل - في نطاق القانون الخاص - هو الاعتراف العام (انظر المادة ٥٢ مدني) .

فالقاعدة أن الشخص الاعتباري ينشأ - متى صكان من الأشخاص الواردة في المادة ٥٢ مدني - منذ تكوينه وبقوة القانون دون حاجة إلى ترخيص خاص بذلك ، وهذا هو الشأن بالنسبة للجمعيات والشركات ، تجارية كانت أو مدنية وكذلك بالنسبة للأوقاف والمؤسسات . . . فإذا وجدت هيئة من الهيئات لا تدرج تحت واحد من الأشخاص التي ذكرها القانون ، فإنها لا تعتبر شخصاً معنوياً وإنما يعترف لها بالشخصية المعنوية بطريق الاعتراف الخاص ، ومن أمثلة الاعتراف الخاص طبقاً لنص المادة ٦٥/٥٢ مانص عليه المشرع بالنسبة لبعض الهيئات ، فقد اعترف في قوانين خاصة بالشخصية الاعتبارية لمؤسسة أمانة التعليم والجنة العليا للإصلاح الزراعي .

انتهاء الشخصية : ينتهي الشخص الاعتباري بانتهاء الأجل المحدد له ، إذا ما تحدد في السند المنشئ له . كما ينتهي بتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله ، أو إذا أصبح من المستحيل تحقيق هذا الغرض .

وينتهي كذلك بماتلين آخرين هما الحن وسحب الاعتراف به والحل قد

يكون اختياريا باتفاق الأعضاء أنفسهم كإحدى الجمعيات ، إذ يقرر الأعضاء حل الجمعية طبقاً لما يقرره نظام التأسيس أو القانون . وقد يكون الحل اجبارياً من جانب الدولة ، سواء عن طريق القضاء ، وذلك متى خالف الشخص الاعتباري القانون أو النظام العام والآداب ، أو إذا وجد مسوغ خطير يبرر ذلك . وقد يكون الحل عن طريق المشرع ، كما في حالة تأميم مشروع من المشروعات مثلاً . أما سحب الاعتراف أو الترخيص بالشخص الاعتباري ، فإنه طريق آخر يقضي به الشخص ، متى كان الاعتراف سبباً لوجوده . وبشرط أن يكون ذلك ممكناً .

وقد يحصل أن تمتد الشخصية الاعتبارية خلال مدة معينة إلى ما بعد الحل حتى يمكن تصفية ذمتها . وتبقى الشخصية بالقدر اللازم للتصفية . وبانتهاء الشخص الاعتباري تصفى ذمته المالية فتسدد ديونه من أمواله . وبوزع الباقي منها وفقاً لما يقرره سند إنشائه ، أو وفقاً لما يقضى به قرار الحل ، كل هذا مع مراعاة ما قد يقرره القانون في هذا الصدد .

ثانياً : مميزات الشخص الاعتباري

إذا نشأ الشخص الاعتباري ثبت له الشخصية القانونية ، وأصبح صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، كما هو الشأن بالنسبة للشخص الطبيعي . مع مراعاة ما هنالك من فروق بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي من حيث طبيعة كل منهما وتكوينه . ويتميز الشخص الاعتباري ، كما يتميز الشخص الطبيعي ، باسم وموطن وحالة .

الاسم : لكل شخص اعتباري اسم يميزه عن غيره ، ويتعين أن يختار المؤسسون الاسم عند إنشائه ، أو ينص عليه في السند المنشئ . ويستمد الاسم عادة من الفرض ، الذي أنشئ الشخص من أجله مثل شركة بيع المصنوعات المصرية وجمعية الاسعاف .

ويشغل القانون لحماية اسم الشخص الاعتباري ، ويكرن له عليه طلب رفق
أى اعتداء ، مع التمييز عما يكون قد لحقه من أضرار .

وقد يكون اسم الشخص الاعتباري اسماً تجارياً ، ولذلك يصح التعامل فيه
والنزول عنه لأن له قيمة مالية ، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لشركة من الشركات .
وهذا بخلاف الجمعيات أو المؤسسات ، إذ أن حقها عليه حتى أدنى لا يجوز
التعامل فيه .

الموطن : للشخص الاعتباري موطن خاص به ، مستقل عن موطن الأشخاص
المكونين له ، حتى يمكن للغير وجوده فيه بالنسبة لما يتعلق بنشاطه القانوني . ويعتبر
موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته . ولا يقصد بذلك مكان الاستغلال ،
بل إن المقصود بمركز الإدارة هو مركز النشاط القانوني والمالي والإداري الذي
توجد فيه الهيئات الرئيسية للشخص الاعتباري . فقد يقوم مركز الاستغلال في
مكان ، ومركز الإدارة في مكان آخر . بل قد يكون مركز إدارة الشركة في
الخارج ولكن نشاطها ومركز استغلالها في داخل البلاد . وقد وضع القانون نصاً
بالنسبة للشركات التي يكون مركزها الرئيس في الخارج ونشاطها في مصر ، فقرر
أن مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي هو المكان الذي توجد فيه
الإدارة المحلية .

ويقرر القانون أن الأشخاص الاعتبارية التي تباشر نشاطها في أماكن متعددة
يجوز اعتبار المكان الذي يوجد فيه الفرع موطناً خاصاً بكل الأعمال المتعلقة به .

ويتعدد مركز إدارة الشخص الاعتباري عادة في نظامه الأساسي ، وقد
استلزم القانون ذلك بالنسبة للجمعيات ، وجعله من البيانات الواجبة في نظام
الجمعية كما نص عليه بالنسبة للمؤسسات ،

الحالة : ليس للشخص الاعتبارى حالة مدنية ، لاسمحاه أن يكون له أسرة ، كما أنه ليس له دين . وهذا هو الفرق بينه وبين الشخص الطبيعى . ويقتصر الأمر بالنسبة له على الحالة السياسية أو الجنسية .

وجنسية الشخص الاعتبارى تنصرف إلى وجود رابطة تبعية بينه وبين دولة معينة يخضع لقانونها ، وهى مستقلة عن جنسية الأشخاص المكونين له .

وتحديد الصفة الوطنية أو الأجنبية للشخص الاعتبارى ، يتم وفقاً للقواعد المتأخوذة بها فى التشريعات التى تحكم الأشخاص الاعتبارية المختلفة من ذلك مثلاً ما ينص عليه القانون بالنسبة للجمعيات والمؤسسات الخاصة ، فهى تعتبر مصرية إذا نشأت طبقاً للقانون واتخذت مركزها فى مصر .

هذا ويراعى أنه إذا كان لتعيين جنسية الشخص الاعتبارى أو تبعيته لدولة معينة أثرها من حيث القانون الواجب التطبيق ، فإنه قد يكون لهذا التعيين أثره كذلك من حيث الحقوق التى يمكن أن تلحق بالشخص الاعتبارى ، وخاصة فى البلاد التى لا يكون فيها ما الأجنبى مثل ما للمواطن من حقوق .

ثالثاً : أهلية الشخص الاعتبارى

فى صدد الكلام عن أهلية الشخص الاعتبارى نفرق بين أهلية الوجود وأهلية الأداء .

أهلية الوجود : إذا ما نشأ الشخص الاعتبارى ثبت له الشخصية القانونية فىكون أهلاً للوجود له وعليه . ونطاق أهلية وجوده يتحدد بطبيعته وأغراضه .

أما بالنسبة لتحديد نطاق أهلية وجوده بما يتفق وطبيعته ، فإنه يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية . والحقوق الملازمة لصفة الإنسان ، الطبيعية مثل حقوق الأسرة بصفة عامة ، والحقوق الحقيقية بحسم

الإنسان لا تثبت للشخص الاعتباري ، ومن ناحية أخرى فإنه لا يمكن أن يتحمل بالتزامات معينة تتصل بالسكان الجسدي للإنسان مثل واجب أداء الخدمة العسكرية .

أما القيود التي ترجع إلى الغرض الذي أنشئ الشخص من أجله ، فإن أهليته تتحدد بما يبينه سند إنشائه ، أو ما يقره القانون . فالشخص الاعتباري يخضع ، لما يسمى بمبدأ التخصص . ويتحدد تخصص الشخص الاعتباري بغرض معين في سند الإنشاء نفسه . فيتخصص فيه على الغرض الذي يسمى إلى تحقيقه ، ولا يجوز له أن يتعداه . فإذا قامت شركة لغرض فلا يصح أن تقوم بأعمال قانونية خارج هذا الغرض . ومن جهة أخرى فإن القانون قد يتولى تحديد هذا الغرض ، كاهو الشأن بالنسبة للجمعيات مثلا ، إذ تتحدد أغراضها بما لا يهدف إلى الحصول على ربح مادي .

أهلية الأداء : لما كان مناط أهلية الأداء هو التمييز والارادة ، وهو ما لا يتوافر بالنسبة للشخص الاعتباري ، كان من اللازم - وهذا أمر تفرضه طبيعة الأمور - أن يقوم عنه أشخاص طبيعيون بمباشرة نشاطه القانوني ويمثلون لحسابه . وقد سبق أن رأينا في تعريفنا للحق أن الاستشارة قد تثبت للشخص حتى ولو لم تكن له ارادة ما ، وهذا لا ينفي عبوت الشخصية بالنسبة له وصلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالتزامات .

ويقرر القانون في هذا الصدد أن الشخص الاعتباري يكون له نائب يمثل عن إرادته (مادة ٥٣ / ٣ مدني) يقوم بمباشرة أوجه النشاط القانوني المختلفة الخاصة به ولحسابه . هذا النائب قد يكون واحدا أو مجموعة من الأفراد ، وذلك كالمدير ومجلس الإدارة والجمعية العمومية لكل من هؤلاء أن ينوب عن الشخص الاعتباري في حدود اختصاصاته التي تثبت لهم في سند الإنشاء .

وينبغي أن يراعى فى هذا الصدد ضرورة التمييز بين نشاط من ينوبون عن الشخص الاعتبارى باعتبارهم ممثلين له ، وبين نشاطهم الشخصى . فمدير الشركة مثلاً قد يقوم بنشاط خاص به ، كإشراء منزل مثلاً لسكنائه ، كما قد يقوم كممثل للشركة ، بإشراء قطعة أرض لازمة لوجه من أوجه نشاطها . وهنا ينبغي التمييز بين هذين الوجهين من نشاطه ، وتندق التفرقة بصفة خاصة فى تحديد المسؤولية ، لأن صاحب المصلحة قد لا يعرف ما إذا كان يمثل الشخص الاعتبارى يعمل لحسابه الخاص أم أنه يعمل لحساب الشخص الاعتبارى . فإذا ما ثبت أن مثل الشخص قد ارتكب الخطأ الذى يربط المسؤولية بسبب أو بمناسبة نشاطه لحساب الشخص الاعتبارى وفى حدود اختصاصاته ، تحمل الشخص الاعتبارى المسؤولية ، وإلا كانت المسؤولية على مثله بسبب خطئه الشخصى .

رابعاً : الذمة المالية

للشخص الاعتبارى ذمة مالية . وهذه الذمة مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له . ولهذا لا يكون لدائى هؤلاء الأشخاص أن يرجعوا بدبولهم على الشخص الاعتبارى . كما أنه ليس لدائى الشخص الاعتبارى الرجوع على الأموال الخاصة بالأعضاء لتنفيذ عليها (١) .

وبستتبع استقلال ذمة الشخص الاعتبارى عن ذمة المكونين له أنه يجوز مقاضاته ، كما يجوز له أن يقاضى . أى أن يرفع الدعاوى ، كما ترفع عليه الدعاوى . وتصرف الآثار المترتبة على هذه الدعاوى إلى ذمته الخاصة .

(١) مع مراعاة أنه بالنسبة للشركات المدنية وشركات التضامن وشركات التوصية ، يسأل الشركاء من ديون الشركة فى أموالهم الخاصة وأهم استقلال الذمة المالية .

الفرع الثاني

أنواع الشخصية الاعتبارية

تقسيم الاشخاص الاعتبارية إلى خاصة وعامة : حدد القانون المدني في المادة ٥٢ منه الأشخاص الاعتبارية وهي إما أشخاص اعتبارية عامة وإما أشخاص اعتبارية خاصة ، ولم يضع النص معياراً يوضح به متى يكون الشخص الاعتباري عاماً ومتى يكون خاصاً ، مع أن لهذا التقسيم أهميته ، إذ تخضع الأشخاص العامة لقواعد القانون العام ، بينما تخضع الأشخاص الخاصة لقواعد القانون الخاص . ويرتب على ذلك تمتع الشخص العام بحقوق وسلطات لا يتمتع بها الشخص الخاص .

