

أصول القانُون

تأليف

الدكتور عبد المنعم فرج البصده

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة القاهرة
والمحامي أمام محكمة النقض ومجلس الدولة

القسم الأول

١٩٦٥

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر

تقديم

هذه دراسة رأيت أن أعرض فيها للأصول العامة التي تكون الاطار الشامل للعلوم القانونية . فهي دراسة تلقى الضوء وتوطى* السبيل وتساعد المبتدى* على أن يلم بصفة عامة بالمبادئ* الأساسية التي يرتكز عليها القانون في جملته .

وإذ كان هذا هو الغرض المقصود من الدراسة ، فسوف لا تكون هناك تفصيلات فرعية إلا بالقدر الضروري لتوضيح الفكرة وتحديد معالمها . وذلك حرصا على إبراز الأصول الكلية ، حتى لا تنطغى عليها الجزئيات ، فتأخذ مكانها الصحيح في ذهن الدارس المبتدى* . فكثيرا ما يكون الإغراق في التفصيلات مؤديا إلى حجب الأصول العامة وطمس معالمها أمام شخص لا يزال في مستهل دراسته القانونية .

وعلى الرغم من تحديد الغرض المقصود من الدراسة على هذا النحو ، فإن* يمكن أن يقال تحقيقا لهذا الغرض كثير . ولهذا سيراعى أن يكون ما يقدم من معلومات في هذا الشأن في حدود القدر المعقول دون إسراف أو تقتير .

والله يهدينا من أمرنا رشداً

عبد المنعم فرج الصمد

تقديم

١ - القانون ضرورة إنسانية :

الإنسان كائن اجتماعي ، فهو بدافع غريزته وبداعي طبيعته لا يستطيع أن يعيش منفردا : فغريزته تدفعه إلى أن يسعى للمحافظة على كيانه ورفع مستوى معيشته ، ولكنه يعجز عن أن يشبع بمفرده كل حاجاته ، فلا بد له من أن يفيد من مجهودات غيره في هذا السبيل : وطبيعته تدعوه إلى أن يختلط بغيره ، فيشاركه في المعيشة ، ويساهم معه في النشاط ، ويتبادل معه النفع : فقد خلق الله الناس من ذكر وأنثى ، وجعلهم شعوبا وقبائل ليتعارفوا ويتعاونوا .

فوجود المجتمع إذا أمر حتمي ، ما دام أن الإنسان لا يعيش إلا في جماعة . وفي هذا المجتمع تنشأ علاقات بين الأفراد مختلفة أنواعها ، فقد تكون علاقات عائلية أو اجتماعية أو مالية أو سياسية أو نحو ذلك . والفرد في سعيه لإشباع حاجاته وتحقيق رغباته تتعارض مصالحه مع مصالح غيره من الأفراد . ولو ترك له أمر تسوية علاقاته مع غيره وفقا لهواه لقلب مصلحته على مصلحة غيره ، فتصبح الغلبة للقوى ، وحينئذ تم القوضى ويسود الاضطراب ، الأمر الذي يهدد كيان المجتمع ويؤدي به إلى الاضمحلال والقضاء .

لهذا كان لابد للمجتمع من نظام يوجه نشاط الأفراد ويحكم ما بينهم من علاقات على نحو يتم فيه التوفيق بين المصالح المتعارضة بحيث يمكن تحقيقها جميعا . وقد فطن الإنسان من قديم ، بحكم حاجته إلى البقاء والعيش في المجتمع ، إلى أن الوسيلة لكفالة هذا للنظام هي أن ينزل كل فرد عن قدر من حريته حتى يمكن للجميع أن يتمتعوا بحريتهم على قدم المساواة . ومقتضى هذا أن تكون هناك قواعد موضوعية مقدما يستلزم بها الأفراد في سلوكهم ومعاملاتهم ، وأن تكون هناك سلطة عامة تمثل الجماعة وتستطيع بما لها من قوة أن تجبر الأفراد على احترام هذه القواعد . بحيث يكون من شأن هذه القواعد

أن تقيم التوازن بين الحريات والمصالح المتعارضة، فيتحقق بذلك النظام والأمن والعدل، ومن هذه القواعد يتكون القانون.

٢ - القانون والحري والواجب :

يتضح مما ذكرناه الآن أن القانون مجموعة قواعد تنظم نشاط الأشخاص في المجتمع وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها : وهذا هو ما يستفاد من القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوك ونظام يتختم الخضوع لها :

فإذا تناولنا مضمون هذه القاعدة من الناحية العملية وجدناها تحول الفرد حقا أو تفرض عليه واجبا :

فالقاعدة التي تقضى بأن « المالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » (م ٨٠٢ مدني) تحول المالك الحق في أن يستأثر دون غيره بمزايا ملكه ، وتوجب على غيره من الأشخاص أن يحترموا هذا الحق : والواجب هنا واجب عام يقع على عاتق الناس جميعا ماعدا صاحب الحق، فهو واجب سلبى لا يستوجب القيام بأى عمل للمالك .

والقاعدة التي تقضى بأن « العقد شريعة المتعاقدين » (م ١٤٧ / ١ مدني) تحول الدائن الحق في أن يطالب المدين بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن عمل معين، وتوجب على المدين أن يستجيب لهذا الطلب . والواجب في هذه الحالة واجب خاص يلتزم به شخص معين دون غيره من الناس . وهو قد يكون إيجابيا أى عملا كالالتزام ببناء منزل، وقد يكون سلبيا أى امتناعا عن عمل كالالتزام بعدم فتح محل تجارى في منطقة معينة :

ويلاحظ أن الواجب العام يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق أيا كان نوعها . فكل حق يقابله واجب عام يقع على الكافة ماعدا صاحب الحق ، ويقتصر أمره على مجرد تكليف عام باحترام حق الغير، بحيث يمتنع بمقتضاه على جميع الأشخاص أن يأتوا فعلا يتعارض مع تمتع صاحب الحق بحقه . وهناك فريق من الحقوق يقابله واجب خاص يقع على عاتق أشخاص معينين ، وذلك بالإضافة إلى الواجب العام . فلو أن صاحب

مصنع اتفق مع عامل على أن يعمل لديه وجب على العامل أن يؤدي العمل الذي يقضى به الاتفاق ، وهذا واجب خاص يلتزم به العامل دون غيره . ويضاف إلى هذا الواجب الخاص واجب عام يتحمل به جميع الناس ، فيكون عليهم بمقتضاه أن يمتنعوا عن أى فعل يؤدي إلى الإخلال بالعلاقة التي تربط بين العامل وصاحب المصنع . فلو أن أحدا من هؤلاء ، كصاحب مصنع آخر ، حرض العامل على الإخلال بواجبه ، فإنه يحق لصاحب المصنع الأول أن يطالبه بالتعويض :

ويتضح من هذا أن كل حق يقابله واجب ، فهما وجهان لعلاقة قانونية واحدة . ولذلك جرى استعمال اصطلاح « الحق » للتعبير عن هذه العلاقة بوجهيها ، أى عن الحق والواجب متقابلين .

كما يتضح أن القانون في تنظيمه لسلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع إنما يفعل ذلك ببيان حقوقهم وواجباتهم . فالقانون والحق والواجب تصدر جميعها عن شيء واحد . حيث أن القاعدة القانونية قانون باعتبارها قاعدة اجتماعية تفرض نظاما معيناً ، وهي ذاتها التي تحول الحق فتضع بين يدي الشخص سلطة تمكنه من أن يعمل على وجه معين في علاقاته بغيره ، أو تفرض عليه واجبا في هذا السبيل :

ومن هذا نجد أن القانون والحق يكمل كل منهما الآخر . فالقانون من ناحية هو الذي يقر الحقوق ويرسم حدودها ويفرض ضماناتها ، ومن ناحية أخرى لا يقدر للقانون وجود ولا يترتب عليه أثر إلا بفضل ما يخول الأفراد من حقوق ويفرض عليهم من واجبات تنظم بها علاقاتهم .

٣ - خطة الدراسة :

يبين مما قدمناه أن دراسة قواعد قانونية معينة تعنى دراسة الحقوق والواجبات التي تقرها هذه القواعد .

ولكننا في دراستنا للأصول الأولية في علم القانون نتناول الموضوع من زوايتين

مختلفتين . الأولى تعالج منها القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوك ونظام مفروض .
والثانية تعرف منها ما تحوله هذه القاعدة من حق .

ولهذا نقسم دراستنا في هذا الصدد إلى قسمين :

القسم الأول في نظرية القاعدة القانونية .

والقسم الثاني في نظرية الحق .

القسم الأول

نظرية القاعدة القانونية

٤ - تقسيم :

تقتضى دراستنا لنظرية القاعدة القانونية أن نبدأ بالتعريف بها من حيث مدلولها وتحليلها وتحديد نطاقها وبيان أنواعها، ثم نتيين بعد ذلك المصادر التي تستقي منها، وأخيرا نتعرف الحدود التي تنطبق فيها :

ولهذا نقسم كلامنا في تلك النظرية إلى أبواب أربعة :

الباب الأول : التعريف بالقاعدة القانونية .

الباب الثاني : أنواع القواعد القانونية .

الباب الثالث : مصادر القاعدة القانونية .

الباب الرابع : تطبيق القاعدة القانونية .

الباب الأول

التعريف بالقاعدة القانونية

٥ - يانه :

نتناول في فصل أول من هذا الباب تعريف القانون وتحليله ، حيث نتعرف معناه ، وفي ضوء هذا المعنى نعين وظيفته ، ثم نحدد الخصائص التي يتميز بها .
وفي فصل ثان نحدد نطاق القانون ، حيث نبرز موقفه من القواعد الاجتماعية الأخرى ، كما نشير إلى صلته بالعلوم الاجتماعية الأخرى ، ونعين في النهاية المدى الذي يذهب إليه القانون في تدخله في نشاط الأفراد بحسب النزعة التي تسود المجتمع .

الفصل الأول

تعريف القانون وتحليله

٦ - المعنى الاصطلاحي للقانون :

يطلق القانون لغة على كل قاعدة مطردة ، بحيث تفيد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت : وبهذا المعنى يطلق القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية ، فيقال مثلا قانون الجاذبية الأرضية ، أو قانون الغليان الذي يخضع له الماء .
وفي الاصطلاح القانوني يفيد القانون معنيين : أحدهما عام ، والآخر خاص .
فالقانون بالمعنى العام Droit هو مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع . وهو معنى يتصل بالمعنى اللغوي . إذ أن القانون بهذا المعنى

الاصطلاحى يحدد النظام الذى يجب أن تجرى علاقات الأفراد وسلوكهم على مقتضاه : وهو المعنى الذى يستفاد من لفظ القانون إذا أطلق .

أما القانون بالمعنى الخاص Loi فيزاد به قاعدة معينة أو مجموعة معينة من القواعد تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين . فيقال بهذا المعنى قانون الشهر العقارى ، وقانون الإصلاح الزراعى ، وقانون تنظيم الجامعات ، وقانون المحاماة . حيث يراد بذلك التشريعات التى تحكم هذه المسائل .

والقانون بالمعنى العام هو الذى يعنينا فى هذه الدراسة : وهو يتخصص بالمكان والزمان ، حيث يختلف من بلد إلى آخر ، ومن زمان إلى زمان : ولذلك جرى التعبير عن القانون المطبق فعلا فى بلد معين بالقانون الوضعى لهذا البلد Droit positif . فيقال مثلا « القانون الوضعى المصرى » للدلالة على القانون المطبق فى مصر فى الوقت الحاضر :

٧ - وظيفة القانون :

تحدد وظيفة القانون ببيان الأغراض التى يرمى إلى تحقيقها والوسيلة التى تتخذ لبلوغ هذه الأغراض .

والأغراض التى يرمى إليها القانون ترتد إلى غرضين أساسيين : أولها صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم . والثانى حفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه وارتقائه .

ووسيلة القانون إلى تحقيق هذين الغرضين هى التوفيق بين حريات الأفراد ومصلحتهم المتعارضة على نحو يكفل المحافظة على كيان المجتمع ويضمن له التقدم : ولا يقدر لتلك الوسيلة أن تؤتى ثمرتها على هذا النحو إلا إذا قام التوفيق بين حريات الأفراد ومصلحتهم على أساس من الحرية والمساواة ، وكان رائد الشارع فيما يورده من قيود فى هذا الشأن هو المصلحة العليا للمجتمع . على أن يراعى فى ذلك كله ظروف المجتمع وعاداته وتقاليده ومعتقداته وما يرونو إليه من مثل عليا وما يحرص عليه من مبادئ وما يهفوا إليه من آمال . فالقانون مرآة للبيئة من ناحية ، ووسيلة إلى تقدمها وارتقاها من ناحية أخرى . فإذا لم يستجب القانون لظروف المجتمع وحاجاته ولد ميتا ، فلا يصادف

نجاحا في التطبيق . وإذا انحرف القانون عن مبادئ الجماعة وتعارض مع آمالها قاومته وثار عليه .

ويلاحظ أن القانون في تنظيمه للروابط الاجتماعية إنما يتوخى غاية نفعية هي إقامة النظام واستقراره في المجتمع ، ولواقضاه ذلك أن يتغاضى عن الناحية الخلقية المجردة التي ينظر فيها إلى مصلحة الفرد الخاصة لا إلى المصلحة العامة للمجموع : مثل ذلك أن من يحوز عقارا بنية التملك مدة خمس عشرة سنة يكون له أن يكسب ملكية هذا العقار ولو كان غاصبا (م ٩٦٨ مدني) . إذ قدر الشارع أن قيام النظام في المجتمع وكفالة الأمن فيه يقتضيان أن تستقر المراكز الواقعية التي ظلت أمدا طويلا ، حتى يوضع حد للمنازعات في هذا الشأن ، وهو اعتبار جوهرى يتصل بالنظام العام في المجتمع بحيث يرجح على المصلحة الخاصة للفرد .

٨ - خصائص القاعدة القانونية :

رأينا أن القانون مجموعة قواعد تنظم نشاط الأشخاص في المجتمع وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها :

ومن هذا التعريف تخلص الخصائص الجوهرية للقاعدة القانونية : فهي قاعدة سلوك ، يخاطب بها الأشخاص في المجتمع ، وتتوافر لها صفة التجريد والعموم ، وتكون ملزمة للمخاطبين بها . فهذه خصائص أربع تتناولها فيما يلي :

٩ - (١) القاعدة القانونية قاعدة ملوك :

رأينا أن القانون لغة يعبر عن قاعدة مطردة تفيد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت : وبهذا المعنى يطلق القانون على القواعد التي تحكم الظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية الأرضية ، أو قانون الغليان الذي يخضع له الماء . والقاعدة بهذا المعنى لا يتصور أن يكون لها مساس بنشاط الأفراد ، وبالتالي لا يمكن أن يقع من جانبهم ما يخالفها . إذ أنها تقرر أمرا واقعا لا سلطان لأحد عليه .

أما القاعدة القانونية بالمعنى الاصطلاحي الذي يعيننا في هذا المقام فلا تقرّر أمراً واقعاً تكشف عنه ، بل تين ما يجب أن يكون سلوك الأفراد على مقتضاة . فهي لا تنبئ بما هو كائن ، وإنما تفرض ما ينبغي أن يكون . ومن هنا كانت قاعدة سلوك يأتمر بها الأفراد ، وقد يقع مع جانبهم ما يخالفها . فالقاعدة التي تلزم المشتري بأن يدفع ثمن المبيع تفرض عليه السلوك الذي يجب أن يراعيه في علاقته بالبائع ، وقد يخل المشتري بهذا الالتزام فيمتنع عن دفع الثمن .

والقاعدة القانونية في توجيهها لسلوك الأفراد تتضمن إباحة فعل أو أمراً بفعل أو نهياً عن فعل . وقد يرد ذلك في عبارة صريحة ، كما في القاعدة التي تقرّر حرية من الحريات العامة ، أو تلك التي توجب القيام بالخدمة العسكرية ، أو تلك التي تقضى بأنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه دون ترخيص من الأصل (م ١٠٨ مدني) . والغالب ألا يرد ذلك صراحة ، وإنما يستفاد من مضمون القاعدة . فالقاعدة التي تقضى ببطالان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة (م ١٣١ / ٢ مدني) . يستفاد منها إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية الأخرى . والقاعدة التي تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين (م ١٤٧ / ١ مدني) يستفاد منها أمر المتعاقد بالوفاء بما تعهد به . والقاعدة التي تقضى بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (م ١٦٣ مدني) يؤخذ منها النهي عن الاضرار بالغير .

١٠ - (٢) القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص في مجتمع :

الإنسان ، كما رأينا ، كائن اجتماعي ، فهو لا يستطيع أن يعيش إلا في مجتمع . وإذا كانت القاعدة القانونية قاعدة سلوك يأتمر بها الأفراد ، فهي من هذا لا توجد إلا حيث يكون هناك مجتمع . ومقتضى هذا أن تكون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ، ومن ثم يكون القانون على صلة بالعلوم الاجتماعية الأخرى كما سنرى .

ويترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية أن يتخصص القانون بالمكان والزمان كما قلنا . فالقانون ، رآة للبيئة التي ينطبق فيها ، حيث يستجيب لظروفها وحاجاتها . وكل بيئة تختلف عن غيرها من البيئات الأخرى ، كما أن لكل عصر أفكاره

ومبادئه ومقتضياته . ولذلك كان حتماً أن يختلف القانون من دولة إلى أخرى ، فالقانون الذى يصلح للبيئة الانجليزية أو الأمريكية يختلف عن القانون الذى يصلح للبيئة الفرنسية أو الإيطالية أو المصرية . وكان حتماً كذلك أن يختلف القانون فى البيئة الواحدة من عصر إلى عصر ، فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المستحدثة . ولذلك نرى الشارع يتدخل من وقت إلى آخر فيعدل القانون القائم أو يغير فيه كي يتلاءم مع الظروف الجديدة فى المجتمع ؛

وإذا كان المجتمع الذى يخاطب أشخاصه بالقاعدة القانونية قد وصل فى تطوره إلى أن يتخذ شكل الدولة ، إلا أن هذا الشكل ليس ضرورياً لوجود مثل هذا المجتمع ، فالمهم أن تكون هناك سلطة لها حق السيادة والإجبار ، حتى تقوم على احترام القاعدة القانونية . وقد وجد القانون تاريخياً قبل أن توجد الدولة ؛ فقد بدأ المجتمع قديماً فى نطاق القبيلة ، ثم تطور إلى إقطاعية ، وأخيراً اتخذ شكل الدولة بما ينطوى عليه من توحيد سياسى منظم .

١١ - (٣) القاعدة القانونية قاعدة مجردة وعامة :

رأينا أن القانون مجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص فى مجتمع . والتجريد والعموم صفتان تثبتان لكل قاعدة . ومن هنا كانت القاعدة القانونية مجردة *abstraite* وعامة *générale* .

ويراد بالتجريد أن يوجه الخطاب فى القاعدة القانونية إلى الأشخاص بصفاتهم ، وأن تناول القاعدة الوقائع بشروطها . فهى لا توجه إلى شخص معين بذاته ، ولا تناول واقعة بعينها . ويؤدى تجريد القاعدة على هذا النحو إلى عموم تطبيقها . فتطبق القاعدة على كل شخص تثبت له الصفات المقررة ، وتسرى على كل واقعة تتوفر فيها الشروط المطلوبة . ويتضح من هذا أن التجريد والعموم وجهان لخاصة واحدة ، حيث تكون القاعدة مجردة عند نشوئها ، فتصبح بذلك عامة فى تطبيقها :

والواقع أن الشارع ، وهو ينظم سلوك الأشخاص على نحو نموذجى مماثل لتحقيق به المساواة بينهم ، لا بد من أن تكون وسيلة إلى هذا التنظيم أن يضع قواعد مجردة

وعامة تطبق على جميع الحالات المتماثلة ؛ وبذلك يطرد تطبيق القاعدة القانونية على كل حالة تنشأ في أى وقت وتتوفر فيها الشروط اللازمة . وبدون هذا التجريد والعموم يصبح التكليف الصادر من السلطة العامة في خصوص شخص معين بذاته أو واقعة محددة بعينها مجرد أمر فردى لا قاعدة عامة . ويختلف الأمر عن القاعدة في أن تطبيقه يقتصر على الأشخاص المعيّنين فيه بذواتهم أو الوقائع المحددة فيه بعينها ، حتى إذا ما طبق في هذه الحدود استنفذ أغراضه وقوته بهذا التطبيق ، فلا يمتد بعد ذلك إلى أشخاص آخرين ، ولا يتناول وقائع أخرى .

فقانون التجنيد الإجبارى يشتمل على قواعد قانونية ، لأنها مجردة وعامة ، حيث تتناول الأشخاص بصفاتهم ، فتطبق على كل شخص تتوفر فيه صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والحالة البدنية . بينما لا يعتبر القرار الصادر باقتراح شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية ، بل هو أمر فردى يوجه إلى شخص معين بالذات . وقانون الموظفين يتضمن قواعد قانونية ، لأنها مجردة توجه إلى الأشخاص بصفاتهم ، فتطبق بصورة شاملة على كل شخص تقوم به هذه الصفات . بينما لا يعتبر المرسوم أو القرار الصادر بتعيين شخص معين في وظيفة معينة قاعدة قانونية ، لأنه يوجه إلى شخص معين بالذات .

والقاعدة التى تقضى بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض قاعدة قانونية مجردة وعامة ، لأنها تتناول واقعة الخطأ بشروطها ، فتطبق على كل فعل توفرت فيه شروط الخطأ أيا كان الشخص الذى ارتكبه . وعلى خلاف ذلك لا يعتبر قاعدة قانونية الحكم الصادر من المحكمة بإلزام شخص معين بالتعويض لأنه تسبب بخطئه أثناء قيادة سيارة في جرح شخص آخر ، إذ أن هذا الحكم موجه إلى شخص معين بالذات ، هو الشخص المحكوم عليه دون غيره من الأشخاص .

ولا يعنى كون القاعدة عامة أنها يجب أن تسرى في حق الناس جميعاً أو تنطبق على سائر الوقائع التى تصدر منهم . فقد تنصرف القاعدة إلى طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ، دون أن يقدح ذلك فيما لها من صفة العموم ، ما دام هؤلاء الأشخاص معينين بصفاتهم أو ما دامت هذه الوقائع معينة بشروطها . فقانون نظام القضاء يقتصر تطبيقه على القضاة ، وقانون الموظفين يقتصر تطبيقه على الموظفين ، وقانون العمل يقتصر

تطبيقه على العمال ، وكل هذه قوانين تتضمن قواعد مجردة وعامة ، لأنها تخاطب الأشخاص الذين تنصرف إليهم بصفاتهم لا بذواتهم ، وقد يزداد عددهم أو ينقص تبعاً لتوافر الصفات المقررة أو عدم توافرها. بل إن القاعدة قد توجه إلى شخص واحد معين بصفته لا بذاته ، فتكون بذلك قاعدة مجردة وعامة . فالقواعد التي تحدد سلطات رئيس الدولة تكون مجردة وعامة لأنها لا توجه إلى رئيس معين بذاته ، بل توجه إلى كل شخص يشغل منصب رئاسة الدولة . ويبين من ذلك أن ليست العبرة في هذا الشأن بعدد الأشخاص الذين يوجه إليهم الخطاب في القاعدة القانونية ، إذ المعول عليه هو الصفة التي تثبت لهؤلاء وفقاً لما تتطلبه القاعدة ، ويستوى في ذلك أن تثبت هذه الصفة للناس جميعاً أو لعدد محدود منهم أو حتى لشخص واحد دون غيره من الناس .

وإذا كان وضع القاعدة القانونية على نحو مجرد وعام هو وسيلة إلى الشارع إلى تنظيم سلوك الأشخاص على أساس المساواة فيما بينهم ، فإن رائد الشارع في تحقيق هذه المساواة هو الاعتداد بالوضع الغالب في الحياة الاجتماعية . حيث تقوم تلك المساواة على أساس العدل *La justice* الذي يؤخذ فيه بهذا الوضع الغالب بالنسبة إلى جميع الأشخاص ، لا على أساس العدالة *L'équité* التي ينظر فيها إلى ظروف كل شخص على حدة . إذ أن التجريد والعموم في القاعدة لا يتيسر إلا على أساس توحيد الحكم فيها بالنسبة إلى جميع الأشخاص ، فيراعى في هذا الحكم الأخذ بالوضع الغالب الذي يشترك فيه الأغلبية العظمى من الناس ، دون نظر إلى الظروف الخاصة التي ينفرد بها عدد قليل منهم .

فالقاعدة التي تحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة راعى فيها الشارع متوسط سن النضج العقلي على أساس الوضع الغالب بين الناس . وقد تكون هناك قلة من الأفراد يتوفر لها النضج العقلي والدراية بمباشرة التصرفات القانونية قبل بلوغ هذه السن ، كما قد تكون هناك قلة لا يتوفر لها النضج الكافي إلا بعد مضي مدة من بلوغ هذه السن : ولو أن الشارع ترك للقاضي أن يحدد سن الرشد لكل شخص على حدة في ضوء خبرته وحظه من النضج للعقل لتحقق بذلك العدالة الحققة بامتياز به من مرونة ، حيث ينظر إلى ظروف كل شخص

على حدة . ولكن الأخذ بهذا الحل ينافي النظام والاستقرار في الجماعة ، وهو غرض جوهرى يحرص عليه القانون ، بحيث يستأهل التضحية بالظروف الخاصة لعدد قليل من الأفراد . ولهذا يقف القانون عند المعيار الوسط الذى يصدق عند أغلب الأشخاص ، فيجعل من الرشد بالنسبة إلى الجميع هى إحدى وعشرين سنة :

وعلى هذا النحو فإن التجريد والعموم فى القاعدة القانونية يؤديان إلى إقامة النظام في المجتمع واستقراره : إذ تنطبق القاعدة على الأشخاص المتماثلين والوقائع المتماثلة وفقا لحكمها ، وبطرد انطباقها فى كل مرة على النسق الذى طبقت به من قبل . ومن هنا كان الشبه قريبا بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية ، إذ يكون النظام عنصرا مشتركا بين الفريقين . غير أنه يبقى بعد ذلك فارق جوهرى بينهما . فالقواعد القانونية تطاع عن إرادة ، ويستطيع الشخص عصيانها متحملا جزاء العصيان . بينما القوانين الطبيعية لا تطيعها الظواهر الطبيعية عن إرادة ، وهى لا تملك إلا طاعتها .

١٢ - (٤) القاعدة القانونية قاعدة ملزمة :

يراد بكون القاعدة القانونية قاعدة ملزمة obligatoire أن يكون لها جزاء Sanction مادى توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالفها .

ذلك أن القانون يهدف إلى إقامة النظام في المجتمع وكفالة الأمن فيه . ولضمان تحقيق هذا الغرض يجب أن تقترن القاعدة القانونية بجزاء مادى رادع ، حيث تكون هناك سلطة عامة تقوم على احترام هذه القاعدة ، فتتولى توقيع الجزاء على المخالف بما لها من قوة القهر والإجبار . ومن ثم فإن وجود مثل هذا الجزاء أمر تقتضيه وظيفة القاعدة القانونية ، بحيث يعتبر عنصرا لازما لقيامها .

على أن هذا لا يعنى أن احترام القانون يرجع دائما إلى الخشية من توقيع الجزاء ، فالغالب أن يصلح هذا الاحترام عن رغبة تقوم على أساس الشعور بأن القانون ضرورة اجتماعية لا بد منها لحماية النظام في المجتمع والسير بالجماعة فى طريق التقدم . لكن هذا لا يقلل من دور الجزاء كضرورة حتمية لحمل الناس على احترام القانون . فالمهم أن

يعرف الأفراد سلفاً أن مخالفة القاعدة القانونية تؤدي حتماً إلى توقيع الجزاء عليهم ، ولا يهم بعد ذلك أن تكون طاعتهم لها عن رغبة وشعور بلزومها .

وتتفق القواعد القانونية مع غيرها من القواعد الاجتماعية ، كالقواعد الأخلاقية والقواعد الدينية ، في أنها جميعها تقتزن مجزاء . ولكن يبقى بعد ذلك فارق جوهري بين الفريقين من القواعد فيما يتعلق بطبيعة الجزاء ، حيث يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بخصائص معينة : ١ - فهو جزاء مادي محسوس ، بمعنى أنه يتخذ مظهراً خارجياً يقوم على الإكراه الذي تباشره السلطة العامة بالقوة المادية . وبذلك يتميز عن الجزاء الأخلاقي الذي يقوم على تأنيب الضمير أو شعور الناس بالاستنكار . ٢ - وينبني على ذلك أن يكون جزاء دنيوياً ، بمعنى أن يوقع على الأفراد في الحياة الدنيا . وبذلك يختلف عن الجزاء الديني الذي يلقاه العاصي في الآخرة . ٣ - كما أنه جزاء منظم ، إذ تتولى توقيعه سلطة عامة باسم الجماعة وفقاً لنظام محدد . ولذلك يطلق عليه الإكراه العام أو الجماعي .

وقد خضع الجزاء من حيث تنظيمه لتطور محسوس . ففي الجماعات القديمة كان توقيع الجزاء موكولاً إلى الفرد الذي وقع عليه الاعتداء ، يتولاه بنفسه ، أو تتولاه عائلته أو قبيلته . أما في الجماعات الحديثة فقد ظهرت الدولة ، وأصبح توقيع الجزاء من اختصاص السلطة العامة ، تتولاه باسم الجماعة . وبذلك انتهى عهد القصاص الفردي ، فلم يعد يجوز لمن اعتدى عليه أو أصابه ضرر أن يتولى القصاص بنفسه أو يقتضى حقه بيده ، بل يتعين عليه أن يلجأ في ذلك إلى السلطة العامة وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون .

على أنه ما تزال في القانون الحديث بقية من القصاص الفردي . وذلك في حالات إستثنائية تفرضها الضرورة أو تدعو إليها اعتبارات العدالة . كما هو الشأن في حالة الدفاع الشرعي (م ١٦٦ مدني) ، حيث يباح للشخص أن يدافع بالقوة لرد اعتداء يهدد سلامته أو ماله إذا لم يكن من الميسور الالتجاء إلى السلطة العامة في الوقت المناسب . وكما هي الحال في الحق في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ (م ٢٤٦ مدني) ، إذ يجوز لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب

التزام المدين ومرتبطة به . فللمودع لديه مثلا أن يحبس الوديعة حتى يقوم المودع بإيفائه ما أنفقته للمحافظة عليها . وللبائع أن يحبس المبيع حتى يقوم المشتري بوفاء ما هو مستحق عليه من الثمن .

وتختلف صور الجزاء باختلاف نوع القواعد القانونية . فمثلا يختلف الجزاء الجنائي في نطاق القواعد الجنائية عن الجزاء المدني في نطاق القواعد المدنية والتجارية . حيث يكون الجزاء الجنائي عقوبة توقع على المجرم . وتبدر العقوبات في قوتها تبعا لجسامة الجريمة . فقد تقع على جسم المجرم كالإعدام . وقد تسلب حريته كالأشغال الشاقة والسجن والحبس . وقد تقيد حريته كالوضع تحت مراقبة الشرطة . وقد تقع على ماله كالغرامة والمصادرة .

أما الجزاء المدني فيكون بتنفيذ الالتزام جبرا على المدين ، أو بمحو أثر المخالفة التي وقعت بحيث تعود الحال إلى ما كانت عليه . وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذا مباشرا ، أى عينيا ، أو يكون تنفيذا بمقابل ، أى بطريق التعويض . والأصل أن يكون التنفيذ عينيا يحصل فيه الدائن على ذات ما التزم به المدين . فإذا امتنع البائع عن نقل ملكية العقار المبيع وتسليمه إلى المشتري ، جاز لهذا الأخير أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد ويسجل الحكم الصادر لصالحه فتنتقل الملكية إليه جبرا على البائع ، كما يكون له أن يتسلم العقار جبرا على البائع : وإذا تعذر التنفيذ العيني ، أو كان فيه إرهاب للمدين ، قام مقامه التنفيذ بطريق التعويض . فإذا تعهد فنان لصاحب مسرح بإحياء حفلة ، ثم امتنع عن الحضور حتى انقضى ميعاد الحفلة ، أجبر على أن يعرض صاحب المسرح عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك . وهناك صور عديدة غير ذلك لمحو أثر المخالفة التي تقع من الشخص . من ذلك مثلا أن يعتبر العقد باطلا إذا ورد على شيء لا يجوز القانون التعامل فيه ، كبيع مخدر . أو يعتبر العقد قابلا للإبطال إذا أبرم مع قاصر لا يجوز له إبرامه . أو يكون العقد قابلا للفسخ إذا قصر أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزامه . أو تسد المطلات التي تفتح على أقل من المسافة التي يوجب القانون مراعاتها بين المظل وملك الجار .

وقد يجتمع الجزاء الجنائي مع الجزاء المدني بالنسبة إلى ذات المخالفة . فن يرتكب

جريمة تؤدي إلى الاضرار بالغير توقع عليه العقوبة الجنائية ، ويلتزم في ذات الوقت بأن يدفع إلى المجنى عليه تعويضا ماليا عما أصابه من ضرر بسبب الجريمة .

الفضل الثاني

نطاق القانون

١٣ - تحميم هذا النطاق :

يتحدد النطاق الذى تؤدي فيه القواعد القانونية وظيفتها من ناحيتين : الأولى صلة القواعد القانونية بالقواعد الاجتماعية الأخرى التى تنظم سلوك الافراد . والثانية المدى الذى يصل إليه القانون فى تدخله فى نشاط الأفراد وتوجيهه لسلوكهم بحسب النزعة السائدة فى المجتمع .

الفرع الأول

القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى

١٤ - القواعد الاجتماعية :

رأينا أن القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ، بمعنى أنها خطاب موجه إلى الاشخاص فى مجتمع بغية تنظيم سلوكهم . غير أن القواعد القانونية ليست وحدها التى تحكم سلوك الأشخاص فى المجتمع ، بل توجد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها فى هذا الشأن . فهناك قواعد المجاملات والعادات والتقاليد ، وقواعد الاخلاق ، وقواعد الدين ، وهذه كلها قواعد اجتماعية تحكم سلوك الأفراد فى المجتمع . ولهذا يجب التمييز بين هذه القواعد وبين القواعد القانونية .

١٥ - القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد :

توجد في كل مجتمع قواعد سلوك يتواضع الناس على اتباعها في صلاتهم اليومية ، أو في مظهرهم وملبسهم . فهناك قواعد تقضى بها المجاملات ، كالتحية عند اللقاء ، والتهنئة في المناسبات السعيدة ، والعزاء في الموت ، والمواساة في الكوارث . وهناك قواعد يعتاد عليها الناس أو تجرى بها تقاليدهم في شأن المظهر والملبس . وهي تتفاوت بحسب الظروف والمناسبات ، كما تختلف بالنسبة إلى الرجال عنها بالنسبة إلى النساء . وتنطق هذه القواعد مع القواعد القانونية في أنها تحكم سلوك الأفراد في المجتمع ، بحيث يشعرون بأنها ملزمة لهم . ولكن الفريقين يختلفان فيما يتعلق بماهية الجزاء . حيث يقتصر الجزاء في قواعد المجاملات والعادات والتقاليد على مجرد استنكار الناس : بينما الجزاء في القواعد القانونية جزاء مادي تتولى السلطة العامة توقيعه بالقوة الجبرية . ويرجع هذا الاختلاف في الجزاء إلى تفاوت المصالح التي يرمى كل من الفريقين إلى تحقيقها من حيث أهميتها لكفالة النظام والاستقرار في المجتمع فالمصالح . التي يراد تحقيقها من وراء قواعد المجاملات والعادات والتقاليد لا ترقى إلى المستوى الذي يجعلها هامة وضرورية لإقامة النظام في المجتمع أو للمحافظة على كيانه ، ولذلك يكفي أن يكون الجزاء على مخالفتها هو مجرد الاستنكار . أما المصالح التي تكفلها القواعد القانونية فإنها من الأهمية بحيث تستأهل أن يفرض احترامها بجزاء مادي تتولى توقيعه السلطة العامة . وقد تغير نظرة المجتمع إلى بعض قواعد الفريق الأول فتتحول إلى قواعد قانونية ، كما لو تدخل القانون ليفرض نذرا معيناً على الناس .

١٦ - القانون وقواعد الأعراس :

الاخلاق في أمة معينة مجموعة قواعد تساهم في تكوينها أفكار الناس عن الخير والشر ، بحيث تكون المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع . فهي من هذا ولادة المعتقدات والتقاليد والعادات المتأصلة في النفوس . ويجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها وقالوا زاع أدبي يحكم تصرفاتهم ويسود علاقاتهم الاجتماعية . فمنها القواعد

التي تحض على التعاون على البر ، كالأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى ، ومنها القواعد التي تنهى عن التعاون على الإثم والعدوان ، كالنهي عن الفحشاء والمنكر والبغى . ومنها القواعد التي تأمر بالوفاء بالعهد والصدق في القول . ومنها القواعد التي توصي بأن يجب الإنسان لغيره ما يجب لنفسه . ومنها القواعد التي تدعو إلى التضحية والإيثار على النفس . إلى غير ذلك من القواعد التي تنزع بالإنسان نحو السمو الخلقي والكمال .

وتقتضى الإحاطة بموقف القانون من قواعد الأخلاق أن نعرض لنطاق كل منهما بالنسبة إلى الآخر ، ثم نتيين معيار التفرقة بينهما ، وننتهي ببيان الصلة التي تربط بينهما .

١٧ - (١) نطاق القانون والأخلاق :

هناك أمور نسوقها كي تساعد على تحديد هذا النطاق :

فمعظم القواعد القانونية هي في الوقت ذاته قواعد خلقية ، كذلك التي تنص على الجرائم فتحرم بذلك الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، والتي تجعل العقد شريعة المتعاقدين فتقضي بالوفاء بالعهد ، والتي تحرم الإثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع .

ويقابل ذلك أن من القواعد الخلقية ما لم يتناوله القانون في صورته المطلقة ، كذلك التي تحث على الفضائل فتوصي بالصدق أو البذل في سبيل مساعدة الغير أو الترفع على النفاق . على أنه يلاحظ أن القانون قد يتضمن بعض هذه القواعد في صورة خاصة . فمثلا إذا كان القانون لا يمنع الكذب بوجه عام ، فإنه يحرمه في حالات خاصة تبلى فيها خطورته على النظام الاجتماعي ، كما هي الحال في شهادة الزور والتزوير ، فكلاهما قوامه الكذب ويعتبره القانون جريمة .

وهناك من القواعد القانونية ما يقال عنه إنه لا علاقة له بالأخلاق . مثل ذلك القواعد المتعلقة بنظام المرور ، والتي تتطلب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية ، والتي تنظم إجراءات التماضي : فالأخلاق وفقا لهذا النظر لا يعينها أن يكون نظام المرور على نحو معين ، ولا يعينها أن يكون إثبات التصرفات القانونية بالكتابة أو بالبينة ، ولا يعينها

أن تكون هناك إجراءات معينة لرفع الدعوى ونظرها والحكم فيها . غير أن البصر بحقيقة هذه القواعد والغرض المقصود منها يبين لنا أن هذا النظر غير سليم ، إذ أنها تمت إلى الأخلاق بسبب : فقواعد المرور يراد منها وضع نظام للمرور يحول دون وقوع الحوادث ، وقواعد الإثبات يقصد منها إلى أن يكون التعامل على أساس واضح ممكن ، وإجراءات التقاضي ترى إلى أن يكون الفصل في النزاع على نحو متكافأ فيه الفرص أمام الخصوم في المطالبة بالحق والدفاع عنه ، وهذه كلها أغراض تدعو إليها الأخلاق .

وثمة قواعد قانونية قد تبدو في ظاهرها منافية للأخلاق ، حتى جرت أقلام الفقهاء في خصوصها بهذا المعنى . منها القواعد المتعلقة بكسب الحق أو سقوطه بالتقادم ، فمثلا يستطيع من يحوز عقارا بنية التملك مدة خمس عشرة سنة أن يكسب ملكيته حتى لو كان غاصبا ، ويستطيع المدين الذي قعد دائته عن اقتضاء دينه منه مدة معينة أن يتمسك بسقوط الدين بالتقادم . ومنها القواعد التي تحمي المجرم من القصاص إذا تقادمت الجريمة أو العقوبة . ومنها القواعد التي توجب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية ، فتؤدي إلى ضياع الحق إذا لم يتوفر لصاحبه دليل كتابي . غير أن الوقوف على الأهداف التي يرمى إليها الشارع من وراء هذه القواعد ومثيلاتها يوضح منه أنها غير منقطعة الصلة بالأخلاق . فهي تهدف بصفة عامة إلى أن يكون التعامل على أساس يطمأن إليه ، فتستقر المراكز القانونية ويقوم النظام في المجتمع . وهذه أغراض تنهض بها الأخلاق ، لأنها تكفل الخير العام للجماعة ، حتى لو كان في تحقيقها تضحية بمصلحة فردية :

ويتضح من هذا أن دائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون . فكل قاعدة قانونية إما أن تستند إلى أساس خلقي ، أو بالأقل تكون على صلة بالأخلاق من الناحية العامة التي يعتد فيها بمصلحة المجموع . ولكن ليست كل قاعدة خلقية قاعدة قانونية . وإذا كان هناك من القواعد القانونية ما يبدو في الظاهر أن لا شأن له بالأخلاق أو مناف لها فإنه في حقيقته يرتكز على الأخلاق من الناحية العامة التي ينظر فيها إلى المجموع لامن الناحية الخاصة التي ينظر فيها إلى الفرد في ذاته على أساس خلقي مجرد .

١٨ - (٢) معيار التفرقة بين القانون والأخلاق :

إن اشتراك القانون والأخلاق في عدد كبير من القواعد على النحو الذي قلّمناه لا يعني أن ليس هناك فارق بينهما حتى في هذا النطاق المشترك . فهما أمران متميزان ، لكل منهما نطاقه وغايته ووسائله لتحقيق هذه الغاية . ومن ثم وجبت معرفة المعيار الذي يقوم على أساسه التمييز بينهما .

وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى إقامة هذا المعيار على أساس أن الأخلاق تحكم أعمال الناس الظاهرة والباطنة ، حتى لو كانت هذه الأخيرة مازالت في النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تتخذ مظهرا خارجيا . بينما يقتصر القانون على الأعمال الظاهرة ، فلا يخلو بالنوايا في حالات معينة إلا إذا دلت عليها شواهد وأمارات ظاهرة . والواقع أن هذه التفرقة ليس من شأنها أن تقيم معيارا للتمييز بين القانون والأخلاق ، إذ هي ترجع إلى اختلاف الغاية التي يتوخاها كل منهما . فالقانون يهدف إلى إقامة النظام في المجتمع ، ولذلك فالأصل فيه ألا يعني إلا بالسلوك الظاهر للأفراد ، ولا شأن له بما يختلج في النفس . وهو مع ذلك يعني بالنوايا والدوافع التي تكمن وراء الأفعال في حالات معينة ، كما هي الحال في دوافع التعسف في استعمال الحق وفي حسن النية وسوئها في الحيازة وفي القصد من الجريمة . وإذا كان لا يعول على النوايا والدوافع التي تبقى كامنة في النفس ولا تدل عليها أمانة ظاهرة ، فما ذلك إلا لأن النظام الإجتماعي الذي يهدف إلى إقامته لا يضار من هذه النوايا والدوافع مادام لم يظهر لها أثر خارجي .

وذهب فريق آخر إلى أن هذا المعيار يمكن في الجزاء . ففي نطاق القانون يكون الجزاء ماديا تتولى السلطة العامة توقيعه بالقوة الجبرية . بينما يقتصر الجزاء في نطاق الأخلاق على مجرد تأنيب الضمير واستنكار الناس . والواقع أن الجزاء في القانون مختلف عنه في الأخلاق ، ولكنه لا يكتفي وحده معيارا للتفرقة بينهما ، بل يتعين البحث عن السبب الذي أدى إلى هذا الاختلاف في الجزاء ، حتى تضاف الأمور إلى أسبابها . فكما أن اختلاف الغاية التي يتوخاها كل من القانون والأخلاق هو الذي أدى إلى اختلاف

الأفعال التي يحكمها كل منهما وفق ما ذكرنا في مناقشة الرأى السابق ، فإنه كذلك هو الذى أدى إلى اختلاف الجزاء فى كل منهما .

ويتضح من هذا أن الرأى السليم هو الذى يقيم معيار التفرقة بين القانون والأخلاق على أساس الغاية التى يهدف إليها كل منهما . فالقانون يتوخى غاية نفعية ، هى إقامة النظام فى المجتمع والمحافظة على كيانه وكفالة تقدمه وارتقائه . بينما تتوخى الأخلاق غاية مثالية ، هى السمو بالإنسان والنزوع به نحو الكمال .

ويترتب على هذا الاختلاف فى الغاية بين القانون والأخلاق ما رأيناه من اختلاف فى نوع الأفعال التى يحكمها كل منهما ، واختلاف فى الجزاء الذى يتقرر فى كل منهما .

كما يترتب على هذا الاختلاف أن يقتصر القانون على تنظيم سلوك الفرد باعتباره عضواً فى المجتمع . أما الأخلاق فتتظم سلوك الفرد سواء باعتباره عضواً فى المجتمع أو بالنظر إليه فى ذاته . وليس صحيحاً على إطلاقه ما يقال من أن الأخلاق إنما تنظم سلوك الفرد بالنظر إليه فى ذاته فحسب ، فهذه نظرة تنطوى على إسراف غير مستساغ ، حيث تعنى الأخلاق بسلوك الفرد فى المجتمع قدر عنايتها بسلوكه فى ذاته ، بل إنها تنهض بتوضيحية مصلحة الفرد فى سبيل مصلحة المجموع كما قدمنا .

١٩ - (٣) الصلة بين القانون والأخلاق :

لامراء فى أن بين القانون والأخلاق تميزاً واضحاً . فلكل منهما طابعه واستقلاله ، ولكل منهما نشاطه الذى يحكمه والجزاء الذى يترتب على مخالفة قواعده . ويرجع هذا كله إلى ما بينهما من فارق جوهري فيما يتعلق بالغاية التى يتوخاها كل منهما كما رأينا فيما تقدم .

غير أن هذه التفرقة الأساسية بين القانون والأخلاق لا تقدح فيما يربط بينهما من صلة وثيقة تقوم على الأصول المشتركة التى تجمع بينهما . فالأخلاق هى المعين الذى يستقى منه القانون الكتلة الأساسية من القواعد التى يقررها . وقد رأينا أن أغلبية القواعد القانونية تستند إلى أساس خلقى ، وأن ما عدا ذلك من القواعد يتصل بالأخلاق من

الناحية العامة التي ينظر فيها إلى مصلحة المجموع لا من الناحية الخاصة التي ينظر فيها إلى الفرد في ذاته ما دام أن الغرض منه هو تحقيق الخير العام للجماعة .

فالقواعد القانونية ليست إلا قواعد خلقية رأى الشارع لزومها لقيام المجتمع والمحافظة على كيانه فوضع لها الجزاء المادى الذى يكفل طاعتها واحترامها ، أما ما عدا ذلك من القواعد الخلقية فأمره متروك لوعى الشخص وضميره . وكلما تقدمت الجماعة كلما ضاقت مسافة الخلف بين القانون والأخلاق ، فتتحول طائفة من القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية . وآية ذلك أن كثيرا من القواعد التي كانت مجرد واجبات خلقية إلى عهد قريب أصبحت الآن قواعد قانونية ، كعدم التعسف في استعمال الحق ، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة ، وتحمل التبعة في إصابات العمل بتعويض العامل عما يلحقه من أصابات بسبب العمل ولو لم تكن راجعة إلى خطأ صاحب العمل ، والتأمينات الاجتماعية في حالات العجز والشيخوخة والمرض .

بل إنه حتى بالنسبة إلى الفريق من القواعد الخلقية التي لم ينص عليها القانون قدر الشارع أن من بينها مبادئ وأصولا عامة لا مناص من كفالة احترامها وعدم المساس بها محافظة على المجتمع من الاضمحلال الخلقى . وهذه المبادئ والأصول هي التي يقال لها الآداب *les bonnes moeurs* . فكل اتفاق على ما ينافى الآداب يكون باطلا . حيث نصت المادة ١٣٥ من التقنين المدني على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » . كما نصت المادة ١٣٦ من هذا التقنين على أنه « إذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » . فمثلا يكون باطلا لمخالفته للآداب الاتفاق على دفع مبلغ من المال في مقابل إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة أو استبقاء هذه العلاقة ، وكذلك الاتفاق على دفع مبلغ في مقامرة أو رهان .

٢٠ - القانون وقواعد الدين :

الدين هو مجموعة القواعد التي يعتقد الناس أنها منزلة من الله سبحانه وتعالى عن طريق رسله .

ويختلف الدين عن القانون والأخلاق من حيث النطاق . فالقانون يتناول

واجبات الشخص نحو غيره . والأخلاق تتناول واجبات الشخص نحو نفسه ، وواجباته نحو غيره . أما الدين فيتناول واجب الشخص نحو الله ، وواجباته نحو نفسه ، وواجباته نحو غيره .

كما يختلف الدين عن القانون وعن الأخلاق من حيث الجزاء . فالجزاء في القانون جزاء دنيوى مادى توقعه السلطة العامة بالقوة الجبرية . والجزاء في الأخلاق هو وخز الضمير واستنكار الناس . أما الجزاء في الدين فجزاء أخروى هو العذاب فى الآخرة .

على أنه يلاحظ أن القواعد الأساسية فى الأخلاق يأمر بها الدين . ولذلك يعتبر الدين من أهم العوامل التى تساهم فى إرساء قواعد الأخلاق وقيامها فى ضمير الجماعة . ومن ثم فالغالب فى القاعدة الخليفة أن تكون فى الوقت ذاته قاعدة دينية .

كما يلاحظ أن من القواعد الدينية فى غير نطاق الأخلاق ما ينص عليه القانون فيصبح قواعد قانونية ، كما هى الحال فى مسائل الوقف والميراث والوصية والولاية على المال ، فهذه كلها منظمة بنصوص تشريعية مستمدة من الشريعة الإسلامية . وفى غير ذلك من مسائل الأموال الشخصية ترك الشارع الأمر للقواعد الدينية فى الحدود التى سنراها فيما بعد ، فصارت هذه القواعد قواعد قانونية . وسنرى فيما يلى إلى أى حد تنفذ القواعد الدينية إلى نطاق القانون .

٢١ - القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى :

ما دام أن القانون ينظم سلوك الأفراد بغية إقامة نظام يكفل المحافظة على كيان المجتمع وتقدمه ، فإنه يدخل فى نطاق العلوم الاجتماعية : وإذا كانت هذه العلوم تدرس الإنسان وتتناول نشاطه باعتباره عضواً فى المجتمع ، فإن القانون يتصل بها اتصالاً وثيقاً . حيث يتصل القانون بعلم الاجتماع ، فيعتمد عليه فى تعرف الظواهر الاجتماعية ، وبذلك يتيسر له أن ينظمها عن علم بأسبابها وحقيقة كنهها . ويتصل بعلم الاقتصاد السياسى حين يعرض لتنظيم المعاملات المالية ، فيتأثر به بحسب ما إذا كانت النزعة السائدة هى مذهب الاقتصاد الحر أم مذهب الاقتصاد الموجه . ويتصل بعلم السياسة حين يضع

النظام السياسى للمجتمع ، فيحدد نظام الحكم ويبين السلطات العامة وينظم صلتها بعضها ببعض وصلتها بالأفراد . وهذا فضلا عن مبلغ اتصاله بعلم الأخلاق كما رأينا فيما تقدم .

ويتبين من هذا أن القانون فى صلتة بالعلوم الاجتماعية إنما يعتمد عليها فى استخلاص ما ينشده من حقائق تكون أساسا للقواعد القانونية التى يجرى العمل على مقتضاها .

الفرع الثانى

مدى تدخل القانون فى نشاط الأشخاص

٢٢ - مذهباه :

هناك مذهبان يتراوح بينهما المدى الذى يصل إليه القانون فى تدخله فى نشاط الأشخاص وتوجيه سلوكهم : أحدهما المذهب الفردى ، وهو يرمى إلى تضيق نطاق القانون ، بحيث لا يتدخل فى نشاط الأشخاص إلا بالقدر الضرورى . والثانى المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى ، وهو يتجه إلى توسيع نطاق القانون ، فينادى بتدخله فى نشاط الأشخاص إلى مدى بعيد .

وسنخص كلا من هذين المذهبين بكلمة موجزة ، ثم نتبين الموقف الذى اتخذته القانون المصرى فى هذا السبيل .

٢٣ - المذهب الفردى :

يقوم المذهب الفردى *La doctrine individualiste* على أساس أن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع . فالقانون لم يوجد إلا لحماية حقوق الأفراد وكفالة التمتع بها . ذلك أن الفرد ، فى نظر هذا المذهب ، يولد وله حقوق طبيعية ، تفرضها الطبيعة ولا يمنحها القانون ، فهى سابقة فى وجودها على القانون : وجماع هذه الحقوق هى الحرية فى مظاهرها المختلفة . غير أن إطلاق استعمال هذه الحقوق ، وهى ثابتة لجميع الأفراد

بالتساوى ، قد يؤدى إلى التعارض بينها . ولهذا كان لابد من تقييد هذه الحقوق بالقدر الذى يسمح للجميع بالتمتع بها على قدم المساواة . ومن هنا كان القانون ضرورة اجتماعية ، كى يوفق بين الحقوق الفردية كفالة لوجودها واحترامها معا . فهو يقيد هذه الحقوق على سبيل التبادل ، دون أن يجاوز فى هذا التقييد القدر الضرورى لضمان حرية الجميع وحقوقهم . وفى هذه الحدود تكون مهمة القانون ، فليس له فيما وراء ذلك أن يتدخل فى شئون الأفراد .

ويتضح من هذا أن دون القانون فى نظر المذهب الفردى دور سلبى ينحصر فى حدود ضيقة للغاية ، إذ المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل القانون لتقييد هذه الحرية ، وهو استثناء يجب أن يؤخذ فى أضيق الحدود ، حتى يطلق للنشاط الفردى أوسع مدى :

ويترتب على هذا المذهب أن يكون لإرادة الأفراد الشأن الأول والرئيسى فى تنظيم شئونهم وعلاقاتهم ، وذلك أخذاً بمبدأ سلطان الإرادة *Le principe de l'autonomie de la volonté* . وقد ساد هذا المبدأ فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بناء على نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية تشبعت بروح الفردية . وهى تنادى بوجود قانون طبيعى يقوم على حرية الفرد واستقلال إرادته ، ويترك هذه الإرادة توجه ما فى المجتمع من نظم اقتصادية واجتماعية . وقد حمل لواء هذه الدعوة فى الميدان الاقتصادى الفيزيوقراط ، إذ كانوا ينادون بالحرية الاقتصادية . ونهض بها فى الميدان السياسى والفلسفى روسو فى كتابه المسمى بالعقد الاجتماعى . فكان جماع الأفكار التى سادت فى هذا العصر أن يترك القانون الإرادة تزاوّل نشاطها ، وليس عليه بعد ذلك أن يتدخل لحماية طرف ، أو ليرى ما إذا كان هذا النشاط يتفق مع الصالح العام ، إذ أن هذا الوضع هو الذى يحقق مصلحة الفرد ، وبالتالي مصلحة المجموع ، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، ومقتضى هذه الحرية أن تكون الإرادة حرة مستقلة .

ولا شك فى أن لهذا المذهب الفضل فى الدعوة إلى محاربة استبداد الدولة وطمعائها وفى بيان وجوب احترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردى . وقد كان ظهوره

أمرا طبيعيا ولازما في العصر الذي نودى به فيه، حيث اشتد تحكم الدولة إلى حد أهدرت فيه الحريات وأغلقت الأبواب أمام النشاط الفردي .

غير أنه يؤخذ عليه أنه بالغ في الاعتداد بالفردي إلى حد الإسراف، وتنكب الطريق الحق عندما نادى بإطلاق الحرية الفردية . فهو يجعل الفرد الهدف من وجود القانون ، ويفترض أن له حقوقا تلو على القانون . وهذا أساس خاطئ ، إذ أن الغرض من وجود القانون هو تنظيم المجتمع وحفظ كيانه . وإذا كان هذا التنظيم يقتضى صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم فما ذلك إلا استجابة لما يتطلبه الصالح العام للجماعة بما ينطوى عليه من رعاية لمصالح الأفراد . وليس للفرد من حقوق إلا ما ينحوله إياه قانون المجتمع . كما أن إطلاق الحرية الفردية ينطوى على تجاهل لحقيقة الواقع من حيث تفاوت الأشخاص في قوتهم الاقتصادية ، ومن ثم يؤدي إلى نتائج عملية غير مقبولة . فإطلاق الحرية للأشخاص في تنظيم علاقاتهم كما يشاءون أدى إلى أن أصبحت هذه الحرية أداة في يد الأقوياء للتحكم في الضعفاء واستغلالهم . وآية ذلك ما رأيناه في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر من ظهور قوى اقتصادية هائلة تتمثل في أرباب الأعمال والشركات الكبيرة استطاعت بما توفر لها من قوة أن تفرض شروطها الجائرة على العمال الذبيح لا بدلهم من قبولها تحت ضغط الحاجة ومطالب العيش ، كما تمكنت من أن تتحكم في أسعار السلع والمرافق الضرورية التي لاغنى للجمهور عنها .

وعلى هذا النحو ظهرت مساوىء المذهب الفردي ، وبدا واضحا أن الأخذ به على إطلاقه يؤدي إلى الإضرار بمصالح الأفراد ومصلحة الجماعة على حد سواء . فهو يغفل أن الجماعة كوحدة متضامنة لها كيائها المستقل عن كيان الأفراد ، وأن صالحها العام يعلو على مصالحهم الخاصة ، وأن القانون يجب ألا يكون دوره مائلا محضا فيترك النشاط الفردي دون رقابة أو توجيه ، بل يجب أن يتخذ دورا إيجابيا فيتدخل لتوجيه هذا النشاط ، بحيث يحمى الضعيف من القوى ، ويتيح الفرص المتكافئة أمام الجميع . وهذا هو الأساس الذي قام عليه المذهب الاشتراكي .

٢٤ - المذهب الاشتراكي :

يقوم المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي *La doctrine socialiste* على أساس أن المجتمع هو الهدف من وجود القانون . فهو ينظر إلى الشخص باعتباره كائنا اجتماعيا يرتبط بغيره من الناس ويتضامن معهم في سبيل تحقيق الصالح العام للجماعة ؛ ومن ثم تكون وظيفة القانون في نظره هي المحافظة على كيان المجتمع وتسخير الفرد لخدمته . فالمجتمع ليس مجموعة من شخصيات محتفظة بذاتيتها ، كما يريد المذهب الفردي ، بل هو وحدة متضافرة تتجه جهود أفراد نحو غاية مشتركة ، هي خير المجموع . وبذلك يكون للقانون دورا إيجابيا ، فلا يقتصر على حفظ النظام في المجتمع كما ينادى المذهب الفردي ، بل يتجه إلى تحقيق الخير العام فيوجه النشاط الفردي نحو هذه الغاية .

ويمتاز هذا المذهب بأنه يضع مصلحة الجماعة في المقام الأول ، فيرجحها على المصالح الخاصة للأفراد ، وبذلك يبرر حقيقة هامة وأساسية أغفلها المذهب الفردي . كما أن له فضل تلافى النتائج الظالمة التي تترتب على إطلاق الحرية الفردية بما يؤدي إليه من تحكم واستغلال .

غير أنه يلاحظ أن المذاهب الاشتراكية تتفاوت درجاتها . فمنها ما يبالغ إلى حد إلغاء الملكية الخاصة والتضحية بمصلحة الفرد في سبيل مصلحة المجموع ، بحيث يجعل نصب عينيه مصلحة الجماعة وحدها . ومنها ما يتخذ مذهباً معتدلاً ، فيسلك طريقاً وسطاً بين المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي ، حيث يضع مصلحة الجماعة في المقام الأول ، مع الاعتراف بالملكية الخاصة ، واحترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردي في الحدود التي تنأى بهما عن التحكم والاستغلال ،

وهذه الصورة المعتدلة للاشتراكية هي التي تسود في الوقت الحاضر في أغلب البلاد . وهي التي يحسن الوقوف عندها ، نظراً إلى أنها تجمع بين مزايا المذهبين وتتلافى ما فيهما من عيوب . فهي لا تعتد بالفرد وحده كما يقول المذهب الفردي ، ولا تنظر إلى الجماعة وحدها كما ينادى المذهب الاشتراكي في صورته المتطرفة ، وإنما تتخذ مسلكاً

وسيطا تنظر فيه إلى مصلحة الجماعة بصفة أساسية مع المحافظة على شخصية الفرد وكيانه اللذان يميّزهما لا يضحى بالمصلحة الخاصة للفرد إلا إذا تعارضت مع المصلحة العامة للمجموع. وقد ترتب على المذهب الاشتراكي في صورته القويمة هذه أن عمدت الدولة في كثير من البلاد إلى تأميم المرافق الضرورية للشعب ، حتى تكون بمنأى عن الاستغلال والتحكم من جانب بعض الأشخاص ، وبذلك وجدت الملكية الجماعية للشعب إلى جانب الملكية الخاصة للأفراد . إذ أن هذا التأميم ينقل المال من الملكية الخاصة إلى الملكية الجماعية . ويقول ميثاقنا الوطني في هذا المعنى : « إن التأميم ليس إلا انتقال أداة من أدوات الإنتاج من مجال الملكية الخاصة إلى مجال الملكية العامة للشعب » (١) . كما ترتب على هذا المذهب أن أصبحت إرادة الأفراد في تنظيم شئونهم وعلاقاتهم مقيدة بالقيود التي يقتضيها الصالح العام للمجتمع . وهذه القيود تزداد يوما بعد يوم : حيث اتسع نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق . وأصبح الغبن سببا عاما لابطال العقد إذا كان منظويا على استغلال . وظهرت نظرية الظروف الطارئة . وأخذ الشارع يتدخل في تنظيم فريق من العقود بمقتضى قواعد آمرة ، كعقد العمل وعقد الإيجار . وأصبح كثير من السلع خاضعا للتسعير الجبري .

ويتضح من هذا أن القانون في ظل المذهب الاشتراكي يقوم بدور إيجابي في توجيه نشاط الأفراد على النحو الذي يتفق مع الصالح العام ، حيث يتسع نطاقه إلى حد كبير .

٢٥ - موقف القانون المصري :

صدر التقنين المدني المصري القديم في عامي ١٨٧٥ (التقنين المختلط) و ١٨٨٣ (التقنين الأهلي) تسيطر عليه النزعة السائدة في ذلك العصر ، وهي النزعة الفردية . وقد كان في هذا مقلدا للتقنين المدني الفرنسي الذي أخذ عنه الكثير من أحكامه . فوفقا لنصوص هذا التقنين كان يعتبر حق الملكية حقا مطلقا ، وكان مبدأ سلطان

(١) قدم رئيس الجمهورية مشروع هذا الميثاق إلى المؤتمر الوطني لقوى الشعبية في ٢١ مايو سنة ١٩٦٤ ، وقد أقره المؤتمر وأعلنه في يولييه سنة ١٩٦٤ .

الإرادة هو الأساس في تنظيم معاملات الأفراد ، فلا يجوز نقض العقد ولو كان منظوياً على استغلال ، ولا الإعفاء من بعض شروطه ولو كانت جائزة ، ولا إعادة النظر فيه ولو ظراً ما يجعل الالتزام مرهقاً للمدين .

غير أن تطورات عميقة ظهرت في العالم منذ بداية القرن العشرين : حيث ظهرت أفكار جديدة تنادى بالحد من إطلاق النزعة الفردية وتنظر إلى الحقوق ، ولا سيما حق الملكية ، باعتبارها وظائف اجتماعية . وقد تأثر الشارع المصرى بهذا الاتجاه الاشتراكي الجديد ، فأصدر فريقاً من القوانين الخاصة يستجيب فيها لهذا الاتجاه ، كذلك التي تتعلق بالعمال وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

ثم جاء التقنين المدنى الحالى الذى عمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مصطبغاً بصبغة اشتراكية معتدلة يجارى فيها نزعات عصره سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية ، حيث اتخذ موقفاً معتدلاً بين الفرد والجماعة . ففى نطاق العقد أقر مبدأ سلطان الإرادة ؛ ولكنه أحاطه بكثير من القيود لمصاحبة الجماعة . فهو يتميز فى هذا الصدد بحماية الجانب الضعيف فى العقد ، كفاعل فى نظرية الاستغلال ، وعقود الإذعان ، ونظرية الحوادث الطارئة ، وعقد التأمين : وفى نطاق الملكية جعلها وظيفة اجتماعية أكثر منها حقاً فردياً ، حيث أورد عليها من القيود ما يقف بها عند حدود هذه الوظيفة . إذ أوجب على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يلحق بالجار ضرراً غير مألوف . وتضمن قيوداً على حق الملكية فى الشرب والمجرى والصرف وحق المرور والحائط المشترك والمطبات . وأبرز فكرة التضامن الاجتماعى فى نظام الشيوخ ، وملكية الأسرة ، وملكية الطبقات ، واتحاد ملاك طبقات البناء الواحد . وهو وإن كان يحمى حقوق الأفراد أياً كان نوعها ويكفل لهم استعمالها والتمتع بها ، إلا أنه فى الوقت ذاته يحمى الجماعة من خطر استعمالها على نحو مطلق ينحرف بها عن غرضها الاجتماعى ، فلا يجوز التعسف فى هذا الاستعمال .

وبعد قيام ثوره ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ أخذ الطابع الاشتراكي يسود التشريعات الجديدة على نحو حرص فيه الشارع على أن يقيم مجتمعاً اشتراكياً بروحه ومعناه . فصدرت قوانين الإصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ والسنوات التالية تفرض حداً أقصى

لما يجوز للشخص أن يملكه من الأراضي الزراعية، وما يجوز له أن ينتفع به من أرض مملوكة لغيره ، وتنظم العلاقة بين مالك الأرض الزراعية والمستأجر. وصدرت القوانين الاشتراكية في سنة ١٩٦١ والسنوات التالية تؤمم البنوك وشركات التأمين وفريقا من الشركات الأخرى والمنشآت ، وتقضى بمساهمة الحكومة في فريق آخر من الشركات والمنشآت ، وتفرض حدا أقصى لما يجوز للشخص أن يملكه من الأسهم في بعض الشركات . وقد كانت هذه القوانين وتلك نقطة تحول في حياة المجتمع المصرى ، سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية . وهذا فضلا عن التشريعات الأخرى الكثيرة التى تنظم عقد العمل ، وتقرر التأمينات الاجتماعية ، وتخفف الإيجارات أو تحدد قواعد ربطها ، وتفرض ضرائب تصاعدية ، وتضع تسعيرة للسلع الضرورية ؛ وتقرر مجانية التعليم ، وتضع نظام التأمين الصحى .

ويقول الميثاق الوطنى فى هذا الصدد : « لقد أصبحت الاشتراكية وسيلة وغاية ، هى الكفاية والعدل » . كما يقول : « إن الحل الاشتراكي لمشكلة التخلف الاقتصادى والاجتماعى فى مصر ، وصولا ثوريا إلى التقدم » ، لم يكن افتراضا قائما على الانتقاء الاختيارى ، وإنما كان الحل الاشتراكي حتمية تاريخية فرضها الواقع وفرضتها الآمال العريضة للجماهير ، كما فرضتها الطبيعة المتغيرة للعالم فى النصف الثانى من القرن العشرين » .

وينص الدستور الذى بدأ العمل به من اليوم الخامس والعشرين من شهر مارس سنة ١٩٦٤ فيما يتعلق بالدولة على أن « الجمهورية العربية المتحدة ، دولة ديمقراطية اشتراكية ، تقوم على تحالف قوى الشعب العاملة » (المادة الأولى) ، وأن « السيادة للشعب » (م ٢) . كما ينص فى بيانه لمقومات المجتمع الأساسية على أن « التضامن الاجتماعى أساس المجتمع المصرى » (م ٦) ، وأن « الأساس الاقتصادى للدولة هو النظام الاشتراكي ، الذى يحظر أى شكل من أشكال الاستغلال ، بما يضمن بناء المجتمع الاشتراكي بدعامتيه من الكفاية والعدل » (م ٩) ، وأن الشعب يسيطر على كل أدوات الانتاج (م ١٢) ، وأن رأس المال يستخدم « فى خدمة الاقتصادى القومى » ولا يجوز أن يتعارض فى طرق استخدامه مع الخير العام للشعب » (م ١٤) ، وأن « الملكية الخاصة مصونة ، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية » (م ١٦) ، وأن القانون يعين « الحد

الأقصى للملكية الزراعية ، ويحدد وسائل حماية الملكية الزراعية الصغيرة ، (م ١٧) ،
وأن الدولة تشجع التعاون ، وترعى المنشآت التعاونية بمختلف صورها (م ١٨) ، وأن
الدولة تكفل خدمات التأمين الاجتماعي ، وللمصريين الحق في المعونة في حالة الشيخوخة ،
وفي حالة المرض أو العجز عن العمل أو البطالة (م ٢٠) . وهذه المبادئ كلها من الأسس
التي يقوم عليها المذهب الاشتراكي مستمدا من ظروف بيئتنا ، ومصطبغا بصيغة مجتمعتنا ،
ومسجيا لآمالنا وأهدافنا .

الباب الثاني

أنواع القواعد القانونية

٢٦ - تحديد هذه الأنواع :

يتناول القانون في تنظيمه لشئون المجتمع موضوعات شتى تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية. ومن هذا فإنه ينقسم في مجلته إلى مجموعات من القواعد بحسب موضوع العلاقة التي ينظمها. وعلى هذا الأساس يمكن تقسيمه إلى قسمين رئيسيين ، هما القانون العام والقانون الخاص ، وتنطوي تحت كل من هذين القسمين فروع متعددة . كما أن القواعد القانونية ، وإن كانت جميعها قواعد ملزمة ، إلا أنها تتفاوت من حيث مدى مالارادة الأفراد من سلطان إزاء قوتها الملزمة . فبعضها لا يجوز لهذه الإرادة أن تخالفه، بينما البعض الآخر يجوز للإرادة أن تخالفه. وعلى هذا الأساس تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة .

ولهذا نعرض لهاتين الناحيتين في تحديد أنواع القواعد القانونية .

الفصل الأول

أقسام القانون وفروعه

٢٧ - تقسيمات متعددة :

هناك تقسيمات عدة للقانون يذهب إليها الفقهاء ، أهمها تقسيان : الأول هو تقسيمه إلى قانون موضوعي وقانون إجرائي أو شكلي ، والثاني هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص .

والمعيار الذى يقوم عليه التقسيم الأول هو أن القانون الموضوعى تتضمن قواعده أحكاما موضوعية تبين الحقوق والواجبات المختلفة ، كالقانون المدنى والقانون التجارى . أما القانون الاجرائى أو الشكلى فيشتمل على قواعد اجرائية تبين الأوضاع والإجراءات التى تتبع لاقتضاء الحقوق التى يقررها القانون الموضوعى ، كقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الاجراءات الجنائية . فثلايين قانون المرافعات المدنية والتجارية الإجراءات التى يتبعها الشخص للحصول على حق يقرره له القانون المدنى أو القانون التجارى ، حيث يتناول المحكمة المختصة بنظر الدعوى وكيفية رفع الدعوى وطريقة إقامة الدليل وصدور الحكم فى الدعوى وكيفية تنفيذه .

ولكن التقسيم الرئيسى للقانون هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص : وهو تقسيم تقليدى لا يزال مستقرا وهاملا فى الفقه الحديث .

ولذلك نعرض لهذا التقسيم فيما يلى ، ثم نبين الفروع التى تندرج تحت كل من قسميه .

