

الكتب القانونية

المدخل إلى القانون

القانون بوجه عام
النظرية العامة للقاعدة القانونية
النظرية العامة للحق

القسم الأول

الدكتور حسن كبره

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة الكويت
عميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة الكويت سابقاً

الناشر: دار الفكر
جلال حبيب وشركاه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

، إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ... ،

،... وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ..... ،

،... فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى... ،

صدق الله العظيم

المراجع

نثبت فيما يلي أهم المراجع العامة لهذا الكتاب . أما المراجع الخاصة ،
فنسوف نثبتها في موضعها الطبيعي بالنسبة الى كل موضوع من الموضوعات
الكتاب على حدة .

١ - المراجع العربية

- أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون ، ١٩٦٣ .
- أحمد صفوت - مقدمة القانون ، ١٩٢٤ .
- اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة لنحق ، ١٩٥٥ .
- برهام محمد عطا الله - مقدمة علم قواعد المعاملات - النظرية المسماة بنظرية الحق ، ١٩٦٧ .
- أساسيات القانون الوضعي ، مدخل الى الدراسات القانونية ، ١٩٦٨ .
- توفيق فرج - مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٠ .
- جميل الشرقاوي - دروس في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .
- دروس في أصول القانون : ج ١ ، نظرية القانون ، ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٦ .
- حسن كبره - أصول القانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ - ١٩٦٠ .
- الموجز في المدخل للقانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٣ .
- المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري ، ١٩٦٧ .
- مبادئ القانون وبخاصة القانون اللبناني ، ١٩٦٨ .

- سليمان مرفس - المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ .
- شفيق سحابة - محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ .
- شمس الدين الوكيل - محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٤ .
- - النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ .
- عبد الحى حجازى - مذكرات في نظرية الحق ، ١٩٥١ .
- - المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج ١ . القانون ، ١٩٦٦ .
- عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت - اصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ .
- عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية القانون ، ١٩٥٤ - الطبعة الخامسة ، ١٩٦٦ .
- - نظرية الحق ، ١٩٥٧ .
- عبد المنعم البدرأوى - المدخل للقانون الخاص ، ١٩٥٧ .
- - النظرية العامة للقانون ، ١٩٧٠ .
- - المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ .
- عبد المنعم فرج الصدة - نظرية الحق في القانون المدنى الجديد . ١٩٥٠ .
- - اصول القانون ، ١٩٦٦ .
- عدنان القوتلى - الوجيز في الحقوق المدنية ، الجزء الاول ، ١٩٦٠ .
- محمد سامى مذكور - نظرية الحق ، ١٩٥٤ .
- محمد على امام - محاضرات في نظرية القانون ، ١٩٥٤ .
- محمد على عرفة - مبادئ العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ .
- محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدى ، ١٩٥٤ .
- محمد كامل مرسى وسيد مصطفى - اصول القوانين ، ١٩٢٣ .
- محمود جمال الدين زكى - دروس في نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ .
- منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية - ج ١ ، نظرية القانون ، ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٢ .
- هشام القاسم - المدخل الى علم الحقوق ، ١٩٦٥ .

٢ - المراجع الفرنسية

- Beudant (Ch.), Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., 1920.
- Boistel, Cours de philosophie du droit, 2 vol. 1899.
- Capitant, (Henri), Introduction à l'étude du droit civil, 4ème éd., 1921.
- Capitant, (H.), Colin et de La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11ème éd., 1947.
- Capitant (René), L'impératif juridique, thèse, Paris, 1928.
- Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, 1929.
- Le droit subjectif, 1952.
- Théorie générale du droit, 2ème éd., 1953.
- Darbellay, La règle juridique, 1945.
- Del Vecchio, Philosophie du droit, trad. française, 1953.
- Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 1909.
- Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I. 3ème éd., 1927.
- Leçons de droit public général, 1926.
- Emmanuel, L'idée de droit, 1937.
- Le Fur, Les grands problèmes du droit, 1937.
- Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 1932.
- Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1914 - 1924.
- De la Gressaye et Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, 1947.
- Haesaert, Théorie générale du droit, 1948.

- Levy - Ulmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, t. I, définition du droit, 1917.
- Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. I, 1956.
- May, *Introduction à la science du droit*, 1932.
- Mazeaud, (H.L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. I, 1956.
- Pasquier, *Introduction à la théorie générale et la philosophie du droit*, 3ème éd., 1948.
- Picard (Edmond), *Le droit pur*, 1908.
- Réglade, *Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique*, 1959.
- Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e. éd. 1949.
- *Le déclin du droit*, 1949.
- *Les forces créatrices du droit*, 1955.
- Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. I, 1956.
- Roguin, *La science juridique pure*, 3 vol., 1923.
- Roubier, *Théorie générale du droit*, 1946.
- *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963.

٣ - المراجع الانجليزية

- Allen, *Law in the making*, 1946.
- Cairs, *Legal philosophy from PLATO to HEGEL*, 1949.
- Friedman, *Legal theory*.
- Gray, *The nature and sources of the Law*, 1948.
- Vinogradoff, *Common-sense in Law*, 1943.

مقدمة

١ - اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته

الأصل ان اصطلاح « القانون » يطلق لغة على كل قاعدة أو قواعد مطردة يحمل اطرافها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ولذلك يكثر استعماله بهذا المدلول في شئون كثيرة مختلفة . فيقال، مثلا « قانون الكون » ، ويراد به نظام الكون المستقر من دوران الكواكب ومسيرها وتعاقب الليل والنهار في الأرض . ويقال « قانون الجاذبية الأرضية » ، ويراد به القاعدة المستقرة التي تقضى بانجذاب الاجسام وسقوطها باطراد الى الأرض كلما أُلقيت في الفضاء . ويقال « قانون العرض والطلب » ، ويراد به القاعدة المستقرة في الاقتصاد من تأثير الاسعار والأجور باختلال التوازن بين العرض والطلب في السلع والخدمات .

غير أن اللغة القانونية استحوذت على هذا الاصطلاح ورصدته أساسا للدلالة بوجه عام على مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع . وبذلك يشمل اصطلاح « القانون » في هذا المدلول العام كل ما قد يوجد في الجماعة من قواعد تحكم سلوك الأفراد حكما ملزما بقصد اقامة نظام هذه الجماعة . واصطلاح القانون بهذا المدلول هو الذي يعيننا أصلا في هذا الكتاب .

ولذلك يكون من الواجب بداءة التمييز بين هذا المدلول العام وبين مدلول آخر خاص لهذا الاصطلاح ، اذ كثيرا ما يطلق اصطلاح « القانون » على قواعد قانونية معينة هي التي تصدر عن السلطة التشريعية العادية . فيراد حينئذ بالقانون التعبير عن التشريع ، ولذلك يقال قانون الشهر العقاري

وقانون تنظيم الجامعات وقانون المحاماة ، ويراد بذلك التشريعات التي تحكم هذه المسائل .

ولكن التشريع - كما سيرد البيان - ليس هو المصدر الوحيد الذي يعطي للقواعد القانونية قوتها الملزمة في العمل ، أي ليس هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون بمعنى العام الواسع ، حتى تصدق التسوية بينهما في الاصطلاح . ولعل أهمية التشريع بين مصادر القانون هي التي بررت الترخّص في إطلاق اصطلاح « القانون » على التشريع ، ويسرت بذلك الحنط بين القانون ذاته كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع ، وبين أحد مصادره الرسمية الهامة وهو التشريع .

وإذا كان مثل هذا الخلط واجب الدفع لتتميز بين هذين المدلولين لاصطلاح « القانون » (١) ، وكان المدلول المقصود أصلاً والذي سوف نعنيه في هذا الكتاب بإطلاق هذا الاصطلاح هو المدلول العام الواسع الذي ينصرف إلى مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع ، فيراعى أن هذا الاصطلاح يتولد منه اصطلاح آخر مركب للدلالة على أن هذه القواعد سائدة ومطبقة فعلاً في المجتمع ، هو اصطلاح « القانون الوضعي » *Le droit positif* وهو اصطلاح يتحدد بالزمان والمكان على السواء ، فيقال « القانون الوضعي المصري أو الفرنسي الحالي » مثلاً ، للدلالة على أن القانون السائد في مصر أو فرنسا في الآونة الحاضرة .

فالمقصود بصفة الوضعية التي تلحق قانون جماعة معينة في وقت معين ، هو توافر الصفة الإيجابية لقواعده عن طريق ما يصححها ويؤيدها في التطبيق من اجبار مادي معين تملكه سلطة عامة في الجماعة (٢) .

(١) يراعى أن اللغة القانونية الفرنسية تستعمل اصطلاحين مختلفين للتعبير عن هذين المدلولين ، إذ تعبر عن المدلول العام الواسع باصطلاح *Le Droit* ، وعن المدلول الخاص الضيق باصطلاح *La Loi* .

(٢) لعل اللفظ الفرنسي في هذا الصدد أدق في التعبير من اللفظ العربي ، إذ لفظ *(positif)* يعني فعال أو إيجابي بالمقابلة لللفظ *(négatif)* أي سلبى . أما اللفظ العربي «وضعي» ، =

٢ - تفرع الحقوق عن القانون

إذا كان القانون يتصدى لحكم سلوك الأفراد في المجتمع حكما ملزما ، فإنه يعمل - أمام تشابك مصالح الأفراد وتعارضها فيما يقوم بينهم من علاقات - على تغليب بعض هذه المصالح على بعض ، ووضع أصحاب المصالح المغلبة في مركز ممتاز بالنسبة إلى غيرهم من الأفراد ، بحيث يثبت لهم حقوقا تخولهم الاستئثار بسننات معينة تلتزم الكافة باحترامها .

فقد يخول لفرد من الأفراد الاستئثار بالتسلط على شيء من الأشياء باعطائه حق الملكية عليه ، فيضعه بذلك في مركز ممتاز على غيره من الأفراد بما يثبت له من احتكار التسلط على هذا الشيء ، والتزام الكافة باحترام حقه في هذا التسلط .

وقد يخول القانون لفرد من الأفراد سلطة اقتضاء عمل أو امتناع من جانب شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، فيثبت له بذلك حقا قبل هذا الشخص ، يجعله في مركز ممتاز سواء بالنسبة إلى الملتزم بالعمل أو الامتناع لقدرته على اقتضاء الوفاء منه بهذا الالتزام ، أو بالنسبة إلى الكافة جميعا لانفراد دونهم قبل الملتزم بمثل هذه القدرة .

وبذلك تتفرع الحقوق عن القانون . وتلك ظاهرة يمتاز بها القانون على الأخلاق كما سنرى ، إذ هو لا يقنع كالأخلاق بمجرد فرض التكاليف والإيجابيات على الأفراد ، بل يجاوز ذلك إلى تقرير الحقوق لهم وهو ما لا تفعله الأخلاق . وبذلك تحتل الحقوق أهمية كبرى في النظام القانوني .

فقد يدعو إلى الظن بأن القانون الوضعي يقصد به القانون الذي يضعه الناس ويصدر عنهم ، وهو ما يشيع فهمه في اللغة الجارية التي تجعل القانون الوضعي بهذا المعنى مقابلا للقانون السماوي الذي يضعه الله . ومثل هذا الظن غير صحيح في الاصطلاح القانوني . فالقانون الوضعي كما سبق البيان ، القانون السائد والمطبق فعلا ، وذلك دون اعتبار لمصدر قواعده . فيعتبر قانونا وضعيا في جماعة معينة كل ما يطبق فيها من قواعد قانونية ولو كان مصدرها سماويا . وهذا هو ما عليه الحال في مصر ، حيث يعتبر الدين - وهو مصدر سماوي - المصدر الرسمي لبعض القواعد التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية ، وبذلك تعتبر هذه القواعد الدينية السماوية جزءا من القانون الوضعي المصري الحالي .

٣ - خطة الكتاب

نستهدف في هذا الكتاب الوقوف على الأصول الكلية التي تحكم القانون ، وهو ما يقتضى دراسة القاعدة القانونية فى ذاتها ودراسة ما يتفرع عنها من فكرة الحق • ولكن قد ينبغى التمهيد لذلك بكلمة عامة فى القانون تعرف به وتبين خصائصه وأنواعه •

وبذلك نقسم الكتاب على النحو التالى :

- باب تمهيدى - فى القانون بوجه عام •
- القسم الأول - فى النظرية العامة للقاعدة القانونية •
- القسم الثانى - فى النظرية العامة للحق •

باب تمهیدی
فی القانون بوجه عام

٤ - عرض وتقسيم

ينبغي في صدد التمهيد لدراسة القانون الوقوف أولا على خصائصه الجوهرية التي تميزه عما قد يختلط به من نظم وقواعد أخرى مشابهة .

وإذا كان من أهم هذه الخصائص كون القانون قواعد ملزمة ، إلا أن ذلك لا يعنى انعدام سلطان إرادة الأفراد في مخالفة أى منها ، فالإرادة تملك مثل هذه المخالفة في صدد طائفة معينة من القواعد القانونية هي طائفة القواعد المكملة ، دون أن يطمح ذلك فيما لهذه القواعد من قوة الزامية باعتبارها قواعد قانونية .

وإذا كان القانون يتعرض لموضوعات شتى ويتسع نطاقه لمختلف الروابط والعلاقات بين الأشخاص ، فإن ذلك قد أتاح تقسيمه - بحسب هذا الاختلاف - الى قسمين كبيرين : القانون العام والقانون الخاص ، يقوم كل منهما على أسس ومبادئ مختلفة ، وبضم تحته أنواعا وفروعا شتى .

لذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول - في خصائص القانون .

الفصل الثانى - في مدى سلطان إرادة الأفراد إزاء القانون .

الفصل الثالث - في أقسام القانون وفروعه .

الفصل الأول

خصائص القانون

٥ - الحاجة الى القانون

لعل من الحقائق المسلمة التي لم تعد اليوم محل جسدل أو خلاف أن الانسان كائن اجتماعي بفطرته وطبيعته لا يستطيع أن يعتزل الناس ليعيش وحيدا لأنه أعجز بمفرده عن الكفاء بنفسه أو الوفاء بمختلف حاجاته ، فهو كائن مستطيع بغيره أو على الأصح بالاشتراك مع غيره ، ولذلك يعيش دائما في مجتمع من الناس . غير أن المجتمع لا يستقيم أمره الا اذا استوى على سنن بيئة ينزل الناس جميعا عند حكمها . ذلك أن وجود المجتمع يستتبع حتما وجود علاقات عديدة بين أفراد ، علاقات عائلية أو اقتصادية أو سياسية ، وهي علاقات لا يمكن أن تترك فوضى ينظمها كل فرد وفق رغبته ومشيئته ، والا حقت قولة الفيلسوف الفرنسي « بسويه » Bossuet : « حيث يملك الكل فعل ما يشاءون ، لا يملك أحد فعل ما يشاء ، وحيث لا سيد فالكل سيد ، وحيث الكل سيد فالكل عبيد (١) » .

وتلك حال لا يتصور أن تكون ، وان كانت فهي لا تدوم ، اذ ينتهي الأمر الى أن يكون الحكم للقوة تقضى في الضعفاء بما تشاء . . . ومن هنا كان لابد للمجتمع من نظام يحكم نشاط الأفراد وما يستتبعه بينهم من علاقات ،

(١) Bossuet, cité par Chevallier, Les granres oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, p. 74.

أي من قواعد موضوعه ابتداء يستهدى بها الأفراد في تصرف سلوكهم ويلتزمون لو يلزمون باحترامها. وهي تهدف إلى إقامة التوازن بين عديد الحريات المتعارضة والمتنافية ~~في مختلف النواحي~~ لتحقيق بذلك النظام والاستقرار والمعدل في المعاملات .

٦ - تعريف القانون واستغلامي لخصائصه

تلك هي فكرة القانون في نشأتها وبساطتها : إنسان لا يعيش إلا في مجتمع ، ومجتمع لا يقوم إلا على نظام ، ونظام لا يستوى إلا على قواعد أمره ملزمة بحمل الأفراد على طاعتها بما تملك الجماعة من سلطة القهر والاجبار .

فهناك تلازم إذن بين القانون والمجتمع من ناحية ، إذ لا يوجد مجتمع دون قانون ويوجد القانون لإقامة نظام في المجتمع . وهناك تلازم بين القانون والجزاء من ناحية أخرى ، فلا يكفل احترام القانون إلا بأخذ الأفراد باحترامه جبرا على المخالف منهم ، وهو جبر لا يتاح بشكله المادى المنظم إلا لسلطة عليا في الجماعة يكون لها احتكار القوة المادية واحتباسها بين يديها .

فالقانون إذن هو مجموع القواعد التي تقيم نظام المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه ، والتي تناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة في المجتمع من قوة الجبر والالزام (١) .

ومن هذا التعريف بالقانون ، يمكن أن نستخلص أربع خصائص جوهرية له : فهو يتضمن أولا قواعد سلوك . وهذه القواعد - ككل القواعد - تتوافر لها صفة الصوم والتجريد . وهو يفترض كذلك وجود مجتمع ياتمر أفراده بهذه القواعد ، فقواعده إذن اجتماعية . وهو يتضمن أخيرا جزاء ماديا منظما يكفل احترام هذه القواعد مما يجعلها قواعد ملزمة . فنعرض لكل من هذه الخصائص في مبحث على حدة .

(١) أنظر مع ذلك في مختلف تعريفات القانون ومناقشتها : Lévy-Urmann, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, T. I, La définition du droit, 1917. — Bonnet, *Introduction à l'étude du droit*, 2ème éd., 1930, Nos. 1 — 9. — Haesaert, *Théorie générale du droit*, pp. 73 - 110.

المبحث الاول

القانون مجموعة قواعد سلوك

Règles de conduite

٧ — القواعد التقريرية والقواعد التقويمية

قلنا ان اصلاح « القانون » اذا اطلق في اللغة الجارية أريد به التعبير عن قاعدة مطردة يحمل اطرافها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ومن هنا يقال مثلا ، كما راينا ، قانون الكون ، أو يقال قانون الجاذبية الارضية ، أو يقال ان الماء يخضع لقانون الغليان بمعنى أن تسخينه الى درجة المائة يؤدي دائما وحتما الى غليانه . والقانون بهذا المعنى انما يضع قاعدة تقريرية، أى قاعدة مقررة للواقع كما هو ، بمقتضاها تتحقق دائما أمثال تلك الظواهر حتميا اذا توافرت اسبابها ومقدماتها ، دون أن يتصور ورود أى استثناء على ذلك . اذ ورود هذا الاستثناء معناه أن القانون خاطيء لم يبصر بالواقع كله بصرا صحيحا شاملا (١) ، ذلك أنه لا يضع قاعدة لما ينبغى أن يكون بل لما هو كائن فعلا ، ومن هنا كان خضوعه للواقع دون خضوع الواقع له .

بينما القانون بالمعنى الذى نقصده من دراستنا انما يضع قواعد سلوك أى قواعد تقويمية لا تقريرية ، لانه يضع قواعد بما ينبغى أن يكون عليه سلوك الافراد فى المجتمع لا قواعد بما عليه فعلا هذا السلوك . وهو يصوغ هذه القواعد وفق مثل وقيم عليا يستهدفها ، ثم يتوجه بها الى الافراد فى صورة أمر أو تكليف واجب طاعته بأن يحاذوا مسلكهم عليها . فالواقع هنا — أى سلوك الافراد — هو الذى يخضع للقانون فيعمل على مسايرة قواعده ، وليس القانون هو الذى يخضع للواقع فيسايره بأن يشكل نفسه حسب ما عليه سلوك الافراد فعلا .

ولذلك قلنا أن القانون — على خلاف الظواهر الطبيعية — انما يضع قواعد

قواعد تقويمية لا تقريرية ، لأنه لا يقر مثلها الواقع كما هو ، بل يقوم بتقديره وتقويمه وفق المثل التي يستهدفها بما يعين الواجب في شأنه (١) .

٨ - القانون يفرض السلوك الواجب كإمر أو تكليف

رأينا أن القانون - على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية - إنما يضع قواعد تقويمية أي قواعد بالسلوك الواجب على الأفراد . ولكنه لا يتوجه بهذه القواعد على سبيل النصح أو الترغيب ، وإنما يفرضها فرضاً على سبيل الأمر أو التكليف .

وفرض السلوك الواجب كإمر أو تكليف لازمة من لوازم القانون لا يتصور وجوده دونها . لأن القانون إنما يستهدف إقامة النظام في المجتمع ، وهو ما يتهدده حتماً حمل السلوك الواجب محمل النصح ، إذ يكون للأفراد حينئذ حرية مخالفته . من أجل ذلك ، كان القانون دائماً قائماً بفرض ما يراه من سلوك واجب فرضاً يحمل معنى الزام الأفراد بالمضوع له . وهو في ذلك يختلف عن الأخلاق التي قد تقوم في بعض الأحوال - إلى جنب ما تقرضه من أوامر وتكاليف - ببيان بعض ما تراه واجباً من سلوك ولكن على سبيل النذب والترغيب للوصول إلى سمو نفسى أكمل (٢) .

وإذا كان القانون في جوهره يتضمن تكليفاً بالسلوك الواجب ، فإن وجود مثل هذا التكليف يكون صريحاً واضحاً حيث ترد القاعدة القانونية في صورة الأمر أو النهي . غير أن التكليف قد لا يتخذ مثل هذه الصورة الواضحة مما يثير الشك في أمر توافره ، ولكنه متوافر رغم ذلك حتماً في كل قاعدة قانونية .

فقد يخفى التكليف لأول وهلة في بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المقررة » Règles dispositives وهي القواعد التي لا تأمر بشيء أو تنهى عن شيء وإنما تقتصر على بيان حكم من الأحكام كالقاعدة التي

(١) أنظر في التفرقة بين القانون وقوانين الظواهر الطبيعية :

René Capitant, *L'Illicite*, thèse, Paris, 1923, pp. 1 - 5 et s. — Dabin, *Théorie générale du droit*, 1953, No. 43.

Dabin, op. cit., No. 47. (٢)

تقرر أن الحيازة في المنقول سند الحائز ، أو القاعدة التي تحدد الموطن بمحل إقامة الشخص المعتادة أو بالمركز الرئيسى لأعماله ، أو تلك التي تثبت اختصاصا معيناً لجهة أو هيئة معينة .

غير أن هذه القواعد ، وإن كان التكليف فيها غير صريح الصورة ، تتضمن فى الواقع أمراً أو تكليفاً الى الكافة أو الى شخص أو هيئة معينة باحترام أحكامها والتزام سلوك معين فيما يوجد من علاقات أو روابط قانونية . فالقاعدة التي تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز ، تتضمن أمراً الى الكافة بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية . والقاعدة التي تقرر أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة تتضمن أمراً الى الكافة بتوجيه الأوراق القضائية مثلاً الىه فى هذا المحل . والقاعدة التي تثبت الاختصاص لجهة أو هيئة معينة ، تتضمن تكليفاً الى هذه الهيئة بالعمل فى حدود هذا الاختصاص وعدم تخطيه ، بما يمنع غيرها من مزاحمتها أو مشاركتها فيه ، وتتضمن كذلك أمراً الى الكافة بالخضوع لهذا الاختصاص والتزام ما يصدر عنه من أوامر أو قرارات .

وقد يخفى التكليف كذلك بشأن بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المفسرة أو المكملة » (Règles interprétatives ou supplétives) وهى التى تسرى فى حال عدم اتفاق الأفراد على خلافها . ولكنها تتضمن هى الأخرى تكليفاً كذلك ، وإن يكن هذا التكليف لا يتوجه الا الى طائفة من الأفراد هى تلك التى تنصرف إرادتهم عن مخالفتها (١) .

المبحث الثانى

القانون مجموعة قواعد عامة مجردة

Règles générales et abstraites

٩ - التكليف القانونى تكليف عام مجرد

القانون باعتباره مجموعة قواعد تضع نظاماً للمجتمع ، وباعتباره قواعد سلوك أى تكليفاً بأمر أو مسلك معين ينبغى اتباعه ، إنما يسبق فى وجوده

(١) أنظر فى تفصيل ذلك ما سيرد فى الفصل الثانى من الباب التمهيدى ، وهو الخاص

بمضى سلطان إرادة الأفراد إزاء القانون .

• ما يواجه من فروض يخضعها لحكمه • ومن هنا لم يكن من المتصور أن يتيسر حصر كل ما قد يعرض في المستقبل من مختلف الفروض والحالات الفردية غير المتناهية ، ووضع قاعدة آمرة بشأن كل حالة على حدة ينصرف التكليف فيها إلى شخص معين بذاته • فالنظام والاستقرار - وهو ما يستهدف القانون إقامته - يقضى بتحقيق المساواة بين الأفراد ، وهذه المساواة لا يتيسر إقامتها ابتداءً إلا على أساس الوضع الغالب في الحياة الاجتماعية ، وهو ما يحتم أن يؤخذ التكليف المتوجه إلى الأفراد بمعيار موضوعي لا شخصي ، أي يلجأ فيه إلى تجريد تكون العبرة فيه بعموم الصفة لا بتخصيص الذات •

فالتكليف الذي يتضمنه القانون إذن لا يمكن أن يكون إلا تكليفاً عاماً مجرداً يتوجه إلى كل من تتوفر فيه صفة معينة لا إلى شخص بعينه ، ويواجه كل واقعة تتوفر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها ، ومن هنا جاء ما يتميز به القانون من تواتر التطبيق وإطراده كلما توافرت الصفة المطلوبة في فرد أيا كان أو اجتمعت الشروط المعينة لواقعة أيا كانت •

فالعموم والتجريد اللذان يتميز بهما القانون بصداق في حق الأشخاص المخاطبين بما يتضمن من تكليف ، كما يصداقان في حق الوقائع أو الروابط التي ينصرف إلى تنظيمها هذا التكليف • وبعبارة أخرى فالقواعد القانونية تتميز بالعموم والتجريد - وهما وجهان لحقيقة واحدة - بالنسبة إلى أشخاصها وإلى موضوعها على حد سواء •

والقانون باعتباره تكليفاً عاماً مجرداً لا يستنفده - على خلاف التكليف الخاص كما سنرى - تطبيق ما على شخص معين أو واقعة معينة ، ولذلك فهو يكتسب صفة الدوام ، بمعنى أنه لا يقتصر على الحال بل يمتد كذلك إلى المستقبل ، فيترصد دائماً بصفة الشخص أو نوع الواقعة ، وهو ما يتسع لعدد غير محدود أو محصور من الحالات •

فقانون كقانون الخدمة العسكرية ، يضع قاعدة قانونية لأن التكليف فيه تكليف عام مجرد يتوجه إلى كل من تتوفر فيه في الحال أو المستقبل صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والقدرة البدنية ، بينما لا يعتبر القرار الصادر

بدعوة شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية لأنه إنما يتوجه الى شخص معين بالذات .

والقاعدة التي تنص على أن الخطأ الذي ينتج عنه ضرر للغير يلزم صاحبه بالتعويض هي قاعدة قانونية لأنها عامة مجردة تنطبق على كل فعل ضار مني توافرت فيه صفة الخطأ ، بينما الحكم القضائي الصادر بالزام طبيب معين بأداء مبلغ ألف جنيه مصرى على سبيل التعويض الى مريض معين ، نتيجة خطئه خطأ جسيما فى العلاج مما ترتب عليه الاضرار بهذا المريض ، لا يعد هذا الحكم متضمنا لقاعدة قانونية ، لأنه إنما يواجه حالة بخصوصها ، فيتوجه بمجرد تكليف خاص لا يخاطب الا فردا معينا بذاته . هو ذلك الطبيب المقامة عليه الدعوى .

والقرار الصادر بتعيين شخص معين فى وظيفة عامة معينة لا يضع قاعدة قانونية لأنه إنما يخص شخصا معينا بالذات ، بينما يضع القانون المتعلق بشروط التوظيف قواعد قانونية لأنه عام لا يواجه ذوات معينة بل صفات مجردة .

وليس يعنى أن القانون يضع قاعدة عامة أنه يسرى فى حق الناس كافة ، فهو قد ينصرف الى طائفة محدودة من الناس دون أن يطعن ذلك فيما له من صفة العموم والتجريد ، ما دامت هذه الطائفة معينة بصفات من يدخل فيها من أشخاص لا بذواتهم . فقانون السلطة القضائية مثلا يضع قواعد قانونية تسرى على طائفة القضاة وهم طائفة محدودة من الناس ، وهي على رغم ذلك قواعد قانونية بالمعنى الذى أوضحناه لأنها تخاطب كل من تتوافر فيه صفة معينة هي صفة ولاية القضاء .

فالعبارة اذن ليست بعدد من تتوجه اليه القاعدة - قل أو كثر - وإنما بصفة من تتوجه اليه . فقد تتوجه القاعدة القانونية الى شخص واحد ورغم ذلك تظل قاعدة عامة مجردة ، لأنها تتوجه الى صفة معينة لا الى شخص معين ، كالقواعد الخاصة بتحديد سلطات رئيس الدولة الدستورية التي لا تتوجه الى رئيس معين بذاته ، بل تتوجه الى كل من يشغل فى الحاضر أو المستقبل رئاسة الدولة .

وينبغي على ما تقدم أن التكليف الملم المجرى الذي يتضمنه البيانون يفترق عن التكليف الخاص الذي يتوجه الى شخص معين بذاته أو يحكم رابطة أو واقعة معينة بذاتها ، والذي يتلشى وينقض أثره بتطبيقه على هذا الشخص أو تلك الواقعة ، كما هو الشأن بالنسبة للتكليف الذي يتضمنه حكم قضائي أو أمر إداري أو عقد من العقود . فهذا التكليف الخاص لا يعدو أن يكون أمرا خاصا لا يرتفع الى مرتبة القاعدة القانونية لأن صفة العموم والتجريد فيه مفقودة ، فهو يتوجه الى شخص معين بذاته لا بصفته ، فيسرى في حقه وحده دون غيره من الناس ، أو يحكم واقعة معينة بذاتها ، فينطبق عليها وحدها دون غيرها من الوقائع .

ومن هنا ، فالقول بأن في هذا التكليف الخاص قاعدة قانونية فردية - كما يذهب الى ذلك بعض فقهاء القانون العام بخاصة (١) - لا يمكن التسليم به . فالقاعدة بطبيعتها عامة ، وهذه القواعد الفردية المدعاة - فضلا عن ذلك - لا تعدو أن تكون تطبيقا لقاعدة قانونية سابقة تتصف بصفة العموم والتجريد ، فلا حاجة - مع وجودها - الى اسباغ صفة القاعدة القانونية على ما قد يكون لها من تطبيق فردي أو شخصي (٢) .

المبحث الثالث

القانون مجموعة قواعد اجتماعية

Règles sociales

١٠ - بيئة القانون الاجتماعية (٣)

قلنا ان القانون يضع قواعد سلوك ياتمر بها الأفراد ، والأفراد - كما

(١) Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1926, p. 259. — Sené Capitant, thèse précitée, pp. 58 - 60, 154 - 156.

(٢) انظر في مناقشة ورفض القول بوجود قواعد قانونية فردية : Dabin, op. cit., Nos. 56, 57. — Marty et Raynaud, Droit civil, t. 1, 1966, No. 122.

وكتابنا « اصول القانون » ، ١٩٥٩/١٩٦٠ ، فقرة ٤٠ من ٢٩ ، ٣٠ .

(٣) انظر في ذلك

راينا - لا يمكن أن يعيشوا الا فى مجتمع ، فكان القانون اذن انما يفترض وجود بيئة اجتماعية .

والمقصود بالمجتمع أو البيئة الاجتماعية هنا ، ليس تجمع أفراد من الناس - قتلوا أو كثروا - فى بقعة من الأرض معينة ، دون هدف واحد يربطهم ويجمع بينهم وانما هو شركة يجمع أعضاؤها التضامن لتحقيق ما بينهم من صالح مشترك . ولا مناص لهذا المجتمع من أن يكون له نظام تتوزع قواعده تحديد التعاون بين الشركاء وكفالة دوامه لتحقيق الغاية المشتركة . وهو ما يقتضى وجود سلطة تكون لها السيادة على أفراد المجتمع بما يمكنها من فرض كلمة القانون . ولذلك فالقانون يوجد فى مجتمع سياسى منظم يخضع أفراد له لسيادة سلطة عامة تملك عليهم حق الجبر والقهر .

ولئن كانت الدولة هى الشكل الواضح اليوم لمثل هذا المجتمع السياسى المنظم ، الا أن ذلك لا يعنى أن الدولة هى الشكل الوحيد لبيئة القانون ، فقد يوجد القانون فى مجتمع لا تتوافر له عناصر الدولة أو شكلها ، ما دامت ثمة سلطة تمتلك حق السيادة والاجبار فيه . ولذلك كان القانون أسبق فى الوجود تاريخيا من الدولة ، ولم يصل الى بيئتها حيث التنظيم السياسى الكامل الا بعد أن مر طوال أحقاب طويلة ببيئات مختلفة تتدرج نحو هذا التنظيم . فقد بدأ المجتمع فى نطاق محدود هو الأسرة البدائية أو القبيلة فى القديم ، ثم تطور الى الاقطاعية فى العصور الوسطى ، وانتهى فى عصرنا هذا الى أن ينحصر فى الوطن أو الدولة ، ولعل هذه المرحلة ليست نهاية مراحلها ، اذ يبقى أن يكون العالم مجتمعا واحدا .

واذا كان القانون ينشأ فى بيئة اجتماعية ، فانه لابد متأثر بها متطور معها فى تقدمها ، ولذلك كان اختلافه من بيئة الى أخرى بحسب اختلاف الظروف والحياة فيها .

= Réglaide, Valeur sociale et concepts juridiques, normes et technique, 1960, p. 49. — Roubier, Théorie générale du droit, 1946, pp. 23, 24. — Del Vecchio Philosophie du droit, 1933, pp. 346 - 377.

١١ - القانون والعلوم الاجتماعية

القانون ، بوصفه مجموعة قواعد تستهدف اقامة نظام اجتماعى عن طريق حكم سلوك الأفراد فى المجتمع ، يدخل فى نطاق العلوم الاجتماعية .
ومن هنا كانت صلته بها واعتماده عليها فى اقامة قواعده .

فهو يتصل بعلم السياسة حين يضع قواعد النظام السياسى فى المجتمع ، فيحدد شكل الحكم وتوزيع السلطات العامة وتعاونها .

وهو يتصل بعلم الاجتماع ، اذ يعتمد عليه فى تعرف الحقائق الاجتماعية كما هى حية فى المجتمع ، ولذلك كان القانون مدينا لعلم الاجتماع بكثير من المواد الأولية التى يصوغ منها نسيجه .

وهو يتصل بالتاريخ ليقف على الأنظمة القانونية السابقة ومدى نجاحها العمل فى التطبيق ، فيستهدى فى وضع قواعده بمثل هذه التجارب التاريخية النافعة .

وهو يتصل بالاقتصاد السياسى حين يعرض لتنظيم الروابط الاقتصادية المختلفة . والتأثر المتبادل بينهما وثيق كما سنرى ، حيث نجد فى مقابلة فكرة العدل الخاص أو النزعة الفردية فى القانون مذهب « الاقتصاد الحر » ، وفى مقابلة فكرة العدل العام أو النزعة الاجتماعية فى القانون مذهب « الاقتصاد المدار » ، وبذلك يتراوح الأمر فى القانون وفى الاقتصاد السياسى بين مبدأ حرية الفرد ومبدأ سيطرة الجماعة . وإذا كان القانون يعتمد على كثير من العوامل الاقتصادية ، فإن ذلك لا يعنى أنه محكوم بالاقتصاد وحده ، فسنرى أن الاقتصاد ليس الا مجرد عامل ضمن عوامل أخرى كثيرة تدخل فى تكوين القانون (١) .

١٢ - القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى

القانون باعتباراه مقيما لنظام اجتماعى يتغلغل فى الحياة الاجتماعية ويوغل فيها حتى يكاد ينبسط نطاقه على أكثر مظاهرها ومعالمها ، بل انه مائل

(١) أنظر ما سجد بعد عند الكلام فى العنصر الواقع فى تكوين القاعدة القانونية .

حاضر في أكثر مظاهر النشاط اليومي بحكم ما يصدر عنها من تصرفات تبدو مع التكرار آلية كشراء الجرائد والحاجات المنزلية وهو ما يكون بينا ، وكر كوب الترام والاختلاف الى دور السينما وهو ما يكون ايجارا .

غير أن القانون وان كان يسيطر على أكثر مظاهر الحياة الاجتماعية ، فليست قواعده بالوحيدة - وان تكن في الطبيعة - بين القواعد التي تنظم الحياة في المجتمع ، مما يقتضى التمييز بينها بوضوح على النحو التالي :

(١) القانون وقواعد العادات والمجاملات والتقاليد

توجد في كل مجتمع قواعد يتواضع الناس على اتباعها في علاقاتهم وصلاتهم اليومية ، أو يجرى بها التقليد بينهم في مظهرهم وملبسهم . فتم قواعد تقضى بها المجاملات ويحتمها حسن التهذيب والتمدين ، كالأسلام والتحية عند اللقاء ، والعزاء والمواساة في الكوارث أو الموت ، والتهنئة في الخير . وثم قواعد تقضى بها العادات والتقاليد في شأن اللبس أو المظهر . تتفاوت وتختلف باختلاف المناسبات ، وباختلاف الأفراد الى رجال ونساء .

فكل هذه القواعد وأمثالها قواعد ياتمر بها سلوك الأفراد في المجتمع بل ويعدها هؤلاء الأفراد ملزمة لهم بحيث يستنكرون الخروج عليها ، ومن هنا كانت هذه القواعد قواعد اجتماعية يقوم على كفالة احترامها جزاء معين وهو استنكار الناس .

ولذلك قد يقال ان الاختلاف في الجزاء يصلح معيارا للفرقة بين قواعد القانون وقواعد المجاملات والتقاليد ، إذ بينما يقتصر الجزاء في الثانية على محرد استنكار الناس ، يكون الجزاء في الأولى هو ذلك الاجبار الذي تحتكر السلطة العامة في الجماعة حق توقيعه على المخالف .

ولكن يبقى التساؤل عن سبب هذا الاختلاف في الجزاء . وليس يصلح القول برد ذلك الى اختلاف الموضوع بين هذين النوعين من القواعد ، إذ لا توجد حدود منضبطة تفصل بين مضمعهما فهما متداخلان متشابكان . وإذا كان لا يكون من العسير أو الغريب تحول بعض قواعد المجاملات والتقاليد الى قواعد قانونية . فمن المتصور تدخل القانون ليغرض زيا معيناً على الناس ،

أو ليأمر بإطلاق اللحي أو حلقتها أو باطالة أثواب النساء أو تقصيرها .

فما هو المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه إذن للترقية بين قواعد القانون وبين قواعد المجاملات والتقاليد ؟ • لعل خير معيار في هذا الصدد هو تفاوت المصالح - الذي يقوم على أساس تحقيقها هذان النوعان من القواعد - في قدرها وأهميتها للنظام والاستقرار في المجتمع . فالقيم التي يتميل على أقرارها قواعد العادات والتقاليد والمجاسمات أضعف أثرا في إقامة النظام الاجتماعي من تلك التي يعمل القانون على أقرارها ، ولذلك لا تحتاج كفالتها إلى اجبار مادي جماعي بل يكفي في شأنها مجرد الاستنكار العام (١) .

(٢) القانون والأخلاق (٢) :

إذا كان القانون والأخلاق لم تتحدد معالم التفرقة بينهما بشكل واضح إلا منذ القرن الثامن عشر (٣) ، إلا أن هذه التفرقة المستقرة اليوم ما زالت تختلف أحيانا السبل وتتباين بشأنها المعايير . وقد يتيح لنا الوقوف عندما يميز القانون من كونه يستهدف إقامة نظام اجتماعي ، سبيلا إلى إقامة التفرقة بينهما على أساس سليم .

١ - نطاق القانون والأخلاق : إذا كانت التفرقة مستقرة اليوم بين

(١) أنظر :

Esmein (P.), *La place du droit dans la vie sociale, dans l'ouvrage collectif d'introduction à l'étude du droit*, t. I, 1951, pp. 111 - 113.

(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 5, pp. 33 - 42. — Réglade, op. cit., pp. 43 - 52. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 37. — Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Nos. 14 - 18, 206, 208. — Draghicescu, *Droit, morale et religion*, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 229 - 245. — Le Fur, *Les caractères essentiels de droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale*, *Arch. de phil. du droit*, 1935, Nos. 3 - 4, pp. 7 - 27. — Esmein, article précité, pp. 119 - 127.

وكتابنا « أصول القانون » فقرة ١٦ ، ص ٢٧ - ٢٦ .

(٣) أنظر في تاريخ التفرقة بين القانون والأخلاق :

Del Vecchio, *Philosophie de droit*, 1952, pp. 272 - 275. — Roubier, op. cit., No. 5, pp. 32 - 33.

وكتابنا سالف الذكر ، علمي « ٢ » ص ٢٧ و ٢٨ .

القانون والأخلاق ، فإن القانون مع ذلك يلتقى مع الأخلاق فى كثير من قواعدها ، كتلك التى تحرم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، أو التى تدعو إلى الوفاء بالعهود ، أو التى تحرم الإثراء بغير سبب مشروع . ولكن دون أن يجر هذا الالتقاء إلى اختلاط القانون بالأخلاق ، إذ يظل لكل منهما نطاقه وغايته .

فكثيرا ما ينبسط سلطان القانون على ما تنفض الأخلاق يدها منه لأنه مما تقتضيه ضرورات الحياة فى الجماعة دون أن يثير مسألة أخلاقية ، كتنظيم المرور فى الطرق العمامة ، وتحديد مواعيد اللطحن فى الأحكام ، واشتراط الرسمية فى بعض التصرفات ، فهذه أمور تنظيمية بحث تحتها فكرة النفع الاجتماعى . ويقابل ذلك أن القانون يقصر بدوره عن تناول كل ما تقضى به الأخلاق ، فهو لا يهتم فى الأصل بما قد تأمر به من بعض الفضائل كالصدق والشجاعة والشهامة والترفع عن الزلفى والنفاق .

وبذلك يتضح أن النطاق ، إذا كان يتداخل بين القانون والأخلاق حينئذ ، إلا أنه يتباعد أحيانا : فهو تارة ينبسط فى القانون عنه فى الأخلاق ، وتارة أخرى يتسع فى الأخلاق عنه فى القانون .

٢ - معيار التفرقة بين القانون والأخلاق : إذا كانت التفرقة مسلمة اليوم بين القانون والأخلاق ، فإن ذلك لم يمنع الفلاسفة والفقهاء من الاختلاف حول معيارها اختلافا كبيرا .

فبعض الفقهاء يرون هذا المعيار فى اقتصار الأخلاق على حكم الحياة الباطنة فى الضمير التى ما زالت فى النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج إلى الوجود بعد فى صورة أفعال ، واقتصار القانون على المحسوس من الأفعال دون الوقوف عندما يستتر وراءها فى الضمير من دوافع خفية (١) .

ولكن الواقع أن الأخلاق ، وإن كانت تعنى فى الأصل بمحض المقاصد والنوايا الباطنة ، فهى لا تقتصر على ذلك ، بل تمتد أيضا إلى كثير من الأفعال

(١) انظر فى ذلك :

Kant, voir Roubier, op. cit., pp. 35, 36. — Cornil, Le droit privé, 1924, p. 5.

الخارجية المحسوسة . وآية ذلك أن الأخلاق لا تقتصر على بيان واجبات الفرد قبل ربه وواجباته قبل نفسه فحسب ، ولكنها تجاوز ذلك الى بيان واجباته قبل غيره من الأفراد^(١) ، وهو ما يتناول عالم النية وعالم المحسوس من الأفعال على حد سواء .

وكذلك القانون ، فانه ان كان في الأصل يحكم ما يخرج الى الوجود من أفعال ، فهو لا يغفل عما يستتقى وراء هذه الأفعال في النفس من دوافع^(٢) ، وفي نظرية التصسف في استعمال الحق وفي سبب العقد خير دليل على ذلك . فالمالك الذي يقيم على حدود ملكه سوراً يرتفع ارتفاعاً شاهقاً يحجب الضوء والهواء عن ملك الجار يؤمر بهدم السور الى الحد المعقول اذا ثبت أن نيته لم تنصرف الا الى الاضرار بالجار دون نفع ظاهر لنفسه ، اذ تؤخذ نية الاضرار المتمحضة عنده دليلاً على تعسفه في استعمال حقه في الملكية . واستتجار منزل بقصد ادارته للدعارة يبطل الإيجار ، لأن الباعث على التعاقد أمر مخالف للآداب مما يصبح معه سبب العقد غير مشروع .

ويرجع فقهاء آخرون مناط التفرقة بين القانون والأخلاق الى الجزاء^(٣) ، فبينما تكفل السلطة العامة احترام القواعد القانونية بما لديها من وسائل مادية للاجبار والالزام لا تجد القواعد الأخلاقية من جزاء على خرقها الا مجرد تأنيب الضمير أو استنكار الناس .

والحق أن الجزاء كما قالوا مختلف في القانون عنه في الأخلاق ، ولكنه لا يفي بمفرده كمعيار فاصل للتفرقة بينهما ، اذ يبقى التساؤل عن مبعث هذا الاختلاف في الجزاء . والواقع أن اختلاف الجزاء ليس الا وليد اختلاف في

٢

(١) وقد أريد الاستناد الى ذلك لقابلية القانون بالأخلاق والقول باقتضائه على بيان واجبات الفرد نحو غيره من الأفراد فحسب دون عناية ببيان واجباته نحو ربه أو نحو نفسه . ولكن هذا القول لا يصدق على إطلاقه ، فبعض القوانين تماقب على الإلحاد ، وبعضها يماقب على الشروع في الانتحار (في هذا المعنى Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 31, 37.)

(٢) في هذا المعنى :

R. Capitant, thèse précitée, pp. 129, 130. — Roublier, op. cit., pp. 35, 36. —
Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 49, pp. 200 - 204.

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3ème éd., No. 8, (٣)
pp. 92 - 94.

القضاية والهدف بين القانون والأخلاق . فغاية الأخلاق مثالية هي السمو بالإنسان ، وغاية القانون واقعية لغية هي إقامة نظام في المجتمع . ولذلك كانت قواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة الى الفرد بقصد تطهير النفس والعروج بها الى مراقى السمو والكمال الانساني . وكانت قواعد القانون متوجهة الى الفرد بقصد تحقيق صالح الجماعة ، ذلك الصالح المشترك الذي يربط بين افرادها ويقوم عليه نظامها .

فالأخلاق اذن انما تضع من القواعد ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى ذاته ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده الى ما ينبغى لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلى . أما القانون ، فلا يضع من القواعد الا ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى المجتمع ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى المجتمع نفسه من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع ونفعه وأمنه .

ومن هنا كان قيام الأخلاق على أساس تحقيق قيم شخصية كمالية ، وقيام القانون على أساس تحقيق قيم اجتماعية نفعية (١) . وبذلك فالأخلاق انما تخضع الفرد لضميره في تطلعه الدائم الى السمو والكمال ، بينما القانون يخضع الفرد للجماعة في سعيها الحثيث الى تحقيق صالحها وإقامة النظام والاستقرار فيها . ومن هنا كان ما يقال من أن القانون هو نظام اجتماعي ، والأخلاق هي نظام فردي أو شخصي (٢) .

والنظامان - وإن كانا يختلفان في الظاهر - إلا أنهما يفترقان في الواقع حتى في الصورة التي يصبغان فيها على قواعد واحدة - فكل من الأخلاق

(١) انظر في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 5, p. 39. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 172 - 183.

— Le Fur, article précité, p. 25. — Régis, op. cit., pp. 44 - 46.

(٢) ولذلك يعتبر بعض الفقهاء بحق من ذلك بقولهم ان القانون انما يستهدف تحقيق العدل،

بينما تستهدف الأخلاق تحقيق الخير أو نرسية والإحسان (R. Capitant, thèse précitée).

p. 174, notes 1 et 2, — Mazeaud, Leçons de droit civil, t. I, 1966, No. 14, p. 23, 24.

والقانون يحرم القتل مثلا ، ولكن لكل منهما عددا متباينا من وراء هذا التحريم ، فالقانون انما ينظر الى عواقب القتل الاجتماعية وما لها من اثر وخيم في أمن المجتمع واستقراره ، بينما تنظر الأخلاق الى ما تنحدر اليه نفس المقاتل من درك سحيق في الشر وانغماس في الرذيلة . فالقانون حين يحرم القتل اذن انما يحرمه باعتباره حارس المجتمع من كل ما يخل بأمنه واستقراره ، بينما الأخلاق حينما تحرمه انما تحرمه باعتبارها حارسة الفرد ضد ما تحدثه به النفس من شر وخطيئة . فمحكمة الأخلاق اذن هي محكمة الضمير حيث تدور معركة الخير والشر في ذاته ، ومحكمة القانون هي محكمة المجتمع حيث يصطارع النفع والضرر الاجتماعي .

٣ - آثار اختلاف الغاية بين القانون والأخلاق : اذا كان القانون والأخلاق يختلفان هذا الاختلاف الجوهرى في الغاية ، فان هذا الاختلاف لابد من استتبع التقترقا كبيرا بينهما في الآثار .

فالاختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، يؤدى الى اختلافهما في النطاق . اذ يصعد القانون - كما سبق البيان - الى ما لا يدخل بطبيعته في غاية الأخلاق حيث لا تعرض مشكلة ضمير ، ويخفض القانون بدء مما قد يدخل في غاية الأخلاق من تطلّيب الامتزاجة من الخير والفضل النفسى .

واختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، يستتبع كذلك اختلافهما في بعض ما تفرضان - لنفس الحالات - من قواعد الملوك . ذلك أن القانون - وهو يهدف الى تحقيق العدل على أخص من أشاعة الاستقرار والأمن والنظام في الجماعة - يضطر الى النزول في سبيل ذلك عن بعض القواعد والمثل الأخلاقية (١) ، كما يفعل حين يحسم الحياة حتى في مواجهة المبالك الأصملى ، وحين يحسم للمدين في الامتناع عن الوفاء لكذا تقاسيم القدين ، وحين يحسم المجرم من القصاص اذا تلباهم الجريمة أو العقوبة . وحين يبيع الإلراض بفائدة .

(١) في هذا المعنى :

Ripert, Les forces créatrices du droit, No. 69, pp. 172. — Roubier, op. cit. No. 6, pp. 40, 41.

(م ٣ - الممثل الى القانون)

ويكون طبيعيا كذلك أن يختلف القانون والأخلاق في الجزاء ما داما يختلفان في الغاية . فينحصر جزاء الأخلاق في تأنيب ضمير المخالف لها أو في الخوف من استنكار ضمائر الآخرين لمخالفته ، وينحصر جزاء القانون في الاجبار الجماعي الذي تتكفل السلطة العامة في الجماعة باعلانه وانفاذه بما يتجمع لديها من قوى ووسائل قاهرة . فقواعد الأخلاق ، ما دام مقصودا بها السمو النفسى لدى الفرد أو الشخص ، يكون الجزاء على مخالفتها من نفس الطبيعة النفسية الشخصية شعورا بالحطة والضمة والتأنيب . أما قواعد القانون فلكون القصد منها اقامة نظام للحياة في الجماعة ، لا يتصور أن تبقى مخالفتها - وهي تعرض هذا النظام للخطر - دون جزاء جماعى مجبر يكفل احترامه وبقائه (١) .

ويكون طبيعيا فضلا عن ذلك ، والغاية مختلفة بين القانون والأخلاق ، أن تقتصر الأخلاق - وهي قواعد فردية للكمال تنبعث من ضمير الشخص الى نفسه - على مجرد بيان الواجبات دون مجاوزة ذلك الى تقرير الحقوق : فهي اذا كانت مثلا تضع على القادرين واجب مساعدة المحتاجين ، لا تنشئ بذلك للمحتاجين حقا فى العون قبل القادرين . بينما القانون يعمد - فوق بيانه الواجبات - الى تقرير الحقوق . فهو ان كان يجعل العقد شريعة المتعاقدين ويوجب الوفاء بما يتضمن العقد من التزامات ، انما يقرر بذلك للدائن الحق فى اقتضاء هذا الوفاء من المدين . وهو ان كان يوجب عدم الاضرار بالغير عن خطأ ويقرر بذلك مسئولية مرتكب الخطأ ، فانما يجعل فى مقابل هذا الواجب حقا للمضرور فى التمويض قبل من وقع منه الضرر .

٤ - مدى تأثير القانون بالأخلاق : اذا كان القانون يختلف اختلافا جوهريا عن الأخلاق فى الغاية مما يجبر وراه اختلافات أخرى كثيرة بينهما ، فان ذلك لا يعنى أن القانون منقطع الصلة بتاتا بالأخلاق . فذلك نظر متطرف غير مقبول ، لا يقل عنه تطرفا النظر العكسى الى القانون باعتباره محكوما حكما

(١) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 5, pp. 39, 40.

تاما بالأخلاق . ولا يعنى هذا النظر الأخير عند القائلين به - وفى طبيعتهم الفقيه الفرنسى الكبير « ريبير » *Ripert* - أن كل قواعد القانون الوضعى قد أصبحت موافقة لما تقضى به الأخلاق ، فإن الأخلاق فى صراع دائم مستمر مع كثير من العوامل الاجتماعية الأخرى على التسلسل الى القانون لتوجيهه وحكمه ، ولكن الغلبة النهائية لابد مكتوبة للأخلاق ، طالما يتطلع القانون الى أساس مثالى وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون فى سبيل المثل الأخلاقية (١) . وهذا يفسر عندهم كثرة القواعد والنظريات الأخلاقية التى توصلت أخيرا الى الدخول فى رحاب القانون ، مثل نظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة .

ولكن الواقع أن أثر الأخلاق اذا كان غير منكور على القانون ، فيجب عدم المبالغة فى التضخيم من شأنه ، اذ ما هو الا عامل واحد من ضمن جملة عوامل أخرى يتأثر بها القانون فى تكوينه . وأثر الأخلاق لابد محدود فى نطاق القانون أمام اختلاف الفاية بينهما ، مما لا يتصور معه بالتالى خضوع القانون خضوعا تاما للأخلاق . واذا كان القانون الحديث يأخذ بقواعد ونظريات لها أصول من الأخلاق ، فإن ذلك لا يعنى اصطباغ القانون بصبغة أخلاقية . فهو لا يعتد فى تقرير هذه القواعد والنظريات بما تضع من مثل أخلاقية تمثل السمو والكمال النفسى للفرد ، اذ ليست هذه غايته ، ولكنه يقررها لما تمثل من نفع للمجتمع بما تشيع فيه من عدل ونظام .

غير أن استقلال القانون عن الأخلاق وعدم اختلاطه بها ، لا ينفى تأثيره بها فى بعض الأحيان ، حين لا تجد الجماعة مناصا - لتماسك نظامها - من استلزام قدر معين من الأصول الأخلاقية ، كما هو الشأن فى فكرة « الآداب » (٢) *les bonnes moeurs* التى يحيطها القانون بحماية كبيرة . فيفرض احترامها والتزام مضمونها على الأفراد .

(١) *Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Nos. 14, 15, 208.*

(٢) أنظر فى تفصيل هذه الفكرة ما سيورد فى الفصل اثنانى من هذا الباب .

المبحث الرابع

القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة باجبار مادي جماعي^(١)

١٣ - فكرة الجزاء أو الإجبار القانوني

قلنا ان القانون يهدف الى اقامة نظام في المجتمع عن طريق وضع قواعد سلوك تتوجه الى الافراد . ولكن لما كانت مخالفه هذه القواعد أمرا متصورا - على خلاف الحال في القوانين والنواميس الطبيعية - لما للأفراد من ارادة حرة تمكنهم من سلوك طريق الطاعة أو طريق المخالفة ، تعين فرض جزاء مادي يرصد على كفالة احترام هذه القواعد ، حتى يستقيم نظام الجماعة ويستقر حكم العدل فيها . وليس يتأتى تحقيق ذلك عملا عن طريق اعطاء كل فرد الحق في تقويم مخالفة الآخرين لحكم القانون بنفسه ، فهذا أيسر الطرق الى سيادة الفوضى ، وشيوع الادعاء والتحكم ، والقضاء على القانون من حيث يراد تأكيد سلطانه . من أجل ذلك تحتم اضرورة وجود سلطة عامة مختصة في الجماعة يعهد انيها بكفالة احترام القانون ، عن طريق احتكار حق توقيع الجزاء بما يخضع لها من قوى مادية قاهرة يستعصى على الأفراد مقاومتها .

فالذي تعنيه فكرة الجزاء اذن هو امكان حمل الافراد جبرا على طاعة القواعد القانونية ان لم يطيعوها اختيارا ، وهو ما يعطى للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون . ولذلك يحسن التعبير عن الجزاء القانوني باصطلاح « الإجبار » (La contrainte) ^(٢) ، الذي يفصح عن صفته الجبالة المادية المنظمة التي تثبت له نتيجة قيام سلطة عامة في الجماعة بقهر الارادات الفاصية عن طريق القوة المادية^(٣) ، وبتتبع بذلك فصله عن الجزاء الديني

(١) انظر في هذا الموضوع بخاصة :
Roubier, op. cit., No. 4, pp. 25 - 32. — Dabin, op. cit., Nos. 22 - 25. — Del Vecchio, op. cit., pp. 296 - 301 — Réville, op. cit., pp. 108 - 112. — Marty at Raynaud, op. cit., t. I, No. 34.

وكذلك كتابنا سالف الذكر ، فقرات ١٧ - ١٩ ، ص ٤٦ - ٥٤ .

(٢) Dabin, Théorie générale du droit, op. cit., No. 27.

(٣) يجب أن لا يستخلص من ذلك أن القانون نظام يقوم على القوة ، فهو يظل قائما على العدل ، وما اعتماده على القوة الا لتسخيرها في خدمة العدل وكفاله .

الذى توقعه القدرة الالهية فى الآخرة ، وعن اجراء الاخلاقى الذى ينحصر فى
تأنيب الضمير واستنكار الناس .

فالاجبار الذى يصحب القواعد القانونية يتميز اذن بأنه مادى محسوس
أى بأنه خارجى ظاهر ، وبأنه دنيوى يوقع فى الحياة الدنيا لا فى الآخرة .
ويتميز كذلك بأنه اجبار منظم تتولى سلطة عامة مختصة توقيعيه باسم
الجماعة ، وهى عادة السلطة التنفيذية فى الدولة ، وذلك بعد التثبت من
وقوع المخالفة بواسطة سلطة أخرى مختصة هى السلطة القضائية . ومن
ثم فالاجبار الذى يكفل احترام القواعد القانونية انما تختص به السلطات
العامة فى الجماعة وتحتكر توقيعيه باسم هذه الجماعة دون ان يستقل بتوقيع
الأفراد أنفسهم . ولذلك عرف هذا الاجبار باسم الاجبار العام أو اجمعى
La contrainte publique ou sociale . ذلك أنه قد اندثر منذ قديم عهد
الاقتصاص الفردى حيث كان يأخذ الفرد العدل لنفسه بنفسه فيحتكر حق
ممارسة الاجبار وتوقيع لهسابه الخاص .

ورغم استقلال السلطات العامة بقوة الجزاء والاجبار ، فانها - حيث تعن
الحاجة - تنزل عن حق الاجبار الجماعى مبيحة الاجبار الخاص عن طريق
الاقتصاص الفردى ، وان يكن ذلك فى حدود ضيقة مرسومة ، كما هو الشأن
فى حال الدفاع الشرعى (١) ، حيث يباح الدفاع عن النفس أو المال بالقوة
دفعاً لعدوان غير مشروع يقع عليهما . وكما هو الشأن كذلك فى حق
الحبس (٢) فى المجال المدنى ، أى حق من يكون دائماً ومدبناً معا - عند
التزامين مترابطين - فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه طالما لم يعرض الطرف

(١) فى هذا المعنى :

Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, No. 16, p. 62. —
Roubier, *op. cit.*, pp. 27, 28.

(٢) فى هذا المعنى :

Dabin, *ibid.*

ولكن قلز سواء بالنسبة الى الدفاع الشرعى أو بالنسبة الى حق الحبس :
Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du
droit*, 3ème éd., 1948, No. 140. — Dabin, *Théorie générale du droit*,
No. 24, p. 47.

محمود جمال الدين زكى ، دروس فى نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ ، ص ١٦ .

الآخر الوفاء بما عليه من التزام (م ١/٢٤٦ مدني) . فلبائع مثلا أن يحبس المبيع حتى يقوم المشتري بوفاء ما هو مستحق عليه من الثمن (م ١/٥٤٩ مدني) . وللمستعير أن يحبس العارية حتى يقوم المعير بإيفائه ما اضطر الى انفاقه للمحافظة عليها (١) .

١٤ - الاجبار عنصر جوهري لقيام القانون

اختلف الفقهاء في شأن اعتبار الجزاء أو الاجبار عنصرا لازما لوجود القاعدة القانونية . فبعضهم لا يرونه لازما لقيامها . اذ القانون عندهم هو مجموع القواعد التي تنجبه نحو الاقتران بجزاء (٢) ، دون أن يشترط اقترانها فعلا وحتما بهذا الجزاء . فالجزاء في هذا النظر اذن ليس عنصرا مكونا للقانون ولكنه عنصر خارجي متعلق بمدى نفاذه ، فكون القانون لا يجد اجبارا ماديا يكفل احترام قواعده لا ينفي وجوده وان كان يقلل من مدى مفعوله ونفاذه في العمل .

غير أن من المسير التفرقة بين وجود القانون وبين نفاذه ، فوجود القانون يقتضى حتما نفاذه طالما هو يضع نظاما للمجتمع ، ذلك أن تعليق النفاذ برغبة المكلفين يتبعون القانون أو يخالفونه يؤدي الى اختلال نظام المجتمع ، وهو ما يفقد القانون وظيفته وغايته .

وأيا ما كان الأمر ، فإن القائلين بإمكان تصور وجود القانون دون جزاء أو اجبار جماعى يكفله ، يدللون على صواب نظرهم بتخلف الجزاء أو الاجبار في بعض فروع القانون العام خاصة كالقانون الدولي العام والقانون الدستوري (٣) . ولكننا سوف نرى أن القانون الدولي العام لم تتوافر له بعد

(١) راجع في ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٦ ، المجلد الثاني ، ١٩٦٧ ، فقرات ٨٤٨ و ٨٥٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى :

Gény, Science et technique en droit privé positif, t. I, No. 16, pp. 47 - 48.
- et 51; t. IV, p. 252. — Réglaude, op. cit., pp. 107 - 109.

Haesaert, op. cit., p. 100. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 116- (٣)

117. — Marty et Raynaud, op. cit. No. 34, pp. 54, 55.

صفة القانون الوضعي الكامل . وان القانون الدستوري قانون بالمعنى الكامل ، كل ما في الأمر أن جزاءه يتشكل في صور مختلفة عن الجزاءات العادية المعروفة في بقية فروع القانون ، وهو أمر تحتمه وتقتضيه طبيعة القانون الدستوري نفسه ، إذ هو يقيم عادة سلطات متعددة مستقلة عن بعضها البعض ، فلا يتصور - والمخالفة قد تقع من أحدها - إلا إنشاء نوع من الرقابة المتبادلة بين هذه السلطات جميعا تكفل احترام قواعد القانون الدستوري . والشعب من وراء ذلك محيط ، ومن فوق هذه السلطات جميعا رقيب ، يملك بوسائله السمية أو الثورية فرض احترام الدستور وتأكيد سيادة قواعده (١) .

كل ذلك يفصح عن أن التشكيك في ضرورة توافر الجزاء أو الإيجاب لوجود القانون ، تشكيك لا يجد ما يبرره . ومن هنا ينبغي الإقرار بما يذهب إليه جمهور الفقهاء (٢) من أن القواعد القانونية قواعد ملزمة يقوم الإيجاب الجماعي على كفالة احترامها .

١٥ - صور الجزاء أو الإيجاب

لا يتخذ الجزاء أو الإيجاب - الذي تنفرد بتوقيعه سلطة عامة مختصة في الجماعة - صورة واحدة ، بل تختلف صورته باختلاف المكان ، وتفاوت بتفاوت الزمان ، وتتنوع تبعاً لتنوع فروع القانون واختلاف طبيعة قواعده . ورغم اختلاف صور الجزاء أو الإيجاب ، فيجمعها كلهم - معنى واحد هو تمام القدرة على إعطاء القانون صفة تؤكد سيادته وتكفل احترام قواعده .

ولعل أول صورة تخطر للجزاء في الذهن هي صورة الجزاء الجنائي ، أي

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبوستيت ، أصول القانون ، أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ ، فقرة ٢١ من ٣٢ . وفقرة ١٧٨ - عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ١٨ من ٣١ و ٣٢ - سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٣٧ .

(٢) راجع بخاصة :

Del Vecchio, op. cit., p. 301. — Roublier, op. cit., No. 4. — Dabin, op. cit., No. 32. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 11.

بالإجبار الذي يتخذ شكل العقوبة . والعقوبة أنواع كثيرة : فقد تقع على جسم
المخالف لأحكام القانون ، كالاعدام . وقد تقع على حريته بسلبها أو تقييدها :
كالاحتجاز الشاقة ، مؤبدة كانت أو مؤقتة ، والاعتقال المؤبد أو مؤقتا ،
والسجن والحبس وللوضع تحت مراقبة البوليس . وقد تقع العقوبة على مال
المخالف فتتخذ حينئذ شكل الغرامة أو المصادرة .

غير أن الجزاء أو الإجبار ليس كله جنائيا ، فهناك الجزاء المدني وصوره
كثيرة متعددة : فقد يتخذ هذا الجزاء صورة البطلان ، وهو ما يكون في حال
إبرام تصرفات قانونية على خلاف القانون ، فلا يعترف القانون بهذه التصرفات
ولا يربط عليها بالتبعية أى أثر قانوني . ومن أمثلة ذلك النص على بطلان
هبة العقار التي لا تتم بورقة رسمية (م ٤٨٨ مدني) ، وبطلان كل
تصرفات الصغير غير المميز (م ١١٠ مدني) ، وبطلان العقد إذا كان المحل أو
السبب مخالفا للنظام العام والآداب (م ١٣٥ و ١٣٦ مدني) : فيقع باطلا
كل اتفاق على ارتكاب جريمة لقاء أجر أو دون أجر ، وكل اتفاق على استئجار
منزل بقصد إدارته أو استغلاله في الدعارة .

وقد يتخذ الجزاء المدني صورة محو أثر المخالفة أى إزالة كل أثر ترتب
على مخالفة القانون ان كانت الإزالة تدخل في حيز الامكان ، مما يستتبع
إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع هذه المخالفة ، كسد المطلات المفتوحة
على مسافة تقل عن المسافة القانونية المسموح بها ، أو هدم الأبنية المقامة
خارج خط التنظيم .

فإن تعذر محو أثر المخالفة ، برزت صورة أخرى للجزاء بديلة عن هذه
الصورة هي صورة الجزاء التعويضي ، فيقع الإجبار على مال المخالف بأن يؤخذ
منه قدر يعوض من لحقه الضرر عن اضطرابه لتحصيل آثاره نظرا لاستحالة
محوه . فمن دهم شخصا بسيارته مثلا فبتر له ساقه ، لا يستطيع أن يعيد
اليه الساق المبتورة ، ولكنه يلزم بأن يدفع اليه تعويضا تقديريا يعوضه عن
بقائه دون ساق .

وقد يجتمع الجزاء الجنائي والمدني في نفس الصورة • فمن قتل شخصا عمدا مع سبق الاصرار على ذلك أو التردد يعاقب بالاعدام ، وقد يلزم فوق ذلك بأن يدفع الى ورثة القتيل مبلغا من المال على سبيل التعويض • ومن اختلس مالا مملوكا لغيره فهو سارق يعاقب بالحبس مع الشغل ، ويلزم فوق ذلك برد الشيء المسروق أو التعويض عنه أن تعذر الرد • ومن قذف في حق آخر ينال العقاب الجنائي ، وقد يلزم بتعويض المقتدوف في حقه تعويضا ماليا •

الباب الثاني

مدى سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون(١)

١٦ - تنوع قواعد القانون الى آمرة ومكملة يستتبع تفاوت سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون بين الانعدام والاطلاق

إذا كان القانون يحكم سلوك الأفراد حكماً ملزماً يكفله اجبار مادي جماعي ، فقد يظن أنه لا مجال لسلطان الارادة ازاء القانون ، وأنه لا يتصور وجود اتفاقات مشروعة على خلاف ما يقرر القانون . ولكن الأمر ليس على هذا النحو المطلق . ذلك أن قواعد القانون ليست نوعاً واحداً ، بل هي تتنوع نوعين كبيرين ، تجد الارادة سلطاناً بالنسبة الى أحدهما دون الآخر . فقواعد القانون ، اما قواعد آمرة (Règles impératives) ، واما قواعد مفسرة أو مكملة (Règles interprétatives ou supplétives) .

أما القواعد القانونية الآمرة ، فيقصد بها تلك القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها . أما القواعد القانونية المفسرة أو المكملة ، فهي تلك القواعد التي تلزم الأفراد في حال عدم انصراف ارادتهم الى مخالفتها .

فكان مدى سلطان ارادة الأفراد متفاوت بتفاوت نوع القواعد القانونية،

(١) أهم المراجع :

H. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 4ème éd., 1921, Nos. 24 - 35. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 69 - 74. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 97 - 99. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 67, 68, p. 265. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, par Esmeon, 2ème éd., Nos. 226 - 248.

فسلطان ارادة الأفراد منعدم ازاء القواعد القانونية الآمرة ، بمعنى أن الزام هذه القواعد لهم انما هو الزام بات مطلق ، لا يملكون امامه الخروج على احكامها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم . اما القواعد القانونية المفسرة أو المكملة ، فسلطان ارادة الأفراد ازامها كامل موفور ، بمعنى أن للأفراد في الأصل حق الخروج عليها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم ، والا صارت ملزمة لهم الزام القواعد القانونية الآمرة .

وقد دعا الى هذا التنوع في القواعد القانونية ، وتقييد ارادة الأفراد تقييدا كاملا من ناحية واطلاق سلطان هذه الارادة اطلاقا كاملا من ناحية أخرى ، ان النشاط الفردي والعلاقات الاجتماعية ليست على درجة واحدة من الأهمية والخطر . فمنها ما هو وثيق الصلة بالمجتمع ، عظيم الأثر في حياته ، بحيث ينبغى استقلال القانون نفسه بتنظيمه ووضع قواعده ، وحماية هذا التنظيم وتلك القواعد من كل عدوان عن طريق منع الأفراد منعا باتا من مخالفتها ، وهنا تظهر القواعد القانونية الآمرة . ومنها ما لا يمس تنظيمه على وضع دون آخر كيان المجتمع ولا مقوماته الأساسية ، فيباح للأفراد الاستقلال بتنظيمه وفق مشيئتهم وحسب ما تمليه عليهم مصالحهم الخاصة ، وان يكن القانون في مثل هذه الحال لا ينفذ يده نفضا تاما من وضع تنظيم نموذجي يلزم من لا يظهر ارادته من الأفراد في مخالفته ، وهنا تظهر القواعد القانونية المفسرة أو المكملة (١) .

فالقاعدة القانونية التي تحرم القتل أو السرقة مثلا قاعدة آمرة ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها بحال من الأحوال . والقاعدة القانونية التي تحدد المحرمات من النساء ، قاعدة آمرة بمعنى أنه بمنع على الأفراد مخالفتها بالزواج من إحدى هؤلاء المحرمات . والقاعدة

(١) يبدو أن اطلاق اسم « القواعد المكملة » على هذه القواعد أكثر دقة ، إذ هي تفتقر عادة وجود نفس ارادي تصدى لأكماله (انظر في هذا المعنى Marty et Raynaud, op. cit., No. 98 ، وكذلك كنانا سالف الذكر ، هامش « أ » ، ص ٥٧ . ولكن قلون فيما ينسب اليه البعض من تبرير تسمية هذه القواعد بالمفسرة بأن سكوت المصنفين عن مخاللة هذه القواعد يفيد اتجاه ارادتهم الى الخضوع لأحكامها : عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبوستيت - المرجع السابق - هامش ص ١٦٨ . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ،قرة ٥١) .

القانونية المقررة في الشريعة الإسلامية والتي تقرر للذكر مثل حظ الأنثيين في الإرث قاعدة أمرة ، بمعنى أنه يمتنع على الورثة مخالفتها بالاتفاق فيما بينهم على التسوية بين الذكور منهم والإناث .

أما القاعدة القانونية التي تقضى مثلاً بأن يكون الثمن مستحق الوفاء في مكان ووقت تسليم المبيع (م ٤٥٦ و ٤٥٧ مدني) ، فهي مجرد قاعدة مكملة لا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على مكان ووقت آخر للوفاء بالثمن . والقاعدة القانونية التي تقضى بأن نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته في رأس المال (م ٥١٤ مدني) قاعدة مكملة كذلك ، إذ للشركاء أن يتفقوا على نسبة أخرى لتوزيع الأرباح والخسائر بينهم ، فإن لم يتفقوا فالنسبة التي قررتها القاعدة القانونية تلزمهم . والقاعدة القانونية التي تضع على عاتق المؤجر اجراء الترميمات الضرورية في العين المؤجرة أثناء الإجارة (م ٥٦٧ مدني) ليست كذلك إلا قاعدة مكملة ، فيجوز الاتفاق على تحميل المستأجر القيام بهذه الترميمات .

١٧ - توافر صفة الالتزام للقواعد المكملة

إذا كان لإرادة الأفراد كامل السلطان في مخالفة القواعد القانونية المكملة وحدها دون القواعد الآمرة ، فهل معنى ذلك أن القواعد الآمرة هي وحدها الملزمة ، وأن القواعد المكملة ليست بقواعد ملزمة ؟ .

الواقع أن كلا من النوعين من القواعد القانونية تتوافر له صفة الالتزام . ولئن كانت هذه الصفة أوضح ما تكون في القواعد القانونية الآمرة حيث تستعصى مخالفتها على إرادة الأفراد ، فهي كذلك لا تتخلف في حال القواعد القانونية المكملة . فهذه القواعد الأخيرة ملزمة قانوناً إذا لم يوجد اتفاق عز عكسها من جانب الأفراد ، أي أن الالتزام فيها موجود وإن يكن لا يتوجه إلا أن طائفة معينة من العلاقات والروابط هي تلك التي لم تخضعها إرادة الأفراد لتنظيم مخالف (١) .

١ (١) في هذا المعنى :

R. Capitant, thèse précitée, p. 74.

ف تطبيق القاعدة القانونية المكملّة ، معقود اذن بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها • فإذا تخلف هذا الشرط بأن اتفق المتعاقدان على خلافها ، امتنع تطبيقها • ومن هنا ، فامتناع تطبيقها ليس معناه أنها قاعدة غير ملزمة ، وإنما معناه أن هذه القاعدة الملزمة - أمام ما يوجد من اتفاق مخالف - تفتقد شرطاً من شروط تطبيقها وهو ما لا يطن في وجودها أو التزامها (١) •

وليس يستند الالتزام - كما يرى بعض الفقهاء - الى ارادة المتعاقدين الضمنية بانصرافها عن مخالفة القواعد المكملّة ، فقد يجهلان وجود هذه القواعد ولا ينتفى رغم ذلك التزامها لهم في حال عدم الاتفاق على عكسها ، وإنما يقوم التزامها على أساس قوتها الذاتية كقاعدة قانونية تخضع لحكمها الملزم الروابط التي لا يحكمها اتفاق مخالف وتتوجه بالحطاب الملزم كذلك الى من لا يخالفها من الأفراد (٢) •

١٨ - معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة

يراعى أن الأمر في هذه التفرقة يكون واضحاً حينما تتضمن القاعدة القانونية نفسها تصريحاً بصفتها الآمرة بالنص مثلاً على بطلان كل اتفاق مخالف لها أو بفرض عقوبة على مخالفتها ، أو حينما تتضمن تصريحاً بصفتها المكملّة بالنص على اجازة الاتفاق على عكسها •

فمن أمثلة التصريح بصفة القاعدة الآمرة ، كل قواعد قانون العقوبات ، فهي صريحة النص على صفتها الآمرة بما تتضمنه من فرض عقوبات على ما تحرمه من جرائم • وكذلك ما ينص عليه التقنين المدني المصري من بطلان التعامل في تركة انسان بقيد الحياة ولو كان ذلك برضاه (م ١٣١) ، وبطلان كل اتفاق على خلاف ما بقرره هذا التقنين للقاضي - في حال الظروف الطارئة

(١) في هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., p. 291.

عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٦٩ ، ص ٩٣ - سليمان مرقس ، فقرة ٥٢ ، ص ٦٨ ، ٦٩ •

(٢) أنظر في انتقاد القول بأن القواعد المكملّة مجرد قواعد ملزمة انتهاء لا ابتداء : سليمان مرقس ، عبد الفتاح عبد الباقي ، المواضع السابقة - كتابنا مسالك الذكر ، فقرة ٢١ ، ص ٥٩ و ٦٠ •

- من سلطة رد الالتزام المرحق الى الحد المعقول (م ٢٠/١٤٧) ، وعدم جواز النزول مسبقا عن التقادم أو تغيير مدته (م ١/٣٨٨)

ومن أمثلة التصريح بصفة القاعدة المكمل ما ينص عليه التقنين المدني المصري : من أن تسليم المبيع يتم في مكان وجوده وقت البيع ، ما لم يتفق على مكان آخر (م ٤٦٣) ، ومن أن نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل ونفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف (م ٤٦٢ و ٤٦٤) ، ومن أن للمستأجر حق النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك (م ٥٩٣) .

غير أن كثيرا من القواعد القانونية لا يحمل بنفسه بيان صفته الآمرة أو المكمل .^١ وحينئذ تتحدد التفرقة بين النوعين من القواعد بالرجوع الى معيار معين هو معيار النظام العام *L'ordre public* والآداب *Les bonnes mœurs* وهو معيار مسلم في الفقه والقضاء ، يأخذ به المشرع المصري صراحة فيما ينص عليه من بطلان العقد اذا كان المحل أو السبب مخالفا للنظام العام أو الآداب (م ١٣٥ و ١٣٦ مدني) .

وعلى ذلك ، فحيث لا يوجد من المشرع تصريح بصفة القاعدة القانونية ، فكسل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد أمرة لا قبل للأفراد بمخالفتها^(١) ، أي أن سلطان الإرادة يكون منعما ازاءها . وكل القواعد القانونية التي لا تتصل بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد مكمل ، لإرادة الأفراد مطلق السلطان في مخالفتها والخروج عليها .

١٩ - مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها

يراعى أن فكرتي « النظام العام » و « الآداب » - كفيصل للتفرقة بين

(١) ليست كل المسائل التي تتعلق بالنظام العام أو الآداب تتضمنها حتما نصوص قانونية . ولذلك فقد تحقق المخالفة للنظام العام أو الآداب دون أن يحصل خرق لنص قانوني معين .
(انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٦١ والمراجع المشار إليها فيه) .

القواعد الآمرة والقواعد المكملة - ليستا إلا مجرد فكرتين معياريتين تستعصيان على التحديد الجامد الثابت ، فهما مثلاً من أمثلة الصياغة القانونية المرنة التي تصل القانون بأسباب التطور ، وتيسر له الاستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع . ومن هنا كانت هاتان الفكرتان فكرتين نسبيتين يختلف مضمونهما باختلاف المكان والزمان على السواء ، فما لا يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب في جماعة ، قد يعتبر من هذه القواعد في جماعة أخرى أو في نفس الجماعة ولكن في زمان مختلف .

ومهما يكن من أمر ، فالثابت أنه حيث يسود المذهب الفردي وتطلق الحرية للأفراد ، يعظم سلطان إرادتهم في تنظيم علاقاتهم وفق ما يشاؤون ، وتنكمش فكرة النظام العام في أضيق نطاق ، فتتجسر القواعد الآمرة في قلة ضئيلة ترد على سلطان الإرادة ، وتكثر القواعد المكملة لهذه الإرادة . أما حيث يسود المذهب الاجتماعي - كما هو المشاهد في العصر الحديث في أغلب الدول - فيكثر تدخل الدولة ويتسع نطاق فكرة النظام العام اتساعاً يضعف معه سلطان الإرادة ، وتكثر القواعد القانونية الآمرة (١) .

فكرة النظام العام والآداب إذن فكرتان مرتبطتان نسبياً ، تستعصيان على التحديد الجامع المحكم ، لأن نطاقهما متغير بتغير الجماعات وتغير الزمان . ورغم ذلك فقد يمكن إعطاء معيار أو موجه عام يستهدي به في الكشف عن مضمونهما وتعرف ما يدخل في هذا المضمون من مسائل فتكون القواعد القانونية التي تحكمها قواعد آمرة ، وما يخرج عنه من مسائل فتكون القواعد القانونية التي تحكمها قواعد مكملة .

٢٠ - النظام العام (٢)

يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المصالح الأساسية للجماعة ، أي

(١) انظر في ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، فقرة ٢٢٨ .

(٢) انظر في ذلك بصفة خاصة :

= Pascanu, La notion d'ordre public par rapport aux transformations

مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها . ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أى المتعلقة بالنظام العام ، قواعد أمرة لا تملك الإرادة الفردية إزائها أى سلطان أو قدرة على مخالفتها ، اذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهدام والتصدع ، فلا يسمح لأى كان بأن تجرى إرادته على خلافها .

وفى الطليعة من القواعد المتعلقة بالنظام العام أى من القواعد الآمرة ، قواعد قانون العقوبات التي ترمى دعامة الأمن فى المجتمع . فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة أو على عدم ارتكاب جريمة لقاء أجر معلوم ، أو على تحمل شخص المسؤولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم .

وكذلك تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة ، وهى التي تنص عليها الدساتير عادة ، كالحرية الشخصية وحرة العقيدة وحرية الرأي وحرية الانتخاب^(١) والترشيح . فيقع باطلا التعهد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين ، والتعهد بعدم الكتابة فى الصحف والتعهد بعدم التصويت فى الانتخابات أو الترشيح فيها .

وكذلك يعتبر عادة من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائى فيما عدا الاختصاص المحلى^(٢) . ولذلك لا يجوز

du droit civil, Paris 1937. — De La Morandière, L'ordre public en = droit, privé interne, étude de droit civil à la mémoire de H. Capitant, pp. 381 et s; La notion d'ordre public en droit privé. Cours de droit civil approfondi, 1950 - 1951. — Malaurie, L'ordre public et le contract, t. I, 1963.

(١) أصبح التصويت فى الانتخاب وفى الاستفتاء واجبا فى مصر اليوم وليس مجرد حرية من الحريات .

(٢) وهذا ما عليه الحال اليوم فى تقنين المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . اذ تنص المادة ١٠٩ منه على أن « الدفع بعدم اختصاص المحكمة بانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قبيلتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها » ويجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الدعوى . وهذا هو نفس الحكم الذى كان مقررا أصلا فى تقنين المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (م ١٣٤) . غير أن المشرع المصرى - بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ - استبعد الاختصاص المبني على قيمة الدعوى من عداد مسائل الاختصاص المتعلقة بالنظام العام . ثم عاد فى تقنين المرافعات العالى الى =

الاتفاق على رفع دعوى من اختصاص جهة قضائية معينة أمام محاكم جهة قضائية أخرى ، كالاتفاق على رفع دعوى من اختصاص القضاء الإداري الاستثنائي أمام محاكم القضاء العادى . ولا يجوز كذلك - حتى داخل نفس الجهة القضائية - الاتفاق على رفع دعوى تدخل نوعيا أو قيميا في اختصاص محكمة معينة أمام محكمة أخرى ، كالاتفاق على رفع دعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية أمام المحكمة الجزئية .

وكذلك يعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالأسس الاقتصادية للجماعة ، كفرض سعر الزامى للعملة الورقية ، فيعتبر باطلا كل اتفاق على الدفع بالذهب لأنه يخالف مصلحة عامة أساسية للجماعة هي ثبات النقد فيها واستقراره .

ولئن كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام أوفر ما تكون في نطاق القانون العام كما يتبين من الأمثلة التي قدمناها ، فالقانون الخاص كذلك لا يخلو منها ، وخاصة منذ أن كثر تدخل الدولة في العصر الحديث ، فأكثرت من القيود على سلطان ارادة الأفراد في إبرام التصرفات القانونية .

فقواعد الأهلية تعتبر من القواعد الآمرة لتعلقها بالنظام العام . ولذلك - كما تقول المادة ٤٨ من التقنين المدني المصري - « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . وكذلك الشأن فيما يتعلق بقواعد الولاية ، فلا يجوز للولى أو الوصى أو القيم تعديل اختصاصاته وحقوقه المنصوص عليها في القانون .

والقواعد التي تحكم الحالة المدنية للشخص هي من القواعد الآمرة كذلك لتعلقها بالنظام العام ، فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها . فيقع باطلا كل اتفاق على تغيير الجنسية أو الاسم في غير الأحوال التي يحددها القانون أو دون اتباع الإجراءات المبينة فيه للحصول على هذا التغيير .

= الوضع القديم فاعتبره من جديد متعلقا بالنظام العام (راجع في ذلك : أحمد مسلم ، أصول المرافعات ، ١٩٦٩ ، فقرة ٢٦٣ ، وهامش ١٥ ص ٢٨٦ - دهمزى سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط ٩ ، ١٩٦٩ - ١٩٧٠ ، فقرات ٣٦٨ و ٣٦٩ - أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط ١٠ ، ١٩٧٠ ، فقرة ٣٥٧) .

وكذلك تتعلق أغلب القواعد الخاصة بنظام الأسرة بالنظام العام فتكون قواعد أسرة ، لأن الأسرة هي الحلية الأولى للمجتمع فتكون القواعد التي تحكمها في مقابلة الأسس التي يقوم عليها بناء الجماعة بحيث تجب حمايتها وكفالة احترامها ضد كل اتفاق يقع على خلافها . فلا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر . فيقع باطلا كل اتفاق على النزول مقدما عن المطالبة بالنفقة التي يوجبها القانون بين الأزواج أو بين الأصول والفروع أو بين ذوى الأرحام . ولا يجوز كذلك للزوج المسلم النزول مقدما عن حقه في طلاق زوجته (١) أو في التزوج عليها . ولا يجوز له كذلك النزول عن حقه في الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، لأن حقه في الطلاق وفي تعدد الزوجات بما لا يزيد على أربع من قواعد النظام العام (بالنسبة للمسلمين) ، لتعلقه بالأسس العائلية التي يقوم عليها بناء الجماعة .

وهنا تبدو لنا نسبية فكرة النظام العام ، واختلاف مضمونها باختلاف الجماعات ، ففي الدول الغربية مثلا - على خلاف الحال في مصر والدول العربية عموما بالنسبة للمسلمين - تعتبر وحدة الزوجة من النظام العام ، فلا يجوز الزواج بأكثر من واحدة . وكذلك تبدو نسبية فكرة النظام العام من حيث الزمان ، فقد كانت الدول الغربية تعتبر أبدية الزواج من النظام العام ، ثم تطور الأمر فيها فأباححت أكثرها انقصاص الزواج بالطلاق في حالات معينة ، ولذلك يعتبر باطلا نزول أحد الزوجين مقدما عن حقه في طلب الطلاق في إحدى هذه الحالات .

وكذلك يعتبر متعلقا بالنظام العام بعض القواعد الخاصة بالمعاملات المالية بين الأفراد نظرا لاتصالها بالمصالح الأساسية للجماعة : فلا يجوز الاتفاق مثلا على منع قسمة الشيء الشائع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ مدني) . ولا الاتفاق على فائدة تجاوز الحد الأقصى المشروع (م ٢٢٧ مدني) . ولا الاتفاق على منع انقصاص الالتزام المرهق في حال

(١) ولكن ليس ثم ما يمنع من تفكه الزوج مقدما بموئض زوجته إذا هو طلقها في يوم من الأيام (انظر نقض ٢٩ فبراير ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ٣٥ ، ص ٨٥) .
وانظر كذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، هامش ١٥ ص ٤١٠ .

الظروف الطارئة (م ١٤٧ مدني) أو منع تعديل انشروط التمسفية أو الاعفاء منها في عقود الإذعان (م ١٤٩ مدني) .

٢١ - الآداب^(١)

يقصد بالآداب الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة ، أي مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال . من أجل ذلك لا يتصور أن تكون القواعد القانونية المتعلقة بمثل هذه الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال إلا قواعد أمره يمتنع على الأفراد مخالفتها والاتفاق على عكسها بإرادتهم ، لأن مخالفتها تصدع كيان الجماعة الأخلاقي .

فليس يقصد إذن بالقواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق - والا اختلط القانون بالأخلاق ، وهما منفصلان نتيجة اختلافهما في الغاية والهدف كما سبق البيان - وإنما يقصد بهذه القواعد أحد الأدنى من قواعد الأخلاق الذي تعتبره كل جماعة لازما لوجودها وكيانها بحيث تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه^(٢) .

وفكرة الآداب على هذا النحو ، كفكرة النظام العام ، فكرة نسبية تتفاوت بتفاوت الجماعات ، لأن العبرة في مضمونها هي بما تعتبره كل جماعة في زمن معين من الأصول الأساسية للأخلاق فيها . وهي تخضع في ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالعادات والتقاليد والدين فيها . ولما

(١) أنظر في ذلك بصفة خاصة :

Oprea, Essai sur la notion des bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand, thèse, Paris, 1945. — Bonncease. La notion juridique de bonne moeurs, sa portée en droit civil français, Etudes Capitant, p. 94 et s. — Senn, Des origines et du contenu de la notion de bonnes moeurs, Recueil d'études en l'honneur de F. Gény, t. I, pp. 53 et s.

(٢) وبذلك تعتبر فكرة الآداب - كما سلفت الإشارة - مثلا من الأمثلة القليلة الصادقة على تأثير القانون بالأخلاق وحاجته في سبيل تدعيم نظام المجتمع وتماسكه إلى استلزام حد أدنى من الأصول الأخلاقية ، لا يبيح للأفراد الخروج عليه بخال من الأحوال .

كانت هذه الظروف تتغير مع الزمن ، فان فكرة الآداب يختلف مضمونها كذلك في الجماعة الواحدة باختلاف الزمان والأجيال فيها .

ففي بعض الدول كفرنسا مثلا لم يكن يسمح للولد غير الشرعي برفع دعوى لاثبات نسبه لمخالفة ذلك للآداب ، ثم تطور تصور الجماعة لفكرة الآداب من هذه الناحية فأصبح مباحا الآن اثبات النسب . وفي أغلب الدول كان عقد التأمين على الحياة وعقد الوساطة في الزواج يعتبران باطلين لمخالفتهما للآداب ، ثم تغير النظر اليهما فأصبحا اليوم من العقود المشروعة . وأغلب الجماعات لا تزال ترى في الاتفاقات الخاصة بإنشاء نواد للعبارة مخالفة للآداب ، بينما تغيرت نظرة بعض الجماعات الحديثة الى ذلك فأصبحت تعتبر مثل هذه الاتفاقات المشروعة .

ومن بين الأمثلة الواضحة على مخالفة الآداب الاتفاقات الخاصة بإدارة أو بإيجار أو استغلال البيوت المعدة للدعارة أو القمار (١) . والاتفاقات الخاصة بإنشاء أو استمرار العلاقات الجنسية غير المشروعة ، وخاصة التعهدات بدفع مبلغ من المال لقاء قيام مثل هذه العلاقات (٢) .

٢٢ - سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والآداب

إذا كانت فكرة « النظام العام » وفكرة « الآداب » فكرتين مرتبتين

(١) ولكن الغالب أن يستثنى المشرع بعض أنواع القمار ، فيعتبر العقود الخاصة بها صحيحة غير مخالفة للآداب . ومن قبيل ذلك ما أورده المشرع المصري من استثناءات تتعلق بما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب ، والمراهنات بين المتجارين شخصا في الألعاب الرياضية (م ٧٤٠ مدني) . وهذه الاستثناءات مفهومة : فبما يتعلق بأوراق النصيب ، يعتد بما يتحقق عن طريقها من انفاق الحصيلة المتجمعة منها - بعد توزيع الجوائز - في أعمال البر والخير . وفيما يتعلق بالمراهنات بين المتجارين شخصا في الألعاب المذكورة ، واضح القصد من تشجيع التنافس على التفوق في مثل هذه الألعاب (أنظر مذكرة المشرع التمهيدية ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٥ ، ص ٣٠٣ و ٣٠٤) .

(٢) من الواضح أن الاتفاق إذا كان على إنهاء علاقة جنسية غير مشروعة مع الالتزام بدفع مبلغ من المال فهو اتفاق مشروع لا مخالفة فيه للآداب ، إذ يتضمن بذلك فكرة تمويض المرأة مما يكون قد أصابها من ضرر نتيجة العلاقة السابقة المخالفة للآداب ، أو فكرة معانيتها على بدء حياة جديدة شريفة (في هذا الصدد : *Planhol, Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. V, Obligations, par Esmein, 2e. éd. No. 222.*)

- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١ فقرة ٢٢٨ -

معياريّتين تعطيان القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونهما نظرا لعدم ثبات هذا المضمون وتغيره في الزمان والمكان ، الا أن القاضي لا يملك أن يحل آراءه أو عقائده الشخصية في هذا الصدد محل آراء الجماعة نفسها . ففكرة النظام العام والآداب فكرتان نسبيتان ، أي تنسبان الى جماعة معينة في زمن معين ، ولذا فالقاضي - في تحديد مضمونهما - مقيد ، لا بما يراه هو ، ولكن بالتيار العام السائد بشأنهما في هذه الجماعة معينة وفي ذلك الزمن المعين (١) .

٢٢ - جزء مخالف القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها قواعد أمرة (٢) ، تعتبر قيما على سلطان الارادة في ابرام التصرفات القانونية ، بمعنى أن ارادة الافراد تتقيد باحترام هذه القواعد ، بحيث يترتب على كل مخالفة لهذه القواعد بطلان الاتفاق الذي يتضمن هذه المخالفة بطلانا مطلقا . ولذلك لا يزول مثل هذا البطلان بالاجازة ، ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ،

(١) في هذا المعنى : مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الاسماء التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ .

ولذلك يكون من الطبيعى أن يعتبر تحديد مضمون النظام العام والآداب مسألة قانونية تخضع لارادة محكمة النقض ، دون أن يستقل بتقديرها قاضى الموضوع (أنظر عبد الرزاق السنهورى ، ارجع السابق ، ص ٤٠١ ، هامش «٢» . - أنور سلطان ، النظرية العامة فى الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٥ ، ص ٢٠٤ ، الهامش) . وفى ذلك ضمانه كبرى لاقامة هذا التحديد على أسس موضوعية لا شخصية . (أنظر : (De la Morandière, article précité, p. 389) .

(٢) اذا كانت كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد أمرة ، فالعكس ليس بصحيح . فقد توجد قواعد أمرة ينص المشرع على صفتها الآمرة ولكنها لا تكون لذلك متعلقة بالنظام العام ، ولهذا لا يترتب البطلان المطلق جزاء على مخالفتها . ومن قبيل ذلك بعض القواعد التى يقصد بها حماية القاصر . فانه اذا كان مبدأ حماية القاصر أمرا متعلقا بالنظام العام بحيث يعتبر باطلا بطلانا مطلقا تمهد القاصر مقدما بالنزول عما يفرزه القانون له من حماية ، الا أن تفصيل تنظيم مثل هذه الحماية قد لا يتعلق بالنظام العام . ولذلك فإن القانون مثلا ينص على أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحته . وهو بذلك لا يقرر البطلان المطلق جزاء على قيام القاصر بابرام مثل هذه التصرفات ، وانما يكتفى بالبطلان النسبى ، مما يكشف عن عدم تعلق القاعدة التى تحرم افراد القاصر باجراء مثل هذه التصرفات بالنظام العام مباشرة (فى هذا المعنى : II. Capitant, op. cit., p. 63, note (1). Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 99, p. 163. - محمّد على عرفة ، مبادئ العلوم

القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ ، ص ١٠٢ - ١٠٤) .

وعلى القضاة أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب اليه أحد الخصوم .
ذلك (٢) .

والقاعدة أنه البطلان يستتبع حتما إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل
التصرف أو الاتفاق ، أى رجوع كل شيء الى أصله ، فيكون لمن سلم شيئا الى
آخر تنفيذا للاتفاق الباطل حق استرداده .

غير أن القضاء فى فرنسا يجرى - اتباعا لقاعدة تقليدية مستقرة فى
القانون الرومانى منذ قديم - على منع من أوفى بالتزام مخالف للآداب من
استرداد ما أداه اذا كانت المخالفة للآداب آتية من ناحيته هو ، لأنه طرف
ملوث لا يجوز له الاحتجاج بتلوثه ومخالفته للآداب لاسترداد ما أدى . وقد
انحاز القضاء المصرى فى مجموعته (٢) الى هذا الاتجاه فى ظل التقنين المدنى
القديم . ولكن هذه القاعدة الرومانية التقليدية كانت محل هجوم وانتقاد
جمهور الفقه ، سواء فى فرنسا أو مصر ، لأنها تخالف منطق البطلان الذى
يختم ارجاع كل شيء الى أصله واسترداد ما دفع فى جميع الحالات .

وقد هم المشرع المصرى بمتابعة القضاء المصرى فيما كان مستقرا عليه
من التزام القاعدة الرومانية ، اذ وضع نصا يقررها فى المشروع التمهيدى
للتقنين المدنى الحالى . ولكن لجنة المراجعة رأت من بعد حذف هذا النص على
أساس أنه « لا يتمشى مع منطق البطلان » (٣) . فظهر التقنين الحالى خاليا
منه . وهو ما يخول القول ، مع جمهور الفقه المصرى ، بأن المشرع المصرى قد
أفصح بجلاء عن قصده فى استبعاد القاعدة الرومانية وترك منطق البطلان

(١) يختلف البطلان النسبى عن البطلان المطلق فى ذلك كما سيرد البيان ، اذ فى البطلان
النسبى يكون التصرف القانونى صحيحا ولكنه قابل للابطال لمصلحة أحد الأشخاص ، ولذلك فان
طلب الأبطال لا يكون الا من قبل من جعل له القانون حقا فيه ، ويزول حق الابطال بالاجازة
الصريحة أو الضمنية من جانبه (م ١٣٨ و ١٣٩ مدنى) .

(٢) انظر فى الاشارة الى أحكام هذا القضاء : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق .

ج ١ . هامش رقم « ٣ » من ٥٣٦ .

(٣) مجموعة الأعمال الصحفية للقانون المدنى ، ج ٤ ، ص ٢٥٨ .

يرتب كل آثاره دون استثناء لحالة ترتبه على مخالفة الآداب (١) .

وعلى هذا النحو ، نستطيع أن نؤكد استبعاد القاعدة الرومانية ، فى القانون المصرى الحالى ، بحيث لا يعود ثم فارق فيه اليوم بين الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالآداب . فالجزاء واحد فى الحالىن وهو البطلان ، بما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل .

(١) فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٢٨ . -
مبايما بركس ، المرجع السابق ، ص ٧٦ هامش د١ ، أصول الالتزامات ، ج ١ فى مصادر
الالتزام ، ١٩٦٠ ، فقرة ٢٢٨ ، ص ٣١٠ . ولكن أنظر فيما يقترحه ، بعد انتقاد مسلك المشرع
المصرى ، من وجوب النص على مصادرة المبلغ المحكوم باسترداده لحساب الخزنة العامة ،
ص ٣١٢ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٨٠ ، ص ١١٠ .

الباب الثالث

اقسام القانون وفروعه

٢٤ - تمهيد

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون تقسيمات عدة ، يعنينا منها الإشارة الى تقسيمين اثنين : الأول ، هو تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، والثاني هو تقسيم القانون الى قانون موضوعي وقانون شكلي .

ويقوم هذا التقسيم الأخير للقانون على أساس أن القانون الموضوعي يضع أحكاما موضوعية للعلاقات التي يتصدى لحكمها يحدد فيها الحقوق والواجبات المختلفة . بينما يقتصر القانون الشكلي على بيان الاجراءات الكفيلة باعمال القانون الموضوعي وتطبيقه ، فقانون الاجراءات أو المرافعات المدنية والتجارية مثلا قانون شكلي ، لأنه يبين الاجراءات الواجب اتباعها في سبيل الحصول على ما يقرره القانون المدني والقانون التجاري - وهما قانونان موضوعيان - من حقوق .

ولكن التقسيم الأول للقانون الى قانون عام وقانون خاص هو التقسيم الرئيسي للقانون (١) . وهو تقسيم تقليدي لا يزال مستقرا ومسلما في الفقه الحديث حتى من جانب الفقهاء الذين يهاجمونه ، إذ هو ذو فائدة عملية واضحة ناشئة عن التفرقة الواجبة في المعاملة بين الدولة صاحبة السلطان في الجماعة وبين الأفراد الخاضعين لهذا السلطان .

(١) قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من أن التقسيم الرئيسي للقانون هو تقسيمه الى موضوعي وشكلي أو اجرائي ، بينما يعتبر تقسيم القانون الى عام وخاص تقسيما ثانيا وتابعا له (أحمد مسلم ، المنطق والواقع في التنظيم الوضعي للروابط الدولية ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٥١ ، ص ٧٩ ، هامش «١») .

وسوف نقتصر على بيان هذا التقسيم الرئيسي للظواهر ، فنعرض لبدأ هذا التقسيم والفروع التي تندرج تحت كل من قبسيه ، ولتلك التي تقتضي كل القسمين في آن واحد .

المبحث الأول

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص (١)

٢٥ - تاريخ التفرقة

تعتبر التفرقة بين القانون العام (le droit public) والقانون الخاص (le droit privé) تفرقة تقليدية قديمة . فقد عرفها الرومان ، حيث كانوا ينظرون الى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل للصالح العام ، وتعلو على المصالح الخاصة التي تترك الحرية للأفراد في سبيل تحقيقها تأكيداً للنزعة الفردية التي كانت سائدة حينئذ .

ولكن مثل هذه التفرقة لم تلبث أن اختلطت وانطمست معالمها في العصور الوسطى أمام ضعف الدولة وعدم وجود هيئة عامة تتركز فيها وحدها السيادة المطلقة في الجماعة .

غير أن تأكيد سلطان الدولة وانتصار النزعة الفردية ومذاهب الحرية في مطلع القرن التاسع عشر ، قد مكن للفصل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة بما أتاح إعادة التفرقة القديمة بين القانون العام والقانون الخاص في صورة واضحة المعالم .

الا أن انحسار النزعة الفردية منذ أواخر القرن الماضي ، وظهور النزعة الاجتماعية وانتشارها بما يصحبها من ازدياد تدخل الدولة في مختلف شئون

(١) أهم المراجع :

Eisenmann, Droit public, droit privé, Revue du droit public et de la science politique, 1952, pp. 904 - 979. — Morellet, L'interpénétration du droit public et du droit privé, Recueils d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, t. III, pp. 136 - 142. — Riezler, Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public, Etudes Lambert, t. III, pp. 117 - 126. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 39 - 41.

وكتابنا سالف الذكر ، فقرات ٢٩ - ٤٦ ، ص ٧٢ - ١٠٠ .

النشاط في الجماعة ، قد أوجد اختلاطا وتداخلا كبيرا بين نشاط الفرد ونشاط الدولة ، مما حدا ببعض الفقهاء الى الظن بأن معالم التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص في طريقها الى الزوال ، وان العصر الحديث يشهد ظاهرة اجتياح القانون العام للقانون الخاص (١) .

غير أن مثل هذا الظن ليس صحيحا (٢) . فلا يعنى ازدياد تدخل الدولة في شئون النشاط الفردي ، وازدياد حكمها لهذا النشاط بقواعد أمرة دون تركها مجالا كبيرا لسلطان ارادة الأفراد ، ان مثل هذه القواعد تدخل في نطاق القانون العام ، اذ الاعتبار في هذا الشأن يكون لطبيعة ما تعرض له هذه القواعد من موضوعات لا للصفة الآمرة أو المكلمة لمثل هذه القواعد . فقواعد القانون الخاص التي تتحدد صفتها الخاصة على أساس طبيعة ما تعرض له من موضوعات ، تظل لها هذه الصفة ، فلا يقبلها الى قواعد القانون العام مجرد فرضها كقواعد أمرة .

ولذلك فان مبدأ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما يزال معتبرا الى اليوم مسلما به في الفقه الحديث بوجه عام (٣) .

٢٦ - معيار التفرقة

إذا كانت التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص ما زالت الى اليوم مسلمة ومستقرة في الفقه الحديث رغم ما تعرضت له من هجمات ،

(١) انظر في ذلك خاصة :

Savatier, Du droit civil au droit public, 1945 — Josserand, La publication du contrat, Etudes Lambert, t. III, No. 145, pp. 142 - 158. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 390 - 393.

(٢) راجع في ذلك :

Eisenmann, article précité, Nos. 9 . 29, pp. 913 - 923. — Roubier, op. cit., pp. 251, 252. — H. Mazeaud, Défense du droit privé, Dalloz, 1949, chr., p. 17.

(٣) انظر مع ذلك مهاجمة مبدأ التفرقة :

على البارودي ، في سبيل نظام قانوني موجه للمشروع التجارى العام ، مجلة الحقوق ، السنة الثانية عشرة . العددان الثالث والرابع ، ص ١٩٦ - ٢٠٧ .

« لا أن الوقوف على معيارها ليس بالأمر الهين حيث لا يزال اختلاف الفقهاء كبيرا في هذا الشأن » .

ولعل المعيار التقليدي لهذه التفرقة ، هو ذلك الذى يقيمها على أساس الأشخاص أطراف العلاقات القانونية . فحيث يتعلق الأمر بالدولة وعلاقتها بالأفراد أو بالدول الأخرى ، نوجد بصدد القانون العام . وحيث يتعلق الأمر بالفرد وعلاقاته بغيره من الأفراد ، نوجد بصدد القانون الخاص (١) .

ومثل هذا المعيار ، أن كان صحيحا في ظاهره وفي النتائج التى تفرع عليه في أكثر الفروض ، إلا أن من العسير اعتباره صحيحا على إطلاقه . ذلك أن الدولة كثيرا ما تدخل في علاقات مع الأفراد ، لا بصفتها صاحبة السلطة والسيادة في الجماعة ، ولكن بوصفها مجرد شخص معنوى عاды كبقية الأشخاص المعنوية الخاصة ، وحينئذ لا يتأتى منطقا إخضاع مثل هذه العلاقة لقواعد القانون العام ، بل تحكمها قطعا قواعد القانون الخاص . فالدولة حين تقوم مثلا باستغلال أموالها الخاصة - لا الأموال العامة - وتعقد عقودا في سبيل ذلك ، إنما تظهر كشخص عاды لا كشخص عام يمثل السيادة في المجتمع ، ولذلك يخضع نشاطها هذا للقانون الخاص ، كما يخضع لذلك أى استغلال أو عقد مماثل يقوم به أو يبرمه فرد من الأفراد . ومن هنا يبدو عدم إمكان الاعتماد على شخص الدولة كمعيار فاصل للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص .

ومن أجل ذلك ، حاول بعض الفقهاء التماس معيار جديد لهذه التفرقة ، فأقامها على أساس اعتبار أن القانون العام قانون سيطرة أو قانون أمر ، واعتبار القانون الخاص قانون حرية أو سلطان إرادة ، وبذلك يصبح الموضوع مرادفا للقانون العام ، والحرية مرادفة للقانون الخاص (٢) .

(١) Montesquieu. De l'esprit des lois, éditions Garnier, t. I, chapitre III, p. 9.

(٢) أنظر في هذا المعنى :

Savatier, op. cit., pp. 5 - 9.

ولكن مثل هذا المعيار بدوره لا يعتبر صالحاً من كل الوجوه ، فليست كل قواعد القانون العام قواعد سيطرة ، واخضاع للفرد والكار حرية الارادة والاختيار ، فثم قواعد - كالقواعد الدستورية المقررة للحريات الفردية - لا يمكن أخذها على هذا الأساس ، او اعتبارها لذلك من قواعد القانون الخاص (١) . ومن ناحية أخرى ، فالقانون الخاص كذلك ليس كله قانون الحرية والرضا وسلطان الارادة ، اذ سلطان الارادة يتوقف حتما أمام القواعد الآمرة او القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ، وهى قواعد أصبح يزخر بها القانون الخاص فى العصر الحديث ، دون أن يصح اعتبارها لذلك - كما سبق البيان - من قواعد القانون العام (٢) .

وتم معيار آخر يأخذ به بعض الفقهاء المحدثين - وهو نفس المعيار الذى كان معروفاً عند الرومان (٣) - يتلخص فى ارجاع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص الى اختلاف طبيعة المصلحة التى تهدف الى تحقيقها أو حمايتها كل منهما . فالقانون العام هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، والقانون الخاص هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة خاصة .

ولكن مثل هذا المعيار غير دقيق ، وهو ينتهى حتما الى الاختلاط التام بين القانون العام والقانون الخاص وانطماس الحدود بينهما ، اذ من العسير الفصل التام بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة . ولذلك فإن القانون العام اذا كان يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، فإن تحقيق هذه المصلحة يستتبع بذلك تحقيق بعض المصالح الخاصة ، وكذلك فلئن كان القانون الخاص يهدف الى تحقيق مصالح خاصة ، فهو يحقق بالتبعية والضرورة مصلحة عامة ، اذ لا يتصور - والقانون يتصدى لتنظيم الحياة الاجتماعية - أن يعمل على تحقيق المصالح الخاصة اذا تعارضت مع المصلحة العامة

(١) Einsenmann, article précité, pp. 928 - 929.