وتدق التفرقة بين النوعين في كثير من الحالات وبصفة خاصة نتيجة لتدخل الدولة في الوقت الحاضر وقيامها بنشاط مماثل لنشاط الأفراد من جهة . ولتدخلها بالرقابة على أشخاص القانون الخاص من جهة أخرى ، وتعدد المعايير التي يقيس بها التفرقة بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص ، وخاصة إذا لم توضح هذه التفرقة من إرادة المشرع نفسه . فبين ما إذا كان الشخص طاماً أم خاصاً . ويمكن أن يستعان على الوصول إلى هذه التفرقة بالبحث عن غرض الشخص ، وما إذا كانت الدولة هي التي أنشأته ، وعن نوع الخدمات التي يؤديها ، ومدى الامتيازات التي يتمتع بها . ويفضل الفقه معياراً آخر في هذا الصدد هو معرفة من له الكلفة الأخيرة في المشروع ، هل هي الإدارة أم الأفراد ، فإذا كانت الإدارة كنّا بصدد شخص من أشخاص القانون العام .

وعلى رأس الأشخاص الاعتبارية العامة توجد الدولة ، وإلى جانبها توجد المحافظات والمدن والقرى ، ويمثل كل منها مجلس المحافظة ومجلس المدينة ومجلس القرية ، كما توجد أيضاً المنشآت العامة وهي المصالح التي تنشئها الدولة . وتمنحها شخصية مستقلة لتقوم بأحد المرافق العامة ، كالجامعات مثلاً .

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة فإننا نجد الشركات ، مدنية أو تجارية ، والجمعيات ، كما نجد كذلك الأوقاف والمؤسسات ، وهي تنقسم إلى مجموعات أشخاص ومجموعات أموال .

وسنكتفي في دراستنا لأشخاص القانون العام بهذه الإشارة فقط ، وبالنسبة لأشخاص القانون الخاص لن نعرض لدراستها جميعاً في هذا العدد ، فمجال دراسة الشركات هو القانون التجاري .

والأوقاف مجال مستقل لدراستها في كليات الحقوق ، وقد ألغى نظام الوقف الأمل . وبقي نظام الوقف الخيري .

ونعرض فيما يلي لدراسة الجمعيات والمؤسسات طبقاً للنظم التي جاء بها القانون ٢٠ لسنة ١٩٦٤ في هذا العدد .

أولاً : الجمعيات (١)

مبدأ في كلامنا عن الجمعيات بتعريفها ، ثم بين متى تبدأ شخصيتها وحدودها ، وتكلم بعد ذلك عن نشاطاتها والهيئات التي لها أثره والرقابة عليه ، كما نتكلم عن انقضاء الجمعيات وتصفيتهما ، ونعرض في النهاية لبيانات بعض صور خاصة للجمعيات .

تعريف الجمعية : تعتبر جمعية كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة ، تألف من أشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة ، أو من أشخاص اعتبارية ، وذلك لغرض غير المحصول على ربح مادي . فالجمعية تتميز

(١) مقتبس من الجداول الملحق رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤ التي حل محل القانون ٢٤٤ لسنة ١٩٥٤ ، القانون بالضرورة الرامية من ١٩٦٤ من ١٣ ، وما بعدها .

بمميزات معينة : (١) فهي أولا تتكون من جماعة من الأشخاص ، لا يقل عددهم عن عشرة في حالة الأشخاص الطبيعيين . (٢) وينبغي أن تكون ذات تنظيم مستمر ، ولا يلزم أن يكون مؤبدا ، فقد يكون لمدة معينة كما قد يكون لمدة غير معينة . (٣) ينبغي أخيرا أن يكون للجمعية غرض ، ويتحدد هذا الغرض بعدم الحصول على ربح مادي ، وبشرط أن يكون هذا الغرض مشروعا (أنظر المادة ٢ من القانون) . وإذا كانت الجمعية تقوم لغرض مشروع ، فلا يهم بعد ذلك أن تكون جمعية خيرية أو علمية أو ثقافية أو إجتماعية أو رياضية كالنوادى المختلفة ، أو مهنية للدفاع عن مصالح أبناء المهنة الواحدة مثل نقابات العمال ، ونقابة المحاماة ، ونقابة المهن الطبية .

بذات شخصية الجمعية : تبدأ شخصية الجمعية إذا ما توافرت الشروط التي استلزمها القانون في هذا الصدد . وقد استلزم القانون أن يوضع لها نظام مكتوب مرقع عليه من المؤسسين (١) . ويجب أن يشمل هذا النظام على بيانات معينة نص عليها القانون (أنظر المادة ٢) .

وإذا ما توافرت الجمعية ووجد لها نظام مكتوب مستوف للشروط والبيانات اللازمة ، فإنها لا تكتسب الشخصية الاعتبارية إلا إذا أشرع نظامها وفقا لأحكام القانون ويكون شهر نظام الجمعية بمجرد قيده في السجل المعد لذلك . وبمجرد التقيد تكتسب الشخصية الاعتبارية . وينشر المذهب القيد في الوقائع بغير مقابل (٢) .

-
- (١) ويجب ألا يشترك في التأسيس أو ينضم إلى عضوية الجمعية أى من الأشخاص المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية ، ما لم يصرح بنوع ذلك من الجهة المختصة (م ١/٣) .
- (٢) ولجنة الإدارة الحق في رفض شهر نظام الجمعية إذا كانت الهيئة يديرها إلى خطئها ، أو إذا كان إنشاء الجمعية لا يتفق مع دواعي الأمن أو لئلا صلاحية المسكان من الناحية الاجتماعية أو إذا كانت الجمعية قد أنشئت بهدف إحياء جمعية أخرى سبق حلها .

أهلية وجوب الجمعية وتحددتها : يتحدد نطاق أهلية وجوب الجمعية بالتقيد العامة التي أوردتها فيما سبق بخصوص الشخص الاعتباري ؛ وهي قيود مستمدة إما من طبيعته وأما من أغراضه . ولهذا لا يجوز للجمعية الخروج على مبدأ التخصص ، فلا يجوز لها أن تتجاوز في نشاطها الفرض الذي أنشئت من أجله (١) ، كما ينبغي عليها أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها ، وإذا كان نشاط الجمعيات بصفة عامة يتحدد بعدم الحصول على الربح المادي ، ألا أن القانون قد أباح لها أن يستغل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت في أعمال مضمونة الكسب ، على ألا يؤثر ذلك في نشاطها . . وواضح أن هذا الاستثناء قد قصد من وراءه أن تحصل الجمعية على مورد ثابت يستعان به على مواجهة نفقاتها . ولما كان من المتعين أن يكون الاستغلال في أعمال مضمونة الكسب ، فقد نص القانون على أنه « لا يجوز للجمعيات الدخول في مضاربات مالية » .

وقد وضع القانون قيوداً أخرى في شأن الجمعيات ، فقرر أنه : لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات إلا بالقدر الضروري لتحقيق الفرض الذي أنشئت من أجله ، ما لم تحصل على إذن بذلك من الجهة الإدارية المختصة . . ومع ذلك فإن المشرع قد استثنى الجمعيات التي تعمل في ميدان الرعاية الاجتماعية والجمعيات الثقافية من حظر تملك العقارات على النحو السابق ، وذلك حتى تستطيع هذه الجمعيات أن تضمن لنفسها مورداً ثابتاً للاتفاق على أغراضها ، كما استثنى كذلك الجمعيات ذات الصفة العامة ، فأباح لها تملك الأموال والعقارات . ذلك أن هذا النوع من الجمعيات يقوم بخدمة عامة ، ويخضع لرعاية الدولة ورقابتها ، إذ يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك .

(١) ولا يجوز للجمعية أن تعمل في أكثر من ميدان إلا بعد أخذ رأي الاعتمادات المختصة لموافقة الجهة الإدارية (أنظر المادة ٤ من القانون) .

نشاط الجمعية والهيئات التي تباشره : تباشر الجمعية نشاطها عن طريق هيئات معينة تتكون من أشخاص طبيعيين ، كما هو الشأن بالنسبة لاي شخص إعتباري آخر . وقد بين القانون الهيئات التي تباشر النشاط الخاص بالجمعية وتكون هذه الهيئات واختصاصات كل منها وهذه الهيئات هي : (١) مجلس الإدارة الذي يتولى إدارة شئون الجمعية ، ويكون له أن يعين مديرا من بين أعضائه أو من غيرهم بفوضه في أي شأن من الشؤون الداخلية في اختصاصه . (٢) والجمعية العمومية وهي تكون من جميع الأعضاء العاملين الذين وهوا بالتزاماتهم وفقا لنظام الجمعية ومضى على عضويتهم مدة على الأقل ، وهي تنعقد مرة كل سنة على الأقل للنظر في الميزانية والحساب الختامي وتقرير مجلس الإدارة .

الرقابة على نشاط الجمعية : إذا كان للجمعية أن تباشر نشاطها عن طريق الهيئات السابقة ، فإن القانون قد جعل للإدارة حق الرقابة على هذا النشاط . وإذا كانت هذه الرقابة موجودة في ظل القانون السابق ، فإنها قد زادت في ظل القانون القائم ، فشملت أوجه متعددة .

ولجهة الإدارة المختصة وقف تنفيذ أي قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية يكون مخالفا للقانون أو لنظام الجمعية أو للنظام العام أو للأداب . والجمعية ولكل ذي شأن أن يطلع في قرار وقف التنفيذ ، بغير رسوم ، أمام محكمة القضاء الإداري (أنظر المادة ٣٣ من القانون) .

انقضاء الجمعية وتصفيتها : تنقضي الجمعية بالحل . والحل إما إختياري ، وإما إجباري .

أما الحل الإختياري : فنقرره الجمعية العمومية للأعضاء بأغلبية ثلثي أعضاء الجمعية كلهم ، ما لم يقرر نظام الجمعية أغلبية أكثر من ذلك .

أما الحل الاجباري : فإنه يتم طبقا للقانون المالي بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، على أن يبلغ هذا القرار للجمعية بخطاب موصى عليه بهلم وصول (م ٥٧ من القانون) . ولا يكون للوزير ذلك إلا في حالات معدده ذكرها القانون .

ومع ذلك يجوز للجمعية ولكل ذى شأن الظن في قرار الحل أمام محكمة القضاء الادارى .

تصفية الجمعية : وإذا ما حلت الجمعية فان أموالها نصي ، فتعين الجهة التي أصدرت قرار الحل مصف أو أكثر . وإذا ما تمت التصفية قام المصفي بتوزيع الأموال الباقية وفقاً للأحكام المقررة في نظام الجمعية (مادة ٦٥) ، بحيث لا يتعارض ذلك مع أحكام القانون الأمرة . من ذلك أنه لا يجوز أن ينص في نظام الجمعية على أن تتول أموالها عند الحل إلا إلى الجمعيات أو المؤسسات الخاصة أو الاتحادات التي تعمل في ميدان عمل الجمعية المنحة والمشفرة طبقاً لأحكام القانون (المادة ١٠/٥) . وأنظر كذلك المادة ٢/٥ و ٢ ، المادة ٦٠ من القانون .

صورة خاصة للجمعيات :

عرضنا فيما سبق لأحكام الجمعيات بصفة عامة طبقاً لما جاء به القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤ الذي يعتبر الأصل العام الواجب الرجوع إليه طالما أنه لم يوجد تنظيم خاص بنوع معين من الجمعيات . وقد غرض المشرع لتنظيمات مختلفة خاصة بالاندية والجمعيات التعاونية والنقابات . الخ . ولن نعرض لكل هذا وإنما نشير في إيجاز إلى ما أورده القانون من أحكام خاصة بالجمعيات ذات الصفة العامة .

الجمعيات ذات الصفة العامة : تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل ، جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة ، يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها

كذلك (١). كما يجوز كذلك سحب الصفة العامة من الجمعية من رئيس الجمهورية .

ويترتب على اعتبار الجمعية ذات صفة عامة أنها تمنح إمتيازات تنفق مع أهدافها . وقد بين القانون الإمتيازات التي تتمتع بها الجمعيات ذات النفع العام فقرر أنها تتمتع بخصائص السلطة العامة الآتية : (١) عدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها . (٢) عدم جواز تملك أموالها بمضى المدة . (٣) جواز قيام الجهة الإدارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية . هذا إلى جانب أنها لا تخضع لتقيد تملك العقارات كما رأينا .

ويراهن أن هذه الجمعيات تخضع لرقابة الجهة الإدارية المختصة ، كما أنه يجوز لوزير الشؤون الاجتماعية أن يمدد إلى إحدى الجمعيات ذات الصفة العامة بإدارة المؤسسات التابعة للوزارة ، أو تنفيذ بعض مشروعاتها أو برامجها .