الفرع الأول

تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص

٢٨ - معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

هناك مسألة أولية نعرض لها فى البداية ، لأنها ترتبط بالتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، بحيث يكون من شأنها أن تلقى الضوء على معيار هذه التفرقة . ذلك أن الدولة بحكم قيامها على المصالح الأساسية للمجتمع تدخل فى سبيل تحقيق هذه المصالح طرفا فى العلاقات القانونية باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، فتكون هذه العلاقات حينئذ خاضعة للقانون العام . كأن تنزع الدولة ملكية قطعة من الأرض للمنفعة العامة ، فتكون العلاقة بينها وبين صاحب هذه الأرض خاضعة للقانون العام . أو تعين الدولة شخصا فى وظيفة ، فتكون العلاقة بينها وبين الموظف محكومة بقواعد هذا القانون . غير أن الدولة قد تمارس نشاطا آخر غير ذلك ، فتدخل طرفا فى العلاقات القانونية ، لا باعتبارها

صاحبة السلطان والسيادة ، بل بوصفها شخصا اعتباريا يتعامل كغيره من الأشخاص العاديين ، فتدخل هذه العلاقات في نطاق القانون الخاص . كأن تباع الدولة قطعة من الأرض المملوكة لها ملكية خاصة ، فيكون عقد البيع المبرم بينها وبين المشتري خاضعا لقواعد القانون الخاص ، شأنه في ذلك شأن أى بيع عادى يبرم بين الأفراد . أو تستأجر الدولة بناء لاستخدامه في بعض أوجه نشاطها ، فتسرى على عقد الإيجار المبرم بينها وبين المالك أحكام القانون الخاص .

وعلى أساس هذا التمييز فيما يتعلق بصفة الدولة حينما تدخل طرفا في العلاقة القانونية أقام كثير من الفقهاء معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص : فالعلاقات التى ينظمها القانون العام هى التى تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، أما العلاقات ينظمها القانون الخاص فهى التى لا تكون الدولة طرفا فيها بهذا الوصف .

وهذا المعيار الذى يقوم على أساس صفة الأشخاص الذين يدخلون أطرافا في العلاقة القانونية يقرب من الصواب ، ولكنه لا يتسم بالدقة . إذ أن الصفة التى تثبت لأشخاص العلاقة القانونية إنما تنفرع على طبيعة هذه العلاقة . ومن ثم يكون المعيار السليم في هذا الصدد هو الذى يقوم على أساس طبيعة العلاقة القانونية ذاتها ، بحيث ينظر إلى ما إذا كانت هذه العلاقة تتصل بحق السيادة في الدولة أولا تتصل به . ومقتضى هذا أن يكون القانون العام هو الذى ينظم السلطات العامة في الدولة ، ويحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فيها . وهذه العلاقات إما أن تقوم بين دولة ودولة ، أو بين ساطة وأخرى من السلطات العامة في الدولة ، أو بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص . بينما يكون القانون الخاص هو الذى يحكم العلاقات التى لا تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة ولا تتصل بحق السيادة فيها : وهذه العلاقات إما أن تقوم بين الدولة باعتبارها شخصا اعتباريا عاديا وأحد أشخاص القانون الخاص ، أو بين أشخاص القانون الخاص سواء كانوا أشخاصا اعتباريين أو أفرادا .

٢٩ - المحكم في التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وأهميتها :

ترجع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى ما هنالك من اختلاف جوهري فيما يتعلق بالأغراض المقصودة من كل منهما . فقواعد القانون العام يراد بها حماية الصالح العام للمجتمع في نواحيه المختلفة ، أما قواعد القانون الخاص فالغرض منها حماية المصالح الخاصة لمن يتعاملون في نطاقه . ولأن هذه هي الحكمة في التفرقة بين هذين القانونين ، فإن قواعد القانون العام ترجح في قوتها الملزمة على قواعد القانون الخاص ، حيث تجب التضحية بالمصلحة الخاصة للفرد في سبيل المصلحة العامة للمجموع .

وتظهر أهمية هذه التفرقة في نواح متعددة نخص بالذكر منها ما يأتي :

(١) فنظرا إلى أن القانون العام يهدف إلى حماية الصالح العام للمجتمع كانت أحكامه جميعها قواعد أمرة ، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها أو يتفقوا على ما يخالفها . بينما يتضمن القانون الخاص كثيرا من القواعد المكملة ، وهي التي يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها ، لأنها تتعلق بمصالح خاصة لهم .

(٢) وضمانا لتحقيق الأغراض المقصودة من القانون العام يخول هذا القانون الهيئات العامة في الدولة سلطات لا يخولها القانون الخاص الأفراد . فثلا تستطيع السلطات العامة أن تتخذ في سبيل أداء وظيفتها وسائل قهرية لا تجوز للأفراد ، كالتنفيذ بالطريق الإداري دون اللجوء إلى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة . كما تستطيع أن تفرض على الأفراد القيام بعمل معين ، كتكليف المهندسين والأطباء بالعمل مدة معينة بعد تخرجهم في مصالح الحكومة .

(٣) وفيما يتعلق بالأموال العامة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وهي المخصصة للمنفعة العامة ، ينص القانون العام بأحكام تختلف عن تلك التي يتضمنها القانون الخاص بالنسبة إلى الأموال المملوكة للأفراد . حيث لا يجوز التصرف في الأموال العامة ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالحيازة (م ٨٧ مدني) .

بل إنه حتى بالنسبة إلى الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، فإن لها من الأحكام الخاصة ما تنفرد به دون الأموال الخاصة المملوكة للأفراد ،

إذ لا يجوز تملكها أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم ، وفي حالة حصول التعدي عليها يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة دون الإلتجاء إلى القضاء (م ١٧٠/٢ مدني) .

(٤) والعلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها تنظمها قواعد القانون العام ، وهي تختلف عن القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص : فعلاقة الدولة بموظفيها تخضع لقواعد القانون العام ، وهي تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة الأشخاص العاديين بمن يعملون لديهم . حيث يعمل هؤلاء الموظفون في مصالح عامة يجب ألا تقف عن العمل أو تتعطل ، الأمر الذي يدعو إلى الحد من حرياتهم على نحو لا يجده فيما بين الأشخاص العاديين . والعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة تسرى في شأنها قواعد تختلف عن تلك التي تخضع لها العقود في القانون الخاص . فللإدارة مثلا حق إلغاء العقد أو تعديله . شروطه إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، في حين أن مثل هذه السلطة لا تنقرر للمتعاقد في نطاق القانون الخاص :

(٥) وقد ترتب على اختلاف القواعد في القانون العام عنها في القانون الخاص أن عمد كثير من الدول إلى إفراد جهة قضاء مستقلة عن القضاء العادي للفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام . وهذا هو ما أخذ به القانون المصري ، حيث توجد في نطاق مجلس الدولة الذي انشئ منذ سنة ١٩٤٦ محاكم إدارية تتولى الفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها بوصفها كذلك . فيدخل في اختصاص القضاء الإداري ما نص عليه قانون مجلس الدولة من هذه المنازعات ، ويبقى ماعدا ذلك من اختصاص القضاء العادي .

وعلى الرغم من وجود هذه الفوارق الهامة بين القانون العام والقانون الخاص ، فإن التفرقة بينهما ليست حتمية أو مطلقة أو جامدة . فهناك من الشرائع مالا يلتقي بالا إلى هذه التفرقة ، كالقوانين الانجلوسكسونية . وهناك من فروع القانون ما يصعب اعتباره من القانون العام أو القانون الخاص ، ولا سيما إذا كان يضم زيجا من القواعد المختلفة في طبيعتها ، كما منرى بالنسبة إلى قانون المرافعات . بل إن النظرة إلى فريق معين من القواعد القانونية من حيث طبيعتها قد تختلف من بلد إلى آخر ومن زمان إلى زمان .

غير أن هذا ليس من شأنه أن يقدح في سلامة هذه التفرقة الأساسية وأهميتها ،
تظنرا إلى ما يترتب عليها من نتائج بالغة الخطورة فيما يتعلق بنظام المجتمع على النحو
الذي ذكرناه .

الفرع الثاني

فروع القانون العام

٣٠ - القانون العام الخارجي والقانون العام الداخلي :

يجرى جمهور الفقهاء على تقسيم القانون العام إلى قانون عام خارجي وقانون عام
داخلي . ويقصد بالقانون العام الخارجي القانون الدولي العام . أما القانون العام الداخلي
فيشمل الفروع الأخرى للقانون العام التي تدخل في نطاق القانون الداخلي .

ويرى بعض الفقهاء أن الأولى أن تقسم القانون تقسيما أساسيا إلى قانون دولي
وقانون داخلي ، بحيث يصبح تقسيم القانون إلى عام وخاص تقسيما ثانويا في نطاق القانون
الداخلي : وهذا في اعتقادنا نظر سليم ، إذ أن المجتمع الذي يتناوله القانون الدولي هو العالم
كله ؛ بينما المجتمع الذي ينطبق فيه القانون الداخلي هو الدولة ، ففي هذا النطاق الداخلي
يكون تقسيم القانون إلى عام وخاص .

وستناول فيما يلي فروع القانون العام وفقا للرأي السائد ، وهي القانون الدولي
العام ، ثم الفروع الأخرى التي يشملها القانون الداخلي ، وهي القانون الدستوري ،
والقانون الإداري ، والقانون المالي ، والقانون الجنائي بفرعيه وهما قانون العقوبات
وقانون الإجراءات الجنائية :

٣١ - القانون الدولي العام :

القانون الدولي العام *Droit international public* هو مجموعة القواعد التي
تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر في حالات السلم والحرب والحياد ، وعلاقاتها
بالمنظمات الدولية .

وسنذكر فيما يلي المسائل التي يتناولها، والمصادر التي يستمد قواعده منها ، ثم نبين ما إذا كانت قواعده تعتبر قانونا بالمعنى الصحيح .

(١) مسائل القانون الدولي العام : ينظم هذا القانون طوائف مختلفة من العلاقات الدولية .

فهو يعنى ببيان أشخاص المجتمع الدولي ، فيحدد العناصر التي يجب توافرها في الدولة حتى تكسب الشخصية الدولية ، ويقسم الدول في هذا الخصوص إلى دول كاملة السيادة ودول ناقصة السيادة بحيث يكون لكل منها مركز خاص في ذلك المجتمع . كما ينظم حقوق الدولة وواجباتها في علاقاتها بالدول الأخرى ، وطرق التمثيل السياسي والقنصل الذي يجرى فيما بين الدول ، وأحكام المعاهدات والاتفاقات التي تبرم بينها ، والوسائل التي يجب أن تتبعها لفض المنازعات بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والوساطة والتحكيم والقضاء الدولي . كذلك يبين أحكام مسئولية الدولة قبل الدول الأخرى . فهذه هي الروابط الدولية وقت السلم ، ولذلك سميت القواعد التي تنظمها بقانون السلم . وفي حالة الحرب ينظم هذا القانون علاقات الدول المتحاربة ، فيبين طريقة إعلان الحرب ، والأسلحة التي يجوز استخدامها ، وكيفية معاملة الأسرى والجرحى والمعتقلين من المدنيين ، وطريقة المفاوضة أثناء الحرب ، ووسائل إنهاء الحرب كالمهنة والصالح . وتسمى القواعد المنظمة لهذه العلاقات بقانون الحرب .

أما الدول الأخرى التي لا تدخل في الحرب فتكون علاقاتها بالدول المتحاربة علاقة حياد . وهذه العلاقة ينظمها قانون الحياد ، فيبين حقوق وواجبات الدول المحايدة إزاء الدول المتحاربة ، كجواز ضبط المهربات الحربية والحصار البحري وغير ذلك . وقد اتسع نطاق هذا القانون بظهور منظمات دولية جديدة على أثر الحربين العالميتين الأخيرتين . وأهمها منظمات هيئة الأمم المتحدة ، كالجمعية العامة للأمم المتحدة ، ومجلس الأمن ، ومجلس الوصاية ، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ، ومؤسسة الثقافة العالمية ، ومحكمة العدل الدولية ، وبنك الإنشاء والتعمير . وكذلك المنظمات الإقليمية ، كجامعة الدول العربية . حيث وجدت قواعد تبين تشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والإجراءات التي تتبعها في أداء وظيفتها ، وتسمى هذه القواعد بقانون المنظمات الدولية .

(٢) مصادر القانون الدولي العام : لا توجد هيئة تشريعية دولية تملك سن قوانين تلزم الدول على النحو الموجود بالنسبة إلى القانون الداخلي . فمصادر القانون الدولي العام هي العرف والمعاهدات والفقه والقضاء .

ويعتبر العرف هو المصدر الأساسي في هذا الخصوص . فإذا درجت الدول على الأخذ بقاعدة معينة حتى تولد لديها اعتقاد عام بأنها قاعدة تجب مراعاتها أصبحت هذه القاعدة عرفا . وتساهم المصادر الأخرى في تكوين هذا العرف إذا تردد ذكره في المعاهدات الدولية واستقر عليه الفقه والقضاء الدوليين .

كذلك تعتبر المعاهدات مصدرا في هذا الشأن إذا أبرمت بين عدد كبير من الدول وكان الغرض منها وضع قواعد دولية تتعلق بأمورهم الدول جميعا . فمثل هذه المعاهدات يقال لها المعاهدات الشارعة *Traité - lois* ، وهي تختلف عن المعاهدات التي تبرم بين عدد محدود من الدول في خصوص أمريهم الدول المتعاهدة دون غيرها . ومن أمثلتها اتفاقيات لاهاي التي أبرمت في سنتي ١٨٩٩ و ١٩٠٧ وتضمنت القواعد الخاصة بتسوية المنازعات الدولية تسوية سلمية والقواعد المنظمة للحرب ، وكذلك ميثاق هيئة الأمم المتحدة الذي أبرم في سان فرانسيسكو سنة ١٩٤٥ .

أما الفقه والقضاء الدوليين فيأتيان في المرتبة بعد هذين المصدرين ، إذ أن أثرهما محدود في هذا النطاق ، وهما على كل حال يساهمان في تكوين العرف الدولي إذا استقرا على الأخذ بقاعدة معينة :

(٣) مدى اعتبار القانون الدولي العام قانونا بالمعنى الصحيح : ثار جدل في الفقه حول هذا الاعتبار :

فذهب فريق من الفقهاء إلى أن القانون الدولي العام ليس قانونا بالمعنى الصحيح . وذلك استنادا إلى أنه لا توجد سلطة تشريعية دولية تتولى سن قوانين تلزم الدول ، ولا سلطة قضائية تختص بالفصل في المنازعات الدولية ، ولا سلطة عليا تقوم بتوقيع الجزاء على الدول التي تخالف قواعد هذا القانون : فهذه الأمم المتحدة ليست دولة فوق الدول ، بل هي مؤتمر تجتمع فيه الدول ، مع بقاء الانضمام إلى الهيئة أو الخروج منها أمرا اختياريا موكولا إلى إرادة الدولة ، بل إن ما تقرره الهيئة تستطيع كل دولة من الدول

الأعضاء أن تهمل منه . وحتى ما ترتضيه الدولة بطريق المعاهدات تستطيع أن تخالفه . وإذا كان ميثاق هيئة الأمم قد قرر عقوبات اقتصادية وعسكرية على من يخالفه فإن هذه العقوبات لا توقعها سلطة دولية .

وذهب فريق آخر إلى اعتبار القانون الدولي العام قانونا بالمعنى الصحيح . وكان من اليسير عليهم دحض ما يحتج به الفريق الأول من أنه لا توجد سلطة تشريعية دولية تتولى وضع قواعد القانون الدولي . إذ أن هذا ليس لازما حتى في نطاق القانون الداخلي . ففي داخل الدولة يوجد إلى جانب القواعد التشريعية قواعد أخرى عرفية . وقد بدأ القانون الداخلي عرفا قبل أن توجد الهيئات التشريعية . كما أن وجود سلطة قضائية للفصل في المنازعات لا يعتبر شرطا لوجود القانون . وعلى أى حال فإن في المجتمع الدولي وسائل لحل المنازعات الدولية كالمفاوضات والوساطة والتحكيم والقضاء الدولي الذي تتولاه محكمة العدل الدولية . أما الاحتجاج بعدم وجود سلطة عليا فوق الدول توقع الجزاء على من يخالف قواعد القانون الدولي فقد رد عليه بأن وجود جزاء منظم توقعه سلطة مختصة ليس ضروريا لوجود القاعدة القانونية ، وحتى إذا سلمنا بضرورة وجود الجزاء فلا يلزم أن يوقع بواسطة سلطة مختصة لأن طريقة توقيع الجزاء مسألة تتعلق بمدى مابله المجتمع مع تضامن وتنظيم . وفي القانون الدولي صور متعددة للجزاء ، منها إعلان الحرب ومقابلة المثل بالمثل وإعلان بطلان المعاهدة أو فسخها .

ونحن نعتقد أن قواعد القانون الدولي العام تعتبر قانونا بالمعنى الصحيح . ذلك أن للمجتمع الدولي ظروفه التي تميزه عن المجتمع الداخلي في الدولة ، فأعضاؤه هم الدول وليسوا الأفراد ، ومن ثم تختلف خصائص القاعدة في القانون الدولي عنها في القانون الداخلي . فشعور الدول بأن قاعدة معينة هي قاعدة ملزمة يجب أن تحترم يكفي لأن يجعل منها قاعدة قانونية دولية ، وذلك على خلاف الوضع في القانون الداخلي ، لأن الدولة أمام هذا الشعور الإجماعي لا تقدم على مخالفة هذه القاعدة كما يقدم الأفراد . والاستنكار العالمي يصلح لأن يكون جزاء للقاعدة الدولية على خلاف قواعد القانون الداخلي ، لأن هذا الاستنكار من شأنه أن يكون رادعا للدولة منه أكثر بالنسبة إلى الأفراد . وإذا كان الجزاء المادى الذي يقوم على استعمال

القوة ضد الدولة المعتدية لا توقعه سلطة دولية ، بل توقعه كل دولة محتفظة بكامل سلطاتها ، فلا أقل من أن تعتبر هذا مرحلة يمر بها القانون الدولي وهو ما يزال حديث العهد تقابل مرحله القصاص الفردى التى مر بها القانون الداخلى فى مراحل تكوينه . وإنا لنرى اليوم أن الضمير العالمى قد بلغ مبلغا من الوعى يجعل كثيرا من الدول القوية تحجم عن ضرب من الاعتداء والغصب كانت لا تتورع عن إتيانها فى الماضى .

٣٢ - القانون الدستورى :

القانون الدستورى Le droit constitutionnel هو مجموعة القواعد التى تحدد نظام الحكم فى الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها البعض الآخر ، وتقرر مالأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة .
ومستناول فيما يلى المسائل التى يعالجها هذا القانون ، ثم نناقش الرأى الذى يشكك فى أن قواعد تعتبر قانونا بالمعنى الصحيح .

١ - مسائل القانون الدستورى : يحدد هذا القانون شكل الدولة من حيث كونها ملكية أو جمهورية ، ديمقراطية أو دكتاتورية ، برلمانية أو غير برلمانية ، بسيطة أو اتحادية ، إلى غير ذلك . وقد نص الدستور المصرى الذى بدأ العمل به من اليوم الخامس والعشرين من شهر مارس سنة ١٩٦٤ فى مادته الأولى على أن « الجمهورية العربية المتحدة ، دولة ديمقراطية اشتراكية ، تقوم على تحالف قوى الشعب العاملة » . كما نص على أن « مجلس الأمة هو الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية » (م ٤٧) ، وعلى أنه « يتألف مجلس الأمة من أعضاء يختارون بطريق الانتخاب السرى العام » (م ٤٩) .

كما يبين السلطات العامة فى الدولة ، وهى السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية . ويعين الهيئات التى تتألف منها هذه السلطان واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها البعض الآخر . فالسلطة التشريعية فى مصر يتولاها مجلس الأمة (م ٤٧) ورئيس الجمهورية ، ووظيفتها سن القوانين ومراقبة أعمال السلطة التنفيذية . والسلطة التنفيذية يتولاها رئيس الجمهورية (م ١٠٠) ومعه نوابه ووزرائه ، ووظيفتها

وضع السياسة العامة للدولة والإشراف على تنفيذها وتنفيذ القوانين وإدارة المرافق والمؤسسات العامة . والسلطة القضائية تقولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ووظيفتها تطبيق القوانين ، ولا يجوز لأية سلطة أخرى التدخل في أعمالها المتعلقة بالقضايا وشئون العدالة (م ١٥٢) .

كذلك يقرر حريات الأفراد وحقوقهم قبل الدولة . وترتبط هذه الحريات والحقوق إلى حقين جوهريين ، هما الحرية والمساواة . فالحرية تشمل الحرية الشخصية ، وحرية التملك ، وحرية المسكن ، وحرية الدين ، وحرية الرأي ، وحرية الاجتماع ، وحرية التعليم . والمساواة تتضمن المساواة في الحقوق والواجبات ، أى المساواة في المزايا التي تخولها الدولة الأفراد والتكاليف التي تفرضها عليهم ، كالمساواة في التوظيف والخدمة العسكرية ودفع الضرائب (م ٢٤ وما بعدها) .

٢ - القانون الدستورى قانون بالمعنى الصحيح : أنكر بعض الفقهاء توافر الصفة القانونية للقواعد الدستورية . وذلك على أساس أن السلطة العامة التي تقوم على كفالة احترام القانون لا يتصور أن توقع الجزاء على نفسها إذا خالفت قواعد هذا القانون ، فالتزامها باحترام الدستور لا يعدو أن يكون التزاما أدبيا تحميه جزاءات أدبية محضة :

ويلاحظ على هذا النظر ما قلناه فيما يتعلق بالقانون الدولى العام من أن خصائص القاعدة القانونية تختلف بحسب المجال الذى تنطبق فيه . فإذا لاحظنا أن قواعد القانون الدستورى إنما تتوجه بصفة أساسية إلى السلطات العامة فى الدولة ، أمكننا أن ندرك أن صور الجزاء فيها تختلف عنها بالنسبة إلى فروع القانون الأخرى . ذلك أن نظام الحكم فى الدولة يقوم على توزيع السلطات بين هيئات مختلفة ، هى السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية . ومن ثم يتخذ الجزاء فى ظل هذا النظام صورة رقابة متبادلة من كل سلطة على أخرى . فمثلا يكون للحكومة التي تتولى السلطة التنفيذية حل المجلس الذى يتولى السلطة التشريعية ومراقبة أعمال السلطة التنفيذية . ويكون لهذا المجلس حق إسقاط الحكومة . ويكون للمحاكم التي تتولى السلطة القضائية حق مراقبة صحة التشريعات التي تصدر من السلطين الآخرين فتلغيها أو تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة للقانون أو للدستور ، كما يكون لها أن تحكم بالتعويض لصالح الأفراد فى الدعاوى التي يرفعونها

على الحكومة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتهم من جراء أفعالها الخاطئة .
ومن الواضح أن مثل هذه الرقابة يتوفر فيها الجزاء الذي يكفل احترام القواعد
الدستورية على نحو فعال . بل إن الشعب ، وهو مصدر السلطات جميعا ، يقف حارسا
أميناً على احترام هذه القواعد . فإذا وجد انتهاكاً لأحكام الدستور وانحرافاً من السلطة
العامة عن جادة الصواب باشر الضغط عليها بوسائله السلمية ، وإذا لم تغلخ هذه الوسائل
فقد يؤدي الأمر إلى ثورة تعيد الأمور إلى نصابها . وتلك أقوى صور الجزاء وأفعالها
أثراً في كفالة احترام الدستور الذي يعتبر القانون الأساسي في الدولة .

٣٣ - القانون الإداري :

القانون الإداري *Le droit administratif* هو مجموعة القواعد التي تنظم نشاط
السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية .

ذلك أن السلطة التنفيذية تتولى نوعين من الأعمال : النوع الأول يشمل الأعمال
الحكومية أو أعمال السيادة ، كدعوة المجلس التشريعي إلى الانعقاد وإعلان الحرب وإبرام
المعاهدات وإعلان حالة الطوارئ ، وهذه أعمال لها خطرها وتدخل في نطاق القانون
الدستوري . والنوع الثاني يشمل الأعمال الإدارية ، وهي التي تتعلق بإدارة المرافق العامة
في الدولة ، كمرافق المياه والكهرباء والمواصلات والشرطة أو مالم إلى ذلك من الخدمات
الضرورية للجمهور ، وهذه يتكفل بها القانون الإداري .

ونظراً إلى هذا الإزدواج في النشاط الذي تمارسه السلطة التنفيذية كانت الصلة
وثيقة بين القانون الدستوري والقانون الإداري إلى درجة أنهما يتداخلان بالنسبة إلى
بعض الموضوعات بحيث يصعب بيان الحد الفاصل بين نطاقيهما . فقد رأينا أن القانون
الدستوري يدخل في نطاقه بيان السلطات العامة في الدولة وتحديد اختصاص كل منها
وتنظيم مايقوم بينها من علاقات . ويأتي القانون الإداري فينظم نشاط السلطة التنفيذية فيما
يعلق بالأعمال الإدارية .

ونعرض فيما يلي للمسائل التي ينظمها القانون الإداري ، ثم للمصادر التي تستقي
منها أحكامه .

(١) مسائل القانون الإدارى : نظراً إلى أن هذا القانون ينظم الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية فإنه يتناول كل ما يتعلق بأداء هذه الوظيفة :

١ - فهو يحدد الأشخاص والهيئات التى تباشر الأعمال الإدارية ، كرئيس الدولة والوزراء والمحافظين والمصالح والمؤسسات العامة ومجالس المحافظات والمدن والقرى ، ويبين طريقة تكوين هذه الهيئات ، ويعين اختصاص هؤلاء الأشخاص وهذه الهيئات ، وينظم العلاقات بينها .

وفىما يتعلق بعلاقة الحكومة المركزية بالهيئات الإقليمية هناك طريقتان للإدارة :

الأولى طريقة المركزية ، وبمقتضاها تركز الإدارة فى يد الحكومة المركزية ، حيث يعين على الهيئات الإقليمية الرجوع فى معظم شئونها إلى تلك الحكومة ، فلا يكون لهذه الهيئات إلا قسطاً ضئيلاً من الاستقلال الذاتى . وقد كانت هذه هى الطريقة المتبعة فى مصر إلى عهد قريب :

والثانية طريقة اللامركزية ، وبمقتضاها تتخلى الحكومة المركزية عن كثير من شئون الإدارة المحلية للهيئات الإقليمية ، وهذه تكون ذات صبغة شعبية انتخابية إما بصفة كاملة أو جزئية ، فتتمتع بقسط كبير من الاستقلال الذاتى ، بحيث يكون لها أن تبت فى كثير من المسائل دون الرجوع إلى الحكومة المركزية . وهذه هى الطريقة المتبعة عندنا الآن بمقتضى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ بتنظيم الإدارة المحلية .

٢ - كذلك يبين المرافق العامة التى تقدم الخدمات الضرورية للجمهور ، ويحدد الهيئات التى تتولاها ، وطريقة إدارتها واستغلالها .

٣ - وفىما يتعلق بالأموال العامة للدولة ، وكذلك الأموال المملوكة لها ملكية خاصة ، يبين النظام القانونى الذى تخضع له هذه الأموال سواء من حيث التملك أو الانتفاع .

٤ - كما ينظم علاقة الدولة بموظفيها من حيث التعيين والترقية والتأديب والفصل والاستقالة وغير ذلك مما يتعلق بالموظفين .

٥ - هذا إلى أنه يعنى ببيان الأعمال الإدارية ، وشروط صحتها ، وطرق الرقابة عليها وبخاصة الرقابة القضائية .

وفىما يتعلق بالرقابة القضائية على الأعمال الإدارية تختلف البلاد فى الوسيلة التى تتخذها لتحقيق هذه الرقابة . فبعضها يجعل هذه الرقابة من اختصاص القضاء العادى ، بينما يحرص البعض الآخر على الفصل التام بين السلطين التنفيذية والقضائية ، فيجعل هذه الرقابة من اختصاص قضاء إدارى ينشأ لهذا الغرض . وقد كانت مصر إلى عهد قريب تأخذ بالطريقة الأولى ، حيث كانت للمحاكم العادية سلطة محدودة فى هذا الشأن ، فلم يكن لها أن تلغى أو تقف تنفيذ الأعمال الإدارية المخالفة للقانون ، بل كان لها فحسب أن تحكم بالتعويض عن الأضرار التى تصيب الأفراد من جراء هذه الأعمال . ثم عدلت عن ذلك إلى الطريقة الأخرى ، فأنشأت مجلس الدولة فى سنة ١٩٤٦ . ويتألف هذا المجلس من قسمين ، هما قسم القضاء الإدارى ، والقسم الاستشارى للفتوى والتشريع . والقسم الأول من هذين القسمين هو الذى يعتبر إنشاء جديدا فى هذا التكوين ، فهو الدعامة الكبرى للإصلاح الذى حققه الشارع المصرى بإنشاء ذلك المجلس . وهو يضم المحاكم الإدارية التى أصبحت تختص بجميع المنازعات التى تقوم بين الأفراد وبين السلطات الإدارية المختلفة فى شأن الأعمال الإدارية . حيث أعطيت هذه المحاكم سلطة واسعة فى رقابة الأعمال الإدارية ، بحيث يكون لها أن تحكم بإلغائها أو وقف تنفيذها إذا كانت مخالفة للقانون . ومن ثم يستطيع الأفراد والهيئات أن يلجأوا إليها يطلبون إلغاء العمل الإدارى أو وقف تنفيذه والتعويض عن الضرر الذى أصابهم بسببه . وفى ذلك من الضمانات ما يكفل حقوق الأفراد ويحمل السلطات الإدارية على أن تلتزم فى إداء وظيفتها حدود القانون دون تعسف أو انحراف .

والواقع أن القانون الإدارى قد اتسع نطاقه بوجود القضاء الإدارى ، حيث يعتبر من موضوعاته الأساسية كل ما يتصل بهذا القضاء وبخاصة ما يتعلق بالسلطات التى أعطيت له والقواعد والضمانات التى يقررها .

٢ - مصادر القانون الإدارى : يتناول هذا القانون موضوعات مختلفة ومتشعبة يزداد نطاقها كل يوم نظرا إلى إزدياد المرافق التى تضطلع بها الدولة ، وتغير القواعد التى تحكمها لمواجهة التطورات المستمرة فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية . ولذلك فإن

قواعده تستمد من مصادر متعددة، بحيث يتعدى تقنين هذه القواعد في مدونة واحدة :
وهذه المصادر هي :

١ - يأتي في المرتبة الأولى بين هذه المصادر القواعد التشريعية التي وضعت لتنظيم الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية . وهذه القواعد مبعثرة في أنحاء متفرقة ،
فمنها قواعد وردت في الدستور ، ومنها قواعد وردت في عدد كبير من القوانين واللوائح . ومن أمثلة هذه القوانين قانون الحكم المحلي ، وقانون التزام المرافق العامة ، وقانون نزع الملكية للمنفعة العامة والتحسين ، وقوانين التأمين ، وقوانين الموظفين ، وقانون مجلس الدولة :

٢ - فإذا لم توجد قاعدة تشريعية من هذا القبيل طبق القضاء الإداري قواعد القانون المدني من الناحية الموضوعية وقواعد قانون المرافعات من الناحية الإجرائية . غير أنه يلاحظ أن تطبيق القضاء الإداري لهذه القواعد إنما يكون بالقدر الذي يتفق مع طبيعة العلاقات التي يحكمها القانون الإداري ، فهو لا يتقيد بهذه القواعد إذا تعارضت مع حسن سير المرفق العام واستمراره في أداء مهمته :

٣ - هذا إلى أن القضاء الإداري كان له الفضل في تقرير فريق من القواعد الثابتة والضمانات ، بحيث أصبحت هذه القواعد من مصادر القانون الإداري . وقد ساعد القضاء على سلوك هذه السبيل أن ليست هناك نصوص تشريعية تقيد في هذا النطاق .

٣٤ - القانون المالي :

القانون المالي *Le droit financier* هو مجموعة القواعد التي تنظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصروفاتها . فهو بهذه المثابة يبين القواعد التي تحكم ميزانية الدولة . حيث تنقسم الميزانية إلى إيرادات ومصروفات .

فما يتعلق بالإيرادات يحدد هذا القانون مصادرها ويبين طريقة تحصيلها . وهذه المصادر متنوعة ، حيث تشمل الضرائب على اختلاف أنواعها ، وما تتقاضاه الدولة نظير الخدمات التي تؤديها بواسطة المرافق العامة ، وما تحصله من غلة الأموال المملوكة

لها ملكية خاصة أو من ثمن ما تباعه منها ، والقروض التي تبرمها لسد عجز في الميزانية أو لاستغلال مرفق من المرافق .

وفما يتعلق بالمصروفات ينظم اتفاق الإيرادات على المرافق التي تضطلع بها الدولة ، كال دفاع والأمن والصحة والقضاء والتعليم والشئون الاقتصادية ، وطريقة إنفاقها ، والرقابة على هذا الاتفاق .

ولقد كان هذا القانون إلى عهد قريب يعتبر جزءا من القانون الإداري ، إذ أنه في الواقع يتناول الناحية المالية لنشاط السلطة الإدارية ، ولكنه استقل عنه وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام .

٣٥ - القانون الجنائي :

القانون الجنائي *Le droit criminel* هو مجموعة القواعد التي تنظم سلطة الدولة في توقيع العقاب على المجرمين : وهو يشمل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية ، ولكل من هذين تقنين مستقل .

٣٦ - (١) قانون العقوبات :

قانون العقوبات *Le droit pénal* هو مجموعة القواعد التشريعية التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها . إذ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص في القانون (م ٢٥ من الدستور) :

وهو ينقسم إلى قسمين : قسم عام وقسم خاص : فالقسم العام يشمل الأحكام العامة التي تسرى على الجريمة والمجرم والعقوبة بوجه عام أيا كان نوع الجريمة : فهو يبحث في الجريمة من حيث تحديد أنواعها وبيان أركانها ، ويبحث في المجرم من حيث تحديد مسؤوليته والظروف التي تعفى أو تخفف منها ، ويبحث في العقوبة من حيث أنواعها وحالات تعددها وأسباب انقضاءها : وتنقسم الجرائم إلى جنائيات وجنح ومخالفات : فالجنائيات هي التي يعاقب عليها بالإعدام ، أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، أو

السجن : والجنح هي التي يعاقب عليها بالحبس الذي تزيد مدته على أسبوع ، أو الغرامة التي يزيد مقدارها على جنيه مصرى . والمخالفات هي التي يعاقب عليها بالحبس الذي لا تزيد مدته على أسبوع ، أو الغرامة التي لا يزيد مقدارها على جنيه مصرى .

أما القسم الخاص فيشمل الأحكام الخاصة بكل جريمة على حدة : حيث يتناول أولا الجنايات والجنح التي تقع على الدولة مباشرة ، كالجرائم المخلة بأمنها الداخلى أو الخارجى والرشوة والتزوير وتزييف العملة : ثم يتناول الجنايات والجنح التي تقع على الأفراد مباشرة ، كالقتل والضرب والسرقة والزنا . وأخيرا يتناول المخالفات . وهناك جرائم ورد النص عليها في قوانين خاصة ، كقانون المخدرات وقانون الأسلحة .

وقد ذهب رأى إلى اعتبار قانون العقوبات من فروع القانون الخاص ، أو بالأقل قانونا مختلطابين القانون العام والقانون الخاص ، نظرا إلى أن الجريمة تصيب في معظم الحالات مصالح فردية . ولكن هذا الرأى محل نظر : ولذلك يذهب الرأى السائد إلى اعتبار قانون العقوبات من فروع القانون العام . وينهض بهذا الرأى أن الجريمة ، حتى لو وقعت مباشرة على الأفراد أنفسهم ، تعتبر جريمة موجهة إلى المجتمع بأسره لما تنطوى عليه من أخلال بالأمن والطمأنينة فيه . ولذلك فإن السلطة العامة هي المختصة أصلا بمباشرة الدعوى العمومية ضد المجرم : وإذا ما أصاب أحد الأفراد ضرر من الجريمة فإن حقه يقتصر على المطالبة بالتعويض ، وهذه مسألة يحكمها القانون المدنى .

٣٧ - قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية :

قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية *Droit d' instruction criminelle* هو مجموعة القواعد التي تبين الاجراءات التي تتبع لتطبيق أحكام قانون العقوبات . فهي قواعد إجرائية ؛ بينما قواعد قانون العقوبات قواعد موضوعية .

حيث يتكفل هذا القانون بتنظيم المحاكم الجنائية فيحدد أنواعها ويعين اختصاص كل منها ، كما يبين الإجراءات التي تتبع في جمع الاستدلالات عن الجريمة ، والتحقيق مع المتهم ، ومحاكمته ، وطرق الطعن في الأحكام ، وتنفيذ العقوبات المحكوم بها .

والمحاكم الجنائية أو الجزائية أحد فرعى جهة القضاء العادى. وتشمل محاكم المخالفات والجنح ، ومحاكم الجنح المستأنفة ، ومحاكم الجنايات . وعلى رأسها جميعا محكمة النقض . كما توجد إلى جانب هذه المحاكم محاكم أمن الدولة .

الفرع الثالث

فروع القانون الخاص

٣٨ - القانون الخاص :

رأينا أن القانون الخاص هو الذى يحكم العلاقات التى لا تتعلق بتنظيم السلطات العامة فى الدولة ولا تتصل بحق السيادة فيها . وهذه العلاقات إما أن تقوم بين الدولة باعتبارها شخصا اعتباريا عاديا وأحد أشخاص القانون الخاص أو بين أشخاص القانون الخاص سواء كانوا أشخاصا اعتباريين أو أفرادا :

والقانون المدنى هو أصل القانون الخاص كله . ثم استقلت عنه فروع لتحكم أنواعا معينة من العلاقات ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد خاصة بها لاتصالها بنوع معين من النشاط أو بمهنة معينة ، وهى فروع تتضمن قواعد موضوعية ، كالقانون التجارى والقانون البحرى والقانون الجوى وقانون العمل والقانون الزراعى . كذلك استقلت عنه القواعد الإجرائية ، فكونت فرعا مستقلا هو قانون المرافعات المدنية والتجارية . وإلى جانب هذه الفروع ظهر فرع آخر هو القانون الدولى الخاص ، حيث تنفرد قواعده بوظيفة معينة فيما يتعلق بالعلاقات ذات العنصر الأجنبى . وسنعرض لهذه الفروع فيما يلى :

٣٩ - القانون المدنى :

القانون المدنى *Le droit civil* هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الخاصة بين الأشخاص فى المجتمع إلا ما يتكفل بتنظيمه فرع آخر من فروع القانون الخاص . فهو بهذه المثابة يعتبر الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص . ويتجلى هذا

المعنى فى أمرين . الأول أن قواعد تواجبه علاقات تقوم بين جميع الأشخاص على اختلاف طوائفهم ومهنهم ، وذلك على خلاف الفروع الأخرى التى تعنى بطوائف ومهن معينة أو تناول أوضاعا وحالات معينة . والثانى أن قواعد يرجع إليها فى كل مسألة يسكت عن تنظيمها فرع آخر من فروع القانون الخاص يتضمن أحكاما موضوعية ، وذلك فيما عدا القانون الدولى الخاص .

وهو بمعناه الصحيح ينظم طائفتين من العلاقات القانونية : الأولى تشمل علاقات الفرد بأسرته ، ويطلق عليها الأحوال الشخصية Statut personnel . والثانية تشمل العلاقات المالية ، ويطلق عليها المعاملات أو الأحوال العينية Statut réel . حيث يدخل فى نطاق الأحوال الشخصية المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية على المال ، والنسب وما يترتب عليه من آثار ، والزواج وما يترتب عليه من آثار ، والفرق من طلاق وغيره ، والميراث والوصية والوقف ، وكذلك الهبة فى بعض القوانين . ويدخل فى نطاق الأحوال العينية أو المعاملات كل ما يتصل بالعلاقات المالية بين الشخص وغيره ، كتحديد معنى المال ، وبيان أنواع الحقوق المالية ، والسلطات التى تخولها ، وطرق كسبها وانتقالها وانقضائها .

فهذا هو مضمون القانون المدنى وفقا لما يجرى فى معظم بلاد العالم . أما فى مصر ، فنظرا إلى الظروف الخاصة التى وضع فيها أول تقنين مدنى ، لم يشتمل التقنين المدنى المصرى على تنظيم لمسائل الأحوال الشخصية ، حيث تركت هذه المسائل لحكم القواعد الدينية ، وهى الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين ، والشرائع المالية بالنسبة إلى غير المسلمين . ومنرى أن الشارع المصرى قد وحد القواعد المتعلقة بفريق من هذه المسائل بالنسبة إلى المصريين جميعا بمقتضى قوانين خاصة .

وقد وضع تقنين مدنى مصرى لأول مرة فى سنة ١٨٧٥ لى تطبيقه المحاكم المختلطة ، كما وضع تقنين آخر على غرارها فى سنة ١٨٨٣ لى تطبيقه المحاكم الوطنية . ثم وجد التقنين المصرى عند إلغاء المحاكم المختلطة بعد تنقيحه تنقيحا شاملا ، فصدر فى ١٦ يولية سنة ١٩٤٨ وبدأ العمل به من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويبدأ هذا التقنين بباب تمهيدى يتضمن أحكاما عامة فى القانون وتطبيقه وفى

الأشخاص وفي تقسيم الأشياء والأموال . ثم ينقسم بعد ذلك إلى قسمين رئيسيين : أحدهما للالتزامات أو الحقوق الشخصية ، وهو يشتمل على كتابين ، يتناول أولها الالتزامات بوجه عام ، ويختص الثاني بالعقود المسماة . والقسم الآخر للحقوق العينية ، وهو يتضمن كتابين كذلك ، كتابا ثالثا يعرض للحقوق العينية الأصلية ، وكتابا رابعا موضوعه الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية .

ويوجد إلى جانب هذا التقنين قوانين خاصة تدخل في نطاق القانون المدني ، حيث عالج الشارع فيها موضوعات معينة رأى أن يفرد لها تنظيمًا مستقلا عن التقنين المدني ، منها قانون الشهر العقاري ، وقانون التوثيق ، وقانون إيجار الأماكن ، وقانون الإصلاح الزراعي .

٤٠ - القانون التجاري :

القانون التجاري *Le droit commercial* هو مجموعة القواعد التي تنظم المعاملات التجارية . وهي المعاملات التي تنشأ بين التجار بوصفهم تجارا ، أو تكون متعلقة بأعمال تجارية .

فهو يحدد معنى التاجر والأعمال التجارية ، ويبين واجبات التاجر كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية ، وينظم الشركات التجارية بأنواعها المختلفة ، ويتناول مظاهر النشاط التجاري كالعقود التجارية والملكية التجارية ، وأدوات التعامل في التجارة كالكمبيالات والسندات الأذنية أو لحاملها والشيكات ، وينظم الإفلاس وما يترتب عليه من آثار .

وقد كان القانون التجاري جزءا من القانون المدني ثم استقل عنه كما قدمنا . ولهذا قلنا إن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص ، فحيث لا توجد قاعدة في القانون التجاري لمسألة معينة يرجع فيها إلى قواعد القانون المدني .

ويرجع استقلال القانون التجاري عن القانون المدني إلى الاعتبارات الآتية :

١ - فقد اقتضى ازدياد النشاط التجاري أن توضع قواعد خاصة تتفق مع ما تتطلبه

التجارة من سرعة في إنجاز المعاملات التجارية وإعفاؤها من القيود التي ترد على المعاملات المدنية : ومن الأمثلة على ذلك أن القاعدة العامة التي يتضمنها القانون المدني في إثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه تقضى بأنه لا تجوز البينة في هذا الإثبات إذا كان التصرف تزيد قيمته على عشرة جنيهات (م ١/٤٠٠ مدني) . بينما يجوز في المعاملات التجارية إثبات مثل هذا التصرف بالبينة حتى لا تعطل هذه المعاملات . ومن الأمثلة كذلك أن القاعدة في القانون المدني أن حوالة الحق لا تنفذ قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها (م ٣٠٥ مدني) . بينما في المعاملات التجارية تنفذ حوالة الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية ، كالسكبيالات والسندات الإذنية والشيكات ، بمجرد التوقيع على الورقة بما يفيد الحوالة .

٢ - كما تقتضي المعاملات التجارية أن تقوم علاقات التجار على أساس من الثقة لا تتوفر في المعاملات غير التجارية ، مما دعا إلى وضع قواعد خاصة تنفق مع هذا الاعتبار . من ذلك أن القانون التجاري يلزم التاجر بأن يمسك دفاتر منتظمة يثبت فيها معاملاته ، ويشهر إفلاسه إذا توقف عن دفع ديونه فرفع يده عن إدارة أمواله ليتولاها وكيل الدائنين محافظة على حقوق هؤلاء ، ويعاقبه إذا صدر منه تقصير أو تدليس . ومن ذلك أنه في القانون المدني يجوز للقاضي أن ينظر المدين إلى أجل ينفذ فيه التزامه إذا كانت ظروفه تبرر هذا التأجيل (م ٣٤٦/٢ مدني) . بينما لا تثبت هذه السلطة للقاضي في المسائل التجارية ، لأنها لا تلائم ما يجري عليه التجار في معاملاتهم التجارية ، حيث يرتبطون في هذه المعاملات اعتمادا على الوفاء بما لهم من ديون في مواعيد استحقاقها . ومن ذلك أن القاعدة في القانون المدني أن التضامن بين المدنيين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (م ٢٧٩ مدني) . أما في المعاملات التجارية فإن هذا التضامن يفترض ، دون حاجة إلى اتفاق أو نص ؛ فلا يكون على الدائن أن يقتصر في مطالبته لأي مدين على نصيبه في الدين ، بل يستطيع أن يطالبه بكل الدين ، وبذلك يتوفر له من الائتمان ما يضمن له الحصول على حقه .

٣ - هذا إلى أن نظما جديدة ظهرت في نطاق التجارة ولم يكن لها وجود في المعاملات غير التجارية ، كالبنوك والبورصات والأوراق التجارية ، الأمر الذي دعا إلى وضع قواعد خاصة بها تدخل في نطاق القانون التجاري .

وقد وضع أول تقنين تجارى مصرى فى سنة ١٨٧٥ لى تطبيقه المحاكم المختلطة ، كم وضع تقنين آخر على غزاره فى سنة ١٨٨٣ لى تطبيقه المحاكم الوطنية . ولما ألغيت المحاكم المختلطة ظل التقنين الوطنى مطبقا حتى اليوم . ولكن الشارع عدل فى هذا التقنين القواعد الخاصة بالصلح الواقى من الإفلاس بمقتضى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٤٥ : كما أصدر عدة قوانين خاصة أراد أن يسد بها النقص فى هذا التقنين ، كالقانون الخاص بحماية العلامات والبيانات التجارية ، والقانون الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها ، والقانون الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والقانون الخاص بالأسماء التجارية ، والقانون الخاص بالسجل التجارى ، والقانون الخاص بالدفاتر التجارية ، والقانون الخاص ببعض أحكام الشركات .

ونظرا إلى ما تخضع له المسائل التجارية من أحكام وإجراءات خاصة ، فقد أنشأ الشارع المصرى دوائر خاصة لها فى نطاق المحاكم المدنية .

٤١ - القانون البحرى :

القانون البحرى *Le droit maritime* هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية . حيث تركز قواعد ذلك القانون فى السفينة وما تحمله باعتبارها وسيلة هذه الملاحة .

فهو ينظم الحقوق التى ترد على السفينة ، والعقود التى تكون هذه السفينة محلها لها كبيع السفينة وتجهيزها ، وعلاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد العمل البحرى ، ومسئولية مالك السفينة ، وعقد النقل البحرى وما يتصل به من مسؤولية الناقل ، والتأمين على السفن والبضائع ، إلى غير ذلك من المسائل التى تتصل بالملاحة البحرية .

وعلى الرغم من أن المسائل الأساسية التى يتكفل القانون البحرى بتنظيمها تعتبر من قبيل الأعمال التجارية ، فتمة اعتبارات دعت إلى استقلاله عن القانون التجارى . حيث روى أن السفينة كبيرة القيمة وأنها تعرض لأخطار خاصة ، كما أنها تكون فى

أغلب الأحيان بعيدة عن رقابة صاحبها . وفضلا عن ذلك فإن القانون البحري يعنى بملاحة الصيد وملاحة النزهة ، وكلتاهما لا تعتبر عملا تجاريا .

وقد وضع أول تقنين بحري مصرى فى سنة ١٨٧٥ لىكى تطبقه المحاكم المختلطة ، كما وضع تقنين آخر على غرارہ فى سنة ١٨٨٣ لىكى تطبقه المحاكم الوطنية . ولما ألغيت المحاكم المختلطة ظل التقنين الوطنى مطبقا حتى اليوم . وهناك قوانين خاصة صدرت إلى جانب هذا التقنين ، كالقانون الخاص بتسجيل السفن التجارية ؛ والقانون الخاص بالامتيازات والرهون البحرية ، والقانون الخاص بعقد العمل البحرى .

ويقابل القانون البحرى فرع حديث النشأة ، هو القانون الجوى ، وهو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة الجوية . فهو يتناول موضوعات تقابل تلك التى ينظمها القانون البحرى .

٤٢ - قانونه العمل :

قانون العمل Droit du travail هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال .

وهو فرع حديث النشأة نسبيا . فقد كانت العلاقة بين العامل ورب العمل تخضع للقاعدة العامة فى القانون المدنى ، حيث يؤخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فتجرى شروط عقد العمل بينهما وفقا لما تم الاتفاق عليه بصرف النظر عما تحمله من جور وما تنطوى عليه من استغلال ؛ ولما قامت النهضة الصناعية الحديثة وظهر الانتاج الكبير ترتب على ذلك أن وجدت قوى جديدة تتمثل فى أرباب الأعمال والشركات الكبيرة استطاعت بما توفر لها من قوة اقتصادية أن تفرض شروطها الجائرة على العمال ، ولم يكن فى وسع هؤلاء أن يناقشوا هذه الشروط ، بل كان لابد لهم من قبولها تحت ضغط الحاجة كي يحصلوا على قوت يومهم . وكان طبيعيا أن يؤدى هذا إلى زيادة اختلال التوازن فى عقد العمل ، فظهر رد الفعل من جانب العمال الذين تكونت منهم طبقة اجتماعية جديدة لها وزنها وقوتها ، وظهرت معها الأفكار الاشتراكية الجديدة تنادى بتدخل الدولة لحماية

الطرف الضعيف في العقد ، حتى لا تنظر حرية التعاقد أداة في يد الأقوياء للتحكم في الضعفاء واستغلالهم .

وعلى أثر ذلك نشطت حركة التشريع في أغلب البلاد لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال على نحو يكفل الحماية للطبقة العاملة . وأدى هذا إلى أن أصبح قانون العمل فرعاً مستقلاً من فروع القانون الخاص .

ولم تنشط حركة التشريع في هذا الشأن في مصر إلا قبيل الحرب العالمية الثانية حينما بدأت الصناعة تنتشر وأخذ يزداد عدد العمال تبعاً لذلك . فصدرت قوانين خاصة تنظم عقد العمل الفردى ، وساعات العمل ، وإصابات العمل . كما صدرت قوانين تنظم علاقات العمل الجماعية ، فنظمت نقابات العمال ، وعقد العمل المشترك ، والتوفيق والتحكيم في منازعات العمل . ثم استبدل الشارع بهذه القوانين جميعاً قانوناً موحداً نظم به جميع علاقات العمل سواء كانت فردية أو جماعية ، هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ . كما أصدر قانوناً للتأمينات الإجتماعية هو القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ ، حيث بدأ تطبيق هذا القانون بالنسبة إلى العمال ، ثم أخذ يمتد تطبيقه بعد ذلك إلى طوائف أخرى .

٤٣ - القانون الزراعى :

القانون الزراعى هو مجموعة القواعد التى تنظم الملكية الزراعية ، والاستغلال الزراعى ، وهو فرع حديث النشأة . فقد صدرت تشريعات زراعية فى كثير من الدول الغربية جمعت أحكامها فى مدونات ، بحيث أصبح لها من الاستقلال ما جعل منها فرعاً قائماً بذاته .

أما فى مصر فلم تنشط حركة التشريع فى هذا الشأن إلا على أثر قيام ثورة ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ . حيث اتجه الشارع منذ بداية الثورة ، وفى ضوء النظام الاشتراكى الجديد ، إلى الحد من الملكية الزراعية وتنظيم العلاقة بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها وتدعيم التعاون الزراعى . وذلك بغية توسيع نطاق الملكية الزراعية باتاحة الحق فيها لأكبر عدد من الفلاحين (١) ، ورفع مستوى المعيشة لصغار الفلاحين ، وما يتبع ذلك

(١) انظر الباب السابع من الميثاق الوطنى .

من تقليل الفوارق بين الطبقات : فصدر قانون الإصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ ، ثم صدرت من بعده قوانين عديدة فى السنوات التالية تعدل من أحكامه وتضيف إليها . وبذلك أصبح لدينا من التشريعات الزراعية ما يجلد جمعه فى ملونة مستقلة تكون فرعاً قائماً بذاته .

وعلى هذا النحو فإن القانون الزراعى فى مصر ينظم الملكية الزراعية ، حيث يفرض حداً أقصى لما يجوز للشخص أن يملكه من الأراضى الزراعية . وينظم استغلال الأرض الزراعية ، يفرض حداً أقصى لما يجوز للشخص أن ينتفع به من الأراضى المملوكة لغيره ، كما يعنى بتنظيم العلاقة بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها . وينظم التعاون الزراعى .

٤٤ - قانونه المرافعات المدنية والتجارية :

قانون المرافعات المدنية والتجارية *Le droit de procédure civile et commerciale* هو مجموعة القواعد التى تنظم السلطة القضائية ، وتبين الإجراءات الواجب اتباعها لتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون المدنى والقانون التجارى . فالقانون المدنى والقانون التجارى يبينان حقوق الأشخاص وواجباتهم . أما قانون المرافعات المدنية والتجارية فينظم الإجراءات التى تتخذ لحماية هذه الحقوق إذا اعتدى عليها ، أو لاقضاءها إذا حصل تقصير فى أدائها أو نوزع فى وجودها . ومن ثم فكل من القانون المدنى والقانون التجارى قانون موضوعى ، بينما قانون المرافعات قانون إجرائى . حيث يتكفل قانون المرافعات بناحيتين :

الأولى هى تنظيم السلطة القضائية . ويتضمن هذا التنظيم فريقين من القواعد : قواعد النظام القضائى ، وهى التى تبين أنواع المحاكم وتشكيلها وشروط تنصيب القضاة وحقوقهم وواجباتهم . وقواعد الاختصاص ، وهى التى تتعلق بتوزيع ولاية القضاء على المحاكم بطبقاتها المختلفة .

والثانية هى بيان الإجراءات التى تتبع لحماية الحقوق واقتضاءها . ويتضمن هذا البيان قواعد الاجراءات ، وهى التى تتعلق بالإجراءات والأوضاع الواجبة الاتباع فى رفع الدعاوى والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة فى شأنها . ويدخل فى هذا النطاق ما يتصل بهذه الإجراءات والأوضاع من قواعد موضوعية :

وقد أدى الجمع بين هاتين الناحيتين في نطاق قانون المرافعات إلى اختلاف الرأى فى الفقه حول ما إذا كان هذا القانون يعتبر فرعاً من القانون الخاص أم يعتبر فرعاً من القانون العام . فذهب رأى إلى الاعتبار الأول على أساس أن قانون المرافعات ينظم أعمال القواعد الموضوعية التى تبين حقوق الأفراد وواجباتهم . وذهب رأى آخر إلى الاعتبار الثانى استناداً إلى أن قانون المرافعات ينظم سلطة عامة هى السلطة القضائية ويبين طريقة قيامها بوظيفتها . لكننا نرجح الرأى الذى يعتبر قانون المرافعات قانوناً مختلطاً ، حيث تعتبر القواعد التى تنظم السلطة القضائية من القانون العام ، وتعتبر قواعد الاجراءات من القانون الخاص :

ويعتبر قانون المرافعات المدنية والتجارية الشريعة العامة فيما يتعلق بالاجراءات التى تتبع أمام المحاكم . فحيث لا توجد قاعدة خاصة تتعلق بالاجراءات التى تتبع فى خصوص مسألة معينة أمام المحاكم الجنائية أو الإدارية ، فإن قواعد الاجراءات فى قانون المرافعات هى التى تطبق :

وقد وضع أول تقنين مصرى للمرافعات المدنية والتجارية فى سنة ١٨٧٥ لى تطبقه المحاكم المختلطة ، كما وضع تقنين آخر على غرارها فى سنة ١٨٨٣ لى تطبقه المحاكم الوطنية . ثم وجد التقنين المصرى عند إلغاء المحاكم المختلطة بعد تنقيحه تنقيحاً شاملاً ، فصدر فى ٢٩ يونيه سنة ١٩٤٩ وبدأ العمل به من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ :

ويوجد إلى جانب هذا التقنين قوانين خاصة أهمها القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ فى شأن السلطة القضائية ، والقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض . والمحاكم المدنية أحد فرعى جهة القضاء العادى . وتشمل المحاكم الجزئية ، والمحاكم الابتدائية ، ومحاكم الاستئناف . وعلى رأسها جميعاً محكمة النقض .

٤٥ - النظام القضائى :

رأينا بهذه المناسبة أن نعرض للنظام القضائى جملة من حيث جهاته وأنواعه وطبقات المحاكم التى تدخل فى كل جهة .
فهناك جهتان للقضاء فى مصر :

الأولى جهة القضاء العادى ، وهى الجهة صاحبة الولاية العامة ، ويشمل اختصاصها المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية والمواد الجنائية . وتنقسم هذه الجهة إلى فرعين :

الأول يشمل المحاكم المدنية ، وهى على ثلاثة أنواع كل منها طبقة . فأدناها المحاكم الجزئية ، ثم المحاكم الابتدائية ، ثم محاكم الاستئناف .

والثانى يشمل المحاكم الجنائية أو الجزائية ، وهى على ثلاثة أنواع كل منها طبقة . فأدناها محاكم المخالفات والجنح ، ثم محاكم الجنح المستأنفة ، ثم محاكم الجنايات .

وعلى رأس هذه المحاكم جميعها ، سواء كانت مدنية أو جنائية ، توجد محكمة النقض .

والثانية جهة القضاء الإدارى فى مجلس الدولة ، ويشمل اختصاصها المواد الإدارية . وتشمل ثلاثة أنواع من المحاكم الإدارية كل منها طبقة . فأدناها المحاكم الإدارية ، ثم محكمة القضاء الإدارى ، ثم المحكمة الإدارية العليا .

وهناك محكمة تنازع الاختصاص بين جهتى القضاء العادى والقضاء الإدارى .

٤٦ - القانون الدولى الخاص :

القانون الدولى الخاص Le droit international privé هو مجموعة القواعد التى تعنى بصفة أساسية ببيان المحكمة المختصة وتحديد القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالعلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبى .

ويراد بالعلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبى تلك التى تدخل فى نطاق القانون الخاص ويكون أحد عناصرها متصلا بدولة أجنبية . وعناصر العلاقة ثلاثة ، هى أشخاصها وموضوعها والواقعة المنشئة لها . فمثلا إذا كان أحد طرفى العلاقة أو كلاهما أجنبيا ، أو كان موضوعها عقارا موجودا فى بلد أجنبى ، أو كان مصدرها تصرفا أبرم فى الخارج ، كانت العلاقة ذات عنصر أجنبى .

فإذا تزوج وطنى من أجنبية ، وقام بينهما نزاع فى شأن الزواج ، فهل تكون المحاكم المختصة هى المحاكم الوطنية أم المحاكم الأجنبية ؟ وإذا ثبت الاختصاص للمحاكم

الوطنية ، فهل يطبق القانون الوطنى باعتباره قانون جنسية الزوج أم يطبق القانون الأجنبى باعتباره قانون جنسية الزوجة ؟

وإذا باع ألماني إلى مصرى عقارا موجودا فى إيطاليا بمقتضى عقد أبرم فى فرنسا ، وقام نزاع فى شأن هذا البيع ، فهل تختص بنظر النزاع المحاكم الألمانية أم المصرية أم الإيطالية أم الفرنسية ؟ وإذا ثبت الاختصاص لإحداها ، فهل يطبق القانون الألماني باعتباره قانون جنسية البائع أم القانون المصرى باعتباره قانون جنسية المشتري أم القانون الإيطالى باعتباره قانون موقع العقار أم القانون الفرنسى باعتباره قانون الدولة التى إبرم فيها العقد ؟

ففى مثل هذه الأحوال يتكفل القانون الدولى الخاص بالإجابة على مسألتين : الأولى هى تعيين المحكمة المختصة . حيث يعنى هذا القانون بحل النزاع على الاختصاص القضائى . ولذلك تسمى القواعد المتعلقة بهذه المسألة بقواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى . وهى تقتصر على بيان ما إذا كانت المحاكم الوطنية هى المحاكم المختصة أم لا . بحيث أنه فى حالة ما إذا كانت هذه المحاكم غير مختصة ، فإن تلك القواعد لا تتكفل ببيان المحاكم الأجنبية المختصة .

والثانية هى بيان القانون الواجب التطبيق : حيث يعنى القانون الدولى الخاص بحل النزاع على الاختصاص التشريعى . ولذلك تسمى القواعد المتعلقة بهذه المسألة بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان ، أو قواعد تنازع الاختصاص التشريعى ، أو قواعد الاسناد . وقد لوحظ فى هذه التسمية أن تلك القواعد لا تتضمن الحل الموضوعى الذى يطبق على النزاع للفصل فيه ، وإنما تقتصر فحسب على الاسناد فى شأن بيان هذا الحل إلى قانون معين ، وهذا القانون هو الذى يقدم الحل الذى يفصل فى النزاع بمقتضاه . فمثلا إذا أشارت هذه القواعد بأن القانون الفرنسى هو الذى يطبق على النزاع فإن دورها ينتهى عند هذا الحد ، ثم تبين بعد ذلك القاعدة الموضوعية الواردة فى القانون الفرنسى فى شأن هذا النزاع للفصل فيه .

ومن أمثلة قواعد الاسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ مدنى من أنه « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين » . وما تنص

عليه المادة ١٧/١ مدنى من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف قبل موته » . وما تنص عليه المادة ١٨ مدنى من أنه « يسرى على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى ، قانون الموقع فيما يختص بالعقار » . وما تنص عليه المادة ٢٠ مدنى من أن « العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه » .

وإذا كان القانون الدولى الخاص يتناول أساسا موضوعى تنازع الاختصاص القضائى ، وتنازع القوانين ، فإن كثيرا من الفقهاء يدخلون في نطاقه موضوعات أخرى ثلاثة باعتبارها مسائل أولية قد تساهم في تعيين الاختصاص القضائى أو التشريعى : الأول هو الجنسية ، وهى علاقة تبعية الفرد للدولة . والثانى هو الوطن ، وهو علاقة الفرد بالدولة نتيجة إقامته فيها . والثالث هو مركز الأجانب ، وهو ما يمكن أن يتمتع به الأجانب من حقوق أو يتحملوه من تكاليف في الدولة التى يوجدون على أرضها . وهذا هو الاتجاه المأخوذ به في مصر .

وهناك خلاف في الفقه حول ما إذا كان القانون الدولى الخاص فرعاً من القانون الخاص أم فرعاً من القانون العام . ولكننا نرجع النظر الذى يذهب إلى أنه قانون مختلط . فقواعد تنازع الاختصاص وتنازع القوانين تدخل في نطاق القانون الخاص . أما الجنسية والوطن ومركز الأجانب ، فهذه كلها أمور تتصل بحق السيادة في الدولة ، ومن ثم فإنها تدخل في نطاق القانون العام .

ويلاحظ أن القانون الدولى الخاص ، رغم تسميته بالقانون الدولى ، هو في الواقع من الأمر قانون وطنى . فلكل دولة في هذا الخصوص قواعد تطبقها محاكمها كما تطبق أى قانون داخلى ، وقد تختلف هذه القواعد في بعض نواحيها عن القواعد المطبقة في الدول الأخرى . ومصادر القانون الدولى الخاص هى القواعد التشريعية الوطنية ، والمعاهدات الدولية ، والعرف ، والمبادئ السائدة في الفقه وفي كثير من الدول .

وفيما يتعلق بالقواعد التشريعية المصرية نجد بعضها في التقنين المدنى خاصة بتنازع القوانين ، وبعضها في تقنين المرافعات خاصة بتنازع الاختصاص ، كما أن هناك قانوناً للجنسية ، وقوانين أخرى تنظم الوطن ومركز الأجانب .

الفصل الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٤٧ - تنوع القواعد القانونية بحسب سلطانها إرادة الأفراد إرادتها .

يوجه القانون نشاط الأفراد على نحو تتحقق به مصالحهم وتراعى فيه ذات الوقت مقتضيات الصالح العام للمجتمع . وفي ضوء هذا الاعتبار فإن القانون لا ينحول الأفراد حرية مطلقة في مزاولته نشاطهم ، ولا يسلبهم حريتهم تماما ، وإنما يقيد هذه الحرية بالقدر الذى يقتضيه الصالح العام .

ففى نطاق معين من نظام المجتمع يفرض القانون سلطانه ، فلا يترك مجالا لحرية الأفراد ، بحيث يحرم عليهم أى نشاط يتعارض مع ما يأمر به . وفى نطاق آخر يترك القانون مجالا لحرية الأفراد ، فيكون لهم أن يوجهوا نشاطهم على النحو الذى يروق لهم .

وعلى هذا الأساس تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة . ففى المجال الذى ينعدم فيه سلطان إرادة الأفراد تكون القاعدة أمرة ، وفى المجال الذى تكون هذه الإرادة فيه حرة فى تنظيم العلاقات القانونية تكون القاعدة مكملة .

٤٨ - القواعد الآمرة :

القاعدة الآمرة *Ia règle imperative* هى التى لا تجوز مخالفة حكمها . إذ أنها تتناول أمورا تنصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، بحيث يحرص الشارع على عدم المساس بها محافظة على النظام العام الذى يقوم عليه المجتمع ، ومن ثم لا يباح للأفراد أن يتدخلوا سلوكا يتعارض مع الحكم الذى تقرره .

فالقاعدة التى تحرم القتل أو السرقة قاعدة أمرة لا يجوز الخروج عليها أو الاتفاق

على ما يخالفها . إذ أن ضرر الجريمة لا يقتصر على المجنى عليه وأفراد أسرته ، بل يمتد إلى المجتمع بأسره لما تؤدي إليه الجريمة من إخلال بالأمن وزوال الطمأنينة من النفوس . والقاعدة التي تفرض الخدمة العسكرية قاعدة أمرة لأن هذه الخدمة تكليف ضروري للدفاع عن كيان الوطن وحفظ الأمن فيه .

والقاعدة التي تفرض حداً أقصى لسعر الفائدة قاعدة أمرة ، لأنها تحمي الضعيف وتحارب الاستغلال غير المشروع .

ويلاحظ أن تسمية هذه القواعد بأنها أمرة هي مجرد اصطلاح أريد به المعنى الذي ذكرناه ، وهو أن مخالفتها لا تجوز . إذ الواقع أن كل القواعد القانونية ، سواء سميت أمرة أو مكملة ، إنما تتضمن الأمر بسلوك معين . وهذا الأمر قد يقع في صورة أمر أو نهى أو إباحة . ولذلك فإن ما ذهب إليه بعض الفقهاء من تسمية القواعد الأمرة بأنها قواعد أمرة أو ناهية ليس من شأنه أن يضيف شيئاً في الدلالة على المعنى الاصطلاحي المذكور .

٤٩ - القواعد المكملة :

القاعدة المكملة *Ia règle supplétive* هي التي يجوز إبرام تصرف بما يخالف حكمها . فهي تكون ملزمة للأفراد إذا لم تتجه إرادتهم حين التصرف إلى ما يخالف الحكم الذي تقررره . إذ أنها تعالج مسائل لا تنصل بكيان المجتمع ولا مقوماته الأساسية ، فلا يقتضى النظام العام للمجتمع أن يكون تنظيم هذه المسائل على نحو معين دون غيره ، ومن ثم يباح للأفراد أن ينظموها على النحو الذي يرتضونه .

وإذا كان لإرادة الأفراد هذا السلطان فيما يتعلق بتنظيم تلك المسائل فشمعة اعتبارات دعت مع ذلك إلى أن يعنى القانون بتنظيمها . ذلك أنه كثيراً ما يحصل أن يضيق الطرفان في العقد على المسائل الجوهرية ويتركان ماعداً ذلك من تفصيلات : كأن يضيق المتعاقدان في عقد البيع على الشيء المبيع ومقدار الثمن والمسائل الأخرى التي كانت ذات أهمية في نظرهما عند إبرام العقد ، ولكنهما يغفلان ماعداً ذلك من تفصيلات ، كتحديد ميعاد

تسليم المبيع ومكانه أو ميعاد دفع الثمن ومكانه أو بيان من يتحمل منهما مصاريف العقد إلى غير ذلك من أمور لم تكن محل اعتبارهما عند التعاقد . ففي مثل هذه الحالة تظهر الحاجة إلى وضع قواعد قانونية تسرى في شأن هذه الأمور ، وهي القواعد المكملة .

ويتضح من هذا أن الشارع فيما يورده من قواعد في هذا الشأن إنما يهدف إلى وضع نموذج للتعاقد ينطبق إذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى تنظيم يخالفه . حيث يتعلق الأمر بمسائل تخضع لسلطان إرادة الأفراد ، فإن اتفق المتعاقدان على تنظيم معين في هذا النطاق سرى بينهما ما يقضي به الاتفاق ، وإذا خلا اتفاقهما من تنظيم لمسألة أو أكثر من هذه المسائل انطبقت القواعد التي أوردها الشارع في هذا الشأن ، فهي من هذا قواعد تكمل إرادة المتعاقدين .

ولهذا أثرنا أن نقف عند تسمية هذه القواعد بالقواعد المكملة ، ولم نر الأخذ بمذهب إليه فريق من الفقهاء من تسميتها بالقواعد المفسرة على أساس أنها تفسر العقد عند غموضه . إذ أن القواعد المكملة لا تنطبق إلا حيث لا تكون هناك إرادة قد اتجهت إلى تنظيم يخالف حكمها ، فإذا كانت هناك إرادة ولكنها غامضة فإن تفسيرها يكون أمراً مستقلاً عن هذه القواعد . كذلك لم نر الأخذ بما ذهب إليه فريق من هؤلاء من تسميتها بالقواعد المقررة على أساس أنها تمثل الإرادة المفترضة للمتعاقدين عند سكوتهم عن الأخذ بتنظيم يخالف حكمها . إذ أن القواعد المكملة تمثل إرادة الشارع لإرادة الأفراد . وإذا كان الشارع يهتدى في وصفها بالعرف والعادات السائدة في التعامل فإن هذا لا يعني افتراض إرادة غير موجودة ، حيث تنطبق هذه القواعد في حالة سكوت المتعاقدين ولو كانا يجعلانها .

ومن أمثلة القواعد المكملة ما تنص عليه المادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ مدني من أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان والوقت الذي يسلم فيهما المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . حيث يكون للطرفين في عقد البيع أن يتفقا على المكان والوقت اللذين يدفع فيهما الثمن ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق ولم يكن هناك عرف في هذا الشأن انطبقت القاعدة الواردة في هذين النصين باعتبارها قاعدة مكملة . ومن الأمثلة كذلك ما تنص عليه المادة ٥٦٧ / ١ مدني من أن على المؤجر أن يقوم

في العين المؤجرة أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك. فيكون للطرفين في عقد الإيجار أن يتفقا على تحميل المستأجر القيام بهذه الترميمات ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق التزم المؤجر بتلك الترميمات وفقا للقاعدة الواردة في النص باعتبارها قاعدة مكملّة .

ويلاحظ أن جواز الاتفاق على ما يخالف حكم القاعدة المكملّة لا يقدح فيما لها من صفة الإلزام الواجب توافرها لكل قاعدة قانونية .