(٢) أنظر فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 63. — Roubier, op. cit., No. 29, p. 247.

Roubier, op. cit., No. 29, p. 243. — Du Pasquier, op. cit., No. 167. (٣)

للجماعة (١) . ولذلك ، فالزواج مثلا - وهو من أنظمة القانون الخاص - اذا كان يحقق مصالح خاصة فرديه ، الا أنه يحقق في نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة ، بل لعل تكوين الأسرة وتنظيم العلاقات بين أفرادها يعتبر في طبيعة المصالح العامة للجماعة .

وأمام نقص معيار طبيعة المصلحة ، وجد معيار آخر - يعتبر تنقيحا للمعيار التقليدي الأول - هو معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية ، بمقتضاه يكون القانون العام هو الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة أحد أطرافها بصفتها صاحبة السيادة أو السلطة العامة في الجماعة ، ويكون القانون الخاص هو الذي يحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفراد (٢) .

وهذا المعيار الأخير قد يكون قريبا الى انصواب ، وان يكن لا يسلم كذلك من النقد (٣) . ولكنه على أى حال يصلح نقطة بداية للوصول الى معيار أسلم ، اذ هو يخفى وراء المعيار الذي نراه حقيقا بالتسليم وهو معيار طبيعة العلاقة القانونية نفسها ، ذلك أن صفة الأطراف فيها انما تستمد من هذه الطبيعة . ومن هنا ، يمكن أن نقول ان القانون العام هو الذي يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الجماعة أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها . أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم فيحكمها القانون الخاص (٤) .

(١) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 248, 249. — Del Vecchio, op. cit., p. 292. — Riezler, article précité, pp. 126 - 130. — Eisenmann, article précité, pp. 934 - 936.

(٢) في هذا المعنى :

Riezler, article précité, p. 131. — Eisenmann, article précité, pp. 933, 964.

(٣) اذ يقال ان الأفراد حينما يمارسون الحريات العامة أو يشاركون في تكوين السلطة العامة بالانتخاب مثلا ، انما تحكمهم - كما هو مسلم - قواعد القانون العام ، رغم أنهم لا يقومون في الواقع باستعمال حقيقى لحق السيادة (انظر : Roubier, op. cit., No. 29, p. 250)

(٤) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 64. — Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., p. 293.

٢٧ - أهمية التفرقة (١)

إذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة في الفقه ، فإن أهميتها ليست محض أهمية نظرية ، بل هي كذلك عملية .

فالقانون العام - وهو يحكم المسائل المتعلقة بالسيادة - يزود السلطات العامة في الجماعة بمكنات لا يخولها القانون الخاص للأفراد . فللسلطات العامة مثلا اتخاذ قرارات فردية تفرض تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد ، أو الالتجاء الى وسائل استثنائية قهرية تعيينها على تنفيذ ما تأمر به مما يدخل في اختصاص وظيفتها المباشرة ، كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء الى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة .

وعلاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد معينة تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل الخاص بعماله ومستخدميه ، اذ في الحالة الثانية حيث لا يتصل الأمر بحق السيادة يتصور اعطاء العمال جانبا غير قليل من الحرية ازاء رب العمل يصل عادة الى حد السماح لهم بالتوقف عن العمل والاضراب ، بينما لا يتصور ذلك عادة في علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة ، خاصة وانهم بحكم وظائفهم يقومون على تسيير المرافق العامة وهو ما لا يحتمل التوقف أو التعطل .

وتتقرر مسئولية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة ومسئولية الموظفين فيها على أسس وقواعد مختلفة عن القواعد العامة المقررة في القانون الخاص بشأن مسئولية الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة .

وتخضع العقود التي تعقدها الادارة غالبا لقواعد استثنائية تخالف القواعد العادية المقررة للعقود في القانون الخاص ، فقد يثبت للدائرة منفردة

(١) راجع في ذلك :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 245, 246. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 40.

عبد الحميد متولي ، الفصل في القانون الدستوري ، ١٩٥٦ ، ص ٧ .

الحق في الغاء العقد أو تعديل شروطه أو توقيع جزاء على التخلف أو التقصير
في تنفيذه .

ولذلك فإن الحاجة تدعو - أمام اختلاف الأنظمة والقواعد القانونية بين
القانون العام والقانون الخاص - الى تخصيص جهة قضاء مستقلة عن جهة
القضاء العادى ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام وبخاصة
تلك المتصلة بنشاط الادارة . وهذا هو الحال فى القانون المصرى ، حيث توجد
محاكم ادارية الى جوار المحاكم العادية .

٢٨ - مدى التفرقة

إذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما تزال قائمة رغم
ما تعرضت له من هجمات ، فإن ذلك لا يعطيها صفة مطلقة أو جامدة .

فيراعى من ناحية ، أن هذه التفرقة ليست بالتفرقة المحتومة اللازمة التى
لا يخلو منها نظام أو شريعة من النظم أو الشرائع القانونية المختلفة ، بل هى
تفرقة نسبية تعرفها بعض هذه النظم والشرائع دون بعض . ولذلك كانت
مجهولة فى الشريعة الاسلامية وفى القانون الكنسى الكاثوليكي . وهى فى
العصر الحاضر ، إذا كانت معروفة مسلمة فى أغلب القوانين ، إلا أنها تكاد
تكون مجهولة فى القوانين الأنجلوسكسونية^(١) .

ويراعى من ناحية ثانية ، أن وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يمنع
من وجود فروع للقانون يستعصى اعتبارها من القانون العام أو من القانون
الخاص على حدة ، إذا كانت بعض قواعدها تتعلق بتنظيم السلطات العامة
وحق السيادة فى الجماعة وبعضها الآخر لا يتعلق بذلك . ووجود مثل هذه
الفروع المختلفة للقانون ليس فيه ما يطمع أو ينقض التفرقة الأساسية بين
القانون العام والقانون الخاص . وإذا كان الفقه يجرى عادة على أدراج بعض
هذه الفروع المختلفة تحت القانون العام أو تحت القانون الخاص وحده رغم

(١) Morellet, article précité, pp. 140 - 141.

انتمائها الى القانونين في آن واحد ، فما ذلك الا اعتيادا بالفرض الاساسي منها والصفة الغالبة لقواعدها .

ويراعى أخيرا ، ان وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يعنى انها تفرقة جامدة ثابتة الحدود^(١) ، بل هي تفرقة مرنة تخضع في الزمان والمكان لما يعتبر وما لا يعتبر من حق السيادة في الجماعة .

المبحث الثاني

فروع القانون العام

٢٩ - تقسيم

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون العام الى قسمين كبيرين ، القانون العام الخارجي (Le droit public externe) ، والقانون العام الداخلي (Le droit public interne) . واذا كان القانون العام الخارجي ، وهو المعروف باسم « القانون الدولي العام » ، مشكوكا في اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، فان ذلك يقتضى مناقشة صفته القانونية . أما القانون العام الداخلي ، فتندرج تحته فروع متعددة تبعا لتنوع المسائل المتصلة بالسيادة أو السلطة العامة في الجماعة ، مما يقتضى بيان هذه الفروع وأهميتها .

المطلب الأول

القانون العام الخارجي

او القانون الدولي العام

٣٠ - مدى اعتبار القانون الدولي العام قانونا بالمعنى الكامل

القانون العام الخارجي هو المعروف باسم « القانون الدولي العام » ، le droit international public ، ويقصد به الدلالة على مجموع القواعد

(١) في هذا المعنى :

De La Morandière, Introduction à l'étude du droit civil français,
L'ouvrage collectif précité, t. I, p. 188.

القانونية التي تحكم علاقة الدول ببعضها ببعض في الحرب والسلام على
الحيواء .

والقانون الدولي العام منازع في اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، على
أساس عدم صدوره عن سلطة سياسية عليا تملك التشريع بين الدول ،
وتخلف الجزاء الجبري عند مخالفة قواعده (١) .

ونظرنا الى هذا القانون - كما سبق البيان - أنه قانون لم تتوافر له
بعد صفة القانون الوضعي الكامل . ولكننا لا نؤسس ذلك على انعدام وجود
هيئة تشريعية عليا تملك التشريع في المحيط الدولي ، فالتشريع ليس الا مجرد
مصدر بين المصادر الرسمية الأخرى للقانون ، بحيث لا يفيد تخلفه عدم قيام
القانون . ولذلك فالى حين قيام مثل هذه الهيئة التشريعية ، بل حتى بعد
قيامها ، يستطيع العرف الدولي أن يلزم الدول بالقواعد القانونية في شأن
علاقاتها بعضها ببعض .

وانما نؤسس عدم كمال وضعية القانون الدولي العام على الواقع المسلم
من أن قواعده غير مكفول احترامها بقوة الاجبار الجماعي ، وهو شرط
جوهرى لوجود قانون بالمعنى الكامل (٢) كما سبق البيان . فلا توجد بعد في
المجتمع العالمى هيئة تنزل الدول منها منزلة الأفراد من الحكومات فيكون لها
من القوى المادية القاهرة ومن السلطات على الدول جميعا ، ما تملك معه
توقيع الجزاء على كل دولة تخرق قواعد القانون الدولي العام . فالى حين وجود
سيادة عالمية موحدة تملو السيادة الوطنية المتعددة وتملك عليها حق الأمر
والجبر دون معقب ، لا يمكن اعتبار قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية
وضعية كاملة أى قواعد مطبقة فعلا في المحيط الدولي ، لأنها ليست بعد

(١) أنظر في عرض هذا الرأي المنسوب الى الفقيه الانجليزي أوستن :
Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 137 - 139. — Gray, The nature and
sources of the law, 1948, pp. 130, 131.

(٢) قارن مع ذلك :

على صادق أبو هف ، القانون الدولي العام ، ط ٦ ، ١٩٦٣ ، فقرة ٢٨ ، ص ٨١ و ٨٢ .
حامد سلطان ، القانون الدولي العام في وقت السلم ، ط ٤ ، ١٩٦٩ ، فترات ٧ و ٨ ، ص ١٧ .
محمد حافظ غانم ، مبادئ القانون الدولي العام ، ١٩٦٨ ، فقرات ٣١ و ٣٢ ، ص ٨٦ - ٨٨ .
(م ٥ - المدخل الى القانون)

بالقواعد الملزمة الزاما جبريا للدول ، فتستطيع كل دولة المخالفة عنها دون أن نجد اجبارا جماعيا يحملها على احترام أحكامها . فهي قواعد اذن لم تبلغ بعد نهاية التطور الكامل الذي وصلت اليه قواعد القانون الداخلى (١) .

وقد بذلت محاولات عديدة لايجاد هيئة عالمية لها حق السيادة على الدول بما يؤكد صفة الالتزام الجبرى لقواعد القانون الدولى العام ، ولكنها بامت كلها بالفشل حتى الآن . فليس فى وجود « الأمم المتحدة » القائمة حائيا ما يعنى وجود مثل هذه الهيئة . فهي قد لاتضم الدول جميعا ، ولاى دولة من أعضائها حق الانسحاب منها ، وهي لا تباشر على أعضائها من الدول سلطات سيادة بالمعنى الصحيح ، وقرارات جمعيتها العمومية بمثابة التوصيات ، وقرارات مجلس الأمن فيها عرضة للتعطيل بما تملك بعض الدول من أعضائه الدائمين - وهي الدول الكبرى التى تتجرا عادة على مخالفة قواعد القانون الدولى - من حق الاعتراض عليها .

المطلب الثانى

القانون العام الداخلى

٣١ - تعريف وتقسيم

يقصد بالقانون العام الداخلى مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة داخليا لا خارجيا ، أى تلك التى تحكم ما يتصل بالسيادة الداخلية فى الدولة دون السيادة الخارجية فى علاقات الدولة بغيرها من الدول .

وتندرج تحت القانون العام الداخلى فروع مختلفة تبعا لاختلاف

(١) فى هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., pp. 300, 301. — Dabin, op. cit., No. 38. — Gray, pp. 131, 132.

محمد على امم ، محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٥ - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠ .

وفقهاء القانون الدولى العم أنفسهم لا ينكرون ذلك . فبعضهم يؤكد أن « القانون الدولى - اذا ما قورن بالقانون الداخلى - يبدو نظاما ناقصا بموزة الضبط والكمال » (حامد سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٧ ، ص ١٧) . ويسم بعض آخر بأن « جزاء قاعدة القانون

الموضوعات التي يعرض لها ، هي : القانون الدستوري ، والقانون الإداري ،
والقانون المالي ، والقانون الجنائي أو الجزائي . فنعرض فيما يلي بإيجاز
لهذه الفروع المتعددة .

٣٢ - القانون الدستوري

نجد القانون الدستوري (le droit constitutionnel) في الطليعة
من فروع القانون العام الداخلي ، فهو مجموعة القواعد التي تحدد نظام الحكم
في الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها وهي عادة السلطة التشريعية
والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، وتوزع الاختصاصات فيما بينها
وتحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين بعضها البعض ، وتنص على ما للأفراد
من حريات عامة وحقوق قبل الدولة التي تلتزم بكفالتها واحترامها .

وقد سبق أن أشرنا إلى تشكيك بعض الفقهاء فيما للقانون الدستوري
من صفة قانونية كاملة ، بدعوى فقدان قواعده صفة الالتزام الواجبة لكل
قواعد القانون . إذ لا يتصور فيما يقولون - والدولة هي التي تملك وتحتكر
سلطات الجزاء والاجبار - أن تشرعه في وجه نفسها أن خالفت قواعد ذلك
انقانون (١) . فضلا عن أن التزام الدولة باحترام الدستور ليس التزاما
قانونيا بالمعنى الصحيح ، وإنما هو التزام أدبي أو أخلاقي محض لا يجد جزاء
على خرقه إلا مجرد جزاء أدبي أو أخلاقي كذلك (٢) .

الدول جزاء غير منظم وضعيف » (محمد حافظ غانم ، فقرة ٣٢ ، ص ٨٨) . ويعترف بعض
ثالث بأنه في مجال القانون الدولي العام « لا يمكن أن ننكر أن الحاجة إلى تطوير الجزاء في
معناه التقليدي حاجة ماسة » (محمد طلعت الفنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم ، قانون
السلام ، ١٩٧٠ ، ص ٢٠٨) .

ولكن قارن ما يذهب إليه بعض آخر منهم من تأكيد الصسفة الوضعية لقواعد القانون
الدولي العام لاقترائها بما أضفت عليه الدول الكبرى التي وضعت هذه القواعد من الجزاء ، وأن
من صور هذا الجزاء أعمال الانتقام (محمد سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام ،
ج ١ القاعدة الدولية ، ١٩٧٠ ، فقرة ١٠ ص ٧٧ - ٩٧ وقرة ٢٢ ، ص ١٧٠ - ١٧٣) .
ولكن لا يخفى ما يعنيه هذا النظر من أن تصبح القوة هي أساس انقانون الدولي العام وليس
العدل ، ومن أن تملك الدول الكبرى التحلل من قواعده كما تشاء !!

(١) انظر في الإشارة إلى هذه الحجة :

Del Vecchio, op. cit., p. 298.

(٢) يقول بهذه الحجة الفقيه الإنجليزي « أوستن » Austin ، انظر في الإشارة إلى ذلك :

سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستوري ، ص ٩ .

وهذا النظر نظر قاصر ، من حيث أنه يفغل ما لقواعد القانون الدستوري من طبيعة خاصة تشكل صور الجزاء والاجبار فيه بشكل مختلف عن صور الجزاء والاجبار في فروع القانون الأخرى . فالقانون الدستوري يفترض وجود سلطات مختلفة في الجماعة ، ولما كانت مخالفة قواعده قد تقع من أحداها فالجزاء أو الاجبار لا يتصور اذن الا في صورة رقابة متبادلة بين هذه السلطات . فيكون للسلطة التنفيذية مثلا حق حل المجلس التشريعي ، ويكون للمجلس التشريعي حق اسقاط الحكومة الممثلة للسلطة التنفيذية ، ويكون للمحاكم حق الغاء التشريعات المخالفة للقانون أو الدستور ، أو في الأقل حق الامتناع عن تطبيقها ، فان لم تغلح هذه الرقابة ، ارتد الأمر الى مصدر هذه السلطات وهو الشعب ، فيستقل حينئذ بكفالة احترام قواعد القانون الدستوري بنفسه بما يملك من وسائل سلمية أو نورية .

هذا فضلا ، عن أن هذا النظر يشوه وظيفة الدولة فيصورها على أنها جهاز جبر وقوة ، بينما الدولة لا توجد الا لخدمة القانون واعمال حكمه وكفالة احترام قواعده بما يحقق المقصود منه من اقامة نظام عادل في الجماعة ، ولذلك كان احترام القانون هو أول واجباتها . فليس القانون هو قانون الدولة تتحلل من احترامه كما تشاء ، انما الدولة هي « دولة القانون » تلتزمه وتتقيد بأحكامه . ولذلك فان الاجبار متصور في حق السلطات العامة التي تخرق القانون . فيملك الأفراد مقاضاتها والتوصل الى ابطال أو اهدار تصرفاتها غير المشروعة أو غير الدستورية ، وحينئذ تلتزم السلطة التنفيذية - طبقا لوظيفتها - بالقيام بتنفيذ الأحكام الصادرة بذلك حتى ولو كانت ضدها . ومن ذلك كله ينكشف فساد هذا الرأي ، وتستبين الصفة القانونية الكاملة ثابتة للقانون الدستوري .

٣٣ - القانون الإداري

يقصد بالقانون الإداري *droit administratif* مجموع القواعد التي تحكم تكوين السلطة الادارية ونشاطها في أداء وظيفتها من القيام على أمر المرافق العامة تحقيقا للصالح العام ، وتذرعها في سبيل ذلك بحقوق وامتيازات السلطة العامة التي لا يتمتع بمثلها الأفراد . وبمقتضى هذه الحقوق والامتيازات ، تمارس السلطة الادارية نشاطها عادة عن طريق ما تصدره من أوامر وقرارات .

و ضمانا لحقوق الأفراد ، وكفالة لحسن قيام السلطة التنفيذية أو الإدارة بوظيفتها دون انحراف أو خروج على القانون ، لا بد من إيجاد وسيلة فعالة للرقابة على الأعمال والأوامر الإدارية ، بما يمكن - في حال عدم مشروعيتها أو انحرافها - من إلغاؤها أو وقف تنفيذها أو التعويض عن الأضرار الناشئة عنها بحسب الأحوال .

وإذا كانت السلطة القضائية العادية تبدو مهيأة لتحقيق مثل هذه الرقابة ، إلا أنه يعترض على ذلك عادة بمبدأ فصل السلطات ، بما يعنيه من وجوب امتناع السلطة القضائية العادية عن التدخل في أعمال السلطة التنفيذية لتمكين هذه السلطة الأخيرة من أداء وظيفتها في حرية واستقلال .

لذلك جرى الحال في كثير من الدول الحديثة - وبخاصة فرنسا - على إنشاء هيئة مستقلة لتحقيق مثل هذه الرقابة تكون جهة قضاء إداري مستقلة . وقد سلكت مصر هذا المسلك منذ وقت غير بعيد . فأنشأ المشرع المصري « مجلس الدولة » سنة ١٩٤٦ ، ويتألف هذا المجلس حاليا من ثلاثة أقسام هي : قسم الفتوى وقسم التشريع (١) ، والقسم القضائي الذي يضم أساسا ما يعرف باسم « المحاكم الإدارية » على اختلاف درجاتها وأصبح يضم كذلك « المحاكم التأديبية » (٢) . وقد نهضت « المحاكم الإدارية » منذ نشأتها بواجبها في رقابة الأعمال والأوامر الإدارية على وجه يمنع انحراف الإدارة ويكفل حقوق الأفراد .

٣٤ - القانون المالي

كان يعتبر داخلا في نطاق القانون الإداري إلى قريب ما يسمى بالقانون المالي *le droit financier* على اعتبار أنه يتضمن القواعد التي تحكم مالية الدولة من حيث تحديد مصروفاتها ووجوه إنفاقها ، وبيان إيراداتها ومصادر هذه الإيرادات المختلفة . ولكن القانون المالي استقل اليوم عن القانون الإداري وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام الداخلي .

(١) أصبح هذين القسمين منفصلين بقتضى التعديل الذي أدخله المشرع على قانون مجلس الدولة بالقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٦٩ بعد أن كانا متدمجين منذ نفاذ القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ . وقد أعاد المشرع بهذا الانفصال الوضع الذي كان قائماً قبل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، وقد أكد المشرع هذا الانفصال في قانون مجلس الدولة الجديد رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(٢) م ٣ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ سالف الذكر .

٣٥ - القانون الجنائي

ويدخل كذلك في نطاق القانون العام الداخلي ، القانون الجنائي (le droit criminel) . وهو يتفرع الى الفرعين الآتيين :

١ - قانون العقوبات (le droit pénal) وهو يتضمن قواعد موضوعية تحدد الجرائم وتعين العقوبات عليها ، وتبين شروط المسؤولية الجنائية وظروف الاعفاء أو التخفيف منها . وسنرى من بعد أن هذه القواعد لا تفرض إلا بنص تشريعي ، فليس للعرف في فرضها أدنى نصيب .

وإذا كان قانون العقوبات يعتبر عند جمهور الفقهاء من فروع القانون العام الداخلي (١) إلا أن بعض الفقهاء يرى اعتباره قانوناً مختلطاً يدخل - في نفس الوقت - في نطاق القانون العام والقانون الخاص على السواء (٢) . إذ يرون أن قانون العقوبات إذا كان يقوم على فكرة الدفاع عن المجتمع فيعتبر من هذه الوجهة من فروع القانون العام ، إلا أنه في أغلب قواعده إنما يعاقب على جرائم تقع على الأفراد أنفسهم وتضر بحقوقهم ومصالحهم الخاصة . فضلاً عن أن أعمال قواعد هذا القانون بالمطالبة بالعقاب ليس وقفاً على السلطة العامة في الجماعة وحدها ، بل إن للأفراد كذلك في بعض الحالات الحق في هذه المطالبة عن طريق تحريك الدعوى العمومية ، وبذلك يبدو قانون العقوبات كضمانة لحقوق الأفراد ومصالحهم ، مما يجعله داخلاً من هذا الوجه في نطاق القانون الخاص ، وهو ما يبرر اعتباره في مجموعته قانوناً مختلطاً .

ولكن هذا الرأي محل نظر . فيراعى أن الجرائم ، مهما كان نوعها ومهما كان الضرر الناشئ عنها واقعاً مباشرة على الأفراد أنفسهم أو على حقوقهم

(١) Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français,

t. I, 3ème éd., No. 28. — Donnedieu de Vabres, Traité du droit criminel et de législation pénale comparée, 3ème éd., No. 2.

محمد كامل مرسى والسميد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصري الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١ . - عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٦ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩ . - السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ١٩٦٢ ، فقرة ٣ . - محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٤ ، فقرة ٢ .

(٢) Rouhier, op. cit., No. 30, pp. 263, 264. — Marty et Raynaud,

op. cit., t. I, No. 45, p. 70.

ومصالحهم الخاصة . انما تعتبر موجهة ضد الجماعة اذ هي اخلال خطير بالأمن .
والطمأنينة فيها . ومن أجل ذلك ، كانت السلطة العامة في الجماعة هي
المستقلة أصلا بمباشرة الدعوى العمومية ضد المجرم للمطالبة بعقابه . فلا
يملك المجنى عليه - الا في أحوال استثنائية محدودة لا وزن لها في هذا
الشان - رفع هذه الدعوى أو النزول عنها أو اعفاء المجرم من العقاب بالصفح
عنه ، اذ الدعوى العمومية والعقاب انما هما حق المجتمع لا حق المجنى
عليه (١) .

والواقع أن قانون العقوبات انما يمس في الصميم حق السيادة في
الجماعة ، اذ هو بتصديده لتحديد الجرائم وتعيين العقوبات انما يضع أسس
الأمن في الجماعة وعلاقة الفرد بالدولة المثلة للجماعة عند خرق هذه الأسس ،
وليس أوثق من هذه الأسس ولا من تلك العلاقة اتصالا بحق السيادة
الداخلية ، فيكون هذا القانون بهذه المثابة فرعاً من فروع القانون العام .

٢ - قانون الاجراءات الجنائية droit d'instruction criminelle :

وهو يتضمن قواعد شكلية تبين اجراءات ضبط الجرائم والتحقيق فيها
واجراءات المحاكمة الجنائية ، وطرق تنفيذ العقوبات المحكوم بها . فهو اذن
قانون شكلي أو اجرائي يلزم وجوده لاعمال وتطبيق القانون الموضوعي أي
قانون العقوبات ويتبعه في صفته فيعتبر مثله من فروع القانون العام (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste. Introduction générale à l'étude du
droit, 1947, No. 150. — Garraud, ibid.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، عبد الفتاح عبد الباقي ، الموضح السابقة . -
محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، فقرة ٩٥ . - محمود محمود مصطفى ، الموضح
السابق .

(٢) ينسب بعض الفقهاء الى اعتبار قانون الاجراءات الجنائية أو الجزائية قانوناً مختلطاً
تقريباً على ما يروونه في هذا الشأن خاصة بكل قوانين الاجراءات (Roubier, op. cit., p. 294).
بينما ينسب بعض آخر من الفقهاء الى أن هذا القانون ، باعتباره قانوناً شكلياً ، لا يدخل في
نطاق القانون العام ولا في نطاق القانون الخاص (أحمد مسلم ، مقال السابق ، ص ٧٩
هامش رقم ١) .

المبحث الثالث فروع القانون الخاص

٣٦ - تعريف وتمهيد

القانون الخاص هو مجموع القواعد التي تحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفراداً ، أو بمعنى أدق مجموع القواعد التي تحكم العلاقات التي لا تتصل بحق السيادة أو بتنظيم السلطة العامة في الجماعة . فالدولة حين تدخل في علاقات بصفتها شخصاً معنوياً عادياً لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطان في الجماعة ، تحكمها قواعد القانون الخاص لا قواعد القانون العام .

والقانون المدني هو أساس القانون الخاص ، غير أن ثم فروعاً أخرى تفرعت عنه لتحكم علاقات وموضوعات معينة ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد خاصة بها غير قواعد القانون المدني ، نظراً لاتصالها بمهنة أو نشاط معين ، كالقانون التجاري والقانون البحري وقانون العمل .

٣٧ - القانون المدني

دعامة القانون الخاص هو القانون المدني *le droit civil* ، إذ هو الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص ، بمعنى أنه هو المرجع حيث لا توجد في فروع القانون الخاص الأخرى قواعد بشأن العلاقات التي تحكمها فضلاً عن أنه يتوجه إلى جميع الأفراد دون استثناء ، إذ هو يتوجه إليهم بصفتهم أفراداً دون نظر إلى اختلاف طوائفهم ومهنتهم على خلاف الفروع الأخرى للقانون الخاص . فهو يحكم علاقة الفرد بأسرته بما يضع من قواعد الأحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يضع من قواعد المعاملات أو الأحوال العينية .

غير أن قواعد الأحوال الشخصية ما تزال ، في القوانين العربية المختلفة عموماً ، خارجة عن نطاق القانون المدني خضوعاً للتقاليد القديمة المستقرة التي تترك حكمها للأديان المختلفة . ولذلك لا يتضمن التقنين المدني المصري أساساً إلا قواعد الأحوال العينية وحدها دون قواعد الأحوال الشخصية .

٣٨ - القانون التجارى

يقصد بالقانون التجارى *le droit commercial* ، مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التجارية ، أى العلاقات بين التجار بوصفهم تجارا أو العلاقات المتعلقة بأعمال تجارية .

وقد دعا الى ظهور القانون التجارى - كفرع مستقل من فروع القانون الخاص - ازدياد التجارة وانتشارها والحاجة الى تنميتها ، مما يقتضى ضرورة اخضاع العلاقات التجارية لقواعد خاصة غير القواعد العامة الموجودة فى القانون المدنى ، تعين على تحقيق ما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة وقوة ائتمان . ومع ذلك فالصلة غير منقطعة بين القانون التجارى والقانون المدنى ، اذ يظل الأخير معتبرا هو الأصل والأول هو الفرع ، فحيث تفتقد فى القانون التجارى قواعد خاصة ببعض العلاقات التجارية ، ترد الولاية فى شأنها الى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى نطاق العلاقات الخاصة .

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يبدو فيها احلال عامل السرعة فى المعاملات التجارية محل الاعتبار ، القاعدة التى تجعل اثبات التصرفات القانونية التجارية أيا كانت قيمتها طليقا من قيد الكتابة ، فيقبل اثباتها بالبينة والقرائن القضائية . وهذه القاعدة التى تملئها طبيعة المعاملات التجارية ترد على خلاف المقرر عموما فى المعاملات المدنية من تطلب الاثبات بالكتابة فى شأن وجود أو انقضاء التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على قدر معين .

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يقصد من ورائها كفالة ما تحتاجه المعاملات التجارية من قوة ائتمان ، القاعدة التى تقضى بافترض التضامن بين المدينين افتراضا لا يحتاج الأمر معه الى اتفاق أو نص فى القانون عليه . فهذه القاعدة تمكن الدائن فى المعاملات التجارية من مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين ، فتقلله بذلك من عناء مطالبة كل منهم بنسبة حصته . فى الدين ، وتجنبه مخاطر مثل هذا التقسيم فى المطالبة . وهذه القاعدة التى تملئها ضرورة زيادة ضمان الدائن وائتمانه فى المعاملات التجارية ، ترد على

خلاف الأصل المقرر في المعاملات المدنية من أن التضامن بين المدينين لا يستنتج أو يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (م ٢٧٩ مدني) .

وإذا كان القانون التجاري مسلماً باعتباره منذ قديم من فروع القانون الخاص ، فيذهب بعض الفقهاء الحديثين رغم ذلك إلى اعتباره قانوناً مختلطاً ، على أساس أن بعض قواعده - إلى جانب أغلبها المتصل بالقانون الخاص - تتصل بالقانون العام ، كذلك التي تتعرض لتنظيم الغرف والبورصات التجارية وحرية التجارة ونظام المنافسة الحرة وأنظمة التجارة الخارجية والجمارك^(١) . ولكن هذا الرأي يفشل أن هذه القواعد إنما تدور كلها حول النشاط التجاري الخاص للأشخاص ، فضلاً عن أنها تندرج في الواقع تحت بعض فروع القانون العام فلا تعتبر جزءاً حقيقياً من القانون التجاري رغم تعلقها بالتجارة .

٣٩ - القانون البحري

يقصد بالقانون البحري (le droit maritime) مجموع القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية . فيعرض للسفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة ، وللملاحين القائمين على أمرها وما يحكمهم من عقد العمل البحري بقواعده الخاصة ، ولمسئولية مالك السفينة ، وللائتمان البحري من رهن وامتياز ، وللنقل البحري وما يتصل به من مسؤولية الناقل ، وللتأمين البحري .

وموضوعات هذا القانون ، تجعله - كما هو واضح - فرعاً من فروع القانون الخاص ، وهو المسلم لدى جمهور الفقهاء . ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من محاولة النظر إليه كقانون مختلط ، باعتبار أن ثم أنظمة وقواعد خاصة بالملاحة تتصل بالقانون العام كذلك ، مثل ما يتعلق بجنسية السفن وتنظيم الموانئ والإرشاد فيها وحرية الملاحة البحرية وسلامتها^(٢) .

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 44, p. 67. — Roublier, (١)
op. cit., No. 30, p. 258.

Marty et Raynaud, op. cit., No. 44, p. 68. (٢)

ولكن الواقع أن مثل هذه القواعد ، أن كانت تمس الملاحة البحرية -
فهى أدخل فى نطاق بعض فروع القانون العام ، كالقانون الإدارى والقانون
الدولى العام ، منها فى نطاق القانون البحرى .^١

٤٠ - قانون العمل

يقصد بقانون العمل (le droit du travail) : مجموع القواعد
القانونية التى تحكم العلاقات القانونية المتصلة بالعمل التابع للمأجور أى
بالعمل الذى يقوم به أشخاص مقابل أجر لحساب أشخاص آخرين وتحت
توجيههم ورقابتهم . وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة نسبيا .
فقد خلقت الثورة الصناعية ، التى حدثت فى العالم عقب استعمال الآلات
الحديثة ، طبقة جديدة فى المجتمع هى طبقة العمال ، وكان المذهب السائد
حينئذ هو المذهب الفردى بما يستتبع من مبدأ سلطان الإرادة . وسرى من
بعد ما جره اتباع مثل هذا المبدأ وذلك المذهب من تحكم الأقوياء فى الضعفاء
واستغلال أرباب الأعمال للعمال باسم الحرية والمساواة فى التعاقد والاتفاق .
ولم يكن بد أمام ما بدا من هذا التحكم ، وأمام ما أخذ يظهر ويكبر من قوة
العمال وخطر ما يملكون من وسائل للدفاع عن حقوقهم ، لم يكن بد من أن
يكتب النجاح للمذهب الاجتماعى أو الاشتراكى ، أو بوجه عام للمذاهب التى
تقوم على أساس من تدخل الدولة بما يكفل منع انقلاب حرية التعاقد وسلطان
الإرادة سلاحا فى يد أرباب الأعمال يشهرونه فى وجه العمال نظرا لما يملكون
من قوة اقتصادية جبارة تمكنهم من إملاء ما يريدون من شروط .

ولم تلبث حركة التشريع أن نشطت نشاطا موفورا فى التصدى
بنصوص أمرة لحكم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال بما يكفل حقوق
الطبقة العاملة . وانتهى الأمر الى ظهور قانون العمل وتمتعه بكيان ذاتى
كفرع مستقل من فروع القانون (١) .

ولم تعرف مصر تشريعات العمل الا بقدر جد ضئيل فى مطلع القرن

(١) راجع فى نشأة وتطور قانون العمل : كتابنا « أصول قانون العمل » الجزء الأول فى
مقدّم العمل ، الطبعة الثانية ١٩٦٩ ، ص ٢٤ وما بعدها .

الحال عندما ابتدأ ظهور الصناعة فيها . ثم أتيح لحركة التشريع العمالي أن تنشط فيها قبيل نشوب الحرب العالمية الثانية واثناها وأن تزداد بعدها أمام انتشار الصناعة وازدياد قوة العمال . ولكن تشريعات العمل ظلت تشريعات متفرقة متناثرة تفتقد التنسيق الواجب بينها . ثم تمكن المشرع عقب قيام الجمهورية العربية المتحدة من إنهاء هذا الوضع ومن التطور بتشريع العمل التطور المناسب للوعي الاشتراكي النامي ، فأصدر تقنيناً أو تشريعاً جامعاً لمسائل العمل، هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ المسمى « قانون العمل » (١) ، ثم حل محله القانون الحالي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .^١

ورغم أن الأصل هو اعتبار قانون العمل فرعاً من فروع القانون الخاص ، إلا أن بعض الفقهاء اعتبره من فروع القانون العام بالنظر إلى طغيان القواعد القانونية الآمرة فيه . ولكننا سبق أن أظهرنا عدم جدوى الاعتداد بالصفة الآمرة لقواعد قانون ما لتكييفه بأنه من فروع القانون العام .

وذهب بعض آخر من الفقهاء إلى اعتبار قانون العمل قانوناً مختلطاً ينتمي إلى القانون العام وإلى القانون الخاص على السواء ، إذ رغم انتهاء قانون العمل إلى القانون الخاص لقيامه على أساس وجود علاقة من علاقات العمل الفردية الخاصة ، فإن بعض نظمه وقواعده التي تمخض عنها تطوره الحديث تتعلق بالقانون العام ، مثل : نظام مكاتب تخدم أو تشغيل العاطلين ، ونظام التحكيم في منازعات العمل الجماعية ، ونظام التفتيش على أماكن العمل ، وقواعد التجريم والعقوبات في شأن مخالفة أحكامه (٢) .

وإذا كان صحيحاً تعلق مثل هذه النظم والقواعد بالقانون العام ، إلا أنها أدخلت في الواقع في نطاق بعض فروع القانون العام المعروفة - كالقانون الإداري وقانون العقوبات - منها في نطاق قانون العمل رغم جمعها مع قواعد قانون العمل الجوهرية في صعيد واحد خضوعاً لاعتبارات

(١) راجع في تطور قانون العمل في مصر : كتابنا « أصول قانون العمل » سالف الذكر ،

ج ١ ، ص ٣٩ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 30, p. 257. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 44.

— Durand et Janssaud, Traité de droit du travail, t. I, 1947, Nos. 189, 200.

الدراسة أو التشريع . فضلا عن أن النشاط في تحديد طبيعة قانون من القوانين يكون بطبيعة قواعده الأساسية الأصلية بالنظر الى ما تحكمه من موضوعات ، رغم ما قد يكون لبعض قواعده المساعدة أو التكميلية من طبيعة مختلفة ، وواضح أن المحور الأساسي لقانون العمل ، وهو الذي تدور حوله حتى مثل هذه النظم والقواعد ، إنما يتركز في علاقات العمل وهي علاقات خاصة لا تتعلق بحق السيادة في الدولة ولا بتنظيم السلطات العامة فيها ، ولذلك يجب اعتباره على هذا الأساس فرعاً من فروع القانون الخاص^(١) .

المبحث الرابع

فروع القانون المختلطة

٤١ - تقسيم

سبق أن أشرنا الى أن بعض فروع القانون تنتمي الى القانون العام والى القانون الخاص معا ، فتكون مختلطة النوع ، والى أنه ليس في وجودها على هذا النحو ما يطمئن أو ينقض التفرقة الأساسية بين القانون العام والقانون الخاص . ورغم كثرة فروع القانون التي يسبغ عليها البعض الصفة المختلطة . لا نرى هذه الصفة ثابتة في الحقيقة الا للقانون الدولي الخاص ولقانون المرافعات المدنية والتجارية .

٤٢ - القانون الدولي الخاص

الأساس في القانون الدولي الخاص (Le droit international privé) أنه يتصدى لبيان مدى ولاية واختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، ولتحديد القانون الواجب التطبيق في شأنها .

فالقانون الدولي الخاص اذن يفترض وجود علاقات أو روابط قانونية

(١) راجع في ذلك :

كتابنا « أصول قانون العمل » سالف الذكر . ج ١ ، ص ٦٥ و ٦٦ - وكتابنا « أصول القانون » ، هامش رقم ٥١ ص ٩٤ .

ذات عنصر أجنبي . ذلك أن العلاقات والروابط الوطنية في كل عناصرها لا تثير أى خلاف حول الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعى في شأنها ، فالولاية القضائية حينئذ لا تثبت الا للمحاكم الوطنية ، والقانون الواجب التطبيق يكون هو القانون الوطنى وحده بقواعده المَرصُوعة والشكلية . وعلى هذا النحو تكون المحاكم المصرية وحدها هي المختصة ويكون القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق فى شأن زواج يعقد فى مصر بين مصريين وفى شأن بيع يعقد بين مصريين فى مصر ويكون واردا على عقار موجود فى مصر ، وفى شأن ميراث مصرى يتوفى فى مصر عن أموال موجودة فيها .

انما يثور الخلاف بصدد العلاقات والروابط التى بصطبغ أحد عناصرها بصبغة أجنبية ، اذ يقوم التنازع حينئذ بين المحاكم الوطنية والمحاكم الأجنبية على الولاية القضائية فى المنازعات الناشئة عنها ، ويقوم التنازع كذلك بين القانون الوطنى والقانون أو القوانين الأجنبية على أيها أحق بالتطبيق فى شأنها .

فاذا تم زواج فى فرنسا مثلا بين مصرى ومصرية ثم نشأ نزاع بشأنه ، هل تكون المحاكم المصرية هي المختصة بنظره باعتبارها محاكم جنسية الزوجين ، أم تكون المحاكم الفرنسية هي المختصة باعتبارها محاكم الدولة التى تم فيها عقد الزواج ؟ واذا ثبت الاختصاص للمحاكم المصرية ، فإى قانون تطبق ؟ هل تطبق القانون المصرى باعتباره قانون جنسية أطراف العلاقة ؟ أم تطبق القانون الفرنسى باعتباره قانون التصرف المنشئ لهذه العلاقة ؟ .

واذا باع ألمانى الى مصرى عقارا موجودا فى ايطاليا وتم عقد البيع فى مصر وثر نزاع بشأن هذا البيع من بعد ، فلأى من المحاكم : المصرية أو الألمانية أو الإيطالية ، يثبت الاختصاص بنظره ؟ . واذا ثبت الاختصاص لاحدها فإى قانون تطبق ؟ القانون الايطالى باعتباره قانون موقع العقار محل العلاقة القانونية ؟ أم القانون المصرى باعتباره قانون جنسية المشتري وقانون التصرف المنشئ لهذه العلاقة أى قانون الدولة التى عقد فيها عقد البيع ؟ .

أم القانون الألماني باعتباره قانون جنسية الطرف الآخر فى العلاقة وهو البائع ؟ .

فكيف يتم حل التنازع على الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي بين المحاكم والقوانين المختلفة السيادة بشأن العلاقات والروابط ذات العنصر الأجنبي ؟ • لا توجد في الواقع قواعد دولية أى عالمية تتصدى لحل مثل هذا التنازع حلا موحدًا تتبعه كل الدول • وإنما جرى الأمر على استقلال كل دولة على حدة بوضع القواعد التي تراها كفيلة بحل هذا التنازع ، وهذه القواعد هي التي تكون أساسا ما يعرف باسم « القانون الدولي الخاص » • وغنى عن البيان أن في وصف هذه القواعد بصفة الدولية تجاوزا كبيرا ، فليست هي بالقواعد المتبعة على شكل موحد في كل الدول حتى يصدق في شأنها هذا الوصف ، بل هي مجرد قواعد وطنية تستقل كل دولة بوضعها ، بحيث يكون لكل دولة قانونها الدولي الخاص المختلف عن القانون الدولي الخاص في أى دولة أخرى فهناك القانون الدولي الخاص المصري والقانون الدولي الخاص الانجليزي والفرنسي وهكذا •

وقواعد القانون الدولي الخاص في دولة ما ، إنما تقتصر - في سبيل حل التنازع على الاختصاص القضائي بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي - على تحديد مدى ولاية المحاكم الوطنية في هذا الشأن ، أى تقتصر على مجرد بيان ما إذا كانت هذه المحاكم مختصة أم لا ، فلا تعدو ذلك في حال عدم اختصاصها إلى تعيين المحكمة أو المحاكم الأجنبية المختصة •

ويختلف الأمر عن ذلك في صدد التنازع على الولاية التشريعية بين القوانين المختلفة السيادة على حكم المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، إذ تعتمد قواعد القانون الدولي الخاص في كل دولة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة ، فلا تكتفى بتحديد مدى ولاية القانون الوطني في هذا الشأن بل تعين - في حالة عدم ولايته - القانون الأجنبي الواجب التطبيق • ويطلق على قواعد القانون الدولي الخاص ، التي تتصدى لحل التنازع بين القوانين بتعيين القانون الواجب التطبيق من بينها ، اسم « قواعد الإسناد » (Règles de rattachement) • وقد جاءت هذه التسمية من طبيعة هذه القواعد ، فهي لا تقوم بحل المنازعات الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي حلا موضوعيا ، وإنما تقتصر على مجرد الإحالة والإسناد في شأن هذا الحل إلى قانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها ، أى أن

قواعد القانون الدولي الخاص اذن لا تفصل مباشرة في المنازعات ذات العنصر الاجتبي ، بل تكتفي بتعيين القانون الواجب التطبيق في شأنها ، وهو الذي يتضمن وحده الحل الذي ينحسم به موضوعها . فمثلا اذا توفى امريكى متوطن في مصر ، وعينت قواعد القانون الدولي الخاص المصري لى قواعد الاسناد المصرية القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن بأنه القانون الامريكى ، فلا ينحسم بهذا التعيين النزاع حول تركة الامريكى المتوفى ، وانما ينحسم هذا النزاع بتطبيق قواعد القانون الامريكى الموضوعية المتعلقة بالميراث والوصية .

ومن امثلة قواعد الاسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ من التقنين المدني الحالي من أنه « يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » ، وما تنص عليه المادة ١٥ منه من أن « يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الاقارب قانون المدين بها » . وما تنص عليه المادة ١٧/١ منه من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » .

ولئن كان القانون الدولي الخاص يشتمل أساسا على موضوعي « تنازع الاختصاص القضائي » و « تنازع القوانين » ، الا أن كثيرا من الفقهاء قد أدخل في نطاقه فضلا عن ذلك موضوع « الجنسية » و « حالة الأجانب » و « الموطن » ، على أساس أن هذه الموضوعات الاضافية ليست الا مسائل أولية بالنسبة للموضوعين الأساسيين ، فلا بد من تعرف جنسية أطراف العلاقة القانونية للوقوف على ما اذا كانت هذه العلاقة في عنصرها الشخصي وطنية أو أجنبية . ولا بد من تعرف مدى ما يباح للأجانب التمتع به من حقوق - اذ يتمتعون غالبا بحقوق أدنى مما يتمتع به الوطنيون - لامكان الحكم لهم بها في المنازعات التي يكونون أحد أطرافها ، وهي التي تصدى قواعد القانون الدولي الخاص لحل التنازع على الاختصاص القضائي والتشريع بشأنها . وكذلك الشأن بالنسبة للموطن ، فقد يتعين به الاختصاص القضائي أو التشريع . وتتفق القواعد القانونية التي تحكم هذه الموضوعات الاضافية مع القواعد التي تحكم الموضوعين الأساسيين في أنها قواعد وطنية وليست بالقواعد الدولية ، ولكنها تختلف عنها في أنها قواعد موضوعية فليست مثلها قواعد شكلية أو قواعد اسناد .

ولعل كون الأساس في قواعد القانون الدولي الخاص هو وجود علاقات خاصة ذات عنصر أجنبي تتصدى لحل التنازع بين القوانين على حكمها ، هو الذى يبرر لدى بعض الفقهاء اعتبار هذا القانون فرعاً من فروع القانون الخاص (١) ، رغم أن قواعده الخاصة بحل تنازع الاختصاص القضائي وقواعده الخاصة بالجنسية وبعض قواعده الخاصة بمركز الأجانب في الدولة تتصل اتصالاً وثيقاً بحق السيادة في الدولة مما تعتبر معه من قواعد القانون العام .

والواقع أن تعدد موضوعات القانون الدولي الخاص على هذا النحو الذى يأخذ به أغلب الفقهاء رغم اعتبار بعضها دخيلاً عليه ، واتصال هذه الموضوعات بالقانون العام والقانون الخاص على السواء قد يرجع النظر الحديث إليه باعتباره قانوناً مختلطاً (٢) .

٤٣ - قانون المرافعات المدنية والتجارية ..

يقصد بقانون المرافعات المدنية والتجارية Le droit de procédure civile et commerciale فى معناه الواسع مجموع القواعد القانونية المنظمة للسلطة القضائية من حيث تعيين أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصها وشروط تنصيب قضاتها وواجباتهم وحقوقهم ، والمبينة للإجراءات والأوضاع الواجبة الاتباع فى رفع الدعاوى المدنية التجارية والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة فى شأنها . ولكن إذا أخذ هذا القانون بمعناه الخاص أو الضيق ، فإن نطاقه يقتصر على مسائل الإجراءات وحدها ،

(١) فى هذا المعنى :

Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949,
No. 22.

(٢) فى هذا المعنى :

Lerebours-Pigeonnière, Précis de droit international privé,
4ème éd., No. 46. Roubier, op. cit., No. 30, p. 265.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصرى - الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ،
١٩٥٤ ، فقرة ٤٦ ، ص ٧٤ - محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولي الخاص ، ١٩٥٥ ،
فقرة ٥٢ ، ص ٥٧ .

وهو يعتبر على هذا الوجه قانونا شكليا يلزم وجوده لآعمال قواعد القانون المدني والتجاري الموضوعية .

ولعل اختلاف مدلول هذا القانون ونطاقه يتراوحه بين المعنى الواسع والمعنى الضيق ، هو الذى أوجد اختلافا بينا فى الفقه حول طبيعة هذا القانون وتبعيته لأحد التقسيمين الرئيسيين ، فذهب كثير من الفقهاء الى اعتباره من فروع القانون الخاص^(١) ، وذهب البعض منهم الى اعتباره من فروع القانون العام^(٢) .

ولكن يبدو أن مسائل وموضوعات هذا القانون التى تدخل فى معناه الواسع من التشابك والترابط بحيث ينبغى عدم الفصل بينها أو أخذ هذا القانون بالمعنى الضيق وحده . ولذلك يبدو قانون المرافعات المدنية والتجارية على هذا النحو مختلطا^(٣) ، فهو يتعلق بالقانون العام حيث يعرض لتنظيم السلطة القضائية ، وهو يتعلق بالقانون الخاص حيث يعرض لآجراءات استخلاص الحقوق الخاصة وحمايتها .

(١) Colin, Capitant et Le La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11ème éd., 1947, No. 7.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ . - عبد الفتاح هيد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٦١ . - محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ .
(٢) Riezler, Article précité, pp. 134, 135. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 151.

(٣) أنظر فى هذا المعنى :

أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة العاشرة ، ١٩٧٠ ، فقرة ١٠ . - محمد على امام . محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٨ ، ص ٩٣ . - رمزى مبيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة التاسعة ، ١٩٦١ - ١٩٧٠ ، فقرة ٤ .

القسم الأول

النظرية العامة للقاعدة القانونية

٤٤ - تقسيم

عرضنا في الباب التمهيدى للقانون ، كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، من حيث خصائصه ومدى سلطان ارادة الأفراد ازاءه وأقسامه وفروعه المختلفة . ونستهدف الآن التعرف على الأصول التى تحكم القاعدة القانونية وتهمين عليها أيا كان نوع هذه القاعدة أو مصدرها . وذلك يقتضى تتبع القاعدة القانونية فى مرحلة تكوينها ثم فى مرحلة تطبيقها .

وبذلك يتضمن هذا القسم فرعين كبيرين :

الفرع الأول - فى تكوين القاعدة القانونية .

الفرع الثانى - فى تطبيق القاعدة القانونية .

الفرع الأول
تكوين القاعدة القانونية

مقدمة

٤٥ - تمهيد

نبدو القاعدة القانونية أول ما تبدو فى صورة تكليف الى الافراد تتوجه به سلطة (١) تملك التكليف والأمر دون معقب ، وتكفل احترامه سلطة عامة فى الجماعة عن طريق ما يتوافر لها من قوى مادية لا تغلب . وتوجيه التكليف من سلطة مختصة أمرة وكفالة احترامه من سلطة مختصة مجبرة ، هو ما يعطى للقاعدة القانونية صفة الوضعية أو الفعلية .

ولكن كيف تتكون القاعدة القانونية ؟ . ومن أين تأتىها صفة الشرعية التى تجعل احترامها فى ذاتها فرضا على الافراد ؟ .

هنا يختلف الفقهاء والفلاسفة اختلافا بينا . فبعضهم شكليون لا ينظرون إلا الى الشكل الذى تخرج به القاعدة القانونية الى الوجود فى صورة ملزمة ، فيرجعون تكون القاعدة القانونية الى السلطة التى اكتسبت هذه القاعدة عن طريقها قوة الالتزام فى العمل . ولكن هذا النظر سطحي بحث يتعلق بالظاهر فلا ينفذ الى الباطن ليطلع على المادة الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية . ومن هنا ، ينبغى التمييز - فى تكوين القاعدة القانونية - بين الجوهر والشكل . وتلك تفرقة يعتنقها اليوم جمهور الفقهاء منذ أكدوا فى مطلع هذا القرن الفقيه الفرنسى « جينى » بتفرقته بين ما سماه « العلم »

(١) المقصود بلفظ السلطة هنا المعنى الواسع ، أى كل جهة تملك حق التكليف بالقواعد القانونية إما كانت هذه الجهة : فقد تكون هى الدولة تسن القواعد القانونية عن طريق التشريع ، أو تكون هى الجماعة عن طريق العرف ، أو تكون هى القدرة الإلهية عن طريق الوحي وباسم الدين .

(La science) وبين ما سماه « الصناعة » أو « الصياغة » (La technique) وهو ما ينتهى الى رد تكوين القاعدة القانونية الى برعين من المصادر : مصادر موضوعية أو مادية من ناحية ، ومصادر شكلية أو رسمية من ناحية أخرى .
فنعرض أولا للمذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية ، ثم لنقد هذه المذاهب وهو ما ينتهى الى استبعادها والتفريق بين جوهر القاعدة القانونية وشكلها ، فيرتسم أمامنا - فى ضوء هذه التفرقة - نهج البحث فى هذا الفرع .

٤٦ - المذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية(١)

اكتفى بعض الفقهاء بالنظر المحدود فلم يبحثوا من القانون الا صفته الوضعية ، اذ رأوا ما يظهر فى الواقع من سلطة تأمر أيا كانت هذه السلطة ، ثم رأوا أن الدولة هى السلطة التى تملك جبر الأفراد على طاعة قواعد القانون ، فقالوا ان القانون هو مشيئة الدولة أو هو بوجه عام مشيئة من له السيادة والسلطان فى المجتمع . فالدولة فى هذا النظر اذن هى التى تصنع القانون وتخلقه ثم تأخذ الأفراد جبرا باتباعه .

ومن ثم فالقانون ليس الا مجرد تعبير عن ارادة الدولة أيا كانت طريقة هذا التعبير بتشريع مسطور أو بعرف متبع أو بدين ينزل به الوحي . فلا قانون الا ما تعتبره الدولة كذلك اما بأمر يصدر منها صراحة فى صورة تشريع أو باقرار منها لأمر جرت به ارادة أخرى كإرادة الله أو ارادة الجماعة ، وكفائتها له بجزء توقعه على من يخالفه . فالقاعدة القانونية اذن ليست شيئا كامنا فى طبيعة الحياة الاجتماعية وما يهيم عليها من مثل عليا ، ولكنها شيء ظاهر تجرى به ارادة الدولة ومشيئتها .

(١) راجع فى ذلك بخاصة :

Roubier, op. cit., No. 6, pp. 42 - 50. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd. 1927. No. 9, pp. 100 et s.

وقد ذهب هذا المذهب في تصور القانون غير قليل من الفلاسفة والفقهاء ، على اختلاف يسير في الجزئيات لا ينتقص من اتفاقهم على مبدأ رد القانون الى مشيئة الدولة . ونكتفي فيما يلي بمرسئ مذهب كل من الفيلسوف « هيجل » والفقيه « أوستن » (١) .

(١) مذهب « هيجل » :

كان الفيلسوف الألماني هيجل (Hegel) - وهو صاحب مذهب تأليه الدولة وتعظيم سلطانها (٢) - على نحو تبعه فيه أغلب الفقهاء الألمان فيما بعد - يرى أن وجود الدولة أمر جوهري لوجود جماعة منظمة ، وهو ما يقتضى أن يتلشى الأفراد في الدولة وأن يخضعوا خضوعاً تاماً لها . فارادة الدولة هي التي يجب أن تسود ، لتحل النظام في الجماعة محل الفوضى وتعترف للأفراد بحقوقهم ، ووسيلتها الى ذلك وضع قانون للجماعة يلتزم به الأفراد .

وبذلك يجد القانون أساسه وشرعيته - عند هذا الفيلسوف - من صدوره عن الدولة ، بحيث لا يتصور وجود قانون لا يصدر عن ارادتها أو في الأقل لا يحظى باقرارها (٣) ، وبحيث لا يتصور أن يكون للأفراد حقوق الا تلك التي تقرها الدولة وتعترف لهم بها (٤) .

(٢) مذهب أوستن :

وكذلك كان الفقيه الانجليزي أوستن (Austin) لا يرى القانون الا

(١) وهناك مذاهب شكلية أخرى من أهمها مذهب « كلسن » Kelsen الذي كان يخلط خطأ تاماً بين القانون والدولة ، فيعتبر الدولة مجموعة من القواعد القانونية (راجع في عرض مذهبه وانتقاده : كتابنا أصول القانون ، ص ١١٠ - ١١٢) .
(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 51, p. 553.

(٣) اذا كان هيجل يعتبر القانون ارادة الدولة في الداخل ، فانه يعتبره كذلك ارادتها في الخارج بالنسبة الى علاقاتها مع الدول الأخرى . فسيادة الدولة ليست داخلية فحسب ، ولكنها خارجية كذلك ، اذ لا توجد ارادة أعلا من ارادة الدولة حتى تلزمها بسلوك معين أو تجبرها على اتباع هذا السلوك . وحيث تعتبر الحرب هي وسيلة الدولة للاجبار القانوني اللازم لكفالة احترام القانون الذي تضعه في شأن علاقاتها مع الدول الأخرى .

انظر : Roublér, ibid

(٤) Roublér, op. cit., No. 6, p. 44.

وغيرها تقوم الدولة بوضعه وكفالة احترامه جبراً على الأفراد ، لأنها هي وحدها صاحبة السيادة والسلطان في الجماعة . وجبر القانون عنده هو أمر توجهه الهيئة الحاكمة الى المحكومين وتردده بجزء . ولذلك فالقانون لا يقوم الا في مجتمع سياسي يستند تنظيمه الى وجود طبقتين : طبقة حاكمة لها حق الأمر دون معقب ، وطبقة محكومة عليها واجب الطاعة لما يصدر عن الطبقة الحاكمة صاحبة السيادة في المجتمع من أوامر ونكايات . ولا يقوم القانون كذلك الا عندما تملك الطبقة الحاكمة فرض احترام القانون بما لها من قوى مادية جبارة بتوقيع الجزاء على من يخالف عن أمر قواعده (١) .

ومن هنا ، كان انكار أوستن لوضعية القانون الدولي العام (٢) ، حيث لا يوجد في مجتمع الدول هيئة حاكمة لها حق السيادة أو الأمر دون معقب تنزل الدول منها منزلة المحكومين حتى تسن لها من القواعد القانونية ما تأخذها جبراً باحترامه . وكذلك كان انكار أوستن لوضعية القانون الدستوري (٣) ، فالدولة ليست مقيدة بأى قيد يمنعها من مخالفتها . ولأنها - وهي تملك سلطان الجزاء - لا يتصور أن توقعه على نفسها .

٤٧ - نقد المذاهب الشكلية واستبعادها

لا نطيل الوقوف أمام ما ينتهي اليه الأخذ بهذه المذاهب الشكلية في مجموعتها من تحكم الدولة تحكمًا مطلقاً في القانون ، مما يجعل الحكم لبقوة التي تتمثل في الدولة ، تفرض ما تشاء استناداً الى أن مشيئتها هي القانون ، أو تنحلل من أحكام القانون ، فالشطط في ذلك ظاهر ، اذ ينتهي الأمر الى أن يكون القانون في خدمة الدولة تشكله كيف تشاء دون نظر الى حاجات الجماعة أو مقتضيات العدل ، لا أن تكون الدولة في خدمة القانون تنقيده بأحكامه وتقف حارساً لكفالة احترام قواعده بالقوة المادية ان اقتضى الحال .

(١) Austin, Lectures on Jurisprudence, or the philosophy of positive law, 4th ed. 1873, vol. I, pp. 90 - 100, p. 183.

(٢) Austin, pp. 89, 187, 188.

(٣) Austin, pp. 274 - 281.

ولا نطيل الوقوف كذلك أمام ما تتفق عليه هذه المذاهب الشكلية من حصر القانون في مصدر وحيد هو التشريع ، فذلك نظر محدود يكذبه الواقع كما سنرى . بل ان من هذه المصادر ما لا يزال طاغيا على تشريع الدولة في بعض المجتمعات ، كالدين بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية في القوانين العربية ، وكالعرف والسوابق القضائية في القانون الانجليزي .

ولا يكفي - لدفع هذا الاعتراض - ان يقال ان القانون اذا كان يتولد من مصادر أخرى غير التشريع كالعرف ، فما ذلك الا لان الدولة تقره وتجيز تطبيقه ، مما يجعل من هذه المصادر ارادة ضمنية للدولة كما يعتبر التشريع ارادتها الصريحة (١) . اذ الواقع ان الدولة اذا كانت تطبيق القواعد المتولدة عن هذه المصادر ، فان هذه القواعد لا تعتبر قانونا لذلك ، وانما الصحيح ان الدولة تطبقها لأنها مفروضة عليها باعتبارها قانونا في ذاتها (٢) .

ولكننا نريد أن نؤكد أن مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة أو مذهب وحدة القانون والدولة انما يأخذ بظاهر الأمر دون التنقيب عما وراءه ، فهو مذهب سطحي يكتفى بما يظهر في الواقع من قيام اندولة غالبا بوضع التشريع واستئثارها بتوقيع الجزاء فيعقد أن الدولة هي التي تخلق القانون . والواقع أن وظيفة الدولة تختلف عن ذلك كل الاختلاف ، فهي حين تضع التشريع مثلا انما تعتمد الى التعبير تعبيرا فنيا عما تقضى به حاجة الجماعة وما يسيطر عليها من موجبات عقلية أو مثالية ، فالدولة لا تعدو ادن ان تكون مجرد أداة للتعبير عن حاجة الجماعة ومشيتها ، وهي حاجة يحكمها ما تزخر به الحياة الاجتماعية من وقائع وحقائق وما يفرضه العقل من غاية أو هدف لتلك الحياة . وكذلك الامر فيما يتعلق بالعرف ، فالسنة التي يجرى الناس على اتباعها مع اقتناعهم

(١) Austin, pp. 103 - 105.

(٢) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٣١ . -
عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٣١ - محمد علي امام ، المرجع
السابق ، فقرة ٥٢ ، ص ١٣٠ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٨١ - سعد
عصفور ، المرجع السابق ، ص ٧ .

بالزامها ليست الا تعبيراً عن حاجة من حاجات الجماعة أو تحقيقاً لبعض ما تسمو اليه من مثل .

والاكتفاء بالشكل دون الموضوع ، والاعتقاد بالسالى بأن الدولة هي التي تخلق القواعد القانونية لأنها تحمل غالباً طابعها الرسمي دون عناية بالوقوف على الحاجات والدوافع التي أملت وضع هذه القواعد أو على المثل والعوامل التي وجهت اليها وأسهمت بتصويب واخر في تحديد مضمونها ، ينتهي بالمذهب الشكلية انى قطع الصلة بين القانون والجماعة مما يؤدي الى وقف حركة تطور القانون . وآية ذلك ما جر اليه اتباع مذهب التزام النص^(١) في فرنسا في القرن التاسع عشر من جمود القانون نتيجة للجمود في التفسير ونقدس نصوص التشريع ، وفهمها على أنها - وقد تضمنت ارادة الدولة - فلا صلة لها بالحياة الاجتماعية أو بتطورها . والواقع أن القاعدة القانونية - كما سبق البيان - هي قبل كل شيء قاعدة اجتماعية ، فلا يمكن فصلها بحال من الأحوال عن البيئة الاجتماعية التي تتكون فيها ، فهذه البيئة بما يحكمها من وثق وعما يوجهها من مثل انما تقدم المادة الأولية التي تصاغ منها القاعدة القانونية صياغة تجعلها صالحة للتطبيق في نطاق العمل .

فالمداهب الشكلية اذن مذاهب سطحية جامدة ينبغي استبعادها ، ونوسعة أفق النظر الى تكوين القاعدة القانونية - دون انحصار في الشكل انشى تخرج به ان الناس - بما يستوعب ما يستتر وراء هذا الشكل من عمل صامت خفى يتمل في عوامل الحياة الاجتماعية الواقعية منها والمثالية على السواء .

٤٨ - التفرقة بين المصادر الرسمية او الشكلية وبين المصادر المادية او الموضوعية للقاعدة القانونية ، وأهميتها

اذا استبعدنا المذاهب الشكلية ، ومددنا النظر الى الشكل والى ما وراءه ، فاننا نصادف اذن في تكوين القاعدة القانونية أول ما نصادف عنصراً شكلياً

(١) راجع في هذا المذهب ما سيرد بعد عند التعرض لتفسير القاعدة القانونية .

هو الذى يعطيها قوة الانزام وصلاحيه التطبيق فى نطاق العمل ، ثم تصادق وراء الشكلى عنصرا موضوعيا هو المكون لمادة القاعدة القانونية وجوهرها .

ولذلك يستقر أغلب العقهاء على أن القاعدة القانونية لها مصدران :
مصدر رسمى او شكلى (source formelle) . ومصدر موضوعى او مادى (source réelle ou matérielle) . وترمز المصادر الرسمية او الشكلية لطرق التعبير عن القاعدة القانونية ، وترمز المصادر الموضوعية او المادية لجوهر القاعدة القانونية ، ذلك أن القاعدة القانونية توجد مادة أولية قبل أن نمند اليها يد انقانون الوضعى بالتعبير والصياغة والالزام فى نطاق العمل . وهذه التفرقة من الاهمية بمكان كبير ، اذ ترتفع بالقانون عن أن يكون مجرد تحكم من السلطات التى تملك التعبير عنه . فهذه السلطات انما تلنزم - فى هذا التعبير - ما تقدمه اليها المصادر الموضوعية او المادية من حقائق الحياة الاجتماعية ومثل العدل فيها . فان جاء التعبير من السلطات المختصة به مجافيا لهذه الحقائق وتلك المثل . خرج القانون فى صورته الوضعية ظالما ، والقوانين الوضعية الظالمة - فيما يحدثنا التاريخ - لا يكتب لها البقاء ، فسرعان ما يمند اليها الفناء اذ يجرفها تيار التطور أو تيار الثورة . وان جاء التعبير على يد السلطات المختصة بذلك نافضا ، لم يكن للقاضى أن يثبت مكتوف الذراعين فينكل عن الحكم والا ارتكب ما يسمى بجريمة « انكار العدالة » أو على الأصح جريمة « انكار العدل » Déni de Justice وانما عليه أن يستنبط الحكم من هذه الحقائق وتلك المثل أى من المصدر المادى أو الموضوعى للقانون .

فالمصادر المادية أو الموضوعية اذن هى التى تقدم جوهر القاعدة القانونية والمصادر الرسمية هى التى تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية او الشرعية بما تعطى له من شكل ملزم للناس . أو بعبارة أخرى تفرض المصادر الموضوعية أو المادية على القانون الوضعى جوهر قواعده ، ويصوغ القانون الوضعى هذا الجوهر ويفرضه على الناس عن طريق المصادر الرسمية او الشكلية .

٤٩ - خطة البحث

إذا كان تكوير القاعدة القانونية يرد - على ما سبق البيان - إلى عناصر
مادية تفصح عن جوهرها ، وإلى عناصر رسمية تفصح عن شكلها ، فيكون
طبيعياً أن نقسم هذا الفرع إلى باين :

- الباب الأول - في جوهر القاعدة القانونية .
- الباب الثاني - في شكل القاعدة القانونية .

الباب الأول

جوهر القاعدة القانونية

٥٠ - تمهيد

المقصود بهذا الباب بيان المادة الأولية الى تتكون منها القاعدة القانونية ، أى الوقوف على ما يسميه الفقهاء المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، اذ هى المصادر الحقيقية التى يستمد منها مضمون هذه القاعدة وتستند اليها شرعيتها على السواء .

والاختلاف كبير بين الفلاسفة والفقهاء بشأن النظر الى جوهر القاعدة القانونية ، ومرد ذلك قصر النظر الى ناحية دون أخرى ، فمدرسة لا تبصر من هذا الجوهر الا المثل الأعلى الذى يكشف عنه العقل ، ومدرسة أخرى لا تبصر منه الا الحقائق التى تزخر بها الحياة الاجتماعية . وأصل هذا الاختلاف افتراقهما فى الطريقة والمنهج . فالمدرسة المثالية تقوم على أساس التسليم ببديهية أولية ، لا تقبل النقاش ولا يمكن التدليل عليها ببرهان مادي . والمدرسة الواقعية ترفض كل بديهية لا يقوم عليها دليل علمي ، وتقنع بمشاهدة والتجربة لكل واقع ملموس محسوس ، فتلتزم بذلك منهاجا علميا تجريبييا بحنا .

ولعل مثلا يوضح الفرق بين المدرستين : فالقاعدة التى توجد فى كل اشرائع بتحريم القتل يختلف أصلها عندهما ، فهذا الأصل عند المدرسة المثالية مثل أعلى للعدل يرد بداهة على العقل ، وهو عند المدرسة الواقعية تسجيل للواقع واستخراج منه ، فالتقاتل بين الناس أدى الى الفوضى فى الجماعة وأوشك أن يودى بها الى الفناء فلم يكن بد من تحريم القتل .

غير أن كلا من المدرستين يسرف في الناحية العكسية للأخرى اسرافا يحصر النظر الى القانون في زاوية واحدة • ومن هذا ، ينبغي للاحاطة بجوهر القانون على وجهه الصحيح النظر الى زواياه جميعا ، وهو ما لا يتأتى إلا بالجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية على السواء ، وهذا ما انتهى اليه جمهور الفقهاء اليوم لأنه هو المتفق مع طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها •

ولذلك نقسم هذا الباب الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول - في المدرسة المثالية •

الفصل الثاني - في المدرسة الواقعية •

الفصل الثالث - في الجمع بين فقه المدرستين المثالية والواقعية •

الفصل الأول

المدرسة المثالية

L'Ecole Idéaliste

تكاد تنحصر هذه المدرسة في مذهب القانون الطبيعي ، الذي لم يثر مذهب مثل ما أناره هذا المذهب من جدل وخلاف ، فنعرض لفقهه وتطوره فيما يلي :

مذهب القانون الطبيعي^(١)

La Doctrine ou L'école de droit naturel

٥١ - تمهيد

راودت الفلاسفة منذ قديم فكرة وجود قانون أعلى من القوانين

(١) أهم المراجع :

- Alexeiev, Le droit naturel, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934, Nos. 1 - 2, pp. 135 - 164. — Eudant, Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., Nos. 18 - 93 — Charmont, La renaissance du droit naturel, 2e éd., 1927. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 64 - 3. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 201 - 216. — Draghicesco, Philosophie du droit et droit naturel, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 1 - 2, pp. 243 - 286. — La Fur, droit naturel et réalisme, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 1 - 2, pp. 225 - 230. — Luno Pena, Essai critique sur les notions de Loi Eternelle et de Loi Naturelle, Arch. de phil. du droit, 1936, Nos. 1 - 2, pp. 92 - 131. — Richard, Le droit naturel et la philosophie des valeurs, Arch. de phil. du droit, 1934, Nos. 1 - 2, pp. 7 - 24. — Rommen, Le droit naturel, Traduction française 1925. — Roubier, op. cit., Nos. 11 - 12, pp. 92 - 106; No. 16, pp. 144 - 153. — Saleilles, Ecole historique et droit naturel, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, pp. 80 - 112. — Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, 1949. — Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 18 - 62.

الوضعية ، قانون ثابت أبدى صالح لكل زمان ومكان لأنه انما يصدر عن طبيعة الأشياء ، تلك الفكرة في بساطة تعبيرها عن نزعة الانسان الى الكمال هي التي عبر عنها مذهب القانون الطبيعي .

غير أن هذا المذهب ، وإن احتفظ بجوهر تلك الفكرة على اختلاف العصور منذ القدم ، إلا أن مضمونها لم يثبت على حال واحدة فتناوله التعديل والتبديل دفعا لما تعرضت له الفكرة ذاتها من تجريح وتقد مريب وكذلك فإن هذه الفكرة تقاذفتها الغايات المختلفة ، فبدأت فكرة تأمل فلسفية ، ثم صارت فكرة دينية ، ثم لم تلبث أن تحولت الى فكرة قانونية ، ثم اتخذها فلاسفة السياسة أداة لزلزلة الطغيان فمهدوا بها للثورة الفرنسية ولما أعلنته من حقوق الانسان الطبيعية . على أن ذلك دفع بالفكرة الى منزلق خطر اذ صبغها بصبغة فردية صارخة ، فمكن للخصوم منها ، فتواترت زمنا ثم عادت في أعقاب القرن الماضي ومطنع هذا القرن تطل على الناس في زى جديد يجعلها أدنى للقبول وأثبت للنقد .

٥٢ - القانون الطبيعي عند اليونان

فكرة القانون الطبيعي اذن فكرة عريقة في انقدم ، يردها الكثيرون الى اليونان . غير أنه ينبغي الحذر في تقبل ذلك على اطلاقه . فرغم أن بعض شعراء اليونان كانوا يتكلمون عن قوانين خالدة أبدية لم تكتب وليس الى محوها من سبيل ، إلا أن فلاسفة اليونان الأول كانوا يحملون للدولة ولقوانينها الوضعية تقدسا كبيرا باعتبار أن الدولة تمثل سلطان الخير (١) ، ومن هنا لا نجد في آثارهم فكرة القوانين الوضعية الظالمة التي يجب على الفرد عدم اطاعتها .

* ثم تقدمت الحياة باليونان فظهر فيهم ما يعرف بمذهب « الرواقية » ،

Del Vecchio, op. cit., pp. 41 - 43; 45 - 46 — Roubier, op. cit., No. (١)

11. pp. 92, 93.

(le Stoïcisme) الذي كان يرى المثل الأعلى للحكيم في التحرر من كل المؤثرات الخارجية بما فيها اجبار الدولة ، والخضوع للقانون الطبيعي الذي يحكم العالم كله ويلزم الجميع ، والذي يعلو سلطانه على سلطان القوانين الوضعية التي تضعها الدولة وتطبقها باعتباره قائما على وحدة الطبيعة الانسانية^(١) . ومن هنا نرى النزعة الفردية تطل برأسها من ثنايا هذا المذهب^(٢) .

٥٣ - القانون الطبيعي عند الرومان

وقد انحدر مذهب الرواقية الى الرومان فيما انحدر اليهم من مذاهب اليونان الفلسفية ، فتأثروا بنزعته الفردية كما تأثروا بفكرته في وجود قانون طبيعي .

فنجده « شيشرون » (Cicéron) يعتقد بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية ، بوجود قانون ثابت خالد موافق للطبيعة وللعقل انقويم ، ينطبق على الناس كافة ولا يتغير في الزمان ولا المكان ، هو القانون الحق^(٣) . ونجد عند الفقيه « بول » Paul مثل هذا النظر من وجود قانون ثابت سابق على وجود القوانين الوضعية ، ليس من عمل الانسان لأن الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه .

ويعتقد كذلك الفقيه « جابوس » Gaius « وجود قانون مشترك بين جميع الناس لا له من صفة عقلية طبيعية ، فهو اذن قانون عالمي أو ما سموه « قانون الشعوب » (Jus gentium) ^(٤) . وينبغي التنبيه الى أن الرومان كانوا يعرفون تحت هذا الاسم كذلك القانون الذي كان ينطبق على علاقات

Del Vecchio, op. cit., pp. 50. 51. — Roubier, op. cit. No. 11. (١)
p. 94.

Roubier, op. cit., No. 11, p. 95. (٢)

Cicéron, cité par Senn, De la Justice et du Droit, 1927, p. 61, (٣)
note "1".

Roubier, op. cit., No. 11, p. 96. (٤)

الاجانب^١ بعضهم مع بعض^٢ أو بينهم وبين الرومان . ولكن هذا القانون لا يبدو أن يكون قانونا وضعيا . يختلف عن القانون الطبيعي الذي يصدر عن طبيعة الانسانية ويستخلصه العقل . ولذلك كان « قانون الشعوب » في المعنى الذي نستخدمه يعرف نظام الرق ويقره ، بينما كان ينكره « قانون الشعوب » بمعنى قانون طبيعي^(١) .

٥٤ - القانون الطبيعي عند الكنسيين في القرون الوسطى

ثم ما لبثت فكرة القانون الطبيعي أن استلظت بصبغة دينية في العصور الوسطى فتطورت هذه الفكرة في كنف الكنيسة المسيحية حتى صار القانون الطبيعي هو ذلك القانون الالهي الذي يسمو على القانون الوضعي . وهو ، وإن كان كما عرفه اليونان والرومان قانونا خالدا ثابتا لا يتغير ، إلا أن الله هو الذي يلهمه باعتبار أن الله هو خالق الطبيعة . وقد أرادت الكنيسة بتحويل فكرة القانون الطبيعي الى فكرة دينية أن تمكن لسلطان البابا على سلطان الملوك ، أي أن تمكن للسلطة الروحية من السلطة الزمنية فتتخضع سلطان الدولة لسلطان الكنيسة .

غير أن القانون الطبيعي وإن غلبت عليه الصبغة الدينية في هذه الآونة ، إلا أن ذلك لم ينتقص من الصبغة العقلية التي لازمتها على عهد اليونان والرومان . فلئن كان القانون الطبيعي عند فقهاء الكنيسة هو ذلك القانون الذي نقشه الله على قلب كل انسان ، إلا أن الانسان لا يجد هذا القانون أو يدركه إلا بعقله .

ومن هنا يفهم منطق فقهاء الكنيسة - وخاصة القديس « توماس الاكوينى » (Saint Thomas d'Aquin) - في تقسيم القانون الى درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فأعلاها هو « القانون الالهي » أو « القانون الأزلى » الذي يحمل مشيئة الله ، وهو مسألة ايمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال ،

(١) Senn, op. cit., pp. 73 - 79. — Beudant, op. cit., No. 35, pp. 55 - 56.

— Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., pp. 55, 56.

فلا يدركه الا الراسخون في الايمان الذين اضاء الله بصيرتهم بنوره . ومن تحته « القانون الطبيعي » الذي هو منتهى ما يدركه العقل من اصول القانون الانهى . واسفل من ذلك يوجد القانون الوضعي وهو ما يستخرج من قواعد القانون الطبيعي (١) .

واذا خالف القانون الوضعي عن امر قواعد القانون الطبيعي فالطاعة واجبة رغم ذلك للقانون الوضعي ، لان النفع العائد من الطاعة - وهو الاستقرار والامن في المجتمع - اكبر من الضرر الناتج عن العصيان ، وفي ذلك تغليب للصالح العام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق مع اصول القانون الطبيعي . ولكن الطاعة للقانون الوضعي تصبح غير واجبة ان خالف عن امر القانون الالهي (٢)

ومن هنا يبدو تطور سياسة الكنيسة . فبعد ان كانت الكنيسة في عهد المسيحية الاول تفصل فصلا تاما بين السلطان الديني والسلطان المدني ، وتعتبر عما لكل من السلطتين من نطاق نفوذ مستقل في قولتها المشهورة : « اعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله » (٣) ، اوضحت في القرون الوسطى تخضع السلطان المدني للسلطان الديني ، فلا طاعة لنقانون الوضعي في معصية القانون الالهي ، وهو ما يختلط معه القانون الطبيعي في فقه الكنيسة اختلاطا بينا كما رأينا .

٥٥ - الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة في القرن السادس عشر ، وانكار فكرة القانون الطبيعي نتيجة لذلك

غير أن انقضاء العصور الوسطى كان مؤذنا بزوال عهد الاقطاع وبدء

(١) انظر . ذلك :

Beudant, op. cit., No. 44, p. 72 — Del Vecchio, op. cit., pp. 61, 62. — Du Pasquier, op. cit., No. 223. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 99 — Friedmann, p. 28. — Cairns, pp. 175 - 184.

(٢) انظر :

Del Vecchio, op. cit., p. 62. — Roubier, ibid. — Du Pasquier, ibid. — Rommen, op. cit., pp. 76 - 77. — Friedmann, p. 29.

Beudant, op. cit., No. 40. — Del Vecchio, op. cit., p. 57. — (٣)

Roubier, op. cit., No. 11, p. 97.

تكون الدول الحديثة فظهر مبدأ سيادة الدولة وهو ما أطاح بسيادة الكنيسة وسلطانها . وغالى بعض الكتاب فى الدعوة الى هذا المبدأ مغالاة لعل مرجعها الرغبة فى التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال . وهذه المغالاة تجد صداها فى القرن السادس عشر عند كاتبين شهيرين هما « مكيافيل » (Machiavel) (١٤٦٩ - ١٥٢٧) و « بودان » (Bodin) (١٥٣٠ - ١٥٩٦) .

« فمكيافيل » فى كتابه « الأمير » يضع صاحب السلطان فوق الاخلاق وفوق كل مثل أعلى ، فيخول له التوسل بكل ما يؤيد سلطانه سواء عن طريق القوة أو الحيلة أو الخداع ، اذ الغاية - كما يقول - تبرر الوسيلة . والقسوة تكون عادلة ما دامت ضرورية (١) .

و « بودان » يدعو الى سيادة الدولة سيادة مطلقة ، وفى سبيل ذلك يحل صاحب السلطان من الخضوع للقوانين التى يفرضها على رعاياه ، اذ مادام هو مصدر القانون فانه يصير بذلك فوق القانون ، فليس ما ينزله قانونا قبل الأفراد ، وان يكن ملتزما قبلهم بمجرد التزامات أخلاقية ، ومن هنا فليس للأفراد الحق فى مطالبة باحترام هذه الالتزامات (٢) .

وقد كان من أثر هذه المغالاة فى تصور فكرة السيادة توارى فكرة القانون انطبعى ، وطغيان الدولة على حريات الأفراد وحقوقهم فى الداخل ، وتحكم القوة فى تنظيم العلاقات بين الدول ذات السيادة فى الخارج . ومن هنا بدت الحاجة مرة أخرى الى فكرة القانون الطبيعى كوسيلة تذكور عن حقوق الأفراد وحرياتهم طغيان الدولة ، وتخضع علاقات الدول فيما بينها للعدل لا للقوة .

(١) أنظر فى ذلك قول « مكيافيل » : « ان الأمير يجب ان يكون ثعلبا وأسيلا فى نفس الوقت ، لأنه ان لم يكن الا أسدا ، فلن يصير الخراف » . وان لم يكن الا ثعلبا فلن يحمى نفسه من الذئاب ، فهو بحاجة الى أن يكون ثعلبا لتعرف الثراك . وأسدا لاختافة الذئاب » .

راجع فى الإشارة الى ذلك والى غيره من أقوال « مكيافيل » :

Chevallier, (Jean-Jacques), Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, pp. 27 - 29.

(٢) أنظر فى آراء « بودان » :

Chevallier, op. cit., pp. 38 - 51. — Rouhier, op. cit., No. 12, pp. 100 - 101 —

Del Vecchio, op. cit., pp. 72 - 74. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 11.

٥٦ - تبلور فكرة القانون الطبيعي كمذهب على يد جروسيوس

وقد وجدت هذه الفكرة طريقها الى الظهور والتبلور على شكل مذهب واضح المعالم والحدود في النصف الأول من القرن السابع عشر على يد الفقيه الهولندي « جروسيوس » Grotius (١٥٨٣ - ١٦٤٥) ، والذي كان له الفضل في ابراء القانون الطبيعي مما أسبغته عليه الكنيسة في القرون الوسطى من صفة دينية ، فحرر القوانين الوضعية بذلك من رجال الدين (١) . ثم اتخذ من هذا القانون الطبيعي وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل ، فحررها بذلك من تحكم الدول وأصحاب السلطان فيها . ثم ذهب الى اقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعي في السلم والحرب على السواء ، فأخرج بذلك الى الوجود فكرة القانون الدولي العام بمعناه الحديث ، وأقامه على أساس متين من وجوب احترام الاتفاقات والمعاهدات الدولية وتنظيم العلاقات بين الدول المتحاربة تنظيما قانونيا .

فالقانون الطبيعي عنده هو قبل كل شيء قواعد عقلية للعدل مستخرجة من طبيعة الأشياء، هو ذلك القانون الذي يفرضه ويستخلصه العقل القويم من طبيعة الانسان مبينا العدل من الظلم . وهو باعباره وليد العقل ووليد الطبيعة يكسب منهما صفة الوحدة والثبات والخلود فلا يتغير بتغير المكان ولا بتغير الزمان ، والله نفسه لا يملك بذلك تغييره ، لأنه ليس بالذي يغير المعقول أو الطبيعي (٢) . فالقانون الطبيعي اذن انما يحدد بجهد العقل مضمون القاعدة - التي حدد مضمونها القانون الطبيعي - قاعدة ملزمة مجبرة . ومن هنا كان وجوب استناد القانون الوضعي الى أساس من مسلمات العقل الموافقة لطبيعة الأشياء (٣) .

(١) Charmont, op. cit., p. 17.

(٢) Beudant, op. cit., No. 60, p. 94. ... Du Pasquier, op. cit., No. 228.

(٣) Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

وما دام أنه يوجد قانون مستخلص من الطبيعة ومن العقل يسبق القوانين الوضعية ويعطو عليها ، فلا محيص من التسليم بأن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان تولد معه لأن طبيعته تحتها لتمكينه من القيام بما يشاء من نشاط مشروع ، تلك هي الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفردية أو حقوق الإنسان . فهذه الحقوق إذن مبدأ أساسى من مبادئ القانون الطبيعى لا نستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله ، بل إن مهمة هذه القوانين هي تأمين التمتع بهذه الحقوق وكفالاته لكل من الأفراد (١) . وتلك نزعة فردية واضحة تركز القانون فى الإنسان أو فى الفرد ، وتقتصر دوره على حماية ما تدعيه له من حقوق طبيعية ثابتة له منذ الأزل بمقتضى طبيعته البشرية .

غير أن فكرة القانون الطبيعى وإن يكن قد أتيح لها البروز مع الوضوح والاستقلال على يد جروسسيوس ، إلا أن هذا الفقيه رغم ما نادى به من وجود قانون أعلى للعدل يستخلص بجهد العقل فيسمو بذلك على القوانين الوضعية ، لم يستطع أن يتحرر من تأثير عصره ، فأقر ما كان قائما حينذاك من نظام الرق وحق الفتح ، بل وبرر ذلك بأن الحرية ، وإن تكن فى طبيعة حقوق الإنسان الطبيعية ، إلا أنه يمكن النزول عنها بمقتضى عقد ، كما يمكن فقدانها بالانهزام أو الأسر فى الحرب (٢) ، وذلك تبرير واه يناقض المبدأ الذى وضعه من وجود قانون مستمد من طبيعة البشر يسمو على القانون الوضعى .

٥٧ - رواج مذهب القانون الطبيعى وتطوره فى القرنين السابع عشر

والثامن عشر

ومهما يكن من أمر ، فإن فكرة القانون الطبيعى قد أتيح لها فى القرنين السابع عشر والثامن عشر حظ كبير من الذيوع والانتشار والتحرر من مؤثرات العصر ، فلم يعد أنصارها يبرزون - كما فعل جروسسيوس - بعض الأنظمة

(١) أنظر : Beudant, op. cit., No. 60, p. 95. — Roubier, op. cit., No. 12. pp. 105, 106.

(٢) أنظر :

Charmont, op. cit., pp. 18, 19. — Beudant, op. cit., No. 61, pp. 95, 96.

انضابة فى القوانين الوضعية كحق الفتح ونظام الرق ، بل اطرء منطقهم
بضرورة الغاء مثل هذه النظم مخالفتها لقانون الطبيعى .

غير أن فكرة القانون الطبيعى قد أتيح لها فى هذين القرنين فضلا عن
ذلك أن تصبح فكرة قانونية ، بعد أن كانت فكرة فلسفية فى العصور الاولى ،
وذكره دينية فى العصور الوسطى (١) . فأصبح ينظر الى هذه الفكرة لا باعتبار
أنها تتضمن موجبات كلية متالبة يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء ويلتزم
المشرع باحترامها فى القوانين الوضعية ، ويلتزم القاضى كذلك باستهدائها
ان فصرت القوانين الوضعية عن البصر بكل ما قد يعرض فى العمل من فروض
متباينة ، بل أصبح ينظر اليها باعتبار أنها تتضمن قواعد جزئية تفصيلية
نواجه كل ما يعرض فى العمل من حالات وتجدد له لحل العادل المعقول (٢) .

فالقانون الطبيعى اذن قد أصبح عند كثير من كتاب القرنين السابع عشر
والثامن عشر قانونا أو تشريعا نموذجيا كاملا أى يحوى لكل وضع من
الاموضاع أو نظام من الأنظمة القواعد النموذجية التى يجب أن تحكمه ، وبذلك
يقتصر عمل المشرع على تحويل هذه القواعد النموذجية الى قواعد وضعية
وازالة الفروق بين القوانين الوضعية القائمة وبين القانون الطبيعى أى بين
الصورة والأصل (٣) . ومنطق هذا النظر يؤدى الى اعتبار أن القانون الوضعى
ينضمّن جزءا كبيرا من قواعد القانون الطبيعى هى التى يستعبرها منه ويسبغ
عليها صفة الوضعية أو صفة الالتزام . وبعبارة أخرى يعتبر من القانون
انطبيعى كل ما يوجد فى القانون الوضعى من قواعد توافق العقل وتقضى بها
طبيعة الأشياء ، بل كل ما يوجد فيه من قواعد ترمى الى مثالية القانون
الوضعى والسمو بأحكامه .

(١) Dabin, la philosophie de l'ordre juridique positif, No. 68, p. 271.
— Roubier, op. cit., No. 12, p. 103.

(٢) Roubeir, op. cit., No. 12 p. 104.

(٣) Capitant, op. cit., No. 7, p. 33. — Dabin, op. cit., No. 68, pp. 271,
272. — Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

وظاهر أن في هذا النظر خلطاً بين فكرة القانون الطبيعي في ذاتها وبين ما يعمد إليه المشرع من فرض حلول لمشاكل الحياة الاجتماعية بالتطبيق لهذه الفكرة أو باستيحائها . وكذلك فإن هذا النظر يافض القول بأن القانون الطبيعي قانون عالمي ، ثابت خالد لا يتغير في الزمان والمكان ، فإن العقل الانساني الذي يستخلصه لا يبلغ من القدرة مبلغاً يمكنه من وضع مجموعة كاملة من القواعد النموذجية التفصيلية تصلح لمواجهة جميع دقائق الفروض العملية في كل زمان ومكان ، فهذه الفروض تختلف بحسب الزمان والمكان ، وما يوضع لها من حلول لا يقل عن ذلك اختلافاً .

٥٨ - القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي

وأياً كان الأمر ، فإن فكرة القانون الطبيعي قد عاصرتها وزاحمتها طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر فكرة أخرى هي فكرة العقد الاجتماعي *Le contrat social* . ومضمون هذه الفكرة القول بوجود اتفاق تواضع عليه الناس بتركيز السلطة في يد شخص أو هيئة يكون لها حق الأمر دون معقب للخروج بذلك من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم . غير أن هذا العقد الاجتماعي قد اختلف تصور أطرافه ومضمونه لدى الكتاب اختلافاً بالغ الأثر في تحديد مدى سيادة صاحب السلطان في المجتمع .

فالكاتب الانجليزي هوبز Hobbes (١٥٨٨ - ١٦٧٩) (١) يرى هذه السيادة مطلقة لا تحدّها حدود أو قيود ، إذ أن الأفراد نزلوا بمقتضى العقد الاجتماعي عن كل ما كان لهم من حريات وحقوق في عهد الفطرة ووضعوها بين يدي السلطان . ذلك أن عهد الفطرة (L'état de nature) كان هو

(١) راجع في مذهب « هوبز » بخاصة :

Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, pp. 246 - 271. — Chevallier, op. cit., pp. 52 - 60. — Del Vecchio, op. cit., pp. 83 - 85. — Beudant, op. cit., No. 66. — René Capitant, Hobbes et l'Etat totalitaire, Arch. de phil. du droit, 1936, No. 1 - 2, pp. 46 - 75.

عهد الفوضى الذى يحكمه الأنانية والقرائن المنطلقة وينشود فيه ينبطق القوة ، حيث تقود الحرية المطلقة المتروكة للجميع الى حرب مستمرة لا تنقطع بينهم ، لذلك لم يكن بد من أن تدفع الناس غريزتهم فى البقاء والدفاع عن النفس الى محاولة الخروج من هذا العهد الفطرى التبعس الى عهد أفضل نظامى ، عن طريق عقد يتضمن نزول كل فرد عما كان له فى عهد الفطرة من حرية مطلقة دون حدود . وهو نزول لا يتصور الا كاملا وغير مشروط ، والا أتيح للفوضى الفطرية أن تعود من جديد . وهو كذلك نزول لا رجعة فيه ، فلا يستطيع الناس أن يستردوا من السلطان ما أعطوه ، ذلك أنه لم يكن طرفا فى العقد حتى ياتزم بشئ قبل الأفراد ، فبقيت له وحده الحرية الفطرية يفعل ما يشاء .

وغنى عن البيان أن هذا النظر يؤدى الى الاستبداد المطلق ، اذ لا يضع أمام القوانين الوضعية التى يسنها السلطان ويطبئها على الناس حاجزا أو سدا من مثل أعلى للعدل يحول دون اندفاعها فى طريق التحكم والظلم ، أى ينكر بذلك وجود فكرة القانون الطبيعى . فانه ليس بعهد العقد الاجتماعى كما لم يكن قبله ، عدل أو ظلم فى ذاته ، اذ يصبح ذلك رهنا بإرادة صاحب السلطان . وبذلك تظل الكلمة العليا للقوة فى عهد المجتمع المنظم ، كما كانت كذلك فى عهد الفطرة (١) .

غير أن فكرة العقد الاجتماعى قد أتيح لها عند كاتب آخر هو الكاتب الانجليزى لوك Locke (١٦٣٢ - ١٧٠٤) (٢) ، أن تمكن لفكرة القانون الطبيعى وتحارب استبداد السلطان وتحكم القوانين الوضعية . فعهد الفطرة الأول عنده عهد يحكمه العقل لا الأهواء ولا الأنانية كما يرى « هوبز » .

(١) فى هذا المعنى :

Beudant, op. cit., No. 66, pp. 104, 105.

(٢) راجع فى مذهب « روسو » صفة نجاسة :

Gairns, pp. 325 - 361. — Chevallier, op. cit., pp. 85 - 99. — Beudant, op. cit.,

No. 67. — Del Vecchio, op. cit., pp. 90 - 92.

لذلك فان الافراد لا ينزلون في العقد الاجتماعي عن كل ما لهم في ذلك العهد من حقوق طبيعية ، بل ينزلون منها عن القدر اللازم لكفالة الصالح العام فحسب^(١) ، ويظل القدر الباقي من هذه الحقوق الطبيعية قائما في عهد المجتمع المنظم كقيد يرد على حرية السلطان . والسلطان باعتباره طرفا في العقد ، انما يلتزم بتسخير سلطته في تحقيق الصالح العام واحترام الحقوق الطبيعية للأفراد ، واخلاله بهذا الالتزام يحل للأفراد فسخ العقد والنزعة على السلطان . فالقانون الوضعي في هذا النظر اذن انما يعمل على احترام الحقوق الطبيعية للأفراد وكفالة الالتزامات التي تفرضها الطبيعة والعقل .

ثم استخدم روسو (Rousseau) (١٧١٢ - ١٧٧٨)^(٢) في النصف الثاني من القرن الثامن عشر فكرة العقد الاجتماعي أداة لانكار حق الملوك في السيادة ، وبصفة عامة لانكار حكم الفرد ، ووسيلة لحصر السيادة في الشعب أو المجموع .

فالعقد الاجتماعي عنده أنهى عهد الفطرة حيث كان لكل فرد فعل ما يشاء ، وأنشأ عهد المجتمع حيث أصبحت السيادة والسلطان من حق المجموع ككل لا من حق فرد واحد من الأفراد على حدة . فالقوانين تستمد شرعيتها اذن وقوتها الملزمة للأفراد من كونها ليست الا تعبيراً عن الارادة

(١) اذا كان الافراد يعملون على الخروج من عهد الفطرة رغم أنه عهد يحكمه العقل فما يرى « لوك » فما ذلك الا للحصول على ضمان أقوى لحقوقهم وحررياتهم ولتفادي عواقب التعسف المحتوم من جانب بعض الافراد في استعمال ما لهم من حقوق وحریات . فان عهد الفطرة يفتقد قوانين معلومة قائمة على الرضا العام المشترك ، وقضاة معاضدين عدول محايدين يفصلون في المنازعات طبقاً لهذه القوانين ، وسلطة اجبار قادرة على كفالة تنفيذ ما يصدر عنه من احكام . ولذلك يفض الافراد الانتقال من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم حيث تتوافر فيه كل هذه الضمانات .

(انظر : Chevallier, op. cit., p. 91)

(٢) راجع في مذهب « روسو » بصفة خاصة :

Chevallier, op. cit., pp. 142 - 173. — Beudant, op. cit., pp. 150 - 168. — Del Vecchio, op. cit., pp. 104 - 108. — Charmont, op. cit., pp. 41 - 46. — Hubert, Rousseau et l'école positiviste, arch. de phil du droit, 1962. No. 34, pp. 407 - 427.

العامة أى عن ارادة المجموع . وهذه الارادة العامة عنده ارادة مطلقة مصومة ، لانها - وهى ارادة المجموع - لا يتصور أن تبني مصلحة مخالفة لمصالح أفرادها ، كما لا يتصور أن يضر الجسم بعضو من أعضائه (١) .

وتلك نظرة مادية فى تصور القانون ، اذ يصير عدلا ما يريد المجمع أو على الأصح - وهو ما يسمح به العمل - ما تريده الأغلبية فى هذا المجموع (٢) . وبذلك نستطيع أن نسلك روسو - على خلاف الشائع عنه - فى سلك المنكرين لفكرة القانون الطبيعي . فهو لا يعترف بأن القانون الوضعى أو الارادة العامة تخضع لجملة من موجهات العدل انعقلية أو لنماذج من قواعد العدل التفصيلية . بل وأن نسلكه فى سلك المنكرين لفكرة الحقوق الطبيعية ، فرغم تسليمه بأن الأفراد لا ينزلون بمقتضى العقد الاجتماعى الا عن القدر اللازم من حقوقهم لحاجة المجمع ، الا أنه يجعل هذا المجمع الذى يسميه الارادة العامة - والذى يقتصر فى الواقع على الأكثرية - هو وحده المحكم المتصرف فى تحديد الحقوق الطبيعية التى يحتفظ بها الأفراد ، وله أن يقيد منها ما كما يشاء (٣) . وهو بهذا المنطق ينتهى الى الاستبداد المطلق يحله للشعب أو لأكثرية الشعب ، فكأنه ما حارب الاستبداد فى ذاته ، ولكنه حاربه باعتباره استبداد فرد لا يستند الى عقد اجتماعى ! .. فان استند الى هذا العقد وكان استبداد مجموع فلا تثريب عليه عنده ! ..

ومهما يكن من أمر ، فالثابت أن فكرة العقد الاجتماعى لم تكن مرادفة دائما لفكرة القانون الطبيعي . فلم تكن تعنى دائما عند كثير من الكتاب حدا من سيادة أصحاب السلطان فى الجماعة ولا قيда يرد على حرية المشرع بالتزام مثل أعلى من العدل أو باحترام حد أدنى من الحقوق الطبيعية للأفراد . ولكنها

J. - J. Rousseau, Du contrat social, Aubier, éditions Montaigne, (١)
Livre I, Chapitre VII, pp. 106 - 108; Livre II, Chapitre III, p. 145,
Chapitre IV, p. 152.

(٢) فى هذا المعنى :

Beudant, op. cit., No. 101, p. 161.

Rousseau, op. cit., Livre II, Chapitre IV, p. 153. (٣)

عنت عند الكثيرين - وعلى الأخص عند « روسو » - التمكن لسلطان الشعب أو لسلطان الأكثرية منه دون الاعتراف بسلطان الفرد أو سلطان الملوك ، وبذلك اتخذت لها هدفا سياسيا واضحا هو إحلال الحكم الديمقراطي محل الحكم الأوتقراطي . وفي غمرة الحماس لتقويض سلطان الفرد وإقامة سلطان الشعب ، ضاعت صيحة العدل - وهو ما قامت عليه فكرة القانون الطبيعي - عند أنصار العقد الاجتماعي ، فأصبحت مشيئة الشعب أو إرادة الأغلبية عندهم هي العدل ، حتى ولو كانت مشيئة ظالمة أو إرادة مستبدة .

غير أن ما لاقتته فكرة العقد الاجتماعي على يد « روسو » من نجاح وذووع لم يقلل من الاعتقاد والايمان بفكرة القانون الطبيعي طوال القرن الثامن عشر بل بدت الحاجة أكثر ما تكون ملحة الى هذه الفكرة الأخيرة لتقف كالسند الحاجز أمام ما تضرر الفكرة الأولى من خطر استبداد الحكام وتحكمهم باسم الشعب واسم العقد الاجتماعي .

٥٩ - انتصار مذهب القانون الطبيعي على بد الثورة الفرنسية

وَتَحَت تأثير هاتين الفكرتين ولدت الثورة الفرنسية في أواخر انقرن الثامن عشر ، فأعتنقت مذهب « روسو » في حصر السيادة في الشعب وحده ككل أي من حيث هو يكون كتلة أو وحدة متميزة ذات شخصية منفصلة مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين له . وكذلك حرصت الى جانب ذلك على اعتناق فكرة القانون الطبيعي كموجه ومقيّد لسيادة الشعب ، فأعلنت ما سمته بحقوق الانسان الطبيعية التي تلتزم القوانين الوضعية بالاعتراف بها وكفالة احترامها وضمان التمتع بها للأفراد ، بحيث ترد هذه الحقوق - خلافا لمذهب « روسو » - قيّدا على تحكم تلك القوانين التي تحمل مشيئة الشعب . وبذلك أتبع لمذهب القانون الطبيعي أن يصبح مذهبا رسميا يتضمنه اعلان رسمى هو « اعلان حقوق الانسان والمواطن » ، بعد أن كان مجرد فكرة تجرى بها أقلام الفلاسفة والكتاب .

وقد كان هذا الاعلان ممهدا لصدور سلسلة من اعلانات مماثلة رسمية

تضمنتها الدساتير المختلفة مؤكدة بذلك الاعتقاد في وجود قانون طبيعي خالد مشترك يسمو على القانون ، ويجعل من حقوق الأفراد الطبيعية التزامات وقيودا على سلطان المشرعين .

ولقد تجاوب الفيلسوف كانت (Kant) مع الثورة الفرنسية ومع المعتقدات التي مهدت ووطأت لها . فنجد عنده التفرقة التقليدية بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي (١) . ومرد فلسفته القانونية أن للإنسان قيمة ذاتية مطلقة إذ هو غاية في ذاته وليس وسيلة لتحكم إرادة من الإرادات كإرادة الدولة أو إرادة المشرع (٢) . فالإنسان هو الذي يضع قانونه بنفسه أي بعقله ، وهذا العقل بوصفه واحدا عند كل الناس ، أي مشتركا بين أفراد النوع الإنساني يستخلص قواعد عالمية ثابتة لحكم سلوك الإنسان في المجتمع . هذه القواعد تستمد من الصفة العالمية الثابتة التي تحملها عليا وحدة العقل الإنساني قيمة سامية مطلقة تفرضها على مختلف الإرادات ، فتتقيد بها إرادة المشرع فيما يستلزم من قواعد وضعية . وينتهي « كانت » بهذا المنطق إلى إعطاء القانون الطبيعي صفة عقلية بحتة (٣) .

وكذلك يمكن هذا النظر للمنزعة الفردية التي أبرزتها الثورة الفرنسية فيما أعلنت من حقوق الإنسان ، إذ يركز القانون في الفرد الإنساني يعمل على كفالة تمتعه بحقوقه الطبيعية وفي طبيعته الحرة ، وهو أمام حريات الأفراد المتعارضة يعتمد إلى أن يقيم بينها من التوازن ما يمكن كل فرد من استعمال حريته دون أن يطفئ بذلك على حريات الآخرين (٤) .

فالاعتقاد إذن في وجود قانون طبيعي يكون بمثابة تقنين نموذجي يحكم القانون الوضعي بما يتضمن من قواعد ثابتة خالدة يستخلصها العقل من

(١) Du Pasquier. op. cit., No. 236.

(٢) Beudant, op. cit., No. 87, p. 138.

(٣) Del Vecchio, op. cit., p. 111.

(٤) Del Vecchio, op. cit., p. 119.

ضبيعة الإنسان ، كان هو الاعتقاد السائد في القرن الثامن عشر . ثم أسبغت النورة الفرنسية صفة رسمية على هذا الاعتقاد بإعلانها ما سميته حقوق الإنسان ، كما مكنت ما يضمنه - في تصور وضيفة القانون - من نزعة فرية .

وفي ظل هذا الاعتقاد - الاعتقاد في وجود قانون طبيعي يسمو على القوانين الوضعية ، والاعتقاد في سلطان العقل الذي يستخلصه - شهد مفتتح القرن التاسع عشر واضعي تقنين « نابليون » - وهو التقنين المدني الفرنسي - يصعدون مشروع تقنينهم بالنص على أنه « يوجد قانون عالمي نابت هو مصدر كل القوانين الوضعية ، ليس هو إلا العقل الطبيعي من حيث أنه يحكم كل شعوب الأرض » . وهذا النص ، وإن لم ينج له أن يظفر في التقنين إذ حذف عند مناقشة المشرع ، إلا أن ذلك لم يكن انكاراً لضمونه - إذ الاعتقاد في وجود القانون الطبيعي كان ينزل حينئذ من النفوس منزلة الإيمان - وإنما كان تسليماً بأن النصوص التشريعية الوضعية ليست محللاً لإعلان المبادئ الفلسفية (١) .

٦٠ - مهاجمة مذهب القانون الطبيعي وتراجعه في القرن التاسع عشر

غير أن مذهب القانون الطبيعي لقي محاربة شديدة طوال القرن التاسع عشر . شككت في صحته ، وقللت من أنصاره في الفقه ، فراجت على حسابه طوال هذا القرن مذاهب واقعية تنكر رد جوهر القانون أو شرعيته إلى مثل أعلى . وتركز الهجوم على مذهب القانون الطبيعي فيما يدعيه من صفته خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان ، وفيما يلزمه من نزعة فردية واضحة .

وقد تكفل المذهب التاريخي - على ما سيرد البيان - بمحاولة تقويض فكرة الخلود والثبات التي يتميز بها القانون الطبيعي في منطق أنصاره . فأنكر هذا المذهب أن يكون القانون وليد إرادة من الإرادات كإرادة المشرع ، أو أن

يكون وليد العقل البشري يستقل بتكوينه وانشائه ، اذ هو وليد البيئة الاجتماعية وحدها ، والبيئة الاجتماعية متغيرة متطورة في الزمان والمكان . ومن هنا لم يكن من العقول ولا من المتصور أن ينسب القانون على حال واحدة . بل هو مختلف دائما بحسب المكان من مجتمع الى آخر اذ تولده ظروف البيئة الخاصة بكل مجتمع . وهو متطور دائما في الزمان تطورا لا يفتحه الانسان أو يخلقه بعقله أو يدفعه بإرادته . وانما تطوره تطور ذاتي أو تلقائي يتسلسل في حلقة من حلقات التاريخ تسلسلا لا اراديا .

ولسنا نعرض الآن لصحة الاسس الذي يقوم عليه المذهب التاريخي ، فذلك موضعه عند الكلام في تفصيل هذا المذهب . ولكننا نجتزئ بالاشارة الى أن هذا المذهب قد أتبع له من النجاح طوال القرن التاسع عشر - في ألمانيا حيث ظهر . وفي فرنسا حيث لم يعدم الانتصار - ما أفقد الثقة في مذهب القانون الطبيعي . وأوهن من الاعتقاد في وجود قانون تجتمع له صفة الحدود والنسب على اختلاف الزمان والمجتمعات .

وكذلك فقد هوجمت النزعة الفردية التي لازمت مذهب القانون الطبيعي طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، والتي تأكدت رسميا على عهد الثورة الفرنسية ووجدت طريقها الى أكثر نصوص تقنين نابليون .

فوقف فقهاء كثيرون ضد هذه النزعة السرفة التي ترى المجتمع مخلوقا لخدمة الفرد ، وليس الفرد هو المخدوق لخدمة المجتمع ، فركز القانون - استخراجا من ذلك - في الفرد ، حتى لتقتصر دوره على كفالة حريته وتمكينه من التمتع بما سمي الحقوق الطبيعية للانسان . وادت مهاجمة النزعة الفردية في القانون الى مهاجمة فكرة القانون الطبيعي بدورها باعتبارها ما رسخ في الازهان من اقتران بين وجود القانون الطبيعي وبين النزعة الفردية . ولسنا الآن في مجال استقصاء صحة هذا الاقتران ، ولكن يعني أن هذا الاقتران كان مانلا في كثير من الازهان مما خلق من أعداء النزعة الفردية أعداء ألداء لفكرة القانون الطبيعي ، فخسرت هذه الفكرة ولم تكسب من وصفها بالدعوة الى نزعة فردية .

٦١ - حركة احياء القانون الطبيعي

غير أن فكرة القانون الطبيعي وإن هجرت أو كادت طوال القرن التاسع عشر ، فقد أتيحت لها - في أواخر هذا القرن ومطلع القرن العشرين - أن تجد من الفقهاء من يلتزم لها البعث والنشور ، ومن يقوم على احيائها مبرأة مما أثار عندها الهجوم ومكن منها الخصوم . وقد توزع أنصار القانون الطبيعي - في سبيل هذا الأحياء - بين طريقين : الأول هو القصد في خلق صفة الخلود واننبئات على القانون الطبيعي ، وهذا هو مذهب الفقيه الألماني « ستاملر » Stammer ، فيما سماه بالقانون الطبيعي ذي المضمون المتغير . والثاني هو قصر وظيفة القانون الطبيعي على القيادة الموجهة للمهمة بقلة من مبادئ العدل المثالية ، دون النزول به إلى التطبيق العملي وما يفرضه من تنظيم تفصيلي . وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء منذ مطلع القرن الحالي .