ثانيا : المؤسسات الخاصة

التعريف بها : تنشأ المؤسسة بتخصيص مال مدة غير معينة ، لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية ، أو لأي عمل آخر من أعمال البر أو الرقابة الاجتماعية أو النفع العام ، دون قصد إلى ربح مادي (م ٦٩ من القانون) .

ومن هذا يتبين لنا ما هنالك من فارق بين الجمعية والمؤسسة . فإذا كانت الجمعية جماعة من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين فإن المؤسسة إنما تقوم على تخصيص مجموعة من الأموال لغرض معين ، يقوم به شخص أو بمجموعة من الأشخاص ، وتنفرد المؤسسة عن الجمعية كذلك من حيث أن الغرض من

(١) انظر قرار رئيس الجمهورية رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٤ (النشرة التشريعية ١٩٦٤ ص ١٢٩) باعتبار بعض الجمعيات ذات نفع عام، وهي مؤسسات التأجيل للموت بعض المحافظات.

المؤسسة يجب أن يكون عاما دائما ، أما الفرض من الجمعية لئلا قد يكون عاما إذا قصد من ورائها تحقيق مصلحة عامة ، وقد يكون خاصا مقصورا على الأعضاء فقط .

تكوين المؤسسة وبهذه شخصيتها : تنشأ المؤسسة بسند رسمي أو بوصية . ويعتبر السند أو الوصية دستورا للمؤسسة . ويجب أن يشتمل على بيانات معينة نص عليها القانون وهي : اسم المؤسسة والفرض منها وبيان للأموال المخصصة لهذا العمل وتنظيم إدارتها ، بما في ذلك اسم مديرها . وإلى جانب هذه البيانات نص القانون على أنه يجب أن يشتمل السند أو الوصية على البيانات الأخرى التي يصدر بتعيينها قرار من الجهة الإدارية المختصة .

ويعتبر إنشاء المؤسسة من أعمال التبرع ، فهو بمثابة هبة أو وصية بالنسبة إلى دائني المنيء أو ورثته . ولهذا إذا تمت إخراجهم بمقتوهم ، جاز لهم مباشرة المناوى التي يقررها القانون في مثل هذه الحالة بالنسبة إلى الهبات والوصايا .

ولا تكتسب المؤسسة الشخصية الاعتبارية بمجرد الإلشاء . بل لابد من أن يشهر نظامها طبقا لأحكام القانون .

أهلية وجوب المؤسسة وحدودها : تتحدد أهلية وجوب المؤسسة بما يتفق وطبيعتها والفرض الذي أثلت من أجله .

وإلى جانب هذه القيود العامة . فقد نص القانون على أنه لا يجوز لها قبول الوصايا والهبات إلا بأذن من الجهة الإدارية المختصة . وهذا القيد خاص بالمؤسسات وحدها .

إدارة المؤسسة والرقابة عليها . يتولى مدير المؤسسة إدارتها وفقا لما جاء في سند الإلشاء . وتخضع المؤسسات لرقابة إدارية فرضها القانون ، حتى يضمن جمن إدارتها وتحقيق الفرض من إلشائها .

التضاء المؤسسة ولتصويتها : تخضع المؤسسة في هذا الصدد لما تخضع له الجمعيات بمسئولية من حيث اقتضاها وتصقية أموالها ، ولما كان الحل الاختياري غير منصوص بالنسبة للمؤسسة فإنه لا يكون هناك من سبيل إلا الحل الاجباري عن طريق صدور قرار من وزير الشؤون الاجتماعية بذلك ، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص على نحو ما جاء بالنسبة للجمعيات (أنظر المادة ١١١ من القانون ٢٢ لسنة ١٩٦٤) .

الفصل الثاني

محل الحق (موضوعه)

لنجهد : رأينا عند تعريفنا للحق أنه استتار بشئ أو بقيمة ، وأن ما يرد عليه الاستتار هو ما اسمناه بموضوع الحق أو محله . وفي حالة الحق المبنى يقع الاستتار مباشرة على شئ معين هو محل الحق . وفي حالة الحق الشخصي نجد أن محل الحق هو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل الذي يراد إجبار المدين عليه ، وإذا كان القيام بالعمل من شأنه أن يؤدي إلى نقل حق عيني أو الشئ كان الالتزام التزام بمعطاء ، وفي هذه الحالة يكون الحق الشخصي مقدمة لإكساب صاحبه حقا عاليا على الشئ الذي يلتزم المدين بإعطائه . وبذلك يعتبر الشئ هو المحل هو المباشر للحق الشخصي في حالة الالتزام بإعطاء . أما إذا كان محل الحق الشخصي عملا أو امتناع عن عمل ، فإن هذا يختلف بحسب الأحوال ، صور متعددة . ولكن هذا العمل أو الامتناع يمكن تقويمه بالنقود ، ونقود تعتبر من الأشياء .

ولهذا يمكن القول بصفة عامة في حالة الحق الشخصي إذا كان العمل (أو الامتناع) هو المحل المباشر للحق ، فإن الشئ هو المحل غمير المباشر . وفي دراستنا لمحل الحق نعرض أولا لموضوع الحق الشخصي إذا تعلق الأمر بعمل أو امتناع عن عمل . كما نعرض لدراسة الأشياء التي ترد عليهما الحقوق بصفة عامة سواء كانت محلا مباشرا للحق المبنى أم غير مباشر في حالة الحقوق الشخصية . ونقول ذلك في مبحثين : المبحث الأول حاصر بالأعمال . والمبحث الثاني حاصر بالأشياء .

المبحث الأول

الأعمال

الأعمال باعتبارها محلاً للحقوق الشخصية إما أن تكون أعمالاً إيجابية ، وإما أن تكون أعمالاً سلبية . إذ قد يتعلق الأمر بالقيام بعمل أو بامتناع عن عمل . ويشترط أن تكون هذه الأعمال ممكنة ، ومعينة أو قابلة للتحديد ، ومشروعة . وسنشير إلى هذه الشروط في إيجاز :

١ - الامكان : يجب أن يكون العمل محل الحق الشخصي ممكناً ، فإذا كان مستحيلاً لا يقوم الالتزام . ويتعدى بذلك الاستحالة المطلقة حيث يكون العمل مستحيلاً في ذاته ، لا يستطيع أحد القيام به . أما إذا كانت الاستحالة نسبية فإن هذا لا يمنع من قيام الالتزام . فقد يلتزم شخص مثلاً بعمل فني يكون مستحيلاً عليه هو ولكن لا يستحيل على شخص آخر من رجال الفن القيام به . وفي مثل هذه الحالة يوجد الالتزام . وإذا كان الالتزام بعمل من شأنه أن يؤدي إلى إخلال حق عيني أو انقضاءه ، أي إذا كان هناك الالتزام بإعطاء شيء ، ويجب أن يكون الشيء موجوداً أو ممكن الوجود . وإلا لا يكون هناك عمل للالتزام .

٢ - تعيين المحل أو قابليته للتحديد : ينبغي أن يكون هناك محل للالتزام معيناً أو قابلاً للتحديد ، فإذا اقتصر التزام مقاول مثلاً ، على إقامة بناء فقط دون تعيينه أو دون أن يستخلص من الظروف إمكان تعيينه ، لا يوجد المحل ، وفي حالة الالتزام بإعطاء شيء يجب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتحديد . فإذا كان شيئاً معيناً بالذات كعزل مثلاً ، وجب تحديده تحديداً كافياً يميزه عن غيره .

٣ - مشروعية العمل : لا يقوم الالتزام إذا كان محله غير مشروع بأن كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب . فإذا التزم شخص بأن يقوم بعمل غير مشروع كارتكاب جريمة مثلاً ، كان التزامه باطلاً .

المبحث الثاني

الأشياء

أهمية : ندرس في هذا المبحث الأشياء باعتبارها محلاً للحقوق ، سواء كانت محلاً مباشراً أم غير مباشر . وسنقسم هذا المبحث إلى فرعين : في الفرع الأول نتكلم عن الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للحقوق . وفي الفرع الثاني نتكلم عن التسميات المختلفة للأشياء ونبين الآثار المترتبة على هذه التسميات .

الفرع الأول

الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للحقوق

لم يعد الإنسان في العصر الحديث معبراً من الأشياء ، كما كان الأمر بالنسبة لقرين في الماضي . فالرقيق كان في عداد الأشياء ، وكان محلاً للحق . ولا تصلح الأشياء جميعها أن تكون محلاً للحقوق . إذ منها ما هو خارج عن دائرة التعامل . والأشياء الخارجية عن دائرة التعامل إما أن تكون كذلك بحسب طبيعتها ، وإما أن تكون كذلك بحكم القانون .

والأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها هي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يتأثر بحياتها كأشعة الشمس والهواء وماء البحر ، إذ لا يتصور أن يتأثر أحد بحياتها بل أنها للجميع ، ولا يحول إنفاق بعضهم بها دون إنفاق الآخرين . ولكن إذا أمكن الاستئثار بجزء منها عن طريق إحصاءه وفصله ، صار هذا الجزء مملوكاً ملكية فردية ، أي ينشأ عليه حق لمن أحرزه ، ويمكن التعامل فيه . فالهواء مثلاً إذا ما عي في أنابيب (الهواء المضغوط) صار مملوكاً لشخص يمكن أن يتعامل فيه ، وكذلك الشأن بالنسبة لماء البحر .

أما الأشياء التي تُخرج عن التعامل بحكم القانون فهي التي لا يحيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية وقد تكون كذلك لرغبة في تخصيص الشيء للنفع العام ، كما هو الشأن بالنسبة للأشياء العامة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة . فهذه الأشياء لا يجوز التصرف فيها أو الحجر عليها أو تملكها بالتقادم . فإذا زالت عن هذه الأشياء الصفة العامة ، طبقاً لما يقضى به القانون ، حادت إلى نطاق التعامل وأصبحت قابلة للتحميل بحقوق الأفراد .

وقد تخرج الأشياء عن دائرة التعامل بحكم القانون . لأن القانون يرى أن في التعامل بشأنها إخلالاً بالنظام العام ، فيمنعه مباشرة منه لصالح الجماعة . كما هو الحال بالنسبة للمخدرات ، فهي لا تصلح محلاً للحقوق ، إلا في بعض الحالات الاستثنائية حيث يباح التعامل فيها ، كما هو الشأن بالنسبة لإستعمالها في الأغراض الطبية .

الفرع الثاني

تقسيمات الأشياء

تنقسم الأشياء إلى قسمين كثيرة أهمها تقسيمات الأشياء إلى : (١) مادية ومعنوية (٢) قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك (٣) مثلية وقيمة (٤) ثابتة ومتحركة أو عقارات ومتنقلات . ونعرض في إيجاز لكل من هذه التقسيمات .

أولاً - الأشياء المادية والأشياء المعنوية :

قد تكون الأشياء مادية لها كيان مادي محسوس ، كما قد تكون أشياء غير محسوسة أي معنوية . وقد سبق أن رأينا في هذا الصدد أن القانون يعترف بالحقوق الذهنية أو المعنوية ، وهي حقوق تنصب على فكرة أو اختراع أو إبتكار فن أو نحوه ، إذ أن صدور هذا العمل عن الإنسان يجعل له كياناً

مستقلاً عن وجود الإنسان نفسه، ولهذا اعتبرت الأشياء التي تصبح محلاً للمحق .
ويبدى تقسيم الأشياء إلى مادية ومعنوية بالنسبة للمحل التجارى ، فالمحل التجارى
يتضمن إلى جانب الأشياء المادية ، أى العناصر المادية التى تختص لممارسة التجارة
وهى المهمات والبيضجائع ، عناصر أخرى معنوية كالإتصال بالعملاء والسمعة
التجارية . ومع ذلك فإن المحل التجارى كياناً خاصاً يتميز به عن العناصر
المكونة له ، ويصلح بذلك محلاً للمحق .

وللتفرقة بين الأشياء المادية والأشياء المعنوية أهميتها من حيث الحيازة .
فقاعدة الحيازة فى المنقول لا تنطبق إلا على المنقولات المادية . وفى حالة
الرهن الحيازى تختلف حيازة المنقول المادى عن حيازة المنقول المعنوى .

ثانياً : الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء الغير قابلة للاستهلاك :

و الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى يتخسر استعمالها بحسب ما أعدت له فى
استهلاكها أو انفااقها ، (مادة ٨٤ مدنى) . فهى الأشياء التى لا يتم الانتفاع بها
إلا باستهلاكها . وقد يستهلك الشيء استهلاكاً مادياً عن طريق إفناء مادته ،
أو عن طريق تغيير صورته . فاستعمال المأكولات يسكون بأكلها ، واستعمال
الملبوسات يسكون بتحويلها إلى ملابس . . . وهكذا . وقد يسكون الاستهلاك
حكماً كما هو الحال بالنسبة المنقود ، إذ يسكون استهلاكها بانفااقها ونقل ملكيتها
إلى الغير . ويعتبر قابلاً للاستهلاك كذلك كل ما أعد فى المناجر للبيع ، واستهلاك
الأشياء هنا استهلاك حكمى أيضاً لأن الملكية تنتقل إلى الغير .