وقد ذهب بعض الفقهاء في سبيل التدليل على ذلك إلى أن القاعدة المكملّة تكون اختيارية ابتداء ولكنها تصبح ملزمة انتهاء ، بمعنى أنها تكون غير ملزمة قبل اتفاق الطرفين ، ثم تصبح ملزمة في حالة ما إذا تم الاتفاق دون أن يرد فيه ما يخالف حكمها . وهذا القول لا يمكن التسليم به . فالقاعدة لا تكون قانونية إلا من الوقت الذي يتوفر لها فيه عنصر الإلزام . وليس من المعقول أن تكون القاعدة غير ملزمة قبل الاتفاق فلا تكون حينئذ قاعدة قانونية ، ثم تصبح ملزمة بعد تمامه فتصير في هذا الوقت قاعدة قانونية ، مع أنها في ذاتها لم تتغير . فالصحيح أن القاعدة القانونية يتوفر لها صفة الإلزام من وقت وضعها ، وهذا هو شأن القاعدة المكملّة والقاعدة الآمرة على حد سواء .

وحقيقة الأمر أن أية قاعدة قانونية لا تنطبق إلا إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون لذلك. ويشترط لانطباق القاعدة المكملّة ألا يوجد اتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره : فعلم وجود مثل هذا الاتفاق هو شرط انطباق تلك القاعدة : فإذا وجد هذا الاتفاق لا تنطبق القاعدة المكملّة ، لالكونها غير ملزمة ، ولكن لأن شرط سريانها لم يتوفر .

٥٠ - معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة :

رأينا أن القاعدة الآمرة تتناول أمورا تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، بحيث يرى الشارع من ورأها إلى المحافظة على النظام العام الذي يقوم عليه المجتمع . أما القاعدة المكملّة فتتظم مسائل خاصة لاتعنى المجتمع في مجموعه ، بل تتعلق بمصالح خاصة لأطراف العلاقة القانونية :

ومن ثم يكون معيار التفرقة بين هذين النوعين من القواعد هو موقف القاعدة من النظام العام والآداب في المجتمع . فحيث يراد المحافظة على النظام العام للمجتمع أو حماية الآداب فيه تكون القاعدة أمرة وحيث لا يكون الغرض المقصود هو المحافظة على النظام العام أو حماية الآداب ، وإنما يتعلق الأمر بتنظيم مصالح خاصة للأفراد ، تكون القاعدة مكملة .

وقد نص القانون على هذا المعيار صراحة في المادتين ١٣٥ و ١٣٦ مدني ، حيث تقضيان بأنه إذا كان محل الالتزام أو سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا .

وهناك حالات تتضح فيها تلك التفرقة من عبارة القاعدة ذاتها ، وذلك حين تدل هذه العبارة صراحة أو ضمنا على نوع القاعدة . غير أن كثيرا من القواعد القانونية لا تنص صراحة عن نوع القاعدة ، وفي هذه الحالة يتعين الوقوف على مدى صلة القاعدة بالنظام العام أو الآداب لمعرفة ما إذا كانت أمرة أو مكملة .

فهذان طريقتان للتعرف على نوع القاعدة القانونية . ولذلك نتبين فيما يلي كيفية هذا التعرف من عبارة القاعدة ذاتها ، ثم نوضح فكرة النظام العام والآداب ونذكر تطبيقاتها .

٥١ - دلالة العبارة على نوع القاعدة :

تكون العبارة دالة على نوع القاعدة إذا اتضح منها صراحة أو ضمنا ما إذا كانت القاعدة أمرة أو مكملة .

كأن تنص القاعدة على عدم جواز أمر معين أو بطلانه : أو تنص على عدم جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها أو على بطلان هذا الاتفاق . إذ يدل كل هذا على أن القاعدة أمرة .

وكان تنص القاعدة على جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها . إذ يدل هذا على أن القاعدة مكملة .

ومن أمثلة القواعد التي تدل عبارتها على أنها قواعد أمرة ما يأتي :

١ — فن هذه القواعد ماتنص عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتابة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا كان العقد باطلا » .

٢ — وما تنص عليه المادة ١٣١/٢ مدنى من أن « التعامل فى شركة لإنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون » .

٣ — وما تنص عليه المادة ١٤٧/٢ مدنى من أنه فى حالة الظروف الطارئة يجوز للقاضى « أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

٤ — وما تنص عليه المادة ٢٢٧/١ مدنى من جواز اتفاق المتعاقدين على سعر للفوائد بشرط ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة ، « فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر » .

ومن أمثلة القواعد التى تدل عبارتها على أنها قواعد مكملة ما يأتى :

١ — فن هذه القواعد ماتنص عليه المادة ٣٤٨ مدنى من أنه « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

٢ — وما تنص عليه المادة ٤٠٠/١ مدنى من أنه « فى غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز البينة فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

٣ — وما تنص عليه المادة ٤٦٢ مدنى من أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

٤ — وما تنص عليه المادة ٥٦٧ مدنى من أن على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة ، ويقوم بجميع الترميمات الضرورية ، ويتحمل الضرائب والتكاليف المستحقة على العين . حيث تقول فى نهايتها : « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » .

٥٢ - النظام العام والآداب :

النظام العام والآداب فكرة تستعصى بطبيعتها على التحديد . ويمكن أن يقال في شيء من التعميم والتقريب إن النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع ، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية : فقواعد النظام العام هي تلك التي يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية . ويراد بالمصلحة العامة كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيث يرجع على كل مصلحة فردية . ومن ثم وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام ، حتى لو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة ، فإذا هم خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص وقع هذا الاتفاق باطلا .

والآداب هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وعصر معين . فهي بهذه المثابة تعتبر الشق الخلقى من قواعد النظام العام . وليس يقصد بالآداب كل قواعد الأخلاق ، وإنما يقصد بها قدرا من هذه القواعد يمثل الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة . فهي عبارة عن الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة للمحافظة على المجتمع من الانحلال ، بحيث يفرض على الجميع احترامها وعدم المساس بها .

وهذه الفكرة بشقيها فكرة نسبية متطورة ، إذ تختلف باختلاف الفكرة السائدة في كل بيئة وفي كل عصر . فكثير من ضروب التعامل التي كانت تعتبر صحيحة في الماضي بل وإلى عهد قريب ، أصبحت اليوم مخالفة للنظام العام في ظل التنظيمات الحديثة التي تدخل فيها الشارع بنصوص آمرة لا تجوز مخالفتها . والرق الذي كان مباحا من قبل أصبح اليوم مخالفا للنظام العام . والتأمين على الحياة الذي كان مستهجنا لمخالفته للآداب أصبح اليوم مقبولا . وكذلك الحال بالنسبة إلى الوساطة في الزواج .

وبناء على ذلك فإن فكرة النظام العام تضيق وتتسع تبعا للأفكار السائدة في المجتمع . فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تسرف في الاعتماد بحرية للفرد وتغفل المصالح العام للمجموع ، بينما تنسع في ظل المبادئ الاشتراكية التي تضع

مصلحة المجموع في المقام الأول وتضحى في سبيلها بالمصلحة الفردية. ولهذا فحيث يسود المذهب الفردي يعظم سلطان إرادة الأفراد ، فتكون القواعد الآمرة التي تقيد من هذا السلطان قليلة : أما حيث يسود المذهب الاشتراكي فيضعف سلطان الإرادة ، إذ تكثر القواعد الآمرة التي تحد من هذا السلطان نتيجة لتدخل الدولة .

وإذ كانت فكرة النظام العام والآداب على هذا النحو من المرونة والتطور ، فإنها تعتبر المنفذ الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلى النظام القانوني ، كي تلاءم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين . وفي غير الحالات التي يتدخل فيها الشارع بمقتضى نصوص يأخذ فيها بمقتضيات هذا التطور ، تقع على عاتق القاضي مهمة تحقيق هذه الملاءمة . فالقاضي يكاد يكون شارعا في هذا النطاق ، وعليه أن يستلهم المصلحة العامة وبتقيد بالنظم والآداب السائدة في المجتمع ، فلا يعول على آرائه ومعتقداته الخاصة ، وإنما يراعى ما تدين به الجماعة . ومن ثم كان الفصل فيما إذا كانت قاعدة معينة تتعلق بالنظام العام أو الآداب مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض .

٥٣ - تطبيقات النظام العام في نظام القانون العام :

ينظر في تنظيم الروابط التي يعنى بها القانون العام إلى المصلحة العامة دائما . ولهذا يقع باطلا كل اتفاق بين الأفراد يتعارض مع قاعدة من قواعد هذا القانون .

ففي القانون الدستوري يعتبر من النظام العام كل ما يتصل بالحقوق التي نظمها هذا القانون والحريات العامة التي كفلها ، كحق الترشيح والانتخاب ، والحرية الشخصية ، وحرية الإقامة ، وحرية الزواج ، وحرية العقيدة ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة . فمثلا لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته ، إذ أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا لمخالفته للنظام العام . ولا يجوز لأحد أن ينزل عن جريته الشخصية (م ٤٩ مدني) . وإذا تعهد شخص بالآيتزوج مطلقا كان هذا التعهد باطلا ، إلا إذا وجد سبب مشروع يبرره ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تزوج بعد موته

كى تعنى بترية أولادها ، وإذا نقضت الزوجة هذا التعهد فلا يكون الجزاء هو بطلان الزواج ، بل يكون التعويض ، والغالب أن يكون الجزاء حرمان التعهد من الهبة أو الوصية التى أعطيت له على أساس التعهد . ومن الصور العملية الكثيرة الوقوع الاتفاقات التى تقيد من حرية التجارة والعمل فى عقود بيع المتاجر وعقود العمل . فى عقد بيع المتجر قد يشترط المشتري على البائع أن يمتنع عن مباشرة التجارة التى يتناولها العقد ، وفى عقد العمل قد يشترط صاحب العمل على من يستخذه ألا يلتحق بعمل مماثل بعد انتهاء العقد كى يأمن على أسرار صناعته من أن يستغلها المستخدم فى منافسته . وقد كان القضاء يبطل هذا الشرط لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقا غير محدود بزمان أو مكان ، ويعتبره صحيحا إذا جاء مقيدا بزمان معين أو بمكان معين ، ولكنه الآن يميل إلى اتخاذ معيار آخر قوامه أن يكون الشرط معقولا لانهسف فيه بصرف النظر عما إذا كان مقيدا بزمان ومكان أو لم يكن مقيدا بشئ من ذلك . فتكون العبرة بسكون الشرط لازما لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة ، إذ أنه حينئذ يكون صحيحا حتى لو جاء مطلقا من كل قيد فى الزمان وفى المكان (راجع فيما يتعلق بهذا الشرط فى عقد العمل المادتين ٦٨٦ و ٦٨٧ مدنى) .

وفى القانون الإدارى يعتبر من النظام كل ما يتصل بالوظيفة وتنظيم المرافق العامة وغير ذلك من المسائل التى ينظمها هذا القانون . فثلا لا يجوز للموظف أن ينزل عن وظيفته لشخص آخر . وإذا اتفق شخص مع وسيط على مبلغ من المال يتقاضاه هذا الأخير فى مقابل سعيه لحصول الأول على وظيفة أو امتياز لمرق عام أو مقالة يقوم بها لحساب الحكومة ، فإن هذا الاتفاق يقع باطلا لمخالفته للنظام العام .

وفى القانون المالى تعتبر القوانين التى تفرض الضرائب أو تنظم النقد أو تحدد سعر العملة من النظام العام . فكل اتفاق خاص ينطوى على مساس بالقواعد التى تقررها هذه القوانين يقع باطلا . فثلا إذا اتفق البائع والمشتري فى عقد بيع عقار على ذكر ثمن أقل مع الثمن الحقيقى للهروب من دفع رسوم التسجيل كاملة كانت العبرة بالثمن الحقيقى وليست بالثمن الصورى المذكور فى العقد . وإذا اتفق على أن يتحمل الضريبة شخص لا يلتزم بها قانونا فإن هذا الاتفاق لا يعنى الشخص الملتزم قانونا بدفع هذه الضريبة . فإذا

كان من الجائز أن يتفق المؤجر مع المستأجر على أن يتولى هذا الأخير دفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة فإن المؤجر يبقى مع ذلك ملزما بأداء هذه الضريبة إذا لم يتم المستأجر بدفعها . وإذا فرض القانون سعرا إلزاميا للعملة الورقية وقع شرط الدفع بالذهب باطلا .

وفي القانون الجنائي يكون باطلا كل اتفاق ينطوي على مخالفة لقواعد هذا القانون ، لأن هذه القواعد تتعلق بالنظام العام . فإذا اتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من المال وقع هذا الاتفاق باطلا . وإذا تعهد شخص لآخر بأن يتحمل عنه العقوبة التي يحكم بها عليه كان هذا التعهد باطلا . ولا يجوز الاتفاق على خلق جريمة لا ينص عليها القانون ، كما إذا اتفق الدائن مع المدين في عقد القرض على اعتبار عدم الوفاء بالدین تبديدا ، لأن عقد القرض لا يدخل في عداد العقود التي تتحقق فيها هذه الجريمة .

٥٤ - تطبيقات النظام العام في نظام القانون الخاص :

تتعلق قواعد القانون الخاص إما بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية . فالأحوال الشخصية تتصل أغلبية قواعدها بالنظام العام لأنه يقصد بها تحقيق مصلحة عامة . ولهذا يقع باطلا كل اتفاق بين الأفراد يعدل من أحكام حالة الشخص المدنية أو أهليته أو علاقته بأفراد أمرته . فلا يصح الاتفاق بين شخص وآخر على تعديل الجفسية أو تغيير الاسم أو المسام بالنسب . ولا يجوز النزول عن الأهلية أو التعديل في أحكامها (م ٤٨ مدني) . ولا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق الأب على ولده في التربية ، ولا حقوق الزوج على زوجته في الطاعة والأمانة ، ولا حقوق الزوجة على زوجها في النفقة والرعاية . ولا يحق للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق . والنفقات الواجبة شرعا لا يصح النزول مقدما عن الحق في المطالبة بها ، إنما يصح النزول عن النفقة بعد تجمدها لأن الحق حينئذ يصبح حقا ماليا صرفا . وكل ما يتعلق من الأحوال الشخصية بالنظام العام لا يجوز الصلح فيه (م ٥٥١ مدني) .

والمعاملات المالية أغلبية قواعدها لا تتعلق بالنظام العام ، لأنها قواعد متكاملة لإرادة المتعاقدين ، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها . غير أن هناك طائفة لا يستهان بها من قواعد المعاملات المالية تتعلق بالنظام العام . وهي على وجه الإجمال القواعد التي يراد بها كفالة حق الشخص في التصرف في ملكه واستثماره ، والقواعد التي تحمي الغير حسن النية وتناهض الغش ، والقواعد التي تحقق الحماية للطرف الضعيف في العقد . فلا يجوز تقييد حق المالك في التصرف في ملكه واستثماره على خير وجه . وتطبيقا لهذا لا يصح شرط المنع من التصرف ما لم يكن مبينا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة (م ٨٢٣ مدني) . كما لا يصح الاتفاق على بقاء الملك في الشيوع إلا لمدة أقصاها خمس سنوات (م ٨٣٤ مدني) . ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف القواعد التي تحمي الغير حسن النية وتناهض الغش ، كما لو اتفق على عدم شهر تصرف يوجب القانون شهره ، أو نزل الدائن مقدما عن الطعن في تصرف مدينه بالدعوى البولصية أو بالصورية ، أو اتفق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية ، أو من المسؤولية العقدية في حالتي الغش والخطأ الجسيم . ولا يصح الاتفاق على ما يخالف الأحكام التي تكفل حماية الطرف الضعيف في العقد ، كتلك التي وردت في شأن الاستغلال (م ١٢٩ مدني) وعقود الإذعان (م ١٤٩ مدني) والحوادث الطارئة (م ١٤٧ مدني) والشرط الجزائي (م ٢٢٤ مدني) وسعر الفائدة (م ٢٢٧ مدني) .

وقاضلا عن ذلك فانه يلاحظ ما سبق أن ذكرناه من أن انتشار الفكرة الاشتراكية في الوقت الحاضر جعل الشارع يتدخل على نطاق واسع في تنظيم فريق من العقود بمقتضى قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام ، كما فعل في عقد العمل وعقد الإيجار . ويضاف إلى هذا تحديد ما يستطيع الشخص أن يملكه من الأطيان الزراعية والتسجير الجبرى للسلع . وقد ترتب على ذلك أن أصبحت القواعد التي تتعلق بالنظام العام في ازدياد مستمر .

٥٥ - تطبيقات الآداب :

يقع باطلا كل اتفاق يخالف الآداب . ومن هذا القبيل الاتفاق الذى يراد منه حصول الشخص على أجر عن عمل كان يجب عليه أن يقوم به ، كأن يتعهد شخص برده ما سرقه فى مقابل أجر يأخذه ، أو يتعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل أجر . ومن هذا القبيل أيضا الاتفاق الذى يقصد به الخديعة والإخلال بواجب الأمانة فى التعامل ، كأن تنفق شركة التأمين مع المؤمن له على ألا يعترف بمسئوليته . وقد كان القضاء الفرنسى يبطل الاتفاق الذى يتم بين مدير المسرح وجماعة من المهتافين يستأجرهم للتصفيق لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخذع الجمهور ، ولكنه أصبح الآن يقضى بصحته لما فيه من تشجيع للفنانين المبتدئين .

ومن التطبيقات الهامة فى هذا الخصوص الاتفاقات التى تتعلق بالعلاقات الجنسية وبيوت البغاء والمقامرة .

فكل اتفاق يراد به إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة يقع باطلا لمخالفته للآداب . أما إذا تعهد شخص بمال لامرأة على سبيل التعويض مما أصابها من ضرر بسبب علاقة جنسية كانت بينهما فإن هذا التعهد يكون صحيحا .

ويكون باطلا كل اتفاق يتعلق ببيوت البغاء ، حتى لو حصلت هذه البيوت على ترخيص إدارى . فيبيع بيت البغاء ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، وكل ما يتصل به غير ذلك يقع باطلا .

والاتفاق الخاص بمقامرة أورهان يكون باطلا ، كبيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يتصل غير ذلك باستغلاله . وكذلك إقراض المقامر مالا كي يتمكن من المقامرة أو الاستمرار فيها . وقد نص القانون على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أورهان ، وجعل لمن خسر أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات مع الوقت الذى أدى فيه ما خسره (م ٧٣٩ مدنى) . واستثنى من ذلك الرهان الذى يعقده المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية ، وفى هذه الحالة يكون للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغيا فيه ، كما استثنى أيضا ما رخص به قانونا من أوراق النصيب (م ٧٤٠ مدنى) .

الباب الثالث

مصادر القاعدة القانونية

٥٦ - المقصود بمصادر القانون بره عام :

يساهم في تكوين القاعدة القانونية نوعان من المصادر ، هما المصادر المادية أو الموضوعية ، والمصادر الرسمية أو الشكلية .

فالمصادر المادية أو الموضوعية هي التي تستمد منها مادة القاعدة أو مضمونها . فهي تبين العوامل التي ساهمت في تكوين مادة القاعدة أو مضمونها . وهذه تدخل فيها العوامل الطبيعية والاقتصادية ، كما تدخل العوامل الاجتماعية كالبيئة والدين والتقاليد . والمصادر الرسمية أو الشكلية هي الوسائل التي تخرج بها القاعدة القانونية للناس فتصبح ملزمة للمخاطبين بها . وقد أطلق عليها وصف الرسمية لأنها الطرق المعتمدة التي تجعل القاعدة القانونية نافذة فاعطيتها بذلك قوة الإلزام . كما أطلق عليها وصف الشكلية لأنها المظهر أو الشكل الخارجى الذى تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة . فإذا وضعت قاعدة تشريعية كانت العوامل التي أملت على الشارع حكمها هي مصدرها المادى ، وكان التشريع مصدرها الرسمى .

ويدخل في نطاق المصادر الرسمية ما يقال له المصدر التاريخى . فهو عبارة عن الأصل التاريخى الذى أخذ منه مضمون القاعدة . فمثلا يعتبر القانون الرومانى مصدرا تاريخيا لكثير من قواعد التقنين المدنى الفرنسى . كما يعتبر القانون الفرنسى والشريعة الإسلامية والقانون الألمانى مصادر تاريخية لكثير من قواعد التقنين المدنى المصرى . كما يدخل في هذا النطاق المصادر التفسيرية . ويراد بالمصدر التفسيرى المرجع الذى يساعد على تجلية ماقى القاعدة من غموض ، وتوضيح ما فيها من إبهام . والمصادر التفسيرية

اثنان ، هما الفقه والقضاء . فهما يتضافران على تفسير القواعد القانونية بحيث . تتضح أحكامها ، وكثيرا ما يصلان في هذا التفسير إلى جعل القانون متمشيا مع التطورات الجديدة في الحياة الاجتماعية .

٥٧ - تنوع المصادر الرسمية للاثانين برمج عام ونفاذها في الأهمية تبعاً للتطور :

كان العرف هو أول مصدر رسمي للقانون ظهر في تاريخ المجتمع البشرى . ويراد به اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة . فهو الطريق الطبيعي الذي توحى به الفطرة للوصول إلى قواعد تنظم الحياة في المجتمع . ولذلك كان ملائماً وكافياً لتلبية حاجات المجتمعات البدائية .

ثم ظهر الدين ، فأصبح مصدراً رسمياً لكثير من القواعد القانونية . وكان دوره في المجتمعات القديمة أكبر منه في المجتمعات الحديثة . فكلما تقدم الزمن تضاعف دور الدين كمصدر رسمي ، وأصبح مصدراً مادياً لفريق من القواعد التشريعية يستمد الشارع أحكامها منه .

ولما سارت المجتمعات في طريق التقدم وازاد النشاط فيها وتشعبت الروابط بين أفرادها أصبح العرف قاصراً عن الوفاء بحاجتها إلى القواعد التي تنظم الحياة فيها . فهو مصدر بطيء لا يستجيب لمطالب المجتمعات الحديثة على كثرتها وتجديدها وما يقتضيه تنظيمها من سرعة وإحكام . ولذلك ظهر التشريع كوسيلة لا بد منها لتلبية هذه المطالب . حيث تقوم بوضع قواعده سلطة مختصة ، وتتولى الدولة فرض هذه القواعد بما لديها من قوة وسلطان . فهو أداة تمتاز بالسهولة والسرعة في الوفاء بحاجات المجتمع وتطوره بقواعد يتوفر لها من الوضوح والاحكام ما يساعد على استقرار المعاملات . ولذلك فبعد أن كان العرف أهم المصادر الرسمية للقانون في المجتمعات القديمة ، أصبح التشريع أهم هذه المصادر في أغلب القوانين الحديثة ، وبقي العرف مصدراً احتياطياً .

وقيل إن القاضي في بلد من البلاد ، حينما تعوزه قاعدة في التشريع أو العرف ،

يطبق مبادئ القانون الطبيعي باعتباره مصدرا للقانون في هذه الحالة ، وسرى فيما بعد حقيقة المراد من ذلك .

وكان الفقه والقضاء مصدرين رسميين للقانون في بعض الشرائع القديمة . ويعتبر الفقه في القوانين الحديثة مجرد مصدر تفسيري يرجع إليه للاستئناس فحسب . كما يعتبر القضاء مصدرا تفسيريا في أغلب القوانين الحديثة . أى فيما عدا القانون الإنجليزى وما يتهج نهجه من قوانين الدول الانجلوسكسونيه ، إذ مازالت السوابق القضائية في هذه القوانين مصدرا رسميا .

وسنعرض فيما يلى للمصادر الرسمية فى القانون المصرى ، ثم للمصادر التفسيرية .

الفصل الأول

المصادر الرسمية للقانون المصرى

٥٨ - بيان المصادر الرسمية وترتيبها بحسب الأولوية فى التطبيق :

نصت المادة الأولى مع التقنين المدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ - تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها .
٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

ويعنى ورود هذا النص فى صدر الباب التمهيدى للتقنين المدنى أن يكون المقصود به بيان مصادر القانون فى فروع القانون الخاص بأسره ، إذ أن الأحكام التمهيدية فى ذلك الباب أحكام عامة يتناول تطبيقها فروع هذا القانون المختلفة (١) . حيث يعتبر القانون المدنى بمثابة الأصل بالنسبة إلى فروع القانون الخاص .

(١) انظر فى هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ص ١٧٤ .

غير أن هذا البيان لا ينطبق على مسائل الأحوال الشخصية . فقد رأينا أن التقنين المدني المصري يقتصر على تنظيم المعاملات المالية ، ويترك تنظيم الأحوال الشخصية لحكم القواعد الدينية والقوانين الصادرة في شأنها .

ومن ثم تكون المصادر الرسمية للقانون في مسائل المعاملات المالية ، وفقا لهذا النص ، هي التشريع ، ثم العرف ، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا لم يجد القاضي قاعدة يطبقها على النزاع في هذه المصادر الثلاثة وجب عليه أن يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وسنرى أن إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تعني التجاهل إلى مصدر رسمي يستقي منه قاعدة بالمعنى الصحيح ، وإنما تعني اجتهاده لكي يصل إلى حل للنزاع المعروض عليه .

ويجب على القاضي في التجاهل إلى هذه المصادر أن يراعى ما بينها من أولوية بحسب الترتيب المذكور في النص . فهو يلجأ أولا إلى التشريع باعتباره المصدر الرسمي الأصلي ، ولا يعدل عنه إلى غيره من المصادر إلا إذا لم يجد فيه قاعدة يطبقها على النزاع المعروض أو إذا أحال هو على مصدر منها . ولهذا تعتبر جميع المصادر الأخرى بالنسبة إلى التشريع مصادر احتياطية . فإذا لم يجد قاعدة في التشريع لجأ إلى العرف ، فإذا لم يجد قاعدة في العرف لجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يجد قاعدة في هذه المبادئ حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

أما مسائل الأحوال الشخصية فالمصادر الرسمية اثنان ، هما التشريع والدين . ويلاحظ هنا أن القواعد الدينية تظفر بالنصيب الأكبر من مسائل الأحوال الشخصية ؛ كما أن الفريق من هذه المسائل الذي صدرت في شأنه قوانين خاصة قد استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية . وقد حدا هذا الاعتبار بفريق من الفقهاء إلى أن يعتبر الدين مصدرا رسميا أصليا في هذه المسائل . ولكننا مع تسليمنا بهذا الاعتبار لاحظنا أنه حيث توجد قواعد تشريعية تكون لها الأولوية في التطبيق ، فلا يجوز العلول عنها إلى قواعد دينية قد تخالفها ، وهذا أمر يسلم به الجميع . ولهذا آثرنا أن نجعل التشريع هو المصدر الرسمي الأول في مسائل الأحوال الشخصية إن وجد ، فإذا لم توجد قاعدة تشريعية التجأ القاضي إلى الدين .

وستتناول فيما يلي كل مصدر من هذه المصادر ، فنبداً بالمصدر الأصلي وهو التشريع : ثم نتكلم في المصادر الاحتياطية ، وهي الدين ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية : ثم نتبين حقيقة المقصود من إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ه وهذا مع ملاحظة ماقلناه من أن الدين لا يأتي بعد التشريع إلا في مسائل الأحوال الشخصية ، وأن المصادر في هذه المسائل تقتصر على التشريع والدين ه

الفرع الأول

المصدر الأصلي

التشريع

٥٩ - التشريع مصدر أصلي عام . تقسيم :

اتفق لنا مما تقدم أن التشريع أصبح أهم مصدر للقاعدة القانونية في أغلب القوانين الحديثة : وبذلك أصبحت له الصدارة في هذا الشأن في القانون المصري ، فهو المصدر الأصلي العام للقاعدة القانونية . ويراد بكونه مصدراً أصلياً ماقلناه من أن القاضي يتعين عليه أن يلجأ إليه أولاً للوصول إلى القاعدة التي تطبق على النزاع ، فلا يعدل عنه إلى غيره من المصادر إلا إذا لم يجد فيه قاعدة أو إذا أحال هو على مصدر آخر : ويراد بكونه مصدراً عاماً أن اختصاصه لا يقتصر على مسائل معينة ، بحيث يجب الرجوع إليه أولاً في جميع المسائل إلا ما يستثنى من ذلك بالاحالة في شأنه إلى مصدر رسمي آخر . فهو من هذه الناحية يعتبر المرجع الأول سواء في مسائل المعاملات المالية أو مسائل الأحوال الشخصية التي صدرت في شأنها تشريعات خاصة . وما عداه من المصادر الرسمية لا يصدق عليه هذا الوصف أو ذاك . فالدين لا يعتبر مصدراً أصلياً في مسائل الأحوال الشخصية ، بل هو مصدر احتياطي مادام أن فريقاً من هذه المسائل قد صدرت في شأنه تشريعات خاصة ، كما أنه لا يعتبر مصدراً عاماً لأن اختصاصه يقتصر على هذه المسائل . والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية يعتبران مصدرين احتياطيين في مسائل المعاملات المالية فحسب . ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يستلهمها القاضي إلا في مسائل المعاملات المالية عندما لا يجد قاعدة في المصادر الأخرى ؛ ويقضي الكلام في التشريع أن نعرض أولاً لتعريفه وبيان مزاياه وعيوبه لكي

نقف على ماله من أهمية : ثم تناول الكيفية التي يسنّ بها التشريع ، حيث نعرف السلطة التي تملك وضعه ، وتبين أنواعه ، وما بين هذه الأنواع من تدرج في القوة . ثم ندرس الإجراءات التي يتم بها نفاذ التشريع . ثم نبحث فيما قد يكون للقضاء من رقابة على صحة التشريع : وأخيرا نعرض لصورة هامة من التشريع ، هي التقنين .

المبحث الأول

التعريف بالتشريع ومزاياه وعيوبه

٦٠ - تعريف :

التشريع ، كمصدر رسمي للقانون ، هو وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك : ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على القواعد القانونية ذاتها التي تضعها هذه السلطة : فالاصطلاح ذاته يستعمل أحيانا بمعنى المصدر، ويستعمل أحيانا أخرى بمعنى القواعد التي تستمد من هذا المصدر : ويتضح من هذا التعريف أن ثمة خصائص معينة يجب توافرها فيما يعتبر تشريعا بالمعنى الصحيح :

١ - حيث يتضمن التشريع وضع قاعدة تتوفر فيها خصائص القاعدة القانونية : فلا تعتبر قاعدة تشريعية إلا تلك التي تكون قاعدة سلوك مجردة وعامة . ذلك أن السلطة التشريعية لا يقتصر عملها على وضع التشريع بهذا المعنى ، فقد تصدر قرارات لا تعتبر تشريعات بالمعنى الصحيح :

وعلى هذا الأساس يميز فريق من الفقهاء بين نوعين من التشريعات تصدرها السلطة التشريعية : يشمل أولهما تشريعات من حيث الشكل والموضوع معا ، وهي التشريعات بالمعنى الصحيح ، إذ تتضمن قواعد مجردة وعامة . ويشمل الثاني تشريعات من حيث الشكل فحسب ، وهي عبارة عن قرارات تصدر في خصوص شخص معين بذاته أو واقعة معينة بذاتها ، فلا تعتبر تشريعات بالمعنى الصحيح ، إذ لا تتضمن قواعد مجردة وعامة : مثل ذلك أن يصدر قرار من مجلس الأمة بربط معاش استثنائي لشخص معين

تقديره له ، أو بالموافقة على قرض تعقده الحكومة (م ٧٢ من الدستور) ، أو باعتقاد الحساب الختامي لميزانية الدولة (م ٧٩ من الدستور) ، حيث لا تعتبر هذه القرارات تشريعات من حيث الموضوع رغم صدورها من السلطة التشريعية .

٢ - ويصدر التشريع في نصوص مكتوبة ، ولذلك يقال له القانون المكتوب ، فيعتبر مصدرا للفظ والمعنى معا ، ويتوفر له بذلك من التحديد والوضوح ما يحقق الاستقرار والأمن في المعاملات . وبذلك يتميز عن العرف الذي يقال له القانون غير المكتوب ، فيكون مصدرا للمعنى دون اللفظ ، الأمر الذي قد يحيطه بشيء من الغموض والابهام .

٣ - ويصدر التشريع من سلطة مختصة بوضعه . وسنرى فيما يلي أن هناك أنواعا مختلفة من التشريعات ، وأن السلطة التي تملك التشريع تختلف باختلاف نوع القواعد التشريعية .

٦١ - أهمية التشريع ومزاياه :

إذا نظرنا في الجملة إلى تطور المصادر الرسمية للقانون من حيث انتشارها وأهميتها أمكننا أن نقول إن العصور القديمة هي عصور العرف والدين ، وإن العصر الحديث هو عصر التشريع . فقد أضحت التشريع أهم مصدر في القوانين الحديثة . حيث ساعدت على ذلك عوامل مختلفة ، فضلا عن المزايا العديدة التي تجعل للتشريع الأفضلية على جميع المصادر الأخرى .

فن العوامل التي أدت إلى ازدياد أهمية التشريع أن الدولة في العصر الحديث توطد سلطتها وأصبح لها من قوة القهر ما يجعلها قادرة على فرض احترام القواعد التشريعية التي تضعها . كما أن انتشار الديمقراطية أدى إلى الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ، مما جعل السلطة التشريعية تنشط في القيام بوظيفتها . وبالإضافة إلى ذلك فإن اعتناق المذهب الاشتراكي في كثير من الدول جعل الدولة تتدخل في كثير من الشؤون التي كانت متروكة من قبل لنشاط الأفراد وحريتهم ، كي توجه أدوات الإنتاج لصالح الشعب وتحمي

الطرف الضعيف في العقد وتحول دون التحكم والاستغلال ، وهذه كلها أغراض لا يمكن أن تتحقق إلا من طريق التنظيم التشريعي .

أما المزايا التي تبرر أن يتبوأ التشريع هذه المكانة فكثيرة ، نذكر منها ما يأتي :
(١) سهولة سن التشريع وتعديله : فالتشريع تضعه سلطة مختصة ، وبذلك يمكن أن يتم وضع القواعد القانونية بسرعة وسهولة ، بحيث يستطيع الشارع أن يبادر إلى مواجهة الأوضاع الجديدة في المجتمع بتنظيمات مستحدثة ، كما يكون في وسعه أن يسارع إلى تعديل القواعد القائمة أو إلغائها إذا بدا له أنها أصبحت تتعارض مع هذه الأوضاع . وتلك ميزة تتيح للقانون أن يؤدي وظيفته على نحو يستجيب فيه لحاجات المجتمع بالسرعة التي تنفق مع تطور ضروب النشاط فيه وازدياده .

(٢) وضع التشريع في نصوص مكتوبة : فالتشريع تضعه سلطة مختصة في نصوص مكتوبة ، فيكون بذلك مصدرا للقاعدة القانونية في لفظها ومعناها . وبفضل هذا تأتي القاعدة في صياغة محكمة ، يظهر فيها دور الإرادة الواعية المدبرة ، ويتوفر لها من التحديد والضبط ما يكفل الاستقرار والثقة في المعاملات . حيث يراعى في الحكم الذي تقرره التوفيق بين المصالح المختلفة : كما يسهل على الأشخاص التأكد من وجودها والتعرف منها على حقوقهم وواجباتهم .

(٣) التشريع أداة لتوحيد النظام في الدولة : فوضع التشريع بواسطة سلطة مختصة وقلرة الدولة على كفالة طاعته يمكنان من إصدار تشريعات تنفذ في كل إقليم الدولة ، وبذلك يؤدي التشريع إلى توحيد النظام في الدولة ، فيكون عاملا على تحقيق الوحدة القومية وزيادة التضامن بين أجزاء الأمة الواحدة .

(٤) التشريع أداة لتطوير المجتمع : فبفضل التشريع لا تقتصر وظيفة القانون على تنظيم الحياة الاجتماعية بالصورة التي يتجه إليها نشاط الأفراد في المجتمع . فهناك ألوان من النظم ومبادئ ينادى بها المصلحون أو يقتبسونها من خارج بيتهم ، ويرون فيها صلاحا لبلادهم ونهوضا بها ، ومثل هذه النظم والمبادئ لا يمكن الأخذ بها إلا من طريق التشريع . وبذلك يصبح القانون أداة لتطوير المجتمع وتوجيهه الوجهة التي تكفل له النهوض والتقدم . وآية ذلك ما نراه اليوم من تدخل الشارع على نطاق واسع في ظل

النظام الاشتراكي الذي أخذ ينتشر في الوقت الحاضر ، كي يزيل الفوارق بين طبقات الشعب ، ويحول دون الاستغلال والتحكم ، ويحقق تكافؤ الفرص أمام الجميع ، وهذه كلها أغراض لا يمكن الوصول إليها إلا من طريق التشريع :

٦٢ - عيوب التشريع :

يعاب على التشريع أن السلطة التي تختص بوضعه قد لا توفق في تبين ظروف المجتمع وتقدير حاجاته ، فتأتي القواعد التي تسنها غير ملائمة لتلك الظروف وقاصرة على الوفاء بهذه الحاجات . بل إنه إذا جاءت القواعد التشريعية حين وضعها ملائمة لظروف المجتمع فإن صلبها في نصوص مكتوبة تحدد مدلولها وترسم حدودها يضيئ عليها من الجمود ما يقف بها عن مسيرة التطور والوفاء بما يجد من حاجات ، فإذا ما تغيرت هذه الظروف أصبحت تلك القواعد غير ملائمة لها ، وقد يقعد الشارع عن تعديلها على النحو الذي يستجيب لمقتضيات التطور .

غير أن الواقع يدل على عدم سلامة هذه الملاحظة ؛ فالغالب أن تكون السلطة التشريعية مكونة من ممثلين للشعب ، وهذا من شأنه أن يقلل من خطر وضع قواعد لا تتفق مع ظروف المجتمع وحاجاته . وإذا حصل أن جاء التشريع عند وضعه غير ملائم لظروف المجتمع ، أو أصبح كذلك نتيجة للتطور ، فإن السلطة التشريعية تبادر إلى تعديله كي يصبح متفقا مع ظروف المجتمع ومسيرا للتطور فيه ؛

والحقيقة أن العيوب التي تؤخذ على التشريع لا تعتبر شيئا مذكورا إلى جانب مزاياه العديدة . بل إن التشريع أصبح الأداة الضرورية التي لا غنى عنها ولا بديل لها في تنظيم المجتمع الحديث ، حيث تشعبت مظاهر النشاط وازدادت المعاملات واتجهت لإرادة التغيير إلى الأخذ بمبادئ ونظم تقود المجتمع نحو النهوض والتقدم :

وفي ضوء هذه الحقيقة كان طبيعيا أن يحتل التشريع مكان الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون ، وأن تطنى أهميته إلى حد كبير على ما عداه من مصادر :

المبحث الثاني

سن التشريع

٦٣ - السلطة التي تملك التشريع :

يُبين دستور كل دولة الهيئة التي تختص بسن التشريع ، وهي التي يقال لها السلطة التشريعية . وقد تكون هذه السلطة فردا واحدا ، كأن تكون ملكا أو حاكما مطلقا . وهي في أغلب الدول الحديثة مجلس أو مجلسين نيابيين ، حيث ينتخبهما الشعب فينوبان عنه في سن التشريع : وقد يشارك رئيس الدولة المجلس النيابي بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض ، أو بقيامه بسن التشريع في ظروف معينة تقتضي أن يضطلع بهذا العمل . كما أن السلطة التنفيذية قد تختص بوضع التشريع في مسائل معينة تؤهلها وظيفتها إلى الإحاطة بها .

وتستعمل عبارة « السلطة التشريعية » للدلالة على وظيفة الدولة في سن القوانين ، كما تستعمل للدلالة على الهيئة التي تباشر هذه الوظيفة :

وتختلف السلطة التي تملك التشريع بحسب أهمية هذا التشريع . فقد يتناول التشريع النظام الأساسي للدولة ، أو يتعلق بأمور خطيرة تتصل بمصالح البلاد العليا ، فلا يكتفى فيه بالسلطة التشريعية العادية ، بل يعهد به إلى هيئة مشكلة على نحو خاص ، أو يرجع فيه إلى الشعب . وقد يكون التشريع عاديا فتتولى وضعه السلطة التشريعية العادية . وقد يتعلق التشريع بمسائل تفصيلية ذات أهمية ثانوية تتصل بالتطبيق العملي فيترك أمره إلى السلطة التنفيذية نظرا إلى اتصالها المستمر بالجمهور .

٦٤ - أنواع التشريعات وتدرجها في القوة :

يتضح مما ذكرناه الآن أن التشريعات تتعدد أنواعها وتتفاوت قوتها تبعا لأهمية المسائل التي تناوّلها .

فهناك أنواع ثلاثة من التشريعات تتدرج في القوة . فأعلاها التشريع الأساسي ،

وهو الدستور . ثم يليه في القوة التشريعية العادى ، ويسميه بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسى ، وهو يشمل القوانين العادية . ثم يلي هذا في القوة التشريعية الفرعى ، وهو يشمل القرارات الإدارية التنظيمية أو اللوائح التى تصدرها الهيئات التنفيذية المختلفة .

ومقتضى هذا التدرج فى القوة أن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى منه . فلا ينبغى أن يأتى التشريع العادى مخالفاً للتشريع الأساسى ، ولا أن يأتى التشريع الفرعى مخالفاً لأى من هذين التشريعين . فإذا تعارض تشريعان من درجتين مختلفتين وجب تغليب التشريع الأعلى ، وهو ما يتحقق عن طريق الرقابة القضائية على صحة التشريعات كما سنرى فيما بعد .

وسنعرض فيما يلى لكل نوع من هذه التشريعات ، حيث تبين السلطة المختصة بسننه والكيفية التى يتم بها ذلك .

٦٥ - أولاً : التشريع الأساسى : الدستور :

التشريع الأساسى أو الدستور هو كما قلنا أعلى التشريعات فى القوة . إذ أنه يحدد نظام الحكم فى الدولة ، ويبين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها ببعض الآخر ، ويقرر ما للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة . فهو بهذه المثابة يضع الأساس الذى يقوم عليه نظام الدولة . ولذلك يختلف عن التشريع العادى سواء من حيث وضعه أو تعديله ،

(١) فبما يتعلق بوضع الدستور يتوقف الأمر على الظروف السياسية القائمة . فقد يصدر الدستور منحة من صاحب السلطان فى الدولة ، وإن كان ذلك لا يحصل عملاً إلا تحت ضغط الشعب الذى يعتبر صاحب السيادة الأصيل . وقد يصدر فى صورة عقد بين الشعب وصاحب السلطان . وقد تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب . وقد يسنه الشعب نفسه بطريق الاستفتاء .

وهاتان الطريقتان الأخيرتان هما اللتان تتفقان مع المبدأ الديمقراطى على اعتبار أن للشعب هو مصدر السلطات . وقد جمع بينهما الدستور المصرى الذى بدأ العمل به ابتداء من يوم ٢٥ مارس سنة ١٩٦٤ . إذ جاء فى ديباجته أنه يعمل به من هذا اليوم « حتى

يتم مجلس الأمة المنتخب انتخاباً شعبياً مباشراً مهمته بوضع مشروع الدستور الدائم للجمهورية العربية المتحدة ، وطرح مشروع هذا الدستور على الشعب ، للاستفتاء ، لكي يمنحه من إرادته الحرة القوة التي تجعله مصدراً لكل السلطات .

ونضيف بهذه المناسبة أن الدستور ليس هو التشريع الوحيد الذي يسنه الشعب بطريق الاستفتاء . فقد يستفتي الشعب فضلاً عن ذلك في تشريع يتناول أمراً هاماً يتصل بمصالح البلاد العليا . إذ نصت المادة ١٢٩ من الدستور على أن « لرئيس الجمهورية أن يستفتي الشعب في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا ، وينظم القانون طريقة الاستفتاء » .

(٢) وفيما يتعلق بتعديل الدستور ، تنقسم الدساتير بحسب الطريقة المرسومة لتعديلها إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة . فاللدستور المرن هو الذي يكفي لتعديل أحكامه أو إلغائها أن يصدر تشريع عادي بالإجراءات التي تصدر بها القوانين العادية ؛ والدستور الجامد هو الذي لا يمكن تعديل أحكامه أو إلغاؤها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة تختلف عما يتبع في القوانين العادية . وجود الدستور على هذا النحو من شأنه أن يحول دون كثرة التعديل في أحكامه ، فيتوفر له بذلك ما يجدر بالتشريع الأساسي من استقرار وثبات .

والدستور المصري من الدساتير الجامدة . فقد تطلبت المادة ١٩٦ منه إجراءات طويلة وشروطاً خاصة لتعديله ، وهي كما يأتي :

١ - طلب التعديل : فلكل من رئيس الجمهورية ، ومجلس الأمة ، طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور . ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها ، والأسباب الداعية إلى هذا التعديل . وإذا كان الطلب صادراً من مجلس الأمة وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل .

٢ - موافقة مجلس الأمة على مبدل التعديل : فإذا قدم الطلب على هذا الوجه وجب عرضه على المجلس لكي يناقش مبدأ التعديل . ويصدر المجلس قراره في شأنه بأغلبية أعضائه . فإذا رفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض .

٣- موافقة مجلس الأمة على التعديل : فإذا وافق المجلس على مبدأ التعديل بالأغلبية المذكورة ، يعرض عليه بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة المواد المراد تعديلها لمناقشتها . فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس اعتبر نافذا من تاريخ الموافقة .

٦٦- ثانيا : التشريع العادى : القانون :

التشريع العادى هو التشريع الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصها المبين فى الدستور . ويطلق على هذا النوع من التشريع اسم « القانون la loi » بمعناه الخاص الذى يراد به قاعدة أو مجموعة من القواعد تضعها السلطة التشريعية . فهو يختلف فى دلالة عن اصطلاح القانون le Droit بالمعنى العام باعتباره مجموعة القواعد الملزمة التى تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فى المجتمع . وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك (١) ، والأصل أن التشريع العادى تقوم به السلطة التشريعية ، وإن كانت اللساتير تنص عادة على اشتراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية فى هذه الوظيفة بمانعطيه من حق اقتراح القوانين أو حق التصديق أو الاعتراض على ما تسنه هذه السلطة منها . وهذا هو النهج الذى سلكه الدستور المصرى .

ويتولى السلطة التشريعية فى مصر بحسب الأصل ، بمقتضى الدستور الحالى ، مجلس واحد هو مجلس الأمة . فقد نصت المادة ٤٧ من الدستور على أن « مجلس الأمة هو الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية » .

ويمر سن التشريع العادى بالمراحل الثلاث الآتية :

(١) اقتراح التشريع : اقتراح القانون هو عرض مشروعه على مجلس الأمة لإبداء الرأى فيه . وهو حق لرئيس الجمهورية (م ١١٦ من الدستور) ، ولأى عضو من أعضاء مجلس الأمة (م ٦٧) . ويحال مشروع القانون المقدم من رئيس الجمهورية إلى إحدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه (م ٦٦) . أما مشروع القانون الذى يقترحه

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦ .

عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الأمة فيحال إلى لجنة لفحصه وإبداء الرأى فى صلاحية لجواز نظر المجلس فيه ، فإذا رأى المجلس نظره أحاله إلى إحدى لجانه لفحصه وتقديم تقرير عنه (م ٦٦) .

(٢) موافقة مجلس الأمة : بعد فحص مشروع القانون وتقديم تقرير عنه يطرح على مجلس الأمة لمناقشته والتصويت عليه . ولا يجوز للمجلس أن يتخذ قراراً إلا إذا حضر الجلسة أغلبية أعضائه . وفى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذى جرت المداولة فى شأنه مرفوضاً (م ٦٥) .

ولا يصدر قانون إلا إذا أقره مجلس الأمة . ولا يجوز تقرير مشروع قانون إلا بعد أخذ الرأى عليه مادة مادة (م ٦٨) . وكل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه مجلس الأمة ، لا يجوز تقديمه ثانية فى دور الانعقاد ذاته (م ٦٩) .

(٣) عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة مجلس الأمة رغم الاعتراض : لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على مشروعات القوانين التى يقرها مجلس الأمة . (م ١١٦) . فإذا اعترض الرئيس على مشروع قانون رده إلى المجلس فى مدى ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه : فإذا لم يرد مشروع القانون فى هذا الميعاد ، اعتبر قانوناً وأصدر (م ١١٧) : وإذا رد مشروع القانون فى الميعاد المتقدم إلى المجلس ، وأقره ثانية بموافقة ثلثى أعضائه ، اعتبر قانوناً وأصدر (م ١١٨) .

ويتضح من هذا أن اعتراض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الأمة هو مجرد اعتراض توقينى *veto suspensif* . بمعنى أنه إجراء من جانب رئيس الجمهورية يوجب على المجلس أن يعيد النظر فى هذا المشروع ، بحيث لا يجوز له أن يقره ثانية إلا بموافقة أغلبية خاصة هى ثلثا أعضائه . فإذا توفرت هذه الأغلبية صار المشروع قانوناً وأصدر ، وإذا لم تتوفر سقط المشروع ، وبذلك تكون الكلمة الأخيرة لمجلس الأمة :

وإذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هى التى تتولى سن التشريع التشريعى العادى ،

فإن هناك حالتين تستثيان من ذلك ، حيث تحمل فيهما السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في القيام بهذه المهمة مراعاة لظروف خاصة ، وهي حالة التفويض وحالة الضرورة .

٦٧ - تفويض رئيس الجمهورية في التشريع :

قد تعرض ظروف استثنائية تدعو إلى أن يفوض مجلس الأمة رئيس الجمهورية في سن القوانين في شأن مسائل معينة ، كما هي الحال بالنسبة إلى القوانين الخاصة بفرض رسوم أو ضرائب ، حيث تقضى المصلحة بكتمان مضمونها قبل إعلانها لمنع التهرب منها .

وقد نصت المادة ١٢٠ من الدستور في هذا الصدد على أن « لرئيس الجمهورية في الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها » .

ويتضح من هذا أن التفويض يجوز إذا توافرت فيه شروط ثلاثة : ١ - فيجب أن يكون التفويض في أحوال استثنائية تبرره . ٢ - ويجب أن تعين في هذا التفويض الموضوعات التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يسن قوانين في شأنها ، كما تحدد فيه الأسس التي تراعى في تنظيم هذه الموضوعات : ٣ - ويجب أن يكون هذا التفويض مآقوتا بمدة محددة .

٦٨ - تشريع الضرورة :

يجوز لرئيس الجمهورية أن يسن قوانين بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو أثناء حله ، إذا نشأت حينذاك حالة ضرورة تدعو إلى الإسراع في اتخاذ تدابير عن طريق التشريع لا تختمل التأخير . فقيام حالة الضرورة في وقت تكون السلطة التشريعية فيه في عطلة أو غير قائمة هو الذي يبرر الخروج على الأصل الذي يجعل الاختصاص بسن القوانين لهذه السلطة .

وقد نصت المادة ١١٩ من الدستور في هذا المعنى على ما يأتي : « إذا حدث غيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة ، أو في فترة حله ، ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون - ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة ، خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما ، وفي أول اجتماع له في حالة الحل ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض » .

ومن ثم يشترط لكي يباشر رئيس الجمهورية هذا الحق ما يأتي :

١ - فيجب أن توجد ضرورة تدعو إلى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير . وتقدير هذه الضرورة يستقل به رئيس الجمهورية .

٢ - ويجب أن تطرأ هذه الضرورة أثناء عطلة مجلس الأمة فيما بين أدوار انعقاده ، أو في فترة حله .

٣ - ويجب أن تعرض القرارات التي أصدرها رئيس الجمهورية على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان إصدارها فيما بين أدوار انعقاده ؛ أو في أول اجتماع له إذا كان إصدارها في فترة حله . فإذا لم تعرض زال ما كان لها من قوة القانون بأثر رجعي . وإذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض ، حيث رأى الشارع في هذه الحالة أن يتلافى ما قد يترتب على الزوال بأثر رجعي من اضطراب .

٤ - ويجب ألا تكون هذه القرارات مخالفة للدستور . وهذا شرط تمليه القواعد العامة ، وإن لم يرد ذكره في النص المذكور . إذ أن القانون الذي تسنه السلطة التشريعية ، هي السلطة الأصلية في هذا الشأن ، لا يجوز أن يأتي مخالفا للدستور . وعليه فمن باب الأولى لا يجوز أن يخالف الدستور قرار له قوة القانون يصدر من رئيس الجمهورية في حالة يحل فيها محل هذه السلطة امتثاء .

٦٩- ٤٣ : التشريع الفرعى : الموعنة :

التشريع الفرعى هو عبارة عن القرارات الإدارية التنظيمية التى تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها فى الدستور (م ١٢١ و ١٢٢). فهى تسن هذا التشريع بما لها من اختصاص أصيل ، وليس على أساس أنها تحل فى ذلك السلطة التشريعية . ويطلق على هذا التشريع اسم « اللائحة (le règlement) » تمييزا له عن التشريع العادى الذى يراد به « القانون » :

واللوائح على أنواع ثلاثة ، هى اللوائح التنفيذية ، واللوائح التنظيمية ، ولوائح الضبط :

(١) اللوائح التنفيذية : هى ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنفيذ القوانين . ذلك أن القوانين التى تسنها السلطة التشريعية كثيرا ما يقتصر فيها على وضع القواعد العامة ، وترك النواحي التفصيلية والجزئيات التى تنظم تنفيذها للسلطة التنفيذية . فهذه السلطة بحكم وظيفتها فى تنفيذ القوانين واتصالها المستمر بالجمهور تكون أقلر من السلطة التشريعية على تعرف التفاصيل الخاصة بالتنفيذ وفقا لضرورات العمل وظروفه ، فضلا عما فى ذلك من ضمان السرعة فى التنفيذ وتخليص القوانين من كثير من التفاصيل الجزئية والتخفيف من أعباء السلطة التشريعية .

ولهذا يجب أن تقيد اللوائح التنفيذية بالغرض المقصود منها ، وهو تنفيذ القوانين . فلا يجوز أن تتضمن تعديلا أو إلغاء لقاعدة من القواعد الواردة فى هذه القوانين . وقد نصت المادة ١٢٢ من الدستور على أنه « يصدر رئيس الجمهورية . . . » اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، وله أن يفوض غيره فى إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذها . ومن هذا فالأصل أن يكون صدور اللوائح التنفيذية من رئيس الجمهورية ، ويجوز له أن يفوض غيره فى إصدارها ، كما يجوز أن يعين القانون من يصدرها كالوزير المختص :

(٢) اللوائح التنظيمية : هى ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم المصالح والمرافق العامة . وقد نصت عليها المادة ١٢١ من الدستور فقالت : « يصدر رئيس

الجمهورية القرارات اللازمة لترتيب المصالح العامة . ذلك أن السلطة التنفيذية هي التي تتولى إدارة المصالح والمرافق العامة . فهي بحكم وظيفتها هذه تستطيع أن تختار التنظيم الملائم لسير العمل في هذه المصالح والمرافق .
ويلاحظ أن الدستور الجالى يقصر سن هذه اللوائح على رئيس الجمهورية .
ولذلك يجب أن يصدر بها قرار رئيس الجمهورية .

(٣) لوائح الضبط : هي التي تضعها السلطة التنفيذية لحفظ الأمن وتوفير السكينة وصيانة الصحة العامة . فهي من هذا تورد قيودا تشريعية على الحريات الفردية يقتضيها المصالح العام . ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح المحال المقلقة للراحة والضارة بالصحة والخطرة ، واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية والباعة المتجولين ومنع انتشار الأوبئة .
وقد نصت المادة ١٢٢ من الدستور على هذه اللوائح فقالت : « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط . . . وله أن يفوض غيره في إصدارها » . فالأصل أن يقوم رئيس الجمهورية بإصدار هذه اللوائح بناء على عرض الوزير المختص ، ويجوز له أن يفوض غيره في إصدارها .

المبحث الثالث

نفاذ التشريع

٧٠- سمة التشريع ونفاذه :

إذا تم سن التشريع على النحو السالف الذكر من السلطة المختصة ، سواء كان دستورا أو قانونا أو لائحة ، فإنه يوجد قانونا . ولكن هذا الوجود القانوني لا يكفي لكي يصبح التشريع نافذا ، أى لكي يعمل به ، بل يجب لذلك أن يمر بمرحلة التنفيذ، ويتحقق هذا التنفيذ بتوافر أمرين : الأول هو إصدار التشريع كي يصبح رجال السلطة التنفيذية مكلفين بتنفيذه . والثاني هو نشره كي يعلم الناس به وبموعد نفاذه .

٧١ - إصدار التشريع :

الإصدار *la promulgation* عمل يقصد به تسجيل سن التشريع ووضع موضع التنفيذ بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعا من تشريعات الدولة . وهو من اختصاص السلطة التنفيذية ممثلة في شخص رئيسها . حيث نصت المادة ١١٦ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين .

ويعتبر الإصدار عملا تنفيذيا لا عملا تشريعيا ، إذ هو بداية وضع التشريع موضع التنفيذ . ويبدو هذا التمييز واضحا إذا كان سن التشريع من اختصاص سلطة غير السلطة التنفيذية ، كما هي الحال بالنسبة إلى الدستور أو القوانين العادية . إذ بعد أن يتم سن التشريع في هذه الحالة ، تتولى السلطة التنفيذية إصداره لكي تسجل وجوده القانوني وتكلف رجالها بالقيام على تنفيذه . أما حين يكون سن التشريع من اختصاص السلطة التنفيذية ، كما هي الحال بالنسبة إلى التشريع الفرعي ، فإنه يختلط بالأصدار ، إذ تقوم بهما سلطة واحدة ، فيتم في وقت واحد .

ولم يحدد الدستور ميعادا لإصدار القوانين . غير أن المفروض أن يقع الإصدار فور تمام سن التشريع . فهو واجب على رئيس الجمهورية بمجرد الانتهاء من سن التشريع حتى لا يتعطل تنفيذ القوانين .

٧٢ - نشر التشريع :

النشر *la publication* إجراء يقصد به إعلان التشريع للناس وتحديد موعد العمل به . فلا يكفي الإصدار لتمام نفاذ التشريع ، بل يجب كذلك أن ينشر . ذلك أن إلزام الناس بالقواعد القانونية يقتضى عقلا وعدالة علمهم بها حتى يوجهوا سلوكهم على مقتضاها .

ونظرا إلى تعذر إعلان التشريع لجميع الناس ، فقد اكتفى الشارع في هذا الشأن بأن هيا وسيلة معينة للعلم به ، وهي النشر : فهذه الوسيلة هي التي يعتد بها في تمام نفاذ التشريع ، ولو كانت لم تؤد فعلا إلى الإحاطة به :

والوسيلة القانونية المعول عليها لنشر التشريع هي نشره في الجريدة الرسمية للدولة .
فهذا النشر واجب لنفاذ التشريع أيا كان نوعه ، أى سواء كان تشريعا أساسيا أو عاديا
أو فرعيا .

ولا تغنى عن هذا النشر أية وسيلة أخرى لإعلان التشريع ، ولو كانت أجدى من
الجريدة الرسمية في سبيل العلم به ، كالنشر في الصحف أو في إعلانات توضع في أماكن
عامة أو بطريق الإذاعة : بل إن العلم الفعلى بالتشريع بأية طريقة أخرى لا يجعله نافذا
مادام لم ينشر في الجريدة الرسمية .

ويجب أن يتم نشر التشريع في خلال أسبوعين من يوم إصداره . فقد نصت
المادة ١٦٤ من الدستور على أن « تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من
يوم إصدارها » . والمقصود بالقوانين في هذا النص التشريعات أيا كان نوعها
كما قلنا .

وقد جرت الدساتير السابقة على تحديد ميعاد لنفاذ التشريع بعد نشره في الجريدة
الرسمية ، وذلك حتى تتاح للناس فرصة كافية للعلم به : من ذلك أن الدستور السابق كان
ينص على أن يعمل بالقوانين بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها ، وعلى أنه يجوز مد هذا
الميعاد أو تقصيره بنص خاص في القانون . ولكن الدستور الحالى ، على خلاف هذه
الدساتير لم يرد فيه ذكر لميعاد معين في هذا الشأن : ومع ذلك فالغالب ألا يعتز التشريع
نافذا فور نشره في الجريدة الرسمية مراعاة للاعتبار الذى ذكرناه ، بل يبدأ نفاذه بعد
وقت معين من تاريخ النشر ينص عليه فيه . على أن المصلحة العامة قد تدعو إلى الإسراع
في تنفيذ التشريع ، فينص فيه على أن يبدأ العمل به من تاريخ النشر .

المبحث الرابع

الرقابة القضائية على صحة التشريع

٧٣ - الرقابة على صحة التشريع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع :

رأينا أن التشريعات تتدرج في القوة . فأعلاها التشريع الأساسي ، وهو الدستور . ثم يليه في القوة التشريع العادي ، وهو يشمل القوانين العادية . ثم يلي هذا في القوة التشريع الفرعي ، وهو يشمل اللوائح . وقلنا إن مقتضى هذا التدرج في القوة أن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى منه .

والمخالفة قد تكون من حيث الشكل ، وقد تكون من حيث الموضوع . ويقصد بالمخالفة من حيث الشكل أن يسن التشريع بواسطة سلطة غير مختصة ، أو يسن وفقا لإجراءات غير صحيحة ، أن يوضع موضع التنفيذ دون أن يتم إصداره أو دون أن ينشر أو قبل فوات الميعاد المحدد لبدء العمل به . ويقصد بالمخالفة من حيث الموضوع أن يأتي التشريع الأدنى متعارضا في أحكامه كلها أو بعضها مع قواعد التشريع الأعلى .

وسنعرض الآن لمدى رقابة القضاء على صحة التشريع من هاتين الناحيتين . حيث نتكلم في الرقابة على صحة التشريع الفرعي ، أي قانونية اللوائح ودستوريته ، ثم في الرقابة على صحة التشريع العادي ، أي دستورية القوانين . أما التشريع الأساسي ، وهو الدستور ، فهو أعلى التشريعات ، ولا يتصور أن تثور مسألة الرقابة بالنسبة إليه .

٧٤ - الرقابة على قانونية اللوائح ودستوريته :

من المسلم به فقها وقضاء أن للمحاكم سلطة الرقابة على صحة التشريعات الفرعية ، وهي اللوائح على اختلاف أنواعها ، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع . فلها أن تراقب قانونية اللوائح أو دستوريته ، وذلك بالثبوت من عدم مخالفتها للقوانين العادية أو للدستور قبل أن تطبقها .

ولهذا فإن المحاكم العادية يجوز لها ، بل ويجب عليها ، أن تمتنع من تلقاء نفسها عن تطبيق اللوائح التي تكون مخالفة للقوانين العادية أو للدستور : فلا يلزم لذلك أن يتمسك صاحب المصلحة من الخصوم بعدم صحة اللائحة ، لأن مثل هذه المخالفة تعني انعدام اللائحة فلا يكون لها وجود قانوني . غير أن سلطة المحاكم العادية تقتصر في هذا الشأن على مجرد الامتناع عن تطبيق مثل هذه اللوائح ، فهي لا تملك إلغائها ، وذلك مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات .

أما محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة فلها ، فوق سلطتها في الامتناع عن تطبيق اللوائح المخالفة للقانون أو للدستور كبقية المحاكم ، أن تحكم بإلغائها إذا طلب منها ذلك صاحب المصلحة في الميعاد المقرر : فالطعن بمخالفة اللائحة للقانون أو للدستور أمام هذه المحكمة يكون بأحد طريقين : الأول هو الطريق المباشر ، وهو طلب إلغاء اللائحة بدعوى مستقلة ترفع في الميعاد المحدد لرفع دعاوى الإلغاء وهو ستون يوماً من تاريخ نشر اللائحة في الجريدة الرسمية . والثاني هو الطريق غير المباشر ، وهو طلب عدم الأخذ باللائحة في أي وقت عند الطعن في القرار الإداري الفردي الذي يصدر بناء على هذه اللائحة (١) .

٧٥ - الرقابة على دستورية القوانين في الشرائع الحربية :

تجب التفرقة في هذا الشأن بين الرقابة على صحة القوانين من حيث الشكل ، والرقابة على صحتها من حيث الموضوع .

(١) ففيما يتعلق بالرقابة على صحة القوانين من حيث الشكل من المسلم به أن للمحاكم هذه السلطة . وذلك بأن تمتنع عن تطبيق القانون الذي لحقه عيب في الشكل على خلاف مانقضي به أحكام الدستور . كأن يقر مجلس الأمة قانوناً دون أخذ الرأي عليه مادة مادة ، أو يقره بغير الأغلبية الخاصة المطلوبة في شأنه ، أو يوضع القانون موضع التنفيذ

(١) محكمة القضاء الإداري في ٥ فبراير ١٩٥٢ ، المحاماة ٣٣ - ١٠٥٩ - ٤٦٢ .

دون أن يتم إصداره أو دون أن ينشر . إذ يعتبر القانون في مثل هذه الحالات منعدها فلا يكون له وجود قانوني .

(٢) أما فيما يتعلق بالرقابة على صحة القوانين من حيث الموضوع فأمر متنازع فيه في الفقه والقضاء ، كما أنه يختلف باختلاف الشرائع ؛

ومن الواضح أن هذه المشكلة لا تثار إذا كان الدستور مرنا . إذ أن مثل هذا الدستور يمكن تعديله بتشريع عادي ، فإذا صدر قانون يخالف في حكمه قواعد هذا الدستور كان هذا جائزا حيث يعتبر تعديلا للدستور ذاته بالطريقة المقررة .

إنما يثار بحث دستورية القوانين حين يكون الدستور جامدا ، إذ أن مثل هذا الدستور لا يمكن تعديله بتشريع عادي . فإذا صدر قانون يخالف في أحكامه لقواعد الدستور كان هذا تعديلا للدستور بغير الطريقة المقررة . كأن يصدر قانون يفرق ، فيما يتعلق بالحقوق والواجبات العامة ، بين المواطنين على أساس الأصل أو الدين ، مخالفا بذلك ما تنص به المادة ٢٤ من الدستور التي تنص على أن المصريين لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تميز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة . أو يصدر قانون يجيز تسليم اللاجئين السياسيين ، مخالفا بذلك ما تنص به المادة ٣٢ من الدستور التي تنص على أن تسليم اللاجئين السياسيين محظور . وهناك اتجاهان في هذا الشأن :

فقد ذهب رأى إلى أنه ليس للمحاكم أن تراقب دستورية القوانين من حيث الموضوع . وذلك بحجة احترام مبدأ الفصل بين السلطات . إذ أنه وفقا لهذا المبدأ تختص السلطة التشريعية بسن القوانين ، وتقتصر وظيفة السلطة القضائية على تطبيقها . فإذا أجزنا للمحاكم أن تراقب دستورية القوانين التي تطبقها أدى هذا إلى الإخلال بذلك المبدأ ، لأنه يجعل من السلطة القضائية مهيمنة على السلطة التشريعية ، مع أن كلا منهما مستقلة عن الأخرى .

وأخذت بهذا الرأي دساتير بعض الدول ، كاللستور البلجيكي . كما استقر عليه القضاء الفرنسي ، وإن كان يعارضه جانب من الفقه الفرنسي .

بينما ذهب رأى آخر إلى تحويل المحاكم سلطة النظر في دستورية القوانين ، حتى

تثبت من عدم مخالفتها للدستور ، بحيث تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة له ، وذلك استنادا إلى الحجج الآتية :

حيث أن وظيفة المحاكم هي تطبيق القانون بمعناه الشامل . فهي تلزم بتطبيق جميع القواعد القانونية السارية في الدولة ، سواء وردت هذه القواعد في الدستور أو في قوانين عادية أو في لوائح . ومقتضى هذا أنه نظرا إلى تدرج هذه التشريعات في القوة ، إذا تعارض قانون عادي مع أحكام الدستور وجب على المحكمة أن تمتنع عن تطبيق هذا القانون وإلا خالفت في عملها أحكام الدستور .

وإذا كان من المسلم به أن للمحاكم الحق في رقابة قانونية اللوائح ودستوريتها ، بأن تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة للقانون أو للدستور ، فليس ثمة ما يدعو إلى التفرقة في هذا الشأن بين القوانين واللوائح ، إذ ليست الرقابة في الحالين سوى نتيجة منطقية وحتمية لتدرج التشريعات في القوة . فإذا وجدت المحاكم نفسها أمام تشريعين متعارضين امتنعت عن تطبيق التشريع الأدنى احتراماً للتشريع الأعلى .

وليس في تخويل المحاكم هذا الحق ما يعتبر إخلالا بمبدأ الفصل بين السلطات كما يدعى أنصار الرأي الآخر ، بل إنه على العكس من ذلك يعتبر من مقتضيات هذا المبدأ . ذلك أن وظيفة السلطة القضائية هي تطبيق القانون بمعناه الشامل على النحو الذي ذكرناه ، فإذا حرمتها من الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور كان معنى ذلك أننا نخول السلطة التشريعية الحق في أن تفرض عليها مثل هذه القوانين فتجبرها بذلك على تطبيقها ، وهو ما يخل باستقلالها في تطبيق القواعد القانونية جميعا وعلى رأسها الدستور . فالسلطان تخضعان لأحكام الدستور ، وإذا خالفت السلطة التشريعية هذه الأحكام ، فلا يلغى أن تشترك معها السلطة القضائية في هذه المخالفة .

ومن ثم فوفقا لهذا الرأي يقتصر حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين على مجرد الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور . فهي لا تلغى هذه القوانين ، إذ أن إلغاء القوانين كسرها من اختصاص السلطة التشريعية . وبذلك يكون الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور قاصرا على القضية المعروضة ، حيث يظل مثل هذا القانون قائما .

ويمتاز هذا الرأي بأنه يكفل احترام سيادة الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات في آن واحد . فهو يكفل احترام أحكام الدستور التي تعلو فوق جميع القوانين وتخضع لها سائر السلطات ، وذلك بتحويل المحاكم سلطة الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لهذه الأحكام . ويحقق استقلال السلطة القضائية في أداء وظيفتها ، وهي تطبيق جميع القوانين وعلى رأسها الدستور ، مما يقتضى عند تعارض التشريعات تغليب التشريع الأعلى ، حيث يؤدي ذلك إلى الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور . ويحافظ على استقلال السلطة التشريعية كذلك في أداء وظيفتها ، إذ يجعل سلطة المحاكم في هذا الشأن قاصرة على مجرد الامتناع عن تطبيق هذه القوانين ، فهي لا تملك إلغائها ، لأن هذا الإلغاء من اختصاص السلطة التشريعية . ولذلك فهو الرأي السائد في أغلب الدول في الوقت الحاضر ، كالولايات المتحدة الأمريكية والنرويج وكندا والبرتغال واليونان .

وهناك دساتير قليلة تخول المحاكم سلطة إلغاء القوانين المخالفة للدستور ، كدستور إيطاليا ودستور تشيكوسلوفاكيا ودستور النمسا .

٧٦ - الرقابة على دستورية القوانين في مصر :

يصدق في القانون المصري ما قلناه في الفقرة السابقة فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين من حيث الشكل .

أما في خصوص الرقابة على دستورية القوانين من حيث الموضوع فلم يعرض دستور سنة ١٩٢٣ ولا الدساتير التالية له لهذه المسألة . فأدى هذا إلى اختلاف في الرأي على الأقل في نطاق القضاء العادي . حيث ذهب قلة قليلة من الفقه في الماضي إلى إنكار حق المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين ما دام أن الدستور لم يخولها هذه السلطة . وذهب جمهور الفقه إلى أن للمحاكم هذا الحق بحكم وظيفتها في تطبيق جميع القوانين ما دام أن الدستور لم يحرم عليها ذلك ، بحيث يمكن أن يقال إن إجماع الفقه المصري الآن يكاد ينعقد على إثبات هذا الحق للمحاكم . أما القضاء العادي فقد ترددت أحكامه ، وهي قليلة في هذا الموضوع ، بين الاعتراف للمحاكم بهذا الحق وإنكاره عليها ، إلا أن

الاتجاه العام الذى يستفاد من هذه الأحكام هو أن المحاكم العادية لا تعطى نفسها هذا الحق .