(١) القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير (١) :

أما القصد في خلق صفة الخلود والثبات عن القانون الطبيعي . فقد دعا إليه منطق المذهب التاريخي في تطور القانون . فكان لابد من اجمع والملاءمة بين فكرة الخلود والتطور حتى يخلص مذهب القانون الطبيعي من السناقض الذي رماه به مذهب التطور التاريخي . وقد قدر للفقيه الألماني « ستاملر » أن يقوم بالجمع بين الخلود والتطور في فكرة القانون الطبيعي ، فيما سماه بنائاً للقانون الطبيعي ذي المضمون المتغير *Le droit naturel à contenu variable* واعتنق فكرته بعض الفقهاء الفرنسيين وكان أبرزهم « سالي » (Saleilles)

(١) راجع في ذلك :

Ginsberg, *La philosophie du droit de Rudolf Stammler*, Arch de phil. du droit, 1932. Nos. 3 - 4, pp. 564 - 574. — Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Nos. 98 - 114. — Charmont, *op. cit.*, pp. 170 - 176. — Del Vecchio, *op. cit.*, pp. 209 - 210. — Rommen, *op. cit.*, pp. 166 - 168. — Roubier, *op. cit.*, No. 16, pp. 151, 153. — Friedmann, pp. 87 - 95. — Dabin, *la philosophie de l'ordre juridique positif*, No. 71. — Saleilles, *article précité*, pp. 96 - 99.

كان نظاما عادلا • فلنعدل حقيقة في ذاته ، وهى لذلك حقيقة واحدة خالدة -
لا تتغير في زمان أو مكان • والرق في حكم هذه الحقيقة نظام ظالم دائما في
أى زمان ومكان وجد •

(٢) القانون الطبيعى موجه مثالى للعدل :

وأما الارتفاع بالقانون الطبيعى الى مجرد انقيادة الروحية الموجهة ، فقد
دعا اليه ما كان من اسراف أنصار فكرة القانون الطبيعى فى القرن الثامن عشر
فى اعتبارهم أن هذه الفكرة انما تعبر عن وجود قانون مثالى نموذجى .
يتضمن قواعد تفصيلية تضع حلولاً عملية لكل ما يعرض من مشاكل الحياة
الاجتماعية فى دقائقها وجزئياتها • فمثل هذا الانحاء لا يحتاج الى تدليل على
بطلانه وتناقضه : فالواقع يكذبه ، والمنطق ينقضه . اذ أن مشاكل الحياة
الاجتماعية ٧ تعرض دائما بنفس الصورة فى كل الجماعات . حتى يمكن الادعاء
بوجود قانون مثالى ، يضع لكل هذه المشاكل قواعد واحدة مشتركة ، تكون
ثابتة خالدة لا تتأثر باختلاف الزمان والمكان •

من أجل ذلك اتجهت حركة احياء مذهب انتـسـانـون الطبيعى فى مطلع
القرن الحالى الى العدول عن هذا الشطط المسرف فى تصور فكرة القانون
الطبيعى فقصرتها على بضعة مبادئ منالية ، ثابتة خالدة ، تمثل الحد الأدنى
لامثل الأعلى للعدل • وبذلك تتحدد وظيفة القانون الطبيعى ، فهو لا يضع
حلولاً عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، ولكنه يكتفى بالتوجيه الى الحلول
العملية التى تضعها القوانين الوضعية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، فهى فى
جوهرها موافقة للقانون الطبيعى ، أى ترد فى مجموعها الى المثل الأعلى
للعدل ، ذلك المثل الذى له من وجوده الذاتى ما يجعله خالدا ثابتا ، لا يتغير
بتغير الزمان ولا بتغير المكان • فالقوانين الوضعية المختلفة انما تنتهى فى
جوهرها الى تلك الأصول العامة للعدل التى تكون القانون الطبيعى ، كما
تنتهى السفن القادمة من مختلف الاتجاهات الى ميناء واحد مسترشدة بما
يبعث اليها مناره من أضواء •

ففكرة القانون الطبيعى انتهت اذن الى أن تعبر عن الدستور المثالى .

للعُدل الذى ينبغى أن تقوم على أساسه القوانين الوضعية المختلفة . وهو دستور لا ينزل الى التفصيل والتفريع ، وانما يقتصر على التوجيه والالهام بما ينضمن من أصول عامة وموجهات متالية لفكرة العدل (١) ، لا تصلح بذاتها لتطبيق العملى - كمبدأ إيتاء كل ذى حق حقه ، ومبدأ عدم الاضرار بالغير عن خطأ ، ومبدأ عدم الاثراء على حساب الغير دون سبب مشروع - وانما نستلهمها القوانين الوضعية المختلفة فيما تضع من نظام لمجتمع حتى يخرج نظاما عادلا كما يستهدى الملاح بالبوصله فيما يسلك من طريق حتى يقع على الطريق المأمونة الموصلة الى الغاية . فالقانون الطبيعى فى معناه الحديث اذن هو عبارة عن تلك الاصول والموجهات العامة للعدل التى تعتبر أساسا ومثلا أعلى لتنظيم القانونى .

٦٢ - القانون الطبيعى والقانون الوضعى

يخص من كل ما تقدم أن فكرة القانون الطبيعى مرت بمراحل متعددة ، فم ينبت مضمونيا على حال واحدة ، ولكنها انتهت الى أن تعبر عن الموجهات الانسانية للعدل . التى لها من خنودها ونبتها ما يجعلها أساسا للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان .

وهذه الفكرة - فى صورتها الاخيرة - تعبر عن حقيقة ينبغى التسليم بها ، وهى ضرورة وجود موجه للارادة الانسانية ، فتلك الارادة أعجز عن الاكتفاء بنفسها والاستغناء عن موجه متالى تستند به وتستلهمه ، يتمثل فى مثل أعلى للعدل . وهو مثل ما ونيت الانسانية ولن تنى أبدا عن التطعن اليه والسعى الى تحقيقه .

(١) انظر فى هذا المعنى :

Capitant op. cit., No. 9. — Colin, Capitant et De la Morandière, op. cit., t. I, No. 3. — De la Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 73. Beudant, op. cit., Nos. 21 - 23 — Roublier, op. cit., No. 16, pp. 150, 151. Le Fur, Les caractères essentiels du Droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, No. 2 - 4. pp. 19 - 21.

سليمان مرقس ، المرجع السابق . فقرة ١٦٦ . — عبدالفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق . فقرة ٣١ .

. والقانون الطبيعي على هذا الوضع - أى باعتباره موجها مثاليا للعدل -
انما يفرض نفسه على ارادة المشرع والدولة . فليست الدولة حرة فى وضع
القواعد القانونية على هواها . وانما هى تلتزم باحترام هذا الوجه المثالى ،
لأنها ليست الا خادمة لفكرة العدل . ومن هنا كان المثل الأعلى للعدل هو
جوهر القانون ، والقوة التى تفرض احترامه على الناس . فالقانون الوضعى
ينبغى أن يطاع لا لأنه هو القانون الذى وضعته الدولة أو استنتته الجماعة ،
ولا لأنه هو القانون الذى ترصد الدولة على كفالة احترامه ما تمك من قوى
مادية باطشة ولكن لأنه هو القانون العدل أى الذى يحقق المثل الأعلى للعدل .

غير أن القانون الطبيعي لا تقتصر وظيفته على الهام المشرع أو القانون
الوضعى وتوجيهه عند وضع القواعد القانونية ، وانما تمتد هذه الوظيفة
وتنبسط ، اذ يبقى القانون الطبيعي هو الملاذ الذى يلجأ اليه القاضى ان
التمس الحل فى قواعد القانون الوضعى فأعوزه . فهو يوجه القاضى - كما
وجه المشرع أو القانون الوضعى - الى جوهر القانون ، أى الى العدل الذى
ينبغى أن يسود . وهو بذلك يمنع القاضى - كما منع المشرع أو القانون
الوضعى - من التحكم والقضاء بغير العدل . فيحفظ على القانون جوهره
باعتباره مقيم العدل .

وقد نبهت تشريعات كثيرة الى ما لفكرة القانون الطبيعي من أثر وخطر
باعتبارها تتضمن توجيهها للقاضى الى المثل الأعلى للعدل يستلزمه فيما تقتصر
عن تناوله قواعد القانون الوضعى . ومن ذلك نص المادة الأولى (فقرة ثانية)
من انتقنين المدنى المصرى الحالى الذى يقضى بأنه « اذا لم يوجد نص تشريعى
يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف . فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ
الشريعة الاسلامية . فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد
العدالة » .

. وليس هنا مجال تفصيل القول بشأن استلزام القاضى للقانون
الطبيعى ، فذلك أمر يتعلق بتطبيق القانون ، ونحن نبحت الآن فى تكوينه .
ودور القانون الطبيعي فى هذا التكوين - كما أوضحنا - هو دور الوجه
والملمح بما يتضمن من أصول مثالية للعدل . ولعل التعبير عن هذه الأصول

باصطلاح « القانون الطبيعى » كان من العوامل التى ساعدت على مهاجمة الفكرة التى تريد التعبير عنها من وجود مثل أعلى للتنظيم القانونى ينبغى اسندهامه فيدخل بذلك فى تكوين القواعد القانونية . ومن هنا قد يكون من الأوضح أن نستبدل باصطلاح « القانون الطبيعى » اصطلاح « المثل الأعلى للعدل » أو « موجبات العدل المثالية » .

وأيا كان الامر ، فالقانون الطبيعى - أى المثل الأعلى للعدل أو موجبات العدل المثالية - يبقى اذن فى منطق هذا المذهب هو أساس القانون الوضعى وحوهره : اذ هو الملهم بقواعده عند تكوينها من ناحية ، وهو المكمل لما قد يظير - عند التطبيق - من قصورها ونقصها من ناحية أخرى .

غير أن الاقتصار على المثل الأعلى للعدل باعتباره العنصر الوحيد المكون لجوهر القانون انما يبصر بشرط من الحقيقة دون الشطر الآخر ، اذ يبقى عنصر آخر هو عنصر انواق من الحياة الاجتماعية . وقد بصرت بهذا العنصر المدرسة الواقعية . لكنهم اندفعت الى مثل الاسراف الذى اندفعت اليه المدرسة المثالية ولكن فى اتجاه مضاد ، فجعلت منه جوهر القانون على ما سنعرضه الآن .

الفصل الثاني

المدرسة الواقعية

L'Ecole réaliste ou positiviste

٦٣ - تمهيد

سادت المدرسة المثالية حتى أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر . فكان الاعتقاد السائد عن جوهر القانون حتى ذلك الحين أنه ملأ أعلى للعدل يستخلصه العقل . وهذا المبدأ الأعلى - في منطق تلك المدرسة - هو الذي يسبغ على القانون صفة السريعة التي تخلق طاعنه في النفوس اختياراً بما يحمل من عدل وخير . وهو الذي يحل الالتجاء إلى القوة في سبيل أخذ المخانقين والمناقضين باحترام أحكامه ، إذ العدل دون قوة تسند عدل أعرج ، فلا تنريب على قوة تكفل أمانته وإقراره إذ ترتفع بذلك عن أن تكون قوة عمياء نبطس لتكون قوة بصيرة بعدل . فالمثل الأعلى عند المدرسة المثالية إذن إنما يمكن للقانون كسلطان عدل لا كسلطان جبر .

غير أن القرن التاسع عشر شهد مع تقدمه فلسفة جديدة تطلع فنذبح وتنتشر . تلك هي الفلسفة الواقعية . وهي فلسفة تناقض الفلسفة المثالية من حيث انكارها لما تقوم عليه من تصور فكري نراه هي ضرباً من الحدس والتخمين يتنزه عنه العلم بما ينبغي له من ضبط ونبات ويقين . ولذلك فهي لا تؤمن إلا بالواقع المحسوس الملموس الذي نسجله المشاهدة وتؤيده التجربة ، فكل معرفة عندها لا تقوم على الواقع ولا تؤكدها مشاهدة أو تجربة معرفة حدسية لا يقينية ، وهي بهذا الوصف لا تعد معرفة علمية بالمعنى الصحيح . وقد أريد لهذه الفلسفة الواقعية أن تلتئم الآفاق جميعاً ، ما يقبل نيجتها وما يستعصى عليه على السواء . فنزلت إلى القانون تريد أن تخضعه

والنصرف في الحياة الاجتماعية ، ينبغي التزامها اذا اريد عدم التعرض
لاستنكار الناس (١) .

وقد يرتفع الاصل الاقتصادي أو الاصل الاخلاقي الى مرتبة الاصل
القانوني (norme juridique) ، فيتخذ الجزاء على مخالفته صورة الاجبار
الاجتماعي عن طريق استخدام القوى المنظمة التي تحتكرها الحكومات اليوم
في الدول الحديثة باعتبارها سلطة الاجبار في الجماعة .

ولكن متى يرتفع الاصل الاقتصادي أو الاخلاقي الى مرتبة الاصل
القانوني الذي تكفل احترامه قوة الاجبار الاجتماعي ؟ لا يسلم « ديجي » بأن
الاصل يصبح قانونيا بمجرد ترتب اجبار اجتماعي على مخالفته ، والا انتهى
الأمر الى أن تكون الدولة - وهي التي تحتكر سلطة الاجبار في الجماعة - هي
التي تخلق القانون ، مما يجعل القوة هي أساس القانون ، وهو ما لا يمكن
قبوله . ولكنه يرى أن الاصل يصبح قانونيا عندما تدرك كتلة الأفراد المكونين
للمجموعة أن احترامه ضروري لحفظ التضامن الاجتماعي ، وان كفالة هذا
الاحترام تقتضي استخدام قوة الاجبار الاجتماعي (٢) . أي أن معيار الاصل
القانوني أو أساس القاعدة القانونية كان عند « ديجي » هو شعور جمهور
الأفراد بالتضامن الاجتماعي ، وباختلاله ان لم يقف على كفالته قوة الجماعة
النادية المنظمة .

ثم بدا لديجي في أواخر أيامه - ازاء ظهور عدم كفالة شعور التضامن
كأساس للقاعدة القانونية - أن يعززه بأساس ثان هو شعور العدل . وهو
يحرص على التنبيه الى أنه لا يقصد بهذا الشعور الأخير التعبير عن مبدأ أو
مثل أعلى للعدل أو عن فكرة العدل في ذاتها - فذلك ضرب من المسلمات
الأولية التي يطرحها - وانما يقصد به ذلك الشعور المبهم - في قليل أو كثير -
لدى جمهرة الأفراد في المجتمع بما هو عدل وبما ليس بعدل (٣) .

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 8, pp. 89 - 91.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 8, pp. 93 - 94.

(٣) Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 119.

فانه ان يكن لدى الفرد شعور بالتضامن مع غيره من الافراد ، فذلك لانه كائن اجتماعي . ولكنه في ذات الوقت كائن فردي ، عنده شعور اناني أي شعور بنفسه وبأنه فرد له قدر من التفرد والاستقلال ، وذلك يوجد عنده شعور العدل ، وهو شعور خاص بالطبيعة الانسانية لا فكرة عقلية مطلقة يستخلصها العقل . ذلك أن شعور كل فرد بكيانه المستقل عن سائر الافراد وبحقوقه التي يختص بها وحده دونهم ، يلزم كلا منهم باحترام كيان الآخرين وحقوقهم الخاصة وعدم الاعتداء عليها (١) .

فنشاط الانسان اذن محكوم دائما بشعوره المزدوج بصفته الاجتماعية التي تولد عنده شعور التضامن ، وبصفته الفردية التي تولد عنده شعور العدل . ومن هنا ، كان أساس القاعدة القانونية - فيما ينتهي اليه - « ديجي » - أساسا مزدوجا يقوم على عنصرين : الاول هو « شعور الاجتماعية أو شعور التضامن (Sentiment de la socialité ou de la solidarité) والثاني هو « شعور العدل » (Sentiment de la justice) (٢) . وبذلك يتوافر للقاعدة القانونية الأساس الواقعي المستمد من المشاهدة والتجربة ، بدلا من الأساس التقليدي الذي يقوم على مجرد التصور والتفكير فيفرض بضعة من المبادئ أو المثل العليا كمسلمات أولية .

فالقاعدة القانونية اذن عند « ديجي » ليست هي القاعدة التي توضع بالتطبيق لأصل أو منل أعلى ، كما يدعى مذهب القانون الطبيعي . ولا تلك القاعدة التي يقوم على كفالة احترامها اجبار الدولة فعلا ، كما تدعى المذاهب التي تعقد القانون بمشيئة الدولة ، ولكنها هي تلك القاعدة التي يشعر جمهور الافراد المكونين للجماعة أنها ضرورية ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعي ، وأن من العدل تسخير قوة الاجبار في الجماعة لكفالة احترامها (٣) .

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 11, pp. 120, 121.

(٢) Duguit, op. cit., No. 11, pp. 124, 125.

(٣) Duguit, op. cit., No. 12, pp. 127, 128.

فيرتبط فيها الحاضر بالماضي ، ويمهد الحاضر للمستقبل . ومن هنا لم يكن القانون ثمرة جيل بعينه من أجيال الجماعة ، وإنما هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة . وامتداد لماضيها وتسلسل لثرائها . فهو يتكون من عمل صامت مستمر جماعي يسير ركب الجماعة على الزمن ، كما يأخذ عنها طبيعتها وصفتها الخاصة المتسلسلة منذ الازل (١) .

وعلى هذا النحو يمكن تشبيه قانون أمة معينة بلفتها ، فهما - كأي مظهر من مظاهر نشاط الأمة - يخضعان لظاهرة التطور اسماير لتطور الأمة نفسها . فالأمة تخلق قانونها كما تخلق لفتها بنفسها ، وتقاليدها - التي هي الميراث من تركة الأجيال المتصلة المتعاقبة - هي التي تسير على حفظ القانون كما تسير على حفظ اللغة ، وتسد القانون - كما تشد اللغة - في تطورها الى عربة الماضي حتى لا يوجد فراغ أو توقف يهدد سير الأمة نحو التقدم (٢) .

فالقانون عند المذهب التاريخي اذن انما ينبعث من جهد جماعي مشترك متصل ، تسهم فيه أجيال الأمة المتعاقبة ، وهو بذلك يكتسب صفة قومية وطنية خالصة تفرقه عن قوانين الأمم الأخرى ، لأنه انما يتولد من الضمير الجماعي (La conscience collective) لكل أمة نتيجة من تفاعل ويرسب فيه على مر الزمان من حاجات هذه الأمة وطبيعتها ونزعاتها وميولها الخاصة . فهو يخضع في تكوينه ونموه اذن لتلك القوى الصامتة الخفية غير الواعية التي تعمل وتتفاعل في الضمير الجماعي لكل أمة ، ويتكون تكويننا ذاتيا آليا لا نفتعله ارادة انسانية أو تحوله عن طريقه المرسوم (٣) .

ومن هنا كان العرف - في منطق هذا المذهب - هو الشكل الأكمل والأصدق للقانون ، لأنه تعبير مباشر آلي عن الضمير الجماعي الوطني ، وهو بذلك يفضل التشريع الذي يقتصر على أن يكون مجرد تعبير غير مباشر عن هذا الضمير . فدور المشرع اذن ليس هو خلق القانون - فالقانون يخلق نفسه -

Charmont, op. cit., p. 80. — Roubier op. cit., No. 13, p. 110. (١)

Roubier op. cit., No. 13, p. 109. (٢)

Capitant, op. cit., No. 6. — Roubier op. cit., No. 13, p. 110. (٣)

وانما لا يعدو دوره مجرد تسجيل مضمون الضمير الجماعى وتطوره على مر الزمن^(١) ، دون أن يمد اليه بتعديل أو تغيير . ومن هنا ، جاء عداء هذا المذهب لتشريع بوجه عام وللتقنين بوجه خاص . حيث تقوم الحشية من أن يقف التشريع أو التقنين التطور التلقئ والجارى لقانون . بتثبيت قواعده فى نصوص جامدة^(٢) .

٦٦ - نقد المذهب التاريخى

تلك نظرة موجزة فى بيان الأسس التى قام عليها المذهب التاريخى والتعاليم التى يدعو اليها . وليس فى الوسع انكار ما كان لهذا المذهب من فضل فى وصول القانون بالبيئة التى يحكمها وباجماعة التى يتوجه الى تنظيم الامر فيها وصلا غفل عنه مذهب القانون الطبيعى مما ارتفع به عن واقع الحياة وأسبغ عليه صفة تفكيرية عقلية محضة . وبذلك أسهم المذهب التاريخى بنصيب موفور فى بيان الصفة الاجتماعية للقانون مما يفسر خضوعه لظاهرة التطور^(٣) .

ولكن هذا المذهب أسرف فى ربط القانون بالجماعة اسرافا جعل من القانون مجرد نتج آلى ذاتى يخرج مما سماه بالضمير الجماعى ، أى من تلك القوى غير الواعية المسكنة فى روح الجماعة ، فأغفل بذلك دور الانسان ونشاطه الواعى وقدرته الإرادية فى تكوين القانون .

ولئن كان من غير المنكور أثر البيئة وظروف الجماعة فى تكوين القانون الا أنه ينبغى عدم الاقتصار على رد جوهر القانون الى ذلك وحده ، اذ من فوق عوامل الواقع الاجتماعى ، يوجد وعى الانسان وعقله ، وهو ما يبصر بالقاية التى يجب على القانون استهدافها استيعابا من مثل أعلى يتمثله ويجتهد فى ترسيمه . فالقانون - ليس كاللغة - عملا آليا يولد دون جهد أو توجيه ، بل هو عمل يقوم العقل الانسانى - بما يستخلصه من مثل عليا - على توجيهه وتسميره تسييرا واعيا بما يلائم ظروف البيئة والجماعة .

(١) Saleilles, article précité, p. 83.

(٢) Del Vecchio, op. cit., p. 138.

(٣) Capitant, op. cit., No. 6. — Del Vecchio, op. cit., p. 139.

فمن الخطأ إذن ما يمدفع إليه هذا المذهب من قصر النظر - في عرف جوهر القانون - على ناحية دون أخرى ، مما يخرجه في نطاق الواقع الاجتماعي المحض الذي يخضع لسنة التطور التاريخي الآلى ، دون بصر بحقيقة دور الإرادة الواعية والعقل الانساني في تكوينه (١) .

وكذلك فإن هذا المذهب باغفاله كل جهد للانسان في تكوين القانون ، ودصره عمل المشرع على مجرد تسجيل ما يتولد من الضمير الجماعي - باعتبار أنه يصدر عن هذا الضمير صدوراً ذاتياً آلياً - بقرده الى نوع من الجبرية او العدمية التي تقعد بالهمم عن الاسراع في تطوير القانون ، ودفعه في سبيل انفساد الرقي (٢) . فيمسك الأفراد وقوفاً مكتزفياً الأيدي انتظارا للنطور المعلوم - الذي وجود به الزم في صمت وبطء اذا بلغ الضمير الجماعي الأجل المعلوم ، فاكتملت له محتمات هذا النطور - لا يمكن له تحويلاً ولا تعجيلاً - فكان القانون يمضى - دون وعى أو شعور - الى مستقر له مجهول ، ويندفع معصوب العينين اندفاعاً ذاتياً الى غير غاية أو هدف معلوم . وفي ذلك ما فيه من انكار لطبيعة القانون ، واخضاعه لقواعد السببية ، التي تحكم الظواهر الطبيعية . والقانون - كما سبق البيان - ليس من العلوم الطبيعية أو التقريرية حتى تصدق في حقه قواعد السببية ولكنه من العلوم أو النظم التفويمة التي نفترض غاية معينة محددة تستهدف فيها الإرادة الانسانية الواعية ، مما ينسج تقويم سلوك الأفراد وفقياً والزامهم بالعمل على ادراكها .

وقد أثارت هذه النتائج التي ينتهي إليها المذهب التاريخي الفقيه الألماني اهرنج (Jhering) ، ودفعته - وقد كان من أنصار هذا المذهب - الى مباحته وتأسيس مذهب جديد عرف باسم مذهب « الكفاح » (Lutte) أو « الغاية » (But) .

وقد احتفظ في مذهبه الجديد هذا بما يعتنقه المذهب التاريخي من

Capitant, ibid. — Beudant, op. cit., No. 123 — Roubier, op. cit., (١)
No. 13, p. 111.

Roubier, op. cit., No. 13, p. 112. — Del Vecchio, op. cit., p. 139. (٢)

خضوع القانون لظاهرة التطور . ولكنه رد هذا التطور الى الارادة الانسانية العاقلة الواعية ، لا الى تلك القوى الخفية اللاشعورية التى تتفاعل فى ضمير الجماعة . فالقانون عنده ليس من الظواهر الطبيعية أو المادية حتى يخضع لقانون السببية ولكنه يبتغى غاية معينة يسعى الى تحقيقها . ومن هنا لم يكن تطوره تطورا أعمى يندفع على غير هدى ، ولكنه تطور يندفع عن بصيرة واعية نحو تلك الغاية .

فالقانون اذن هو وسيلة مبصرة لادراك غاية معينة هي حفظ المجتمع ، وهذه الوسيلة تتحكم فيها وفى تكييفها - بما يكفل ادراك هذه الغاية - ارادة الانسان الواعية . والقانون على هذا النحو ليس وليد البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور آليا - كما يدعى المذهب التاريخي - ولكنه وليد الارادة الانسانية يصدر ويتطور عن وعي وادراك^(١) .

وما دام القانون لا يتطور آليا ، ولكنه يتطور بفعل الارادة الانسانية ، فخطوره لا يتم غالبا فى سر أو لين ، اذ يقوم التنازع بين أصحاب المصالح المتعارضة فى بقاء القانون وتطوره ويتوسل كل فريق بالكفاح لترجيح كفته ، فيرتهن تطور القانون اذن بنتيجة الكفاح والصراع ، والتاريخ حافل بأعشة الثورات والكفاح المرير فى سبيل تغيير النظم القانونية وتطويرها^(٢) .

وأيا كان الرأى فى مذهب اهرنج ، واسرافه فى تحكيم الارادة الانسانية وحدها فى تكوين القانون وتطويره ، وتعليق ذلك على الكفاح الذى ترتتهن نتيجته بالقوة لا بالعقل ، فقد كان له فضل التنبيه الى أخطاء المذهب التاريخي فى رد نشأة القانون ونموه الى حركة آلية لاشعورية ، وتصور القانون مندفعاً فى نظوره الى غير غاية معلومة .

غير أن المآخذ على المذهب التاريخي لا تقف عند هذا المدى . فيبقى أنه

(١) Charmont, op. cit., p. 89. — Roubier, op. cit., No. 13, pp. 111, 112.

(٢) Jhering, Lutte pour le droit cité par Charmont, op. cit., p. 86.

يسعى الى نوع من الوطنية القانونية ، اذ يرى المصانون وليد الروح الشعبى الجماعى بخصائصه القومية والوطنية المتراكمة على مر الزمن فى تاريخ حياة كل أمة (١) . وهو بذلك يغفل حقيقة واقعة ، هى أنه رغم اختلاف القوانين باختلاف بيئة وتراث كل أمة وجماعة ، فمنه قدر مشترك من الاسس والاصول العامة بين قوانين الامم والجماعات المختلفة مرده وحدة العقل البشرى ونشأته الطبيعية الانسانية على اختلاف الزمان والمكان ، مما يحتم رد جوهر القانون ، لا الى عوامل البيئة المحلية القومية فحسب ، ولكن كذلك الى نشاط الارادة الانسانية البصيرة الواعية .

وفضلا عن ذلك فقد نقضت التجربة دعوى طبع القانون بطابع وطنى بحث يربطه بخصائص الأمة وتاريخها . فثمة أمم ضربت صفحا عن عوامل بيئتها ، وما ثبت من تقاليدها وتاريخها ، ونقلت عن غيرها من الأمم المختلفة فى البيئة والتقاليد قوانينها الخاصة ، فما وقف هذا النقل عقبة فى سبيل نجاح تطبيق تلك القوانين فى غير بيئتها . ولعل خير شاهد على فساد دعوى الوطنية القانونية التوفيق الذى صاحب تطلق نصوص القانون المدنى السويسرى فى تركيا عقب الثورة الكمالية . وانجاح الذى صادفه فى مصر - منذ الربع الأخير من القرن الماضى - تطبيق السمات المختلطة والأهلية المنقولة نقلا يكاد يكون حرفيا عن التقنيات الفرنسية فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، رغم انقطاع الصلة فى البيئة والتقاليد والتاريخ بين هذه الدول .

وأما نظرة المذهب التاريخى الى العرف باعتباره الشكل الأمثل الذى يصدر به القانون ، فمجازاة منه لمنطقه فى نشوء القانون وتولده من الضمير الجماعى اللاشعورى ، وهو ما سبق تفنيده . هذا فضلا عن أن تلك النظرة الى العرف - ان صحت فى عصور الانسانية الأولى حيث كان يتكون القانون تكويننا آليا - فهى لا تصدق اليوم فى شأن المجتمعات الحديثة التى قطعت من

(١) Roubier, op. cit., No. 13, p. 112.

(م ٩ - المدخل الى القانون)

المختارة شوطا غير يسير ، حتى تعددت فيها الحاجات وتعارضت المصالح ، مما حتم تدخل الارادة الواعية العاقلة - بنصيب موفور - في تسيير القانون ، وتخير أصلح الوسائل وأقربها الى تحقيق الغاية منه ، حتى غدا التشريع اليوم - في أغلب الدول - هو الشكل الأهم والأمثل للتعبير عن القواعد القانونية ، لا كمجرد آلة عمياء لتسجيل تكون القانون وتطوره الآلى ، ولكن كإرادة بصيرة قادرة موجهة ، تهيمن على مصائر القانون حتى حدود غايته المرسومة ، وتدفعه خطوات الى الأمام في سبيل التطور والتقدم (١) .

وأيا ما كان الأمر ، فقد أتيح للمذهب النازيخي الديوع والانتشار في القرن التاسع عشر ، ثم توالى عليه الهجمات منذ مهاجمة « اهرنج » له . حتى غدا اليوم في الفقه مزعزع البنيان قليل الأنصار ، وإن بقيت من تعاليمه حقيقة ارتباط القانون بالبيئة التي ينشأ فيها ، ولكن كعنصر من العناصر المكونة لجوهر القانون ، لا كعنصره الوحيد .

المبحث الثاني

مذهب التضامن الاجتماعي (٢)

Le Doctrine de la Solidarité Sociale

٦٧ - تمهيد

قلنا ان القرن التاسع عشر شهد مطمح فلسفة جديدة هي الفلسفة الواقعية ، حاولت أن تنفذ الى كل الآفاق . فتخضع لنهجها كل معرفة

(١) Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., pp. 139, 140.

(٢) أهم المراجع :

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd., 1927, Leçons de droit public général, 1926. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 31, 33 - 38. — Génv, Science et technique en droit privé positif, t. II, Nos. 115 - 123; t. IV, pp. 150 - 213. — Le Fur, Le fondement du droit dans la doctrine de L. Duguit, Arch. de phil. du droit, 1932, Nos. 1 - 2 pp. 175 - 212. — Kira (H.), La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, 1952, notamment, pp. 14 - 36. — Réglaude, Théorie générale du droit dans l'oeuvre de L. Duguit, Arch. de Phil. du Droit, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 21 - 67.

انسانية ، دون تفرقة بين ما تتناوله من ظواهر . طبيعية كانت أو ارادية .

وقد وجدت هذه الفلسفة صدى لها عند فقيه من أكبر فقهاء فرنسا هو « ديجي » (Duguit) . فنزلت من نفسه منزلة العقيدة والايان واعتنق منهاجها العلمى الواقعى الذى يقوم على المشاهدة والتجربة ، واعتبره الطريقة الوحيدة للمعرفة الصحيحة . فاجتهد فى اخضاع القانون لهذا المنهاج الواقعى ، وتخليصه مما يهيم عليه من مسلمات أولية لا يقوم عليها دليل مائى محسوس . وأسس - فى سبيل ذلك - مذهب « التضامن الاجتماعى » :

٦٨ - أسس مذهب التضامن الاجتماعى

لم يفتر « ديجي » فى كل آثاره ومؤلفاته - عن الإلحاح فى بيان منهاجه فى البحث ، ووصفه بأنه منهاج واقعى بحت . وفى أن هذا المنهاج هو الكفيل وحده بتشديد نظرية علمية للقانون ، يخفى فيها التسليم ابتداء بأصول ومبادئ أولية تفرض فرضاً أو يستخلصها جهد العقل ، دون أن يقوم عليها دليل من الواقع المشاهد المحسوس ، فذلك عنده ضرب من الخيال والأوهام وتجاوز لدائرة الواقع المعلوم حيث يسهل التثبت واليقين ، الى دائرة المجهول مما يجاوز الطبيعة والمحسوس (La Méthaphysique) حيث يستعصى الحكم الا بالفروض والظنون ، وهو ما يتنزه عنه العلم الذى يستلزم الاحكام والضبط والتحديد . فالمعرفة العلمية الصحيحة التى ينبغى أن تتوافر للقانون - توافرها لغيره من العلوم - تحتم عنده اذن عدم الاعتماد والتسليم فيه الا بما تسجله « المشاهدة » (L'observation) وتؤيده « التجربة » (L'expérience) (١) .

ولم يكن ثمة مناص من أن يتأدى اتباع هذا النهج الواقعى البحث بديجى الى احداث انقلاب شامل فى تصور القانون ، فينكر كثيراً من الأساس التى يقوم عليها القانون ، كفكرة الحق ، وفكرة الشخصية القانونية بما فيها

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I. pp. XV. - XVIII ;
Leçons de droit public général, pp. 34 - 36.

(١)

شخصية الدولة ، وفكرة الشيادة ، وفكرة الأصول أو الموجهات المثالية المهيمنة على وضع القواعد القانونية . وليس يعنينا في هذا المجال أن نعرض - من ذلك كله - إلا لانكار الفكرة الأخيرة ، فهذا الانكار هو الذى حداً بديجى الى اقامة القاعدة القانونية على أساس من الواقع التجريبي ، هو ظاهرة التضامن الاجتماعى .

يبدأ «ديجى» بتسجيل الحقائق الواقعية التى تقطع المشاهدة والتجربة بصحتها . وأول هذه الحقائق عنده أن الانسان كائن اجتماعى لا يملك أن يعيش الا فى المجتمع ، فلقد عاش فيه دائماً ، وسيعيش فيه أبداً (١) . وثانى هذه الحقائق أن الافراد فى المجتمع تربطهم رابطة تضامن (solidarité) ذلك أن لهم حاجات مشتركة لا يمكنهم تحقيقها الا بالحياة المشتركة ، فهم مرتبطون اذن بنوع من التضامن ، هو « التضامن بالاشتراك أو التشابه » فى بعض الحاجات (solidarité par similitude) . وكذلك فمقدورهم وكفائتهم مختلفة ، مما يرغمهم على تبادل الخدمات فى نوع من « التضامن بتقسيم العمل » (solidarité par division du travail) (٢) .

فالانسان لا يعيش اذن الا فى مجتمع ، والمجتمع يرتبط أفراداه برابطة التضامن لأنهم لا يستطيعون أن يعيشوا فيه بغير تضامن ، والتضامن لابد لتحقيقه من قواعد تنظم سلوك الأفراد وفقه .

من كل هذه الحقائق الواقعية المتسلسلة تولد فكرة الأصل أو الحد الاجتماعى (norme sociale) ، الذى يوجب الامتناع عما يخل أو يضر بالتضامن الاجتماعى ، كما يوجب العمل على تحقيق هذا التضامن وتنميته . والأصل الاجتماعى قد يكون مجرد أصل اقتصادى (norme économique) حينما يحكم نشاط الأفراد المتصل بالتداول واستهلاك الثروات ، ولا يترتب على مخالفته من جزاء الا خسارة محققة فى الثروة . وقد يكون أصلاً أخلاقياً (norme morale) ، يضع قواعد للآداب

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 3, pp. 65 - 66.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 7, pp. 85 - 96.

لمنطقها ونهجها ، وتطرح عنه كل تصور فكري لا يقوم على أساس من الواقع
المشاهد المجرب .

ولقد استعملت هذه الفلسفة الواقعية - بماديتها التي تجر إليها
القانون - في مذهبين : مذهب نبت في ألمانيا في النصف الأول من القرن
التاسع عشر هو المذهب التاريخي ، أو كما يسميه بعض الكتاب مذهب
« التطور التاريخي » ، ايضاحا لما يقوم عليه من فكرة تطور القانون تطورا
آليا . ومذهب ظهر في فرنسا وكثر اتصاره في أواخر القرن الماضي والثلاث
الأول من القرن الحالي . ثم قترت الحماسة له وضعف سنده في الفقه اليوم ،
هو مذهب التضامن الاجتماعي الذي يقيم القاعدة القانونية على أساس واقعي
محض هو وجود تضامن بين الأفراد في المجتمع . ونعرض فيما يلي لكل من
هذين المذهبين في مبحث على حدة ، لنرى حظ - المدرسة الواقعية من تحديد
جوهر القاعدة القانونية .

المبحث الأول

المذهب التاريخي (١)

L'Ecole Historique

٦٤ - تمهيد

نجد ارهاصات هذا المذهب في فرنسا منذ القرن الثامن عشر عند
الفيلسوف « منتسكيو » (Montesquieu) (٢) ، فقد أظهر أثر البيئة في

(١) أهم المراجع :

Beudant, op. cit., pp. 189 - 215. — Capitant, op. cit., Nos. 5, 6. — Char-
mont, op. cit., pp. 77 - 96. Del Vecchio, op. cit., pp. 136 - 141. — Du
Pasquier, op. cit., No. 244. — Rommen, op. cit., pp. 140 - 146. — Rou-
bier, op. cit., No. 13, pp. 106 - 114. — Saleilles, article précité. —
Friedmann, pp. 119 - 123.

عبد الرزاق السنهوري وحشت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٣٦ - ٣٨ .

(٢) اذ يقول : « ينبغي أن تكون القوانين خادمة بالشعب الذي تخلق له . حتى أنه ليكون .
محض مصادفة أن توافق قوانين أمة أخرى ... فالقوانين ينبغي أن تناسب طبيعة البلاد ...
ومركزها واتساعها ، ونوع الحياة التي تحياها الشعوب ... ودين السكان وميولهم وأخلاقهم
وعاداتهم » .

Montesquieu, op. cit., Livre I, Chapler III, pp. 10 - 11.

اختلاف القوانين في كتابه « روح الشرائع » . وكذلك فقد عبر الفقيه بورقاليس (Portalis) ، أحد واضعي التقنين المدني الفرنسي في مفتتح القرن التاسع عشر ، عن عقيدة قام عليها المذهب التاريخي فيما بعد ، هي أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل « من الإرادة الانسانية » ، حيث يقول : « تتكون تقنينات الشعوب مع الزمن فهي - في الحق - لا تصنع » (١) .

ثم خرج من هذه الارهاصات المتناثرة العابرة مذهب محدد الأسس ، واضح المعالم ، هو المعروف باسم المذهب التاريخي . وهو الذي ظهر على يد سافيني Savigny ، حين قام يحارب فكرة الدعوة التي ظهرت في ألمانيا عام ١٨١٤ الى تقنين القانون المدني أسوة بما سبقت اليه فرنسا من تقنين في هذا المجال . فناهض - في هذا الصدد - مذهب القانون الطبيعي وما يقوم عليه من مسلمات أولية لا يتوافر عليها دليل من الواقع المادي . وأظهر أن العبرة في القانون هي بالقواعد القانونية السائدة التي تسجلها المشاهدة وتعززها التجربة في مجتمع معين . وقد دلت التجربة على أن القانون ليس واحدا ثابتا ، ولكنه متغير في الزمان والمكان ، يخضع في ذلك لعوامل البيئة المختلفة المتعددة ، وهو متطور تطورا موافقا ومسائرا لتطور البيئة نفسها ، مما يستعصى معه تحديده وتثبيته في تقنين تثبيتا يفضى الى جموده وقعوده عن حركة التطور .

٦٥ - تعاليم المذهب التاريخي

القانون - في منطق المذهب التاريخي - ليس من خلق ارادة انسانية بصيرة عاقلة ، ولا هو من وحى مثل أعلى يوجه الى ادراك غاية معينة ، ولكنه من صنع الزمن ونتاج التاريخ ، اذ هو وليد حاجة الجماعة وما يتفاعل في وجدانها من عوامل .

والجماعة ليست بالوحدة الزمانية التي يحدها زمن معين أو يمثلها جيل معين ، وانما هي كالسلسلة تتدرج في حلقاتها الأجيال وتتعاقب على مر الزمن.

٦٩ - نقد مذهب التضامن الاجتماعي

أول وأهم ما يرد من نقد على مذهب « ديجني » هو منهج الواقعي التجريبي الذي يريد أن يخضع له القانون ، فإن مثل هذا المنهج ، إن كان يصدق في شأن الظواهر الطبيعية التي تخضع لـ *La causalité* حيث لا ينصور تخلف النتيجة إن وجد السبب ، فهو لا يصدق في شأن الظاهرة الإرادية التي تخضع لـ *La finalité* (La finalite) حيث ينصور تخلف الإرادة عن تحقيق الغاية المرسومة .

ذلك أن الظواهر الطبيعية مسيرة لا مخيرة تتحقق آليا إذا توافرت أسبابها ، أما الظواهر الإرادية فلا يوجد في شأنها إلا واجب تحقيق غاية معينة ، فتتملك الإرادة طاعته كما تملك عصيانه على السواء ، فالقانون - وهو يحكم الظواهر الإرادية - لا يملك إخضاع الفرد قسرا لفعل معين كما يملك إخضاعه لذلك قانون الجاذبية مثلا ، إذ ليس هو بقانون وجوده وإنما هو قانون واجبه فحسب . والوجود إن كان يدرك بالمشاهدة والتجربة ، فلا كذبت الواجب . إذ الواجب مفروض لإدراك غاية مرسومة ، والغاية إنما بنسورها ويستخلصها العقل خارج دائرة المشاهدة والتجربة ، ويفرضها - كمن أعلى - فرضا مسلما لا يقبل النقاش .

ومن هنا ، فالقانون - وهو يفرض واجبا بتحقيق غاية معينة - إنما يقوم سدا للأفراد الحاصل في العمل تقويما يوافق تلك الغاية . فهو لا يقنع إذن بإصدار أحكام تقريرية *jugements de réalité ou d'existence* تسجل الواقع الذي شهدت به التجربة ، شأن العلوم الطبيعية ، ولكنه يجاوز ذلك إلى إصدار أحكام تقويمية *jugements de valeur* في شأن الواقع ، أي يعطي للواقع قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل (١) . فالقانون لا يقرر إذن ما هو كائن . وإنما يقوم ما هو كائن تقويما يقرر به ما ينبغي أن

(١) راجع في التفرقة بين الظواهر الطبيعية والظواهر الإرادية ، وفي التفرقة بين الأحكام التقريرية والأحكام التقويمية :

Baudin, Introduction générale à la philosophie, 1927, pp. 160, 161. —

يكون ، أى ينتقل من الواقع الى الواجب ، فيجاوز بذلك دائرة المشاهدة والتجربة الى دائرة العقل والتفكير حيث يمكن التقدير والتقويم .

كل ذلك يفصح عن أن الواجب لا يمكن أن يخرج من الواقع ، أى أن انقانون لا يمكن أن يخرج من المشاهدة والتجربة ، وانما هو أساسا عمل تقويى يقوم به العقل فيما وراء المحسوس . فاخضع انقانون للمنهاج الواقعى التجريبي اذن - كما يفعل « ديجى » - انما هو اغفال لطبيعة القانون وانكار لوظيفته مما ينتهى به الى أن يستمد شرعيته فى النفوس من مجرد وجوده ، لا من افتراض وجوبه . وهذا ما ينزلق اليه « ديجى » فعلا حين يصف القاعدة القانونية بأنها مجرد قاعدة واقع ، تفرض على الأفراد بقوة الواقع لا بمقتضى مبدأ أو مثل أعلى أيا كان ، فهى عنده لا تقول للفرد : « افعل هذا لأن هذا خير أو نافع تتوقف عليه سعادتك ، بل تقول له افعل هذا لأن هذا كائن ... » (١) . فماذا يبقى للقانون من قيمة اذن ان كان يفرض بقوة الواقع لا بقوة الواجب ؟ (٢) .

ويبقى بعد ذلك أن نسجل على « ديجى » أنه كثيرا ما ينزلق الى مجاوزة حدود الواقع التجريبي الى ما وراء المحسوس ، فيناقض نفسه ومنهاجه العلمى الذى يلتزم به (٣) . فهو يقيم القاعدة القانونية على أساس شعور التضامن بين الأفراد فى المجتمع باعتبار أن هذا الشعور واقع مثبت منه بالمشاهدة والتجربة . ولكن ليس هذا بالواقع الوحيد الذى يمكن اثباته علميا ، فثم واقع تجريبي آخر هو التنافس والتنازع بين الأفراد فى المجتمع . فكيف تخبر

Bonnard, L'Origine de l'ordonnancement juridique, Mélanges Hauriou, pp. 61 - 64. —

R. Capitant, thèse précitée, pp. 1 et s.; note "1", pp. 90, 91. — Génay, op. cit., t. I, Nos. 22, 30, 60 — Lalande, Lectures sur la philosophie des sciences, Nos. 94 et s. — Réglaide, Essai sur le fondement du droit, Arch. de phil. du droit, 1933, Nos. 3 - 4 pp. 165 et s. — Roubier, op. cit., No. 14, pp. 126 et s. — Notre thèse précitée, pp. 19 - 22.

Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 16. (١)

Notre thèse précitée, p. 34. (٢)

(٣) راجع فى ذلك :

Génay, op. cit., t. II, No. 133, p. 264 et s. — Cuche, Conférences de philosophie du droit, 1928, 2e conf., pp. 52 - 58.

« ديجي » شعور التضامن دون شعور التنازع بين الأفراد وجعله أساساً للقاعدة القانونية ، إلا أن يكون قد عمد إلى تقويم كل من الشعورين بالقياس على مبدأ أو مثل أعلى يفرضه العقل ، فيكون بذلك قد ارتفع من التقرير إلى التقويم . فخرج من المحسوس إلى ما وراء المحسوس ، وجاوز نطاق العلم إلى نطاق الفكر (١) .

هذا فضلاً عن أن التضامن فيه الصالح وانطالع ، ولا يمكن أن يكون المقصود هو جعل أساس القاعدة القانونية التضامن أياً كان أو التضامن الطالح ، وإنما الذي لا شك فيه أن « ديجي » قد قصد التضامن في الخير وأعدل كأساس للقانون ، فيكون بذلك قد أصدر حكماً تقويمياً على التضامن دون اكتفاء بمجرد التقرير في شأنه ، وهو ما يخرج به عن دائرة الواقع المحسوس الذي يلتزمه . فالتضامن إذن - كحقيقة واقعية تجريبية - لا يصلح أساساً للقاعدة القانونية إلا بإعطائه قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل ، مما يثبت استحالة اتخاذ الواقع أساساً للقانون .

ولعل وضوح هذه الحقيقة هو الذي حمل « ديجي » في أواخر أيامه على أن يعزز شعور التضامن بشعور العدل كأساس للقانون . وقد كان ذلك خليقاً أن يتيح له الأساس السليم لمذهبه ، لولا أنه قنع من العدل بالشعور الذي يتمثله له جمهور الأفراد ، فلم يرتفع إلى فكرة العدل في ذاته كفكرة مثالية مجردة . ولا يحتاج مثل هذا النظر إلى إلتدليل على ما يجر إليه من خطر تحكم الأهواء والعقائد والنزعات ، إذ يجعل من العدل مجرد شعور شخصي صادر من جمهور الناس ، لا حقيقة ثابتة موضوعية يستخلصها العقل بفرضها على الناس . وليس يدرك القانون غايته ، فيأمن القوضى والتحكم ، إلا إذا استوى على الحقائق الموضوعية دون النزعات الشخصية .

ومن هنا ، ينبغي - في تأصيل القانون - الاستناد إلى حقيقة العدل كما يفرضه العقل ، لا إلى واقع ما يتمثله جمهور الأفراد في جماعة من الجماعات

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٥٠ .

للعدل ، فالأفراد هم الذين يخضعون للعديل وليس العدل هو الذى يخضع للأفراد حتى يرتفعن بأدراكهم أو اعتقادهم . والقول بغير ذلك - كما يذهب « ديجي » - يحتم اعتبار نظم كالرق والتفرقة العنصرية - التى وجدت فى الجماعات القديمة ، والله ما زالت موجودة عند بعض الجماعات الحديثة - نظما عادلة ، لمجرد شعور الأفراد فى هذه الجماعات واعتقادهم أنها كذلك ، وهو ما لا يمكن التسليم به (١) .

ويبقى بعد ذلك أن مذهب « ديجي » يحتم منطق جعل القاعدة القانونية رعا بشعور واردة أغلبية الأفراد . وهو ، وإن كان يتحرز من التصريح بذلك ، إذ يتكلم حين عن « الإجماع » (Unanimité) وحين آخر عن « شبه الإجماع » (Quasi-Unanimité) (٢) ، وغالبا عن « جمهور الأفراد » (La masse des individus) (٣) ، إلا أن ظروف العمل لا تسمح بتوافر إجماع الأفراد فى الجماعة على شعور معين بشأن التضامن أو العدل ، ولا بما يقرب من الإجماع على ذلك . فلا ينبغي إذن إلا أن يكون المقصود هو كثرة الأفراد أو غالبيتهم ، وهو ما قد يفصح عنه اصطلاح « جمهور الأفراد » الذى يكثر « ديجي » من ترديده . فكان القاعدة القانونية فى مذهب « ديجي » تنهى الى أن تكون هى تلك القاعدة التى يجتمع شعور أغلبية الجماعة على أن التضامن الاجتماعى يختل إذا لم يكفل احتراميا . وعلى أن من العدل كفالة هذا الاحترام بقوة الاجبار الجماعى .

وتعليق الأمر بأغلبية عددية لا يمكن التسليم به فى شأن القاعدة القانونية ، فلا عبرة فى مجال الحقائق بقلة العدد أو وفرته . فالحقيقة توحد فى نفسها وجودا مستقلا عن وجودها فى شعور الناس ومعتقداتهم ، بحيث لا ينقص منيا أو ينقصها أنه لا يعتنقها الا قلة من الأفراد ، أو حتى أنه

(١) Notre thèse précitée, p. 31.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 124.

(٣) Duguit, op. cit., t. I, No. 6, p. 81; No. 8, p. 94; No. 12, p. 127; No. 13, p. 144.

لا يعتنقها أحد من الأفراد • فرغبة أغلبية الأفراد في جماعة من الجماعات مثلا في إباحة تعاظم المخدرات ، لا تثبت بحال من الأحوال فضل الإباحة على التحريم في هذا الشأن • وفي المصور القديمة كان الاجتماع أو شبه الاجتماع منعندا على تأييد نظام الرق ، وليس ذلك وحده بكاف لتبرير شرعية هذا النظام •

والمهم أن تعليق القاعدة القانونية بإرادة الأغلبية - كما ينتهي الى ذلك فعلا مذهب « ديجي » - فيه مناقضة للغاية التي كان يسمى اليها « ديجي » من التفرقة بين « القانون الحقيقي أو الموضوعي » (Le droit objectif) وبين « القانون الوضعي أو المطبق » (Le droit positif) ، أي بين القانون في ذاته وجوهره ، وبينه في تطبيقه وإيجابيته • اذ ينتهي الأمر عملا الى أن يكون القانون الحقيقي أو الموضوعي هو نفسه القانون الوضعي ما دام أنه مرتين بإرادة الأغلبية ، وإرادة الأغلبية - في الدول التي تسود فيها الديمقراطية اليوم - هي التي تصنع أكثر قواعد القانون الوضعي ، فتصبح القاعدة القانونية بذلك هي القاعدة المطبقة في العمل • وتلك نتيجة تقرب من النتيجة التي ينتهي اليها مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة ، ذلك المذهب الذي حاربه « ديجي » نفسه وعارضه بمذهبه في وجود قانون أعلى مستقن عن القانون الوضعي ، وهو القانون الحقيقي الذي يكون في شعور الأفراد •

وأيا ما كان الأمر ، فلم يتح لمذهب « ديجي » أن يجمع حوله جانبا كبيرا من الفقه • فظل الفقه في كثرته الغالبة منكرا له مبصرا بخطأ ما يدعو اليه من تلمس أساس واقعي للقاعدة القانونية ، مما حمل أنصاره - بعد موت صاحبه - على العدول عن كثير من أسسه ونتائجه • ولكن أيا كانت أخطاء هذا المذهب ، فيبقى أن له فضلا غير منكور في زعزعة الاعتقاد الذي كان سائدا بأن القانون هو مجرد عمل عقلي بحث ، بما سلط من أضواء على الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين القانون • فلا يتصور - في تأسيس القانون وتأصيله - اغفال هذه الحقائق ، وان يكن من الاسراف تضخيم أثرها تضخيما يحجب غيرها من العوامل والحقائق التي يساهم بها العقل كما فعل « ديجي » •

الفصل الثالث

الجمع بين فقه المدرستين المثالية والواقعية

٧٠ - ضرورة الجمع بين المدرستين

يخلص من كل ما تقدم أن الغلو والاسراف في تصور جوهر القانون هما طبع فقه كل من المدرستين المتعارضتين : المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية . ويرد هذا الغلو والاسراف قصر كل مدرسة النظر الى ناحية دون أخرى ، في حين أنه ينبغي - في تصور جوهر القانون - النظر الى الناحيتين جميعا دون الاختصار على ناحية دون أخرى . فمن وجه ، اذا كان للانسان وجود محسوس ككائن مادي يتيح اخضاع نشاطه لمنهج علمي واقعي تجريبي ، فينبغي عدم اغفال وجوده غير المحسوس ككائن روحي يستعصى على المنهج التجريبي ولا يخضع الا لما يمليه العقل - فيما وراء دائرة المشاهدة والحس - من غاية ومثل عليا . ومن وجه آخر ، فالقاعدة القانونية التي تحكم سلوك الانسان في المجتمع ، هي قبل كل شيء قاعدة تقويمية : لا تقنع بتقرير الواقع من الحياة الاجتماعية عن طريق المشاهدة والتجربة ، بل تتجاوز ذلك الى فرض واجب معين عن طريق تقويم هذا الواقع بالقياس على ما يفرضه العقل من مثل أعلى ، فالواقع وحده قاصر عن تكوين القاعدة القانونية أو تأسيسها لأن المشاهدة - ان كانت تملك تسجيل الواقع - فهي تعجز عن تقويمه ، إذ التقويم يستقل به العقل فيما وراء المحسوس .

ولذلك فتكوين القاعدة القانونية ، انما يقوم على معرفة الواقع والبصر بمقتضياته وحاجاته بصرا صحيحا عن طريق المشاهدة والتجربة ، وعلى فرض الواجب في شأن هذا الواقع وفق ما يمليه العقل من غاية أو مثل أعلى ، فيؤ

عملي علمي ، وعقلي في آن واحد . وقد غدت كثرة الفقهاء الغالية اليوم تؤيد هذا التحليل لتكوين جوهر القاعدة القانونية ، فتجميع بذلك بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية . ولقد بدأ السير في هذا الطريق وأرسى أسسه الفقيه الفرنسي العظيم « جيني » (Gény) ثم تبعه الفقه الحديث - مع خلاف يسير في التفصيل أو التقسيم - فرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصر واقعي وعنصر مثالي .

ولذلك نقسم الكلام في هذا الفصل الى مبحثين :

- المبحث الأول - في العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جيني » .
- المبحث الثاني - في عنصر الواقع وعنصر امثال في تكوين جوهر القاعدة القانونية .

المبحث الأول

العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جيني »

٧١ - تمهيد

يرجع الى الفقيه الفرنسي العظيم «جيني» (Gény) أكبر الفضل في التفرقة - بصدد تكوين القاعدة القانونية - بين الجوهر والشكل ، في مؤلفه القيم عن « العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي » (science et technique en droit privé positif) فالجوهر أو المادة الأولية (donné) ، هو ما يستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية طبقاً لمثل أعلى معين ، والشكل أو البناء (construit) . هو الصورة أو الهيئة التي تعطى لهذا الجوهر حتى يصبح صالحاً للتطبيق في نطاق العمل . وقد فضل « جيني » تسمية الجوهر أو المادة الأولية : « العلم » (la science) ، وتسمية الشكل أو البناء ، « الصناعة » أو « الصياغة » (la technique) . وقد رسخت هذه التفرقة بين

الجوهر والشكل أو بين العلم والصناعة حتى صارت اليوم من الأسس
التقليدية المسلمة في فقه أصول القانون .

وليس يعني في هذا المبحث إلا الكلام عن جوهر القاعدة القانونية أو
ما يسميه « جيني » : « العلم » . وينبغي التنبية في هذا المقام إلى أن
اصطلاح « العلم » هنا لا يقصد به « جيني » المعنى الضيق الذي يقصده
تصانير المدرسة الواقعية أي المعرفة اليقينية المستندة إلى المشاهدة والتجربة
بل أنه يقصد به المعنى الواسع ، أي كسل معرفة منطقية منهجية ، تجريبية
كانت أو عقلية . ولذلك فهو يمزج - في تصور جوهر القاعدة القانونية أو
لنصف العلم فيها - بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية فيرد هذا
الجوهر إلى حقائق بعضها تجريبي وبعضها عقلي . وهي في جملة حقائق
أربع ، الحقائق الواقعية أو الطبيعية ، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقلية
والحقائق المثالية . فتعرض لكل منها على التوالي .

٧٢ - الحقائق الواقعية أو الطبيعية (données réelles ou naturelles)

هي تلك الحقائق التي تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالناس في
الجماعة . وهذه الظروف قد تكون مادية كظروف المناخ والتربة وتكوين
الإنسان العضوي أو الجسمي . وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات
الأخلاقية أو الشعور الديني ، وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية ، أو قوى
سياسية أو اجتماعية (١) .

غير أن هذه الحقائق الواقعية لا تخلق بذاتها القواعد القانونية ، ولكنها
ترسم لها الحدود وتعين النطاق أو على الأقل تكون البيئة اللازمة لنشوتها .
ففي إذن مجرد حقائق أولية من اللازم ادخالها في الاعتبار ، إن لم يكن شيء .

(١) Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, No. 167, p. 371.

فلتثبيت الوضع الذي تعرض به مسائل القانون أو لتحديد مداها ابتداءً (١) .

فمثلا وجود جنسين من الناس : ذكر وأنثى يمكن ارتباطهما ارتباطا من نوع خاص ، يعتبر حقيقة واقعية أو طبيعية ، سير مسألة التنظيم القانوني من أجل هذا الارتباط . وإذا كانت هذه الحقيقة لا تستلزم بمفردها تحديد قواعد الزواج ، فهي على الأقل تبين فكرته . لتوضح مثلا أن هذا الارتباط - أيا كانت القواعد التي يجب أن تحكمه - لا يمكن أن يوجد بطبيعته الخاصة بين كائنين من نفس الجنس . وكذلك فإن الاختلافات العضوية أو النفسية أو المادية بين الذكر والأنثى تقود إلى التسليم باختلاف في المركز القانوني بين الزوج والزوجة في هذا الارتباط ، وهو اختلاف تسهم كذلك الظروف الاقتصادية والسياسية للبيئة الاجتماعية في التأثير فيه وتوجيهه ، بما تعمل على توسيعه أو تضيقه (٢) .

وهذه الحقائق الواقعية أو الطبيعية تخضع لطرق المعرفة الواقعية اليفينية من مشاهدة وتجربة . ولذلك فهي حقائق علمية بالمعنى الضيق الدقيق . وهذه الصفة العلمية اليفينية المنزهة عن التحكم وعن كل تنظيم فني مصطنع ، تفرض هذه الحقائق على الإرادة فرضا حتميا ، مما يجعلها شرطا أساسيا جوهريا لإنشاء القاعدة القانونية وإن لم يجعلها كافية وحدها لتبنيها والاستقلال بخلقها (٣) .

٧٣ - الحقائق التاريخية (Les données historiques)

تشمل هذه الحقائق ما تكون من قواعد تنظيم الحياة والسلوك في المجتمع . ثبتت على مر الزمن مما أكسبها صلابة وقوة واحتراما ، جعلت منها

(١) Gény. op. cit., No. 167, pp. 371, 372.

(٢) Gény. op. cit., No. 167, pp. 372, 373.

(٣) Gény. op. cit., No. 167, p. 373.

تاريخا مكتسبا لا يمكن اغفاله أو التحلل منه كليا في تكوين القانون (١) .
وهذا التراث التاريخي من الاوضاع القانونية ، لا يكون - كالحقائق الواقعية -
من عناصر مادية أولية سلبية ، بل يتضمن قواعد متكونة جاهزة صالحة
لتوجيه نشاط الأفراد في المجتمع (٢) .

فاتحاد أو ارتباط الجنسين مثلا ، يبدو لنا اليوم - باستقراء الحقائق
التاريخية وحدها - في شكل الزواج ، أى في شكل نظام محكم الشروط
والآثار - على اختلاف في ذلك بحسب الزمان والمكان - وخاضع دائما لرقابة
سلطة اجتماعية دينية كانت أو مدنية مما يسبغ عليه صفة شرعية . فمثل
هذا النظام يبدو اذن نتيجة لعامل المدة الذي يضاف الى الحقائق الواقعية
فيكسبها قوة وهيبة .

فمن المحال اذن اغفال دور الحقائق التاريخية في تكوين القانون . اذ
يقوم على أساسها كل اصلاح أو بناء قانوني جديد . فهي نتيجة خيرة تولدت
عن طول التجربة مما يجعل لها حجية مسلمة ، ليست بالمطلقة ولا الدائمة ،
ولكنها حجية مؤقتة ، لا تصد عن التطور وان تكن تعصم من الاندفاع أو
التهور (٣) .

وهذه الحقائق التاريخية حقائق علمية بالمعنى الصحيح ، فالتاريخ ليس
سوى التجربة التي مرت بها الانسانية فيكون اشرافه في معرفه وتسجيته الى
مجرد المشاهدة . والحقائق التاريخية بذلك تكون قادرة على اعطاء القانون
أساسا راسيا ، فبعض الأنظمة القانونية الرئيسية ، كنظام الملكية الفردية
الذي ما زال أساسه العقلي محل خلاف كبير ، تجد سندها في التطور التاريخي
الذي خرجت منه (٤) .

Gény. op. cit., No. 168, p. 376. (١)

Gény. op. cit., No. 168, p. 377. (٢)

Gény. op. cit., No. 168, p. 378. (٣)

Gény. op. cit., No. 168, p. 379. (٤)

٧٤ - الحقائق العقلية (Les données rationnelles)

لا تكفى الحقائق الواقعية ولا الحقائق التاريخية لوضع القواعد اللازمة لتوجيه سلوك الأفراد في المجتمع توجيهها مقنعا . فمثل هذا التوجيه ، الذي يخضع لحكم الارادة العاقلة للإنسان ، لا يمكن انتماسه أو استخلاصه من حقيقة الواقع أو من حجية التقيد وحده . وإنما هو يلتبس في أفق أعلى حيث يعمل العقل على ملائمة حقائق الواقع والتاريخ وموافقتها على ما يفرض من غاية للقانون (١) . ومن أجل ذلك تسهم الحقائق العقلية بالنصيب الأكبر المرجع في تكوين جوهر القاعدة القانونية .

وهذه الحقائق العقلية تكون عند جيني الجوهر الأساسي لفكرة القانون الطبيعي ، أي قواعد السلوك التي يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان ومن اتصاله بالناس في المجتمع . وهي بوصفها تفرض على العقل أو الذهن وتوافق مفضليات الأشياء ، تكون محتومة كما تكون عالمية ثابتة (٢) .

ورغم أن الحتمية التي تحكم هذه الحقائق ليست مادية - كما هو الشأن بالنسبة للحقائق الواقعية - بل معنوية محض ، فهي أهل - نظرا الى موضوعها - لتكوين القانون الطبيعي بالمعنى الصحيح ، وبصفاته الخاصة المعترف بها من ثبات وعالمية وخلود . ولكن « جيني » يفضل تسميتها بالحقائق العقلية منعا لما قد يشتره تسميتها بالقانون الطبيعي من خلط في الأذهان ، ولأن العقل هو الأداة المستعملة في استخلاصها . ورغم ذلك ، فهي تظل تعنى تلك المبادئ التي يستخلصها العقل لحقائق الواقع والتاريخ ، في سبيل توجيه سلوك الأفراد في المجتمع . ولكنها - حتى تحتفظ بقيمتها الكبرى في تكوين القاعدة القانونية - ينبغي ألا تتضمن من المبادئ أو القواعد إلا ما يظهر العقل أن طبيعة الإنسان تفرضه فرضا محتوما دون بسطها على غيرها من المبادئ التي تخص مطامع أو نزعات مثالية . فالحقائق العقلية إذن تتضمن

(١) Gény, op. cit., No. 100, p. 380.

(٢) Gény, op. cit., No. 100, p. 381.

المبادئ الضرورية لا الكمالية (١) .

فطبيعة الانسان - كما يفسرها العقل - نحن منلا عدم اعطاء الارتباط بين الجنسين صفة الشرعية المنشئة لاسرة معترف بها اجتماعيا ، الا لذلك الارتباط الثابت المستمر الناشئ عن الرضى والاتفاق ، بقصد سيطرة الانسان على أهوائه ارضاء للخلق السامى ، وبنية رعاية وتربية ما قد ينتج عن هذا الارتباط من أولاد(٢) . فليس لمجرد الارتباط المؤقتى أو العابر بين الجنسين اذن - فى منطق الطبيعة والعقل - أية صفة شرعية .

ولكن الحقائق العقلية لا تجاوز مثل هذا الفذر الضرورى المعتبر حدا أدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا تدخل فيها مثلا فكرة وحدة الزوجة ولا أبدية الزواج وعدم قابليته للانقضاء ، ولا تحريم الزواج ببعض الأقارب من غير الأصول أو الفروع . فانه وان تكن مثل هذه المبادئ جديرة بالنظر والاعتبار لما تصدر عنه من سمو فى التفكير الأخلاقى وأهلا لتصبح بذلك ضمن قواعد الزواج القانونية ، الا أنها تظل دائما فى نطاق المثل العليا ، مما يتعذر معه ادماجها ضمن الحقائق العقلية بمعناها الدقيق . فالحقائق العقلية بطبيعتها انما تقتصر على النطاق الضرف للعقل ، فلا تتضمن الا القواعد التى يستخلصها العقل دون منازعة من طبيعة الانسان وطبيعة الحياة فى المجتمع(٣) .

ويعترف جينى للحقائق العقلية بصفة علمية - لا بالمعنى الدقيق - ولكن بالمعنى الواسع المعبر عن كل نشاط أو جهد عقلى تفكيرى ، ينفذ الى جوهر الأشياء بوسائله المسلمة الخاصة فى المعرفة دون الوسائل المنازع فى قيمتها ، وبذلك تتمكن هذه الحقائق العقلية من أن تضع من القواعد ما تفرضه فرضا

(١) Gény, op. cit., No. 169, pp. 381, 382.

(٢) Gény, op. cit., No. 169, p. 382.

(٣) Gény, op. cit., No. 169, pp. 381, 382.

جازما يعادل جزئه وحتمه الحتم المادى الملازم للحقائق الواقعية أو الطبيعية .
وان أمكن مع ذلك تصور جعدها وانكارها فى الواقع . ومن هنا ، تكون لها
الغلبة على الحقائق التاريخية ، وتصلح كأساس لنحقات المثالية التى تستهدف
الكمال بها (١) .

٧٥ - الحقائق المثالية (données idéales)

يستطرد « جينى » فيذكر أنه ينبغى الاعتراف - الى جنب الحقائق
الأساسية - بنوع آخر من الحقائق يجمع ويركز كل الآمال والمطامع الانسانية
فى التقدم المطرد للقانون ، وخارج نطاق التنظيم القانونى الذى تفرضه حقائق
الحياة الواقعية أو مقتضيات العقل المستنير بتجارب التاريخ تبدو جملة
اعتبارات مادية أو نفسية أو أخلاقية أو دينية أو اقتصادية أو سياسية لا تقرر
قواعد سلوك جديدة . ولكنها تتضمن بعض الانجاهات والنزعات المثالية أو
الكمالية للنظام القانونى والعلاقات القانونية . فهذه حقائق مثالية محض ،
لا تعبر عن وقائع محسوسة ، ولا عن قواعد عقلية مفروضة بالضرورة ،
ولا عن تراث تاريخى مكتسب ، ولكن عن رغبة فى التقدم والسمو ونزعة الى
تحقيق بعض المبادئ الكمالية زيادة على ما يفرضه العقل من مبادئ
ضرورية . فهذه الحقائق انما تعبر اذن عن مجرد اتجاهات نحو تنظيم
مأمول للعلاقات القانونية ، تفرضها وتحددها المدنية والشعور العام فى
الجماعة (٢) .

ومن أمثلة هذه الحقائق المثالية مبدأ وحدة الزوجة ، وأبدية الزواج
بامتناع انحلاله عن طريق إطلاق . فمثل هذه اخقائق لا يفرضها العقل
كضرورة لازمة محتومة ، ولكنها مجرد تصور كملى لنظام الزواج . فليس
بنش العقل فكرة تعدد الزوجات ، ولا فكرة الطلاق ، ولكن نزعة الكمال تقضى
بالاكتفاء بزوجة واحدة وبدوام رابطة الزوجية قائمة لا يحلها الا الموت .

(١) Gény, op. cit., No. 169, p. 384.

(٢) Gény, op. cit., No. 170, pp. 384, 385.

وكون مثل هذه الحقائق المثالية لا تمثل مقتضيات عقلية مطلقة . وإنما مجرد أمانى أخلاقية أو اجتماعية للمدينة في الجماعة لا يجعل لها صفة عليية أو خالدة (١) كما هو الشأن بالنسبة للحقائق العقلية ، التي لها من إطلاقها وموضوعيتها ما يضمن لها العالمية والثبات والخلود . ومن هنا كانت الحقائق المثالية مختلفة باختلاف الزمان والمكان ، فلكل جماعة حقائقها المثالية الخاصة بها .

ولئن كانت هذه الحقائق المثالية تفرض الى حد ما على الذهن ، وتبقى بذلك في عداد الحقائق المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، إلا أن من العسير إعطاؤها بوجه عام صفة علمية بحتا . فهي لا تأتي من معرفة عقلية ولكن من تلك القوى غير الواضحة التي تندرج تحت اسم الإيمان أو العاطفة والتي تحدد بطريقة غامضة - وإن تكن مؤكدة - ما يوجد لدى أفراد الجماعة من معتقدات وإرادات مشتركة ، مما يضاف على هذه المعتقدات والإرادات صفة موضوعية كافية .

وليس المقصود بذلك هو الرأي العام ، تلك القوة العمياء غير الواعية التي قد تندفع الى ضلال تحت تأثير شعور معين . وإنما المقصود هو تلك القوى التي تكمل نقص الحقائق العقلية أو تيسر من جفافها وصرامتها ، مما يجعلها محلا لعقيدة شاملة كضرورة للكمال بالقواعد التي تكشف عنها الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية (٢) .

وغنى عن البيان أن الحقائق المثالية لا تتمتع بنفس الحجية التي تتمتع بها الحقائق العقلية المقامة على أساس من الواقع وضوء من التاريخ ، ولكنها على أي حال تقوم بدور أساسي لا يمكن اغفاله في تكملة هذه الحقائق الأخيرة . بل هي - فضلا عن ذلك - تؤدي الى التخفيف من صرامة النتائج التي قد يفرضها العقل ، والكمال بها ، وتقريب الحياة الاجتماعية من العدل الأسمى الذي تفرضه مطامع الانسان الواسعة المتطورة . وهي قد تتيح كذلك تغيير

Gény, op. cit., No. 170, p. 387. (١)

Gény, ibid. (٢)

بعض النظم التي تؤخذ على أنها نظم يفرضها العقل ، والتي لم تعد تساير درجة التقدم والمدنية التي بلغتها الجماعة (١) .

٧٦ - الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق

تلك هي الحقائق الأربع التي يراها « جيني » مكونة لجوهر القاعدة القانونية . ولكنه يفاضل بين هذه الحقائق ، فيجعل الحقائق العقلية هي أهمها جميعا . اذ الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية - كأساس محكم لكل الجوهر - لا تتطلب الا أن تسجل بالمشاهدة والتجربة ، دون حاجة الى نشاط ذهني أو شخصي . والحقائق المثالية لا تتدخل الا للسمو بالقواعد التي يفرضها العقل مستنيرا بالواقع أو التاريخ . وعلى هذا النحو ينتهي جيني الى اثبات الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق ، فيعتبر أن القاعدة القانونية هي أساسا عمل عقلي ، والحقائق العقلية هي التي توقفنا على فكرة العدل التي تعين على اقامة النظام والأمن في الحياة الاجتماعية (٢) .

والخلاصة مما تقدم أن « جيني » يجعل الغلبة للحقائق العقلية ، فهي عنده الأساس الجوهري للقاعدة القانونية . وهذه الحقائق تعتمد على بعض الحقائق الواقعية أو الطبيعية . والحقائق العقلية والواقعية لا تثبت في الحياة الاجتماعية الا بفضل نمو تاريخي يسلكها في سلك التطور الاجتماعي . وهذا التطور لا يتم الا تحت تأثير مثل أعلى يسمو بالطبيعة والواقع ، ويخفف من صرامة مسلمات العقل .

(١) فمثلا يقضى العقل بأن مناهج التعويض عن الضرر هو وجود خطأ في جانب من تسبب في أحداث هذا الضرر . ولكن اطلاق هذه الحقيقة العقلية يؤدي في بعض الحالات الى نتائج ظالمة . فبعد انتشار الصناعة كثرت اصابات العمال نتيجة استعمال الآلات ، وكان من المتعذر على العمال غالبا اثبات خطأ من جانب رب العمل أو صاحب المصنع ، مما انتهى الى ترك العمال المصابين دون تعويض عما كان يلحقهم من ضرر الاصابة . فهنا تدخلت نزعة العصر المثالية نحو توزيع المخاطر على أساس من تعاون الجميع في الحياة الاجتماعية ، للتخفيف من وطأة تلك النتيجة الظالمة بضمان حصول العمال على تعويض عن اصاباتهم ، دون ضرورة ثبوت خطأ في جانب رب العمل (Gény, op. cit., No. 170, p. 388).

(٢) Gény, op. cit., No. 171, pp. 389, 390.

فالأساس اذن هو الحقائق العقلية التي تدخل في اعتبارها الحقائق الواقعية أو الطبيعية . ومن هنا ، يفهم منطق « جيني » ، في استلزام وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية أى في استلزام وجود قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الاشياء التي يعتبر الانسان جزءا منها ترتفع على ارادات الأفراد وأهوائهم ، وتفرض نفسها عليهم بما لها من قيمة موضوعية ثابتة سامية حتى لا يجدوا مناصا من الخضوع لها (١) .

البحث الثاني

عنصر الواقع وعنصر المثال في تكوين القاعدة القانونية

٧٧ - ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والمثال معا

أول ما يراعى بشأن الحقائق الأربع المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جيني » ، هو أنه يعطيها صبغة علمية ليست لها كلها . فهو نفسه يعترف بأن من المسير اعتبار الحقائق المثالية حقائق علمية اذ هي انما تتولد من قوى مبهمة غير واضحة كالعاطفة والايمان . وهو لا يصل الى اعطاء الحقائق العقلية الصفة العلمية الا بمجاوزة المعنى الدقيق لاصطلاح « العلم » ، وبسطه الى كل معرفة منطقية صحيحة ، دون تقييد بأن تكون معرفة تجريبية . ومن هنا ، فلا يبقى من حقائق الواقع ما تكون له صفة علمية بالمعنى الاصطلاحي الدقيق الا النوعان الآخران من الحقائق أى الحقائق الواقعية (أو الطبيعية) والحقائق التاريخية ، فهذه حقائق تجريبية محض تعرف وتسجل بمجرد المشاهدة .

هذا فضلا عن أن من المسير التفرقة بين الحقائق الواقعية وبين الحقائق التاريخية . فلا تعدو الحقائق التاريخية أن تكون مجرد حقائق واقعية ، اذ هي تراث تاريخي قد اكتسبته الجماعة على مر الأجيال ، حتى صار ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها . وكذلك الشأن في التفرقة بين الحقائق العقلية والحقائق

المثالية ، فالثانية انما تستخلص تدريجيا من الأولى تبعا لاطراد نرعة الكمال والتقدم (١) .

كل ذلك يدعو الى البصر بالمعيار الذى يجب أن يرد اليه تحليل عناصر المساعدة القانونية ، وتحديد ما يتخلف أو يتوافر لهذه العناصر من صفة علمية بالمعنى الدقيق . ومن هنا ، يمكن اختزال حقائق « جينى » الأربع الى نوعين اثنين من الحقائق :

١ - حقائق علمية تجريبية ، تخضع للمنهج التجريبي البحث ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية على السواء .

٢ - حقائق عقلية تفكيرية ، يستخلصها العقل فيما وراء المشاهدة والمحسوس ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق العقلية والحقائق المثالية .

وهذان النوعان من الحقائق انما يعبران عن طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها . فالقاعدة القانونية - كما سبق البيان - انما هي تكليف بواجب ، ولا يمكن تعيين الواجب الا عن طريق تقويم الواقع . أى أن القاعدة القانونية انما تفترض أولا واقعا يراد تعيين ما يجب منه وما لا يجب ، وثانيا تقويما لهذا الواقع بالقياس على مثل أعلى ، تقويما يتعين به الواجب فى شأن هذا الواقع . اما الواقع فيعرف بالمشاهدة والتجربة اذ يدخل فى نطاق المحسوس أى يخضع فى تعرفه لمنهج علمى تجريبى دقيق ، ولذلك فهو الذى يمد القاعدة القانونية بالحقائق العلمية التجريبية . واما التقويم فلا يتصور الا بالقياس على مثل أعلى يعتبر غاية من ذاته ، والمثل الأعلى لا يستخلص من المشاهدة ولا من التجربة فهو من عالم ما وراء المحسوس يستخلص بالعقل ، مما يضيف - الى الحقائق العلمية التجريبية - حقائق أخرى عقلية تفكيرية .

(١) Emmanuel. L'idée du droit, Essai sur quelques conceptions contemporaines, 1937, p. 112.

فالقانون اذن ليس عملا علميا بحثا كما تذهب الى ذلك المدرسة الواقعية ، ولا هو عمل عقلي تفكيرى بحث كما تذهب الى ذلك المدرسة المثالية . ولكنه عمل مزدوج مختلط : هو عمل علمي ، اذ يحتاج أولا الى تقرير الواقع من الحياة الاجتماعية تقريراً علمياً على ضوء المساعدة والتجربة . وهو عمل عقلي ، اذ يحتاج الى تقديم هذا الواقع - خارج نطاق المحسوس - تقويماً عقلياً بالقياس على مثل أعلى هو العدل ، وهذا التقويم هو الذى يمكن من فرض الواجب على الأفراد أى من تعيين مضمون القاعدة القانونية ، والتقويم عمل يدخل فى باب الفن . ولهذا جرى القول بأن القانون « علم » (science) حين يقرر الواقع ، و « فن » (art) حين يقوم الواقع (١) . ولكن دور الفن فى القانون أكبر من دور العلم ، اذ الأساس هو التقويم ، وان يكن التقويم لا يستغنى عن الواقع لانه يرد عليه .

ومن هنا ، نستطيع أن نرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصرين : عنصر العلم وعنصر الفن ، أو عنصر الواقع Le réel وعنصر المثال L'idéal . فنعرض فيما يلى لكل من هذين العنصرين فى مطلب على حدة .

المطلب الأول

العنصر الواقعى التجريبي أو حقائق الحياة فى الجماعة (٢)

٧٨ - تمهيد

قلنا ان معرفة جوهر القاعدة القانونية يتطلب أولاً تحليل عناصر الحياة فى الجماعة لاضهار مختلف الحاجات التى ينبغى من عد اشباعها بما يحقق المثل

(١) انظر فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 17. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 33.

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 18, pp. 163 - 170. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 79 - 90. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 34.

الأعلى للمعدل . فينبغى البصر اذن بحقيقة الظواهر الاجتماعية (faits sociaux) ، وهو ما لا يتأتى الا باتباع منهج تجريبي علمي بحث ، اى باخضاع هذه الظواهر الاجتماعية للمشاهدة والتجربة ، فهى ظواهر تشبه الظواهر المادية من حيث خضوعها لقانون السببية . فحقائق الحياة فى الجماعة أمر من العبث اذن اغفاله عند وضع القاعدة القانونية . وهذه الحقائق يمكن ردها الى عوامل كثيرة نذكر أهمها فيما يلى :

٧٩ - العوامل الطبيعية (Les facteurs naturels)

هى عوامل تتصل بالطبيعة بوجه عام ، سواء كانت طبيعة المجتمع او طبيعة الانسان . فتحدد سن الأهلية للزواج مثلا يتوقف كثيرا على طبيعة المناخ فى المجتمع ، اذ يتم النضج الجسمى والجنسى فى سن مبكرة أو متأخرة تبعا لطبيعة جو كل مجتمع . وتبعاً لكثرة أو قلة النسل ، ولازدياد ثروة الجماعة أو فقرها ، تحدد كل جماعة سياستها بشأن اعطاء الأجانب جنسيتها فتتجمع التجنس أو تحد منه .

وتبعاً لموقع المجتمع ، يزداد الاهتمام بوضع نوع معين من القواعد القانونية يحتمه هذا الموقع . فمجتمع يوجد فى جزيرة ، أو تحده سواحل وشواطئ ، يضطر الى التجارة عبر البحار مع غير من المجتمعات ، فيظفر فيه القانون التجارى البحرى بحظ عظيم (١) .

وكذلك فثمة قواعد قانونية تترتب على ظاهرة الميلاد وظاهرة الموت التى يخضع لها الانسان . فشخصية الانسان تبدأ مثلاً بتمام ولادته حياً ، وتنتهى بموته ، والميلاد يكسب الشخص اسماً ولقباً معيناً ، وغالباً ما يكسبه جنسية معينة . والموت تترتب عليه الحاجة الى قواعد تنظم الارث والوصية ، فتنتقل أموال المتوفى طبقاً لهذه القواعد الى الورثة أو الموصى لهم .

٨٠ - العوامل الاقتصادية (Les facteurs économiques)

تعتبر العوامل الاقتصادية من أهم حقائق الحياة في الجماعة ، التي ينبغي الإحاطة بها عند وضع القواعد القانونية ، إذ أن حاجات الأفراد الاقتصادية من إنتاج واستهلاك وتداول وتوزيع تحتاج الى تنظيم قانوني معين . وقد غدت العوامل الاقتصادية في العصر الحديث أكبر أثرا في القانون عن ذي قبل ، فنمو واتشاء بعض فروع النشاط الاقتصادي أدى الى ظهور أو تغيير بعض القواعد القانونية . فازدياد أهمية الضمان أو التأمين والنقل مثلا ، دعا الى الاهتمام بوضع قواعد مفصلة محكمة لعقود الضمان أو التأمين وعقود النقل . وتجميع رؤوس الأموال في الصناعات في الوقت الحاضر ، أدى الى ازدياد الاهتمام بالنظام القانوني للشركات المساهمة (١) . وانتشار الصناعة منذ أواخر القرن الماضي ، أدى الى نشوء طبقة العمال نتيجة لتجمعهم في مناطق الصناعات ، مما دعا الى اعطائهم حق تكوين نقابات تدافع عن مصالحهم ، وحق الاضراب لتحقيق مطالبهم ، وكثرة ما صدر من تشريعات العمل لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال تنظيما يكفل التوازن بين هاتين القوتين .

وظهور المذاهب الاشتراكية وانتصارها في كثير من الدول كان له أثر بالغ في تطوير اقتصادياتها ، مما دفع المشرع فيها الى إلغاء الملكية الخاصة لكل أو بعض وسائل الإنتاج والى ابتداع فكرة تأمين انشروعات الاقتصادية وخلق قطاع عام في الإنتاج .

غير أنه ينبغي عدم الاسراف في تضخيم أثر العوامل الاقتصادية في تكوين القانون ، أو جعلها هي العامل الأساسي في هذا التكوين ، بحيث تتبعها وتخضع لها بقية العوامل الأخرى . فالقانون ليس مجرد تنظيم للاقتصاد في الجماعة ، إذ لا تقوم الحياة الاجتماعية على اشباع الحاجات المادية

بأفراد فحسب ، فضلا عن أن القانون لا يخضع للعوامل والقواعد الاقتصادية
خضوعا محتوما ، بل هو يهيمن عليها بما يضمن موافقة الاقتصاد لفكرة
العدل^(١) .

٨١ - العوامل السياسية والاجتماعية Les facteurs politiques et sociaux

يقصد بذلك الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع ، دون
تعرض لقيمتها ، فنحن بعد في مجال تسجيل الواقع لا في مجال تقيمه .
ولذلك فمعرفة ما يوجد في المجتمع من أفكار سياسية واجتماعية ، هي معرفة
تجريبية بحثة تقوم على المشاهدة ، أي معرفة علمية بالمعنى الاصطلاحي
الدقيق ، مما يدخلها ضمن حقائق الحياة في الجماعة ، أي ضمن العنصر
الواقعي لا المثالي للقاعدة القانونية .

والواقع أن كثيرا من الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة أسهمت
بنصيب كبير في خلق بعض النظم القانونية ، فالأفكار الاجتماعية التي كانت
سائدة في القديم خلقت نظام الرق ، وجعلت الناس طائفتين : طائفة الأحرار ،
وطائفة الرقيق . والأفكار السياسية والاجتماعية التي كانت سائدة في
انقرون الوسطى ، خلقت نظام الاقطاع وأقامت على أساسه جملة القواعد
القانونية . وكذلك فإن المعتقدات الطبقية التي كانت سائدة قبل العصر
الحاضر ، فصلت كل طبقة عن الأخرى فصلا تاما ، ودعت طبقة الأشراف
خاصة الى تحصين نفسها ضد كل دخيل عليها ، فوجدت قواعد قانونية
تحصن الارث في ابن الأسرة الأكبر ، وتحرم البنات من الارث حتى لا تذهب
أموال الأسرة الى أزواجهن ، وقد يكونون من انطبقات الأخرى . وكذلك
وجدت قواعد قانونية لتأكيد الفصل بين الطبقات وضمان عدم اختلاطهم
بالتزاوج ، فقيد انعقاد الزواج في كثير من الأحيان بضرورة ترخيص الوالدين
به ، حتى بالنسبة لمن جاوز سن الرشد من الأولاد^(٢) .

(١) في هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 112.

Roubier, op. cit., No. 18, p. 109. (٢)

ومن الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية . ما كان له أكبر الأثر في حياة الأمم وتغيير نظمها القانونية . فظهرت مع الثورة الفرنسية في أواخر انقصر الثامن عشر معتقدات الحرية والاخاء والمساواة . وقد أسهمت هذه المعتقدات بنصيب كبير في بناء النظام القانوني لفرنسا الحديثة . وظهرت مع الثورة الشيوعية في روسيا معتقدات سيادة الطبقة العاملة والغاء باقي الطبقات . وعلى أساسها قام نظام الحكم هناك . وانحصر في الحزب المنسل لهذه المظلة . وما زالت سائدة في الولايات المتحدة الأمريكية وفي جنوب أفريقيا الى اليوم بعض معتقدات خاصة بالتمييز بين البيض والملونين من الأفراد ، مما ينعكس أثره على بعض قواعد القانون هناك ، وتبدور فكرة الاشتراكية العربية في الجمهورية العربية المتحدة أخيرا قد خلق معتقدات جديدة تتعلق بضرورة التخطيط في الاقتصاد وبالكفاية في الإنتاج مما دعا الى تأميم كثير من المشروعات الاقتصادية ومساهمة الدولة في بعضها وخلق قطاع عام يسيطر على الإنتاج في الدولة ، وخلق معتقدات أخرى تتعلق بالعدالة الاجتماعية وتذويب الفوارق بين الطبقات سواء عن طريق فرض حد أقصى لملكية الأراضي الزراعية وتوزيع الزائد عليه وتمليكها لصغار الفلاحين . أو عن طريق تقليل الفوارق بين دخول الأفراد بفرض ضرائب تصاعدية عالية على اندخول وعلى العقارات المبنية وبتحديد حد أعلى للمرتبات وازيادة دخول العمال باشتراكهم في الأرباح .

كل هذه الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع -والتي تختلف طبيعتها بحسب الزمان والمكان - لا يمكن اغفال أثرها في تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك ينبغي الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة عن طريق المشاهدة والتجربة . وليس معنى ذلك أن القاعدة القانونية تخضع لكل ما قد يوجد في المجتمع من مثل هذه المعتقدات والأفكار . بل هي توافقها على المثل الأعلى للعدل ، وتخضعها لحكمه ، وكثيرا ما تضطر الى محاربتها ، حين يبدو تناقضها واضحا مع تحقيق العدل ، الذي هو غاية القانون .

٨٢ - العوامل الدينية والتقاليد

MORALE

يقصد بذلك التقاليد الدينية والأخلاقية السائدة في الجماعة ، أو التيارات الدينية والأخلاقية الجارية فيها . فمثل هذه التقاليد والتيارات ، تعتبر في مقدمة حقائق الحياة في الجماعة ، التي تعدد وتوجه حاجاتها . ومن ثم لا يمكن اغفال أثرها في تكوين القواعد القانونية ، وإن يكن هذا الأثر يتفاوت ويختلف باختلاف الجماعات .

فلا حاطة بمثل هذه التقاليد والتيارات أمر لازم إذن لتعرف حاجات الجماعة ورغباتها بشأن التنظيم القانوني . ولكن أيا كان ما تتمتع به مثل هذه التقاليد والتيارات الدينية أو الأخلاقية من قوة الواقع ، فليس يفرضها الواقع فرضا محتوما كقواعد قانونية واجبة ، وإنما يبرزها ويقدمها بين يدي المثل الأعلى للعدل ، الذي يخضعها - من بعد - لحكمه .

وقد كان للتقاليد الدينية أثر كبير في تعدد جهات الاختصاص القضائي في الدول العربية ، وفي تحديد المقصود بإصطلاح « الأحوال الشخصية » ، فيها ، تحديدا واسما يبسطه على كثير من الأوضاع التي تعتبر بحسب طبيعتها من الأحوال العينية أو المالية ، كالوقف والميراث والوصية والنفقة ، واخضاعها تبعا لذلك لجهات القضاء الديني المختلفة بحسب ديانة المحصوم .

وكذلك فقد كان للتقاليد الدينية والأخلاقية ، أثر بارز في تحريم الطلاق في قوانين الدول الغربية الى وقت قريب . ثم ضعف أثرها غير قليل ، فأبيح الطلاق في أكثر هذه الدول . ولكن الأمر لم يصل فيها الى حد اغفال ما بقي لهذه التقاليد من قوة وأثر في النفوس ، فظل حبيس هذه التقاليد ، بحكمه كثير من الإجراءات والقيود .

٨٣ - العوامل التاريخية

Les facteurs historiques

يقصد بها التجارب التي مرت بها الجماعة ، ومرت بها نظمها القانونية وهي بهذا الوصف - كخبرة صقلها الزمن - تدخل في الاعتبار عند تكوين القواعد القانونية ، بل يكون لها - في بعض الأحوال - دور مرجع في

فإن هذا التكوين كما سبق الإشارة إلى ذلك مع مثل

فدور العوامل التاريخية إذن ، في تكوين القواعد القانونية ، دور غير
مكور ، ولكن من الأسراف الادعاء - كما يفعل المذهب التاريخي - ببناء
القواعد القانونية على أساس تاريخي بحث .

المطلب الثاني

العنصر المثالي أو المثل الأعلى للعدل (١)

٨٤ - تمهيد

لا نكتفى حقائق الحياة في الجماعة لتكوين القاعدة القانونية . لأن هذه
الحقائق ليست إلا مجرد حقائق واقعة ، والقاعدة القانونية هي تكليف
بواجب ، ونيس كل ما هو واقع واجب . من أجل ذلك ، ينبغي لهذه الحقائق
- حتى تصبح واجبة ، أي حتى تصلح لتكوين قاعدة قانونية - أن تلحقها
قيمة معينة تبرر هذا الوجوب . وهذه القيمة تتحدد بعيداً عن كل تجربة
أو مشاعرة حسية . بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل هو العدل .

ومن هنا كان لا بد لتكوين القاعدة القانونية من عنصر مثالي فوق
العنصر الواقعي . فإخضاع الواقع للمثل الأعلى وهو العدل . وموافقة عليه ،
يعطيه صفة الواجب أي يجعله قانونياً .

ولكن ما هو المثل الأعلى للعدل ، أو ما هي فكرة العدل في ذاته ؟ . ذلك
العدل الذي خاض فيه منذ قديم فلاسفة اليونان وفقهاء الرومان والمبرزون

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 94 - 108; Théorie
générale du droit, Nos. 217 - 262. — Duguit, Traité de droit constitu-
tionnel, t. I, 3e éd., 1927, No. 11. — Génys, Science et Technique, t. II,
Nos. 171 - 174. — Hauriou, Aux sources du droit, pp. 43 - 71. — Réglade,
op. cit., pp. 45, 46, 50, 55. — Roubier, op. cit., Nos. 19, 26. — Senn,
op. cit., pp. 1 - 54.

من رجال الكنيسة في المصور الوسطى ، حتى جرت أقلام الفقهاء في العصر الحديث على أنه من عناصر تكوين القاعدة القانونية ؟ *

الواقع أن العدل - فيما ثبت عليه من معنى قديم - هو إحدى الفضائل التي تتلخص في إعطاء كل واحد حقه ، أو ما هو واجب له (١) . وهو بذلك يتضمن فكرة المساواة بمعناها العام ، إذ بذلك يتساوى كل ذي حق في المطالبة بحقه ، واقتضاء ما يجب له . وليس ينكر أحد على العدل مثل هذا المعنى . ولكن تعريفه على هذا النحو ، يكاد - لفرط عمومته وإطلاقه - يقصر عما ينبغي له من ضبط وتحديد واحكام . وإن يكن من العسير - في أمر يبلغ من التجريد مثل ما تبلغه فكرة العدل - العثور على تعريف محكم جامع مانع .

من أجل ذلك ، تنبغي الاستعانة - في سبيل توضيح فكرة العدل - ببيان ما قد يكون للعدل من صور مختلفة . وهو ما حاوله الفلاسفة والفقهاء - الأقدمون منهم والمحدثون - حيث قسموا العدل وردوه إلى صور ثلاث تختلف باختلاف أطرافه ، واختلاف الشخص الذي يجب له العدل : فتم عدل يسود علاقات الأفراد ، فيجب للفرد على الفرد ، هو « العدل التبادلي » . وتم عدل يسود علاقة الفرد بالجماعة ، وهو اما عدل يجب للفرد على الجماعة فيسمى « العدل التوزيعي » . واما عدل يجب للجماعة على الفرد فيعرف باسم « العدل الاجتماعي » . فنعرض بإيجاز لكل من هذه الصور الثلاث فيما يلي :

٨٥ - العدل التبادلي (La juste commutative) (٢)

يقصد بالعدل التبادلي ذلك العدل الذي يسود علاقات الأفراد ، فيجب

(١) انظر ما جاء في مدونة « جوستينيان » من أن « العدل (هو) حمل النفس على إتيان كل ذي حق حقه ، والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار » (عبد العزيز فهمي ، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني ، ص ٥) .

(٢) راجع في ذلك :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 101 - 105, Théorie générale du droit Nos. 229 - 231. — De La Grossaye et Laborde-Lacosta, op. cit., No. 62. — Duguit, op. cit., t. I No. 34, p. 122. — Roublier, op. cit., No. 21, pp. 191 - 194; No. 28, pp. 235 - 280.

للفرد على الفرد . وهو عدل يقوم على أساس من المساواة الشاملة الكاملة .
اذ ما دام للأفراد جميعا نفس الطبيعة - لأن كلا منهم انسان كالأخر -
فلا يتصور أن تقوم العلاقات بينهم الا على قدم المساواة مساواة حسابية بحيث
لا عبرة فيها بصفات الأفراد أو اختلاف شخصياتهم .

والأصل في العدل التبادلي عند القدماء ، أنه كان مقصورا على علاقات
الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع والخدمات ، والتي تولد
التزامات متقابلة بين أطرافها . فكان العدل يعنى وجود مساواة كاملة بين
السلع والمنافع والخدمات المتبادلة . وهو ما يخول لكل طرف الحق فى مطالبة
الأخر بالالتزام الواقع عليه قبله فى شأنها واقتضاء الوفاء بهذا الالتزام ،
فالمشتري يقتضى من البائع مثلا تسليم المبيع اليه ، وفى مقابل ذلك يقتضى
منه انبائع دفع الثمن ، والفرض أن الثمن يساوى قيمة المبيع .

ولكن العدل التبادلي لم يكتف محصورا فى هذا النطاق الضيق من
العلاقات التعاقدية ، بل جاوز هذا النطاق الى كل ما ينشأ بين الأفراد من
علاقات أيا كان مصدرها ، بحيث تقوم هذه العلاقات على أساس المساواة
الشاملة المطلقة . ومن هنا ، فكل علاقات الأفراد ينبغى أن تقوم على العدل ،
بمعنى أنها ينبغى أن تقوم على أساس تساوى الأفراد باعتبارهم أفرادا .
وهذا التساوى يقتضى من الأفراد احترام كل منهم لحق الآخر ، اما باعطائه
نه ، واما بالامتناع عن الاعتداء عليه .

فما هو حق كل فرد الذى يكون احترامه العدل بين الأفراد ؟ . هذا
الحق هو ما يخص كل فرد ابتداء أو اكتسابا .

أما ما يخص كل فرد ابتداء فهو وجوده أو كيانه المادى والنفسى .
وعلى ذلك فليس من العدل أن يعتدى فرد على كيان فرد آخر ، فينتقص من
هذا الكيان بأى شكل كان من أشكال الاعتداء أو الانتقاص ، لأنه حينئذ يأخذ
لنفسه ما يخص غيره وما لا يخصه هو فيكون ظلما . فمن الظلم إذن اعتداء

فرد على جستم آخر بالضرب أو القتل ، أو على سمعته بالاهانة أو السب أو القذف ، أو على حريته بالاستعباد والاسترقاق .

وأما ما يخص الفرد اكتساباً فهو ما يكتسبه من بعد ويضيفه الى نفسه كشيء خاص به ، اما استقلالاً كاستيلائه على شيء سائب لا مالك له ، وأما نتيجة ما قد يقوم بينه وبين غيره من الأفراد من علاقات ارادية أو غير ارادية . والعدل هنا هو أقرار كل فرد على ما اكتسبه ، بطريق الاكتساب المشروع ، لانه أصبح خاصاً به دون غيره من الأفراد .

فالثابت اذن أن العدل في العلاقات بين الأفراد انما يقوم على أساس من التساوى التام فيما لكل فرد من حق احترام الآخر لما يخصه ابتداءً أو اكتساباً . فمن العدل اذن وفاء الشخص ما تعهد به لغيره ، وردة ما سلب منه ، وتعويضه عما سبب له من ضرر ، لانه بعدم الوفاء بتعهداته وباعتدائه على مال الغير أو شخصه ، يكون قد انتقص من حق الغير وأضاف الى نفسه ما ليس له ، فأخل بذلك بما ينبغي بين الأفراد من مساواة تامة متبادلة ، فوجب عليه إعادة اقامة هذه المساواة .

٨٦ - العدل التوزيعي (La Justice distributive) (١)

يقصد بالعدل التوزيعي العدل الذي يسود علاقات الأفراد بالجماعة ، من حيث وجوبه على الجماعة للأفراد . فالجماعة - وهي بصدد توزيع المنافع والوظائف العامة والأعباء العامة على الأفراد - ينبغي أن تراعى في مثل هذا التوزيع اختلاف الأفراد في حاجاتهم وفي مقدرتهم وجدارتهم .

فمثل هذا الاختلاف المحتوم بين الأفراد لا يسمح للجماعة بإقامة مساواة تامة حسابية بينهم تتساوى فيها الرؤوس ، كتلك المساواة التي يحققها

(١) راجع في ذلك :

Dabin, *Théorie générale du droit*, Nos. 232 - 234. — De La Gressaye et Laborde Lacoste, *op. cit.*, No. 68. — Duguit, *op. cit.* t. I, No. 11, p. 122. — Rouhier, *op. cit.*, No. 22, pp. 202 - 205; No. 28, pp. 225 - 230.

العدل التبادلى فى العلاقات بين الأفراد ، ولكن هذا الاختلاف يضطر الجماعة الى النزول عن التزام تلك المساواة الحسابية الى نوع آخر من المساواة التناسبية تكون العبرة فيه بتساوى قيم الأفراد أو قيم حاجاتهم . فليس من العدل أن يعامل كل الأفراد نفس المعاملة ، فينالهم نفس النصيب فيما توزعه الجماعة ، وهم ليسوا سواء لا فى ملكاتهم ولا فى حاجاتهم ولا فى قدرتهم أو جدارتهم ، فالعدل فى التوزيع لا يتصور إذن بمعاملة الأفراد المتساوين فى الحاجة والقدرة معاملة متساوية ، ومعاملة الأفراد غير المتساوين فى ذلك معاملة غير متساوية .

وهذا العدل التوزيعى هو الذى يفسر كون المواطنين لا يتساوون مساواة مطلقة فى الحصول على الوظائف العامة فى الدولة ، فليست مثل هذه الوظائف حقا مباحا لكل راغب فى شغلها ، وإنما هى وقف على من هو أهل لمنها وحمل أعبائها بما يتوافق له من معرفة وخبرة معينة . وهو الذى يفسر كذلك اعطاء الأجراء ذوى الأولاد - زيادة على أجورهم الأصلية - إعانات عائلية تعينهم على تحمل هذا العبء العائلى وحرمان الأجراء غير ذوى الأولاد منها . وهو الأساس كذلك فيما أصبح شائعا فى العصر الحديث من فرض ضرائب تصاعدية ترتفع نسبتها بارتفاع وعائها بحيث يفرق فى المعاملة بين الممولين المتفاوتين فى المركز المالى تفاوتا كبيرا بما يضمن تحقيق مساواة حقيقية فعلية بينهم فى قدر ما يمثل اقتطاع الضريبة من تفضحية مالية ، لا مجرد مساواة شكلية بحث فى نسبة الاقتطاع المادية .

فمثل هذا النوع من العدل إذن لا ينفى مطلقا فكرة المساواة الواجب تحقيقها بين الأفراد ، فهذه المساواة ما زالت هى أساس العدل التوزيعى ، ولكنها فقط مساواة فى القيم تضع كل فرد فى المكان العدل حسب حاجته أو قدرته أو كفاءته ، مما يسوى بين الأفراد المتساوين فى الحاجة أو القدرة أو الكفاءة ويفرق بالتالى بين غير المتساوين منهم فى ذلك .

٨٧ - العدل الاجتماعي (La justice sociale) (١)

أما الصورة الثالثة من صور العدل ، وهى صورة « العدل الاجتماعى » (٢) فيقصد بها ذلك العدل الذى يمسود علاقات الافراد بالجماعة ، ولكن من حيث وجوبه على الافراد للجماعة . فالجماعة فى الواقع هى جسم واحد أعضاؤه الافراد ولا يمكن لجسم أن يعيش الا بنشاط كل عضو من أعضائه النشاط الواجب ، وهذا النشاط الواجب هو النشاط الذى يسهم به كل عضو فى بحث الحركة وإحياء فى الجسم . من أجل ذلك ، كان للجماعة أن تفرض على الأفراد - باعتبارهم أعضاءها - الواجبات التى يتحقق بقيامهم بها صالح الجماعة وخيرها .

فأساس العدل الاجتماعى إذن هو اعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة لا اعتباره كلا قائما بذاته ، ومن هنا كان هذا العدل تسخير الجزء لخدمة الكل ، أى تسخير الفرد لخدمة الجماعة بقصد تحقيق الخير أو الصالح العام (le bien commun) .

وليس يقصد بالمصالح العام صالح فرد من الافراد . ولا صالح فريق أو طائفة من الافراد فذلك محض صالح خاص . ولا يقصد به مجموع مصالح الافراد الخاصة فالجمع لا يمكن أن يرد الا على أشياء متماثلة لها نفس الطبيعة والصفة ، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة فلا يمكن اضافتها بعضها الى بعض للخروج بحاصل أو ناتج جامع . وإنما يقصد بالمصالح العام صالح الجماعة ككل ، بمعنى صالح مجموع الأفراد كمجموعة مستقلة منفصلة عن آحاد تكوينها . وصالح مجموع الأفراد كوحدة مستقلة إنما يتولد من الاشتراك بين أفراد هذا المجموع فى غاية واحدة فهو إذن صالح مشترك

(١) راجع فى ذلك :

Dabin, op. cit., Nos. 235 - 239. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 64, 65.

(٢) يطلق بعض الفقهاء على هذه الصورة اسم « العدل القانونى » (La justice légale) . انظر فى ذلك : (Dabin, op. cit., No. 235) .

بينهم أو صالحهم ككل . بنظر النظر على لكل منهم - كاتحاد - من صالح خاص . فالفرد جزء من هذا الكل ، والجزء يتلشى في الكل . ويطوى صالحه الخاص أمام صالح الكل أو الصالح العام . فالعدل الاجتماعي إذن هو العدل الواجب لكل على الجزء ، أو هو العدل المحقق لصالح الكل الاجتماعي أو الصالح العام .

وهذا العدل الاجتماعي هو الأساس المبرر للسلطة في الجماعة تلك السلطة التي يقوم عليها نظام المجتمع . فباسم هذا العدل وتحقيقا للصالح العام ، يخضع الأفراد لسلطة الحكام ، ويمتلك الحكام على الأفراد حق السيادة أو الأمر دون معقب . وباسم هذا العدل كذلك ، يلتزم الحكام بتسخير سلطاتهم لتحقيق الصالح العام وحده فتقيد هذه السلطات بحدود هذا الصالح لا تعدوه إلى غيره من الصالح .

وهذا العدل الاجتماعي هو الذي يبرر مطالبة الفرد بأداء ضريبة الدم والتضحية بحياته في سبيل صالح المجموع ، وهو الذي يلزمه بالمساهمة في تدعيم كيان الجماعة بأداء ما يقتضيه الصالح العام من ضرائب مالية .

وهذا العدل كذلك هو الذي يبرر المطالبة بعقاب السارق حتى ولو رد الشيء المسروق إلى صاحبه . فهذا الرد ، إن كان يرضى الصالح الخاص للمسروق منه ، ويحقق العدل التبادل بإعادة المساواة التي أخلت بها السرقة ، فهو لا يرضى الصالح العام للمجموع لأنه إخلال بما يجب من أمن ونظام في المجتمع ، فيكون للجماعة المطالبة بعقاب السارق لإكراهه على التكفير عن جرمه في حقها بعينه بصالحها .

٨٨ - اختزال صور العدل الثلاث المتقدمة إلى التين : العدل الخاص والعدل العام

تلك هي صور العدل الثلاث عند جمهور الفلاسفة والفقهاء : عدل يجب للفرد على الفرد ، وعدل يجب للفرد على الجماعة ، وعدل يجب للجماعة على الفرد . غير أننا نرى من الأفضل اختزال هذه الصور الثلاث إلى صورتين

اثنين ، بحسب ما اذا نظر الى الفرد باعتباره كائنا منفردا له كيان مستقل
أى كلاً قائماً بنفسه ، أو باعتباره كائناً اجتماعياً لا كيان له الا بالجماعة وفى
الجماعة كعضو من أعضائها أى باعتباره جزءاً من كل . فعلى أساس هذه
الفرقة فى صفة الفرد ، يمكن التفرقة بين نوعين من العدل ، العدل الخاص
والعدل العام .

أما العدل الخاص فهو الذى يسود علاقات الأفراد باعتبارهم أفراداً .
وهو يقوم على أساس من المساواة التامة باعتبار أن كل فرد يساوى الآخر
فيما له من كيان مستقل . فتقوم علاقات الأفراد اذن على أساس من تبادل
الاحترام بين الأفراد كل منهم لكيان الآخر واستقلاله وحقوقه ، وذلك هو
ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل التبادل .

وأما العدل العام فهو الذى يسود علاقات اجماعة بالأفراد باعتبارهم
أعضاء فيها أيا كان من يجب له العدل ، هو الجماعة أم الأفراد . والميزة فى
هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءاً من كل هو الجماعة ، والجماعة باعتبارها هى
الكل ، ينبغى لها عدلاً أن تهيئ على الجزء ونشاطه بما يحقق نفع الكل
وخيره . ولذلك فالعدل فى العلاقة بين الجماعة والفرد انما يرمى الى تحقيق
الصالح العام ، لا عن طريق اقامة مساواة مطلقة حسائية وانما عن طريق
التامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للأفراد - من حيث الحاجة أو القدرة أو
الكفاءة - بالنسبة الى صالح الجماعة . وهذا العدل العام ، يشمل ما يعرف
بالعدل التوزيعى والعدل الاجتماعى على السواء (١) .

فالعدل الخاص اذن يقوم على أساس من التكافؤ لتساوى الأفراد فيما
ينبغى لكل منهم من كيان مستقل . بينما يقوم العدل العام على أساس من
التهيئة ، فالجماعة تسيطر على الأفراد باعتبارهم أعضاءها ، والأفراد بهذا
الوصف يخضعون لما يقضى به صالح الجماعة .

(١) راجع فى تحديد مضمون العدل العام على هذا النحو ، وانتقاد الشائع عند الفلاسفة
والفقهاء من قصر اصطلاح « العدل العام » على صورة « العدل الاجتماعى » وحدها ، وادخول
صورة « العدل التوزيعى » الى جوار صورة « العدل التبادل » تحت اصطلاح « العدل الخاص » :
كتابنا أصول القانون ، هامش « ا » ص ١٩٨ .