أما الأشياء الغير قابلة للاستهلاك ، فهى التى لا تمالك من أول استعمال لها ،
حتى ولو أدى هذا الاستعمال إلى نقص قيمة الشيء أو دلاكه بضمى الزمن ، وذلك
كالملابس ، والآلات والسيارات وغيرها . ومع ذلك فقد يخصص الشيء

الذى لا يقبل الاستهلاك لغرض يجهه قابلا للاستهلاك كالملابس فى متجر ، فهو كبضائع معدة للبيع لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها استهلاكاً حكيمياً . فكل ما أهد فى المتاجر للبيع يعتبر قابلاً للاستهلاك (مادة ٨٤ / ٢ مدنى) .

وللتفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك وغيرها أهميته من حيث : (١) أن بعض الحقوق لا ترتب إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك من أول استعمال لها كحق الانتفاع ، والاستهلاك والسكنى ، والارتفاق . (٢) بعض العقود لا يمكن أن ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال الأول ، وهى العقود التى تلزم أحد المتعاقدين برد الشيء الذى تسلمه بعد استعماله ، كالإيجار وطارية الاستعمال .

ثالثاً : الأشياء المثلية والأشياء القهيمية :

• والأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن . (مادة ٨٥ مدنى) ، ويفهم من هذا النص أن الأشياء القهيمية هى التى لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء .

والأشياء المثلية - وهى ما تسمى أيضاً الأشياء التى تعين بالنوع - هى التى تشابه أحادها إلى حد كبير ، أى لها مثيل لا يختلف عنها اختلافاً يمتد به ، و يقوم بعضها مقام البعض ، وتقدر بالعدد كالبرقال من نوع معين ، أو بالمقاس كالآقصة من نوع معين ، أو بالكيل كالتمح من نوع معين ، أو بالوزن كالقطن من نوع معين .

ويرتب على ذلك أنه إذا ألتزم شخص بتسليم عشرين أردباً من القمح

من نوع معين ، فإنه يستطيع أن يوقى بأى عشرين أردباً من النوع الذى التزم به ، لأن كل وحدة من القمح نحمل فى الوفاء محل أية وحدة أخرى من النوع نفسه .

أما الأشياء القيمة ، وتسمى أيضاً الأشياء المقيمة بالذات ، فهى أشياء تنفاوت أحادها تفاوفاً يعتمد به ولا يقوم تباعاً لذلك مقام البعض فى الوفاء كمنزل أو أرض ، أو حيوان . فهذه الأشياء كلها تتعين بذاتها ولا يكون تقديرها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن . فإذا التزم شخص بتسليم منزل فإن الوفاء لا يصح عن طريق تسليم منزل آخر حتى ولو كان مشابهاً للمنزل الأول . وإذا التزم شخص بتسليم سيارة معينة باعها إلى آخر فلا يصح الوفاء بتسليم سيارة أخرى . . . وهكذا .

ويراعى فى هذا العدد أن العبرة بقصد ذوى الشأن . فقد تنجح إرادتهم إلى شيء معين بذاته ، فلا يتم الوفاء إلا به ، حتى ولو كان من المثليات . وفى هذه الحالة يكون الثوب قديماً ومعيناً بذاته . كما لو اشترى شخص كل القمح الموجود فى مخزن من المخازن . فهنا لا تبرأ ذمة البائع إلا بالوفاء بما التزم به ، وهو القمح الموجود بالمخازن .

وأهمية هذه التفرقة بين الأشياء المثلية تبدو فى عدة أحكام منها :

١ - من حيث الهلاك : إذا ملك الثوب المثل لا تبرأ ذمة المدين به ، وعليه أن يقدم مثله . كما لو التزم شخص بتسليم عشرة أردب قمح هندي ، وهلك عندك قبل تسليمها فإنه يلتزم بتقديم غيرها من نفس النوع والمنف . فالمثليات لا تمك . أما لو التزم بتسليم شيء قديم كحصان مثلاً ، وهلك ، فإن ذمة الدائن تبرأ ، لاستحالة التوفيل .

٢ - من حيث انتقال الملكية : تنتقل ملكية المنقول المقتن بالاداة ، بمجرد التعاقد . أما إذا كان المنقول معيناً بالنوع ، وهو شيء مثلي ، كقندار من القمح فإن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد ، ولكن بالإفراز .

٣ - من حيث الوفاء : في حالة الأشياء القيمة لا يقع الوفاء إلا بذات الشيء ولا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان مساوياً له في القيمة . أما إذا كان الشيء مثلياً ، فإن المدين يبرأ إذا قدم أي شيء من النوع نفسه بالمقدار المحدد في العقد .

٤ - من حيث المقاصة : لا تقع المقاصة إلا بين دبتين ، موضوع كل منهما شيء مثلي ، بشرط الاتحاد في النوع والجودة فإذا كان مديننا نقوداً أو شيء مثلي ، كان له حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن من نقود ومثلجات من ذات النوع والجردة

رابعاً - الأشياء الثابتة (العقارات) والأشياء المنقولة

لصت المادة ٨٢ / ١ مدني على أن : كل شيء مستقر بحجرة ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول . فالعيار بين ما يعتبر عقاراً وما يعتبر منقولاً هو الثبات وعدم قابلية الشيء للنقل بلا تلف . فإذا كان الشيء ثابتاً فهو عقار ، أما إذا كان من الممكن نقله بلا تلف فهو منقول .

فالأرض عقار لأنه لا يمكن نقلها . وما يلتصق بالأرض بحيث لا يمكن نقله بدون تلف يعتبر عقاراً كذلك الأراضي التي تأنواؤها تعتبر من العقارات ، وكذلك الميروعات والأشجار التي تنبت جذورها في الأرض ، طالما أنه لا يمكن

نقلها دون تلف . فإذا أمكن نقلها دون تلف كانت منقولات ، كالأشياء ،
أو أصص الزهور .

أما المنقول فهو كل شيء غير مستقر ويمكن نقله بلا تلف ، سواء كانت
القابلية للنقل مصدرها القدرة الطبيعية الشيء كالحيوان ، أم كانت هذه القابلية
ترجع إلى قوة خارجية كالسيارات والسفن . ويسمى المنقول في هذه الحالة
منقول بطبيعته .

العارات بالتخصيص : والمقار على النحو الذي بيناه هو المقار بطبيعته ،
ولكن الشيء قد يعتبر عقاراً بالتخصيص . ويعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول
الذي يضمنه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا المقار واستغلاله .
في هذه الحالة نجد أن هناك شيئاً منقولاً بحسب أصله وطبيعته ، ولكن القانون
يعامله معاملة العقارات متى توافرت شروط معينة ، ولذلك يسمى المنقول في هذه
الحالة عقاراً بالتخصيص . ولكي يعتبر المنقول كذلك ينبغي أن تتوفر الشروط
الآتية : (١) أن يكون هناك منقول بطبيعته ، وهو ما يمكن نقله دون تلف .
(٢) أن يكون هذا المنقول مملوكاً لصاحب المقار ، (٣) أن يخص هذا المنقول
لخدمة المقار أو استغلاله . فإذا كان لشخص أرض زراعية ، وهي عقبار
بطبيعتها ، ووضع فيها مواشى وآلات لازمة لخدمتها واستغلالها ، صارت هذه
المنقولات بطبيعتها عقاراً بالتخصيص .

ويلزم أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة المقار . فإذا كان مخصصاً لخدمة صاحب
الأرض نفسه ، كالخيل التي يمدّها الشخص لركوبه ، والمواشي التي يمدّها لإنتاج
الألبان ... فلا يعد عقاراً بالتخصيص .

وتظل صفة المقار بالتخصيص لازمة لشيء طالما كان مخصصاً لخدمة

العقار وبالتالي تسرى على هذا المنقول الأحكام الخاصة بالعقار . فإذا زال التخصيص زالت الصفقة ، وتسرى عليه أحكام المنقول لأحكام العقار .

المنقول بحسب المآل : قد يامل القارئون العقار في بعض الأحيان معاملة المنقول ، إذا كان من المتوقع أن يصير العقار منقولاً . ولذلك يسمى العقار في هذه الحالة منقولاً بحسب المآل . فالمرجع يفترض أن الشيء منقول مع أنه عقار بطبيعته ، لكي يتوصل بذلك إلى تطبيق أحكام المنقول بالنسبة له . مثل ذلك المباني الميمنة ألقاضاً ، فالمباني عقارات بطبيعتها ، ومع ذلك إذا بيعت بقصد هدمها ، فإن البيع يعتبر وارداً على منقول . ول بحسب المآل وتسرى عليه أحكام بيع المنقول .

أهمية التقسيم إلى عقار ومنقول :

يترتب على معرفة ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً آثار قانونية هامة . ولشبر في إيجاز إلى بعض هذه الآثار .

١ - من حيث انتقال الملكية : فالملكية لا تنتقل في العقار إلى بالتسجيل . أما في المنقولات فإنها تنتقل بمجرد العقد ، لكن إذا كان المنقول من المثلثات لا تنتقل إلا بالافراز .

٢ - من حيث الحقوق العينية الواردة على الأشياء : إذ هناك من الحقوق ما لا يرد إلا على العقار وحده ، فحق السكنى وحق الحسك وحق الارتفاق ، وكذلك الرهن الرسمي وحق الاختصاص ، لا تنقرو إلا على العقار .

٣ - من حيث الشفعة : فالشفعة في ظل القانون المدني الحالي لا تكون إلا في العقارات .

٤ - من حيث الحيازة : إذا كانت الحيازة متصورة بالنسبة للعقار والمنقول فإن مجرد الحيازة في المنقول بحسن نية تكون سنداً لأحكام في إثبات ملكيته .

أما المقار فلا يكنى مجرد الحيازة ، بل لابد من أن تستمر الحيازة مدة معينة ، وقد تكون في بعض الأحيان خمس سنوات أو خمس عشرة سنة بحسب الأحوال .

٥ - من حيث الاختصاص القضائي : الأصل أن ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المدعى عليه ، ويستثنى من ذلك الدعاوى المتعلقة بحق عقارى ، فترفع أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرتها .

٦ - من حيث التملك : توضع القيود على تملك المقاررات في بعض الأحيان ، من ذلك ما يقرره القانون من أنه لا يجوز للجمعية أن تملك من المقاررات إلا بالقدر اللازم لتحقيق أغراضها ، كما أن الملكية المقارية في الأراضي الزراعية تتحدد الآن طبقا لقوانين الإصلاح الزراعى . وإذا كان الأصل أن القوانين لا تحدد الملكية في المنقول ، فإنه قد ترد قيود في هذا الصدد كذلك على تملك المنقول كما هو الشأن بالنسبة لما يمكن للشخص أن يملكه من سندات .

٧ - بالنسبة لإجراءات التنفيذ الجبرى : فقد جعل المشرع إجراءات التنفيذ على المنقول أبسط من إجراءات التنفيذ على المقار .

الفصل الثالث

حماية الحق

تمهيد : رأينا فيما سبق أنه إذا كان الحق استثنائاً من شخص بشيء أو بقيمة ، يمكنه من مزاولة سلطات معينة ومن الإفادة بما تخوله له هذه السلطات قبل الغير ، فإن الشخص لا يستطيع أن يمارس تلك السلطات والإفادة من المكنات التي تعطى له ، إلا إذا أقره القانون على ذلك ، وإقرار القانون للشخص في استناده بمدركنا جوهرياً لقيام الحق ، ويستطيع من يثبت له الاستثناء أن يستفيد مما ثبت له من سلطات طالما أنه يستعمل حقه في الحدود المشروعة ، أي في الحدود التي يرسمها له القانون . ففي داخل تلك الحدود يكون استعماله لحقه مشروعاً يستحق الحماية القانونية . وإذا ما تعرض له الغير في هذا النطاق المشروع ، كان لا بد من أن يزوده بالطرق القانونية التي تمكنه من دفع هذا التعرض ، حتى يتمكن من الوصول إلى حقه . هذه الطرق التي يقررها القانون لكل صاحب حق - في مثل هذه الحالة - هي الدعوى أو الدفع أمام القضاء . فالدعوى أو الدفع هما الوسيلتان اللتان يتمكن بهما صاحب الحق من رد ما يقع على حقه من اعتداء ودفع كل تعرض من الغير .