ولما أنشئ مجلس الدولة أتيح لمحكمة القضاء الإدارى أن يعرض عليها هذا الأمر ، فأنتهت إلى إثبات حق القضاء فى الرقابة على دستورية القوانين ، وذلك بأن يمتنع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور ، فهو لا يملك إلغاء هذه القوانين ما دام أن ليس فى الدستور نص صريح يخوله هذه السلطة . واستندت فى قضائها هذا إلى أن الدستور هو القانون الأعلى الذى يسمو على جميع القوانين وتخضع له الدولة فى تشريعها وقضائها . وأنه عند سكوت الدستور عن التعرض للرقابة القضائية يتعين على المحاكم بمقتضى الأصول الدستورية أن تمارس وظيفتها القضائية فى تطبيق جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، حيث يجب عليها بحكم هذه الوظيفة أن تطبق القانون الأعلى فى المرتبة وتستبعد القانون الأدنى إذا تعارض معه ، فإذا تعارض قانون مع الدستور وجب طرح القانون وتطبيق الدستور باعتباره القانون الأعلى الأحق بالاتباع . وأن المستفاد من مبدأ الفصل بين السلطات أن السلطتين التشريعية والقضائية كل منهما مستقلة عن الأخرى ، فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بإلغاء قانون باطل وإلا بسطت سيطرتها على السلطة التشريعية ، ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق قانون يتعارض مع النصوص والمبادئ الدستورية فترغمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها . وهذه هى ذات الحجج التى يستند إليها ذلك الرأى فى أغلب الشرائع الحديثة كما قدمنا .

وقد استقر قضاء هذه المحكمة على هذا الرأى (١) . ونرجو أن يكون هذا هو موقف القضاء العادى فى المستقبل ، حتى يتأكد حق القضاء جميعه فى الرقابة على دستورية القوانين :

(١) انظر بصفة خاصة فى هذا الصدد حكمين شهيرين لمحكمة القضاء الإدارى : أولهما فى ١٠ فبراير

سنة ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ١ - ٢٠٧ - ٢٨٤ . والثانى فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٢ ، المحاماة

المبحث الخامس

التقنين

٧٧ - تعريف :

التقنين Le code تشريع يجمع أكثر القواعد المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مدونة واحدة مرتبة ومبوبة ، كالتقنين المدني والتقنين التجارى وتقنين المرافعات. ويطلق اصطلاح التقنين كذلك على عملية التجميع ذاتها La codification. وكان يستعمل اصطلاح المجموعة بالنسبة إلى المدونة ذاتها ، فيقال مثلا المجموعة المدنية. ومع ذلك فإنه من الناحية الرسمية تحمل المدونة عنوان القانون مقترنا باسم الفرع الذى تنمى إليه القواعد الواردة فيها ؛ فالتقنين المدني مثلا يحمل عنوان القانون المدني، وتقنين المرافعات يحمل عنوان قانون المرافعات .

والتقنين بهذا المعنى الاصطلاحي هو التشريع الذى يتم تجميع قواعده بواسطة الهيئة المختصة بالتشريع ، فهو تجميع رسمى تقوم به السلطة التشريعية فى الدولة . ومن ثم لا يعتبر تقنيناً أى تجميع غير رسمى للقواعد القانونية غير المقننة المتعلقة بفرع من فروع القانون يقوم به فقيه أو كاتب أو هيئة علمية . حيث يعتبر مثل هذا التجميع مجرد عمل فقهي لا يصدق عليه وصف التقنين .

وليس من المستطاع أن يجمع التقنين كل القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون، ولهذا قلنا إنه تشريع يجمع أكثر هذه القواعد ، بمعنى أنه يضم الكتلة الرئيسية منها . إذ يوجد دائماً إلى جانب التقنين فى فرع معين قواعد أخرى تدخل فى نطاق هذا الفرع ولا يتضمنها التقنين . وهذه القواعد قد توجد فى تقنين آخر ، أو تصدر بها قوانين خاصة ، أو تستمد من مصدر آخر غير التشريع . فمثلاً يوجد إلى جانب التقنين المدني فى مصر قواعد مدنية أخرى وردت فى تقنين المرافعات ، أو صدرت بها قوانين خاصة كقانون حق المؤلف وقانون الشهر العقارى وقانون إيجار الأماكن وقانون الإصلاح الزراعى، أو تستمد من مصدر آخر غير التشريع كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية.

٨٧ - مزايا التقنين :

عرضنا فيما تقدم (١) لأهمية التشريع ومزاياه الكبيرة باعتباره مصدرا رسميا للقانون . ومن البديهي أن هذه الأهمية والمزايا تتوفر للتقنين باعتباره تشريعا . وإنما يراد من الإشارة إلى مزايا التقنين بوجه خاص تلك المزايا التي يحققها تجميع القواعد القانونية على النحو الذي يجري في التقنين . وتتلخص هذه المزايا فيما يأتي :

١ - يؤدي تجميع أكثر القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون في مدونة واحدة إلى سهولة التعرف على هذه القواعد . إذ يصبح من اليسير على الباحث ، سواء كان قاضيا أو فقها أو أى شخص آخر ، أن يتبين القاعدة التي يتقضاها . وبذلك تخف عنه مؤونة البحث عن هذه القاعدة في تشريعات عدة متناثرة قد يصعب عليه الإحاطة بها فلا يتبين ما كان يجب عليه أن يلم به في عمله .

٢ - ويتصل بهذه الميزة أن هذا التجميع ينطوي على تبويب القواعد القانونية وترتيبها على أساس علمي منطقي . وبذلك يمكن أن توضع كل قاعدة في مكانها الصحيح من حيث طبيعتها القانونية . وهذا من شأنه أن يلقي الضوء أمام الباحث في سبيل الوصول إلى الحلول الصحيحة . ولذلك فإن الجهود العلمية التي تبذل في وضع التقنين تفوق إلى حد كبير ما يبذل من جهود في وضع التشريعات الخاصة بموضوعات معينة .

٣ - وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا التجميع يساعد على ملافاة التناقض بين القواعد القانونية المختلفة . ذلك أن التشريعات الخاصة تضعها لجان متباينة في أوقات مختلفة ، وقد يحصل أن إحدى هذه اللجان لا تدخل في حسابها جميع التشريعات التي سبق أن صدرت ولها صلة بالموضوع الذي تنظمه ، أو لا تتوفر على دراسة هذه التشريعات بالقدر الكافي ، فيزيد هذا من احتمال التعارض بين هذه التشريعات وما تضعه اللجنة من قواعد . أما التقنين فإنه يجعل أكثر القواعد المتعلقة بفرع معين تحت نظر القائمين به يدرسونها

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦١ .

ينسقون فيما بينها ، كما تبذل فيه من الجهود الكبيرة ما يجدر بما له من أهمية وخطر ، وهذان العاملان من شأنهما أن يقللا من احتمال التعارض بين هذه القواعد .

٧٩ - قدر التقنين والرد عليه :

على الرغم من المزايا الضخمة التي تتوفر للتقنين ، سواء بوصفه تشريعا أو باعتباره تجميعا ، فقد وجه إليه النقد بعض من الفقهاء على رأسهم الفقيه الألماني الكبير سافيني Savigny . فهؤلاء يرون أن القانون حدث اجتماعي ينبعث من ضمير الجماعة ويتطور من تلقاء ذاته تبعا لتغير أحوال المجتمع وظروفه ؛ ومن ثم يجب ألا تصب قواعده في نصوص تشريعية تضيئ عليه من الجمود ما يقعد به عن مسايرة التطور . وهذا العيب الذي يوجه إلى كل تشريع يكون أكثر ضررا في التقنين منه في التشريعات العادية . ذلك أن الشارع لا يحجم عن التدخل لتعديل التشريع العادي كلما دعت الحاجة إلى ذلك . أما التقنين فإنه نظرا إلى ضخامته وإلى الجهد الكبير الذي يبذل في وضعه وتنسيقه وتبويبه يكسب قلدا من المهابة والتقديس يجعل الإقدام على تعديله محوطا بالخدر الشديد ، فلا يتدخل الشارع لتعديله إلا عند الضرورة القصوى :

وقد وجه هذا النقد عقب صدور التقنينات الفرنسية في أوائل القرن التاسع عشر ، إذ تعتبر هذه التقنينات أول عمل تشريعي ضخم تقوم به دولة على هذا النحو في العصر الحديث . ونظرا إلى مامتازت به هذه التقنينات من منطق في الترتيب ودقة في الصياغة ووضوح في العبارة فقد ظفرت بقدر كبير من الإعجاب والتقدير . حتى ساد في الفقه الفرنسي حينذاك الاعتقاد بأن هذه التقنينات قد أحاطت بكل شيء ، فأخذ الفقهاء في البداية يفسرون نصوصها تفسيراً حرفياً يلتزمون فيه حدود النص ويتحرون نية واضعيه ، ولذلك سمي هذا الاتجاه الفقهي « مدرسة الشرح على المتون » أو « مدرسة التزام النص » . وقد أعطى هذا المسلك من جانب الفقه الفرنسي حجة لخصوم التقنين ، إذ رأوا أن التقنين في ظل هذا الاتجاه يصيب القانون بجمود في تفسيره فضلا عما في نصوصه من جمود .

ولكن الواقع أثبت عدم سلامة هذا النقد . ذلك أنه إذا كان التقنين يصيب القانون بشيء من الجمود في السنوات الأولى التي تلى وضعه ، بحيث لا يكون من السهل المسارعة إلى تعديله على النحو الذى يحصل بالنسبة إلى التشريعات العادية ، فإن هذا الوضع لا يستمر مدة طويلة . فحين يسفر التطبيق العملي عن نقص في التقنين أو عيب فيه نرى القضاة والفقهاء يسارعون إلى التوسع في تفسير النصوص بما يتلاءم مع تطور الظروف في المجتمع . ويساعدهم على سلوك هذه السبيل أن التقنين يقتصر في الغالب على إيراد الأصول الكلية دون الدخول في التفاصيل مما يفتح الباب للاجتهاد بغية الوصول إلى حلول تواجه الأوضاع الجديدة في الحياة العملية . وآية ذلك أن الفقه الفرنسي مالبث أن تكشف له فساد خطته الأولى في تفسير النصوص تفسيراً حرفياً ، فعدل عن هذه الخطة من زمن بعيد وأخذ يساند القضاء في الوصول إلى حلول تواجه التطور الكبير في المجتمع الفرنسي . بحيث يمكن أن يقال إن القانون الفرنسي استطاع في ظل التقنين وعلى يد القضاء والفقه أن يساير التطور وينى بحاجات المجتمع المتجددة . وبذلك اتضح جلياً أن التقنين ليس من شأنه أن يحول دون أن يحتفظ القانون بمرونته وقدرته على مسايرة التطور .

وإننا نرى اليوم أن الشارع لا يألو جهداً في التدخل لسد نقص في التقنين أو تعديل أحكامه فيه كلما دعت الحاجة إلى ذلك . وكثيراً ما ينتهى الأمر بمضى الزمن وتغير الظروف في المجتمع إلى إعادة النظر في التقنين واستبدال غيره به يكون أوفى بالحاجة وأكثر ملاءمة للتطور . وهذا ما فعله الشارع المصرى على أثر إلغاء المحاكم المختلطة في سنة ١٩٤٩ .

٨٠ - انتشار حركة التقنين في العصر الحديث :

عرف التقنين من قديم . من ذلك أن القانون الرومانى قن مرتين : الأولى في أول مراحلها في مجموعة الألواح الأثني عشر التى وضعت في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد ، والثانية في المرحلة الأخيرة منه تكوينه في مجموعات جوستينيان المشهورة التى

وضعت في القرن السادس الميلادي : وهذا التقنين الأخير هو أهم تقنين وضع في الشرائع القديمة .

وبقيت الشريعة الإسلامية غير مقتنة إلى أن قام الاتراك في عهد الدولة العثمانية بتجميع أحكامها المتعلقة بالمعاملات في مجلة الأحكام العدلية التي صدرت في سنة ١٨٦٩ ، وهي المعروفة باسم المجلة . وقد كانت مطبقة في تركيا وغيرها من البلاد التي كانت تابعة للدولة العثمانية فيما عدا مصر ، وظلت مطبقة إلى وقت قريب في بعض البلاد العربية كسوريا والعراق ولبنان وليبيا .

كذلك صدرت عدة تقنينات في عهد القانون الفرنسي القديم . ولكن حركة التقنين الحديثة زادت واتسع نطاقها على أثر صدور التقنين المدني الفرنسي المعروف بتقنين نابليون سنة ١٨٠٤ وما تلاه من تقنينات أخرى في أغلب فروع القانون : حيث أخذ مشرعو البلاد الأخرى ينسجون على منوال هذه التقنينات سواء في البلاد الغربية أو الشرقية .

٨١ - حركة التقنين في مصر :

لم تظهر حركة التقنين في مصر في العصر الحديث إلا في عهد الإصلاح القضائي الذي بدأ بإنشاء المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ وإنشاء المحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٣ ، فعلى الرغم من أن مصر كانت تابعة للدولة العثمانية ، لم تطبق فيها مجلة الأحكام العدلية التي قننت فيها هذه الدولة أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية وأصدرتها في سنة ١٨٦٩ ، نظرا إلى ما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعي وقضائي . وقد جاء التقنين في مصر تابعا لحركة إنشاء المحاكم . فلما أرادت مصر أن تصلح نظام الامتيازات الأجنبية أنشأت المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ ، وكلفت الحكومة المصرية أحد المحامين الفرنسيين المقيمين في مصر بوضع ستة تقنينات على غرار التقنينات الفرنسية كي تطبقها هذه المحاكم على الجاليات الأجنبية . فتم بذلك وضع التقنين المدني ، والتقنين التجاري ، والتقنين البحري ، وتقنين المرافعات ، وتقنين العقوبات ، وتقنين تحقيق الجنايات .

ثم أنشئت المحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٣ ، فوضعت لها ستة تقنينات أخرى على غرار التقنينات المختلطة . كما وضعت لها لائحة جديدة صدرت في يونية سنة ١٨٨٣ ، وظلت معمولاً بها حتى استبدل بها قانون نظام القضاء الذي صدر في سنة ١٩٤٩ .

وقد أظهر العمل ما في هذه التقنينات جميعاً من نقص وعيوب كثيرة . فقد وضعت بسرعة غير مألوفة في ظروف خاصة ، ونقلت بأكملها تقريباً من قانون أجنبي واحد بطريقة يغلب عليها الاختصار المخل في كثير من المواضع ، فهي لا تختلف عن التقنينات الفرنسية إلا اختلافاً يسيراً يرجع في الغالب إلى اقتباس أحكام قليلة من الشريعة الإسلامية : ومن ثم لم يكن هناك بلد من تنقيحها ومراجعتها مراجعة شاملة : وكان أول ما نصح من التقنينات الوطنية هو تقنين العقوبات وتقنين تحقيق الجنايات في سنة ١٩٠٤ ، ثم نصح هذان التقنينان ثانية في سنة ١٩٣٧ عقب اتفاقية مونترو للتوحيد بين القانون الوطني والقانون المختلط في هذا الخصوص : وعندما أريد إلغاء المختلطة بدأت حركة تنقيح شاملة ترتب عليها إلغاء معظم التقنينات الوطنية والمختلطة وإصدار تقنينات جديدة موحدة . فصدر التقنين المدني الجديد في ١٦ يولية سنة ١٩٤٨ ، وصدر تقنين المرافعات الجديد في ٢٩ يونية سنة ١٩٤٩ ، على أن يعمل بهما ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو تاريخ إلغاء المحاكم المختلطة : وصدر تقنين الإجراءات الجنائية الجديد في ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٠ بدلا من تقنين تحقيق الجنايات . أما بقية التقنينات فكان العمل جارياً في مراجعتها وتنقيحها .

والآن في ظل النظام الاشتراكي الذي تأخذ به مصر تكونت عدة لجان لمراجعة التقنينات جميعها مرة أخرى وتنقيحها على النحو الذي يتفق مع روح النظام الجديد ويستجيب لمقتضياته .

الفرع الثاني

المصادر الاحتياطية

٨٢ - الخاصة إلى مصادر احتياطية :

رأينا أن التشريع هو المصدر الرسمي العام للقاعدة القانونية، بحيث يشمل اختصاصه جميع المسائل بحسب الأصل . لكن الشارع لا يسه أن يحيط في التشريع بجميع القواعد اللازمة لتنظيم الروابط والأوضاع الموجودة أو التي يمكن أن تستجد في المجتمع . فالنقص في التشريع فطري بحكم طبيعة الأشياء . ولذلك كان لابد من وجود مصادر أخرى احتياطية يتلمس فيها القاضي القاعدة التي ينشدها حينما تعوزه قاعدة في التشريع .
والمصادر الاحتياطية هي الدين في مسائل الأحوال الشخصية، والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية في مسائل المعاملات المالية . ومنعروض لها على التوالي .

المبحث الأول

الدين

٨٣ - تطور مركز الدين كمصدر رسمي للقانون في مختلف الشرائع بره عام :

الدين وحى من عند الله سبحانه وتعالى ينزله على نبي من أنبيائه ، فيلقى به إلى الناس من العقائد والقواعد ما يرشدهم في معاشهم وفي معادهم . فهو يشمل واجب الإنسان نحو ربه ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس .

والذى يعنينا من الدين في هذا المقام ، كمصدر رسمي للقانون ، هو مجموعة القواعد الدينية التي تستمد من الدين مباشرة ويؤخذ الناس بها بمقتضى جزاء دنيوى يوقع عند مخالفتها . إذ في هذه الحالة فحسب نكون بصدد قواعد قانونية مصدرها الرسمي هو الدين .

أما القواعد الدينية التي يقتصر الجزاء فيها على استنكار الضمير أو يكون الجزاء فيها أخرويا فلا تدخل في نطاق القانون (١) :

وقد خضع الدين كمصدر رسمي للقانون بهذا المعنى لتطور محسوس . فقد كان له شأن كبير في المجتمعات القديمة إلى جانب العرف ، بينما طغى عليه التشريع في أغلب المجتمعات الحديثة ، وإن كان دوره يختلف في الدول الغربية عنه في الدول الشرقية .

والأديان السماوية ثلاثة ، هي اليهودية والمسيحية والإسلام . وقد عرض الإسلام واليهودية لأمر الدنيا بالقلدر الذي عرضا به لأمر الآخرة ، فتضمننا إلى جانب ما يتعلق بالعقيدة والأخلاق قواعد تنظم الروابط الاجتماعية ، وبذلك كان كل منهما ديننا وقانوننا . أما المسيحية فقد تناولت بصفة أساسية ما يتعلق بالعقيدة والأخلاق ، ولم تعرض للروابط الاجتماعية إلا بقلدر يسير . ويرجع ذلك إلى ظروف العصر الذي نزل فيه الدين المسيحي ، فقد جاء في وقت تسود فيه شريعة موسى وشريعة الرومان ، ومن ثم لم تكن هناك حاجة إلى مزيد من القواعد الدنيوية ، وإنما كانت الحاجة إلى الهداية الروحية والمبادئ الأخلاقية :

ومنخص كلا من الدين المسيحي والدين الإسلامي بكلمة موجزة في المعنى الذي نعالجه في هذا المقام :

٨٤ - (١) الدين المسيحي :

انتشر الدين المسيحي في البلاد الغربية . وعلى الرغم من أنه لم يتضمن من القواعد المنظمة للروابط الاجتماعية إلا القليل النادر ، فقد وضع رجال الكنيسة كثيرا من القواعد القانونية في شئون مختلفة تتصل بالزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود ، تأثروا فيها بروح الدين المسيحي والقانون الروماني ومبادئ القانون الطبيعي .

(١) وهذه الضفرقة واضحة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، فهم يميزون بين ماهو ملزم قضاء و ماهو ملزم ديانة ، أى بين القواعد القانونية والقواعد الدينية . فن القواعد الدينية ماهو ملزم قضاء كالقواعد المتعلقة بالزواج أو الطلاق أو وفاء المتعاقدين بالتزامه ؛ ومنها ماهو غير ملزم قضاء كترك البيع عند صلاة الجمعة .

وتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسى : فهو قانون ليس مصدره المباشر الدين المسيحى ، وإنما هو من عمل رجال الكنيسة ، وقد خضعت البلاد الغربية والبلاد الشرقية المسيحية فى القرون الوسطى عهدا طويلا ، وساعد على ذلك ضعف السلطة الزمنية وتمكن الكنيسة من بسط سلطانها ، فكان حينئذ مصدرا رسميا للقانون فى هذه البلاد . ولما استردت السلطة الزمنية فى البلاد الغربية نفوذها تقوض سلطان الكنيسة بفصلها عن الدولة فصلا تاما ، فزالت قوة القانون الكنسى كمصدر رسمى ، وأصبح مصدرا تاريخيا لفريق من القواعد القانونية وعلى الأخص ما يتعلق بالزواج . أما فى البلاد الشرقية فقد ظل القانون الكنسى حتى اليوم مصدرا رسميا فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسيحيين . ومنرى أن هذا القانون يعتبر مصدرا رسميا فى القانون المصرى لبعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسيحيين كغيره من الديانات الموجودة فى مصر :

٨٥ - (٢) الدين الإسلامى :

أما الدين الإسلامى فقد انتشر فى البلاد الشرقية . وقد نزل دينا ودولة ، فلم يقتصر على ما يتعلق بالعقيدة والأخلاق والعبادات ، بل تناول كذلك الروابط الاجتماعية فى إفاضة وإسهاب ، سواء ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية . حيث تضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود والحدود أى الجرائم والعقوبات ، وغير ذلك من روابط الأسرة والروابط المالية والقوانين الجنائية . وقد وردت هذه القواعد فى المصدرين الأساسيين للشرعة الإسلامية ، وهما الكتاب والسنة ، فهى أحكام جاءت فى القرآن أو فى أحاديث جرى بها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم . ثم أضاف الفقه إلى هذين المصدرين اثنين آخرين ، هما الإجماع والقياس ، حيث تولى شرح هذه الأحكام واستنبط منها ومن روحها ومعقولاتها ، وبذلك استوت الشريعة الإسلامية نظاما قانونيا كاملا يضارع أرقى النظم القانونية فى العالم ، بل ويفوقها فى نواح كثيرة : وكان المفروض أن يظل هذا النظام سائدا فى البلاد

الإسلامية يسد حاجاتها ويسير التطور فيها . غير أن باب الاجتهاد قد أقفل لغير سبب معقول ، فأدى هذا إلى جمود ذلك النظام بوقوفه عند الحدود التي كانت له في عصوره الأولى .

وقد ظلت الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا للقانون في جميع المسائل في البلاد الإسلامية إلى ما بعد منتصف القرن الماضي . وما تزال كذلك في قليل من البلاد الإسلامية كالملكة العربية السعودية والجمهورية العربية اليمنية . أما في أكثر البلاد الإسلامية ، ومن بينها مصر ، فقد نشطت حركة التشريع ، حيث اقتبست قواعده من القوانين الغربية ومن الشريعة الإسلامية ، وبذلك تخلف مركز الشريعة بين المصادر الرسمية ، وإن كانت ما تزال هي المرجع الأسامي في مسائل الأحوال الشخصية :

٨٦ - الدين كمصدر رسمي للقانون المصري :

تطور مركز الدين كمصدر رسمي للقانون المصري بدرجة كبيرة . فبذ الفتح الإسلامي إلى عهد محمد علي كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي للقانون المصري بوجه عام ، حيث كانت تطبق على جميع الأشخاص وفي كل المسائل سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية . واستثنى من تطبيقها غير المسلمين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، إذ كانوا يخضعون في هذه المسائل لشرائعهم الدينية .

ومنذ عهد محمد علي إلى عهد إسماعيل بدأ تغلغل القانون الفرنسي في مصر ، حيث وضعت بعض تشريعات مستمدة من هذا القانون ، فبدأ بقانون التجارة وبعض قواعد القانون الجنائي . وترتب على ذلك أن أخذ نفوذ الشريعة الإسلامية يقل بقدر ما يصدر من هذه التشريعات .

ولما أنشئت المحاكم المختلفة في سنة ١٨٧٥ ، ثم المحاكم الوطنية في سنة ٨٨٣ ، صدرت التقنينات المختلفة التي تقدم ذكرها ، وهي التقنين المدني والتقنين التجارى والتقنين البحرى وتقنين المرافعات وتقنين العقوبات وتقنين تحقيق الجنايات . وقد نقلت (٨ - أصول القانون)

هذه التقنيات عن القانون الفرنسى باقتضاب ، فيما عدا بعض أحكام قليلة استمدت من الشريعة الإسلامية كالشفعة والبيع فى مرض الموت والغبن وبعض مسائل فى البيع والإيجار. واعتبر صدور هذه التقنيات ناسخا لأحكام الشريعة الإسلامية فيما تم تقنينه ، فلم تعد الشريعة مصدرا رسميا للقانون فى هذا النطاق ، وصارت مصدرا تاريخيا للقواعد التشريعية التى استمدت منها .

وقد أغفلت هذه التقنيات التعرض لنوعين من المسائل : النوع الأول مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ، والنوع الثانى المسائل المتعلقة بالوقف والهبة والحكر ، وهذه تدخل فى نطاق المعاملات المالية . وبذلك أصبح دور الشريعة الإسلامية قاصرا على كونها مصدرا رسميا فى هذه المسائل التى أغفلتها التقنيات . واستثنى من تطبيقها غير المسلمين فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية كما كان مقررا من قبل ، فهم يخضعون فى هذا الخصوص لشرائعهم الدينية .

وقد تضمن التقنين الحالى تنظيما للهبة والحكر باعتبارهما من مسائل المعاملات المالية . وبذلك أصبحت المسائل التى أغفلتها التقنيات قاصرة على الوقف ، ومسائل الأحوال الشخصية . وسنتبين إلى أى حد يعتبر الدين الآن مصدرا رسميا فى هذه المسائل فى القانون المصرى .

٨٧ - أولا : الوقف :

يقصد بمسائل الوقف « المنازعات والمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله فى مرض الموت » (م ١٦/١ من قانون نظام القضاء) . وقد كانت هذه المسائل قبل صدور التقنيات الأولى خاضعة للشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين وغير المسلمين ، وظلت كذلك بعد صدور هذه التقنيات ، لأن نظام الوقف نشأ فى الفقه الإسلامى ، كما أنه لا يتصل بالعقيدة الدينية .

ثم أصدر الشارع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف : وقد استمدت قواعد هذا القانون من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا تاريخيا

لذلك القواعد التشريعية ، ولكنها بقيت مع هذا مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه في المسائل التي لم يتناولها التشريع . فقد جاء في المذكرة التفسيرية « أن هذا القانون ليس شاملا لكل أحكام الوقف ، وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع إلى الراجح من مناهب الإمام أبي حنيفة » .

٨٨ - ثانيا : مسائل الأحوال الشخصية :

كان المقصود بالأحوال الشخصية وتحديد ما يدخل فيها من مسائل محل خلاف في الفقه والقضاء .

وقد عرضت محكمة النقض لهذا البيان فقالت إن « المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإذا فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هي من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية ، وكلها من عقود التبرعات ، تقوم غالبا على فكرة التصديق المنتوب إليه ديانة ، فالجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها » (١) .

كما عرضت له المادتان ١٣ و ١٤ من قانون نظام القضاء (رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) ، وهما بصدد تحديد ولاية المحاكم على مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الأجانب . فقالت المادة ١٣ : « تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة

(١) نقض ملف في ٢١ يونية سنة ١٩٣٤ ، مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٤٥٤ رقم ٢٠٠ .

بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب والتبني ، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالإدارة والغيبة ، وباعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت . وقالت المادة ١٤ : « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » (١) .

وفي ضوء هذا البيان نتكلم في الهبة ، ثم في الأهلية والولاية على المال ، ثم في الميراث والوصية ، ثم في المسائل المتعلقة بالأسرة .

٨٩ - (١) الهبة :

الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض (م ٤٨٦ / ١ مدني) . وقد كانت معتبرة من الأحوال الشخصية ، ولكنها لا تعتبر الآن كذلك ، حيث غنى التقنين المدني الحالي بإيراد أحكامها كاملة باعتبارها عقدا من العقود المالية . وقد استمد الشارع أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا تاريخيا لهذه الأحكام :

وما دامت الهبة أصبحت الآن من مسائل المعاملات المالية ، فلا تعتبر الشريعة الإسلامية بالنسبة إليها مصدرا رسميا احتياطيا إلى التشريع مباشرة ، وإنما تأتي الشريعة بعد التشريع والعرف .

(١) وهذان النصان مأخوذان من المادة ١٠ من اتفاق مونترو .

٩٠ - (٢) الأهلية والولاية على المال :

الأهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه ، أما الولاية على المال فصلاحيه الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر لا تتوافر له الأهلية لمباشرتها أو يوجد مانع من مباشرته إياها :

وتعتبر الأهلية والولاية على المال من مسائل الأحوال الشخصية التي أغفلتها التقنينات الأولى ، فظلتا على ما كانتا عليه محكومتين بالشرائع الدينية . حيث يخضع المسلمون للشريعة الإسلامية ، ويخضع غير المسلمين لشرائعهم الدينية .

ولكن نظرا إلى عدم اتصال هذين الموضوعين بصميم الناحية الدينية ، فقد وحده الشارع القواعد المتعلقة بهما بالنسبة إلى المصريين جميعا على اختلاف دياناتهم . فأصدر قانون المجالس الحسبية في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، ثم استبدل به القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية ، ثم استبدل بهذا الأخير فيما يتعلق بأحكامه الموضوعية القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال . وهذا بالإضافة إلى القواعد التي وردت في هذا الخصوص في التقنين المدني الحالي .

وقد استمدت هذه القواعد التشريعية الموحدة من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا ماديا أو تاريخيا لتلك القواعد . وتعتبر هذه الشريعة كذلك مصدرا رسميا احتياطيا إلى التشريع في المسائل التي لا يوجد بشأنها قاعدة في التشريع ، وذلك بالنسبة إلى جميع المصريين سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين .

٩١ - (٣) الميراث والوصية :

لم تعرض التقنينات المصرية للميراث والوصية باعتبارهما من مسائل الأحوال الشخصية كما قلنا ، وبذلك ظل الوضع بالنسبة إليهما كما كان عليه من قبل :

فالأصل أن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق في شأن الميراث والوصية على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين باعتبارها الشريعة العامة . ولكه

يباح لغير المسلمين استثناء ، أن يحتكموا إلى شرائعهم الدينية في هذا الشأن ، وذلك بشرطين : الأول هو اتحاد الخصوم في الدين والملة ، والثاني هو اتفاق ذوى الشأن الذين يعتبرون ورثة في حكم الشريعة الإسلامية على الخضوع لشريعتهم الدينية .

ويتضح من هذا أن الشريعة الإسلامية في خصوص الميراث والوصية هي الشريعة العامة ، وأن اختصاص الشرائع الدينية الأخرى في هذا الشأن اختصاص استثنائي ، لأنه رهين بتراضى ذوى الشأن من غير المسلمين على الاحتكام لشريعتهم الدينية إذا اتحدوا في الدين والملة (١) . وقد أصدر الشارع في هذا المعنى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ ببيان القانون الواجب التطبيق في مسائل الموارث والوصايا ، حيث نص في مادة وحيدة فيه على ما يأتي : « قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى » .

وقد أصدر الشارع القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الموارث ، والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية ، واستمد أحكامهما من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا ماديا أو تاريخيا لهذه الأحكام ، ولكنها بقيت مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه في المسائل التي لا يوجد بشأنها قاعدة في هذين التشريعين .

وعلى هذا النحو تكون الشريعة العامة في الميراث والوصية هي هذان القانونان وما يكملهما من أحكام الشريعة الإسلامية . وهذا هو المعنى الذى عبر عنه القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ المشار إليها بقوله إن « قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا » . كما نصت المادة ١/٨٧٥ مدنى على أن « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » . ونصت المادة ٩١٥

(١) انظر في هذا المعنى : نقض مدنى في أول إبريل سنة ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤

مدنى على أنه « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » .

فالشريعة العامة بهذا المعنى هى التى تسرى على جميع المصريين فى خصوص الميراث والوصية ، سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين . إنما يباح استثناء لغير المسلمين أن يحتكموا إلى شرائعهم الدينية بالشروط التى تقدم ذكرها .

٩٢ - (٤) المسائل المتعلقة بالأسرة :

يراد بهذه المسائل ذلك الفريق من مسائل الأحوال الشخصية الذى يتصل بصميم الناحية الدينية ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين المتبادلة ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والحضانة والنفقة .

وقد تركت هذه المسائل عند وضع التقنينات المصرية خاضعة للشرائع الدينية كما كان الحال من قبل . فالمسلمون يخضعون فى هذا الخصوص لأحكام الشريعة الإسلامية . أما غير المسلمين فيجب أن تفرق فى شأنهم بين حالتين : الحالة الأولى حين يتحد الخصوم فى الدين والملة ، وحينئذ يخضعون للقواعد الدينية الخاصة بهم ؛ بحيث لا يحل لهم التراضى على الاحتكام إلى شريعة دينية أخرى ولو كانت هى الشريعة الإسلامية . وفى هذه الحالة يكون اختصاص الشريعة الدينية الخاصة بالخصوم ملزما لهم ، وليس رهينا باتفاقهم ، نظرا إلى أن الأمر يتعلق بمسائل وثيقة الاتصال بالناحية الدينية كما قلنا . والحالة الثانية حين يختلف الخصوم فى الدين أو الملة ، وحينئذ تطبق عليهم الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة .

وقد أصدر الشارع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، حيث أورد فيهما قواعد جزئية خاصة ببعض المسائل المتعلقة بالأسرة بالنسبة إلى المسلمين ، كال مهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتطليق والتفريق . فأصبح المصدر الرسمى لهذه القواعد هو التشريع ، وصارت الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا أو تاريخيا لها ، ولكنها بقيت مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه فى الحالات التى لا يوجد بشأنها قاعدة

تشريعية . ويسرى هذا على المسلمين ، كما يسرى على غير المسلمين إذا اختلف الخصوم في الدين أو الملة .

أما غير المسلمين إذا اتحد الخصوم في الدين والملة فلا توجد بالنسبة إليهم قواعد تشريعية خاصة بالمسائل المتعلقة بالأسرة ، ولذلك يخضعون في هذا الشأن للقواعد الدينية الخاصة بهم كما قلنا .

٩٣ - فروع مجملة فيما يتعلق بمركز الدين كمصدر رسمي للقانون المصري :

يخلص مما تقدم أنه بعد صدور التقنيات المصرية الأولى بقي الدين مصدرا رسميا للقانون المصري في مسائل الوقف والأحوال الشخصية :

ثم صدرت عدة تشريعات تناولت فريقا من هذه المسائل ، منها ما هو موحد بالنسبة إلى المصريين جميعا ، ومنها ما هو غير موحد ، فترتب على ذلك أن ضاق نطاق الدين كمصدر رسمي بقدر ما وضع من قواعد تشريعية :

وقد تبين لنا أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم ، وذلك بالنسبة إلى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين . أما الشرائع الدينية غير الإسلامية فاختصاصها استثنائي مقيد ، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع . فهذه الشرائع لا تنطبق إلا على غير المسلمين إذا اتحد الخصوم في الدين والملة ؛ كما أنها لا تنطبق في هذا النطاق على وجه الإلزام إلا في المسائل المتعلقة بالأسرة ، أما في مسائل الميراث والوصية فإن تطبيقها يكون رهينا باتفاق الخصوم على الاحتكام إليها :

وقد كانت المحاكم الشرعية هي الجهة ذات الولاية العامة في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين . فكانت تختص بالنظر في مسائل الوقف ، ومسائل الأحوال الشخصية التي لم يتم توحيد قواعدها ؛ وكانت المجالس المالية تختص بالنظر في هذه المسائل الأخيرة بالنسبة إلى غير المسلمين بالشروط والقيود التي ذكرناها . ثم ألغى الشارع المحاكم الشرعية والمجالس المالية وأحال اختصاصها إلى المحاكم العادية ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ :

ولم يترتب على هذا الإلغاء تغيير في الوضع السابق من حيث المصادر التي يرجع إليها في مسائل الأحوال الشخصية . إذ أن المحاكم العادية التي آل إليها الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا ما زالت تقضى في هذه المسائل بمقتضى الشريعة الإسلامية أو الشرائع الدينية الأخرى تبعا لديانة الخصوم في الحدود التي رأيناها . فقد نصت المادة السادسة من قانون الإلغاء المشار إليه على أن « تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة (١) - أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم » .

ومن ثم يكون المقصود بكون الدين مصدرا رسميا للقانون المصرى أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة التي يرجع إليها طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة في كل مالم يتناوله التشريع بالتنظيم من مسائل الوقف والأحوال الشخصية، وأن الشرائع الدينية الأخرى لها اختصاص استثنائي مقيد حيث يرجع إليها في الحدود التي ذكرناها . وإنا لنأمل أن يتوحد قانون الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا كما توحد القضاء (٢) . وهناك الآن لجان تعمل للوصول إلى هذه الغاية . وإذا كان للشريعة الإسلامية هذا الدور في نطاق الأحوال الشخصية والوقف ،

(١) تنص هذه المادة على أن « تصدر الأحكام طبقا للمدونة في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ماعدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد » .

(٢) ويكفى للتدليل على ضرورة وضع قانون للأحوال الشخصية يشمل القواعد التي تسرى على المسلمين وغير المسلمين من المصريين أن نعرف أن الطوائف غير الإسلامية في مصر ست عشرة طائفة ؛ وأن أكثر القواعد الدينية التي تطبق عليها غير مدونة ، وليس من اليسير أن يمتدى إليها عامة المتقاضين ، وهي مبثرة في مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت ؛ مبثرة في كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو أرمنية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين . (المذكرة الإيضاحية لقانون إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية) .

فسنرى أنها في غير هذا النطاق تنفرد بكونها مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه إذا لم توجد قاعدة في التشريع أو العرف .

المبحث الثاني

العرف

٩٤ - عناصر الموضوع :

يقضي الكلام في العرف أن نعرف أولا معناه ، وكيف تطور مركزه في مختلف الشرائع بوجه عام ، وما يتصل بذلك من المزايا التي تنهض به والعيوب التي تؤخذ عليه . ثم نعرض لأركانه كي نقف على الشروط التي يلزم توافرها لقيامه ، وهو ما يؤدي بنا إلى التفرقة بينه وبين العادة الاتفاقية . ثم نتبين في ضوء ما تقدم أساس قوته الملزمة . وأخيرا نحدد مدى الدور الذي يقوم به ، حيث يظهر مركزه بين المصادر الرسمية للقانون وخاصة القانون المصري ، كما يتضح نصيبه في فروع القانون المختلفة .

المطلب الأول

التعريف بالعرف ومزاياه وعيوبه

٩٥ - تعريف - تطور مركز العرف كمصدر رسمي للقانون في مختلف الشرائع بوجه عام :

العرف *La coutume* ، كمصدر رسمي للقانون ؛ هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة . ويطلق اصطلاح العرف كذلك على القواعد القانونية ذاتها التي تنشأ من اعتياد الناس على مثل هذا السلوك . فالاصطلاح ذاته يستعمل أحيانا بمعنى المصدر ، ويستعمل أحيانا أخرى بمعنى القواعد التي تستمد من هذا المصدر .

والعرف بهذا المعنى هو أول مصدر رسمي للقانون ظهر في تاريخ المجتمع البشرى كما سبق أن قلنا . فهو المصدر الذى توحى به الفطرة في مجتمع بدائى . ولذلك كان له الشأن الأول في المجتمعات القديمة ، حيث تسيطر التقاليد ، ولا توجد من الضرورات الاجتماعية ما يدعو السلطة الحاكمة إلى التدخل لفرض قواعد قانونية . فإذا تقدمت المدنية وازدادت نواحي النشاط في المجتمع ، أصبح العرف قاصرا عن الوفاء بحاجة الجماعة إلى القواعد التى تنظم الحياة فيها ، وظهرت إلى جانبه مصادر أخرى تهذب منه وتحل محله ، وهى الدين والقانون الطبيعى وخاصة التشريع . وهذه هى الحال في الشرائع القديمة جميعها :

فقد بدأ القانون الرومانى مجموعة من القواعد العرفية . حتى إذا تقلمت المدنية الرومانية جمعت هذه القواعد في الألواح الأثني عشر المعروفة وأصبح التشريع إلى جانب العرف مصدرا رسميا للقانون . وكان القضاء والفقه مصدرين رسميين كذلك في المكانة الأولى من الأهمية في نشوء القانون وتطوره .

وكان هذا أيضا هو شأن الشريعة الإسلامية . فقد كانت الأمة العربية في عصر الجاهلية خاضعة لمجموعة من العادات اصططب بعضها بصبغة الدين الوثنى ، وكانت قبائل متفرقة لا يجمعها سلطان واحد ، حتى نهى لها طريق الوحدة العربية بظهور الرسالة المحمدية . ولما بعث النبي صلى الله عليه وسلم رسولا قل شأن العرف وقام الدين مصدرا رسميا للقانون . ومع ذلك فقد بقى العرف مصدرا للقانون في الشريعة الإسلامية ، ولا يزال من المبادئ المقررة في هذه الشريعة أن العادة محكمة ، بمعنى أن يجعل حكمها لإثبات حكم شرعى .

كذلك بدأ القانون الإنجليزى مجموعة من العادات التى تخضع لها القبائل الانجلوسكسونية ، ثم اقترنت بعادات القبائل النورماندية التى فتحت الجزيرة الإنجليزية في القرن الحادى عشر . ولما تطورت المدنية الإنجليزية صار القضاء مصدرا رسميا للقانون إلى جانب العرف . ثم قام التشريع مصدرا آخر فأصبح هو والقضاء المصدرين الرسميين الرئيسيين في الشريعة الإنجليزية في الوقت الحاضر .

كما بدأ القانون الفرنسى القديم عرفا ، ثم امتزج به القانون الرومانى بعد الفتح

الرومانى ، ثم وجد قانون الكنيسة . وبعد ذلك انقسمت فرنسا إلى قسمين : القسم الشمالى يطبق العرف ، والقسم الجنوبى يطبق القانون الرومانى ؛ ولما قويت الملكية فى فرنسا جمعت قواعد العرف وقام إلى جانبها التشريع كمصدر رسمى للقانون . وما زال التشريع يقوى حتى صدرت تقنينات نابليون فأصبح هو المصدر الرسمى الرئيسى فى القانون الفرنسى .

ويتضح من هذه النظرة السريعة فى الشرائع القديمة وما صار إليه الأمر فى العصر الحديث أنه بقدر ما تقدم الحياة الاجتماعية ويقوى سلطان الدولة تزداد أهمية التشريع فى وضع القواعد القانونية . وقد أصبح التشريع أهم مصدر رسمى للقانون فى أغلب الدول الحديثة ، وبقي العرف مصدرا احتياطيا يكمل ما فى التشريع من نقص ، حيث يلتجأ إليه إذا لم تكن هناك قاعدة فى التشريع .

٩٦ - مزايا العرف :

تقابل مزايا العرف عيوب التشريع :

فقد رأينا أن التشريع يؤخذ عليه أن قواعده قد تأتى غير ملائمة لظروف المجتمع ، وأنها إذا جاءت ملائمة لهذه الظروف حين وضعها ، فإن صلبها فى نصوص مكتوبة يضفى عليها من الجمود ما يقف بها عن مسايرة التطور ، وقد يقعد الشارع عن تعديلها على النحو الذى يستجيب لمقتضيات هذا التطور (١) .

أما العرف فإنه يتكون مما جرى الناس عليه فى معاملاتهم الاقتصادية وأحوالهم الاجتماعية ، ومن ثم تتميز قواعده بأنها تعبر أصدق تعبير عما يرتضيه أفراد المجتمع فى تنظيم علاقاتهم ، فتكون بحكم نشأتها على هذا النحو ملائمة للظروف الاجتماعية . كما تؤدي هذه الطريقة ذاتها فى نشوء القواعد العرفية إلى تطورها بتطور الظروف فى المجتمع ، فتظل على وجه الدوام ملائمة لهذه الظروف .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦٢ .

٩٧ - عيوب العرف :

تقابل عيوب العرف مزايا التشريع ، وهي كثيرة :

(١) فقد رأينا أن التشريع يمكن منه سرعة وسهولة لمواجهة الأوضاع الجديدة في المجتمع ، كما يمكن المسارعة إلى تعديله كي يسير التطور في الحياة الاجتماعية . أما العرف فإنه يهكون من اعتياد الناس على سلوك معين حتى يتوفر له الاستقرار والثبات . فهو أداة بطيئة في تكوين القواعد القانونية ، بحيث يقصر عن تزويد الجماعة في العصر الحديث بما تحتاج إليه من قواعد لمواجهة حاجاتها المتجددة بالسرعة الواجبة .

(٢) ويمتاز التشريع بأنه يوضع في نصوص مكتوبة ، فتأتي قواعده في صياغة محكمة تكفل الاستقرار والأمن في التعامل وتساعد الأفراد على معرفة حقوقهم وواجباتهم . أما العرف فإن قواعده تتكون تدريجيا ، كما ينقصها الوضوح والتحديد ، ولذلك قد يصعب التثبت من وجود القاعدة ، أو التحقق من مضمونها ، مما ينافي الاستقرار والأمن في المعاملات .

(٣) ويعتبر التشريع أداة لتوحيد النظام في الدولة ، إذ أن قواعده تنفذ في كل إقليم الدولة ، فتكون عاملا على تحقيق الوحدة القومية . بينما العرف أكثره محلي ، ولذلك فهو يؤدي إلى تعدد النظم في الدولة الواحدة ، الأمر الذي يفكك وحدتها ويعرقل تقدمها .

(٤) ويصالح التشريع أداة لتطوير المجتمع ، حيث يمكن من إدخال النظم والأخذ بالمبادئ التي ينادى بها المصلحون أو يقتبسونها من خارج بيئتهم (١) . أما العرف فإنه يمثل نزعة المحافظة على القديم بما تنطوي عليه من حب التقاليد والحرص على المألوف ، بحيث لا يكون التخلص منه أمرا يسيرا . ولذلك فهو لا يتيح الفرصة للأخذ بالأفكار الجديدة التي يرى فيها المصلحون خيرا للجماعة إلا بعد زمن طويل .

على أن هذه المقارنة بين العرف والتشريع ، إن كانت تدل دلالة واضحة على تخلف مرتبة العرف بالنسبة إلى التشريع في أغلب القوانين الحديثة ، فإنها لا تعني إمكان

(١) انظر فيما تقدم تفصيلا لمزايا التشريع فقرة ٦١ .

الاستغناء عن العرف كمصدر رسمي للقانون . إذ أن النقص في التشريع أمر لا سبيل إلى ملاقاته بحكم طبيعة الأشياء كما قدمنا ، ولهذا فإن العرف مصدر لا غنى عنه ، حيث يكمل ما في التشريع من نقص ، كما يعاونه في تحديد المعايير التي يعجز عن تناولها بسبب ما لها من طابع خاص يوجب تركها للظروف أو البيئة . وسنرى تفصيلا لذلك عند الكلام في الوظائف التي يقوم بها العرف .

المطلب الثاني

أركان العرف

٩٨ - ركنه للعرف :

رأينا أن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بها ملزمة . ويتضح من هذا التعريف أن العرف يقوم على ركنين : ركن مادي ، وهو اعتياد الناس على سلوك معين . وركن معنوي ، وهو اعتقاد الناس بأن القاعدة التي نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة .

٩٩ - الركن المادي : الاعتقاد :

قوام الركن المادي للعرف هو اعتياد الناس على نوع من السلوك في خصوص أمر من أمور حياتهم الاجتماعية . حيث تنشأ بينهم عادة نتيجة اتباعهم لسلوك معين واطراد العمل به . فهي عادة لا تفرضها سلطة معينة كما هو الحال بالنسبة إلى التشريع ، ولا توحى بها جهة معينة كما هي الحال بالنسبة إلى القواعد التي يستقر عليها القضاء أو الفقه ، وإنما تنشأ مما يخططه الأفراد لأنفسهم من قواعد في ضوء الظروف المحيطة بهم . فقد يحصل أن عددا قليلا من الأشخاص يسلكون طريقة معينة في تنظيم أمر يعينهم بوحى من عقولهم وعلى هدى الظروف التي تحيط بهم ، ثم يتكرر هذا المسلك من غيرهم بحكم

غريزة حب التقليد ، والميل إلى ما هو مألوف ، وإيثاره على غير المعروف : وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ويرسخ أثرها في النفوس :

ومن ثم يشترط في العادة usage التي يقوم عليها الركن المادى للعرف ما يأتي :

(١) فيجب أن تكون العادة عامة . ويرجع هذا الشرط إلى خاصة التجريد والعموم التي تثبت لكل قاعدة قانونية ، حيث يجب في العرف أن يكون عاما بهذا المعنى . ومن هذا ينبغى ألا تكون العادة قاصرة على أشخاص معينين بالذات ، وإنما تتوجه إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم . كما ينبغى أن يسود اتباعها لدى الأغلبية من الأفراد في النطاق الذي تنطبق فيه . فقد تكون شاملة لكل إقليم الدولة . وقد تقتصر على جهة معينة من هذا الإقليم ، فيكون العرف حينئذ محليا . وقد تقتصر على طائفة محدودة من الأشخاص يزاولون مهنة معينة كالتجار والمزارعين ، فيكون العرف حينئذ مهنيا أو طائفيا . بل إنها قد تقتصر على شخص واحد كرئيس الدولة حين يعتاد على إصدار نوع خاص من القرارات ، إذ ينشأ في هذه الحالة عرف يحوله إصدار مثل هذه القرارات . ففي كل هذه الصور لا يتحتم أن يتبع العادة جميع الأفراد الذين يعينهم حكمها في النطاق الذي نشأت فيه ، بل يكفي أن يسود اتباعها لدى الأغلبية منهم .

٢ — ويجب أن تكون العادة قديمة . بمعنى أن يكون قد مضى على نشوئها مدة هي من الطول بحيث تدل على رسوخ أثرها في النفوس وقيام عرف مستقر على أساسها . وليست هناك مدة محددة في هذا الشأن ، فهي تختلف باختلاف نوع السلوك ومدى تكراره في حياة الأفراد ، ولذلك يقدرها القاضى بحسب الظروف .

٣ — ويجب أن تكون العادة ثابتة . ويراد بذلك أن يطرد اتباعها بطريقة منظمة على نحو يتوفر فيه معنى الاستقرار . فلا يتبعها الناس في أوقات ويعدلون عنها في أوقات أخرى . على أن هذا لا يعنى أن عدول بعض الأشخاص عن اتباعها يكفي لنقض الثبات عنها . فالعبرة في هذا الشأن بغلبة اتباعها في أكثر الحالات . وهذه مسألة يقدرها القاضى كما هي الحال في شرط القدم ، إذ أن قدم العادة وثباتها أمران يساهمان في استقرار العرف .

٤ - ويشترط أخيرا ألا تكون العادة مخالفة للنظام العام أو الآداب في المجتمع :
إذ أن العرف الذي ينطوي على هذه المخالفة لا يكون قانونا (١) :
ويصلق هذا الشرط على إطلاقه بالنسبة إلى العرف المحلي ، وكذلك العرف المهني أو الطائفي . فلا يصح أن يتعارض مثل هذا العرف مع ما استقر في الجماعة بأسرها من مبادئ متعلقة بالنظام العام والآداب ، سواء كانت هذه المبادئ مقررّة بنصوص تشريعية أم لم تكن كذلك .

أما فيما يتعلق بالعرف الشامل لجميع الناس في كل إقليم الدولة فلا يتصور أن يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب إلا إذا كان يتعارض مع نص تشريعي آمر ، إذ في هذه الحالة لا تجوز مخالفة التشريع بعرف شامل . وفيما عدا هذه الحالة يكون العرف الشامل ، وقد تكون في ضمير الجماعة بأسرها ، قد ساهم في تحديد مضمون فكرة النظام العام والآداب ، وهي فكرة مرنة متطورة كما سبق أن رأينا ، مما لا يتصور معه اشتراط موافقة مثل هذا العرف للنظام العام والآداب في الجماعة :

١٠٠ - الركن المعنوي : عقيدة الالتزام :

لا يكفي لقيام العرف أن تتكون العادة بالشروط التي ذكرناها ، بل يجب كذلك أن يتوفر الركن المعنوي للعرف ، بمعنى أن يتولد الاعتقاد لدى الناس بأن هذه العادة ملزمة باعتبارها قاعدة قانونية لها جزاء مادي توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالفها ، شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية سواء بسواء .

ويتكون هذا الاعتقاد تدريجيا ، حتى يأتي الوقت الذي يصبح فيه أمرا محققا :
ولذلك فإنه في مرحلة هذا التكوين قد يختلف الشراح والمحكم في أن عادة معينة قد أصبحت عرفا ، كما أن البعض قد يراها مجرد عادة لا ترقى إلى مرتبة العرف ثم يعود

(١) وتطبيقا لذلك نصت المادة ٣٤ من الدستور على أن « حرية الاعتقاد مطلقة ، وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والمعتقد طبقا للعادات المرسية ، على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو يتنافى والآداب » .
كما أن القوانين الخاصة بالنظام القضائي في شبه جزيرة سيناء وواحة سيوة ، والولايات الداخلية والخارجية والبحرية ، تعتمد بالعرف الموجود في هذه الجهات وتجعل له الأفضلية على التشريع ، ولكنها عسّرت في الأخذ به أن يكون مطابقا للعدالة والآداب والحقوق الطبيعية .

بعد ذلك فيعتبرها عرفاً . فإذا جاء الوقت الذي يسود الاعتقاد فيه بأن هذه العادة أصبحت ملزمة ، صارت عرفاً لا سبيل إلى الجدل فيه .

فالذي يميز العرف عن العادة بالمعنى الذي قدمناه هو هذا الركن المعنوي . فطالما لم يطمح في ذهن الناس اعتقاد بأن عادة معينة أصبحت ملزمة ، فإن هذه العادة لا تعتبر عرفاً ، أى لا تكون قانوناً ملزماً (١) .

ويلاحظ أن هناك فريقاً من العادات ينشأ بين الناس على سبيل المجاملة ، كبادل الهدايا في مناسبات معينة وتبادل الزيارات والتهنئة والمواساة ونحو ذلك . ومثل هذه العادات لا تعيننا في هذا المقام ، إذ لا صلة لها بالعلاقات القانونية بين الناس ، فهي من قبيل المجاملات التي لا يتصور شعور الناس بالالتزام إزاءها .

أما العادة بالمعنى المقصود في هذا المقام فهي التي تتصل بالعلاقات القانونية بين الأفراد بحيث يقوم عليها الركن المادي للعرف كما قلنا . وقد رأينا أنها تنشأ من اتباع الأفراد لها في معاملاتهم ، ولذلك يقال لها العادة الاتفاقية . وسنفرق الآن بينها وبين العرف ، ثم نتبين النتائج التي تترتب على هذه التفرقة .

١٠١ - التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

إن الذي يميز العرف عن العادة هو أن العرف يجتمع له الركنان المادي والمعنوي ، أما العادة فلا يتوفر لها سوى الركن المادي . فالعرف تثبت له قوة الإلزام باعتباره

(١) قد يقع خلط أحياناً بين العرف والعادة . وقد ساعد على هذا الخلط أن الشارع نفسه استعمل أحياناً لفظ العادة بمعنى العرف الملزم ، واستعمل أحياناً أخرى لفظ العرف بمعنى العادة التي لم ترق بعد إلى مرتبة العرف .

ولكن التعبير الصحيح الذي يجمع عليه الفقه أن لفظ العرف *coutume* يطلق على القاعدة القانونية الملزمة ، وأن لفظ العادة *usage* يطلق على القاعدة التي لم ترق بعد إلى مرتبة العرف لافتقارها إلى عنصر الإلزام . ويؤيد ذلك أن الشارع نفسه استعمل لفظ العرف عندما حدد المصادر الرسمية للقانون في المادة الأولى من المصنفين المذكورين .

قاعدة قانونية ، بينما تفتقر العادة إلى هذه القوة . ومؤدى هذا أن العرف ينطبق فيلتزم به الأفراد إذا توافرت شروط انطباقه كما هو الشأن في أية قاعدة قانونية ، دون أن يتوقف ذلك على إرادتهم . أما العادة فلا تكون لها هذه القوة الذاتية في الالتزام ، لأنها ليست قاعدة قانونية ، ومن ثم لا يلتزم بها الأفراد إلا حين يريدون ذلك باشتراطها في معاملاتهم صراحة أو ضمنا ، وحينئذ تستمد قوتها الملزمة من اتفاق المتعاقدين على العمل بمقتضاها . ولهذا جرى الاصطلاح على تسميتها بالعادة الاتفاقية *usage conventionnel*

Conventionnel

ومن أمثلة العادة ما تجرى به العادة بين تجار الفاكهة عند البيع بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين إلى غير ذلك بحسب نوع المبيع واختلاف المناطق . وما تجرى به العادة في بعض المحال العامة كال فنادق والمطاعم والمقاهى من قيام العملاء بدفع وهبة (بقشيش) بنسبة معينة من قيمة الحساب إلى القائمين بالخدمة في هذه المحال ، وإن كانت هذه العادة قد بدأت تتحول إلى عرف . وما تجرى به العادة من أنه إذا اشترك شخصان ، فقدم أحدهما رأس المال وتعهده الثانى بإدارة الأعمال ، فإن توزيع الأرباح بينهما يكون بنسبة الثلثين للشريك الذى قدم رأس المال وبنسبة الثلث للشريك الذى قام بإدارة الأعمال .

ويلاحظ أن القواعد التى ينشأها العرف ، كغيرها من القواعد القانونية ، قد تكون قواعد أمرة ، وقد تكون قواعد مكملة . ومن أمثلة القواعد العرفية الآمرة الحقوق التى كانت ثابتة للأجانب فى مصر بمقتضى العرف قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية . وكذلك حق الزوجة فى بعض البلاد ، كفرنسا ، فى أن تسمى بألقاب زوجها . ومن أمثلة القواعد العرفية المكملة اعتبار أثاث المنزل مملوكا للزوجة بين المسلمين فى مصر . وكذلك العرف الموجود فى شبه جزيرة سيناء والواحات .

وقد رأينا أن القاعدة القانونية المكملة هى التى يجوز إبرام تصرف بما يخالف حكمها ، فهى تكون ملزمة للأفراد إذ لم تتجه إرادتهم حين التصرف إلى ما يخالف الحكم الذى تقرره . ومن هذا يتبين الفارق بين العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية المكملة . فالعادة الاتفاقية لا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتفقا على الأخذ بها صراحة أو ضمنا ،

ولهذا قلنا إنها تستمد قوتها الملزمة من اتفاقهما على العمل بمقتضاها . بينا القاعدة المسكلة لا تلزم المتعاقدين إلا إذا لم يتفقا على ما يخالف حكمها ، إذ أن عدم وجود مثل هذا الاتفاق هو شرط انطباق تلك القاعدة كما سبق أن فصلنا (١) . فإذا وجد اتفاق بين المتعاقدين ينظم المسألة التي تعنيهما ، سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو كان ضمنيا يستفاد من ظروف التعاقد ، وجب الأخذ بهذا الاتفاق في جميع الأحوال . وإذا لم يوجد هذا الاتفاق فإن العادة لا يؤخذ بها ، أما القاعدة المسكلة فيجب تطبيقها ،

وهناك حالات يحيل فيها الشارع بمقتضى النص على العادة الاتفاقية ، فيرفعها بذلك إلى مرتبة العرف الملزم ، حيث تصبح كالقاعدة المسكلة يجب تطبيقها ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف حكمها . ففي هذه الحالة لا يكون تطبيق العادة رهينا بإرادة الطرفين المتعاقدين ، وإنما تطبق إذا لم يتفقا على خلاف ما تقضى به سواء اتجهت إرادتهما إلى الأخذ بها أو لم تتجه إلى شيء من ذلك ، شأنها في هذا شأن القاعدة القانونية المسكلة . إذ أن العادة حينئذ لاتستمد قوتها الملزمة من إرادة الطرفين المتعاقدين ، بل تستمد هذه القوة من نص القانون .

ومن أمثلة هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٢٣٢ مدني من أنه « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » . وما نصت عليه المادة ٤٣٢ مدني من أنه « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء » ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . وما نصت عليه المادة ١٠١٩ مدني من أنه « تخضع حقوق الاتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها ولما جرى به عرف الجهة والأحكام الآتية » . ويلاحظ أن المقصود بالعرف في هاتين المادتين الأخيرتين هو العادة الاتفاقية .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٩ .

١٠٢ - نتائج التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

تقوم التفرقة التي ذكرناها بين العرف والعادة الاتفاقية على أساس أن العرف قاعدة قانونية ، بينما العادة مجرد قاعدة ألفها الناس في التعامل ، فلا تكون ملزمة لهم إلا باعتبارها شرطا يرد صراحة أو ضمنا في التعاقد . ويترتب على هذه التفرقة نتائج هامة نذكر منها ما يأتي :

(١) فإدام أن العرف قانون فيجب على القاضي أن يطبقه من تلقاء نفسه في الدعوى المرفوعة أمامه . إذ أن تطبيق القانون من واجب القاضي ، فلا يلزم أن يطلب منه ذلك من له مصلحة من الخصوم . أما العادة الاتفاقية فتعتبر شرطا من شروط العقد ، ولذلك ينبغي أن يتمسك بها من له مصلحة من الخصوم حتى يطبقها القاضي .

(٢) ويرتبط بهذه النتيجة أن الخصم لا يكون عليه أن يثبت العرف ، إذ أن تطبيق القانون من عمل القاضي وحده ، والقاضي مفروض فيه أن يكون على علم بالقانون فلا يكلف أحد باثباته . ولهذا يجب على القاضي أن يتحرى وجود العرف كما يتحرى وجود التشريع ، إذ أن من واجبه أن يبحث من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق . أما العادة الاتفاقية فلأنها شرط من شروط العقد لا يفترض علم القاضي بها . ولهذا يجب على من يتمسك بها أن يثبت وجودها ، كما يثبت اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها .

(٣) ويطبق العرف سواء علم به الخصوم أو لم يعلموا به ، حيث لا يجوز الاعتذار بجهل أحكام القانون . أما العادة فإنها لا تطبق إلا على أساس انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها ، وهذا يقتضى بطبيعة الحال أن يكونا على علم بها ، فإذا جهلها أحدهما أو كلاهما فلا تطبق ، إذ لا يمكن في هذه الحالة أن تكون إرادتهما قد انصرفت إلى التقيد بها .

(٤) ويخضع تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض ، إذ أن وظيفة هذه المحكمة هي مراقبة صحة تطبيق القانون . أما العادة فهي من قبيل الواقع الذي يكون التقدير فيه لقاضي

الموضوع دون معقب ، فلا يخضع القاضى لرقابة محكمة النقض فى تقدير وجودها أو انصراف إرادة المتعاقدين إلى التقيد بها . وسنفصل هذه المسألة فى الفقرة التالية .

١٠٣ - الإثبات ورقابة محكمة النقض فيما يتعلق بالعرف والعادة الاتفاقية :

لكى يتضح ما هنالك من فارق فى هذا الشأن بين العرف والعادة الاتفاقية يجدر أن نشير إلى التفرقة بين القانون والواقع فى الدعوى . فالادعاء بحق أمام القضاء يثير البحث فى عنصرين : الأول هو وقائع الدعوى ، وهذه يطالب المدعى بإثباتها ، والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ، فلا يخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض . والثانى هو القانون الذى يطبق على ماثبت لدى القاضى من وقائع ، وهذا التطبيق من عمل القاضى وحده ؛ فلا يكلف الخصم بإثبات فى هذا الخصوص ، ويخضع القاضى فى هذا التطبيق لرقابة محكمة النقض . فمثلا إذا رفع المشتري على البائع دعوى بتسليم المبيع ، كان على المشتري أن يثبت عقد البيع ، وهذه مسألة موضوعية يقرها القاضى أو ينفيها بحسب ما يتوافر لديه من الأدلة دون أن يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض . فإذا ثبت عقد البيع لدى القاضى وجب عليه أن يطبق القاعدة القانونية التى تفرض على البائع التزاما بتسليم المبيع ، وهذه القاعدة لا يكلف الخصم بإثباتها ، ويخضع القاضى فى تطبيقها لرقابة محكمة النقض .

وتطبيقا لهذا قلنا إن الخصم لا يكون عليه أن يثبت العرف لأنه قانون ، والقاضى مفروض فيه أن يكون على علم بالقانون ، ومن واجبه أن يطبقه على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى ، لافرق فى ذلك بين قاعدة تشريعية وقاعدة من قواعد العرف ، فهو يتحرى وجود العرف كما يتحرى وجود التشريع . أما العادة الاتفاقية فلا شأنها شرط منه شروط العقد تعتبر من قبيل الواقع ، فيكون على الخصم الذى يتمسك بها أن يثبتها كما يفعل فى سائر شروط العقد الصريحة أو الضمنية ، فهو يثبت وجودها ، كما يثبت اتجاه إرادة المتعاقدين إلى التقيد بها .

على أن ثمة اعتبار عملى يفرق بين العرف والتشريع فى هذا الخصوص : فالتشريع نصوص مدونة يسهل التعرف عليها : أما العرف فقانون غير مكتوب ، وقد يكون من

العسير على القاضى أن يحيط به ولا سيما إذا كان عرفا محليا أو طائفيا يختلف باختلاف الجهات والمهن ، ولهذا فإن مع مصلحة الطرف الذى يتمسك به أن يقوم باثباته ، كما أن القاضى يستطيع أن يطلب منه هذا الإثبات . ولكن ليس من شأن هذا الإثبات أن يجعل العرف فى منزلة الواقعة التى تفتقر إلى الإثبات ، إذ يظل على الرغم من ذلك قانونا لا يطلب الخصم إثباته . وآية ذلك أن القاضى إذا كان يلم بالعرف فإنه يأخذ به من تلقاء نفسه ، وإذا لم يكن ملما به كان فى وسعه أن يأخذ به متى اقتنع بوجوده بأية وسيلة وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، دون أن يتقيد فى هذا بالأوضاع التى يخضع لها إثبات الوقائع .

كذلك قلنا تطبيقا لما تقدم إن تطبيق العرف يخضع لرقابة محكمة النقض لأنه قانون ، أما العادة الاتفاقية فهى من قبيل الواقع الذى يكون التقدير فيه لقاضى الموضوع دون معقب ، فلا يخضع القاضى لرقابة محكمة النقض فى تقدير وجودها أو انصراف إرادة المتعاقدين إلى التقيد بها .

وقد أدى الاعتبار العملى الذى ذكرناه إلى وجود خلاف فى الفقه حول مدى خضوع القاضى لرقابة محكمة النقض فى التثبت من وجود العرف وفى تطبيقه . فذهب رأى إلى أن التثبت من قيام العرف يترك أمره لقاضى الموضوع ، فلا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض ، أما تطبيق العرف بعد أن ثبت قيامه فيخضع لرقابة محكمة النقض . وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى ، فقضت بأن تقدير قيام العرف من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض عليها (١) . ولكن الرأى الذى نراه صوابا ، وهو رأى جمهور الفقه ، أن قاضى الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض سواء فى التثبت من قيام العرف أو فى تطبيقه له . وهذا هو النظر السليم الذى يتفق مع كون العرف قانونا . وقد قيل لتبرير عدم رقابة محكمة النقض لأمر التثبت من وجود العرف ، إن هذه الرقابة تؤدي بمحكمة النقض إلى البحث فى الوقائع الاجتماعية التى ساهمت فى تكوين العرف . مع أن قاضى الموضوع لا يخضع لسلطة هذه المحكمة فى تقديره للوقائع .

(١) نقض منفى فى ١٨ أبريل سنة ١٩٥٧ ، الحامى ٣٨ - ٥٤٣ - ٢٤٢ .

ويلاحظ على هذا التبرير أن الوقائع التي يمتنع على محكمة النقض أن تخوض فيها هي وقائع النزاع في الدعوى المعروضة عليها ، وهي الوقائع التي يجرى تطبيق القانون عليها ، أما الوقائع الاجتماعية التي أدت إلى قيام العرف فهي بعيدة عن هذا النطاق ، وقد قلنا إن الصعوبة العملية التي يتعرض لها قاضي الموضوع في تقصى وجود العرف ، إذا كانت تبيح له أن يطالب الخصم بإثباته ، فليس من شأنها أن تؤدي إلى تجاهل الاعتبارات القانونية التي تخول محكمة النقض أن تبسط رقابتها في هذا الشأن . ولا وجه لأن نفرق فيما يتعلق بهذه الرقابة بين التثبت من وجود العرف وتطبيقه ، إذ أن رقابة محكمة النقض على صحة تطبيق العرف ، وقد أصبحت أمرا مسلما ، تقتضى حتما أن تتحقق ابتداء من وجود هذا العرف ، فلها أن تعقب على قاضي الموضوع إذا طبق عرفا غير قائم . كما أن لها أن تعقب عليه إذا أغفل عرفا قائما ، سواء تمسك به الخصم أو لم يتمسك (١) ، وسواء نجح في إثباته أو لم ينجح ، وسواء فطن القاضي إليه أو لم يفطن .

المطلب الثالث

أساس القوة المفرقة للعرف

١٠٤ - يستمد العرف قوته الملزمة من إرادة الجماعة :

منذ أن صارت للتشريع الغلبة على العرف بين المصادر الرسمية للقانون ثار البحث في أساس القوة الملزمة للعرف لمعرفة مركزه بالنسبة إلى التشريع من حيث قدرته على خلق القواعد القانونية :

فذهب رأى قديم إلى أن أساس القوة الملزمة للعرف هو إرادة الشارع الضمنية . فإدام الشارع لا يعترض على العرف الذي يكون في المجتمع فإن هذا يعنى أنه قد رضى به رضاء ضمنيا . وبذلك يستمد العرف قوته الملزمة من إرادة الشارع الضمنية ، بينما

(١) قارن حكم محكمة النقض المشار إليه (١٨ أبريل سنة ١٩٥٧) .

يستمد التشريع هذه القوة من إرادة الشارع الصريحة . ويلاحظ على هذا الرأي أن العرف سابق في وجوده على التشريع . كما أن إرادة الشارع في حقيقتها ليست إلا تعبيراً عن إرادة الجماعة . ف سواء كان الشارع هيئة معينة ، أو حتى فرداً واحداً ، فإنه ليس سوى أداة تستخدمها الجماعة للتعبير عن إرادتها في نصوص تشريعية .

وذهب رأى آخر إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من الضمير الجماعي . وذلك استناداً إلى أنه سابق في وجوده على التشريع ، بدليل ما كان عليه الحال في الجماعات القديمة . فهو ينشأ ويتطور في ضمير الجماعة نتيجة لعوامل مختلفة ، دون أن تتدخل في خلقه وتطوره سلطة خارجية .