فكرة العدل اذن متراوحة بين تحقيق التكافؤ بين الافراد بوصفهم
أفرادا (العدل الخاص) ، وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الافراد
- بوصفهم أعضاء في الجماعة - خدمة للصالح العام (العدل العام) . وهذا
التراوح بين تحقيق التكافؤ وتحقيق السيطرة استتبع تراوح القانون بين
مذهبين يتنازعانه هما المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي ، وهو ما نوجز
القول فيه على الوجه التالي :

١ - المذهب الفردي^(١)

La doctrine individualiste

٨٩ - أسس المذهب الفردي

يقوم هذا المذهب على أساس أن الفرد هو هدف القانون الأسمى فما
يوجد القانون الا لحماية حقوق الافراد وتمكينهم من التمتع بها . ذلك أن
الفرد ليس موجودا لخدمة الجماعة ، بل الجماعة هي الموجودة لخدمة الفرد .
فالفرد ليس جزءا من كل ، بل هو كل مستقل قائم بذاته ، لأن طبيعته
الانسانية تمنحه من الارادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره . ولذلك
لا تتصور الحقوق الا للأفراد ، أما الجماعة فلا يقع عليها الا مجرد واجبات ؛
واجب احترام حقوق الافراد وتمكين تمتعهم بها وواجب التوفيق بين هذه
الحقوق عند تعارضها .

وحقوق الفرد عند هذا المذهب حقوق تفرضها الطبيعة له ، فتولد معه .
ذلك أنها حقوق لاصقة بصفة الانسانية التي تلحق الفرد . وهذه الصفة
تلحق كل الافراد فلا تفرق بين أحد منهم . ونذلك يولد الافراد جميعا

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Waline. L'individualisme et le droit, 2e éd., 1949. — Beudant, le droit
individuel et l'Etat, 2e éd., 1920. — Duguit, op. cit., t. I, Nos. 18, 19. —
Le Fur, Droit individuel et droit social, Arch. de phil. du droit, 1931,
Nos. 3 - 4, pp. 279 - 309. — Radbruch, Du droit individualiste au droit
social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 387 - 398. — Rou-
bier, op. cit., Nos. 20, 21, 28.

متساوين في الحقوق تساوهم في الانسانية ، وأول هذه الحقوق هو الحرية . وهذا هو ما عبر عنه « اعلان حقوق الانسان والمواطن » الفرنسي في مادته الأولى بقوله « يولد الناس أحرارا ومتساوين في الحقوق » .

فالأفراد إذن يدخلون في الجماعة بما تعطيه الطبيعة من حقوق متساوية ، وهذه الحقوق تفرض على الجماعة ، فتلتزم الجماعة باحترامها ، وكذلك تلتزم بفرض احترام هذه الحقوق على الجميع . غير أن وجود حقوق متقابلة متساوية لدى كل الأفراد ، قد يؤدي إلى تعارضها . وهنا يظهر واجب الجماعة أو الدولة ، كما تظهر ضرورة القانون ووظيفته ، في العمل على التوفيق بين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق . وهذا التوفيق لا يتأتى إلا بتقييد حقوق كل فرد بالقدر الذي يمكن غيره من استعمال نفس الحقوق (١) ، فهو إذن تقييد متبادل بين كل فرد والآخر ، مما يحقق التكافؤ بين الأفراد ، ذلك التكافؤ الذي تدعو إليه وحدة الطبيعة ووحدة الحقوق بين الناس . وبذلك يقوم تكافؤ وتقابل بين ما لكل فرد من حق ، وما على كل فرد من واجب وتلك هي المساواة التامة المطلقة التي تحقق العدل الخاص أو التبادلي .

فالمدى الفردي إذن إنما عماده الحرية والمساواة المطلقة بين الأفراد ، ولذلك كان المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل الدولة لتقييد هذه الحرية . ومن هنا كان هذا التدخل مقصورا على قدر ضئيل هو القدر الضروري فقط لتمكين كل فرد من التمتع بحريته . وفي حدود هذا القدر الضئيل ، أي حيث لا تتعارض حرية الفرد مع حرية الآخرين ، يكون للفرد أن يعس وينشط كما يشاء لتحقيق مصلحته الخاصة . ففي تحقيق المصالح الخاصة للأفراد أكبر ضمان لتحقيق المصلحة العامة للجماعة . إذ المصالح العام - عند هذا المذهب - يتحقق آليا بمجرد إرضاء المصالح الخاصة ، لأن الهدف الأسمى لكل جماعة هو تحقيق سعادة الفرد وخيره .

(١) « وهذا ما عبرت عنه المادة الرابعة من « اعلان حقوق الانسان والمواطن » الفرنسي بقرنها : « الحرية من غفل كل لا يضره بالآخر » . ولذلك ليس لاستعمال الحقوق الطبيعية لكل فرد من قيود إلا تلك التي تكفل لباقي الأعضاء في الجماعة التمتع بنفس الحقوق » .

وقد ناصى هذا المذهب ، بنظرته المسترئية ان تدخل الدولة وخضر هذا التدخل فى أضيق نطاق مما يحفل دور الدولة مجرد دور سلبي ، الى ترك الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم بنحضر ارادتهم ، الى اعتراف مبدأ سلطان الإرادة (L'autonomie de la volonté) . فاحتل العقد دورا يفوق دور المشرع فى حكم العلاقات بين الافراد . وأصبح شعار هذا المذهب أن ما تنعقد عليه ارادة المتعاقدين هو العدل .

فالأفراد - وهم يقفون على قدم المساواة القانونية أيا كانت الفروق الاقتصادية والاجتماعية بينهم - يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحه بنفسه بما له من حرية الإرادة . وليس من وظيفة الدولة ولا من وظيفة القانون التدخل لاقامة وصاية على الأفراد فيما يريدون وفيما يفقدون من عقود ، بدعوى حماية من أضرت به هذه العقود من المتعاقدين أو أخلت بمصالحه . فما دام التكافؤ قائما بين المتعاقدين والتساوى محققا بينهما من حيث توافر حرية الإرادة لدى كل منهما ، فما يقضى به العقد هو العدل الملزم ، ولا ينفع فى التحلل منه أن يكون قد لحق أحد المتعاقدين غبن فاحش ، أو لزمته شروط جائرة مرهقة . وتلك على أى حال سنة الحياة ، فالتنازع والتنافس بين مصالح الأفراد الخاصة ، انما ينحسم بقانون السوق لا بقانون الجماعة أو ارادة الدولة .

فالتأيت اذن أن المذهب الفردى كان يقنع بتحقيق التكافؤ بين الأفراد باقامة مساواة مطلقة بينهم ، على اعتبار أن كلا منهم شخص كالأخر له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات ، أى كان يقنع بتحقيق العدل الخاص أو التبادل ، دون أن يتناول الى تحقيق العدل العام بتمكين الجماعة من السيطرة على الأفراد سيطرة تنفذ فيهم حكم المصالح العام .

٩٠ - تقدير المذهب الفردى

كان ظهور المذهب الفردى طبيعيا وضروريا فى الزمان الذى ظهر فيه ، حيث اشتد تحكم الدولة وكثرت القوارق الطبقية بين الأفراد ، ومن هنا ، راج هذا المذهب وانتشر على يد فلاسفة وكتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر ،

ثم شق طريقه فهيمن على الثورة الفرنسية حتى اعترفت به اعترافا رسميا في وثيقة « اعلان حقوق الانسان والمواطن » . ثم ظلت له السيادة في عالم القانون والسياسة ، فوضعت في ظله وتحت تأثير تعاليمه أغلب التقنيات والقوانين التي صدرت في النصف الأول من القرن الماضي .

ولئن كان هذا المذهب لا ينكر فضله في الدعوة الى محاربة استبداد الدولة وطغيانها ، ولا يجحد أثره في التمهيد للاعتراف بقيمة الإنسان ككائن حر الارادة والنشاط ، وتقرير المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات على السواء ، فإن أخطاره ما لبثت أن تكشف بما جره اطلاق الحرية للأفراد واطلاق المساواة بينهم من عواقب وخيمة ونتائج ظالمة . فانه اذا كانت طبيعة الأفراد واحدة ، اذ تجمعهم الانسانية ، وهم من هذه الوجهة متساوون ، الا أن الطبيعة نفسها قد أوجدت بينهم من الفروق في الحاجة وفي القدرة ما يتعذر معه الاصرار على القول بمساواة مطلقة بينهم ، بل تكون المساواة المطلقة هنا ضربا من انكار الواقع .

واطلاق الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم كما تشاء ارادتهم - مع ما عو نابت من عدم تساويهم في الواقع وخاصة من ناحية القوة الاقتصادية - أدى الى أن تصبح هذه الحرية أداة في يد الأقوياء لتشديد القبضة على الضعفاء ونسخيرهم لقضاء مصالحهم . فمكنت الحرية الاقتصادية لنمو الرأسمالية وازدياد خطرها ، مما جعل الرأسماليين قوة ضخمة تتحكم في العمال وتفرض عليهم من الشروط الجائرة والأجور البخسة ، ما لم يكن لهم بد من قبوله أمام مطالب العيش الملحة ، وكل ذلك باسم الحرية والمساواة ومبدأ ميلطان الارادة (١) . وكذلك مكنت حرية التعاقد بعض الأفراد من التحكم في البعض الآخر عند اختلال التوازن بين العرض والطلب في السوق اختلالا كبيرا . فالملاك يتحكمون في المستأجرين ، والبائعون في المشترين ، بالارتفاع بالأجر أو الثمن ارتفاعا فاحشا . فضاعت الحرية الحقيقية للمتعاقدين ، وأصبحت

(١) راجع في ذلك : كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ .

مجرد املاء من طرف على طرف ، بعد أن صار القول الفصل لقانون العرض والطلب .

وبذلك انتهى المذهب الفردى الى الاضرار بالصالح العام للجماعة ، وظهر فساد اعتقاده فى أن هذا الصالح يتحقق آليا بمجرد تحقيق الصالح الخاص ، فالأفراد - وهم يجرون وراء مصالحهم الخاصة - لا يلقون بالا الى تحقيق الصالح العام ، بل كثيرا ما يحققون مصالحهم الخاصة على حساب الصالح العام . وتمكن بعض الأفراد من تحقيق مصالحهم الخاصة على حساب البعض الآخر نظرا لما يملكون عليهم من قوة اقتصادية مهيمنة يخلق جوا من القلق والتذمر الاجتماعى ليس من صالح الجماعة وجوده .

كل هذه النتائج الظالمة التى أفضى اليها تطبيق المذهب الفردى قد تولدت من أن هذا المذهب - وقد نبت للحد من طغيان الدولة فوضع أمام هذا الطغيان حاجزا مما سماه بالحقوق الطبيعية للإنسان التى يتساوى فيها كل الأفراد - قد أغفل حقيقة أساسية هى وجود الجماعة ، كوحدة تربط بين أفراد متعاونين متضامنين ، لا كمجرد اطار صناعى يضم أفرادا منعزلين مستقلين : فلم ينظر الى الجماعة على أن لها حقوقا كما للأفراد حقوق ، وأن لها صالحا يقتضيها التدخل لمنع طغيان بعض المصالح الخاصة على البعض الآخر نتيجة اطلاق الحرية للأفراد مع انعدام التكافؤ الفعلى بين قواهم .

وبذلك ظهر أن العدل الخاص أو التبادل ليس بالعدل الذى يمكن أن تقوم عليه وحده قواعد القانون ، التى تفترض وجود الجماعة ككل مستقل عن أجزائه . فمثل هذا العدل - ان كان يكفى رحنه فى العلاقات بين أفراد منعزلين مستقلين - لا يصلح كأساس وحيد لحكم العلاقات بين أفراد يكونون - كأجزاء متماسكة - بناء جماعة واحدة ، ويجمعهم هدف واحد وصالح مشترك هو صالح هذه الجماعة .

كل أولئك أدى الى تكاثر الهجمات على المذهب الفردى عنيفة قاسية ، وما لبثت هذه الهجمات أن تجمعت وتبلورت حتى خرج منها « المذهب الاجتماعى » الذى كان له أكبر الفضل فى تطوير القانون والانتقال به

وبالدولة من الدور السلبي الذي اضطرهما اليه المذهب الفردي ، الى دور ايجابي يقوم على التدخل في نشاط الأفراد بما يحقق الصالح العام .

٢ - المذهب الاجتماعي (١)

La doctrine socialiste

٩١ - أسس المذهب الاجتماعي (٢)

يقدر ما كان المذهب الفردي متطرفاً في تقديس الفرد كفاية في ذاته والاعتراف بحقوقه الى حد التفاضي عن حقوق الجماعة وصالحها ، بقدر ما جاء المذهب الاجتماعي متطرفاً في الناحية المقابلة أي في تقديس الجماعة وتقليب صالحها على الصالح الخاص .

فالمذهب الاجتماعي لا يعني - كالمذهب الفردي - بالإنسان كفرد في ذاته منعزل ومستقل عن غيره من الناس ، ولكنه يعني به ككائن اجتماعي مرتبط بغيره من الناس ومتضامن معهم في سبيل تحقيق صالح الجماعة التي تضمهم . فالجماعة إذن - لا الفرد - هي الهدف الأسمى من الوجود لأنها غاية في ذاتها وليست أداة أو وسيلة لغيرها من الغايات ، ولذلك كانت هي القيمة العليا التي ينبغي حمايتها والتمكين لصالحها وخيرها .

ومن هنا ينبغي تسخير الأفراد لخدمة الجماعة ، فيساهم كل منهم بنصيب في تحقيق الصالح العام المشترك ، وهم بذلك يعملون على تحقيق مصالحهم الخاصة لأن الصالح الخاص لكل فرد ينبغي أن يكون هو نفس الصالح العام للجماعة باعتبار أن الفرد لا كيان له بنفسه ، بل كيانه بالجماعة التي هو عضو

(١) راجع في ذلك جملة خصة :

Le Fur, article précité. — Radbruch, article précité. — Roubier, op. cit., Nos. 20, 22, 24. — Waline, op. cit., pp. 55 - 58.

(٢) نفضل وصف هذا المذهب بأنه « اجتماعي » لا « اشتراكي » كما يفعل كثير من الفقهاء والكلمة ، لأنه إذا كان يضم الاتجاه الاشتراكي فليس محصوراً فيه ولا قاصراً عليه وحده .

من أعضائها ، فتحقيق صالح الجماعة يحقق اذن بالتبعية وآليا صالح الأفراد ، لأن الخير الذى يصيب الكل يتوزع على الأجزاء . فنقطة الابتداء اذن - أن كانت عند المذهب الفردى هي الفرد وصالحه الخاص باعتبار أن خير الفرد يستتبع خير المجموع وصالحه - تصبغ عند المذهب الاجتماعى هي الجماعة وصالحها ، باعتبار أن خير المجموع هو الذى يستتبع خير الفرد وصالحه .

فالمحور الذى يركز عليه المذهب الاجتماعى هو اعتبار كل فرد جزءا من الجماعة ، لا مجرد انسان مستقل عن غيره من الأفراد . أى أن المذهب الاجتماعى لا ينظر الى الفرد - كما يفعل المذهب الفردى - باعتباره مجرد انسان لا يختلف عن غيره من الأفراد من هذه الناحية ، وإنما ينظر اليه ككائن اجتماعى ، أى كفرد له حقيقته الاجتماعية المختلفة عن حقيقة غيره من الأفراد أعضاء الجماعة ، من حيث الحاجة أو القدرة أو العمل أو القوة الاقتصادية أو الدور الذى يقوم به فى الحياة الاجتماعية ، أو بوجه عام ينظر الى الفرد باعتبار حالته من القوة أو الضعف الاجتماعى .

فالمذهب الاجتماعى يبصر اذن بالفروق الواقعية الموجودة بين الأفراد فى الحياة ، على خلاف المذهب الفردى الذى يغفل هذه الفروق لأنه لا يعنيه من الأفراد الا أنهم محض أفراد مجردين من أى وصف آخر . من أجل ذلك قام المذهب الفردى على العدل الخاص أو التبادل الذى يسوى بين الأشخاص ، بينما قام المذهب الاجتماعى على العدل العام (التوزيعى والاجتماعى) الذى يسوى بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص وفقا لمقتضيات الصالح العام . وبذلك هجر المذهب الاجتماعى مبدأ التكافؤ بين الأفراد - الذى يدعو اليه المذهب الفردى ، والذى كثيرا ما ينقلب بفعل ظروف الحياة واختلاف القوى بين الأفراد الى تسلط بعض الأفراد على بعض - واعتنق مبدأ السيطرة الذى يضمن التسلط - لا لفريق من الأفراد على فريق - ولكن للجماعة وحدها على أفرادها باعتبارهم أعضائها ، بما يضمن فى ميزان الصالح العام التفاضل بين مختلف ما يتعلق بالأشخاص من قيم .

كل ذلك أدى بالمذهب الاجتماعى الى دعوة الجماعة الى تشديد قبضتها

على الأفراد والتدخل في نشاطهم بما يحفظ الصالح العام ويحمي الضعفاء من تحكم الأقوياء ، فكبرت بذلك عنده مهمة الدولة وعظم أثر القانون وانبسط على مختلف آفاق النشاط في الجماعة . فتقلص بذلك أو كاد مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد في منطق هذا المذهب . إذ الصالح العام يخول للدولة أن تتدخل لإقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين لمنع تحكم فريق في فريق بالاستناد إلى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب المواتية .

٩٢ - تقدير المذهب الاجتماعي

ذلك هو فقه المذهب الاجتماعي ونتائجه . وليس ينكر عليه فضله في كبح جماح الفردية المتطرفة وما تجرّه من طغيان الأقوياء وتحكيمهم في الضعفاء ، وإهدار الصالح العام لحساب بعض المصالح الخاصة . ولكن المذهب الاجتماعي - كالمذهب الفردي - لم يخل من تطرف ومغالاة : فإن كان المذهب الفردي يضحى بالجماعة لصالح الفرد فيسخرها لخدمته وكفالة حقوقه وحرية ، فالمذهب الاجتماعي يضحى بالفرد لصالح الجماعة فيجعله وقفا على خدمتها ، ولا يتخرج في سبيل ذلك من إهدار حرية الفرد ، وتشديد قبضة الدولة عليه - وهي تهيمن على كل نشاطه - تشديدا لا تؤمن عواقبه ، إذ لا يلبث أن يدفع بها إلى التحكم والاستبداد .

٩٣ - ضرورة الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي (١) أو بين

العدل الخاص والعدل العام

من كل ذلك نخلص بأن المذهبين الفردي والاجتماعي متطرفان كل منهما في الناحية العكسية للآخر ، تطرفا يؤدي في الناحيتين إلى نتائج غير مقبولة .

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 28, pp. 235 - 242. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 55 - 60. — Le Fur, article précité. — Réglade, op. cit., pp. 53 - 55.

فبينما يسوق المذهب الفردى - بمنطقه فى تقديس الفرد وحرية - الى تحكم فريق من الأفراد فى فريق بما لهم من غلبة اقتصادية أو اجتماعية ، يسوق المذهب الاجتماعى - بمنطقه فى تقديس الجماعة وصالحها - الى تحكم الدولة واستبدادها وعصفها بحريات الأفراد واهدائها لمصالحهم الخاصة ، مما قد يقضى على الدافع الشخصى لدى الأفراد فيما يقومون به من نشاط فى الحياة فلا يلبث أن ينعكس أثر ذلك على الجماعة نفسها وعلى الصالح العام .

ومن أجل ذلك لا يتأتى الأخذ بمذهب من هذين المذهبين دون الآخر . فضلا عن أن كلا منهما انما يعبر عن حقيقة أساسية لا ينبغى اغفالها فى شأن تكوين القاعدة القانونية : فالمذهب الفردى يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن فردى له شخصيته وكيانه الذاتى واستقلاله عن غيره من الناس والمذهب الاجتماعى يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن اجتماعى ، أى ككائن يعيش فى الجماعة كمضو من أعضائها فيعتبر جزءا منها لا كيان له الا بها . وإخطا انما يأتى من قصر النظر الى حقيقة دون الأخرى ، فالقول بالمذهب الفردى انما يغفل فى الانسان اجتماعيته وخضوعه للجماعة وصالحها ، والقول بالمذهب الاجتماعى انما يغفل فيه فرديته واستقلاله وحرية ، بينما الانسان لا يمكن أن تتصور اجتماعيته دون فرديته والا صار مجرد آلة تعمل فى جهاز ضخم كبير دون عقل أو ارادة ، وكذلك لا يمكن أن تتصور فرديته دون اجتماعيته ، والا انقلب الأمر فوضى منطقها الغلبة للقوة .

كل ذلك يحتم الجمع بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى ، واقامة قواعد القانون - على هدى هذا الجمع - بما يحقق التوازن بين طبيعة الانسان الفردية وطبيعته الاجتماعية ، مما يتيح تحقيق صالح الفرد دون اهدار صالح الجماعة ، والتمكين لخير الجماعة ولكن ليس على حساب حقوق الفرد وحرية . أى أن القواعد القانونية ينبغى أن توفر للفرد ما يحتاجه من كيان ذاتى مستقل عن طريق كفالة حرية وتمتعه بحقوقه ، وان توفر للجماعة فى نفس الوقت ما تحتاجه من كيان جماعى متماسك يتضامن فيه الأفراد وتنصهر جهودهم خدمة للصالح العام المشترك بينهم . وبقدر توفيق القواعد القانونية فى تحقيق صالح الفرد وصالح الجماعة والموازنة بينهما بما لا يهدر أحدهما ،

تكون صلاحيتها وقدرتها على اقامة العدل في الجماعة .

ومن هنا تظهر حقيقة العدل الذي ينبغى على القواعد القانونية تحقيقه .
فليس هو مجرد العدل الخاص الذي يقوم على أساس التكافؤ بين الأفراد
فيستهدف تحقيق المساواة المطلقة بين أشخاصهم ، فقد رأينا ما يجره مثل
هذا العدل - وقوى الأفراد متفاوتة أشد التفاوت في الواقع - من تحكم
الأقوياء في الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب الصالح الخاص . وليس
هو مجرد العدل العام الذي يقوم على أساس سيطرة الجماعة على الأفراد
سيطرة الكل على الجزء فيستهدف تحقيق الصالح العام دون اعتبار للصالح
الخاص ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل من تحكم الدولة وكبت الحريات
واهدار حقوق الأفراد . وانما هو مزاج بين هذا العدل وذاك ، أى مزاج بين
ما يجب من تكافؤ الفرد وتساويه مع غيره من الأفراد مساواة مطلقة في
الحقوق والواجبات ، وبين ما يجب من تسخير الفرد لخدمة الجماعة واخضاعه
- تبعاً لذلك - لمقتضيات الصالح العام ، مما لا تتحقق به مساواة مطلقة بين
الأفراد ، وانما مجرد مساواة نسبية تكون العبرة فيها بتساوى القيم التي
تلحق الأفراد من حيث درجة تحقيقها للصالح العام .

فالتوازن اذن ينبغى أن يتحقق بين العدل الخاص والعدل العام ، بمعنى
أن يحد كل منهما من التطرف الذي قد يندفع اليه الآخر . فالمساواة المطلقة
- ان كانت واجبة بين الأفراد - الا أن على الجماعة أن تتدخل للحد مما قد
تفضي اليه هذه المساواة من اضرار بالصالح العام . والصالح العام - ان كان
يسمح للجماعة فرض سيطرتها على الأفراد وتسخيرهم لخدمتها مما قد يهدر
بعض المصالح الخاصة - الا أن سلطة الجماعة في هذا الشأن ليست مطلقة ،
بل هي مقيدة باحترام مقومات الفرد الأساسية . أى أن الحرية والمساواة بين
الأفراد انما يحد من اطلاقها وانطلاقها الصالح العام . وسيطرة الجماعة
وهيمنتها على أعضائها باسم الصالح العام انما تنقيد باحترام حقوق الفرد
الجزئية (١) .

(١) في هذا المعنى :

Réglaide, op. cit., pp. 54, 55. — Roubier, op. cit., No. 28, p. 242.

وأيا كان الأمر ، فالاتجاه اليوم فى القانون الحديث فى كثير من الدول هو الجمع بين المذهبين الفردى والاجتماعى بما يوازن بين العدل الخاص والعدل العام . وأن يكن المذهب الاجتماعى هو السائد بصورته المطلقة فى بعض الدول التى تنتصر فيها الشيوعية أو الفاشية أو النازية ، حيث يعتبر هو مجرد العدل العام عن طريق تحقيق الصالح العام وحده ، باعتبار أن الفرد ما هو الا كائن اجتماعى لا وجود له الا فى الجماعة وبالجماعة ، فلا يتصور له صالح غير صالحها مما يجعله مسخرا فى خدمتها . أما المذهب الفردى الذى كان سائدا حتى أواسط القرن الماضى فى قوانين أغلب الدول فقد تقلص اليوم ظله بما كان عليه من صورة مطلقة لا تعرف من العدل الا العدل الخاص ، بعد أن تكشفت فى العمل أخطاره وأضراره . فدخلت النزعة الاجتماعية فى هذه القوانين تكبح جماح الفردية الصارخة وتحد مما يجره العدل الخاص من نتائج ظالمة عن طريق موازنته بالعدل العام .

فالتقنين المدنى الفرنسى مثلا الذى ما زال معمولاً به الى اليوم ، صدر فى مفتتح القرن الماضى مشبعاً بروح المذهب الفردى وقام فى أغلب قواعده على أساس العدل الخاص . ولكن القضاء الفرنسى لم يقف مكتوف اليدين أمام أخطار الفردية المطلقة . فما لبث أن أفسح المجال للمذهب الاجتماعى وللعدل انصاف يوازن به العدل الخاص ويحد من غلوائه ، حتى غدا التقنين المدنى الفرنسى بعد أكثر من قرن ونصف من الزمان من صدوره - بعيداً عن النزعة الفردية المطلقة التى نبت فى ظلها .

وكذلك الشأن فى القانون المصرى : فلقد كان للقضاء المصرى جهد مشكور فى الحد من النزعة الفردية المطلقة التى ورثها التقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الفرنسى ، بما أقر من نظريات اجتماعية الصبغة كنظرية التعسف فى استعمال الحق . ثم جاء التقنين المدنى الحالى صورة من الاعتدال بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، فلا هو يسخر الفرد لخدمة الجماعة

ولا هو يضحى بصالح الجماعة لمصلحة الفرد^(١) ، وإنما يقيم توازناً بين حقوق الفرد وحرية كما يحتم احترامها العدل الخاص ، وبين حقوق الجماعة وصالحها كما يفرض احترامها العدل العام .

فلئن يكن يعترف بحرية الإرادة وسلطانها في ترتيب الآثار القانونية ، إلا أنه لا يطلق لهذه الحرية العنان ، بل يورد عليها من القيود ما تحتمه رعاية الصالح العام : فإرادة التعاقد مقيدة بالألا تستغل في شخص المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، توصلنا إلى غبنه وتحميله بالتزامات لا تتعادل البتة مع ما يحصل عليه من فائدة (م ١٢٩) . والإرادة كذلك مقيدة في حالة عقود الأذعان التي يقتصر القبول فيها على تسليم طرف بما يضعه الطرف الآخر من شروط مقررّة لا يقبل المناقشة فيها ، كعقود توريد النور والماء والغاز ، فللقاضي - إذا كانت هذه الشروط تصفية - أن يعدلها أو يعفى الطرف المدّعن منها (م ١٤٩) .

ولئن يكن التقنين المدني الحالي كذلك يعترف بالحقوق للأفراد ويكفل تمتعهم بها واستعمالهم لها ، فيحمي بذلك الفرد في أخصر مقومات كيانه ، إلا أنه لا يفلح حماية الجماعة من خطر الاستعمال المطلق للحقوق والتصرف فيه ، فيخضع استعمالها لرقابة القضاء (م ٤ و ٥) .

وكذلك فإن هذا التقنين لا يقنع بتطبيق العدل الخاص فيأمر بتنفيذ العقد رغم تغير الظروف ، بل يجيز للقاضي - إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد ، مما يصير معه التنفيذ مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة - أن يرد الالتزام المرهق للمدين إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين (م ٢/١٤٧) .

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٦٩ .

(م ١٢ - المخل إلى القانون)

وكذلك فإن المشرع المصرى عدل عن اطلاق مبدأ سلطان الارادة فى تنظيم عقد العمل وحكم العلاقة بين أصحاب العمل والعمال ، فندخل فى هذا المجال بشريعات ونصوص أمرة - يضمها الآن « قانون العمل » و « قانون التأمينات الاجتماعية » - بما يحفظ حقوق العمال ومصالحهم ويمنع استقلال أصحاب العمل لهم .

وكذلك اضطر المشرع المصرى - أمام استتداد أزمة المساكن ومغالة ملاكها فى الارتفاع بايجاراتها ارتفاعا بالغا - الى التدخل أكثر من مرة لفرض تخفيضات كبيرة لأجرة المساكن ، دون أن يترك مبدأ سلطان الارادة يشل حركته فى هذا المجال ، وهو بذلك يحقق الصالح العام للجماعة ويترك فى نفس الوقت للملاك القدر العادل المشروع من الأجرة .

ثم أتيح لهذا الاتجاه الوسط بين النزعتين المتطرفتين الفردية والاجتماعية أن يستقر ويتأكد أخيرا عندنا فى أحفل المناطق حساسية وأكثر الموضوعات محكا للاختلافات بين النزعتين . فمنذ ما غدت الاشتراكية العربية هى المذهب الرسمى للدولة نشط التشريع فى تحقيق أهدافها من كفالة الصالح العام للجماعة دون اهدار لصالح الفرد أو حقوقه محققا بذلك توازنا عادلا بين النزعة الاجتماعية المتطرفة والنزعة الفردية الصارخة : فقوانين التأمين المختلفة تمكن الدولة من السيطرة على الانتاج وتوجيهه أساسا لصالح الجماعة، ولكن ذلك لا يعنى اهدار حقوق حملة هذه الأسهم ، فالدولة لم تستول عليها مصادرة دون تعويض ، وانما التزمت بسداد قيمة ما آل اليها منها بموجب سندات اسمية عليها لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤ فى المائة سنويا . وكذلك الشأن فى باقى التشريعات الأخرى التى قررت تخصيص نسبة ٢٥ فى المائة من الأرباح المدة للتوزيع لموظفى وعمال الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة والاحتفاظ بالباقى أى ٧٥ فى المائة من هذه الأرباح للمساهمين (١) ، وحظرت تعيين أى شخص فى أكثر من وظيفة واحدة سواء فى الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات أو

(١) القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٦١ .

الجمعية أو المنشآت الأخرى^(١) . فكل هذه التشريعات قد استهدف المشرع من ورائها تحقيق الصالح العام ، بتمكين الدولة من إدارة الاقتصاد وتخطيطه وفق ما يمليه هذا الصالح ، وبالتقريب بين دخول الأفراد تمهيدا لتدوير الفوارق بين الطبقات . وبمحاربة نفوذ واستغلال كبار الملاك والراسماليين والاقطاعيين ، ولكنه كان حريصا فيها على عدم اهدار مصالح وحقوق الأفراد الذين يضارون منها اهدارا كاملا مكثفيا بالحد منها بالقدر الضروري لتحقيق هذا الهدف .

٩٤ - القوانين الوضعية المخالفة لفكرة العدل

إذا كان العدل هو أساس القاعدة القانونية والعنصر الأهم في تكوين جوهرها ، فمقتضى ذلك أن القانون الوضعي ينبغي أن يستقيم في أحكامه بمبادئ العدل ، وأن يتقيد بها فيما يقرر من تكاليف ، فلا يجاوز حدودها . ولكن يحدث كثيرا في العمل أن يتضمن القانون الوضعي أحكاما ظالمة تناقض المثل الأعلى للعدل . وهنا تتنازع الأفراد قوتان : قوة الدولة أو قوة الجماعة المادية التي تفرض دعة القانون الوضعي ، وقوة العقل المعنوية التي تفرض طاعة المثل الأعلى للعدل . وبين هاتين القوتين تتوزع وتتراوح آراء الفلاسفة والكتاب والفقهاء^(٢) .

فمنهم من يغلب قوة العدل على قوة السلطان ، فيبيح تحدى قوى الدولة فيما تفرضه من قوانين ظالمة ، ويتدرج في ذلك من مجرد العصيان الى الثورة ، وهو ما أخذت به الثورة الفرنسية فيما أعلنته من حقوق الانسان ، اذ اعتبرت بعض دساتيرها حق الثورة على الظلم ومقاومته ضمن هذه الحقوق . ولكن هذا الحل - وان يكن حلا منطقيا تمليه هيمنة فكرة العدل على القانون الوضعي -

(١) القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦١ .

(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. IV, Nos. 283 - 300, — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, notamment Nos. 219 - 237. — Roubier, op. cit., No. 18, pp. 178 - 184. — Duguit, op. cit., t. III, notamment Nos. 98, 101.

الا أن الاعتراف به كحل قانوني قد يبذر بنور الفوضى في الجماعة ، فيتخذ
كل فريق أداة لتحقيق أغراضه وأهوائه لا لتحقيق العدل في ذاته . كما قد
يضرى الأفراد بكثرة الالتجاء اليه مما يضعف سلطان الدولة وهيبتها فيفقد
العدل بذلك القوة التي تحرسه وتكفل احترام أحكامه في الجماعة .

من أجل ذلك يتجه الفقه الحديث الى البحث عن حل داخل نطاق النظم
القانونية الوضعية نفسها فيضع أمله في القضاء ، وينتظر منه شل القوانين
الظالة عن طريق رقابته لدستوريتها أى البحث في مدى موافقتها للدستور
الذى يتضمن عادة كثيرا من مبادئ العدل وقواعده أو على الأقل ينتظر منه
الحد من مدى هذه القوانين الظالة بما يملك من حرية واسعة في التفسير .

٩٥ - خلاصة هذا الباب

على هذا النحو نكون قد انتهينا من الباب الأول في بيان العناصر المكونة
لجوهر القاعدة القانونية ، أو في بيان تكوين القاعدة القانونية من حيث
الموضوع . وقد رأينا أن هذا التكوين إنما يرد الى عنصرين اثنين : عنصر
الواقع من حقائق الحياة في الجماعة ، وعنصر المثل الأعلى للعدل ، الذى يقوم
هذا الواقع ويفرض الواجب فيه . وهذا مذهب يتوسط بين فقه المدرستين
المتقابلتين في التطرف في هذا الصدد ، المدرسة الواقعية والمدرسة المثالية .

**للقاعدة القانونية إذن ينبغي أن ترضى - بما يوافق العدل - ما يكشف
عنه الواقع من حاجات الجماعة والأفراد فيها .**

الباب الثانى

شكل القاعدة القانونية

٩٦ - تمهيد وتقسيم

تكلمنا فى الباب السابق عن جوهر القاعدة القانونية والعناصر المكونة له . غير أن هذا الجوهر - ككل مادة أولية - يحتاج الى اعطائه الشكل أو التعبير الذى يصلح به فى التطبيق العملى . فهو يعرض عاما مبهما ، فيحتاج الى تحديد مضمونه تحديدا عمليا عن طريق الصياغة الفنية الدقيقة . وهو يعرض كذلك مجردا من قوة عملية تلزم الأفراد به وتحملهم جبرا على احترامه ، فيحتاج الى سلطة تفرضه وتعطيه قوة الالتزام الإيجابية فى نطاق العمل ، أى تعطيه صفة القواعد القانونية الوضعية .

من أجل ذلك نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول - فى صياغة القاعدة القانونية .

الفصل الثانى - فى اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة فى العمل .

الفصل الأول

صياغة القاعدة القانونية (١)

٩٧ - دور الصياغة وأهميته في تكوين القاعدة القانونية

قلنا ان القاعدة القانونية تتكون أولا كجوهر أو مادة أولية مما يمليه المثل الأعلى للعدل في شأن ما يفصح عنه واقع الحياة الاجتماعية من حاجات مختلفة . فكأن الجوهر اذن يحدد الغاية الواجب ادراكها في شأن هذه الحاجات . وهذه الغاية لا بد لها - كي تتحقق - من وسائل وأدوات معينة . هذه الوسائل والأدوات هي أساليب الصناعة أو الصياغة التي تخلق من الجوهر الأولى قاعدة عملية تصلح للتطبيق في الحياة الاجتماعية . ومثلها في صناعة القاعدة القانونية وصياغتها كما يفصح عنها جوهرها كمثل آلات المصانع وعددها التي تمتد الى مادة أولية كالقطن مثلا لتحويله الى ما هو مهماً له من نسيج يصلح للاستهلاك الانساني .

فصناعة القاعدة القانونية وصياغتها اذن عملية ضرورية لترجمة جوهرها الأولى النظري وتحويله الى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي في المجتمع الذي توجد لتنظيمه ، عن طريق استعمال وسائل وأدوات معينة كقيلة بهذا التحويل . وبذلك يمكن تعريف الصناعة أو الصياغة القانونية (La technique Juridique) بأنها مجموع الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملي اخراجا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها ، أو أنها هي عملية الاخراج الفعلي للقاعدة القانونية بما يحقق الهدف من فرضها .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. III. — Dabin, la technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, 1935; Théorie générale du droit, Nos. 188 - 198. — Perrot. De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 59 - 63.

والصناعة أو الصياغة القانونية على هذا النحو عنصر هام من عناصر تكوين القاعدة القانونية ، فهي التي تعطى لها الشكل العملي أى الشكل الذى تصلح للتطبيق به فى نطاق العمل . ومن هنا يتوقف على الدقة فى الصياغة القانونية وتخير أدواتها ، جانب كبير من نجاح القاعدة القانونية وتوفيقها . فمن تودى مثل هذه الصياغة الغرض منها الا اذا اختيرت أدواتها اختيارا يضمن - على أفضل وجه وأحسنه - التحقيق العملي للجوهر الأولى للقاعدة القانونية . ذلك أن الصياغة لا يعتمد اليها الا للتعبير تعبيرا فنيا عمليا عن هذا الجوهر ، فهي اذن مسخرة فى خدمته وبما يحقق غايته .

وسنعرض فيما يلى لانواع الصياغة القانونية ثم لطرقها المختلفة .

المبحث الأول

انواع الصياغة القانونية

٩٨ - تمهيد

اذا كانت الصياغة تعتمد الى تحديد مضمون القاعدة القانونية تحديدا عمليا ، فانها تتراوح بهذا التحديد تراوفا كبيرا بين الاحكام الصارم وبين الاسلاس المرن . فهي قد تحدد هذا المضمون تحديدا جامدا محكما يربط القاضى ويقيده تقييدا صارما ، وهى قد تترخص فى تحديد هذا المضمون ترخصا يترك للقاضى حرية واسعة وسلطانا كبيرا فى التقدير والتطبيق . فالصياغة القانونية اذن نوعان : صياغة جامدة rigide ، وصياغة مرنة souple . فنعرض على التوالى لكل من هذين النوعين .

٩٩ - الصياغة الجامدة

تواجه هذه الصياغة فرضا معيننا تعطيه حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملايسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الغرض . ولذلك فهي تحقق

ثبتت القاعدة القانونية سواء بالنسبة الى الوقائع الحاضرة لها أو الحل المطبق عليها . ومن هنا يكون عمل القاضى ، الذى يدعى الى تطبيق قاعدة قانونية ذات صياغة جامدة ، عملاً شبه آلى . اذ تقيده هذه الصياغة بمجرد الصارم المحكم تقييداً لا يستطيع معه الا أن يتثبت من حصول الوقائع التى تندرج تحت ما تتضمنه القاعدة من فرض معين ، وحينئذ لا يملك الا أن يعطيها الحل الثابت الذى تتضمنه هذه القاعدة .

فالقواعد التى تحدد مواعيد الطعن فى الأحكام ، بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر ، قواعد تصاغ صياغة جامدة مقيدة للقاضى ، اذ بفوات الميعاد المحدد لا يملك القاضى الا الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع بعد الميعاد . وكذلك تبدو الصياغة القانونية الجامدة فى القاعدة التى تقضى بأن كل شخص جاوز الحادية والعشرين سنة ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية (م ٤٤ مدنى) ، وفى القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على البقاء فى الشيوع ومنع قسمة الشئ الشائع لمدة تجاوز خمس سنوات (م ٨٣٤ مدنى) .

١٠٠ - الصياغة المرنة

لا تعطى هذه الصياغة للقاعدة القانونية صفة ثابتة محددة وانما تعطىها نوعاً من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة تتسع به - عند التطبيق - لادخال الملاحظات الخاصة بكل حالة فردية فى الاعتبار . فهى اذن لا تضع للقاعدة القانونية حلاً ثابتاً واحداً لا يتغير بتغير الحالات التى تندرج تحت الغرض الذى تواجهه ، وانما تقنع باعطاء القاضى معياراً متوسطاً للسلوك يستهدى به فيما يعرض عليه من قضية ، فيقوم بموافقتها على خصوصيات كل حالة أو قضية تعرض أمامه مما يمكنه من تنويع الحلول والتفاوت بها بتفاوت الحالات وتفاوت ظروفها وملابساتها . وبذلك تبسط الصياغة المرنة للقاضى فى حرية التطبيق ، فتمنحه - بما ترسم من موجه عام - سلطة تقديرية واسعة .

ومن أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التى تخول للجار الرجوع على جاره بطلب ازالة ما يسببه له الجار من مضار تتجاوز الحد المألوف أو التعويض

عنها (م ٢/٨٠٧ مدني) . فمثل هذه الصياغة لا تقيد القاضي بقاعدة جامدة ثابتة في شأن أضرار الجوار بل تترك له حرية واسعة في تقدير هذه الأضرار مستهديا بما ترسمه من موجه عام ومعيار مرن هو معيار المضار المألوفة في الجوار . فيستطيع بذلك مطابقة مثل هذا المعيار المرن على خصوصيات كل حالة فردية من حالات النزاع الناشئ عن الجوار معتدا في ذلك بالظروف والملابسات الخاصة كطبيعة العقارات وموقعها والغرض المخصصة له . وقد مكنت مرونة هذا المعيار القضاء من مواجهة ما استتبعه التقدم الصناعي في العصر الحديث من أنواع جديدة من المضار غير المألوفة للجوار واعطائها ما يناسبها من حلول^(١) .

وكذلك تعتبر من أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التي تجيز للدواهب الالتجاء الى القضاء طالبا الترخيص له في الرجوع في الهبة متى كان يستند الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٢/٥٠٠ مدني) . فمعيار العذر المقبول الذي ترسمه هذه القاعدة معيار مرن كل المرونة ، يتيح للقاضي الكشف عما يعتبر عذرا مقبولا بالنسبة لكل حالة على حدها أخذا بالظروف والملابسات الخاصة المحيطة بها .

وكذلك فمعيار الباعث المشروع ومعيار المدة المعقولة اللذان يقاس بهما صحة ما قد تتضمنه العقود أو الوصايا من شروط منسح التصرف في الأموال (م ٨٢٣ مدني) من أمثلة الصياغة التي تمكن القاضي من تقدير صحة مثل هذه الشروط حسب ظروف كل حالة وملابستها .

١٠١ - مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة

الواقع أن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية لا تحقق الا فكرة العدل المجرد ، لأنها لا تواجه الا فرضا مجردا ، فلا تملك بالتبعية الا اعطاء حلا مجردا . فمثل هذه الصياغة لا تدخل في اعتبارها ما يميز كل حالة فردية من خصوصيات ، وانما تجمع الحالات الفردية التي تندرج تحت فرض معين في

(١) راجع في ذلك كتابنا « الحقوق المدنية الأصلية » ، أحكام حق الملكية » ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ، فقرة ٩٩ ، ص ٣٢٥ وما بعدها .

نموذج واحد مجرد رغم اختلاف هذه الحالات في الظروف والملابسات ، ونعطي لهذا النموذج حلا واحدا يصدق على كل ما يندرج تحته من حالات فردية مختلفة . فالقاعدة التي تحدد كمال الأهلية ببلوغ الشخص سن الحادية والعشرين ، انما تحقق عدلا مجردا ، لأنها تحدد نفس السن لكل الافراد دون اعتداد باختلافهم وتفاوتهم في درجة النضج والقدرة على مباشرة هذه الحقوق ، فمنهم من يتقدم به الرشيد الحقيقي عن السن المقررة ، ومنهم من يتأخر به هذا الرشيد عن تلك السن . ولئن تكن للصياغة الجامدة من ميزة . فهي أن مثل هذا العدل المجرد الذي تستهدفه يحقق الثبات والاستقرار والأمن في المجتمع .

أما الصياغة المرنة فتستهدف تحقيق العدل العملي أو الواقعي ، دون أن تقنع بتحقيق العدل المجرد ، فانها - بما تضع من موجه عام أو معيار مرن - تمكن القاضي من تكييف هذا الموجه أو مطابقة هذا المعيار على خصوصيات كل حالة توصلنا الى اعطائها الحل المناسب لها . أي أن الصياغة المرنة لا تحقق العدل بالنسبة الى نموذج مجرد كما تفعل الصياغة الجامدة وانما تحققه بالنسبة الى حالات واقعية مختلفة . ومن هنا كان العدل الذي تحققه الصياغة الجامدة عدلا متوحدا لا يختلف باختلاف الحالات الفردية المندرجة تحت النموذج المجرد ، وكان العدل الذي تحققه الصياغة المرنة عدلا متفاوتا بتفاوت الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . وبذلك يمكن القول بأن الصياغة الجامدة انما هي وسيلة لتحقيق العدل "La Justice" بينما الصياغة المرنة هي إحدى وسائل تحقيق العدالة "L'équité" (١) .

(١) يختلف « العدل » عن « العدالة » . ذلك أنه رغم قيامهما على مبدأ المساواة في معاملة المخاطبين بأحكام القانون ، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل هي مساواة جامدة مجردة تنبني على أساس الوضع الغالب في الحياة دون اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف الجزئيات في الحالات المتماثلة . بينما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة هي مساواة مجسدة واقعية تقوم على أساس التماثل في المعاملة للحالات المتماثلة اذا تماثلت كذلك هذه الحالات في ظروفها الخاصة وجزئياتها الواقعية .

والأصل أن القانون يستهدف تحقيق العدل ، ولا يستهدف تحقيق العدالة إلا استثناء . ولذلك فهو حين يعد مثلا الى تحديد سن الرشيد ، لا يترك الأمر الى القضاء ينظر في كل حال بخصوصها ليحدد سن الرشيد على ضوء ظروفها . وان يكن في ذلك تحقيق للعدالة نظرا الى =

فالصياغة المرنة فى بعض قواعد العقوبات تمكن القاضى من تحقيق العدالة : فعدم تحديد العقوبة بقدر ثابت وحصرها بين حدين ، حد أقصى وحد أدنى ، يمكن القاضى من التراوح بالعقوبة بين هذين الحدين حسب ما تمليه ظروف كل حالة . واجازة تخفيض العقوبة اذا وجدت ظروف أو أعذار مخففة ، تمكن القاضى من النزول بالعقوبة والتدرج فى هذا النزول حسب ما تمليه ظروف كل حالة من ضرورة استعمال الرأفة . وكذلك فالصياغة المرنة تمكن القاضى من مراعاة العدالة فى شأن أضرار الجوار ، اذ يستطيع مطابقة معيار « الأضرار المألوفة » على ما يعرض أمامه من حالات ، وتحديد الأضرار التى تتجاوز المألوف فى كل حالة تبعا للظروف الخاصة بها ، والحكم فى كل حالة بما يناسبها من الامر بإزالة الضرر المجاوز للمألوف أو التعويض عن ضرورة تحمله بمبلغ من المال . وكذلك تمكن الصياغة المرنة القاضى من تقدير ما يحيط بكل واهب يطلب الرجوع فى الهبة من ظروف خاصة تبرر هذا الرجوع فتعتبر من قبيل « العذر المقبول » .

وفى كل هذه الحالات حيث تمكن الصياغة المرنة من تحقيق العدل الواقعى أو العدالة دون الوقوف عند تحقيق العدل المجرد ، تكون للقاعدة القانونية المرنة اذن قدرة على مسايرة التطور الاجتماعى ومواجهة ما يطرأ من وقائع وحالات جديدة (١) ، بخلاف القاعدة القانونية الجامدة التى تكتفى بتحقيق العدل المجرد ، فتجمد عن متابعة التطور الاجتماعى قانعة بتحقيق الثبات والاستقرار .

تفاوت الناس فى النضج العقلى وتأخر نموه عند بعض وتبكره عند بعض آخر . ولكن القانون يكتفى بإدائه توازن بين هؤلاء الناس المتفاوتين فى النضج العقلى على أساس الوضع البشريهم ومتوسط سن هذا النضج بينهم ، فيحدد الرشد بسن الثامنة عشرة كسواء يفعل بعض المشرعين أو بسن الحادية والعشرين كما يفعل المشرع المصرى . وليس يخفى ما قد يكون فى هذا التحديد الجامد العام من ظلم على بعض الناس سريعى النضج العقلى ، أو ما قد يكون فيه من معاناة لبعض آخر بطيء النضج ، ولكنه رغم ذلك عدل يقتضيه تحقيق النظم والاستقرار فى الجماعة (انظر كتابنا « أصول القانون » فقرة ١١ ، ص ٣٠ و ٣١) .

(١) قد يأخذ على الصياغة المرنة بعض خصومها أنها - بما تترك للقاضى من سلطة واسعة فى التقدير - لا تثبت أن تقوده إلى التحكم . مما ينذر منه اشاعة ما يجب من أمن واستقرار =

وأيا كان الرأي فى المفاضلة بين الصياغتين : الجامدة والمرنة ، فالثابت أن القانون محتاج إليهما معا حاجة المجتمع الى الاستقرار والتطور على السواء . فكل من الصياغتين يحقق احدى هاتين الغايتين على حساب الغاية الأخرى . فالصياغة الجامدة - ان كانت تحقق الاستقرار - الا أنها تضطر الى تحقيقه على حساب التطور ، فتجمد بالقاعدة القانونية عن مواجهة ما يجد من حالات ، وتقنع بتحقيق عدل مجرد يواجه أوضاعا مجردة دون اعتبار للظروف والملابسات الخاصة . والصياغة المرنة - ان كانت تؤهل القاعدة القانونية للتكيف وفق الظروف الخاصة ومسايرة التطور الاجتماعى - الا أن ذلك يتم على حساب الأخلال بالاستقرار والأمن فى المعاملات .

فالحاجة اذن مزدوجة الى الصياغة الجامدة والصياغة المرنة على السواء . ولكن مجال الصياغة الجامدة ما زال أفسح وأرحب من مجال الصياغة المرنة . اذ ما زالت اعتبارات الاستقرار فى المجتمع غالبية على اعتبارات التطور به ، بحيث يمكن القول ان القاعدة الجامدة (règle rigide) هى نموذج القواعد القانونية فى الأصل ، أما القاعدة المرنة أو المعيارية (standard) فمجرد استثناء يلجأ اليه فى الحالات التى يستعصى الأمر فيها على التحديد الثابت الجامد ازاء ما هى عليه من تطور مستمر وتفاوت واضح فى الظروف والملابسات الخاصة .

وفى القانون المصرى ، ما زالت الغلبة للقواعد الجامدة على القواعد المرنة أو المعيارية . وان يكن التقنين المدنى الحالى قد أفسح المجال لبعض قواعد معيارية يستهدى بها القاضى فى التفاوت بالحلول حسب التفاوت فى الظروف والملابسات المحيطة بالقضايا المرفوعة أمامه . فمن ذلك - فضلا عما سبق بيانه من معيار « المذر المقبول » فى الرجوع فى الهبة ، ومعيار « المضار

= فى المعاملات . غير أن هذا الخوف من تحكم القضاء ، ليس ثم ما يبرره . فالتضاء قد أثبت دائما - وهو الأمين على تطبيق القانون - أنه يزن أحكامه بميزان دقيق يعلو على كل مظنة أو تحكم . فضلا عن أن وجود محكمة النقض - وهى الرقابة على صحة تطبيق المحاكم للقانون - كفيل بتوحيد اتجاه المحاكم توحيدا يقوم على القصد والاعتدال فى استتصال ما تمنحها الصياغة المرنة من سلطة تقديرية واسعة .

المالوفة في الحوار » ، ومعيار « الباعث المشرح » و « المدة المعقولة » في شأن الشروط المسانعة من التصرف - معايير أخرى من أهمها معيار « الفسلط الجوهري » (م ١٢٠ مدني) ، ومعيار « التدليس الجسيم » (م ١٢٥ مدني) . ومعيار « الرهبة القائمة على أساس » (م ١٢٧ مدني) ، في الوقوف على ما يشوب الارادة من عيب يجيز ابطال العقد . وكذلك معيار « اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين » ومعيار « استغلال الطيش البين أو الهوى الجامع » ، لابطال العقد أو انقاص التزامات من وقع عليه الاستغلال (م ١٢٩ مدني) . وكذلك معيار « الظروف الاستثنائية العامة غير المتوقعة » ، ومعيار « التنفيذ المرهق » لتعديل العقد ورد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (م ٢/١٤٧ مدني) .

المبحث الثاني طرق الصياغة القانونية

قلنا ان الصناعة أو الصياغة القانونية هي مجموع الادوات أو الطرق التي تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العمل اخراجا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها . وناخذ الآن في بيان هذه الادوات والطرق التي يقسمها الفقه الى طرق مادية وطرق معنوية .

المطلب الأول

الطرق المادية

Les procédés matériels

يقصد بالطرق المادية للصياغة القانونية تلك الادوات التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسماً في مظهر خارجي . وسوف نجتزئ في بيان هذه الطرق المادية بالإشارة الى الطريقتين التاليتين .

١٠٢ - إحلال الكم محل الكيف (١) :

يقصد بطريقة « إحلال الكم محل الكيف ، Substitution du quantitatif au qualitatif اعطاء القاعدة القانونية تحديداً محكماً بالتعبير عن مضمونها برقم معين ، مما يجعل تطبيقها آلياً ، لا يفسح المجال عادة لتحكم من جانب القاضي . فالمعنى الذي يتضمنه جوهر القاعدة القانونية كيفاً معنوياً يصاغ اذن صياغة كمية أو رقمية ، تحدده في العمل تحديداً ثابتاً لا تأويل فيه ولا ابهام ، مما يمنع الخلاف بشأنه ويسر أمر فهمه وتطبيقه على السواء .

(١) راجع في ذلك :

Gény, op. cit., t. III, No. 197. — Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, pp. 122 et s.

ولعل أكبر مثل على هذا النوع المادى من الصياغة القانونية هو تحديد أهلية مباشرة الحقوق المدنية بسن معينة . ذلك أن جوهر القاعدة القانونية فى هذا الشأن ، هو اناطة الاهلية بتمام التمييز ورجحان العقل ، وهو ما لا يصلح بذاته للتطبيق العملى الحاسم . فالوقوف على التمييز والعقل لتحديد الاهلية ، لا يتأتى - والأفراد متفاوتون فى ذلك أشد التفاوت - الا بترك الأمر الى القاضى ، يتفحص كل فرد من الأفراد على حدة ليعين له أهليته تبعا لدرجة نضوجه العقلى . وليس يحتاج الأمر الى بيان ما قد يجره ذلك من تحكم القضاء ، فضلا عن أنه يخلق مصدرا للمنازعات لا ينضب ، مما يضيع كثيرا من الوقت والجهد والمال . من أجل ذلك كان من الحتم ترجمة تمام التمييز أو رجحان العقل ، وهو معنى كفى ، ترجمة عملية بسيرة الفهم والتطبيق ، وهل ثم ترجمة عملية لهذا المعنى خير من تحديده بسن معينة هى السن التى يتم عندها رشد الفرد العادى ؟ . وهذا هو ما اتبعه المشرع المصرى حين نص فى التقنين المدنى على أن « سن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » (م ٢/٤٤) .

ومن قبيل ذلك أيضا تحديد أهلية مباشرة الحقوق السياسية : فتحدد أهلية الانتخاب مثلا بسن معينة قد تزيد أو تنقص عن سن الرشد المدنى . وتحدد أهلية الترشيح لعضوية المجالس النيابية بسن معينة ، أو بتوافر نصاب مالى معين فى المرشح كحد أدنى لدخله أو للضريبة التى يدفعها سنويا .

وكذلك فمن أمثلة احلال الكم محل الكيف تحديد أنصبة الورثة بنسب معينة ، تراعى فى قدرها درجة القرابة الى المتوفى . وتحديد مدى حق الايصاء بنسبة معينة من التركة هى الثلث . وتحديد القبن فى بيع عقار غير ذى الأهلية بما يزيد على خمس ثمن المثل (م ٤٢٥ مدنى) . وتحديد الربا الفاحش بما يزيد على سبعة فى المائة (م ٢٢٧ مدنى) . وتحديد التقادم المسقط والمكسب بخمس عشرة سنة كقاعدة عامة (م ٣٧٤ و ٩٦٨ مدنى) .

وقد يكون من قبيل احلال الكم محل الكيف رد جوهر القاعدة القانونية الى عدد محدود من الحالات ، أى صياغته صياغة تحصره وتحدده بما لا يدع

مجالا لمجاوزة الحصر والتعديد . ومن أمثلة ذلك النص الذي يحدد الديون الممتازة التي يكون لها أفضلية في الوفاء على سائر الديون الأخرى محددا على سبيل الحصر (م ١١٣٨ وما بعدها مدني) . والنص الذي يثبت الحق في الشفعة لأشخاص يعدم عدا بما يتوافر فيهم من صفات معينة (م ٩٢٦ مدني) .

١٠٣ - الشكليات (١)

يقصد بذلك المظاهر الخارجية التي يفرض على الأفراد اتباعها في تصرفاتهم لا مكان ترتيب آثار قانونية معينة . وبذلك ينضاف إلى العنصر الداخلي عنصر خارجي يؤكد وجوده ويضمن مفعوله في نطاق القانون . ويقصد باشتراط هذه الأشكال وتلك المظاهر الخارجية ، أما التنبيه إلى خطورة بعض التصرفات ، وأما تيسير اثباتها من بعد ، وأما إمكان الاحتجاج بها على الغير .

أما الشكل الذي يقصد منه التنبيه إلى خطورة بعض التصرفات ، فهو عادة الرسمية أي إفراغ التصرفات في كتابة رسمية تتم على يد موظف رسمي طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه . ولئن كانت القاعدة العامة في القانون الحديث اليوم هي مبدأ الرضائية أي الاكتفاء بحصول التراضي بين المتعاقدين لانعقاد العقد والالتزم به - خلافا لما كان قائما في القانون الروماني من قبل - إلا أن من التصرفات ذات الخطر والآثار الضخم ما يقتضي التنبيه إليها والتعسير على من يريد إبرامها - باشتراط حصول تحريرها بواسطة موظف رسمي مختص - ليتدبر أمرها ويصير بمخاطرها ، فلا يقدم عليها إلا عن روية وبصيرة . ومن قبيل ذلك ما تشترطه المادة ٤٨٨ من التقنين المدني المصري من أن تكون هبة العقار بورقة رسمية والا وقعت باطلا . وما تشترطه المادة ١٠٣١ من نفس التقنين من رسمية الرهن التأميني أو الرسمي الذي يرد على عقار . وتنبغي الإشارة إلى أن الرسمية هنا شرط لانعقاد التصرف لا لاثباته . بحيث إذا لم تتم هبة العقار بورقة رسمية وقعت

(١) راجع في ذلك :

Gény, op. cit., III, Nos. 202 - 206 - Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 61

باطله . واداء الرهن الرسمي بوزعة عرفية فهو باطل معدوم لا يرب عليه
آثاره القانونية .

ومن قبيل الاشكال الذى يقصد منها التنبيه الى خطورة النصرف - غير
التمكل الرسمي - اشراط الحصول على اذن معين لمباشرة بعض التصرفات ،
كبعض التصرفات المحددة التى لا يجوز للوصى مباشرتها الا باذن المحكمة
حماية لاموال الفاصر .

واما الشكل الذى يقصد منه تيسير اثبات التصرفات معا لكثرة
المنافضات بشأنها ، فهو عادة الكتابة . ومن ذلك ما ينص عليه المشرع المصرى
من أن يكون الاثبات عن طريق الكتابة فى غير المواد التجارية اذا كان النصرف
القانونى نزيد قيمته على مائة جنيه ، واما ما لا نزيد قيمته على ذلك فيصح
اثباته بشهادة الشهود أى بالبينة (م ٦٠ من قانون الاثبات ، معدلة بالقانون
رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢)^(١).

فالمقصود هنا هو التفرقة بين التصرفات التافهة القيمة ، وبين
التصرفات التى تكون على جانب من القيمة المالية ، ولا حرج من الترخيص فى
اثبات الاولى ولو عن طريق الشهادة ، اما الثانية فالمصلحة تقضى باشتراط
الكتابة بشأنها . فان لم تجم كتابتها فليس يمنع ذلك من انعقادها صحيحة ،
وان قام عدم الكتابة عقبة فى سبيل اثباتها . فالكتابة اذن شرط لاثبات
هذه التصرفات لا شرط لانعقادها .

واما الشكل الذى يقصد منه امكان الاحتجاج ببعض التصرفات فى
مواجهة الغير ، فمن أمثلته ما يقضى به المشرع المصرى من أنه « تعتبر الشركة
(المدنية) بمجرد تكونها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على
الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون » (م ١/٥٠٦
مدنى) ، وما ينص عليه من أنه لا يكون الرهن الرسمي نافذا فى حق الغير
الا اذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا

(١) رفع قانون الاثبات فى البداية نصاب الاثبات بالكتابة الى ما يزيد على عشرين جنيتها بعد أن كان
اصلا ما يزيد على عشرة جنديات (م ٤٠٠ مدنى) ، وذلك نظرا لانخفاض القوة الشرائية للنقود. لم رفع
المشرع انحصارا هذا النصاب الى ما يزيد على مائة جنيه (القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢).

على العقار (م ١٠٥٢ مدني) . ففي هذه الحالات جميعا ، لا يكفي انعقاد التصرف فيما بين أطرافه لتنفاذه في حق الغير ، اذ يلزم لهذا النفاذ اتخاذ الشكل المطلوب . فالشكل في هذه الحالات انما يقصد به حماية الغير عن طريق اعلامه بالتصرف القانوني الذي لم يكن طرفا فيه ، بحيث يكون لهذا الغير - عند تخلف الشكل - تجاهل التصرف رغم توافر عناصر تكوينه أو انعقاده القانوني .

المطلب الثاني

الطرق المعنوية

Les procédés intellectuels

يقصد بالطرق المعنوية للصياغة القانونية الدلالة على ما قد يلجأ اليه من عمل ذهني بحث في سبيل اخراج القاعدة القانونية اخراجا عمليا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها ، فهي اذن طريقة منطقية محض من صنع الذهن . وسوف نجتزئ في بيان هذه الطرق بالاشارة الى طريقتين اثنتين هامتين منها هي : القرائن القانونية والافتراض أو الحيل القانونية .

١٠٤ - القرائن القانونية (١)

يقصد بالقرائن القانونية *Les présomptions légales ou de droit* أخذ أمر مشكوك فيه - ولكنه محتمل تبعا للغالب والمألوف في العمل - على أنه أمر مؤكد ، أي تحويل الشك في شأنه الى يقين واخراج القاعدة القانونية على هذا الأساس . ذلك أن ما تحكمه القواعد القانونية من أوضاع قد يحوطه

(١) راجع في ذلك خاصة :

Gény, op. cit., t. III, Nos. 230 - 239. — Decottignies, Les présomptions en droit privé, 1950. — Dalloz, Répertoire de droit civil, t. IV, Nos. 61, 715, 945.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، فقرات ٣٢١ - ٣٤٠ - عبد المنعم فرج الصمد ، الاثبات في المواد المدنية ، ط ٢ ، ١٩٥٤ .
فقرات ٢٢٤ - ٢٢٢ .

شك أو غموض يستعصى على الجلاء . ولا كان التحقيق العمل للقانون ولفكرة العدل التي يستهدفها يتطلب دقة واحكاما واستقرارا معيناً ، فان هذا قد يدفع القانون دفعا الى تحويل الشك الى يقين عن طريق اقامة قرينة قانونية . فالقرينة القانونية اذن عملية ذهنية تدخس في تبديد الشك والاختلاط الذي يحيط ببعض المراكز والتصويرات القانونية بتأكيد حاسم يبنى على المعنى الأكثر موافقة للمراجع والمألوف في العمل (١) .

واذا كان المجال الاصلى للقرائن القانونية هو مجال الاثبات ، أى مجال القواعد القانونية المتعلقة باثبات الحق . فان الحاجة اليها قائمة كذلك في مجال القواعد القانونية الموضوعية أى المتعلقة بموضوع الحق لا بانياته .

(١) القرائن القانونية في مجال الاثبات :

المجال الاصلى للقرائن القانونية هو مجال الاثبات . فحيث يتعلق الامر باثبات مراكز واقعية تمهيدا لتطبيق القانون عندها من بعد ، ويكون هذا الاثبات مستحيلا أو مستعصيا ، يعدل القانون عن التكليف به ، مكتفيا باعتبار المألوف والغالب في العمل في شأن هذه الأوضاع هو الواقع الحاصل ، فيعتد به ويعتبره ثابتا بذاته دون عناء اقامة الدليل عليه . فالشك في أمر وضع من الأوضاع لتعذر اثباته أو استحالة ، يتحول اذن الى يقين عن طريق عمل ذهني يأخذ الغالب في العمل أمانة وقرينة تصدق على كل حالات هذا الوضع . وبذلك يتوصل القانون الى تحقيق الطمأنينة والأمن والاستقرار في المجتمع ، اذ لو ترك الأمر للاثبات المادى العادى المباشر - وهو متعذر في مثل هذه الأوضاع أو مستحيل - لكثرت المنازعات والادعاء بالباطل ولدخل التحكم أحكام القضاء .

ومن أمثلة هذه القرائن القانونية قرينة الزوجية على ثبوت نسب المولود من زوج الوالدة ، اذ ما دام الحمل قد حصل وقت الزوجية فيفترض أن الولد ابن الزوج . فالولد اذن ثمرة الزوجية ونتائجها ، أو كما ورد في حديث

الرسول عليه السلام « الولد للفراش » . ذلك أن إثبات نسب المولود للزوجة من زوجها أمر عسير أو مستحيل ، فلا يتصور التكليف به . ولما كان الغالب في العمل هو أن الزوجة مقصورة على زوجها فلا تتصل اتصالا جنسيا إلا به ولا تلد بالتبعية إلا منه ، فيعمم هذا الغالب ويحمل عدم التثبت من أبوة الزوج بدليل مادي مباشر محمل اليقين ، فيعتبر أن المولود من حمل حدث وقت الزوجية (١) هو ابنه .

ومن أمثلة هذه القرائن كذلك قرينة اعتبار المفقود ميتا متى غلب على الظن هلاكه (٢) . فهذه القرينة مثل من أمثلة الصياغة القانونية الضرورية لمواجهة حالة استثنائية لا يمكن القطع فيها بدليل أو بينة على وفاة المفقود أو حياته . إذ المصلحة تقضى - في الحالات التي يغلب فيها هلاكه - باعتباره ميتا لتصفية ما هو معلق من حقوقه والتزاماته . فما دام يغلب هلاك المفقود ، وما دام إثبات وفاته أمرا متعذرا أو مستحيلا ، فلا حرج من اتخاذ حكم ما يغلب من هلاكه ، أمانة على تحقيقه وقرينة على وفاته .

ومن هذه القرائن القانونية كذلك ، اعتبار ارتكاب القاصر عملا غير مشروع قرينة على خطأ من يتولى رقبته كالأب أو الوصى بتفصيله في أداء ما يقع عليه من واجب الرقابة (م ١٧٣ مدني) ، واعتبار أن الضرر الحادث من الحيوان أو من انهزام البناء أو من الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة قرينة على خطأ من يتولى حراستها وتقضيه في القيام بهذه الحراسة (م ١٧٦ و ١٧٧ و ١٧٨ مدني) ، واعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة على هذا القسط (م ٥٨٧ مدني) .

(١) يعني القانون كذلك بأقامة قرائن قانونية على اعتبار العمل حادثا وقت الزوجية بتحديد حد أدنى له من وقت انعقاد الزواج وحد أقصى له من وقت انحلال الزواج . وقد حدد المشرع المصري الحد الأدنى بستة أشهر والحد الأقصى بسنة (انظر في ذلك : عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ١٩٢٨ ، ص ١٨٦ و ١٨٧ . - عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ١٩٥٦ ، ص ٤١٠ و ٤١١ . - وكتابنا أصول القانون ، فترة ٣٧٥ ، ص ٧٢١) .

(٢) أنظر لاحقا ما سيورد في شأن أحكام المفقود عند التعرض لنهاية شخصية الإنسان أي الشخص الطبيعي .

وفى كل هذه القرائن وأمثالها يتغنى القانون من تقررت القرينة لمصلحته من عبء اثبات ما تقرره (١) . اذ هذا الاثبات متضمن فى ذات القرينة ، ولذلك يقرر المشروع المصرى أن « القرينة القانونية تغنى من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات » (م ٩٩ من قانون الاثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) .

ولكن لما كانت القرائن القانونية مبنية على الغالب الراجح فى العمل بحيث لا تصل الى يقين مؤكد يرتفع بها عن كل مظنة أو خلاف ، يجب أن يترك الباب مفتوحا فى الأصل أمام ما قد يتخلف أو يشذ من حالات عن حكم هذا الغالب ، بحيث يصبح من الجائز إقامة الدليل على هذا التخلف أو الشذوذ ونقض القرينة المقاومة فى شأنها بالتالى . ولذلك كان المبدأ أن القرائن القانونية قرائن بسيطة تقبل اثبات العكس (٢) . ولكن هذا لا يمنع من أن يقرر استثناء ولا اعتبارات خاصة الخروج على هذا المبدأ واعتبار بعض القرائن القانونية قرائن قاطعة لا يجوز اثبات عكس ما تقضى به (٣) . وهذا ما تعنيه

(١) ولكن يبقى واقعا على عاتق من تقررت القرينة لمصلحته إقامة الدليل على توافر الشروط التى يتطلبها القانون لقيامها . فيجب مثلا اثبات الزواج وولادة المولود للزوجة من حمل حادث وقت الزوجية لاعتبار المولود ابنا للزوج ، يقتضى القرينة المقامة دون حاجة الى اثبات هذا النسب . ويجب اثبات غيبة المفقود فى ظروف يغلب فيها حلاكه للحكم بوفاته دون حاجة الى اقامة الدليل على هذه الوفاة . ويجب اثبات خطأ القاصر ، لاعتبار متولى رقبته مقصرا فى الرقابة دون حاجة الى اثبات تقصيره . (انظر كتابنا أصول القانون ، فقرة ١١٠ ، ص ٢٤٩ و ٢٤٢) . وهكذا الشأن فى باقى القرائن الأخرى .

(٢) فيجوز مثلا نقض قرينة اعتبار المفقود ميتا باثبات عودة المفقود أو استمرار حياته ، ونقض قرينة خطأ متولى رقابة القاصر باثبات قيامه بواجب الرقابة بما ينبئ من حيطة وعناية . والأصل أن مثل هذا الاثبات يخضع للقواعد العامة ، الا أن يستلزم المشرع طريقا معينة خاصا لنقض القرينة واثبات عكس ما تقضى به ، فلا يجوز سلوك طريق غيره لنقضها ، ومن قبيل ذلك ، الطريق الخاص المقرر فى الشريعة الاسلامية لنقض قرينة « الولد للفراش » وحر طريق اللعان (انظر فى تفصيل هذا الطريق وشروطه : عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ١٨٨) . عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤١١ - ٤١٤) . وطريق الطعن بالتزوير لدخلى قرينة حجية السند الرسمى بما دون فيه من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقتت من ذوى الشأن فى حضوره (م ١١ من قانون الاثبات الجديد) .

(٣) ومع ذلك ، فمن المتفق عليه أن القرائن القانونية القاطعة يمكن مضها ولكن بالاقرار أو البين (انظر : Decattignies, thèse précitée, Nos. 88 - 89 - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٢) .

المادة ٩٩ من قانون الاثبات الجديد سالفة الذكر بقولها أنه « ٠٠٠ يجوز نقض ٠٠٠ القرينة بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .
ومن قبيل القرائن القاطعة الاستثنائية ما يقيمه القانون من قرينة على خطأ حارس الحيوان أو الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة (م ١٧٦ و ١٧٨ مدني) (١) .

وغنى عن البيان أن القرائن القانونية في مجال الاثبات تفرق عن نوع آخر من القرائن يسمى **القرائن القضائية** . فالقرائن القانونية طريقة معنوية لصياغة القاعدة القانونية ، أي أن اقامتها إنما تكون في مرحلة تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك تكون من صنع المشرع أو القانون الوضعي بوجه عام (٢) . أما القرائن القضائية فهي من صنع القاضي ، مما يفترض أن اقامتها أو استخلاصها يكون في مرحلة تطبيق القاعدة القانونية لا في مرحلة تكوينها . فالقاضي يستخلص في صدد قضية مطروحة عليه ، من بعض الوقائع الثابتة لديه ، أمارات يكون بها عقيدته - طبقا للغالب في العمل ومجرى الأمور الطبيعية - في شأن واقعة من وقائع الدعوى لا يقوم عليها دليل مباشر (٣) ، كاستخلاصه صورية البيع من قيام علاقة زوجية أو قرابة وثيقة بين أطرافه ،

(١) من الواضح أن القرينة هنا قرينة على الخطأ لا على المسؤولية . ولذلك ماذا كانت هذه القرينة قاطعة بمعنى أنه يمتنع على الحارس إقامة الدليل على عكسها بإثبات عدم تقصيره و خطئه في الحراسة ، فإن ذلك لا يمنعه من نفى مسئوليته عن طريق نفى علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الحاصل .

(٢) لا يستأثر التشريع وحده بصنع القرائن القانونية ، بل يملكه كذلك كل مصدر رسمي آخر من مصادر القانون الوضعي كالعرف ، والقول بغير ذلك معناه رد القانون الوضعي كله إلى مصدر وحيد هو التشريع ، وهذا غير صحيح . (في هذا المعنى : Gény, op. cit., t. III, No. 235, pp. 327, 330) - وقارن : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٢٢٢ ، ص ٦٠٠) .

(٣) يتمتع القاضي بسلطة واسعة في استنباط القرائن القضائية ، وهو ما يؤدي - بالنظر إلى الاختلاف المحكوم بين التضاة في هذا الاستنباط تبعا لاختلاف النظر والتقدير - إلى عدم اتفاق المحاكم على ما يعتبر من قبيل القرائن القضائية ، وإلى اضعاف الدلالة المستمدة من هذه القرائن في مجال الاثبات بالتالي بما يضع هذه القرائن دون مرتبة الكتابة ، ويساويها بمرتبة البيئة أي الشهادة (أنظر عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، فقرة ١٧٨ ، ص ٣٣٤) . ولذلك ينص المشرع المصري على أنه لا يجوز الاثبات بقرينة قضائية إلا حيث يجوز الاثبات بشهادة الشهود (م ١٠٠٠ من قانون الاثبات الجديد) .

واستخلاصه التحايل على ما يقرره القانون للجار من الاخذ بالشفعة من بيع الارض المشفوع فيها الا جزءا ضئيلا هو المجاور لارض الجار أو مع حبة هذا الجزء الى مشترى الارض .

(٢) القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية :

تمس الحاجة كذلك الى القرائن القانونية في مجال القواعد المتعلقة بموضوع الحق . وهي تقوم في هذا المجال على ما تقوم عليه في مجالها الاصلى ، وهو مجال اثبات الحق ، من فكرة الاحتمال والرجحان بقصد تبديد الشك والاختلاط . ولكن يبقى ثم فارق جوهري بين وضع القرائن في كل من المجالين . ففي مجال الاثبات ، حيث تستخدم القرينة وسيلة اثبات أو اعفاء منه أو تبديل في محله ، تعتبر القرينة هي محل القاعدة القانونية التي تقررها بحيث يرتبط تطبيق هذه القاعدة بفكرة القرينة وما تمثله من احتمال ورجحان ، فيمكن التوصل في الاصل الى منع اعمال القاعدة القانونية في شأن الحالات التي تشذ بها ظروفها على وجه اليقين عن مقتضى ما تعمه القرينة من احتمال ورجحان ، ولذلك قلنا انه يمكن في الاصل دحض القرائن القانونية في مجال الاثبات باقامة الدليل العكسى . أما في مجال القواعد الموضوعية ، فلا يتعدى دور القرينة لقانونية دور الدافع أو العلة لتقرير حكم القاعدة القانونية (وقد لا تكون هي الدافع أو العلة الوحيدة لذلك) بحيث اذا أدت دورها من الدفع الى تقريره تلاشت وبقي الحكم وحده قائما دونها على استقلال(١) ، وهو ما يجعل تطبيق القاعدة القانونية غير منطوق بما دفع الى تقريرها من قرينة تعمم احتمالا أو رجحانا معيناً ، فلا يتأتى منع تطبيقها اذن في شأن بعض الحالات بدعوى تخلف مقتضى هذا الاحتمال والرجحان(٢) .

(١) راجع في التفرفة بين القرائن القانونية في مجال الاثبات وبين القواعد الموضوعية التي تمثل القرينة فيها دور الدافع أو العلة :

Gény, op. cit., t. III, pp. 236 et s. — Decottignies, thèse précitée, pp. 44, 45.

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٢٢٤ و ٢٢٥ و ٢٢٧ .
(٢) ومن شأن ذلك سهولة الخلط بين القواعد الموضوعية الأمرة وبين القرائن القانونية القاطمة ، ولكن فضلا عن الفارق بينهما من حيث المجال ومن حيث دور القرينة كما هو مبين في المتن ، يبقى ثم فارق آخر هام بينهما : هو استحالة دحض القواعد الموضوعية الأمرة التي نقل =

وأظهر مثل على القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية ما يعمد إليه المشرع من تحديد سن الرشد بسن الحادية والعشرين في القانون المصري . فالمشرع بذلك إنما يقيم هذا الحكم مدفوعا باعتباره أن هذه السن قرينة على كمال الارادة ونضج العقل ، حيث أن الغالب الراجح في العمل هو توافر هذا الكمال والنضج للأفراد ببلوغ هذه السن . ولكن بخروج القاعدة الموضوعية المحددة لسن الرشد الى الوجود ، تنلاشى القرينة التي دفعت الى تقريرها بعد أن انتهى دورها ، فلا يعلق اعمال حكم هذه القاعدة على ضرورة توافر مقتضى هذه القرينة في كل الحالات . ولذلك ينطبق هذا الحكم على الجميع حتى ولو كانت حالات البعض منهم مما يشذ عن الغالب الراجح في العمل ، فيظل الشخص معدودا قاصرا حتى ولو اكتمل له النضج العقلي والارادة قبل سن الحادية والعشرين في القانون المصري .

وكذلك يبدو أثر هذا النوع من القرائن فيما يقرره القسانون من أن « الحياة في المنقول سند الحائز » . فهذه قاعدة موضوعية (١) تختفى وراءها قرينة قانونية مأخوذة من الغالب في العمل من أن حياة المنقول تكون بيد المالك . ولكنها قرينة تنفصل عن القاعدة ، اذ تقوم منها مقام العلة والدافع ، ولذلك لا يعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة في كل الحالات . فما دامت شرائط هذا الاعمال متوافرة ، فلا يتأتى بعد ذلك منعه - في الحالات التي تشذ عن حكم الغالب - بدعوى أن المالك الحقيقي شخص آخر غير الحائز ، اذ الحياة - متى توافرت شرائطها - تصبح بمقتضى القاعدة سببا للملكية المنقول .

ويبدو أثر هذا النوع من القرائن كذلك فيما يقرره القانون من « حجية

= القرينة فيها دور الدافع والعلة بأى طريق من الطرق حتى بالاقرار أو اليمين ، وامكان دحض القرائن القانونية القاطمة - رغم قطبيتها - بالاقرار أو اليمين (انظر : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٧ ، ص ٦٢٢) .

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٧ .

الأمر المقضى ، (L'autorité de la chose Jugée) (١) . فهذه قاعدة موضوعية (٢) تختفى وراءها قرينة قانونية على اعتبار الحكم القضائي عنوان الحقيقة فيما قضى به ، إذ الغالب أن تقيم الأحكام القضائية قضاها على أساس صحيح فتصل بذلك الى تقرير الحقيقة . وإذا كانت هذه القرينة هي أحد الدوافع الى تقرير هذه القاعدة ، فانها تتوارى وتنفصل عنها بحيث لا يعلق أعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة بالنسبة الى كل الأحكام القضائية . فالأمر المقضى تكون له دائما حجيته ، دون نظر الى ما قد يشذ في النادر من أحكام عن مقتضى الغالب من قضاء الأحكام بالحقيقة . وبذلك يمتنع دائما على نفس الخصوم في نزاع سبق الفصل فيه بحكم قضائي ، أن يجددوا أمام المحاكم بغير طرق الطعن القانونية - أى بدفع أو دعوى مبتدأة - نفس النزاع المتعلق بذات الحق محلا وسببا (م ١٠١ من قانون الإثبات الجديد) (٣) .

وإذا كانت هذه القرائن وأمثالها تتلاشى وراء القواعد الموضوعية ، فيبقى على أى حال أنها تعتبر من دوافعها وعللها ، وهو ما يمدحها بسند عقلي منطقي يبرر أحكامها (٤) .

١٠٥ - الافتراض أو الحيل القانونية (٥)

يقصد بالافتراض أو الحيل القانونية *La fiction Juridique ou de droit*

(١) تجب التفرقة بين « حجية الأمر المقضى » وبين « قوة الأمر المقضى » (*La force de la chose jugée*) . فالحجة تلحق كل حكم موضوعي فاصل في خصومة ، سواء كان نهائيا أو ابتدائيا ، حضوريا أو غيابيا ، أما القوة فلا تلحق إلا الحكم النهائي وحده . وهو الذى لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٤٢) .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٣٣٣ و ٣٣٧ و ٣٤٤ .

(٣) راجع فى تفصيل « حجية الأمر المقضى » :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٣٤١ - ٣٧٩ ، ص ٦٣٠ - ٧١٤ .

(٤) *Gény. op. cit., t. III, No. 230, p. 350.*

(٥) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Dekkers, La fiction juridique, 1935. — Gény. op. cit., t. III, Nos. 249 — 252.

وانظر كذلك كتابنا أصول القانون ، فقرة ١١١ ، ص ٢٤٨ - ٢٥٢ .

اعطاء وضع من الاوضاع حكما يخالف الحقيقة توصلا الى ترتيب اثر قانونى معين عليه ما كان ليترتب لولا هذه المخالفة . وبذلك تبدو طريقة الافتراض أو الحيل القانونية احتيالا وتزويرا على الواقع ، اذ - وهى تقوم على تصوير ذهنى معين - لا تجعل منه انعكاسا لاصل صورته الطبيعية فى الواقع بل قلبا وتحريبا له ، وذلك بقصد تحقيق ما تستهدفه من غرض اقامة التنظيم القانونى على نحو معين^(١) .

وعلى هذا النحو ، يبدو الفارق البعيد بين « القرائن القانونية » وبين « الافتراض أو الحيل القانونية » . فرغم أنها يشتركان فى اعتبارهما طرقا معنوية لصياغة القاعدة القانونية تقوم على تصوير ذهنى للواقع ، تحكمى بعض الشيء بقصد تيسير الوصول الى غايات عملية معينة ، الا أن الطريقة الأولى تؤسس تصويرها على الاحتمالات الغالبة الراجعة فى العمل بحيث يأتى تعميمه فى الاتجاه العادى الطبيعى للأمور ، بينما تستبجح الطريقة الثانية - فى سبيل الوصول الى الهدف المقصود - تأسيس تصويرها على انكار الواقع أو تشويهه^(٢) . ولذلك يعتبر الافتراض مخالفة صريحة للواقع ، بينما تعتبر القرائن تسليما بحكم الطبيعى والغالب منه .

ومن أمثلة الافتراض أو الحيل القانونية نظام الموت المدنى^(٣) الذى كان معروفا - كعقوبة تبعية - فى بعض الشرائع الى قريب . فبمقتضاه كان يفترض موت الشخص افتراضا بحثا رغم مخالفة ذلك للواقع من بقائه فعلا بقيد الحياة ، ويرتب على هذا الافتراض اثره القانونى من اصدار الشخصية بما يستتبعه هذا الاهدار من نتائج مختلفة .

ومن قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، ما قد يعمد اليه القانون من تقديم التوقيت ساعة فى الصيف مخالفا بذلك حكم التوقيت الطبيعى .
وتعتبر طائفة العقارات بالتخصيص (immeubles par destination)

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 241, pp. 367 - 369.

(٢) Gény, op. cit., t. III, No. 228, pp. 280 - 281.

(٣) انظر فى هذا النظام : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ، ص ٧١١ و ٧١٢ .

وطائفة المنقولات بالمآل (meubles par anticipation) من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، حيث يخالف القانون بتقريرها التقسيم الطبيعي للأشياء مخالفة صارخة ، فيفترض أن بعض المنقولات عقارات إذا كانت مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ، ويفترض أن بعض العقارات منقولات ما دام مآلها القريب إلى الانفصال عن أصل ثباتها والتحول بذلك إلى منقولات .

ورغم ما تحققه هذه الطريقة المعنوية لصياغة القاعدة القانونية من فوائد عملية لا يمكن إنكارها ، فلا ينبغي اغفال ما تنطوى عليه من أخطار جسيمة نتيجة قيامها على أساس مخالف للطبيعة والواقع . ولذلك ينبغي أن يظل التجاء القانون إليها محصورا في أضيق الحدود ، حين يكون الالتجاء إليها أمرا لازما وضروريا لتحقيق العدل أو النفع الاجتماعى ، وحينئذ تكون مثل هذه الغاية هى التبرير الوحيد للافتراض أو الحيلة القانونية (١) . وعلى أى حال فإن تحديد مدى هذا الافتراض يجب ألا يتجاوز حدود الغرض المقصود من تقريره ، فيكون إذن محلا للتفسير الضيق باعتباره وسيلة اصطناعية للتعبير عن القانون (٢) .

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 247, pp. 417, 418.

(٢) يقصر « جينى » ذلك على حالة ما إذا كان الافتراض حلا تحكميا يفرضه المشرع - أما إذا كان المشرع قد ألبس مبدأ نافعا أو عادلا ثوب الافتراض لى يسهل اجراءه فى الحياة العملية ، فيكون من المناسب الاعتراف له بكل ما هو أهل له من مدى واسع
انظر : Gény, op. cit., t. III, No. 261, p. 436.

الفصل الثانى

اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة فى العمل

١٠٦ - تمهيد وتقسيم

قلنا ان جوهر القاعدة القانونية يعرض عاما مبهما ، فتحدد مضمونه الصياغة الفنية بما يهيئه للتطبيق العملى . غير انه يظل مجردا من قوة تلزم الأفراد به ، اذ لا تكون له الا قوة الزام أدبية يفرضها العقل ، فيحتاج الى قوة الزام ايجابية تفرضه على الأفراد فى الجماعة وتكفل احترامه عن طريق الاجبار المادى . فالقاعدة القانونية اذن تحتاج الى سلطة تعطيها القوة الملزمة فى العمل ، فتفرضها على الناس وتحملهم جبرا على احترام احكامها . وبهذه القوة الملزمة تصير القاعدة القانونية قاعدة وضعية ، أى قاعدة سائدة مطبقة فى العمل ، ترصد الدولة قوتها المادية على كفالة احترامها .

فما هى السلطات التى تملك اعطاء القاعدة القانونية قوة ملزمة فى العمل ؟ . أو بعبارة أخرى ، ما هى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ؟ الوضعية ؟ . يقتضينا الرد على ذلك أن نعرض لهذه المصادر بوجه عام ، ثم نعرض لها فى القانون المصرى بوجه خاص .

ولذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول - فى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام .

المبحث الثانى - فى المصادر الرسمية للقانون المصرى .

المبحث الأول

المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام

١٠٧ - تمهيد

ليست المصادر الرسمية للقاعدة القانونية واحدة مشتركة في كل الجماعات ، بل هي تختلف من جماعة إلى أخرى تبعا للظروف الخاصة المحيطة بكل منها والمتفاوتة بتفاوت الزمان .

ورغم هذا الاختلاف بين الجماعات في المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ، نستطيع أن نقول أن العرف والتشريع - على تفاوت بينهما في الأهمية والمرتبة بحسب المكان والزمان - يعتبران قاعدة عامة مصدرين رسميين تشترك فيهما كل الجماعات قديما وحديثا .

غير أن ثم مصادر أخرى - إلى جنب العرف والتشريع - عرفت بها بعض جماعات دون أخرى في القديم والحديث على السواء ، وإن يكن حظها اليوم - في عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية - أما ضئيلا كالدين أو منعما كالفقه ، أو خاصا بجماعة أو جماعات معينة كالقضاء . فنعرض اذن لكل هذه المصادر الرسمية : العرف والتشريع ، ثم الدين ، ثم الفقه ، ثم القضاء .

المطلب الأول

العرف والتشريع

١٠٨ - تمهيد وإحالة

لعل أول مصدر عرفتة الانسانية من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية هو العرف ، فكانت القاعدة القانونية تظهر في العمل مستكملة قوتها الملزمة نتيجة تواتر الأفراد على العمل بسنة معينة ، مع اعتقادهم في إلزامها وضرورة احترام أحكامها بتوقيع الجزاء أو الإكراه على من يخالفها .

ولكن مثل هذا المصدر ، ان كان يوافق الجماعات البدائية حيث حاجاتها لم تتعقد بعد ، الا أنه لا يلبث - مع تقدم الزمن وتضخم الجماعات وازدياد أوجه النشاط فيها وتشعب الروابط بين أفرادها - أن يفصر عن الوفاء بحاجاتها ، ويتخلف - وهو مصدر بطيء الانتاج - عن ملاحقة سيرها الحثيث ومطالبها المتكاثرة . فيتوارى قليلا ليفسح الطريق أمام مصدر ثان هو التشريع . تفرض الدولة القواعد القانونية عن طريقه بما يتركز بين يديها من قوة وسلطان .

والعرف والتشريع مصدران رسميان للقواعد القانونية ، عرسيهما كن الجماعات منذ قديم ، وما زالت تعرفهما الى اليوم ، وان تكن حقيقتا فيها متفاوت كالتفاوت . فالعرف في القديم كن المصدر الرسمي الاول . ثم ما زال يتقهقر في أهميته حتى غدت الصدارة اليوم - عند أغلب الجماعات - للتشريع في الالتزام بالقواعد القانونية . ورغم ذلك ، فما زالت بعض جماعات قليلة تحل العرف في العصر الحديث المكان الاول بين المصادر الرسمية للقواعد القانونية فيها وتغلبه على التشريع . غير أن انتشار المذهب الاجتماعي في الآونة الأخيرة ، بما يستتبع من ازدياد تدخل الدولة في نشاط الافراد تحقيقا للصالح العام ، أصبح يهدد العرف في مركزه باعتباره المصدر الرسمي الاول للقانون فيها ، ويفسح المجال للتشريع تمييدا لاحتلاله محل العرف في الأهمية والاعتبار .

وليس هنا مجال بسط القول في التشريع والعرف . فمحس ذلك عند الكلام في المصادر الرسمية للقانون المصري ، باعتبارهما في الطبيعة منيا .

المطلب الثاني

الدين

١٠٩ - صلة الدين بالقانون

يقصد بالدين القواعد والأحكام التي ينزلها الله بوحى من عنده على الناس ، وهي تنظم عادة العبادات أى علاقة المرء بربه ، والأخلاقيات أى علاقة

المرء بنفسه . ولما كانت مثل هذه العلاقات لا تعنى القانون فى الأصل كما سبق البيان ، فضلا عن أن الجزاء على مخالفة قواعد الدين لا يعدو مجرد الجزاء الأخرى أو استنكار الضمير ، فقد ظل بذلك لكل من الدين والقانون نطاقه الخاص .

غير أن من الأديان ما جاء مننظما - فضلا عن قواعد العبادات وقواعد الاخلاق - لقواعد المعاملات بالمعنى الواسع أى للقواعد التى تحكم علاقة المرء بغيره ، ومقررا - فضلا عن الجزاءات الأخروية - لجزاءات دنيوية كفالة لاحترام أحكامها ، ومن هنا نشأت صلة الدين بالقانون . ثم أتيح لمثل هذه الأديان أن تنتشر فى بعض الجماعات ، وأن يطبق من قواعدها ما يمس القانون تطبيقا عمليا تكفله قوة الاجبار الجماعى ، ففدا الدين فى هذه الجماعات مصدرا رسميا للقانون - فيما يطبق من قواعده - الى جنب المصادر الرسمية الأخرى . بمعنى أن الدين صارت لقواعده قوة الزام عملية تستمد منه مباشرة دون واسطة من أى مصدر رسمى آخر ، بحيث غدت هذه القواعد الدينية تلزم الافراد بقوتها الذاتية أى بقوة صدورها عن الله ، دون أن يكون للدولة نصيب فى فرضها أو الالزام بها ، وانما يقتصر دور الدولة فى شأنها على تسخير قواها المادية الغلبة فى سبيل كفالة احترامها .

ثم تهاوت مع الزمن هيبة الدين وغلب عليه التشريع ، فزحزحه فى أغلب الجماعات عن مكانه بين المصادر الرسمية للقانون ، وردده فى بعضها الى أن يكون مجرد عامل من عوامل الحقائق الواقعية التى تسهم بنصيب فى تكوين جوهر القانون ، أى كمصدر تاريخى تستقى منه أحكام التشريع .

غير أن قلة من الجماعات ما تزال تحتفظ للدين بمكانة بين المصادر الرسمية للقانون ، فى نطاق يتفاوت بتفاوت تمسكها بالدين ، وتفاوت نشاط حركة التشريع فيها . ومن بين هذه الجماعات أكثر الدول العربية حيث يعتبر الدين الاسلامى مصدرا رسميا للقانون فيها ، اما بوصفه مصدرا أصليا عاما ، واما بوصفه مصدرا أصليا خاصا فى نطاق محدود هو عادة نطاق مسائل الأحوال الشخصية . واما بوصفه مصدرا احتياطيا . بل وتعتبر هذه الدول باقى الأديان السماوية الأخرى كذلك مصدرا أصليا خاصا بمعتقداتها فى نطاق

مسائل الأحوال الشخصية . أما الدول الغربية التي انتشر فيها الدين المسيحي ، فلم تعد تعتبر هذا الدين مصدرا رسميا للقانون فيها اليوم . ويعتبرنا أساسا في هذا المقام التعرض للدين الاسلامي والدين المسيحي ، فهذان الدينان المتقابلان اليوم في الشرق والغرب ، يختلفان فيما لكل منهما من قوة الزام بالقواعد القانونية في نطاق العمل ، على النحو الذي نوجزه فيما يلي :

١١٠ - الدين المسيحي

تحكمت ظروف العصر الذي نشأ فيه هذا الدين ، في صرفه عن وضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح تحكم العلاقات الاجتماعية وروابط الناس بعضهم ببعض ، وفي حصر جهده في تثبيت قواعد الأخلاق وتقويم النفوس . ذلك أن الدين المسيحي قد نشأ في عصر ومكان مزدحم بالشرائع والقوانين والنصوص من شريعة موسى وشريعة الرومان ، فلم تكن الحاجة اليه ليأتي بمزيد من القواعد القانونية والاحكام الدنيوية ، وانما كانت الحاجة اليه أكبر ما تكون لانقاذ الشرائع والقوانين من أيدي الخامدين والحرفيين وعبداء الألفاظ والنصوص . من أجل ذلك ترك الدين المسيحي مجال القانون ، فلم يعرض لقواعده القائمة بتعديل أو إلغاء ، واقتصر على مخاطبة النفوس والضمائر يروضا بالأخلاق ويهذبها بالعبادة (١) ، ففصل بذلك بين الدين والدولة وبين الدين والقانون ، وقال قولته المشهورة « ما لله لله ، وما لقيصر لقيصر » .

ثم أتيح للدين المسيحي أن ينتشر بعد ذلك في أنحاء الأرض وعلى الأخص في بلاد الغرب ، فأتاح بذلك لرجال الكنيسة حظ موفور من السيطرة والنفوذ والسلطان حتى اختلطت السلطة الدينية بالسلطة الزمنية وأمكن للكنيسة أن تفرض على الناس - الى جانب قواعد القانون الروماني السائد حينئذ في أغلب هذه البلاد - قواعد قانونية في شئون كثيرة مختلفة تتصل بالزواج والطلاق والميراث والوصية والعقود . وهي قواعد لم ينزل باكثرها

(١) انظر في ذلك :

عماس محمود العقاد ، عبقرية المسيح ، ١٩٥٣ ، ص ١٢٢ و ١٢٣ .

الدين المسيحي نفسه - لانه كما سبق الييسان دين قد اعتزل في نشأته السلطة وابتعد عن نطاق القانون - ولكن خرجها فقهاء الكنيسة تخريجا من المثل والمبادئ المسيحية - فتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسي^(١) ، وهو قانون ليس مصدره الرسمي المباشر الدين المسيحي نفسه ، وانما مصدره الكنيسة نفسها واجتهاد فقهاء وقضاة اجتهادا يستلهم روح الدين المسيحي وتعاليم السيد المسيح .

وظل القانون الكنسي معمولاً به في أغلب هذه البلاد - أي كمصدر رسمي للقانون فيها - حتى استقلت السلطة الزمنية بالامر وقضت سلطان الكنيسة بفصلها عن الدولة فصلاً تاماً . فاندثر بذلك القانون الكنسي باعتباره مصدراً رسمياً ، وان ظل له من نفوذه وسلطانه على النفوس ما أبقاه الى اليوم مصدراً تاريخياً يستقى منه كثير من قواعد القانون فيها . ولعل من أهم قواعد القانون الحديث التي يعتبر القانون الكنسي مصدراً تاريخياً لها قاعدة الرضائية في العقود ، تلك القاعدة التي نص عليها فقهاء الكنيسة . فحرروا بها العقود من الشكليات التي كان يشترطها القانون الروماني لتمام انعقادها ، واكتفوا في ذلك بمجرد تراضى الطرفين .

وسنرى فيما بعد أن الدين المسيحي ، أو على الأصح ما تكون من قواعد دينية مسيحية نتيجة اجتهاد الفقهاء الكنسيين ، يعتبر مصدراً رسمياً للقانون المصري - كغيره من الأديان السائدة في مصر - في بعض مسائل الأحوال الشخصية .

١١١ - الدين الاسلامي

أما الدين الاسلامي ، فقد نزل به الوحي دينا وقانوناً في آن واحد ، أو - كما جرى على الألسن - نزل دينا ودولة . فلم يقنع بوضع قواعد

(١) راجع في القانون الكنسي وتطوره من حيث مدى اتصاله بالقانون :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 165. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 66. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. 1, No. 79.

(٢) م ١٤ من المجلد الثاني للقانون .

الأخلاق وقواعد العبادات ، بل جاوز هذا النطاق الأصلي للدين الى وضع قواعد للقانون تحكم المعاملات بمعناها الواسع ، فتضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والنسب والطلاق والولاية والوصاية والميراث والوصية والعقود والاثبات والجرائم والعقوبات أو الحدود .

وقد نزل الوحي بهذه القواعد اما معنى ولفظا من عند الله في الكتاب اى القرآن ، واما معنى فقط من الله جرى به قول الرسول أو فعله . ثم أتيح للشريعة الإسلامية أن تنمو ويتسع نطاقها بفضل الاجماع من ناحية ، والقياس من ناحية أخرى . فنشأ من ذلك كله نظام قانوني ضخم متماسك كان من الممكن أن يظل سائدا الى اليوم في البلاد الإسلامية يسد حاجاتها ومطالبها التي استحدثتها العصر الحديث ، لو لم يحكم عليه بالجمود افعال باب الاجتهاد . فهل ثم ضربة وجهت الى الشريعة الإسلامية أكبر من افعال باب الاجتهاد وتحريم الرأي على المجتهدين من الفقهاء ؟ . كأنما تكفى كلمة تقال بتحريم الاجتهاد وقفل بابه حتى يقفل المجتمع بابه دون التطور ويعيش في عصره على تراث الماضي وتركه الآباء (١) !

وايا ما كان الأمر ، فقد ظلت الشريعة الإسلامية - باعتبارها المصدر الرسمي الأول للقانون - سائدة في البلاد العربية بوجه عام الى عهد قريب ، ثم ابتداء الوعي يتيقظ في هذه البلاد بعد قرون طويلة من التأخر والانحلال وأصبح من الحتم مسيطرة روح العصر بما استحدثت من حاجات وضروب نشاط لم تكن معهودة من قبل .

ولم تكن هذه المسيرة لتتأني الا بسلوك أحد طريقين : اما القيام بحركة احياء واسعة للشريعة الإسلامية ، بعد أن قضى على أحكامها بالجمود والقصور افعال باب الاجتهاد طوال قرون عدة . واما الاتجاء الى الغرب

(١) يبدو أن الفقرة على افعال باب الاجتهاد قد بلغت آخرها بعض المناصرين من فقهاء الشريعة الإسلامية (انظر في ذلك بغامة : محمد يوسف موسى ، الفقه الإسلامي ، مدخل لدراسة - نظام المعاملات فيه ، ١٩٥٤ ، فقرات ٣٠١ و ٣٠٢ و ص ٢٠٤ - ٢٠٦) .

لاقتباس ما وضع فيه من قواعد قانونية حديثة ترضى حاجات العصر ونزعاته ومطالبه .

وقد سلكت أكثر الدول العربية الطريق الثاني تعجيلا بالاصلاح المنشود ، ونكولا عن حمل أعباء الطريق الأول أمام ما تتطلبه حركة احياء الشريعة الاسلامية من جهود جمة ومصاعب جسيمة . فابتدأت حركة التشريع تنشط فيها وتروج على حساب الشريعة الاسلامية ، حتى تخلفت بهذه الشريعة المرتبة بين مصادر القانون الرسمية فيها ، أو ضاق نطاق الزامها في العمل ضيقا كبيرا كاد يقتصر على مسائل الأحوال الشخصية أو حتى على بعضها الوثيق الصلة بالشخص كمسائل الزواج والطلاق والنسب .

أما بقية الدول العربية - وهي قليلة نادرة - فإن ظروفها الخاصة لم تشعرها بجمود فقه الشريعة الاسلامية وتخلفه - أمام اقفال باب الاجتهاد - عن روح العصر ومطالبه . لذلك لم تستشعر هذه الدول حاجة ، لا الى الاقتباس عن قوانين الغرب الحديثة المتطورة ، ولا الى القيام - استغناء عن هذا الاقتباس - بحركة احياء شاملة لأحكام الشريعة الاسلامية . ومن هنا ما زالت هذه الشريعة - كما ثبتت عليه أحكامها منذ اقفال باب الاجتهاد - هي المصدر الرسمي الأول للقانون فيها .

المطلب الثالث

الفقه

يقصد بالفقه La Doctrine مجموع ما يستنبطه الفقهاء ويستخلصونه من أحكام قانونية . وقد تفاوتت نظرة الجماعات الى الفقه تفاوتا كبيرا . فقد عرفت في القانون القديم بعض الجماعات والشرائع مصدرا رسميا للقواعد القانونية فيها . وانتهى به الأمر في القانون الحديث الى أن يصبح مجرد مصدر تفسيري ، لا قوة الزامية لأحكامه وقواعده . فنعرض في ايجاز لدور الفقه في القانون القديم ، ثم لدوره في القانون الحديث .

١١٢ - الفقه مصدر رسمي في القانون القديم

كان للفقه حظ عند بعض الجماعات القديمة كمصدر رسمي من مصادر الالتزام بالقواعد القانونية . اذ أعطى بعض الفقهاء في القانون الروماني حق الفتوى الملزمة للقضاء ، ولكن في خصوص القضية المعطاة بشأنها الفتوى وحدها . ثم انتهى الأمر في أوائل القرن الخامس الميلادي الى اعتبار آراء خمسة من كبار فقهاء الرومان آراء ملزمة يتعين على القضاء احترامها والأخذ بها فيما يطرح أمامه من منازعات (١) . وقد اعتمد « جوستينيان » على آراء هؤلاء الفقهاء في وضع مجموعاته القانونية .

وكذلك فقد عظمت منزلة الفقه في الشريعة الإسلامية حتى طغى على القضاء ، فأصبح تقليدا محضا للفقه ، وخاصة بعد أن أقفل باب الاجتهاد (٢) وتقيد الرأي بالمذاهب الأربعة المشهورة عند السنة : المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي . بل انتهى الأمر الى التشيع لمذهب بعينه من هذه المذاهب الأربعة ، والزام القضاء بالحكم وفقهه . وما يزال أثر ذلك بارزا في مصر ، حيث يتقيد القضاء فيها الى اليوم - في المسائل التي ما تزال محكومة قسما بالشريعة الإسلامية - بالأخذ بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي .

١١٣ - الفقه مصدر تفسيري في القانون الحديث

غير أن الفقه قد فقد في العصر الحديث قوته الملزمة ، فانعدم دوره كمصدر رسمي للقواعد القانونية ، ولم يعد لآراء فقيه من الفقهاء مهما علا

(١) أصدر امبراطور الدولة الشرقية وامبراطور الدولة الغربية الرومانية قانونا مشتركا في سنة ٤٢٦ ميلادية ، قضى بقصر التقيد بالفقه على آراء الفقهاء الخمسة المشهورين : « جديوس » و « بول » و « البيان » و « باينيان » و « مودستيان » ومن نقلوا عنهم من الفقهاء القدامى ، بحيث اذا اختلفت الآراء اعتمد رأى الأغلبية ، واذا تساوت اعتمد الجانب الذي ينحاز اليه « باينيان » (انظر : عمر ممدوح مصطفى ، الفقه عند الرومان ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - السنة الثانية ، العدد الرابع ، ص ٦٠٠ و ٦٠١) .

(٢) انظر في دور الفقه في الشريعة الإسلامية : عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبوستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٣ ، ص ١١٢ .

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبوستيت ، المرجع السابق ، خاصة فقرة ١٠٦ .

شأنه ولا لآراء جمهرة الفقهاء قوة الزام قانونية يخضع لها القضاء أو يتقيد بها . وبذلك أصبح دور الفقه اليوم قاصرا على تفسير القانون بما يتاح له من التوفر على الدراسة العلمية لأحكامه وقواعده ، مما ينير الطريق أمام القضاء فيما يواجهه من مهمة تطبيق القانون .

فغدا الفقه اذن في القانون الحديث مجرد مصدر تفسيري للقواعد القانونية . وليس ينتقص ذلك من قدره ، فمهمته ما تزال عظيمة الأثر والخطر . اذ يوجه القضاء ، كما قلنا ، بتفسيره أحكام القانون . كما يوجه المشرع بتنبيهه الى الفاسد من هذه الاحكام ليرفعه والى الناقص منها ليكمله ، وان كان يستعين فى تبين هذا النقص وذاك الفساد بما يظهره العمل فيما يطرح أمام القضاء من منازعات .

واذا كان الفقه لم يعد معتبرا بوجه عام مصدرا رسميا للقواعد القانونية فى القوانين والشرائع الحديثة ، فان هذا هو حاله كذلك اليوم فى القانون المصرى من حيث المبدأ^(١) ، اذ ليس له من دور الا الدور الذى رأينا الشرائع الحديثة تستقر على الاعتراف له به ، وهو الدور التفسيري الذى يعين على تفهم أحكام القانون واستخلاص أصوله ومبادئه^(٢) .

(١) ولكن ينبغى مراعاة ان القضاء ما يزال مقيدا - حتى بعد القضاء المحاكم الشرعية - بالحكم فى بعض مسائل الأحوال الشخصية والوقف طبقا لأرجح الأقوال فى مذهب الحنفية (م ١/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى تحيل على المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) . وهو ما يمكن أن يعطى الفقه الحنفى دور المصدر الرسمى فى حدود ما ينطوى عليه من ابتداع فى خصوص هذه المسائل .

(٢) ويقطع بذلك فى القانون المصرى أن المادة الأولى من التقنين المدنى العمالى - وهى تصد المصادر الرسمية للقانون - لم تذكر الفقه من بينها . بل ان المشروع للتمهيدى لهذا التقنين كان حريصا على تأكيد الدور التفسيري للفقه بنصه على أن يستلهم القاضى « الأحكام التى أقرها الفقه مصرىا كان أو أجنبيا » ، وذلك على أساس اعتبار الفقه عنصرا من العناصر التى يستأنس بها فى استخلاص قواعد القانون وتقصي مفهومها دون أن يكون له قوة فى الالزام (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٩) . ولكن تقرر حذف هذا النص فى مجلسي البرلمان ، اذ الامر لا يعدو مجرد الاسترشاد ، وفى القواعد العامة ما يفنى عن حكمه (المرجع السابق ، ص ١٩٠ و ١٩٢) .

المطلب الرابع

القضاء (١)

إذا كان اصطلاح « القضاء » (La Jurisprudence) ينصرف عادة الى مجموع المحاكم الموجودة في دولة معينة ، الا أنه يقصد به فضلا عن ذلك مجموع الأحكام التي تصدرها هذه المحاكم ، أو بمعنى أدق مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على انبعاثها والحكم بها .

وقد تفاوت حظ القضاء - كمصدر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية - تفاوتاً كبيراً بتفاوت الزمان وتفاوت الجماعات . فنعرض بإيجاز لاختلاف النظر اليه في هذا الشأن .

