مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

النظرية العامة للقانون

« نحن نبحث عن التفرقة بين العدل
فـــى ذاته والعـــدل داخل المجتمع »

(أرسطو ، الأخلاق ٥ ، ٦ ، ٤)

للمزيد من الحصريات زورونا على مدونة الكتب الحصرية
http://koutoub-hasria.blogspot.com/
https://www.facebook.com/koutoubhasria

دكتـــور
سميـــر تنـاغـــو
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria http://koutoub-hasria.blogspot.com/

توزيع منشأة المعارف
جلال حزى وشركاه

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

النظرية العامة للقانون

« نحن نبحث عن الفرقه بين العـــدل
في ذاته ، والعـــدل داخـل المجمع »

(ارسطو ، الاخلاق ، ٥ ، ٦ ، ٤)

دكتور

سمير عبد السيد تناغو

لستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية

الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية
جلال حزي وشركاه

١٩٧٤

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تمهيد

في مقال كتبه الأستاذ الدكتور اسماعيل غانم(١) تعليقا على نظرية الالتزام القضائي ، وهي النظرية التي كانت موضوع رسالتنا للدكتوراه التي نوقشت أمام كلية الحقوق بجامعة باريس في ١٩ فبراير سنة ١٩٦٤(٢) ، جاء فيه ان « الأمر الذي لا يحتمل خلافا هو أن هذه الرسالة تمثل طرازا نادرا بين رسائل الدكتوراه التي يقدمها شباب الفقه المصري : طراز نادر أولا في توغله في مجالات فلسفة القانون ، وهي مجالات قل أن يطرقها رجال القانون في مصر . والصفحات التي خصصها المؤلف لدراسة موقف المذاهب الفلسفية المختلفة ، من أفلاطون الى سارتر ، من علاقة العقد بالأخلاق ، تنم عن سعة آفاقه الثقافية ، وتتميز بوضوح نادر . وهو ليس وضوح العمل السطحي ، بل هو وضوح العرض الذي لا يتأتى للكاتب الا بعد وضوح الفكرة نتيجة لبحث طويل وتأمل جاد ... ... » .

ونحن اذ نعتز بهذه الشهادة من أحد أعلام القانون في مصر ، نضيف اليها ملاحظتين : الأولى أن الوضوح النادر المشار اليه في هذا التعليق ، لا يرجع الفضل فيه الينا ، بل يرجع الى الفلاسفة أنفسهم الذين رجعنا الى مؤلفاتهم مباشرة دون أن نستعين في ذلك بالمؤلفات الوسيطة التي يضعها الشراح والمفسرون . وقد كانت دهشتنا عظيمة عندما وجدنا مؤلفات هؤلاء الفلاسفة في غاية الوضوح والسهولة واليسر ، وهو ما دعانا الى الاعتقاد بأن السبب في اشتهار الفلسفة بالصعوبة والغموض والتعقيد ، لا يعود الى الفلاسفة ، وانما يعود الى المتفلسفين .

والملاحظة الثانية أن البحث الطويل والتأمل الجاد المشار اليهما في هذا

---

(١) اسماعيل غانم ، تعليقات على الكتب ، الالتزام القضائي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ، السنة التاسعة ، يناير ١٩٦٧ ، ص ١٨٨ .

(٢) De l'obligation judiciaire, L.G.D.J., Paris 1965.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

التعليق لم يتوقفنا عند نشر الكتاب موضوع التعليق ، بل اننا لا نغالى اذا قلنا أننا لم نكف أبدا طوال السنوات العشر الماضية - رغم اهتماماتنا المتعددة - عن التأمل فى موضوعات فلسفة القانون والنظرية العامة للقانون • ولعل الوقت قد جاء الآن لافراغ النتيجة النهائية لهذه التأملات فى كتاب باللغة العربية ، وهو هذا الكتاب الذى نقدمه اليوم الى القراء •

ونحن لا ندعى أن نشر هذا الكتاب سيسد نقصا ،أو أنه سيحدث تطورا فى الفقه القانونى العربى • بل على العكس فنحن نعلم الكثير عن القيمة الفقهية الكبرى لمؤلفات الفقه المصرى فى مجال النظرية العامة للقانون ، أو المدخل الى القانون • ولعله يحق لنا أن نذكر أن عميد الفقه العربى المغفور له الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، قد أخبرنا قبل وفاته بعدة سنوات ، أنه يأمل لو طال به الأجل بعد اكمال الجزء الأخير من الوسيط فى شرح القانون المدنى ، أن يتفرغ لوضع مؤلف عن النظرية العامة للقانون ، ولكنه يرى فى نفس الوقت أن تحقيق هذا الأمل ليس بالأمر الضرورى ، نظرا لوجود مؤلفات فى الفقه المصرى تغنى عن وضع كتاب جديد فى نفس الموضوع •

وانطلاقا من احساسنا بالتقدير العميق لمؤلفات الفقه المصرى فى مجال النظرية العامة للقانون ، نرجو لكتابنا هذا أن ينضم الى قائمة هذه المؤلفات - كتعبير جديد عن قدرة هذا الفقه على الاستمرار فى العطاء •

المؤلف

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مقدمة

ـ تعريف القانون :

القانون هو مجموعة القواعد العامة الجبرية ، التى تصدر عن ارادة الدولة ، وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين فى تكوينها ٠

وتعريف القانون على هذا النحو لم يكن أمرا سهلا ، بل هو اقتضى اتخاذ مواقف معينة ، بالنسبة لكثير من المسائل الدقيقة ، التى يثور بشأنها جدل صاخب فى الفكر القانونى والفلسفى ٠ ولهذا لن يتأتى ادراك حقيقة المقصود من هذا التعريف الا بعد الانتهاء من قراءة هذا الكتاب فى مجموعه ٠ وفى نفس الوقت فان هذا التعريف يتضمن اشارة الى الموضوعات التى سندرسها أو التى يجب أن ندرسها على طول الصفحات التالية ٠