وهناك من يرى أن أساس القوة الملزمة للعرف هو قضاء المحاكم . فإذا اطردت أحكام المحاكم واستقرت على قاعدة معينة أصبحت هذه القاعدة عرفاً ملزماً . أى أن هذه الأحكام هي التي تخلق العرف وتعطيه القوة الملزمة . ولا يقدح في هذا القول أن يكون القضاء في أخذه بقاعدة عرفية قد استلهم الاتجاهات والأفكار السائدة في الجماعة ، إذ أنه باطراده واستقراره على هذه القاعدة هو الذي يخلق عليها وصف القاعدة القانونية الملزمة . ويؤخذ على هذا النظر أن العرف يكون مما يختطه أفراد المجتمع فيما بينهم ويجرون على اتباعه إلى أن يرسخ أثره في نفوسهم ويتولد لديهم الاعتقاد بأنه ملزم لهم . وإذا كان للقضاء فضل لا ينكر في تحديد مضمون العرف ، وفي تأكيد قوته الملزمة ، فإن هذا لا يعنى أنه ينشئ العرف أو يعطيه هذه القوة . وحتى في الحالات التي يهيئ فيها القضاء لقيام عرف باستقراره على معنى واحد ، فإن العرف لا يوجد حينئذ إلا بعد أن يجرى الناس على اتباعه ويقوم الاعتقاد لديهم بأنه ملزم . فالعرف قانون ملزم قبل أن تطبقه المحاكم ، وما تطبق المحاكم لقواعده إلا تقرير لصفاتها القانونية .

كما يذهب رأى آخر في الفقه الحديث إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده لتنظيم المجتمع . فالثبات اللازم للروابط بين الأفراد يقضى بأن تكون القاعدة العرفية ملزمة . كما أن الأخذ بهذه القاعدة يتفق مع غرائز الإنسان الطبيعية التي تتمثل في احترام العرف الثابت . هذا إلى أنها بحسب شروطها ترضى المصالح المتعارضة التي كثيراً ما يقصر التشريع عن التوفيق بينها .

ويلاحظ على هذا الرأي أن ضرورة العرف لتنظيم المجتمع إنما هي التي تبرر اعتباره مصدراً للقواعد القانونية ، وليست هي التي تعطيه القوة الملزمة .

وفي ضوء هذا كله ننتهي إلى أن الرأي الذي نعتقد في سلامته هو الذي يذهب إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من إرادة الجماعة . فثمة واقعه ثابتة لا جدال فيها ، وهي أن العرف كان المصدر الرسمي للقانون في الأزمنة القديمة ، فهو سابق في وجوده على الدين والتشريع ، ولهذا قلنا إنه أول مصدر رسمي للقانون ظهر في تاريخ المجتمع البشرى . كما أن العرف يتكون من اعتياد الناس تدريجياً على سلوك معين يخطونه لأنفسهم في تصرفاتهم حتى يسود بينهم ويستقر أثره في نفوسهم . وهذان الأمران يدلان دلالة واضحة على أن العرف يستند في قوته الملزمة إلى الإرادة الجماعية لأفراد المجتمع . فهو بهذا تعبير مباشر عن إرادة الجماعة ، بينما التشريع تعبير غير مباشر عن هذه الإرادة ، إذ أن إرادة الشارع تستمد قوتها كما قلنا من إرادة الجماعة . فأساس القوة الملزمة للعرف هو بعينه أساس القوة الملزمة لأية قاعدة قانونية أخرى . فالقاعدة القانونية أياً كان مصدرها إنما تستمد قوتها الملزمة من إرادة الجماعة . وليست المصادر الرسمية للقواعد القانونية إلا وسائل للتعبير عن هذه الإرادة :

وإذا كان الشارع في المادة الأولى من التقنين المدني يعترف بالعرف كمصدر رسمي للقانون ، فإنه لا يضيف بهذا الاعتراف أمراً جديداً فيما يتعلق بالقوة الملزمة للعرف ، إذ أن هذه القوة تتوفر للعرف دون حاجة إلى ذلك الاعتراف . غاية الأمر أن الشارع في هذا النص حدد مرتبة العرف باعتباره مصدراً احتياطياً يكمل ما في التشريع من نقص ، بحيث لا يلجأ إليه إلا إذا لم تكن هناك قاعدة في التشريع . ومنرى أن للعرف وظائف أخرى غير ذلك بصرح بها الشارع في النص في حالات معينة :

المطلب الرابع

دور العرف في القانون المصري

١٠٥ - مكانة العرف في القوانين الحديثة :

يتبين لنا مما تقدم أن العرف في الأزمنة القديمة كان المصدر الرسمي للقانون الذي لايزاحمه مصدر آخر . ثم ظهر الدين بعد ذلك فأخذ يهذب منه ويحل محله . ولما سارت المجتمعات في طريق التقدم وزاد النشاط فيها وتعقدت الروابط الاجتماعية ظهر التشريع كأداة ضرورية للوفاء بحاجة الجماعة إلى القواعد اللازمة في هذا الشأن : وما زالت تزداد أهمية التشريع حتى احتل مكان الصدارة بين مصادر القانون في أغلب القوانين الحديثة ، بل إنه أخذ يطغى على ماعداه من مصادر إلى حد كبير .

ومع ذلك فقد بقي العرف مصدراً لاغنى عنه في هذه القوانين : فهو وإن أصبح في المرتبة الثانية بعد التشريع ، إلا أن وجوده كمصدر احتياطي يكمل ما في التشريع من نقص أمر حتمي . فقد رأينا أن النقص في التشريع لا يمكن ملافاته ، وذلك بحكم طبيعة الأشياء التي تجعل إحاطة الشارع بكل شيء أمراً متعذراً ، وبحكم التطور الذي لا يقف عند حد فيؤدي إلى خلق صور من العلاقات لم تخطر للشارع على بال .

وهذا هو شأن العرف في القانون المصري ، فضلاً عن وظائف أخرى نعرض لها فيما يلي .

١٠٦ - مركز العرف بالنسبة إلى التشريع في القانون المصري :

الوظيفة الأساسية للعرف هي تكملة النقص الموجود في التشريع : وعلى هذا النحو يأتي العرف في المرتبة الثانية بعد التشريع ، فإذا لم يجد القاضي قاعدة تشريعية يطبقها على النزاع المعروض عليه التجأ إلى العرف .

يضاف إلى ذلك أن الشارع قد يعرض لمسألة معينة ، فيستعين في القاعلة التي

يضعها بالعرف لتحقيق أغراض مختلفة ، كتنظيم هذه المسألة من أساسها ، أو تحديد بعض المعايير المرتبة في شأنها ، أو تفسير نية المتعاقدين .

كما أن الشارع قد يرى في بعض الحالات أن القاعدة العرفية أكثر ملاءمة من القاعدة التشريعية ، فيضع هذه الأخيرة ولكنه يجعل للقاعدة العرفية الأفضلية عليها إن وجدت . وهذا يثير البحث في مدى قدرة العرف على مخالفة أو إلغاء التشريع .
فهذه وظائف ثلاث للعرف نعرض لها فيما يلي ، فتكلم في العرف المكمل للتشريع ، ثم في العرف المعاون له ، ثم في العرف المخالف له .

١٠٧ - العرف المكمل للتشريع :

يأتي العرف في المرتبة الثانية بعد التشريع لإكمال ما فيه من نقص . ونقول المادة الأولى من التقنين المدني في هذا المعنى : « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف . . . » . كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا التقنين : « الواقع أن العرف هو المصدر الذي يلى التشريع في المرتبة ، فن الواجب أن يلجأ إليه القاضي مباشرة إذا افتقد النص . . . فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يقصل اتصالا مباشرا بالجماعة ، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص : ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسرى في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء (١) » .

وعلى هذا النحو يعتبر العرف في القانون المصري مصدرا رسميا تكميليا يلجأ إليه القاضي إذا أعوزته قاعدة في التشريع . وعلى الرغم من إطلاق العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية فإن العرف لا يعتبر مصدرا لقواعد القانون الجنائي ، حيث لا جريمة ولا عقوبة

إلا بنص . أما في سائر فروع القانون الأخرى فيعتبر العرف مصدرا رسميا ، وإن كان نصيبه يختلف باختلاف هذه الفروع كما سترى .

١٠٨ - العرف المعادة للتشريع :

قد يعرض الشارع لمسألة معينة ، فيستعين في القاعدة التي يضعها بالعرف لتحقيق أغراض يكون العرف بالنسبة إليها أكثر ملاءمة من التشريع أو أقدر على تحقيقها ، كما يتضح مما يأتي :

١ - فهناك حالات يترك فيها الشارع للعرف تنظيم المسألة التي يعرض لها في النص : من ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٣ مدني من أن « الفوائد التجارية التي تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى » . ففى هذا النص ترك الشارع تحديد طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجارى للعرف التجارى .
٢ - وفي حالات أخرى يستعين الشارع بالعرف في تحديد بعض المعايير المرنة التي يتخذها في القاعدة المنصوص عليها .

من ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٨ فقرة ثانية مدني من أنه « لا يقصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » . فالالتزامات التي تترتب على العقد باعتبارها من مستلزماته ، ولولم ترد فيه ، يستعين الشارع في تحديدها بالعرف .

وما تنص عليه المادة ٤٣٢ مدني من أنه « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . فتحديد ملحقات الشيء وما أعد بصفة دائمة لاستعماله يستعين الشارع فيه بالعرف .

وما تنص عليه المادة ٤٤٨ مدني من أنه « لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه » . فالبايع يلتزم نحو المشتري بضمان ما في المبيع من عيوب خفية تنقص من قيمته أو نفعه ، وذلك فيما عدا العيوب البسيطة ، وهذه يستعان في تحديدها بالعرف .

(٣) كما يستعين الشارع بالعرف في تفسير نية المتعاقدين .

من ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٠ فقرة ثانية مدني من أنه « إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النسبة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات » .

وما تنص عليه المادة ٩٥ مدني من أنه « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند علم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » .

ويلاحظ أن الإحالة في هذين النصين واردة على عادة اتفاقية لم ترق إلى مرتبة العرف الملزم ، إلا أن الشارع بهذه الإحالة الصريحة رفعها إلى مرتبة العرف ، فأصبحت كالقاعدة المسكلة يجب تطبيقها ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف حكمها (١) .

١٠٩ - مدى قررة العرف على مخالفة التشريع أو إلفاء :

رأينا أن القاعدة ، بمقتضى المادة الأولى من التقنين المدني ، أن العرف لا يطبق في مسألة معينة إلا إذا لم يوجد نص تشريعي في هذه المسألة . ومقتضى هذا أنه لا يجوز أن يخالف العرف التشريع أو يلغيه .

ويؤيد هذا فيما يتعلق بعدم جواز إلغاء العرف للتشريع ما نصت عليه المادة الثانية من التقنين المدني من أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ... » . كما تقول المذكرة الإيضاحية في هذا المعنى : « وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق » (٢) :

(١) انظر ما قلناه في هذا المعنى فيما تقدم فقرة ١٠١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ص ١٩٦ .

أما فيما يتعلق بعدم جواز مخالفة العرف للتشريع فإن الشارع قد يرى في بعض الحالات أن يضع قاعدة مكملة ، ولكنه يفضل عليها القاعدة العرفية إن وجدت .
من ذلك ما تنص عليه المادة ٤٥٦ فقرة أولى مدني من أن « يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » .
وما تنص عليه المادة ٤٥٧ فقرة أولى مدني من أنه « يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » .
وما تنص عليه المادة ٤٦٣ مدني من أنه « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » .
وما تنص عليه المادة ٤٦٤ مدني من أن « نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » .

وما تنص عليه المادة ٦٥٦ مدني في خصوص عقد المعاولة من أنه « يستحق دفع الأجرة عند تسليم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك » .
ففي مثل هذه الحالات يؤخذ بالاتفاق إن وجد ، فإن لم يوجد تطبق القاعدة العرفية إن وجدت رغم وجود القاعدة التشريعية . ويلاحظ أنه إذا كانت القاعدة العرفية يؤخذ بها في هذه الحالات رغم مخالفتها للقاعدة التشريعية ؛ فإن هذا لا يعني أنها تلغى القاعدة التشريعية ، بل يقتصر أثرها على استبعاد تطبيقها . إذ أن التشريع لا يجوز إلغاؤه إلا بتشريع مثله كما قلنا ، كما لا يجوز أن يلغى العرف التشريع لأنه أدنى منه مرتبة .

وفي غير هذه الحالات الاستثنائية التي أشارت النصوص فيها بترجيح العرف على بعض القواعد التشريعية المكملة ، لا يجوز أن ينشأ عرف يخالف التشريع .
فالقاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز أن يخالف العرف التشريع قاعدة مطلقة بالنسبة إلى القواعد التشريعية الآمرة ، ولا يرد عليها استثناء بالنسبة إلى القواعد التشريعية المكملة إلا في الحالات التي وردت في مثل النصوص التي ذكرناها .

وقد حسب البعض أن القاعدة لا تنطبق بالنسبة إلى القواعد التشريعية المكملة ،

حيث يجوز أن ينشأ عرف يخالف هذه القواعد حتى في غير الحالات المنصوص عليها :
لكن يلاحظ على هذا الرأي أنه يخالف القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة الأولى
من التقنين المدنى . فإذا وجدت في المسألة الواحدة قاعدة تشريعية وأخرى عرفية
طبقت الأولى دون الثانية :

كما حسب البعض أن القاعدة لا تنطبق في القانون التجارى بالنسبة إلى القواعد
المكاملة . لكننا نلاحظ هنا أن المقصود في نطاق هذا القانون هو العادات الاتفاقية التي لم
تبلغ بعد مرتبة العرف الملزم ، وهذه يؤخذ بها على أساس كونها شرطا ضمنيا في العقد
يستخلص الاتفاق عليه من ظروف التعاقد ، حيث يجوز الاتفاق على ما يخالف
القاعدة المكاملة .

كذلك يرى البعض أن القاعدة لا تنطبق بالنسبة إلى القواعد التشريعية الآمرة فضلا
عن القواعد المكاملة ، إذا كانت القواعد الآمرة لا تتصل بمصالح الدولة الأساسية ، ولا
مما فيما يتعلق بالعرف التجارى . وذلك استنادا إلى ما تنص عليه المادة ٢٣٢ مدنى من
أنه « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع
الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد
والعادات التجارية » . فهذا النص يميز أن يخالف العرف التجارى نصا آمرا في القانون
المدنى لا يتصل بمصالح الدولة الأساسية . ولذلك رأى فريق الاعتراف بهذه القدرة
للعرف التجارى ، ورأى فريق آخر أن هذه القدرة تثبت للعرف المدنى كذلك أسوة
بالعرف التجارى . ويؤخذ على هذا الرأي أن النص المذكور لا يورد استثناء على
القاعدة . ذلك أن الأخذ بقاعدة عرفية في القانون التجارى رغم مخالفتها لقاعدة تشريعية
آمرة في القانون المدنى لا يعنى تغليب العرف على التشريع ، إذ لكل من القاعدتين نطاقها
الذى تنطبق فيه . فالقانون المدنى ، باعتباره الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص ،
لا تنطبق قواعده في خصوص مسألة تدخل في نطاق القانون التجارى إلا إذا لم تكن
هناك قاعدة تجارية تحكم هذه المسألة . بحيث إذا وجدت قاعدة في القانون التجارى تبين
حكم هذه المسألة وجب تطبيقها ، سواء كانت قاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية ، لأن
شرط انطباق القاعدة المدنية لا يتوافر في هذه الحالة . وبذلك لا يصح أن يستخلص من

جواز تطبيق القاعدة العرفية التجارية بالرغم من مخالفتها للقاعدة التشريعية المدنية الآمرة أن العرف يمكن أن يخالف التشريع الأمر . فلا يجوز للعرف التجاري أن يخالف التشريع التجاري الأمر ، ولا يجوز للعرف المدني أن يخالف التشريع المدني الأمر . وهذا هو ماقتضى به القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة الأولى من التقنين المدني . كما يفرضه ما عرفناه من أن العرف لا يجوز أن يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب ، إذ أن المسائل التي تنظمها القواعد التشريعية الآمرة تتعلق بالنظام العام أو الآداب . ومن هذا كله نتهى إلى ما قلناه من أن العرف لا يجوز أن يلغى التشريع . كما لا يجوز أن يخالف التشريع إلا في الحالات المنصوص عليها فيما يتعلق ببعض القواعد التشريعية المكملة .

١١٠ - نصيب العرف في فروع القانون المختلفة :

رأينا أن العرف يعتبر مصدرا رسميا تكميليا يلجأ إليه القاضى إذا لم يجد قاعدة تشريعية . غير أن نصيبه في إنتاج القواعد القانونية لإكمال النقص الموجود في تشريع يختلف باختلاف فروع القانون :

١ - ففي القانون المدني نجد القواعد العرفية قليلة . ويرجع ذلك إلى وفرة القواعد التشريعية في هذا النطاق من زمن بعيد ، ومبادرة الشارع إلى التدخل لمواجهة التطورات الجديدة في المجتمع .

ومن أمثلة القواعد العرفية المدنية ما قلناه من اعتبار أثاث المنزل مملوكا للزوجة بين المسلمين ، وهو افتراض يقوم على أساس ماجرت به العادة الغالبة من قيام الزوجة المسلمة بتأثيث المنزل عند الزواج ، بحيث يجوز نقضه بالدليل العكسى .

٢ - وفي القانون التجارى يظهر أكبر دور للعرف في إنتاج القواعد القانونية في نطاق القانون الخاص . حيث تختلف طرائق التعامل باختلاف نوع التجارة ، كما قد تختلف باختلاف الجهات ، ولذلك يترك الشارع كثيرا من المسائل التفصيلية للعرف . وعلى هذا النحو لا تكفى النصوص التشريعية لمواجهة حاجات التجارة ، ويعكفل العرف بتنظيم ما لم يتناوله التشريع .

ومن أمثلة القواعد العرفية التجارية افتراض التضامن بين المدينين ، بحيث يكون قلداً في المعاملات التجارية أن يطالب أى مدين بكل الدين . وكذلك جواز تقاضى فوائد عن متجمد الفوائد ، أو تقاضى فوائد تزيد في مجموعها على رأس المال ، وذلك في بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة إلى الحساب الجارى . وكذلك جواز أن يتعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحساب شخصين مختلفين : وهذه القواعد كلها على عكس ما تقضى به قواعد القانون المدنى في شأن هذه المسائل (انظر المواد ٢٧٩ و ٢٣٢ و ١٠٨ مدنى) .

٣ — وفي القانون الدولى العام يعتبر العرف أهم مصدر لقواعد هذا القانون . وذلك نظراً إلى عدم وجود هيئة تشريعية دولية تملك سن قوانين تلزم الدول على النحو الموجود بالنسبة إلى القانون الداخلى . وقد سبق أن تكلمنا في هذا المعنى (١) .

٤ — وفي القانون الدستورى يعتبر العرف من مصادر القواعد الدستورية : ومن أمثلة القواعد العرفية الدستورية أنه في ظل دستور سنة ١٩٢٣ ثبتت للسلطة التنفيذية بمقتضى العرف الحق في إصدار لوائح الضبط ، إذ لم يكن يتضمن ذلك الدستور نصاً ينحولها هذا الحق : وقد نص الدستور الحالى على هذا الحق فأصبح قاعدة تشريعية (م ١٢٢) :

٥ — وفي القانون الإدارى يعتبر العرف من مصادر القواعد الإدارية : ومن أمثلة القواعد العرفية الإدارية ما قضت به محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة من أنه إذا كانت هناك لائحة لاتزال مشروعاً لم يقن ، ورغم ذلك التزمها الجامعة وطبقها باطراد ، فإنها تصبح قاعدة تنظيمية عامة تعتبر مخالفتها مخالفة قانونية ، ذلك أن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص في قانون أو لائحة ، بل هى تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة والتزمها واتخذتها منهاجاً لها (٢) .

٦ — أما في القانون الجنائى فلا يعتبر العرف ، كما قلنا ، مصدراً للقواعد الجنائية .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣١ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة في ٤ مايو سنة ١٩٥٠ ، الحاماة ٣١ - ٢٣٥ - ٧٢ .

(١٠ - أصول القانون)

ذلك أن من المبادئ الأساسية في قانون العقوبات تلك القاعدة التي تقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي . وتحرص الدساتير عادة على إيراد هذا المبدأ (م ٢٥ من الدستور) لاتصاله اتصالاً وثيقاً بالحرية الفردية :

غير أنه إذا كان العرف لا ينشئ جريمة ولا يحدد عقوبة فإنه ، حيث يكون هناك نص تشريعي يعاقب على جريمة معينة ، قد يعاون في تحديد معيار يجعله النص أساساً لتوافر أركان هذه الجريمة . مثل ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه « إذا كانت لائحة السيارات لم تنص على أنه يجب على سائق السيارة أن يلزم السير على يمين الطريق فإن العرف جرى على ذلك واستقر نظام المرور عليه بحيث إذا خولف هذا العرف كان حقا على المخالف أن يؤخذ بمقتضى المادة ٢٨ من لائحة السيارات التي تحظر قيادة السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور وممتلكاته » (١) .

المبحث الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

١١١ - دور الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي في مسائل المعاملات المالية :

رأينا أن الدين يعتبر مصدراً رسمياً يرجع إليه مسائل الأحوال الشخصية بعد التشريع . فحيث لا يوجد نص تشريعي في خصوص إحدى هذه المسائل يرجع إلى الدين الذي يعتبر بهذه المثابة مصدراً احتياطياً في هذه الحالة ، غير أنه يلاحظ مانوهنا به فيما تقدم من أن دور الدين في هذا المجال كمصدر احتياطي يختلف في أهميته عن الدور الذي تقوم به المصادر الاحتياطية الأخرى في مجال المعاملات المالية . ذلك أن الجزء الأكبر من مسائل الأحوال الشخصية مازال متروكاً لحكم الدين ، بينما في نطاق المعاملات المالية تقوم المصادر الاحتياطية بدور ضئيل . والدين في مجال الأحوال الشخصية هو الشريعة

(١) نقض جنائي في ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ ، الحاماة ٢٩ - ٧١٧ - ٣٦٦ .

الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين، والشرائع الدينية الأخرى بالنسبة إلى غير المسلمين. وهذا مع ملاحظة ما قلناه من أن الشريعة الإسلامية في هذا المجال هي الشريعة العامة بالنسبة إلى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين. بحيث أن اختصاص الشرائع غير الإسلامية اختصاص استثنائي مقيد، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، وذلك في الحدود التي بينها فيما تقدم.

وفضلاً عن هذا الدور الذي تقوم به الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية، فإنها تعتبر مصدراً احتياطياً في مسائل المعاملات المالية يرجع إليه بعد العرف. فقد نصت المادة الأولى من التقنين المدني في فقرتها الثانية على ما يأتي: « 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 ». وهذا تجديد استحدثه الشارع في التقنين المدني الحالي، إذ كان دور الشريعة الإسلامية من قبل كمصدر رسمي للقانون قاصراً على مسائل الأحوال الشخصية.

ولكي نتبين المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية في هذا الصدد يحسن أن نلقى ضوءاً على المراحل التي مر بها هذا النص في مشروع التقنين المدني.

فقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيدى لهذا التقنين تجعل دور الشريعة الإسلامية قاصراً على كونه مصدراً يستلهمه القاضي للاستئناس فحسب، فلا يكون عليه أن يتقيد به، كما هو الشأن بالنسبة إلى الفقه والقضاء. فبعد أن ذكرت المصادر الرسمية التي يستقى منها القاضي القاعدة القانونية، أضافت في فقرتها الثالثة ما يأتي: « ويستلهم في ذلك الأحكام التي أمرها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً وكذلك يستلهم مبادئ الشريعة الإسلامية » (١).

(١) وجاء في المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذا النص ما يأتي: « على أن المصادر المتقدمة جميعاً مصادر ملزمة بمعنى أن القاضي يلزم بتطبيق القواعد التي تستق منها وفقاً لترتيب المتقدم. وقد شفع المشروع تلك المصادر ببيان العناصر التي يستأنس بها في استخلاص هذه القواعد وتقصي مفهومها دون أن يكون لها قوة في الإلزام. فنصت الفقرة الثالثة على أن القاضي يستلهم في هذا الشأن الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية. والإشارة إلى القضاء والفقه بهذا =

وفي لجنة المراجعة أجرى تعديل في هذه المادة يجعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا ملزما ويوضع في الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة حتى يجد مجالا عند التطبيق ، فأصبحت الفقرة الثانية من هذه المادة تجرى على النحو الآتي : « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف » فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين . فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت من هذه الفقرة عبارة « الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين » ، لأن حكمها مفهوم في حدود فكرة الملاءمة ، ولم تر اللجنة محلا للإشارة إلى عدم التقييد بمذهب باعتبار أن الرجوع سيكون إلى المبادئ وهي لا تختلف باختلاف المذاهب (١) .

ويتبين من هذا أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي في نطاق المعاملات المالية يقصد به الرجوع إلى المبادئ العامة في هذه الشريعة ، وهي عبارة عن الأصول الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب . فلا يرجع إلى الحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التي تختلف في المذاهب ، بل ويختلف فيها فقهاء المذهب الواحد .

= التعميم لا تعدو أن تكون تقنيننا لما جرت عليه أحكام المحاكم المصرية منذ عهد محمد علي . فهي تستشهد بآراء المصريين والأجانب من الفقهاء والقضاة الوطنيين والأجانب على حد سواء . أما التنويه بمبادئ الشريعة الإسلامية فهو تجديد قصد به قضاء حق هذه الشريعة لا بوصفها مصدرا تاريخيا لشق من قواعد المشروع فحسب ، بل بوصفها مثالا فريدا من مثل الصياغة الفنية الرفيعة . وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد ظفرت بإمكانة بارزة في فقه القانون المقارن وسبقت أرقى التفنينات الحديثة إلى الكشف عن نظرية التمسك في استعمال الحق وغيرها من النظريات الخلقية النزعة فأحراها أن تكون مصدرا يستلهمه القضاء المصري ولا سيما أن أكثر أحكام المشروع يمكن تخريجه على أحكام الشريعة في مذاهبها المختلفة دون عناء (مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٨٩) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني ، ج ١ ، ص ٩٠ — ١٩٢ .

كما أن الأخذ بهذه المبادئ يجب أن يراعى فيه التنسيق بينها وبين المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي في مجلته، بحيث لا يجوز الأخذ بحكم في الشريعة الإسلامية يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ حتى لا يفقد القانون الوضعي ما يجب أن يتوفر له من تجانس بين أحكامه المختلفة .

الفرع الثالث

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

١١٢- عدم كفاية المصادر الرسمية وواجب القاضي في أنه يفصل في كل نزاع يعرض عليه :

هذان أمران يجب التنويه بهما في هذا المقام منذ البداية لأنهما يساعدان على معرفة حقيقة المقصود بإحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

فالمصادر الرسمية للقانون في مسائل المعاملات المالية ، تلك المصادر التي عندها الشارع في المادة الأولى من التقنين المدني ، هي كما عرفنا التشريع ، ثم العرف ، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية . وهذه المصادر قد تقصر عن تزويد القاضي بالقاعدة القانونية التي ينشدها لكي يطبقها على النزاع المعروض أمامه . وهذا القصور أمر طبيعي تفرضه طبيعة الأشياء التي تجعل إحاطة هذه المصادر بكل شيء أمرا متعذرا ، ويؤدي إليه التطور الذي من شأنه أن يخلق في حياة المجتمع صوراً ومعايير وقباً جديدة لم تكن في الحسبان .

ومن ناحية أخرى فثمة قاعدة أساسية تقضي بأنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن القضاء فيما يعرض عليه من دعاوى بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها ، فإن امتنع عد امتناعه نكولا عن أداء العدالة *déni de justice* . وهذا النكول جريمة يعاقب عليها القانون ، إذ تنص المادة ١٢٢ من قانون العقوبات على أنه « إذا امتنع أحد القضاة في غير الأحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على عشرين جنيتها مصريا . ويعد امتناعا عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب

إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر .
وإزاء ذلك القصور في المصادر الرسمية من ناحية ، وواجب القضاء الذى يقع على عاتق القاضى من ناحية أخرى ، كان حتما أن تتاح للقاضى الوسيلة للفصل في النزاع المعروض أمامه إذا أعوزته قاعدة في هذه المصادر . وتتمثل هذه الوسيلة في أن الشارع يحيل القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ولهذا نقبل فيما يلى معنى هذه المبادئ والقواعد . وفي ضوء هذا المعنى نستطيع أن نقف على حقيقة المقصود من إحالة القاضى إليها .

١١٣ - معنى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة :

مرت فكرة القانون الطبيعى في مختلف العصور بمراحل مختلفة من حيث مدلولها . فقد أريد بهذا القانون أنه قانون كامن في طبيعة الروابط الاجتماعية ، فهو قانون أزلى ككل القوانين التى تهيم على الظواهر الطبيعية ، بحيث لا يختلف بتغير الزمان والمكان ، ويستطيع الإنسان أن يصل إليه من طريق العقل .

وفي البداية كان ينظر إلى هذا القانون باعتباره قانونا شاملا يتضمن المبادئ الأساسية التى تسيطر على النظام القانونى بأكمله ، كما يتضمن القواعد التفصيلية التى تنصرع على هذه المبادئ . فوفقا لهذا النظر تكون هذه المبادئ والقواعد ثابتة لا تختلف بتغير الزمان والمكان .

وبعد ذلك ظهرت فكرة القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة : بمعنى أن هذا القانون عبارة عن المثل الأعلى الذى يهتدى به الشارع فيما ينتهى إليه من حلول وضعية قد تختلف باختلاف الزمان والمكان في ضوء حاجات المجتمع وظروفه . وبذلك أضحي القانون الطبيعى تبعا لهذا الاتجاه شاملا لمجموعة قليلة من المبادئ التى تمثل الأسس المشتركة بين جميع الأمم وفي مختلف العصور ، وشاملا كذلك للقواعد التى يضعها الشارع في ضوء هذه المبادئ مراعىا فيها ظروف الزمان والمكان .

وفي مرحلة أخيرة أصبح ينظر إلى القانون الطبيعى على أنه فحسب مجموعة

المبادئ القليلة المشتركة بين الأمم في مختلف العصور ، يهتدى بها الشارع في كل بلد ، وإن كان يصل في ضوءها إلى قواعد وضعية تراعى فيها ظروف البيئة ، ومن ثم تختلف باختلاف الزمان والمكان .

ومع هنا وجدت فكرة للعدالة إلى جانب فكرة القانون الطبيعي . فهذا القانون عبارة عن المبادئ التي تكون المثل الأعلى الذي لا يتغير ، فهي مشتركة بين جميع الأمم ، ويجب على الشارع في كل بلد وفي كل عصر أن يترسمها ويعمل على هداها . أما العدالة فهي التي تتكفل بتطبيق هذه المبادئ في حلول تراعى فيها ظروف كل حالة على حدة :

ويخلص من هذا أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تعتبر مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بالمعنى الصحيح . فهي لا تمد القاضي بقاعدة مجردة وعامة كما هو شأن التشريع أو للعرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإنما تلهمه إلى حل يطبقه على النزاع المعروض عليه إذا لم يجد قاعدة في هذه المصادر . ولهذا لم تذكرها في عداد المصادر الرسمية ، على خلاف ما ذهب إليه كثير من الفقهاء .

١١٤ - المقصود بإحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

وأينا أن المادة الأولى من التقنين المدني تقول في فقرتها الثانية : « 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 » . فهذه المادة تحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذا لم يجد نصا في التشريع ولا قاعدة في العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية .

وقد اتضح مما تقدم أن هذه المبادئ والقواعد لا تعتبر مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بالمعنى الصحيح ، وذلك على الرغم من الإحالة عليها في النص الذي يعدد مصادر هذه القاعدة . وآية ذلك ما ذكرته المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني في هذا الخصوص من أن عبارة « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » وما شاكلها من

عبارات أخرى في التقنيات الأجنبية « لا ترد القاضى إلى ضابط يقينى ، وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء » (١) :

ومن ثم فإن أحالة القاضى إلى هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد بها تكليفه بأن يجتهد برأيه للوصول إلى حل يطبقه على المسألة المعروضة أمامه . ولذلك فإن عبارة التقنين المدنى السويسرى قد تكون أكثر توفيقا في التعبير عن هذا المعنى . فقد نصت المادة الأولى منه على أن القاضى حين لا يجد نصا في التشريع أو عرفا يحكم وفق ما كان يضعه هو من قواعد لو عهد إليه بأمر التشريع :

فإذا لم يجد القاضى نصا في التشريع ولا قاعدة في العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإنه يستلهم مبادئ العدل المجرد التى تتضمنها فكرة القانون الطبيعى مراعى في ذلك الظروف والملابسات الخاصة بالحالة المعروضة أمامه . فهو ليس بصدد تقرير قاعدة مجردة وعامة تقوم على أساس العدل بمعناه القانونى ، وهو الذى يؤخذ فيه بالوضع الغالب ، وإنما يجتهد للوصول إلى حل يراعى فيه جانب العدالة التى ينظر فيها إلى ظروف كل حالة بعينها (٢) .

(١) فقد جاء في هذه المذكرة الإيضاحية تعليقا على الشق الخاص بالإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ما يأتى : « وهذا الشق لا يستحدث جديدا ، وإنما ينقل العبارة الواردة في المادة ٥٢ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة دون تغيير . ولم يشأ المشروع أن يجارى التقنين المدنى السويسرى فيأذن للقاضى بأن يطبق في هذه الحالة ما كان يضع هو من القواعد لوعده إليه بأمر التشريع (فقرة ٢ من المادة ١) بعد أن أخذ على هذه الصيغة من ناحية الشكل أنها تحول القضاء حق إنشاء الأحكام القانونية مع أن عمله ينحصر في تطبيق هذه الأحكام فحسب . ولم يشأ المشروع كذلك أن يحيل القاضى إلى المبادئ العامة في قانون الدولة (م ٣ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد) أو إلى مبادئ القانون العامة فحسب (م ١ من التقنين الصينى) بل احتفظ بعبارة القانون الطبيعى والعدالة . وإذا كانت عبارة التقنيات الحديثة تفضل هاتين العبارتين من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليهما عادة من الإبهام إلا أن الواقع أن هذه العبارات جيما لا ترد للقاضى إلى ضابط يقينى وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء . وهي تقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر من اعتبارات موضوعية عامة لا من تفكير ذاتى خاص فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة إلى القانون الطبيعى وتارة إلى العدالة وتارة إلى قانون الدولة أو إلى القانون يوجه عام دون نعت أو تخصيص » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٨) .

(٢) أنظر ما قلناه في التفرقة بين العدل والعدالة فيما تقدم فقرة ١١ .

ويجب ألا يصدر القاضي في اجتهاده هذا عن معتقداته الذاتية ، وإنما يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة تراعى فيها المبادئ التى تسود النظام القانونى بأكمله .
ومهما تواترت الأحكام فى مسألة معينة على نمط واحد استنادا إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، فإن هذا لا يؤدى إلى خلق قاعدة قانونية . ولهذا قلنا إن هذه المبادئ والقواعد لا تعتبر مصدرا رسميا بالمعنى الصحيح .

وغنى عن البيان أن استلهاهم القاضى لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة إنما يقتصر على الحالة التى لا يوجد فيها حكم فى التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا وجد حكم فى أى من هذه المصادر وجب على القاضى أن يطبقه ، حتى لو بدا له حكما ظلما تأباه العدالة : كما أن غموض نص تشريعى أو إبهامه لا يبيح للقاضى أن يعدل عنه إلى هذه المبادئ والقواعد ، بل يجب عليه أن يعمل على تجلية النص للوصول إلى الحكم الذى يقرره من طريق التفسير .

وقد استطاع القضاء المصرى فى كنف مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة أن يقوم بدور جليل فى استحداث أحكام لمواجهة أوضاع يقصر التشريع والعرف عن تنظيمها (١) . مع ذلك أنه على أساس هذه المبادئ والقواعد كفل حماية الملكية المعنوية ، وهى الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، كحق المؤلف إن كان عالما أو كاتباً فى مصنفاته العلمية أو الأدبية ، وإن كان فنانا فى مبتكراته الفنية ، وحق المخترع فى مخترعاته الصناعية ، وحق التاجر فى الاسم التجارى والعلامة التجارية ، وذلك قبل أن تصدر القوانين التى تنظم هذه الحماية (٢) . ومن ذلك أيضا أنه أخذ بفكرة التعسف فى استعمال الحق

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون فى هذا المعنى ما يأتى : « فى كنف مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادئ العامة فى القانون المصرى وأخذت ببعض أحكام الشريعة الإسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة فى تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية بل وعدت إلى استحداث أحكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند فى سوابق التشريع أو العرف » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون الملقى ، ج ١ ، ص ١٨٩) .

(٢) راجع فى هذا الخصوص كتابنا فى حق الملكية فقرة ١٩٥ .

قبل أن يصدر التقنين المدنى الحالى الذى ينص عليها فى المادة الخامسة منه ، وذلك لتقرير مسئولية الشخص عما يسببه استعماله لحقه من ضرر للغير ، كأن يبنى شخص حائطا عاليا فى ملكه لكى يحجب النور والهواء عن جاره (١) .

الفصل الثانى

المصادر التفسيرية

١١٥ - المصادر التفسيرية والرابطة الوثيقة فيما بينها :

يراد بالمصدر التفسيري المرجع الذى يساعد على تجلية ما فى القاعدة القانونية من غموض وتوضيح ما فيها من إبهام . فهو مصدر للاستثناس يسترشد به القاضى فى التعرف على حقيقة القواعد التى يستمدّها من مصادرها الرسمية دون أن تكون له قوة ملزمة .

والمصادر التفسيرية للقانون المصرى اثنان ، هى الفقه والقضاء . فالفقه هو الجانب العلمى للقانون ، حيث ينظر الفقيه إلى الروابط الاجتماعية نظرة شاملة ، فيعرض الأصول السكّلية للقواعد القانونية كي يصل فى ضوءها إلى الجزئيات ، ويراعى فى بحثه وتنقيح ألوان النشاط المستحدثة فى الحياة الاجتماعية والاتجاهات الجديدة فيأخذ بأسباب التطور . والقضاء هو الجانب العملى للقانون ؛ حيث يطبق القاضى القواعد القانونية على ما يرفع إليه من أقضية ، فيجعل من القانون مادة حية تنمو وتتطور بحيث يصطبغ بطابع العصر الذى وجد فيه .

ومن هذا كان لابد من التعاون بين الفقه والقضاء . فكل منهما يكمل الآخر . إذ يسترشد القاضى برأى الفقيه فيتهدى بما يرسمه له ، ويستفيد الفقيه من تجارب القاضى فيتجه بفقهه الوجهة التى تتفق مع مقتضيات الحياة العملية .

(١) انظر فى هذا الخصوص كتابنا فى مصادر الالتزام فقرة ١٣٥ وما بعدها .

وعلى هذا النحو فإن الفقه والقضاء هما اللذان يديران الطريق أمام الشارع ويدفعانه إلى التدخل لتعديل التشريع كي يساير التطور الجديد في المجتمع. وكثيرا ما تكون آراء الفقهاء وأحكام القضاء هي المصادر المادية التي يستمد منها الشارع ما يضغه من قواعد قانونية .

وتبين فيما يلي مركز الفقه والقضاء قديما وحديثا ، كي نخلص إلى تحديد هذا المركز في القانون المصري .

الفرع الأول

الفقه

١١٦ - تعريف . تطور الفقه :

الفقه *la doctrine* ، كمصدر للقانون ، هو مجموع الآراء التي يقول بها فقهاء القانون . فهو يقوم على استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ، مع مناقشة هذه الأحكام ليتبين ما في القانون من نقص أو عيب : ويطلق اصطلاح الفقه كذلك على مجموع الفقهاء الذين تخصصوا في البحث في القانون .

وقد تطور مركز الفقه كمصدر للقانون : فقد كان مصدرا رسميا في القوانين القديمة ، ثم أصبح مصدرا تفسيريا في معظم القوانين الحديثة . ولذلك نعرض لهاتين الناحيتين :

١١٧ - الفقه مصدر رسمي في القوانين القديمة :

ساهم الفقه في تكوين القانون الروماني ، حيث مر بأدوار ثلاثة : ففي الدور الأول كان علم القانون حكرا لرجال الدين ، فهم الذين يقدمون للأفراد صيغ الدعاوى والتصرفات ، وفي الدور الثاني أخذ الناس يتعلمون القانون بطرق عملية من طريق استفتاءات يوجهونها إلى رجال القانون ، وأصبحت هذه الفتاوى تؤدي علنا بدون

أجر ، إذ كان يدرسها رجال من وجوه القوم الأثرياء ولا يبتغون من وراء اشتغالهم بالفقه سوى الوصول إلى المناصب الكبيرة في الدولة . وفي الدور الثالث سلك الفقه الروماني طريقه العلمي ، فدونت المؤلفات القانونية إلى جانب الفتاوى العملية ، واعتبر الفقه مصدرا رسميا للقانون الروماني ، حيث أصبح لآراء بعض الفقهاء قوة القانون .

كذلك ساهم الفقه في تكوين الشريعة الإسلامية ، حيث مر بجهود ثلاثة : العهد الأول هو عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، إذ كان الدين حينذاك هو المرجع الوحيد للشريعة الإسلامية ، ومن ثم كان للشريعة مصدران هما الكتاب والسنة ، فلم يكن للفقه مجال والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحي ويتلقى عنه المسلمون أمور دينهم ودنياهم .

والعهد الثاني هو الذي يبدأ بالخلفاء الراشدين حتى ظهور أئمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه في الكتب ، حيث وضع الفقهاء أسس الفقه الإسلامي ، وانقسموا في ذلك إلى مدرستين هما أهل الحديث وأهل الرأي . فأهل الحديث لا يكادون يفتون إلا به ولا يخرجون على آثار السلف الصالح إلا بالقدر الذي تحتمه الضرورة . وأهل الرأي يميلون إلى الاجتهاد والرأي ، فيحكمون العقل ويحددون حتى تتمشى الشريعة مع المذنيات المختلفة والتطورات الجديدة . وقد أخذت هاتان المدرستان في التقارب إلى حد كبير ، وبفضلها أصبح للفقه نصيب وافر في تكوين الشريعة الإسلامية . فقد كان للشريعة في عهد الرسول مصدران هما الكتاب والسنة ، ثم زادهما الفقه في العهد الثاني مصدرين آخرين هما الإجماع والقياس ، وهما المصدران اللذان يضيفان على الشريعة الإسلامية مرونتها ومسايرتها للتطور . وقد بدا الإجماع مقصورا على صحابة الرسول ، ثم امتد إلى التابعين فتابعيهم ، حتى صار أخيرا إجماع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور . فإذا أجمع هؤلاء على حكم كانت له قوة القانون ، ولا خلاف في هذا بين المدرستين . أما القياس فيراد به في هذا المقام الرأي والاجتهاد ، وقد اختلفت المدرستان في الأخذ به إلى حد كبير ، فأهل الرأي يكثر

من القياس والتفريع والاستنباط ويفرضون الفروض المختلفة ، وأهل الحديث لا يلجأون إلى القياس إلا نادرا ولا يفرضون من الفروض إلا ما وقع .
والعهد الثالث هو الذى يبدأ من وقت تدوين الفقه حتى اليوم . وقد كان للفقه فى أول هذا العهد النصيب الأوفى فى تكوين الشريعة الإسلامية ، حيث ظهرت مذاهب كثيرة أهمها المذاهب الأربعة المعروفة . وأتمتها أبو حنيفة ومالك والشافعى وأحمد ابن حنبل : ويرجع إلى هؤلاء الأئمة وتلاميذهم فضل تسجيل فقه من تقدمهم على أسس منطقية ، بحيث يمكن أن يستخلص منه ما استقر عليه الرأى فى الفقه والقضاء فيتعين الأخذ به باعتباره إجماعا . وبالإضافة إلى ذلك فقد قاموا بأعمال إنشائية فى الفقه ، فوضعوا التعريفات التفصيلية ، ورأوا استلزام قواعد العدالة والمصلحة العامة باسم الاستحسان عند أبى حنيفة والمصالح المرسلة عند مالك ، ووضعوا مبادئ علم أصول الفقه . والواقع من الأمر أن هذه المذاهب لا تعتبر فى حقيقتها مدارس مختلفة فى الفقه ، فقد كانت متفقة إلى حد كبير فى المبادئ الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف بينها فى بعض الفروع التفصيلية . ومراعاة لهذا الاعتبار رأينا أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطى للقانون المصرى فى نطاق المعاملات المالية إنما يراد به الرجوع إلى المبادئ العامة التى لا تختلف باختلاف المذاهب دون الاعتداد بالحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التى تختلف فيها المذاهب بل ويختلف فيها فقهاء المذهب الواحد (١) .
وعلى هذا النحو كان الفقه فى أول ذلك العهد مصدرا رسميا للشريعة الإسلامية ، وكانت حركة الاجتهاد على أشدها مما جعل القياس مصدرا يعتد به إلى جانب المصادر الثلاثة الأخرى . وبعد ذلك أقفل باب الاجتهاد ، فوقف الفقه عند الحدود التى كانت له حينذاك .

١١٨ - الفقه مصدر تفسيري في القوانين الحديثة :

لم يعد للفقه في القوانين الحديثة ما كان له من قوة القانون في القوانين القديمة : فهو الآن مصدر تفسيري للقانون ، بمعنى أن القاضي يرجع إليه للاستئناس فحسب ، فلا يتقيد برأى فقيه مهما ارتفعت مكانته العلمية ، ولا حتى برأى انعقد عليه إجماع الفقهاء .

على أنه إذا كانت آراء الفقهاء مجردة من القوة الملزمة ، فإن لها دورا لا يمكن إنكاره أو الانتقاص من قيمته ، سواء في إرشاد القاضي أو في التحضير للعمل الذي يقوم به الشارع . فهي توجه القاضي بشرحها لأحكام القانون وتفسيرها ، وتقدم مادة قيمة إلى الشارع يستطيع بواسطتها أن يتبين ما في القانون من نقص أو عيب .

١١٩ - الفقه مصدر تفسيري في القانون المصري :

شأن الفقه في القانون المصري هو شأنه في القوانين الحديثة . فدوره يقتصر على كونه مصدرا تفسيريا يستأنس به القاضي في استخلاص القواعد القانونية وتقصى مفهومها أن تكون له قوة الإلزام (١) . ولذلك لم يذكره الشارع في عداد المصادر الرسمية التي نصت عليها المادة الأولى من التقنين المدني .

على أنه وفقا لما قلناه في خصوص القوانين الحديثة يقوم الفقه المصري بدور له وزنه : فلا شك في أن القاضي في مصر يتأثر برأى ذهب إليه جمهور الفقهاء أو انعقد

(١) وقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيدى للتقنين المدني تتضمن فقرة ثالثة تنص في هذا المعنى على أن القاضي يستلهم « الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيا » . وجاء في المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذه الفقرة أنها تتضمن العناصر التي يستأنس بها القاضي في استخلاص القواعد وتقصى مفهومها دون أن تكون لها قوة الإلزام . ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة لأن في القواعد العامة ما يفنى حكمها (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٨٣ و ١٨٩ و ١٩٠ و ١٩٢) .

عليه إجماعهم ، وقد يصل في ذلك إلى حد الإشارة إليه في حكمه . بل إنه يستعين كذلك بالفقه الأجنبي في القوانين التي استمد منها الشارع القاعدة القانونية ، كالفقه الفرنسي . هذا إلى أن الفقه يشترك مع القضاء في توجيه الشارع بإظهاره مافى القانون من نقص أو عيب ، فهو يعتبر من المصادر المادية التي يستقى منها الشارع أحكام القواعد القانونية .

ويلاحظ أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي في مسائل الأحوال الشخصية عند عدم وجود تشريع ، أو في مسائل المعاملات المالية عند عدم وجود تشريع أو عرف ، يتضمن الرجوع إلى الفقه الإسلامي . غير أن الرجوع إلى هذا الفقه إنما يعنى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبار هذا الفقه جزءا منها . وهذا مع ملاحظة أن الفقه الإسلامي الذي نعنيه هنا هو الفقه الذي وقف عند حد قفل باب الاجتهاد . أما فقهاء الشريعة المعاصرون فجميعهم مقلدون ، وإن كان لهم فضل كبير في كتابة بعض موضوعات الفقه الإسلامي في أسلوب عصري يسهل فهمه .

الفرع الثاني

القضاء

١١٩ - تعريف · تطور مركز القضاء :

القضاء La jurisprudence ، كمصدر للقانون ، هو مجموع الأحكام التي تصدرها المحاكم . فهو يقوم على تطبيق الأحكام القانونية على الأقضية التي ترفع إلى المحاكم للفصل فيها . ويطلق اصطلاح القضاء كذلك على السلطة القضائية ، أى المحاكم التي تتولى الفصل فيما يرفع إليها من أقضية .

وقد تطور مركز القضاء كمصدر للقانون . فقد كان مصدرا رسميا في القوانين القديمة ، وما زال كذلك في بعض القوانين حتى اليوم ، ولكنه أصبح مصدرا تفسيريا في أغلب القوانين الحديثة . ولذلك نعرض لهاتين الناحيتين .

١٢٠ - القضاء مصدر رسمي في القوانين القديمة :

قام القضاء بدور كبير في إنشاء قواعد القانون الروماني ، فكان بذلك مصدرا رسميا لهذا القانون : وقد بدأ ذلك منذ أن تولى « البريتور » الروماني شئون القضاء . وكانت الوسيلة إلى ذلك « المنشورات القضائية » . إذ كان البريتور يتولى القضاء سنة واحدة ، وعند ولايته القضاء يعلن للناس منشورا يضمنه القواعد القانونية التي اعتزم اتباعها في قضائه ، وكثير من هذه القواعد كانت تدخل تعديلات على القانون الروماني بما يتفق مع مقتضيات العدالة . وكان كل بريتور يستبقى من منشورات سلفه ما أظهر العمل صلاحيته للتطبيق ويزيد عليه ما يرى إضافته ، حتى تكون من هذا كله ما سمي « المنشور الدائم » . وقد بقي هذا المنشور إلى عهد الامبراطورية ، ثم جمع جميعا رسميا عرف باسم « القانون البزيتوري » . ومن ثم فقد كان هذا القانون من صنع القضاء ، إذ بقي منفصلا عن القانون المدني ، ثم أصبح في عهد جوستنيان جزءا من القانون الروماني : وفي الشريعة الإسلامية مر القضاء بعهود ثلاثة كذلك التي رأيناها في خصوص الفقه : العهد الأول هو عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، حيث كان للشريعة مصدرا هما الكتاب والسنة ، فلم يكن القضاء مصدرا رسميا حينذاك : وقد كان النبي أول قاض في الإسلام ، وكان قضاؤه ملزما باعتباره سنة ، فهو في هذا النطاق شارع يبين القاعدة القانونية الواجبة للتطبيق .

والعهد الثاني هو الذي يبدأ بالخلفاء الراشدين حتى ظهور أئمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه في الكتب . حيث كان للقضاء أثره في تكوين الشريعة الإسلامية ، إذ كان هو والفقه يمتزجان ، فكان القاضي فقيها والفقيه قاضيا ، ومن ثم لم يكن من اليسير تمييز القضاء عن الفقه في ذلك العهد . وعلى هذا النحو كان أكثر القضاة مجتهدين ، وكانوا يستعينون في قضائهم بالفقهاء ، كما كان القاضي يأخذ بقضاء سلفه ، وكان الفقهاء يأخذون عن القضاة فتاواهم .

والعهد الثالث هو الذي يبدأ من وقت تدوين الفقه حتى اليوم . وفي أول هذا العهد قل شأن القضاء وارتفع شأن الفقه ارتفاعا عظيما وفق ما ذكرناه عند الكلام في الفقه .

وبذلك تركزت حركة الاجتهاد في الفقيه ، فلم يعد للقضاء دور في تكوين الشريعة الإسلامية . وقد رأينا أن باب الاجتهاد أقفل بعد ذلك ، فوقف الفقه عند الحدود التي كانت له في أول ذلك العهد .

وفي القانون الانجليزي يظهر أكبر دور للقضاء في تكوين القانون . فهذا القانون له مصدران هما العرف والقضاء . بل إن القضاء ، حيث توجد العادات ، هو الذي جمع شتات هذه العادات القديمة وصاغها قانونا قابلا للتطبيق . ففي أول مراحل هذا القانون أقام القضاء مبادئ القانون الانجليزي المعروف باسم القانون العام Common Law على أساس العادات القديمة . ثم أنشئ فريق آخر من المحاكم تطبق قواعد العدالة في أحكامها للتخفيف من شدة القانون العام وشكلياته ، فخلقت بذلك « قانون العدالة » ، وهو كله من صنع هذه المحاكم . وفي أواخر القرن التاسع عشر أدمج هذان الفريقان من المحاكم ، وصار القضاء يطبق قانونا واحدا يشمل القانون العام وقانون العدالة ، وبذلك تم توحيد القانون الانجليزي الذي يعتبر من صنع القضاء .

١٢١ - القضاء مصدر رسمي في القوانين الانجلوسكسونية :

ما زال القضاء في الوقت الحاضر من أهم المصادر الرسمية في القانون الانجليزي وغيره من القوانين الانجلوسكسونية . كما هي الحال في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والهند وأستراليا وجنوب أفريقيا .

ففي انجلترا تأخذ المحاكم بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما . حيث يوجد على رأس هذه المحاكم مجلس اللوردات وهو الهيئة القضائية العليا ، ثم محاكم الاستئناف ثم محاكم أول درجة ، ثم المحاكم الدنيا . وتقضى القاعدة بأن يكون قضاء مجلس اللوردات ملزما لسائر المحاكم الانجليزية بما فيها مجلس اللوردات ذاته ، بمعنى أن يعتبر هذا القضاء قانونا يجب تطبيقه في القضايا المماثلة ، فلا يجوز العدول عنه إلا بسن قانون . ويكون قضاء محكمة الاستئناف ملزما لها وللمحاكم الأقل منها درجة باعتباره قانونا كذلك يجب تطبيقه في القضايا المماثلة ؛ وكذلك أحكام المحاكم الابتدائية بالنسبة إليها وإلى المحاكم الدنيا . أما أحكام المحاكم الدنيا فلا تكون ملزمة .

١٢٢ - القضاء مصدر تفسيري في أغلب القوانين الحديثة :

أصبح القضاء مصدرا تفسيريا في أغلب القوانين الحديثة ، وهى القوانين التى تغلب عليها النزعة الرومانية. كما هى الحال فى البلاد اللاتينية ، كفرنسا وبلجيكا وإيطاليا ، وكما هى الحال فى البلاد الجرمانية ، كألمانيا والنمسا وهولاندا وسويسرا .

فالقضاء فى هذه القوانين شأنه شأن الفقه ، كلاهما يعتبر مصدرا تفسيريا يرجع إليه للاستئناس فحسب . فلا تلزم المحاكم بما سبق أن أصدرته من أحكام ، ولا بما أصدرته المحاكم الأخرى ولو كانت أعلى منها درجة ؛

وقد ذهب رأى يقول به بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية. وذلك فى الحالات التى لا يجد فيها القاضى قاعدة فى المصادر الأخرى ، حيث تضطر المحاكم حتى لا تنكل عن أداء العدالة إلى الاجتهاد للوصول إلى حل يطبق على النزاع ، ثم تتواتر الأحكام وتستقر على الأخذ بهذا الحل فى الحالات المماثلة ، فتوجد بذلك القاعدة القانونية . ويساعد على هذا الاستقرار وجود محكمة النقض رقية على أحكام المحاكم ، بحيث يصبح ما تقره فى هذا الشأن قاعدة تتوحد على أساسها هذه الأحكام .

ويؤخذ على هذا رأى أنه يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات : ذلك أن وظيفة المحاكم تقتصر على تطبيق القواعد القانونية ، أما إنشاء هذه القواعد فأمره موكول إلى سلطات أو مصادر أخرى غير السلطة القضائية . وفضلا عن ذلك فإن ما تستقر عليه المحاكم فى أمر لم ترد فى شأنه قاعدة فى المصادر الرسمية لا يعتبر ملزما من الناحية القانونية ؛ بحيث تستطيع أية محكمة أن تقضى بما يخالفه ولو كانت أقل المحاكم درجة . وإذا كانت المحاكم تأخذ نفسها بالمبادئ التى استقر عليها القضاء ، ولا سيما ما أقرته محكمة النقض من هذه المبادئ ، فإن ذلك مرده إلى ما لهذا القضاء من قيمة أدبية . حيث تبقى المحاكم على هذا القضاء إما اقتناعا به ، وإما خشية من أن ينقض حكمها من المحكمة العليا إذا هى خالفته . لكن يبقى مع ذلك لمحكمة النقض أن تعدل عن قضائها السابق ، كما يكون لأية محكمة أخرى أقل درجة منها أن تخرج على هذا القضاء ، وقد يؤدى ذلك إلى تغيير اتجاه

القضاء عما كان عليه من قبل . هذا إلى أنه مهما توفر لأحكام القضاء من قيمة أدبية تحمل المحاكم من الناحية العملية على الأخذ بها في الحالات الماثلة ، فليس من شأن هذه الأحكام أن تخلق قاعدة مجردة وعامة بالمعنى القانوني الصحيح . حيث لا تتوفر لها قوة الإلزام إلا في الحالات الخاصة التي صدرت في شأنها .

ولهذا كان الرأي السائد أنه في غير القوانين الانجلوسكسونية التي تأخذ بنظام السوابق القضائية فتجعل لها قوة القانون يعتبر القضاء مصدرا تفسيرا كالفقه سواء بسوء .

١٢٣ - القضاء مصدر تفسيري في القانون المصري :

انعقد الاجماع في ضوء ما ذكرناه الآن على أن القضاء في القانون المصري مصدر تفسيري ، كما هي الحال في أغلب القوانين الحديثة : فلمحاكم أن تستأنس به ، فتأخذ به أو تدعه (١) . ولذلك لم يذكره الشارع في عداد المصادر الرسمية التي نصت عليها المادة الأولى من التقنين المدني .

وهناك حالة خاصة يتعين فيها على محكمة الموضوع أن تنقيد بقضاء محكمة النقض . فإذا كان الحكم قد نقض خطأ في تطبيق القانون ، فإن محكمة النقض تحيل القضية إلى محكمة أخرى للحكم فيها من جديد ، وفي هذه الحالة يتحتم على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة (م ٢٣ / ٢ من القانون رقم ٥٧ سنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض) . ويلاحظ هنا أن حكم محكمة النقض لا يكون ملزما إلا في هذه القضية بالذات دون غيرها . فيجوز لأية محكمة أن تخالف هذا الحكم في أية قضية أخرى مماثلة . وإذا كان القضاء يعتبر في القانون المصري مجرد مصدر تفسيري ، فإن له أثره الواضح سواء في إرشاد القاضي أو في إنارة الطريق أمام الفقيه أو في التحضير للعمل

(١) وقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيلي للتقنين المدني تتضمن فقرة ثالثة في هذا المعنى

ولكنها حذفت لأن في القواعد العامة ما يغني عن حكمها (أنظر تفصيلا لذلك فيما تقدم فقرة ١١٨ في الهامش) .

الذى يقوم به الشارع : حيث يهتدى به القاضى فى القضايا المماثلة ولا سيما إذا كان قضاء مستقرا ، ويزود الفقيه بمادة حية يغذيها التطبيق العملى ، ويضع تحت نظر الشارع ما أظهره التطبيق العملى فى القانون من قصور أو عيب . وتعتبر أحكام القضاء المصرى من المصادر التاريخية للتقنيات الحالية التى عمل بها من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فقد حرص الشارع فى هذه التقنيات على الافادة من تجارب القضاء المصرى طوال سبعين عاما كان يفسر فيها نصوص القانون القديم ويطبقها ويلمس نواحي القصور فيها ، فاستقى فريقا غير قليل من القواعد القانونية من المادة التى جاءت ثمرة لاجتهاد القضاء .

١٢٤ - وظيفة محكمة النقض وأثرها فى ترميم أحكام القضاء :

يحسن أن نشير فى ختام هذا الموضوع إلى وظيفة محكمة النقض ، نظرا إلى ما لها من أثر فعال فى إرساء المبادئ التى تستقر عليها أحكام القضاء .

فقد قلنا فيما تقدم أن الادعاء بحق أمام القضاء يقتضى النظر فى أمرين : الأول هو وقائع الدعوى ، وهذه مسائل موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع وفقا لما ثبت لديه ، فلا يخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض . والثانى هو القانون الذى يطبق على ما ثبت لدى القاضى من وقائع ، وهذا التطبيق يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض (١) .

ويتضح من هذا أن وظيفة محكمة النقض تنحصر فى مراقبة صحة تطبيق القانون ، فهى لا تتعرض لوقائع الدعوى فتبحث فيما إذا كانت ثابتة أم غير ثابتة ، بل تسلم بهذه الوقائع كما أثبتها قاضى الموضوع ، وتقتصر مهمتها على النظر فيما إذا كان هذا القاضى قد طبق القانون على تلك الوقائع تطبيقا صحيحا : فإذا رفع إليها طعن فى حكم ، ورأت أن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا على وقائع النزاع ، رفضت الطعن . وإذا تبين لها أن هناك خطأ فى تطبيق القانون قبلت الطعن ونقضت الحكم ، وأحالت الدعوى

(١) أنظر ما ذكرناه من أمثلة الواقع والقانون فيما تقدم فقرة ١٠٣ .

إلى محكمة أخرى للحكم فيها من جديد على النحو الذى تقدم ذكره . إذ أنها ليست درجة ثالثة من درجات التقاضى ، فليس لها أن تفصل فى وقائع النزاع .

وبمقتضى هذه السلطة فى مراقبة صحة تطبيق القانون تستطيع محكمة النقض أن توحد أحكام القضاء فى تفسير القانون وتطبيقه . إذ أن القيمة الأدبية لما يصدر عن محكمة النقض من أحكام باعتبارها المحكمة العليا ، وخشية القضاة من أن تنقض أحكامهم إذا خالفوها ، تجعلهم من الناحية العملية يتقيدون بما قرره : فينشأ من ذلك ما يسمى بأحكام المبادئ *décisions de principes* ، ويراد بها أحكام القضاء التى تقرر مبادئ قانونية فى خصوص مسائل لم ترد فى شأنها قاعدة قانونية أو كان حكم القانون فيها محل خلاف أو شك ، بحيث يستقر عليها القضاء وتصبح معبرة عن الاتجاه السائد فيه : وأحكام المبادئ هذه هى التى تقصد أساساً من اعتبار القضاء مصدراً تفسيرياً للقانون ، أو مصدراً مادياً له . وإن كافى ليس من شأنها أن تخلق قواعد قانونية مجردة وعامة كما سبق أن فصلنا .

الباب الرابع

تطبيق القاعدة القانونية

١٢٥ - السلطة القائمة على تطبيق القانون :

إذا وجدت القاعدة القانونية ، من أى مصدر كانت ، وأصبحت نافذة ، صارت واجبة التطبيق : فيجب على الأشخاص المخاطبين بحكمها أن يوجهوا سلوكهم على مقتضاها. فإذا وقع منهم ما يخالف حكمها أو ثار بينهم نزاع فى مضمون هذا الحكم تولت السلطة المختصة تطبيقها :

والسلطة المختصة بتطبيق القانون هى السلطة القضائية ممثلة فى المحاكم . ونظرا إلى خطورة الدور الذى تقوم به هذه السلطة للفصل فى الأفضية التى ترفع إليها تعنى اللساتير عادة بتقرير القواعد التى تكفل استقلالها فى أداء وظيفتها بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة ، فلا يكون ثمة سلطان عليهم فى ذلك إلا للقانون وضماؤهم . وقد نصت المادة ١٥٢ من الدستور فى هذا المعنى على أن «القضاة مستقلون ، لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة » . كما نصت المادة ١٥٦ من الدستور على أن «القضاة غير قابلين للعزل ، وذلك على الوجه المبين فى القانون » .

وقد رأينا أن هناك جهتين للقضاء فى مصر (١) . الأولى جهة القضاء العادى ، وتختص بالفصل فى المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية والمواد الجنائية . وهى الجهة صاحبة الولاية العامة ، بمعنى أنها تختص بالنظر فى جميع المسائل والمنازعات

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٥ .

إلا ما يخرج من اختصاصها بنص خاص . والثانية جهة القضاء الإدارى فى مجلس الدولة ، وتختص بالفصل فى المواد الإدارية . وللايتها ولاية خاصة ، بمعنى أنها تقتصر على النظر فيما يدخل فى اختصاصها بمقتضى نص خاص :

١٢٦ - نطاق تطبيق القانون وتفسيره تقسيم :

إذا وقعت مخالفة لحكم من أحكام القانون أو ثار نزاع فى خصوص مضمون هذا الحكم ، فإن تطبيق القانون فى هذه الحالة أو تلك يقتضى تحديد النطاق الذى تنطبق فيه القاعدة القانونية ، كما يقتضى الوقوف على حقيقة مضمون هذه القاعدة من طريق التفسير .

ومن هذا نقسم كلامنا فى تطبيق القاعدة القانونية إلى فصلين : الأول فى نطاق تطبيق القانون . والثانى فى تفسير القانون .

الفصل الأول

نطاق تطبيق القانون

١٢٧ - التروامى المختلفة فى تحديد نطاق تطبيق القانون :

يتحدد نطاق تطبيق القاعدة القانونية من النواحي الآتية :

فأولا يتحدد هذا النطاق من حيث الأشخاص المخاطبين بحكم القاعدة القانونية . وذلك لمعرفة ما إذا كانت القاعدة تسرى فى حق هؤلاء جميعا ، أم أن بعضها منهم قد لا تسرى فى حقهم إذا كان مجهلها .

وثانياً يتحدد هذا النطاق من حيث المكان . وذلك لتبين الحالات القانونية التى يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين الدول الأخرى . وثالثاً يتحدد هذا النطاق من حيث الزمان . وذلك لتحديد الزمن الذى تسرى فيه

القاعدة القانونية ، وبيان الحل الذى يتبع فى حالة التنازع الناشئ عن استبدال بعض القواعد القانونية بغيرها .

وستتناول هذه الموضوعات على التوالى .

الفرع الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه

١٢٨ - مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

متى وجدت القاعدة القانونية وأصبحت نافذة فإنها تسرى على جميع الأشخاص المخاطبين بها ، سواء منهم من علم بها ومن جهلها . إذ من المبادئ المسلمة أن أحداً لا يعذر بجهله القانون *Nul n'est censé ignorer la loi* : فلا يقبل من أحد أن يدعى بجهله قاعدة قانونية معينة لكي يحول دون تطبيقها عليه حين يكون هذا التطبيق واجباً .

ولسنا هنا بصدد قرينة على علم الناس بالقانون كما يقول البعض ، إذ أن القرينة يجوز دحضها بالدليل العكسى ، مع أنه لا يجوز لأحد أن يثبت جهله بالقانون . فالحقيقة أننا بصدد مبدأ أو قاعدة موضوعية لا سبيل إلى مناقشتها كما هو الشأن فى كل قاعدة قانونية تتوفر الشروط اللازمة لتطبيقها .

ومن الواضح أن هذا المبدأ لا يتفق مع الحقيقة الواقعة بصورة كاملة ، إذ لا يعقل أن يكون الناس جميعاً على علم بالقانون لا بجهله فريق منهم : إلا أنه يستند مع ذلك إلى اعتبارات تملئها العدالة ويوجبها الصالح العام للمجتمع بأسره . فالعدالة بين الناس تقتضى المساواة بينهم فى المعاملة ، فلا يقتصر تطبيق القانون على فريق منهم بينما يعفى الفريق الآخر من تطبيقه بدعوى الجهل به ، بل يكونون بمنزلة سواء فيخضعون جميعاً لأحكام القانون : وهذه المساواة بين الناس أمام القانون ضرورة يحتمها نظام المجتمع . فلو أبيع للأشخاص أن يدعوا الجهل بقاعدة قانونية كي يعفوا من الخضوع لها لترتب

على ذلك أن يلجأ إلى هذا الادعاء كل من تقتضى مصلحته عدم تطبيق القاعدة عليه ، مما يؤدي إلى عدم تطبيق القانون في كثير من الحالات ، فتسود الفوضى ويعجز القانون عن أداء وظيفته الأساسية وهي إقامة النظام وكفالة الاستقرار في المجتمع .

١٢٩ - سريانه المبدأ بالنسبة إلى كل القواعد القانونية :

يسرى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بالنسبة إلى كل القواعد القانونية- أيا كان مصدرها ، وبصرف النظر عن مدى سلطان إرادة الأفراد لإزاءها .

فهذا المبدأ يسرى بالنسبة إلى كل القواعد القانونية سواء كان مصدرها التشريع أو الدين أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية .

كذلك يسرى هذا المبدأ بالنسبة إلى القواعد الآمرة والقواعد المكملّة على السواء . وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى قصر الأخذ بهذا المبدأ على القواعد الآمرة دون القواعد المكملّة . بل إن منهم من يقصر الأخذ به على بعض القواعد الآمرة كالقوانين الجنائية على وجه الخصوص . فوفقا لهذا النظر يجوز الاعتذار بجهل القواعد المكملّة وكذلك القواعد الآمرة غير الجنائية :

وتلك تفرقة تأبأها طبيعة القواعد القانونية باعتبارها قواعد ملزمة يجب تطبيقها إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك ، حيث لا فارق في هذا الإلزام بين القواعد الآمرة بعضها والبعض الآخر ، ولا بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة .

كما أنها تفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة تؤدي إلى خلق فراغ وضعت من أجله هذه القواعد الأخيرة . ذلك أن هدف الشارع من إيراد القواعد المكملّة هو وضع نموذج للتعاقد ينطبق إذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى تنظيم يخالفه . فهي لا تمثل الإرادة المفترضة للمتعاقدين عند سكوتها عن الأخذ بتنظيم يخالف حكمها حتى يمكن أن يقال إن هذا السكوت يفترض معه العلم بها ، بل إنها تمثل إرادة الشارع ، ولهذا رأينا أنها تنطبق في حالة سكوت المتعاقدين ولو كانا يجهلناها (١) . ولو أننا أجزنة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٩ .

الإعفاء من تطبيقها عند الجهل بها لأدى ذلك إلى قصور هذه القواعد عن تأدية الوظيفة التي وضعت من أجلها .

وفضلا عن هذا فليس هنالك من القواعد القانونية ما يتعارض مع الأخذ بذلك المبدأ على إطلاقه . حيث يبدو أن الذى دفع هذا الفريق إلى القول بهذه التفرقة هو الإعتقاد بأن جواز طلب إبطال العقد لغلط فى القانون يتعارض مع المبدأ ، وهو اعتقاد غير صحيح ، ولذلك نعرض له فى الفقرة التالية .

١٣٠ - الغلط فى القانون ليس استثناء من المبدأ :

الغلط وهم يقوم فى ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التعاقد . وهو عيب فى الإرادة يجوز لمن وقع فيه أن يطلب إبطال العقد إذا توافرت شروط معينة أهمها أن يكون الغلط جوهريا بأن يبلغ فى تقدير المتعاقد حدا من الجسامة لو تكشف له لا تمتنع عن إبرام العقد . ويكون له هذا الأثر سواء كان غلطا فى الواقع أو غلطا فى القانون . وقد نصت المادة ١٢٢ مدنى فى هذا المعنى على أنه « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . ومثل الغلط فى الواقع أن يشتري شخص آنية يعتقد أنها من فضة خالصة ، ثم يتبين أنها من نحاس مطلى بالفضة . ومثل الغلط فى القانون أن يبيع وارث حصته فى التركة وهو يحسب أنه يرث ثمن التركة ، ثم يتضح له أنه يرث الربع . فهذا غلط فى القاعدة القانونية التى تحدد نصيب الوارث فى التركة ، وهو يتناول قيمة الشيء محل الالتزام ؛ فيجوز للوارث أن يطلب إبطال البيع .

ولأن هذا الغلط فى القانون ينطوى فى حقيقته على جهل بالقاعدة القانونية ، فإن الاستناد إليه فى طلب إبطال العقد يعتبر استنادا إلى الجهل بالقانون . وقد أدى هذا بفريق كبير من الفقهاء إلى الظن بأن جواز طلب إبطال العقد فى هذه الحالة يتعارض مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . فذهبوا إلى أن هذا المبدأ لا ينطبق إلا بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة نظرا إلى تعلقها بالنظام العام ؛ ومن ثم فإن هذه القواعد

لا يجوز طلب الإبطال لغلط فيها . أما القواعد المكتملة فلا ينطبق المبدأ في شأنها لأنها لا تتعلق بالنظام العام ، وبالتالي يجوز طلب الإبطال لغلط فيها . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى تأييدا لهذا الظن ما يأتى : « قصد المشروع من نص المادة ١٦٩ (المقابلة للمادة ١٢٢ مدنى) إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط فى القانون ، فكثيرا ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبى استنادا إلى قاعدة اقتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية » (١) .