١١٤ - القضاء عند الرومان

عرف الرومان القضاء مصدراً من مصادر الإلزام بالقواعد القانونية عن طريق ما كان يصدره كل « بريطور » (Præteur) عند ولايته القضاء من منشور يضمنه القواعد القانونية التي يعتزم السير عليها والزام الناس بها ، ثم عن طريق « المنشور الدائم » الذي تكون من خلاصة المنشورات القضائية واستمر قائماً حتى عهد الإمبراطورية (٢) .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, t. II, Nos. 145 — 149. — Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à G. Ripert, 1950, t. I, pp. 28-50. — Walline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de G. Scelle, 1950, t. II, pp. 613 - 632.

(٢) أنظر في ذلك :

Marty et Raynaud, t. I, No. 119, p. 201.

عبد الرزاق السنهوري وحشيت أبو ستيت ، فقرة ١٠٢ .

١١٥ - القضاء في القانون الانجليزي^(١)

وكذلك فما زال القانون الانجليزي الى اليوم يعرف للقضاء دوره كمصدر رسمي للقانون ، بل كمصدر من أهم مصادره . فالنظام القانوني الانجليزي يقوم في جزء كبير منه على أساس « السابقة القضائية » (Precedent) (٢) اي على أساس تقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة ، وتقيد المحاكم العليا بما سبق أن أصدرته هي نفسها من أحكام ، مما يجعل للحكم القضائي قوة الزام في العمل فيما يطبق أو ينشئ من قاعدة قانونية (٣) ، فلا تجوز من بعد مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها في نزاع مماثل .

١١٦ - القضاء في أغلب القوانين الحديثة

أما في غير القانون الانجليزي وما ينهج نهجه من قوانين الدول الانجلوسكسونية أي في أغلب القوانين الحديثة ومن بينها القانون الفرنسي والقانون المصري . فلا يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، بل هو مجرد مصدر تفسيري لها كالفقه سواء بسواء ، مع فارق واحد بينهما يرجع الى اختلاف وظيفتهما . هو ان القضاء يستطيع تطبيق التفسير الذي يعطيه للقانون تطبيقا عمليا فيما يحكم فيه من أفضية ، بينما يظل تفسير

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Mohanna, Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés, thèse Paris, 1980.

(٢) أنظر في ذلك :

Allen, Law in the making, pp. 225-236. — Goodhart, Le précédent en droit anglais et continental, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit, Le problème des sources du droit positif, 1934, pp. 37 et s.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرات ١٠٨ - ١١١ و ١١٣ - سليمان مرقس ، فقرة ١٧٤ ، ص ٢٧٤ - برهام محمد عطا الله ، قاعدة الزامية السابقة القضائية وأقولها في القانون الانجليزي الحديث ، مجلة الحقوق ، ص ١٥ ، ع ١ ، ص ١٢٧ - ١٨٢ . (٣) أنظر في الخلاف حول أساس قاعدة الزامية السابقة القضائية وما يترتب عليه من خلاف حول دور القضاء الانجليزي الكاشف أو الخلاق للقواعد القانونية : برهام عطا الله ، المقالة السابقة ، ص ١٥٠ - ١٥٦ . وأنظر فيما تترتب على القول بالدور الخلاق من ابتداء أنول قاعدة الزامية السابقة القضائية ، المقالة السابقة ، ص ١٣٢ و ص ١٥٤ وما بعدها .

الفقه نظريا مبسوطا في بطون المكتب والمؤلفات لا يجد طريقه الى التطبيق.
العمل الا أن يأخذ به القضاء طوعا واختيارا اعترافا بما قد يكون لهذا التفسير
من حجة وقوة علمية .

١١٧ - الجدل حول اعتبار القضاء مصدرا رسميا

ونحل هذا الفارق بين الفقه والقضاء ، وتوصل القضاء الى اعطاء تفسيره
للقانون قوة في نطاق العمل بتطبيقه هذا التفسير فعلا في المنازعات المطروحة
أمامه ، هو الذي يكمن وراء ما يراه بعض الفقهاء - وبخاصة في القانون
الفرنسي - من اعتبار القضاء مصدرا من المصادر الرسمية للقواعد
القانونية (١) .

فالقضاء في نظرهم ، اذا كان لا يعتبر مصدرا رسميا للقواعد القانونية
حين يقتصر على التفسير بمعناه الضيق ، أي حين يطبق قاعدة قانونية واضحة
لا تحتاج الى تاويل ، أو حين يعتمد الى قاعدة قانونية غامضة فيزيل ما بها من
غموض . الا أنه يعتبر على العكس من ذلك مصدرا لالتزام بالقواعد القانونية
حين يضطر الى التفسير بمعناه الواسع ، أي حين يضطر أمام عدم وجود قواعد
قانونية وضعية الى الحكم فيما يطرح أمامه من منازعات لكيلا ينكث عن القضاء
فيرتكب جريمة انكار العدل ، اذ هو بذلك انما يخلق قاعدة جديدة يعطيها
قوة الالتزام في العمل ، فيعتبر اذن ضمن المصادر الرسمية للقانون (٢) .

(١) في هذا المعنى :

De la Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 293. — Marty et
Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 119, 120 — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 105 - 108.
Maury, article précité. — Roubier, op. cit., p. 7. — Waline, article précité.

محمد علي عرفه ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ و ١٥٣ - عدن القوتى ، المجلد في المحوى
المدنية ، ج ١ ، ط ٤ ، ١٩٦٠ ، ص ٢٦٦ - ٢٦٨ .

وقارب فيه يراه بعض الفقهاء المصريين من اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون
المصرى : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ ، وخاصة ص ١٨٨ .

(٢) يبرر بعض الفقهاء اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية على أساس رضا
المشرع الضمني بسكوته على ما يتدع القضاء من مبادئ وأحكام Waline, article précité, pp. 627 et s.
أو على أساس تقبل ذوى الشأن من الجمهور له مثلين في القضية والفقهاء
ورجال القانون (Maury, article précité, pp. 43 et s.).

انظر في انتقاد هذه التبريرات :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 159, pp. 382, 383.

ويعين على القول - عند هؤلاء الفقهاء - باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية وجود محكمة كمحكمة النقض يجعلها القانون رقية على أحكام المحاكم ، مما يمكن من توحيد القواعد القانونية التي يخلقها القضاء وبيئتها عند عدم وجود قواعد وضعية تطبق على المنازعات المطروحة أمامه . بحيث يمكن أن يستخلص من أحكام القضاء المتعددة المتباينة بتباين ما حكمت فيه من أفضية ، وبفضل رقابة محكمة النقض وارشادها وتحكيمها بين الحلول والأحكام المتعارضة تحكيما تنزل المحاكم على احترامه . بحيث يمكن أن يستخلص من ذلك اتجاه عام موحد للقضاء ، وقواعد ثابتة يستقر عليها ويلتزم بها فيما يعرض أمامه في المستقبل من أفضية متماثلة (١) فترفع هذه القواعد بذلك عن مجرد القواعد الموضوعية لنزاع بعينه الى مرتبة القواعد العامة المجردة التي تتسع في الحال وفي الاستقبال لطائفة غير متناهية من الافراد والروابط المتماثلة في صفاتها وشروطها ، مما يعطيها صفة القواعد القانونية بالمعنى الصحيح .

١١٨ - القضاء مصدر تفسيري حيث لا يوجد نظام السوابق القضائية

ولكن الواقع أنه لا يمكن التسليم باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية في نظام قانوني لا يعترف بوجود سوابق قضائية ملزمة (٢) . ذلك أن وظيفة القضاء تنحصر في مجرد تطبيق القواعد القانونية مما يفترض وجود هذه القواعد سلفا ، وتام خلقها وتكوينها من قبل عن طريق سنطات أخرى غير سلطات القضاء .

(١) أنظر في هذا المعنى بصفة خاصة :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 294-296.

(٢) في هذا المعنى :

Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, Nos. 113 - 118. — Géný, op. cit., t. II, Nos. 146 - 148. — Ripert, Les forces, créatrices du droit, No. 4, pp. 159 - 161.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرات ١١٥ ، ١٢٠ . - سليمان مرقس .
فقرة ١٧٥ - محمد علي امام ، فقرات ١٤٢ - ١٤٤ . - محمود جمال الدين زكي ، فقرات ٧١ - ٧٣ .

وأنظر في أفكار اعتبار القضاء مصدرا رسميا حتى في ظل النظام الانجليزي الذي يقوم على أساس السوابق القضائية الملزمة : برهم عطا الله ، المقالة السابقة ، هامش ١٥ ص ١٥٣ ،
و ص ١٥٤ .

فضلا عن أنه لكي يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقانون - حتى في الحدود التي يقول بها بعض الفقهاء ، أي عند عدم وجود قاعدة من القواعد القانونية الوضعية يمكن تطبيقها - ينبغي أن تتوافر للحلول التي يخلقها القضاء وابتدعها صفة القواعد القانونية . بمعنى أنه يجب أن تتوافر لهذه الحلول التي تستقر عليها أحكام القضاء صفة العموم والتجريد من ناحية ، وصفة الالتزام من ناحية أخرى . فهل تتوافر حقيقة هاتان الصفتان في قضاء لا يستوى على أساس من السوابق الملزمة ؟

الواقع أن صفة العموم والتجريد مفقودة في الحلول التي ينشئها مثل هذا القضاء ، لأنها محدودة بالخصومات التي صدرت فيها فلا تتعداها إلى غيرها من الخصومات المستقبلية المتماثلة ، فهي إذن حلول خاصة لا ترتفع إلى مرتبة القواعد العامة المجردة (١) .

ولا يطمئن في ذلك القول بأن المقصود هو الاتجاه العام الذي يستخلص من استقرار أحكام القضاء على حل معين ، لأنه حتى تكون لمثل هذا الاتجاه العام صفة القاعدة العامة المجردة ، ينبغي أن يكون اتجاها تلتزم المحاكم جميعا دون استثناء بالسير فيه والحكم بمضمونه كلما عرض نزاع متعلق بموضوعه . وهو ما لا يتحقق دائما ، لأنه لا يوجد قانونا ما يلزم محكمة من المحاكم - في نظام لا يقوم على أساس من السوابق القضائية الملزمة - باتباع اتجاه عام معين للقضاء ابتدعه وتواتر على السير فيه .

ومجرد قيام حق المحاكم قانونا في مخالفة هذا الاتجاه العام - ولو لم تخالفه فعلا - يمنع من توافر صفة العموم والتجريد له ، إذ لا يتوجه حينئذ هذا الاتجاه العام إلى طائفة غير متناهية من الأشخاص والروابط المتماثلة بصفاتها وشروطها كما هو الشأن في كل قاعدة قانونية ، وإنما يتوجه فحسب

(١) بل إن بعض المشرعين في القانون الحديث يحرص على النص على نفي كل شك قد يقوم في هذا الصدد ، منعا لخلط بين الأحكام القضائية والقواعد القانونية ، وتأكيدا لانحصار السلطة القضائية في اختصاصها الأصلي وهو تطبيق القانون دون جوار على اختصاص السلطة التشريعية في إنشاء القانون والالتزام بقواعد قانونية . ومن هؤلاء المشرع اللبناني ، الذي نص على أنه « لا يجوز (للمحاكم) أن تصوغ أحكامها في صيغة الأنظمة » (م ٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية) .

الى من ترغب كل محكمة رغبة اختيارية فى اخضاعه من هذه الطائفة لحكم هذا الاتجاه . فتتحدد هذه الطائفة اذن برغبة المحاكم ، لا بصفات من يدخل فيها من أشخاص ، أو شروط ما ينطوى تحتها من روابط .

وهذا يكشف عن فقدان الصفة الثانية اللازم توافرها للحلول القضائية المبتدعة حتى تعد من قبيل القواعد القانونية الوضعية ، وهى صفة الالتزام . ففى نظام قانونى ، كالنظام الفرنسى أو المصرى ، لا يقوم على السابقة القضائية الملزمة المعترف بها فى القانون الانجليزى والقوانين الأخرى التى تنحو نحوه ، يكون من العبث اذن وصف حلول القضاء أو اتجاهاته العامة المبتدعة بصفة القواعد القانونية الوضعية .

والقول بعكس ذلك استنادا الى أن وجود محكمة النقض كفيل بحمل يقية المحاكم على احترام ما تبنته أو تقره من حلول ، انما هو قول يخلط فى الحقيقة بين قوة الالتزام الادبى وقوة الالتزام القانونى لأحكام محكمة النقض . فحضاء محكمة النقض سواء فى فرنسا أو مصر لا يتمتع بقوة الزام قانونى لا بالنسبة اليها نفسها ، ولا بالنسبة لما دونها من محاكم (١) : فلا تترتب على محكمة النقض ان هى رجعت عن قضاء سبق أن استقرت عليه ، ولا جناح على المحاكم الدنيا ان خالفت عن قضاء ثبتت عليه محكمة النقض .

ولئن كان الحاصل فى العمل هو احترام المحاكم الدنيا عادة لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فليس ذلك الا احتراما مبعثه مجرد الزام ادبى أو فعلى لا قانونى ، يرجع الى ما تتمتع به محكمة النقض فى نفوس قضاة المحاكم الدنيا من توقير ومهابة ، والى ما لها من سلطة نقض أحكام هذه

(١) ومع ذلك ، فينص المشرع على حالة يكون لقضاء محكمة النقض فيها قوة الزام قانونى . وهى الحالة التى تنقض فيها محكمة النقض - بغير سبب مخالفة قواعد الاختصاص - حكما من الأحكام لخطا فى تطبيق القانون ، وتحيل القضية الى دائرة أخرى فى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض ليحكم فيها من جديد ، فحينئذ تلتزم هذه الدائرة باتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصل فيها (م ٢/٢٦٩ من قانون المرافعات الجديد) . ولكن يجب أن يراعى أنه حتى فى هذه الحالة ، فإن القضاء الملزم لمحكمة النقض - فيما يبتدع من حلول جديدة - لا يكون قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح ، لأنه قضاء خاص بنزاع معين لا يعدوه الى غيره من المنازعات والخصومات المتماثلة الحاضرة أو المستقبلية ، فلا تتوافر له اذن صفة العموم ولا صفة التجريد .

المحاكم اذا لم تطبق القانون التطبيق الصحيح .

فالثابت اذن أنه في ظل نظام قانوني لا يقوم على أساس من السوابق القضائية الملزمة ، لا يتمتع قضاء محكمة النقض بقوة الزام قانوني (١) تسبغ على الحلول التي يبتدعها - في مجال انعدام القواعد القانونية الوضعية - صفة هذه القواعد . ولا يكفي ما يتمتع به هذا القضاء من قوة الزام أدبي أو فعلي لاسباغ هذه الصفة عليها ، اذ يبقى قانونا للمحاكم الدنيا حق المخالفة عنها ولو على حساب تعريض أحكامها للنقض .

١١٩ - القضاء مصدر تفسيري في القانون المصري

يخلص من كل ذلك أن القول باعتبار القضاء مصدرا للقواعد القانونية قول غير صحيح في دول كمصر وفرنسا ، لا وجود فيها للسابقة القضائية المعترف بقوتها الملزمة في الدول الأنجلوسكسونية . ولذلك لا يعتبر القضاء فيها الا مجرد مصدر تفسيري فحسب .

وهذا واضح في القانون المصري ، حيث تفعل المادة الأولى من التقنين المدني « القضاء » وهي بسبيل تعديد المصادر الرسمية للقانون . ويزيد في تأكيد ذلك حذف النص ، الذي كان يتضمنه أصلا المشروع التمهيدي لهذا التقنين ، على أن يستلهم القاضي « الأحكام التي أقرها القضاء » . مصرى كان أو أجنبيا . فرغم ما هو ظاهر من أن هذا النص كان لا يعنى الا الرجوع الى أحكام القضاء على سبيل الاستئناس لا الالتزام ، الا انه رؤى أن من الأوضح حذفه حتى لا ينصرف الذهن الى الالتزام بهذه الأحكام واعتبار القضاء بالتالى مصدرا رسميا للقانون المصري . وليس في حذف مثل هذا النص على أى حال ما يضير ، ففي القواعد العامة ما يفنى عن حكمه (١) في اعتبار القضاء مصدرا تفسيريا يستأنس به .

واذا كان القضاء مجرد مصدر تفسيري على هذا النحو ، فلا ينفي ذلك أن دوره يبقى فعالا وكبيرا في الحياة القانونية ، اذ هو الميدان الذي تعرض فيه

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٩٢ .

صور عملية شتى لتطبيق القواعد القانونية المجردة ، وهو الأداة التي تعين على جعل القانون دائما متشبيها مع ما يستجد في الحياة الاجتماعية من مطالب وحاجات .

لذلك تبدو الأهمية البالغة للوقوف على أحكام القضاء ، بحيث تبدو الحاجة ملحة الى وجوب نشر هذه الأحكام فى مجموعات دورية لتيسير الاطلاع عليها والرجوع اليها .

وفى القانون المصرى ، توجد مجموعات قضائية عديدة رسمية وخاصة على السواء ، نعرض لأهمها فيما يلى :

١ - « المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية » التى كانت تصدرها وزارة العدل منذ سنة ١٩٠٠ . وقد أصبحت هذه المجموعة منذ سنة ١٩٦٣ تصدر عن المكتب الفنى بمحكمة النقض ، وتغير عنوانها الى « المجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية » .

٢ - « مجموعة القواعد القانونية التى أقرتها محكمة النقض » والمعروفة باسم مجموعة عمر ، وتتضمن فى خمسة أجزاء أحكام الدائرة المدنية وفى سبعة أجزاء أحكام الدائرة الجنائية التى أصدرتها المحكمة منذ انشائها الى نهاية العام القضائى ١٩٤٨ - ١٩٤٩ .

٣ - « مجموعة أحكام النقض » التى يتولى المكتب الفنى بمحكمة النقض^(١) منذ سنة ١٩٥٠ نشرها فى مجموعتين مستقلتين ، احدهما لأحكام الدائرة الجنائية ، والأخرى لأحكام الدائرة المدنية ودائرة الأحوال الشخصية والجمعية العمومية والهيئة العامة .

٤ - « مجلة المحاماة » التى تصدرها نقابة المحامين الوطنية منذ سنة ١٩٢٠ .

(١) وقد قام المكتب الفنى كذلك بنشر مجموعتين أبجديتين للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى وبم القرن الأول من حياتها أى من سنة ١٩٣٦ الى سنة ١٩٥٥ ، الأولى للأحكام المدنية وتقع فى جزئين ، والثانية للأحكام الجنائية وتقع فى ثلاثة أجزاء .

٥ - « مجلة التشريع والقضاء » التي كانت تصدر عن دار النشر للجامعات المصرية منذ سنة ١٩٤٨ ، والتي توقفت عن الصدور في السنوات الأخيرة .

وتنبغي الإشارة الى أنه صدرت أثناء قيام المحاكم المختلطة في مصر ثلاث مجموعات لنشر أحكامها هي : « المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة » و « نشرة التشريع والقضاء المختلط » ، *Bulletin de législation et de Jurisprudence mixtes* التي كانت تصدر عن نقابة المحامين أمام المحاكم المختلطة مقتصرة على نشر أحكام محكمة الاستئناف المختلطة و « جازيت المحاكم المختلطة » *Gasette des tribunaux mixtes* .

المبحث الثاني

المصادر الرسمية للقانون المصرى

١٢٠ - تمهيد وتقسيم

استعرضنا بوجه عام - حتى الآن - المصادر الرسمية المختلفة للقواعد القانونية فى مختلف الجماعات . ويعيننا فيما يلى أن نقف على المصادر الرسمية للقانون المصرى بوجه خاص .

ولقد انتهينا فيما سبق الى استبعاد الفقه والقضاء من عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية فى هذا القانون . فلا يبقى منه اذن - مما تعرفه الجماعات عموما من مصادر رسمية - الا التشريع والعرف والى الدين . وقد تفاوت حظ هذه المصادر الثلاثة فى اعتماد القانون المصرى عليها تفاوتا كبيرا . فقد كانت الشريعة الاسلامية هى السائدة فى مصر منذ الفتح الاسلامى باعتبارها الشريعة العامة فكانت أهم مصادر الالتزام بالقواعد القانونية عموما ، الا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين ، اذ كان المرجع فيها الى ديانات المحصوم وملهم المختلفة . وكان حظ العرف والتشريع ضئيلا متواضعا الى جنب الشريعة الاسلامية .

ثم كان أن بدأت حركة التشريع والتقنين الحديثة فى مصر منذ أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ، فقفز بذلك التشريع الى مكان الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون فيها ، وانكمش نطاق الشريعة الاسلامية انكماشاً كبيراً ، حتى كادت تساوى الشرائع والملل الدينية الأخرى من حيث انحصارها فى مجرد الالتزام بقواعد الأحوال الشخصية . بل ان هذا النطاق ذاته ظل يضيق ويتراجع أمام امتداد التشريع الى تسالول بعض مسائل الأحوال الشخصية ، مما أصبح معه الدين - على اختلاف أنواعه باختلاف عقائد

الخصوم - مجرد مصدر رسمى للبعض من مسائل الأحوال الشخصية التي ظلت بمنأى عن تدخل التشريع . وبقي للعرف دوره كمصدر رسمى للقانون المصرى الى جنب التشريع والدين .

وعند اعداد التقنين المدنى الحالى - الذى وضع موضع التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو أجل انتهاء المحاكم المختلطة وتوحيد القانون والقضاء بالنسبة للمصريين والأجانب على السواء - رؤى أن يفرد للشريعة الاسلامية بين مصادر القانون المصرى الرسمية - فضلا عن مركزها كمصدر رسمى أصلى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى المسلمين أساسا - مركز خاص فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، بحيث يرجع اليها - عند قصور قواعد التشريع والعرف - بالنسبة الى الجميع مسلمين وغير مسلمين . فنصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدنى الحالى على أنه اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية . . . ، وبذلك أصبحت الشريعة الاسلامية - فى غير مسائل الأحوال الشخصية - مصدرا رسميا احتياطيا للقانون المصرى تاتى مرتبتها بعد العرف .

ويراعى أن هذا النص ، بعد أن أوجب الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية عند عدم وجود تشريع أو عرف ، مضى فأوجب الحكم - عند عدم وجود مبادئ للشريعة الاسلامية - بمقتضى « مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » . وعندنا أن الاحالة على مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تخلق من هذه القواعد وتلك المبادئ مصدرا رسميا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق . فهذه الاحالة لا تعدو أن تكون رجوعا بالقاضى الى جوهر القانون ، أى الى المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية يستلهم منها الحل ، وهو ما نعرض له فى موضعه الطبيعى عند الكلام فى تفسير القاعدة القانونية .

وعلى هذا النحو نستطيع أن نقول أن المصادر الرسمية للقانون المصرى هى : أولا ، فى غير مسائل الأحوال الشخصية : التشريع ، ثم العرف ، ثم الشريعة الاسلامية . وثانيا ، فى مسائل الأحوال الشخصية : الدين أى الديانات المختلفة فى مصر باختلاف عقائد المصريين .

غير أن هذه المصادر الرسمية ليست جميعا فى مرتبة واحدة : فبعضها مصادر أصلية تطبق قواعدها ابتداء ومباشرة قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر ، كالتشريع من ناحية ، والدين فى حدود اختصاصه أى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية من ناحية أخرى . وبعضها مجرد مصادر احتياطية لا تطبق الا عند عدم وجود نص فى التشريع ، وهى العرف ، ثم الشريعة الإسلامية .

وعلى هذا النحو ، نعرض للمصادر الرسمية للقانون المصرى فى مطلبين:

المطلب الأول - فى المصادر الأصلية .

المطلب الثانى - فى المصادر الاحتياطية .

المطلب الأول

المصادر الرسمية الأصلية

١٢١ - ازدواج المصدر الرسمي الأصلي للقانون المصري

قلنا ان المصادر الرسمية الأصلية يقصد بها الدلالة على تلك المصادر التي تطبق قواعدها مباشرة وابتداء ، فيرجع اليها - عند التطبيق - قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر .

والمصادر الرسمية الأصلية فى القانون المصرى مصدران : مصدر أصلى عام هو التشريع ، ومصدر أصلى خاص هو الدين . والمقصود من اعتبار التشريع مصدرا أصليا عاما ، الدلالة على ما له من اختصاص عام فى الالتزام ابتداء بالقواعد القانونية ، فاختصاصه اذن لا يقتصر على مسائل معينة ، وانما يمتد ويعم كل المسائل التى يتعرض لها القانون ، بحيث تكون قواعده هى المرجع الأول فى كل المسائل عموما الا ما يستثنى منها استثناء بعثا بالاحالة فى شأنها ابتداء الى مصدر رسمى آخر . أما اعتبار الدين مصدرا أصليا خاصا ، فالمقصود منه الدلالة على أن الأديان المختلفة السائدة فى مصر - باختلاف عقائد المصريين ومللهم - هى المرجع الأول فى حدود مسائل معينة محددة لا تعدوها ، هى بعض مسائل الأحوال الشخصية أساسا .

وقد دعا الى هذا الازدواج فى المصدر الأصلى فى القانون المصرى ، ما ثبت فى مصر من تقاليد منذ الفتح الاسلامى من اعتبار مسائل الأحوال الشخصية وثيقة الصلة بالدين ، وترك غير المسلمين وما يدينون بشأنها بحيث يخضع كل منهم - فى مسائل الأحوال الشخصية - لأحكام دينه وملته ، وي طرح المنازعات المتعلقة بها أمام مجلس قضائه الدينى أو المللى . فكان من العسير - ومثل هذه التقاليد ما زالت راسخة فى النفوس - توحيد القواعد القانونية فى كل مسائل الأحوال الشخصية عن طريق التشريع .

وظاهرة ازدواج المصدر الأصلي للقانون المصري^(١) ، هي التي تحدد لنا نهج البحث في شأنه . ولذلك نتكلم أولا في التشريع بوصفه المصدر الأصلي العام ، ثم في الدين بوصفه المصدر الأصلي الخاص .

الوجه الأول

التشريع

المصدر الأصلي العام

١٢٢ - تمهيد وتقسيم

سبق أن أشرنا إلى أن العرف كان أسبق المصادر الرسمية إلى الوجود ، فكان حظ التشريع إلى جنبه ضئيلا في الجماعات القديمة . غير أن الوضع قد انقلب في العصر الحديث فأصبح التشريع - في أغلب الجماعات اليوم - في المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية . ومرد ذلك إلى تعدد ضروب النشاط في الجماعات الحديثة وتضخم حاجاتها وتعقدتها وتعارض المصالح فيها وتشابكها ، مما يحتاج الأمر معه - نظرا إلى وفرة القواعد القانونية الواجب فرضها - إلى سرعة سننها من ناحية ، وإلى حسن صياغتها صياغة فنية دقيقة من ناحية أخرى ، وهو ما لا يتوافر إلا للتشريع الذي تقوم على شئونه هيئة أو هيئات معينة متخصصة في سن القواعد القانونية وصياغتها ، بما يتوافر لها من خبرة بأدوات القانون ووسائله وبصر بأهدافه وغاياته ، فضلا عن أن رواج المذاهب الاجتماعية والاشتراكية في العصر الحديث

(١) سنرى من بعد أن هذا الازدواج مريب ، إذ يقضى على ما يجب أن يقوم بين الوطنيين جميعا من وحدة في القانون ووحدة في الهيئة القضائية . لكننا سنرى أن المشرع المصري قد ابتداء أخيرا السير في طريق هذه الوحدة بتوحيد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الجميع دون تفرق بين الأديان ، وتوحيد القواعد القانونية كذلك بالنسبة إلى الجميع في شأن بعض مسائل الأحوال الشخصية المحدودة . مما يبشر بقرب استكمال تلك الوحدة بعد قرون طويلة من تعدد قواعد القانون وتفرق جهات القضاء بين المصريين بتعدد دياناتهم وتفرق مللهم .

وهي التي تقوم على أساس من تدخل الدولة تدخلا مباشرا في كل مظاهر النشاط في الحياة الاجتماعية قد مكن للتشريع في الأهمية ، فهو أداة الدولة ووسيلتها الى التدخل المنشود .

وقد احتل التشريع في القانون المصري المرتبة الأولى بين مصادره منذ صدور التقنينات المصرية المختلفة - المختلطة منها والأهلية - في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، بحيث أصبح هو المصدر الرسمي الأصلي الصام له ، أي صارت كل المسائل عامة - إلا ما استثنى - خاضعة أصلا وابتداء لنصوصه .

١ - خصائص التشريع

١٢٣ - تهيئة

التشريع هو قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية والتكليف بها في صورة مكتوبة ، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة واعطائها قوة الإلزام في العمل . ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على ذات القاعدة التي تصدر عن هذا المصدر ، وعلى هذا النحو يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية تصدر في وثيقة رسمية مكتوبة عن سلطة عامة مختصة في الدولة .

ومن هنا يتميز التشريع بأنه يضع أولا قاعدة قانونية ، وبأنه يصدر ثانيا في صورة مكتوبة ، وبأنه يصدر ثالثا عن سلطة عامة مختصة . فنتكلم في كل هذه الخصائص على التوالي .

١٢٤ - التشريع يضع قاعدة قانونية

يقصد بذلك أن يضع التشريع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة . ولذلك لا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا برابطة أو واقعة معينة بذاتها . لأن مثل هذا الأمر - وإن صدر عن سلطة عامة مختصة بإصداره

- لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك ، اذ لا يتوجه الى طائفة غير محدودة من الافراد يتعين من يدخل فيها بصفته لا بذاته ، ولا الى طائفة غير متناهية من الروابط أو الوقائع يتحدد فيها الدخول بشروط معينة . فالتشريع اذن - وهو تعبير عن القاعدة القانونية والزام بها - ينبئ أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية التي سبق بيانها .

ومن هنا ، تفهم التفرقة التي يذهب اليها بعض الفقهاء بين التشريع بالمعنى الشكلي وبين التشريع بالمعنى الموضوعي أو المادي^(١) . فالحكم الذي يصدر في صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية يعتبر تشريعا من الناحية الشكلية ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية ، بينما لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التي تتخلف فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية . وواضح أن اعتبار التشريع مصدرا رسميا للقاعدة القانونية لا يمكن أن يؤخذ بهذا الوصف الا بمعنييه الشكلي والموضوعي معا . وعلى ذلك ، فاذا كانت كثير من الدساتير - كالدساتير المصرية المتعاقبة - تقضى بأنه لا يجوز عقد قرض عمومي الا بموجب قانون ، ولا منح احتكار الا بقانون والى زمن محدود ، فإن القانون أو التشريع الصادر بعقد القرض أو بمنح الاحتكار لا يعتبر قانونا بالمعنى الموضوعي لتخلف صفة العموم والتجريد فيه وهي من خصائص القاعدة القانونية الرئيسية ، وان كان يعتبر قانونا بالمعنى الشكلي 'صدوره عن السلطة التشريعية العادية'^(٢) . وكذلك فاذا كانت ميزانية الدولة تصدر في صورة قانون أو تشريع ، فإن هذا الوصف صحيح من الناحية الشكلية وحدها دون الناحية الموضوعية^(٣) .

(١) في هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 198 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 78. — Del Vecchio, op. cit., pp. 397, 308.

(٢) انظر :

Marty et Raynaud, *ibid.*

(٣) قارن مع ذلك :

Del Vecchio, op. cit., p. 308.

١٢٥ - التشريع يصدر في صورة مكتوبة

يقصد بذلك أن يخرج التشريع الى الوجود في صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على الزامه . فيتاح بذلك للقاعدة القانونية التي يتضمنها - عن طريق الالفاظ التي تفرغ فيها افراغا كتابيا - التحديد والثبات اللذان يدفعان عنها الضموض والابهام . وان يكن تقييد معنى القاعدة القانونية بلفظ معين مكتوب ، قد يدفع القاعدة نفسها الى نوع من الجمود يقف بها عن مسايرة التطور في الجماعة والاستجابة لما يجد من حاجاتها (١) .

وايا ما كان الأمر ، فتميز التشريع بثبوته عن طريق الكتابة (٢) ، يفرق - من هذه الناحية - بينه وبين العرف الذي لا يفرغ في لفظ مكتوب أو وثيقة مسطورة ، بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة معينة . مع الاعتقاد في الزام هذه السنة .

ولعل وضع التشريع - دون العرف - في صيغة مكتوبة ، يجعل للأول حظا أوفر من الدقة والتحديد والوضوح بما يحقق الاستقرار والأمن في المعاملات ، وان كان يجعل للثاني حظا أوفر من المرونة والقدرة على التكيف وفقا لحاجات الجماعة وتطورها .

١٢٦ - التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة

ليست القاعدة التشريعية بالقاعدة القانونية التي تتكون آليا دون تدخل ارادة عاقلة بصيرة واعية ، بل هي قاعدة تتولى وضعها والزام بها سلطة عامة مختصة في الجماعة أو الدولة بما لها من حق السيادة فيها . وبذلك يبدو - في التشريع - دور الارادة واضحا جليا في تكوين القاعدة القانونية من حيث الشكل .

(١) وهنا تبدو أهمية الصياغة المرونة ودورها الكبير في تلافي مثل هذا الجمود كما سبق القول .

(٢) المقصود أن تكون الوثيقة المكتوبة للتشريع وثيقة رسمية صادرة عن السلطة المختصة ، لذلك كان اختلاف العرف عن التشريع من هذا الوجه . وهو اختلاف يظل قائما حتى ولو قام بعض الفقهاء بتجميع قواعد العرف في كتاب ، اذ تكون الكتابة هنا عملا فرديا مستقلا عن قواعد العرف نفسها التي نشأت وتكونت في الجماعة في صورة عملية غير مكتوبة .

وتولى سلطة عامة مختصة في الدولة وضع القواعد القانونية والالزام بها ، صار في العصر الحديث - بعد أن تضخمت الجماعات عما كانت عليه في القديم وتعقدت حاجاتها ومطالبها - أمرا ضروريا يقتضيه ما تحتاجه هذه الجماعات من سرعة في الانتاج القانوني ، وصياغة فنية دقيقة له تيسره للتطبيق العملي في تحديد ووضوح يحققان الاستقرار والأمن في المعاملات . فلم يعد في الامكان - كما كانت تفعل الجماعات القديمة - الركون الى العرف والاعتماد عليه بصفة أساسية ، وهو المعروف ببطء انتاجه ، نظرا لما يحتاجه من وقت طويل حتى يتكرر العمل به ويقدم ، وحتى تثبت لدى الأفراد العقيدة في الزامه .

ورغم ما يمتاز به التشريع من سرعة في الانتاج ، فان هذه السرعة - ان لم تصاحبها العناية الواجبة - قد تنجم عنها مضار جمة . فقد يظلب المشرع عامل السرعة على عامل الدقة في الصياغة ، مما لا يؤمن معه خروج التشريع معيبا أو قاصرا أو متعارضا مع غيره من التشريعات ، وهو ما يضطر المشرع الى الاسراع في تعديله ، ثم موالاة هذا التعديل السريع بتعديل آخر وهكذا . . . حتى تكثر التشريعات في نفس الموضوع كثرة كبيرة تخل بالاستقرار والثبات الواجب للمعاملات ، وتثير مشاكل دقيقة من التنازع الزماني بين هذه التشريعات المتلاحقة .

وفضلا عن ذلك فان انتشار المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي اليوم هو الذي ركز - بما يستتبع من تدخل الدولة في كل شئون الحياة والنشاط في الجماعة تدخلا متزايدا - حق وضع القواعد القانونية والالزام بها بين يدي الدولة بسلطاتها التشريعية المختصة تحقيقا للصالح والعدل العام .

٢ - سن التشريع

١٢٧ - تمهيد

تحديد السلطة العامة المختصة بسن التشريع في الدولة أمر يتفاوت تفاوتا كبيرا باختلاف الدول والديساتير . فهي حينما في يد ملك أو حاكم مطلق . وهي غالبا - في الدول الحديثة اليوم والديمقراطية منها على الأخص - في يد

مجلس أو مجلسين منتخبين من الشعب ، قد يشاركهما رئيس الدولة بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض ، وقد تعطى السلطة التنفيذية - الى جوار المجالس النيابية - حق التشريع فى مسائل معينة .

والواقع أن تحديد من له حق التشريع من سلطات الدولة أمر يخضع لظاهرة تحكم التشريع هى ظاهرة تدرجه ، اذ يقابل هذا التدرج فى التشريع تدرج فى السلطات التى تملك سنه ، فالتشريع درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، أعلاها هو التشريع الأساسى أو الدستور ، وأوسطها هو التشريع العادى أو ما يسميه بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسى ، وأدناها هو التشريع الفرعى . فنأخذ الآن فى بيان كل درجة من هذه الدرجات الثلاث ، حتى نقف على السلطة المختصة بسن كل منها .

١٢٨ - التشريع الأساسى

يقصد بالتشريع الأساسى التشريع الذى يضع أساس بناء الدولة التى يضع نظام الدولة ودستور الحكم فيها ، فيحدد شكل الحكم فى الدولة ، وتعدد السلطة العامة فيها ، وتوزع الاختصاصات بينها ، وعلاقاتها بالأفراد .

والتشريع الأساسى اما أن يصدر كمنحة من الملك أو صاحب السلطان فى الدولة ، واما أن يصدر فى صورة عقد بين صاحب السلطان والشعب ، واما أن تسنه جمعية تأسيسية منتخبة عن الشعب ، واما أن يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء . وواضح أن الصورتين الأخيرتين التى يسن عن طريقهما التشريع الأساسى تستجيبان للمبدأ الديمقراطى ولاعتبار الأمة أو الشعب مصدر السلطات ، على خلاف الصورتين الأولىين (١) .

(١) اختلفت طريقة سن الدساتير المصرية المتعاقبة : فالراجع فى الفقه الدستورى المصرى أن دستور سنة ١٩٢٣ كان منحة من الملك الى الشعب (أنظر خاصة : وحيد رافت ووايت ابراهيم ، القانون الدستورى ، ١٩٣٧ ، ص ١٦ - عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ١٩٤٢ ، ص ٦٧ - محسن خليل ، النظام الدستورى فى مصر والجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٠/١٩٥٩ ، ص ١١١ - وقلوب : مصطفى أبو زيد فهمى ، النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٦ ، فقرات ٨٥ و ٣١٥) . أما دستور سنة ١٩٥٦ ، فقد أعدت مشروعه =

ورغم أن سن الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبى فيه استجابة لهذا الاعتبار وذلك المبدأ بوسيلة مباشرة ، فإننا نفضل عليه طريق سن الدستور بواسطة جمعية تأسيسية حيث ينفصح المجال لتمحيص أحكامه تفصيلا ، وهو ما يستحيل تحقيقه فى الاستفتاء حيث يجب اما قبول مشروع الدستور المعروض برمته أو رفضه بكامله ، وهو ما لا يترك فرصة حقيقية للاختيار ، اذ قد يضطر الشعب الى تفضيل الموافقة على دستور لا يقر بعض أحكامه لتجنب البلاد عواقب رفضه من تركها محكومة لفترة أخرى - حتى يوضع مشروع آخر يرتضيه - حكما استثنائيا دون دستور • ولا بأس على أى حال - بل قد يكون أفضل - سن الدستور بشكل يجمع بين طريق الاستفتاء وطريق الجمعية التأسيسية ، بأن تتولى جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة أحكامه مناقشة كاملة تفصيلية ، على أن يطرح من بعد للاستفتاء الشعبى •

ويراعى أن التشريع الأساسى أو الدستور ، اما أن يكون دستورا مرنا يكفى لتعديل أحكامه أو الفائها صدور قانون أو تشريع عادى عن السلطة التشريعية كما هو الشأن فى تعديل أو إلغاء القوانين العادية ، واما أن يكون دستورا جامدا لا يتأتى تعديله أو الفأؤه عن هذا الطريق بل يجب لذلك اتباع اجراءات وشروط خاصة • وواضح أن الدساتير الجامدة - على خلاف الدساتير المرنة - تعين على توفير ما يجب للتشريع الأساسى فى الجماعة من استقرار كاف بمنع كثرة التغير والتبديل فى أحكامه ، والدساتير الدائمة المصرية المتعاقبة من الدساتير الجامدة ، اذ تتطلب اجراءات طويلة وشروطا عسيرة لاماكان تعديلها •

١٢٩ - التشريع العادى

يقصد بالتشريع العادى - وهو ما يسميه بعض الفقهاء التشريع الرئيسى

= الحكومة وطرحته للاستفتاء ، فنال الموافقة الشعبية • أما دستور ١٩٦٤ . فكان مجرد دستور مؤقت صدر عن رئيس الجمهورية للعمل به الى حين اقرار دستور دائم • وقد سن الدستور الجديدة لسنة ١٩٧١ بعد اقرار مجلس الأمة المبادئ الأساسية لمشروعه وموافقة اللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكى على مواده وطرحه للاستفتاء يوم ١١ سبتمبر ١٩٧١ حيث نال الموافقة الشعبية •

... التشريع الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصها المبين فى الدستور . ويطلق على هذا النوع من التشريع فى العمل اسم « القانون » Le Loi . وغنى عن البيان ، أن اصطلاح « القانون » هنا بمعناه الخاص كوثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية ، يختلف عن اصطلاح « القانون » بمعناه العام Le Droit كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك من قبل (١) .

والأصل أن سن التشريع العادى تقوم به السلطة التشريعية ، وإن كانت الدساتير تنص عادة على اشراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية فى هذه الوظيفة أو مراقبته إياها ، أما عن طريق ما تعطيه له من حق اقتراح القوانين أو من حق التصديق أو الاعتراض (٢) على ما تسنه السلطة التشريعية منها . وتنتهج الدساتير المصرية المتعاقبة هذا النهج من الاشراك ، بما تعطيه لرئيس الدولة من حق اقتراح القوانين وحق الاعتراض عليها .

فحق اقتراح القوانين ثابت لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب (٣) . وتحال مشروعات القوانين المقترحة من الحكومة مباشرة الى لجان المجلس المختصة لفحصها وتقديم تقارير عنها . بينما تحال مشروعات القوانين المقترحة من أعضاء المجلس الى لجنة أولية لفحصها وإبداء الراى فى صلاحيتها لجواز نظر المجلس فيها ، فإذا رأى المجلس نظرها أخالها - كمشروعات الحكومة - الى اللجان المختصة لفحصها وتقديم تقارير عنها (٤) .

ثم يطرح مشروع القانون بعد ذلك على المجلس لمناقشته ، والتصويت

(١) أنظر سابقا ، فقرة ١ .

(٢) أنظر مع ذلك فيما ينهب اليه بعض الفقهاء من عدم اعتبار حق الاقتراح وحق الاعتراض مشاركة فى ممارسة السلطة التشريعية : السيد صبرى ، مبادئ القانون الدستورى ، الطبعة الرابعة ، ١٩٤٩ ، ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، ٣٣١ ، ٣٤٢ - ٣٥٥ . مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السابق ، فقرات ٦٧٦ و ٦٧٨ ، ص ٥٨١ و ٥٨٢ .

(٣) م ١٠٩ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .

ويجعل دستور اتحاد الجمهوريات العربية لسنة ١٩٧١ كذلك حق اقتراح القوانين الاتحادية لمجلس رئاسة الاتحاد ولأعضاء مجلس الأمة الاتحادى (م ٣٥) .

(٤) م ١١٠ من الدستور الجديد .

عليه مادة فمادة • ولا تتم الموافقة عليه - في غير الحالات التي تشترط فيها،
أغلبية خاصة - الا بالأغلبية المطلقة للحاضرين من الأعضاء أى أكثر من
النصف ، وإذا تساوت الآراء يعتبر المشروع مرفوضاً (١) •

والأصل أن موافقة المجلس تعتبر كافية لاتمام عملية سن التشريع •
ولكن الدساتير المصرية المتعاقبة تعطي رئيس الدولة أو رئيس الجمهورية الحق
في الاعتراض على ما يسنه المجلس من قوانين • وهذا الحق ثابت لرئيس
الجمهورية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ ابلاغ المجلس اياه الموافقة على
مشروع القانون • فإذا فات هذا الميعاد دون اعتراض ، سقط حق رئيس
الجمهورية فيه واعتبر المشروع قانوناً يجب عليه إصداره (٢) • وإذا تم
الاعتراض ، فيشترط للموافقة على مشروع القانون من جديد أغلبية أكبر من
أثرة الأولى هي أغلبية ثلثي مجموع أعضاء المجلس (الحاضرين والغائبين على
انسواء) • فإذا توافرت الأغلبية المطلوبة ، يجب على رئيس الجمهورية إصدار
القانون (٣) •

فكان عملية الاعتراض تنتهي اذن الى مجرد إيقاف القانون الذي أقره
المجلس النيابي الى حين اقراره اياه من جديد بأغلبية أكبر (٤) • وهي بذلك
تعتبر وسيلة في يد السلطة التنفيذية للضغط على السلطة التشريعية بما يحقق

(١) م ١٠٧ من الدستور الجديد •

(٢) م ١/١١٣ من الدستور الجديد •

(٣) م ٢/١١٣ من الدستور الجديد •

(٤) بذلك يبدو الفارق بين « التصديق » و « الاعتراض » - فالتصديق إجراء لا يتم
القانون الا به • بحيث اذا تخلف فلا يظهر القانون الى الوجود ، اذ لا تكون لموافقة المجلس
النيابي عليه قيمة دون اقتران بالتصديق • أما الاعتراض اذا تم ، فليس من شأنه الا مجرد
إيقاف إصدار القانون وإعادة المناقشة فيه والتصويت عليه في المجلس من جديد ، بحيث يملك
المجلس في النهاية فرض رأيه باقرار القانون ثانية واجبار رئيس الجمهورية بالتسالي على
إصداره • ولذلك اذا لم يتم الاعتراض أصلاً بحيث مضى ميعاده ، فيجب على رئيس الجمهورية
إصدار القانون • فعدم التصديق اذن منع نهائي من إصدار القانون • أما الاعتراض فمجرد إيقاف
مؤقت للإصدار يمكن للمجلس ازالته بالموافقة على القانون من جديد (راجع في التفرقة بين
التصديق والاعتراض : محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩-٣١١ - مصطفى أبو زيد قهس ،
المرجع السابق ، فقرة ٥٥٢ ، ص ٤٧٩) •

«التوازن المرغوب بين السلطتين» (١) . ولكن يبقى للسلطة التشريعية على أى حال الكلمة الأخيرة إذا حشدت للموافقة على القانون من جديد الأغلبية الأكبر المطلوبة ، فيعتبر حينئذ - رغم الاعتراض - قانونا واجب الإصدار والنشر .

حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى فى أحوال استثنائية :

إذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هى التى تقوم بسن التشريع العادى ، فاستثناء من ذلك محل السلطة التنفيذية فى كثير من الدساتير محل السلطة التشريعية فى سنه فى حالتين : حالة الضرورة ، وحالة التفويض .

(١) تشريع الضرورة : لا شك فى أن قيام حالة من حالات الضرورة التى تستدعى الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير عن طريق التشريع ، وانعدام الأداة التشريعية نظرا لحل المجلس النيابى أو تخلفها نظرا لمطلته فيما بين دورين من أدوار انعقاده ، يبرر الخروج على الأصل من استئثار السلطة التشريعية - أى المجلس النيابى - بسن القوانين أو التشريعات العادية ، وتخويل السلطة التنفيذية الحق فى الحلول محلها مؤقتا فى هذا الاختصاص عن طريق سن قرارات تكون لها قوة القانون أى قوة التشريع العادى .

وقد أعطت الدساتير المصرية المتعاقبة هذا الحق للسلطة التنفيذية (٢) بقيود معينة . وأهم هذه القيود وجود حالة من حالات الضرورة التى توجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، ووجوب الإسراع فى تحديد مصر تشريعات الضرورة بعرضها على المجلس النيابى خلال مدة قصيرة ، والا فقدت ما لها من صفة قانونية . وتطبيقا لذلك ، أوجب الدستور المصرى الجديد لسنة ١٩٧١ عرض تشريعات الضرورة على مجلس الشعب خلال خمسة عشر

(١) انظر : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ - عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٥٧٢ .

(٢) م ٤١ من دستور ١٩٢٣ و م ١٢٥ من دستور ١٩٥٦ و م ١١٩ من دستور ١٩٦٤ و م ١٤٧ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .

يوما من تاريخ اصدارها اذا كان المجلس قائما أو في أول اجتماع للمجلس في حالة حله أو وقف جلساته ، ورتب جزاء خطيرا على عدم عرضها على هذا النحو ، أو على عرضها ثم رفضها ، هو زوال ما كان لها من قوة القانون زوالا رجعيا . ولا يتوقف هذا الزوال الرجعي على صدور قرار بذلك في حالة عدم العرض . أما في حالة العرض فلا يتحقق هذا الزوال الرجعي الا بعدم اقرار المجلس هذه التشريعات ، ولكن احتياطا لما قد يترتب على مثل هذا الزوال الرجعي من اضطراب وعدم استقرار ، أعطى الدستور الجديد لمجلس الشعب - في حالة عدم الاقرار أو الرفض - الحق في قصر هذا الزوال على المستقبل دون سحبه على الماضي باعتماد نفاذ هذه التشريعات في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر (١٤٧/٢) (١) . ولكن اذا لم يقر مجلس الشعب هذا الاعتماد أو هذه التسوية ، فيظل لزوال تشريع الضرورة المرفوض أثره الرجعي .

وينبغي أن يكون مفهوما أن تشريعات الضرورة التي تسنها السلطة التنفيذية في الحدود المتقدمة يجب أن لا تكون مخالفة لأحكام الدستور ، رغم أن كلا من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ ودستور سنة ١٩٥٦ ودستور سنة ١٩٦٤ - على خلاف دستور سنة ١٩٢٣ - قد أغفل تأكيد ذلك . اذ ما دامت السلطة التشريعية - وهي السلطة الأصلية - لا تملك مخالفة الدستور كما سترى فيما تسنه من قوانين ، فمن باب أولى لا تملك السلطة التنفيذية - وهي سلطة بديلة طارئة - مثل هذه المخالفة فيما تسنه مواجهة لأحوال

(١) وهذا الحكم موافق للحكم الذي كان مقررا في دستور سنة ١٩٥٦ (م ١٣٥) . أما في دستور سنة ١٩٢٣ ، فكان من المتفق عليه أن زوال تشريعات الضرورة ليس له أثر رجعي ، سواء في حالة عدم العرض أو في حالة الرفض (السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٨ . عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٣) . أما الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ ، فكان يجعل هذا الزوال رجعيا في حالة عدم العرض ، بينما كان يقصر الزوال على المستقبل في حالة الرفض بجعل أثره متحققا من تاريخ الرفض فحسب (م ١١٩) .

أما دستور اتحاد الجمهوريات العربية لسنة ١٩٧١ الذي يعطى مجلس رئاسة الاتحاد حق سن تشريعات الضرورة الاتحادية فقد جعل زوال هذه التشريعات من تاريخ انعقاد مجلس الأمة الاتحادى في حالة عدم العرض ، أما اذا تم عرضها ورفضت فيتحقق الزوال من تاريخ الرفض .

الضرورة من قرارات لها قوة القوانين (١) .

(٢) **تشريع التفويض** : قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية وبناء على تفويض منها في سن قرارات لها قوة القانون في المسائل المحددة في التفويض . ولئن كان التفويض غير مقبول من الناحية النظرية على أساس أن السلطة التشريعية لا تملك النزول عن اختصاصها ، إلا أن الرغبة في توفير الدقة أو السرعة أو السرية لبعض تشريعات قد تبرر - لمدة معينة - تفويض السلطة التنفيذية في سنها بتشريعات تكون لها قوة القانون ، وذلك رغم وجود السلطة التشريعية وعدم غيابها ، سواء مع تطلب عرضها على السلطة التشريعية من بعد للمصادقة عليها وإجازتها (٢) أو مع عدم تطلب ذلك .

ولم يكن الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ يتعرض لمثل هذا النوع من التشريع . ولكن ثمة سابقة للبرلمان في مصر بمقتضاها فوض الحكومة سنة ١٩٣٠ في اصدار مراسيم لها قوة القانون في شأن تعديل التعريفات الجمركية وفي شأن فرض وتعديل رسم الانتاج على حاصلات الأرض المصرية أو منتجات الصناعة المحلية ، ولكن بشرط عرض هذه المراسيم عليه .

وقد قطع كل من دستور سنة ١٩٥٦ (م ١٣٦) ودستور سنة ١٩٦٤ (م ١٠) والدستور الحالي لسنة ١٩٧١ (م ١٠٨) كل شك حول امكان التفويض ، إذ تنص المادة ١٠٨ من الدستور الحالي على أن « لرئيس الجمهورية ، عند الضرورة في الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون » ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول

(١) قرب من ذلك :

مضان خليل ، النظام الدستوري المصري ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٣ .

(٢) في هذا المعنى :

عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ .

جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون ، .

ويضع هذا النص من القيود ما يتفق عليه الفقه المؤيد لمبدأ التفويض من تحديد موضوع التفويض ومسائله ومن قصر التفويض على مدة محددة ومن وجود أحوال استثنائية مبررة ، وهو يتفق في ذلك مع النصوص السابقة في دستوري ١٩٥٦ و ١٩٦٤ . ويتشدد الدستور الحالي في شأن التفويض بزيادة على النصوص السابقة : فيطلب ، من ناحية ، أن يكون منح التفويض بأغلبية كبيرة وعسيرة وهي أغلبية ثلثي أعضاء مجلس الشعب الحاضرين والغائبين على السواء - ويوجب ، من ناحية ثانية ، إخضاع تشريعات التفويض من بعد موافقة مجلس الشعب (١) تأكيداً لما ينبغي من أبقاء الزمام النهائي للتشريع بيد السلطة الأصلية وهي السلطة التشريعية تراقب السلطة التنفيذية النائبة فيما وكلتها وفوضتها من شئونه .

وقد صدر في ظل دستور سنة ١٩٦٤ تفويض من مجلس الأمة لرئيس الجمهورية ، خلال الظروف الاستثنائية القائمة ، في إصدار قرارات لها قوة القانون لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية (٢) .

١٣٠ - التشريع الفرعي

يقصد بالتشريع الفرعي التشريع الذي تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور ، باعتبار صفتها هذه ، لا باعتبارها حالة محل السلطة التشريعية حلولا مؤقتا ، بمعنى أن اختصاصها بسن التشريع الفرعي اختصاص أصلي يثبت لها ابتداء ومع قيام السلطة التشريعية ، فلا يعلق على غياب السلطة التشريعية كما هي الحال في تشريع الضرورة ، ولا على تفويض منيا كما هي الحال في تشريع التفويض .

(١) يوجب النص عرض هذه التشريعات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . وإذا كان هذا الحكم يتفق مع أحوال التفويض الممنوح لمدة قصيرة جدا ، فهو غير مناسب حينما تطول المدة الممنوعة للتفويض نسبيا .

(٢) أنظر في عدم توافر هذا التفويض قبل ما تشترطه المادة ١٢٠ من ذلك الدستور : برهام محمد عطا الله ، أساسيات القانون الوضعي ، ١٩٦٨ ، مجلس ٥١٥ ص ٥٤ - ٥٥ .

ويطلق على التشريع الفرعى فى العمل اسم « اللائحة » *Le règlement* ،
تميزا له عن التشريع العادى الصادر عن الهيئة التشريعية والمعروف باسم
« القانون » *La loi* .

واللوائح اما أن يقصد بها تنفيذ التشريع العادى أى القوانين الصادرة
عن الهيئة التشريعية فتعرف باسم « اللوائح التنفيذية » ، واما أن يقصد بت
تنظيم المصالح والمرافق العامة فتعرف باسم « اللوائح التنظيمية » ، واما أن
يقصد بها حفظ الأمن والصحة العامة فتعرف باسم « لوائح البوليس » أو
« لوائح الضبط » . ونعرض بإيجاز لكل منها فيما يلى :

(١) **اللوائح التنفيذية** : هى ما تسنه السلطة التنفيذية من قواعد
تشريعية ضمانا لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية .
واختصاص السلطة التنفيذية باصدار مثل هذه اللوائح أمر طبيعى ومنطقى .
لأنها - وهى السلطة المكلفة بتنفيذ هذه القوانين - تكون أقدر من السلطة
التشريعية على تنظيم هذا التنفيذ فى دقائقه وفقا لضرورات العمل ، فضلا
عما فى ذلك من تخليص القوانين من كثير من التفاصيل ومن التخفيف بالتالى
من أعباء السلطة التشريعية المتزايدة .

ويعطى الدستور المصرى رئيس الجمهورية الحق فى سن هذه اللوائح^(١) ،
بل ويخوله حق تفويض غيره فى سنها . ويجيز كذلك أن تعين القوانين
الصادرة عن السلطة التشريعية من يتولى سن القرارات أو اللوائح اللازمة
لتنفيذها (م ١٤٤ من الدستور الحالى لسنة ١٩٧١) ، وغالبا ما يكون هو
الوزير المختص .

وطالما أن اللوائح التنفيذية مجرد تنفيذ للقوانين ، فينبغى أن تلتزم
حدود هذا الغرض ، بحيث لا تملك إلغاء أو تعديل أو تعطيل أحكام هذه
القوانين أو الاعفاء منها ، والدستور الحالى صريح فى تأكيد ذلك^(٢) .

(١) وكذلك يعطى دستور اتحاد الجمهوريات العربيه المجلس ولجنة الاتحاد حق سن اللوائح
اللازمة لتنفيذ القوانين الاتفاقيه (م ٢٠) .

(٢) وكذلك كان دستور ١٩٢٣ صريحا فى هذا التأكيد (م ٢٧) ، أما الدساتير الأخرى =

(٢) **اللوائح التنظيمية :** هي في الأصل ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم وترتيب المصالح والمرافق العامة ، بصفتها مهيمنة على ادارة هذه المصالح والمرافق . وقد أعطت الدساتير المصرية المتعاقبة جميعها السلطة التنفيذية الحق في سن هذه اللوائح (١) . وقد ثار الخلاف طويلا في ظل الدساتير المصرية السابقة - التي كانت تستعمل اصطلاح « ترتيب المصالح العامة » - حول مدى حق السلطة التنفيذية في انشاء المصالح العامة عن طريق اللوائح التنظيمية . وقد حسم أخيرا الدستور الحالي لسنة ١٩٧١ هذا الخلاف بالنص صراحة على اعطاء السلطة التنفيذية هذا الحق بقوله « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لانشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة » (م ١٤٦) . ولكن اذا كان من حق رئيس الجمهورية سن هذه اللوائح ، فيبدو أنه حق مقصور عليه وحده ذاتيا ، فلا يملك تفويض غيره في سنها . اذ يغفل النص - على خلاف النص الوارد في شأن اللوائح التنفيذية - الاشارة الى امكان التفويض في سن اللوائح التنظيمية .

(٣) **لوائح الضبط أو لوائح البوليس :** يقصد بها ما تضعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الضبط أو البوليس بمعناه العام ، أي لحفظ الأمن وتوفير السكينة والطمأنينة وحماية الصحة العامة . ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ، ولوائح مراقبة الأغذية والباعة الجائلين .

ولم يكن الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ يتضمن أي نص يخول السلطة التنفيذية حق سن هذه اللوائح . ولكنها جرت دائما على سنها واصدارها منذ كانت تجمع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية قبل صدور هذا الدستور ، مما حدا ببعض الفقهاء الى التماس أساس دستوري لها مما جرى عليه العمل

الصادرة فيما بين هذين الدستورين فلم تكن تصرح بذلك ، ولكن نفس الحكم كان مستخدما دون نص من الغرض المقصود من اللوائح التنفيذية (كتابنا سالف الذكر ، ص ٢٩٢) .

(١) وكذلك يعطي دستور اتحاد الجمهوريات العربية لمجلس رئاسة الاتحاد حق سن اللوائح اللازمة لتنظيم المؤسسات والمرافق التي يشرف عليها الاتحاد (م ٢٠) .

(م ١٦ - المدخل الى القانون)

والقول بوجود عرف بذلك ، فضلا عن أن قيام السلطة التنفيذية بسن هذه اللوائح هو ما يلائم مقتضيات العمل نظرا لما تتطلبه مسائل الضبط من دقة وتشعب وسرعة تنظيم^(١) . غير أن خطر هذه اللوائح على حريات الأفراد وعدم استنادها الى نص من الدستور أو القوانين ، فضلا عما تقرره من عقوبات على مخالفتها رغم ما هو ثابت من مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » أو على لائحة تستند الى قانون ، كان يحمل على التردد في الاعتراف للسلطة التنفيذية بهذا الحق دون نص على ذلك في الدستور^(٢) .

لذلك أحسن المشرع الدستوري المصري من بعد بنصه صراحة على حق السلطة التنفيذية في سن هذه اللوائح بقوله « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط » (م ١٤٥ من الدستور الحالي لسنة ١٩٧١)^(٣) . وبذلك ينقطع الشك والخلاف الآن حول شرعية هذه اللوائح وأساسها الدستوري . وقد كان كل من دستور ١٩٥٦ و ١٩٦٤ يخول رئيس الجمهورية حق تفويض غيره في سن هذه اللوائح . ولكن الدستور الحالي لسنة ١٩٧١ أسقط الإشارة الى ذلك ، مما يوجب القول بأن سن هذه اللوائح قد أصبح حقا ذاتيا مقصورا على رئيس الجمهورية بحيث لا يملك الآن تفويض غيره في سنها .

٣ - نفاذ التشريع

١٣١ - تمهيد

إذا تم سن التشريع - أيا كانت درجته - من السلطة المختصة بسنه ، فإنه يوجد قانونا . ولكن الوجود القانوني للتشريع لا يعنى دخوله مرحلة التنفيذ بعد . اذ ينبغي لذلك تسجيل هذا الوجود القانوني والامر بتنفيذ التشريع ممن يملك الأمر بالتنفيذ أى من السلطة التنفيذية عن طريق الاصدار Promulgation ، ثم اعلانه للناس وتحديد موعد نفاذه عن طريق النشر . Publication

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٦٩ و ٤٧٠ .

(٢) فى هذا المعنى :

كتابنا أصول القانون ، ص ٢٩٤ . - محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ و ٣٤٥ .

(٣) م ١/١٢٨ من دستور ١٩٥٦ ، و م ١٢٢ من دستور ١٩٦٤ .

١٣٢ اصدار التشريع

يقصد بالاصدار تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ^(١) بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعا ملزما من تشريعات الدولة . فهو بمثابة شهادة ميلاد للتشريع ، تكون سنداً لتنفيذه .

وبديهي أنه حيث تملك السلطة التنفيذية سن التشريع - كما هي الحال في التشريع الاساسى حين يكون منحة من الملك أو الحاكم المطلق ، وفي تشريع الضرورة أو تشريع التفويض ، وفي التشريع الفرعى خاصة - يتضمن سن التشريع حتما اصداره ، لأن السلطة التى تسن التشريع هنا هي نفسها التى تضعه موضع التنفيذ .

أما حيث تسن التشريع سلطة أخرى غير السلطة التنفيذية التى تضعه موضع التنفيذ فيحتاج الأمر الى أن تقوم السلطة الثانية باصدار ما سنته السلطة الأولى ، كما هي الحال في التشريع العادى الذى تسنه السلطة التشريعية ، والتشريع الاساسى الذى يسنه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء أو تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب . ذلك أن وضع التشريع الذى تم سنه في مثل هذه الحالات موضع التنفيذ يقتضى تسجيل وجوده القانونى وتكليف رجال السلطة التنفيذية بالقيام على تنفيذه ، ومثل هذا التكليف لا يتصور صدوره الا من السلطة التنفيذية نفسها ممثلة في شخص رئيسها ، لأن المكلفين بالتنفيذ هم عمالها فلا تملك عليهم سلطة أخرى أيا كانت - كالجمعية التأسيسية أو السلطة التشريعية - حق الأمر والتكليف .

فالاصدار اذن في حالة التشريع الاساسى المسنون بواسطة جمعية تأسيسية أو المستفتى فيه الشعب ، يتضمن تسجيل موافقة الجمعية التأسيسية عليه أو تصويت أغلبية الشعب له في الاستفتاء ، والأمر بتنفيذه باعتباره التشريع الاساسى للدولة . والاصدار في حالة التشريع العادى يتضمن تسجيل موافقة المجلس النيابى عليه ، والأمر بتنفيذه كقانون من

(١) ولذلك يعتبر الاصدار عملاً تنفيذياً لا عملاً تشريعياً ، اذ هو بداية وضع القانون موضع التنفيذ (في هذا المعنى : عثمان خليل ، النظام الدستوري المصري ، ١٩٥٦ ، ص ١٧٥ - سقارن السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٢ - ٣٦٤) .

قوانين الدولة - وحصول اصدار القانون قبل فوات الميعاد المحدد لاستعمال حق الاعتراض ، يفيد نزول رئيس الجمهورية عن استعمال مثل هذا الحق .

ومن الأفضل النص في الدستور على تحديد مدة معينة يجب على رئيس الجمهورية خلالها اصدار القوانين التي يسنها المجلس النيابي حتى لا يتمكن بذلك من تعطيل تنفيذ هذه القوانين بتأخير اصدارها - ومع ذلك ، لا تتضمن الدساتير المصرية المتعاقبة أى نص من هذا القبيل ، مما يبرر انتقادها .

١٣٣ - نشر التشريع

إذا كان اصدار التشريع لازما لتسجيل سنه والأمر بتنفيذه الى رجاء السلطة التنفيذية ، فإبلاغ مضمونه الى الكافة وحمله الى علمهم أو إتاحة فرصة العلم به لهم لازم كذلك ، اذ هم المكلفون بأحكامه فلا مناص من اعلامهم بها حتى يوافقوا مسلكهم عليها . ذلك أنه لا تكليف الا بعلوم ، والتشريع لا يكون معلوما للمكلفين به الا باشهاره بينهم وإذاعته فيهم . والوسيلة القانونية الوحيدة المعتمدة اليوم لاشهار التشريع وإذاعته هي نشر نصوصه في الجريدة الرسمية للدولة (١) . والنشر في الجريدة الرسمية واجب لنفاذ التشريع في حق المخاطبين بأحكامه ، أيا كانت درجة التشريع أساسيا أو عاديا (٢) أو فرعيا (٣) .

ولا يغنى في الأصل عن النشر في الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى من وسائل الاشهار أو الإذاعة أو الاعلان ، رغم أن بعض هذه الوسائل قد

(١) تنشر التشريعات في جمهورية مصر العربية في جريدتين رسميتين مستقلتين : « الجريدة الرسمية » وتنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ومن نوابه ، و « الوقائع المصرية » وتنشر القرارات الوزارية (كما تنشر الإعلانات الحكومية والقضائية) .

وقد نص دستور اتحاد الجمهوريات العربية على أن ينشئ مجلس رئاسة الاتحاد جريدة رسمية اتحادية تنشر فيها القوانين والقرارات واللوائح الاتحادية (م ٦٦) .

(٢) م ١٥٨ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .

(٣) انظر م ١/٢٤ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الدولة ، وانظر كذلك نقض ١٧ مايو ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٧ ، ع ٢ رقم ٨٢ ص ٦٠٧ ، حيث يذكر الحكم أن « القرار التشريعي يستلزم بطبيعته النشر في الجريدة الرسمية ليعلم به الكافة وليكون له حكم القانون الذي صدر تنفيذا له واعمالا لأحكامه » .

يكون أجدى مفعولا من النشر فى الجريدة الرسمية فى سبيل حمل التشريع الى علم المخاطبين بأحكامه . فالإكتفاء اذن - فى نشر التشريع - بإذاعته فى الراديو أو تعليق صور منه فى أماكن بارزة على الحوائط فى الشوارع والميادين الرئيسية ، لا يعتبر نشرًا قانونيا بالمعنى الصحيح . ومن هنا ، لا يعتبر مثل هذا النشر كافيا لتنفاذ التشريع فى حق المخاطبين بأحكامه . وكذلك لا يغنى فى الأصل ، عن حصول نشر التشريع فى الجريدة الرسمية ، ثبوت علم بعض الأفراد المخاطبين بحكمه علما يقينيا به (١) .

وإذا كان المقصود من نشر التشريع فى الجريدة الرسمية للدولة حملة الى علم المخاطبين به ، فيقتضى ذلك أن تطبع الجريدة الرسمية بأعداد كافية نسبيًا وأن توضع هذه الأعداد موضع التوزيع الفعلى لمن يطلبها من الجمهور .

وإذا كان الأصل هو وجوب نشر التشريع فى الجريدة الرسمية ، فمن الأفضل تحديد مهلة للسلطة التنفيذية لإجراء هذا النشر ، حتى لا تتلأأ فيه بقصد تأخير تنفيذ التشريع . وقد أحسن الدستور المصرى بإيجاب نشر القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها (م ١٨٨ من الدستور الحالى لسنة ١٩٧١) (٢) . ومع ذلك تظل السلطة التنفيذية قادرة على التحكم فى نشر القوانين عن طريق تأخير إصدارها ما دام الدستور لا يقيد بها بموعد معين فى القيام بهذا الإصدار كما سبق البيان .

وإذا تم النشر فى الجريدة الرسمية فالغالب أن لا يعتبر التشريع نافذا فور هذا النشر بل يبدأ نفاذه بمضى وقت معلوم من حصول النشر ، أفساحا لشيوع العلم بأحكامه . وقد نص الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ ، فى شأن القوانين أى التشريعات العادية ، على أن « ... يعمل بها بعد شهر من اليوم

(١) أنظر فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٣ يناير ١٩٥٠ (مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة الرابعة ، رقم ٤٤ ، ١٤٧) .

(٢) أنظر كذلك م ١٨٧ من دستور ١٩٥٦ ، و م ١٦٤ من دستور ١٩٦٤ .

التالى لتاريخ نشرها ، الا اذا حددت لذلك ميعادا آخر ، (م ١٨٨) (١) .
فحيث تدعو الضرورة الى الاسراع فى تنفيذ القانون ، يمكن النص فيه على
نفاذه قبل الميعاد الدستورى بل وحتى من تاريخ النشر . وحيث تدعو الحاجة
الى التراخى بتنفيذه الى ما بعد الميعاد الدستورى ، يمكن النص فيه على
التأخير المتأخر الذى يبدأ منه نفاذه . اما اذا لم يحدد القانون موعدا آخر
سابقا على الموعد الدستورى أو لاحقا له ، فيبدأ نفاذه بعد شهر من اليوم
التالى لتاريخ النشر (٢) .

واذا كان لتاريخ النشر هذه الأهمية فى حساب الميعاد الدستورى أو
القانونى لبدء نفاذ القانون ، فلا يعتد الا بالنشر الحقيقى أى بتاريخ التوزيع
الفعلى لعدد الجريدة الرسمية المنشور به التشريع ، لا بتاريخ طبع هذا العدد
أو التاريخ المخالف الذى قد يحمله (٣) .

وبفوات الميعاد الذى يبدأ منه النفاذ يفترض علم الأفراد بالتشريع ،
فيسرى فى حق جميع المخاطبين بأحكامه دون استثناء ، ولا يقبل من أحد

(١) كان دستور ١٩٢٣ يعتبر القانون نافذا بضى ثلاثين يوما من نشره فى الجريدة الرسمية .
وكان دستور ١٩٥٦ يعتبره نافذا بعد عشرة ايام من تاريخ هذا النشر . وكان يجوز بهما دائما
مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص . أما دستور ١٩٦٤ ، فقد أغفل تحديد أى ميعاد من تاريخ
النشر لبدء نفاذ القوانين .

(٢) أنظر فى علم دخول يوم النشر فى الحساب ولو كان منصوبا على بدء نفاذ القانون
من تاريخ النشر وفى دخول هذا اليوم فى المجال الزمنى لنفاذ القانون القديم ، « لان هذا اليوم
هو فاصل رسمى يمتد أربعين وعشرين ساعة ، وقد يتم النشر فى أى وقت فيه ، وقد يتراخى هذا
اليوم لآخره . فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أوله ؟ : المحنة الادارية العليا
١٢٥ - ٤ مى ١٩٥٩/٣/٢١ ، أحمد سمير أبو شادى ، مجموعة القواعد القانونية للمحكمة الادارية
العليا فى عشر سنوات ، رقم ٥٩٩ ، ص ٦١٩ - ٦٢٠ .

(٣) « اذا كان القانون رقم ٢٦٤ ، لسنة ١٩٥٣ ... قد نظم اجراءات أوجب على الكسامة
اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به ونص فى المدة الثالثة منه على العمل بالقانون المذكور من
تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .. وكان المستأنف قد دفع بأنّه قد استحال العلم بذلك
القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف الى قلم الكتاب بقوله أن الجريدة الرسمية التى
نشر فيها ذلك القانون وان كانت قد طبعت فى ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ الا أنها لم توزع وتنتشر
فعلا الا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف ، فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع فانه
يكون مشوبا بالقصور (نقض ٢٤ يونيو ١٩٥٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض . ص ٩ ،
ع ٢ ، رقم ٨١ ، ص ١٣٩) .

الاعتذار بجهله • وافترض العلم بالتشريع بمجرد ابتداء نفاذه انما هو تفريع على مبدأ افتراض العلم بالقانون أى بمجموع القواعد القانونية الملزمة فى الدولة وهو ما سنعرض له من بعد عند الكلام فى مدى تطبيق أو سريان القاعدة القانونية •

٤ - نتائج تدرج التشريع أو رقابة صحته

١٣٤ - خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، ورقابة ذلك

قلنا ان ثم ظاهرة يتميز بها التشريع هى ظاهرة تدرجه أى تفاوتة فى القوة درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فالتشريع الأساسى أو الدستور هو أقواها ، ويليه التشريع العادى ، ثم يتبعه التشريع الفرعى • وهذا التدرج فى القوة ينبغى أن يسلم منطقاً الى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى • غير أن هذه النتيجة على تحميم المنطق لها لا تجد دائماً ما ينبغى لها من صدق فى نطاق العمل ، فهذا الصدى يتفاوت بتفاوت الدول والديساتير • فتدرج التشريع إذن يجب أن يستتبع استمداد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذى يعلوه وهكذا ، بحيث يكون باطلا التشريع الأدنى الذى يصدر على خلاف ما يقضى به التشريع الأعلى ، وعلى هذا النحو فالتشريع العادى ينبغى أن لا يكون متعارضاً مع التشريع الأساسى ، والتشريع الفرعى بدوره ينبغى أن لا يكون مخالفاً للتشريع العادى أو للتشريع الأساسى • ومن هنا فإذا تعارض تشريعان من درجة متفاوتة وجب تغليب التشريع الأعلى وإغفال التشريع الأدنى •

كل ذلك يدعو بخاصة الى اقامة رقابة قضائية (١) على صحة التشريع للتأكد من مطابقة الأدنى منه للأعلى سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع • فنعرض لهذين النوعين من الرقابة لنقف على مدى التسليم بالمبدأ فيهما ومدى تحققه فى العمل •

(١) نترك جانباً ما قد يوجد من رقابة سياسية فى هذا الشأن •

(١) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل

١٣٥ - لا خلاف على تقرير هذه الرقابة

لا خلاف على حق المحاكم فى الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى ، أى للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصة وتام اصداره ونشره وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه . فان لم يتوافر للتشريع الأدنى - سواء كان تشريعا عاديا أو تشريعا فرعيا - الشكل الذى يحدده التشريع الأعلى ، فالاجماع منعقد على حق المحاكم فى الامتناع عن تطبيقه ، تأسيسا على أن مثل هذا التشريع انما هو تشريع منعدم ليس له وجود قانونى . ولذلك فللمحاكم بل عليها أن تمتنع عن تطبيق قانون لم يحرز الأغلبية الخاصة المطلوبة فى شأنه ، أو عن تطبيق قانون أو لائحة لم تنشر فى الجريدة الرسمية أو صدرت عن جهة غير مختصة .

(٢) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع

١٣٦ - الخلاف حول هذه الرقابة تبعا لدرجة التشريع الأدنى

لا تجد رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع مثل ما تجده رقابة صحته من حيث الشكل من اجماع على اقرارها . فالرأى فى مثل هذه الرقابة يختلف باختلاف ما اذا كان التشريع الأدنى فرعيا أو عاديا . فنعرض أولا لرقابة قانونية اللوائح ودستوريتها ، ثم لرقابة دستورية القوانين .

١٣٧ - التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها

حق المحاكم ثابت فى رقابة صحة التشريع الفرعى الموضوعية ، للتأكد من مطابقته لقواعد وأحكام التشريع العادى والتشريع الأساسى على السواء . فتملك المحاكم اذن التحقق من شرعية أو قانونية اللوائح بالتثبت من عدم مخالفتها لأحكام القوانين (١) . كما تملك التحقق من دستورية اللوائح بالتثبت

(١) تقرر محكمة القضاء الإدارى فى أحد أحكامها أن « قضاء هذه المحكمة قد جرى على جواز الطعن فى القرارات التنظيمية العامة (أى اللوائح) بأحد طريقين : اما بالطريق المباشر »

من عدم مخالفتها لقواعد الدستور (١) .
ولئن كان القضاء العادى يقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيق اللوائح
المخالفة للقانون أو الدستور دون أن يملك الغائها ، فالوضع مختلف بالنسبة
لل قضاء الادارى الذى يتمتع كذلك بسلطة الحكم بالغائها .

١٣٨ - مشكلة رقابة دستورية القوانين (٢)

(١) الخلاف حول مبدأ الرقابة القضائية للدستورية القوانين : لا تجد
مشكلة رقابة دستورية القوانين فى الدول ذات الدساتير الجامدة (٣) حلا
واحدا . فحق المحاكم فى مثل هذه الرقابة أى فى رقابة صحة التشريع
العادى الموضوعية لتأكد من مطابقته لقواعد التشريع الأساسى ، أى للتثبت
من موافقته لاحكام الدستور ، أمر متنازع فيه فى الفقه والقضاء ومختلف عليه
باختلاف النظم والشرائع .

ثم اتجه يرمى الى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين (٤) بحجة
احترام مبدأ فصل السلطات ، الذى يختص السلطة التشريعية بحق سن
التشريع ، ويقصر دور السلطة القضائية على مجرد تطبيقه ، اذ يعتبر الامتناع

= أى بطلب العنايه فى المبدأ . او بتطبيق غير المباشر فى أى وقت عند تطبيقها فى الحالات الفردية
أى بطلب عدم الاعتداء بها لمخالفتها القانون وذلك عند الظن فى القرارات الفردية بالافساح من
محكمة القضاء الادارى . ٥ فبراير ١٩٥٢ . الحسامية ، س ٢٢ . ع ٧ ، رقم ٤٦٢ ، ص
١٠٥٩ .

(١) انظر مع ذلك لاحقا ص ٢٥٨ - ٢٥٩ ، وهامش ١٥ ص ٢٥٩ .

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Burdeau, Traité de science politique, t. III, Nos. 156-181. — Duguit,
Traité de droit constitutionnel, t. III, 3e éd., No. 98, pp. 715-732. — La-
ferrière, Manuel de droit constitutionnel, 1943, pp. 294-324.

السيد صبرى ، المرجع السابق . ١٩٤٩ ص ٢٢٢ - ٢٢٥ . عبد الحميد متولى ، المرجع
السابق . ١٩٥٦ ص ٣١٦ - ٣٣٩ . سعد محفور ، مقدمة القانون الدستورى . ١٩٥٤ :
ص ١٢٤ - ١٨٣ . وكتابنا أصول القانون ، فقرات ١٤٦ - ١٤٩ .

(٣) لا تنوز مشكلة رقابة دستورية القوانين لا حيث يكون الدستور جامدا ، أما حيث يكون
الدستور مرنا ، فنكون مخالفة القوانين أى التشريعات العاديه له مشروعة ، لأنها تعتبر بذلك
تعديلا لأحكامه وقواعده .

(٤) انظر خاصة :

Esmein, Elements de droit constitutionnel français et comparé, 8e éd.,
par Nèzard, t. I, 1927, pp. 644-648.

عن التطبيق ، بادعاء عدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه ، خروجاً من السلطة القضائية عن اختصاصها وتعدياً على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على تصرفاتها والتوصل الى اهدارها ، مما يجعل للسلطة القضائية هيمنة ورقابة على أعمال السلطة التشريعية وهو ما يتنافى مع انفصال السلطتين واستقلالهما . وهذا الاتجاه هو السائد في القضاء الفرنسى . خاصة رغم أن جانباً كبيراً من الفقه الفرنسى (١) ينتقده وينتصر لحق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين .

وتم اتجاه ثان يرمى الى تخويل المحاكم حق النظر فى دستورية القوانين (٢) بالتثبت من مطابقة التشريع العادى (القانون) لقواعد وأحكام التشريع الأساسى (الدستور) ، استناداً الى أن رقابة دستورية القوانين إنما هى من طبيعة عمل القضاء الذى يقوم على تطبيق القانون بمعناه العام أى مجموع القواعد القانونية السائدة فى الدولة . فالقضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون (بمعناه الخاص) على حد سواء . غير أنه حين يستحيل تطبيقهما معا لتعارض أحكامهما فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون ، اعمالاً لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى .

ومما يؤيد هذا الاتجاه الثانى أنه مجرد امتداد لما انعقد عليه الاجماع من حق المحاكم فى رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها ، فليس يفهم - مع هذا الاجماع - منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين . فهذان النوعان من الرقابة القضائية ليسا الا نتيجتين حتميتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع ، وليس من المنطق - بل يكون من التناقض - التسليم باحدى النتيجتين دون الأخرى ، فما ينسحب على التشريع الفرعى من تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته ، ينبغى أن ينسحب كذلك على التشريع العادى بتخويل المحاكم حق رقابة دستوريته . فضلاً عن أن تخويل المحاكم مثل هذا الحق يؤكد - على

(١) أنظر فى الإشارة الى هذا الفقه :

Laferrière, op. cit., pp. 321, 322.

(٢) أنظر خاصة :

Duguit, op. cit., t. III, No. 98, p. 718.

عكس ما يقوله معارضوه - مبدأ فصل السلطات ، لأنه يمنع السلطة التشريعية من أن تفرض على السلطة القضائية قانوناً تسنه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه ، مما يخل باستقلالها ويحد من اختصاصها في تطبيق القواعد القانونية التي على رأسها قواعد الدستور .

غير أن فهم مبدأ فصل السلطات على وجهه الصحيح يقتضي كذلك التحوط من أن ينقلب حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين إلى تدخل من جانب السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية بإلغاء ما تسنه من قوانين وخرق مبدأ فصل السلطات بالتالي ، إذ إلغاء القوانين كسنها من اختصاص السلطة التشريعية وحدها (١) . ومن هنا ينبغي أن يقتصر حق المحاكم - عند التثبت من عدم دستورية قانون من القوانين - على مجرد الامتناع عن تطبيقه دون الحكم بإلغائه ، مما يقتضي أن يكون الامتناع عن التطبيق قاصراً على الدعوى المعروضة وحدها ، لا ينصرف إلى غيرها من الدعاوى ولا يؤثر في الوجود القانوني لمثل هذا القانون (٢) .

(٢) رقابة دستورية القوانين في القانون الحديث : الاتجاه الغالب في القانون الحديث اليوم هو إعطاء المحاكم حق رقابة دستورية القوانين ، دون مساس بمبدأ فصل السلطات ، عن طريق الدفع . وفي مثل هذه الطريقة لا يتوجه أحد إلى القضاء ابتداء ومباشرة بدعوى يطلب فيها الحكم باعتبار قانون من القوانين غير دستوري لمخالفته أحكام الدستور ، وإنما يترى الفرد بدعوى يختصم فيها ، فيدفع هذه الدعوى بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه فيها . وأمام هذا الدفع ، تتصدى المحكمة للبحث في مدى مطابقة هذا القانون لأحكام الدستور . فإن تحققت من هذه المطابقة ، رفضت الدفع مؤكدة دستورية القانون ، ومضت في أداء واجبها من تطبيقه . وإن تثبتت من مخالفة القانون عن أمر الدستور ، قضت بعدم دستوريته ، ورتبت

(١) في هذا المعنى :

سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١٨١ و ١٨٢ .

(٢) في هذا المعنى :

Duguit, op. cit., III, No. 98, p. 719.

على ذلك نتيجته من الامتناع عن تطبيقه فى ذات الدعوى المنظورة امامه
والمطالب فيها بتطبيقه .

فالدفع بعدم دستورية قانون ما - باعتباره وسيلة دفاع سلبى بحث -
لا تعدو نتيجته اذن الغاية من ابدائه ، وهى مجرد استفادة الخصم صاحب
الدفع وتمكنه من حسم الاستجابة لما يطلبه خصمه من تطبيق قانون معين عليه .
ولذلك لا تتعرض المحكمة للقانون ذاته فتحكم بالغائه فى حال مخالفته
للدستور^(١) ، وانما تقتصر فحسب على مجرد تقبل الدفع بالامتناع عن اجابة
المدعى الى ما يطلبه من تطبيق القانون على خصمه . وهى بذلك تحترم فى آن
واحد سيادة الدستور بتقليبه على القانون المخالف له ، واستقلال السلطة
التشريعية بعدم الاعتداء على حقها الثابت فى الغاء القوانين .

ومن أهم الدول التى راجت فيها رقابة القضاء لدستورية القوانين عن
طريق الدفع : الولايات المتحدة الامريكية^(٢) والنرويج وكندا وايرلندا
والبرتغال واليونان وجنوب أفريقيا^(٣) .

غير أن ثم دولا أخرى قليلة أعطت القضاء حق رقابة دستورية القوانين
عن طريق الدعوى ، كالنمسا وإيطاليا وسويسرا ، وفى هذه الطريقة ، يباح
رفع دعاوى مباشرة بطلب الحكم بإبطال أو الغاء قانون معين صدر مخالفاً
للدستور . ونظراً لحطوطة هذه الطريقة ، فإن أغلب الدساتير التى أخذت بها
أنشأت محاكم دستورية خاصة جعلتها وحدها المختصة - دون المحاكم
العادية - بالنظر فى دستورية القوانين والغاء القوانين غير الدستورية .

(١) فيظل هذا القانون قائماً ، بحيث تستطيع محكمة أخرى - أو حتى نفس المحكمة التى
امتنعت عن تطبيقه فى قضية معينة - تطبيقه فى قضية أخرى ، طالما لا يوجد نظام السوابق
القضائية الملزمة .

(٢) راجع فى ذلك بخاصة :

أحمد كمال أبو المجد ، رقابة دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الامريكية . والاقليم
الشرقى . رسالة من القاهرة . ١٩٥٨ ، طبعة ١٩٦٠ .

(٣) Lafferrière, op. cit., p. 314.

وكذلك تقصر بعض هذه الدساتير حق الالتجاء الى هذه المحاكم - بدعوى
الالغاء - على هيئات عامة معينة ، فلا تجعله حقا مباحا للكافة (١) .

والواقع أن الطريقة الغالبة في تحقيق رقابة دستورية القوانين وهي
طريقة الدفع ، تفضل - بما تحترم من مبدأ فصل السلطات حيث تقتصر
الرقابة فيها على مجرد امتناع المحكمة عن تطبيق القانون غير الدستوري -
الطريقة التي تتبعها أقلية الدول وهي طريقة الدعوى ، إذ في هذه الطريقة
الثانية اهدار لمبدأ الفصل بين السلطات واعتداء على استقلال بعضها ،
بتمكين السلطة القضائية العادية أو المحاكم الخاصة من بسط سلطانها على
السلطة التشريعية والقضاء فيما تسنه من قوانين بالالغاء والابطال .

(٣) على رقابة دستورية القوانين في مصر : ينبغي تتبع هذه الرقابة
في مرحلة أولى قبل انشاء « المحكمة العليا » سنة ١٩٦٩ ، ثم في مرحلة ثانية
منذ انشاء هذه المحكمة ، ثم في مرحلة ثالثة منذ انشاء « المحكمة الدستورية العليا » سنة
١٩٧٩ .

١ - قبل انشاء المحكمة العليا : لم يكن الدستور المصري لسنة ١٩٢٣
يتضمن أى إشارة الى مشككة دستورية القوانين ، فلا هو منح السلطة
القضائية حق التثبت من موافقة ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين
لأحكام الدستور ، ولا هو منعه من ذلك . ومن هنا نجد أن القضاء
العادي قد تراوحت أحكامه - وهي قليلة نادرة في هذا الشأن - بين ادعاء
هذا الحق للمحاكم (٢) وبين انكاره عليها (٣) ، وان كان الاتجاه العام
المستخلص من هذه الأحكام هو امتناع القضاء العادي عن ادعاء حق رقابة
دستورية القوانين لنفسه ، رغم أن اجماع الفقهاء المصريين يكاد ينعقد على
اثبات هذا الحق له (٤) .

(١) وهو ما يجعل من هذه المحاكم حينئذ وسيلة لحسم المنازعات بين السلطات العامة أكثر
منها وسيلة لحماية حقوق الأفراد التي يكفلها الدستور (Lafferrière, op. cit., p. 300) .

(٢) مصر الأهلية أول مايو ١٩٤١ . المحاماة ص ٢٢ ، رقم ٢٤٨ ، ص ٧٢٥ .

(٣) انظر في الأحكام المتكررة لهذا الحق :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٥ وما بعدها .

(٤) انظر خاصة :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ - ٦٨٥ . - عبد الحميد متولى ، المرجع السابق .

ثم كان أن أنشئ مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، وأتيح لمحكمة القضاء الإداري أن يعرض عليها الأمر ، فاستقر قضاؤها على إتيان حقها في التصديق لبحث دستورية القوانين عند الدفع أمامها بعدم الدستورية ، بحيث تمتنع في القضية المنظورة أمامها والمطلوب فيها تطبيق قانون غير دستوري عن تطبيقه ولكن دون أن تعرض له في ذاته بإبطال أو إلغاء (١) .

وقد أيدنا من قبل هذا القضاء ورجونا أن يستقر حق المحاكم عموما في رقابة دستورية القوانين في مصر ، فتتحول المحاكم العادية عما تلزمه من حذر وتخوف لا يوجد ما يبررها . ورغم أن الخلاف لم ينقطع من بعد بصدر الدساتير المتعاقبة لسنة ١٩٥٦ و ١٩٥٨ و ١٩٦٤ ، لالتزامها ما كان يلتزمه

ص ٥٧٨ - ٥٦٨ . عثمان خليل ، النظام الدستوري المصري ، ١٩٤٦ ، ص ٨٨ وما بعدها . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ١٢٦ - ١٢٩ . - محمد علي امام ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٢١٧ ، و فقرة ٩٣ . عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرات ١٦٠ - ١٦٢ .

(١) انظر خاصة :

محكمة القضاء الإداري : ١٠ فبراير ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ، السنة الأولى ، ص ٢٨٤ . - ٣٠ يونيو ١٩٥٢ ، المحاماة ، سنة ٢٣ ، العدد الأول ، ص ٦٨ .
ومن حيثيات الحكم الأخير ما يأتي : « ومن حيث أن أصلا من الأصول الدستورية هو أن يطبق القضاء القانون فيما يعرض له من القضية . والقانون هنا هو كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها . ومن حيث أنه إذا تعذر على القضاء تطبيق هذه التشريعات جميعا لما لا يوجد بها من تعارض ، وجب عليه أن يطبق القانون الأعلى في المرتبة وأن يستبعد عن دائرة التطبيق القانون الأدنى إذا تعارض مع القانون الأعلى . . . ومن حيث أن تطبيق الدستور دون القوانين عند التعارض ليس معناه الحكم بإلغاء القانون ، فهذا ما لا تملك المحكمة إلا بنص صريح في الدستور . ولا تستطيع المحكمة من جهة أخرى أن تطبق القوانين عند تعارضه مع الدستور ، فهذا ما لا تملك الترخيص فيه إلا برخصة دستورية صريحة ، وكما لا تملك المحكمة عند سكوت الدستور هو أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستوري في القضية المعروضة عليها . وفضله في هذا مقصور على هذه القضية بالذات ، ودون أن تنقيد هي نفسها به في قضية أخرى تنظرها بعد ذلك . ومن حيث أن هذا النظر هو الاستفادة من مبدأ فصل السلطات مفهوما على وجه الصحيح : فالسلطات التشريعية والقضائية كل منهما مستقلة عن الأخرى وكلتا هاتين تخضع للدستور . فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بإلغاء قانون بأصل في دعوى أصيلة ترفع أمامها ، والا سيطر سلطتها على السلطة التشريعية . ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق تشريع يتعارض مع النصوص والمبادئ الدستورية فترغمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها وينقلب خضوعها للدستور خضوعا للسلطة التشريعية . وهذا وذاك يتعارضان بداهة مع مبدأ فصل السلطات . . . »

دستور ١٩٢٣ من صحت حيال مشكلة رقابة دستورية القوانين ، الا أننا أكدنا حق القضاء جميعا في مثل هذه الرقابة بالامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر مخالفا لأحكام الدستور ، مما يكفل في آن واحد احترام سيادة الدستور بوصفه التشريع الأعلى ، واحترام مبدأ فصل السلطات كذلك على السواء (١) .

٢ - منذ انشاء المحكمة العليا : بتاريخ ٣١ أغسطس ١٩٦٩ ، صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ (٢) منشئا ما أسماه « المحكمة العليا » . وقد منح هذا القانون لهذه المحكمة اختصاصات مختلفة متناثرة ، في طبيعتها اختصاص الفصل في دستورية القوانين (٣) . وبذلك انحاز المشرع المصرى متأخرا الى موقف الفقه شبه الاجماعى ومسلك مجلس الدولة في تقرير حق الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، معلنا هذا الحق صراحة بما يقطع كل خلاف حوله أو تشكيك فيه .

وقد اختص المشرع المحكمة العليا وحدها دون غيرها من المحاكم بحق الفصل في دستورية القوانين ، وذلك قدرا لخطورة هذه المسألة وتوحيدا للرأى فيها (٤) . وبذلك لم يعد للقضاء العادى ولا للقضاء الإدارى أى اختصاص بالفصل في مسألة الدستورية .

غير أن استئثار المحكمة العليا بحق الفصل في دستورية القانون لا يعطيها حق التصديق من تلقاء نفسها للفصل في دستورية القوانين ،

(١) كتابنا أصول القانون، ص ٣١١ و ٣١٢ - الطبعة الثالثة من هذا الكتاب، ١٩٦٩، ص ٢٤٨

(٢) استند المشرع في اصدار هذا القرار بقانون - كما جاء في ديباجته - الى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ بتفويض رئيس الجمهورية في اصدار قرارات لها قوة القانون (انظر في قانون التفويض المذكور ، سابقا ، متن وعامش « ٢ » ص ٢٣٩) .

(٣) وكذلك قرر دستور اتحاد الجمهوريات العربية مبدأ رقابة الدستورية ، اذ جعل في طليعة اختصاصات المحكمة الدستورية الاتحادية « الفصل في الطعون التى تقدم فى دستورية القوانين الاتحادية » (م ١/٤٨) .

(٤) انظر فى ذلك : المذكرة الإيضاحية لمشروع القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، النشرة التشريعية ، أغسطس ١٩٦٩ ، ص ٣٦١٥ و ٣٦١٦ .

ولا يعطى الهيئات أو الأفراد حق الالتجاء اليها مباشرة بدعوى أصلية مبتدأة يطلبون الحكم فيها بعدم دستورية قانون من القوانين . وإنما يشبت اختصاص المحكمة العليا بالفصل في دستورية قانون من القوانين إذا دفع ابتداء أمام إحدى المحاكم - في مناسبة دعوى مطروحة عليها - بعدم دستورية هذا القانون المطلوب تطبيقه فيها . فعلى المحكمة المنار أمامها الدفع تحديد ميعاد للخصوم « لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ، على أن يوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع » (م ١/٤ من قانون المحكمة العليا) .

وقد اقتصر النص في قانون المحكمة العليا على اختصاص هذه المحكمة بالفصل في « دستورية القوانين » (م ١/٤) ، مما أثار خلافاً حول مدى امتداده أو عدم امتداده إلى الفصل في دستورية اللوائح . ولكن المحكمة العليا انحازت في شأن هذا الخلاف لصالح شمولية اختصاصها برقابة الدستورية بحيث لا يقتصر على رقابة دستورية القوانين بل ينسب كذلك إلى رقابة دستورية اللوائح (١) . وهذا هو الرأي السليم (٢) .

٣ - منذ إنشاء المحكمة الدستورية العليا : حرص دستور ١٩٧١ على تقرير مبدأ إنشاء « محكمة دستورية عليا » تحل محل المحكمة العليا وتكون هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها (م ١٧٤) ، ويناط بها وحدها دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح (م ١/١٧٥) ، وعلى أن تشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة منها في الدعاوي الدستورية (م ١٧٨) . ولكن الدستور المذكور أحال على قانون يصدر من بعد بتفصيل تنظيم هذه المحكمة ، مبقياً للمحكمة العليا حق الاستمرار في ممارسة كافة اختصاصاتها إلى حين تشكيل المحكمة الدستورية العليا وفقاً للقانون المرتقب . وقد طال ارتقاب هذا القانون إلى أن أتيح له الصدور سنة ١٩٧٩ بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ (٣) .

(١) أنظر : الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، هامش (١) ص ٢٥٩ .

(٢) في هذا المعنى :

محسن خليل ، « قانون الدستوري والنظم السياسية » ، ١٩٨٧ ، ص ١٥٤ . ولكن قارن :

سمير تافور ، « النظرية العامة للقانون » ، ١٩٨٦ ، فقرة ١٠٧ و ١٠٨ وحكم النقض بتاريخ ١٩٧٢/١٢/٢١ الذي يشير إليه (ص ٣٥٨)

(٣) الجريدة الرسمية العدد ٣٦ في ٦ سبتمبر ١٩٧٩ .

وقد أعطى هذا القانون أربعة اختصاصات استثنائية للمحكمة الدستورية العليا تخص بها وحدها دون غيرها ، في طلباتها : الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، (م ١/٢٥) ، وهو ما يعني في هذا المقام . وقد حسم القانون بهذا النص الصريح الخلاف المتثار في ظل قانون المحكمة العليا في هذا الشأن (١) ، مؤكداً شمولية الاختصاص الاستثنائي للمحكمة الدستورية العليا في شأن رقابة الدستورية بما يتناول رقابة دستورية القوانين ورقابة دستورية اللوائح على السواء . وبذلك لم يعد لأية محكمة أخرى - غير المحكمة الدستورية العليا - اختصاص برقابة دستورية اللوائح (٢) .

حالات رقابة الدستورية : لا تثار مسألة رقابة دستورية القوانين واللوائح الا في حالات ثلاث ذكرها القانون على سبيل الحصر وهي :

(١) الدفع بعدم الدستورية : وليست هذه الحالة بجديدة ، فقد كان منصوصاً عليها من قبل في قانون المحكمة العليا ، ولكن النص الجديد عليها جاء بمزيد من الايضاح يقطع ما أثير من خلاف حول أثر الدفع في ظل قانون المحكمة العليا الملغى من حيث استلزام جديته أو عدم استلزام ذلك (٣) .

وتفترض هذه الحالة وجود دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، ويتقدم أحد الخصوم فيها بدفع بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون مطلوباً تطبيقه في الدعوى . ولا يكفي مجرد الدفع بذلك حتى تعتبر رقابة الدستورية مشرعة ، بل ينبغي أن تقلر المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن الدفع بعدم الدستورية دفع جدي يستحق النظر . فإذا قلرت عدم جديته ، رفضت الدفع ومضت في نظر الدعوى الأصلية . أما اذا قلرت جديته ، فإنها تؤجل نظر الدعوى ، وتحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا .

(١) أنظر سابها ، ص ٢٥٦ .

(٢) أما رقابة قانونية اللوائح في حال الادعاء بمخالفة احدي اللوائح نصا في القانون دون مخالفة نص في الدستور ، فلا تكون من اختصاص المحكمة الدستورية العليا (في هذا المعنى : مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين ، ١٩٨٥ ، قرة ٥٦٧ ص ٢٩٠) ، بل تكون من اختصاص المحاكم الأخرى في حدود ولاية كل منها : فملك محاكم القضاء الإداري عند التثبت من مخالفة القانون الحكم بإلغاء النص أو التصور المخالفة الولادة في اللائحة . وملك محاكم القضاء المدني الاحتجاج عن تطبيق النص أو التصور المخالفة الولادة في اللائحة (في هذا المعنى : سمير تايغر ، المرجع السابق ، قرة ١٠٨ مكر ، ص ٣٦٠) .

(٣) أنظر الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، طبع ١ ، ص ٢٥٦ .

فإذا لم ترفع الدعوى بذلك في الميعاد المحدد، اعتبر الدفع كأن لم يكن (م ٢٩/ب) ، وبذلك تسترد المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي حقها في الاستمرار في نظر الدعوى الأصلية دون التفات إلى الدفع المبذول بعدم الدستورية الذي فوت الخصم ميعاد رفع الدعوى به إلى المحكمة الدستورية العليا.

أما إذا تم رفع الدعوى بعدم الدستورية في الميعاد المحدد، فستمر الدعوى الأصلية موقوفة إلى أن تفصل المحكمة العليا في مدي دستورية القانون أو اللائحة. وبعد هذا الفصل ، تسترد المحكمة الأصلية أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي سلطتها في الاستمرار في نظر الدعوى الأصلية ، وذلك في ضوء ما قرره المحكمة الدستورية العليا من دستورية أو عدم دستورية النص أو النصوص المطعون بعدم دستورتها.

وتعتبر الدعوى بعدم الدستورية في هذه الحالة دعوى متميزة لا ترفع ابتداء ومباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا، وإنما بعد دفع بعدم الدستورية مدفوع به أمام المحكمة الأصلية وبناء على تقدير هذه المحكمة أن الدفع جدي ، فهي دعوى بدفع أو بناء على دفع (جدي) . ويترتب على ذلك أن فصل المحكمة الدستورية العليا في الدعوى بعدم الدستورية يكون في ذات الوقت فصلا في الدفع أمام المحكمة الأصلية.

(٢) **الاحالة مبادأة من محكمة الموضوع :** وهذه الحالة جديدة لم يكن منصوصا عليها من قبل في قانون المحكمة العليا . فإذا تراءى لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، أثناء نظر احدي الدعاوي ، علم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون لازما للفصل في النزاع، فإنها توقف الدعوى وتحيل الأوراق بدون رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية (م ٢٩/أ) . وتسد هذه الحالة نقضا قد يقوم اذا لزم في احدي الدعاوي تطبيق نص تعتقد محكمة الموضوع الأصلية بعدم دستوريته ولم يتبّه أحد الخصوم إلى تقديم دفع بعدم الدستورية (١) . ويستوى أن يكون النص المعتقد بعدم دستوريته وارادا في قانون أو في لائحة. ولكن ينبغي أن يكون لازما للفصل في النزاع، بحيث اذا لم يكن لازما لهذا الفصل فلا تملك محكمة الموضوع احالة المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا.

(١) في هذا الصدد ،

(٣) تصدي المحكمة الدستورية العليا لرقابة الدستورية: نص

قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه يجوز لهذه المحكمة أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يمرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويكون متصلا بالتزاع المطروح عليها ، وذلك بعد اتباع الاجراءات المقررة لتحضير الدعاوي الدستورية (م ٢٧) . وتفترض هذه الحالة عدم توافر احدى الحالتين المتقدمتين ، ولكن يتبين للمحكمة الدستورية العليا ، بمناسبة ممارسة اختصاص من اختصاصاتها ، وجود نص غير دستوري في قانون أو لائحة يكون متصلا بالتزاع الذي تفصل فيه ، فيعتمد تصدي مباشرة لهذا النص وتحكم بعدم دستورية . ولكن ليس لها هذا التصدي اذا كان النص المذكور غير متصل بالتزاع .

أحكام المحكمة الدستورية العليا . نص قانون المحكمة الدستورية العليا على

أن أحكام هذه المحكمة في رقابة الدستورية أحكام نهائية وغير قابلة للطعن (م ٤٨) ، وعلى أنها ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة (م ١/٤٩) بمعنى أن آثارها مطلقة لانسيية (١) ، فهي لا تقتصر على دعوى معينة ولا على خصوم معينين لأنها تقضي في مدى دستورية النص في ذاته بحيث يتقيد الجميع بقضائها في الحاضر وفي المستقبل على السواء . وبذلك بحسم الأمر مرة واحدة ويتحقق الاستقرار ، بحيث يتمتع على الجميع من بعد اثارة مسألة الدستورية بشأن نص سبق للمحكمة الدستورية العليا البت فيها . ولذلك أوجب القانون نشر أحكام هذه المحكمة في شأن رقابة الدستورية خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها (م ١/٤٩) .

وإذا رأت المحكمة الدستورية العليا أن النص المثار أمر دستوريته غير دستوري ، فإنها لا تملك الحكم بإلغائه (٢) ، وإنما تكفي بالحكم بعدم دستوريته . ويترتب على الحكم بعدم دستوريته عدم جواز تطبيق النص المذكور من اليوم التالي لنشر الحكم (م ٢/٤٩) .

ومقتضى ذلك في الأصل أنه يتمتع تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته على كل ما

(١) وهذا ما كان في ظل قانون المحكمة العليا رغم عدم النص فيه على ذلك (انظر الطبعة الخامسة من هذا

الكتاب ، ١٩٧٤ ، ص ٢٥٨)

(٢) في هذا المعنى :

محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ .

يمرض اعتبارا من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية ، ولكن دون المساس بما استقر
نهائيا من أوضاع ومراكز قانونية وفقا للنص المذكور قبل هذا التاريخ . وبذلك يتمتع على
المحكم تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته في أية دعوى ترفع في المستقبل ، بل وحتى في
الدعوى المرفوعة قبل ذلك التاريخ طالما لم يكن قد صدر فيها حكم نهائي بعد .

ومع ذلك ، يقرر قانون المحكمة الدستورية العليا أنه اذا كان النص المحكوم بعدم
دستوريته نصا جنائيا ، ففحص الأحكام السابقة التي صدرت بالادانة استنادا الى ذلك النص
كأن لم تكن (١) . ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبلغ النائب العام فور النطق به لاجراء
مقتضاه (م ٣/٤٩) .

٥ - التقنين

١٣٩ - التقنين وضرورته

لا يخرج التشريع دائما في صورة واحدة . فقد يخرج مجزءا لا يتناول
الا مسألة بعينها ، كقانون المحاماة وقانون النشر العقاري وقانون تنظيم
الجامعات . وقد يخرج مجمعا تجميعيا علميا منطقيا يضم في وثيقة رسمية
واحدة انواعا المتعلقة بفرع من فروع القانون .

ويطلق على عملية التجميع هذه اسم « التقنين » . وكذلك يطلق هذا
الاسم على الوثيقة الرسمية الجامعة نفسها التي تضم مجموعة النصوص
التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون . كالتقنين المدني ، وتقنين
العقوبات . والتقنين التجاري وهكذا . ومن الأفضل - منعا للخط - قصر
اصطلاح « التقنين » Le code على الوثيقة الرسمية الجامعة وحدها ، والتعبير
باصطلاح « عملية التقنين » La codification عن عملية التجميع الرسمي
نفسها .

وغنى عن البيان أن « التقنين » بالمعنى الاصطلاحي الدقيق انما هو
تجميع رسمي من جانب الدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع
القانون ، أو هو تشريع جامع لهذا الفرع صادر عن المشرع نفسه بهذا الشكل
الجامع . فلا يطلق هذا الاصطلاح على أي تجميع غير رسمي قد يقوم به بعض
الكتاب أو الفقهاء لبعض قواعد القانون المتفرقة ولو كانت تسمى نفس الفرع
(١) ويحذر ذلك لاعتناء من الأصل للقرار في حالة ما اذا كان الحكم بالاطاعة نهائيا . ولعل للمشرع لراه تشيه هذه
الحالة بمادة الرجعية المقررة للقوانين للجنة للحرمة (انظر لاحقا ، ص ٣٩٤) .

من فروع القانون ، اذ مثل هذا التجميع لا يبدو أن يكون مجرد عمل فقهي بحث ، لا يرتفع الى مرتبة التشريع الجامع أى الى مرتبة التقنين .

وعملية التقنين ضرورة يقتضيها تقدم المدنية ونشاط حركة التشريع نشاطا كبيرا لا يؤمن مع وفرته التعارض والتضارب بين نصوص التشريع المتناثرة ، فيحتاج الامر الى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون في وثيقة واحدة جامعة ، تحقق التناسق بين النصوص ، وترفع التعارض بينها . وتيسر المرجع اليها بما تحضر وتركز من مظان البحث . وقد أصبح التقنين اليوم في العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبليغه الجماعة من وحدة سياسية . بل لقد أصبح كذلك مظهرا للاستقلال الوطني تفتتح به الجماعات المتحررة حيايتها عقب التخلص من الاستعمار (١) .

١٤٠ - مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها

هوجمت فكرة التقنين على يد المذهب التاريخي كما سبق البيان . تخوف من أن يؤدي جمع أحكام القانون في تقنينات رسمية عدة الى جمود القانون وعوده عن مسايرة التطور في الجماعة . ولكن هذه المهاجمة تقوم على أساس فكرة خاطئة هي أن القانون يتكون آليا في ضمير الجماعة ، فقد أظهرنا من قبل ما في هذا الأساس من انكار لدور الإرادة الانسانية البصيرة الواعية في تكوين القانون (٢) . ونضيف الآن الى ذلك أن هذا التخوف لا يجد دائما ما يبرره . فليس صحيحا اطلاق القول بأن عملية التقنين أو التجميع تضي على نصوص التقنين من المهابة والقدسية ما يرد عن تعديلها وتغييرها بما يلائم تطور الحياة في الجماعة . ذلك أنه يبقى للمشرع دائما حق موالة التقنين بالمراجعة والتعديل (٣) كلما تخلفت نصوصه عن الوفاء بما يستجد من حاجات الجماعة . والثابت - كما دلت التجارب - أن المشرع لا يحجم عن السير في طريق المراجعة والتعديل ، كلما دعت الضرورة الى ذلك . فضلا عن أن الغالب

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 321.