ومن الواضح طبقا لهذا التعريف أننا نعتبر القانون مجموعة من القواعد العامة ، ويعنى هذا أننا انحزنا الى النظرية الثنائية dualiste التى تفرق بين قواعد القانون من ناحية ، وبين التطبيقات غير المتناهية لهذه القواعد ، والتى تتم فى صورة عقود أو أحكام قضائية أو قرارات ادارية ٠٠٠ من ناحية أخرى ٠ وطبقا لهذه النظرية الثنائية فان اصطلاح القانون يقتصر على القواعد دون التطبيقات ، وذلك على خلاف النظرية الأحادية moniste التى تعتبر اصطلاح القانون شاملا للنظام القانونى فى مجموعه بما يتضمنه من قواعد عامة أو تطبيقات خاصة ٠

ومن الواضح أيضا طبقا لهذا التعريف أننا نصف قواعد القانون بأنها عامة ، وبأنها جبرية ، وبأنها تنظم سلوك الأشخاص المخاطبين بحكمها ٠وهذه الأوصاف تشير الى خصائص القاعدة القانونية ، وهى اشارة تحتاج الى مزيد من الدراسة التفصيلية ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويتضح من هذا التعريف كذلك أننا نعتبر قواعد القانون صادرة عن ارادة الدولة ، وهو ما يعنى أننا نربط بين القانون وبين الدولة ، وهو ما لا يمكن التسليم به الا على أساس الانحياز الى الوضعية القانونية ضد كل النظريات غير الوضعية • ولكن ما هى الوضعية القانونية ؟ وما هى النظريات الأخرى غير الوضعية ؟ لابد من الاجابة على هذه الأسئلة •

ويشير هذا التعريف الى أن القانون ينظم سلوك الأشخاص بطريقة جبرية ، أى بطريق القهر • ولكن ما هو السبب الذى من أجله يضحى كل شخص بحريته المطلقة ويخضع لهذا النظام الجبرى ؟ وموضوع البحث فى هذا الصدد هو حرية الانسان ، ومعنى هذه الحرية وقيمتها ، ومقارنة هذه القيمة بقيم أخرى كالعدل والنظام • والبحث فى كل هذه المسائل هو بحث فى العلاقة بين القانون والارادة • وهو فى نفس الوقت بحث فى جوهر القانون •

واذا كان القانون يصدر عن ارادة الدولة ، فكيف يتم تعبير الدولة عن ارادتها ؟ وهل يتم ذلك عن طريق مصدر واحد هو التشريع ، أم أن هناك مصادر أخرى كالعرف والقضاء ، يعتبر كل منها تعبيرا رسميا خاصا عن ارادة الدولة ؟ للاجابة على هذه الأسئلة وغيرها لابد من افراد دراسة مستقلة لمصادر القانون •

واذا كان القانون ينظم سلوك الأشخاص الخاضعين للدولة أو الداخلين فى تكوينها ، فان هذا التنظيم يثير مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الموضوع ، ومن حيث الأشخاص ، ومن حيث المكان ، ومن حيث الزمان • ولابد من افراد دراسة خاصة لكل هذه المسائل •

وتحديد نطاق تطبيق القانون لا يكفى بذاته لأعمال القاعدة القانونية ، بل لابد من وجود سلطة مختصة تقوم على تطبيق القانون وتفسيره ، بما يسمح بظهور الآثار الفردية الخاصة ، لقواعد القانون العامة ، وبما يحقق فكرة القهر والاجبار فى القاعدة القانونية • والسلطة المختصة بهذا ، هى السلطة القضائية •

وعندما ننتهى من دراسة كل هذه المسائل فاننا نكون قد انتهينا من تعريف القانون ، وأتممنا فى نفس الوقت هذا الكتاب •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢ - خطة الدراسة :

فيما عدا الموضوع الخاص بجوهر القانون ، فان كل الموضوعات الأخرى السابق الاشارة اليها تدخل فيما يسمى بشكل القانون ، وذلك بحسب التقسيم الأرسطى بين ما هو شكل وبين ما هو جوهر • وقد عبر الفقيه الفرنسى الكبير « فرانسوا جنى » عن هذا التقسيم تعبيرا جديدا هو العلم والصياغة ، فى مؤلفه الهام ، المعروف بهذا الاسم(٣) • فجوهر القانون هو العلم ، أما شكل القانون فهو الصياغة • وجاء بعد « جنى » الفقيه البلجيكى « دابان » ، الذى أعاد التعبير عن هذا التقسيم ، فأطلق على العلم اصطلاح السياسة القانونية ، وأطلق على الصياغة اسم الصياغة القانونية(٤) •

وجدير بالذكر أن دراسة جوهر القانون هى دراسة فى فلسفة القانون، وبالتالى دراسة فى الفلسفة بصفة عامة • ولذلك فان الفلاسفة وحدهم هم الذين يقومون بوضع النظريات الخاصة بجوهر القانون ، دون أن يشاركهم فى ذلك رجال القانون من غير الفلاسفة • وبالنسبة لهؤلاء فان دورهم يقتصر على متابعة وتسجيل ما يصدر عن الفلاسفة دون القيام فى هذا الشأن بأى دور خلاق(٥) • وأقصى ما يمكن أن يصل اليه رجل القانون غير الفيلسوف هو الترجيح بين الفلسفات المختلفة والانحياز لواحدة منها أو ضد واحدة منها •

ومن المتصور بطبيعة الحال أن يصل رجل القانون الى درجة الفلسفة ، فيصبح فيلسوفا ورجل قانون فى نفس الوقت(٦) • ولكن سواء وصل الى هذه الدرجة أم لم يصل ، فلا غنى له عن فلسفة القانون ، اذ بدونها يظل

---

(٣) F. FENY, Science et Technique en droit privé positif, 4 vol. SIREY, 1913 - 1924.

(٤) J. BABIN, La technique de l'élaboration du droit positif, 1935.

(٥) P. Roubier, Théorie générale du droit, 2e éd., 1951, P.I.
F. GENY, Science et technique, op. cit., T. I. P. 4, 72, 73. 74, 108; T. 2, p. 15, 112, 117, 272, 279, 344.