والواقع أن الدعوى أو الدفع - كوسيلتين لحماية الحق - إنما تكونان نتيجة لوجوده . فإذا كان القانون يحمي صاحب الحق كان له دعوى أو دفع أمام القضاء ، طالما أنه كان يعمل في الحدود التي يرسمها له القانون أي طالما كان يستعمل السلطات المخولة له استعمالاً مشروعاً . فإذا خرج عن تلك الحدود

منعطت عنه الحماية القانونية حيث يكون متجاوزا للنطاق الذى يرسنه القانون لحقه .

وكلامنا عن حماية الحق يستلزم أن نتكلم أولا عن وسائل الحماية ، ثم عن مدى هذه الحماية عندما يستعمل الشخص حقه .

المبحث الأول

وسائل حماية الحق

الدعوى الجنائية والدعوى المدنية :

تختلف الدعوى - كوسيلة لحماية الحق - باختلاف الحق المهدد أو الذى يقع عليه الاعتداء . فمن الحقوق ما لا يعد الاعتداء عليها اعتداء على صاحب الحق نفسه فحسب ، ولكنه قد يعد كذلك لإعتداء على الجماعة نفسها . وفى هذه الحالة يكون هذا الاعتداء جريمة جنائية ، كما هو الشأن بالنسبة للاعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان التى تهدف إلى تأمين سلامة الجسم . ولما كان المهدف فى مثل تلك الحالات بصفة عامة هو الدفاع عن مصلحة الجماعة . فإن النيابة العامة ، باعتبارها ممثلة للجماعة ، هى التى تتولى توجيه الدعوى . والدعوى فى هذه الصورة تسمى الدعوى الجنائية . ولكن هذا لا يمنع من لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعيا بحقوق مدنية ، لأنه إذا كانت الدعوى الجنائية ترمى إلى حماية الصالح العام وتعقب المعتدين وتوقيف العقاب عليهم ، فإن الدعوى المدنية تهدف إلى إصلاح الضرر الناشئ عن الجريمة . هذا بالنسبة للاعتداء على طائفة معينة من الحقوق .

إلا أن الاعتداء على حقوق الأفراد ، لا يكون له من الخطورة على الجماعة ما للاعتداء على الحقوق العامة أو حقوق الشخصية ، ولهذا فإن حماية الحقوق فى هذه الحالة تتخذ صوراً مختلفة . فقد تكون الحماية عن طريق إلزام الغير باحترام

السلطات التي يخولها القانون لصاحب الحق . فإذا اغتصب شخص حقاً لغيره ألزم برده . وقد تكون الحماية عن طريق إلزام الغير بتعويض الأضرار التي ترتبت لصاحب الحق من جراء الاعتداء على حقه ، كما قد تكون كذلك بإلزام الغير بتنفيذ ما ألزم بأدائه لصاحب الحق تنفيذاً عيبياً ... الخ . ولما كان الإنسان في المجتمعات الحديثة لا يستطيع أن يحصل على حقه بنفسه ، فإنه لابد له من الالتجاء إلى السلطة العامة مطالباً بتقرير حقه أو رد الاعتداء على هذا الحق . وإذا كان تمكن الشخص من ذلك يتم عن طريق الدعوى ، كما قدمنا ، فإن الأمر لا يقتصر عليها ، وإنما ينصرف كذلك إلى ما يشير من ترفع عليه الدعوى . من دفع لإسقاط طلب رافع الدعوى . فوسيلة الحماية تنصرف إلى الأمرين معاً ، وهما الدعوى والدفع أمام القضاء . والدعوى التي يرفعها الشخص للدفاع عن حقه تسمى الدعوى المدنية ، لأنها تقوم على حق مدني أي حق خاص .

ويميننا في هذا المجال أن نقف على وسائل الحماية المدنية ، وبصفة خاصة بالنسبة للحقوق المالية .

وسائل حماية الحقوق المدنية

في حماية الحقوق المالية يفرق بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية .

أولاً - بالنسبة للحقوق العينية : وسيلة الحماية في هذا الصدد هي الدعوى العينية . ويختلف موضوعها بحسب الأحوال . فإذا حاز الغير ملك شخص بغير حق ، كان لهذا الشخص أن يرفع دعوى مطالباً باسترداد ملكه . ولصاحب حق الانتفاع أن يرفع دعوى تقرير حقه على المالك الذي ينكره عليه ، وكذلك الشأن بالنسبة لصاحب حق الارتفاق .

وقد كفّل المشرع حماية الجبازة ذاتها . إذا كانت راردة على عقار ، عن

طريق دعاوى الحيارة . والعبرة في هذه الدعاوى بالحيارة في ذاتها دون حاجة إلى إثبات حق عيني يستند إليه في تلك الحيارة ، وذلك محافظة على النظام والأمن . ولا مانع بعد ذلك من أن يرفع من ينكر على الحائز حقه في الحيارة دعوى بأصل الحق الذي يدعيه .

وفضلاً عما سبق فإن لصاحب الحق العيني أن يطالب بالتعويض عن يعتدى على حقه فيسبب له ضرراً .

ثانياً - بالنسبة للحقوق الشخصية : للدائن ، وهو صاحب الحق الشخصي : أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه . والتنفيذ إما أن يتم بعين ما التزم به المدين ، وإما أن يتم بطريق التعويض إذا ما أخل المدين بالتزامه وتعدى قهره على تنفيذه عينا . وفي حالة للتنفيذ العيني بشرط أن يكون ، كنا . فإذا أصبح مستحيلاً لا سبب من الأسباب فلا يكون هناك من سبيل إلا التنفيذ بطريق التعويض متى كانت إستحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين ، وإذا كان في التنفيذ إضراراً للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي بحيث لا يلحق ذلك ضرراً جسيماً بالدائن . ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن متى كان تدخل المدين شخصياً مستلزماً لتنفيذ الالتزام ولكنه رفضه ، كما هو الشأن بالنسبة لالتزام الممثل بالتمثيل . فإذا امتنع عن تنفيذ التزامه لا يمكن إجباره على التنفيذ العيني ، ويكون للدائن أن يحصل على حكم بالتزامه وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع ، فإذا أصر المدين على عدم التنفيذ رغم ذلك ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعيًا في ذلك قسوته وما أصاب الدائن من أضرار .

والتعويض الذى يحكم به في حالة عدم إمكان التنفيذ العيني يشمل ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم التنفيذ .

الفرع الثاني

نطاق حماية الحق

(التعسف في استعمال الحق)

لم تكن هناك قيود فيما مضى على استعمال الشخص لحقه ، بل كان له مطلق الحرية في هذا الاستعمال . وقد ساد ذلك في ظل المذهب الفردي الذي كان ينظر إلى مصلحة الفرد ويرى أن مصلحة الجماعة تتحقق إذا ما كفل للأفراد تحقيق مصالحهم الفردية . وقد أدى هذا إلى عدم إخضاع الفرد ، في استعمال لحقه ، لرقابة ما . فلا يجوز منه من استعمال حقه ، كما لا يجوز مساءلته عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر بالغير .

ولذا كان هذا المذهب قد انتقد لما أدى إليه من نتائج ظالمة ، فان الأمر قد انتهى إلى التخفيف من إطلاقه . ذلك أن الفرد إذا كان يهدف من وراء استعماله لحقه إلى تحقيق مصلحة خاصة به ، فانه لا يجوز أن يقوم بما يتعارض مع مصلحة الغير . والقانون إذا كان يحمي صاحب الحق في استعمال حقه . فانه يحميه طالما أنه كان يسعى إلى تحقيق مصلحة مشروعة من وراء هذا الاستعمال . أي طالما كان يسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة به لا تتعارض مع مصلحة الجماعة . فعند التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة يضحى بهذه الأخيرة ، فلا تستحق الحماية القانونية لأن الشخص حينئذ يكون متعسفاً في استعمال حقه .

إلا أنه ينبغي أن يراعى عدم الخلط بين هذا الأمر ، وهو التعسف في استعمال الحق ، وبين مسألة أخرى ، وهي الخروج عن حدود الحق . ولذلك نبين الفارق بين هاتين المسألتين قبل أن نعرض للتعسف في استعمال الحق ومعايره طبقاً لما بينه القانون عندنا .

التعسف في استعمال الحق والخروج عن حدود الحق : يختلف التعسف في استعمال الحق عن الخروج عن حدود الحق . ذلك أن الخروج عن حدود الحق أو تجاوز هذه الحدود يدخل في نطاق ممنوع عليه ، ويعتبر هذا التجاوز محض تعد على الغير ، وفي هذه الحالة يعتبر أى عمل يقوم به الشخص خطأ من جانبه يلزمه بالتعويض عن أى ضرر يتسبب عن هذا الخطأ ، طبقاً لقواعد المسؤولية التي تقضى بأن كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض . مثل ذلك حالة تعدى الشخص حدوده والدخول في ملك جاره ، فالمالك هنا تجاوز حدوده ، فإذا استعمل ملك الجار كان مخطئاً والتزم بالتعويض .

أما في حالة التعسف في استعمال الحق فإن الشخص لا يتجاوز حدود حقه بل إنه يستعمله في النطاق المحدود له ، ومع ذلك فإن القانون لا يقر هذا الاستعمال إذا تعسف صاحب الحق . ولكن ما هي الحدود التي يخضع فيها صاحب الحق في هذه الحالة ، داخل نطاق حقه ، لرقابة القانون ؟ هذا ما يتضح لنا من دراستنا للتعسف في استعمال الحق والمعايير التي وضعها المشرع في هذا الصدد .

التعسف في استعمال الحق ومعاييرها :

لصت المادة ٤ من القانون المدني على أن : من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، ومن هذا يتضح لنا أن استعمال الحق استعمالاً مشروعاً لا يوقع بصاحب الحق أية مسؤولية . لكن متى يكون هذا الاستعمال مشروعاً ومتى لا يكون كذلك ؟

حدد القانون المدني في المادة ٥ الحالات التي يعتبر فيها استعمال الحق غير مشروع رغم أن صاحبه يستعمله في النطاق الخاص به ولم يتجاوز حدوده . وهذه الحالات هي :

الحالة الأولى - قصد الاضرار بالغير : يعتبر الشخص متسفا في استعمال حقه إذا لم يستعمله إلا بقصد الإضرار بالغير فالمالك إذا بنى على ملكه فانه يستعمل حقه ، لكنه إذا بنى حائطا في ملكه وقصد من هذا أن يحجب النور عن جاره ، فإنه يعد بذلك متسفا في استعمال حقه . ولا بد أن يثبت أن صاحب الحق قد استعمله بقصد الاضرار بالغير . وهذا القصد يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات ، وقد يستدل على قصد الاضرار بالغير من إندام مصلحة صاحب الحق أو تهامة المصلحة التي يحققها .

الحالة الثانية - رجحان الضرر على الصحة : يعتبر الشخص متسفا في استعمال حقه إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البشة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . فلا يكفي لكي يستعمل صاحب الحق حقه استعمالا مشروعا أن تكون له مصلحة أيا كانت ، وإنما لا بد أن تكون المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها ترجح ما يصيب الغير من ضرر ، فإذا لم يكن الأمر كذلك وكانت المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها قليلة الأهمية إذا ما قورنت بما يصيب الغير من ضرر كان استعمال الحق غير مشروع . أي أننا نوازن هنا بين المصلحة التي يسعى صاحب الحق إلى تحقيقها والضرر الذي يصيب الغير . فإذا كان الضرر جسيما إذا ما قورن بالمصلحة ، كان استعمال الحق غير مشروع . وقد طبق القانون المدني هذا الميعار في المادة ٨١٨ والمادة ١٠٢٩ منه .

الحالة الثالثة - عدم مشروعية المصلحة : فإذا كان صاحب الحق يقدم من وراء استعماله لحقه الوصول إلى نتائج غير مشروعة يحرمها القانون كأنه متسفا . مثل ذلك إذا استعمل صاحب المنزل منزله لأغراض منافية للقانون والآداب . ومثل ذلك أيضا صاحب العمل يستعمل حقه في فصل عامل من عمله لجرد التحاين بتقابة من نقابات العمال ، فهو يعتبر متسفا في استعمال حقه في فصل العامل ، من كان بسبب نشاط العامل تنافيا .