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٦٦ .

(٣) انظر في كيفية تعديل التقنين .

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 323-327.

في التقنين هو الاقتصار على العام من المبادئ والكلليات ، دون الخوض في الخاص من التفاصيل والجزئيات ، فتمتبر نصوصه بذلك في يد القضاء أداة طيعة مرنة ، يتوصل - بما له من حرية في التفسير - الى ملاءمتها وتكييفها ، رغم بعد العهد بوضعها ، وفقاً لما يستجد من ظروف في الحياة العملية .

يضاف الى ذلك أن المآخذ على التقنين هي في جوهرها مآخذ على التشريع ، تنبع من فكرة واحدة هي فكرة انبعاث القانون من ضمير الجماعة انبعاثاً ذاتياً وتطوره بالتالي تطوراً آلياً ، مما يستتبع أن لا يكون حبيس نصوص مدونة ، بل يترك حراً طليقاً يجرى ويتطور به العرف . ولكن النابت أن العرف لم يعد يفي بمطالب الحياة الحديثة المتكاثرة المتعقدة ، وأن التشريع قد غدا اليوم ضرورة تواجه هذه المطالب ، وخاصة بعد ازدياد تدخل المير نتيجة انتشار المذهب الاجتماعي ، وما التقنين الا صورة من صور التشريع يزيد عليه فائدة بما يجمع من مبرر النصوص ، ويوافق بينها على أسس منطقي سليم ، وييسر الاحاطة بها والرجوع اليها .

وحتى قيل أن ظهور التقنينات الفرنسية في أوائل القرن الماضي قد ولد مذهب التزام النص ، الذي قام على أساس من تقديس النصوص تقديساً جر الى جمود القانون الفرنسي ، فالرد على ذلك سهل ميسور . ذلك أن هذا المذهب ، ان كان قد نبت في أعقاب صدور هذه التقنينات ، فلم يكن ذلك الا نتيجة تصور خاطئ لفكرة القانون من اعتباره وليد ارادة الدولة ومشيتها واعتبار التشريع بالتالي وسيلة الدولة الوحيدة واداتها في صنع القانون . وفرضه . فلم يكن ظهور التقنينات اذن هو سبب نشأة هذا المذهب ، وان كان ظهورها قد أعان على تثبيت هذا التصور الشكلي الخاطئ للقانون في الازهان ومكن لاشاعة تقديس ارادة الدولة ونصوص التشريع في النفوس . فالتقنينات الفرنسية كانت أول عمل تشريعي ضخيم تولته دولة في العصر الحديث ، مما مد في الحجة لأنصار فكرة عقد القانون بمشيئة الدولة ، وصور لهم أن مثل هذه التقنينات قد جمعت فاعمت وأحاطت بكل شيء . غير أن تقدم العمر بهذه التقنينات وما صاحبه من تطور كبير في المجتمع الفرنسي ، لم يلبث أن كشف عن خطأ النظرة الى هذه التقنينات باعتبارها شاملة وافية كاملة ، فضاعت بذلك أسطورة قدسيته ، وانكشف فساد مذهب التزام

النصر ، فى تفسيرها • فظهرت مذاهب أخرى تدعو الى حرية أكبر فى التفسير ، أدى رواجها الى دحض اتهام التقنين بالجمود بالقانون •

وأيا ما كان الأمر ، فقد بدد الواقع أوهام خصوم التشريع والتقنين ، فانتشر التشريع وراجت عملية التقنين ، ولم يستتبع ذلك لا قدسية التقنين ولا جمود القانون • فوجود تقنيات عدة لم يمنع المشرع المصرى أخيرا - حين دعت الحاجة - من إلغائها واستبدال غيرها بها • ووجود التقنيات الفرنسية منذ أكثر من قرن ونصف من الزمان لم يجمد بالقانون الفرنسى ، اذ لم يزل انقضاء الفرنسى يذلل من نصوصها - بما اختط لنفسه من حرية فى التفسير - حتى لم تعد اليوم متخلفة عن مواجهة الحاجات والظروف الحالية للمجتمع الفرنسى •

١٤١ - حركة التقنين فى العصر الحديث

إذا كانت حركة التقنين منتشرة ورائجة فى العصر الحديث ، فإن جذورها ممتدة فى الماضى فيما عرفه انرومان من تقنين بدائى كالألواح الاثنى عشر ، ثم فيما عرفوه فى القرن السادس الميلادى من تقنين أكثر احاطة وشمولا هو « مجموعة جوستينيان » • ولعل أول مظهر جدى علمى لحركة التقنين ، كان هو صدور التقنين المدنى الفرنسى المعروف بتقنين نابليون سنة ١٨٠٤م ، وما تلاه فى فرنسا من تقنينات أخرى خاصة بباقي فروع القانون • ثم ما لبثت حركة التقنين التى ابتدأتها فرنسا فى العصر الحديث أن عمت أكثر الدول (١) • وامتدت حتى الى ألمانيا مهد المذهب التاريخى عدو التقنين •

١٤٢ - حركة التقنين فى مصر

لم تعرف مصر حركة التقنين فى عهدها الحديث قبل الربع الأخير من القرن الماضى ، فرغم تبعيتها للدولة العثمانية حينئذ لم تطبق فيها « مجلة الأحكام العدلية » ، نظرا لما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعى

(١) انظر فى انتشار حركة التقنين فى العصر الحديث . وتعداد التقنينات المدنية خاصة فى

مختلف المول :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 371-376.

وفصاني . وكذلك فلئن كانت بعض أحكام الشريعة الإسلامية قد جمعت في مصر تجميعا علميا فيما أصدره قدرى باشا من مجموعات ثلاث هي : « كتاب الأحوال الشخصية » في قواعد الأحوال الشخصية ، و « مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان » في قواعد المعاملات المالية ، و « قانون العدل والانصاف » في قواعد الوقف . الا أن هذه المجموعات لا تعتبر تقنينات بالمعنى الاصطلاحي لأنها مجرد مجهود فردي ، فليست لها صفة رسمية أو تشريعية تجعل لها قوة الزام في العمل .

ثم عرفت مصر حركة التقنين بانشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ، اذ وضعت سنة تقنينات أخذت - مع خلاف يسير - عن التقنينات الفرنسية لتطبيقا هذه المحاكم . هي : التقنين المدني . وتقنين المرافعات . والتقنين التجاري . والتقنين البحري . وتقنين العقوبات . وتقنين تحقيق الجنايات . ثم أسست المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ ، فوضعت لها ستة تقنينات أخرى على غرار التقنينات المختلطة .

غير أن العمل لم يلبث أن أظهر نقص هذه التقنينات التي وضعت على عجل لمواجهة انشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وتخلفها عن ارضاء اتجاهات القانون الحديث . فلم يكن بد من مراجعتها مراجعة شاملة ، خاصة وقد ألغيت المحاكم المختلطة واستردت مصر سيادتها التشريعية والقضائية كاملة على الأجانب ، فاستبدل بالتقنين المدني وتقنين المرافعات المدنية تقنينان جديدان دخلا دور التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . واستبدل بتقنين تحقيق الجنايات ، تقنين جديد سمي تقنين « الاجراءات الجنائية » ، تصحيحا للتسمية الأولى ، وعمل به ابتداء من ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ . وتأخر الفراغ من مراجعة التقنين التجاري والتقنين البحري ، رغم أن الحاجة باتت ماسة الى مثل هذه المراجعة أمام ما أصاب التجارة والملاحة البحرية في هذا القرن من نمو وتطور كبير . أما تقنين العقوبات . فقد نصح تنقيحا شاملا مرتين : الأولى سنة ١٩٠٤ والثانية سنة ١٩٣٧ .

وقد أتيح للمشرع - استجابة للوعي الاجتماعي النامي - أن يصدر تقنينين هامين هما : تقنين العمل بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وتقنين التأمينات الاجتماعية بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ . وقد تمت مراجعة هذين التقنينين : فحل محل الأول تقنين جديد

للمعمل صدر به القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ ، وعُدل أكثر من مرة . وحل محل الثاني تقنين جديد للتأمين الاجتماعي صدر به القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وعُدل هو الآخر أكثر من مرة .

وأمام التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي الأخير في مصر ، استشر المشرع الحاجة الي وجوب اعادة النظر في التقنيات القائمة التي وضعت في ظل مبادئ ومفاهيم وقيم مختلفة ، فألف لجانا عديدة لاعداد مشروعات تقنيات جديدة تتفق والتطور الجديد ، وقد آتمت أغلب هذه اللجان ميمتها . ولكن لم ير النور بعد من المشروعات التي أعدتها هذه اللجان الا المشروع الخاص بتقنين المرافعات حيث صدر به القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . وانشروع الخاص بتقنين جديد للاثبات في المواد المدنية والتجارية حيث صدر به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وتم بعد انتظار طال أكثر من قرن اصدار تقنين التجارة البحري بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ الذي حل محل التقنين القديم الصادر سنة ١٨٨٣ .

الوجه الثاني

الدين

المصدر الاصل الخاص

١٤٣ - تمهيد وتقسيم

تكلمنا من قبل عن الدين باعتباراه مصدرا رسميا لقانون بوجه عام ، ورأينا تفاوت سلطانه - في هذا الاعتبار - بتفاوت الجماعات وتفاوت الزمان . ويعنينا الآن أن نعرض للدين باعتباراه مصدرا رسميا أصليا خاصا للقانون المصري . واعتبار الدين مصدرا رسميا خاصا في هذا القانون ، يميزه عن التشريع المعتبر فيه مصدرا رسميا أصليا عاما . فرغم ما يشتركان فيه من صفة المصدر الرسمي الاصلى بحيث يكون لكل منهما الولاية أصلا فيما يتعرض له من مسائل ، الا أن نطاق الولاية بتفاوت بينهما تفاوتا كبيرا : فولاية التشريع عامة تمتد في الاصل الى كل المسائل ، وأما ولاية الدين فخاصة لا تمتد الا الى مسائل معينة محدودة هي تلك التي تخرج استثناء من ولاية التشريع العامة . وبقتضى تحديد مركز الدين كمصدر رسمي أصلي

في القانون المصري التفرقة أولاً بين عهدين : العهد الذي سبق التقنينات المصرية الأولى إلى التقنينات المختلطة والأهلية في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، والعهد الذي تلا صدور هذه التقنينات . ثم يجب بعد ذلك انوقوف على أثر حركة التشريع الحديثة في مصر في تطبيق نطاق ولاية الدين كمصدر رسمي أصلي .

١٤٤ - مركز الدين قبل صدور التقنينات الأولى

كان النظام القانوني في مصر قبل صدور هذه التقنينات قائماً منذ الفتح الإسلامي على أساس ديني بحت . إذ كانت الشريعة الإسلامية هي الساندة باعتبارها المصدر الرسمي الأصلي للنظام . أي باعتبارها في الأصل الشريعة ذات الولاية العامة بالنسبة إلى كل المسائل وإلى كل الأشخاص دون نظر إلى اختلاف عقائدهم الدينية . وكان معترفاً للشرائع الدينية الأخرى - بمقتضى الامتيازات الطائفية التي منحت لغير المسلمين في الدولة العثمانية - وامتدت إلى مصر بالتالي - بولاية محدودة في شأن المسائل التي لها وحدها في بعض مسائل الأحوال الشخصية .

١٤٥ - مركز الدين بعد صدور التقنينات الأولى

غير أن هذه المرتبة الأولى للشريعة الإسلامية بين المصادر الرسمية لقانون مصر . لم تلبث أن تخلفت بإنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية وإصدار التقنينات المختلفة - مختلطة وأهلية - في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي . إذ قفز التشريع بذلك إلى الطليعة بين مصادر القانون المصري ، فأصبح هو المصدر الرسمي الأول أو المصدر الرسمي الأصلي للنظام . حالاً بذلك محل الشريعة الإسلامية التي كانت تحتل من قبل هذا المركز . ولم يبق للدين من ولاية - إلى جواره - إلا في شأن مسائل محدودة هي المسائل المتروكة التي أغفلت هذه التقنينات التعرض لها ، وهي مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية ، إذ ظلت هذه المسائل محكومة بالنظام السائد قبل صدور هذه التقنينات ، بحيث بقي المصدر الرسمي في شأنها هو الدين على تفاوت في ذلك بين الشرائع الدينية المختلفة ، بما يكفل للشريعة الإسلامية مركزها الممتاز القديم بالقياس إلى الشرائع الدينية الأخرى ، وذلك على النحو الذي نوجزه (١) فيما يلي :

(١) انظر لزيادة التفصيل كتابنا « أصول القانون » سالف الذكر ، ص ٣١٩ - ٣٢٦ .

(١) مسائل الوقف : يقصد بمسائل الوقف ، المنازعات والمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله في مرض الموت ، (م ١٦ / ١ من قانون نظام القضاء) . فقد ظلت هذه المسائل منذ صدور التقنينات المصرية الأولى - كما كانت قبل هذا الصدور - داخلية في نطاق ولاية الدين ومحكومة أصلاً بالشرعة الإسلامية وحدها ، سواء بالنسبة إلى الأجانب أو بالنسبة إلى المصريين على اختلاف عقائدهم الدينية . فالوقف نظام تأسس لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من ناحية ، ونظام لا يتصل بالعقيدة الدينية أو يحمل مظنة الإرغام فيها من ناحية أخرى .

(٢) مسائل الأحوال الشخصية : يمكن رد مسائل الأحوال الشخصية - وفق ما استقر عليه العمل في مصر ، وهو ما أبدته من بعد المادة ١٣ من ديون نظام القضاء - إلى مجموعات ثلاث كبرى :

(١) المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية .

(٢) المسائل المتعلقة بنظام الأسرة : كالحطبة ، والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة . والمهر والباينة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالأبوة وإنكارها ، وتصحيح النسب والتبني . والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار .

(٣) المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا .

وكما قلنا ، تركت التقنينات المصرية الأولى مسائل الأحوال الشخصية فلم تعرض لها بحكم أو تنظيم ، وبذلك ظلت هذه المسائل خاضعة - بعد صدور هذه التقنينات - للنظام الذي كانت خاضعة له قبل صدورها . أي للشرائع الدينية المختلفة السائدة في مصر ، ولكن مع مراعاة ما للشرعة الإسلامية بينها من مركز ممتاز ، ناشئ من أن ولاية هذه الشريعة كانت هي الأصل ، وأن الاعتراف للشرائع الدينية الأخرى بولاية في بعض مسائل الأحوال الشخصية وبالنسبة للخصوم التابعين لهذه الشرائع إنما تقرر كمجرد استثناء تمكيناً لحرية العقيدة عند غير المسلمين .

وبذلك ظلت الشريعة الإسلامية ، في مسائل الأحوال الشخصية ، هي الشريعة ذات الولاية العامة التي تحكم في الأصل هذه المسائل بالنسبة إلى المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين على السواء .

أما الشرائع الدينية غير الإسلامية ، فلا تتمتع في نطاق مسائل الأحوال الشخصية إلا بولاية مقيدة ومحدودة على سبيل الاستثناء . اذ هي قاصرة من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع على حد سواء .

(١) فمن حيث الأشخاص ، ترتب ولاية هذه الشرائع باتحاد الخصوم في الدين أو لسة . بحيث اذا افترق الخصوم غير المسلمين في الدين أو الملة . طلت الولاية في شأن مسائل أحوالهم الشخصية للشرعية الإسلامية باعتبارها الشرعية العامة في هذه المسائل .

(٢) ومن حيث الموضوع ، لا تكون ولاية الشرائع الدينية غير الإسلامية ملزمة إلا في مسائل الأحوال الشخصية التي قد يحمل اخضاعها لنظام دون آخر معنى الارغام في العقيدة (١) . وهي تكاد تنحصر في الزواج وما يتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق وتفريق . بحيث لا يحل للخصوم غير المسلمين المتحدى الدين أو الملة التراضى في شأنها على الاحتكام الى شرعية دينية غيرها ولو كانت هي الشرعية الإسلامية ذات الولاية العامة .

وأما المسائل التي لا تتصل بالعقيدة الدينية اتصالاً مباشراً ، فالأصل - أمام انتفاء حرج الارغام في العقيدة في شأنها - هو خضوعها بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين على السواء للشرعية الإسلامية وهي الشرعية ذات الولاية العامة ، بحيث لا تثبت للشرائع الدينية غير الإسلامية في شأنها ولاية من حيث المبدأ . ولذلك كانت مسائل الأهلية والولاية على المال خاضعة حتى بالنسبة لغير المسلمين لقواعد الشرعية الإسلامية منذ قديم (٢) .

ولكن استثناء من هذا الأصل ، أعطيت الشرائع الدينية غير الإسلامية امتيازاً بالولاية في شأن مسائل الوارث والوصايا ، رغم عدم اتصالها بالعقيدة الدينية اتصالاً مباشراً . غير أن ولايتها في ذلك لم تكن ولاية ملزمة . بل مجرد ولاية تحكيمية . ومعنى ذلك أن الشرعية الإسلامية طنت هي الشرعية الواجبة التطبيق في هذه المسائل حتى على غير المسلمين . ولكن زيادة في التسامح الديني أبيع لغير المسلمين بقيود معينة الاحتكام الى شرائعهم الدينية في شأنها ، فقيّد هذا الاحتكام ، فضلاً عن قيد اتحاد الملة

(١) نقض أول أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ج ٤ ، رقم ٣٧ ، ص ٧٤ .

(٢) راجع في ذلك ، وفيما كان موجوداً قبل صدور قانون المجالس العسبية لسنة ١٩٢٥ من امتياز قضائي لثلاث من المجالس الملّية غير الإسلامية بالنظر في مسائل الوصاية والقروعة =

بين المحصوم وهو الشرط لعدم لولاية الشرائع الدينية غير الإسلامية ، بقيد آخر هو وجوب صدور التراضى على الاحتكام ممن يعتبرون ورثة في نظر الشريعة الإسلامية . وقد أكدت محكمة النقض حدود الولاية التحكيمية للشرائع الدينية غير الإسلامية في مسائل الموارث والوصايا على هذا النحو^(١) ، وقنن المشرع المصرى هذا القضاء من بعد بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤^(٢) .

١٤٦ - أثر نشاط حركة التشريع الحديثة في مركز الدين

إذا كان هذا هو مركز الدين عقب صدور التقنينات المصرية الأولى في أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ، فإن حركة التشريع لم تلبث أن نشطت فى القرن الحالى نشاطا كبيرا فى المسائل المتروكة أصلا لولاية الدين ، مما كان له أثره فى تضيق مدى هذه الولاية الى حد بعيد .

فصدر قانون « المجالس الحسينية » فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، مقننا القواعد القانونية المتعلقة بالأهلية والولاية على المال بين المصريين جميعا دون نظر الى اختلاف دياناتهم . وقد حل محله من بعد القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسينية ، الذى لم يلبث أن استبدل به - فيما يتعلق بأحكامه الموضوعية - القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وهو القانون المطبق حاليا . وصدر كذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بوضع قواعد جزئية متعلقة ببعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين . وهى مسائل المهر والنسب والحضانة والنفقة

= وحدها دون سائر مسائل الأهلية والولاية على المال :
توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين . النسخة - سنة ١٩٦٤ . فقرة ٢٣ ، ص ٨٥ - ٩٥ .

(١) نقض أول أبريل ١٩٤٣ ، المشار اليه فى هامش «١» ص ٢٦٧ .

(٢) راجع مع ذلك فيما يراه بعض الفقهاء من إلغاء هذا القانون وما يقرره من ولاية تحكيمية للشرائع غير الإسلامية فى مسائل الموارث والوصايا بمقتضى المادتين ١٨٧٥ و ٩١٥ من التقنين المدنى الحالى ، وفى مناقشة هذا الرأى ورفضه :

كتابنا أصول القانون سالت الذكر ، هامش «١» ص ٣٢٨ و ٣٢٩ - توفيق فرج . المرجع السابق . فقرة ١٨ ، ص ٦٨ - ٧٠ .

والطلاق والتطليق (وقد تم أخيراً تعديل بعض هذه القواعد بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) . ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الواريث ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف (١) . والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية . وبصدور كل ما تقدم من قوانين ، أصبح المصدّر الرسمي الأصلي اليوم لما تتضمنه هذه القوانين من أحكام هو التشريع لا الدين . ولكن تبقى الشريعة الإسلامية التي استقيت منها تلك القوانين مصدراً تاريخياً أو حادياً لإحكامها .

فهذه التشريعات اذق فبنت من مدى ولاية الدين كمصدر رسمي أصلي حاض للقانون المصري إلى حد بعيد . ولكنها لم تعدم هذه الولاية إطلاقاً . فما زال مدين مركزه كمصدر رسمي أصلي في كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من النطاق المروك أصلاً للدين ، على النحو الذي سبق بيانه من اعتبار ولاية الشريعة الإسلامية - في هذا النطاق - ولاية عامة (٢) . وولاية الشرائع الدينية الأخرى مجرد ولاية استثنائية محدودة .

ولم يتغير هذا الوضع بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليّة أخيراً . فإن المحاكم العادية اليوم - رغم توليها الفصل فيما كان يدخل في اختصاص تلك المحاكم والمجالس الملغاة من مسائل بالنسبة إلى اجمع على اختلاف الدين - ما تزال تقضى ، تبعاً لاختلاف عقائد الخصوم ، بالشريعة الإسلامية والشرائع الدينية الأخرى كل منها في حدود ولايته .

(١) برامي أن نطاق الوقف قد ضاق في مصر بصدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي ألغى الوقف على غير الخيرات ، وهو المعروف باسم « الوقف الأهلي » ، فلم يبق قائماً إلا الوقف الخيري وحده ، وفي شأنه تدخل المشرع بما يكفل التوفيق من مساويء أدلته للزمنة ومن جمود نظامه (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٦٦ ، ص ٩٩٨ ، ٩٩٩) .

(٢) ولعلك حرص المشرع المصري ، في صدد بعض مسائل الأحوال الشخصية المنظمة تشريعات . على إحالة إلى الشريعة الإسلامية إلى جوار النصوص الشرعية المقررة (م ١/٨٧) متى تم شأن الواريث . وم ٩١٥ مدني في شأن الوصية) ، وكذلك ليهت المذكرة التفسيرية لدون الوقف في . أن هذا القانون ليس شاملاً لكل أحكام الوقف . وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع إلى المراجع من مذهب الإمام أبي حنيفة ، راجع في ذلك : كتابنا سالف الذكر . ص ٣٢٨ و ٣٢٩) .

المطلب الثاني

المصادر الرسمية الاحتياطية

١٤٧ - الحاجة الى المصادر الرسمية الاحتياطية

رأينا أن المصادر الرسمية الأصلية للقانون المصرى هى التشريع بوصفه مصدرا عاما يشمل اختصاصه فى الأصل كل المسائل عموما . والدين بوصفه مصدرا خاصا ينحصر اختصاصه فى نطاق محدود . ففينا عدا هذا النطاق المحدود الذى تكون الولاية فيه للمدين على ما سبق من تفصيل . تثبت الولاية للتشريع أصلا . غير أن التشريع لا يمكن أن يتوافر له من كمال الاحاطة ما يواجه كل ما قد يوجد أو يستجد فى الحياة العملية من روابط وعلاقات وأوضاع . فالنقص فيه فطرى ينبغى التماس سده عند غيره من المصادر الرسمية . ولذلك توجد المصادر الرسمية الاحتياطية لكى تواجه الفراغ الذى قد يخلفه هذا المصدر الأصل العام وهو التشريع .

والعرف فى القانون المصرى - كما هو الشأن عادة فى أغلب القوانين الحديثة - هو المصدر الرسمى الاحتياطى الذى يلى التشريع فى المرتبة ، فيسد ما قد يوجد فيه من نقص . غير أن القانون المصرى قد أفسح المجال - منذ نفاذ التقنين المدنى الحالى سنة ١٩٤٩ - لمصدر رسمى احتياطى ثان يلى العرف فى المرتبة هو « مبادئ الشريعة الاسلامية » .

ولذلك نقسم هذا المطلب الى وجهين :

الوجه الأول - فى العرف .

الوجه الثانى - فى مبادئ الشريعة الاسلامية .

الوجه الأول

العرف (١)

١٤٨ - تمهيد

العرف هو اضرار العقيدة على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتماد في الزام هذه السنة كقاعدة قانونية . أو هو تواتر العمل بقاعدة معينة تواترا تمليه العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة . وقد يفصح باصطلاح « العرف » . فضلا عن ذلك . الدلالة على القاعدة أو السنة التي تحمل العقيدة في الزامها على اضرار اتباعها في العمل .

وقد سبق أن أشرنا إلى أن العرف كان من ناحية الوجود التاريخي أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية . ومرد ذلك إلى أنه يتكون آليا مما تمليه ضرورات العمل بمعزل عن تدخل السلطة الحاكمة في الجماعة . فهو مصدر رسمي فطري وضروري يعطي القاعدة القانونية قوة ملزمة في العمل . خاصة حيث الحياة بدائية . والحفاظة على التقاليد شديدة والسننطة في الجماعة ضعيفة أو غير متركزة في يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الأمر بالقواعد القانونية والجبر على طاعتها .

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I. Nos. 109 - 139, pp. 317 - 446. — Lebrun, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, thèse. Caen, 1932. — Koschimbahr-Lyskowski, *Le code civil et la coutume, Révision de la notion de coutume, Etudes de droit civil à la mémoire de Hensi capitant*, pp. 403 - 415. — Spach, *Recherches sur la problématique du droit coutumier, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, pp. 277 - 301. — Waline, *L'individualisme et le droit*, 1949, pp. 249 - 308.

Allen, *Law in the making*, pp. 62 - 150. — Fray, *The nature and sources of the law*, pp. 282 - 301.

أحمد حشمت أبو سبوت ، أبحاث في أصول القوانين ، العرف كمصدر من مصادر القانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ص ٦٢٣ - ٦٤٦ .

فاذا تقدمت الحديثة وتعقدت الحاجات في الجماعة ، لم يكن بد للعرف من النزول للتشريع عن مكانه كمصدر أصيل للالتزام بالقواعد القانونية ، وان يقي - الى جانب التشريع - مصدرا تكميليا يلزم بالقواعد القانونية حين يتبدى نقص نصوص التشريع .

ذلك هو دور العرف اليوم في أغلب الدول الحديثة . وليس ينفي ذلك أن العرف ما زال في بعض الدول كإنجلترا ، محتفظا بمكانه كمصدر أصيل للقانون ، وان يكن يختلط فيها بأحكام القضاء حيث السوابق القضائية ملزمة ، مما يطويه تحت راية القضاء ويجعل الالتزام به على أساس اطراد المحاكم على الحكم بفواعده ، أى يجعل القضاء هو المصدر الرسمي للقانون . وان يكن القضاء هناك - نظرا لما للسوابق القضائية من الزام - يكاد يرد بدوره الى نوع من العرف هو العرف القضائي .

وينبغي - تبسط القول في العرف - الوقوف على أركانه ، والكشف عن أساس قوته الملزمة ، والاحاطة بمكانه بين المصادر الرسمية للقانون وبخاصة القانون المصري ، وبنصيبه المتفاوت في فروع القانون المختلفة .

١ - أركان العرف

قلنا ان العرف هو اطراد التقليد على اربع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في الزام هذه السنة كقاعدة قانونية يجب التزامها واحترامها .

ومن هذا التعريف يتضح أن العرف يقوم على ركنين أساسيين :

(١) ركن مادي ، يتلخص في اطراد العمل بسنة أو قاعدة معينة .

(٢) ركن معنوي ، يتلخص في توافر الاعتقاد في الزام هذه السنة وضرورة اتباعها (١) .

(١) Gray, op cit., t. No. 110, p. 320.

(. ١٨ - المدخل الى القانون)

١٤٩ - الركن المادى - أطراد العمل بسنة معينة

يقصد بهذا الركن المادى الدلالة على أن العرف انما يتكون أولا من العمل بسنة معينة ، وأطراد العمل بهذه السنة وتواتره .

وهذه السنة تنشأ فى الجماعة بمعزل عن توجيه السلطة الحاكمة فيها أو أمرها وتولدها الحاجة اليها فى العمل ، فتنشأ فى العمل نشوءا ذاتيا أو شبه ذاتي ، لا يفتعله أو يفرضه احد كما تفرض التشريع سلطة عامة مختصة مثلا . فاتباع الأفراد سنة معينة بأطراد انما يكون محض اتباع ذاتي يندفعون اليه اما بدافع الاحساس بضرورة هذه السنة ، واما بدافع الاستحسان لها ، واما بدافع التقليد لغيرهم فى اتباعها .

فالعرف اذن انما يوجد ويولد فى الجماعة مباشرة ويتكون أول الامر من حل معين يطبق فى نزاع معين ، ثم يتبع هذا الحل كلما عرض نفس النزاع . حتى تستخلص من ذلك سنة متبعة بأطراد فى هذا الصدد .

فينبغي اذن أن يتكرر العمل بهذه السنة تكرارا يتضمن معنى الثبات والاستقرار على اتباع مضمونها ، وينبغي أن تكون هذه السنة عامة يسود اتباعها بين الأفراد لا بمعنى أن تكون شاملة تعنى الجماعة كلها ولكن بمعنى أن تكون عامة فى المكان الذى تتبع فيه بأطراد ، وان تكون عامة بالنسبة للأشخاص الذين تتوجه اليهم ، أى أن توجه اليهم بصفاتهم لا بذواتهم . فلا يطمئن فى عموم السنة اذن كونها محلية أى قاصرة على جزء معين من اقليم الجماعة ، ولا كونها مهنية أو طائفية أى قاصرة على مهنة أو طائفة معينة ، كما هى الحال فى العرف التجارى والعرف الزراعى .

وينبغي فضلا عن ذلك أن تكون هذه السنة قد صارت قديمة (١) بمعنى أن يكون قد مضى على أطراد العمل بها زمن كاف يؤكد تكرارها وعموميا على

(١) ومع ذلك ، أنظر فيما يراه بعض الفقهاء من عموم اشتراط القدم لنشوء العرف الدستورى خاصة :

عبد الحميد متولى : الفصل فى القانون الدستورى ، الجزء الأول ١٩٥٢ ص ١٦٥ -

أشياء . وتحديد هذا الزمن أمر تقديرى بحيث يتوقف على ظروف عدة ،
ولذلك فهو يختلف باختلاف القواعد العرفية وتفاوت موضوعها .

ويرى بعض الفقهاء (١) أن العرف ينبى أن يكون موافقا للنظام العام
والآداب فى الجماعة . وعندنا أن مثل هذا الشرط لا يصدق الا فى حق العرف
المحل والعرف المهنى أو الطائفى (٢) ، حيث قد يتصادم مثل هذا العرف مع
ما يستقر فى الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والآداب . أما العرف
الشامل ، فلا يتأتى القول باشتراط موافقته للنظام العام والآداب فى
الجماعة (٣) ، لأنه هو نفسه - باعتباره متكونا فى الجماعة كلها - يسهم الى
حد كبير فى تحديد مضمون النظام العام والآداب فيها .

وأيا ما كان الأمر ، فالعرف بما يتطلب من قدم وتكرار ينتهى الى أن
يكون مصدرا بطيئا من مصادر الانتاج القانونى ، وهو بذلك لا يملك
الاستجابة السريعة لحاجات الجماعات الحديثة المتجددة المتغيرة ، ومن هنا يبدو
تفوق التشريع عليه من هذه الناحية .

والعرف - باعتباره سنة متبعة فى العمل باطراد - لا يبدو أن يكون
مجرد معنى يستخلص مما هو واقع فى العمل من التواتر على سير أو سلوك

(١) عبد الرزاق السنهورى وحسنت أبو سبت . فقرة ٧٣ - سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢
- عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١١٧ - محمد على املم ، فقرة ١١٥ .

(٢) وقد عرض على محكمة النقض المصرية أمر التثبيت من موافقة العرف الكنسى الخاص
بنظام الرهبنة - وهو عرف طائفى - للنظام العام ، فقضت بأن « الرهبنة نظام متبع لدى بعض
الطوائف المسيحية فى مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية » - وأن من قواعدها الرهبنة -
أن الأموال التى تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح للكا للبيعة ، اذ الراهب
يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال كى يشقف ويربى تربية دينية على حساب الدير واضيا
بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئا ، بل يكون ملكا للكنيسة ،
وهذا التراضى الذى جرى العرف الكنسى باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادئ النظام العام ، و
أحكام القانون فى شيء ما » . (نقض ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ١٥٥ ،
ص ٤٣٩ وما بعدها) . وأنظر كذلك فى نفس المعنى : نقض ٣١ مايو ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام
النقض ، س ١٧ ، ع ٣ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١ .

(٣) الا أن تكون القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب مقررة بخصوص تشريعية أمرة ،
وحيث لا تجوز مخالفتها بعرف شامل . لأن العرف أدنى من التشريع فى المرتبة كما سنرى .

معين ، ولهذا كثيرا ما يعوزه الوضوح والتحديد وان يكن ذلك يزيد في مرونته . وهو يفترق ، في هذه الناحية ، عن التشريع الذى تقوم سلطة عامة مختصة بسنه وافراغ معناه فى لفظ يحدده فيعطيه الوضوح والثبات ونهر قد يقيمه فيجمد به عن مسايرة التطور .

١٥٠ - الركن المعنوى - العقيدة فى الزام السنة المتبعة

لا يكفى - لتكون القاعدة العرفية - وجودها المادى كسنة يطرد اتباعها فى العمل بل ينبغى لها فضلا عن ذلك وجود معنوى أو نفسى ينحصر فى قيام عقيدة - فى نفس من يتبعون هذه السنة باطراد - بالزام هذه السنة ووجوب احترامها كما تحترم القواعد القانونية (١) . وبغير هذا الوجود المعنوى أو النفسى لا يوجد العرف ، وانما يظل مجرد سنة غير ملزمة ، يملك الأفراد - حتى ولو كانوا يجرون على اتباعها فى العمل باطراد - حق مخالفتها كما يشاؤون .

وتوافر هذا الركن هو الذى يسمح بالقول بنشوء عرف ، وبتميز العرف بالتالى عما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالعادة الاتفاقية بخاصة على النحو الذى نبينه فيما يلى .

١٥١ - التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية

يتميز العرف أساسا بما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة من الاعتقاد فى الزامه نفس الزام القواعد القانونية أى من الاعتقاد فى وجود جزاء أو اجبار عام أو جماعى يكفل احترامه . وعلى هذا النحو يتميز العرف (La coutume) عن مجرد العادة (L'usage) ، اذ يجتمع للعرف الوجود المادى والمعنوى على السواء أى اطراد السنة والعقيدة فى الزامها معا . ولا يجتمع للعادة الا الوجود المادى وحده دون الوجود المعنوى ، فتكون مجرد سنة تنقصها عقيدة

Gény, op. cit., No. 110, pp. 320, No. 119, pp. 361-364. — Lebrun, (١)
thèse précitée, Nos. 220-224.

وقيام عقيدة الزام عند الأفراد ، لا يعنى أن الأفراد يظهرون بذلك ارادتهم فى انشاء قاعدة قانونية ، فالعرف ليس تصرفا اراديا . (أنظر : Lebrun, Thèse précitée, No. 223)

الالتزام وإن كانت مطردة في العمل ، أى تكون مجرد سنة مطردة يتبعها الأفراد في العمل اتباعا لا يقوم على عقيدة الزامية فى ضرورة مراعاتها أو احترامها وإنما هو محض اتباع اختياري من جانبهم .

ومن هنا فلا تسرى العادة فى حق الأفراد سريان العرف فى حقهم ، فالعرف وهو قاعدة قانونية ، يلزم الأفراد بذاته دون توقف على رادتهم . أما العادة - وهى مجرد واقعة مادية أى مجرد سنة تتبع عادة فى العمل دون أن تسند لها عقيدة فى إلزامها - فلا تكون لها قدرة على إلزام أى فرد كان ، إلا أن يريد الفرد الالتزام بها ، وتظهر إرادته هذه صراحة أو ضمنا . وحينئذ لا يكون إلزام العادة إلزاما ناشئا عن وجودها كقاعدة قانونية لها قوة ملزمة ، وإنما هو إلزام ناشئ من التزام بعض الأفراد بها وقبولهم اتباعها بمحض إرادتهم واتفاقهم . أى أن العادة لا يمكن إلزامها فى قوتها الذاتية ككل قاعدة قانونية ، وإنما يستمد هذا الإلزام من إرادة المتعاقدين واتفاقهم . لذلك جرى الاصطلاح على وصف العادة بما يفيد ذلك وتسميتها بالتالى باسم « العادة الاتفاقية » ، *L'usage conventionnel* .

ومن أمثلة العادة ما يطرد عليه العمل فى بعض المدن من أن المستأجر هو الذى يتكفل بضمن استهلاك المياه ، وما يطرد عليه العمل على عكس ذلك فى مدن أخرى من أن المؤجر هو الذى يتكفل بهذا الثمن^(١) . وكذلك ما تجرى به العادة ، فى بيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرين بحسب المناطق والجهات . وكذلك ما تجرى به العادة من توزيع الأرباح بين الشركاء بنسبة الثلثين للشريك الذى قدم رأس المال ونسبة الثلث للشريك الذى قدم العمل .

(١) ولا يمنع وجود نص - كنص المادة ٢/٥٦٧ من التقنين المدنى المصرى - بشأن من يتحمل بهذا الثمن من المتعاقدين ، من أعمال العادة ولو كانت مخالفة للنص . طالما أنه نص مكمّل لا آمر ، وطالما يثبت انصراف إرادة المتعاقدين - ولو انصرافا ضمنيا مستخلصا من الظروف - إلى الأخذ بالعادة (انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «أ» ص ٣٢٨ ، وقانون : عيد الفتح - عيد الباقى ، هامش «أ» ص ١٥٩ - وأنظر بوجه عام فى فترة المادتين الاتفاقية - نتيجة انصراف الإرادة إلى الأخذ بها - على مخالفة القواعد القانونية المقررة أو المكملة بما يمنع من تطبيقها :
Gény, op. cit., t. I, No. 132, p. 426.

فينبغي للأخذ بحكم العادة اذن انصراف ارادة المتعاقدين الى التقييد والالتزام بها انصرافا صريحا - أو كما هو الغالب - انصرافا ضمنيا يستخلص من مختلف ظروف التعاقد كمكان العقد وزمانه والغرض من التعاقد ومركز المتعاقدين ومعاملاتهما السابقة (١) . فاذا لم تنصرف ارادة المتعاقدين صراحة ولا ضمنا الى الالتزام بالعادة ، فلا الزام لها عليهما . وعلى هذا النحو تفرق العادة الاتفاقية عن القاعدة القانونية المكمل (٢) ، فتكون العادة ملزمة باتجاه ارادة المتعاقدين الى اتباعها والالتزام بحكمها ، وتكون القاعدة القانونية المكمل ملزمة - على العكس من ذلك - بانصراف ارادة المتعاقدين عن مخالفتها (٣) .

وإذا كانت القواعد العرفية - ككل القواعد القانونية - اما قواعد أمرة (٤) واما قواعد مكمل ، فقد تدق التفرقة بين العادة الاتفاقية وبين القاعدة العرفية المكمل . ولكن فضلا عما يفرق بينهما من توافر عقيدة الالتزام في الثانية دون الأولى ، فان التمييز بينهما يظل قائما على الأساس الذي أقمنا عليه التفرقة بين العادة وبين القاعدة القانونية المكمل بوجه عام ، فبينما لا تلزم العادة الاتفاقية الا بانصراف ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها ، اذ بالعرف المكمل - على النقيض من ذلك - يلزم اذا لم يتفق المتعاقدان على خلافه .

ويراعى أن المشرع كثيرا ما يحيل على العادات الاتفاقية ، وان كان يترخص في تسميتها غالبا باسم العرف . وحيث تستمد العادة الاتفاقية

(١) Gény, op. cit., No. 131, p. 424.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٨ - عبد الفتاح عبد الباقي . فقرة ١٢٥ ، ص ١٦١ .

(٢) أنظر عكس ذلك :

Marty et Raynaud, Droit civil, t. I, 1966, No. 114 p. 191.

(٣) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., No. 131, p. 423.

(٤) من أمثلة القواعد العرفية الأمرة ما كان موجودا في مصر من قبل من قواعد عرفية مشبته للأجانب التمتع ببعض الحقوق والامتيازات ، وما يوجد من عرف في بعض الدول بنسبة الزوجة بلقب زوجها .

الزاهما من نص المشرع لا من انصراف ارادة المتعاقدين الى الاخذ بها(١) .

ومهما يكن من أمر التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية ، فالثابت أن العادة تنتهى فى كثير من الأحيان الى أن تصير عرفا حينما تحل ارادة جماعية مشتركة محل الارادات الفردية فى اعتقاد ضرورة التقيد بها ، أى حينما ينفصل الالتزام الذى يصاحب العادة عن ارادة المتعاقدين ليصبح الزاما عاما يقوم على عقيدة عامة فى وجوب احترام السنة التى تجرى بها العادة ووجوب كفالة هذا الاحترام بقوة الجماعة أو الدولة ، فتصبح العادة بذلك قاعدة قانونية عرفية ملزمة بذاتها(٢) .

١٥٢ - آثار التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية

إذا كانت التفرقة واجبة بين العرف وبين العادة الاتفاقية على النحو السابق ، من كون العرف ينشئ قاعدة قانونية بينما العادة تعتبر مجرد واقعة مادية يأتينا الالتزام من ارادة المتعاقدين وقصدهما الالتزام بها ، فانه تنبنى على هذه التفرقة نتائج بعيدة المدى نذكر أهمها فيما يلى :

(١) من حيث افتراض أو عدم افتراض العلم بالمضمون : لما كان العرف ينشئ قواعد قانونية وكان المبدأ هو افتراض العلم بالقانون ، فيفترض بالتالى علم المخاطبين بالعرف بأحكامه ، بحيث لا يقبل من أحدهم - كمبدأ عام - الاعتذار بجهل هذه الأحكام . أما العادة الاتفاقية ، وهى مجرد واقعة مادية لا تستمد قوتها الملزمة الا من ارادة المتعاقدين ، فلا يفترض العلم بها ، بل يلزم - لامكان تطبيقها - أن يكون المتعاقدان على علم بها وبينه منها ، بحيث لا تطبق اذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجودها ، اذ فى هذه الحالة

(١) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، فقرة ١٤٦ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٨ - محمد على أمام ، فقرة ١٢٠ .

وانظر عكس ذلك :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٨ .

(٢) Gény, op. cit., No. 183, pp. 430, 431.

لا يمكن أن تكون إرادتهما قد انصرفت الى التقيد بأحكامها (١) .

(٢) من حيث سلطة القاضى فى التطبيق : يكون القاضى - باعتبارهم - مكلفا بتطبيق القانون - ملزما من تلقاء نفسه بتطبيق العرف بوصفه منشئا لقواعد قانونية فى الدعاوى المرفوعة أمامه ، حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك أو يتمسكوا به . بينما ينبغى التمسك بالعادة الاتفاقية من قبل الخصوم لامكان تطبيق القاضى لها فى حقهم ، اذ هى فى مقام الشرط الصريح أو الضمنى فى العقد .

(٣) من حيث الاثبات : اذا كان من الواجب التمسك بالعادة الاتفاقية - لامكان تطبيق القاضى لها كما رأينا ، فيقع على من يتمسك بها من الخصوم واجب اثباتها (٢) ، فيثبت وجودها المادى كسنة مطردة فى العمل ثم يثبت انصراف ارادة المتعاقدين الى التقيد بأحكامها (٣) . أما العرف فعلى العكس من ذلك ، لا يقع اثباته على الخصم الذى يطلب تطبيقه ، لأنه قاعدة قانونية لا يرتهن تطبيقها بتمسك الخصوم بها ، والمفروض فى القاضى العلم بالقواعد القانونية. فلا يملك تكليف أحد منهم بإعلامه بها أو اثباتها له .

ورغم ذلك ، فلتن كان العرف كالتشريع يعتبر قاعدة قانونية ، الا أنه ينبغى التسليم بأن معرفة التشريع أيسر على القاضى من معرفة العرف ، اذ التشريع نصوص مدونة فى وثائق معلومة ومنشورة ، بينما العرف لا يعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما يجرى عليه العمل فى الجماعة كسنة ملزمة ، مما يتعذر معه التفسير على القاضى بالزامه الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة ، خاصة وهو غالباً عرف محلى أو طائفى يختلف باختلاف الجهات واختلاف الطوائف . من أجل ذلك يكون للقاضى أن يتوسل بكل الطرق

(١) Gény, op. cit., No. 132, p. 425.

(٢) Gény, ibid.

(٣) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، فقرة ١٥٣ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦٢ .

وقارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج ٢ ، الاثبات ، آثار الالتزام -

١٩٥٦ ، فقرة ٣٨ .

«الموصلة الى الوقوف على العرف : فله أن يكلف الخصم الذى يدعى وجود قاعدة عرفية ويطلب بتطبيقها فى موضوع النزاع ، القيام باثبات وجودها وتحديد مضمونها ، بل الغالب فى العمل أن يبايئ هذا الخصم فيقوم باثبات وجود القاعدة العرفية التى يدعيها دون انتظار لتكليف القاضى له بهذا الاثبات(١) » .

وللقاضى كذلك - اذا كان العرف خاصا بمهنة معينة - أن يستبدل على وجود العرف بالرجوع الى أهل الاختصاص فى هذه المهنة . فهو فى العرف التجارى مثلا يستنير بما تعطيه الغرف التجارية من شهادات مكتوبة فى هذا الشأن(٢) . ولا يعنى ذلك أن مثل هذه الشهادات لها حجية مطلقة فى اثبات العرف مما يلزم القاضى بالحكم وفقها ، اذ يبقى للخصم الآخر حق الطعن فيها واقامة الدليل على عكسها ، والقاضى من فوق ذلك يفصل فى الأمر بما له من سلطة تقديرية .

(٤) من حيث رقابة محكمة النقض : القاضى مطلق السلطان لا معقب عليه فى قضائه حيث يحكم بوجود العادة الاتفاقية أو بتطبيقها ، لأن العادة الاتفاقية - وهى مجرد واقعة مادية - تعتبر مسألة موضوعية لقاضى الموضوع الرأى الأعلى والنهائى فيها ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه فى تقديره(٣) .

أما العرف ، فينبغى كمبدأ عام ، أن يخضع حكم قاضى الموضوع - بشأن وجوده وبشأن تطبيقه على السواء - لرقابة محكمة النقض ، لأنه ليس الا قاعدة قانونية ، فيكون لمحكمة النقض - وهى الرقابة على صحة تطبيق القانون - حق التثبت من وجود أو عدم وجود العرف حين يكون وجوده محل

(١) فى هذا المعنى :
Gény, op. cit. No. 118.

(٢) فى هذا المعنى :

مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٢٢ .

(٣) فى هذا المعنى :

حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، النقض فى المواد المدنية والتجارية ، ١٩٣٧ ، فقرة ١٧

ص ٨٥ و ٨٦ .

منازعة ، وحق التثبت كذلك من صحة تطبيق قاضى الموضوع اياه حين يكون وجوده بمنأى عن الخلاف .

واذا كان هذا المبدأ يبدو سليما نظرا لما قدمناه من اعتبار العرف مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، الا أن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء من المنازعة فيه . فقضت محكمة النقض الفرنسية بعكسه منذ قديم ، وشايعها فى قضائها جمهور الفقهاء الفرنسيين فى القرن الماضى ، بحيث غدا مستقرا حينئذ أنه ، فيما عدا الحالات التى تحيل فيها نصوص التشريع صراحة على العرف ، ليس ثم رقابة لمحكمة النقض على قضاة الموضوع فيما يقضون به من وجود العرف أو من تطبيقه (١) .

ولكن تطرف هذا رأى وعدم استقامته مع منطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون ، لم يلبث أن حدا بكثير من الفقهاء الى الحد من اطلاقه ، فذهبوا الى اعطاء محكمة النقض سلطة الرقابة على تطبيق العرف ، دون سلطة الرقابة على وجوده التى تظل متروكة لقضاة الموضوع دون معقب (٢) .

واذا كان هذا رأى يستجيب استجابة صحيحة لمنطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون فيما يوجب من اخضاع تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض ، الا أنه لا يستجيب لهذا المنطق استجابة كاملة حيث لا يزال يترك لقضاة الموضوع السلطة النهائية فى التثبت من وجود العرف . ولا تنهض الحجج المقدمة فى هذا الشأن لتبرير النظر الى وجود العرف نظرة مختلفة عن تطبيقه (٣) ، فالتسليم باعطاء محكمة النقض حق الرقابة على صحة تطبيق

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 179, pp. 200, 201.

(٢) راجع فى الاشارة الى هذا رأى فى القانون الفرنسى .

Gény, op. cit., t. II, No. 179, p. 201.

وانظر فى الأخذ به فى القانون المصرى :

حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، المرجع السابق ، فقرة ١٧ من ٨٦ و ٨٧ . - عبد المنعم

فرج الصده ، الاثبات فى المواد المدنية ، فقرة ٢٤ .

(٣) فمن ذلك ما يقال من أن التثبت من وجود العرف مسألة موضوعية لا مسألة قانونية .

كما يوجب أن يستأثر بها نهائيا قاضيتها الأميل . أى قاضى الموضوع . ولكن القواعد العرفية =

العرف . يقتضي منطقاً وهداية وجوب تطبيقها أولاً من وجود هذا العرف الذي
تعرض لرقابة صحة تطبيقه .

وبذلك نستطيع أن نؤكد ما استفاده من حق محكمة النقض في بسط
رقابتها على الأحكام القضائية فيما تكتسب به من وجود العرف ومن تطبيقه على
الأساس (٩) .

٢ - هل يكتسب قوة العرف القضائية

١٩٧ - استقلال القدر في اكتساب قوة العرف

إذا اجتمع للعرف زكاته . وكنه ثلاثي من قواق السبر على صحة صفة
في الحياة . وركنه القانوني من الاستناد في التزام هذه الصفة . فوجدت مع
قاعدة قانونية عززت في القاعدة العرفية . بقي أن تستلزم من أساس قوة
العرف الملزمة في الأساس الذي يجعل من العرف شكلاً ملزماً أو مصدرًا

في مصدر قوته قانونية . كقوته التشريعية سواء بسواء . وثالثاً : أن لا يكتسب من صفة
محكمة النقض في التثبت من وجود قوته الصريح التي تكتسب من قاعدة الموضوع . فذلك قد
يكون المعدل كمثل في شأن القواعد العرفية التي تكتسب منها في كونها قوتها قانونية . فكون من
يكتسب من ذلك ما قد يقتضيه التثبت من وجود القوت العرفية من نص في حق كونها ؟ يكتسب
هذه القوت من وجود القوت التشريعية .

ومن الملاحظة أن يقال أن محكمة النقض تترك في صلبها أوضاعاً غير مبررة . فإما
إذا كان من الطبيعي أن يستلزم من محكمة النقض . وهي ليست محكمة وقائع . بسط رقابتها
على وقائع المدعى في حق الوقائع التي يكون شكلاً لأصل القوت القانونية . فليس يستلزم منها .
أن يكون من وجهها . أختلعت من الوقائع المكونة لقوتها القانونية التي يكتسب بها أسبق على
صفة تطبيقها . فاستلزمها من رقابة تطبيق القانون . كتطبيقها على التثبت من وثوقه بأكبر
ذلك صيانة لثبوت كونه . من ولو كان من شأن هذا التثبت التبرير لوقائع تولد كفتون .
ويستوى في ذلك أن يكون العرف هو الصريح هو مصدره .

وأخيراً : ذلك على عكس ما يقال من صريح آخر :

كأما ما قاله الذكر . ص ٧٢٥ و ٧٢٦ .

والأمر في الآلة هذا الذي في القانون المصري خاصة :

في الرزاق السعدي . الوسيط . الجزء الثاني . ص ٥٩ (انتهى) . • • • به البسط
جسدي . نظام الإثبات في القانون المصري . ص ٢٩ و ٣٠ . • • • حسن خليل . كذا
الكتاب المصري . الجزء الأول . ١٩٥٩ . قبة ٢٠ . مصطفى كمال طه . المرجع السابق .
قبة ٥٩ .

رسميا للقواعد القانونية ، وفي هذا الصدد نجد نظريات مختلفة نعرض لها ولناقشتها فيما يلي :

١٥٤ - تأسيس الزام العرف على ارادة لمشرع الضمنية

أول ما تصادف في هذا الشأن نظرية قديمة (١) ، تكاد تكون مهجورة اليوم في الفقه ، تذهب الى أن مبعث الزام العرف هو قيام الدولة على كفالة احترامه بقوتها المادية ، بمعنى أن العرف يجد أساس قوته الملزمة في رضا المشرع عنه وفي قيامه على تطبيقه ، فيعتبر بذلك مجرد ارادة ضمنية له كما يعتبر التشريع ارادته الصريحة .

وواضح أن مثل هذه النظرية انما تقوم على أساس المذهب الشكلي في تصوير القانون . فقد كان من شأن هذا المذهب اعتبار القانون وليد ارادة الدولة ومشيتها ، بحيث لا يتصور وجود القانون دون استناد الى هذه الارادة أو المشيئة . ومن هنا ، لم يجد الفقهاء الشكليون مفرا - أمام ما يوجد من قواعد قانونية ملزمة يجرى بها العرف في الجماعة - من محاولة استناد هذه القواعد الى ارادة الدولة أو المشرع حتى يستقيم منطقهم من افكار صفة القواعد القانونية على كل قاعدة لا تخرج من هذه الارادة . ولذلك كان طبيعيا ، حتى يعترفوا للقواعد العرفية بوصف القواعد القانونية ، أن يعتبروها ارادة ضمنية للمشرع ، اذ ما دام المشرع لا يعترض على العرف المتكون في الجماعة بل يقوم على تطبيقه والزام الأفراد باحترامه ، فمعنى ذلك أن ارادته تنصرف ضمنا الى اقرار هذا العرف .

ويكفي لرفض هذه النظرية ما قدمناه في تفنيد المذهب الشكلي الذي تخرج منه (٢) . ويعزز هذا الرفض - بالاضافة الى أساس تصوير القانون الذي تقوم هذه النظرية على أساسه - أنها تخالف الثابت المسلم من أن العرف كان أسبق في الوجود تاريخيا من التشريع ، مما يثبت أنه مصدر

(١) انظر خاصة في الإشارة الى هذه النظرية :

Gény, op. cit., t. I, No. 114. - Lebrun, thèse précitée, Nos. 146-149.

(٢) راجع ، سابقا ، فقرة ٤٧ .

مستقل عنه متصور وجوده دون اقرار المشرع له أو رضاه عنه . وبذلك يظهر عجز هذه النظرية عن تبرير قوة العرف الملزمة في الجماعات البدائية التي لم تكن قد عرفت المشرع بعد (١) .

ومن هنا ، نستطيع القول بأن العرف لا تقوم قوته الملزمة على أساس أن المشرع أو الدولة ترضى عنه فتقره بذلك ضمناً ، وإنما - كما سنرى - على أساس أن له قوة ملزمة ذاتية تفرض نفسها على المشرع أو الدولة . فالعرف إذن لا يكون ملزماً لأن الدولة تقره وتطبقه ، وإنما تقوم الدولة بتطبيقه لأنه ملزم بذاته من قبل .

١٥٥ - تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعي »

يستند هذا التأسيس الى تصوير المذهب التاريخي للقانون (٢) ، القائم على أن القانون ينشأ ويتطور آلياً نتيجة ما يتفاعل في ضمير الجماعة من عوامل مختلفة ، مما حدا به الى تفضيل العرف على التشريع باعتبار العرف وسيلة التعبير المباشرة والتلقائية عن « الضمير الجماعي » الذي يخرج منه القانون ، بينما التشريع هو وسيلة هذا التعبير غير المباشرة . وبذلك انتهى المذهب التاريخي الى أن يسند قوة الزام العرف الى « الضمير الجماعي » (٣) ، وأن يحل هذا الضمير - في تأسيس هذه القوة - محل « ارادة المشرع » التي كان يتمسك بها المذهب الشكلي (٤) .

وليس من شك فيما كان للمذهب التاريخي من فضل - من هذه الناحية - في إبراز أهمية العرف كمصدر للقانون (٥) ، وكمصدر سابق في الوجود على التشريع وهو ما أغفلته النظرية السابقة . ولكن الحكم على نظريته الى أساس قوة العرف الملزمة يرتبط بنظريته الى تكوين القانون ، وقد أظهرنا

(١) Lebrun, thèse précitée, No. 160.

(٢) راجع سابقاً ، فقرة ٦٥ .

(٣) Gény, op. cit., No. 115, p. 341.

(٤) Lebrun, thèse précitée, No. 165.

(٥) Lebrun, thèse précitée, No. 166.

عبد الرزاق السنهوري وحشيت أبو ستيت ، فقرة ٧٥ .

من قبل ما في هذه النظرة من مغالاة وقصور (١) . فضلا عن أن تأسيس الزام
العرف على « الضمير الجماعي » لا يفيد أو يقدم كثيرا ، نظرا لما يحيط فكرة
« الضمير الجماعي » من غموض وإبهام يجعل وجود هذا الضمير محلا
للسك (٢) .

١٥٦ - تأسيس الزام العرف على احكام القضاء

(١) عرض نظرية الأساس القضائي لالزام العرف : و تم نظرية أخرى
تذهب الى أن أساس قوة العرف هو قضاء المحاكم بنطبيقه ، اذ ترى أن الزام
العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه ، وانما ينشئه القضاء انشاء ويطبقه فيما
يرفع اليه من منازعات . أى أن العرف لا يتكون الا بعد حكم المحاكم به ،
فالقضاء هو الذى يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة الزامية .

وتجد هذه النظرية أنصارا كثيرين ، ليس فقط فى القانون الانجليزى
حيث قد تنتمى تأييدا لها فى نظام السوابق القضائية المقرر فى هذا
القانون . بل كذلك لدى بعض الفقهاء الفرنسيين رغم خلو القانون الفرنسى
من نظام السوابق القضائية .

وأبرز الفقهاء الفرنسيين المؤمنين بهذه النظرية والداعين لها لامير
Lambert (٣) . فهذا الفقيه يستقرئ التاريخ ، ليخلص الى أن العرف
فى الجماعات البدائية لم يخرج - خلافا للشائع - من العادة الشعبية
L'usage populaire وانما خرج من أحكام الكهنة القضاة Les prêtres - Juges
الذين كانوا يستمدون سلطتهم فى القضاء من صفتهم الدينية ، نظرا لاختلاط
القانون بالدين حينئذ . ولم يتغير الحال من بعد ، حين أصبح القضاة مدنيين

(١) انظر سابقا . فقرة ٦٦ .

(٢) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 115, p. 344. — Lebrun, thèse précitée, No. 163.

Lambert, La fonction du droit civil comparé, t. I, 1903. (٣)

وانظر كذلك فى عرض نظرية هذا الفقه :

Wallon, op. cit., Nos. 158-157, pp. 274-283 — Lebrun, thèse précitée,
Nos. 184-190.

يستمدون سلطانهم في القضاء من الدولة لا من الدين . فاجتماع الجماعة على قاعدة قانونية (عرفية) لا يكون اذن تلقائيا ، اذ مصالح الافراد مختلفة ، والنظرة عندهم الى ما يجب من قواعد لحكم علاقاتهم لا بد بالتالى وان تكون متباينة ، ولا ينحسم الامر الا بتدخل سلطة اجتماعية هي السلطة القضائية . فاذا اطردت احكام هذه السلطة واستقرت على القواعد الواجبة ، كان قولها القول الفصل الذى ينزل الجميع عند حكمه ، سواء كان ذلك عن اقتناع أو عن تسليم ، امام ما لهذا القضاء المستقر من حجية ملزمة . وبذلك لا ياتى اجتماع الافراد وتضافرهم على العمل بهذه القواعد الا لاحقا لحكم القضاء بها واستقراره عليها . ولا ينفى هذا التصوير أن القضاء لا يتحكم فى فرض هذه القواعد المسماة بالقواعد العرفية ، وانما يستلهم فى فرضها الاتجاهات والافكار السائدة فى الجماعة حينئذ ، اذ يبقى له وحده سلطة اعطاء وصف القواعد القانونية لما يوجد فى الجماعة من عادات مختلفة مبهمة مجردة من القيمة القانونية (١) . فاذا كان للجماعة دور اذن فى شأن هذه القواعد ، فهو ليس على أى حال دور الخالق السابق ، وانما هو دور المنظم اللاحق .

(٢) مناقشة ورفض نظرية الأساس القضائي لالزام العرف : ولكن هذه النظرية بدورها غير سليمة . فليس ثم ما يقطع تاريخيا بأن العرف قد استمد الزامه من احكام القضاء به كما تدعى هذه النظرية . بل يبدو من المسلم أن بعض القواعد العرفية - على الاقل - قد تكون كقواعد قانونية ملزمة من قبل تدخل القضاء (٢) ، أو حتى دون حاجة الى هذا التدخل (٣) كما هو الشأن فى بعض قواعد العرف المهني (٤) .

فضلا عن أن النظر الى القضاء باعتبار أن وظيفته هي تطبيق القانون . تفترض نشوء القانون بمعزل عن القضاء ومن قبل تدخله لكي يستطيع من

(١) Waline, op. cit., No. 157, pp. 282, 283.

(٢) Lehmann, thèse précitée, No. 197. — Génys, op. cit., t. II, No. 192, p. 284.

(٣) Waline, op. cit., No. 163.

(٤) Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114 .

بعد القيام بوظيفته في تطبيقه ، وليس من الطبيعي كذلك أن يكون ما يستند إليه القضاء ويطبقونه في منازعات الأفراد هو ما يضعونه بأنفسهم من قواعد (١) .

فالقضاء إذن لا ينشئ العرف ، لأن العرف إنما ينشأ في الجماعة وتقوم العقيدة في الزامه في أذهان الناس ، ثم يجرون على اتباعه من قبل أن يرفع الأمر إلى القضاء . فإذا رفع الأمر إلى القضاء وحكم بالعرف ، فهو إنما يحكم بقاعدة قانونية موجودة أصلاً ، كما يفعل حين يحكم بقاعدة تشريعية ثابتة ينص من النصوص المدونة . أي أن القضاء لا ينشئ العرف أو يخلقه بحكمه به ، وإنما هو يكشف عن وجوده كقاعدة قانونية ملزمة . ومتى كان العرف موجوداً ، أصبح القضاء ملزماً بتطبيقه ، إذ يجد نفسه أمام قاعدة قانونية ملزمة ، ووظيفته هي تطبيق القانون . ومن هنا فليس صحيحاً القول بأن العرف يوجد لأن المحاكم تطبقه ، بل الصحيح هو القول بأن المحاكم تطبقه لأنه موجود . وبذلك لا يكون الزام العرف هو المؤسس على حكم القضاء به ، وإنما يكون هذا الحكم هو المؤسس على الزام العرف .

(٣) دور القضاء في تحديد مضمون العرف وتدعيم قوته الملزمة :
إذا كان جمهور الفقهاء (٢) يتفقون على رفض هذه النظرية لما قدمنا من أسباب ، ولا يعترفون للقضاء بالقدرة على خلق العرف بحيث يقتصر على مجرد اظهاره والكشف عنه ، فإن دور القضاء من هذه الناحية لا يزال - رغم ذلك - غير منكور في تحديد مضمون العرف وفي تعزيز قوته الملزمة على السواء .

فالعرف - كما سبق البيان - يعوزه غالباً الموضوح والتحديد لأنه مجرد معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة ملزمة . فإذا طلب إلى القضاء تطبيقه ، أتاحت الفرصة لازالة الغموض والابهام عنه ، إذ يتوفر القضاء على تمحيص حقيقة العرف للوصول إلى استقصاء معناه الحقيقي كما

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 266.

(٢) Waline, op. cit., Nos. 162-165. — Gény, op. cit., t. I, No. 116, p. 366; (٣) t. II, No. 192. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114.

يوجد فى الجماعة والحكم طبقا لهذا المعنى ، فكان القضاء اذن يعين على ضبط معنى العرف وتحديدہ .

وكذلك فللقضاء دور كبير فى تدعيم قوة الزام العرف ، فلئن كانت هذه القوة كامنة فى عقيدة الأفراد بحيث لا يخلقها القضاء ، الا أنها تجد التطبيق العملى لها على يد القضاء ، مما يزيد فى تأكيدها وتدعيمها واقبال الأفراد على احترام العرف (١) .

١٥٧ - قوة الزام العرف الذاتية

فالثابت اذن أن العرف لا يستمد قوته الملزمة ، لا من المشرع الذى يرضى عنه أو الدولة التى ترصد قوتها على كفالة احترام أحكامه ، ولا من الضمير الجماعى ، ولا من القضاء الذى يحكم بقواعده . وانما للعرف - كما يتجه الفقه الحديث - قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التى تفرضه وتحتّم وجوده (٢) حين لا يوجد تشريع كما فى الجماعات البدائية ، أو حين يكون التشريع ناقصا - والنقص فيه طبيعى وفطرى - كما فى الجماعات الحديثة . فالواقع أن العرف هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل جماعة فى حكم السلوك فيها ، وفى التصدى لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه أو ما يتأخر التشريع عن تنظيمه .

وفضلا عن ذلك فقد يسهم فى اعطاء العرف قوة ملزمة ذاتية اعتبارات كثيرة منها ما للقديم من التقاليد من حرمة وهيبة فى النفوس ورهبة غريزية من مخالفتها ، وما تقتضيه حاجة الأمن والاستقرار فى المعاملات من تطبيق السنة التى جرى الناس على اتباعها زمنا طويلا باعتبارها سنة ملزمة ، وما فى العرف - وهو الذى يتبعه الناس عامة ، من يستفيدون منه ومن يضارون

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid.

Gény, op. cit., I, No. 116, p. 345 — Lebrun, thèse précitée, No. 212. (٢)

— Roubier, op. cit. No. 1, p. 9.

(م ١٩ - المدخل الى القانون)

به على السواء - من قرينة على تحقيق العدل واقامة التوازن بين المصالح
الفردية المتعارضة^(١) .

٢ - مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون

١٥٨ - مقام العرف في القانون الحديث

قلنا ان العرف كان أقدم المصادر الرسمية للقانون وجودا ، وظلت له
الغلبة والهيمنة على بقية المصادر الأخرى التي ما لبثت أن ظهرت الى جواره .
ثم انتشرت المدنية وتعقدت حاجات الجماعات ومطالبها ، مما عجز معه العرف
عن الاحتفاظ بمركزه الاسمي بين المصادر الرسمية ، فنخلى عنه . واحتله
التشريع بدلا منه فأصبح اليوم - في أغلب الدول الحديثة - هو أول مصادر
القانون الرسمية وأهمها . ولم تبق للعرف اليوم من أهمية تفوق أهمية
التشريع الا في بعض دول محدودة وظروف خاصة بها .

وفي أغلب دول حيث يعظم نصيب التشريع من الانتاج القانوني ،
تستحيل مسايرة المذهب التاريخي في منطلقه من تقديم العرف عليه في المرتبة
وتمكنه من مخالفته أو الغائه ، باعتبار أن العرف هو تعبير مباشر عن ضمير
الجماعة والتشريع مجرد تعبير غير مباشر عنه ، فمثل هذا النظر يتنافى مع
المذهب الاجتماعي - السائد في العصر الحديث - بما دفع اليه من تدخل
الدولة وهيمنتها على كافة الروابط والعلاقات الاجتماعية .

فضلا عن أن طبيعة العرف نفسه تجعله أضعف من التشريع ، فهو
مصدر انتاجه القانوني بطيء لا يسعف الجماعات الحديثة في الاستجابة
لحاجاتها الدائمة التجدد بالسرعة الواجبة . وقواعده ينقصها الوضوح
والتحديد . مما يتعذر معه تحقيق النظام والأمن والاستقرار في المعاملات .
وتكوينه الذاتي دون ارادة واعية بصيرة تقوم على صياغته ووضعها ، لا يؤمن
معه اسرافه أو شططه أو انعدام التناسق بين قواعده . فمن هذه النواحي

تظهر أفضلية التشريع على العرف ، اذ تجتمع له - بما يقوم على وضعه من هيئات مختصة - سرعة الانتاج القانوني ، ودقة الصياغة والتحديد بما يكفل استقرار المعاملات ، وحسن التناسق بين قواعده .

١٥٩ - تقدم مرتبة التشريع على العرف في القانون المصري

وأيا ما كان الامر ، فلا خلاف في القانون المصري على تقدم مرتبة التشريع على العرف ، اذ ينص المشرع المصري صراحة على وضع التشريع في المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية ، ومن بعده يأتي العرف لاكمال ما قد يقوم بالتشريع من نقص ، مما يجعل العرف مصدرا رسميا تكميليا للمصدر الرسمي الاصلى وهو التشريع . فالمادة الأولى من التقنين المدني المصري الحالي - بعد أن تحيل القاضي أولا الى نصوص التشريع في فقرتها الأولى - تعود في فقرتها الثانية فتعدد المصادر الأخرى التي يلتبس فيها القاضي القواعد القانونية ان أعوزه النص ، وتجعل العرف في مقدمة هذه المصادر ، اذ تقول « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف » .

والعرف على هذا النحو يعتبر في القانون المصري مصدرا رسميا تكميليا ، يلجأ اليه في حال نقص نصوص التشريع لاكمال هذا النقص .

١٦٠ - نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع

ينبنى بداهة على تأخر مرتبة العرف عن مرتبة التشريع في القانون المصري أن العرف لا يملك كقاعدة عامة الغاء التشريع أو مخالفته ، وان كان التشريع - على العكس من ذلك - يملك مخالفة العرف والغاء . وهذه النتيجة المنطقية لتدرج المرتبة بين التشريع والعرف ، تستخلص كذلك من نص المادة الثانية من التقنين المدني على أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعي الا بتشريع لاحق » . فغنى عن البيان - كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين في هذا الشأن - « ان النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي

بمقتضى عرف لاحق^(١) . وإذا كان واضحاً عدم قدرة العرف على إلغاء التشريع ، فعلم قدرة العرف على مخالفة التشريع أمر يحتاج الى تفصيل ويقتضى التمييز بين التشريع الأمر والتشريع المكمل .

(١) عدم قدرة العرف على مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع الآمرة :

الثابت إذن أن العرف - كمبدأ عام - لا يملك مخالفة التشريع أو إلغاءه . وهذا المبدأ - فيما نرى - مطلق بالنسبة لنصوص التشريع الآمرة ، ما يحمي منها مصالح خاصة ، وما يحمي منها مصالح عامة أو مصالح أساسية للدولة على السواء . فلا نقر ما يراه بعض الفقهاء^(٢) من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الآمرة المقصود منها حماية مصالح خاصة لأن مثل هذه النصوص لا تقل عن النصوص الآمرة الأخرى تعلقاً بالنظام العام فلا يجوز الترخص في مخالفتها أو إلغاؤها إلا بنصوص تشريعية أمرة كذلك .

أما ما يراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجارى خاصة للنصوص التشريعية الآمرة^(٣) فنقول لا يمكن التسليم به على إطلاقه . إذ لا يمكن بحال من الأحوال - والمبدأ هو تقدم مرتبة التشريع على العرف - تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون التجارى الآمرة ، أيا كان نوع المصالح التى تحميها هذه النصوص .

إنما كل ما يمكن تبريره فى هذا الشأن ، هو جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الآمرة ، إذ الواقع أنه ليس فى ذلك إهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون ، أو تغليب للعرف على التشريع . ذلك أن الأمر لا يعدو مجرد تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى . والقاعدة فى هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه ، لأنه هو الأصل العام ، والقانون التجارى هو الحكم الخاص ،

(١) مجموعة الأعمال النظرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٨٠ ، ص ٩٣ ، وقرة ١٦٧ .

ص ٢١٨ ، حلمش ٩١٥ - سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، الموضع السابق .

فحيث لا توجد قواعد خاصة في المسائل التجارية ، لا يبقى مناصي من الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في المعاملات الخاصة للأفراد . ووجود عرف تجارى معناه وجود قاعدة قانونية تجارية أى قاعدة خاصة . فلا حاجة مع وجودها الى تطبيق القواعد المدنية وهى قواعد عامة فى هذا الشأن . وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف التجارى وبين نصوص القانونى المدني ، اذ مع وجود مثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده فى مجاله التجارى الخاص دون النصوص المدنية العامة (١) .

فاذا وجد عرف تجارى ، فلا تقاس مرتبته اذن الى القانون المدنى - اذ لا محل لتطبيق القانون المدني وهو القاعدة العامة عند وجود العرف - التجارى وهو القاعدة الخاصة - وانما تقاس مرتبته فقط الى القانون التجارى ، وتظل متأخرة عن نصوصه الآمرة - كما هو المبدأ العام - بحيث لا يجوز له مخالفتها أو الفأؤها (٢) .

وعلى أى حال فالمرجع المصرى يصرح فى نصوص مختلفة من التقنين المدني بتغليب العرف التجارى - فى المجال التجارى - على النص المدني الأمر . فمن ذلك نصه على عدم اتباع الحكم الذى يحظر تعاقد الشخص مع نفسه دون ترخيص من الاصيل اذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة (م ١٠٨) ، وعلى أن حظر تقاضى فوائد على متجمد الفوائد أو مجاوزة مجموع

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 129, p. 413. — Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, No. 48.

كتبنا سالف الذكر ، ص ٣٥٧ - ٣٥٩ - مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة

ث

٢٢ ، ص ٣٧ و ٣٨ .

وانظر عكس ذلك : محسن شفيق ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، فقرة ٣٦ - - اكم

الخوى . قانون التجارة اللبنانيى الهارن ، بيروت ، ١٩٦٦ ، فقرة ٤٧ ، ص ٦٧ .

(٢) ولذلك لا قرر ما يذهب اليه بعض الفقهاء (سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢) من تجويز

مخالفة العرف التجارى نصوص القانون التجارى الآمرة (غير المصلحة بمصالح الدولة الأساسية) .

وقياسهم على ذلك العرف المدني للقول بإمكان مخالفته كذلك نصوص القانون المدني الآمرة

المماثلة . فهذا الراى يتعارض مع صريح نصوص القانون المصرى (انظر كذلك فى انتقاد هذا

الراى : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ هامش ١٥) .

المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك ، .
وغنى عن البيان أن العرف اذا كان يملك مخالفة نصوص التشريع
المكاملة ، فلا تحمل هذه المخالفة معنى الغاء تلك النصوص . فقيام عرف
مخالف لتلك النصوص انما يحتمل محتمل اتفاق الأفراد وتراضيههم على
خلافها (١) ، فلا يكون له من الأثر الا مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد الى
الغائها (٢) ، اذ العرف - كما قلنا - لا يملك الغاء التشريع باعتباره أدنى
مرتبة منه .

٤ - نصيب العرف في فروع القانون المختلفة

اذا كان مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون يأتي بعد التشريع
مباشرة ، فان نصيبه - كمصدر رسمى تكميلى للتشريع - متفاوت بتفاوت
فروع القانون .

١٦١ - القانون التجارى

العرف أخصب ما يكون فى نطاق القانون التجارى ، حيث النصوص
التشريعية ليست وفيرة أو كافية لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة
المتطورة ، أو حيث تنتجى النصوص التجارية قصدا عن تناول بعض المسائل
تاركة اياها للعرف . ومن أمثلة قواعد العرف التجارى القديمة افتراض
التضامن بين المدينين ، فيكون للدائن فى المعاملات التجارية مطالبة أى واحد
من المدينين بكل الدين ، وهذا العرف التجارى يخالف المقرر فى المعاملات
المدنية من أن التضامن لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى
القانون (م ٢٧٩ مدنى) . ومن أمثلة العرف التجارى كذلك وخاصة فى
شأن الحساب الجارى جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وتجاوز مجموع

(١) ولكن يراعى أن ليس هذا هو المجال الخاص للعرف ، وانما هو مجال العادات الاتفاقية.
إنظر : Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401; No. 132, pp. 426, 427.

وأنظر سابقا ، هامش «١» ، ص ٢٧٧ .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٢ ، ص ١٥٨ .

الفوائد رأس المال ، وذلك خلافا للمقرر فى شأن المعاملات المدنية من حظر ذلك (م ٢٣٢ مدنى) • وكذلك من قواعد العرف التجارى قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع على حامل الورقة التجارية حسن النية ، وقاعدة عدم تجزئة الحساب الجارى (١) •

١٦٢ - القانون المدنى

ليس للعرف نصيب وافر فى القانون المدنى ، وان تكن النصوص التشريعية تحيل عليه أحيانا • ومن أمثلة العرف فى العلاقات المدنية القرينة العرفية فى مصر على اعتبار أثاث المسكن ملكا للزوجة المسنمة ، وهى مؤسسة على الغالب فى العمل من أن تجهيز مسكن الزوجية بالأثاث انما تتكفل به الزوجة المسنمة أو أهلها ، ولكن هذه القرينة العرفية مجرد قرينة بسيطة يجوز اقامة الدليل على عكسها • وكذلك ما يزال العرف يجرى فى مصر على أن المرأة تظل تحتفظ بلقب أسرتها بعد الزواج ، دون أن نكتسب حتى استعمال لقب الزوج • بينما يجرى العرف فى كثير من الدول الغربية وخاصة فى فرنسا ، على اكتساب الزوجة - الى جوار لقبها الأسمى - لقب الزوج بمجرد الزواج (٢) •

١٦٣ - القانون الدستورى

ليس حظ العرف بالضئيل فى نطاق القانون الدستورى (٣) • فبعض الفقهاء فى مصر كانوا يبررون حق السلطة التنفيذية فى اصدار لوائح الضبط والبوليس فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ بوجود عرف يخولها ذلك (٤) •

(١) راجع فى قواعد العرف التجارى .

مصطفى كمال طه ، ص ٣٨ •

(٢) J. Carbonnier, Droit civil, t. I, 1962, No. 55, pp. 187-189.

(٣) راجع فى العرف الدستورى وأنواعه وقوته :

عبد الحميد متولى ، الفصل فى القانون الدستورى ، ص ١٨٥ - ٢٠٢ • سعد عصفور ،

مقدمة القانون الدستورى ، ١٩٥٤ • ص ٨٣ - ١٠٦ •

(٤) أنظر سابقا ، فقرة ١٣٠ ص ٢٤١ - ٢٤٢ •

١٦٤ - قانون العقوبات

أما قانون العقوبات ، فليس للعرف فيه - بوصفه مصدرا رسميا - أدنى نصيب ، نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات (١) . فتم قاعدة أساسية في قانون العقوبات تقضى بأنه « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون » . وتحرص الدساتير عادة على النص عليها صراحة - كالدساتير المصرية المتعاقبة - تأكيدا وكفالة للحريات الفردية . وعلى ذلك فعند خلو التشريع من نص يقضى بتجريم فعل والعقاب عليه ، لا يكون أمام القاضى إلا تبرئة المتهم دون أن يملك الالتجاء الى العرف لسد نقص التشريع والعقاب بالتالى على الفعل المرتكب (٢) .

ولكن اذا كان العرف لا يملك تقرير جريمة أو فرض عقوبة ، فانه حيث يوجد نص تشريعى بالعقاب على جريمة ، يكون الالتجاء الى العرف متصورا على سبيل الاستثناس بصفته معينا على تفسير النص (٣) وتحديد مضمونه أى بصفته مجرد مصدر تفسيري .

(١) فى هذا المعنى :

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١٠٦ .

(٢) فى هذا المعنى :

Selitiro Ono, Les sources du droit pénal, Recueil d'études sur des sources du droit, en l'honneur de F. Génv, t. III, p. 279.

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، الموضع السابق .

(٣) قضت محكمة النقض بأنه « لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق السيارة السير على يمين الميدان محل الواقعة ويدور حوله ، لأن العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الأيمن من الطريق دائما » . واستطردت فقررت أن « مخالفة هذا العرف تنحقق بها مخالفة لائحة السيارات التى تنص على أنه لا يجوز سوق السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور وممتلكاته » - نقض ٦ أبريل ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الأولى ، رقم ١٢٣ ، ص ١٦٦ . ومن ذلك يتبين وجود نص تشريعى بالتجريم والعقاب هو نص لائحة السيارات ، وما كان رجوع محكمة النقض الى العرف الا لتفسير هذا النص وتحديد الكيفية التى ينجم عن السوق بها خطر على حياة الجمهور أو ممتلكاته ، ذلك السوق الذى تماقب عليه هذه اللائحة . ومن هنا لم يكن الرجوع الى العرف من جانب محكمة النقض رجوعا اليه بوصفه مصدرا رسميا منشئا لجريمة أو فارضا لعقوبة ، وانما كان بوصفه مجرد مصدر تفسيري تستعين به على تفهم مضمون النص التشريعى الموجود أصلا (انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٣٦٢ - ٣٦٣) .

لقوجه الثانى

مبادئ الشريعة الاسلاميه

١٦٥ - ادراج « مبادئ الشريعة الاسلاميه » بين المصادر الرسميه للقانون المصرى ، باعتبارها المصدر الاحتياطى الثانى الذى يلى العرف

أشرنا من قبل الى أن الشريعة الاسلاميه تعتبر مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى فى نطاق محدود لا يعدو بعض مسائل الوقف والأحوال الشخصيه . فهى الشريعة ذات الولاية العامة فى هذا النطاق بالنسبة الى المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينيه ، فلا يخرج عن ولايتها العامة فى هذا الشأن الا بعض مسائل محدوده تدخل استثناء فى ولاية الشرائع الدينيه الأخرى .

ولم يكن للشريعة الاسلاميه اعتبار آخر بين المصادر الرسميه للقانون المصرى فيما وراء هذا النطاق . غير أن المشرع المصرى - وفاء منه بحق هذه الشريعة التى ظلت طوال قرون عديدة شريعة البلاد الأولى - انتهى الى اعتبارها فى التقنين المدنى الحالى ضمن المصادر الرسميه الاحتياطيه التى تكمل تقضى التشريع ووضعتها فى المرتبة الثانيه من هذه المصادر بعد العرف (١) ، اذ قضى بأنه « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف » فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلاميه . (م ٢/١) .

(١) رغم أن التقنين المدنى السورى اخذ عن التقنين المدنى المصرى اعتبار مبادئ الشريعة الاسلاميه ضمن المصادر الرسميه الاحتياطيه ، الا أنه خالفه فى تحديد مكانها بين هذه المصادر اذ جعلها مقدمة على العرف لا تالية له (م ٢/١) . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء السوريين الى أن ذلك لا يؤثر على قيمة العرف ومكانته كمصدر رسمى مباشر بعد التشريع ، لأن مبادئ الشريعة الاسلاميه أصبحت من أعراف البلاد (انظر : عدنان القوتلى ، الوجيز فى الحقوق المدنية ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦٠ ، متن وهامش « ١ » ص ٢٢٦ و ٢٢٧ ، و ص ٢٤٥) . ولكن من الواضح ما فى هذا التفرجيع ، رغم مهارته ، من خروج على النص وعلى قصد المشرع السورى .

وعلى هذا النحو ، تعتبر الشريعة الإسلامية - فيما عدا النطاق المتروك أصلا لولاية الدين - مصدرا رسميا تكميليا يأتى فى المرتبة التالية للعرف . وذلك بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين على السواء ، بمعنى أنه عند عدم وجود نص فى التشريع يلجأ القاضى أولا الى العرف ، فان لم يجد لجة بعد ذلك الى مبادئ الشريعة الإسلامية (١) . والمقصود بذلك هو مبادئ هذه الشريعة وأصولها الكلية وحدها التى لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب . دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التى تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء (٢) ، على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ بها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المصرى الوضعى الحالى (٣) لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها وامتناع تنافرها (٤) .

(١) فالرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية مرهون بعدم وجود نص فى التشريع أو قاعدة فى العرف . لذلك انتقد بحق الرأى القائل (شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، فقرة ٩٢) باعتبار بيع ملك الغير عقدا موقوفا وفاقا لمبادئ الشريعة الإسلامية ، لوجود نص تشريعى صريح فى التقنين المدنى المصرى (م ٤٦٦) يجعل هذا البيع عقدا قابلا للإبطال ، مما يتعين معه أعمال هذا النص دون رجوع الى العرف ولا الى مبادئ الشريعة الإسلامية من باب أولى (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الرابع - البيع والمقايضة ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٥٧ ، ص ٨١) .

(٢) كان نص المشروع النهائى للمادة ٢/١ من التقنين المدنى يقضى بأن يكون رجوع القاضى الى مبادئ الشريعة الإسلامية « دون قيد بملذهب معين » . ولكن اعترض على ذلك فى لجنة مجلس الشيوخ المؤلفة لبحث المشروع ، لما تستتبعه هذه العبارة من اضطراب فى الأحكام لاختلاف المذاهب الإسلامية اختلافا بينا فيما بينها . وانتهت اللجنة الى حذف هذه العبارة ، احذا بأن المقصود هو الرجوع الى المبادئ الكلية لهذه الشريعة دون حلولها التفصيلية ، وهذه المبادئ الكلية لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى . ج ١ ، ص ١٩٠) .

(٣) كان نص المشروع النهائى للمادة ٢/١ من التقنين المدنى المصرى يقضى بأن يكون رجوع القاضى الى مبادئ الشريعة الإسلامية « الأكثر ملاءمة لتصوص هذا القانون » . ولكن اعترض على ذلك بأن التعارض بين مبادئ الشريعة الإسلامية وبين نصوص القانون لن يحدث ، لأن الشريعة الإسلامية لن تطبق الا حيث لا يوجد نص ، ولن يطبق منها الا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية . وانتهى الأمر الى حذف هذه العبارة ، لأن حكمها مفهوم فى حدود فكرة الملائمة (المرجع السابق ، ص ١٩١ و ١٩٢) .

(٤) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٩ .

وإذا كان المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى قد جعل من مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا احتياطيا يجب على القاضى الرجوع اليه بعد العرف وقبل الالتجاء الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، وكان ذلك حقيقا بايجاد مجال لتطبيق الشريعة الاسلامية^(١) مما قد يكون له اثره فى انهاض الفقه الاسلامى واحيائه^(٢) ، بعد أن طال سباته منذ اقفال باب الاجتهاد ، فينبغى أن يراعى - رغم ذلك - أن الالتجاء الى الشريعة الاسلامية لن يتأتى فى العمل الا نادرا - ذلك أن التشريع - وهو المصدر الرسمى الأول للقانون المصرى - قد غدا فى العصر الحديث غزير الانتاج وسريعه على السواء ، مما لا يدع مجالا كبيرا للالتجاء الى العرف وهو المصدر الذى يليه فى الترتيب مع أنه مصدر حى معاصر للجماعة ومتجاوب مع تطورها ، وبالتالي ومن باب أولى لا يكاد يترك فرصة للمصدر الذى يلى العرف فى المرتبة وهو مبادئ الشريعة الاسلامية ، وخاصة فى وضعها الراهن الذى ثبتت عليه دون تطور منذ قرون عديدة نتيجة اقفال باب الاجتهاد فيها . هذا فضلا عما قد يكون هناك من تعارض بين بعض مبادئ هذه الشريعة وبين المبادئ العامة للقانون الوضعى المصرى الحالى .

وإذا كان دور « مبادئ الشريعة الاسلامية » باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا محدودا على هذا النحو ، فإن دورها كمصدر تاريخى أو مادى يستقى منها المشرع المصرى أحكامه ، ما يزال دورا بارزا فى بعض مسائل محدودة مثل الوقف والميراث والوصية وبعض مسائل الأحوال الشخصية والشفعة . غير أنه اعترافا بقدر الشريعة الاسلامية وفضلها ، زاد المشرع المصرى أخيرا

(١) من ذلك امكان الأخذ بمبادئ الشريعة الاسلامية فى اعتبار التصرف الذى يعقده الوكيل معجلوزا فى ذلك حدود وكالته تصرفا موقوفا ، اذ لا يوجد نص تشريعى يمنح من ذلك (عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٥٧ ، ص ٨١) . وكذلك الشأن فى مجوزة الولى بالمعنى الواسع حدود ولايته على مال عديمى الاهلية وناقضها .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٨ .

من مدي هذا الدور إذ نص دستور ١٩٧١ على أن مبادئ الشريعة الإسلامية « مصدر رئيسي للتشريع » (م ٢) . ثم أصبح هذا الدور أكثر بروزاً بتعديل هذا النص بموجب الموافقة الشعبية على الاستفتاء الذي أجري في ٢٢ مايو ١٩٨٠ ، بحيث أصبح النص يقضي بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي « المصدر الرئيسي للتشريع » . ومقتضى ذلك أن على المشرع أن يستلهم في المقام الأول مبادئ الشريعة الإسلامية فيما يسن من تشريعات في المستقبل (١) أي منذ نفاذ التعديل المذكور (٢) . والتشريعات التي تصدر مستوحاة من مبادئ الشريعة الإسلامية على هذا النحو يكون

(١) ووجوب استلهم مبادئ الشريعة الإسلامية قد فرضه الدستور على المشرع ، بحيث إذا خالفه يسن تشريع متعارض مع تلك للمبادئ فله يقع بذلك في محذور عدم الدستورية (في هذا المعنى : المحكمة الدستورية العليا ٤ مايو ١٩٨٥ . مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج ٣ ، ص ٢٠٩ - ٢٢٤) .

ولكن لا تكون مبادئ الشريعة الإسلامية واجبة الاستلهم ابتداءً دون تدخل المشرع . فحيث لا يسن المشرع تشريعات جديدة في مسألة ما لا يملك القاضي إحلال نفسه محله باستنباط قواعد قانونية جديدة مستوحاة أساساً من تلك للمبادئ وتطبيقها على النزاع المرفوع إليه ، وإلا أدى ذلك - كما تقول محكمة النقض - إلى « الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اختراع القواعد القانونية (الذي) يتأني مع حدود ولاجه » (نقض ٢٣ يناير ١٩٨٢ ، المدونة الذهبية للقواعد القانونية التي قررها محكمة النقض ، الأصل للمدني ، العدد الثاني ، مجلد ٢ ، قرة ٢٠١٤ ، ص ١٥٨٢ - ١٥٨٣) .

(٢) أما التشريعات السابقة على نفاذ هذا التعديل ، فلا يتأني القول باعتبارها تلقائياً غير دستورية إذا كانت مخالفة أو متعارضة مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، رغم أن على المشرع واجب مراجعة تلك التشريعات بما يزيل عنها المخالفة أو للمعارضة لتلك للمبادئ ، إلا أن مسؤوليته في حال التقصير في ذلك هي أساساً مسؤولية سياسية لا تهدر مشروعية تلك التشريعات السابقة ولا وجوب استمرار تطبيقها إلى حين تعديلها وتبقيتها (في هذا المعنى : حكم المحكمة الدستورية العليا في ٤ مايو ١٩٨٥ سالف الذكر) . ولذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في الحكم المذكور بأن الادعاء بعدم دستورية المادة ٢٢٦ من التقنين المدني بخصوص فوائده التأخير تأسيساً على أنها فوائده روية محرمة شرعاً طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية هو ادعاء في غير محله ، بالنظر إلى أن المادة ٢٢٦ مدني المذكورة سابقة في الوجود على نص المادة الثانية من الدستور الذي قيد المشرع بوجود استلهم مبادئ الشريعة الإسلامية أساساً فيما يسن في المستقبل من تشريعات ، وذلك لما كان وجه الرأي في تناقض المادة ٢٢٦ مع تلك للمبادئ .

وتجدر الإشارة ، على أي حال ، إلى أنه رغم أن النصوص التشريعية السابقة على نص المادة الثانية من الدستور بقي لها كامل شرعيتها حتى ولو كانت متعارضة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك إلى أن يتم إلغاؤها أو تعديلها تشريعيًا من بعد ، فإن الإلغاء أو التعديل قد يتحقق ضمناً في حال صدور تشريعات جديدة موافقة لمبادئ الشريعة الإسلامية تتعارض مع تلك التشريعات السابقة وذلك في حدود قواعد الإلغاء المقررة (أنظر لاحقاً ، قرة ١٨٢) .

التشريع هو المصدر الرسمي لأحكامها ، بينما تبقى مبادئ الشريعة الإسلامية هي مصدرها
المادي (أو التاريخي) الرئيسي (١).

(١) في هذا المعنى :

الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، ص ٣٠١.

سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للمعلوم القانونية وشرح الباب التمهيني لتقنين المدني
الطبعة السادسة ، ١٩٨٧ ،قرة ١٥٨ ، ص ٤٤٧.

وقارب :

سمير تاغور ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٨٦ ، قرة ٧٥ ، ص ٢٣٢.

الفرع الثاني
تطبيق القاعدة القانونية

مقدمة

١٦٦ - السلطة القضائية تقوم على تطبيق القانون

إذا تكونت القاعدة القانونية على التفصيل السابق بيانه ، فيبقى تطبيقها في العمل ، والسلطة القضائية المثلة في المحاكم هي التي تختص بمثل هذا التطبيق . وتعني الدساتير عادة بالنص خاصة على استقلال هذه السلطة ، بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة . دون سلطان عليهم في ذلك لغير القانون وضمايرهم .

وقد عرفت مصر نظام تعدد الجهات القضائية نظرا لظروف تاريخية وتقليدية معينة . ولظروف التاريخية التي ولدت الامتيازات الأجنبية فيها منذ تبعيةها للدولة العثمانية (١) . جعلت أول الأمر مقاضاة الأجانب التابعين للدول ذات الامتياز طبقا لقوانين بلادهم وأمام محاكمهم القنصلية . ثم أنشئت بعد ذلك « المحاكم المختلطة » سنة ١٨٧٥ للنظر في المنازعات ذات الصالح الأجنبي . ورغم أن هذه المحاكم كانت تستند الى السيادة الوطنية للدولة وتحكم باسمها وتطبق قوانينها . الا أنها كانت تشمل انتقاصا من الاستقلال الحقيقي للدولة ، وتعكس بذلك على الصعيد القضائي صورة الاحتلال الأجنبي على الصعيد السياسي . وكذلك فإن الظروف التقليدية التي ولدت الامتيازات الطائفية (٢) للطوائف الدينية غير الإسلامية ، أوجدت الى

(١) أنظر في تاريخ نظام الامتيازات الأجنبية وتطوره في مصر :

حامد زكي ، أصول القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثالثة ، ١٩٤٤ ، فقرة ٤٠٨ وما بعدها . - محمد عبد المنعم رياض ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، فقرة ٢٥٣ وما بعدها .

(٢) راجع في أصل وتطور نظام الامتيازات الطائفية في مصر :

حسن بحداد ، *Laasen Boghdadi, Origine et technique de la distinction des statuts personnel et réel en Egypte (Etude de droit comparé), Thèse, Le Caire, 1937.*

حسن بحداد ، الاختصاص التشريعي والقضائي بالنسبة لمواثيق غير المسلمين ومساكنهم ، مجلة الحقوق لمباحث القانونية والاقتصادية ، السنة الأولى ، العدد الثالث ، ص ٦١٣ وما بعدها .

(م ٢٠ - المدخل الى القانون)

جانب المحاكم العادية محاكم دينية تبعا لتعدد الأديان والمذاهب والملل الطائفية ، بكل ما يحمله ذلك من معنى الانقسام الطائفي بين الوطنيين أنفسهم في شأن مسائل الأحوال الشخصية بخاصة (١) .

وقد نجح المشرع المصري في التخلص من هذا التعدد القضائي المريب في الحالتين . فتم له أولا إلغاء المحاكم المختلطة منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (٢) . ثم استكمل أخيرا الشق الباقي ، فألغى المحاكم الشرعية والمجالس المالية والطائفية المتعددة وأحال اختصاصها الى المحاكم العادية ، بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وبذلك تم توحيد جهة القضاء العادي ، دون نظر الى اختلاف الجنسية أو الى اختلاف العقيدة الدينية (٣) .

غير أن المشرع المصري ، بإنشائه مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، خلق - الى جوار جهة القضاء العادي - جهة قضاء إداري مستقلة تخصص بالفصل في المنازعات الإدارية . ورغم ما يعنيه ذلك من ازدواج الجهة القضائية في الدولة ، إلا أنه ازدواج مفهوم ومبرر لأنبثائه على أسس موضوعية ، إذ تتميز المنازعات الإدارية - عن بقية المنازعات الأخرى العادية - بطبيعة خاصة مستقلة تستدعي تخصيصها بجهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادي .

والي جولر ذلك . أنشأ المشرع المصري في أواخر سنة ١٩٦٩ « المحكمة العليا » ، وأعطاهما اختصاصات متعددة متباينة . ثم جاء الدستور المصري الجديد لسنة ١٩٧١ مقررًا إنشاء « المحكمة الدستورية العليا » التي صلب تنظيمها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، وبذلك حلت هذه المحكمة محل المحكمة العليا .

(١) وذلك ليس فحسب فيما يتعلق بالمحاكم التي يتقاضون أمامها . بل وكذلك فيما يتعلق بالقواعد القانونية التي يخضعون لها إذ كان محتملا أن تعدد هذه القواعد وتختلف تبعا لتعدد واختلاف الطائفي على ما سبق البيان .

(٢) كانت اتفاقية « منترو » المعقودة بين مصر والدول صاحبات الامتياز سنة ١٩٣٧ هي التي مهدت لإلغاء الامتيازات في مصر من الناحيتين التشريعية والقضائية .

(٣) صلب هذا التوحيد القضائي توحيد في القانون المطبق بين الوطنيين والأجانب بالنسبة التقنيات المختلطة المختلفة . ولكن ظل التعدد قائما - أمام المحاكم العادية صاحبة الاختصاص القضائي الوحيد اليوم - في شأن القواعد القانونية التي تحكم بعض مسائل الأحوال الشخصية والتي تختلف باختلاف العقائد الدينية كما سبق البيان .

١٦٧ - جهة القضاء العادي

تعتبر هذه الجهة هي جهة القضاء ذات الولاية والاختصاص العام ، التي يشمل في الأصل بالنسبة للجميع كل المسائل والمنازعات ، فيما عدا المنازعات الادارية التي تختص بها المحاكم الادارية وفيما عدا ما يستثنى بنص خاص (١) . وفي أعلى السلم المتدرج لمحاكم هذه الجهة توجد محكمة النقض ، ومن تحتها تتدرج المحاكم نزولا الى محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية .

(١) محكمة النقض : هي المحكمة التي تسهر على صحة تطبيق المحاكم العادية للقانون في مختلف المسائل جنائية كانت أو غير جنائية . ولذلك فرقابتها لأحكام هذه المحاكم لا تنصرف الى ما تثبته هذه الأحكام من وقائع النزاع ، وانما الى كيفية تطبيق هذه الأحكام للقانون وانزاله على هذه الوقائع . فاذا رأت التطبيق سليما ، أيدت الحكم المطعون فيه أمامها وأبرمته . واذا رآته غير سليم . فالاصل - فيما عدا استثناءات قليلة - أن محكمة النقض تحيل النزاع الى دائرة أخرى في نفس درجة المحكمة الصادر عنها الحكم المنقوض لتفصل فيه من جديد (٢) . وتصدر الأحكام من محكمة النقض من خمسة مستشارين (٣) .

(٢) محاكم الاستئناف : لهذه المحاكم صفتان : صفتها كمحاكم درجة أولى ، وصفتها كمحاكم درجة ثانية . فبصفتها محاكم درجة أولى ، تنظر ابتداء في قضايا الجنايات في الأصل ، وهي أخطر أنواع الجرائم ، ولذلك تعرف خاصة بهذه الصفة باسم محاكم الجنايات ، ولكنها قد تنظر كذلك في بعض الجنح الهامة التي يدخلها المشرع استثناء في اختصاصها مثل الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا الميزة بأفراد الناس . وبصفتها محاكم درجة ثانية ، تنظر في الطعون المقدمة في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى الأدنى منها في المرتبة في المنازعات التي تمثل نوعا من الأهمية طبقا لما يحدده القانون . وأيا كانت الصفة التي تنظر بمقتضاها محاكم الاستئناف في القضايا ، فإن أحكامها تصدر من ثلاثة من المستشارين (٤) .

(١) م ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

(٢) م ٢٦٩ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

(٣) م ٢/٣ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .

(٤) م ٢/٦ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .

(٣) **المحاكم الابتدائية :** تنظر هذه المحاكم بصفاتها محاكم درجة أولى في غير المسائل الجنائية في القضايا كبيرة الأهمية التي تتجاوز قيمتها النصاب المقرر لاختصاص المحاكم الجزئية . وبالإضافة الى ذلك ، تقوم هذه المحاكم - سواء في المسائل الجنائية أو غير الجنائية - بدور محاكم الدرجة الثانية ، فتتظر في الطعون المرفوعة اليها في بعض الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية ، وتصدر أحكام المحاكم الابتدائية من ثلاثة قضاة (١) .

(٤) **المحاكم الجزئية :** على خلاف الحال بالنسبة لدرجات المحاكم الأخرى السابقة ، تصدر الأحكام من المحاكم الجزئية من قاض واحد (٢) . وتنظر هذه المحاكم - في غير المسائل الجنائية - في القضايا قليلة الأهمية التي لا تتجاوز قيمتها نصاها منها قدره خمسة آلاف جنيه (م ٤٢ من قانون الاليت ، مبدل القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ . أو في قضايا محدده محصورة بمقتضى القانون . أما في المسائل الجنائية ، فتختص بالنظر في « الخلافات » و « الجع » .

١٦٨ - جهة القضاء الإداري

يمثل جهة القضاء الإداري في مصر القسم القضائي في مجلس الدولة الذي يشمل المحاكم الإدارية بالمعنى الواسع والمحاكم التأديبية . وأعلىها « المحكمة الإدارية العليا » ، التي يكاد يماثل اختصاصها - بالنسبة للمحاكم الإدارية الأخرى والمحاكم التأديبية - اختصاص محكمة النقض بالنسبة للمحاكم العادية (٣) . وأدنى منها توجد « محكمة القضاء الإداري » ، و « المحاكم التأديبية » .

وقد كانت ولاية محاكم جهة القضاء الإداري مجرد ولاية خاصة قاصرة على ما تخضع لها القوانين من مسائل محددة - تشمل مع ذلك أهم أنواع المنازعات الإدارية - انتزاعا من الولاية القضائية العامة الثابتة أصلا لجهة القضاء العادية (٤) . وكان هذا الوضع منتقدا ومتنافيا مع الغرض من إنشاء جهة قضاء إداري مستقلة ، مما حدا بالمشروع المصري أخيرا الى جعل محاكم مجلس الدولة هي المحاكم ذات الولاية العامة في شأن المنازعات الإدارية (٥) .

(١) م ٤/٩ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .

(٢) م ١٤ من قانون السلطة القضائية سالف الذكر .

(٣) م ٢٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(٤) محمد فؤاد مهنا ، دروس القانون الإداري ، ج ٣ ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة

١٩٥٧ ، ص ١٠٢ و ١٠٣ .

(٥) إذ أخرج قانون السلطة القضائية الجديد - رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ - من اختصاص

١٦٩ - المحكمة الدستورية العليا

سلفت الإشارة إلى أن المشرع أنشأ المحكمة العليا بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ . وقد أعطاهم ذلك القرار بقانون اختصاصات أربعة هي : رقابة دستورية القوانين ، وتفسير النصوص القانونية ، والفصل في تنازع الاختصاص والتنفيذ بين جهات القضاء وأحكامها ، والفصل في وقف تنفيذ أحكام هيئات التحكيم في منازعات الحكومة والقطاع العام والصدى للفصل في تلك المنازعات في حال أمرها بوقف التنفيذ (١) .

ثم حلت المحكمة الدستورية العليا محل المحكمة العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ كما سلفت الإشارة ، وقد أقيمت هذا القانون للمحكمة الدستورية العليا الاختصاصات الثلاثة الأولى التي كانت ثابتة للمحكمة العليا مع بعض التعديل ، وحجب عنها الاختصاص الرابع الذي كان مخولا للمحكمة العليا بشأن أحكام هيئات التحكيم في منازعات الحكومة والقطاع العام . وقد سبق أن عرضنا للاختصاص الأول الخاص برقابة الدستورية (٢) ، فلا محل لتكراره في هذا المقام ، فقتصر على عرض الاختصاصين الآخرين فيما يلي :

(١) الاختصاص بالتفسير : أعطى المشرع للمحكمة الدستورية العليا سلطة تفسير بعض النصوص القانونية بشروط وقيود معينة على النحو الآتي :

١ - لم يخول المشرع للمحكمة الدستورية العليا الاختصاص بالتفسير تصدياً من جانبها ولا نتيجة خصومة أو دعوى مرفوعة أمامها ، وإنما بموجب طلب مقدم من وزير العدل ، بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية (م ١/٣٣) ، وهو ما يكفل الجدية التامة لطلب التفسير .

الحاكم العادية المنازعات الادارية التي يختص بها مجلس الدولة (م ١٥) ، ثم جاء قانون مجلس الدولة الجديد رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فبعد كثيراً من المنازعات الادارية التي يختص بها محاكم المجلس دون غيرها ينظرها ثم عزم بالنص على مد هذا الاختصاص الى سائر المنازعات الادارية (م ١٠ / ١٤) .

(١) انظر الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، فقرة ١٦٩ ، ص ٣٠٩ - ٣١٣ .

(٢) انظر سابقاً ، ص ٢٥٧ وما بعدها .

٢ - لا يشمل اختصاص المحكمة الدستورية العليا تفسير كل مراتب النصوص القانونية، بل يقتصر حسب علي : تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور ، (م ٢٦) ، فلا يمتد اختصاص هذه المحكمة الى تفسير نصوص الدستور (١) ولا الى تفسير اللوائح (٢).

٣ - يجب أن يكون هناك مبرر مقبول لتفسير بعض النصوص القانونية الذي تختص به المحكمة الدستورية العليا ، وهو ما حدده المشرع بأن تكون النصوص المطلوب تفسيرها قد « أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها » (م ٢٦) . ولذلك أوجب المشرع أن يعين في طلب التفسير (المقدم من وزير العدل) النص التشريعي المطلوب تفسيره ، وما أثاره من خلاف في التطبيق ، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه ، (م ٢/٣٣) ، تلك الوحدة التي هي الهدف من الطلب ومن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير.

وقرارات المحكمة الدستورية العليا بالتفسير في الحدود المتقدمة - ككل أحكامها وقراراتها - نهائية وغير قابلة للطعن (م ٤٨) . وهذه القرارات - مثل أحكام هذه المحكمة في المسائل الدستورية - ملزمة لجميع سلطات الدولة وللوكالة ، وتنتشر في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها (م ١/٤٩)

ويبدو أن المشرع قد توخى ، من وراء منح المحكمة الدستورية العليا هذا الاختصاص وجعل قراراتها بالتفسير ملزمة ، الاستثناء عن قيامه بنفسه أو عن طريق لجان مفوضة باصدار تشريعات تفسيرية . ومعنى ذلك أن مهام المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً ملزماً دون خصوصية محددة قائمة أو دعوى مرفوعة اليها ولتأمن بناء على طلب من وزير العدل ، إنما هو من قبيل تفويض المشرع لها في اصدار تشريعات تفسيرية ، فيكون لقراراتها بالتفسير قوة الإلزام التشريعية ، وترتب عليها ما يترتب على التشريعات التفسيرية من آثار.

(١) في هذا المعنى :

مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين ، ١٩٨٥ ، ققرة ٥٦٩ ، ص ٤٩١ .

(٢) قانون :

مصطفى أبو زيد فهمي ، الموضع السابق

(٢) اختصاص الفصل في التنازع على الاختصاص وفي النزاع على التنفيذ

: من المصور أن يقوم تنازع على الاختصاص القضائي نتيجة وجود جهات مستقلة للقضاء (القضاء المادى والقضاء الاداري) وللهيئات ذات الاختصاص القضائي ما قد يرفع ذات النزاع الى أكثر من جهة فتتخلط كل منها عن نظره بحجة علم الاختصاص وهذا هو التنازع السلس ، أو يرفع ذات النزاع الى أكثر من جهة فتدعى كل منها اختصاصها بنظره وهذا هو التنازع الالجابي وفي هذه الحالة الأخيرة قد يصدر حكمان نهائيان متناقضان ، فيثور نزاع حول أي المحكمين أحق بالتنفيذ . ففي هذه الحالات جميعا ، لامتناس من إيجاد جهة يكون لها الفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي النزاع على التنفيذ.

وقد أنشأ المشرع لذلك في البداية « محكمة تنازع الاختصاص » المؤلفة من رئيس محكمة النقض رئيسا ومن ستة من المستشارين نصفهم من مستشارى محكمة النقض والنصف الآخر من مستشارى المحكمة الادارية العليا (١) . ثم أحال المشرع على المحكمة العليا عند انشائها سنة ١٩٦٩ اختصاص الفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي النزاع على التنفيذ . ثم آل هذا الاختصاص من بعد الى المحكمة الدستورية العليا منذ انشائها سنة ١٩٧٩

ويتخذ اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي النزاع على تنفيذ حكمين متناقضين بناء على طلب يتقدم به كل ذو شأن (م ١/٣١ و ١/٣٢) .