(٦) يعتبر البعض ان الجمع بين صفة الفيلسوف وتخصص رجل القانون ، هو النموذج المفضل لدراسة فلسفة القانون • فى هذا المعنى :
F. GENY, Science et technique, t. 1, p. 5, 8; J. DABIN, op. cit., P. IX; SALEILLES, cité par GENY, La conception générale du droit, de ses sources, de sa mé-

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عاجزا عن الوصول الى الأبعاد الحقيقية للقواعد التى يقوم بدراستهـــا أو تفسيرها أو تطبيقها ، بل يظل عاجزا عن أن يخطو الخطوة الأولى فى هـــذا الطريق ٠

ولهذا السبب ذاته فان المدخل الى دراسة القانون لا يمكن اجتيازه الا عن طريق الاهتمام بموضوعات فلسفة القانون ٠

وهكذا فان فلسفة القانون يدرسها طالب القانون قبل أن يدرس غيرها، فهى بداية المبتدىء ٠ وكذلك يدرسها رجل القانون بعد أن يتم نضجه ، فهى أيضا نهاية المجتهد ٠

على أنه مع اهتمامنا بدراسة جوهر القـــانون ، فسنعطى اهتماما أكبر لدراسة صياغة القانون ٠

وتنقسم دراستنا للنظرية العامة للقانون الى الأبواب الأربعة الآتية :

الباب الأول : قواعد القانون ٠

الباب الثانى : جوهر القانون ٠

الباب الثالث : مصادر القانون ٠

الباب الرابع : تطبيق القانون ٠

---

thode, dans l'oeuvre de Raymond SALLEILES; In L'oeuvre de Raymond SALEILLES, PARIS, p. 43, 48, 63; M. VILLEY, Essor et décadence du volontarisme, in, Le rôle de la volonté dans le droit, Archives de philosophie du droit, 1957, p. 98; Ch. EISENMANN, Le juriste et le droit naturel, in, Le droit naturel, Annales de philosophie politique, 1959, p. 224; J. MAURY, Observations sur les «aspects philosophiques du droit international privé», Revue critique de droit international privé, 1957, 229-230.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الأول

قواعـــد القـــانون

نقسم دراستنا فى هذا الباب الى ثلاثة فصـــول : الأول ندرس فيه التفرقة بين قواعد القانون وبين تطبيق هذه القواعد على الحالات الخاصة ، مع ما تؤدى اليه هذه التفرقة من اطلاق اصطـــلاح القـــانون على القواعد دون التطبيقات • والفصل الثانى ندرس فيه خصائص القـــاعدة القانونيـة • والفصل الثالث ندرس فيه العلاقة بين القانون والدولة •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الأول

قواعد القانون وتطبيقاتها

٣ ـ الثنائية dualisme والأحدية monisme :

اذا ألقينا نظرة سريعة لا تسبقها دراسة قانونية ، على مجتمع منظم فى شكل دولة ، كالمجتمع المصرى مثلا ، فاننا نلاحظ على الفور أنه توجد من ناحية قواعد قانونية كالتشريعات التى تصدر عن السلطة التشريعية والتى تتسم أحكامها بالعمومية والتجريد ، وتوجد من ناحية أخرى مراكز فردية يستأثر بها الأفراد كل منهم على حدة ، ويطلق عليها فى اللغة الجارية اسم الحقوق ، كحق شخص معين فى ملكية منزله أو سيارته أو ملابسه ، أو كحق شخص في مواجهة شخص آخر بمبـــلغ من النقود ... الى غـــير ذلك من الحقوق الأخرى .

فاذا أردنا أن ندرس هـــذه الظاهرة الاجتمـــاعية دراسة قانونيـــة متخصصة ، وجب عليها أن نبحث عما اذا كان اصطلاح القانون يشمل هذه القواعد العامة ، والمراكز الفردية الخاصة فى نفس الوقت ، أم أنه يقتصر على القواعد العامة فقط . ووجب أن نبحث أيضا ما اذا كان وجود المراكز الفردية ضرورة ملازمة لكل مجتمع قانونى ، أم انه من المتصور ان يوجد قانون فى المجتمع دون أن توجد مراكز خاصة لـــكل فرد على حدة . ويجب أن نبحث كذلك فى حالة القول بضرورة وجود المراكز الفردية الخاصة ، عن مضمون هذه المراكز ، وهل يتمثل هذا المضمون دائما فى صورة امتياز واستئثار وسيطرة لشخص معين على قيمة معينة ، وهو ما يطلق عليه اسم الحق ، أم أن المركز الفردى يمكن أن يكون مركزا موضوعيا قد يتضمن من الالتزامات بمثل ما يتضمن من الامتيازات .

للاجابة على كل هذه التساؤلات نلاحظ منذ البداية أن الفكر القانونى

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

البدائى كان يأخذ بنظرة أحدية ، ثم تطور الى الأخذ بنظرة ثنائية ، ثم حدث رد فعل فى العصر الحديث أدى ببعض الفقهاء الى الأخذ من جديد بنوع من الأحدية الحديثة ، ومع ذلك فان النظرية الثنائية هى التى انتصرت فى الفقه آخر الأمر ، انتصارا اعتمد على فهم أوسع للمقصود بالمراكز الفردية الخاصة ٠ وندرس هذه التطورات المختلفة فيما يلى :

٤ ـ الأحدية البدائية :

كان مفهوم القانون فى المجتمعات البدائية ، وفى المجتمعات السياسية القديمة ، التى تحتل فى مجموعها الجزء الأكبر من تاريخ البشرية ، أنه مجموعة من الأوامر التى تحدد ما هو مسموح به وما هو غير مسموح به من التصرفات٠ فالقانون هو مجموعة من القواعد أو مجموعة من الأوامر التى يغلب عليها الطابع الجنائى فى معظم الحالات ٠ وقد كان المقصود بهذه الأوامر هو حفظ النظام والهدوء داخل المجتمع ٠ ولا زال هذا هو أبرز أهداف القانون حتى الآن ٠ ولم تكن هذه الأوامر مجردة تماما عن فكرة العدل ، لأنه بغير مراعاة حد أدنى من العدل فانه يصعب تحقيق الهدف من الأمر وهو اقامة النظام ٠