الباب الثالث

مصادر الحق

تمهيد : يستند الحق في وجوده إلى القانون . وكل الحقوق مردها إلى القانون ، لأنه هو الذي ينظمها ويحميها . وهي لا تقوم إلا استناداً إليه . فالقانون هو مصدر كل الحقوق . ولكن القانون على هذا النحو لا يبدو أن يكون المصدر البعيد لكل الحقوق ، وإنما يشور البحث في هذا الصدد عن المصدر القريب الذي يأتي منه الحق ، والذي يؤدي مباشرة إلى وجود حق معين لشخص معين ، ومنح بعض الحقوق لشخص دون الآخر . والقانون قد يمتد بوقائع أو أحداث معينة فيرتب على تحقيقها وجود الحق . هذه الوقائع أو الأحداث قد تكون من عمل الطبيعة ، وقد تكون من صنع الإنسان . والأحداث أراء ، قائم التي يتدخل فيها الإنسان قد تكون وقائع مادية يترتب عليها آثار قانونية حتى ولو لم تنجبه الإرادة إلى إحداثها ، وقد يترتب القانون الآثار على مجرد إنجاء إرادة الشخص إلى إحداثها .

وفي جميع هذه الحالات تعتبر الواقعة التي تترتب عليها الآثار ، سواء كانت واقعة طبيعية أو من فعل الإنسان أو لإنجاء إرادته إلى إحداث آثار معينة ، واقعة قانونية بالأماني العام لهذه العبارة ، طالما كان القانون يمتد بها ويرتب عليها آثاراً معينة . وإذا كانت الواقعة القانونية بمعناها العام على النحو السابق هي كل حدث يترتب عليه القانون أثراً ، فإنه قد اصطلح على تسمية الأحداث التي من عمل الطبيعة ، والأعمال المادية التي من عمل الإنسان ، بالوقائع القانونية . أما الأعمال الإرادية أو التصرفات الإرادية التي يقوم بها الإنسان ، فتسمى بالأعمال

أو التصرفات القانونية . وبذلك يمكن رد المصادر المباشرة للحق إلى مصدرين أساسيين هما الواقعة القانونية والتصرف القانوني .

هذا ولما كان من يقرر له حق لا يستطيع أن يستفيد من المكنات التي يخولها له حقه إلا إذا لم ينازعه فيه شخص آخر ، فإنه يلزم أن يكون بيد صاحب الحق الدلائل على ما يثبت حقه إذا ما نوزع فيه . ولا يثبت الشخص حقه بيمين عليه أن يثبت المصدر المنشأ له ، وهو إما الواقعة ، وإما التصرف القانوني .

وعلى هذا فإذا كنا ندرس مصادر الحق ، وهي الوقائع والتصرفات القانونية ، فإننا ينبغي أن نعرض لإثبات الحق ، وسندرس ذلك قباعا في الفصلين التاليين .

الفصل الأول

الواقعة القانونية والتصرف القانوني

التمييز بين الواقعة والتصرف القانوني : الواقعة التي نعنيها في هذا المجال تنصرف إلى الواقعة المادية ، سواء كانت من فعل الطبيعة أم من فعل الانسان ؛ وهي تختلف عن العمل القانوني أو التصرف القانوني . فالواقعة القانونية إذا كانت من فعل الطبيعة فإنها تحدث دون أن يكون للانسان دخل في حدوثها ، وترتب عليها آثار قانونية ، إذ قد تكون سببا في اكتساب الحق أو في إكتفائه . وإذا كانت من فعل الانسان . فإن القانون يرتب عليها آثارها كذلك بصرف النظر عن نية من صدر عنه الفعل ، أي سواء قصدت هذه الآثار أم لم تقصد . فالقانون في هذا الصدد لا يمتد بالارادة . ولكنه يمتد بالفعل المادي فقط . أما بالنسبة للتصرف القانوني ، فإن الامر يختلف عن ذلك لأن الأثر القانوني في حالة التصرف يترتب على الارادة وحدها ، لا على أي فعل مصاحب لها . فهي التي تتجه إلى إحداثه .

أهمية التفرقة بينهما : وللتفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات أهميتها من حيث أن التصرفات القانونية تنفرد ببعض القواعد دون الوقائع القانونية . ذلك أنه لما كان قوام التصرف القانوني هو الارادة ، فإنه ينفرد بكل القواعد التي تنظم قدرة الارادة على ترتيب الآثار القانونية . وإلى جانب ذلك فإن للتفرقة بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني أثرا من حيث الالزامات ، كما سنرى ، ونسلكم فيما يلي عن الواقعة القانونية ثم عن التصرف القانوني ونعقب ذلك بالكلام عن الواقعة والتصرف كصدرين للحقوق الشخصية والحقوق العينية .

المبحث الأول

الواقعة القانونية

رأينا أن الواقعة القانونية هي كل حدث يرتب القانون عليه أمراً معيناً ، وأن ما يهم في شأنها هو الوقوع المادى للفعل . ولم توضع نظرية عامة للواقعة القانونية ، إذ لم يحظ هذا الموضوع بعناية الفقه ، كما هو الشأن بالنسبة للتصرف القانونى . هذه الواقعة قد تكون من فعل الطبيعة ، كما قدمنا ، وقد تكون من عمل الإنسان .

أولاً - الواقعة الطبيعية : هي التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها ، وكثيراً ما يرتب عليها من آثار قانونية ، فتسكون سبباً في اكتساب الحقوق أو إنقضاءها . ومن أمثلة ذلك مرور الزمن والميلاد والوفاة والزلازل والفيضانات وهبوب العواصف ونزول الصواعق ، وغير ذلك . إذ كل هذه وقائع طبيعية يرتب عليها آثار قانونية . لمرور الزمن مثلاً يكسب الشخص حقاً عن طريق التملك بالتادم ، كما يجعل القاصر بالغاً ويكون له حق مباشرة التصرفات القانونية . والميلاد واقعة يرتب عليها اكتساب المولود حقوقاً معينة . سواء منها ما يتعلق بالقيم الحقيقية بشخصه ، مثل حقه في سلامة جسده وعدم الاعتداء عليه وحقه في حريته ، أو ما كان منها ناشئاً عن انتهائه إلى أسرة معينة . . . والوفاة كذلك واقعة طبيعية يرتب عليها انتقال أموال المتوفى إلى ورثته ، فينشأ حقهم في الميراث ، والزلازل والفيضانات وهبوب العواصف ونزول الصواعق أحداث طبيعية قد تكون القوة القاهرة التي تعفى المدين من التزامه . . . وهكذا .

فالواقعة الطبيعية يرتب عليها كسب الحق أو إنقضاؤه كما هو واضح . وهي تقوم بهذا الدور بالنسبة للحقوق عينية كانت أم شخصية .

ثانيا : الوقائع التي من فعل الانسان : هي الاعمال المادية التي تصدر من الإنسان فتترتب عليها آثار قانونية ، بصرف النظر عن نية من صدرت منه ، أى سواء قصدت نتائجها أم لم تقصد . فالمبرة في هذا المدد - كما قدمنا - بالفعل المادى . وهذه الوقائع هي الأخرى قد تكون مصدراً للحقوق المبنية أو الحقوق الشخصية .

وقد اختص المشرع واقعيتين ماديتين باعتبارهما من المصادر الهامة لخلق الدائنية أو الالتزام : وهما الفعل النافع والفعل الضار . وإلى جانب هاتين الواقعتين توجد وقائع أخرى يرتب القانون عليها نشوء الالتزام .

١ - فبالنسبة للفعل النافع أو الإثراء بلا سبب ، توجد يحدد شخص . يثرى على حساب شخص آخر دون سبب قانوني ، ولهذا فإن القانون يرتب لمن افتقر حقا يستطيع بمقتضاه أن يرجع على من أثرى على حسابه . وقد نصت المادة ١٧٩ مدنى على أن كل شخص ، ولو كان غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم ، في حدود ما أثرى به ، بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الأثر فيما بعد . وقد اهتم المشرع في مدد الفعل النافع ، أو الإثراء بلا سبب ، بواقعتين نافعتين ووضع لها أحكاما مفصلة ، كتطبيقين من تطبيقات الإثراء على حساب الغير ، وهما دفع غير المستحق والفضالة .

ودفع غير المستحق يقوم في كل حالة ينلم فيها شخص معين شيئا على أنه مستحق له ، ولكنه ليس كذلك في حقيقة الأمر . وقد نص القانون على أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده . (أنظر المادة ١٨١ وما بعدها) .

أما الفضالة ، فتتحقق إذا تولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك (أنظر المادة ١٨٧ وما بعدها) .

٢ - وبالنسبة للفعل الضار ، تترتب الآثار على الفعل ، سواء عن عمد أم عن غير عمد ، أم تم بإهمال . وهو يثنى في ذمة من وقع منه التزاماً بتعويض المضرور . والفعل الضار هو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية . وتقوم على أركان ثلاثة : خطأ ، وضرر ، وعلاقة سببية بينهما ، فإذا ما توافرت هذه الشروط التي يطلبها القانون ، يصدق على الفعل وصف الفعل الضار . فن يتلف مالا للغير ، سواء عن عمد أم بإهمال ، يوقع به ضرراً ، ويترتب على ذلك التزامه بتعويضه . وفي هذه الحالة ينشأ للغير حق ، فيصير دائناً بمبلغ التعويض .

٣ - وإلى جانب الفعل النافع والفعل الضار توجد وقائع أخرى كثيرة يرتب القانون عليها اكتساب الحقوق ، كالاستيلاء . وهو وضع اليد - بنية التملك - على عين من الأعيان التي لا يوجد عليها حق لشخص ، وهي الأشياء المباحة . ويقرر القانون في هذا الصدد أن : من وضع يده على متقول لا مالك له يقصد تملكه ، ملكه . (مادة ٨٧ مدني ، وأنظر أيضاً المراء التالية) . ويلاحظ في هذا الصدد أن اكتساب الحق بالاستيلاء لا يعني أن هذا الأمر يترتب على قصد التملك ، أي على الإرادة ، بل إن سبب نشوء الحق في هذه الحالة هو الفعل المادي ، وهو الاستيلاء ذاته ؛ فهذا العنصر هو العنصر المتطلب . وكذلك الأمر بالنسبة لاكتساب الحقوق عن طريق الحيازة ، وهي واقعة تتكون من الأخرى ، من عنصرين ، لأنه يوجد إلى جانب الفعل المادي وهو وضع اليد على الشيء مدة معينة ، عنصر آخر هو بنية التملك . وهذا هو التقادم المكتسب الذي يردى إلى اكتساب الملكية أو الحق للمعني ، إذا استمرت

الحيازة مدة ١ سنة . وتنص هذه المدة إلى خمس سنوات إذا كان المأثر مستندا في حيازته إلى سبب صحيح وكان حسن النية . أما في المنقول فإن الحيازة المستددة إلى سبب صحيح والمقترنة بحسن النية تؤدي إلى اكتساب ملكية المنقول أو الحق المبنى عليه في الحال .

المبحث الثاني

التصرف القانوني

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء حق من الحقوق . والأثر الذي يترتب في هذه الحالة إنما يترتب لأن الإرادة قد اتجهت إلى إحداثه . ففي البيع مثلاً تنبج إرادة البائع إلى التزامه بنقل الملكية إلى المشتري ، وكسب الحق في الثمن ، وتنبج إرادة المشتري نحو التزامه بالثمن وكسبه ملكية للبيع . . . وهكذا .

والتصرفات القانونية إما أن تكون من جانب واحد كالإقرار والوصية ، إذ يكفي تمام التصرف اتجاه إرادة شخص واحد نحو إحداث الأثر القانوني . وقد تكون بإرادتين أي لا يتم تكوينها إلا باتفاق إرادتين ، وهذا هو الشأن بالنسبة للمعقود كالبيع والإيجار .

وعلى خلاف الواقعة القانونية كما قدمنا ، فقد وضعت نظرية عامة للتصرف القانوني تبين الشروط اللازم توافرها في الإرادة لكي تحدث أثراً قانوني ، وتعين الأثر الذي يترتب على الإرادة مستوفية لشروط .

ولما كانت الإرادة هي قوام التصرف القانوني ، إذ هي التي تنشئه ، كما تحدد الآثار التي يترتبها ، فإنها تتمتع في هذا الصدد بسلطان في إنشاء الحقوق ونقلها وتغييرها وانقضاءها . ولكن الإرادة لا تتمتع بهذا إلا إذا كانت إلى إرادة كاملة

صادرة عن ذى أهلية ، خالية مما يعيبها . وبشرط أن يكون الدافع مع على إبرام التصرف مشروطا ، وأن ترد على عمل مشروع كذلك . وتكلم أولا عن مبدأ سلطان الإرادة والقيود التي ترد عليه ، ثم نتكلم بعد ذلك عن الشروط التي يلزم توافرها حتى يكون التعبير عن الإرادة منتجا لآثاره .