وفي حالة التنازع على الاختصاص القضائي ، يطلب ذو الشأن الى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوي في النزاع الأصلي (م ١/٣١) . وعليه أن يبين في الطلب موضوع النزاع وجهات القضاء التي نظره وما اتخذ كل منها في شأنه (م ٢/٣١) . ويترب على تقديم الطلب وقف الدعاوى القائمة المتعلقة به حتى الفصل فيه من المحكمة الدستورية العليا (م ٣/٣١)

وفي حال النزاع على تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين ، يبين ذو الشأن - في طلبه المقدم الى

(١) م ١٨ من قانون السلطة القضائية الملني رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ .

المحكمة الدستورية العليا بالفصل في ذلك - النزاع القائم حول التنفيذ ووجه التناقض بين المحكمين (م ٢/٣٢) . وعلافا لما عليه الوضع في حال النزاع على الاختصاص القضائي ، لا يترتب على مجرد تقديم طلب الى المحكمة الدستورية العليا بالفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ المحكمين المتناقضين وقف التنفيذ . بل يجب أن يتقدم أحد من ذوي الشأن بطلب وقف التنفيذ ، ولرئيس المحكمة أن يأمر - بناء على هذا الطلب - بوقف تنفيذ المحكمين أو أحدهما إلى حين فصل المحكمة الدستورية العليا في النزاع (م ٣/٣٢) .

وأحكام المحكمة الدستورية العليا بالفصل في النزاع على الاختصاص وفي النزاع على تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين أحكام نهائية وغير قابلة للطعن ككل أحكام هذه المحكمة (م ٤٨) . ولكنها - على خلاف أحكام المحكمة المتعلقة برقابة الدستورية وقراراتها بالتفسير - ليست لها قوة الالتزام المطلقة بل هي نسبية الأثر فيما بين الخصوم ، وبالتالي لا تنشر في الجريدة الرسمية.

١٧٠ - منهج البحث

يثير البحث في تطبيق القاعدة القانونية مسألتين رئيسيتين : الأولى تعيين نطاق هذا التطبيق ، أى تعيين مدى سريان القاعدة القانونية . والثانية تفسير القاعدة القانونية تفسيراً يفصح عن معنى الحكم الذى تتضمنه .

ولذلك نقسم هذا الفرع الى بابين :

الباب الأول - فى مدى سريان القاعدة القانونية .

الباب الثانى - فى تفسير القاعدة القانونية .

الباب الأول

مدى سرية القاعدة القانونية

١٧١ - تمهيد وتقسيم

أول ما يعرض عند تطبيق القاعدة القانونية ، هو وجوب تعيين نطاق هذا التطبيق بتحديد المدى الذي يبلغه سريةها . ومدى سرية القاعدة القانونية إنما يتحدد بالنظر الى أمور ثلاثة :

أولاً - تحديد هذا المدى بالنسبة الى المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كانت هذه القاعدة تسري في حق جميع هؤلاء المخاطبين دون استثناء أم يقال بعضهم من الخضوع لأحكامها بدعوى الجهل بها .

والثاني - تحديد هذا المدى من حيث المكان الذي تسري فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كان مكان سرية هذه القاعدة هو الاقليم الصادر والنافذ فيه أم محل وجود الأشخاص الموضوعات من أجلهم هذه القاعدة سواء كان هو هذا الاقليم أو خارجه .

والثالث - تحديد هذا المدى من حيث الزمان الذي تسري فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عن كيفية وتاريخ انتهاء سريةها ، وطريقة حل التنازع الناشئ عن تعاقب القواعد القانونية في الزمان .

فنعرض لكل من هذه الأمور الثلاثة على التوالي في فصل على حدة .

الفصل الأول

مدى سريان القاعدة القانونية

في حق المخاطبين بأحكامها

١٧٢ - مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون^(١)

إذا تكونت القاعدة القانونية . فخرجت عن مصدر من المصادر الرسمية . فهي تسرى في حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، بمعنى أنها تطبق على كافة من تتوجه اليهم من أشخاص ، فلا يعفى واحد منهم من الخضوع لأحكامها . ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف : « لا يفترض في أحد الجهل بالقانون » ، (Nul n'est censé ignorer la loi) ، أى لا عذر بجهل القانون . فلا يقبل من أى كان الاحتجاج بجهله حكم قاعدة قانونية ليفلت من انطباقها عليه وسريانها في حقه . فجهل القاعدة القانونية لا يصلح اذن عذرا يمنع أو يعفى من انطباقها على أحد . فهي تسرى في حق جميع المخاطبين بأحكامها . من علم بها ومن جهلها على السواء .

١٧٣ - أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

يؤسس بعض الفقهاء مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على أساس وجود قرينة على علم الأفراد به^(٢) . ولكن مثل هذا الأساس غير مقبول ، اذ القرائن القانونية - كما سبق البيان - إنما تقوم على حمل الأمر المشكوك

(١) راجع في ذلك بخاصة :

Dereux, Etude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi",
Revue trimestrielle de droit civil, t. VIII, 1907, pp. 512-554.

وكتابتنا « أصول القانون » . فقرات ١٧٧ - ١٧٩ ، ص ٢٧٦ - ٢٨٥ .

(٢) انظر بخاصة :

عبد الرزاق السنهوري وحسنت أبو ستيت ، فقرة ١٢٣ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرات

١٠٢ ، ١٠٣ - سليمان مرقس ، فقرات ٨٧ و ٨٨ - محمد علي امام ، فقرة ١٠٢ .

فيه حمل القالب والمألوف في العمل بشأله ، وليس القالب في العمل ولا
المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية بل القالب هو جهلهم بها .

ولعل قواعد العمل هي خير ما يؤسس عليه هذا المبدأ . فالعمل الخاص
يتطلب المساواة التامة في معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية ، فلا
يفرق بينهم في وجوب الخضوع لها أو يعفى بعضهم من التقيد بها . وهذه
المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما تؤكد من
سيادة النظام والقانون في المجتمع ، إذ لو أبيع الاعتذار بجهل القانون
للافلات من أحكامه ، لما أتيح حينئذ تطبيق القانون إلا في القليل النادر حيث
يعلم الناس بأحكامه ، واذن لسادت الفوضى وضاع الأمن وتقوض النظام في
المجتمع . فضلا عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفى لصفة
الالزام عنها ، إذ يجعل الزامها هو توافر العلم بها ، بينما القاعدة القانونية
تتميز قبل كل شيء بما لها من الزام ذاتي ينبعث منها ومن وجودها هي لا من
عامل خارجي عنها كالعلم بها (١) . والواقع أن القاعدة القانونية - بما تقرر
من الزام بمضمونها - تنطوي كذلك على معنى الإلزام بالعلم بها من وقت
نفاذها .

١٧٤ - متى مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

(١) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد القانونية على اختلاف
مصادرها : سبق البيان ، عند تفصيل القول في التشريع ، أن نشره في
الجريدة الرسمية وفوات الميعاد الذي يبدأ منه نفاذه ، يفترض معه علم الكافة
بأحكامه ، فلا يقبل اعتذار أحد بجهلها .

ولسكن مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ليس قاصرا على التشريع
فحسب ، بل هو ينسحب كذلك على كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها
الرسمي . فالقاعدة العرفية والدينية السائدة ، يمتنع الاعتذار كذلك

(١) قرب من ذلك :

Ripert et Rodière, op. cit., t. I, No. 12. — Dècortigues, L'erreur de
droit, Revue trimestrielle de droit civil, 50ème année, 1951, pp. 303.

بجهلها ، كما يمتنع الاعتذار بجهل القواعد التشريعية سواء بسواء ، بل نقد قلنا ، في صدد الكلام عن العرف ، ان من بين نتائج تميزه عن العادة أن العادة يجوز الاحتجاج بجهلها لانه لا الزام لها الا بإرادة المتعاقدين ، و جهل أحدهما أو كليهما بها يمتنع من وجود هذه الإرادة ، بينما العرف - باعتباره قاعدة قانونية - لا يجوز الاحتجاج بجهله للأفلات من الخضوع لحكمه (١) .

(٢) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء : يقصر أغلب الفقهاء العمل بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على القواعد القانونية الآمرة أى على القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب دون القواعد المكملة (٢) . بل ان منهم من يقصر العمل به على البعض فقط من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب ، كالقوانين الجنائية خاصة (٣) ، أما ما عداها من بقية القواعد الآمرة وكل القواعد المكملة فيجوز عندهم الاعتذار بجهلها .

ولسنا نرى ما يبرر هذه التفرقة ، اذا ما دامت القاعدة القانونية قاعدة ملزمة فلا ينبغي الاحتجاج بجهلها للأفلات من الخضوع لحكمها ، لأن الإلزام بمضمونها ينطوي على معنى الإلزام بالعلم بهذا المضمون كما سبقت الإشارة . وغنى عن البيان أن صفة الإلزام متوافرة للقواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء ، فالعلم بها يكون واجبا لا يمكن التحلل منه بالنسبة اليها جميعا دون تفريق .

(١) انظر سابقا ، ص ٢٧٩ - ٢٨٠ .

(٢) انظر خاصة :

Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 246. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. I, VI, Obligations par Esmein, 2ème éd. 1962, No. 181.

عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ، ١٩٣٤ ، فقرة ٣٧٣ ، الوسط ، الجزء الاول فقرة ١٧٤ ، - عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٢٣ .

(٣) سليمان مرقس ، فقرة ٨٨ .

وانظر كذلك في نفس المعنى : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي .
مجموعة الأعمال التشريعية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ١٥٩ .

فضلا عن أن القول بإباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملة لا يستقيم مع طبيعة هذه القواعد من كونها لا تطبق الا في حال سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، اذ قد يكون سكوتهما عن جهل منهما بأحكامها ، ومع ذلك تلزمهما هذه الاحكام ، لأنه بهذا السكوت يتحقق شرط انطباقها في حقهما . فلو قيل بإمكان الاعتذار بجهل القواعد المكملة ، لما وجدت هذه القواعد اذن مجالا كبيرا للتطبيق ، لأنها لا تطبق الا عند سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، فيستطيع من له مصلحة منهما في عدم تطبيقها أن يدفع بجهله بأحكامها ويفسر السكوت على هذا الأساس . وحينئذ نوجد أمام فراغ ما وجدت القواعد المكملة الا لسده ، اذ لا توجد ارادة للمتعاقدین من ناحية ، ويمتنع تطبيق القواعد المكملة من ناحية أخرى .

١٧٥ - الاستثناء من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

من المسلم عند جمهور الفقهاء والمستقر في القضاء^(١) الاستثناء من هذا المبدأ ، بإجازة الاعتذار بجهل القانون في حال قيام قوة قاهرة^(٢) - كفيضان أو احتلال أجنبي - تعزل بعض المناطق في الدولة عزلا تاما يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية إليها . وأيا كان الرأي في الاستثناء وتبريره ، فهو من ناحية نادر التحقق اليوم أمام تقدم وسائل المواصلات وخاصة بالطائرات . وهو من ناحية أخرى مقصور على القواعد التشريعية اذ هي وحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية وتعتبر معلومة للناس بهذا النشر .

ويضيف بعض الفقهاء الى هذا الاستثناء المسلم استثناءين آخرين :
الأول خاص بحالة ابطال العقد لخلط في القانون ، والثاني خاص بحالة

(١) انظر بخاصة : نقض ٨ أبريل ١٩٦٥ ، مجموعه احكام محكمة النقض ، س ١٦ ع ٢ ، رقم ٧٧ ، ص ٤٧٦ .

(٢) ويقرر حكم النقض سالف الذكر أنه : اذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قبول اعتذار المطعون ضده بجهله نص المادة ٢٥ من قانون المحاماة (الذي يوجب توقيع محام على صحف الدعاوى) الى ما قرره الطاعة في مذكرتها من أن المدة التي مضت ما بين تنفيذ القانون وبين اعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليطلع المطعون ضده رافع الدعوى بذلك النص المستحدث . فإن هذا الاستناد خطأ في القانون لان عدم كفاية هذه المدة لا يعتبر قوة قاهرة ولا يبرر قبول اعتذار المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور .

ارتفاع المسؤولية الجنائية عند الجهل بقوانين غير جنائية تكون العقوبة الجنائية مؤسسة عليها . غير أن هاتين الحالتين لا تمثلان استثناءات حقيقية من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ، وذلك على النحو الذي نبينه فيما يلي :

(١) **ابطال العقد لغلط في القانون ليس استثناء من المبدأ** : يذهب بعض الفقهاء الى أن ثم استثناء يرد على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، هو امكان ابطال العقد نتيجة ما وقع فيه أحد المتعاقدين من « غلط في القانون » (١) . فقد ظنوا أن في اجازة ابطال العقد لما وقع فيه المتعاقد من غلط في القانون (٢) خروجاً على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بقبول الاعتذار بالوقوع في هذا الغلط (٣) . فالوارث مثلاً الذي يبيع حصته في التركة على اعتقاد أنها الربع في حين أن له نصف التركة طبقاً لقواعد الميراث ، يكون له حق ابطال عقد البيع للغلط الذي شاب ارادته في قدر الشيء المباع .

والواقع أن هذا الظن خاطيء ، فليس في ابطال العقد لغلط في القانون

(١) في هذا المعنى :

Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 12ème éd. 1935, No. 238.

محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الباب المهيمن ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٦ ، ص ٥٦ .

(٢) يسوى المشرع في المبدأ بين « الغلط في القانون » وبين « الغلط في الواقع » من حيث امكان ابطال العقد بسببه (١٢٢ مدني) . ولكن استثناء من هذا المبدأ ، لا يجيز المشرع المعلن في عقد الصلح بسبب غلط في القانون (م ٥٥٦ مدني) .

(٣) ويبرر بعض الفقهاء هذا الخروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بأن نطاق تطبيق هذا المبدأ يجب أن يقتصر على الأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام وحدها . أما إذا كان الجهل أو الغلط وارداً على قاعدة قانونية غير متعلقة بالنظام العام فيمكن الاحتجاج بالتمسك به لطلب ابطال العقد الذي أبرم نتيجة هذا الغلط . (انظر :

Baudry, Lacantinerie et Barde, op. cit., No. 69, p. 109. — Demogue, op. cit., t. I, No. 246, p. 405.

عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، فقرة ٣٧٢ ، الوسيط ، الجزء الأول ، فقرة ١٧٤ . ص ٣٠٦ و ٣٠٧ — محمد علي عرفة ، ص ٧٦) . ولكن الامثلة التي تضرب في هذا المقصد ويجوز فيها ابطال العقد لغلط في القانون ، يرد الغلط في أغلبها على قواعد أمرة متعلقة بالنظام العام (انظر في هذه الامثلة خاصة : Demogue, op. cit., No. 246, p. 408 .

عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، فقرة ٣٧٤) .

فى الامثلة التى يضرىونها أى استثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » أو خروج عليه . ذلك أن مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » إنما يعنى أنه لا يمكن منع تطبيق القانون بحجة الجهل به ، فهو يطبق على الجميع دون تفریق أى حتى على من يجهله . وبعبارة أخرى ، فالمقصود بهذا المبدأ الدلالة على أنه حيث يجب تطبيق قاعدة معينة ، فلا يمكن منع انطباقها على من يجب سريانها فى حقه بحجة جهله بأحكامها (١) . وما دام هذا هو مضمون المبدأ ومعناه ، فالاستثناء منه لا يتصور اذن الا باعفاء من يجهل حكم قاعدة قانونية معينة من واجب الخضوع لها ، أى بمنع سريانها عليه . ومن هنا لا يكون فى اعطاء المتعاقد الواقع فى غلط فى القانون حق طلب ابطال العقد الذى اندفع الى ابرامه تحت تأثير الغلط ، أى استثناء أو خروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، الا اذا كان فى هذا الابطال منع لسريان القاعدة القانونية الوارد عليها الغلط فى حق المتعاقد الواقع فى الغلط بشأنها . وليس الحال كذلك فى المثل المضروب . فالوارث الذى يجهل قواعد الميراث ويقع فى غلط فى قدر الحصة التى تفرضها له . ثم يطلب ابطال عقد البيع الذى اندفع الى ابرامه تحت تأثير هذا الغلط ، لا يتوصل بالحصول على الابطال الى منع سريان قواعد الميراث فى حقه ، فهى تظل سارية فى حقه رغم جهله بأحكامها . ولولا أن هذه القواعد تعتبر سارية فى حقه فيكون له نصف التركة ، لما دعا الأمر الى تمكينه من ابطال بيع حصته الذى اندفع اليه على اعتبار أنها الربع فقط .

ولكن اذا عرضت فروض أخرى ، تحقق فيها غلط أحد المتعاقدين فى حكم قاعدة قانونية ، وكان من شأن تمكينه من المطالبة بإبطال العقد لهذا الغلط استبعاد تطبيق تلك القاعدة عليه ، فيجب حينئذ حرمانه من طلب الابطال لهذا السبب ، والا انتهى الأمر الى تمكينه من التحجج بجهله للافلات من انطباق القاعدة عليه ، بما يعنى خرق مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل

(١) فى هذا المعنى :

Ripart et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil* de M. Planiol.
t. II, 2ème éd., 1947, No. 206.

(م ٢١ - المدخل الى القانون)

القانون ، وهو ما لا يجوز . ولذلك لا يجوز للمقرض طلب ابطال عقد القرض المعقود بفائدة تجاوز الحد الأقصى المشروع للفائدة الاتفاقية بناء على غلظه في حكم القاعدة المقررة لهذا الحد ، بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع انزال الفائدة الفاحشة المتفق عليها الى الحد الأقصى المشروع (١) . وكذلك لا يجوز للمؤجر طلب ابطال عقد الايجار المعقود بأجرة تجاوز الحد الأقصى الذي قرره القانون بناء على غلظه في حكم القانون في هذا الشأن ، بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع انقاص الأجرة المتفق عليها الى حدها الأقصى المقرر (٢) .

(٢) امتناع المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير جنائية تؤسس عليها العقوبة ليس استثناء من المبدأ : يذهب القضاء الجنائي الفرنسي الى أن الجهل بأحكام قانون غير جنائي تكون العقوبة مؤسسة عليه ينهض عذرا لمتهم فيرفع عنه المسؤولية الجنائية . ولذلك قضى بعدم عقاب من عثر على كنز في أرض الغير فاستولى عليه كله لنفسه ، جاهلا حكم القانون المدني الفرنسي الذي يملكه نصفه ومالك الأرض النصف الآخر مما يجعله مختلسا نصيب هذا الأخير (٣) .

غير أن ارتفاع المسؤولية الجنائية نتيجة الجهل بحكم قانون غير جنائي تكون العقوبة مؤسسة عليه ، لا يمثل استثناء حقيقيا من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون . اذ من ناحية ، لن يؤدي منع العقاب الجنائي نتيجة هذا الجهل الى منع تطبيق القاعدة القانونية غير الجنائية على من وقع في الغلط

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ، ج ١ ، العقد والارادة المنفردة ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٠٢ ، ص ٢٠٤ . - عبد المنعم البدر اوى ، المسئل للمعلوم القانونية ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٣٣ ، ص ٢٠١ و ٢٠٢ .

(٢) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

(٣) انظر في هذا القضاء :

Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 8ème éd., 1947, No. 139.

يشأنها ، بل نطل هذه القاعدة رغم ذلك مبررة في حقها ومطبقة عليه . ومن ناحية أخرى ، فارتفاع المسؤولية الجنائية ، وامتناع العقاب هنا ليس في الحقيقة الا نتيجة انتفاء القصد الجنائي وهو ركن أساسي من أركان الجريمة ، اذ لا يتحقق هذا القصد هنا الا بالعلم بحكم قاعدة معينة غير جنائية ، وما دام مرتكب الجريمة يجهل هذا الحكم فلا يتوافر عنده حينئذ القصد الجنائي الى ارتكابها (١) .

والخلاصة مما تقدم ، أنه لا يوجد استثناء حقيقي من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون الا استثناء وحيد ، هو ذلك المنحصر في قيام قوة قاهرة تحول دون وصول الجريدة الرسمية الى بعض المناطق في الدولة .

(١) وهذا ما بصرت به محكمة النقض المصرية فيما قضت به من أنه حيث « ان الزوجين اذ أقصا على الزواج ، لم يكونا عالين تحريم الجمع بين المرأة وابنة اختها ، شأنهما في ذلك شأن ساهدي العقد » . وحيث أنه وقد انتفى القصد الجنائي (في جريمة التزوير) لما تقيم بينانه ، تكون التهمة على غير أساس ويتعين براءة المتهمين منها (نقض ١٠ مايو ١٩٤٣ ، مجموعة عمر (جنائي) ، ج ٦ ، رقم ١٨١ ، ص ٢٤٧) .

انظر في تأييد هذا الحكم : كتابنا سالف الذكر ، هامش « ١ » . ص ٣٧٩ - ٣٨١ .
ولكن قارن :

السعيد مصطفى السعيد ، الإحكام العامة في قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ٢٨٧ .
محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ ،
فقرة ٧٢٩ ، ص ٧٢٥ .

الفصل الثاني

على سريان القاعدة القانونية في المكان

١٧٦ - مشكلة السريان المكاني

إذا وقفنا على أن القاعدة القانونية تتوجه إلى جميع المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، فلا يمتنع سريانها في حق أحدهم بحجة الجهل بها ، فيبقى بعد ذلك أن نحدد المدى المكاني لهذا السريان .

وتحديد المدى المكاني لسريان القاعدة القانونية لا يثير أى صعاب في نطاق جماعة منغزلة لا يوجد في اقليمها الا المنتمون اليها دون الأجانب ولا يوجد أحد من المنتمين اليها خارج اقليمها ، ولا تقوم علاقات بين المنتمين اليها وبين الأجانب ، اذ يسرى حينئذ قانون هذه الجماعة وحده في حدود اقليمها دون أن ينازعه في السريان أى قانون آخر .

غير أن مثل هذا الفرض لم يعد اليوم الا فرضا وهميا يكاد يستحيل تحقيقه في العمل ، أمام انتشار المدنية وازدياد العلاقات بين الأفراد في مختلف الدول ، بل ووجود طائفة من الأجانب في اقليم كل دولة ، فعينئذ يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى في كل اقليمها بحيث يكون له مطلق السلطان في حق الوطنيين والأجانب المقيمين في هذا الاقليم على السواء ، أم يقتصر سلطانه وسريانه على الوطنيين وحدهم فلا يمتد الى الأجانب الذين يظلون خاصصين لقوانين دولهم ؟ وكذلك يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى في حق الوطنيين المقيمين خارج الاقليم فيتبعهم في أى مكان يوجدون ، أم يقف سلطانه وسريانه عند حدود الاقليم فلا يمتد اليهم وانما يسرى عليهم قانون الدولة المقيمين أو الموجودين فيها ؟ .

والاجابة على هذا التساؤل تتراوح كما هو واضح بين مبدئين : مبدأ الإقليمية حيث يتحدد سريان القانون باقليم الدولة النافذ فيها دون نظر إلى

جنسية الأشخاص المقيمين فيه ، ومبدأ الشخصية حيث يتحدد سريان القانون بجنسية الأشخاص التابعين للدولة النافذة فيها دون نظر الى مكان وجودهم .
هل هو داخل اقليم الدولة أو خارجه .

١٧٧ - مبدأ الاقليمية ومبدأ الشخصية في سريان القاعدة القانونية^(١)

قلنا ان سريان القاعدة القانونية اما سريان اقليمي واما سريان شخصي .

أما السريان الاقليمي للقاعدة القانونية وهو ما يعبر عنه بمبدأ اقليمية القانون (Territorialité de la loi) فيقصد به - من ناحية - سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل الاقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه ، ويقصد به - من ناحية أخرى - عدم سريانها على كل ما يقع خارج حدود هذا الاقليم . فاذا قلنا مثلا أن القانون المصري اقليمي التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه وحده الذي يسرى على كل ما يقع في أرض مصر وعلى كل المقيمين فيها ، مصريين كانوا أو أجانب ، وأنه لا يسرى على ما يقع خارج حدود مصر ، ولا يسرى على الأشخاص المقيمين خارج مصر ولو كانوا مصريين .

وأما السريان الشخصي للقاعدة القانونية ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ شخصية القانون (Personnalité de la loi) فيعني سريان القاعدة القانونية في دولة معينة على الأشخاص التابعين لها حتى ولو كانوا خارج حدود اقليمها وعدم سريانها على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين في اقليمها . فاذا قلنا مثلا ان القانون المصري شخصي التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه يطبق على المصريين وحدهم حتى ولو كانوا خارج مصر ، وأنه لا يطبق على الأجانب حتى ولو كانوا موجودين في مصر .

والواقع أن مبدأ اقليمية القانون يقوم على أساس ما للدولة من سيادة

(١) انظر في ذلك بخاصة :

Batiffol. Traité élémentaire de droit international privé, 1948, Nos. 9 et s.

حامد زكي ، أصول القانون الدولي الخاص ، ١٩٤٤ ، فقرة ٦٩ وما بعدها .

فى اقليمها ، مما يمد معه تطبيق قوانين الدول الأخرى على ما يقع فى اقليمها
هى اعتداء على سيادتها • وأما مبدأ شخصية القانون فيقوم على أساس
ما للدولة من سيادة على رعاياها حيثما وجدوا ، نظرا لما يربطهم بها من
رابطة لا تنقيد أو تتحدد بمكان معين •

وقد تفاوت منذ القدم الأخذ بكل من المبدأين باختلاف الدول (١) • فبعضها
أخذ بمبدأ اقليمية القانون ، وبعضها الآخر أخذ بمبدأ الشخصية • ولكن لم
يكن الأخذ بهذا المبدأ أو ذاك فى دولة من الدول الا من حيث الأصل
فحسب ، مع فتح الباب لاستثناءات تطبق المبدأ الآخر فى حالات خاصة •

١٧٨ - مدى السريان المكاني للقانون المصرى

يطبق القانون المصرى فى الأصل تطبيقا اقليميا • ولكن هذا الأصل
ليس مطلقا ، اذ تعد منه استثناءات معينة •

أولا - مبدأ اقليمية القانون المصرى : المبدأ العام المقرر هو اقليمية
تطبيق القانون المصرى ، استنادا الى ما للدولة من سيادة على اقليمها ،
فالأصل اذن هو وجوب تطبيق القواعد القانونية المصرية على كل الموجودين فى
مصر أيا كانت جنسيتهم ، ولا تطبق خارج مصر حتى على المصريين •

غير أن التطبيق الاقليمى الكامل يقتضى وحدة القانون الوطنى المطبق داخل
حدود الدولة ، ووحدة الهيئة أو الجهة القضائية التى تطبق هذا القانون •
ولم يتح دائما تطبيق مبدأ اقليمية القانون تطبيقا كاملا فى مصر ، فقد
انتقصت الامتيازات الأجنبية والامتيازات الطائفية من كمال التطبيق الاقليمى
للقانون المصرى (١) • ولكن انتهى هذا الانتقاص من ناحية ، بإلغاء الامتيازات
الأجنبية سنة ١٩٤٩ • وانكمش هذا الانتقاص ، من ناحية ثانية ، فيما يتعلق
بالامتيازات الطائفية ، حيث أصبح منحصرا اليوم فحسب فى تعدد القوانين
المطبقة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية تبعا لتعدد العقائد الدينية ،
بعد أن توحد الاختصاص القضائى دون نظر لاختلاف الدين وتم إلغاء المحاكم
الشرعية والمجالس المليية المتعددة منذ سنة ١٩٥٥ • ولما كان هذا الأثر الباقى

(١) راجع فى ذلك كتابنا سابق الذكر ، فقرة ١٨٢ ، ص ٢٨٩ - ٢٩٢ •

لا يعنى الانتقاص من كمال التطبيق الاقليمى للقانون فنحسب ، بل كذلك ، الانتقاص من الوحدة الوطنية فى اسمى مظاهرها ، فاننا نطمح فى ان يخطو المشرع المصرى فى القريب الخطوات اللازمة للقضاء على هذا الانتقاص .

ثانيا - احوال الخروج الاستثنائى على مبدأ اقليمية القانون المصرى :

اذا كان المبدأ العام هو تطبيق القانون المصرى تطبيقا اقليميا على ما رأينا ، فان هذا المبدأ ليس مطلقا ، اذ ترد عليه بعض استثناءات تحد من تطبيق هذا القانون داخل اقليم الدولة أو تمد هذا التطبيق الى خارج هذا الاقليم ، واذا كان الغالب أن تؤدي هذه الاستثناءات الى شخصية تطبيق القانون ، الا أن ذلك لا يتحقق دائما . اذ قد تؤدي بعض الاستثناءات الى تطبيق القانون تطبيقا عينيا (١) ، بحيث يتحقق الخروج على مبدأ اقليمية ولكن ليس لصالح فكرة الشخصية ، كما يحصل - وخاصة فى شأن تطبيق بعض قواعد قانون العقوبات - عندما يتقرر تطبيق القانون الوطنى على من يأتى فعلا أو جرما خارج اقليم الدولة حتى لو كان غير وطنى وغير مقيم فى الدولة ، لمجرد مساس هذا الفعل أو الجرم بمصلحة أساسية للدولة . ونعرض فيما يلى لأهم أحوال الخروج الاستثنائى على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، أيا كانت نتيجة هذا الخروج .

(١) أهم ما يرد من استثناء على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، هو ذلك الناشئ عن اعمال قواعد القانون الدولى الخاص المصرى أى قواعد الاسناد المصرية . فهذه القواعد - كما سبق البيان - تعين القانون الواجب التطبيق فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى . وهى قد تعين قانونا أجنبيا - دون القانون المصرى - فيما يقع فى اقليم مصر ، فيعتبر تطبيق القانون الأجنبى حينئذ خروجاً على مبدأ اقليمية القانون المصرى . فمثلا تقضى هذه القواعد بأن القانون الواجب التطبيق بشأن الميراث هو قانون المورث (م ١٧ مدنى) ، فاذا توفى فرنسى فى مصر ، فالقانون الذى يطبق بشأن تركته هو القانون

(١) راجع فى التطبيق العيني للقانون :

محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة .

١٩٦٢ ، فقرات ١٠٨ و ١٢٨ - ١٣٠ .

الفرنسي استثناء من مبدأ الاقليمية الذي كان يجب تطبيق القانون المصري .

ومن ناحية أخرى ، فقد يترتب على اعمال قواعد الاسناد تطبيق القانون المصري - استثناء من مبدأ اقليميته - على ما يقع خارج مصر . فطبقا لقاعدة الاسناد السالفة الذكر ، يطبق القانون المصري على تركة المصري الذي يتوفى ويترك أموالا في الخارج .

(٢) وكذلك يرد على مبدأ اقليمية القانون المصري استثناء ثان خاص ببعض الحقوق العامة أو السياسية كحق الانتخاب وحسب الترشيح للهيئات النيابية ، وبعض الواجبات أو الالتزامات الوطنية كواجب الخدمة العسكرية . فمثل هذه الحقوق والواجبات - وهي خاصة بالانتماء الى الوطن - لا يتصور أن تسرى القواعد القانونية المقررة لها الا في حق الوطنيين وحدهم دون الأجانب ، فلا تطبق اذن تطبيقا اقليميا بل تطبيقا شخصيا .

(٣) أما الاستثناء الثالث الوارد على مبدأ اقليمية القانون المصري ، فهو الخاص بالعقاب على بعض الجرائم التي ترتكب أو تقع خارج مصر . فمثل كانت القاعدة هي اقليمية قانون العقوبات المصري كما هي الحال في أغلب الدول ، الا أن من الاعتبارات ما يحتم الخروج على هذه القاعدة في بعض الحالات ، سواء بما يؤدي الى عينية تطبيق القانون المصري أو بما يؤدي الى شخصيته .

فقد استلزم الدفاع عن كيان الدولة المصرية اعطاءها حق العقاب بمقتضى قانونها على ما يرتكب في الخارج من وطني أو أجنبي من جرائم تخل بأمنها ، أو بالثقة في أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها ، أو بالثقة في نقدتها عن طريق تزيفه (م ٢ - ثانيا عقوبات) . وظاهر أن تطبيق القانون المصري هنا ، استثناء من مبدأ الاقليمية ، هو تطبيق عيني ، بالنظر الى مساس هذه الجرائم بكيان الدولة ومصالحها الأساسية ، بحيث يجيء هذا التطبيق رغم ارتكاب الجريمة في الخارج ودون النظر الى جنسية مرتكبها (١) .

(١) راجع في عينية تطبيق القانون المصري في هذه الحالة :

محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فقرات ١٢٨ - ١٣٠ ، ص ١٤٥ - ١٤٧ .

وفى أحوال أخرى ، يتقرر الخروج على مبدأ اقلية قانون العقوبات -
المصرى ، بما يؤدى الى التطبيق الشخصى لهذا القانون . فمن ذلك ما يقرره
المشرع المصرى - ومصر كأغلب الدول لا تسلم رعاياها - من العقاب وفق
قانون العقوبات المصرى على ما ارتكبه المصريون فى الخارج من جنایات أو جنح
إذا عادوا الى مصر تهربا من العقاب ، حتى لا تكون هذه العودة منجاة لهم .
منه (م ٣ عقوبات) (٢) .

(٢) انظر فى هذه الحالة :

محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فقرات ١٢١ - ١٢٨ ، ص ١٤٧ - ١٥١ -

الفصل الثالث

مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان

١٧٩ - تقسيم

يشير تحديد مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان مسألة انتهاء هذا السريان ، وهو ما يتم بإلغاء القاعدة القانونية • فإذا ألغيت قاعدة قانونية لتحل محلها قاعدة جديدة ، يقوم التنازع بين القاعدتين على حكم الأوضاع والآثار القانونية التى ابتدأت فى ظل القاعدة القديمة وما زالت مستمرة فى ظل القاعدة الجديدة ، فكيف يحل هذا التنازع ، وكيف تتحدد ولاية كل من القاعدتين المتعاقبتين فى الزمان ؟

على هذا النحو ، نقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول - فى إلغاء القاعدة القانونية •

المبحث الثانى - فى التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان •

المبحث الأول

الفاء القاعدة القانونية

١٨٠ - تمهيد

يقصد بالغاء القاعدة القانونية (١) انتهاء سريانها ومنع العمل بها ابتداء من هذا الانهاء . والأصل أن القاعدة القانونية إذا صدرت صحيحة وصارت نافذة ، فهي تظل سارية معمولاً بها حتى يحصل الفؤها قانوناً . ويترتب على الغاء القاعدة القانونية إما إحلال قاعدة قانونية جديدة محلها وإما الاستغناء عنها بعدم استبدال غيرها بها .

والغاء القاعدة القانونية إما الغاء صريح وإما الغاء ضمني . وقد أشارت المادة الثانية من التفتين المدنى المصرى الحالى لهذين النوعين من الإلغاء فى شأن القواعد التشريعية . ولكن الإلغاء لا يصدق فى حق القواعد التشريعية وحدها ، بل يصدق فى حق القواعد القانونية جميعاً أياً كان مصدرها (٢) . فنعرض فيما يلى للإلغاء الصريح ، ثم للإلغاء الضمنى .

(١) يجب التفرقة بين الإلغاء (L'abrogation) وبين البطلان أو الإبطال (L'annulation) . فهما وإن كن وسيلتين لاسقاط القاعدة القانونية ، إلا أنهما مختلفان فى السبب وفى الآثار على السواء . ذلك أن الإلغاء إنما يرد على قاعدة قانونية مستكملة شرائطها وأركانها الجوهرية ، لا لانكسر قيامها من قبل أو الطمن فى صحتها ، ولكن لانتهاء العمل بها سواء كان ذلك لعدم الحاجة إليها من بعد أو لاستبدال قاعدة أخرى بها تكون أكثر ملاءمة ، ولذلك لا يتبدى أثر الإلغاء إلا منذ حصوله ، فلا يكون له آثار على ما تم من تنفيذ القاعدة القانونية قبله . أما البطلان أو الإبطال ، فلا يتأتى إلا نتيجة انتفاء ركن أو شرط جوهرى من أركان القاعدة القانونية أو شرائطها ، بحيث تعتبر منعدمة وكان لم تكن ، ومن هنا ، كان الأصل أن يبطلان القاعدة القانونية أو بإطالها أثراً رجحياً .

(٢) عرفت الشريعة الإسلامية خاصة نظرية الإلغاء فى شأن قواعد وأحكامها ، تحت اسم نظرية « النسخ » وأسبغها على قوله تعالى « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها » (أنظر فى نظرية النسخ فقهاء الأصول وخاصة : أبو إسحق الشاطبى ، الموافقات فى أصول الشريعة ، شرح الأستاذ عبيد الله دواز ، ج ٢ ، ص ١٠٢ - ١١٨ .) وأنظر كذلك عمن عبد الله سلم الوصول لعلم الأصول ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٦ ، ص ٢٥٣ - ٢٥٦ .

يتحقق الإلغاء الصريح (*L'abrogation expresse*) بصدور قاعدة أو قواعد قانونية جديدة تفصح عن نسخ قاعدة أو قواعد قانونية قديمة .
ومثاله نص المادة الأولى من القانون الخاص بإصدار القانون المدني المصري الحالي على إلغاء القانون المدني الأهمي والقانون المدني المختلط والاستعاضة عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون .

وقد يتحقق الإلغاء الصريح كذلك بفوات المدة المعينة لسريان القاعدة القانونية ، فقد تدعو ظروف وأحوال خاصة الى توقيت سريان القاعدة القانونية بمدة أو فترة معينة ، فإذا انقضت هذه المدة أو تلك الفترة اعتبرت القاعدة القانونية ملغاة بحيث يقف العمل بها ابتداء من هذا الانقضاء .
ومثال ذلك ما كان ينص عليه قانون أجور المساكن الصادر سنة ١٩٢١ من أن مفعوله ينتهي في ٣٠ يولية سنة ١٩٢٢ .

١٨٢ - الإلغاء الضمني (١)

يقصد بالإلغاء الضمني (*L'abrogation tacite*) ذلك الإلغاء الذي لا يوجد تصريح به ، وإنما يستخلص مجرد استخلاص من استحالة الجمع بين قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية جديدة ، وهو ما يتحقق في صورتين :
صورة تعارض بين القديم والجديد ، وصورة تنظيم نفس الموضوع من جديد .
وقد عنى التقنين المدني الحالي بالإشارة الى هاتين الصورتين (م ٢) .

(١) اذا أحالت بعض القوانين الى نصوص قوانين أخرى ، ثم ألغيت هذه النصوص في قوانينها الأصلية ، فالأصل أن لا يستتبع الغاؤها اعتبارها ملغاة كذلك في القوانين التي تحول اليها . بل تظل موجودة فيها بالاحالة وكأنها ثابتة بالبلورة . ولكن اذا استحال الاستمرار في اعتبارها قائمة في نطق القوانين التي تحول اليها ، بأن كانت تلك النصوص تنشئ مثلاً مرفقاً أو محكمة تكون لازمة لتطبيق هذه القوانين وتقرر إلغاءها ، فلا مناص من انسحاب الإلغاء بالتال على هذه النصوص لاستحالة تطبيقها حينئذ (انظر *Marty et Raynaud, op. cit.* (t. I, No. 104, pp. 170, 171) . ويجب أن يواجه المشرع الأمر ، فيعدل الاحالة بجعلها الى المرفق أو المحكمة الجديدة ان وجدت ، أو الى مرفق أو محكمة أخرى من المرافق أو المحاكم الأصلية القائمة ، لامكان الاستمرار في تطبيق هذه القوانين المعيلة (انظر كتابنا سالف الذكر ، حاشي «١» ص ٤٠٠ - ٤٠١) .

(١) **التعارض بين القديم والجديد :** تتحقق هذه الصورة الأولى من صور الإلغاء الضمني بقيام تعارض بين قواعد قانونية قديمة وقواعد قانونية حديثة ، اذ يفهم ضمنا - وتطبيقها معا مستحيل - أن الأحدث منها قد نسخ وألغى الأقدم . وبديهي أن الإلغاء الضمني في هذه الصورة لا يكون الا في حدود التعارض والتنافر بين القواعد القديمة والقواعد الحديثة . فإذا صدر قانونان متعلقان في الزمان ومتناقضان في الأحكام ، اعتبر القانون القديم منسوخا ضمنيا بالقانون الحديث اذا كان التعارض بين أحكامهما تاما وكليا . أما اذا كان التعارض جزئيا بأن كان واقعا بين بعض أحكامهما فحسب ، فلا ينسحب النسخ أو الإلغاء الضمني منطلقا الا على ما ثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون الحديث .

وإذا كان النسخ أو الإلغاء الضمني مستخلصا من قيام تعارض بين القواعد القانونية القديمة والقواعد القانونية الحديثة ، فذلك رهن بكون ما تضمنه هذه القواعد المتعارضة والمتعاقبة في الزمان من أحكام ذات صفة واحدة ، بأن تكون معا أحكاما عامة أو تكون جميعا أحكاما خاصة . أما اذا اختلفت بينها الصفة ، ففي الأمر تفصيل نعرضه فيما يلي :

١ - **التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص :** اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما عاما وبين قواعد قانونية حديثة تأتي بحكم خاص ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد قد نسخ الحكم القديم العام كليا ، وانما يستخلص منه أن الحكم الجديد قد نسخ (أو عطل) ضمنيا الحكم القديم العام في شأن ما جاء بتخصيصه فقط (١) . ومعنى ذلك أن الحكم القديم العام يظل قائما وساريا الا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه ، وبذلك يحدد الحكم الخاص من مدى عموم الحكم القديم العام

(١) في هذا المعنى :

Jousserand, op. cit., t. I, No. 67. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, p. 122.

فيقتطع بعض ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة .

ومثال ذلك أن التقنين المدني المصري القديم كان يقضى بأن الملكية تنتقل بالتراضى فى الأموال منقولة كانت أو عقارية . ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، ثم قانون الشهر العقارى سنة ١٩٤٦ ، بحكم جديد يقضى بأن الملكية فى العقار لا تنتقل الا بالتسجيل . فوجد بذلك تعارض بين حكم التقنين المدني القديم وهو حكم عام لانصرافه الى الأشياء بصفة عامة دون تمييز بين المنقول منها والعقار ، وبين الحكم الجديد الذى جاء به قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى وهو حكم خاص لعدم انصرافه الا الى العقار وحده دون المنقول . غير أن هذا التعارض لم يكن له من أثر الا إلغاء الحكم العام الوارد فى التقنين المدني القديم الغاء ضمنيا فى شأن العقار وحده . فبقى لهذا الحكم سرىانه فى شأن المنقول . وبذلك ظل حكم التقنين القديم القاضى بانتقال الملكية بمجرد التراضى قائما وساريا الا فيما جاء قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى بتخصيصه منه واخراج العقار من عموم حكمه باشتراط التسجيل لانتقال ملكيته .

٢ - التعارض بين حكم قديم وحكم حديث عام : أما اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما خاصا وبين قواعد قانونية جديدة تضع حكما عاما ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد العام قد نسخ الحكم القديم الخاص ، بل يظل الحكم القديم الخاص قائما وساريا باعتباره استثناء واردا على القاعدة العامة التى يضعها الحكم الجديد العام (١) . فالعام اذن لا يلغى الخاص ، بل يسريان معا على أساس اعتبار العام هو الأصل وبقاء الخاص مجرد استثناء وارد عليه . ولذلك لا يلغى الحكم الخاص ضمنيا الا بحكم خاص مثله متعارض معه (٢) .

(١) نرى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، فقرة ٩٤ ، ص ١٣٢ .

Aubry et Rau, t. I, 6ème éd. par Bartin, No. 29, p. 100. — Jossierand; Marty et Raynaud; ibid.

سليمان مرقس ، الموضع السابق .

(٢) قارن مع ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 82, p. 102.

ومثال هذه الصورة أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن ايجار الأماكن قد صدر متضمنا أحكاما خاصة في تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين بمراعاة ظروف أزمة المساكن ، ثم صدر بعد ذلك التقنين المدني الحالي الذي ابتدا نفاذه منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ متضمنا بين نصوصه نصوصا عامة في شأن تنظيم عقد الايجار . فليس من شأن ذلك اعتبار نصوص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ملغاة بنصوص الايجار الموجودة في التقنين المدني رغم ما بينهما من تعارض . اذ نصوص التقنين المدني في ذلك إنما تضع أحكاما عامة لا تنسخ الأحكام الخاصة التي ينضمها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، بل تظل هذه الأحكام الخاصة السابقة قائمة باعتبارها استثناء من الأحكام العامة اللاحقة التي جاء بها التقنين المدني الحالي (١) .

ومثال هذه الصورة كذلك ، أن القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ كان يقضى بأنه « . . . اذا كان المورث غير مسلم ، جاز لورثته في حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى » ، ثم جاء بعد ذلك التقنين المدني سنة ١٩٤٩ مقررًا أنه تسرى على الميراث والوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها (م ٨٧٥ و ٩١٥) . فليس في الحكم العام الوارد بهذا التقنين وهو الحكم الأحدث أي نسخ أو الغاء للحكم الخاص الأقدم الوارد بقانون سنة ١٩٤٤ ، بل يظل هذا الحكم قائما وساريا بخول لغير المسلمين الاحتكام إلى شرائعهم الدينية في مسائل الميراث والوصية ، استثناء من القاعدة العامة التي يقرها التقنين المدني والتي تقضى بأن تكون الولاية في الميراث والوصايا للشريعة الاسلامية والقوانين المستمدة منها والصادرة في هذا الشأن (٢) .

(١) انظر في ذلك :

• كتابنا سالف الذكر ، هامش « ٢ » ص ٤٠٤ - ٤٠٥ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٦ ، المجلد الثاني ، ١٩٦٣ ، فقرة ٥٦٧ ، ص ٨٨٨ - ٨٩٠ .

(٢) انظر في ذلك كتابنا سالف الذكر ، هامش ص ٣٢٧ و ٣٢٩ و ٤٠٣ و ٤٠٤ .

ولكن قارن :

عبد المنعم فرج الصده ، نظرية الحق في القانون المدني الجديد ، ١٩٥٠ ، فقرة ٣٨ . - محمد علي عرفة ، أسباب كسب الملكية ، ١٩٥٥ ، فقرات ٣٨٦ و ٣٩٦ .

(٢) تنظيم نفس الموضوع من جديد : والصورة الثانية من صور الالغاء الضمني أن تأتي قواعد قانونية تنظم من جديد نفس الموضوع الذى سبق أن نظمته قواعد قانونية قديمة ، اذ يستخلص من اعادة التنظيم أن القواعد القانونية الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التى لا تتعارض معها (١) . وقد نص المشرع المصرى على هذه الصورة فى التقنين المدنى الحالى (م ٢) . ولكن يراعى أن المشرع ينص غالبا ، فى التشريع اللاحق الذى يعيد به تنظيم نفس الموضوع ، على الغاء التشريع السابق الذى كان ينظمه ، وهو بذلك يجعل الالغاء صريحا ، ولو قد سكت عن التصريح بالالغاء لتحقيق الالغاء ضمنيا من مجرد اعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد .

ومن أمثلة التصريح بالالغاء رغم أن الالغاء كان منحققا ضمنيا دون تصريح من مجرد تنظيم الموضوع من جديد ، نص المشرع المصرى فى القرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات على إلغاء القانون السابق انظم للجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ .

١٨٣ - سلطة الغاء القاعدة القانونية

الأصل أن السلطة التى تملك الالغاء هى السلطة التى تملك الإصدار أو الإنشاء . أو سلطة أعلى منها اذ من يملك الأكثر يملك الأقل . ومن هنا ، فلا يتم إلغاء قاعدة قانونية الا بقاعدة قانونية صادرة عن نفس المصدر الرسمى للقاعدة القانونية الملغاة أو عن مصدر رسمى أعلى منه .

وتطبيقا لهذا المبدأ ، فالقاعدة العرفية مثلا تلغىها قاعدة عرفية مثلها ، أو تلغىها قاعدة تشريعية باعتبار أن التشريع أعلى فى المرتبة من العرف اذ هو المصدر الرسمى الأصل والعرف مجرد مصدر تكميل له .

والقاعدة التشريعية لا تلغى الا بقاعدة تشريعية . ثم أن التشريع نفسه كما سبق البيان درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، ولذلك ينبغى مراعاة هذا

(١) فى هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

التدرج بصدد الغاء كل درجة من درجات التشريع (١) . فالتشريع الاساسى
يلغى بتشريع أساسى ، والتشريع العادى يلغى بتشريع عادى أو أساسى ،
والتشريع الفرعى يلغى بتشريع فرعى أو عادى أو أساسى .

وقد سبق أن اشرنا الى أن العرف لا يملك - كقاعدة عامة - الغاء
التشريع ، لأنه أدنى منه مرتبة ولا يملك الأدنى نسخ الأعلى . ومقتضى هذا
القول عدم التسليم بما يذهب اليه بعض الفقهاء (٢) من امكان الغاء التشريع
ونسخه عن طريق اهمال تطبيقه مدة طويلة أى عن طريق عدم اعماله
(*désuetude*) . فليس اهمال التشريع وعدم اعماله مدة طويلة الا عرفا
سلبيا مخالفا للتشريع ، والعرف كما سبق البيان لا يملك الغاء التشريع لأنه
مجرد مصدر تكميلى له فيكون بالتبعية أضعف منه . فالتشريع اذن ما دام
لم يلغ صراحة أو ضمنا بتشريع لاحق ، يظل قائما دون أن يعتبر تواتر
اهمال تطبيقه نسخا أو الغاء له (٣) .

(١) أنظر تأكيد ذلك : نقض ٢٥ مايو ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٨ ،
ع ٣ رقم ١٦٦ ص ١١٢١ .

(٢) أنظر خاصة :

Boudant et Béquignon - Lagarde, Cours de droit civil français, 2ème-
éd., t. I, No. 177 — Lebrun, thèse précitée, Nos. 433 - 448.

(٣) أنظر فى هذا خاصة :

مصر الابتدائية ١٧ أبريل ١٩٢٧ ، المحاماة ٨ ، رقم ١٥١ ، ص ٢٠٥ .

(م ٢٢ - المدخل الى القانون)

المبحث الثاني

تنزع القواعد القانونية في الزمان^(١)

١٨٤ - مشكلة التنزع الزماني

إذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، فبديهي أن القاعدة الجديدة تسري ابتداء من يوم نفاذها ، وأن القاعدة القانونية القديمة يقف سريانها ابتداء من يوم الغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين القديمة والجديدة . ويكون الأمر في تحديد هذا النطاق الزمني يسيراً هكذا ، إذا تعلق بمراكز قانونية تتكون وتترتب كل آثارها في لحظة واحدة ، إذ لا يتصور حينئذ قيام تنازع بشأن حكمها بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة ، فما تكون من مراكز وما ترتب من آثار في ظل القاعدة القديمة يكون محكوماً بداهة بهذه القاعدة ، وما يتكون من مراكز أو يترتب من آثار في ظل القاعدة القانونية الجديدة يحكم بهذه القاعدة وحدها دون القاعدة القديمة .

غير أن الأمر لا يعرض دائماً بمثل هذا اليسر ، فمن المراكز أو الآثار القانونية ما لا يتكون أو يترتب إلا خلال فترة طويلة من الزمان ، وهنا يقوم التنزع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة على حكم هذه المراكز وتلك الآثار باعتبار أنها ممتدة في ظلها معاً . فمثلاً إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة بخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، فما حكم

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, théorie de la non rétroactivité des lois, t. I, 1929, t. II, 1933; Le droit transitoire, 1960. — Bonnecase, Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. II, Nos. 11 - 247, pp. 13 - 280. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. II, 2e. éd., 1928, Nos. 21, 21 a, 22, pp. 227 - 284. — Hamelin, Cours de droit civil approfondi et comparé, 1943-1944.

ومقالنا « مشكلة التنزع بين القوانين في الزمان » ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٤٨ ، ص ٨٥ - ١٨٤ . وكتابنا أصول القانون ، فترات ١٨٨ - ٢١٧ ، ص ٤٠٩ - ٥٠٩ .

عقود القرض التي عقدت قبل نفاذها وفق الحد الأقصى القديم وتراخي بها التنفيذ الى ما بعد نفاذها ؟ • هل يلزم المدين بدفع الفائدة على أساس القاعدة القانونية القديمة أى على الأساس المرتفع ، أم ينسحب عليه حكم القاعدة القانونية الجديدة فلا يلزم بدفع فائدة أكثر من الحد الأقصى الجديد المنخفض ؟ • وكذلك اذا كانت سن الرشد والأهلية لإبرام التصرفات القانونية هي ١٨ سنة ، ثم رفعها قانون جديد الى ٢١ سنة ، فما حكم الأشخاص الذين كانوا راشدين قبل نفاذ هذا القانون اذا لم يكونوا قد بلغوا السن الجديدة المحددة فيه عند نفاذه ، هل يستمرون راشدين أم يعودون قاصرين ؟ وما حكم تصرفاتهم التي عقدها قبل نفاذ هذا القانون أى وقت أن كانوا راشدين ، هل تظل صحيحة أم ينسحب عليها البطلان ان تقرر اعادتهم قاصرين ؟ • واذا كان للزوج المسلم حق طلاق زوجته بإرادته ، فهل يبقى له هذا الحق اذا صدر قانون جديد يحرم الطلاق الا باذن من القاضي ، على اعتبار انه تزوج فى ظل قانون يعطيه حق الطلاق بإرادته المنفردة ؟ •

تلك هي مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان • فعلى أى أساس يحل هذا التنازع ؟ وكيف يمكن التوصل الى تحديد المدى الزمنى لسريان كل من القواعد القانونية المتنازعة ، خاصة وقد غدت اليوم مشكلة هذا التنازع فى الطبعة من مشاكل تطبيق القانون ، بعد أن نشطت حركة التشريع (١) فى العصر الحديث نشاطا ضخما موفورا ؟ •

١٨٥ - مبدأ عدم رجعية القوانين

يقوم فى الأصل حل مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان على مبدأ قانونى قديم مشهور ، مقرر اليوم فى أغلب الشرائع والقوانين الحديثة ، هو مبدأ عدم رجعية القوانين (La non-rétroactivité des lois)

(١) لا تنحصر مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين فى نطاق التشريع وحده ، بل هي مشكلة عامة تنور فى صدد كل القواعد القانونية المتعاقبة أيا كان مصدرها (انظر فى هذا المعنى : مقالنا سالف الذكر ، هامش ٤١ ، ص ٨٨ • ولكن قارن : Roubier, op. cit., t. I, p. 6; No. 5, pp. 23 - 32.

بمعنى عسك انسحاب القوانين الجديدة على الماضى واقتصارها على حكم المستقبل اى على حكم ما يقع ابتداء من يوم نفاذها . وهذا المبدأ من المبادئ المقدسة التى كسبتها الانسانية بعد جهاد طويل ، حتى غدا اليوم من تراثها الثابت ، سواء كان مسطوراً فى الدساتير والقوانين أو غير مسطور . وهو على اى حال ، مقرر كمبدأ عام بصريح النص فى الدساتير المصرية المتعاقبة (١) .

ويقوم هذا المبدأ على أساس من المنطق ، اذ القاعدة القانونية هى أمر أو تكليف بسلوك معين ، والتكليف أو الأمر لا يتصور توجيهه الى ما فات وانما الى ما هو آت . ففى الرجوع بالقاعدة القانونية الى الماضى خروج اذن عن المدى الزمنى لسريانها - وهو الذى يبدأ من وقت نفاذها - واعتداء على اختصاص القاعدة القانونية القديمة بالانتقاص من المدى الزمنى لسريانها الذى يمتد الى يوم انقضائها . وكذلك ففى انسحاب القاعدة القانونية على الماضى ، اخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات واهدار للثقة الواجبة فى القانون . فضلاً عن أنه كثيراً ما تترتب للأفراد حقوق ومراكز وآثار قانونية فى ظل القواعد القانونية المعمول بها ، فلا ينبغى أن يكون تعديل هذه القواعد أو الغاؤها بقواعد قانونية جديدة فرصة للمساس بهذه الحقوق والمراكز أو للانتقاص من تلك الآثار التى ترقبت صحيحة فى ظل القواعد القانونية القديمة .

ومع ذلك فمن المسلم اعطاء المشرع رخصة فى الخروج على مبدأ عدم الرجعية ، بنصه على الرجعية صراحة ، اذ قد تكون الرجعية فى بعض الحالات ما يقتضيه صالح الجماعة . والدساتير المصرية المتعاقبة قاطعة فى اعطاء هذا الحق للمشرع . ولكنها أصبحت تتشدد منذ دستور سنة ١٩٥٦ فتتطلب أن يتم تقرير الرجعية بتشريع عادى (٢) توافق عليه أغلبية أعضاء مجلس الشعب

(١) م ٢٧ من دستور ١٩٢٣ ، وم ١٨٦ من دستور ١٩٥٦ وم ٦٦ من دستور ١٩٥٨ ، وم ١٦٣ من دستور ١٩٦٤ وم ١٨٧ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .
(٢) فلا تجوز الرجعية ولو نص عليها صراحة فى تشريع فرعى (انظر : سليمان مرقس ، الطبعة الثالثة ، فقرة ٩٩ ، ص ١٦٠) .

لا أغلبية الحاضرين منهم كما هو الأصل ، وذلك تأكيداً لخطورة الرجعية أمام
ما تهدده من حقوق وتخل به من استقرار .

ولكن المشرع - على أى حال - مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق
بقوانين العقوبات ، فلا يملك النص فى تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة
على رجعية هذا التشريع وانطباقه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال نظراً لما
فى ذلك من اهدار خطير للحرية الفردية . وهذا ما تقرره الدساتير المصرية
المتعاقبة وما يقرره تقنين العقوبات المصرى .

١٨٦ - عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل التنازع بينها فى الزمان

إذا كان مبدأ عدم رجعية القوانين يقدم عادة كأساس لحل التنازع بين
القوانين فى الزمان ، فيراعى أن تقرير هذا المبدأ ليس كافياً بمفرده لحل
مشاكل هذا التنازع (١) . فلا يكفى أن يقرر كمبدأ أن ليس للقانون الجديد
سلطان على الماضى ، بل يجب كذلك منع استمرار القانون القديم فى السريان
بتقرير مبدأ سلطان القانون الجديد ابتداء من نفاذه أى مبدأ سلطانه وأثره
المباشر ، وبخاصة بالنسبة الى الوقائع التى تحدث ابتداء من هذا النفاذ وتكون
مرتبة على أوضاع أو وقائع ماضية . ولكن هذا السلطان المباشر لا يمكن أن
يكون كاملاً ، إذ توجد أحوال تقتضى - خروجاً على ذلك - الاعتراف للقانون
القديم بولاية مستمرة رغم انتهاء العمل به بابتداء نفاذ القانون الجديد .

١٨٧ - منهج البحث

إذا كان حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين لا يقوم فحسب على
مبدأ عدم الرجعية ، بل يقوم كذلك على تأكيد مبدأ السريان المباشر للقانون
الجديد فيما عدا استثناءات قليلة يسمح فيها بأثر مستمر للقانون القديم ،

(١) انظر فى ذلك خاصة :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 105.

فينبغي الوقوف على الأصول التي تحكم وتبين مبادئ حل هذه المشكلة ، ثم التعرف على الحلول الوضعية في القانون المصري لأهم مشاكل التنازع الزماني ومدى اتفاقها مع تلك الأصول .

المطلب الأول

أصول حل مشكلة التنازع الزماني

١٨٨ - تعدد النظريات الفقهية

تعتبر مشكلة التنازع الزماني بين القوانين من أعقد المشاكل القانونية التي واجهت الفقه . لذلك كانت محلا لإجتياح كثير من الفقهاء في سبيل التماس أصول حلها ، فظهرت بذلك نظريات عديدة لأرساء هذه الأصول . ولسوف نكتفي باستعراض نظريات ثلاث تعبر عن الاتجاهات الرئيسية المختلفة (١) . أولاها النظرية القديمة التي طنت سائدة في الفقه ومطبقة في القضاء في فرنسا طوال القرن التاسع عشر والتي عرفت باسم « النظرية التقليدية » ، وتقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . والنظريتان الأخريان نبتتا في الفقه الفرنسي منذ أوائل القرن الحالي بعد تكشف قصور النظرية التقليدية مما أدى الى هجر الفقه ليا : وقد ولدت النظرية الأولى منها عند بعض فقهاء القانون العام وبخاصة « ديجي » ، وقامت على أساس التفرقة بين المراكز القانونية الشخصية والموضوعية ، ولكن لم يكتب ليا النجاح في الفقه أو القضاء . والثانية ، تاصلت عند بعض فقهاء القانون الخاص ومن أظهرهم « روبيه » ، وهي التي تتجنب قصور النظريتين المتقدمتين نتيجة انحصارهما في مبدأ عدم الرجعية ، فتفرق بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقاعدة القانونية ، وقد انتهى الأمر بانتصار هذه النظرية فباتت ليا الغلبة اليوم على بقية النظريات .

(١) انظر في نظرية أخرى للفقيه الفرنسي « بونكاز » .

Bonnecase, op. cit., t. II, Nos. 218 - 247, pp. 246 - 280.

الوجه الأول

النظرية التقليدية

في التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل

١٨٩ - المبدأ هو عدم الرجعية ، أي عدم المساس بحق مكتسب

قلنا ان هذه النظرية كانت هي السائدة في الفقه والقضاء الفرنسى طوال القرن الماضى ، بل ان بعض أحكام القضاء الفرنسى والمصرى على السواء لا تزال الى اليوم - رغم هجر الفقه لها - تستعمل تعبيراتها المختلفة لتبرير ما تقضى به من حلول فى مشاكل التنازع الزمانى بين القوانين .

وتقوم هذه النظرية أساسا على تقرير مبدأ عدم الرجعية للأسباب التى أوضحناها مبررة لهذا المبدأ . وهى ترى أن القاعدة القانونية الجديدة تكون رجعية اذا استتبع تطبيقها المساس بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القاعدة القانونية القديمة ، أما اذا لم يستتبع هذا التطبيق الا المساس بمجرد الآمال التى لم ترتفع بعد الى مرتبة الحقوق المكتسبة ، فلا رجعية فيه . بمعنى أن القاعدة القانونية الجديدة تسرى حتى ولو خيبت آمالا تعلق بها الرجاء فى الماضى ، ولكنها لا تسرى اذا كان من شأن سريانها المساس بحق تم اكتسابه من قبل .

فأساس هذه النظرية اذن هو التفرقة بين الحق المكتسب (droit acquis) وبين مجرد الأمل (Simple expectative) . والأول وحده دون الثانى هو الذى لا يجوز مساس القاعدة القانونية الجديدة به ، والا اعتبرت ذات أثر رجعى . ولكن ما هو منط التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ؟ . الواقع أن أنصار هذه النظرية لا يتفقون على تعريف واحد للحق المكتسب (١) ، مما أضعف سند نظريتهم فى الفقه وجعلها هدفا سهلا قريبا للنقد . فالحق

(١) أنظر فى التعريفات المختلفة للحق المكتسب عند أنصار النظرية التقليدية :
Roubier, op. cit., t. I, No. 38, No. 35, p. 311.

المكتسب عند البعض منهم هو الحق الذي دخل ذمة الشخص نهائيا بحيث لا يمكن نقضه أو نزع عنه الا برضاء ، وهو عند بعض آخر الحق الذي يقوم على سند قانوني ، وعند فريق ثالث هو الحق الذي يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء . أما مجرد الأمل فهو محض ترقب ورجاء في اكتساب حق من الحقوق ، مما يفترض عدم اكتساب الحق بعد .

وأيا كان الرأي في تعريف الحق المكتسب ومناطق التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ، فإنصار هذه النظرية يضربون أمثلة يرونها توضح المقصود منه . فالأثر مثلا يكون مجرد أمل طالما المورث ب قيد الحياة ، ولكنه يصبح حقا مكتسبا ب وفاة المورث . ولذلك اذا صدر قانون جديد يعدل أنصبة الورثة ، فهذا القانون لا يمس حقوق الورثة المكتسبة في ظل القانون القديم ، أي لا يسرى على التركات التي فتحت ب وفاة المورث قبل نفاذه والا صار رجعيا ، لأن وفاة المورث في ظل القانون القديم أنشأت لورثته حقوقا مكتسبة في تركته مما يمتنع معه على القانون الجديد نقضها أو المساس بها . أما اذا مات المورث بعد نفاذ القانون الجديد المعدل لأنصبة الورثة ، فيسرى على الورثة التعديل الجديد لأنه لم يكن لهم في ظل القانون القديم - والمورث لم يمت بعد - حقوق مكتسبة ، بل كان لهم مجرد أمل في الأثر . وهو ما يجوز للقانون الجديد تحطيمه أو المساس به (١) .

وكذلك الحال في الوصايا ، يسرى القانون الجديد على ما يستحق منها بعد نفاذه ولو كانت محررة في ظل القانون القديم ، ولا يسرى على ما استحق منها في ظل القانون القديم (٢) . فلو كان القدر الجائز فيه الإيضاء هو نصف التركة ، وحررت وصية بالنصف ، ثم صدر قانون جديد يحدد نصاب الإيضاء بالثلث فقط ، فإن القانون الجديد - ان كان صدوره ونفاذه بعد وفاة الموصي - لا يسرى على الوصية ، فتظل صحيحة وناظفة في النصف . لأن الموصي له قد اكتسب بموت الموصي حقا في هذا النصف . وان كان صدوره

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, p. 123

(٢) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 133

القانون الجديد ونفاذه قبل وفاة الموصى ، فهو يسرى على الوصية المحررة فى ظل القانون القديم فلا تكون نافذة الا فى الثلث فقط ، لأن الموصى له - رغم تحرير الوصية فى ظل القانون القديم - لم يكن قد اكتسب بعد حقا فى الوصية اذ كان الموصى ما يزال حيا ، بل كان له مجرد أمل غير يقينى فى استحقاق الوصية يوما من الأيام ، فيملك القانون الجديد تفويته عليه أو بالانتقاص منه .

وكذلك كل تقادم لم يكتمل فى ظل القانون القديم لا يعتبر حقا مكتسبا للمستفيد منه ، بل هو مجرد أمل عنده بالاستفادة منه عند اكتماله ، فيجوز للقانون الجديد نقضه أو المساس به ، دون أن يعتبر لذلك رجعى الأثر (١) .

١٩٠ - استثناءات مبدأ عدم الرجعية

تفسر النظرية التقليدية اذن مبدأ عدم الرجعية بعدم مساس القوانين الجديدة بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القوانين القديمة ، ولكنها تورد على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها المساس بالحقوق المكتسبة ، أى تجوز فيها رجعية القوانين الجديدة . وهذه الاستثناءات هى :

(١) النص الصريح على الرجعية : ترى هذه النظرية أن مبدأ عدم الرجعية مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع . وهذا أمر مسلم فى الفقه بوجه عام . ومعناه أن للمشرع الحق فى أن ينسحب بالتشريع الجديد على الماضى اذا اراد ، وانما يجب عليه حينئذ - فى رأى الراجح - النص صراحة على رجعية هذا التشريع ، فلا يكفى الاستناد فى ذلك الى ارادته الضمنية (٢) ، فاذا خلا التشريع من نص صريح على رجعيته ، فلا يملك القاضى تطبيقه على الماضى والمساس بما تم اكتسابه فيه من حقوق .

(١) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 124

(٢) فى هذا المعنى :

Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 103. — Jossierand, op. cit. t. I, No. 79. —
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 150. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 305.

وهذا الاستثناء المجمع عليه في القانون الفرنسي رغم عدم وجود نص يقرره ، تنص عليه صراحة - كما سبق البيان - الدساتير المصرية المتعاقبة ، وهو استثناء مبرر حينما يتطلب الصالح العام الرجوع إلى الماضي وتقض ما اكتسب فيه من حقوق أو تكون من مراكز قانونية أو ترتب عليها من آثار ، أي حينما تصبح الرجعية ضرورة تفوق ضرورة الاستقرار في المعاملات ، ومن هنا ينبغى على المشرع القصد في استعمال ما له من حق النص على رجعية القوانين ، إلا فيما يحقق مصلحة للجماعة يهون في سبيل تحقيقها الإخلال باستقرار المعاملات .

وأيا ما كان الأمر ، فهذا الاستثناء ليس مطلقا ، إذ المشرع مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بالقوانين الجنائية . فلا يملك النص صراحة - في تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة - على رجعية هذا التشريع والعقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال . وهذا هو المقرر في القانون المصري كذلك كما سلفت الإشارة .

(٢) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : استثناء من مبدأ عدم الرجعية - تنسحب القوانين الجنائية الجديدة على الماضي فتحكم ما ارتكب قبل نفاذها من جرائم إذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقاب . ذلك أن حق الجماعة في تقرير الجرائم والعقاب عليها مرتين بالصالح العام ، فإذا اقتضى هذا الصالح من بعد محو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فهو يقتضى كذلك افادة من ارتكبها في ظل القانون القديم من المحو أو التخفيف وسنرى من بعد أن افادة المجرم أو المتهم مما يصدر بعد ارتكابه الجرم من قوانين جنائية أصلح له ، أمر مقرر في القانون المصري (م ٢/٥ و ٣ عقوبات) .

(٣) القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب : لئن كان المبدأ أن سريان القانون الجديد مشروط بعدم المساس بالحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم ، فاستثناء من ذلك يسرى القانون الجديد على الماضي فيمس الحقوق المكتسبة إذا كان متعلقا بالنظام العام أو الآداب . فقواعد النظام العام والآداب

قواعد أمر لا تجوز مخالفتها أو الوقوف في سبيل سريانها احتجاسا بحق مكتسب ، ولذلك تعتبر القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب - عند النظرية التقليدية - قوانين رجعية خروجاً على مبدأ عدم رجعية القوانين (١) .

ومن تطبيقات هذا الاستثناء (٢) - عند أنصار النظرية التقليدية - القوانين الخاصة بتعديل سن الرشد ، فهي عندهم قوانين ذات أثر رجعي لتعلقها بالنظام العام . فإذا صدر قانون برفع سن الرشد ، فهو يسرى فوراً على كل الأشخاص الذين لم يبلغوا بعد عند نفاذه هذه السن الجديدة ، فيعتبرون قاصرين ابتداء من يوم نفاذه ، رغم سبق اعتبارهم راشدين في حكم القانون القديم .

وكذلك الحال في قوانين إلغاء الرق ، فهي - لتعلقها بالنظام العام - تنسحب على الماضي ، فيتحرر كل الرقيق الموجود فور نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما للمالكين عليهم من حقوق مكتسبة . وكذلك الحال في القوانين التي تحرم الطلاق ، فإنها - لتعلقها بالنظام العام - تسرى على من تزوجوا قبل نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما كان لهؤلاء من حق مكتسب في الطلاق .

غير أن بعض أنصار النظرية التقليدية لا يطلقون هذا الاستثناء ، بل يحدون منه على أساس حصر النظام العام الذي يبرر رجعية القوانين المتعلقة به في نطاق محدود أضيق من نطاقه العادي المعروف (٣) . وبذلك يوجدون - في صدد التنازع الزماني بين القوانين - نوعاً فرعياً من النظام العام نه نطاق خاص محدود .

(١) أنظر في الإشارة إلى رجعية هذه القوانين في منطق النظرية التقليدية :

Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 109, 111.

(٢) أنظر في الأخذ بهذا الاستثناء في القانون المصري :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٥٥ .

(٣) أنظر في الإشارة إلى هذا الرأي وأنصاره :

Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 109, 110.

ويفهم كذلك أننا استأفنا السنهوري وأبو ستيت إلى الحد من هذا الاستثناء . فهما إن كانا

(٤) **القوانين التفسيرية** : يحدث أحيانا أن تختلف المحاكم على تفسير تشريع معين اختلافا كبيرا أو تأخذ في تفسيره بمعنى لم يكن يفصده المشرع ، فلا يرى المشرع مناصا من التدخل بنفسه واصدار تشريع جديد يفسر به الحكم الوارد في التشريع الاول . وحينئذ يسرى التشريع الثانى . أى التشريع التفسيرى ، على الوقائع التى حدثت قبل صدوره فى ظل التشريع الاول ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن التشريع الثانى ، بما يتضمن من تفسير التشريع الاول ، يعتبر جزءا منه ، فيكون طبيعيا اذن أن يمتد الى حكم الوقائع التى حدثت فى ظل التشريع الاول (١) ، فيلتزم القضاء بتطبيقه فى الدعاوى التى ما زالت منظورة أمامه بشأنها ، أما الدعاوى التى سبق الفصل فيها - قبل صدور التشريع التفسيرى - بأحكام نهائية ، فيمتنع تطبيقه عليها من بعد ، أمام قوة الأمر المقضى ، حتى ولو كانت هذه الأحكام قد أخذت بتفسير مخالف .

ويبدو أن أنصار النظرية التقليدية لا يفرقون فى صدد هذا الاستثناء بين ما يقصد به من التشريعات التفسير حقيقة وبين ما يتخذ منها تحت ستار التفسير وسيلة الى تغيير أو تعديل أحكام تشريعات سابقة ، ما دام المشرع يصفها بالصفة التفسيرية ، اذ هو يظهر بذلك ارادته فى رجعيته ، وهو يملك فرض الرجعية اذا شاء (٢) .

١٩١ - تقدير النظرية التقليدية

تلك هى النظرية التقليدية فى حل التنازع الزمانى بين القواعد

يطلقانه فى صدد قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بالنظام العام ، الا أنها يحدان منه فى صدد ما يتعلق بالنظام العام من قوانين المعاملات ، فيفرقان بين « النصوص التى يقصد منها حماية مصلحة عامة - كالتقانون الذى يعطى للأوراق المصرفية سحرا جبريا - ٠٠٠ فانها تسرى على العقود التى تمت قبل صدوره والتى اشترط فيها على المدين الدفع بالذهب ، وبين النصوص المتبعة من النظام العام والتى تحمى مصالح خاصة - كالتقانون الذى يخفض الحد الأقصى للفائدة - فانها لا تؤثر فى العقود التى تمت قبل صدورها ، بل تظل خاضعة للتقانون القديم » (عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو متيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٥ ، ص ١٩٨ و ١٩٩) - (١) انظر فى الإشارة الى تبرير النظرية التقليدية لهذا الاستثناء على هذا الأساس :

Roubier, op. cit., t. I, No. 38, p. 408.

Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, pp. 108-110, et note (10) (٢)

القانونية على أساس مبدأ عدم الرجعية وفهم معنى الرجعية على أنه المساس بحق مكتسب . وقد لاقت هذه النظرية رواجاً كبيراً في الفقه والقضاء طوال القرن الماضي في فرنسا ، حتى بدت حينذاك كأنها من المسلمات ، بل وما زال أثرها ملموساً الى اليوم في أحكام القضاء - رغم تغلغل الفقه الحديث عنها - حيث لا تزال تردد اصطلاحات « الحق المكتسب » و « مجرد الأمل » .

غير أن الواقع أن هذه النظرية لا توفق في إعطاء معيار محكم لمعنى الرجعية . فمعيار « الحق المكتسب » الذي ترى في المساس به رجعية من جانب القانون الجديد ، معيار مبهم كل الإبهام لا يفصح في جلاء عن معنى الرجعية . ولذلك تضاربت آراء أنصارها حول تعريفه ، حتى انتهى الأمر الى أن تفقد فكرة « الحق المكتسب » مجرد حيلة لمنع سريان القانون الجديد على ما يراد سلفاً عدم المساس به (١) .

والأخذ بمعيار « الحق المكتسب » ينتهي كذلك الى نتائج غير مقبولة (٢) . إذ منطق تقرير مبدأ عدم الرجعية وفهمه على أنه عدم المساس بالحقوق المكتسبة ، يقود الى القول بأن القوانين الجديدة لا تملك المساس بأي حق من الحقوق القائمة من قبل أو إلغاءها أو تعديلها ، فلا تملك مثلاً - بتعديل نظام الملكية - تطبيقه على الملكيات القائمة والا كانت رجعية . وتلك نتيجة غير معقولة إذ القانون لا يكفل الى الأبد الإبقاء على الحقوق أو استعمالها مؤبداً بوضعها القائم (٣) ، فضلاً عما فيها من سد الباب أمام كل إصلاح مستقبلي (٤) .

(١) انظر في ذلك :

Roubier, op. cit., t. I, No. 36, pp. 323, 324

(٢) انظر فيما يؤدي اليه التمسك بمعيار الحق المكتسب من نتائج غير معقولة في صدد المراكز القانونية التي يدركها القانون الجديد وهي ما تزال في دور التكوين بالنسبة لما تم من عناصر هذا التكوين في ظل القانون القديم :

Roubier, op. cit., t. I, No. 36, p. 326.

(٣) مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٢ - ١٠٣ .

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 285.

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 108, p. 173. (٤)

وفضلا عن عجز معيار الحق المكتسب الذي تعطيه هذه النظرية، نراها تخلط خلطا كبيرا بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد . فتم سريان لقوانين جديدة يعتبر في منطق هذه النظرية تطبيقا رجعيا لها في حين أن لا رجعية في الأمر ، اذ لا يعدو سريانها أن يكون تطبيقا مباشرا لا يرجع الى الوراء وإنما يبتدىء من يوم نفاذها .

فالنظرية التقليدية ترى مثلا في تطبيق القانون القاضي بتحريم الرق على كل من يملك رقيقا وقت نفاذه وفي تطبيق القانون القاضي برفع سن الرشد على من كانوا راشدين في ظل القانون القديم ما داموا لم يبلغوا السن الجديدة بعد ، أمثلة من التطبيق الرجعي للقانون الجديد ، أى أمثلة من الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية يبرر على أساس تعلق هذه القوانين بالنظام العام . وذلك وهم خاطيء . فسريان القانون الجديد في الحالىن ، إنما هو سريان مباشر لا سريان رجعي ، لانه سريان لا يتعرض للماضى فينقض ما تم فيه ، وإنما يتعرض للمستقبل وحده فيطبق القانون الجديد ابتداء من يوم نفاذه فحسب (١) .

واخُطت بين الأثر الرجعي والأثر المباشر على هذا النحو ، هو الذى دفع النظرية التقليدية الى اعتبار القوانين المتعلقة بالنظام العام قوانين رجعية استثناء من مبدأ عدم الرجعية . وهو استثناء لم تكن بحاجة الى تقريره . لو أنها بصرت بالفيصل الفارق بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد (٢) . فأكثر القوانين التى تراها هذه النظرية رجعية وتبيح رجعيته استثناء ، هى فى حقيقتها قوانين تسرى بأثر مباشر فتتناول ما يقع فى ظلها ابتداء من يوم نفاذها دون تعقيب أو رجوع فيما تم قبل هذا النفاذ .

(١) مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٣ و ١٠٤ .

(٢) ولو كن مثل هذا الاستثناء واجبا ، لانتفى الأمر - فى غير دائرة العقود - حيث قوانين النظام العام كثيرة ، الى اعتبار هذه الكثرة من القوانين رجعية فيما يتناولها فى الحقيقة سلطانها المباشر . ولا كان مفهوما حينئذ رفض رجعية القوانين الجنائية كمبدأ أساسى مسلم وهى فى طبيعة القوانين المتعلقة بالنظام العام . وهذا ما حدا ببعض أصحاب هذه النظرية - كما سبق القول - الى أن يحدثوا من مضمون « النظام العام » الذى تجوز رجعية القوانين المتعلقة به استثناء . على غير أساس قانوني أو منطقي معقول .

الوجه الثاني

نظرية ديجي^(١)

في التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية

١٩٢ - تمهيد

يرى « ديجي » أن اصطلاح التفرقة التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، قد أسهم الى حد كبير في تضخيم صعوبات تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين ، وأن مثل هذه الصعوبات ما كانت لتثور لو أطرحت فكرة الحقوق المكتسبة ولو فهم أن القوانين في خطابها للأفراد إنما تواجه أعمالا (Actes) أو مراكز (Situations) ، وأنه يجب لتحديد مدى تطبيقها في الزمان التمييز في شأنها بين ما تواجهه من هذه أو تلك (٢) .

١٩٣ - القوانين المتعلقة بالأعمال

يرى « ديجي » أن حل التنازع الزماني بين القوانين المتعلقة بالأعمال حل بديهي ويسير لا يحتمل الخلاف . فكل عمل - سواء كان ماديا أو قانونيا - يحكم منطقا بالقانون الذي حدث في ظله ويظل محكوما بمثل هذا القانون وحده فلا يتأثر بأي تعديل قد يرد على هذا القانون من بعد (٣) .

وأهم تطبيق لهذا الحل هو أن القانون المنشئ لجريمة جديدة ، لا يجوز - والا كان رجعيا - العقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها طبقا للقانون السائد حينئذ .

والتصرفات القانونية التي تمت أو أبرمت طبقا لشروط القانون السائد وقت تمامها أو إبرامها ، تظل صحيحة دون أن يستتبع بطلانها صدور قانون

(١) راجع في ذلك :

Duguit, op. cit., t. II, Nos. 21, 21 a, pp. 228-237.

Duguit, op. cit., t. II, No. 21, p. 231. (٢)

Duguit, ibid. (٣)

جديد يتطلب شروط صحة جديدة . ولذلك فإن العبرة في صحة الوصية تكون بالقانون الذي حررت في ظله ، لا بالقانون الذي توفي الموصى في ظله (١) .

١٩٤ - القوانين المتعلقة بالمراكز القانونية

سبق أن أشرنا الى المنهاج التجريبي الذي أراد « ديجي » اخضاع القانون له ، وهو المنهاج الذي تآدى به الى انكار كثير من الأسس القانونية التقليدية وفي طليعتها فكرة الحق . وسوف نبسط القول من بعد في شأن انكار هذه الفكرة . ولكن يعنينا في هذا المقام أن « ديجي » خلص من انكار وجود ما يسمى بالحق الى القول بأن كل ما هنالك هو أن الأفراد يخضعون للقانون ، وأن نتيجة هذا الخضوع هي وجود كل منهم في مركز قانوني معين ، اذ القانون ينشئ دعاوى أو وسائل قانونية معينة تهدف - بالحد من بعض الأفعال - الى كفالة مزايا لبعض الأفراد ، مما يضع هؤلاء الأفراد في مركز قانوني معين ، دون أن يصح وصفهم لذلك بأنهم أصحاب حقوق كما كان يذهب الفقه التقليدي (٢) .

ومن فكرة « المركز القانوني » يستخرج « ديجي » الأصول التي يراها كفيلة بحل التنازع بين القوانين في الزمان . وهو يفرق في هذا الصدد بين نوعين من المراكز القانونية : المراكز الموضوعية ، والمراكز الشخصية . ويرى الرجعية منحصرة في المساس بالمراكز الثانية دون الأولى .

(١) التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية : يرى « ديجي » أن المراكز القانونية التي يوجد الأفراد فيها اما « مراكز موضوعية » (Situations objectives) واما مراكز شخصية (Situations subjectives) ويقصد « ديجي » بالمراكز القانونية الموضوعية تلك التي تستمد من القانون مباشرة بحيث يستقل وحده بتحديد نطاقها ومداه . وأما المراكز القانونية

(١) Duguit, op. cit., No. 21, p. 235.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, p. 307.

الشخصية فتتولد مباشرة عن الإرادة وتتحدد بها . واختلاف المصدر على هذا النحو ، هو الذى يعين خصائص ما يولده أو ينشئه من مراكز .

فلكون المراكز القانونية الموضوعية تستمد من القانون مباشرة وتتحدد به ، فإنها تكتسب نفس صفاته وخصائصه من العموم والدوام والحجة فى مواجهة الكافة . وبذلك تواجه هذه المراكز صفات معينة لا أشخاصا معينين ، وتكون كالقانون مصدرها دائمة ، بمعنى أنها لا تنتقض بالقيام بعمل من الأعمال التى يبيحها القانون كمظهر لها . ومن أمثلة هذه المراكز الموضوعية : مركز الناحب ، ومركز الموظف ، ومركز المالك ، ومركز الزوج ، ومركز الابن الشرعى (١) .

أما المراكز القانونية الشخصية ، فلكونها تنشأ وتتولد عن الإرادة مباشرة فإنها تكون خاصة ومؤقتة . فهى خاصة بمعنى أنه لا يستطيع أن يدعيها الا شخص أو أشخاص معينون فرديا بالذات ، ولا تنتج أثرها الا فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين كذلك فرديا بالذات . وهى مؤقتة بمعنى أنه اذا تم الفعل المتعلق بها وسلكت وسيلة الدعوى التى تحميها ، فإنها تزول دون أن تخلف أثرا أو تترك ثم مجالا لدعوى جديدة . والمثل البارز على هذه المراكز ، المراكز القانونية المتولدة عن العقد . ومن قبيل المراكز القانونية الشخصية كذلك المراكز المتولدة عن الإرادة المفردة ، مثل المراكز المتولدة عن أمر ادارى خاص (٢) .

(٢) الرجعية تنحصر فى المساس بمركز قانونى شخصى لا موضوعى على ضوء التفرقة المتقدمة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية ، يبنى « ديجى » نظريته فى حل التنازع بين القوانين فى الزمان ، فيذهب الى أن القوانين الجديدة لا تملك - والا أصبحت رجعية - المساس بالمراكز القانونية الشخصية ، بينما تملك دائما - دون أن تعتبر رجعية - المساس بالمراكز القانونية الموضوعية القائمة (٣) .

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 308-312.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 312-314.

(٣) Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 238.

واعتبار مساس القانون الجديد بمركز قانوني شخصي من قبيل الرجعية ، انما يقوم على أساس أن مثل هذا المركز انما يتحدد نطقه ومداه استقلالاً عن القانون يتصرف ارادى فردى صحيح ومشروع وقت ابرامه . فيكون في تمكن قانون جديد من تعديل مثل هذا المركز الشخصى الموجود من قبل مساس بالتالى بالتصرف القانونى الذى ولده وفق القانون السائد وقت ابرامه ، ولا سلطان للقوانين الجديدة - والا أصبحت رجعية - على ما حدث قبل نفاذها من أعمال مادية كانت أو قانونية . فالقانون الجديد لا يملك اذن المساس بالمراكز القانونية الشخصية القائمة (١) ، لأنه لا يملك - دون رجعية - المساس بما ولدها وحددها من تصرفات ارادية سابقة على نفاذه (٢) .

وعلى العكس من ذلك لا يعتبر القانون الجديد رجعياً اذا مس مركزاً قانونياً موضوعياً قائماً ، لأن هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه بالقانون مباشرة ، بحيث يكاد يعتبر هو القانون نفسه من حيث تطبيقه ، فيكون من الطبيعى تأثره بكل تعديل يصيب القانون .

وعلى ذلك ، فالقوانين المعدلة للحالة وأهلية الأشخاص تنطبق حتى على الأشخاص الذين اكتسبوا هذه الحالة أو تلك الأهلية قبل نفاذها ولو كان اكتسابهم لها نتيجة عمل ارادى . فالقانون الذى يعدل حالة التجنس ، ينطبق - دون أن يعتبر رجعياً - حتى على الأشخاص المتجنسين قبل نفاذه . ولكن من الواضح أن المركز القانونى القائم لا يمسسه التعديل الا من يوم نفاذ القانون الجديد (٣) .

والقوانين التى تعدل شروط التمتع بحق الانتخاب والترشيح ومباشرتهما تنطبق - دون رجعية - على الأشخاص المكتسبين من قبل نفاذها مثل هذه الحقوق ، فهم فى مركز قانونى موضوعى يمكن تعديله أو الفاؤه فى أية لحظة بقانون جديد (٤) .

(١) راجع فى تطبيقات هذا المبدأ :

Duguit, op. cit., t. V, No. 26, pp. 206 - 227.

Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, pp. 228, 229. (٢)

Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 241. (٣)

Duguit, op. cit., p. 244. (٤)

وكذلك بالقوانين التي تعدل نظام الزواج تنطبق - دون أن يكون لها أثر رجعي - على كل المتزوجين حتى ولو كانوا متزوجين قبل نفاذها ، كما هو الشأن في قانون يبيح الطلاق بعد تحريره أو يتوسع في أسباب الطلاق ، لأن حالة الأشخاص المتزوجين مركز موضوعي متفرع عن القانون لا عن عقد الزواج الذي لم يكن الا شرطا لتطبيق القانون على الأزواج (١) .

والقوانين المتعلقة بنظام الملكية والحقوق العينية تنطبق - دون رجعية - على كل الملكيات والحقوق العينية وقت نفاذها ، حتى ولو كانت متولدة نتيجة تصرفات قانونية مبرمة في الماضي . ولذلك فالقانون الجديد الذي يعدل مدة التقادم المكسب للملكية ينطبق حتى على أحوال التقادم الذي ابتداء جريانه في ظل القانون القديم ، لأنه يعتبر قانونا معدلا لنظام الملكية (٢) .

والقوانين التي تحكم مركز واختصاص الموظفين والمحاكم تنطبق على كل الموظفين حتى المعينين منهم قبل نفاذها ، وعلى كل المحاكم حتى المنشأة منها قبل هذا النفاذ (٣) .

١٩٥ - تقدير نظرية « ديجي » (٤)

يجب الاعتراف بأن نظرية « ديجي » تفضل النظرية التقليدية وتعتبر تقدما ملحوظا في التاصيل الفقهي لمشكلة التنازع بين القوانين في الزمان .

ولكن ذلك لا ينفي الغموض عن هذه النظرية فيما تتخذ أساسا لحل هذه المشكلة من التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية . فإحدى من ناحية ، أن الصفات التي تقول هذه النظرية باختلافها في النوعين من المراكز القانونية ليست كلها صحيحة ، فليس صحيحا القول

(١) Duguit, op. cit. p. 246.

(٢) Duguit, op. cit. p. 249.

(٣) Duguit, op. cit. p. 259.

(٤) انظر في تفصيل نقد هذه النظرية خاصة :

Rouhier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 346 - 358; No. 69, pp. 588 - 591.

وانظر كذلك :

Marty et Raynaud, op. cit. t. I, No. 106, p. 175.

بصفة مطلقة ان المراكز القانونية الموضوعية دائمة بينما المراكز القانونية الشخصية موقوتة (١) . ويراعى من ناحية ثانية ، أنه ليس صحيحا القول بأن المراكز الموضوعية تصدر مباشرة عن القانون ، إذ القانون انما يقتصر على تحديد المراكز القانونية بصفة مجردة ، ولكن لا بد - لكى تتحقق هذه المراكز المجردة واقعا - من تدخل وقائع قانونية معينة من فعل الطبيعة أو فعل الانسان (٢) ، وهذا ما لبث أن أدركه ديجي ، وحاول تفاديه عن طريق القول بأن هذه الوقائع تكون شرطا لتطبيق القانون فيما يحدده من مراكز :

ولذلك فاذا كانت هذه النظرية تجمل فى الظاهر معيار التفرقة بين المراكز الموضوعية والشخصية هو المصدر الذى يولد ويحدد كلا من النوعين من المراكز ، فحيث يكون هو القانون يكون المركز موضوعيا ، وحيث يكون هو الارادة يكون المركز شخصيا ، الا أنها فى الحقيقة لا تعتد بهذا المعيار بقدر ما تعتد بالصفة الفردية الخاصة الموقوتة أو بالصفة العامة الدائمة للمركز القانونى . وهنا يبدو عدم دقة التفرقة ، اذ ثمة مراكز قانونية تكون لها الصفة الخاصة الموقوتة ، كمركز محدث الفعل الضار ، ومع ذلك لا تعتبر عند هذه النظرية مراكز قانونية شخصية بل مراكز قانونية موضوعية . وفى اعتبارها كذلك ، ما يجعل للقانون الجديد - دون وصفه بالرجعية - سريانا عليها ومسانا بها ، رغم ما فى ذلك من تناقض مع ما تقدمه هذه النظرية من أن الأفعال والأعمال تحكم بالقانون الذى تحدث فى ظله بحيث لا يملك القانون - دون رجعية - المساس بما حدث قبل نفاذه منها . وهذا يكشف عن عدم وجود فاصل دقيق - عند هذه النظرية - بين الأعمال وبين ما يتولد عنها من مراكز قانونية .

وكذلك فان هذه النظرية تكاد تهدر ما تقرره من ضرورة احترام القانون الجديد للمراكز الشخصية ، حينما تعتبر الدعاوى التى تعنى هذه المراكز مجرد خلق من صنع المشرع بحيث تخضع دائما لآى تعديل قد يأتى به (٣) .

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 349-350.

(٢) Roubier, op. cit., p. 350.

(٣) Roubier, op. cit., t. I, note (1), pp. 353-354.

الوجه الثالث

النظرية الحديثة

في التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر (١)

١٩٦ - تمهيد

على أساس البصر بالتمييز بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للمساعدة القانونية ، قامت نظرية جديدة لقيت وما زالت تلقى في الفقه رواجاً كبيراً بعد أن تخلى الجانب الأكبر منه عن تأييد النظرية التقليدية ، دون أن ينحاز إلى نظرية « ديجي » . وقد كان للفقيه الفرنسي الكبير « روبييه » فضل كبير في بسط هذه النظرية والدعوة إليها في كتابة القيم من جزئين عن تنازع القوانين في الزمان (٢) . وسنعمد آراءه في إيضاح هذه النظرية - وإن كانت تختلف في شأن بعض التفصيلات الجزئية عن آراء بعض أنصارها الآخرين - إذ يبقى جوهر النظرية واحداً هو التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد .

ونقطة البدء عند هذه النظرية أن القانون الجديد له أثر مباشر أي يسرى ابتداءً من يوم نفاذه ، وليس له أثر رجعي ، أي لا يسرى على ما يسبق يوم نفاذه . فسر بيان القانون الجديد في الزمان إذن له وجهان : وجه سلبي هو انعدام أثره الرجعي ، ووجه إيجابي هو أثره المباشر . فتتكمّل أولاً في الوجه السلبي لسريان القانون الجديد في الزمان ، ثم في وجهه الإيجابي .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, 2 vols., 1929-1938.

وانظر كذلك :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 48 - 62. —
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 106 - 109. — Ripert et Boulanger,
op. cit., t. I, Nos. 278 - 315.

(٢) أنظر في الإشارة إلى هذا الكتاب الهامش السابق .

وقد أصدر المؤلف أخيراً طبعاً ثالثة مركزة لهذا الكتاب بعنوان :

Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps).. 1940.

ولكن إشاراتنا سوف تنصرف أساساً إلى الطبعة الأولى للكتاب بجزئه .

١ - انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد

١٩٧ - القاعدة هي علم الرجعية

المبدأ أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي ، بمعنى أنه لا يرجع فيما تم في ظل الماضي . فهو لا يملك إعادة النظر فيما تم في ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء « مركز قانوني » (Situation juridique) (١) أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو من ترتب آثار معينة على مركز قانوني . فالعبرة إذن هي بمعرفة تاريخ تكون أو انقضاء المركز القانوني أو توافر ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو تاريخ ترتب الآثار عليه . فإن كان المركز القانوني قد تكون أو انقضى أو توافرت بعض عناصر تكونه أو انقضائه في ظل القانون القديم ، فلا يمس القانون الجديد هذا الانقضاء أو ذلك التكوين أو تلك العناصر ، والا كان رجعياً . وإن كانت الآثار المتولدة من مركز قانوني قد ترتبت قبل نفاذ القانون الجديد ، فلا تأثير للقانون الجديد عليها ، إذ ليس له أثر رجعي . ونفصل ذلك فيما يلي :

(١) تكوين أو انقضاء المراكز القانونية : نفرق في ذلك بين حالتين :

١ - لا تسري القوانين المتعلقة بشروط تكوين أو انقضاء المراكز القانونية على المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت فعلاً قبل نفاذها ، فمن الرجعية أن ينقض القانون الجديد ما تم قبل نفاذه من تكون أو انقضاء صحيح لمركز من المراكز القانونية (٢) .

ومن هنا ، فالتصرفات القانونية التي أبرمت مثلاً عرفية في ظل قانون لا يشترط الرسمية ، يظل إبرامها صحيحاً رغم صدور قانون يخضعها للمشكل

(١) يفضل الأستاذ « روبيه » اصطلاح « المركز القانوني » على غيره من الاصطلاحات . إذ يراه . أوسعها جميعاً في هذا الصدد . فهو أفضل عنده من اصطلاح « الحق المكتسب » ذي الصفة الشخصية الظاهرة ، بما يتيح صرفه إلى مثل مركز القاصر والمجور . وهو أفضل عنده كذلك من اصطلاح « الرابطة القانونية » (rapport juridique) الذي يعني عادة وجود علاقة مباشرة بين شخصين ، إذ قد يكون المركز القانوني منفرداً وحجته في مواجهة الكافة .

(انظر : (Roubier, op. cit., t. I, No. 42, p. 378

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 44, pp. 385, 386.

الرسمي . واكتساب الملكية الذي تم - في ظل قانون معين - بمضى مدة وضع اليد المقررة فيه ، لا ينقضه صدور قانون جديد بعد ذلك يطيل هذه المدة (١) . وانقضاء دين في ظل قانون معين بمضى مدة التقادم المقررة فيه ، لا يؤثر فيه صدور قانون بعد ذلك يطيل هذه المدة .

٢ - أما إذا كانت المراكز القانونية تحتاج الى وقت طويل للتكوين أو الانقضاء ، أو كانت تحتاج في ذلك الى اجتماع عدة عناصر لا تكتمل في وقت واحد عادة ، وصدر قانون جديد يعدل من شروط التكوين أو الانقضاء قبل تمامه ، فلا يملك القانون الجديد - والا صار رجعيا - إعادة النظر في عناصر التكوين أو الانقضاء التي اجتمعت وتوافرت فعلا في ظل القانون القديم .

فالمرکز القانوني الناشئ عن الوصية مثلا ، لا يتكون الا باجتماع عنصرين ، ابرام الوصية من ناحية ، و وفاة الموصى من ناحية أخرى . فاذا صدر قانون جديد بعد ابرام الوصية وقبل وفاة الموصى ، فلا يمس هذا القانون ما تم من ابرام الوصية والا كان ذا أثر رجعي ، لأن ابرام الوصية قد تم في ظل القانون القديم ، فيرجع اليه وحده في شأن صحة ابرامها ، أى في شأن صحة صدورها في الشكل القانوني وتوافر الأهلية اللازمة في الموصى . أما ما عدا ذلك فيخضع للقانون الجديد تطبيقا لأثره المباشر . لأن تكوين المركز القانوني الناشئ عن الوصية لم يتم - رغم ابرامها في ظل القانون القديم - الا بموت الموصى الذي حدث في ظل القانون الجديد . ومن هنا يرجع في تقدير النصاب الجائز فيه الايصاء مثلا الى القانون الجديد ، فاذا كانت الوصية بنصف التركة - وهو النصاب القانوني للايصاء طبقا للقانون القديم الذي أبرمت في ظله الوصية - لم تنفذ الا في الثلث ، اذا كان القانون الجديد يحدد نصاب الايصاء بثلث التركة (٢) .

وفي التقادم مثلا - وهو يحتاج الى مدة طويلة - لا يسرى القانون .

Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 386 (١)

Roubier, op. cit., t. I, No. 45, p. 388. (٢)

الجديد ، الذى يصدر بعد بدئه وقبل تمامه ، على ما يجتمع فى ظل القانون القديم من العناصر التى تهم تكوينه وتكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة (١) . ولذلك يكون المرجع فى شأن ما يحدث قبل نفاذ القانون الجديد من قطع أو وقف للتقادم الى القانون القديم الذى تم القطع أو الوقف فى ظله (٢) . ومن هنا فالقانون الجديد - رغم عدم تمام تكوين أو انقضاء المركز القانونى الا فى ظله - لا يملك ازاء انعدام أثره الرجعى ، الا التسليم بالعناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء كما توافرت واجتمعت فعلا فى ظل انقضاء القانون القديم .

(٢) ترتيب الآثار القانونية : تسرى القوانين المتعلقة بآثار مركز قانونى على ما ترتب من آثار قبل نفاذها أى فى ظل القانون القديم . فإذا كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ثم صدر قانون يعلق انتقالها على تسجيل العقد ، فهذا القانون لا يسرى على العقود التى أبرمت قبل نفاذه ، ولا يمس الآثار التى ترتبت عليها ، أى لا يمس ما حصل فعلا من انتقال الملكية فى ظل القانون القديم . وإذا كان الطلاق جائزا ، ثم صدر قانون بتحريمه ، فلا تأثير لهذا القانون على ما وقع من طلاق قبل نفاذه ، ولا على ما ترتب على هذا الطلاق فى ظل القانون القديم من انحلال الزواج .

أما الآثار التى تستمر وقتا طويلا ، فما تم منها فى ظل القانون القديم لا تأثير للقانون الجديد عليه لأنه لا يملك الرجوع فيما تم ، وما لم يتم منها فى ظل القانون القديم يخضعه القانون الجديد لأثره المباشر فلا يعتبر ذلك رجعية منه . فالطلاق مثلا تترتب عليه بعض آثار تستمر وقتا طويلا كالنفقة وحضانة الأولاد . فإذا صدر قانون جديد يعدل من هذه الآثار ، فلا تأثير له على ما استحق فعلا من نفقة للمطلقة ولا على ما تم فعلا من حضانة الأولاد فى ظل القانون القديم . انما يسرى القانون الجديد على النفقة والحضانة ابتداء من

(١) ولذلك فإن مدة التقادم التى ابتداء جريانها فى ظل قانون معين ولكن دون أن تكتمل لا تكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة اذ لا تثبت لها مثل هذه القيمة الا عند تمامها ، ولذلك يملك القانون دائما - دون رجعية - تعديلها قبل تمامها (انظر : Roublat, op. cit., t. I, No. 45, pp. 390, 391.

Roublat, op. cit., No. 46, p. 388. (٢)

وقت نفاذه ، أى يسرى على كل طلاق صدر فى ظل القانون القديم ما دامت آثاره المتعلقة بالنفقة والحضانة لم تستنفد بعد بل ما زالت مستمرة فى ظل القانون الجديد . وليس فى هذا السريان أى أثر رجعى ، لأن القانون الجديد لا يعيد النظر فيما تم فى الماضى من طلاق وانحلال للزواج ، ولا فيما ترتب على ذلك من آثار فى ظل القانون القديم أى فيما استحق من نفقة وتم فعلا من حضانة ، وإنما يكون لهذا السريان أثر مباشر لأنه ينسحب فقط على ما يترتب من هذه الآثار بعد نفاذه (١) .

١٩٨ - استثناءات عدم الرجعية

المبدأ اذن أنه ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، أى ليس له أثر على ما تم فى ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانونى أو ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولا على ما ترتب فى ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانونى .

ولا يرد استثناء على هذا المبدأ الا حيث ينص المشرع صراحة على الرجعية ، وحيث يكون القانون الجديد تفسيريا (٢) . وفى هذين الاستثناءين تتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية .

غير أن النظرية الحديثة لا تسلم بالاستثناءين الآخرين اللذين توردتهما النظرية التقليدية على مبدأ عدم الرجعية . فهى لا تقر رجعية القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب ، خاصة وأن من أهم هذه القوانين القوانين الجنائية التى ينعقد الإجماع على تحريم رجعيتهما كقاعدة عامة (٣) .

وهى لا تقر كذلك اعتبار سريان القوانين الجنائية الأصلح للمتهم - على ما يقع قبل نفاذها من أفعال - سريانا رجعيا . فالمركز القانونى المترتب

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 47; t. II, No. 108, 331, 332.

(٢) تبرر النظرية الحديثة رجعية القوانين التفسيرية على أساس ما لها من صفة خاصة ناشئة عن تحول المشرع فيها الى مجرد مفسر للقانون ، كالتأشى سواء بسواء . ولذلك يكون لهذه القوانين من الرجعية ما لتغير أحكام القضاء من رجعية ومن مدى لهذه الرجعية ، أى تكون رجعيتهما بالنسبة لما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا .

Roubier, op. cit., t. I, No. 58, p. 473.

(٣)

Roubier, op. cit., t. I, No. 68, pp. 529, 530; t. II, No. 87, pp. 109 - 115.

على الجرم لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الجرم بل لابد من صدور حكم قضائي .
ولذلك اذا صدر قانون جديد - بعد ارتكاب الجرم وقبل صدور الحكم
القضائي - بمحو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فيسرى هذا القانون بما له من
أثر مباشر ، لأن الجرم - ان كان قد ارتكب في ظل القانون القديم - الا ان
المركز القانوني للناسي عنه لا يتم تكوينه الا في ظل القانون الجديد (١) .

٢ - الأثر المباشر للقانون الجديد

١٩٩ - ضرورة اكمال مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ أثره المباشر

تري النظرية الحديثة أنه اذا كان من المقرر أن القانون الجديد ليس له
أثر رجعي (effet rétroactif) ، أى لا يمس ما تم فى الماضى ، فمن الخطأ
الاقتصار - كما تفعل النظرية التقليدية - على مجرد تقرير هذا المبدأ ، اذ هو
وحده لا يكفى لحل التنازع بين القوانين فى الزمان . فلئن كان مبدأ عدم رجعية
القانون الجديد يمنع سريانه على ما تم من مراكز وآثار قانونية فى ظل القانون
القديم ، الا أنه لا يفيد فى بيان أى القانونين - القديم أو الجديد - هو الأولى
بالتطبيق والسريان فى شأن المراكز القانونية الجارية ، أى فى شأن ما يقع بعد
نفاذ القانون الجديد ، ويكون مترتباً على ما تم فى ظل القانون القديم ، سواء
لاستكمال تكوين أو انقضاء مركز قانونى أو لاستمرار ما ابتدأ فى الترتب
من آثاره . لذلك ينبغى - الى جنب مبدأ عدم رجعية القانون الجديد - تقرير
مبدأ أثره المباشر ، منعا لاستمرار القانون القديم فى السريان بعد نفاذ القانون
الجديد ، أى تقرير مبدأ سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه ، حتى

(١) Roublie, op. cit., t. II, No. 129, pp. 543 - 549.

ويرى الأستاذ « روبليه » على العكس من ذلك أن القوانين الجنائية التى تنشئ حرمات
جديدة أو تشدد العقاب على جريمة قائمة ، تكون رجعية اذا طبقت على أفعال ارتكبت فى الماضى .
ذلك أنه اذا كان للقانون الجديد دون رجعية سلطان على المصير المستقبلى لمركز قانونى حار بمنعه
من التكوين أو بالتطبيق من آثاره ، فإنه لا يملك دون رجعية أن يجعل الجزء الذى توافر من
هذا المركز فى الماضى منتجا لآثار لم يكن ينتجها فى ظل القانون القديم أو لآثار أقوى مما كان
يستطيع انتاجها فيه (Roublie, op. cit., t. II, No. 129, p. 547)

ولو كان مترتباً على وقائع أو مراكز نشأت في ظل القانون القديم (١) .
وتقرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو يؤدي الى تحقيق ما يقتضيه النظام في الدولة من وحدة القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة ، ويتفادى ما يؤدي اليه المبدأ العكسي وهو مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم من ازدواج أو تعدد الأنظمة القانونية في حكم مراكز متماثلة (٢) .

فالقانون الجديد اذن - بما له من أثر مباشر (effet immédiat) - تبدأ ولايته من يوم نفاذه ، ليس فقط على ما سوف ينشأ من مراكز قانونية في ظله ، فذلك بديهي . ولكن كذلك على المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاءها في ظل القانون القديم ولم يتم هذا التكوين أو الانقضاء الا في ظل القانون الجديد ، وعلى الآثار المستقبلية لمركز قانوني سابق تكون أو انقضى في ظل القانون القديم ، أي على الآثار التي تترتب على هذا المركز ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد .

(١) تمام ما بدأ في الماضي من تكون أو انقضاء المراكز القانونية : يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على المراكز القانونية التي يتم تكوينها أو انقضاءها في ظله ، وان كان هذا التكوين أو الانقضاء قد بدأ في ظل القانون القديم ، بمعنى أن القانون الجديد يكون له أثر مباشر على عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تتم في ظله ، أما العناصر التي تمت في ظل القانون القديم فلا يمسه القانون الجديد - كما سبق البيان - لانعدام أثره الرجعي -

ومن هنا فالقانون الذي يصدر بعد تحرير الوصية وقبل موت الموصي ، يسرى بما له من أثر مباشر - أي باعتباره القانون الذي استحدثت في ظله الوصية بموت الموصي بعد نفاذه - في شأن صحة الوصية من حيث الموضوع أي من حيث القدر الجائز فيه الايصاء ومن حيث صحة الشروط التي تتضمنها الوصية مثلاً ، ولكنه لا يسرى في شأن صحة الوصية من حيث أهلية الموصي

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 65, pp. 547 - 557.

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 65, pp. 555 - 556.

أو من حيث الشكل ، لأنها حررت منه في ظل القانون القديم فتكون محكمة من هذين الوجهين به .

والقانون الذي يصدر بعد بدء التقادم وقبل اكتماله ، هو الذي يسرى عليه بما له من أثر مباشر لأن اكتمال التقادم يتم في ظله ، ولكن دون مساس بما توافر من عناصره في ظل القانون القديم . فينخسف التقادم الجارى اذن للقانون الجديد ، فتطول مدته عن المقرر في القانون القديم ، ان أطيلت في القانون الجديد (١) .

(٢) الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية : يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على الآثار المستقبلية أى التى تترتب من وقت نفاذه على مراكز قانونية نشأت في الماضى . أما الآثار الماضية أى التى تترتبت فعلا على هذه المراكز في ظل القانون القديم ، فقد قلنا ان القانون الجديد لا يملك المساس بها تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية .

فالقانون الجديد الذى يصدر معدلا لشروط نفقة المطلقة أو حضانة الأولاد ، يسرى بمقتضى أثره المباشر - كما سبقت الإشارة - على كل نفقة أو حضانة مستقبلية مترتبة على طلاق صادر في ظل القانون القديم ، وان يكن لا تأثير له على ما استحق من نفقة وتم من حضانة قبل نفاذه . والقانون الذى يحرم الطلاق يسرى بمقتضى أثره المباشر على كل زواج قائم عند بدء نفاذه أى على كل المتزوجين في ظل القانون القديم ، وان كان لا يملك ابطال ما تم من طلاق قبل نفاذه .

والقانون الذى يصدر معدلا لنظام الملكية وآثارها ، يسرى بمقتضى أثره

(١) أم ان قصرت المدة في القانون الجديد ، فيراعى أن لا يؤدي سريان القانون الجديد الى اعتبار التقادم منتهيا في ظل القانون القديم . والا كان في ذلك رجعية من القانون الجديد ، أو الى اطالة مدة التقدم عن المدة الأطول المقررة في القانون القديم . ما دام القانون الجديد يقصر المدة . ولذلك فالأصل أن يتم التقادم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد ، الا اذا كانت المدة المقررة في القانون القديم تكمل قبل تمام المدة الجديدة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقادم باكتمال مدته .
انظر :

Roubier, op. cit., t. II, No. 90, pp. 242, 243; t. I, p. 391, note "T".

المباشر على كل الملكيات الموجودة وقت نفاذه ، أى يسرى عليها بالنسبة الى المستقبل وحده . أما الآثار التى ترتبت فى الماضى ، فلا سلطان له عليها لانعدام أثره الرسمى .

٢٠٠ - الخروج على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد بخضاع المراكز العقدية الجارية للأثر المستمر للقانون القديم

قلنا ان القانون الجديد يسرى بما له من أثر مباشر على المراكز القانونية السابقة والتى ما زالت جارية فى ظله ، سواء من حيث تمام ما بدأ قبل نفاذه من تكوينها أو انقضائها أو من حيث آثارها المستقبلية التى تترتب منذ هذا النفاذ . غير أنه يرد على هذا المبدأ استثناء وحيد خاص بالعقود . فالمرکز العقدية الجارية (Les situations contractuelles en cours) التى تم تكوينها قبل نفاذ القانون الجديد وظلت قائمة ومنتجة لآثارها عند هذا النفاذ ، تظل محكومة بالقانون الذى تكونت فى ظله دون أن تخضع للأثر المباشر للقانون الجديد . وبذلك يحل مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية ، فيستمر القانون القديم - رغم تعديله أو إلغاءه - فى حكمها بعد نفاذ القانون الجديد . سواء فيما يتعلق بآثارها المستقبلية أو طرق انحلالها وانقضائها (١) .

(١) **تبرير الاستثناء :** تؤسس النظرية الحديثة هذا الاستثناء على انتفاء الحكمة من اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية . فالأثر المباشر للقانون الجديد انما يبرر عندها بما يحققه من وحدة القانون فى الدولة ، تلك الوحدة التى هى أساس النظام فى الروابط والعلاقات القانونية ، فلو لم يطبق مبدأ الأثر المباشر ، لتعددت القواعد القانونية التى تحكم مراكز قانونية متماثلة مما يشيع الغوضى والاضطراب فى المعاملات . بينما الأصل فى المراكز العقدية ، هو تفاوتها وتنوعها تنوعاً كبيراً نتيجة لما لارادة الأفراد من سلطان فى تحديدها ، ولذلك فليس لاعمال الأثر المباشر

- وهو الذى يهدف الى توحيد القواعد القانونية التى تحكم المراكز المتماثلة -
من فائدة بشأنها ، فيبقى للقانون الذى تكونت فى ظله سريانه عايبا حتى
به م تنفيذ القانون الجديد (١) .

(٢) **على الاستثناء :** اذا كان للقانون القديم اثر مستمر فى شأن طرق
انحلال أو انقضاء المراكز العقدية الجارية وفى شأن آثارها المستقبلية فليس
هذا الاستثناء بالمطلق ، بل هو محدود فى مداه بقدر الحكمة من تقريره . وقد
رأينا هذه الحكمة كامنة فى تنوع واختلاف المراكز العقدية اختلافا تنتفى معه
الحاجة الى اعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد فى شأنها بما يقوم عليه
من توحيد القواعد القانونية التى تحكم مراكز متماثلة . ولذلك فحيث تتحدد
هذه المراكز - رغم استنادها الى عقد من العقود - بمقتضى القانون وحده
ومباشرة ، لا توجد حكمة - ووحدتها مفروضة بالضرورة - فى اعفاؤها من
سلطان الأثر المباشر للقانون الجديد واخضاعها للأثر المستمر للقانون القديم
استثناء . أما حيث تستقل الارادة بتنظيم هذه المراكز وتحديد آثارها ، فان
هذه المراكز تكون بالطبيعة مختلفة ومتفاوتة بتفاوت العقود وتفاوت ارادة
الأفراد ، مما تنتفى معه الحاجة الى توحيدها باخضاعها للأثر المباشر
للقانون الجديد ، فلا يوجد حينئذ حرج فى استمرار خضوعها - بعد نفاذ
القانون الجديد - لسلطان القانون القديم . والبصر بذلك يقود الى التفرقة
بين العقد أو المركز العقلى وبين النظام القانوني (Le statut légal) (٢) .
فحيث يتعلق الأمر بنظام قانوني ، تبقى العقود الجارية محكومة - فى آثارها
المستقبلية وطرق انحلالها - بالقانون الجديد طبقا لمبدأ أثره المباشر دون أن
يجرى عليها حكم الاستثناء المقرر وهو الخضوع للأثر المستمر للقانون القديم .
وبذلك ينحصر الأثر المستمر للقانون القديم فى حكم العقود الجارية حيث
لا يتعلق الأمر بنظام قانوني معين .

وعلى ذلك يكون اعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد أو اعمال

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 66, pp. 565-568; No. 69, pp. 597-600.

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 88, p. 108.

الاستثناء الوارد عليه بتقرير أثر مستمر للقانون القديم مرتتها بوجود أو عدم وجود نظام قانوني ، وذلك دون اعتبار لما قد يكون للقانون الجديد من صفة آمرة لتعلقه بالنظام العام والآداب . فتظل العقود خاضعة في آثارها المستقبلية وطرق انحلالها للقانون القديم وحده حتى ولو كان القانون الجديد أمرا متعلقا بالنظام العام والآداب(١) ، طالما أنه لا يخص أو يمس نظاما قانونيا أي طالما أنه يقتصر على دائرة العقود ويخاطب أطرافها بوصفهم متعاقدين فحسب .

ولذلك فرغم تعلق القانون الصادر بتخفيض الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية بالنظام العام ، فلا مساس له بالفوائد المستحقة بعد نفاذه بمقتضى عقود مبرمة في ظل قانون قديم على أساس ما كان يقرره من حد أقصى مرتفع(٢) فتظل هذه الفوائد واجبة الدفع - بعد نفاذ القانون الجديد وتخفيضه حداها الأقصى - على أساس الحد الأقصى القديم ، لأنه الحد الذي كان مشروعا وقت انعقاد العقد ، والمراكز العقدية تظل محكومة دائما في آثارها المستقبلية بالقانون الذي تكونت في ظله رغم صدور قانون جديد معدل لهذه الآثار طالما أنه لا يتعلق بنظام قانوني . ولا يوجد هنا نظام قانوني ، إذ لا يهدف القانون الجديد إلا الى تحديد الاتفاقات العقدية الممكنة والحد من سلطات المتعاقدين في هذا الشأن ، فهو محصور اذن في نطاق العقد ويخاطب الأفراد بوصفهم متعاقدين فحسب(٣) .

ولكن القوانين المتعلقة بالزواج تتناول باثرها المباشر كل زواج قائم عند

(١) Roubier, op. cit., I, No. 72, pp. 620-623; t. II, No. 84, p. 78.
et s, No. 87, pp. 120, 121.

(٢) وعلى العكس من ذلك ، يطبق القانون المنخفض للحد الأقصى لسعر الفوائد القانونية على الديون - حتى العقدية - الناشئة قبل نفاذه ، ولكن بالنسبة لما يستحق من هذه الفوائد بعد هذا النفاذ . إذ القانون الجديد لا يعتبر متعلقا بالعقود أو قاصرا عليها ، بل هو يخص كل حقوق الدائنية أيا كان مصدرها عقديا أو غير عقدي ، فيكون لذلك متعلقا بالنظام القانوني للالتزامات (Roubier, op. cit., II, No. 78, pp. 21 - 23 ; No. 87, p. 120).

(٣) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, p. 624 ; t. II, No. 87, p. 120.

نفاذا ولو كان معقودا فبيله ، دون أن يأتى استبعاد سريانها على أساس القول بأن مراكز الأزواج إنما تستند الى عقود ماضية ، والعقود تخضع - حتى فى آثارها المستقبلية وطرق انحلالها - للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله . ذلك أن الأمر هنا يتعلق بنظام قانونى معين هو نظام الزواج ، وهو نظام موحد يفرضه القانون دون اعتداد بإرادة الأفراد ، اذ ليست إرادة الزوجين هى التى تحدد فى عقد الزواج آثاره من حقوق الزوجين وواجباتهما ، فليس لهذه الإرادة فى الواقع من سلطان الا مجرد التراضى على اختيار الدخول فى النظام القانونى للزواج كما يعين القانون قواعده ويستقل بتحديداتها (١) . فمركز الزوجين اذن ليس عقديا بالمعنى المفهوم الذى تستقل الإرادة بتنظيمه وتحديد آثاره ، نظرا لتعلقه بنظام قانونى موحد لا يكون العقد الا شرطا لدخولهما فيه وخضوعهما لأحكامه . لذلك يكون من الطبيعى أن يسترد القانون الجديد سلطانه المباشر عليه ، ما دام الزواج - وهو نظام قانونى - يفترض الوحدة ، ولا وجه فى الأصل لتجوز امتداد سلطان القانون القديم واستمراره الا حيث يتصور التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن فى الحقوق العينية . فالأصل أن القانون يحددها على سبيل الحصر ويعين مضمونها ويحدد المراكز القانونية لأصحابها بما تتضمنه من حقوق والتزامات (٢) . ولذلك يكون من الطبيعى أن تسرى القوانين المتعلقة بهذه الحقوق فور نفاذها بمقتضى أثرها المباشر ، دون أن يغطى من هذا السريان لحساب الأثر المستمر للقانون القديم كون هذه الحقوق قد انتقلت أو تقرر لبعض الأشخاص بمقتضى عقود مبرمة فى الماضى ، اذ الأمر ليس أمر عقود بل هو أمر نظام قانونى يفترض الوحدة ويستبعد التعدد والتفاوت . وكذلك الشأن فى القوانين المتعلقة بالعمل أو النقد فى الدولة ،

Roubier, op. cit., t. I, No. 69, p. 596 ; No. 70, pp. 602, 603, 605 ; (١)
t. II, No. 88, p. 122.

Roubier, op. cit., t. I, No. 70, p. 606. (٢)

والقوانين المتعلقة بالضرائب ، وقوانين العمل ، فهي تسرى بأثر مباشر على ما يترتب بعد نفاذها من آثار بمقتضى عقود مبرمة في الماضي ، اذ هي لا تواجه مراكز عقدية وانما تتعلق بنظم قانونية . ولذلك فـالقانون الذى يصدر بتخفيض قيمة العملة فى الدولة يسرى بأثره المباشر على الآثار المستقبلية لعقود القرض المبرمة قبل نفاذه ، فيجب رد النقود المستحقة بمقتضاها ابتداء من نفاذ القانون الجديد بعددها وقيمتها الحسابية رغم ما قرره القانون الجديد من الهبوط بقيمتها الحقيقية . والقانون الصادر بفرض سعر الزامى للعملة الورقية يسرى على الآثار المستقبلية للعقود التى عقدت فى الماضى وكان مشروطا فيها الدفع بالذهب ، فيصبح الدفع بمقتضاها واجبا بالورق ابتداء من يوم نفاذ هذا القانون . والقانون الصادر بفرض ضريبة جديدة على المستأجرين مثلا ، يسرى منذ نفاذه بأثر مباشر على كل مستأجر ولو كان عقد الايجار مبرما قبل هذا النفاذ . وقوانين العمل تسرى مباشرة على الآثار المترتبة منذ نفاذها على عقود العمل الجارية والمبرمة قبل هذا النفاذ(١) .

والخلاصة من فقه النظرية الحديثة : أن القانون الجديد ، من ناحية ، ليس له أثر رجعى ، أى لا يملك المساس بما تم فى الماضى من تكوين أو انقضاء مراكز قانونية أو ما اجتمع فيه من عناصر هذا التكوين والانقضاء أو ما ترتب فيه من آثار قانونية ، ولا استثناء من ذلك الا بنص تشريعى صريح أو بقانون تفسيرى . ومن ناحية أخرى ، يكون للقانون الجديد أثر مباشر فيسرى على كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبا على مركز قانونى سابق ، ولا يستثنى من ذلك الا المراكز العقدية غير المتعلقة بنظام قانونى التى يستقل الأفراد بتنظيم آثارها بارادتهم ، اذ تظل آثارها المستقبلية وطرق انحلالها أو انقضائها محكومة بالقانون القديم الذى تكونت فى ظله . وواضح أن المشرع يملك بنص صريح منه الخروج - فى شأن المراكز غير العقدية - على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد وتقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم(٢) ، أو الخروج - فى شأن

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 88, pp. 126 - 133.

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 73, pp. 629, 630.

(م ٢٢ - المدخل الى القانون)

المراكز العقدية - على مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم واطضاعها للأثر المباشر للقانون الجديد (١) .

٢٠١ - تقدير النظرية الحديثة

تعتبر النظرية الحديثة اليوم هي النظرية التي يلتفت حولها جمهور الفقهاء الفرنسيين المعاصرين ، مما يكاد ينتهي بها الى أن تصير في القريب النظرية الرسمية للمشرع الفرنسي بعدما تضمنها بحذاقها المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى الحالى (٢) .

ولعل مما يحمد للنظرية الحديثة ما تمتاز به من وضوح التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة ، وهى تلك التفرقة التى غفلت عنها وعن أهميتها النظرية التقليدية ، فحدث بذلك من اعمال القوانين الجديدة على المراكز القانونية الجارية أو على آثارها المستقبلية ، أو اضطرت الى اعمالها فى بعض الحالات بوصفها قوانين رجعية ، مع تبرير هذا الخروج على مبدأ عدم الرجعية بتبريرات مختلفة مشكوك فى قيمتها (٣) .

وكذلك فان منطق النظرية الحديثة فى فهم معنى الرجعية فهما واقعيا وفى اقامة حد فاصل دقيق بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة ، قد يساعد على تبرير ما كانت تقصر النظرية التقليدية عن تبريره خاصة من ضرورة عدم مساس القوانين الجديدة - فى شأن ما تدركه من مراكز قانونية ما تزال فى دور التكوين أو الانتضاء - بما اجتمع أو توافر فى الماضى من العناصر التى تهم هذا التكوين أو الانتضاء ما دامت لبا فى ذاتها قيمة قانونية معينة ، على أساس اعتبار هذا المساس رجعية غير جائزة ، رغم أن هذه العناصر لا تؤلف الحق المكتسب الذى يعتبر المساس به هو الرجعية عند

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, pp. 617, 618.

(٢) Avant-projet de code civil, première partie, 1955, Livre préliminaire, titre II, pp. 55, 209, 210.

(٣) راجع سابقا ، ص ٣٥٠ .

النظرية التقليدية (١) *

ولكننا نأخذ على النظرية الحديثة أنها - وهي بسبيل وضع الفاصل بين الأثر المباشر للقانون الجديد والأثر المستمر للقانون القديم - قد عمدت الى اقامة تفرقة بين المركز العقدي المحض وبين النظام القانوني . وهي تفرقة غير محكمة أو منضبطة ، لا تلبث أن تفتح الباب واسعا لخلافات كثيرة حولها ، وتجعل حلول التنازع الزماني في هذا الشأن قلقة غير مستقرة (٢) .

ولعل عدم انضباط التفرقة التي يقيمها الأستاذ « روبيه » بين المركز العقدي والنظام القانوني ، هو الذي حدا ببعض أنصار نظريته الى العدول عنها وادخال فكرة « النظام العام » كعامل يحد من اطلاق اعمال مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم في شأن الآثار المستقبلية للعقود وطرق انحلالها . وهم في ذلك يستهدون بأحكام القضاء ويستخلصون منها - رغم تحاشيها التصريح - أن استمرار سريان القانون القديم في شأن الآثار المستقبلية للعقود وطرق انحلالها ، يجب أن يقف أمام تعلق القانون الجديد بالنظام العام . ولكنهم لا يطلقون فكرة « النظام العام » كما يقضى ذلك مفهومها في شأن القوانين الآمرة التي ينعدم سلطان ارادة الأفراد ازاءها ، وانما يحصرون فكرة النظام العام - في مجال مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان - في نطاق خاص محدود (٣) ، يتعين بقوانين النظام العام ذات الأهمية القصوى والخطورة البالغة التي يكون في استمرار ابقاء العقود الماضية الجارية محكومة بالقانون

(١) أنظر - مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٢ - ١٠٣ .

(٢) أنظر في بيان ذلك : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٣٢ ، ١٣٣ .

(٣) Boudant et Béquignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 247.

— Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 62, pp. 59 et 60. — De La Morandière, L'Ordre public en droit privé interne, Etude Capitant, notamment, pp. 400, 401. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 108, p. 122. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 214.

وانظر في الأخذ بهذا المعنى في القانون المصري :

صليمان مرقس ، فقرة ١١٠ : ص ١٦٤ - ١٦٦ .

القديم بالمخالفة لها ما يتهدد بخطر جسيم جدى نظام الجماعة العام نفسه (١) . وهذا ما يعبر عنه البعض بقولهم ان قوانين النظام العام التى يجب سريانها فور نفاذها بأثر مباشر حتى على الآثار المستقبلية للعقود الماضية هى قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة ، دون غيرها من قوانين النظام العام الأخرى التى لا تحمى الا مجرد مصلحة خاصة (٢) .

ولكن التفرقة بين قوانين النظام العام على هذا النحو لا تزيد الأمر وضوحاً أو تبديد انبهام وعدم انضباط التفرقة الأولى بين « المركز العقدى » و « النظام القانونى » . فهذه التفرقة الجديدة ينقصها التحديد كسابقتها ، اذ تجعل قوانين النظام العام درجات متفاوت من حيث الأهمية والخطورة دون أن تعنى بتحديد معيار هذا التفاوت . أو تجعل هذه القوانين مختلفة باختلاف المصالح التى تحميها ، رغم استعصاء الفصل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة نظراً لاختلاطهما فى أغلب الأحيان ، ورغم انعدام الحكمة من مثل هذا الفصل ما دامت هذه القوانين كلها - حتى ولو كان هدفها المباشر فى بعض الأحوال حماية بعض المصالح الخاصة - تتعلق بأسس رئيسية فى بناء الجماعة تعلقاً يختم منع كل مخالفة لها .

وبذلك تنتهى هذه التفرقة - كسابقتها - الى ما يشبه العدول عن تحديد نطاق سلطان كل من القانون القديم والقانون الجديد فى شأن الآثار المستقبلية للعقود ، اذ تترك النطاقين مختلطين دون حد واضح فاصل . وكأنها بذلك تنتهى الى اعطاء القضاء سلطة تقديرية مطلقة فى وضع هذا الحد فى صدد كل حالة بخصوصها ، وليس فى ذلك ما يعين على تحقيق ما يجب من تحديد

(١) H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. I. No. 148.

ولكن جازعاً ان ثمة خلط عند هؤلاء المؤلفين فى شأن سريان هذه القوانين المسعفة بالنظام العام على الآثار المستقبلية للعقود ، بين اعتبار هذا السريان سرياناً مباشراً أو سرياناً رجعيًا .

(٢) Capitani, Introduction à l'étude du droit civil, No. 48.

وقد سبق أن أشرنا أن استاذينا السنهورى وأبو ستيت يأخذان بهذا المعنى ، ولكن على أساس اعتبار سريان قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة سرياناً رجعيًا استثناءً لا سرياناً مباشراً (انظر سبقاً : حمى ٣٥ ، ص ٣٤٧ - ٣٤٨) .

واستقرار الحلول لمشكلة التنازع الزماني بين القوانين ، فتلك اذن منطقة فراغ في بناء النظرية الحديثة .

وكذلك نأخذ على النظرية الحديثة أنها تعتبر - كالنظرية التقليدية وان لم يكن لنفس السبب - القوانين التفسيرية قوانين رجعية استثناء . اذ الواقع ان لا رجعية في الامر ، لأنه لا يوجد تنازع حقيقي بين قاعدتين قانونيتين على مدى السريان في الزمان (١) . فالقاعدة القانونية الجديدة ليست الا تفسيراً لحكم القاعدة القانونية القديمة ، أي أنها ليست بقاعدة تعقبها في الزمان لتغير من حكمها أو مضمونها ، بل تبقى القاعدة القانونية القديمة كما هي لا تتغير بصور القاعدة التفسيرية ، وانما الذي يتغير هو تفسيرها فقط ، وليس في تفسير قاعدة قانونية قائمة على وجه دون آخر ، ولا في الرجوع عن تفسير سبق بشأنها - سواء كان التفسير أو الرجوع من جانب المشرع أو من جانب القاضي - أي أثر رجعي ، لأن القاعدة التي تطبق واحدة هي القاعدة القديمة ، وإن يكن تفسيرها قد تحدد من بعد على وجه معين .

٢٠٢ - النظريات الفقهية وأحكام القضاء في مشكلة التنازع الزماني

تلك هي النظريات الفقهية في تأصيل حل مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان . ورغم اختلاف هذه النظريات فيما تقوم عليه من أسس ، فإن الحلول العملية التي تنتهي إليها تكاد تكون واحدة ، فالخلاف العملي بينها اذن ليس كبيراً ، وانما يكاد ينحصر الخلاف بينها في تكييف هذه النتائج . ومرد ذلك الى أن النظريات لم تقم الا على تفسير وتبرير أحكام القضاء في شأن التنازع بين القوانين في الزمان ، فهي لم تبتكر حلول هذا التنازع ، وانما اجتهدت في تبرير ما وضعه القضاء منها فعلاً وحاولت أن تستخلص من ذلك قواعد وأصولاً عامة تحدد المدى الزمني لسريان كل من القانون القديم والقانون الجديد . والواقع أن القضاء ينظر ، في تغليب أحد القوانين على الآخر ، الى ما يحقق التوازن بين ما تقتضيه مصلحة الجماعة من تطبيق القانون الجديد من

(١) انظر في الإشارة الى انصار هذا الرأي :

Routier, op. cit., t. I, No. 58, p. 469 et note.

ناحية ، وبين ما يقتضيه استقرار المعاملات من تطبيق القانون القديم من ناحية أخرى ، وهو يعتد في ذلك بقصد المشرع الضمني^(١) وبطبيعة القوانين المتنازعة وبالظروف الخاصة بكل قضية مطروحة أمامه .

وإذا كان القضاء يتأى بنفسه على هذا النحو عن الخلافات الفقهية النظرية .
حول أصول حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ، فإنه - بعد أن استقرت .
النظريات الفقهية في هذا الشأن - كثيراً ما يتأثر رغم ذلك بما تقوم عليه هذه .
النظريات من أسس وأصول وبما تستعمل من اصطلاحات فيلجأ إليها - على .
الأقل - لتأييد أحكامه واسنادها .

وعلى أى حال ، فقد يفنى المشرع الفقه والقضاء عن الاجتهاد في حل .
التنازع بين القوانين في الزمان ، فقد ينظم بنفسه في قانون جديد معين فترة .
الانتقال بينه وبين القانون القديم ، فيضع لذلك أحكاماً وقتية . - فضلاً عن .
هذا التدخل الخاص من جانب المشرع ، قد يتدخل المشرع تدخلاً عاماً في هذا .
الشأن ، فيضع قواعد عامة تحكم التنازع الزماني بين القوانين بصدد بعض .
المسائل ، ومن قبيل ذلك ما وضعه المشرع المصري من حلول لهذا التنازع .
ستكون محلاً للإشارة والبحث في المطلب الثاني .

٢٠٣ - الموجهات والأصول العامة في حل مشكلة التنازع الزماني

بعد أن عرضنا فيما سبق لفقه النظريات المختلفة في حل مشكلة التنازع .
الزماني بين القوانين ولما يرد عليه من نقد ، نستطيع أن نستخلص - على .
ضوء ذلك - الموجهات والأصول العامة التي نعتقد أنها حقيقة بحل هذه .
المشكلة وهي تركز على أسس ثلاثة : الأول ، يمنع سريان القانون الجديد .
سرياناً رجبياً ، والثاني يفرض سريانه سرياناً مباشراً ، والثالث يوجس .
باستمرار سريان القانون القديم في أحوال معينة .

(١) انظر في تأييد القضاء في هذا الشأن وفي تأصيله :

Boudant et Béquignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 234. — Esmein, .
op. cit., pp. 172, 173.

شمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ ، فقرة ٢٠٨ ، ص ٤١٠ و ٤١١ -

أما في شأن منح السريان الرجعي للقانون الجديد ، فقد سبق أن رفضنا معيار الرجعية الذي تقدمه النظرية التقليدية على أنه المساس بحق مكتسب ومعيار الرجعية الذي يقدمه « ديجي » ، على أنه المساس بمركز قانوني شخصي ، ولذلك نأخذ بما نراه صوابا عند النظرية الحديثة في تحديد معنى الرجعية . فنقرر على ضوءه أن القانون الجديد لا يملك إعادة النظر من جديد فيما توافر قبل نفاذه من تمام تكوين أو انقضاء مركز قانوني أو من قيام بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء أو من ترتب آثار قانونية معينة .

وأما في شأن السريان المباشر للقانون الجديد ، فمعناه أن القانون الجديد يخضع لحكمه كل ما يحدث في ظله وابتداء من نفاذه ولو كانت جنوره ترجع إلى الماضي . فهو يخضع لسلطانة المباشر المراكز القانونية التي يدركها وهي ما تزال في دور التكوين أو الانقضاء وذلك بالنسبة لما يتوافر في ظله من العناصر التي يتم بها هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلية التي تترتب ابتداء من نفاذه على مركز قانوني سابق .

وأما في شأن السريان المستمر للقانون القديم ، فمن المتفق عليه انصرافه إلى الآثار المستقبلية للعقود وإلى طرق انحلالها التي لا تعدو أن تكون بعض هذه الآثار . وقد عرضنا للخلاف الفقهي حول تحديد مدى هذا السريان ، ورفضنا التفرقة التي يقول بها « روبييه » ، في هذا الشأن بين المركز العقدي والنظام القانوني ، وكذلك التفرقة الأخرى - التي حاول بعض أنصار النظرية الحديثة حللها محل تفرقة - بين قوانين النظام العام بحسب أهميتها وخطورتها أو بحسب طبيعة المصلحة التي تتصدى لحمايتها .

والواقع أن الأصل كان هو وجوب اطلاق السريان المباشر للقانون الجديد في هذا الشأن . وإذا كان قد تقرر الخروج على هذا الأصل بالسماح للقانون القديم في استمرار السريان في شأن الآثار المستقبلية للعقود ، فما ذلك إلا لأن العقود - وهي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة - تستعصى على التوحدة بما تفترض من تنوع آثارها واختلافها ، بينما الحكمة من أعمال الأثر المباشر للقانون الجديد هي وحدة النظم القانونية في شأن المراكز القانونية المتماثلة .

وإذا كان تقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم في شأن الآثار المستقبلية للعقود ليس إلا استثناء من أصل قاعدة السريان المباشر للقانون الجديد ، فيجب أن ينحصر هذا الاستثناء في حدود الحكمة من تقريره دون توسع في مداه على حساب هذه الحكمة .

ومن هنا ، يكون من الطبيعي - في رأينا - وجوب اطراح السريان المستمر للقانون القديم والعودة للسريان المباشر للقانون الجديد ، حينما يتعلق الأمر - في شأن الآثار المستقبلية للعقود - بقواعد قانونية يمتنع أمامها الخلاف والتعدد الذي هو الأصل في المراكز والآثار العقدية ، وهو ما يتحقق إذا كان القانون الجديد آمرا لتعلقه بالنظام العام والآداب ، إذ وجود مثل هذا القانون يعني انعدام سلطان الإرادة في مخالفته ، وضرورة رد العقود وآثارها بالتالي - في حدوده - إلى ضرب من الوحدة والتماثل . وهو ما ننتفي معه أية حكمه في تقرير استمرار سريان القانون القديم بالنسبة إلى الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، وما يتعين معه الرجوع إلى الأصل من انسريان المباشر للقانون الجديد تحقيقا لما أصبح يفرضه من وحدة لازمة . خاصة وأن تعلق هذا القانون بالنظام العام والآداب يفيد تعلقه ببعض الأسس الرئيسية في بناء الجماعة مما يستبعد كل مخالفة لها حتى ولو كانت مترتبة على عقود صحيحة مبرمة في الماضي .

ولذلك إذا كان للقانون القديم سريان مستمر في شأن الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، فإن هذا السريان يجب أن يقف إذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب . ويبدو أن هذا الرأي يحظى بتأييد غير قليل من الفقهاء (١) . بل إنه هو الرأي الذي كان يأخذ به الشيوخ المتميدين لنتقيد المبدئي المصري الحالي صراحة ، حيث كان ينصر في المادة السابعة منه على أنه « إذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه ، فإن القانون المنسوخ يظل مع ذلك

(١) انظر في ذلك :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 256, p. 231.

عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرات ١٨٧ و ١٩٥ و ١٩٦ . - محمود جمال الدين زكي ،

فقرة ١٣٨ .

ساريا على الروابط والحالات القانونية التي نشأت تحت سلطانه وكانت مترتبة على ارادة المتعاقدين ما لم يوجد نص يقضى بغير هذا أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب» (١) . وهو كذلك الذي تستقر عليه أحكام محكمة النقض المصرية (٢) .

وعلى هذا الاساس يسرى القانون الصادر بفرض سعر الزامى للعملة الورقية بما له من أثر مباشر على الآثار المستقبلية للعقود الجارية والمبرمة فى ظل القانون القديم ، فيصنع ابتداء من نفاذ القانون الجديد الدفع بالورق رغم شرط الدفع بالذهب الوارد فى هذه العقود . وكذلك يسرى القانون الصادر بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، بما له من أثر مباشر ، على ما يستحق ابتداء من نفاذه من فوائد بمقتضى العقود المبرمة من قبل هذا النفاذ ، فلا تدفع الفوائد اذن الا على الاساس الجديد المخفض (٣) . وكذلك يسرى بأثر مباشر القانون الصادر باستحداث مبدأ منع تجاوز الفوائد لرأس المال

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى . ج ١ . ص ٢١٤ .

وإذا كان هذا النص لم يظهر فى التقنين ، فلأنه عدل من بعد فى لجنة المراجعة تعديلا أعمل الجوهرى فيه فى شأن حكم الآثار المستقبلية لعقود الجارية بحيث أصبح قاصرا على تقرير مبدأ عدم الرجعية بوجه عام واستثناء النص الصريح على الرجعية وقوانين النظام العام والآداب منه . وهو ما روى معه عدم الحاجة اليه « اكفاء بالأحكام الواردة فى الدستور والقوانين الخاصة » (مجموعة الأعمال التحضيرية . ج ١ . ص ٢١٦ و ٢١٨) .

(٢) انظر بصفحة خاصة :

نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ (مجموعة أحكام محكمة النقض ، ص ٤ . رقم ١٦١ ، ص ١٠٢٨) . - نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ . المجموعة السابقة . ص ٧ . رقم ٢٣ . ص ٢٤١ . - نقض ٢٧ يونيو سنة ١٩٦٣ . المجموعة السابقة . ص ١٤ . رقم ١٢١ . ص ٩٣٦ .

(٣) وهذا ما استقر عليه القضاء المصرى (انظر الأحكام المشار اليها فى الهامش السابق) . إذ قضى بتطبيق نص المادة ٢/٢٢٧ من التقنين المدنى الحال - الذى قرر تخفيض سعر الفائدة الاتفاقية من ٨٪ الى ٧٪ - بأثر مباشر على العقود المبرمة فى ظل التقنين المدنى القديم ، بحيث تحسب العوائد المستحقة بمقتضاها ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو يوم نفاذ التقنين المدنى الحال على الاساس الجديد المخفض وهو ٧٪ . وانظر كذلك بخاصة فى نفس المعنى :

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٥٨٤ . - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرات ٥١٢ ، ٥١٣ ، ص ٩٠٥ - ٩٠٧ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقه ١٩٦١ - مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧١ ، ١٧٢ .

(م ٢٣٢ مدني) ، بحيث لا يحل للدائن بعد نفاذه اقتضاء فوائد متى بلغت الفوائد المستحقة له ما يعادل رأس المال ولو كان كل أو بعض هذه الفوائد قد استحق في ظل القانون القديم (١) . وكذلك تسرى قوانين العمل الجديدة المتعلقة بالنظام العام ، بمقتضى سلطانها المباشر ، على الآثار المستقبلية لعقود العمل المبرمة قبل نفاذها ، وهذا ما يصرح به المشرع المصري (م ١/٦ من قانون العمل) (٢) .

يخلص اذن مما تقدم أن الموجهات والأصول العامة التي نقرها لحل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين تنحصر فيما يلي :

(١) ليس للقانون الجديد أثر رجعي ، يملك بمقتضاء إعادة النظر فيما تم قبل نفاذه من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو فيما ترتب فعلا قبل هذا النفاذ من آثار قانونية .

(٢) للقانون الجديد أثر مباشر يخضع لسلطان المراكز القانونية التي لا تزال في دور التكوين أو الانقضاء ولكن دون المساس بما توافر في الماضي من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية .

(٣) للقانون القديم أثر مستمر في شأن الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، إلا إذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب فيسترد القانون الجديد سلطانه المباشر في حكمها .

وواضح أن المشرع يبقى بيده زمام حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ، فيملك بنص صريح منه الخروج على هذه الأصول : أما بتقرير رجعية القانون الجديد ، أو بتقرير استمرار سريان القانون القديم حيث يجب أعماله.

(١) انظر في ذلك : نقض ٣ نوفمبر ١٩٦٠ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١١ ، ع ٣ رقم ٨٥ ص ٥٤٤ - ٥ مارس ١٩٦٤ ، المجموعة السالفة ، س ١٥ ، ع ١ رقم ٤٨ ص ٢٨٠ .

(٢) انظر في ذلك : كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٩ ، فقرة ٢٦ ص ٧٤ و ٧٥ .

«قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد ، أو بتقرير السريان المباشر للقانون الجديد حيث يجب أعمال الأثر المستمر للقانون القديم » .

المطلب الثاني

الحلول العامة الوضعية لبعض مشاكل التنازع الزماني

٢٠٤ - تمهيد

عنى المشرع المصرى بوضع حلول عامة لبعض مشاكل التنازع الزماني الهامة (١) ، وبذلك أغنى الفقه والقضاء عن الاجتهاد والاختلاف فى حلها، ولكنه لم يجمع هذه الحلول التشريعية فى موضع واحد ، وانما وزعها على التقنيات الرئيسية المختلفة بحسب طبيعة ما يتصدى لحله من مشاكل . فنتتبع هذه الحلول التشريعية فيما يلى :

٢٠٥ - التنازع الزماني بين قوانين الأهلية

يؤدى تعاقب القوانين فى مسائل الأهلية بما يعدل سن الرشد بالرفع أو الحقص الى تنازع بين القانون الجديد والقانون القديم حول أمرين : الأول ، هو معرفة المركز القانونى لمن كان راشدا أو قاصرا فى ظل القانون القديم وما زال عند نفاذ القانون الجديد دون السن الجديدة المرتفعة أو أصبح فوق السن الجديدة المنخفضة . والثانى ، هو معرفة قيمة التصرفات التى صدرت من هؤلاء الأشخاص فى ظل القانون القديم بعد أن تغير الوضع فى ظل القانون الجديد . فنعرض لهذين الأمرين على التوالى لنرى الحل الذى قرره المشرع المصرى فيهما .

(١) أهلية الشخص : الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى ، فى شأن تحديد المركز القانونى للشخص من حيث أهليته عند تغير القانون المتعلق بذلك ، هو سريان القانون الجديد ، اذ تقضى المادة ١/٦ من التقنين المدنى بأن

(١) أنظر فى الحلول الواجبة لمشاكل أخرى عملية لم يضع لها المشرع حولا تشريعية : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٦٥ - ١٨٣ .

« النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص » . وعلى ذلك إذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحادية والعشرين ، فإن كل من لا يزال عند نفاذه دون الحادية والعشرين يعتبر ابتداء من هذا النفاذ قاصرا ويظل كذلك حتى يبلغ هذه السن ، حتى ولو سبق اعتباره راشدا لبلوغه الثامنة عشرة في ظل القانون القديم . وإذا كان القانون الجديد يخفض سن الرشد من الحادية والعشرين الى الثامنة عشرة ، فإن كل من يكون بالغا عند نفاذه السن المقررة فيه ، بأن يكون بالغا التاسعة عشرة مثلا ، يعتبر راشدا فور هذا النفاذ رغم سبق اعتباره قاصرا في ظل القانون القديم .

وهذا الحل يتفق مع فقه النظرية التقليدية ، سواء في حال تخفيض سن الرشد على أساس أنه لم يوجد بعد حق مكتسب يمنع سيان القانون الجديد ، أو في حالة رفع سن الرشد على أساس عدم وقوف الحق المكتسب في بلوغ سن الرشد أمام قوانين الأهلية نظرا لتعلقها بالنظام العام (١) . وهذا الحل يتفق كذلك مع نظرية « ديجي » ، في حال رفع سن الرشد وخفضه على السواء ، على أساس أن مركز الشخص من حيث الأهلية هو مركز قانوني موضوعي يملك القانون دائما تعديله دون أن يوصف لذلك بالرجعية .

أما في فقه النظرية الحديثة ، فيبدو هذا الحل متفقا معه في حال تخفيض سن الرشد ، حيث أن مركز القاصر لم يكن قد انقضى بعد في ظل القانون القديم . فيملك القانون الجديد تقرير انقضائه ابتداء من يوم نفاذه ، فهذا مقتضى الأثر المباشر للقانون الجديد ، ما دام يقتصر على اعتبار القاصر راشدا بالنسبة الى المستقبل أى منذ نفاذه لا منذ بلوغه سن الرشد الجديدة المخفضة إذا كان قد بلغها قبل هذا النفاذ في ظل القانون القديم (٢) .

أما في حال رفع سن الرشد ، فيذهب الأسناذ « روبييه » الى أن القانون الجديد لا يملك إعادة من كان معتبرا راشدا في ظل القانون القديم قاصرا من

(١) انظر في تأثر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للنقن المدني بهذا التعليل :

مجسوة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢١٥ .

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 106, p. 297.

جديد^(١) ، على أساس أن مركز هذا الشخص كقاصر قد انقضى ببلوغه سن الرشد في ظل القانون القديم ، فيكون من الرجعية إعادة النظر من جديد فيما تم من هذا الانقضاء^(٢) ، وإن كانت هذه الرجعية من قبيل الرجعية المخففة لعدم انصرافها إلا إلى المستقبل وحده ابتداء من نفاذ القانون الجديد^(٣).

ولكننا لا نرى في حقيقة فقه النظرية الحديثة ما يتعارض مع الحل القاضي بإعادة من كان معتبرا راشدا إلى حالة القصر ابتداء من نفاذ القانون القاضي برفع سن الرشد . إذ لم لا يقال إن انقضاء مركز القاصر في ظل القانون القديم قد أدى إلى تكوين مركز آخر هو مركزه كراشد ، وإن هذا المركز من المراكز المستمرة التي تظل جارية في الأصل حتى الوفاة ، مما ينبغى معه تمكين القانون الجديد - احتراما لسلطانه المباشر - من تناول هذا المركز والمساس به ، ما دام لا ينصرف بهذا المساس إلى الماضي بل يقصره على المستقبل ابتداء من يوم نفاذه^(٤) .

لذلك نرى تأييد ما يأخذ به القانون المصري من تطبيق القانون القاضي

(١) انظر في الإخذ بهذا المعنى في مصر قبل التقنين المدني الحالي المذكرة الإيضاحية لقانون المجلس الحسيني الصادر في مصر سنة ١٩٢٥ يرجع سن الرشد من الثامنة عشرة إلى الحادية والعشرين (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - ج ١ - ص ٢١٥) - عبد الفتاح السيد ، حول الأثر الرجعي لقانون المجلس الحسيني الجديد (المراجعة) ص ٧ - ص ١٦٩ وما بعدها .

(٢) Roubier, Ibid. ; t. II, No. 105, pp. 293 - 303.

وانظر كذلك في نفس المعنى :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 298.

ولكن من الواضح أن القانون الجديد يملك - دون رجعية - إبقاء من كان معتبرا قاصرا في ظل القانون القديم على حاله من القصر حتى بلوغ السن المرقعة المحددة فيه ، على أساس أن مركز هذا القاصر لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم فيملك القانون الجديد تأخير هذا الانقضاء .

(Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 387)

(٣) Roubier, op. cit., t. I, No. 64, p. 544.

(٤) مقالنا سالف الذكر ، ص ١٤٥ .

برفع من الرشد على كل من لم يبلغها عند نفاذه ولو سبق اعتباره راشداً في ظل القانون القديم ، على أساس أن هذا التطبيق تطبيق مباشر لا رجعي لأنه ينصرف الى المستقبل وحده دون المساس بمركز الرشد في الماضي . وهو - فضلاً عن ذلك - الرأي الذي يؤيده كثير من الفقهاء الفرنسيين وبعضهم من أنصار النظرية الحديثة نفسها (١) .

(٢) تصرفات الشخص : أما الجبل الذي أخذ به المشرع المصري في الأمر الثاني الخاص بتصرفات الشخص المبرمة في ظل القانون القديم ، فهو عدم سريان القانون الجديد عليها تطبيقاً لمبدأ عدم الرجعية ، أى تكون هذه التصرفات محكومة بالقانون القديم الذى صدرت فى ظله فلا تتأثر بالقانون الجديد . وعلى ذلك ، فالتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا راشدين فى حكمه ، تظل صحيحة رغم اعتبارهم قاصرين من جديد ابتداء من نفاذ القانون الجديد (م ٢/٦ مدنى) . والتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا قاصرين فى حكمه ، تظل باطلة أو قابلة للإبطال رغم اعتبارهم راشدين ابتداء من وقت نفاذ القانون الجديد .

وهذا الحل محض تطبيق لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد أياً كان مفهوم الرجعية . فهو مبرر عند النظرية التقليدية على أساس احترام الحق المكتسب ، وفى نظرية « ديجي » على أساس عدم المساس بالأعمال الماضية ، وعند النظرية الحديثة على أساس احترام المراكز القانونية التى تم تكوينها فى ظل القانون القديم .

٢٠٦ - التنازع الزمانى بين قوانين التقادم

الأصل أن القانون الجديد يخضع لسلطانه المباشر كل تقادم ما يزال جارياً عند نفاذه ، إذ يتعلق الأمر حينئذ بمركز قانونى ما يزال فى دور التكوين فيخضع تمام هذا التكوين للقانون الذى يتحقق فى ظله وهو القانون

(١) أنظر فى ذلك :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 30, p. 115. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 59. — Esmein, op. cit., p. 90. — Josseland, op. cit., t. I, No. 83.

الجديد ، ولكن دون أن يعنى ذلك مساس هذا القانون - والا كان رجعيا - بما سبق توافره قبل نفاذه من عناصر تهم هذا التكوين اذا كانت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة . وهو ما نفضله فيما يلى .

(١) انعدام الأثر الرجعى لقوانين التقادم الجديدة :

لا يملك القانون الجديد المساس بما توافر فى ظل القانون القديم من عناصر متعلقة بتكوين مركز التقادم ، كالعناصر المتعلقة ببذئه ووقفه وانقطاعه . والمشرع المصرى صريح فى الأخذ بهذا الحل ، اذ يقضى بأن « النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببذئه التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة (م ٢/٧ مدنى) . وقد سبق أن أشرنا الى اتفاق هذا الحل (١) مع فقه النظرية الحديثة ، على اعتبار أن ما يتحقق من عناصر متعلقة بتكوين أو انقضاء مركز قانونى فى ظل القانون القديم يظل محكوما بهذا القانون ، طالما تكون له قيمة قانونية فى ذاته ، فلا يملك القانون الجديد - دون رجعية - المساس به أو الرجوع فيه عن المدة السابقة على نفاذه .

(٢) الأثر المباشر لقوانين التقادم الجديدة :

مقتضى اعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد أن تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل ، وهذا ما يقرره المشرع المصرى صراحة بنصه على أن « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » (م ١/٧ مدنى) . وأكثر ما يعرض تطبيق هذا المبدأ فى شأن مدة التقادم ، ولكنه يعرض كذلك فيما يتعلق بشروط التقادم الأخرى .

١ - شروط التقادم : الأصل هو سريان القانون الجديد المعدل لشروط التقادم سريانا مباشرا على كل تقادم جار . فتغيير القانون الجديد قابلية الحق

(١) انظر فى تطبيق ذلك فى شأن وقف التقادم : نقض ١٧ أكتوبر ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٨ ، ج ٤ رقم ٢٢٩ ص ١٥٢٧ .

للتقادم مثلا ، يكون له أثره المباشر على التقادم الجارى . فالقانون الذى يجعل حقا أو مالا غير قابل للتقادم بعد أن كان قابلا له ، ينهى فور نفاذه التقادم الجارى فى شأنه . والقانون الذى يخضع للتقادم حقا أو مالا كان غير خاضع له من قبل ، يسرى فور نفاذه فيمكن جريان التقادم فى شأنه منذ هذا النفاذ لا قبله (١) .

٢ - مدة التقادم : مقتضى اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على التقادم الجارى هو إخضاعه للمدة الجديدة دون المدة القديمة . ولا صعوبة فى تطبيق ذلك اذا كان القانون الجديد يطيل مدة التقادم ، اذ يجب سريان المدة الجديدة الطويلة ولكن مع احتساب ما مضى من مدة جريان فى ظل القانون القديم (٢) . فاذا كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة صدر بعد بدئها بعشر سنين قانون يطيل المدة الى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم المبتدأ فى القانون القديم اذن الا بعد عشر سنين من نفاذ القانون الجديد .

وأما فى حال تقصير القانون الجديد مدة التقادم ، فالاصل - اعمالا للأثر المباشر لهذا القانون - وجوب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة على كل تقادم جار لما يكتمل . ولكن لا يتأتى ذلك الا باسقاط ما سبق جريانه من مدة فى ظل القانون القديم من الحساب ، خشية ما قد يؤدى اليه احتسابها من اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم واعطاء القانون الجديد بذلك أثرا رجعيا لا يملكه (٣) . ولذلك اذا وجب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة ، فينبغى سريانها واحتسابها وحدها منذ نفاذ القانون الجديد دون اعتبار لما جرى من

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 237.

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 242.

(٣) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 232, 242 ; t. I, note (1), p. 391.

ومع ذلك ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى عكس هذا الرأى فى ظل التفنين المدنى القديم مقرر وجوب احتساب المدة السابقة كذلك ، لعدم امكان انقائها أو اعدامها (انظر : نقتى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ . مجموعة عمر (المدنية) ، ج ١ ، رقم ٨ ، ص ١٦) . وأنظر كذلك فى تأييد هذا القضاء وفى انتقاد مبدئ التفنين المدنى المصرى العالى فى مخالفته والأخذ بالرأى العكسى المذكور فى المتن : شمس الدين الوكيل ، الموجز فى المسائل لدراسة القانون ، ١٩٦٥ فقرة ١٤٩ . ص ٢٤٧ - ٢٤٩ .

مدة قبله . وهذا ما أخذ به المشرع المصرى بنصه على أنه « اذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك » (م ١/٨ مدنى) .

ولكن لا يتأتى فى كل الأحوال اطلاق اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد المقصر للمدة على أساس عدم جريانها واحتسابها الا منذ نفاذ هذا القانون ، اذ قد يؤدى ذلك بالقانون الجديد الى اطالة المدة بينما هو يهدف الى تقصيرها ، وهو ما يتحقق اذا كانت المدة السابق جريانها تنتهى على الأساس القديم الطويل قبل انتهاء المدة الجديدة القصيرة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، لذلك يكون غير منطقي اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو ، كما لا يتأتى تطبيق هذا القانون على أساس احتساب ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم خشية الرجعية على ما سبق البيان ، فلا يبقى من حل معقول الا السماح باستمرار سريان القانون القديم واحتساب التقادم الجارى على أساسه بحيث يتم باكمال مدته ، وبذلك يحل الاثر المستمر للقانون القديم محل الاثر المباشر للقانون الجديد (١) . وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الحل المنطقي الذى تقررته كذلك النظرية الحديثة (٢) ، اذ بعد أن وضع القاعدة من وجوب اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد المقصر لمدة التقادم على أساس سريانها منذ العمل به (م ١/٨ مدنى) ، عاد فخرج عليها بنصه على أنه « اذا كان الباقي من المدة التى ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » (م ٢/٨) .

فالأمر يتوقف اذن على قدر الباقي لاكتمال التقادم الذى بدأ فى ظل القانون القديم من المدة المقررة فيه . فاذا كان هذا الباقي أطول من المدة

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 242, 243.

(٢) أنظر سابقا - هامش «١» ، ص ٣٦٤ .

وأنظر مع ذلك فيما ينصب اليه بعض الفقهاء من حل آخر يتلخص فى وجوب احتساب التقادم على أساس المدة القصيرة ، على أن يستنزل منها ما يعادل نسبة ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم الى المدة المقررة فيه : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو سبيت ، هامش «١» ، ص ١٩٣ .
وأنظر فى انتقاد هذا الرأى :

Roubier, op. cit., t. II, No. 243 et note (2).

(م ٢٥ - المدخل الى القانون)

الجديدة بأسرها ، يصرف النظر عن المدة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتفتتح مدة جديدة ابتداء من نفاذ القانون الجديد على الأساس القصير الوارد فيه . أما إذا كان الباقي أقصر من المدة الجديدة ، فيتم التقادم بانقضاء هذا الباقي .

وعلى ذلك ، إذا كانت مدة التقادم في الأصل خمس عشرة سنة ، ثم صدر بعد سنة من ابتداء جريان التقادم قانون يقصر المدة الى عشر سنوات فلا اعتبار للسنة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتبدأ مدة جديدة في الجريان من يوم نفاذ القانون الجديد على الأساس الوارد فيه فيتم التقادم بعد عشر سنوات من هذا النفاذ . أما إذا كانت مدة التقادم في الأصل خمس عشرة سنة ، وصدر بعد ثلاث عشرة سنة من بدء التقادم قانون يخفض المدة الى عشر سنوات ، فيكتمل التقادم بعد سنتين من نفاذ القانون الجديد ، أى بانقضاء الباقي حسب المدة المقررة في القانون القديم .

٢٠٧ - التنازع الزماني بين قوانين الإثبات

تنص المادة التاسعة من التقنين المدني على أن « تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدما للتخصص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه اعداده » .

ويعرض هذا النص لنوع معين من الإثبات هو « الإثبات أو الدليل المهيأ (preuve préconstituée) » ، أى الدليل المعد أو الواجب الإعداد قبل أى خصومة قضائية ، مما يفترض أن اعداده وتهيئته أو وجوب ذلك ينبغي تحقيقه وقت صدور الفعل أو التصرف الذي يتصل به لإثباته . فهو إذن يصحب هذا الفعل أو التصرف ، مما يجوز - في شأن تكوين المركز القانوني - تقريب عناصر اثباته من عناصر تكوينه ، والقول بأن القانون الذي يتم في ظله تكوين المركز القانوني هو الذي يجب أن يحكم اثباته بالدليل المهيأ (١) .

(١) Rouhier, op. cit. t. I, No. 56, p. 454.

وذلك على عكس الإثبات الواجب الإعداد أثناء سير الخصومة أمام القضاء ، فإنه يخضع بخاصة لكل تغيير يحدثه القانون في شأنه ، أى يخضع للسلطان المباشر للقانون الجديد (انظر :

Roubier, Le droit transitoire, 1900, N° 54, pp. 239 - 242.

وبذلك لا يكون للقانون الجديد سلطان على مثل هذا النوع من الاثبات او الدليل نظرا لانعدام اثره الرجعى . فمن الرجعية - وهو ما يتفق مع فقه النظرية الحديثة - اعادة النظر فيما تم فى الماضى من تكوين مركز قانونى سواء من حيث الموضوع او من حيث الاثبات ، اذ يبقى القانون الذى تم فى ظله هذا التكوين هو المرجع فى شروطه وفى اثباته .

واذا كان الدليل المهيأ محكوما دائما على هذا النحو بالقانون الذى اعد او كان يجب اعداده فى ظله بحيث لا يكون للقانون الجديد سلطان عليه ، فيستوى أن يلغى القانون الجديد دليلا مهيأ كان يفرضه القانون القديم او يفرض دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ، ففي الحالتين يبقى الاثبات خاضعا للقانون القديم وحده (١) .

وعلى ذلك اذا كان قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ يتطلب أصلا الاثبات بالكتابة فى شأن التصرفات المدنية التى تجاوز قيمتها عشرين جنيها ويكفى بالاثبات بالشهادة فيما دون ذلك. فان التصرف الذى عقد فى ظل هذا الحكم وكانت قيمته سبعين جنيها يظل واجب الاثبات بالكتابة حتى بعد تعديل هذا الحكم بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الذى يجيز الاثبات بالشهادة فى التصرفات التى لا تجاوز قيمتها مائة جنية . ولو افترضنا العكس وكان القانون القديم هو الذى يجيز الاثبات بالشهادة فيما لا يجاوز مائة جنية بينما جاء القانون الجديد موجبا لاثبات بالكتابة فيما يجاوز عشرين جنيها ، فان التصرف الذى عقد فى ظل القانون القديم وكانت قيمته سبعين جنيها يظل جائز الاثبات بالشهادة حتى بعد صدور القانون الجديد.

(١) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 454, 455; t. II, No. 83, p. 72, et note (1)

ولكن قارن فيما يذهب اليه بعض فقهاء النظرية التقليدية من التفرقة بين الحالتين والقول بمرئىان القانون الجديد فى الحالة الاولى وبقاء الاثبات خاصة للقانون القديم فى الحالة الثانية:

Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 30, note 66, p. 137.

وانظر فى انتقاد هذه التفرقة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 55, pp. 443 - 449.

وما يصدق في هذا الشأن على الأدلة المهيأة يصدق كذلك على القرائن القانونية (١) . فالقرائن القانونية تشترك مع الأدلة المهيأة في سبق اعدادها قبل أى خصومة قضائية ، ولا تختلف عنها الا في كون القانون نفسه هو الذى يتولى هذا الاعداد في شأن القرائن بينما يقع على عاتق الأفراد أنفسهم أمر هذا الاعداد في شأن الأدلة المهيأة . ولذلك فحيث يتطلب القانون اعدادا سابقا للاثبات قبل أى خصومة قضائية ، سواء بفرض أدلة مهيأة أو باستخلاص قرائن قانونية تعفى من تقرر لمصلحته من اثبات ما تقضى به ، فمعنى ذلك نشوء مركز قانونى اثباتى وقت اعداد أو وجوب اعداد الدليل المهيأ أو وقت حصول الوقائع المستخلصة منها الترينة القانونية ، بحيث لا يملك قانون جديد - دون رجعية - إعادة النظر فيه (٢) . وعلى ذلك ، فحيث ينشئ القانون قرينة لم تكن موجودة ، فانها لا تسرى على الوقائع السابقة أو تستخلص منها (٣) . وكذلك حيث يلغى القانون قرينة كان يفرضها من قبل ، فان الوقائع السابقة تبقى خاضعة لما كان مستخلصا منها - وقت وقوعها - من قرينة .

٢٠٨ - التنازع الزمانى بين قوانين المرافعات (٤)

في شأن هذا التنازع ، يعمل المشرع المصرى مبدأ انعدام الأثر الرجعى

(١) راجع فى ذلك مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧٦ - ١٧٨ .

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 448, 450.

(٣) ولذلك فان المادة ٩١٧ من التقنين المدنى المصرى الحال التى استحدثت قرينة قانونية على نية الايصاء من تصرف الشخص الى أحد ورثته ولكن مع احتفاظه بحياته المصروفة فيها ويحقه في الانتفاع بها مدى حياته . لا تسرى على التصرفات السابقة على هذا التقنين والا كان سريانها رجعيا (فى هذا المعنى : عبد المنعم البدر اوى عقد البيع فى القانون المدنى ، ١٩٥٧ ، فقرة ٤٨ - منصور مصطفى منصور ، العقود للمساواة : البيع والمقايضة والإيجار ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٦ ، ص ٣٢ - مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧٨ - عبد الرزاق السنهورى ، الوصية ج ٤ ، هامش ص ٢٥ - تقضى ١٤ مايو ١٩٦٤ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ١٥ ، رقم ١٠٧ ، ص ٦٧٣ - تقضى ١٣ فبراير ١٩٦٨ ، المجموعة السالفة ، ص ١٩ ، ع ١ رقم ٤٠ من ٢٧١ - تقضى ٢٢ ابريل ١٩٦٩ ، المجموعة السالفة ، ص ٢٠ ، ع ٢ رقم ١٠٥ ص ٦٤٩ - ولكن قارن : أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٢٨ ، ص ٤٢ - ٤٤) .

(٤) انظر : مقالنا سالف الذكر : ص ١٥٢ - ١٥٨ - أحمد أبو الوفا التنازع الزمانى

لقوانين المرافعات ، مجلة الحقوق ، ص ١٥ ، ع ١ ، ص ٣١ - ٣٢ .

للقانون الجديد من ناحية ، ومبدأ أثره المباشر من ناحية ثانية . غير أنه لا يطلق هذا المبدأ الثانى كل الاطلاق ، بل يحد منه فى أحوال معينة بما يؤدى الى اعطاء القانون القديم أثر مستمرا .

(١) **انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد :** يطبق المشرع المصرى مبدأ عدم الرجعية بنصه على أن كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك (م ١/٢ مرافعات) . ومعنى ذلك أن اجراءات المرافعات تخضع للقانون الذى تتم فى ظله ، فاذا تمت صحيحة طبقا لما يتطلبه هذا القانون ، فهي تبقى صحيحة رغم صدور قانون جديد يستلزم شروطا أخرى لصحة هذه الاجراءات . ذلك أن اعمال القانون الجديد وابطال ما تم صحيحا منها فى ظل القانون القديم ، انما يعتبر سحبا للقانون الجديد على الماضى ، وهو ما لا يجوز كقاعدة عامة لانعدام أثره الرجعى . ويقتضى ذلك القول كذلك بأنه اذا وقعت بعض اجراءات المرافعات باطلة طبقا للقانون الذى تمت فى ظله ، فتظل باطلة كما كانت رغم صدور قانون جديد يعتبر مثل هذا النوع من الاجراءات صحيحا (١) .

وكذلك فتأكيدا لانعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد ، تنص المادة ٢/٢ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها » (٢) .

(٢) **الأثر المباشر للقانون الجديد :** تشير الى هذا الأثر المادة الأولى من تقنين المرافعات بقولها « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » . ومعنى ذلك أن القانون الجديد يسرى على الدعاوى المرفوعة فى ظل القانون القديم والتي لا تزال منظورة أمام القضاء . ولذلك اذا قرر قانون جديد مثلا نقل الاختصاص بنظر طائفة من الدعاوى من جهة قضائية الى جهة قضائية أخرى ، أو من

(١) أحمد أبو الوفا ، المقالة السابقة ، فقرة ١٢ ، ص ٦٤ - ٦٦ .

(٢) انظر فى ذلك مقالنا سالف الذكر ، ص ١٥٤ .

محكمة الى محكمة أخرى في نفس الجهة القضائية ، فيثبت الاختصاص للجهة القضائية أو المحكمة الجديدة ينظر كل دعوى من هذه الطائفة سبق رفعها في ظل القانون القديم الى الجهة القضائية أو المحكمة الأولى وما زالت منظورة امامها لم تفصل فيها بعد .

وتطبيقا للآثر المباشر للقانون الجديد ، سبق أن نص القانون الصادر بإلغاء المحاكم المختلطة على أن تحال الى المحاكم الوطنية كل الدعاوى التي تكون منظورة أمام المحاكم المختلطة عند حلول موعد الالفاء وبالحالة التي تكون عليها . ونص قانون اصدار تقنين المرافعات الجديد على أن تحيل المحاكم بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا التقنين وذلك بالحالة التي تكون عليها .

(٣) أحوال الخروج على الأثر المباشر للقانون الجديد : رغم أن المبدأ هو تطبيق القانون الجديد للمرافعات بأثر مباشر ، فقد استقر القضاء والفقه في فرنسا على الخروج على هذا المبدأ في أحوال معينة بما يؤدي الى تطبيق القانون القديم بأثر مستمر . وسائرهما في ذلك المشرع المصري ، فأورد بضعة استثناءات من مبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات تعرض لها بإيجاز فيما يلي (١) :

١ - لا تسرى القوانين المعدلة للاختصاص (٢) على الدعاوى التي أقفل فيها باب المرافعة قبل نفاذها (م ١/١ مرافعات) فتستمر الولاية القديمة للمحكمة الأصلية وتقوم بإصدار الحكم فيها . ويرجع استثناء هذه الحالة من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد الى ما تقتضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم من عدم إعادة النظر في نزاع قد استكمل تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه .

(١) راجع في هذه الاستثناءات مقالنا سالف الذكر من ١٥٦ - ١٥٨ - ٠ - أحمد أبو الوفا ، المقالة السابقة ، ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) يخرج من نطاق هذا الاستثناء القوانين التي تمنع كل جهات القضاء من نظر هذا النوع من الدعاوى (أنظر أحمد أبو الوفا ، المقالة السابقة ، فقرة ٢٠ ص ٨٦) .

٢ - لا تسرى القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات (١) على ما بدأ قبل نفاذها .
من مواعيد (م ٢/١ مرافعات) . فإذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات وصدر
قبل تمامه قانون معدل له ، فلا يسرى القانون الجديد استثناء مما له من أثر
مباشر . بل يستمر الميعاد في جريانه حتى ينتهي وفقا للقانون القديم الذي بدأ
في ظله . والمقصود بهذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد في نهايته على
نفس الأساس الذي قامت عليه بدايته (٢) .

٣ - لا تسرى القوانين المنشئة أو الملغية لطرق الطعن على الاحكام
الصادرة قبل نفاذها (م ٣/١ مرافعات) . فإذا صدر قانون ألغى طريقا من
طرق الطعن كان موجودا أو أنشأ طريقا جديدا من طرق الطعن لم يكن
موجودا ، فلا يسرى هذا القانون على الاحكام التي صدرت قبل نفاذه (٣) .
ولي ذلك فالحكم القابل للطعن بطريق الاستئناف يظل قابلا للاستئناف رغم

(١) يخرج من نطاق هذا الاستثناء القوانين المستحدثة للمواعيد ، فهي لا تسرى - منها من
الرجعية - إلا من تاريخ نفاذها كما سلف البيان (أنظر سابقا ص ٣٨٩ - وانظر كذلك :
أحد بر الوفا ، المقالة السابقة ، ص ٩٥) .

(٢) وفي ذلك مخالفة للقواعد الخاصة بالسريان الزماني للقوانين المطيلة أو اقصره لمدة
انتقادم والتي كان يجب أعمالها في شأن القوانين المعدلة للمواعيد والمهل بوجه عام ، توحيدا
لمحلول القوانين في صدد المشاكل المتماثلة .

Roublier, op. cit., t. II, No. 144, p. 730.

ولعل هذه المخالفة تجد ما يبررها من قصر مواعيد المرافعات بالنسبة الى عدد التقادم .

(٣) غير أن هذه الحالة لا تمثل استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد في كل
الصور . فحجب يتعلق الأمر بأحكام نهائية أو صارت نهائية قبل نفاذ قانون منشئ لطريق
جديد من طرق الطعن ، فيكون من الطبيعي عدم سريانها عليها ، بل يكون من الرجعية - أصام
تمام تكوين المركز القانوني في ظل القانون القديم - تقرير هذا السريان (قلزب : نقض ٢١
فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض ، س ٣ ، رقم ٨٩ ، ص ٥٢٠) .
نما إذا تعلق الأمر بأحكام غير نهائية أو لم تصر بعد نهائية قبل نفاذ قانون جديد ملغ لطريق
من طرق الطعن كان موجودا فمقتضى الأثر المباشر تقرير سريانه على مثل هذه الأحكام لأن
المركز القانوني ما زال جازيا لم يبرح بعد تمام تكوينه . ويكون استثناء حقيقيا من مبدأ الأثر
المباشر حيثئذ منع هذا السريان وتقرير استمرار سريان القانون القديم (قانون مع ذلك ما يفهم
اليه بعض الفقهاء من اعتبار أن سريان القانون الجديد المنشئ أو الملغى لطريق من طرق الطعن
على الأحكام الصادرة قبل نفاذه - نهائية كانت أو غير نهائية - هو سريان رجعي وإن منع هذا
السريان هو محض تطبيق لمبدأ عدم الرجعية .

Roublier, op. cit., t. II, No. 144, p. 728.

صدور قانون جديد يلغى هذا الطريق من طرق الطعن في شأن مثل هذا النوع من الاحكام ، والحكم غير القابل للطعن بطريق النقض لا يصبح قابلا للطعن فيه بهذا الطريق بعد صدور قانون جديد يبيح الطعن بالنقض في مثل هذا النوع من الاحكام (١) .

٢٠٩ - التنازع الزماني بين قوانين العقوبات

(١) التشدد في مبدأ عدم الرجعية : اشترتا من قبل الى أن مبدأ عدم رجعية القوانين هو مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع كقاعدة عامة . فللمشرع - اذا اراد - سحب القوانين على الماضى بنص صراحة على ذلك . غير أن سلطته في هذا الشأن معدومة في مسائل العقوبات . فالمبدأ هو عدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية أى تلك التى تبين الجرائم وتقرر العقوبات عليها ، وهو مبدأ يقيد المشرع كما يقيد القاضى ، فلا يملك المشرع - حتى بنص صريح منه - الخروج عليه . وقد حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة وتقنين العقوبات المصرى على النص على هذا المبدأ . والواقع أن هذا المبدأ ألزم ما يكون في قوانين العقوبات بخاصة ، وذلك كغالة للحريات الفردية ومنعاً من التوصل الى العقاب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها .

ومقتضى مبدأ عدم الرجعية أن يكون التجريم والعقاب محكوماً بالقانون الذى يرتكب الفعل فى ظله ، فلا يسرى على هذا الفعل أى قانون جديد . ولا خلاف على اعمال هذا المبدأ ، ليس فحسب حيث يقرر القانون الجديد التجريم والعقاب على فعل كان وقت ارتكابه مباحاً ، بل كذلك حيث يكون الفعل وقت ارتكابه معتبراً جريمة معاقباً عليها ولكن يقرر القانون الجديد تشديد هذا العقاب .

(٢) رجعية قوانين العقوبات الأصلح للمتهم : ليس مبدأ عدم رجعية قوانين العقوبات بالمطلق اذ يرد عليه استثناء خاص بقوانين العقوبات الأصلح

(١) حكم محكمة النقض المذكور فى الهامش السابق .

للمتهم^(١) ، فيكون للمتهم الاستفادة من القوانين التي تصدر بعد ارتكاب الجريمة إذا كانت أصلح له من القوانين التي ارتكب الجريمة في ظلها . وحكمة هذا الاستثناء ظاهرة ، إذ يقضى الصالح العام - وهو الذي تنكف به الجريمة والعقوبة على السواء - بعدم أخذ المتهمين بجرائم قد غدت معتبرة أفعالا مباحة ، أو بعقوبات قد ظهرت شدتها خاتمتها الأمر الى تخفيفها .

وقد نص تقنين العقوبات المصري على هذا الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية ، بنصه على أنه « إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم ، فهو الذي يتبع دون غيره » . وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية ، (م ٢/٥ و ٣) . ويقتضى أعمال هذا النص التفرقة بين ما إذا كان القانون الجديد يقتصر على تخفيف العقوبة أم يصل الى القائها أو منعها أو إلغاء الجريمة .

١ - تخفيف العقوبة : إذا صدر قانون جديد ينص على عفوية أخف من العقوبة المقررة في القانون القديم ، فيسرى القانون الجديد على الجرائم التي ارتكبت في ظل القانون القديم ما دام لم يصدر حكم نهائي بشأنها (م ٣/٥ عقوبات) أي أن الاستفادة المجرم أو المتهم من القانون الجديد في هذه الحالة - رغم ارتكاب الجريمة في ظل القانون القديم - رهن بعدم صدور حكم نهائي

(١) ومع ذلك ، ينكر الأستاذ « روبييه » أن في سريان قوانين العقوبات الأصلح للمتهم على الجرائم المرتكبة قبل نفاذها خروجاً على مبدأ عدم الرجعية ، أنظر سابقاً ، ص ٣٦١ - ٣٦٢ وهامش ١ ، ص ٣٦٢ . وأنظر في انتقاد هذا الرأي : (Esmelin, op. cit., p. 153) . ومن ناحية أخرى يذهب « ديجي » الى أنه إذا كان التجريم يخضع للقانون السائد وقت ارتكاب الفعل ، فإن العقاب يخضع للقانون السائد وقت الحكم . ولذلك فالأصل عنده في العقاب هو سريان القانون النافذ وقت الحكم ، سواء كان أخف أو أشد من القانون النافذ وقت ارتكاب الجرم ، وهو سريان طبيعي لا شبهة للرجعية فيه . ولكن خروجاً على هذا السريان الأصل (أو المباشر) ، يخضع العقاب للقانون الذي ارتكب الجرم في ظلّه إذا كان هذا القانون أخف وأصلح للمتهم من القانون الذي يصدر الحكم في ظلّه . وبذلك يقلب « ديجي » الوضع المسلم في العقاب ، فيجعل الأصل هو تطبيق قانون وقت الحكم ، والاستثناء - لافادة المتهم - هو تطبيق قانون الجرم .

بالعقوبة . والمقصود بالحكم النهائي ذلك الحكم الذي استنفدت كل طرق الطعن فيه . فالتهم يستفيد اذن من كل قانون جديد يصدر بتخفيف العقاب حتى بعد صدور حكم في شأن جريمته ، ما دام هذا الحكم لم يصبح نهائيا بعد . لأنه ما يزال قابلا للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض . أما اذا أصبح الحكم نهائيا فامتنع الطعن فيه باحدى هذه الطرق ، فكل تخفيف للعقاب يأتي به قانون يصدر بعد ذلك لا يستفيد منه المحكوم . وحكمة ذلك واضحة ، اذ أن اعمال التخفيف يقتضى حكما جديدا يقرره ، وهو أمر بات مستحيلا أمام ما للحكم النهائي بالعقاب من قوة الأمر المقضى .

٢ - **القضاء الجرمية أو منع العقوبة** : اذا صدر قانون جديد يعتبر فعلا مباحا ما كان معتبرا جريمة في نظر القانون القديم أو يوجد مانعا من موانع العقاب عليها ، فيستفيد منه كل شخص ارتكب هذه الجريمة في ظل القانون القديم حتى ولو كان قد صدر ضده حكم نهائي بالعقاب (م ٣/٥) . فصيورة الحكم نهائيا باستنفاد طرق الطعن فيه ، بل وابتداء تنفيذه ، لا يحرم المحكوم عليه من الافادة من القانون الجديد بما يؤدي في هذه الحالة الى وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كل آثاره الجنائية . وواضح أن عدم التقيد بنهائية الحكم في هذه الحالة - على خلاف حالة تخفيف العقاب - مرده الى أن أعمال القانون الملغى للتجريم أو المانع من العقاب لا يتوقف على صدور حكم قضائي جديد بحيث تقف أمامه عقبة قوة الأمر المقضى ، فيكفى حينئذ وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها (١) .

غير أن الافادة من القانون الجديد في هذه الحالة لا تنصرف الى قوانين العقوبات المؤقتة (٢) . فانتهاء فترة سريانها لا يحول دون ملاحقة من خالفها

(١) في هذا المعنى :

Esmein, op. cit., p. 156.

(٢) أنظر في اتساع « قوانين العقوبات المؤقتة » للقوانين المؤقتة بالنص والقوانين المؤقتة بالطبيعة على السواء ، وفي انتقاد مسلك محكمة النقض المصرية (نقض ٢٨ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (جنائي) ، ج ٧ رقم ٦٩ ، ص ٦٣) في قصرها على القوانين المؤقتة بالنص وحدها : السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ١٠٤ و ١٠٥ . مقالنا سالف الذكر ، ص ١٦٢ و ١٦٤ . - محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ ، فقرة ١٠٥ ، ص ١٢٥ .

أو المضى فى تنفيذ العقوبات المحكوم بها طبقا لها (م ٤/٥ عقوبات) . وحكمة ذلك أنه بانقضاء فترة سريان القانون الجنائى المؤقت تعتبر أفعالا مباحة الجرائم المنصوص عليها فيه ، فيكون من الواجب طبقا للمقرر من الافادة من القانون الأصلح أن يفيد من هذه الاباحة كل شخص ارتكب هذه الجرائم سواء حكم عليه نهائيا أو لم يكن قد حكم عليه بعد ، وهو ما يؤدى - نظرا الى ما لمثل هذا القانون من سريان مؤقت محدود - الى التشجيع على ارتكاب ما ينص عليه من جرائم طمعا فى الافادة من الاعفاء من العقاب عليها وانقضاء آثارها الجنائية. بفوات فترة السريان المحدودة لهذا القانون .

الباب الثاني

تفسير القاعدة القانونية (١)

٢١٠ - تمهيد وتقسيم

إذا تعين نطاق القاعدة القانونية أو مدى سريانها على ما بسطناه في الباب السابق ، لم يبق - لامكان تطبيق القاعدة القانونية على غرض الواقع - الا تفسيرها ، أى الوقوف على معنى ما تتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب اعطاؤه لما قد يعرض فى العمل من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية .

فالتفسير اذن له معنى أوسع مما يتصور له أول وهلة . فهو ينصرف لا الى التشريع وحده أو القوانين المكتوبة بوجه عام - كما يرى بعض الفقهاء (٢) - ولكن الى بقية المصادر الرسمية الأخرى للقانون كذلك ، كالعرف والدين والقضاء فى الدول التى تعد مصدرا رسميا للقانون فيها ، وذلك لبيان ما تتضمنه هذه المصادر الرسمية من أحكام تنطبق على ما تواجهه من فروض . فان عجزت كل هذه المصادر الرسمية عن إعطاء الحكم لبعض ما قد يستجد من فروض فى العمل ، فلا مناص حينئذ من دفع التفسير - كما سنرى - الى غيرها من المصادر المادية أو الموضوعية للقانون لاستنباط الحكم منها ، فهى التى تمثل جوهر القانون ومصدره الحقيقى . فمشكلة التفسير

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gaudemet, L'interprétation du code civil en France depuis 1804. — Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2ème éd., 1982. — Du Pasquier, Les lacunes de la loi et de la Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er, oes.

(٢) عبد الرزاق السنهورى وأحمد حنيت أبو ستيت ، فقرة ١٥٨ . - عبد الفتاح

عبد الباقي ، فقرة ٢٠١ .

اذن مشكلة عامة تثار بصدد كل المصادر الرسمية للقانون على اختلافها ، ثم تجاوز ذلك كله - عند نقصها - الى المصادر الأولية المكونة لجوهره .

وينبغي الوقوف - في صدد مشكلة تفسير القاعدة القانونية - على أنواع التفسير والهيئات المختلفة التي قد تقوم به . ثم التعرف بعد ذلك على المدارس والمذاهب المختلفة في فقه التفسير ، وهي التي ينعكس أثر اختلافها على ضوابط التفسير وطرائقه .

ومن هنا ، نقسم الباب الى فصلين :

الفصل الأول - في أنواع التفسير .

الفصل الثاني - في مدارس التفسير وطرائقه .

الفصل الأول

انواع التفسير

لا تستقل هيئة واحدة بمهمة تفسير القواعد القانونية ، بل قد تقوم بها هيئات مختلفة : فقد يصدر التفسير عن المشرع نفسه ، وقد يصدر عن الفقه ، أو قد يقوم به القضاء حينما يدعى إلى تطبيق القواعد القانونية .

٢١١ - التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي (L'interprétation législative) قيام المشرع نفسه ببيان حقيقة معنى الحكم الوارد في تشريع سابق اشتهد حول تفسيره الخلاف في القضاء ، أو أخذ القضاء في تفسيره بمعنى يناقى قصد المشرع منه . ففي مثل هذه الاحوال يرى المشرع من واجبه التدخل حسما للخلاف ، أو بيانا للمعنى المقصود من التشريع . وقد كان هذا النوع من التفسير رائجا في الجماعات القديمة ، بل كان معتبرا أهم أنواع تفسير القانون فيها . غير أنه لم يعد للتفسير التشريعي في العصر الحديث اليوم الا حظ ضئيل في تفسير القواعد القانونية ، بالنظر الى انتشار مبدأ فصل السلطات واقتصار المشرع على فرض القواعد القانونية والالزام بها ، تاركا الى القضاء مهمة تفسيرها وتطبيقها على فروض العمل المختلفة .

وفي الحالات النادرة التي يتدخل فيها المشرع اليوم لتفسير تشريع سابق ، يكون هذا التفسير ملزما للمحاكم بحيث تنقيد به في الحكم وفقا للتشريع السابق . وقد أشرنا من قبل الى مدى سريان التفسيرات التفسيرية في الزمان ، ووجوب تطبيقها على كل ما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا .

ومن أمثلة التفسيرات التشريعية في مصر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذي فسر ما قرره المرسوم الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض السعر الالزامي للعملة الورقية من بطلان شرط الدفع بالذهب ، بأن هذا

البطلان لا يقتصر على المعاملات الداخلية بل يمتد كذلك الى المعاملات الخارجية .

والتفسير التشريعي يصدر عادة من الهيئة التي أصدرت التشريع المراد تفسيره كما في الأمثلة السابقة . غير أن ضرورات العمل قد تدعو الى تخويل هيئة أخرى حق القيام بهذا التفسير ، مما يعتبر معه تفسيرها تفسيراً تشريعياً ملزماً كذلك . ومثال ذلك ما يخوله المشرع للهيئة العامة للإصلاح الزراعي من سلطة تفسير أحكام قانون الإصلاح الزراعي تفسيراً تشريعياً ملزماً ، وما كان يخوله للجنة عليا محددة^(١) من سلطة التفسير التشريعي لأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة .

وقد سلفت الإشارة الى أن المشرع أعطى للمحكمة العليا أخيراً سلطته تفسير النصوص التشريعية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضماناً لوحدة التطبيق القضائي ، وذلك بناء على طلب وزير العدل ، على أن يكون قرارها الصادر بالتفسير ملزماً (م ٢/٤ من قانون المحكمة العليا) ، وذلك بقصد الاستغناء عن قيام المشرع بنفسه أو عن طريق لجان مفوضة بإصدار تشريعات تفسيرية . ولذلك تعتبر قرارات المحكمة العليا بالتفسير من قبيل التشريعات التفسيرية وتكون لها نفس قوتها الإلزامية^(٢) . وقد نص الدستور المصري الجديد لسنة ١٩٧١ بصدد انشائه المحكمة الدستورية العليا التي سوف تحل محل المحكمة العليا الحالية على اختصاص المحكمة الجديدة كذلك بتفسير النصوص التشريعية (م ١/١٧٥) ، وعلى نشر قراراتها الصادرة بالتفسير في الجريدة الرسمية (م ١٧٨) .

٢١٢ - التفسير الفقهي والقضائي

يقصد بالتفسير الفقهي (L'interprétation doctrinale) ذلك التفسير الذي يقوم به الفقهاء بصدد دراستهم للقانون . أما التفسير القضائي

(١) تشكل هذه اللجنة برئاسة وزير العدل وعضوية كل من رئيس مجلس الدولة ورئيس ديوان الموظفين ووكيل وزارة الخزانة (م ٩٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ في شأن نظام العاملين المدنيين بالدولة) .

(٢) انظر ساجها : من ٣٠٩ - ٣١٠ .

(L'interprétation Judiciaire) ، فيقصد به ذلك التفسير الذى تتولاه المحاكم حينما تدعى الى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة اليها . والتفسير الفقهى والقضائى هو ما نقصده اساسا من الكلام فى تفسير القاعدة القانونية . ويراعى أن القضاء - وهو لا يندفع الى التفسير الا للحكم فيما أمامه من منازعات وأقضية - يتأثر الى حد بعيد بالاعتبارات والظروف العملية ، بينما الفقه تغلب على تفسيره الصفة النظرية ، اذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون فى تجريدتها ، لا فى تطبيقها الفردى بصدد منازعات خاصة معينة . ولا يعنى ذلك وجود تعارض تام بين الفقه والقضاء ، فهنا - على العكس من ذلك - يحرصان على التعاون فيما بينهما فى تفسير القانون بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء . فالتفسير الفقهى يسبق عادة التفسير القضائى ويعين عليه ، وهو يضطر القضاء على أى حال - أمام تداول الخصوم مختلف التفسيرات الفقهية - الى اتخاذ موقف منها بالانحياز الى بعضها دون البعض الآخر . والتفسير القضائى كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقه ، فيحاول - عن طريق الوصل بين مختلف الأحكام - استخلاص الاتجاهات العامة للقضاء . وقد تمد الأحكام القضائية الفقه بفروض عملية - يتصورها فى المجال التجريدى البحت ، مما قد يدعو الى اعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو الى تضيق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية . ولكن قد يدعو انتقاد الفقه اتجاهها معينا للقضاء الى حمل المحاكم على العدول عما استقرت عليه من قبل من تفسير .

الفصل الثاني

مدارس التفسير وطرائقه

توجد مدارس رئيسية ثلاث تختلف في طرائق التفسير تبعاً لاختلاف النظرة فيما بينها الى أصل القانون وأساسه . فحيث يعقد القانون بإرادة الدولة وتنحصر مصادره في التشريع ، تظهر مدرسة التزام النص في التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه انبعاث من ضمير الجماعة ومن الظروف المحيطة بها ، توجد المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه جوهر وصناعة أو علم وصياغة ، توحد المدرسة العلمية أو مدرسة البحث والتفسير الحر . فنعرض لكل من هذه المدارس ، ولما تشعبه من طرائق في التفسير . ثم للتفسير في القانون المصري .

المطلب الأول

مدرسة التزام النص

L'Ecole de l'exégèse

٢١٣ - فقه مدرسة التزام النص وطرائقها (١)

ظهرت هذه المدرسة في أعقاب انقنيات المراسيم التي صدرت في مفتتح القرن التاسع عشر ، إذ بهرتها حركة التقنين الضخمة التي لم تكن للناس عهد بها وساعدتها على تأييد اعتقاد المذهب الشكلي في رد القانون الى إرادة الدولة ومشينة المشرع . فتأدب الى القول بأنه لا يوجد شيء وراء

(١) انظر في ذلك صفة خاصة :

Bonnecase. Introduction à l'étude du droit. 3e éd. 1939. Nos. 140 - 154.
— Gény, op. cit., t. I, Nos. 8 - 30.

التشريع من مصادر موضوعية ، أو دونه من مصادر رسمية ، وإن هذه التقنيات قد جمعت فأوعت وتنبأت بكل ما قد يفرض في المستقبل من فروض .

وأمام هذا المنطق في تصور تكوين القانون ، أضحت هذه المدرسة على نصوص التشريع قدسية كبيرة حتى لكانها تنزّل من عند الله . ولم تقدس مضمون هذه النصوص فحسب ، بل قدست فضلا عن ذلك الترتيب الواردة به في التقنيات . فجرت شروح فقهاؤها على تناولها نصا نصا بحسب ترتيبها الرسمي . حتى عرفت هذه المدرسة كذلك رسم . مدرسة الشرح على المتون .

ولم يكن بد - والتشريع يعتبر على هذا النحو المصدر الوحيد للقانون ، ونصوصه في مثل هذا المكان من التقديس - من أن يقوم تفسير القانون في منطق هذه المدرسة على مجرد تفسير نصوص التشريع . ولما كان التشريع لا يصدر إلا عن إرادة واعية بصيرة هي إرادة المشرع ، ففسر نصوصه ينحصر - عند هذه المدرسة - في الوقوف على هذه الإرادة وقت وضعها لا وقت تطبيقها ، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية تغيرا كبيرا بين وقت وضع النصوص ووقت تطبيقها . فالقواعد القانونية إذن هي مجرد تعبير عن إرادة المشرع ، فلا قيمة لها بذاتها مجردة عن هذه الإرادة . ومن هنا ، يتحتم - للوقوف على مضمون القواعد القانونية - الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية إن وجدت ، فإن لم توجد لم يكن ثم مناص من الالتجاء إلى إرادته المفترضة . غير أن مدرسة التزام النص لم تذهب إلى حد الالتجاء إلى إرادة المشرع المفترضة في مجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات .

أولا - الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية :

إذا كان النص واضحا في صيغته ولا خفاء في معناه ، فهو يكشف في سر عن إرادة المشرع بمجرد التفسير اللفظي أو اللغوي ، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الآلي للنص ، إذ كما يقولون « لا اجتihad مع النص » . غير أن من النادر أن يأتي النص واضحا وضوحا لا يحتاج معه إلى أكثر من التفسير اللفظي أو اللغوي ، فقد يكون مبهما أو ناقصا . وهنا يرجع - في

الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية - الى عناصر خارجية لا تستمد من الفاظ النص .

(١) فقد تعين حكمة التشريع على تبين المقصود من الفاظ النص .
فقانون العقوبات مثلا يعتبر الليل طرفا مشددا للعقاب على جريمة السرقة .
ولما كان للفظ « الليل » معنيان : معنى لغوي يفيد فترة الاظلام ، ومعنى فلكي يفيد الفترة ما بين غروب الشمس وشرورها ، فلا يفيد في ترجيح أحد المعنيين الا الوقوف على الحكمة من تشديد العقاب . وظاهر ان هذه الحكمة هي اتخاذ الليل ستارا يسهل في ظلامه ارتكاب السرقة . ومن هنا ، ينبغي أخذ « الليل » في تشديد العقاب بمعناه اللغوي لا بمعناه الفلكي . واعتبار هذا المعنى هو الذي اتجه اليه قصد المشرع الحقيقي .

(٢) وقد يستعان بالمصادر التاريخية التي استقى المشرع منها نصوصه في الوقوف على ارادته الحقيقية . فيرجع مثلا في القانون المصري الى الشريعة الاسلامية لفهم النصوص التشريعية الخاصة بالشفعة والميراث والوصية ، باعتبارها مصدرها التاريخي . ويرجع الى القانون الفرنسي لفهم كثير من النصوص التشريعية التي استقاها المشرع منه .

(٣) وكثيرا ما يستعان كذلك بالأعمال التحضيرية التي صاحبت وضع نصوص التشريعات والمناقشات التي دارت حولها للوقوف على معناها وقصد المشرع الحقيقي منها (١) .

ثانيا - الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة :

(١) الاستعانة بطرق الاستنتاج المنطقي : اذا لم توجد ارادة حقيقية للمشرع يمكن الوقوف عليها بالوسائل السابقة ، بأن لم توجد نصوص

(١) وتأثرا بذلك ، يشهد الاهتمام في العصر الحديث بنشر هذه الأعمال التحضيرية للاستعانة بها في التفسير . ومن الأمثلة البارزة على ذلك ، نشر الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي في سبعة أجزاء ، تضم مختلف المراحل التي مرت بها نصوصه وما دار حولها من مناقشات وطرا عليها من تعديلات الى أن أخرجت بصورتها النهائية الحالية .

تنطبق مباشرة على بعض فروض العمل ، فتستخرج الحلول الواجب إعطاؤها لهذه الفروض من نصوص التشريع نفسه بواسطة طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة ، وتنسب هذه الحلول الى المشرع نفسه على أساس أن هذه هي ارادته المفترضة ، أى على أساس افتراض وجود ارادة للمشرع فى الأخذ بهذه الحلول وان يكن قد أغفل التعبير عنها . ومرد هذا الافتراض الى أن المشرع إما قد نص على نفس هذه الحلول فى فروض مشابهة أو فى فروض تكون علة الحكم فيها أضعف من علة فى الفروض غير المنصوص عليها ، وأما قد نص على عكس هذه الحلول فى الفروض المخالفة . أى يقوم افتراض ارادة المشرع على الاستنتاج عن طريق القياس ، أو الاستنتاج من باب أولى ، أو الاستنتاج من مفهوم المخالفة .

١ - **الاستنتاج عن طريق القياس** : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة فى الحالتين . فمما كانت المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى المصرى القديم تنص على أن المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء ، فأمكن قياس الحتم والبصمة على الامضاء واعطاؤهما نفس الحكم (١) . وتنص المادة ٩٩٧ من التقنين المدنى الحالى على عدم جواز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى ، فيقاس على عدم جواز النزول فى هذا الشأن عدم جواز الايجار ، اذ العلة واحدة فى الحالتين وهى اقتصار الحق على صاحبه نفسه هو وأسرة ، ومقدار حاجتهم الشخصية (٢) .

٢ - **الاستنتاج من باب أولى** : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها ، لأن علة الحكم فى الحالة الأولى تكون أكثر توافراً

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشت أبو ستيت ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢٠٩ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٩ ص ١٩٦٨ ، فقرة ٥٤٦ ، ص ١٢٧٦ .

منها في الحالة الثانية (١) . فتقنين العقوبات المصري مثلا يخفف العقاب على من يقتل زوجته وشريكها حال تلبسها بالزنا ، فيسرى التخفيف الوارد بشأن القتل على الضرب المحدث لعامة مستديمة من باب أولى . والتقنين المدني المصري يقرر امتيازاً للنفقة المستحقة للأقارب عن الستة الأشهر الأخيرة ، فيستخلص منه البعض من باب أولى تقرير نفس الامتياز للنفقة المستحقة للزوجة باعتبار أن نفقة الزوجة أولى بالامتياز من نفقة الأقارب (٢) .

٣ - الاستنتاج من مفهوم المخالفة : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عنها عكس حكم حالة منصوص عليها ، أما لاختلاف العلة في الحالتين . وأما لأن اقتصار النص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفى هذا الحكم عما عداها من حالات نفس النوع .

فالمادة الرابعة مثلا من التقنين المدني تنص على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، فيستنتج بمفهوم المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسؤولاً عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر . وتنص المادة ١١٣٧ من هذا التقنين على أن الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب الحقوق المقررة بنصوص خاصة ، فيستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن الحقوق التي لم ينص على امتيازها لا تكون حقوقاً ممتازة بل تكون مجرد حقوق عادية .

وفي التقنين المدني القديم كان منصوصاً على بطلان بيع الحقوق في تركة مستقبلية ، فاستنتج من مفهوم المخالفة أن كل ما عدا ذلك من بيع الأشياء المستقبلية يعتبر صحيحاً ، على أساس اعتبار أنه قد قصد تخصيص حالة بيع التركة المستقبلية بالبطلان دون غيرها من حالات بيع الأشياء المستقبلية (٣) ، وقد أخذ التقنين المدني الحالي صراحةً بضمون هذا الاستنتاج (م ١٣١) .

(١) ومن الأمثلة البارزة التي بضرها علماء أصول الفقه في الشريعة الإسلامية على ذلك حظر ضرب النوح والذي استنتج من باب أولى من قوله تعالى « ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما » .
(٢) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ١٩٥٧ ، فقرة ١٢٩ ، ص ٢٠٩ .
عبد المصم البدرأوى ، المرجع السابق ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٤٦ ، ص ٢٢١ .
(٣) عبد الرزاق السنهوري وحسنت أبو ستيت ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢١١ .

(٢) استخلاص مبادئ عامة من النصوص واستخراج حلول من هذه المبادئ : اذا لم تغلح كل طرق الاستنتاج المنطقي هذه في ايجاد حلول لما يستجد في العمل من فروض ، فيلجأ الى استخراج بعض المبادئ والنظريات العامة من نصوص التشريع المختلفة ، ونسبة هذه المبادئ والنظريات افتراضا الى ارادة المشرع وقت وضع التشريع ، ثم الاعتماد عليها في تقرير واستخلاص الحلول اللازمة لمواجهة فروض العمل الجديدة على أساس انها كذلك قصد المشرع وازادته المفترضة (١) .

ثالثا - الوقوف عند الارادة الحقيقية للمشرع في بعض المسائل الجنائية :

ولكن مدرسة التزم النص لا تطلق التفسير واسعا على النحو السابق بيانه في كل المسائل . ففي المسائل الجنائية ، يرى انه يجب اتباع التفسير الضيق الذي يقنع بتبين الارادة الحقيقية للمشرع دون مجاوزة ذلك الى ارادة مفترضة له . وذلك احتراماً للقاعدة الأصولية في المسائل الجنائية التي تقضى بأنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » .

غير أن هذه القاعدة تعين نطاق التفسير الضيق الواجب في المسائل الجنائية بمجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات فحسب ، اذ يؤدي التوسع في التفسير في هذا المجال الى خلق جرائم أو فرض عقوبات لا ينص عليها القانون والخروج بالتالي على هذه القاعدة . أما في غير هذا المجال ، حيث يتعلق الأمر بالاجراءات الجنائية أو المنع من العقاب أو الاعفاء من المسؤولية الجنائية ، فلا حرج من التوسع في التفسير على النحو السابق بيانه .

وهذا المذهب في تفسير القانون الجنائي ، هو المسلم الى اليوم في الفقه الحديث (٢) .

(١) Coste-Floret, Les problèmes fondamentaux du droit, 1946. p. 113.

(٢) راجع في تفسير القانون الجنائي :

السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ٨٤ - ٨٧ . - محمود نجيب حسي ،

المرجع السابق . فقرات ٧٢ - ٨٢ ، وخاصة فقرات ٨٠ و ٨١ .

٢١٤ - نقد مدرسة التزام النص^(١)

تلك هي مدرسة التزام النص في تفسير القانون . وعيب نهجها في التفسير يتركز أولا في فساد الأساس الذي تقوم عليه في تصور القانون ، فالقانون عندها هو إرادة الدولة ولا شيء غير إرادتها ، مما يستتبع أن يكون التشريع هو مصدره الوحيد . ولا حاجة إلى بيان فساد هذه النظرة الشكلية إلى القانون .

وهذه النظرة الضيقة إلى القانون أدت إلى وقف جهد التفسير على نصوص التشريع والإسراف في استعمال طرق التفسير اللفظي أو اللغوي بشأنها . وفي الاعتماد على الأعمال التحضيرية التي مهدت لوضعها . رغم أنه ليس له حجية مطلقة في بيان قصد المشرع ، لما قد يشوبها من أخطاء أو يقع فيها من تناقض .

وكذلك أدى منطق هذه المدرسة إلى دوران التفسير كله في فلك إرادة المشرع ، لتوقوف - ليس فقط على ما اتجهت إليه هذه الإرادة فعلا - ولكن كذلك على ما يفترض أنها كانت تتجه إليه وقت وضع النصوص لو أنه عرض أمامها ما سوف يستجد في العمل من فروض . وفي ذلك أسرف فقهاء هذه المدرسة في الاعتماد اعتمادا كبيرا على طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة ، رغم ما ينبغي من حذر شديد في الالتجاء إليها . فيجب عدم إطلاق الاستنتاج عن طريق القياس بل قصره فحسب على الحالات التي لا يكون فيها النص المقاس عليه موقرا لحكم استثنائي . والالتجاء إلى طريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة غير مأمون العواقب ، إذ قد يكون الحكم المنصوص عليه مجرد حكم وارد على سبيل التمثيل بحالة معينة تطبقا لقاعدة عامة لا على سبيل الحصر والاستثناء ، فيكون من الخطأ إذن اعتبار هذا الحكم بصفة مطلقة خاصا بتلك الحالة دون غيرها من الحالات الأخرى المشتركة في نفس الصفة والوضع وإعطاء هذه الحالات حكما عكسيا لحكمها .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., I, Nos. 31 - 36; 60 - 82. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 284.

وكذلك فالمبدئية للنصوص التي هي طابع هذه المدرسة ، ومنطقها في تفسير هذه النصوص قسرا لاستخلاص حلول ومبادئ ونظريات عامة تنسب جزورا الى ارادة المشرع توصلنا الى اكسابها نفس القدسية التي تتمتع بها النصوص ، كل ذلك أدى الى الجمود بالقانون وعرقلة تطوره وحصره في ارادة مفترضة للمشرع وقت وضع النصوص ، حتى ولو بعد بوضعها العهد وتغيرت ظروف الحياة في الجماعة أيما تغير .

المطلب الثاني

المدرسة التاريخية أو الاجتماعية^(١)

L'Ecole Historique ou Sociologique

٢١٥ - تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا ولم تجد لها في فرنسا الا أنصارا قليلين . وتأثيرها واضح وكبير بتعاليم المذهب التاريخي في تصور القانون باعتباره خلقا ذاتيا ينبعث من الجماعة . ولذلك لم تكن لارادة المشرع عند هذه المدرسة قيمة في ذاتها ، وانما كل قيمتها في تعبيرها عن حاجات الجماعة المتطورة المتجددة . ومن هنا ، فالنصوص اذا وضعت تنفصل عن ارادة واضعها ، وتكون لها حياتها الخاصة المستقلة المتصلة بالحياة الاجتماعية والمتفاعلة فيها . فالنصوص اذن لا تفسر بارادة المشرع الحقيقية أو المفترضة ، لانها قد انفصلت منذ وضعها عن هذه الارادة ، وأصبح لها كيان مستقل وثيق الصلة بالظروف الاجتماعية المتطورة مع تقدم الزمان ، وانما تفسر وفقا لما تكون عليه هذه الظروف وقت التفسير .

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Gény, t. I, No. 97. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, No. 265.
— Costa-Floret, op. cit., pp. 114, 120.

٢١٦ - تقدير المدرسة التاريخية أو الاجتماعية (١)

إذا كانت هذه المدرسة تعين بهذا المنطق في التفسير على ملاحقة تطور الجماعة الحثيث رغم بقاء النصوص على حالها دون تغيير ، إلا أنها تخرج في الواقع بالتفسير عن وظيفته وتجعله تعديلا أو الغاء لنصوص التشريع وخلقها لقواعد قانونية جديدة . فضلا عن ذلك ، فهي تقضى على ما ينبغي للقانون من تحديد وثبات واستقرار . وتفتح المجال واسعا أمام تحكم القضاء .

المطلب الثالث

المدرسة العلمية (٢)

L'Ecole Scientifique

٢١٧ - البحث العلمي الحر

ظهرت هذه المدرسة لتحارب من ناحية عبودية النصوص والاعتماد في انحصار القانون وتفسيره في التشريع كما جرى بذلك منطق مدرسة التزام النص . ولتحارب من ناحية أخرى منطق المدرسة الاجتماعية في الخضوع للتفسير لظروف المتطورة المتغيرة المحيطة بالجماعة .

وزعيم هذه المدرسة هو الفقيه الفرنسي . جيني . ، وفصله كبير في التنبيه الى عدم أخذ القانون كشكل فحسب - يحمل طابع الدولة في صورة تشريع ، أو طابع الجماعة في صورة عرف - وأنه كجوهر قبل ذلك يتألف من حقائق أربع مختلفة : طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية (٣) . وعلى أساس هذا الفهم للقانون ، قامت طريقته في تفسير . فالقانون عنده لا يتمس تفسيره

(١) أنظر في ذلك .

Gény, op. cit., t. I, No. 97, pp. 262 - 264. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, ibid.

(٢) راجع في ذلك :

Gény, op. cit., t. II, Nos. 155 - 176 bis.

(٣) راجع في ذلك سابقا . فقرات ٧٢ - ٧٦ .

في التشريع وحده كما تفعل مدرسة التزام النص ، وإنما يلتبس كذلك في بقية المصادر الرسمية الأخرى ، إذ التشريع ليس هو المصدر الرسمي الوحيد لنقانون .

وفي تفسير التشريع ، يجب الوقوف على إرادة المشرع وقصده من النصوص وقت وضعها ، باعتبار أن التشريع عمل إرادي قامت على صياغته إرادة بصيرة واعية لتحقيق غاية معينة . غير أن الإرادة التي ينبض الوقوف عليها لتفسير التشريع هي الإرادة الحقيقية للمشرع وحدها ، دون ما تسميه مدرسة التزام النص بالإرادة المفترضة له . وليس معنى ذلك سد الباب أمام الاستنتاج المنطقي بل يمكن الالتجاء إليه وبخاصة عن طريق « انقياس » على أن يوضع حينئذ موضعه الصحيح بمعنى أن الالتجاء إليه لا يعطى الحلول المستخلصة منه - كما كانت تذهب مدرسة التزام النص - وصف الحلول التشريعية أو حجية النصوص باستنادها افتراضا إلى إرادة المشرع ، وإنما يكون الالتجاء إليه بوصفه إحدى وسائل البحث العلمي الحر الذي يعتبر نهاية المطاف في التفسير (١) .

فإذا لم توجد نصوص من التشريع تواجه ما يعرض في العمل من فروض ، فيلجأ في تلمس حلولها إلى المصادر الرسمية الأخرى لنقانون وأهمها العرف . فان عجزت كل المصادر الرسمية للقانون عن إعطاء الحلول اللازمة ، فلا يبقى إلا ما يسميه « جيني » ، « البحث العلمي الحر » (La Libre recherche scientifique) . ويقصد به رجوع المفسر إلى جوهر القانون بحقائقه المختلفة ، التي يحصرها فيما يسميه بالحقائق الطبيعية أو الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية والحقائق المتألية ، يستلهم منها الحلول التي أخفقت المصادر الرسمية للقانون في إعطائها .

٢١٨ - تقدير المدرسة العلمية

الواقع أن هذه المدرسة تقوم على أساس منطقي سليم . فحيث توجد

نصوص تشريعية ، لا تحملها أكثر مما تحتل بل تقتصر في تفهمها على استخلاص قصد المشرع الحقيقي منها دون اصطلاح قصد مفترض له .
وحيث تتخلف المصادر الرسمية عن مواجهة ما يستجد من فروض ، لا يبقى الا الرجوع الى ما تستمد منه المصادر الرسمية نفسها مضمون ما تقرره من قواعد أى الى المصادر الحقيقية أو الموضوعية للقانون . وبعبارة أخرى ، فإنه حيث يتخلف الشكل يرجع دائما الى الجوهر . والرجوع الى جوهر القانون لسد نقص المصادر الرسمية له ، يضع القاضي موضع المشرع حين يشرع بالتشريع . غير أن رجوع المشرع لاستلزام هذا الجوهر ، يكون بقصد وضع قواعد قانونية عامة مجردة ، أما رجوع القاضي اليه فلا يكون الا بقصد العثور على حل لنزاع معين ، ولذلك فالقاضي حين يكمل نقص المصادر الرسمية بالرجوع الى جوهر القانون لا يخلق قواعد قانونية جديدة .

ولكن يراعى ، في شأن الجوهر الذى توجب هذه المدرسة الرجوع اليه عند قصور المصادر الرسمية ، ما سبقت الإشارة اليه من انتقادات لتفسير « جينى » هذا الجوهر الى حقائقه الأربع المعروفة (١) . ولذلك فإذا كنا نؤيد نهج المدرسة العلمية فى التفسير ونفضل على نهج المدارس الأخرى . فأننا نأخذ الرجوع الى الجوهر بالمعنى الذى سبق أن فصلناه (٢) أى على أنه الرجوع الى الواقع من حياة الجماعة والى فكرة العدل التى يكشف عنها العقل .

المطلب الرابع

التفسير فى القانون الوضعى المصرى

٢١٩ - نص المشرع المصرى على الرجوع الى مبادئ القانون الطبيعى

وقواعد العدالة عند قصور المصادر الرسمية ، ودلالته

لا يمتنع المشرع المصرى فقه مدرسة التزام النص من حصر القانون فى مصدر وحيد هو التشريع ، بل هو يحيل القاضي أولا الى التشريع كما ينصح

(١) راجع سابقا ، فقرة ٧٧ .

(٢) راجع سابقا . فقرات ٧٧ - ٨٨ .

عنه لفظه أو فحواه (م ١/١ مدني) . وفي ذلك يجب الوقوف - كما تنهّب المدرسة العلمية - على الإرادة الحقيقية للمشرع دون اصطلاح إرادة مفترضة له وهو ما يضاعف كثيرا من قوة ما يستخلص عن طريق الاستنتاج المنطقي ، إذ لا تكون له قوة النصوص التشريعية افتراضا لإرادة المشرع . • 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 ، (م ٢/١ مدني) .

وعندنا أن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تخلق من هذه المبادئ وتلك القواعد مصدرا رسميا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء (١) ، إذ لا تعدو هذه الإحالة أن تكون رجوعا بالقاضي إلى جوهر القانون أي إلى مصادره المادية أو الموضوعية يستلهم منها الحل . وبذلك يأخذ المشرع المصري بفقه المدرسة العلمية في ضرورة رجوع القاضي إلى جوهر القانون ، إذا لم توجد قاعدة في مصادره الرسمية ، ولكن دون تقييد حرفي بحقائق • جيني ، الأربع • وقد رأى المشرع المصري أن يعبر عن هذا الجوهر باصطلاح • مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة • . وقد لا يكون هذا الاصطلاح كافيا للأفصاح عن معنى جوهر القانون كما بسطناه من قبل ، ولكنه يوجه إليه على أي حال . ولذلك فتمبير التقنين المدني السويسري أكثر توفيقا في هذا الصدد (٢) ، إذ ينص على أن القاضي - حين لا يجد نصا في التشريع أو عرفا متبعا - يحكم وفق ما كان يضعه هو من قواعد لو كان يقوم بعمل المشرع (٣) . والمشرع - كما سبق البيان - إنما يستلهم في وضع قواعد التشريع حقائق الحياة الواقعية في الجماعة التي تكشف عنها التجربة ، والمثل الأعلى للعدل الذي يكشف عنه العقل .

والمقصود بمبادئ القانون الطبيعي - وفق ما ينتهي إليه جمهور الفقهاء

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، فتراث ٨٩ و ١٣٠ . - محمد علي امام ، فقرة ٨٢ .

(٢) قارن مع ذلك الفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني المصري الحالي .

مجوعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٨٨ .

(٣) ولكن يكون ذلك - كما هو واضح - مع فارق أساسي ، هو انتصار القاضي على مجرد

استخلاص حل خاضع للقضية المروعة عليه ، دون مجاوزة ذلك إلى وضع قواعد عملاقة مجردة

كما يفعل المشرع (في هذا المعنى : Gény, t. II, No. 204)

اليوم - الموجهات المثالية العامة لنمعدل التي لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساساً للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان (١) . ويعتبر بعض الفقهاء « قواعد العدالة » مرادفة لهذه المبادئ (٢) . غير أننا نرى أنه يقصد بالإشارة إليها - فضلاً عن إحالة القاضي إلى مبادئ المعدل المجرد الذي تتضمنه فكرة القانون الطبيعي - توجيهه كذلك إلى الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة المطروحة أمامه . فانه إذا كان القانون يهدف في المبدأ إلى تحقيق العدل تغليباً لاعتبارات الاستقرار والأمن والنظام في المجتمع ، إلا أنه حيث يقتصر القاضي على أن يستخلص من مبادئ القانون الطبيعي حلاً خاصاً بقضية معينة ، أي حيث لا يتعلق الأمر باستخلاص قواعد عامة مجردة ، فلا حرج من تمكنه من مراعاة جانب العدالة بالاعتداد بالظروف الخاصة إلى جوار تحقيق العدل (٣) . ولكن يراعى أن التجاء القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (٤) مقيد بعدم وجود قواعد في مصادر القانون الرسمية (٥) .

(١) أنظر سابقاً : فقرة ٦١ (٢) . وفقرة ٦٢ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٣٠ . - محمد علي امام . فقرة ١٢٩ . - محمد علي عرفة ، ص ١٦٧ و ١٦٨ .

(٣) قريب من ذلك : سليمان مرقس ، فقرة ١٦٨ .
و نظر فيما يعطيه « جينى » للعدالة من معنيين مختلفين ، وفي مدى اعتبار العدالة معصراً من عناصر البحث العلمي الحر :
Gény, t. II, No. 108.

(٤) أنظر في التجاء القضاء المصرى إلى ذلك في ظل التقنين المدني القديم : - - -
مصر الكلية ١٠ مارس ١٩٣٤ ، الجدول المشرى الثانى لمجلة المحاماة (القسم المدنى) رقم ٣٠٩٠ ص ٤٤٧ . - مصر الكلية ١٥ يناير ١٩٣٥ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٩١ ص ٤٤٨ . - استئناف مصر ٩ ابريل ١٩٣١ ، المحاماة ص ١٢ ، رقم ٢٤١ ، ص ٦٣ .
كتاب سائق المذكر ، ص ٥٣٠ - ٥٣١ .
(٥) نفس : ١٤ يناير ١٩٣٢ ، مجموعة عمر (المديسة) ، ج ١ ، رقم ٣٢ ، ص ٥٢ .
١٥ مايو ١٩٤٧ ، المرجع السابق : ج ٥ ، رقم ٢٠٠ ، ص ٤٣٥ .