وفى ظل هذه الفكرة البدائية لم يكن يوجد أى مجال لفكرة الحق ، أو فكرة المركز الفردى الخاص باحد الأشخاص ٠ فهذه المراكز كانت تتحدد بطريقة عرضية فقط نتيجة للتطبيقات الخاصة لأوامر القانون التى تخضع لها الجماعة فى تحديد ما هو مشروع وما هو غير مشروع ٠ وهذه الفكرة البدائية هى فى الواقع فكرة أحدية لا تعرف من القانون الا القواعد العامة ، دون اعطاء أدنى أهمية فكرية للنتائج المترتبة على التطبيقات الخاصة لهذه القواعد(٧) ٠

وقد ظل التجاهل لفكرة الحقوق والمراكز الخاصة قائما حتى فى أكثر القوانين القديمة تقدما وهو القانون الرومانى ، والتى لا زالت أحكامه تعتبر من أهم الأسس الفنية التى يقوم عليها الفكر القانونى الحديث ٠

فالقانون الرومانى ذاته لم يعرف ـ فى رأى البعض ـ فكرة الحق الا من

---

(٧) P. ROUBIER, Droit subjectifs et situations juridiques, Dalloz, Paris, 1963, p. 7.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

خلال الدعاوى القضائية • ولم يكن فقهاء القانون الرومانى يستخدمون اصطلاح الحق الشخصى jus in personam كحق الدائن قبل مدينه ، أو اصطلاح الحق العينى jus in rem كحق المالك على الشىء الذى يملكه • ولكنهم كانوا يعرفون فقط اصطلاح الدعوى الشخصية actis in personam وهي الدعوى التى يجوز أن يرفعها أمام القضاء من يسمى باللغة الحديثة ، صاحب الحق الشخصى ، وكذلك اصطلاح الدعوى العينية actis in rem التى يجوز أن يرفعها أمام القضاء من يعتبر فى لغة القوانين الحديثة صاحب حق عينى(٨) •

ودون حاجة الى الدخول فى جدل خاص حول ما اذا كان القانون الرومانى قد عرف فكرة الحق أو لم يعرفها(٩) ، فان من المؤكد ان التقسيم الرومانى للدعاوى القضائية الى دعاوى عينية وأخرى شخصية هو الذى مهد أمام الفكر القانونى اللاحق ، الوصول الى فكرة الحق الشخصى ، والحق العينى ، وبالتالى الوصول الى النظرية الثنائية •

٥ ـ ظهور النظرية الثنائية : القانون والحق :

ابتداء من عصر النهضة الأوروبية تمكن المحشيون من شراح القانون الرومانى من ابراز فكرة الحق droit subjectif بالمقابلة للقانون droit objectif • وقد قال احد هؤلاء الفقهاء ((DONEAU)) فى وضوح ، انه ينبغى النظر الى القانون باعتباره نظاما للحقوق وليس نظاما للدعاوى كما كان يفعل الرومان • فالدعاوى القضائية ليست سوى الوسيلة القانونية التى تعطى للحق قوته وتوفر له الجزاء عند المساس به(١٠) •

وهكذا بدأت تظهر بجانب القانون وهو مجموعة من القواعد العامة ،

---

(٨) MICHEL VILLEY, La notion de droit subjectif et les systèmes du droit romain classique, in Rev. hist. 1946-1947, p. 201 et s.; Le sens de l'expression «Jus in REM» du droit romain classique au droit moderne, in MELANGES de Vissher, 1949, p. 417 et s; L. Duguit, Traité du droit constitutionel, t. 2, 2e éd., 1923, p. 123.

(٩) راجع فى هذا الموضوع رأينا الخاص فى كتابنا بالفرنسية :
De l'obligation judiciaire, PARIS, 1965, p. 85 et s.

(١٠) P. Roubier, Droit subjectifs et situations juridiques, op. cit., p. 8, note 1.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فكرة أخرى هى فكرة الحقوق وهى امتيازات خاصة يستأثر بها كل شخص على حدة ، ويستطيع عن طريقها أن يحقق لنفسه الأمن والحرية • وقد أدى ذلك الى ظهور النظرية الثنائية للنظام القانونى ، الذى أصبح يتكون من شرطين : أولهما القانون وهو مجموعة من القواعد العامة ، وثانيهما حقوق الأفراد الخاصة •

وقد بلغ الاهتمام بفكرة حقوق الأفراد الخاصة الى درجة القول باستقلال بعض هذه الحقوق عن القانون وسبقها عليه ، وعدم قدرة القانون على المساس بها أو الانتقاص منها • وقد أطلق على هذه الحقوق اسم حقوق الانسان ، ونظر اليها على أنها تعبير عن القانون الطبيعى والعدل ، بحيث يكون هدف القانون الوضعى هو حمايتها بما يؤدى الى حماية كل انسان • وبالتالى فان القانون الوضعى لا يستطيع المساس بهذه الحقوق الناشئة مباشرة عن القانون الطبيعى أو عن مبادىء العدل المطلق •

وقد تأكدت هذه الأفكار على يد فلاسفة العقد الاجتماعى ، وخاصة « جون لوك » و « جان جاك روسو » • ونظرية العقد الاجتماعى تحاول أن تضع تفسيرا فلسفيا لخضوع الأفراد للسلطة الحاكمة فى الدولة • وطبقا لهذا التفسير فان خضوع الأفراد لسلطة الدولة لا يقوم على أساس القهر ، بل على أساس الاتفاق • فالأفراد يتنازلون بمقتضى العقد الاجتماعى عن حريتهم المطلقة فى عمل أى شىء مقابل المحافظة على حقوقهم وحرياتهم الأساسية التى لا يجوز التنازل عنها • وهذه هى حقوق الانسان • ونظرية العقد الاجتماعى ليست سوى تعبيرا جديدا مبسطا عن القانون الطبيعى ، لأن شروط العقد الاجتماعى الأساسية لم تضعها ارادة انسانية ، ولكنها مستوحاة من المبادىء الخالدة للقانون الطبيعى •