وهذا الرغم غير صحيح ، إذ لا تعارض بين الأمرين . ذلك أن المبدأ يراد به أن أحدا لا يستطيع أن يحتج بجهله قاعدة قانونية معينة كي يستبعد تطبيقها عليه . وليس فى ذلك ما يتعارض مع أن يكون للمتعاقد الحق فى طلب إبطال العقد لغلط . قاعدة قانونية معينة مادام أن هذا الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد : فإبطال العقد لا يعنى استبعاد تطبيق قاعدة قانونية ، ولا الهروب من حكم هذه القاعدة . ففى المثل الذى ذكرناه نجد أن الوارث الذى يطلب الإبطال لا يريد استبعاد تطبيق قاعدة الميراث التى تقضى بأن يرث ربع التركة ، بل إنه على العكس من ذلك يريد أن تكون هذه القاعدة محل اعتبار ، حيث يطلب إبطال العقد الذى تم على أساس لا يتفق مع حكمها (٢) .

ومادام أن هذا التعارض المزعوم غير صحيح ، فليس هناك ما يدعوى إلى قصر المبدأ على بعض القواعد القانونية دون البعض الآخر ، بل يجرى على إطلاقه بالنسبة إلى جميع القواعد كما قلنا .

(١) مجموعة الأعمال التشريعية لقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ١٥٩ .

(٢) انظر فى هذا المعنى كتابنا فى مصادر الالتزام فقرة ١٦٥ .

١٣١ - استثناء من المبدأ :

يخلص مما تقدم أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مبدأ عام يصدق بالنسبة إلى كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، وسواء كانت أمرة أو مكملة ، وأن جواز طلب إبطال العقد لغلط في القانون لا يتعارض مع هذا المبدأ .

غير أن ثمة حالة استثنائية وحيدة يجوز فيها الاعتذار بجهل القانون . وذلك عندما تقوم قوة قاهرة تؤدي إلى عزل جزء من إقليم الدولة عزلا تاما بحيث يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية إلى هذا الجزء ، وهي الجريدة التي تنشر فيها التشريعات . كما لو حدث هذا العزل بسبب قيام ثورة أو نشوب حرب أو حصول فيضان . وهذا الاستثناء قاصر على القواعد التشريعية ، لأنها القواعد التي تنشر في الجريدة الرسمية بحيث يعتبر هذا النشر شرطا لازما لتمام نفاذها في حق المخاطبين بها (١) :

الفصل الثاني

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

١٣٢ - إقليمية التطبيق وشخصية التطبيق :

لا تثار صعوبة في تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان لو أننا تصورنا الدولة منعزلة عن غيرها من الدول ، بحيث لا يوجد في إقليمها إلا من ينتمون إليها بحسبتهم ؛ ولا يوجد أحد من المنتمين إليها خارج إقليمها ؛ ولا تنشأ علاقات بين الوطنيين والأجانب . إذ في هذه الحالة يسرى قانون الدولة وحده داخل إقليمها ، ولا يطبق خارج هذا الإقليم .

غير أن مثل هذا الفرض لا وجود له اليوم : حيث توجد طائفة من الأجانب في

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٧٢ .

إقليم كل دولة ، فتنشأ علاقات بينهم وبين الدولة التي يوجدون على إقليمها ، أو بينهم وبين الوطنيين . كما أن الاتصال بين الدول أدى إلى نشوء علاقات على نطاق واسع بين الأشخاص في مختلف هذه الدول .

ولهذا تعرض مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان لمعرفة مدى سريان قانون الدولة على هذه العلاقات .

ويتراوح الحل في هذه المسألة بين مبدئين : الأول مبدأ إقليمية التطبيق ، وهو الذى يطاق عليه مبدأ إقليمية القوانين *principe de la territorialité des lois* . ويراد به أن يطبق قانون الدولة على كل مايقع داخل حدود إقليمها ، بحيث يسرى على جميع الأشخاص القاطنين في إقليم الدولة سواء كانوا وطنيين أو أجنبان ، ولا يطبق على مايقع خارج حدود هذا الإقليم ولو بالنسبة إلى الوطنيين . والثاني مبدأ شخصية التطبيق ، وهو الذى يطلق عليه مبدأ شخصية القوانين *principe de la personnalité des lois* . ويقصد به أن يطبق قانون الدولة على جميع الأشخاص المتمين إليها حتى لو كانوا خارج حدود إقليمها ، ولا يطبق على الأجانب ولو كانوا مقيمين على إقليمها .

ويقوم مبدأ إقليمية التطبيق على أساس ما للدولة من سيادة تامة على إقليمها ؛ فلها أن تفرض النظام الذى تريده على جميع القاطنين في هذا الإقليم . بينما يقوم مبدأ شخصية التطبيق على أساس أن الدولة تمثل جماعة من الأشخاص لا يعتبر الإقليم بالنسبة إليهم سوى محل إقامة ، فهم الذين وضعت القوانين في الأصل من أجلهم ، ومن ثم يجب أن يخضعوا لها أينما كانوا ؛

ولو أن مبدأ إقليمية التطبيق أخذ به على إطلاقه لما قام تنازع بين قوانين دول مختلفة . غير أن الاتصال الدولى ، سواء في النطاق الدولى بين الدول أو في النطاق الخاص بين أشخاص من دول مختلفة ، أدى إلى نشوء أوضاع وعلاقات لا يلائمها الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه ، بحيث تدعو الحاجة في مثل هذه الحالات إلى السماح بتطبيق القانون الأجنبى . ومن ناحية أخرى فإن الأخذ بهذا المبدأ الأخير على إطلاقه يتعارض مع ما للدولة من سيادة على إقليمها ويسمح للأجنبى أن يخالف القواعد التى تتعاقد بالنظام

العام والآداب في الدولة ، مما يتعين معه أن يحتفظ لقانون الدولة بنطاق معين يطبق فيه دون غيره من قوانين الدول الأخرى .

وهكذا تم الأخذ بالمبدأين معا ، كل منهما في نطاق معين ، فنشأ التنازع بين قوانين دول مختلفة .

وقد تفاوت مدى الأخذ بكل من المبدأين باختلاف الدول والعصور . ولكن السائد اليوم في أغلب الدول الحديثة أن مبدأ إقليمية التطبيق هو الأصل ، ومبدأ شخصية التطبيق هو الاستثناء .

١٣٣ - تطبيق القانون في مصر :

الأصل في مصر ، كما هو الشأن في أغلب الدول الحديثة ، أن يطبق القانون المصرى تطبيقا إقليميا . غير أن هذا الأصل ترد عليه استثناءات تختلف طبيعتها ويتفاوت مادها بحسب نوع القواعد القانونية .

وقبل أن نعرض لتفصيل ذلك يجدر أن نشير إلى أن تطبيق القانون المصرى تطبيقا إقليميا لم يقدر له أن يسود دائما على النحو الذى نراه في غيرها من الدول الحديثة . ذلك أن التطبيق الإقليمي للقانون المصرى على نحو سليم يقتضى وحدة القانون المصرى الذى يطبق داخل حدود مصر ، كما يقتضى وحدة الهيئة القضائية التى تتولى تطبيق هذا القانون . ومع ذلك فإنه نظرا إلى ظروف مصر الخاصة تعددت القوانين التى تطبق على القاطنين في أرضها ، كما تعددت الهيئات القضائية التى تطبق هذه القوانين . ويرجع ذلك إلى العاملين الآتيين :

(١) الامتيازات الأجنبية : فبمقتضى هذه الامتيازات كان الأجانب في مصر قبل إنشاء المحاكم المختلطة يخضعون لقوانين بلادهم ، وكان محاكمهم القنصلية هى التى تختص بتطبيق هذه القوانين عليهم . وبذلك كان يطبق القانون المصرى تطبيقا شخصيا ، إذ لم يكن يطبق على الأجانب ، كما لم تكن المحاكم المصرية مختصة بنظر قضايا الأجانب . ثم أنشئت المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ ، فوضعت لها التقنيات المختلطة لتطبقها على الأجانب . وعلى الرغم من كون هذه التقنيات وتلك المحاكم مصرية ، فإن التطبيق الإقليمي للقانون المصرى

لم يكن كاملا . إذ كان المصريون يخضعون لقوانين أخرى هي التقنينات الأهلية ، وكانوا يتقاضون أمام هيئة قضائية أخرى هي المحاكم الأهلية : وكانت أغلبية قضاة المحاكم المختلطة من الأجانب . وكان التشريع المصرى ؛ عدا التقنينات المختلطة ، لا يسرى على الأجانب إلا إذا وافقت عليه الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، أو إذا وافقت عليه الدول صاحبة الامتياز بالنسبة إلى بعض المسائل . وظلت المحاكم القنصلية للأجانب هي صاحبة الاختصاص فى المسائل الجنائية فى غير المخالفات ، أى فى الجنح والجنايات ، وفى المسائل المدنية والتجارية غير العقارية إذا كان الخصمان من جنسية واحدة ، وفى مسائل الأحوال الشخصية .

ففى ظل هذا الوضع الشاذ كان الأجنبى فى مصر يتمتع بامتيازات تجعله فى مركز أسنى من مركز المصرى ، بينما فى البلاد الأخرى يكون الأجنبى فى مركز أدنى من مركز الوطنى .

ثم ألغيت هذه الامتيازات بمقتضى اتفاقية مونترو التى عقدها مصر مع الدول صاحبة الامتياز سنة ١٩٣٧ : حيث حددت هذه الإتفاقية فترة انتقال تنتهى فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فبعد انتهاء هذه الفترة زال كل أثر للامتيازات الأجنبية ، فتوحد القانون المصرى ، وتوحدت الهيئة القضائية المصرية ، بالنسبة إلى جميع المقيمين فى مصر من مصريين وأجانب . وبذلك أصبح القانون المصرى مطبقا تطبيقا إقليميا كاملا من هذه الناحية .

(٢) الامتيازات الطائفية : ترجع هذه الامتيازات إلى اختلاف الدين بين المصريين . فهى امتيازات يتمتع بها غير المسلمين من المصريين فى بعض مسائل الأحوال الشخصية وفقا لذكرناه عند الكلام فى الدين كمصدر رسمى للقانون المصرى فى هذه المسائل (١) .

فقد رأينا أنه قبل صدور التقنينات المصرية الأولى فى سنتى ١٨٧٥ و ١٨٨٣ ، كانت الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة فى جميع المسائل ، واستثنى من تطبيقها

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٨٦ - ٩٣ .

غير المسلمين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، إذ كانوا يخضعون في هذه المسائل لشرائعهم الدينية . وبعد صدور هذه التقنيات لم تعد الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في جميع المسائل ، بل أصبحت ولايتها العامة قاصرة على المسائل التي أغفلتها هذه التقنيات ومن بينها مسائل الأحوال الشخصية ، وبقي غير المسلمين خاضعين في أحوالهم الشخصية لشرائعهم الدينية بصفة استثنائية وفي حدود مقيدة على النحو الذى فصلناه من قبل ،

وقد أدى هذا الوضع إلى تعدد القانون الذى يطبق في مسائل الأحوال الشخصية على المصريين بتعدد دياناتهم ، ففي هذا النطاق يخضع المسلمون للشريعة الإسلامية ، ويخضع المسيحيون للشريعة المسيحية أو القانون الكنسى ، ويخضع اليهود للشريعة الموسوية ، وذلك في الحدود التى رأيناها فيما تقدم . كذلك تعددت الجهات القضائية التى تختص بالنظر في هذه المسائل . فكانت المحاكم الشرعية هي الجهة ذات الاختصاص العام . وكانت المجالس المالية تختص بالنسبة إلى غير المسلمين في الحدود التى رأيناها . وهذا التعدد في القانون الذى يطبق في هذه المسائل ، وفي الجهات القضائية التى تختص بالنظر فيها ، يحول دون تطبيق القانون المصرى تطبيقا إقليميا كاملا بالنسبة إلى المصريين أنفسهم . وإذا كان الواجب أن يكون هذا التطبيق إقليميا بالنسبة إلى الأجانب ، وهو ما تحقق فعلا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالأوجب أن يكون كذلك بالنسبة إلى المصريين .

وقد تحقق أخيرا توحيد الجهة القضائية في هذا الخصوص . حيث ألغى الشارع المحاكم الشرعية والمجالس المالية وأحال اختصاصها إلى المحاكم العادية ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وقبل ذلك تم توحيد فريق من قواعد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا . فاهبة ، بعد أن كانت معتبرة من مسائل الأحوال الشخصية ، نظمها التقنين المدنى الحالى باعتبارها عقدا من العقود المالية . والأهلية والولاية على المال وحدت أحكامهما منذ سنة ١٩٢٥ .

لكن يبقى بعد ذلك الميراث والوصية ، وكذلك المسائل المتعلقة بالأسرة ، وهى

مسائل الزواج والطلاق وما يتفرع عليهما . فهذا الفريق من مسائل الأحوال الشخصية يجدر توحيدده حتى تتحقق وحدة القانون بعد أن تحققت وحدة الجهة القضائية ، وبذلك يتوفر للقانون المصرى التطبيق الإقليمى الكامل . ولنا أمل وطيد فى الوصول إلى هذه الغاية عما قريب .

ونعود بعد ذلك إلى تفصيل ما قلناه من أن الأصل هو أن يطبق القانون المصرى تطبيقاً إقليمياً ، وأن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل . حيث يقتضى الأمر أن نبين ذلك فى نطاق القانون العام الداخلى ، ثم فى نطاق القانون الخاص ، ثم نعرض أخيراً لاستثناء بمقتضى قواعد القانون الدولى العام .

المبحث الأول

القانون العام

١٣٤ - مبدأ إقليمية التطبيق :

يسود فى نطاق القانون العام الداخلى مبدأ إقليمية تطبيق القانون المصرى ، إذ أن قواعد هذا القانون تتصل اتصالاً وثيقاً بسيادة الدولة وأمنها وسلامتها ، ومن ثم تتعلق جميعها بالنظام العام . ولذلك لا يرد فى هذا النطاق من الاستثناءات إلا ما يقتضيه أمن الدولة وسلامتها .

وإذا كان هناك تفريق فى المعاملة بين الوطنين والأجانب فى هذا المجال ، وهو ما نجده فى جميع الدول ، فإنه لا يخل بمبدأ إقليمية التطبيق ، إذ أن قانون الدولة هو الذى يسرى على الأجانب .

ويتضح ذلك من التطبيقات الآتية :

(١) فلا يسرى القانون الدستورى إلا فى داخل الدولة فيما يتعلق بتحديد نظام الحكم فيها وبيان السلطات العامة واختصاص كل منها وعلاقاتها ببعضها البعض الآخر . أما فى خصوص ما يقرره هذا القانون للأفراد من حريات عامة وحقوق وواجبات قبل الدولة ، فإن الأجانب فى جميع الدول لا يتمتعون بالحقوق ذاتها التى

يتمتع بها الوطنيون ، ولا يلتزمون بالواجبات ذاتها التي يلتزم بها الوطنيون . فمثلا يقتصر حق الانتخاب وحق الترشيح للهيئات النيابية على الوطنيين دون الأجانب ، ويقتصر حق تولي الوظائف العامة بحسب الأصل على الوطنيين . ويقتصر واجب أداء الخدمة العسكرية على الوطنيين . إنما يلاحظ أن قانون الدولة بما يتضمنه من قيود في هذا الشأن هو الذي يسرى ، فهو وحده الذي يحدد ما يتمتع به الأجانب من حقوق ويلتزمون به من واجبات .

(٢) ويطبق القانون الإداري تطبيقا إقليميا . إذ أنه ينظم نشاط السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية . وهناك قواعد خاصة بالموظفين الأجانب ، إنما يقرر هذه القواعد قانون الدولة ، فهو القانون الذي يحكم العلاقة بين الموظف الأجنبي والدولة ، ولهذا قلنا إن هذه التفرقة في المعاملة بين الوطنيين والأجانب ليس من شأنها أن تخل بمبدأ الإقليمية التطبيق في هذا المجال . كما أنه إذا ارتبط أجنبي مع الدولة بعقد إداري فإن هذه العلاقة يحكمها قانون الدولة بصرف النظر عما يقرره قانون دولة الأجنبي :

(٣) ويطبق القانون المالي تطبيقا إقليميا . إذ أنه ينظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصروفاتها . فإذا مارس الأجنبي نشاطا يخضع لضريبة معينة التزم بدفع هذه الضريبة وفقا لقانون الدولة :

(٤) والأصل فيما يتعلق بقانون العقوبات هو الإقليمية التطبيق . وقد نصت المادة الأولى من تقنين العقوبات المصري في هذا الصدد على أن « تسرى أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه » . فمن يرتكب جريمة في مصر يسرى عليه قانون العقوبات المصري ، ولو كان أجنبيا . ومن يرتكب جريمة في الخارج لا يسرى عليه القانون المصري ، ولو كان مصريا . غير أنه استثناء من هذا المبدأ يسرى القانون المصري على بعض الجرائم التي ترتكب في الخارج مراعاة لاعتبارات معينة :

١ - فهناك حالات تكون مصر فيها أولى مع غيرها من الدول بالعقاب على بعض الجرائم التي ترتكب في الخارج ، سواء صدرت من مصريين أو أجانب ، وذلك إذا كان الفعل الذي ارتكب في الخارج يجعل من صدر منه فاعلا أو شريكا في جريمة وقعت كلها أو بعضها في مصر (م ٢ بند أولا عقوبات) .

ب - كما أن حق الدولة المصرية في المحافظة على أمنها وكيانها يخولها العقاب على الجرائم التي ترتكب في الخارج ، سواء صدرت من مصريين أو أجنب ، إذا كانت تخل بأمن حكومتها أو تعتبر تزويراً في أوراقها الرسمية أو اختتامها أو تزيفها في نقودها (م ٢ بند ثانياً عقوبات) .

ج - كذلك تقضى الضرورة بأن تعاقب الدولة المصرية كل من يرتكب من رعاياها في الخارج فعلاً يعتبر في القانون المصرى جنائية أو جنحة إذا عاد إلى مصر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكب فيه (م ٣ عقوبات) ، حتى لا تكون العودة وسيلة إلى الهرب من العقاب ، ولكى لا تضطر الدولة إلى تسليم رعاياها . وذلك ما لم يثبت أن المحاكم الأجنبية برأته مما نسب إليه أو أنها حكمت عليه نهائياً واستوفى عقوبته (م ٤ عقوبات) .

المبحث الثانى

القانون الخاص

١٣٥ - تنازع القوانين من حيث المكان :

إن أهم استثناء يرد على مبدأ إقليمية تطبيق القانون المصرى هو ذلك الذى ينشأ عن الأخذ بقواعد القانون الدولى الخاص المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان . ذلك أن العلاقات القانونية فى نطاق القانون الخاص لا تتعلق بسيادة الدولة وكيانها والنظام العام فيها على النحو الذى نراه فى نطاق القانون العام . لذلك اقتضى قيام هذه العلاقات فى المجال الدولى ، بأن تكون ذات عنصر أجنبى ، إلى الخروج على مبدأ الإقليمية التطبيق ، حيث يسمح بأن يطبق فى الدولة قانون أجنبى لدولة أخرى . وقد رأينا أن قواعد تنازع القوانين من حيث المكان ، ويقال لها كذلك قواعد تنازع الاختصاص التشريعى ، أو قواعد الإسناد ، تشكل بيان القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبى (١) .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٦ .

وقد تعين هذه القواعد قانونا اجنيا يطبق على ما يقع في داخل مصر ، ويعتبر تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة خروجاً على مبدأ اقليمية تطبيق القانون المصري . كما قد يؤدي الأخذ بهذه القواعد في بلد أجنبي إلى تطبيق القانون المصري على ما يقع خارج مصر ، ويكون هذا أيضاً خروجاً على مبدأ اقليمية تطبيق القانون المصري .

فمثلاً فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية تقضى قواعد الاسناد المصرية بأنها تخضع بوجه عام لقانون الدولة التي ينتمى إليها الشخص بجنسيته . فإذا نشأ نزاع في مصر بين زوجين اجنيين يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة زواجهما طبق قانون جنسيتهما (م ١٢ مدني) . وإذا تم زواج في الخارج بين مصريين فإنه يخضع من حيث الشروط الموضوعية لصحته للقانون المصري . وفي كلا هذين الحالين يرد استثناء على مبدأ اقليمية تطبيق القانون المصري .

ويلاحظ أن هذا الاستثناء مقيد بعدم المساس بالنظام العام والآداب . فالسماح بتطبيق قانون أجنبي وفقاً لما تقضى به قواعد الاسناد المصرية يشترط فيه ألا تكون القواعد الأجنبية الواجبة التطبيق مخالفة للنظام العام والآداب في مصر . وقد نصت المادة ٢٨ مدني في هذا المعنى على أنه « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر » .

فمثلاً إذا كانت القاعدة الأجنبية تحرم الطلاق على الزوج المسلم ، أو تحل زواج المسلمة من غير المسلم ، فلا يجوز تطبيقها ، بل يطبق القانون المصري وهو الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث

القانون الدولي العام

١٣٦ - امتيازات وحصانات رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين :

يتعلق الأمر هنا باستثناء يرد على مبدأ اقليمية التطبيق بمقتضى مبادئ القانون الدولي العام . فقد جرى العرف الدولي على أن يتمتع رؤساء الدول الأجنبية وممثلوها الدبلوماسيون بامتيازات وحصانات تعتبر خروجاً على مبدأ اقليمية التطبيق . من ذلك

أنه لا يجوز التعرض لدورهم ولا لحفوظاتهم أو وثائقهم . ويعفون من أداء الضرائب والرسوم والتفتيش . ولا تسرى عليهم أحكام قانون الجنسية . ولا يخضعون للقضاء الجنائي إطلاقاً . ولا يخضعون للقضاء المدني أو الإداري في حدود معينة . ففي هذا النطاق لا يخضع هؤلاء لقانون الدولة التي يتقلون إليها أو يباشرون أعمالهم فيها .

النوع الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

١٣٧ - تقسيم :

يظل القانون يسرى على ما يقع بعد نفاذه إلى يوم إلغائه . فإذا أعقبه قانون جديد سرى هذا القانون على ما يقع بعد نفاذه . غير أنه مع ذلك قد تنشأ صعوبات في تحديد مدى سريان كل من هذين القانونين على بعض الأوضاع القانونية ، حيث يقوم بينهما تنازع على حكم هذه الأوضاع .
ولذلك نتكلم أولاً في إلغاء القانون ، ثم في تنازع القوانين من حيث الزمان .

المبحث الأول

إلغاء القانون

١٣٨ - تعريف :

الإلغاء القاعدة القانونية أو نسخها هو رفع قوتها الملزمة بانتهاء سريانها ، سواء كان ذلك لاستبدال قاعدة أخرى بها أو للاستغناء عنها . فيزول عنها وصف القاعدة القانونية من وقت هذا الإلغاء .

ويرد الإلغاء على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها . وتختلف السلطة التي تملكه باختلاف المصدر الذي نشأت عنه القاعدة القانونية . كما أنه لا يتم بطريقة واحدة . ومن هنا نتكلم في السلطة التي تملك الإلغاء ، ثم في أنواع الإلغاء :

المطلب الأول

السلطة التي تملك الإلغاء

١٣٩ - إلغاء القواعد التشريعية :

القاعدة أن السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية هي تلك التي تملك إنشاءها ،
أو سلطة أعلى منها إذ أن من يملك الأكثر يملك الأقل .
وقد رأينا أنه ، بمقتضى المادة الأولى من التقنين المدنى ، يعتبر التشريع هو المصدر
الأصلى العام الذى تستمد منه القواعد القانونية ، بحيث لا يلتجأ إلى مصدر آخر إلا إذا
لم تكن هناك قاعدة تشريعية .
ويترتب على ذلك أن القاعدة التشريعية لا تلغى إلا بقاعدة تشريعية . وقد نصت
المادة الثانية من التقنين المدنى فى هذا المعنى على أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا
بتشريع لا حق ... » .
ونظرا إلى تدرج التشريعات فى القوة لا تلغى القاعدة التشريعية إلا بقاعدة
تشريعية من درجتها ، أو من درجة أعلى منها . فقد رأينا أن التشريع على درجات ثلاث ،
مما لا يجوز معه أن يأتى التشريع الأدنى مخالفا للتشريع الأعلى منه . وكما يراعى هنا
التدرج فى إنشاء القاعدة التشريعية ، تنبغى مراعاته كذلك فى إلغائها . فالتشريع الأساسى
لا يلغى إلا بتشريع أساسى . والتشريع العادى لا يلغى إلا بتشريع عادى أو بتشريع
أساسى . والتشريع الفرعى يلغى بتشريع فرعى أو بتشريع عادى أو بتشريع أساسى .
كما يترتب على ذلك أن القاعدة التشريعية لا يلغىها العرف ، إذ هو أدنى مرتبة
منها ، كما أن نص المادة الثانية من التقنين المدنى الذى ذكرناه قاطع فى هذا المعنى .
وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى فى هذا الصدد ما يأتى :
« وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر
يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لا حق » (١)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

وعليه ، فليس صحيحا ما يراه البعض من إمكان إلغاء التشريع عن طريق إهمال تطبيقه مدة طويلة . فإذا صح ما يقال من أن هذا الإهمال يؤدي إلى نشوء عرف سلبي مخالف للتشريع ، فإن هذا العرف لا يلغى التشريع . وقد رأينا أن العرف لا يجوز أن يخالف التشريع ، سواء كانت القاعدة التشريعية أمرة أو مكملة ، وأنه في الحالات الاستثنائية التي يمكن أن ينشأ فيها عرف مخالف لبعض القواعد التشريعية المكملة بمقتضى نصوص خاصة فإن هذا العرف لا يلغى القاعدة التشريعية (١) . ومن ثم فإن القاعدة التشريعية ، سواء كانت أمرة أو مكملة ، لا يمكن إلغاؤها بواسطة قاعدة عرفية .

١٤٠ - إلغاء القواعد غير التشريعية :

تلغى القاعدة الدينية بقاعدة تشريعية . فقد رأينا أن الدين يعتبر مصدرا رسميا على التشريع في مسائل الأحوال الشخصية . فإذا كانت القاعدة الدينية هي المطبقة في هذا المجال ، ثم تدخل الشارع فاستبدل بها قاعدة تشريعية ، فإن هذه الأخيرة تلغى القاعدة الدينية . ومن الواضح أن هذا الإلغاء لا يرفع عن القاعدة الدينية صفتها الدينية ، فهذه الصفة تبقى لها ، وإنما يرد الإلغاء عليها باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الوضعي فيرفع عنها قوتها الملزمة .

وتلغى القاعدة العرفية بقاعدة عرفية أخرى تخالفها . فإذا كان هناك عرف قائم ، ثم تطورت الظروف فنشأ عرف يخالفه ، فإن هذا يعني أن العرف اللاحق قد ألغى العرف الذي كان قائما من قبل . كما تلغى القاعدة العرفية بقاعدة تشريعية ، إذ أن التشريع مقدم على العرف في التطبيق ، بحيث لا يلتجأ إلى العرف إلا إذا لم تكن هناك قاعدة تشريعية كما رأينا . فإذا وضعت قاعدة تشريعية في مسألة معينة امتنع تطبيق العرف فيها ، إذ تكون القاعدة التشريعية قد ألغت هذا العرف .

وتلغى القاعدة المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية بقاعدة تشريعية أو عرفية ، إذ أن التشريع والعرف مقدمان في التطبيق على القواعد المستمدة من هذه المبادئ

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٠٩ .

كما قدمنا : فإذا كانت هناك مسألة تحكمها قاعدة مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية لعدم وجود تشريع أو عرف في خصوص هذه المسألة ، ثم وضعت قاعدة تشريعية أو نشأت قاعدة عرفية تحكمها ، فإن القاعدة المستمدة من مبادئ الشريعة تكون قد أُلغيت باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الوضعي .

المطلب الثاني

أنواع الإلغاء

١٤١ - الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني :

نصت المادة الثانية من القانون المدني في هذا الصدد على أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » :

وإذا كان هذا النص يتناول فحسب إلغاء القواعد التشريعية ، فإن الإلغاء كما رأينا لا يقتصر على هذه القواعد ، بل يصح أن يرد على جميع القواعد القانونية أيا كان مصلحها .

ويتضح من النص أن الإلغاء قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا . ومنعروض لذين النوعين على التوالي .

١٤٢ - (١) الإلغاء الصريح :

لا يتحقق الإلغاء الصريح *l'abrogation expresse* إلا بواسطة التشريع ، إذ أن التشريع هو الذي يتصور فيه التصريح بالإلغاء .

والغالب أن يكون الإلغاء الصريح بصيغ تشريع ينص فيه على إلغاء تشريع سابق معين ، أو ينص فيه على إلغاء ما يخالفه من قواعد . ومن أمثلة النص على إلغاء

تشريع سابق معين مانصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الخاص بإصدار التقنين المدني الحالي ، إذ تقول : « يلغى القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون » . ومن أمثلة النص على إلغاء ما يخالف قواعد التشريع مانصت عليه المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ في شأن تنظيم الجامعات من أنه « يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون » .

وإذا نص في التشريع على إلغاء ما يخالفه من قواعد فإن الإلغاء حينئذ يشمل جميع ما يخالف هذا التشريع من قواعد ، سواء كانت قواعد تشريعية أو غير تشريعية . ويعتبر من قبيل الإلغاء الصريح أن يتضمن التشريع نصا على أن يعمل به مدة معينة ، أو إلى أن يتحقق أمر معين . فإذا انقضت تلك المدة أو تحقق هذا الأمر أصبح التشريع ملغيا . ومن أمثلة الإلغاء بفوات المدة المعنية لسريان التشريع القواعد الخاصة بالتسعير الجبرى لبعض السلع والتي ينص فيها على سريانها لمدة معينة . ومن أمثلة الإلغاء بتحقيق أمر معين مانصت عليه المادة الثامنة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ في شأن تنظيم الجامعات من أنه « إلى أن يتم تشكيل مجلس جامعة أسبوط وهيئاتها المختلفة الميينة في القانون المرافق يتولى وزير التربية والتعليم اختصاصات مجلس الجامعة ويتولى مدير الجامعة باقى الاختصاصات » .

١٤٣ - (٢) الإلغاء الضمنى :

الإلغاء الضمنى l'abrogation tacite هو الذى لا ينص عليه صراحة ، وإنما يستخلص من تعارض قاعدة جديدة مع قاعدة قديمة ، أو من تنظيم تشريع جديد لموضوع سبق أن نظمه تشريع قديم . فهو يقع فى الصورتين الآتيتين :

١٤٤ - الصورة الأولى : تعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة :

إذا تعارضت قاعدة قانونية جديدة مع قاعدة قانونية قديمة، أفاد هذا ضمنا نسخ القاعدة القديمة لتعذر تطبيق القاعدتين معا. فإذا كانت القاعدة الجديدة قاعدة تشريعية دل هذا التعارض على أن الشارع أراد أن يلغى ضمنا القاعدة القديمة .

وتصلق هذه الصورة للإلغاء الضمني في الواقع على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها . فهو يتحقق إذا قام تعارض بين قاعدة تشريعية جديدة وقاعدة تشريعية قديمة . أو بين قاعدة تشريعية جديدة وقاعدة قديمة دينية أو عرفية أو مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية. أو بين قاعدة عرفية جديدة وقاعدة قديمة عرفية أو مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية .

ويكون الإلغاء حينئذ في حدود ما هنالك من تعارض بين القاعدة الجديدة والقاعدة القديمة . فهو يقع بالقدر الذي يرفع التنافر بين القاعدتين .

فإذا كان التعارض تاما بين هاتين القاعدتين نسخت القاعدة القديمة بأكملها . ويتحقق ذلك إذا كانت القاعدتان كلتاهما عامة ؛ أو كانتا كلتاهما خاصة . إذ في كلا الحالتين يكون الحكم الذي تضمنته القاعدتان المتعارضتان ذا صفة واحدة من حيث كونه عاما أو خاصا ، فلا يمكن رفع ما بينهما من تناقض إلا بإلغاء إحداها كلية ،

أما إذا كان التعارض جزئيا فلا يقع الإلغاء إلا في حدود القدر الذي يوجد فيه التعارض بين القاعدتين . ويتحقق ذلك إذا كانت إحدى القاعدتين عامة والأخرى خاصة . إذ في هذه الحالة تتضمن إحدى القاعدتين حكما عاما، وتتضمن الأخرى حكما خاصا يتناول مسألة جزئية تلخل في نطاق الحكم العام ولكنها تخالفه ، فينسخ من الحكم العام ما يقابل هذه المسألة الجزئية، ويبقى ماعدا هذه المسألة من الحكم العام حيث لا تعارض في شأنه . وذلك سواء صدرت القاعدتان في وقت واحد ، أو كانتا متعاقبتين .

فإذا كانت القاعدة القديمة عامة ، والقاعدة الجديدة خاصة ، فلا تلغى القاعدة القديمة

بأكملها ، وإنما يلغى منها ما اختصت به القاعدة الخاصة . حيث تحل القاعدة الجديدة الخاصة بقدر ما جاءت به من نطاق القاعدة القديمة العامة ، فتكون استثناء واردا عليها . مثل ذلك أن التقنين المدني القديم كان يتضمن قاعدة تقضى بأن الملكية تنتقل بمجرد العقد في الأموال منقولة كانت أو عقارية ، ثم صدر قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، ومن بعده قانون الشهر العقاري سنة ١٩٤٦ ، فقضيا بأن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فكانت القاعدة في التقنين القديم تتضمن حكما عاما يتناول الأموال جميعا سواء كانت منقولة أو عقارية ، بينما تتضمن القاعدة الجديدة في قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري حكما خاصا مخالفا بالنسبة إلى العقارات . فترتب على ذلك إلغاء الحكم العام الوارد في التقنين القديم في شأن العقارات فحسب ، وبقي هذا الحكم في شأن المنقولات . وبذلك أصبحت القاعدة الخاصة استثناء واردا على القاعدة العامة .

وإذا كانت القاعدة القديمة خاصة ، والقاعدة الجديدة عامة ، فلا تلغى القاعدة الخاصة ؛ لأن الحكم الخاص لا يلغى ضمنا إلا بحكم خاص مثله يتعارض معه . فالقاعدة العامة لا تلغى القاعدة الخاصة ، وإنما تظل القاعدة الخاصة باعتبارها استثناء يرد على القاعدة العامة . مثل ذلك أن قانون الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٦ يتضمن قاعدة تقضى بأن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل . ثم جاء التقنين المدني الحالي بعد ذلك فأورد قاعدة عامة تقضى بأن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد ، وأضاف في نهايتها عبارة « وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (م ٢٠٤ مدني) . ولو أن الشارع لم يذكر هذه العبارة لما تغير الحكم . فالحكم الوارد في قانون الشهر العقاري حكم خاص لا يلغيه الحكم العام الوارد في التقنين المدني . وبذلك يظل الحكم الخاص استثناء واردا على الحكم العام ،

١٤٥ - الصورة الثانية : تنظيم للموضوع من جديد :

إذا صدر تشريع ينظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده تشريع قديم ، فإنه يستخلص من إعادة تنظيم هذا الموضوع أن القواعد الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التي لا تتعارض معها (١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى فى هذا المعنى إن من صور النسخ الضمنى « أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيمًا كاملاً وضعاً من الأوضاع أفرد له تشريع سابق . وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع والتشريع الذى تلاه » (٢) .

فالمفروض فى هذه الصورة أن يتعلق التعارض بين التشريع الجديد والتشريع السابق بالمبدأ الذى أسس عليه هذا الأخير ، ولذلك يتناول النسخ أحكام التشريع السابق جميعها .

(١) ولكن إعادة تنظيم الأحكام العامة للموضوع لا تؤدي إلى إلغاء الأحكام الخاصة القديمة فى هذا الموضوع إلغاءً ضمناً . ولذلك فإن التقنين المدنى الحالى قد أعيد فيه تنظيم الموضوعات المختلفة التى شملها ؛ ومع ذلك لم يترتب عليه إلغاء ضمنى للقوانين الخاصة السابقة عليه والتى تضمنت أحكاماً خاصة فى بعض هذه الموضوعات ؛ كقانون تجزئة الضمان الصادر فى سنة ١٩٤٢ وقانون إيجار الأماكن الصادر فى سنة ١٩٤٧ . إذ أن هذا التقنين قد نظم من جديد الموضوعات التى شملها فى أحكامها العامة ؛ مما لا يؤدي إلى نسخ الأحكام الخاصة القديمة فى خصوص بعض هذه الموضوعات .

وتأييداً لذلك فإن المادة الأولى من قانون إصدار هذا التقنين كانت تتضمن فى المشروع فقرة ثانية تنص على أن « يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المدنى المرافق لهذا القانون » . ولكن حذفت هذه الفقرة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ؛ وذلك « بقصد الإبقاء على التشريعات الخاصة التى صدرت استثناءً من القانون المدنى منشئة أوضاعاً دائمة أو موقوتة حتى لا ينصرف النص فى عمومته إلى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذى لا يخل فى قصد المشرع » (مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٦٨ - ١٧٠) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

والغالب أن ينص الشارع صراحة في التشريع الجديد على إلغاء التشريع السابق .
غير الحكم لا يتغير لو أنه سكت عن هذا الإلغاء الصريح ، حيث يكون الإلغاء ضمنيا
بالنسبة إلى التشريع السابق بأكمله : فمثلا في قانون تنظيم الجامعات ، وقانون الشهر
العقارى ؛ وقانون إيجار الأماكن ، نص الشارع على إلغاء التشريعات السابقة التي كانت
تنظم هذه الموضوعات ، ولو أنه سكت عن ذلك لألغيت هذه التشريعات ضمنا .

المبحث الثانى

تنازع القوانين من حيث الزمان

١٤٦ - وضع المسألة .

يقوم تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان ، بحسب الأصل ، على مبدأين
أساسيين : الأول أن القانون يسرى على الوقائع التي تحدث من يوم نفاذه إلى يوم إلغائه ،
وهذا ما يعبر عنه بالأثر المباشر أو الفورى أو الحال للقانون *effet immediat* . والثانى
أن القانون لا يسرى على الوقائع التي تحدث قبل نفاذه ، وهذا ما يعبر عنه بعدم رجعية
القوانين ، أو بعدم سريان القوانين على الماضى ، أو بعدم استناد القوانين إلى الماضى
la non - rétroactivité des lois .

فإذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، سرت القاعدة
الجديدة على ما يقع من يوم نفاذها ، وامتنع سريانها على ما وقع قبل هذا النفاذ ، كما
يقف سريان القاعدة القديمة : وعلى هذا النحو يتحدد ، بحسب الأصل ، نطاق تطبيق
هاتين القاعدتين من حيث الزمان .

ولا تثار صعوبة في تحديد هذا النطاق إذا تعلق الأمر بأوضاع قانونية نشأت
وترتبت آثارها جميعا في ظل قانون معين . حيث لا يتصور في هذه الحالة أن يقوم تنازع
على حكم هذه الأوضاع بين قاعدة وأخرى ، فما نشأ من أوضاع وترتبت آثاره في ظل
القاعدة القديمة يخضع لها ؛ وتلك التي تنشأ وترتبت آثارها في ظل القاعدة الجديدة

تخضع لها . كأن يتعاقد شخصان ، وينفذ كل منهما التزاماته ، فتتقضى الرابطة العقدية بينهما ، ويحدث هذا كله في ظل قواعد لم تتغير ، إذ أن هذه القواعد هي التي تطبق : أو يرتكب شخص جريمة ، فتتم محاكمته ، وينفذ الحكم الصادر ضده ، دون أن تتغير القواعد التي تحكم كل هذا .

لكن تثار الصعوبة في هذا الخصوص بالنسبة إلى أوضاع قانونية تمتد في ظل قانونين مختلفين . فهناك أوضاع يستغرق تكوينها زمنا طويلا ، كالتقادم والوصية ، فيبدأ تكوينها في ظل قانون ويتم في ظل قانون آخر . وهناك أوضاع يستغرق ترتيب آثارها زمنا طويلا ، كعقد القرض بفائدة والزواج والجريمة والتقاضى ، فتنشأ في ظل قانون وترتب آثارها أو تنقضى في ظل قانون آخر . وهناك أوضاع تتعلق بصلاحيات في الشخص ، كالأهلية ، فتتوفر للشخص في ظل قانون وتعدل أحكامها في ظل قانون آخر . ففي مثل هذه الحالات يثار التساؤل لمعرفة ما يسرى عليه القانون القديم وما يسرى عليه القانون الجديد ، بغية تحديد نطاق تطبيق كل منهما ، كما يتضح من الأمثلة الآتية :

فإذا كان القانون يجيز للشخص أن يكسب ملكية الشيء بالتقادم إذا حازه مدة خمس عشرة سنة بشروط معينة ، فحاز شخص عقارا مملوكا لغيره مدة عشر سنوات ، ثم صدر قانون جديد يطيل المدة أو يقصرها أو يغير من شروط التقادم الأخرى ، فإلى أى حد يسرى هذا القانون على مركز الحائز ؟ .

وإذا أبرمت وصية لوارث في ظل قانون يجعل نفاذها رهينا بإجازة الورثة ، ثم صدر قبل وفاة الموصى قانون جديد يقضى بنفاذ الوصية في ثلث التركة بغير إجازة الورثة ، فهل يسرى هذا القانون الجديد على الوصية التي أبرمت قبل نفاذه ؟ .

وإذا تم قرض بفائدة سعرها ٨٪ في ظل قانون يجيز هذا السعر ، ثم صدر قانون جديد يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة الإئتمانية ٧٪ ، فما أثر هذا القانون على القوائد التي لم تستحق إلا بعد نفاذه ؟ .

وإذا كان القانون ينحول الزوج حق الطلاق دون حاجة إلى حكم من القاضي ، ثم صدر قانون جديد أثناء قيام الزوجية يحرم الطلاق إلا بحكم من القاضي ، فهل يسرى هذا القانون على من تزوجوا قبل نفاذه ؟ .

وإذا ارتكب شخص جريمة ، ثم صدر قانون جديد أثناء نظر الدعوى أو بعد صدور الحكم بالعقوبة وقبل تمام تنفيذها يحو الجريمة أو يخفف العقوبة أو يشدها ، فما أثر هذا القانون على مركز ذلك الشخص ؟ :

وإذا رفعت دعوى أمام المحكمة المختصة بنظرها وفقا للإجراءات التى يتطلبها القانون ، ثم صدر قانون جديد أثناء نظر الدعوى يجعلها مع اختصاص محكمة أخرى أو يتطلب فى شأنها إجراءات غير التى كانت مقررة ، فما مدى سريان هذا القانون على تلك الدعوى ؟ .

وإذا كان القانون يجعل سن الرشد ثمانى عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد يرفع هذه السن إلى إحدى وعشرين سنة ، فما مركز الأشخاص الذين بلغوا الرشد فى ظل القانون القديم ولم يبلغوا وقت نفاذ القانون الجديد السن المقررة فى هذا القانون ؟ ، وما حكم التصرفات التى عقدها هؤلاء فى ظل القانون القديم ؟ .

وفضلا عن الصعوبة التى توجد فى مثل هذه الحالات فإن مع المسلم به أن المبدأين اللذين يسيطران فى هذا الخصوص ؛ وهما مبدأ الأثر المباشر للقانون ومبدأ عدم رجعية القوانين ، لا يجريان على إطلاقهما ، بل ترد عليهما بعض الاستثناءات .

وقد كان مبدأ عدم رجعية القوانين هو المبدأ الأول الذى وجد من قديم كأساس لحل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان . ولكن نظرا إلى عدم كفاية ذلك المبدأ لمواجهة هذه المشكلة ظهرت نظريات فقهية تهدف إلى إيجاد الأسس والضوابط التى تتبع فى هذا الشأن . كما عنى الشارع بإيراد حلول لبعض صور التنازع .

ولهذا نتكلم أولا فى مبدأ عدم رجعية القوانين . ثم تناول النظريات الفقهية التى ظهرت فى هذا الشأن كي نخلص إلى ما يصح الأخذ به منها ونحدد القواعد التى يجب أن تتبع . ونعرض أخيرا للحلول التشريعية التى عاجلت بعض صور التنازع .

المطلب الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين

١٤٧ - ضرورة مبدأ عدم رجعية القوانين :

مبدأ عدم رجعية القوانين ، أو عدم سريان القوانين على الماضي ، مبدأ أساسى يعتبر من قديم هو الأصل فى حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان : وهو يقوم على أساس من المنطق والعدالة والمصلحة العامة .

حيث يقضى المنطق بعدم سريان القانون على الوقائع التى حصلت فى الماضى قبل نفاذه ، بحيث يقتصر سريانه على الوقائع المستقبلية التى تحصل بعد هذا النفاذ . إذ أن القانون خطاب موجه إلى الأشخاص يتناول ما يجب أن يكون عليه سلوكهم فى خصوص أمر معين ، فلا يتصور أن يفرض هذا السلوك بالنسبة إلى وقائع مضت وانتهى أمرها قبل أن يوجه هذا الخطاب ، وإنما يكون ذلك بالنسبة إلى ما يقع منها فى المستقبل .

وتأتى العدالة أن يسرى القانون على أفعال أو تصرفات سابقة على نفاذه . فليس من العدل أن يأتى الأفراد أفعالا مباحة ، ثم يصدر قانون يفرض عقوبة تسرى على ما وقع من هذه الأفعال قبل نفاذه . أو يبرم الأفراد تصرفات تخولهم حقوقا معينة وفقا لأحكام القانون القائم ، ثم يصدر قانون جديد يعدل من هذه الأحكام ويسرى على ما تم قبله من تصرفات .

وتوجب المصلحة العامة للجماعة ألا يسرى القانون على الماضى حتى تتحقق ثقة الناس فى القانون ويتوفر الاستقرار الواجب للمعاملات ، وبدون ذلك تهلر هذه الثقة ، فلا يطمئن الناس إلى أفعال يأتونها رغم كونها مباحة ولا إلى تصرفات يبرمونها وفقا للقواعد القائمة ، الأمر الذى يبعث القلق ويؤدى إلى تعطيل الأعمال وتقويض النظام فى المجتمع .

ومن هنا يبدو جليا أن المبدأ ضرورى لكفالة حريات الأفراد : وضمان الثقة فى القانون ، وتوفير الاستقرار والنظام فى المجتمع .

١٤٨ - النص على المبدأ ومدى قوته :

نظرا إلى الاعتبارات التي تقضى بضرورة الأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين ،
تحرص أغلب الدول الحديثة على النص عليه في تقنيناتها ، بل إن الكثير منها ينص عليه
في الدستور .

وقد ورد النص على هذا المبدأ في مصر منذ صدور التقنينات الأولى ، وذلك
في لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ولائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، كما نصت عليه الدساتير
المختلفة : فنصت المادة ١٦٤ من الدستور الحالي على أنه « لا تسرى أحكام القوانين
إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك
يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء
مجلس الأمة » .

ويتضح من هذا النص الدستوري أن المبدأ يقيد القاضي ، فلا يجوز له مطلقا أن
يخرج عليه . أما الشارع فتختلف سلطته في المواد الجنائية عنها في المواد الأخرى .

ففي المواد الجنائية يتقيد الشارع كذلك بالمبدأ ، فلا يملك النص في تشريع يقرر
جريمة جديدة أو يشدد عقوبة سابقة على سريان هذا التشريع على ما ارتكب من
أفعال قبل نفاذه ، وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد . ولذلك فإنه بالإضافة إلى
ما يفيد ذلك النص في هذا المعنى ، نصت المادة ٢٥ من الدستور على أنه « لا جريمة
ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون
الذي ينص عليها » . كما نصت المادة الخامسة من تقنين العقوبات على أنه « يعاقب على
الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » . ومنرى أنه ، استثناء من هذا
المبدأ ، تسرى القوانين الجنائية بأثر رجعي إذا كانت أصلح للمتهم .

أما في غير المواد الجنائية فيجوز للشارع أن يخرج على المبدأ ، فينص على أن يكون
للقانون أثر رجعي . ويبين من عبارة المادة ١٦٤ من الدستور أن هذا الخروج رخصة
استثنائية للشارع ، فلا تستخدم إلا إذا اقتضتها مصلحة الجماعة . ولذلك يجب أن ينص

على الرجعية صراحة ، فلا يصح أن تستفاد ضمناً ، ويجب أن يرد هذا النص في تشريع عادى بالنسبة إلى أحكام هذا التشريع ، فلا يصح أن يرد في تشريع فرعى . ويجب أن يوافق على هذا النص أغلبية أعضاء مجلس الأمة ، فلا تكفى أغلبية الأعضاء الحاضرين في الجلسة إذا كانت دون أغلبية أعضاء المجلس .

١٤٩ - المطالبة الى بيان مبرور تطبيق المبدأ :

يتضح مما قدمناه في بياننا لوضع المسألة منذ البداية أن هناك أوضاعاً قانونية تمتد في ظل قانونين متعاقبين ، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو ترتب آثارها أو توفر ما تتطلبه من صلاحية في الشخص . ولا يكفي أن يرد مبدأ عدم رجعية القوانين على النحو الذى رأيناه لحل مشاكل تنازع القوانين في مثل هذه الحالات . إذ يبقى بعد ذلك أن نعرف إلى أى حد يسرى القانون القديم على هذه الأوضاع ، ومتى يسرى عليه القانون الجديد .

وقد يعرض الشارع لبعض صور التنازع فيورد الحلول التى تتبع في شأنها كما سنرى . وقد يضع عند صدور قانون معين أحكاماً انتقالية لعلاج ما قد يثور من تنازع في شأن تطبيق أحكام هذا القانون .

وإذا سكت الشارع عن إيراد مثل هذه الأحكام الانتقالية ، ولم يكن هناك نص يبين حل التنازع في المسألة المعروضة ، وقعت على عاتق القاضى مهمة الاجتهاد للوصول إلى حل يطبقه : وكان طبيعياً أن ينهض الفقه لمعاونة القضاء في هذه المهمة ، ولكنه لم يكن رائداً للقضاء في هذا المجال ، بل وجه جل همه إلى تأصيل ما جرى عليه القضاء .

المطلب الثاني

النظريات الفقهية في تنازع القوانين من حيث الزمان

١٥٠ - نظرياته رئيسياته :

ظهرت في الفقه نظريات متعددة في حل تنازع القوانين من حيث الزمان . وعلى الرغم من ذلك لم يوفق الفقه إلى وضع نظرية تحيط بهذه المشكلة على نحو ترمم فيه حدودا منضبطة يمكن الوقوف عندها في جميع الصور . ويرجع ذلك إلى أن هذه المشكلة بحكم طبيعتها تختلف فيها وجهات النظر من ناحية ، وتتدخل فيها اعتبارات المصلحة والعدالة من ناحية أخرى ، بحيث تؤدي هذه الاعتبارات إلى الخروج في بعض الصور على المبدأ الذي تتضمنه النظرية : وسرى أن هذه الاعتبارات هي التي جعلت الشارع لا يتقيد بالنظريات الفقهية في بعض الحلول التشريعية التي وضعها لفريق من صور التنازع .

وسنعرض من بين هذه النظريات اثنتين رئيسيتين : الأولى هي النظرية التقليدية . والثانية هي النظرية الحديثة .

أولا : النظرية التقليدية

١٥١ - تمهيد :

النظرية التقليدية نظرية قديمة . وهي تقوم على مبدأ عدم رجعية القوانين ، مع ضبط حدود تطبيقه بالفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وإبراد استثناءات عليه . وقد سادت هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسيين طوال القرن الماضي ، كما تأثر بها الفقه والقضاء في مصر ، ولا يزال القضاء يجري على استعمال الاصطلاحات التي جاء بها أنصارها . ولكن تبين منذ أواخر القرن الماضي وأوائل القرن الحالي أن هذه النظرية تقصر

عن مواجهة مشكلة التنازع بين القوانين في هذا النطاق ، لعدم سلامة التفرقة التي تقول بها ، ولما تنطوى عليه من خلط بين الأثر الرجعى للقانون وأثره الفورى أو المباشر . ومع ذلك ، فإنه نظرا إلى صعوبة المشكلة ، فإن النظرية الحديثة التي قامت للملاحة هذه العيوب لم تنجح تماما في استبعاد النظرية التقليدية من نطاق التطبيق العملى رغم هجر الفقه لها .

١٥٢ - التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل في تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين :

يعتمد أنصار النظرية التقليدية في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان على مبدأ عدم رجعية القوانين . وليان حدود تطبيق هذا المبدأ يفرقون بين الحق المكتسب *droit acquis* ومجرد الأمل *simple expectative* . حيث ذهبوا إلى أن القانون الجديد يكون ذا أثر رجعى ، فيمتنع تطبيقه ، إذا كان من شأن هذا التطبيق المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم . ولا يكون للقانون الجديد هذا الأثر ، فيجب تطبيقه ، إذا لم يكن من شأن هذا التطبيق سوى المساس بمجرد أمل .

فقوام هذه النظرية في بيان ما يسرى عليه كل من القانونين المتعاقبين عند التنازع هو التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . فالحق المكتسب يعتبر تطبيق القانون الجديد عليه سريانا على الماضى ، فيخضع للقانون القديم . أما مجرد الأمل فلا يعتبر تطبيق القانون الجديد عليه سريانا على الماضى ، فيخضع لهذا القانون .

غير أن أنصار النظرية لم يتفقوا على معيار للتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، الأمر الذى أضعف الفكرة الأساسية التى تقوم عليها النظرية وجعلها هدفا للنقد كما سرى . فعرف البعض الحق المكتسب بأنه الحق الذى دخل فى ذمة الشخص نهائياً بحيث لا يمكن نزع منه إلا برضاه . وعرفه البعض الآخر بأنه الحق الذى يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء . وعرفه فريق ثالث بأنه الحق الذى يقوم على سند قانونى . أما مجرد الأمل فهو أمنية لدى الشخص أن يكسب حقا قد تتحقق وقد لا تتحقق .

ومن الأمثلة التي يضر بها هؤلاء لتوضيح هذه التفرقة ما يأتي :

فمثلا فيما يتعلق بالميراث لا يكون للورثة أثناء حياة المورث سوى مجرد أمل في الإرث ، أما عند وفاته فيصبح للورثة حق مكتسب في الإرث . فإذا صدر قانون جديد يعدل أنصباة الورثة ، وكان نافذا قبل وفاة المورث ، فإنه لا يمس سوى مجرد أمل للورثة في الإرث ، ولذلك يسرى على التركة ، إذ لا يعتبر تطبيقه على التركة في هذه الحالة سريانا على الماضي . أما إذا صدر هذا القانون وصار نافذاً بعد وفاة المورث ، فإنه يمس حقا مكتسبا للورثة في الإرث ، ولذلك لا يسرى على التركة ، إذ يعتبر تطبيقه على التركة في هذه الحالة سريانا على الماضي .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالوصية . ففي أثناء حياة الموصي لا يكون للموصي له سوى مجرد أمل في الحصول على المال الموصى به ، أما عند وفاة الموصي فيصبح للموصي له حق مكتسب في هذا المال . فإذا صدر قانون جديد يعدل القدر الذي تنفذ فيه الوصية بغير إجازة الورثة ، بأن جعل هذا القدر ثلث التركة بعد أن كان النصف ، وكان نافذا قبل وفاة الموصي ، فإنه لا يمس سوى مجرد أمل للموصي له ، ولذلك يسرى على الوصية . أما إذا صدر هذا القانون وصار نافذاً بعد وفاة الموصي ، فإنه يمس حقا مكتسبا للموصي له في نصف أموال التركة لو أن الوصية كانت بالنصف ، ولذلك لا يسرى على الوصية .

وفي التقادم المكسب الذي لم تكتمل مدته لا يكون للحائز سوى مجرد أمل أن يكسب الحق الذي يحوزه ، أما عند انقضاء هذه المدة فيكون له أن يكسب هذا الحق . فإذا حاز شخص قطعة أرض مملوكة لغيره ، وكانت المدة المقررة لكسب ملكيتها بالتقادم هي خمس عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد قبل انقضاء هذه المدة يطيلها إلى عشرين سنة ، فإنه يسرى على ذلك الحائز لأنه لم يكن له سوى مجرد أمل في أن يكسب ملكية هذه الأرض . أما إذا صدر هذا القانون بعد انقضاء المدة فلا يسرى على ذلك الحائز ، لأن تطبيقه في هذه الحالة يمس حقا مكتسبا للحائز .

وإذا أبرم عقد في ظل القانون القديم ، ثم امتدت آثاره إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد الذي يعدل من شروطه أو من آثاره ، فلا يسرى عليه هذا القانون سواء

فيما يتعلق بالشروط أو الآثار ، حتى لا يمس الحقوق المكتسبة المولدة عنه ، بل يظل خاضعا للقانون الذي نشأ في ظله .

١٥٣ - استثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين :

يتضح مما تقدم أن عدم رجعية القوانين في النظرية التقليدية يراد به عدم تطبيق القانون الجديد على ما تم في ظل القانون القديم إذا كان من شأن هذا التطبيق المساس بحقوق مكتسبة . ولكن أنصار النظرية يوردون على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها أن يكون للقانون الجديد أثر رجعي رغم ما في ذلك من مساس بحقوق مكتسبة . وهذه الاستثناءات هي :

١ - النص الصريح على الرجعية : فبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي ، فلا يجوز له مطلقا أن يخرج عليه . أما الشارع فيجوز له في غير المواد الجنائية أن يخرج على المبدأ ، فينص على أن يكون للقانون أثر رجعي . وقد رأينا أن هذا الخروج ، وفقا لما يؤخذ من عبارة المادة ١٦٤ من الدستور ، رخصة استثنائية لاستخدام إلا إذا اقتضتها مصلحة الجماعة . ولذلك يجب أن ينص على الرجعية صراحة ، وأن يرد هذا النص في تشريع عادي لا فرعي ، وأن يوافق عليه أغلبية أعضاء مجلس الأمة (١) .

٢ - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : فالقوانين الجنائية الجديدة تسرى بأثر رجعي على ما ارتكب من أفعال قبل نفاذها إذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة . وهذا استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية لا ينافي الحرية الفردية . كما أن مصلحة الجماعة لا تدعو إلى مؤاخذه الشخص عن فعل أصبح مباحا ، أو معاقبته بعقوبة أشد مما يستحقه الفعل المنسوب إليه .

وسنرى أن هذا الاستثناء مقرر في القانون المصري ، حيث نبين فيما بعد مدى استفادة المتهم من مثل تلك القوانين .

٣ - القوانين التفسيرية : فهذه القوانين هي التي يصدرها الشارع لبيان المعنى

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ .

المقصود من تشريع سابق على أثر مظهر في العمل من خلاف حول حقيقة المعنى الذى قصده الشارع من هذا التشريع أو ما اتجهت إليه المحاكم من الأخذ بما يخالف هذا المعنى . ويعتبر القانون التفسيرى بحكم طبيعته جزءاً متما للتشريع المراد تفسيره ، ولذلك فهو يسرى على ما وقع قبل صدوره فى ظل هذا التشريع استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، فيلتزم القضاء بتطبيقه على الدعاوى التى مازالت منظورة أمامه . أما الدعاوى التى سبق الفصل فيها نهائياً قبل نفاذ القانون التفسيرى فيمتنع تطبيقه عليها ، حتى لو كان قد فصل فيها على أساس الأخذ بتفسير يخالف ما جاء به ، مراعاة لحجية الأمر المقضى :

٤ — القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب : فإذا صدر قانون جديد يتعلق بالنظام العام أو الآداب فإنه يسرى على الماضى ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، فيمس الحقوق المكتسبة : حيث لا يجوز لشخص أن يتمسك بحق كسبه إذا كان هذا الحق قد أصبح مخالفاً للنظام العام أو الآداب .

ومن تطبيقات هذا الاستثناء عند أنصار النظرية القوانين الخاصة بتحديد سن الرشد . فإذا صدر قانون يرفع هذه السن فإنه يسرى على كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصراً ، حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيداً فى حكم القانون القديم .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالقوانين التى تنظم الطلاق . فإذا صدر قانون يفرض على الزوج أن يستصدر حكماً من القاضى بالطلاق بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده فإنه يسرى على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا فى ظل القانون القديم الذى كان يجعل الطلاق بإرادة الزوج وحده .

غير أن بعض أنصار النظرية يقصرون حكم هذا الاستثناء على فريق من القواعد المتعلقة بالنظام العام . فهم يفرقون فى هذا النطاق بين نوعين من هذه القواعد : النوع الأول يشمل القواعد التى يراد بها حماية مصلحة عامة ، كالقانون الذى يفرض معراً إلزامياً للعملة الورقية ، وهذه يكون لها أثر رجعى فتسرى على العقود السابقة التى لم يتم تنفيذها بعد . والنوع الثانى يشمل القواعد التى يراد بها حماية مصلحة خاصة ، كالقانون

الذى يخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، وهذه لا يكون لها أثر رجعى فتظل للعقود السابقة التي نشأت في ظل القانون القديم خاضعة له .

١٥٤ - قدر النظرية التقليدية :

يخلص مما تقدم أنه وفقا للنظرية التقليدية في تنازع القوانين من حيث الزمان يقوم حل هذا التنازع على أساس مبدأ عدم رجعية القوانين ، وأن الرجعية تتحقق إذا كان هناك مساس بحق مكتسب ، وأن ثمة استثناءات ترد على ذلك المبدأ فيجوز فيها أن يكون للقانون أثر رجعى .

وقد وجه الفقه الحديث نقدا شديداً إلى هذه النظرية من وجوه ثلاثة ، هي غموض معيار التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وعدم صلاحيته ، والخلط بين الأثر الرجعى للقانون وأثره المباشر :

فالمعيار الذى تقوم عليه النظرية ، وهو الحق المكتسب ، معيار غير منضبط ، مما أدى إلى اختلاف أنصار النظرية في تعريفه وفقا لما قدمنا .

كما أن هذا المعيار ، على فرض وضوحه ، لا يصلح لحل كل حالات تنازع القوانين . فهناك حالات لا يوجد فيها حق مكتسب ، ومع ذلك يعتبر تطبيق القانون الجديد عليها سريانا على الماضي . فالمركز القانونى الذى يستغرق تكوينه زمنا لا ينحول حقا مكتسبا إلا عند تمام التكوين ، ومع ذلك إذا أدركه قانون جديد وهو فى دوو التكوين فلا يسرى على ماتم من عناصر هذا التكوين حتى لا يكون له أثر رجعى . فنلا إذا صدر فى أثناء سريان التنازع قانون جديد يلغى سببا للوقف فلا يترتب عليه إهدار ماتم من وقف قبل نفاذه ، وذلك على الرغم من عدم وجود حق مكتسب ، إذ أن عدم سريان هذا القانون على الماضي يقتضى إلغاء سبب الوقف من وقت نفاذه فحسب . كذلك إذا أبرمت وصية ثم صدر قانون قبل وفاة الموصى يغير من شروطها الشكلية ، فلا يسرى عليها ذلك للقانون فيما يتعلق بهذه الشروط ، وذلك على الرغم من أن الموصى له لم يستحق الوصية بعد عند نفاذه لعدم وفاة الموصى :

هذا إلى ما تنطوي عليه النظرية من خلط بين الأثر الرجعي للقانون وأثره الفوري أو المباشر . فهناك حالات يعتبر تطبيق القانون الجديد فيها بأثر رجعي وفقا للنظرية ، مع أنه لا توجد رجعية ، وإنما الحقيقة أن هذا القانون يطبق بأثر مباشر حيث يسرى على ما يقع بعد نفاذه . ومن أمثلة هذه الحالات ما رأيناه من تطبيقات لحكم الاستثناء الذى يرد على مبدأ عدم الرجعية إذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب . فإذا صدر قانون يرفع من الرشد فإنه يسرى على كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصرا حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيدا فى حكم القانون القديم . ويرى أنصار النظرية أن هذا يعتبر مريانا على الماضى استثناء من مبدأ عدم الرجعية . والحقيقة أن القانون الجديد يطبق فى هذه الحالة بأثر مباشر ، فهو لا يسرى على ما وقع قبل نفاذه ، حيث لا يعود الشخص قاصرا إلا من وقت هذا النفاذ ، ولا أثر لهذا القانون على الفترة السابقة التى كان الشخص خلالها رشيدا . ولو صح أن هذا القانون يطبق بأثر رجعي لاعتبر هذا الشخص قاصرا خلال تلك الفترة ، بحيث يترتب على ذلك أن تصبح تصرفاته أثناءها باطلة أو قابلة للإبطال ، مع أنها تظل صحيحة . كذلك إذا صدر قانون يفرض على الزوج الذى يريد الطلاق أن يستصدر حكما من القاضى بذلك ، بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده ، فإنه يسرى على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا فى ظل القانون القديم . ولا يعتبر هذا مريانا على الماضى كما يقول أنصار النظرية ، وإنما هو تطبيق للقانون الجديد بأثر مباشر ، فلا يكون له أثر على ما تم قبل نفاذه . ولو صح أن هذا القانون يطبق بأثر رجعي لترتب على ذلك إهدار ما تم من طلاق وقع قبل نفاذه بإرادة الزوج وحده ، مع أن هذا الطلاق يظل صحيحا .

ثانيا : النظرية الحديثة

١٥٥ - التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون :

فى ضوء ما ذكرناه من مآخذ على النظرية التقليدية أعرض عنها الفقه الحديث واتجه إلى نظرية حديثة عنيت بتحديد المعنى الحقيقى للأثر الرجعي وفرقت بينه وبين الأثر المباشر للقانون . فعلى تنازع القوانين من حيث الزمان فى هذه النظرية يقوم على مبدأين ،

هما عدم رجعية القانون الجديد ، والأثر الفوري أو المباشر لهذا القانون ، مع إيراد استثناءات على كل منهما .

وأول من اتجه من الفقهاء هذا الاتجاه الجديد هو الفقيه الفرنسي فارييل سوميير Varcilles Sommières في مقال له في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ بعنوان « نظرية جديدة في رجعية القوانين » .

وكان للفقيه الفرنسي روبييه Robier فضل كبير في عرض هذه النظرية وتفصيلها في كتابه من جزئين عن « تنازع القوانين في الزمان » ، وهو يعتبر من خير ما كتب في الفقه الفرنسي في هذا الموضوع . وسنعرض النظرية وفقا لآراء هذا الفقيه ، وإن كانت تختلف في بعض التفاصيل عن آراء غيره من الفقهاء الذين ينتصرون للنظرية .

وستناول أولا في هذه النظرية مبدأ عدم رجعية القانون وما يرد عليه من استثناءات ، ثم مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون وما يرد عليه من استثناءات .

(١) عدم رجعية القانون

١٥٦ - المبدأ وعمود تطبيقه :

القاعدة هي عدم رجعية القانون ، فلا يسرى القانون على ما وقع في الماضي قبل نفاذه .

ويؤثر الأستاذ روبييه اصطلاح المراكز القانونية *Situations juridiques* للتعبير عن الأوضاع والحالات القانونية التي توضع القوانين لتنظيمها ، إذ يراه من السعة بحيث يشمل كل هذه الأوضاع على اختلاف صورها (١) ، كمرکز الزوج ومرکز المالك ومرکز المنتفع ومرکز المرتين ومرکز الدائن أو المدين ومرکز البائع أو المشتري ومرکز المؤجر أو المستأجر .

وتظهر الصعوبة في بيان حدود تطبيق قاعدة عدم الرجعية بالنسبة إلى المراكز

(١) روبييه ؛ ج ١ ، فقرة ٤٢ .

القانونية التي يستغرق تكوينها أو انقضاؤها أو ترتب آثارها فترة من الزمن إذا ما صدر قانون جديد خلال هذه الفترة . حيث يجب معرفة مدى أثر القانون الجديد على هذه المراكز .

وليبيان هذا الأثر يجب التفرقة بين القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية ، وتلك التي تتعلق بآثار هذه المراكز .

١٥٧ - (١) القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية :

من المراكز القانونية مالا يستغرق تكوينه أو انقضاؤه زمنا . كأن يتوفى المورث فيصبح الوارث مالكا لأموال التركة بمجرد الوفاة ، إذ يتحدد مركز الوارث فور هذه الوفاة . أو يتفق البائع والمشتري على بيع منقول فينشأ العقد وتنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد توافق الإرادتين ، إذ يتكون مركز المشتري عند تمام هذا التوافق دون الاعتداد بما سبقه من مفاوضات . أو ينزل الدائن عن حقه فينقضي الدين بمجرد النزول ، إذ ينقضي مركز الدائن في اللحظة التي يتم فيها هذا النزول :

ومن هذه المراكز ما يستغرق تكوينه أو انقضاؤه فترة من الزمن : فبعضها يتطلب لتكوينه أو انقضائه حالة واقعية تظل مدة معينة . كما هي الحال في التقادم المكسب للحقوق العينية ، حيث يقوم على حيازة تظل مدة معينة ، فلا يكسب الحائز الحق ، وبالتالي لا يتكون مركزه القانوني ، إلا بعد فوات هذه المدة . وكما هي الحال في التقادم المسقط للحقوق العينية أو الديون ، حيث يقوم على سكوت صاحب الحق أو الدائن عن استعمال حقه أو اقتضاء دينه مدة معينة ، فلا ينقضي الحق أو الدين ، وبالتالي لا ينقضي مركز صاحب الحق أو الدائن ، إلا بانتهاء هذه المدة . وبعضها يتطلب لتكوينه أو انقضائه اجتماع عدة عناصر في أوقات مختلفة : كما هي الحال في الوصية ؛ حيث لا يستحق الموصى له الوصية ، وبالتالي لا يتكون مركزه القانوني ، إلا بتوافر عنصرين ، هما وجود وصية صحيحة ووفاء الموصى ، وهذان لا يتزمان في وقت واحد .

(١) وسواء بالنسبة إلى هذا النوع من المراكز القانونية أو ذاك ، فإن ماتم

تكوينه أو انقضاؤه منها في ظل القانون القديم لا يطبق عليه القانون الجديد الذى يغير من شروط التكوين أو الانقضاء ، إذ أن تطبيقه فى هذه الحالة يعنى سريانه على الماضى .

فمثلا فيما يتعلق بتكوين المراكز القانونية ، لو أن تصرفا أبرم صحيحا فى ورقة عرفية طبقا لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يتطلب الرسمية فى إبرام هذا التصرف ، فلا يسرى هذا القانون على ذلك التصرف الذى تم فى ظل القانون القديم ؛ وإذا بلغ شخص سن الثامنة عشرة فأصبح رشيدا فى ظل قانون يجعل هذه السن سن الرشد ، ثم أبرم تصرفا صحيحا باعتباره كامل الأهلية ، وبعد ذلك صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى إحدى وعشرين سنة ؛ فإن هذا التصرف يظل مع ذلك صحيحا فلا يسرى عليه القانون الجديد .

وإذا كسب الحائز الملكية بالتقادم بعد اكتمال مدته ، ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة ، فلا يمس هذا القانون مركز الحائز الذى أصبح مالكا قبل نفاذه . وإذا استحق الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى ، ثم صدر قانون يغير من أحكام الوصية ، فلا يمس هذا القانون مركز الموصى له .

وفما يتعلق بانقضاء المراكز القانونية ، إذا طلق شخص زوجته بطريقة معينة يميزها القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يحرم الطلاق بهذه الطريقة ، فلا يطبق. هذا القانون على حالات الطلاق التى تمت قبل نفاذه وانقضت بمقتضاها مركز كل من الزوجين .