أولا : مبدأ سلطان الإرادة

المقصود به : يقصد بهذا المبدأ أن الإرادة وحدها تكفي لإنشاء التصرف القانوني ، وأنها حرة في تعيين الآثار التي تترتب عليه . ومعنى ذلك أن الفرد يكون حرا في أن يتعاقد أو لا يتعاقد حسب إرادته ، كما أن له أن يناقش شروط التعاقد ، وأن ينشئ من العقود والتصرفات ما شاء . كما أنه حر كذلك في كيفية التعبير عن إرادته . . . إلى غير ذلك . ومن ناحية أخرى فإن الأفراد أحرار في تحديد الآثار التي تترتب على التصرف القانوني ، ولكن هذا المبدأ ليس مطلقا .

القهود التي تحد من سلطان الإرادة

١ - القواعد القانونية الآمرة : لا يوجد لإرادة الأفراد سلطان في نطاق هذه القواعد لأنه لا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها . وتزداد القواعد الآمرة في العصور الحديثة على أثر تدخل الدولة في تنظيم العلاقات بين الأفراد والنزوع نحو المذهب الاشتراكي . وهذا ما نلاحظه في كثير من المسائل كتحديد الدولة في تحديد الأسعار وفي تنظيم العلاقات بين الملاك والمستأجرين .

٣ - الشكلية : قد يشترط القانون شكلا معيناً لقيام التصرف في بعض الأحيان . فلا يكفي أن يتعقد التصرف بالإرادة ، وإنما لابد من صياغة الإرادة في شكل معين ، بحيث يعتبر الشكل ركنا في التصرف ، لا يتم بدونه ، وهذا بالإضافة إلى قيام الإرادة متوافقة لشروطها .

والغالب أن يكون الشكل الذى يستلزمه القانون هو الكتابة ، وقد تكون رسمية ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمى والهبة وبيع السفن البحرية . وقد تكون عرفية ، كما هو الشأن بالنسبة لمعد الشركة المدنية (مادة ٥٠٧ مدنى) ، وعقد ترتيب الايراد لمدى الحياة (مادة ٧٤٣ مدنى) . وقد لا يكون الشكل المطلوب هو الكتابة ، ولكن تسليم الشيء محل التصرف ، كما هو الشأن بالنسبة لبيع فى المتقول ، فلا تنقد إلا بتسليم الموهوب المتقول .

ويختلف الشكل اللازم لانقضاء التصرف عن حالة استلزام الكتابة للإيجاب . لأنه إذا تخلفت الكتابة المستلزمة للإيجاب بقوم التصرف بخلاف ، ما إذا كانت مستلزمة لانقضاءه ، وكل ما هنالك أنه قد يصعب إثباته لعدم وجود الدليل . ولكن ليس معنى عدم وجود الدليل أن التصرف يكون غير موجود ، لأنه موجود ، ومن الممكن إثباته عن طريق الاقرار أو عن طريق التمين .

ثانيا : الشروط اللازم توافرها فى الإرادة

يشترط فى الإرادة التى ينظر إليها القانون كأساس لتصرف القانونى بصفة عامة عدة شروط :

١ - أن يعبر عنها فى العالم الخارجى ، والتعبير عن الإرادة إما صريح ، أى بأقوال وجبارات صريحة مباشرة تفصح عن قصد من صدرت عنه ، وإما ضمنى أى لا يدل على المقصود منه دلالة مباشرة وإنما يدل عليه بطريق غير مباشر .

٢ - يجب أن يصدر التعبير عن شخص ذى أهلية . والمقصود بالأهلية فى هذه الحالة أهلية الأداء .

٣ - يجب أن يكون الباعث لإبداء الدافع للإرادة مشروعا ، وأن ترد على عمل مشروع كذلك .

٤ - يجب أن تكون الإرادة من العيوب . وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال .

المبحث الثالث

الواقعة والتصرف كمصدر للحقوق الشخصية والحقوق العينية
اتفق لنا من دراستنا السابقة أن مصدر الحق لا يخرج أن يكون واقعة
قانونية أو تصرفاً قانونياً .

فبالنسبة للحقوق الشخصية : بين المشروع عندنا مصادرهما ، فتكامل من
العقد والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والآثار بلا سبب ،
والقانون . وهذه المصادر لا تخرج عن أن تكون تصرفات قانونية أو وقائع
قانونية .

فيدخل تحت التصرفات القانونية العقد ، والإرادة المنفردة . ويدخل تحت
الوقائع القانونية ، العمل غير المشروع وهو الفعل الضار ، والآثار بلا سبب ،
وهو الفعل النافع . كما يدخل تحتها غير ذلك من الوقائع الأخرى التي يتولى القانون
تحديدتها وبيان ما يترتب عليها من أثر كالجوار والقرابة . . . ويقال في هذه الحالة
إن القانون هو المصدر المباشر للالتزام .

وكثيراً ما ترد مصادر الحق الشخصي إلى طائفتين : طائفة المصادر الإرادية
ويدخل تحت التصرفات القانونية (العقد والإرادة المنفردة) وطائفة المصادر
الغير إرادية ، وتشمل ما عدا ذلك .

وبالنسبة للحقوق العينية : نجد كذلك أن مصدرها إما أن يكون تصرفاً
قانونياً أو واقعة قانونية . وفي صدد الكلام عن الحقوق العينية اكتفى المشرع
بالكلام عن أسباب كسب حق الملكية . والأسباب التي تكسب به الملكية هي :
الاستيلاء ، الميراث ، الوصية ، الالتصاق ، العقد ، المنفعة ، الجبارة . أما بالنسبة

لأسرار الحقوق المبنية الأصلية الأخرى ، وهى الحقوق المنفرعة عن الملكية ، لأن القانون قد أشار إلى اكتسابها فى مناسباتها . والواقع أن أسباب اكتساب الملكية لا يخرج فى مجموعها عن أن تكون هى نفس الأسباب التى تكتسب بها الحقوق المبنية الأخرى عدا ما لا يتلاءم من هذه الأسباب مع طبيعة بعض هذه الحقوق . أما بالنسبة للحقوق المبنية التبعية فقد رأينا أن المصدر المنشأ لها إما المقدر وإما أمر القضاء وإما القانون .

وإذا أردنا أن ندرج أسباب كسب الملكية سالفة الذكر فى نطاق التصرفات القانونية أو الوقائع القانونية لرأينا أنه يدخل فى نطاق التصرفات : العقد والوصية ، وهى تصرف بإرادة واحدة مضافة إلى ما بعد الموت . أما باقى الأسباب الأخرى فتدخل فى نطاق الوقائع القانونية . فالمراث ينشأ عن الوفاة وهى واقعة قانونية . والاتصاف واقعة مادية يترتب عليها اتحاد شيئين اتحاداً مادياً بحيث لا يمكن فصلها دون تلف ، وبمقتضاء يملك صاحب الشيء الذى يعتبر أملاً منها الشيء الذى يعتبر فرعياً . وكذلك الشأن بالنسبة للإستئجار والشفعة إذ يمكن ادخالها فى نطاق الوقائع القانونية وذلك بحسب العنصر الغالب فى هذه الحالة وهو العنصر المادى . ذلك أن الواقعة القانونية فى هذه الحالة واقعة تتكون من عنصرين : عنصر مادى وعنصر إرادى . فبالنسبة للإستئجار رأينا أن العنصر المادى - وهو الاستئجار - يغلب على العنصر الإرادى ، وهو إرادة المستأجر على الشيء تملكه فى الحال ، وبالنسبة للشفعة ، وهو طلب الحلول محل مشترى العقار ، متى توافرت شروط معينة ، هناك واقعة مادية كذلك وهى واقعة الجوار أو الشروع مع واقعة أخرى وهى إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة . ولكن العنصر الغالب هو العنصر المادى . وبالنسبة للحيازة فهى أيضاً واقعة تتكون من عنصرين إذ يجب بجانب وضع اليد أن تتوافر نية التملك . ولكن العنصر الغالب فى هذا الصدد هو العنصر المادى ، ولذلك قد دخل الحيازة فى نطاق الوقائع القانونية كما قدمنا .

الفصل الثاني

اثبات الحق

تعريف الاثبات وأهميته : الاثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية بالكييفية والطرق التي يحددها القانون. فهو في الواقع إقامة الدليل على مصدر الحق . ومن هنا تبدو أهميته . لأنه إذا لم يتمكن صاحب الحق من إقامة الدليل عليه ، أو على وجه التحديد على مصدره ، تجرد من كل قيمة . فوجود الحق دون إقامة الدليل عليه يجعله هو والعدم سواء . ولذلك كان من الأهمية بمكان أن تقرن دراسة الحقوق بدراسة وسائل إثباتها . ويشير تنظيم الاثبات الكلام عن محل الاثبات ، أي ما يجب إثباته ، وعبء الاثبات ، وطرق الاثبات . وسنكلم عن كل هذه الموضوعات بإيجاز فيما يلي :

المبحث الأول

محل الاثبات

محل الاثبات هو الواقعة القانونية التي تعتبر مصدراً للحق المدعى به . والواقعة محل الاثبات هي الواقعة بالمعنى العام سواء كانت واقعة مادية أم تصرفاً قانونياً . فمن يدعى أن له ديناً في ذمة آخر ، عليه أن يثبت مصدر هذا الدين . أي الواقعة القانونية التي أنشأته ، سواء كانت هذه الواقعة تصرفاً قانونياً كالعقد ، أم كانت واقعة مادية كالعمل غير المشروع .

هذا ما ينبغي إثباته . ومتى قام المدعى بذلك على كان القاضي أن يخلق القانون على ما ثبت لديه من وقائع . ولذلك فإن القاعدة القانونية التي ينبغي على القاضي

طليقتها في شأن النزاع المروض عليه ليست محلا للإثبات ، أى لا يكف الخصوم بإثباتها ، فهذا من عمل القاضي وحده ، والمفروض فيه أنه يعلم بالقانون .

والواقعة القانونية التى ينبغى على الخصوم إثباتها ، أى عمل الإثبات ، تنصرف كما قدمنا إلى الوقائع المادية والتصرفات القانونية . ولتفرقة بين هذين النوعين أميئتهما من حيث الإثبات . ذلك أن الوقائع المادية يجرز إثباتها بجميع طرق الإثبات . وهذا أمر تقتضيه الضرورات العملية ، إذ أن طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة ، وإلا استحال إثباتها في أغلب الحالات . فلا يعقل مثلا أن يطالب الشخص بدليل كتابي لإثبات الفعل الضار (كجريمة مثلا) عندما يطالب بحقه في التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء هذا الفعل الضار . أما التصرفات القانونية . فهى على خلاف ذلك ، ولهذا كان الأصل هو إثباتها بالكتابة . واستثناء يجوز إثباتها بشهادة الشهود إذا كانت قيمة التصرف لا تتجاوز عشرين جنيها . وسبب التفرقة بين الوقائع القانونية ، أن الآلة اد . بالنسبة للتصرفات - يرمونها فيما بينهم وتحكم فيها إرادتهم . فكان من الطبيعى أن تستلزم الكتابة - كقاعدة عامة لإثباتها .

والواقعة التى ينصب عليها الإثبات (الواقعة بالمعنى العام) يشترط فيها شروط معينة نص عليها القانون ، فيجب أن تكون هذه الواقعة : (١) متعلقة بالدعوى (٢) متجة في الإثبات (٣) جائزة القبول .

المبحث الثاني

عبء الإثبات

من يقع عليه الإثبات : الإثبات من مهمة الخصوم في الدعوى ، ولتجديد من يقع عليه عبء الإثبات أهمية كبرى من الناحية العملية ، فكثير من

الأفراد يحسرون دعواهم ، رغم هكونهم أصحاب الحق ، لإلشىء إلا لأنهم
يعجزون عن إقامة الدليل .

والقاعدة العامة فى هذا الصدد أن الإثبات على المدعى ، ولا يقصد بالمدعى
من يرفع الدعوى ، وإنما قد يكون هو رافع الدعوى أو من رفعت عليه الدعوى .
فإذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه فيها بمبالغ معين اقترحه منه ، كان على
رافع الدعوى أن يثبت حقه فى ذمة المدين المدعى عليه . فإذا ما جاء المدين أمام
القاضى وادعى أنه وفى هذا الدين كان عليه أن يثبت ذلك ، أى يثبت أنه وفى
الدين لأنه يدعى ذلك ، فيقع عليه عبء إثباته .