وقد أحدثت هذه الأفكار تأثيرا حاسما على الثورتين الفرنسية والامريكية ، وعلى المواثيق التى صدرت عن هاتين الثورتين • وأهم ما صدر عن الثورة الامريكية ميثاق اعلان الاستقلال فى سنة ١٧٧٦ ، وبعد صدور هذا الاعلان أصدرت الجمعية التأسيسية للثورة الفرنسية ميثاق أعلان حقوق الانسان فى سنة ١٧٨٩ • وقد سبق هذين الاعلانين بقرن كامل صدور الميثاق الانجليزى للحقوق والحريات الشخصية لسنة ١٦٨٨ •

وقد أصبح الفكر القانونى والاقتصادى فى القرن التاسع عشر ينظر الى

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الاعتراف بحقوق الانسان على أنه تحقيق لذروة النظام القانونى بما ينبىء عن وصول الانسانية الى أعلى مستوياتها(١١) . ومما لا شك فيه أن هذه الأفكار حققت تقدما حاسما للانسانية رغم الكثير من الظلم الذى اقترن بالثورة الصناعية خلال القرن الماضى .

ومع ذلك فقد حدث شىء من المبالغة فى الربط بين القانون والحق ، بحيث أصبح الهدف من القانون الوضعى يقتصر على حماية حقوق الانسان السابق وجودها عليه ، أو انشاء حقوق فردية أخرى مع العمل على حراستها .

ولكن الصحيح كما سنرى أن تطبيق القانون لا يقتصر على انشاء أو حماية حقوق الأفراد الخاصة ، بل يتخطى ذلك الى انشاء مراكز موضوعية لا تنطوى على امتيازات خالصة لأى فرد من الأفراد . ومع ذلك فان فكرة الحق لا زالت من أهم الأفكار التى تقوم عليها النظم القانونية الحديثة . وقد لقيت فكرة الحق تأكيدا جديدا عن طريق الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر عن الأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ .

٦ - النظرية الأحدية الحديثة (كلسن) :

وضع الأستاذ « هانزكلسن » ، الأستاذ بجامعة بركلى بالولايات المتحدة(١٢) ، نظرية شهيرة أطلق عليها اسم « النظرية الخالصة للقانون » La théorie pure du Droit (١٣) ، وتحاول هذه النظرية دراسة القانون كعلم خالص لا علاقة له بالعوامل الأخرى المحيطة به ، كالاخلاق والاقتصاد والسياسة والدين وغير ذلك .

وتقوم هذه النظرية على أساس وحدة النظام القانونى فى تدرج هرمى . وتقوم هذه النظرية كذلك على أساس التطابق بين القانون والدولة . فالدولة هى تشخيص للقواعد القانونية النافذة(١٤) . وقواعد القانون لا تقف كلها

---

(١١) P. Roubier, op. cit., p. 8.

(١٢) الأستاذ هانز كلسن من أصل نمساوى .

(١٣) طبعت هذه النظرية للمرة الأولى فى جنيف سنة ١٩٣٤ ، وطبعت للمرة الثانية فى بركلى بكاليفورنيا فى سنة ١٩٦٠ ، وترجمها الى الفرنسية الأستاذ الفرنسى شارل ايزنمان فى باريس سنة ١٩٦٢ ، مطبوعات داللوز .

(١٤) المرجع السابق ، ص ٣٧٨ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى نفس المستوى ، بل أن بعضها يعلو على بعض فى الدرجة • وقواعد القانون على هذا النحو تشبه الهرم المكون من عدة درجات أو طوابق ، وتتماسك هذه الدرجات فيما بينها ، نظرا لأن صحة القواعد الموجودة فى كل طابق فيها تعتمد على القواعد الموجودة فى الطابق الأعلى ، وهكذا(١٥) •

وفى قمة هذا الهرم يقف الدستور وهو القاعدة الأساسية التى تعتمد عليها كل قواعد القانون الأخرى(١٦) • والدستور قد يكون مكتوبا أو عرفيا ، فلا أهمية لذلك • وبعد الدستور فى الدرجة تأتى التشريعات والعرف الذى هو فى مستوى التشريعات • والقواعد الموجودة فى هذه الدرجة تستمد قيمتها مباشرة من الدستور ، وتعتبر هى فى نفس الوقت الأساس الذى تقوم عليها قواعد أخرى أقل منها فى الدرجة كاللوائح والقرارات الادارية وأحكام القضاء والعقود بين الأفراد • ففى هذا الهرم القانونى تعتبر كل قاعدة تطبيقا للقاعدة الأعلى منها وأساسا للقاعدة الأدنى منها •

والقاعدة أو الأمر norme هى مصدر للالتزام ، أو هى مرادفة لاصطلاح الالتزام • فالقانون هو مجموعة من القواعد ، وهو لهذا السبب مجموعة من الالتزامات(١٧) •

وهكذا يتطابق اصطلاح الالتزام مع اصطلاح القاعدة ، وتتطابق مصادر الالتزام مع مصادر القانون ، غاية الأمر أن بعض هذه الالتزامات عام وهو ما تتضمنه القواعد الأعلى فى الدرجة ، وبعضها خاص بحالة معينة بالذات وهو ما تتضمنه القواعد الأقل فى الدرجة ، والتى تعتبر تطبيقا للقواعد الأعلى على الحالات الخاصة •

وعلى هذا النحو فان العقد يعتبر مصدرا للالتزام • وهو كذلك يعتبر

---

(١٥) Théorie pure du droit, op. cit., p. 299.

(١٦) أما أساس وجود الدستور ذاته فهو قاعدة أخرى ، يسميها كلسن القاعدة الأساسية la norme fondamentale • وهذه القاعدة الأساسية لا يمكن البحث فى أساس وجودها ، ولذلك فان القاعدة الأساسية التى يقوم عليها النظام القانونى كله هى بالضرورة قاعدة مفترضة • راجع : əəsoddns KELSEN, op. cit., p. 257.