وإذا انقضى حق عيني أو دين بالتقادم المسقط بعد اكتمال مدته وفقا لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة ، فلا يسرى هذا القانون على المالك الذى خلص له ملكه بسقوط الحق العيني الذى كان يثقله أو الشخص الذى كان مدينا ثم برئت ذمته بسقوط دينه ، إذ أن المركز القانونى الذى كان لهذا الشخص أو ذاك قد انقضى فى ظل القانون القديم .

(٢) أما إذا كانت المراكز القانونية يستغرق تكوينها أو انقضاؤها زمنا ، وبدأ هذا التكوين أو الانقضاء فى ظل القانون القديم ، ثم صدر قانون جديد يعدل من

عشره قبل تمامه ، فإن هذا القانون يسرى على تلك المراكز ، إذ ليس في هذا التطبيق ما يعتبر سريانا على الماضي ما دام أن تلك المراكز لم يتم بعد تكوينها أو انقضاؤها .
غير أنه إذا كانت بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تمت في ظل القانون القديم قد توفرت لها في ذاتها قيمة قانونية معينة ، فلا يطبق عليها القانون الجديد ، وإلا كان ذا أثر رجعي .

فمثلا يتكون مركز الموصي له باجتماع عنصرين كما قلنا ، هما وجود وصية صحيحة ووفاء الموصي . فإذا صدر بعد إبرام الوصية صحيحة وقبل وفاة الموصي قانون جديد يعدل من شروط هذا الإبرام ، كان يتطلب شكلا معينا لإبرام الوصية لم يكن مطلوبا من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بأهلية الإيصاء ، فلا أثر له على صحة إبرام الوصية التي تمت قبل نفاذه . إذ أن إبرام الوصية يخضع موحيث صحته للقانون القائم وقت تمامه ، نظرا إلى ماله في ذاته من قيمة قانونية . أما إذا كان القانون الجديد يعدل من القدر الذي تنفذ فيه الوصية بغير إجازة الورثة ، كأن يجعله ربع التركة بعد أن كان الثلث ، فإنه يسرى على الوصية التي أبرمت قبل نفاذه ، ما دام أن الموصي له لم يموت إلا بعد هذا النفاذ ، وذلك بأثر مباشر ، إذ أن مركز الموصي له لا يتحدد إلا بموت الموصي .

كذلك يتطلب التقادم لاكتماله أن تمضي مدة معينة ، بحيث لا ينشأ المركز القانوني في التقادم المكسب أو ينقضي في التقادم المسقط إلا بانتهاء هذه المدة . فإذا صدر قانون جديد أثناء سريان المدة فلا يسرى على ماتم قبل نفاذه من عناصر التكوين أو الانقضاء إذا كانت لها في ذاتها قيمة قانونية معينة . فإذا كان القانون الجديد يغير من القواعد الخاصة بوقف التقادم أو انقطاعه ، فلا يسرى على ماتم من وقف أو قطع في ظل القانون القديم . أما إذا كان القانون الجديد يعدل مدة التقادم فإنه يطبق ، دون أن يعتبر ذلك سريانا على الماضي ، إذ أن المدة السارية لم تكتمل في ظل القانون القديم .

١٥٨ - (٢) القواعد المتعلقة بآثار المراكز القانونية :

إذا ترتبت آثار المركز القانوني جميعها في ظل القانون القديم فإنها تخضع له ، فلا يسرى عليها القانون الذي يصدر بعد ذلك معدلا لها .

فمثلا إذا كانت الملكية تنتقل في العقار بمجرد التعاقد وفقا لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يجعل هذا الانتقال رهينا بتمام التسجيل ، فلا يسرى هذا القانون على انتقال الملكية الذي تم قبل نفاذه بمقتضى عقد لم يسجل .

وإذا أبرم عقد قرض مبلغ من النقود ، واتفق فيه على فائدة بسعر معين وفقا لأحكام القانون القائم ، وترتبت آثاره جميعها بحيث انقضى في ظل هذا القانون ؛ ثم صدر بعد ذلك قانون جديد يخفض الحد الأقصى لهذا السعر ، فلا يمس هذا القانون الجديد تلك الآثار :

أما الآثار التي يستغرق ترتيبها زمنا ، ولم تكن كلها أو بعضها قد ترتبت في ظل القانون القديم ، فإتم منها في ظل هذا القانون يخضع له ، فلا يسرى عليه القانون الجديد . الذي يعدل منها حتى لا يكون له أثر رجعي ، وماتم منها تحت سلطان القانون الجديد يخضع له بما له من أثر مباشر :

فمثلا إذا وقع طلاق في ظل قانون معين ، ثم صدر قانون جديد يعدل من القواعد المتعلقة بآثاره كالنفقة أو الحضانة ، فلا يسرى هذا القانون على ماتم من هذه الآثار في ظل القانون القديم ، ولكنه يسرى على ما يترتب منها تحت سلطانه .

وعليه فالمعنى الذي يخلص من كل ماتقدم نعدم رجعية القانون في النظرية الحديثة . أن القانون لا يسرى على ماتم تكوينه أو انقضاؤه من المراكز القانونية قبل نفاذه ، ولا على ماتم من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء إذا توفرت لهذه العناصر قيمة قانونية معينة ، ولا على ما يترتب من آثار المراكز القانونية .

١٥٩ — استثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين :

رأينا أن النظرية التقليدية ترد فيها على مبدأ عدم رجعية القوانين استثناءات أربعة .
أما النظرية الحديثة فيرد فيها على هذا المبدأ اثنان فحسب من هذه الاستثناءات ،
هى النص الصريح على الرجعية ، والقوانين التفسيرية ، وذلك على التفصيل الذى رأيناه
فيما تقدم (١) . ففى هذين الاستثناءين تتفق النظريتان :
ولا تسلم النظرية الحديثة بالاستثناءين الآخرين :

ففيما يتعلق باستثناء القوانين الجنائية الأصحح للمتهم يرى الأستاذ روبييه أنه لا يعتبر
استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن تطبيق القانون الأصحح للمتهم على ما وقع قبل
نفاذه من أفعال إنما يكون بمقتضى ماله من أثر مباشر ، إذ أن المركز القانونى المترتب
على الفعل الذى ارتكبه لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الفعل ، بل لابد من
صدور حكم قضائى ، حيث يعتبر الحكم هنا منشأ لهذا المركز وليس مقررا له . فإذا
صدر قانون جديد بعد ارتكاب الفعل وقبل صدور الحكم يمحو الجريمة أو يخفف
العقوبة فإنه يسرى بماله من أثر مباشر ، لأن المركز القانونى للمتهم يتكون باجتماع
عنصرين ، وقع أحدهما فى ظل القانون القديم ، بينما تم الثانى فى ظل القانون الجديد ،
ومن ثم يخضع المركز لهذا القانون (٢) .

وفى خصوص استثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب لا تقرر النظرية الحديثة
كذلك أن يكون لهذه القوانين أثر رجعى . إذ أن تعلق هذه القوانين بالنظام العام

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٣ .

(٢) أما القوانين الجنائية التى تنشئ جريمة جديدة أو تشدد العقوبة على جريمة مقررة ، فيرى
الأستاذ روبييه أنها إذا طبقت على أفعال سابقة كان ذلك سريانا على الماضى . ذلك أن القانون الجديد لا يكون
رجعيا إذا منع تكوين مركز قانونى لم يكتمل أو ضيق من آثاره ، كما هو الشأن فى القوانين الجنائية الأصحح
للمتهم . ولكنه يكون رجعيا إذا رتب على العنصر الذى وقع من هذا المركز فى الماضى آثارا لم يكن
ينتجها من قبل أو آثارا أشد مما كان ينتجها (روبييه ، ج ٢ ، فقرة ١٢٩) .

أو الآداب لا يعتبر مبرراً كافياً لإعادة النظر في شرعية الأفعال والتصرفات السابقة ، أو لتعديل ما ترتب على هذه الأفعال والتصرفات من آثار ، فهذا مع شأنه أن يهدر الحريات ويبيث الاضطراب في المعاملات ، لا سيما وأن من المسلم به أن أهم القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، وهى القوانين الجنائية ، لا يجوز كقاعدة عامة أن يكون لها أثر رجعى .

(٢) الأثر المباشر للقانون

١٦٠ - مبدأ الأثر المباشر يكمل مبدأ عدم الرجعية :

يرى أنصار النظرية الحديثة أن مبدأ عدم رجعية القانون لا يكفى وحده لحل مشكلة التنازع بين القوانين من حيث الزمان . فبدأ عدم الرجعية يعنى أن القانون الجديد لا يسرى على ما تم تكوينه أو انقضاؤه من المراكز القانونية قبل نفاذه ، ولا على ما تم من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولا على ما ترتب من آثار المراكز القانونية ، حيث تخضع هذه المسائل جميعها للقانون القديم الذى تمت تحت سلطانه . ومن ثم فإن هذا المبدأ لا يكفى لبيان أى القانونين يطبق على ما يقع بعد نفاذ القانون الجديد لاستكمال تكوين المراكز القانونية أو انقضائها الذى بدأ فى ظل القانون القديم ، أو على ما يتم بعد هذا النفاذ من آثار ترتبت على مراكز قانونية تكونت أو بدأ تكوينها فى ظل هذا القانون .

فإذا طبق القانون الجديد على هذه الحالات ، فإنه بذلك يسرى على ما وقع بعد نفاذه بمقتضى ماله من أثر مباشر . ونحن يطبق القانون القديم على فريق من هذه الحالات ، فإنه بذلك يسرى على ما وقع بعد إلغائه بمقتضى ما يسمى بالأثر المستمر له . ويرى أنصار النظرية أن المبدأ العام هو تطبيق القانون الجديد بما له من أثر مباشر ، والاستثناء هو تطبيق القانون القديم بما له من أثر مستمر . ولهذا نعروض فيما يلى للمبدأ ، ثم للاستثناء الذى يرد عليه .

١٦١ - مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد و محدود تطبيقه :

القاعدة أن يسرى القانون بما له من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذه : ويتحدد نطاق هذا السريان في ضوء ما رأيناه في خصوص مبدأ عدم الرجعية :

فن البيهقي أن يطبق القانون الجديد على المراكز القانونية التي يبدأ تكوينها بعد نفاذه . ويطبق القانون الجديد كذلك على ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاءها في ظل القانون القديم . فقد رأينا أن القانون الجديد يسرى على تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي بدأت في ظل القانون القديم ولم يتم لإلانتحت سلطان القانون الجديد ، وذلك فيما عدا عناصر التكوين والانقضاء لا تكون لها قيمة قانونية وتتم في ظل القانون القديم ، حيث تخضع هذه العناصر للقانون القديم الذي تمت تحت سلطانه (١) ،

كما يطبق القانون الجديد على الآثار التي تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التي تكونت أو بدأ تكوينها في ظل القانون القديم :

ويرى الأستاذ روبييه أن العلة في تقرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو هي ما يقتضيه النظام في الدولة من وحدة القانون الذي يطبق على المراكز القانونية التي من طبيعة واحدة : إذ أن الأخذ بالأثر المستمر للقانون القديم يؤدي إلى خضوع هذه المراكز المتماثلة لقوانين متباينة (٢) .

وسنفصل حدود تطبيق هذا المبدأ فيما يلي :

١٦٢ - (١) إتمام ما بدأ في الماضي من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية :

رأينا أن القانون الجديد يسرى بمقتضى أثره المباشر على ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء للمراكز القانونية الذي بدأ في ظل القانون القديم : أما العناصر

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ .

(٢) روبييه ، ج ١ ، فقرة ٦٦ .

التي تمت في ظل القانون القديم فتخضع له ، حيث لا يسرى عليها القانون الجديد وفقا لمبدأ عدم الرجعية .

وعليه فطبقا لما ذكرناه فيما تقدم لا يتكون مركز الموصي له ، أى لا يستحق الوصية ، إلا باجتماع عنصرين ، هما وجود وصية صحيحة و وفاة الموصى . فإذا صدر بعد إبرام الوصية وقبل وفاة الموصى قانون جديد يعدل من القدر الذى تنفذ فيه الوصية فى حق الورثة بغير إجازتهم ، كأن يجعله ربع التركة بعد أن كان الثلث ، فإنه يسرى على الوصية فى هذا الخصوص بما له من أثر مباشر ، لأن العنصر الذى يتوقف عليه استحقاق الوصية وهو وفاة الموصى قد وقع بعد نفاذه . أما إذا كان هذا القانون يعدل من شروط إبرام الوصية ؛ كأن يتطلب شكلا معيناً لإبرامها لم يكن مطلوبا من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بأهلية الإيصاء ، فلا يسرى على الوصية فى هذا الخصوص ، لأن العنصر الذى يتعلق بوجود وصية صحيحة قد تم فى ظل القانون القديم فيخضع له .

وفى التقادم لا يتكون المركز القانونى إلا بمضى مدة معينة . فإذا صدر أثناء سريان التقادم قانون جديد يطيل المدة فإنه يسرى على هذا التقادم لأن عنصر المدة لم يكتمل إلا بعد نفاذه . أما إذا كان القانون الجديد يعدل من القواعد الخاصة بوقف التقادم أو انقطاعه فإنه يسرى على ما يحدث من وقف أو انقطاع بعد نفاذه ، ولكنه لا يسرى على ماتم من وقف أو قطع فى ظل القانون القديم باعتبارهما عنصرين قدتما تحت سلطان هذا القانون فيخضعان له (١) .

١٦٣ - (٢) آثار المراكز القانونية التى تكونت أو بدا تكوينها فى ظل القانون القديم :

يسرى القانون الجديد ، بحسب الأصل ، بمقتضى أثره المباشر على الآثار التى تتم فى ظله وتكون مترتبة على مراكز قانونية تكونت أو بدا تكوينها فى ظل القانون القديم . أما الآثار التى ترتبت تحت سلطان القانون القديم فقد رأينا أن القانون الجديد لا يسرى عليها طبقا لمبدأ عدم الرجعية ، وإنما تخضع للقانون القديم الذى تمت فى ظله (٢) .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٨ .

وعليه فالقانون الجديد الذى يعدل من القواعد المتعلقة بآثار الطلاق ، كالنفقة والحضانة ، يسرى على ما يستحق من نفقة أو يتم من حضانة بعد نفاذه . ولكنه لا يسرى على ما استحق من نفقة أو تم من حضانة قبل نفاذه ، حيث تخضع هذه وتلك للقانون القديم الذى تمت أو استحققت فى ظله كما قدمنا (١) .

والقانون الجديد الذى يعدل من آثار الملكية ، كان يحرم المالك من بعض السلطات التى كانت مخولة إياه من قبل ، يسرى على الملكيات القائمة وقت نفاذه ، ولكنه لا يمس ما باشره المالك من سلطات فى الماضى .

وعليه فالمعنى الذى يخلص مما تقدم لمبدأ الأثر المباشر للقانون فى النظرية الحديثة ، أن القانون الجديد يسرى على المراكز القانونية التى يبدأ تكوينها بعد نفاذه ، وعلى ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التى بدأ تكوينها أو انقضاءها فى ظل القانون القديم ، وعلى الآثار التى تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التى تكونت أو بدأ تكوينها فى ظل هذا القانون .

١٦٤ - استثناء من مبدأ الأثر المباشر : الأثر المستمر للقانون القديم :

تورد النظرية الحديثة على مبدأ الأثر المباشر للقانون استثناء يتعلق بالمراكز العقدية التى تكونت فى ظل القانون القديم ولا تزال جارية بعد نفاذ القانون الجديد . حيث يرى الأستاذ روبييه ألا تخضع هذه المراكز للأثر المباشر للقانون الجديد ، وإنما تظل محكومة بالقانون القديم الذى تكونت فى ظله . وبذلك يستمر تطبيق القانون القديم على آثار تلك المراكز التى تترتب بعد إلغائه وعلى طرق انحلالها . ففى هذا النطاق يحل الأثر المستمر للقانون القديم استثناء محل الأثر المباشر للقانون الجديد .

وأساس هذا الاستثناء هو انتفاء العلة فى تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد . فقد رأينا أن هذه العلة هى ما يقتضيه النظام فى الدولة من وحدة القانون الذى يطبق على المراكز القانونية التى من طبيعة واحدة ، حتى لا تخضع هذه المراكز المتماثلة لقوانين متباينة . فى حين أن المراكز العقدية تختلف تبعاً لما تتجه إليه إرادة الأفراد فى تنظيمها ،

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٨ .

حيث يؤخذ في هذا المجال بمبدأ سلطان الإرادة ، فيكون للأفراد أن ينظموا علاقاتهم العقدية بحسب ما يروق لهم . وبذلك لا يكون هناك ما يدعو إلى الأخذ في هذا النطاق بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد .

ومن ثم يتحدد نطاق هذا الاستثناء في ضوء الأساس الذي يقوم عليه : فحيث يستقل القانون بتنظيم المراكز القانونية مباشرة ، رغم استنادها إلى عقد من العقود ، يتعين تطبيق القانون الجديد بما له من أثر مباشر . وحيث يكون لإرادة الأفراد سلطان في تنظيم هذه المراكز يستمر تطبيق القانون القديم عليها طبقاً لحكم الاستثناء . ولتحديد نطاق الاستثناء على هذا النحو يفرق الأستاذ روبييه بين النظام القانوني

Le statut légal والمركز العقدي La situation contractuelle .

(١) فالنظام القانوني يراد به المركز القانوني الذي يستقل القانون بتنظيمه مباشرة نظراً إلى أن أحكامه تهم الكافة ، رغم أنه لا ينشأ إلا بناء على عقد من العقود ، فلا يكون لإرادة الأفراد دور في تنظيمه ، وإنما يقتصر هذا الدور على قبول الدخول في المركز القانوني طبقاً للوضع الذي ينظمه القانون . فمثل هذا المركز القانوني يكون موحداً بالنسبة إلى الجميع ، فتوفر بالنسبة إليه العلة في تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد ، ومن ثم يجب أن يطبق عليه هذا القانون .

مثل ذلك الزواج ، فهو نظام قانوني موحد ، يفرض القانون أحكامه ، حيث يفرد فيه بيان حقوق كل من الزوجين وواجباتهما وطريقة انحلاله ، ويقتصر الدور الذي تقوم به إرادة كل من الزوجين على قبول الزواج . فإذا صدر قانون جديد يعدل من القواعد المنظمة للزواج فإنه يسرى بما له من أثر مباشر على كل زواج قائم وقت نفاذه ، رغم أن علاقة الزوجية قد نشأت بمقتضى عقد أبرم في ظل القانون القديم .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بالملكية وغيرها من الحقوق العينية . إذ يكون لصاحب كل من هذه الحقوق مركز قانوني موحد بالنسبة إلى الجميع ، يفرض القانون أحكامه ، فيحدد السلطات التي تثبت لصاحب الحق وبين الحقوق والواجبات التي تتصل بهذه السلطات وطريقة إنقضاء الحق ، ويقتصر الدور الذي تقوم به إرادة الشخص على التصرف لإنشاء الحق أو نقله أو انقضائه . فإذا صدر قانون جديد يعدل مثلاً من

أحكام الملكية فإنه يسرى بما له من أثر مباشر على كل مالك ولو كان قد كسب حقه في ظل القانون القديم :

(٢) أما المركز العقدي فيراد به المركز القانوني الذي يترك القانون تنظيمه لإرادة الأفراد نظراً إلى أن أحكامه تهم المتعاقدين دون غيرهم ، حيث يؤخذ بمبدأ سلطان الإرادة سواء في إنشاء العقد أو في تحديد آثاره . فمثل هذا المركز يختلف أحكامه بحسب ما تنجبه إليه إرادة الأفراد في تنظيمه ، فتنتق بالنسبة إليه العلة في تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد ، ومن ثم يستمر تطبيق القانون القديم على آثاره التي تترتب بعد إلغائه وعلى طرق إنحلاله ، حتى لو جاء القانون الجديد بقواعد آمرة تتعلق بالنظام العام أو الآداب .

مثل ذلك عقد قرض مبلغ من النقود يتفق فيه على فائدة بسعر يجيزه القانون الذي صدر العقد في ظله وهو ٨٪ : إذ يكون كل من المقرض والمقرض في مركز عقدي يختلف أحكامه من عقد إلى آخر : فإذا صدر قانون جديد يخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، كأن يجعله ٧٪ بعد أن كان ٨٪ ، فلا يسرى على ذلك العقد الذي أبرم في ظل القانون القديم ، بحيث تظل الفوائد التي تستحق بعد نفاذ القانون الجديد واجبة الدفع طبقاً للسعر المتفق عليه والذي كان جائزاً وفقاً لأحكام القانون القديم : وذلك على الرغم من أن تخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية يتعلق بالنظام العام .

فخلاصة هذا الاستثناء أن القانون القديم يستمر تطبيقه بعد إلغائه على المراكز العقدية التي تترتب بعد هذا الإلغاء وعلى طرق انحلالها ، حتى لو كان القانون الجديد الذي عدل من هذه الآثار أو الطرق تتعلق قواعده بالنظام العام أو الآداب :

١٦٥ - مزايا النظرية الحديثة وعيوبها :

تمتاز النظرية الحديثة بما جاءت به من تفرقة واضحة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد : وهي تفرقة أغفلتها النظرية التقليدية ، على خطرهما ، فأدى بها ذلك إلى الخلط بين هذين الأثرين كما سبق أن رأينا :

كذلك فإنه فيما يتعلق بالمراكز القانونية التي يلزمها القانون الجديد وما تزال في دور التكوين أو الانقضاء ، تمتاز النظرية الحديثة بالتمييز بين عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تمت في ظل القانون القديم وكانت لها قيمة قانونية وتلك التي لم تتم إلا بعد نفاذ القانون الجديد . حيث ساعد هذا التمييز على تبرير عدم سريان القانون الجديد على الفريق الأول من هذه العناصر وفقا لمبدأ عدم الرجعية . وهو ما لم يتيسر الوصول إليه بمقتضى النظرية التقليدية ، لأن هذا الفريق من عناصر التكوين أو الانقضاء لا يولد حقا مكتسبا بالنسبة إلى المركز القانوني بأكمله في منطق هذه النظرية :

غير أن النظرية الحديثة يؤخذ عليها ، وهي تحدد نطاق الاستثناء الذي يتعلق بالآثار المستمر للقانون القديم ، ما جاءت به من تفرقة بين النظام القانوني والمركز العقدي . فهي تفرقة غير دقيقة ، بحيث يكون من شأنها أن تثير خلافا في كثير من الحالات حول معرفة ما إذا كنا بصدد نظام قانوني أو مركز عقدي محض ، إذ أن تدخل الشارع في تنظيم المراكز العقدية بمقتضى قواعد أمره ليس بدرجة واحدة ، كما أن القاعدة التي يوردها الشارع في هذا الخصوص قد يختلف الرأي فيها حول ما إذا كان يراد بها وضع نظام يهتم الكافة بصفة عامة أم أنها تتناول أمرا يهتم أطراف العقد دون غيرهم .

وقد أدى عدم دقة هذه التفرقة التي قال بها الأستاذ روبييه ببعض أنصار النظرية الحديثة إلى الأخذ بمعيار آخر لتحديد نطاق هذا الاستثناء ، وهو فكرة النظام العام . حيث قالوا إنه إذا كانت قواعد القانون الجديد تتعلق بالنظام العام ، فإن القانون القديم لا يستمر تطبيقه على آثار العقود الجارية التي تترتب بعد إلغائه ولا على طرق انحلالها ، وإنما يطبق القانون الجديد بما له من أثر مباشر .

ولكن البعض من هؤلاء لا يأخذون فكرة النظام العام في هذا الصدد بمعناها العادي الذي يشمل القواعد القانونية الآمرة جميعها ، وإنما يقصرونها على معنى أضيق من ذلك . فهم يقصرون تطبيق القانون الجديد في هذا النطاق بما له من أثر مباشر على الحالات التي تكون فيها قواعده ذات أهمية وخطر بالغين بحيث ترتبط بالنظام العام للجماعة بأسرها . وهو ما يعبر عنه البعض بأن المقصود في هذا الصدد هو قواعد النظام

العام التي يقصد بها حماية مصلحة عامة، دون غيرها من قواعد النظام العام التي تحمي مصالح خاصة :

غير أن هذه التفرقة بين قواعد النظام العام يؤخذ عليها أنها تفرقة غير دقيقة ، فهي تستهدف لذات النقد الذي وجه إلى التفرقة بين النظام القانوني والمركز العقدي : حيث يتعذر التمييز بين قواعد النظام العام بحسب مالها من أهمية وخطر : كما يتعذر الفصل في هذه القواعد بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، إذ أن القواعد التي يبدو أنها تحمي مصلحة خاصة لا بد من أن تكون مستندة في تقدير الشارع إلى اعتبار يتصل بالصالح العام .

ولهذا فإننا نعتقد في صواب الرأي الذي يأخذ في هذا الصدد بمعيار النظام العام على إطلاقه ، فيذهب إلى أن القانون الجديد يطبق بما له من أثر مباشر إذا كانت قواعده أمرة أي متعلقة بالنظام العام : ومن ثم يقتصر حكم الاستثناء ، وهو استمرار سريان القانون القديم ، على حالة ما إذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد مكملة . وينهض بهذا الرأي أن المعيار الذي يقول به يتفق مع العلة في تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد والأساس الذي يقوم عليه الاستثناء . ذلك أن القواعد الآمرة تتناول مسائل يستقل القانون بتنظيمها ، لأن الشارع يقدر أنها يجب أن تكون على نحو معين بالنسبة إلى الجميع ، ومن ثم فإن تحقيق النظام في الدولة يقتضى تطبيقها على جميع العقود . أما القواعد المكملة فتتناول مسائل يؤخذ في شأنها بمبدأ سلطان الإرادة ، فتختلف أحكامها بحسب ما تتجه إليه إرادة الأفراد في تنظيمها ، ومن ثم فلا يكون هناك ما يدعو إلى توحيد القواعد التي تنطبق عليها عند سكوت المتعاقدين عن تنظيمها :

المطلب الثالث

المبادئ العامة في تنازع القوانين من حيث الزمان

١٦٦ - المبادئ العامة في حل تنازع القوانين من حيث الزمان :

نستطيع بعد أن عرضنا لمبدأ عدم رجعية القوانين بصفة عامة ، ثم النظريتين الرئيسيتين اللتين يقول بهما الفقه لحل التنازع بين القوانين من حيث الزمان وما أبديناه في شأنهما من تقدير أو نقد ، أن نخلص في ضوء ما قدمناه إلى المبادئ العامة التي تراها صالحة في هذا الصدد .

فهناك مبدأان يحكمان هذا الموضوع : الأول مبدأ عدم رجعية القانون . والثاني مبدأ الأثر المباشر للقانون : ويرد على المبدأين بعض الاستثناءات . وستناول هذه الضوابط مع الإشارة إلى تطبيقاتها فيما عدا المسائل التي وردت في شأنها حلول تشريعية ، حيث تعرض لهذه المسائل في مطلب مستقل .

أولا : عدم رجعية القانون

١٦٧ - معنى مبدأ عدم رجعية القانون ومردود تطبيقه :

القاعدة هي عدم رجعية القانون ، بمعنى أن القانون لا يسرى على ما وقع في الماضي قبل نفاذه .

ويحدد نطاق تطبيق هذه القاعدة على النحو الذي رأيناه في النظرية الحديثة : فعلم رجعية القانون مقتضاه أن القانون لا يسرى على تكوين أو انقضاء المراكز القانونية الذي تم قبل نفاذه ، ولا على عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تمت قبل نفاذه وتوفرت لها قيمة قانونية معينة ، ولا على آثار المراكز القانونية التي ترتبت قبل نفاذه . وهذا على التفصيل الذي تقدم ذكره (١) .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٦ - ١٥٨ .

١٦٨ - تطبيقات لمبدأ عدم الرجعية :

نكتفي هنا بالإحالة إلى التطبيقات التي تقدم ذكرها عند الكلام في مبدأ عدم رجعية القانون في النظرية الحديثة (١) :

ثانيا : استثناءان من مبدأ عدم رجعية القانون

١٦٩ - استثناءان من مبدأ عدم الرجعية :

يرد على مبدأ عدم رجعية القانون الاستثناءان الآتيان :

١ - النص الصريح على الرجعية : وقد سبق أن تكلمنا في ذلك عند الكلام في مبدأ عدم رجعية القوانين بصفة عامة . كما رأينا أن النظرية التقليدية والنظرية الحديثة تتفقان في الأخذ بهذا الاستثناء . ولذلك نكتفي بما ذكرناه فيما تقدم (٢) :

والواقع أن هذا الاستثناء يصح أن يرد على جميع القواعد التي تحكم موضوع التنازع في الزمان . حيث يستطيع الشارع ، في غير القوانين الجنائية التي تقرر جريمة جديدة أو تشدد عقوبة سابقة ، أن يخرج بمقتضى النص الصريح على هذه القواعد . فله أن ينص على رجعية القانون الجديد . أو ينص على استمرار سريان القانون القديم حين يجب الأخذ بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد . أو ينص على سريان القانون الجديد حين يجب الأخذ بالأثر المستمر للقانون القديم :

(٢) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : وقد سبق أن رأينا أن النظرية التقليدية تأخذ بهذا الاستثناء (٣) . ولكن النظرية الحديثة ترى أن تطبيق القانون الأصلح للمتهم على ما وقع قبل نفاذه من أفعال لا يعتبر استثناء ، وإنما يكون بمقتضى ما لهذا القانون من

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ و ١٥٨ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ و ١٥٣ و ١٥٩ .

(٣) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٣ .

أثر مباشر ، إذ أن المركز القانوني المترتب على الفعل الذي ارتكبه المتهم لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الفعل ، بل لابد من صدور حكم قضائي ، حيث يعتبر الحكم هنا منشأ لهذا المركز وليس مقرر له (١) .

ولكننا نعتقد أننا بصدد استثناء حقيقي لمبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية . وقد نص الشارع على هذا الاستثناء ، ولذلك نرجى بيان حكمه إلى حين الكلام في صور التنازع التي وردت في شأنها حلول تشريعية :

١٧٠ - القوانين التفسيرية ليست استثناء من مبدأ عدم الرجعية :

عرفنا فيما تقدم أن القوانين التفسيرية هي تلك التي يصدرها الشارع لبيان المعنى المقصود من تشريع سابق على أثر مظهر في العمل من خلاف حول حقيقة المعنى الذي قصده الشارع من هذا التشريع أو ما اتجهت إليه المحاكم من الأخذ بما يخالف هذا المعنى .

ورأينا أن النظرية التقليدية والنظرية الحديثة تتفقان في اعتبار سريان القانون التفسيري على ما وقع قبل صدوره في ظل التشريع المراد تفسيره استثناء من مبدأ عدم الرجعية (٢) .

ولكن الرأي السائد ، وهو الصحيح ، أننا لسنا بصدد استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن القانون التفسيري ، بحكم طبيعته ، يعتبر جزءاً متماً للتشريع المراد تفسيره ، مادام يأتي بتفسير حقيقي وليس بقواعد جديدة . فهو بهذه المثابة لا يأتي بقواعد جديدة ، وإنما يوضح القواعد القديمة . وليس في الرجوع عن تفسير سابق ما ينطوي على رجعية ، إذ أن القاضي وهو يأخذ بالتفسير الجديد إنما يطبق القواعد السابقة ذاتها . غير أنه إذا كان القانون التفسيري يتضمن في حقيقته قواعد جديدة جاء بها الشارع تحت ستار التفسير ، فإننا نكون بصدد رجعية مقرررة بمقتضى النص . وفي هذه الحالة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٩ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٢ و ١٥٩ .

يتعين أن تتوافر الشروط المقررة في الدستور للنص على الرجعية وفقاً لفصلناه فيما
تقدم : بحيث تستطيع المحاكم أن تمتنع عن تطبيق ذلك القانون إذا لم تتوافر
هذه الشروط :

ثالثاً : الأثر المباشر للقانون

١٧١ - معنى مبدأ الأثر المباشر للقانون ومردود تطبيقه :

القاعدة أن يسرى القانون بما له من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذه .
ويتحدد نطاق تطبيق هذه القاعدة في ضوء ما ذكرناه في خصوص مبدأ عدم
الرجعية ، وهو ما نقول به النظرية الحديثة . فسرطان القانون بماله من أثر مباشر على
ما يقع بعد نفاذه مقتضاه أن القانون الجديد يسرى على المراكز القانونية التي بدأ تكوينها
بعد نفاذه ، وعلى ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي
بدأ تكوينها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم ، وعلى الآثار التي تترتب بعد نفاذه على
المراكز القانونية التي تكونت أو بدأ تكوينها في ظل القانون القديم . وهذا على التفصيل
الذي تقدم ذكره (١) :

١٧٢ - تطبيقات مبدأ الأثر المباشر للقانون :

نحيل إلى التطبيقات التي تقدم ذكرها عند الكلام في مبدأ الأثر المباشر للقانون
في النظرية الحديثة .
ونضيف إلى هذه التطبيقات ما يأتي :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦١ - ١٦٢ .

١٧٣ - (١) القانون العام :

تسرى القواعد القانونية التي تدخل في نطاق القانون العام بما لها من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذها ، ولو كان مترتباً على مركز قانوني نشأ قبل هذا النفاذ :

فالقانون الجديد الذي ينظم علاقة الموظف بالدولة على نحو جديد يسرى فور نفاذه على جميع الموظفين الذين التحقوا بخدمة الدولة قبل هذا النفاذ . كان يتضمن هذا القانون قواعد جديدة فيما يتعلق بالمرتبات أو نظام الترقية أو المعاش :

وقوانين الإجراءات الجنائية تسرى على كل ما يقع بعد نفاذها ، سواء تعلق الأمر بالاختصاص أو بإجراءات المحاكمة أو بتنفيذ العقوبة ، ولو كان ذلك مترتباً على فعل ارتكب قبل هذا النفاذ. أما الإجراءات التي تمت قبل هذا النفاذ فلا تمسها تلك القوانين ، بل تبقى خاضعة للقانون القديم الذي تمت في ظله :

إنما يلاحظ أن القوانين الجنائية التي تقرر جريمة جديدة أو تشدد عقوبة سابقة لا تسرى إلا على الأفعال التي تقع بعد نفاذها (م ٥ عقوبات) : حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص : وقد رأينا أن الدستور نص على هذه القاعدة (م ٢٥ من الدستور) * وأن الشارع نفسه لا يملك الخروج عليها (م ١٦٤ من الدستور) (١) :

كما يلاحظ أن القوانين الجنائية الأصحح للمتهم ، وهي التي تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة ، تسرى بأثر رجعي كما سبق أن ذكرنا :

١٧٤ - (٢) القانون الخاص :

(١) تسرى القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية بما لها من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذها ، ولو كان مترتباً على مركز قانوني نشأ قبل هذا النفاذ :
فالقانون الجديد الذي يرفع سن الرشد يسرى على كل شخص لم يبلغ السن المقررة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ .

فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصرا حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيدا في حكم القانون القديم :

والقانون الذى يفرض على الزوج الذى يريد الطلاق أن يستصدر حكما من القاضى بذلك بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده ، يسرى على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا فى ظل القانون القديم :

والقانون الذى يعدل من القواعد المتعلقة بآثار الطلاق ، كالنفقة أو الحضانة ، يسرى على ما يستحق من نفقة أو يتم من حضانة بعد نفاذه . ولكنه لا يسرى على ما استحق من نفقة أو تم من حضانة قبل هذا النفاذ .

(ب) كذلك تسرى القوانين المتعلقة بالحقوق العينية من وقت نفاذها بأثر مباشر على جميع أصحاب هذه الحقوق .

فالقانون الجديد الذى يعدل من أحكام الملكية ، كأن يفرض قيودا جديدة للملكية أو يحرم المالك من بعض السلطات التى كانت مخولة إياه من قبل ، يسرى على الملكيات القائمة وقت نفاذه :

وإذا كان المركز القانونى لصاحب الحق قد أدركه القانون الجديد وهو فى دور التكوين أو الانقضاء ، فإن هذا القانون يسرى على ما يتم بعد نفاذه من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولكنه لا يسرى على ما تم قبل ذلك النفاذ من هذه العناصر : وقد سبق أن رأينا أمثلة لذلك فى حالتى الوصية والتقدم (١) :

(ج) وتسرى القوانين المتعلقة بإبرام التصرفات على ما يبرم بعد نفاذها ، وذلك سواء تعلقت بشروط الانعقاد أو الصحة .

فالقانون الذى يعدل من شروط إبرام العقد ، كأن يتطلب شكلا معيناً لإبرامه لم يكن مقررا من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بالأهلية اللازمة لإبرامه ، يسرى على كل عقد يبرم بعد نفاذه . ولكنه لا يسرى على ما أبرم قبل هذا النفاذ ، حيث يسرى القانون القديم الذى أبرم العقد فى ظله :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٢ .

فإذا صدر قانون جديد يتطلب في خصوص عقد معين أن ينعقد بورقة رسمية ، بعد أن كان يجوز إبرامه بورقة عرفية ، فإنه يسرى على كل عقد يبرم بعد نفاذه ، ولكنه لا يمس العقود التي أبرمت صحيحة قبل نفاذه بورقة عرفية وفقا لحكم القانون القديم .

وإذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد ، فعاد الشخص قاصرا بمقتضى هذا القانون بعد أن كان رشيد وفقا لحكم القانون القديم ، فإن القانون الجديد يسرى على ما يبرمه هذا الشخص من تصرفات بعد نفاذه ، ولكنه لا يمس التصرفات التي أبرمت صحيحة قبل هذا النفاذ في ظل القانون القديم . وسنعود إلى هذه الصورة عند الكلام في الحلول التشريعية لبعض صور التنازع .

(د) وفيما يتعلق بالقوانين الخاصة بأدلة الإثبات تجب التفرقة بين نوعين من هذه القوانين (١) ٥

النوع الأول يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التي يكون مفروضا فيها أن تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على إثبات الوقائع التي تحدث بعد نفاذها . أما الوقائع السابقة على هذا النفاذ فتخضع في إثباتها للقانون الذي وقعت في ظله ، ولو كان يجرى إثباتها في ظل القانون الجديد الذي يعدل من قواعد الإثبات .

وعليه فالأدلة التي تعد مقدما ، أي تعد عند نشوء الواقعة المراد إثباتها وقبل وقوع أي نزاع ، وهي الكتابة ، يخضع الإثبات بها للقانون الذي نشأت في ظله الواقعة التي يجرى إثباتها (م ٩ مدني) . فإذا صدر قانون جديد يرفع نصاب البيئة مثلا من عشرة جنيهات إلى عشرين جنيها ، فإن التصرفات القانونية التي تراوح قيمتها بين هذين الحدين وتكون قد نشأت تحت سلطان القانون القديم تظل محكومة به فتجب الكتابة في إثباتها . وسنعود إلى هذه الصورة عند الكلام في الحلول التشريعية لبعض صور التنازع ، حيث نص القانون على هذا الحكم .

وتأخذ القرائن القانونية حكم الأدلة التي تعد مقدما (١). فالشارع في هذه القرائن يستمد مع واقعة معينة دليلا لصالح المدعى يغنيه عن الإثبات. وبذلك يعتبر هذا الدليل أنه قد أعد وقت قيام هذه الواقعة، ويكون الفارق بينه وبين الحالة السابقة أن الدليل بدل أن يعد بواسطة الأفراد قد تكفل القانون بإعداده. ومن ثم تخضع هذه القرائن لحكم القانون المطبق وقت قيام الواقعة التي تستمد منها القرينة. وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فقالت: «تسرى في شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها في الوقت الذي تم فيه العمل أو الحادث الذي تترتب عليه القرينة القانونية». ولكن حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها (٢)؛ فإذا أقام قانون جديد قرينة لم ينص عليها القانون القديم، فإن الوقائع التي تقوم عليها هذه القرينة وتكون قد حدثت في ظل القانون القديم لا تكون لها حتميات القوة في الدلالة؛ وإنما يخضع تقديرها لحكم القانون القديم. مثل ذلك القرينة المنصوص عليها في المادة ٩١٧ مدنى، حيث اعتبر الشارع احتفاظ المورث بمجازة العين التي تصرف فيها إلى أحد ورثته وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته قرينة على أن التصرف وصية؛ فقد استحدثها التقنين المدنى الحالى، ومن ثم لا تسرى على التصرفات التي أبرمت قبل نفاذه (٣).

وقد ذهب رأى إلى أن الأصل في قواعد الإثبات هو سريانها على جميع الوقائع التي يجرى إثباتها بعد نفاذها حتى لو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ. ولكن هذا الزعم غير صحيح على إطلاقه. فهو لا يصدق إلا على الأدلة التي لا يكون مفروضا فيها أن تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة التي يجرى إثباتها، وهى التي يشملها النوع الثانى من القوانين التي نحن بصدددها. إذ أن تطلب توفر الدليل في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها، سواد كان ذلك من طريق الكتابة أو من طريق استخلاص

(١) انظر في هذا المعنى: المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى للتقنين المدنى في مجموعة الأعمال

ج ١ ص ٢٢٦ فى المامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية لتقنين المدنى المرجع السابق ، ص ٢٢٧ .

(٣) راجع فى هذا الخصوص : كتابنا فى حق الملكية ، الطبقة الثانية فقرة ٥٣٩ .

قريبة قانونية ، يؤدي إلى نشوء مركز قانوني من حيث الإثبات في الوقت الذي كان يجب فيه توافر هذا الدليل . ومن ثم يخضع هذا المركز للقانون القائم وقت نشوئه .

والنوع الثاني يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التي لا يكون مفروضا فيها أن تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على الوقائع التي يجري إثباتها بعد نفاذها ولو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ . حيث يتعلق الأمر بأدلة تتوفر أثناء سير الخصومة . كما هو الشأن في الدليل الذي يستفاد من تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو امتناعه عن الإجابة بغير مبرر قانوني (م ١٧٣ مرافعات) :

(هـ) أما القوانين المتعلقة بآثار العقود الجارية ، وهي العقود التي نشأت في ظل القانون القديم وما زالت تنتج آثارها بعد نفاذ القانون الجديد ، فيفرق في شأنها بين القواعد الآمرة والقواعد المسكلة . حيث تسرى القواعد الآمرة بأثر مباشر على هذه الآثار نظرا إلى تعلقها بالنظام العام ، بينما لا تسرى القواعد المسكلة استثناء فتظل الآثار خاضعة للقانون القديم الذي نشأ العقد تحت سلطانه . ولذلك نتكلم عنها فيما يلي ونحن نعرض للأثر المستمر للقانون القديم :

رابعا : استثناء من مبدأ الأثر المباشر

الأثر المستمر للقانون القديم

١٧٥ — معنى الأثر المستمر للقانون القديم وصور تطبيقه :

الأصل ، كما رأينا ، أن يسرى القانون الجديد بما له من أثر مباشر على الآثار التي ترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم وعلى طرق انحلالها .

ولكن استثناء من هذا الأصل يظل القانون القديم يسرى على ما يترتب بعد إلغائه من آثار العقود التي نشأت تحت سلطانه وعلى طرق انحلالها . فهذا هو الأثر المستمر للقانون القديم .

غير أن هذا الاستثناء ليس مطلقا، وإنما يتحدد نطاقه في ضوء الأساس الذى يقوم عليه ، وهو انتفاء العلة من تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد وفقا لما فصلناه فيما تقدم . وقد سبق أن عرضنا للمعايير التى اتخذت لتحديد هذا النطاق عند مناقشتنا لعيوب النظرية الحديثة ، و انتهينا إلى تفضيل معيار النظام العام والآداب على إطلاقه (١) . فإذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد أمرة فإنها تسرى على الآثار المستقبلية لهذه العقود الجارية وعلى طرق انحلالها . أما إذا كانت قواعد مكملة فلا تسرى ، وإنما يظل القانون القديم ساريا . فهذا هو النطاق الذى يؤخذ فيه بالأثر المستمر للقانون القديم .

وقد أخذ المشروع التمهيدى للتقنين المدنى بهذا رأى ، حيث كان ينص فى المادة السابعة منه على أنه « إذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه فإن القانون المنسوخ يظل مع ذلك ساريا على الروابط والحالات القانونية التى نشأت تحت سلطانه وكانت مترتبة على إرادة المتعاقدين مالم يوجد نص يقضى بغير هذا أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب » (٢) . وهو الرأى الذى يؤيده أغلب الفقه المصرى كما أخذت تستقر عليه أحكام محكمة النقض (٣) .

(١) انظر فيما تقدم ١٦٤ و ١٦٥ .

(٢) مثل هذا النص فى لجنة المراجعة فأصبح يجرى على النحو الآتى : « لا يعمل بالتصوىص التشريعية إلا من وقت صيرورتها نافذة فلا تسرى على ماسبق من الوقائع إلا إذا وجد نص فى التشريع الجديد يقضى بغير ذلك أو كان التشريع الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب » . ثم حذف فى لجنة مجلس الشيوخ لورود حكمه فى الدستور (مجموعة الأعمال التحضيرية لتقنين المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٤ - ٢١٦) .

(٣) نقض مدنى فى ٢١ مايو ١٩٥٣ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ٤ - ١٠٢٨ - ١٦١ . وفى ١٦ فبراير ١٩٥٦ ، نفس المجموعة ٧ - ٢٤١ - ٣٣ . وفى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ ، نفس المجموعة ٩ - ٨٣٩ - ١١٠ .

١٧٦ - تطبيقات :

على أساس ما انتهينا إليه الآن في ضوء معيار النظام العام والآداب من التفرقة في هذا المصدد بين ما إذا كانت قواعد القانون الجديد أمرة وما إذا كانت مكملة ، نسوق التطبيقات الآتية :

أولا : تطبيقات يؤخذ فيها بمبدأ الأثر المستمر للقانون القديم :

(١) كان التقنين المدني القديم لا يلزم المؤجر بالقيام بأية ترميمات في العين المؤجرة إلا إذا اتفق على ذلك (م ٣٧٠ / ٤٥٣ مدني قديم) . ثم جاء التقنين الحالي ففرض على المؤجر أن يقوم بجميع الترميمات الضرورية ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك (م ٥٦٧ مدني) ، فهذه القاعدة الجديدة التي بمقتضاها يلزم المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية على خلاف ما كان مقررا من قبل قاعدة مكملة ، إذ أنها لا تتعلق بالنظام العام ، ولذلك لا تسرى على عقود الإيجار التي أبرمت في ظل القانون القديم ، وإنما تظل تلك العقود محكومة بهذا القانون .

(٢) إذا فرضنا أن عقد بيع أبرم في ظل قانون يجعل نفقات العقد على المشتري ، ثم صدر قانون جديد يجعل هذه النفقات مناصفة بين الطرفين ، فإن القانون القديم يظل يحكم العقد الذي أبرم في ظله ، لأن هذه القاعدة الجديدة قاعدة مكملة ، إذ أنها لا تتعلق بالنظام العام .

ثانيا : تطبيقات يؤخذ فيها بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد :

(١) الفائدة الاتفاقية : كان التقنين المدني القديم يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ٨٪ ، بمعنى أنه لا يجوز الاتفاق على سعر للفوائد يزيد عن ذلك (١٢٥ / ١٨٥ مدني قديم) . ثم خفض التقنين المدني الحالي هذا السعر إلى ٧٪ (م ٢٢٧ مدني) .

والإشكال هنا لا يتعلق بالقواعد التي تستحق عن المدة السابقة على نفاذ القانون الجديد ، فهذه تخضع للقانون القديم الذي استحققت في ظله ، فلا يسرى عليها القانون الجديد طبقا لمبدأ عدم الرجعية .

إنما يثور الإشكال بالنسبة إلى الفوائد التي تستحق بعد نفاذ القانون الجديد ،
ويلاحظ في ضوء ما عرضناه من خلاف في هذا الصدد أنه طبقاً للنظرية الحديثة
(رأى الأستاذ روبييه) لا تسرى القاعدة الجديدة على هذه الفوائد ، وإنما يسرى
القانون القديم بماله من أثر مستمر ، لأن هذه القاعدة تتعلق بمركز عقدي لا بنظام قانوني .
وكذلك يكون الحل طبقاً للرأى الذى رأيناه يأخذ بمعيار النظام العام على نحو مقيد ،
حيث يقصر تطبيق القانون الجديد على الحالة التي تكون فيها قواعده ذات أهمية بالغة
لارتباطها بالنظام العام للجماعة بأسرها ، فينتهى إلى أن القاعدة الخاصة بسعر الفائدة
الاتفاقية لا ترقى إلى هذا المستوى . وهو ما يعبر عنه البعض بالفرقة بين قواعد النظام
العام التي يراد بها حماية مصلحة عامة وتلك التي تحمي مصالح خاصة ، فيرى أن القاعدة
المذكورة من قبيل هذا النوع الأخير من قواعد النظام العام ، ولذلك لا تسرى القاعدة
الجديدة في هذا النطاق .

ولكن الرأى الصحيح الذى انتهينا إليه ، وهو الأخذ بمعيار النظام العام والآداب
على إطلاقه ، بحيث تسرى القاعدة الجديدة إذا كانت آمرة بما لها من أثر مباشر ،
يؤدى إلى سريان السعر الجديد للفائدة الاتفاقية وهو ٧٪ على الفوائد التي تستحق من
تاريخ نفاذ التقنين المدنى الحالى ، وهو ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، نظراً إلى تعلق القاعدة
بالنظام العام . أما الفوائد التي استحققت قبل هذا التاريخ فيسرى عليها السعر القديم :

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى في هذا المعنى
ما يأتى : « وبديهي أن أثر هذا التخفيض لا يستند إلى الماضى . فسيظل السعر المقرر
بمقتضى النصوص الحالية (التقنين المدنى القديم) قائماً إلى تاريخ العمل بأحكام التقنين
الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة
للعقود التي تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية » (١) .

وهذا كما قلنا هو الرأى الذى يؤيده أغلب الفقه المصرى ، والذى أخذت تستقر
عليه أحكام محكمة النقض (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى ؛ ج ٢ ، ص ٥٨٤ .

(٢) نقض مدنى فى ٢١ مايو ١٩٥٣ المشار إليه . وفى ١٦ فبراير ١٩٥٦ المشار إليه .

وفى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ المشار إليه .

(٢) الظروف الطارئة : كانت القاعدة التي تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين قاعدة مطلقة في التقنين المدنى القديم ، بمعنى أنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين . ولكن الشارع في التقنين الحالى استحدث قيدا على هذه القاعدة ، إذ جعل للقاضى سلطة تعديل العقد إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب عليها أن صار تنفيذ العقد مرهقا للمدين إلى حد يهدده بخسارة فادحة ، ونص على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٧/٢ مدنى) .

فهذه القاعدة الجديدة تتعلق بالنظام العام ، حيث جعلها الشارع قاعدة آمرة . ويثور بالنسبة إليها ذات الخلاف الذى أشرنا إليه فى خصوص التطبيق السابق : ولكن الحل الصحيح وفقا لما قلناه أنه فيما يتعلق بالعقود التى أبرمت فى ظل التقنين القديم وتراخى تنفيذها إلى ما بعد نفاذ التقنين الحالى ، تسرى القاعدة الجديدة على وقائع التنفيذ التى تتم بعد هذا النفاذ ، أما الواقع التى تمت قبل هذا النفاذ فلا تمسها تلك القاعدة .

(٣) والقانون الذى يفرض سعرا إلزاميا للعملة الورقية يسرى بما له من أثر مباشر على العقود التى أبرمت فى ظل القانون القديم ولم يتم تنفيذها إلا بعد نفاذ القانون الجديد . فإذا كانت هناك عقود أبرمت فى ظل القانون القديم واتفق فيها على الدفع بالذهب ، فإن المدين فى هذه العقود الذى يقوم بالوفاء فى ظل القانون الجديد يحق له أن يوفى بالعملة الورقية ، رغم شرط الدفع بالذهب الوارد فى العقد والذى كان صحيحا وفقا لأحكام القانون القديم . إذ أن القاعدة التى تفرض سعرا إلزاميا للعملة الورقية تتعلق بالنظام العام .

المطلب الرابع

الحلول التشريعية لبعض صور التنازع في الزمان

١٧٧ - إحصاء هذه الصور :

وضع الشارع قواعد لحل تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة إلى بعض الصور الهامة . وقد توزعت هذه القواعد في تقنيات مختلفة بحسب طبيعة القوانين التي يقوم التنازع بينها :

فعرض في التقنين المدني لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالأهلية ، والتقدم ، وبعض أدلة الإثبات .

وعرض في تقنين المرافعات المدنية والتجارية لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالمرافعات :

وعرض في تقنين العقوبات لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالعقوبات ، أى التي تبين الجرائم والعقوبات المقررة لها ،
وسنعرض لهذه القواعد بهذا الترتيب :

١٧٨ - القوانين المتعلقة بالأهلية :

نصت المادة ٦ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي : ١ - النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص . وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة .

وبين هذا النص الحل الذي يتبع في حالة التنازع بين قانونين متعاقبين فيما يتعلق بالأهلية . حيث يتناول المسألتين اللتين يثور البحث في شأنهما في هذه الحالة : الأولى تتعلق بمركز الشخص من حيث الأهلية ، والثانية تتعلق بالتصرفات التي صدرت منه في ظل القانون القديم .

١ - الأهلية : فيما يتعلق بمركز الشخص من حيث الأهلية يسرى القانون الجديد على جميع الأشخاص : فإذا كان هذا القانون قد رفع سن الرشد فإن كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه عند نفاذه يعتبر قاصرا من وقت هذا النفاذ حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيدا في ظل القانون القديم : وإذا كان القانون قد خفض سن الرشد فإن كل شخص بلغ السن المقررة فيه عند نفاذه يعتبر رشيدا من وقت هذا النفاذ حتى لو لم يبلغ السن المقررة في القانون القديم فكان يعتبر قاصرا في ظل هذا القانون .

وهذا الحل الذي تقضى به الفقرة الأولى من النص المذكور يتفق بشطريه مع فقه النظرية التقليدية . ففي حالة رفع سن الرشد يسرى القانون الجديد على أساس تعلق قواعده بالنظام العام ، وفي حالة تخفيض سن الرشد يسرى هذا القانون على أساس عدم وجود حق مكتسب . كما أنه يتفق في حالة تخفيض سن الرشد مع فقه النظرية الحديثة ، وذلك على أساس أن مركز القاصر لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم ، فيسرى عليه القانون الجديد بما له من أثر مباشر حيث يقرر انقضاءه من وقت نفاذه . أما في حالة رفع سن الرشد فإن الحل لا يتفق مع ما يراه الأستاذ روبييه من أن الشخص إذا بلغ سن الرشد في ظل القانون القديم يكون مركزه باعتباره قاصرا قد انقضى ، ومن ثم لا يجوز تطبيق القانون الجديد عليه وإعادة قاصرا ، إذ أن مبدأ عدم الرجعية يحول دون سريان القانون على انقضاء المراكز القانونية الذي تم قبل نفاذه .

ولكننا نعتقد أن هذا الحل الذي ورد في النص هو الحل السليم على أساس أن القانون الجديد يسرى في الحالين بمقتضى أثره المباشر . ففي حالة رفع سن الرشد يسرى القانون الجديد بأثر مباشر على مركز الشخص باعتباره رشيدا ، فيعيده قاصرا إذا لم يكن قد بلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، إذ أنه يملك إعادة النظر في المراكز القائمة وقت نفاذه بما له من أثر مباشر بالنسبة إلى المستقبل . وفي حالة تخفيض سن الرشد يسرى القانون الجديد بأثر مباشر على مركز الشخص باعتباره قاصرا ، إذ أن هذا المركز لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم ، فيسرى عليه القانون الجديد بما له من أثر مباشر حيث يقرر انقضاءه من وقت نفاذه .

٢ - التصرفات : فيما يتعلق بالتصرفات التي أبرمها الشخص في ظل القانون

القديم تناولت الفقرة الثانية من النص المذكور حالة ما إذا كان الشخص رشيدا في ظل القانون القديم ثم عاد قاصرا وفقا للقانون الجديد الذى يرفع سن الرشد ، فقضت بأن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة . ومعنى ذلك أن القانون الجديد لا يسرى على التصرفات التى أبرمها هذا الشخص في ظل القانون القديم ، بل تظل هذه التصرفات محكمة بالقانون الذى تمت في ظله . فإذا كان هذا الشخص قد أبرم في ظل القانون القديم تصرفا صحيحا باعتباره كامل الأهلية ، فإن التصرف يظل صحيحا كما كان وفقا لحكم هذا القانون :

أما الحالة الأخرى التى يصبح فيها الشخص رشيدا وفقا للقانون الجديد الذى يخفض سن الرشد بعد أن كان قاصرا في ظل القانون القديم ، فلم يتناولها النص لوضوح حكمها ، وهو ذات الحكم المقرر في الحالة الأولى : حيث لا يسرى القانون الجديد على التصرفات التى أبرمها هذا الشخص في ظل القانون القديم . فإذا كان هذا الشخص قد أبرم في ظل القانون القديم تصرفا غير صحيح باعتباره ناقص الأهلية ، فإن التصرف يظل باطلا أو قابلا للإبطال كما كان وفقا لحكم هذا القانون .

ويتفق هذا الحل مع مبدأ عدم الرجعية في كل من النظريتين التقليدية والحديثة : فأساسه في النظرية التقليدية أن القانون الجديد لا يجوز أن يمس حقا مكتسبا . وأساسه في النظرية الحديثة أن القانون الجديد لا يمس تكوين المراكز القانونية الذى تم في ظل القانون القديم . وهذا التصور الأخير هو الذى نراه صالحا وفقا لما ذكرناه في المبادئ العامة التى انتهينا إليها (١) :

١٧٩ - القوانين المتعلقة بالتقادم :

من الواضح أنه إذا صدر قانون جديد يتعلق بالتقادم ، سواء كان التقادم مكتسبا أو مسقطا ، فلا يسرى هذا القانون على التقادم الذى اكتمل بانقضاء مدته في ظل القانون القديم ، وذلك طبقا لمبدأ عدم الرجعية . ومن الواضح كذلك أن القانون الجديد يسرى على التقادم الذى يبدأ سريانه بعد نفاذه ، وذلك طبقا لمبدأ الأثر المباشر للقانون .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٧ .

إنما تثور الصعوبة إذا كان التقادم قد بدأ في ظل القانون القديم ولم يكن قد اكتمل عند نفاذ القانون الجديد . حيث يتعلق الأمر في هذه الحالة بمركز قانون أدركه القانون الجديد وهو في دور التكوين أو الانقضاء ، فيسرى ذلك القانون على ما تم بعد نفاذه من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء بمقتضى أثره المباشر ، ولكنه لا يسرى على ما تم قبل هذا النفاذ من عناصر وفقا لمبدأ عدم الرجعية .

وقد تكفلت المادتان ٧ و ٨ من التقنين المدني ببيان الحلول التي تتبع في هذه الحالة . وسنعرض منها أولا الحلول التي يقضى بها مبدأ عدم الرجعية ، ثم الحلول التي يقضى بها مبدأ الأثر المباشر .

أولا : عدم رجعية القانون الجديد : نصت المادة ٧ / ٢ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « على أن النصوص القديمة هي التي تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقته وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » .

ذلك أنه وفقا لمبدأ عدم الرجعية لا يسرى القانون الجديد كما قلنا على ما تم قبل نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المركز القانوني ، بل تظل هذه العناصر محكومة بالقانون القديم . ولذلك يخضع التقادم للقانون القديم من حيث البدء والوقف والانقطاع ، وذلك عن المدة السابقة على نفاذ القانون الجديد . فإذا كان التقادم قد بدأ صحيحا وفقا للقانون القديم ظل كذلك من حيث بدء المدة . وإذا كانت المدة قد وقفت لسبب يقره هذا القانون أسقطت مدة الوقف من الحساب . وإذا كانت المدة قد انقطعت بسبب يقره هذا القانون أسقطت المدة السابقة على الانقطاع .

ثانيا : الأثر المباشر للقانون الجديد : نصت المادة ٧ / ١ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » .

وليبيان حكم هذا النص نفرق بين مدة التقادم وشروط التقادم الأخرى :

(١) شروط التقادم : القاعدة أن يسرى القانون الجديد الذي يعدل من شروط التقادم بما له من أثر مباشر على كل تقادم لم يكتمل . من ذلك أن يعدل القانون الجديد في الأحكام المتعلقة بقابلية الحق للتقادم أو أسباب الوقف أو الانقطاع . فالقانون الذي

يجعل مالا معينا غير قابل لأن يكسب بالتقادم بعد أن كان قابلا له يسرى على كل تقادم لم يكتمل في شأن هذا المال . والقانون الذى يعدل من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه يسرى على كل وقف أو قطع يحدث بعد نفاذه لتقادم لم يكتمل ، بحيث لا يقع هذا أو ذاك إلا بالأسباب التى أتى بها ذلك القانون .

(٢) مدة التقادم : القاعدة ، كما هو الحكم بالنسبة إلى شروط التقادم الأخرى ، أن يسرى القانون الجديد الذى يعدل من مدة التقادم بما له من أثر مباشر على كل تقادم لم يكتمل .

ولا صعوبة في تطبيق هذه القاعدة إذا كان القانون الجديد يطيل المدة ، إذ يجب الأخذ بالمدة الجديدة مع احتساب ما مضى منها في ظل القانون القديم . فإذا كانت المدة المقررة للتقادم في القانون القديم خمس عشرة سنة ، ومضى منها في ظل هذا القانون عشر سنوات ، ثم صدر قانون جديد يطيلها إلى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم إلا بمضى عشر سنوات أخرى تضاف إلى المدة التى مضت حتى تكتمل العشرون سنة التى يتطلبها القانون الجديد .

إنما تظهر الصعوبة إذا كان القانون الجديد يقصر المدة . وقد كان الحل في هذه الحالة محل خلاف فحسمه الشارع . ذلك أن القاعدة كما قلنا أن يسرى القانون الجديد في هذه الحالة بما له من أثر مباشر . ومقتضى هذا أن يؤخذ بالمدة الجديدة مع احتساب ما انقضى من المدة السارية . غير أن هذا من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ، مما جعل الشارع لا يتقيد بتلك القاعدة ، بغية الوصول إلى حلول أدنى إلى تحقيق العدالة والاستقرار (١) .

حيث تجب الضيقة في هذا الشأن بين صورتين :

الصورة الأولى أن يكون الباقي من المدة التى يتطلبها القانون القديم أطول من المدة التى قررها القانون الجديد ، وحينئذ يصرف النظر عما انقضى من المدة في ظل القانون القديم ، ويبدأ سريان المدة الجديدة من وقت نفاذ القانون الجديد . وقد نصت المادة

(١) انظر للمذكرة الإيضاحية للمادة ٨ من في مجموعة الأعمال التحضيرية للضيق المدفج ٦

٨ / ١ مدني على هذا الحل فقالت : «إذا قرر النص الجديد مدة للتقدم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك » . فإذا كانت مدة التقدم وفقا للقانون القديم خمس عشرة سنة ، وبعد مضي ثلاث سنوات من بدء سريان التقدم صغر قانون جديد يقصر المدة إلى عشر سنوات ، فإن الباقي من المدة السابقة وهو اثنا عشرة سنة يكون أطول من المدة التي قررها القانون الجديد ، فيصرف النظر عن مدة الثلاث سنوات التي انقضت ، وتبدأ من وقت نفاذ القانون الجديد المدة التي يحددها هذا القانون وهي عشر سنوات ، حيث يتم التقدم بانتهاء هذه المدة الجديدة . ويمتاز هذا الحل بأنه أقرب إلى العدالة ، حيث يتخذ مسلكا وسطا بين المدة القديمة والمدة الجديدة .

والصورة الثانية أن يكون الباقي من المدة التي يتطلبها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد . وحينئذ لا يسرى القانون الجديد ، بل يستمر التقدم إلى أن تنتهي مدته وفقا للقانون القديم . ففي هذه الصورة يؤخذ بالأثر المستمر للقانون القديم . وقد نصت المادة ٨ / ٢ مدني على هذا الحل فقالت : « أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقدم يتم بانقضاء هذا الباقي » . فإذا كانت مدة التقدم وفقا للقانون القديم خمس عشرة سنة ، وبعد مضي عشر سنوات من بدء سريان التقدم صغر قانون جديد يقصر المدة إلى عشر سنوات ، فإن الباقي من المدة السارية وهو خمس سنوات يكون أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد ، فيستمر التقدم خمس سنوات من وقت نفاذ القانون الجديد ، حيث يتم بانقضاء هذا الباقي وفقا للقانون القديم : وقد أخذ الشارع بهذا الحل على خلاف ما أخذ به في الصورة الأولى ، لأن صرف النظر عما انقضى من المدة في ظل القانون القديم والأخذ بالمدة الجديدة يؤدي إلى إطالة المدة عما كانت عليه في القانون القديم مع أن الشارع يريد تقصيرها . كذلك لم يأخذ الشارع بالقاعدة العامة في الأثر المباشر للقانون الجديد ، لأن الأخذ بالمدة الجديدة مع احتساب ما انقضى من المدة في ظل القانون القديم يؤدي إلى اعتبار التقدم مكتملا فور نفاذ القانون الجديد ، فيكون في هذا مفاجأة لمن يسرى التقدم ضده ويحرمه من فرصة المطالبة بحقه .

١٨٠ - القوانين المتعلقة بالأدلة المصورة لمؤينات :

نصت المادة ٩ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقديا النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعدادده » .

وقد سبق أن عرضنا لهذه الصورة من التنازع عند الكلام في تطبيقات الأثر المباشر للقانون فيما يتعلق بالقوانين الخاصة بأدلة الإثبات . حيث فرقنا في هذا الشأن بين نوعين من هذه القوانين : النوع الأول يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التي يكون مفروضا فيها أن تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على إثبات الوقائع التي تحدث بعد نفاذها ، أما الوقائع السابقة على هذا النفاذ فتخضع في إثباتها للقانون الذي وقعت في ظله . وقد رأينا أن الأدلة التي تعد مقديا ، وهي الكتابة ، تعتبر من هذا القليل ومن ثم يخضع الإثبات بها للقانون الذي نشأت في ظله الواقعة التي يجري إثباتها ، وهو ماقرره النص المذكور . إذ أن تطلب توفر الدليل في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها يؤدي إلى نشوء مركز قانوني مع حيث الإثبات في الوقت الذي كان يجب فيه توافر هذا الدليل ، ومن ثم يخضع هذا المركز القانوني للقانون القائم وقت نشوئه . والنوع الثاني يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التي لا يكون مفروضا فيها أن تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على الوقائع التي يجري إثباتها بعد نفاذها ولو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ . حيث يتعلق الأمر بأدلة تتوفر أثناء سير الخصومة .

ونكتفي بالإحالة إلى ما تقدم من تفصيل في هذا الخصوص (١) :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٧٤ .

١٨١ - قوانين المرافعات :

نص تقنين المرافعات المدنية والتجارية في المادتين الأولى والثانية منه على الحلول التي تتبع عند التنازع بين قوانين المرافعات . وسنعرض منها أولا الحلول التي يقضى به مبدأ عدم الرجعية ، ثم الحلول التي يقضى بها مبدأ الأثر المباشر :

أولا : عدم رجعية القانون الجديد : نصت المادة ١/٢ مرافعات في هذا الصدد على ما يأتي : « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك » .

فبمقتضى مبدأ عدم الرجعية يخضع كل إجراء من إجراءات المرافعات للقانون الذي تم تحت سلطانه . فإذا اتخذ إجراء صحيح وفقا لأوضاع التي يتطلبها القانون القائم وقت مباشرته فإنه يبقى صحيحا ، ولو صدر بعد ذلك قانون جديد يستلزم أوضاعا أخرى لصحة هذا الإجراء . إذ أن تطبيق القانون الجديد على هذا الإجراء يعتبر سريانا على الماضي . مثل ذلك أن المادة ٣٨٩ من تقنين المرافعات الحالي توجب اشتغال صحيفة المعارضة على أسبابها وإلا كانت باطلة . بينما لم يكن التقنين القديم يتطلب ذلك . فإذا أعلنت صحيفة المعارضة في ظل التقنين القديم دون بيان الأسباب فإنها تظل صحيحة رغم صدور التقنين الجديد قبل الفصل في المعارضة .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على تطبيق خاص لعدم الرجعية فقالت : « ولا يجوز ما يستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها » . فإذا استحدث القانون الجديد ميعادا للسقوط فإن المدة التي يقوم عليها هذا الميعاد لا يبدأ سريانها إلا من وقت نفاذ ذلك القانون . مثل ذلك أن المادة ٩١ من تقنين المرافعات الحالي استحدثت ميعادا للسقوط ، حيث قضت باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا بقيت مشطوبة ستة شهور دون أن يطلب المدعى السير فيها . وعليه فيا النسبة إلى الدعوى التي شطبت في ظل التقنين القديم لا يسقط حق المدعى في طلب السير فيها إلا بمضي ستة شهور من وقت نفاذ التقنين الحالي ، وليس من تاريخ شطبها .

ثانيا : الأثر المباشر للقانون الجديد : نصت المادة الأولى مرافعات في هذا الصدد

على ما يأتي : «تسرى قوانين المرافعات على مالم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها . . . »

فبمقتضى مبدأ الأثر المباشر تسرى قوانين المرافعات من وقت نفاذها على الدعاوى التي رفعت في ظل القانون القديم ولم يصدر فيها قبل هذا النفاذ حكم في الموضوع ؛ سواء كان هذا الحكم نهائيا أو غير نهائي . فإذا كانت الدعوى لا تزال منظورة أمام القضاء ، ثم صدر قانون جديد يجعلها من اختصاص محكمة أخرى غير التي تنظرها ، وجب أن تحال إلى تلك المحكمة الأخرى التي أصبحت مختصة . وإذا صدر قانون جديد يعدل في الإجراءات التي تتبع في الدعوى فإنه يسرى على كل إجراء لم يتم قبل نفاذه .

غير أن الشارع بعد أن قرر مبدأ الأثر المباشر على هذا النحو في صدر المادة المذكورة ، أورد عليه الاستثناءات الثلاثة الآتية ، حيث أخذ فيها بالأثر المستمر للقانون القديم :

(١) «القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى» : فإذا رفعت دعوى أمام المحكمة المختصة ، وأخذت المحكمة في نظرها إلى أن قفلت باب المرافعة فيها تمهيدا لإصدار الحكم ، ثم صدر قانون جديد يجعلها من اختصاص محكمة أخرى ، فإن المحكمة التي كانت تنظرها تستمر ولايتها رغم ذلك فتصدر الحكم فيها (١) . وعلة هذا الاستثناء أن المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم تقتضيان ألا ينظر من جديد في نزاع تم بحجه وأصبح صالحا للفصل فيه .

(٢) «القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها» . فإذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات ، سواء كان ميعادا للطعن كالطعن بالمعارضة أو الاستئناف أو كان ميعاد سقوط ، ثم صدر قبل تمامه قانون جديد يعدل منه بأن يطيله أو يقصره ، فلا يسرى عليه القانون الجديد ، بل يظل خاضعا للقانون القديم الذي بدأ

(١) والفرض في هذا ألا يكون القانون الجديد قد ألغى المحكمة التي تنظر الدعوى . فإذا ألغيت هذه المحكمة فلا ينطبق حكم الاستثناء ، إذ أن الإلغاء يتحقق فور نفاذ القانون الجديد ، فتنتقل الدعاوى التي كانت منظورة أمامها إلى المحكمة التي حددها هذا القانون .

في ظله إلى أن ينتهى وفقا لحكمه . وهذا الحل يخالف ما أخذ به الشارع في التقنين المدنى فيما يتعلق بمدد التقادم ، وذلك رغبة في تبسيط طريقة حساب المواعيد .

(٣) « القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق » : فإذا صدر قانون يلغى طريقا للطعن كان مفررا من قبل ، أو ينشئ طريقا لم يكن مقورا من قبل ، فلا يسرى هذا القانون على الأحكام التى صدرت قبل نفاذه : ومن ثم إذا صدر حكم فى ظل قانون يجيز الطعن فيه مثلا بالاستئناف ، ثم جاء قانون جديد يجعله غير قابل للاستئناف ، فلا يسرى هذا القانون الجديد ، بل يبقى الحكم قابلا للاستئناف وفقا للقانون الذى صدر فى ظله . وكذلك يكون الحل فى الصورة العكسية .