القرائن القانونية: وقد يحدث أن يقع عبء الإثبات على أحد الخصمين طبقاً
لقواعد السابقة ولكن المشرع يرى ، لاعتبارات معينة ، أن يضع قرينة تعنى من
تقررت لمصلحته من عبء الإثبات ، أو تنقل هذا العبء إلى الطرف الآخر . فإذا
تمسك بالقرينة من تقررت لمصلحته أعنى من تقديم الدليل . وقد يكون تقديم الدليل
صعباً يميز عنه الشخص فتعفيه القرينة من ذلك . مثل ذلك ما يقرره القانون من
أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط
حتى يقوم الدليل على العكس . . فإذا ادعى المؤجر على المستأجر أنه لم يدفع أقساط
الأجرة عن مدة معينة فقديم المستأجر الإيصال الأخير كان هذا قرينة لمصلحته
تدفيه من إثبات الوفاء بالأقساط السابقة على القسط الأخير ، ويتفصل عبء
الإثبات ، وهو عبء صعب كما قد نرى ، من المستأجر إلى المؤجر الذى يكون
عليه أن يقيم الدليل على أن المستأجر لم يدفع الأقساط السابقة . فإذا صهر عن
الإثبات فقد حقه .

المبحث الثالث

طرق الاثبات

حدد المشرع عندنا طرق الاثبات أو الأدلة التي ينبغي تقديمها للاثبات، وهذه الأدلة هي : (١) الكتابة . (٢) شهادة الشهود . (٣) القرائن . (٤) الاقرار . (٥) البين : وإلى جانب ذلك أورد قانون الاثبات المعاينة والخبرة (١) .

١ - الاثبات بالكتابة : الكتابه تعتبر من أهم أدلة الاثبات في الوقت الحاضر ، وقد تكون الكتابة رسمية أمام موظف رسمي مختص طبقاً للأوضاع التي يستلزمها القانون . وقد تكون الكتابة عرفية بين الأفراد . ولكل من النوعين حجته في الاثبات على النحو الذي بيته القانون .

القاعدة العامة في الاثبات بالكتابة أنه إذا كانت قيمة التصرف تزيد على عشرين جنيهاً أو كان التصرف غير محدد القيمة ، فلا يجوز اثبات وجوده أو انقضائه بشهادة الشهود ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك . وقد استثنى القانون من ذلك المسائل التجارية . ففي المسائل التجارية يكون الاثبات بكافة الطرق ، فلا تشترط الكتابة لاثبات التصرفات القانونية في المسائل التجارية (انظر المادة ١٠ وما بعدها من قانون الاثبات الجديد) .

الاثبات بشهادة الشهود : شهادة الشهود دليل من أدلة في الاثبات وهي تقبل في الأحوال الآتية :

(١) في اثبات التصرفات القانونية التي لا تلزم الكتابة لاثباتها ، وهي التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن عشرين جنيهاً والأعمال التجارية ، كما قدمنا .

(١) انظر المواد ١٣١ وما بعدها و ١٣٥ وما بعدها من قانون الاثبات .

(ب) في إثبات الوقائع القانونية ، سواء كانت وقائع طبيعية أم من فعل الإنسان ، على النحو السابق .

ويراعى أن الإثبات بالبيئة في الحالات السابقة هو القاعدة ، ذلك أن القانون قد يستلزم وسيلة أخرى للإثبات كالكتابة مثلا في بعض الأحيان التي يصح فيها الإثبات بالبيئة (أنظر مثلا المادة ٩١ من قانون الإثبات والمادة ٧٠٥ مدني) . وفي هذه الحالة لا يصح الإثبات بالبيئة ، حتى ولو كانت قيمة التصرف لا تزيد على عشرين جنيا .

وحجية البيئة في الإثبات متروكة لتقدير القاضي ، فله أن يأخذ بها وله ألا يأخذ بها ، ولو كثر عدد الشهود .

٣ - القرائن : القرينة هي ما يستخلصه المشرع أو القاضي من أمر معلوم كدلالة على أمر مجهول . فالمشرع أو القاضي يستخدم وقائع يعلمها ليستدل بها على وقائع أخرى . فهي أدلة قائمة على الاستنتاج . وقد يكون هذا الاستنتاج مطابقا للحقيقة ، وقد لا يكون كذلك ، ولهذا يباح فيها إثبات العكس ما لم يوجد نص يقتضي غير ذلك . ولما كان المشرع والقاضي يقومان بهذا الاستنتاج كانت القرينة إما قانونية وهي ما يقررها المشرع ، وإما قضائية ، وهي ما يستنتجها القاضي . وقد رأينا أن القرينة تعني من قررت لصالحه من عبء الإثبات ، وقد ينقل هذا العبء إلى الطرف الآخر (أنظر المادتين ٩٩ و ١٠٠ . وكذلك ١٠١ و ١٠٢ من قانون الإثبات) .

٤ - الاعتراف : هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها ، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة ، وهو حجة قاطعة على المقر ، فلو ادعى شخص أمام القضاء على آخر بأنه قد سرق له ، فأنى المدعى عليه وأقر

بالدين في ذمة ، ثبت للدعى حقه (أنظر المادتين ١٠٣ و ١٠٤ من قانون الإثبات ، وكذلك المادة ١٠٥ وما بعدها) .

٥ - اليمين : قد لا يجد الشخص دليلاً من أدلة الإثبات ، وفي هذه الحالة يجوز له القانون أن يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة ؛ فيطلب إليه أن يقسم على الواقعة المتنازع عليها . فإذا حلف الشخص ثبت حقه وخسر من وجه اليمين دعوته ، وإذا امتنع من وجهت إليه اليمين عن الحلف خسر الدعوى ، وثبت حق من وجه اليمين . ويترتب على حلف اليمين إنهاء النزاع بين الطرفين ، فلا يلجأ بعد ذلك إلى أى دليل من أدلة الإثبات . ولذلك تسمى في هذه الحالة باليمين الحاسمة . ويتقيد القاضى بنتيجتها . وهذه تختلف عن اليمين التى يوجهها القاضى نفسه إلى أحد من الخصمين فى الدعوى لا كمال اقتناعه إذا كان لديه دليل ناقص فى الدعوى ، ويريد أن يكمل اقتناعه ، وهى تسمى باليمين المتممة . ولا يترتب على حلف اليمين المتممة أو التكول عنها حكم النزاع ، بل إن القاضى غير ملزم بـبـيـنـتها . فله أن يأخذ بها أو لا يأخذ . (أنظر بالنسبة ليمين بصفة عامة للمواد ١١٤ وما بعدها من قانون الإثبات) .

• • • •

تم بحمد الله وتوفيقه

فهرس

صفحة

٢

مقدمة

القسم الأول - في نظرية القانون

الباب الأول : التعريف بالقانون وخصائصه

٩

ورضه من القواعد الاجتماعية الأخرى ونطاقه

٩

تمهيد

١٤

الفصل الأول : الخصائص المميزة لقواعد القانونية

٢١

الفصل الثاني : وضع القواعد القانونية من القواعد الاجتماعية الأخرى

الباب الثاني : تقسيم القانون (أنواع القواعد القانونية)

٢٧

تمهيد :

٢٩

الفصل الأول : القانون العام والقانون الخاص

٣١

المبحث الأول : القانون العام

٤٣

المبحث الثاني : القانون الخاص

الفصل الثاني : تقسيم القواعد القانونية من حيث قوتها (القواعد الآمرة

٥٢

والقواعد المحككة)

الباب الثالث : مصادر القانون

٦١

تمهيد : المصادر المادية والمصادر الرسمية

٦٢

المصادر الرسمية في القانون المصري

٦٥

الفصل الأول : المصادر الأصلية

٦٥

المبحث الأول : التشريع

٨٧

المبحث الثاني : الدين

٩١	١ الفصل الثاني: المصادر الاحتياطية
٩٢	المبحث الأول: الصرف
١٠٩	المبحث الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية
١١١	المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
	الباب الرابع: تطبيق القانون
١١٣	تمهيد
١١٤	الفصل الأول: السلطة التي تقوم بتطبيق القانون
١١٨	الفصل الثاني: نطاق تطبيق القانون
١١٩	المبحث الأول: عدم جواز الاعتذار بجعل القانون
١٢١	المبحث الثاني: نطاق تطبيق القانون من حيث المكان
١٢٥	المبحث الثالث: نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان
١٢٦	أولاً: إلغاء القاعدة القانونية
	ثانياً: تنازع القوانين في الزمان
١٣٢	مبدأ علم رجعية القوانين
١٣٥	١ - النظرية التقليدية
١٣٨	٢ - النظرية الحديثة
١٤٤	٣ - الحلول التشريعية لبعض مشاكل تنازع القوانين في الزمان
١٤٤	(أ) الحلول الواردة في القانون المدني
١٤٧	(ب) القوانين المتعلقة بأدلة الإثبات
١٤٨	(ج) الحلول الواردة في قانون المرافعات
١٩٠	(د) الحلول الواردة في قانون المقربات

١٥٣	التفصيل الثالث : تفسير القانون
١٥٤	المبحث الأول : أنواع التفسير
١٥٦	المبحث الثاني : المذاهب المختلفة في التفسير
١٥٩	المبحث الثالث : طرق التفسير وقواعده
١٥٩	الحالة الأولى : حالة النص السليم
١٦٤	الحالة الثانية : حالة النص للمقيد
	القسم الثاني في نظرية الحق
	الباب الأول : التعريف بالحق وأنواع الحقوق وتقسيماتها
١٧١	التفصيل الأول : التعريف بالحق
١٧٧	التفصيل الثاني : أنواع الحقوق وتقسيماتها
١٧٨	(أ) الحقوق العامة
١٨١	(ب) الحقوق الخاصة
١٨١	١ - حقوق الأسرة
١٨٢	٢ - الحقوق المالية
١٨٣	المبحث الأول : الحقوق المالية
١٨٣	الفرع الأول : الحقوق العينية
١٨٤	المطلب الأول : الحقوق العينية الأصلية
١٨٩	المطلب الثاني : الحقوق العينية التبعية
١٩٤	الفرع الثاني : الحقوق الشخصية
١٩٨	الفرع الثالث : التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي
٢٠٢	المبحث الثاني : الحقوق الذهنية (حق المؤلف)
٢٠٤	الفرع الأول : من يتمتع بالحماية الشخصية

٢٠٧	الفرع الثاني : طبيعة حق المزايف ومضمونه
٢١٦	الفرع الثالث : حماية حق المزايف
	الباب الثاني : أركان الحق
٢١٨	تمهيد
٢١٩	الفصل الأول : أشخاص الحق
٢١٩	أ. بحث الأول : الشخص الطبيعي
٢٢١	الفرع الأول : بدء الشخصية ونهايتها (مدة الشخصية)
٢٢٦	الفرع الثاني : مميزات الشخصية
٢٢٧	أولاً : الحالة
٢٣٠	ثانياً : الاسم
٢٣٢	ثالثاً : الموطن
٢٣٧	الفرع الثالث : أهلية الأداء
٢٤٠	أولاً : أحكام أهلية الأداء
٢٤٠	١ - تدرج الأهلية الأداء
٢٤٨	٢ - عوارض الأهلية
٢٤٨	٣ - موانع الأهلية
٢٥١	ثانياً : أحكام الولاية على المال
٢٦٠	الفرع الرابع : الذمة المالية
٢٦٣	المبحث الثاني : الشخص الاعتباري
٢٦٤	الفرع الأول : نظرية الشخص الاعتباري
٢٦٥	أولاً : بدء الشخصية ونهايتها
٢٦٧	ثانياً : مميزات الشخصية
٢٦٩	ثالثاً : أهلية الشخص الاعتباري

منحة

٢٧١	رابعاً : الامة المالية
٢٧٢	الفرع الثاني : أنواع الأشخاص الاعتبارية
٢٧٣	أولاً : الجمعيات
٢٧٨	ثانياً : المؤسسات الخاصة
٢٨١	الفصل الثاني : محل الحق (موضوعه)
٢٨٢	المبحث الأول : الاعمال
٢٨٣	المبحث الثاني : الأشياء
٢٨٣	الفرع الأول : الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للحقوق
٢٨٤	الفرع الثاني : تقسيمات الأشياء
٢٩٢	الفصل الثالث : حماية الحق
٢٩٣	المبحث الأول : وسائل حماية الحق
٢٩٦	المبحث الثاني : نطاق حماية (التعسف في استعمال الحق)
	الباب الثالث : مصادر الحق
٢٩٩	تمهيد
٣٠١	الفصل الأول : الواقعة القانونية والتصرف القانوني
٣٠٢	المبحث الأول : الواقعة القانونية
٣٠٥	المبحث الثاني : التصرف القانوني
٣٠٨	المبحث الثالث : الواقعة والتصرف كمصادر للحقوق الشخصية والعينية
٣١٠	الفصل الثاني : لإثبات الحق
٣١٠	المبحث الأول : محل الإثبات
٣١١	المبحث الثاني : عبء الإثبات
٣١٣	المبحث الثالث : طرق الإثبات