(١٧) H. KELSEN, op. cit., p. 318 et s.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مصدرا للقانون • وهو لا يعتبر كذلك الا اذا كان صحيحا ، أى الا اذا كان تطبيقا صحيحا ، للقاعدة القانونية الأعلى التى تجيز للأفراد ان يبرموا فيما بينهم عقودا ملزمة ، بمراعاة شروط معينة • والأفراد عندما يبرمون هـذه العقود فانهم يساهمون فى انشاء قواعد قانونية خاصة يقتصر حكمها عـلى العلاقة القائمة بينهم ، ولكنها تدخل مع ذلك فى تكوين النظام القانونى القائم فى الدولة • فالأفراد على هذا النحو يعتبرون بمثابة أجهزة للدولة يتحقق عن طريقهم بعض النظام القانونى القائم فيها •

والحكم القضائى يعتبر كذلك مصدرا للقانون ، ومصدرا للالتزام فى نفس الوقت • فهو ينشىء قاعدة قانونية فردية ، أى ينشىء التزاما لمصلحة المحكوم له فى مواجهة المحكوم ضده • وما يصدق على العقد أو على الحـكم القضائى يصدق كذلك على القرار الادارى الذى يصدر بشأن حالة خاصـة معينة بالذات(١٨) •

وفى هذا البناء الهرمى الواحد ، لا يوجد أى مكان لغير القواعد القانونية أو الالتزامات القانونية وبالتالى لا يوجد أى مكان لما يسمى حقوق الأفراد الخاصة ، كحق الملكية ، وكحق الدائن قبل مدينه •• الخ • فما يسمى بالحق لا يعدو أن يكون التزاما على عاتق شخص معين بعدم التعرض لهذا الحق المدعى به • وقد يقال ان فكرة الحق تصلح كعامل مساعد لتوضيح فكرة الالتزام • على أساس أن الحق هو الوجه الآخر للالتزام • ولكن مثل هذه الفائدة تبدو سطحية فى دراسة قانونية علمية • لأن القانون لا يخاطب صاحب الحـق المقول به ، وانما هو يخاطب فقط الشخص الآخر الذى يلزمه بعدم التعرض لادعاء الشخص الأول • والشخص الذى يقال انه صاحب حق ، لا يعدو أن يكون موضوع الالتزام الواقع على عاتق شخص آخر غيره • فالقانون يخاطب من يقع عليه الالتزام ، لا من قد يستفيد من تنفيذ هذا الالتزام(١٩) •

ومن ناحية أخرى فان بعض الالتزامات لا تقابلهـا فوائد أو حقـوق

---

(١٨) انظر فى التفرقة بين الالتزام القضائى بالمعنى الذى يقول به كلسن ، وبين الالتزام القضائى بالمعنى الذى نقول به : كتابنا بالفرنسية :
De l'obligation judiciaire, op. cit., p. 6.

(١٩) H. KELSEN, op. cit., p. 175.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لأشخاص معينين بالذات ، كالالتزام باداء الخدمة العسكرية ، والالتزام بعدم قتل بعض الحيوانات ، أو عدم قطف بعض الزهور ... الخ(٢٠) .

ويضيف « كلسن » فى سبيل تأكيد رفضه لفكرة الحق ، أن هذه الفكرة تعتمد أساسا على نظرية القانون الطبيعى التى تقول بوجود حقوق للانسان سابقة على كل نظام قانونى . فاذا رفضت هذه النظرية باعتبارها نظرية ميتافيزيقية غير علمية ، أصبح من اللازم القول بأن ما يسمى بالحقوق ليس سوى الوجه الآخر للالتزامات القانونية ، بل هى مطابقة لهذه الالتزامات ذاتها(٢١) . فالقانون هو مجموعة قواعد أو التزامات بعضها عام وبعضها خاص ، ويستمد فيها الأدنى قيمته من الأعلى منه ، فى تدرج هرمى واحد يمثل النظام القانونى ، الذى تعتبر الدولة تشخصيا له . فلا توجد قواعد قانونية من ناحية ، وحقوق خاصة من ناحية أخرى ، بل توجد فقط قواعد قانونية متدرجة فى القيمة . فالنظام القانونى هو نظام واحد لا ازدواج فيه .

ولا شك أن نظرية « كلسن » تقوم على أساس من المنطق الشكلى الدقيق . ولذلك فانه من الصعب توجيه انتقادات منطقية الى هذه النظرية(٢٢) ، بل ان القارىء لها لا يملك نفسه من الاعجاب بهذا البناء المنطقى الأخاذ .

ومع ذلك فان هذه النظرية لا ترتفع فوق مستوى النقد ، بل على العكس فان الاتجاه الغالب فى الفقه الحديث لا يميل الى الأخذ بها .

ولعل النقد الأساسى الذى يمكن توجيهه الى هذه النظرية ، أنها ـ فيما نرى ـ نظرية غير خالصة على خلاف الاسم الذى تحمله . فهذه النظرية لا تعدو أن تكون نتيجة للفلسفة الوضعية أو العلمية التى يؤمن بها صاحب النظرية . وهو يصرح بوضوح انه أقام نظريته داخل « اطار الفلسفات ذات الطابع

---

(٢٠) H. KELSEN, op. cit., p. 174.

(٢١) H. KELSEN, op. cit., p. 175-176.