غير أنه يلاحظ أننا لا نكون بصدد استثناء حقيقى فى هذا المقام إلا إذا كان الحكم الصادر قبل نفاذ القانون الجديد غير نهائى : حيث يتعلق الأمر فى هذه الحالة بمركز قانونى لم يتم تكوينه بعد ، فيكون استمرار سريان القانون القديم عليه استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد . أما إذا كان الحكم قد أصبح نهائيا قبل نفاذه القانون الجديد ، فإن عدم سريان هذا القانون عليه لا يكون من قبيل الاستثناء ، بل يعتبر تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية . إذ تكون فى هذه الحالة بصدد مركز قانونى تم تكوينه فى ظل القانون القديم .

١٨٢ - قوانين العقوبات :

رأينا أن مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضى ولا يقيد الشارع : غير أن سلطة الشارع الخروج على هذا المبدأ تقتصر على المواد غير الجنائية .

فالقاعدة هى عدم رجعية قوانين العقوبات ، وهى القوانين التى تبين الجرائم والعقوبات المقررة لها . وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد ، بحيث لا يجوز مطلقا أن يصدر قانون يعاقب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها . وقد رأينا أن الدستور

ينص على هذه القاعدة (م ٢٥ و ١٦٤) : كما نصت عليها المادة الخامسة من تقنين العقوبات فقالت : « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » (١) :

غير أن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة فيما يتعلق بقوانين العقوبات الأصلح للمتهم ، وهو استثناء لا يناقى الحرية الفردية ، إذ أن مصلحة الجماعة لا تدعو إلى مؤاخذه الشخص عن فعل أصبح مباحا أو معاقبته بعقوبة أشد مما يستحقه الفعل المنسوب إليه .

وقد نص تقنين العقوبات على هذا الاستثناء ؛ فبعد أن وضع الشارع القاعدة العامة المذكورة في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من هذا التقنين ، أورد في الفقرتين الثانية والثالثة مضمون هذا الاستثناء ؛ ثم استبعد في الفقرة الرابعة قوانين العقوبات المؤقتة من حكم الاستثناء ؛ ولهذا نتكلم في قوانين العقوبات الأصلح للمتهم ، ثم في قوانين العقوبات المؤقتة .

أولا : قوانين العقوبات الأصلح للمتهم : نصت المادة ٣٥/٢ عقوبات على حكم سريان هذه القوانين في الزمان فقالت : « ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم أفهو الذى يتبع دون غيره — وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه بوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية » :

فقوانين العقوبات الأصلح للمتهم هى التى تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة . وليبان مدى سريانها على الماضى لصالح المتهم يجب التفرقة بين الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى إذا صدر قانون جديد يمحو الجريمة ، أى يجعل الفعل الذى ارتكبه المتهم مباحا فلا يعاقب عليه بعد أن كان معتبرا جريمة . وفى هذه الحالة يسرى القانون الجديد بأثر رجعى ، فيستفيد منه المتهم ، لا فرق فى ذلك بين أن يكون هذا القانون قد أصبح نافذا قبل صدور حكم نهائى ضد المتهم أو بعد صدور الحكم . فإذا لم يكن قد صدر حكم نهائى تحكم المحكمة بالبراءة . وإذا كان قد صدر حكم نهائى يقف تنفيذه

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ .

الحكم وتنتهى آثاره الجنائية ، إذ أن تطبيق القانون الجديد حينئذ لا يقتضى إصدار حكم جديد ، ومن ثم لا يتعارض هذا التطبيق مع حجية الأمر المقضى .

والحالة الثانية إذا صدر قانون جديد يخفف العقوبة التى كانت مقررة للجريمة فى القانون القديم . وفى هذه الحالة نفرق بين فرضين :

الفرض الأول أن يصبح القانون الجديد نافذا قبل صدور حكم نهائى ضد المتهم ، أى قبل صدور حكم لم يعد قابلا للطعن فيه . وحينئذ يسرى القانون الجديد بأثر رجعى ، فيستفيد منه المتهم ، حيث تحكم المحكمة بالعقوبة المخففة .

والفرض الثانى أن يصبح القانون الجديد نافذا بعد صدور حكم نهائى ضد المتهم . وحينئذ لا يسرى القانون الجديد ، فلا يستفيد المتهم من تخفيف العقوبة ، إذ أن التخفيف عن المتهم فى هذا الفرض طبقا للقانون الجديد يتطلب حكما جديدا يقرر هذا التخفيف ، وهو أمر لم يعد جائزا لأنه يتعارض مع حجية الأمر المقضى .

ثانيا : قوانين العقوبات المؤقتة : نصت المادة ٥ / ٤ عقوبات فى خصوص هذه القوانين على ما يأتى : « غير أنه فى حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها » .

فلاستثناء الخاص بالقوانين الأصلح للمتهم لا يسرى حكمه بالنسبة إلى قوانين العقوبات المؤقتة . ويراد بهذه القوانين تلك التى ينص فيها على سريانها مدة محددة ، بحيث تلغى ضمنا بانقضاء هذه المدة بغير حاجة إلى صدور قانون يلغائها . كأن يصدر قانون يفرض حدا أقصى لأسعار بعض السلع ، ويقرر عقوبات توقع على من يخالفه ، ويحدد تاريخا معينا ينتهى فيه العمل به .

فإذا وقعت جريمة طبقا لأحكام قانون مؤقت ، ثم انتهت الفترة المحددة للعمل به ، فأصبح الفعل مباحا أو صدر قانون آخر يخفف العقوبة التى كانت مقررة له ، فلا يستفيد المتهم من ذلك ، بل يطبق عليه القانون الذى ارتكبت الجريمة تحت سلطانه . وذلك بشرط أن يكون لإنهاء الفترة المحددة لسريان القانون بعد قيام إجراءات الدعوى

ضد المتهم . لا فارق في هذا بين أن يكون قد صدر حكم نهائي ضد المتهم أو لم يكن قد صدر حكم ، إذ في الحالة الأولى ينفذ الحكم ، وفي الحالة الثانية يستمر السير في الدعوى . وهناك رأى يذهب إلى أن القوانين المؤقتة في حكم هذا النص لا تقتصر على القوانين التي ينص فيها على سريانها فترة محددة ، بل تشمل كذلك القوانين الاستثنائية التي تصدر في حالة الطوارئ ولو لم يكن منصوصاً فيها على مدة معينة لسريانها ، كالأوامر العسكرية التي تصدر أثناء قيام الأحكام العرفية ، حيث يكون سريانها رهيناً بالظروف الاستثنائية المؤقتة التي صدرت فيها . ولكن محكمة النقض لا تأخذ بهذا الرأي ، بل تقصر الحكم على القوانين المؤقتة التي ينص فيها على سريانها مدة محددة (١) . والعلة في عدم إجراء حكم الاستثناء على القوانين المؤقتة أنه ليس من المقبول أن يستفيد المتهم من مضي المدة التي يحددها القانون لسريانه .

الفصل الثاني

تفسير القانون

١٨٣ - معنى التفسير وتحديد مجار :

التفسير هو التعرف من ألفاظ النص أو فحواه على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية بحيث تتضح منه حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجلها .

ويبدو من هذا أن التفسير لا يرد إلا على المصدر الذي يأتي باللفظ والمعنى معا . فهو يتناول القواعد التشريعية ، لأن هذه القواعد تأتي في نصوص مكتوبة صادرة في صورة رسمية من السلطة المختصة . كما يتناول القواعد الدينية الواردة في الكتب السماوية كالقرآن ، أو في أحاديث الرسل ، لأن هذه القواعد تكون في أحاديث مكتوبة . أما القواعد العرفية فإنها لا ترد في ألفاظ محددة . فإذا أريد تطبيقها وجب لذلك

(١) نقض جنائي في ٢٨ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٧ ص ٦٣ رقم ٦٩ .

(١٦ - أصول القانون)

تقصي وجودها ، وهذا التقصي يؤدي بطبيعة الحال إلى الوقوف على معناها . وبذلك فإن التحرى عن وجود القاعدة العرفية يتضمن فى الوقت ذاته التعرف على حقيقة الحكم الذى تتضمنه ، فلا يبقى بعد ذلك ثمة مجال للتفسير .

وليس هنا مجال البحث فى تفسير القواعد الدينية ، إذ أن تفسير هذه القواعد يخضع لأصول معينة تختص بها الدراسات الدينية ، ومن ثم يقتصر بحثنا فى هذا المقام على تفسير القواعد التشريعية .

١٨٤ - أنواع التفسير :

التفسير ، بحسب الجهة التى تقوم به ، على أنواع ثلاثة ، هى التفسير التشريعى والتفسير الفقهى والتفسير القضائى .

فالتفسير التشريعى يتولاه الشارع نفسه ، ولذلك يتميز بطابع خاص يخالف المؤلف فى التفسير ، حيث تكون له قوة القانون : ولذلك نفرد له فرعاً خاصاً . أما التفسير الفقهى فيقوم به الفقه ، والتفسير القضائى يقوم به القضاء ، وهما يتفقان فى الأسس ، ولا يختلفان إلا من حيث الظروف التى يصدر فيها كل منهما . ولذلك نعرض لهما معاً :

الفرع الأول

التفسير التشريعى

١٨٥ - معنى التفسير التشريعى والسلطة التى تقوم به :

التفسير التشريعى هو الذى يتولاه الشارع . فقد يثور خلاف حول حقيقة الحكم الذى يتضمنه تشريع معين ، أو تقضى المحاكم بما يخالف المعنى الذى قصده الشارع من هذا الحكم . وفى هذه الحالة أو تلك قد يرى الشارع التدخل لبيان المعنى المقصود من التشريع .

والأصل أن يصدر التفسير التشريعى من السلطة ذاتها التى وضعت التشريع المراد

تفسيره . غير أن الضرورات العملية قد تقتضى أن تفوض السلطة التي وضعت التشريع سلطة أخرى في القيام بهذا التفسير .

ومن أمثلة التفسير التشريعي المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى صدر تفسيراً لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ الخاص بفرض سعر إلزامى للعملة الورقية . فقد قرر هذا المرسوم الأخير بطلان شرط الدفع بالذهب ، وجاءت صيغته في هذا المعنى مطلقة : ولكن المحاكم المختلطة فسرت أنه المقصود هو بطلان شرط الدفع بالذهب في المعاملات الداخلية دون المعاملات الدولية . فتدخل الشارع بمرسوم سنة ١٩٣٥ ، حيث أوضح أن بطلان شرط الدفع بالذهب المنصوص عليه في مرسوم سنة ١٩١٤ لا يقتصر على المعاملات الداخلية ، بل يشمل كذلك المعاملات الدولية .

ومن أمثلة التفسير التشريعي الذى يصدر من سلطة غير التي وضعت التشريع المراد تفسيره ، التفسيرات التشريعية التى يصدرها مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى لتفسير أحكام قانون الإصلاح الزراعى بمقتضى التفويض الوارد في هذا القانون : فقد نصت المادة ١٢ مكررة من هذا القانون على أن « لمجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى تفسير أحكام هذا القانون ، وتعتبر قراراته في هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً ، وتُنشر في الجريدة الرسمية » .

١٨٦ - مدى القوة الملزمة للتفسير التشريعي :

يعتبر التفسير التشريعي جزءاً متماً للتشريع المراد تفسيره . ولهذا رأينا أنه يسرى على الوقائع التى حصلت قبل صدوره مادام أنها قد حدثت في ظل التشريع المراد تفسيره . ومن ثم تكون له ذات القوة الملزمة التى للتشريع المراد تفسيره ، فيتقيد به القاضى عند تطبيق هذا التشريع .

غير أنه يحتمل أن تتجاوز السلطة التى تتولى التفسير التشريعي نطاق التفسير ، فتضع قواعد جديدة تحت ستار هذا التفسير : وهذا يقتضى التفرقة بين حالتين : الأولى ، إذا صدر التفسير التشريعي من سلطة تملك تعديل التشريع المراد تفسيره ، وحينئذ يكون للتفسير ملزماً ، حتى لو جاء متضمناً لقواعد جديدة ، بحيث

ينطوى على تعديل التشريع المراد تفسيره ، إذ أن السلطة التي أصدرته تملك هذا التعديل :

والثانية ، إذا صدر التفسير التشريعي من سلطة قامت به بمقتضى تفويض من السلطة المختصة بوضع التشريع المراد تفسيره : وحينئذ يجب على السلطة المفوضة أن تراعى الغرض المقصود من المهمة الموكولة إليها ، بحيث يكون ما يصدر عنها من قبيل التفسير الذى تحتمله النصوص المراد تفسيرها . فإن تجاوزت ذلك النطاق ، بحيث يعتبر ما صدر عنها فى حقيقته تعديلا للأحكام الواردة فى هذه النصوص ، فلا يكون لما أصدرته قوة ملزمة ، ويستطيع القاضى أن يمتنع عن تطبيقه بمقتضى ماله من حق الرقابة على صحة التشريعات .

الفرع الثانى

التفسير الفقهى والتفسير القضائى

١٨٧ - مقارنة بين التفسير الفقهى والتفسير القضائى :

يقصد بالتفسير الفقهى ذلك الذى يقوم به الفقهاء عند دراساتهم للقانون ، ويقصد بالتفسير القضائى ذلك الذى يتولاه القضاة حين يطبقون القانون على ما يرفع إليهم من أقضية . والتفسير بنوعيه هذين هو الذى يقصد من لفظ التفسير إذا أطلق ، وهو الذى يتناوله البحث فى مذاهب التفسير وطرقه .

ويتفق هذان النوعان من التفسير سواء فيما يتعلق بالمذهب الذى يعتنقه المفسر أو الطرق التى يسلكها فى التفسير . فهما لا يختلفان إلا فى الظروف التى يصدر فيها كل منهما . ذلك أن القضاة يفسرون القانون لتبين الحكم الذى يطبقونه على المنازعات المعروضة عليهم ، فهم يتأثرون فى ذلك بالظروف الواقعية التى تحيط بهذه المنازعات ، ويدخلون فى حسابهم ما يؤدى إليه الحل الذى يرونه من نتائج عملية . أما الفقهاء فهم يفسرون القانون بطريقة مجردة ، دون أن تكون تحت نظرهم حالات واقعية يراد

الفصل فيها ، فلا ينظرون فيما يرونه إلى ما يترتب عليه من نتائج عملية ، ولهذا يغلب على تفسيرهم الطابع النظرى .

على أن هذا لا يعنى انعدام الصلة بين الفقه والقضاء . فهناك تعاون وثيق يقوم بينهما فى تفسير القانون ، وهو تعاون تفرضه طبيعة الأشياء : حيث يستفيد كل منهما من عمل الآخر : فالفقيه ينير الطريق أمام القاضى ، وهذا يزود الفقيه بصور عملية لم تخطر له ، وبذلك يجمع التفسير فى الناحيتين بين الأصول النظرية والاعتبارات العملية : وكثيراً ما يحمل أحدهما الآخر على العدول عن رأيه .
وسنعرض فيما يلى للمذاهب العامة فى التفسير ، ثم لطرق التفسير :

المبحث الأول

مذاهب التفسير

١٨٨ - تعدد مذاهب التفسير :

اختلفت مذاهب التفسير باختلاف النظرة إلى حقيقة الدور الذى يقوم به الشارع فى وضع القواعد القانونية . فقد أدى هذا الاختلاف إلى تباين وجهات النظر فيما يجب البحث عنه عند التفسير لتحديد المعنى المقصود من النص :
حيث ظهرت مدارس فى هذا الصدد ، أهمها مدرسة الشراح على المتون والمدرسة التاريخية والمدرسة العلمية : وسنعرض لهذه المدارس ، ثم نتبين ما يؤخذ به منها فى تفسير القانون المصرى :

المطلب الأول

مدرسة الشرح على المتون

١٨٩ - مذهب مدرسة الشرح على المتون :

ظهرت مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص عقب وضع التقنيات الفرنسية في بداية القرن التاسع عشر . فقد ظفرت هذه التقنيات بقدر كبير من التقدير باعتبارها أول عمل تشريعي ضخم من نوعه ظهر في العصر الحديث ، حتى ساد الاعتقاد حينذاك أنها أحاطت بكل شيء . فأدى هذا إلى ظهور تلك المدرسة التي بالغ فقهاؤها في تقديس النصوص ، حتى جروا على شرحها نصاً نصاً بحسب الترتيب الذي وردت به في التقنين ، وبذلك عرفت باسم مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص . ويصدر مذهب هذه المدرسة عن فكرتها في أصل القانون وتكوينه : فهي ترد القانون إلى مشيئة الشارع ، وبذلك تعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون . وبناء على ذلك يذهب فقهاؤها إلى أن التفسير يجب أن يتجه أولاً إلى التعرف على إرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النصوص . ويستدل على هذه الإرادة من ألفاظ النص مع إعمال قواعد اللغة والمنطق . وإذا كان النص غامضاً وجب استجلاء هذه الإرادة بتقريب النصوص بعضها من البعض الآخر ، وكذلك الاستعانة بعناصر خارجية كحكمة التشريع والأعمال التحضيرية للنص ومصادره التاريخية :

فإذا لم توجد إرادة حقيقية للشارع في خصوص مسألة معينة ، نظراً إلى عدم وجود نص ينطبق مباشرة على هذه المسألة ، وجب الإلتجاء إلى إرادة الشارع المفترضة . ويراد بهذه الإرادة تلك التي يفترضها المفسر لدى الشارع لو أنه عرض لتلك المسألة ، وذلك في ضوء مسلك الشارع في النصوص الموجودة بالنسبة إلى المسائل الأخرى .

فتفسير النصوص في فقه هذه المدرسة هو البحث عن إرادة الشارع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النصوص ، حتى لو تغيّرت الظروف الاجتماعية تغيراً كبيراً

وقت تطبيق النصوص عما كانت عليه وقت وضعها . إذ بهذا ينتفى التحكم ويتحقق الاستقرار والثبات ، فإذا تغيرت ظروف المجتمع كان الأولى أن يعدل التشريع ، لأن يقوم المفسر مقام الشارع :

١٩٠ - تقرر مدرسة الشرع على المتون :

تعرض مذهب مدرسة الشرح على المتون لنقد شديد . فقد أدت نظرتها الشكلية إلى القانون ، باعتبار التشريع هو مصدره الوحيد ، إلى النشيث بالنصوص والإسراف في استعمال طرق الاستدلال اللفظي والمنطقي ، الأمر الذي ترتب عليه الوصول إلى نتائج غير مقبولة لا تتفق مع ظروف الحياة الواقعية .

كما أن افتراضها إرادة للشارع وقت وضع النصوص ، حيث لا توجد إرادة حقيقية ، بالنسبة إلى ما يستجد في الحياة العملية من صور جديدة جعل فقهاؤها ينسبون إلى الشارع إرادة مفتعلة في وقت بعيد رغم تغير الظروف ، وهذا من شأنه أن يطبع القانون بطابع الجمود ويقعد به عن التطور .

المطلب الثاني

المدرسة التاريخية

١٩١ - مذهب المدرسة التاريخية :

ظهرت المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في ألمانيا . ويقوم مذهبها في التفسير على أساس نظرتها إلى أصل القانون . فهي ترى أن القانون ليس من صنع إرادة واعية مدبرة ، وإنما هو خلق البيئة وثمرتها ، حيث ينشأ القانون في المجتمع نتيجة تفاعل عوامل مختلفة ، ويتطور بتطور الظروف الاجتماعية ، ويكون دور الشارع عند وضع القواعد القانونية قاصراً على تسجيل ما خلقت البيئة : ومن ثم فإن القواعد التي يضعها الشارع تنفصل عن إرادة واضعها ، فتتصل بالحياة الاجتماعية وتتفاعل معها وتتطور بتطور

ظروفها . وبناء على ذلك لا ينبغي أن تفسر النصوص التشريعية وفقا لإرادة الشارع الحقيقية أو المفترضة وقت وضعها ، بل يجب أن تفسر وفقا لإرادته المحتملة ، وهي الإرادة التي كان يتجه إليها الشارع لو أنه وجد في الظروف القائمة وقت التفسير : وعلى هذا النحو يتحقق للتشريع من المرونة ما يجعله قابلا للتطور لمواجهة الظروف الاجتماعية المتغيرة .

١٩٢ - تحرير المدرسة التاريخية :

تمتاز المدرسة التاريخية بما تؤدي إليه من إعطاء النصوص مرونة تجعلها صالحة لمسيرة التطور في المجتمع : ولكن يؤخذ عليها أنها تخرج بالتفسير عن معناه الصحيح ، وهو التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية . فهي تتيح لمن يتصدى للتفسير أن يبدل برأيه الشخصي بحسب نظراته إلى الظروف القائمة في المجتمع ، وبذلك يصبح للتفسير أداة لتعديل النصوص أو خلق قواعد جديدة ، وهو ما يخرج عن مهمة المفسر : وهذا من شأنه أن يهيء المجال للتحكم ، بحيث يحول دون الثبات الواجب توافره لاستقرار التعامل .

المطلب الثالث

المدرسة العلمية

١٩٣ - مذاهب المدرسة العلمية :

زعيم المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر هو الفقيه الفرنسي جني (Gény) (١) ، وقد جاءت هذه المدرسة تعارض كلا من المنهجين السابقين في إطلاقهما . فهي ترى أن التفسير يجب أن يتجه إلى التعرف على إرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النص ،

(١) لهذا الفقيه كتاب من جزئين في طرق تفسير القانون الخاص الوضعي ومصادره .

وذلك على اعتبار أن التشريع عمل قامت به إرادة واعية تهدف إلى تحقيق غاية معينة ، فلا ينظر إلى الإرادة المحتملة التي قد يتجه إليها لو أنه وجد في الظروف القائمة وقت التفسير كما تقول المدرسة التاريخية . فإذا لم توجد إرادة حقيقية للشارع في خصوص مسألة معينة ، نظرا إلى عدم وجود نص يتناول هذه المسألة ، وجب أن يتلمس المفسر القاعدة التي ينشدها في المصادر الرسمية الأخرى ، فلا يلجأ إلى إرادة مفترضة ينسبها إلى الشارع كما تقول مدرسة الشرح على المتون . فإذا لم يجد المفسر قاعدة في هذه المصادر الأخرى سلك كما يقول جنى سبيل البحث العلمي الحر ، ويقصد به الرجوع إلى المصادر المادية للقانون بما تشتمل عليه من حقائق طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية كي يستلهم منها الحل الذي يطبق على تلك المسألة :

١٩٤ - تقرير المدرسة العلمية :

تمتاز هذه المدرسة بسلامة الأساس الذي تقوم عليه ، بحيث تبرأ من العيوب التي تؤخذ على المدرستين الأخرين : فهي تعند بإرادة الشارع الحقيقية ، وتتجه إلى المصادر الرسمية غير التشريعية حيث لا توجد قاعدة في التشريع ، وبذلك توفر للقانون من الثبات ما ينأى به عن التحكم ويضمن الاستقرار الواجب للتعامل . فإذا لم توجد قاعدة في هذه المصادر جميعها كان لامناص من استلهم المادة الأولية للقانون من طريق الاجتهاد :

غير أنه يلاحظ أننا يجب ألا نبالغ في الإعتداد بإرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النص . حيث يجدر أن تأخذ في الاعتبار الفكرة التي دفعت الشارع إلى وضع النص . كما يجدر أن نطبق النص على جميع الصور التي يصدق عليها ولو كانت لم تخطر للشارع على بال : هذا إلى أن سلوك سبيل البحث العلمي الحر يجب أن يكون في ظل ضوابط معينة ، فلا يكون المفسر مطلق الحرية في الاجتهاد ، وإنما ينبغي عليه أن يراعى الروح العامة التي تسود التشريع .

المطلب الرابع

التفسير في القانون المصرى

١٩٥ - مذهب التفسير في القانون المصرى :

لا يأخذ الشارع المصرى بمذهب مدرسة الشرح على المتون فى حصر المصادر الرسمية للقانون فى التشريع وحده (١). فقد رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدنى توجه القاضى أولا إلى تطبيق النصوص التشريعية ، فإذا لم يوجد نص تشريعى أحالته إلى مصادر القانون الأخرى . ومن ثم فلا مجال للبحث عما يسمى الإرادة المفترضة للشارع :

كذلك لا يأخذ الشارع بمذهب المدرسة التاريخية أو الإجتماعية فى تفسير النصوص وفقا لإرادة الشارع المحتملة لو أنه وجد فى الظروف القائمة وقت التفسير . فقد نصت المادة الأولى من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى على سريان النصوص التشريعية على المسائل التى تناولها فى لفظها أو فى فحواها: حيث أثر الشارع المصرى الاعتداء بعبارة النص أو روحه بدلا من الإشارة إلى إرادة أو نية الشارع. وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى :

« ونصوص التشريع تسمى على جميع المسائل التى ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه . وليس أدعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصى روح النص إما بالرجوع

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية فى هذا المعنى تعليقا على الفقرة الأولى من المادة الأولى من التقنين المدنى ما يأتى : « ليس للتشريع فى حكم هذه الفقرة ذلك السلطان الجامع المانع الذى آمن به فقهاء الشرح على المتون فى مطلع القرن التاسع عشر . وإنما هو أهم مصادر القانون دون منازع ولا سيما فى ظل نظام التقنين . لذلك يخلق بالقاضى أن يلتزم الحكم الذى يطبق على النزاع فى نصوص التشريع أولا » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ١ ص ١٨٧) .

إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالاته بطرق التفسير المختلفة . والاشارة إلى روح النص أو فحواه أفضل في هذا المقام من إشارة المادة ٣ من التقنين المدني الايطالى الصادر في سنة ١٩٣٨ إلى نية المشرع ، فهذه النية أمر مستتر يفترض وجوده في الغالب ، وقد لا يطابق الحقيقة في كثير من الأحيان ، وقد لا يتاح الوقوف عليه في أحيان أخرى .

فالواقع أن النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الاجتماعية في تحديد نطاقه ومراميه شأن يجاوز في خطره تلك النية التي تقدم ذكرها (١) ،

إنما يأخذ الشارع بمذهب المدرسة العلمية مع مراعاة الاعتبارات والضوابط التي ذكرناها في تعقيباتنا على هذا المذهب . ذلك أن التقيد في تطبيق النصوص التشريعية بما تؤدي إليه ألفاظها أو فحواها مقتضاه الاعتداد بإرادة الشارع الحقيقية مع مراعاة الفكرة التي دفعته إلى وضع النص . والأخذ بفحوى النص أو روحه من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق النص على صور جديدة تتوفر فيها علة الحكم ولولم تخطر على ذهن الشارع .

المبحث الثاني

طرق التفسير

١٩٦ - طرق داخلية وطرق خارجية :

يقصد بطرق التفسير الوسائل التي يتخذها المفسر لفهم المعاني التي يدل عليها النص التشريعي .

وهذه الطرق إما طرق داخلية يرجع فيها إلى النص ذاته ، أو طرق خارجية يلجأ فيها إلى عناصر خارجة عن النص :

(١) طرق التفسير الداخلية : تعتمد هذه الطرق في فهم معنى النص على الدلالة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني المرجع السابق .

المستفادة من صيغته ، سواء كان طريق هذه الدلالة هو المنطوق اللفظي للنص ، أم كان طريقها هو المفهوم الذي يؤخذ من فحوى النص : فهى من هذا تتطلب الوقوف على مقتضى الأساليب فى اللغة العربية ، وطرق الدلالة فيها ، وماتدل عليه ألفاظها مفردة ومركبة : وقد عنى علماء أصول الفقه الإسلامى بوضع عدة قواعد أصولية لغوية استمدوها من استقراء الأساليب العربية وعباراتها ومفرداتها ، وذلك للتوصل إلى فهم الأحكام من النصوص الشرعية فهما صحيحا ، وإيضاح ما فيه خفاء من هذه النصوص ، ورفع ما قد يظهر بينها من تعارض . فهى قواعد لفهم العبارات العربية فهما صحيحا . ولهذا نستعين بها فى هذا المقام بالقدر الذى يتطلبه تفسير النصوص الوضعية . إذ أنها بهذه المثابة توصل إلى فهم مواد أى قانون وضع باللغة العربية . وهذا مع ملاحظة أن المفسر للقانون الوضعى ، وهو يفسر نصوصا من وضع أناس ليسوا معصومين من الخطأ ، يتمتع بقدر من الحرية لا يتوفر لمن يفسر قواعد الشريعة الإسلامية التى تستمد من كتاب الله أو من سنة رسوله .

(٢) طرق التفسير الخارجية : تعتمد هذه الطرق فى فهم معنى النص على عناصر خارجة عنه ، وذلك حينما لا تكون صيغة النص دالة على المراد منه . وأهم هذه الطرق ما يأتى :

١ - حكمة التشريع : يراد بحكمة التشريع الباعث على وضع الحكم الذى يتضمنه هذا التشريع : فهى الغاية المقصودة من الحكم ، أى المصلحة التى قصد الشارع تحقيقها أو المفسدة التى قصد دفعها . وكثيرا ما يفيد الوقوف على هذه الغاية فى تعرف معنى النص إذا لم تكن ألفاظه واضحة الدلالة على معنى معين كما سنرى .

٢ - الأعمال التحضيرية : هذه هى مجموعة الوثائق التى تبين المراحل التى مر بها النص عند وضعه . فهى تشمل مشروع النص والمناقشات التى دارت حوله فى اللجان الفنية التى قامت بوضعه والمجالس التشريعية التى تولت إقراره : كما تشمل المذكرة الإيضاحية التى تكتب تعليقا على مشروع النص ، فتوضح معناه والحكمة المقصودة منه . وهذه كلها تعين إلى حد كبير على فهم معنى النص والوقوف على حقيقة الحكم الذى يتضمنه : على أنه يلاحظ أن المذكرة الإيضاحية لا تلزم المفسر ، سواء كان قاضيا أو فقيها ، إذ لا تعتبر جزءا من التشريع : وقد يخطئ واضعها فى إيضاح معنى النص ، فيضمنها آراء لا تتفق مع حقيقة الحكم المنصوص عليه ، كما أنها قد تصبح غير معبرة عن معنى

النص بسبب ما أدخل على مشروعه من تعديلات بعد وضعها . ولذلك تجب مراعاة الحذر في الاعتماد عليها ، بحيث تراعى إلى جانبها كل المراحل التي مر بها النص والمناقشات التي دارت في كل منها :

٣ - المصادر التاريخية : يراد بالمصدر التاريخي الأصل التاريخي الذي استقى منه انشراح الحكم المنصوص عليه : فقد يكون هذا المصدر قانون دولة أجنبية أو قضاءها أو فقهاء : وقد يكون القانون القديم في الدولة أو القضاء أو الفقه فيها : والرجوع إلى المصدر التأريخي للنص يساعد المفسر في معرفة المعنى المقصود :
ولذلك فنصوصنا المأخوذة من الشريعة الإسلامية يرجع في فهم معناها إلى الفقه الإسلامي : والنصوص المأخوذة من القانون القديم يرجع في تفسيرها إلى القضاء والفقه المصريين في ظل هذا القانون . والنصوص المأخوذة من القانون الفرنسي يستعان في الكشف عن معناها بالقضاء والفقه الفرنسيين :

٤ - لا يصح التعويل على النص الفرنسي : كانت التقنينات المصرية الأولى التي صدرت في أواخر القرن الماضي من وضع أشخاص من الأجانب ، ولذلك وضعت أولاً باللغة الفرنسية ثم ترجمت إلى اللغة العربية : وجرى العمل بعد ذلك في العهود الماضية على اتباع هذه الطريقة في وضع القوانين نظراً إلى اشتراك أشخاص من الأجانب في وضعها : وقد ثار الخلاف حينذاك حول ما إذا كان النص الذي يتبع هو النص العربي أم النص الفرنسي عند اختلافهما . فن فضل النص العربي استند إلى أنه النص الرسمي ، ومن فضل النص الفرنسي راعى أنه الأصل الذي يعتبر النص العربي ترجمة له . والواقع أن كون النص الفرنسي هو الأصل ينهض بالرجوع إليه للوقوف على المعنى المقصود من النص العربي إذا أشكل :

أما في عهدنا الأخير فلم يعد هناك وجود لمثل هذه الطريقة الشاذة في وضع القوانين : فنذ زمن غير قصير أصبحت مشروعات القوانين تعد بواسطة لجان عربية خالصة ، وصارت اللغة العربية هي الأصل : ومن ثم فإن الأصل العربي للنص هو الذي يجب التعويل عليه دون غيره في الكشف عن حقيقة المعنى المقصود : فليس من السائع قانوناً ولا عقلاً أن يضع الشارع نصاً بلغة ويتطلب من المخاطبين به أن يفهموا ألفاظه وعباراته

على مقتضى أساليب وأوضاع لغة أخرى : فثمة مبدأ أساسى يعتبر من الأوليات البديهية للعدالة، وهو أن القانون لا يكون حجة على الناس إذا وضع بغير لغتهم أو كان طريق فهمه غير طريق فهم اللغة التى وضع بها ، إذ أن شرط صحة التكليف بالقانون هو قدرة المخاطبين على فهمه.

١٩٧ - الدلالات :

الدلالات هى ما تؤديه الألفاظ من معان . وهذه الدلالات تختلف طرقها ، وقد نصت المادة الأولى من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى فى هذا الصدد على ما يأتى : « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها » .

ذلك أن الحكم الوارد فى النص قد تدل عليه ألفاظه أى عبارته ، وقد يدل عليه فحواه أى روحه ومعقوله .

ومقتضى هذا أن تفسير النص أو فهم معناه إما أن يكون طريقه عبارة النص أو إشارته أو دلالة أو اقتضائه . وكل ما يفهم من النص من المعانى بأى طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ويجب العمل به . إذ أن المكلف بنص قانونى يجب عليه أن يعمل بكل ما يدل عليه هذا النص بأى طريق من طرق الدلالة ، بحيث إذا اقتصر على العمل بمدلول النص من طريق وأهمل العمل بمدلوله من طريق آخر فقد يعطل النص من بعض الوجوه . وقد رأينا أن المذكرة الإيضاحية تقول فى هذا المعنى تعليقا على الفقرة الأولى من المادة الأولى من التقنين المدنى إن « نصوص التشريع تسرى على جميع المسائل التى ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه . وليس أدعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصى روح النص إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالة بطرق التفسير المختلفة (١) » .

وعليه فالحكم المستفاد من النص قد يكون ثابتا من عبارته أى ألفاظه ، وقد يكون ثابتا من فحواه أى إشارته أو دلالة أو اقتضائه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق .

ومن هذا نتكلم في دلالة عبارة النص ، ثم في دلالة فحوى النص .

المطلب الأول

دلالة عبارة النص

١٩٨ - تعريف . تنوع النص باعتبار مدى وضوح دلالة العبارة :

عبارة النص هي صيغته المكونة من ألفاظه أى من مفرداته وجمله . ودلالة عبارة النص هي دلالة النص على المعنى الذى يتبادر فهمه من صيغته ويكون هو المقصود من سياقه . ويطلق على هذا المعنى الذى تدل عليه عبارة النص المعنى الحرفى للنص ، أو المعنى الصريح ، أو منطوق النص .

ومن أمثلة ذلك ما يدل عليه نص المادة ١٠٥ مدنى إذ تقول : « إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل » . فهذا النص يدل على أن الأصيل هو المتعاقد الذى تضاف إليه آثار عقد يبرمه النائب فى حدود النيابة . وهذا الحكم هو المعنى المفهوم من عبارة النص والمقصود من سياقه :

وما تنص عليه المادة ١/١٤٠ مدنى إذ تقول : « يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات » . فيفهم من عبارة هذا النص أن الحق فى إبطال العقد لا يجوز التمسك به بعد مضي ثلاث سنوات ، لأن هذا هو المتبادر من ألفاظه والمقصود من سياقه .

ويتنوع النص التشريعى باعتبار مدى وضوح دلالة العبارة على المراد منه . فهو إما أن يكون واضح الدلالة على المراد منه ، أو يكون غامضا بمعنى أن يكون غير واضح الدلالة على المراد منه ، أو يكون معيبا . ونتكلم فى هذه الحالات الثلاث :

١٩٩ - أولا : النص الواضح الدلالة :

النص الواضح الدلالة هو ما دل على المراد منه بذات صيغته مع غير توقف على أمر خارجي .

وتفاوت مراتب الوضوح في دلالة العبارة على أساس احتمال التأويل وعدم احتمالها (١) والتأويل في اصطلاح الأصوليين هو صرف اللفظ عن ظاهره بدليل : إذ القاعدة أنه إذا كان النص واضح الدلالة وجب العمل بما هو واضح الدلالة عليه ، ولا يصح تأويل ما يحتمل التأويل منه إلا بدليل .

(١) والنص الذي لا يحتمل التأويل هو ما دل بذاته على معناه المفصل تفصيلا لا يبقى معه احتمال للتأويل . فمثل هذا المعنى يجب العمل به كما فصل دون غيره :

من ذلك أن تكون الصيغة دالة بذاتها دلالة واضحة على معنى مفصل وفيها ما ينفي احتمال إرادة غير هذا المعنى . كما هي الحال في النصوص التي تصاغ عن طريق إحلال الكم محل الكيف ، وذلك بالتعبير برقم معين أو بنسبة معينة عن المعنى الذي يتضمنه

(١) قسم علماء أصول الفقه الإسلامى للنص الواضح الدلالة بحسب مراتب وضوحه إلى أربعة أقسام : فالمحكم أوضح النصوص دلالة ، ويليه المفسر ، ثم النص ، ثم الظاهر . وتظهر ثمرة هذا التفاوت عند التعارض ، حيث يقدم الأسبق في المرتبة . ويتفق المحكم والمفسر في أن كلا منهما يدل بذات صيغته على معناه من غير توقف على أمر خارجي ولا يقبل التأويل . وإنما يختلفان في أن المحكم لا يقبل النسخ في عهد الرسول ، لأن الحكم المستفاد منه إما حكم أساسي من قواعد الدين لا يقبل التبديل كعبادة الله وحده والإيمان برسله وكتبه ، أو من أمهات الفضائل التي لا تختلف باختلاف الأحوال كبر الوالدين والعدل ، أو حكم فرعى جزئى ولكن دل الشارع على تأييد تشريعه كقوله صلى الله عليه وسلم « الجهاد حاض إلى يوم القيامة » . بينما المفسر يقبل النسخ في عهد الرسول . أما بعد عهد الرسول فلا فارق بينهما ، حيث تعتبر الأحكام الشرعية التي جاءت في القرآن والسنة كلها محكمة لا تقبل نسخا . ويتفق النص والظاهر في أن كلا منهما يدل بذات صيغته على معناه من غير توقف على أمر خارجي ، ويقبل التأويل ، كما يقبل النسخ متى كان من الأحكام الفرعية الجزئية التي تتغير بتغير المصالح وتقبل النسخ . ولكنهما يختلفان في أن اللفظ في النص يدل على المعنى المقصود أصالة من سياقه ، أما اللفظ في الظاهر فإنه يدل على معنى لم يقصد أصالة من السياق .

جوهر القاعدة القانونية . مثل ذلك ما تنص عليه المادة ٤٤ / ٢ مدني ، إذ تقول : « من الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » . فهذا النص يدل على أن الشخص يصبح رشيدا إذا بلغ سن الحادية والعشرين . وهذا العدد من السنين لا يحتمل زيادة ولا نقصا . وما تنص عليه المادة ٨٥٤ / ١ مدني إذ تقول : « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس » . فهذا النص يدل على أن للمتقاسم أن يطلب نقض القسمة الاتفاقية إذا لحقه غبن يزيد على خمس النصيب الذي كان يستحقه : ونسبة الخمس هذه لا تحتمل التأويل . ومن هنا القيل أيضا النصوص الخاصة بتحديد سعر الفائدة ، أو مدد التقادم ، أو العقوبات على جرائم معينة .

ومن ذلك أن تكون الصيغة قد وردت مجملة غير مفصلة ولكن الشارع ألحقها ببيان أزال إجمالها وفصل معناها حتى صارت لا تحتمل التأويل : مثل ذلك ما تنص عليه المادة ١٢٧ / ٢ و ١ مدني إذ تقول : « ١ - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس . ٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » . ففي الفقرة الأولى من هذه المادة وصف الشارع الرهبة التي يقوم عليها الإكراه بأنها التي تقوم على أساس ، وهذا وصف مجمل فصل الشارع المعنى المقصود منه في الفقرة الثانية على النحو المذكور بحيث أصبح لا يحتمل التأويل . وما تنص عليه المادة ٢٣٨ / ١ مدني ، إذ تقول : « إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منظويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش » ، ويكفي لاعتبار التصرف منظويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » . فلكي يستطيع الدائن أن يطالب بعدم نفاذ التصرف بعوض الذي يصدر من المدين إضرارا به اشترط الشارع في صدر هذا النص أن يكون هذا التصرف منظويا على غش وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ثم فصل بعد ذلك

ما يقصد بالغش في هذا المقام ، حيث أبان أنه العلم باعسار المدين . وما تنص عليه المادة ٧٨٤ مدني ، إذ تقول : « ١ - تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضرعه الدائن بخطئه من الضمانات . ٢ - ويقصد بالضمان في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين يقرر بحكم القانون » . فقد ذكر الشارع لفظ الضمانات في الفقرة الأولى من هذه المادة ، ثم فصل المعنى المقصود من هذه الضمانات في الفقرة الثانية . (٢) والنص الذي يحتمل التأويل هو ما دل بذاته على معنى معين وليس فيه ما يفتي احتمال التأويل . وفي هذه الحالة يجب العمل بالمعنى الظاهر من النص ما لم يقدم دليل يقتضي العمل بغير هذا المعنى . إذ القاعدة عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا إذا اقتضى ذلك دليل :

ومن وجوه التأويل تخصيص العام : فإذا ورد في النص لفظ عام دل ذلك على ثبوت الحكم المنصوص عليه لكل ما يصدق عليه من الحالات ، إلا إذا قام دليل على تخصيص الحكم ببعضها فإذا لم يقدم دليل على التخصيص وجب حمل اللفظ على عمومته وإثبات الحكم لجميع ما يصدق عليه من الحالات . وإن قام دليل على التخصيص وجب حمل اللفظ على ما بقي من حالاته بعد التخصيص .

مثل ذلك ما تنص عليه المادة ١٣١ مدني ، إذ تقول : « ١ - يجوز أن يكون خل الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان يرضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون » : فالقاعدة العامة بمقتضى الفقرة الأولى من هذه المادة ، هي جواز التعامل في المال المستقبلي . غير أن هذا الحكم العام يجري تخصيصه ، أي ترد عليه استثناءات ، بمقتضى الفقرة الثانية من هذه المادة وبمقتضى نصوص أخرى ، فاستثناء من هذا الحكم يكون التعامل في التركة المستقبلية باطلاً إلا في الأحوال التي نص عليها القانون (م ١٣١ / ٢ مدني) ، وتقع هبة الأموال المستقبلية باطلة (م ٤٩٢ مدني) ، ويقع باطلاً رهن المال المستقبلي (م ١٠٣٣ / ٢ مدني) .

ومثل ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ٥٠٤ مدني ، إذ تقول : « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » : فالقاعدة العامة

المنصوص عليها في صدر هذه المادة تقضى بأن الملكية أو أى حق عيني آخر تنتقل بمجرد التعاقد. غير أن هذا الحكم العام يجرى تخصيصه بمقتضى العبارة الأخيرة من النص، حيث لا تنتقل الملكية أو أى حق عيني آخر في العقار إلا بالتسجيل، ومن ثم لا يصدق الحكم العام إلا بالنسبة إلى المنقول :

ويلاحظ أن تخصيص العام ينطوى في الوقت ذاته على إلغاء جزئى للقاعدة العامة بقدر ما جاءت به القاعدة الخاصة . حيث يستوى في اعتقادنا ، سواء فيما يتعلق بتخصيص العام أو بالإلغاء الجزئى ، أن تصدر هاتان القاعدتان في وقت واحد أو تكونا متعاقبتين (١) ، وقد سبق أن أشرنا إلى هذا المعنى عند الكلام في الإلغاء الضمنى (٢) .

ومن وجوه التأويل كذلك تقييد المطلق : فإذا ورد في النص لفظ مطلق ظل يفهم على إطلاقه إلا إذا قام الدليل على تقييده . فإن قام هذا الدليل كان صارفا له عن إطلاقه ومبينا المراد منه :

مثل ذلك قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » : فقد جاءت الوصية مطلقة ، ولكنها قيدت بالحديث الذى دل على أن الوصية لا تنفذ في أكثر من الثالث ، فصار المراد في الآية الوصية التى في حدود ثلث التركة .

وهذا هو مانص عليه الشارع الوضعى : حيث نصت المادة ٨٩٨ مدنى على ما يأتى :
« يتولى المصنف بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف » : فقد جاءت الوصايا في هذا النص مطلقة ، ولكنها قيدت بمقتضى المادة ٣٧ من قانون الوصية التى تقضى بأن الوصية لا تنفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازها الورثة ، فصار المراد في المادة الأولى الوصايا التى في حدود ثلث التركة .

(١) أما في اصطلاح الأصوليين من رجال الفقه الإسلامى فإن تخصيص العام هو تبين أن الحكم للعام هو من يده تشريعه حكم لبعض أفراد . فإذا شرع الحكم للعام ابتداء متعلقا بكل أفراد ، ثم قضت المصلحة بقصر الحكم على بعض أفراد . كان هذا نمطا جزئيا لأنه إبطال العمل بحكم العام بالنسبة إلى بعض أفراد . ومن هذا ينتهون إلى أن التخصيص لا بد أن يكون بدليل مقارن لتشريع العام ، فإذا كان متأخرا عنه فهو نسخ جزئى له .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٧٣ .

٢٠٠ - ثانيا : النص الغامض :

النص الغامض هو النص غير الواضح الدلالة ، فهو مالا يدل على المراد منه بذات صيغته ، بل يتوقف فهم هذا المراد على أمر خارجي ، أى أمر خارج عن عبارته . وفي هذه الحالة يلجأ إلى طرق التفسير المختلفة للوقوف على المعنى المقصود من النص . وينقسم النص غير الواضح الدلالة بحسب سبب غموضه إلى خفي ، ومشكل ، ومجمل (١) . وسنتناول هذه الأنواع الثلاثة :

(١) الخفي : هو اللفظ الذى يدل على معناه دلالة ظاهرة ، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد نوع غموض وخفاء تحتاج إزالته إلى نظر وتأمل ، فيعتبر اللفظ خفيا بالنسبة إلى هذا البعض :

مثل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث القاتل » : فغنى هذا النص واضح ، لكن فى انطباقه على بعض الأفراد نوع غموض ، كالقاتل خطأ . ولذلك اختلفت أئمة الفقه الإسلامى ، فالحنفية يعتبرون القاتل خطأ قاتلا فى حكم هذا النص فيمنعونه من الميراث ، بينما لا يعتبره المالكية كذلك فلا يمنعونه من الميراث . وقد أخذ قانون المواريث فى هذا الشأن بمذهب مالك (٢) ، فلم يعتبر القتل الخطأ مانعا من الإرث ، حيث صرح فى المادة الخامسة منه بأن القتل المانع من الإرث هو القتل العمد . وهذا الحل هو الذى يتفق مع علة الحكم .

ومثل ذلك أيضا خفاء لفظ المنقول عند تطبيقه على التيار الكهربائى لمعرفة ما إذا كان من يختلس هذا التيار يعتبر سارقا . فقد عرفت المادة ٣١١ عقوبات السارق بأنه

(١) قسم علماء أصول الفقه الإسلامى للنص غير الواضح الدلالة بحسب سبب غموضه إلى خفي ، ومشكل ، ومجمل ، ومتشابه . ويراد بالمتشابه اللفظ الذى لا تدل صيغته بذاتها على المراد منه ، ولا توجد عناصر خارجية تبينه ، وإنما استأثر الشارع بعلمه فلم يفصره . فهو لفظ خفي معناه ولا سبيل إلى إدراكه . مثل ذلك الحروف المقطعة فى أوائل بعض السور مثل الم ، أو حم . والمتشابه بهذا المعنى لا يوجد فى الآيات والأحاديث الواردة لبيان الأحكام الشرعية ، ولذلك لم نعرض له فى المتن .

(٢) انظر المذكرة التفسيرية لقانون المواريث تعليقا على المادة الخامسة منه .

من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره : فثار التساؤل عما إذا كان التيار الكهربائي يعتبر منقولاً ، وانتهت محكمة النقض إلى اعتباره كذلك ، إذ أن له قيمة مالية ويمكن ضبطه وحيازته ونقله من حيز إلى آخر . (١)

(٢) المشكل : هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه ، بل لا بد من عناصر خارجية تبين هذا المراد : فالفارق بينه وبين الخفى أن الخفاء فى الخفى ليس من ذات اللفظ ، ولكن من الاشتباه فى انطباق معناه على بعض الأفراد ، أما الخفاء فى المشكل فمن ذات اللفظ .

وقد ينشأ الإشكال فى النص من لفظ مشترك فيه ، وهو اللفظ الذى وضع لأكثر من معنى وليس فى صيغته دلالة على معنى معين مما وضع له : فإن كان له معنى لغوى ، وآخر اصطلاحى قانونى ، وجب حمله على معناه الاصطلاحى ، إلا إذا تبين أن المقصود هو المعنى اللغوى بأن وجد دليل يصرف اللفظ عن معناه القانونى : مثل ذلك لفظ الوفاء ، ولفظ التسجيل ، ولفظ القيد ، فهذه ألفاظ لها فى النصوص القانونية معان اصطلاحية . كذلك لفظ الزنا ، فهذا اللفظ يراد به فى اللغة كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة بغير زواج شرعى صحيح ، ويراد به فى الاصطلاح القانونى العلاقة التى يكون أحد طرفيها متزوجاً ، ومن ثم يؤخذ بمعناه الاصطلاحى إلا إذا قام الدليل على أن المقصود به هو المعنى اللغوى : وتطبيقاً لذلك يفهم الزنا بمعناه الاصطلاحى فى خصوص جريمة الزنا المنصوص عليها فى المواد من ٢٧٣ إلى ٢٧٧ عقوبات ، ويفهم بمعناه اللغوى فى خصوص إرث ولد الزنا المنصوص عليه فى المادة ٤٧ من قانون الموارث :

وإذا كان اللفظ مشتركاً بين أكثر من معنى لغوى ، وليس له معنى اصطلاحى ، وجب الاجتهاد فى التفسير لتحديد المعنى المراد منه ، وذلك بالرجوع إلى أمارات تكشف عن هذا المعنى ولا سيما حكمة التشريع ومقصد الشارع : مثل ذلك أن قانون العقوبات يعتبر الليل طرفاً مشدداً لعقوبة السرقة التى ترتكب ليلاً : فثار التساؤل عما إذا كان معنى الليل فى هذا الصدد هو الفترة بين غروب الشمس وشروقها ، أم هو الفترة التى يخيم فيها الظلام . فذهب رأى إلى أن المقصود هو المعنى الأول : بينما ذهب رأى آخر إلى

(١) نقض جرائد فى ١٧ ديسمبر ١٩٤٥ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٢٩٨ رقم ٢٤٤ .

أن المقصود هو المعنى الثانى ، وذلك استنادا إلى حكمة التشريع ، وهى أن الليل يجعل السرقة أشد خطرا نظرا إلى أنه ظرف يسهل للسارق ارتكاب الجريمة ويجعل من الصعب على المجنى عليه أن يحمى نفسه .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض ، حيث يكون كل منها على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه ، ولكن الجمع بينها يكشف عن تعارضه ، وحينئذ يجب أن تؤول هذه النصوص ، تأويلا صحيحا يوفق بينها ويزيل ما فى ظاهرها من اختلاف ، وذلك فى ضوء النصوص الأخرى وحكمة التشريع والقواعد العامة وغير ذلك من الأمارات : فإذا تعذر التوفيق تعين إهدار أحد النصين وإعمال الآخر على هدى ما تودى إليه طرق التفسير . والفرض فى كل هذا أن يكون التعارض بين نصوص تشريع واحد : فإن كان العارض بين نصوص تشريعات مختلفة تتساوى فى القوة ، فإن اللاحق منها يلغى السابق : وإذا كان التعارض بين تشريعات تختلف فى الدرجة ، فإن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى (١) ، فإن كان التشريع الأعلى هو الأمبق فى وجوده على التشريع الأدنى اعتبرت القاعدة الواردة فى التشريع الأدنى غير صحيحة وللمحاكم أن تمتنع عن تطبيقها ، وإن كان التشريع الأعلى لاحقا فى وجوده على التشريع الأدنى اعتبرت القاعدة الواردة فى التشريع الأدنى ملغية :

(٣) المجمل : هو اللفظ الذى ينطوى فى معناه على عدة أحوال جمعت فيه ولا يمكن معرفتها إلا بمبين ، فهو لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولا يقترن بأمارات توصل إلى فهم هذا المراد . فمثل هذا اللفظ لا سبيل إلى بيان المراد منه إلا بتفسير يصدر من الشارع : فإذا صدر من الشارع بيان واف صار المجمل واضح الدلالة لا يحتمل التأويل : وإذا صدر من الشارع بيان غير واف صار المجمل مشكلا وفتح الباب للبحث والاجتهاد لإزالة إشكاله :

مثل ذلك عبارة الأحوال الشخصية التى كانت واردة فى المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية : فقد كان المقصود بها وتحديد ما يدخل فيها من مسائل محل خلاف فى الفقه والقضاء . ثم فصلها الشارع فى المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦٤ وما بعدها .

المختلطة الملحق نصها باتفاق مونثرو : ولما ألغيت المحاكم المختلطة نص قانون نظام القضاء (رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) على هذا التفصيل في المادتين ١٣ و ١٤ منه .

٢٠١ - ثالثاً : النص المعيب :

النص المعيب هو الذى ينطوى على خطأ مادى أو قانونى : فإذا وجد مثل هذا المعيب أو ذاك وجب تصحيحه على هدى القواعد العامة فى القانون وغير ذلك من الأمارات التى يستعان بها فى التفسير :

ويتحقق الخطأ المادى إما بإحلال لفظ فى النص محل آخر ، أو باغفال لفظ كان يجب ذكره :

ومن أمثلة الخطأ المادى بإحلال لفظ فى النص محل آخر ماورد فى المادة ٢/٢٢٧ من التقنين المدنى التى تنص على أن « كل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أدائها ولا منفعة مشروعة » : فهذا النص مأخوذ من المادة ١٢٥ من التقنين القديم المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، وقد حصل تحريف لفظى فى نقل لفظ « منفعة » الوارد فى نهاية هذا النص ، إذ أن الصحيح هو لفظ « نفقة » طبقاً للأصل الذى أخذ منه حتى يستقيم المعنى :

ومن أمثلة الخطأ المادى باغفال لفظ كان يجب ذكره ما ورد فى المادة ١/٦٧٦ من التقنين المدنى التى تنص على أن « تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين و مندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء » : فلم يقصد الشارع فى هذا النص أن يكون الممثلون التجاريون جوابين ، بل قصد سريان أحكام عقد العمل على الممثلين التجاريين وعلى الجوابين . ولكن سقطت مهوا حرف الراو بين كلمتى التجاريين والجوابين ، وقد كان مشروع النص خالياً من هذا الخطأ .

والمقصود بالخطأ القانونى فى هذا المقام الخطأ الواضح غير المقصود الذى تدل

عليه القواعد العامة ، بحيث لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه : مثل ذلك ماورد في المادة ١٠٨٨ من التقنين المدني التي تقضى على أنه « لا يجوز أخذ حق اختصاص لإعلى عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني » . إذ أن تملك المدين للعقار في حكم هذا النص شرط لازم لأخذ حق اختصاص على هذا العقار ، فلا يعقل أن يطلب توافر هذا الشرط في وقت لاحق لأخذ الحق وهو وقت القيد ، ومن ثم يكون المقصود هو اشتراط الملكية وقت أخذ الاختصاص .

المطلب الثاني

دلالة فحوى النص

٢٠٢ - المقصود بفحوى النص :

رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدني تنص في فقرتها الأولى على أن « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها » . والمقصود بفحوى النص في حكم هذه المادة كل ما يتناوله النص من غير طريق عبارته أى ألفاظه (١) . فهو يشمل ما يتناوله النص من طريق إشارته أو دلالاته أو اقتضائه . وتتناول هذه الطرق الثلاثة :

٢٠٣ - أولاً : إشارة النص :

المراد بما يفهم من إشارة النص المعنى الذي لا يتبادر فهمه من ألفاظه ولا يقصد من سياقه ، ولكنه لازم للمعنى المتبادر من ألفاظه ، فهو مدلول اللفظ بطريق اللزوم ، أى أنه معنى لا يستفاد من العبارة ذاتها ، ولكنه يجيء نتيجة لازمة للمعنى المستفاد من العبارة .

(١) يطلق علماء أصول الفقه الإسلامى فحوى الخطاب على الحكم الذى يؤخذ من النص بطريق الدلالة . ولكن فحوى النص في حكم المادة الأولى من التقنين المدني لا يقتصر على ذلك ، بل يقصد به كل ما يتناوله النص من غير طريق العبارة كما قلنا .

مثل ذلك أن المادة ١٠٣٣ / ١ من التقنين المدني تنص على أنه «إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية...» ، فهذا النص يتناول رهن ملك الغير ، فيدل بعبارة على أن إقرار المالك يصحح عقد الرهن ، ويدل بإشارته على أن هذا العقد يعتبر قائما وليس باطلا بطلانا مطلقا ، لأن الإقرار لا يرد على عقد باطل .

ويجب التدقيق في الاستدلال بطريق الإشارة ، بحيث يقتصر على ما يكون لازما لمعنى من معاني النص لزوما حتميا ، لأن هذا هو الذي يكون النص دالا عليه . فلا يصح تحميل النص معاني بعيدة لا تلازم بينها وبين معنى فيه .

٢٠٤ - ثانيا : دلالة النص :

يرى جمهور علماء أصول الفقه الإسلامي أن دلالة النص هي ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه الموافق له في العلة سواء كان مساويا له في العلة أو أولى منه . وهذه المساواة أو الأولوية تتبادر إلى الفهم بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى اجتهاد أو قياس ، ولذلك يسمى بعضهم دلالة النص بالقياس الجلي .

وعلى هذا الأساس يفرق جمهور هؤلاء الفقهاء بين دلالة النص بهذا المعنى والقياس ، باعتبار أن مساواة المقيس للمقيس عليه لا تفهم بمجرد فهم اللغة بل لا بد من اجتهاد في استنباط العلة في حكم المقيس عليه وفي معرفة تحققها في المقيس .

كما يرى هؤلاء أن القياس في الشريعة الإسلامية يعتبر مصدرا رسميا للقواعد العملية : فهو بهذا يتميز عن دلالة النص بالمعنى المذكور باعتبارها من طرق الدلالة : ولكننا لا نعتقد أن القياس مصدر رسمي مستقل للقاعدة القانونية : فهو لا يعدو أن يكون طريقا من طرق الدلالة أو التفسير لمعرفة العلة في حكم الحالة المنصوص عليها أو إعطاء هذا الحكم لحالة أخرى تشترك معها في العلة : ولا وجه لأن نفرق بين قياس يظهر فيه الاشتراك في العلة بمجرد فهم اللغة وقياس لا يعرف فيه هذا الاشتراك إلا بالاجتهاد والاستنباط ، فجوهر الاستدلال واحد في الحالين ، وهو التحقق من أن الحالة المسكوت عنها تشترك مع الحالة المنصوص عليها في علة الحكم :

بعد أن وضح هذا نتناول دلالة النص بمعناها الكامل ، حيث تشمل مفهوم النص سواء كان موافقا أو مخالفا .

فالمراد بما يفهم من دلالة النص المعنى الذى يفيد ثبوت حكم الواقعة المنصوص عليها الواقعة أخرى غير منصوص عليها لاشتراك الواقعتين فى علة الحكم ، وثبوت تقيض هذا الحكم لواقعة أخرى غير منصوص عليها لانقضاء قيد من القيود المعتبرة فى الحكم :

ذلك أن مفهوم النص وفقا لهذه الدلالة إما أن يكون مفهوم موافقة ، أو مفهوم مخالفة :

٢٠٥ - (١) مفهوم الموافقة :

يراد بمفهوم الموافقة ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه الموافق له فى العلة سواء كان مساويا له فى العلة أو أولى منه : فإذا كان النص تدل عبارته على حكم فى واقعة معينة لعله بنى عليها هذا الحكم ، ووجدت واقعة أخرى تساوى هذه الواقعة فى علة الحكم أو هى أولى منها لكون العلة أكثر توافرافيا ، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت كذلك للواقعة غير المنصوص عليها .

ويتضح من هذا أن قياس الواقعة المسكوت عنها على الواقعة المنصوص عليها إما أن يكون على أساس مساواتهما فى علة الحكم ، أو على أساس كون الواقعة المسكوت عنها أولى باثبات الحكم لها لأن العلة فيها أظهر : فهناك إذاً نوعان من القياس نعرض لهما ، ثم نشير إلى حالات لا يصح الاستدلال فيها بطريق القياس :

١ - القياس العادى : وهو عبارة عن إعطاء واقعة لانص على حكمها الحكم الذى ورد به النص فى واقعة أخرى لتساوى الواقعتين فى علة هذا الحكم : إذ أن الحكم يوجد حيث توجد علته .

مثل ذلك أن المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى القديم كانت تنص على أن « المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء » .
ففى هذا النص جعل الشارع الورقة العرفية حجة على المتعاقد إذا لم ينكر ما هو منسوب

إليه فيها من خط أو إمضاء : وعلة ذلك الحكم أن عدم الإنكار في هذه الحالة يدل على صدور الورقة من المتعاقدين. ولكن الشارع لم يتعرض لحجية الورقة العرفية التي تحمل ختم المتعاقد أو بصمته ، فأمكن قياس هذه الحالة على الحالة المنصوص عليها لاتحاد العلة ، إذ أن عدم إنكار المتعاقد للختم أو البصمة المنسوبة إليه يدل كذلك على صدور الورقة منه فتكون حجة عليه : وقد نصت المادة ٣٩٤ من التقنين المدني الحالي على هذه الصور جميعها للتوقيع :

ومثل ذلك أيضا أن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ينص على أنه لا يرث القاتل . ففي هذا النص ورد حكم واقعة قتل الوارث مورثه ، وهو منع القاتل من الإرث ، لعلة هي أن قتله فيه استعجال للشئ قبل أوانه فيرد عليه قصده ويعاقب بجرمانه . ولم يرد مثل هذا النص في خصوص قتل الموصى له للموصى ؛ فأمكن أن يقياس بقتل الوارث مورثه ويمنع القاتل للموصى من استحقاق الموصى به له ، لأن العلة ذاتها متوافرة فيه : وقد نص الشارع الوضعي على الحكم في الحالتين ، حيث تناول واقعة قتل الوارث مورثه في قانون الموارث (م ٥) وتناول واقعة قتل الموصى له للموصى في قانون الوصية (م ١٧) :

٢ - القياس من باب أولى : وهو عبارة عن إعطاء واقعه لانص على حكمها الحكم الذي ورد به النص في واقعة أخرى لأن علة هذا الحكم أكثر توافرا في الأولى فيثبت لها الحكم من باب أولى :

مثل ذلك أن المادة ٢٣٧ من تقنين العقوبات تنص على أن « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤ و ٢٣٦ » : ففي هذا النص يخفف الشارع عقوبة الزوج القاتل من عقوبة الجناية إلى عقوبة الجنحة : فلو أن الزوج لم يقتل ، ولكنه ضرب زوجته هي ومن يزني بها فاحدث عاهة مستديمة هي في الأصل جنائية ، فإنه يمكن قياس العاهة على القتل فتخفف عقوبتها إلى عقوبة الجنحة لأنها أولى من القتل بالتخفيف .

ومثل ذلك أيضا أن المادة ٢٧٤ من تقنين العقوبات تنص على أن « المرأة المتزوجة التي ثبت زناها بحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، لكن لزوجها أن يقف

تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت . فإذا كان للزوج بمقتضى هذا النص أن يقف تنفيذ الحكم بعد صدوره على زوجته ، فإن له من باب أولى أن يطلب وقف سير إجراءات الدعوى ضدها قبل صدور الحكم عليها :

٣ - حالات لا يصح الاستدلال فيها بطريق القياس :

هناك حالات لا يصح الالتجاء فيها إلى القياس بنوعيه هذين كطريق للدلالة هـ وهى الحالات التى تقضى فيها طبيعة القاعدة القانونية بعدم مد الحكم الوارد فى النص إلى غير الواقعة المنصوص عليها رغم كونها مساوية لها فى العلة أو حتى أولى منها ، ويعبر الفقه عادة عن ذلك بقوله إن القياس توسع فى التفسير لا يلتجأ إليه فى الحالات التى يجب أن يكون التفسير فيها ضيقا . والحقيقة فى نظرنا أن امتناع الأخذ بالقياس فى هذه الحالات ليس مرده إلى أن القياس توسع فى التفسير ، فقد قلنا إن كل ما يفهم من النص من المعانى بأى طريق من طرق الدلالة يكون من مدلولات النص ويجب العمل به ، وهذا أمر تقرر بوضوح المادة الأولى من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى كما قدمنا (١) هـ إنما يرجع امتناع الأخذ بالقياس فى هذه الحالات إلى طبيعة القاعدة القانونية ذاتها : وأهم هذه الحالات اثنتان :

الحالة الأولى هى القوانين الجنائية حينما يكون القياس فى غير صالح المتهم : فثمة قاعدة أساسية سبق أن عرضنا لها ، وهى التى تقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد (٢) ، ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا ورد فى النص فعل معين يعتبره الشارع جريمة ويقرر له عقوبة ، ثم وجد فعل آخر مساو له فى علة الحكم أو هو أولى منه ، فلا يجوز مع ذلك إعطاء الفعل الآخر الحكم المنصوص عليه باعتباره جريمة أو تقرير عقوبة له مادام ذلك فى غير صالح المتهم : حيث لا يصح الاستدلال فى هذا النطاق بمفهوم النص ، بل يتعين أن تكون الدلالة فى خصوص الجرائم والعقوبات هى دلالة منطوق النص أى عبارته ، نظرا إلى أن الأمر يتعلق بحريات الأفراد هـ

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٩٧ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ .

ويلاحظ في هذه الحالة ماقلناه من أن امتناع القياس إنما يكون حيث يضر بمصلحة المتهم : فإذا كان القياس في صالح المتهم جاز الالتجاء إليه وفقا للقواعد العامة في التفسير ، وقد رأينا مثلين لذلك فيما ذكرناه الآن :

الحالة الثانية في غير المواد الجنائية حينما يكون الحكم الوارد في النص حكما استثنائيا مخرج فيه الشارع على القواعد العامة : إذ أن طبيعة الحكم الاستثنائي تفيد أن الشارع أراد أن يقصره على الواقعة المذكورة في النص ، ولذلك خص هذه الواقعة بالذكر وأفرد لها ذلك الحكم الاستثنائي وترك ماعداها للقاعدة العامة :

٢٠٦ - (٢) مفهوم المخالفة :

يراد بمفهوم المخالفة ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانقضاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم : فإذا كان النص تدل عبارته على حكم في واقعة مقيدة بقيد ، ووجدت واقعة أخرى تماثلها ولكن ينتفي فيها هذا القيد ، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت عكسه للواقعة الأخرى .

مثل ذلك أن المادة ٩٣ فقرة أولى من التقنين المدني تنص على أنه « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد » : فهذا النص يدل بعبارته على حكم الإيجاب الذي عين فيه ميعاد للقبول ، حيث يكون هذا الإيجاب ملزما أثناء مدة الميعاد ، فلا يجوز للموجب أن يعدل عنه خلال هذه المدة . ويدل هذا النص بمفهومه المخالف على أن الإيجاب الذي ينتفي فيه القيد المنصوص عليه ، وهو الإيجاب الذي لم يعين فيه ميعاد للقبول ، لا يكون ملزما ، فيجوز للموجب أن يعدل عنه في أي وقت قبل صدور القبول .

ومثل ذلك أن المادة ٦٠٤ من التقنين المدني تنص على أنه « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذا في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية » . حيث يدل هذا النص بمفهومه المخالف على أن الإيجار يكون نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية إذا كان له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية :

على أنه يجب الاحتياط والحذر في الاستدلال بمفهوم المخالفة ، فلا يلتجأ إليه إلا إذا كانت دلالة النص على تقيض حكمه في الحالة المسكوت عنها قوية جدا ، وذلك نظرا إلى ما ينطوى عليه هذا الطريق من خطورة قد تؤدي إلى الخطأ . فقد يكون المقصود من النص هو إثبات الحكم المنصوص عليه للحالة الواردة فيه على سبيل التمثيل أو حسما لما يحتمل أو يثور في شأنها من خلاف ، دون أن يكون في ذلك ما يدل على ثبوت تقيض هذا الحكم لحالة أخرى ينتفي فيها القيد المذكور في النص أو يقترن به قيد آخر . مثل ذلك أن المادة ٤٢١ / ٢ من التتمين المدني تنص على أنه « يعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ... » فلا يصح أن يفهم من هذا أن البيع بشرط آخر يكون يعباباتا .

٢٠٧ - ثالثا : اقتضاء النص :

المراد بما يفهم من اقتضاء النص المعنى الذى لا يستقيم الكلام إلا بتقديره ، فصيغة النص ليس فيها لفظ يدل عليه ، ولكن صحتها واستقامة معناها تقتضيه . فدلالة الاقتضاء هي دلالة النص على أمر لا يستقيم المعنى إلا بتقديره ، أى دلالة على أمر يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته .

مثل ذلك ما يدل عليه قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ... » : فهذا النص يدل اقتضاء على مقدر محذوف ، حيث يجب أن يفهم على معنى « حرم عليكم زواج أمهاتكم وبناتكم » ، لأن إسناد التحريم إلى ذات الأمهات والبنات لا يستقيم ، فصحة الإسناد تقتضى هذا المقدر .

٢٠٨ - تدرج الدلالات في القوة :

اتضح لنا مما تقدم أن تفسير النص أو فهم معناه إما أن يكون طريقه عبارة النص أو إشارته أو دلالة أو اقتضاءه . وكل معنى يفهم من النص بطريق من هذه الطرق الأربع يكون من مدلولات النص ويجب العمل به ، وتدرج الدلالات المستفادة من هذه الطرق في القوة . ويظهر أثر ذلك عند

التعارض . فدلالة العبارة أقواها ، ويلبها دلالة الإشارة ، ثم دلالة النص ، وأخيراً دلالة الاقتضاء .

فدلالة العبارة أقوى من دلالة الإشارة ، لأن الأولى تفيد معنى يتبادر فهمه من ألفاظ النص ويكون هو المقصود من سياقه ، أما الثانية فتفيد معنى لا يتبادر فهمه من الألفاظ ولا يقصد من السياق ولكنه لازم للمعنى المتبادر من الألفاظ . وكل من هاتين الدالتين أقوى من دلالة النص ، سواء كان مفهوم النص هو مفهوم الموافقة أو مفهوم المخالفة ، لأن كلا منهما مدلول النص بصيغته وألفاظه ، أما دلالة النص فمدلول النص بمفهومه ومعقوله ، وكل من هذه الدلالات الثلاث أقوى من دلالة الاقتضاء ، لأن كلا منها مدلول النص بحالته ، أما دلالة الاقتضاء فتتطوى على تصحيح النص بإضافة ما يكفل صدقه واستقامة معناه . ولهذا التفاوت يرجح عند التعارض المفهوم من العبارة على المفهوم من الإشارة ، ويرجح المفهوم من أيهما على المفهوم من الدلالة ، ويرجح المفهوم من أى من هذه الدلالات الثلاث على المفهوم من الاقتضاء .