(٢٢) فى هذا المعنى : مارتى ورينو ، القانون المدنى ، جـ ١ ، ١٩٦١ ، ص ٢١٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العلمى »(٢٣) · فكيف يتأتى لأحد الباحثين ان ينضوى تحت لواء فلسفة معينة وينحاز لهذه الفلسفة ، ثم يسمي بعد ذلك نظريته بالنظرية الخالصة ؟ النظرية الخالصة للقانون هى فى الواقع نظرية ملتزمة ، أو نظرية منحازة كغيرها من النظريات الأخرى · وهى فى نفس الوقت منحازة الى فلسفة ، ليست هى أقوى الفلسفات المعاصرة ، بل على العكس لعلها أقل الفلسفات المعاصرة شأنا ، وهو ما سيتضح لنا أكثر عند دراسة جوهر القاعدة القانونية(٢٤) ·

ومن الناحية الفنية فانه من غير المقبول ادخال القواعد القانونية العامة ، مع التطبيقات الخاصة فى بناء واحد · فالفارق بين القاعدة والتطبيق ليس فارقا فى الدرجة فحسب ، ولكنه فارق فى الطبيعة أيضا · فالقاعدة التى نقرر أن العقد شريعة المتعاقدين هى قاعدة قانونية عامة ، وهى تختلف فى طبيعتها عن الالتزام الناشىء عن عقد معين بالذات بين طرفى هذا العقد · ومن الصعب التسليم بأن كل الالتزامات الواقعة على عاتق الأفراد فى المجتمع بمثابة قواعد قانونية ، تشبه القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية فى الدولة ·

ومن الصعب التسليم بأن مصادر الالتزام هى مصادر للقانون فى نفس الوقت ، والا لأمكن اعتبار العمل غير المشروع الذى يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الذى أصاب الغير ، مصدرا من مصادر القانون أيضا(٢٥) ·

أما ما تقوله نظرية « كلسن » من أن فكرة الحق ، ناشئة عن الايمان بالقانون الطبيعى ، فهو — بفرض صحته — لا ينتقص من نظرية الحق ، لأنه من المقبول الانحياز الى نظرية القانون الطبيعى ، كما انحاز « كلسن » نفسه الى الفلسفة العلمية · فاذا كان المشرع نفسه قد انحاز الى القانون الطبيعى

---

(٢٣) H.-KELSEN, op. cit., p. 106.

(٢٤) يقول الفيلسوف بوشنسكى ، ان الفلسفة المعاصرة تخطت ليس فقط نظريات الفلسفة العلمية ، بل أيضا موضوعات هذه الفلسفة ، راجع :
Bocheński, La philosophie contemporaine en Europe, Trad. par F. Vaudou, Payot, Paris, 1962; p. 64.

(٢٥) فى هذا المعنى ، مارتى ورينو ، ج ١ ، ص ٢١٢ ·

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كما فعل المشرع المصرى فى المادة الأولى من القانون المدنى ، فانه يكون من الواجب على الباحث حسب منطق نظرية « كلسن » نفسه ، التى يطابق فيها بين القانون والدولة ، أن يلتزم فى شرح القانون بنفس النظرية التى التزم بها المشرع فى وضع هذا القانون • واذا كان المشرع قد أخذ بنظرية الحق ، كما فعل المشرع المصرى الذى أقام صياغة نصوص القانون المدنى على أساس التفرقة بين الحق الشخصى (الالتزام) من ناحية ، وبين الحق العينى من ناحية أخرى ، فانه يكون من الواجب على الشارح ان يتابع المشرع فى فهم النظام القانونى على هذا النحو ذاته •

ولكن الأهم من ذلك أن نظرية الحق ، ليست مرتبطة بالضرورة بنظرية القانون الطبيعى ، بل هى كما أثبت الفقه الحديث نظرية فنية ، مستقلة عن أية فكرة فلسفية تقول بوجود حقوق للافراد سابقة على وجود الدولة • فالحق غير قاصر على الأفراد فى مواجهة الدولة ، فهو قد يكون للفرد فى مواجهة فرد آخر أو فى مواجهة الدولة ، كما قد يكون للدولة ذاتها فى مواجهة أحد الأفراد ، أو فى مواجهة دولة أخرى ••• وهكذا(٢٦) •

ونظرية الحق باعتبارها فكرة فنية ، تجعل من الحق تطبيقا لقواعد القانون ، وليس جزءا من القانون • فالقانون هو مجموعة القواعد العامة المجردة ، أما حقوق الأفراد فهى تطبيقات لهذه القواعد فى بعض الحالات الخاصة ، وبالنسبة لأشخاص معينين بالذات •

فالوحدة ليست هدفا فى ذاتها ، بل كثيرا ما يكون التعدد أجدى من الوحدة • وعلى حد تعبير « ارسطو » فانه من غير المقبول فى سبيل تحقيق هدف الوحدة أن نختصر المعزوفة الموسيقية الى نغم واحد(٢٧) • ويقول الفيلسوف أيضا « القوانين تنظم كل شىء بصفة عامة »(٢٨) ، أما « ارادات الأفراد فانها لا يمكن أبدا أن تكون قاعدة »(٢٩) •

---

(٢٦) J. DABIN, Le droit subjectif, 1952, Dalloz, p. 1.

(٢٧) Aristote, Politique, Bibliothèque de la science politique, Paris, 1950, Appendice 1, p. 206, 212.

(٢٨) Aristote, Politique, Liv. 3, Ch. 12, p. 122.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فالالتزامات الخاصة يصعب اعتبارها جزءا من القانون ، لأن هذه الالتزامات بما تفتقر اليه من العمومية ، يصعب ادماجها فى فكرة القانون الذى يتكون أساسا من مجموعة من القواعد القانونية العامة المجردة(٣٠) .

وهكذا ينبغى الاحتفاظ بالنظرية الثنائية التى تفرق بين القانون من ناحية ، وبين حقوق الأفراد الخاصة من ناحية أخرى .

ومع ذلك فانه يبقى جزء من الحقيقة فى نظرية « كلسن » وهو أن النظرية الثنائية بالغت فى الربط بين القانون والحق ، بحيث جعلت القانون قاصرا على انشاء الحقوق الخاصة أو الاعتراف بها أو حمايتها ، بينما تتخطى تطبيقات القانون فى كثير من الأحيان فكرة الحقوق الخاصة للأفراد .

وقد أدى هذا النقد الصحيح الذى قال به « كلسن » ، وبعض الفقهاء الآخرين مثل الفقيه الفرنسى « ديجى » ، الى ظهور ما يمكن أن نسميه بالنظرية الثنائية الحديثة ، التى تقابل ، لا بين القانون والحق ، بل بين القانون والمراكز القانونية الخاصة .

٧ ـ النظرية الثنائية الحديثة : القانون والمراكز القانونية :

لا شك أن الحقوق الخاصة تعتبر من أهم تطبيقات القواعد القانونية العامة ، ومع ذلك فان الحقوق الخاصة ليست هى التطبيقات الوحيدة لقواعد القانون ، كما أن قواعد القانون لا تقتصر فقط على تنظيم وحماية الحقوق الخاصة . ولذلك فانه من المبالغة اطلاق اسم كلية الحقوق على الكلية التى تقوم بدراسة القانون . لأن القانون كما ينظم الحقوق فهو ينظم مراكز أخرى لا تعتبر من الناحية الفنية من قبيل الحقوق .

وقد كانت نتيجة المبالغة فى ابراز فكرة الحق ، ظهور رد فعل عكسى ينادى باحلال فكرة الالتزام محل فكرة الحق . وقد أمكن الدفاع عن هذه

---

(٢٩) Aristote, op. cit., appendice 4, p. 233.

(٣٠) G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, t. 2, 1er. vol. 1962 p. 17.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الأفكار الجديدة عن طريق صياغة فنية دقيقة كتلك التى أعلنها « كلسن » فى نظريته السابق عرضها ، أو تلك التى أعلنها « ديجى » فى نظرياته التى لا مجال لعرضها فى هذا المقام .

بل أن احلال فكرة الواجب محل الحق بدت وكأنها ضرورة اخلاقية تعلو على أى بناء قانونى فنى . ومن هذا القبيل أن المهاتما غاندى عندما طلبت منه منظمة اليونسكو المساهمة فى اعداد مشروع الاعلان الجديد لحقوق الانسان الذى أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ ، رد عليها بقوله أنه قد تعلم عن أمه التى وان كانت لا تعرف القراءة الا أنها تتسم بالحكمة ، أن احترام الحقوق يكون عن طريق القيام بالواجبات(٣١) .

ولا شك أن الحق يقابله واجب على عاتق شخص أو أشخاص آخرين باحترام هذا الحق . وهذا الواجب هو الوجه الآخر للحق ، وبالتالى فهو يحمى الحق ولا يتعارض معه .

ومن ناحية أخرى فان الحق له فى ذاته غاية اجتماعية تفرض على صاحب الحق أن يتبع سلوكا معينا فى ممارسة حقه ، وتفرض عليه عدم التعسف فى استعمال هذا الحق .

ومع ذلك فلا زال الحق رغم غايته الاجتماعية وواجب صاحبه فى عدم التعسف فى استعماله ، ينطوى أساسا على امتيازات يحققها للمستفيد منه ، وهى امتيازات تزيد بكثير على هذه الواجبات الاجتماعية الطفيفة .

ولذلك فلا زالت فكرة الحق من أهم الأفكار القانونية التى تحقق للفرد الحرية والحماية والأمان . ومع ذلك فان حقوق الأفراد الخاصة فى مجموعها لا تستغرق كل النظام القانونى فى المجتمع . فهناك من القواعد القانونية ما يفرض على المخاطبين بحكم القانون واجبات لا تقابلها حقوق لأى فرد من

---

(٣١) M. K. GANDHI, in Human Rights, A. symposium, edited by UNESCO, Allan Wingate, London, New-York, 1947, p. 18

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الأفراد • ومن الأمثلة على ذلك ما أشار اليه « كلسن » عن توجب أداء الخدمة العسكرية ، أو تمنع قتل حيوانات معينة أو معينة ••• الخ •

ومن هذا القبيل أيضا قواعد القانون الجنائى ، فهى اذا كا قواعدها تؤدى الى حماية حقوق الأفراد الخاصة ، الا أنها لا تهد حماية هذه الحقوق من الاعتداء عليها ، بل تهدف الى اقامة النظ المجتمع • كما أن بعض قواعد القانون الجنائى الأخرى لا تتعلق الحقوق الخاصة للأفراد •

ومن ناحية أخرى فان قواعد القانون الدستورى ، والة التى تنظم السلطات العامة فى الدولة ، وتنظم سير المرافق ا بعيدة الصلة عن فكرة حماية الحقوق الخاصة • بل انه فى نط الخاص ، وفى نطاق القانون المدنى بالذات ، فان بعض التطبي للقواعد القانونية لا تتمثل فى صورة حقوق خاصة للافراد ، صورة مراكز قانونية موضوعية •

وهكذا أمكن للفقه الحديث أن يميز بين نوعين من أنواع الخاصة للقواعد القانونية العامة • النوع الأول يؤدى الى نشأة بالمعنى التقليدى المعروف ، ويمكن أن يطلق على هذه الحقوق القانونية الشخصية • أما النوع الثانى فهو يؤدى الى نشـ شخصية طابعها الغالب ليس هو فقط الغنم والفائدة ، بل اله أيضا ، ويمكن أن تسمى هذه التطبيقات باسم المراكز القانونية

وقد وضع الأستاذ الفرنسى « بول روبييه » كتابا عنوا والمراكز القانونية » حاول فيه ابراز الخصائص المميزة للأنواع المخ القانونية ، والتى تعتبر فى مجموعها تطبيقات خاصة للقواء العامة(٣٢) •

---

(٣٢) Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz 1963

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الافكار الجديدة عن طريق صياغة فنية دقيقة كتلك التى أعلنها « كلسن » فى نظريته السابق عرضها ، أو تلك التى أعلنها « ديجى » فى نظرياته التى لا مجال لعرضها فى هذا المقام .

بل أن احلال فكرة الواجب محل الحق بدت وكانها ضرورة اخلاقية تعلو على أى بناء قانونى فنى . ومن هذا القبيل أن المهاتما غاندى عندما طلبت منه منظمة اليونسكو المساهمة فى اعداد مشروع الاعلان الجديد لحقوق الانسان الذى أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ ، رد عليها بقوله أنه قد تعلم عن أمه التى وان كانت لا تعرف القراءة الا أنها تتسم بالحكمة ، أن احترام الحقوق يكون عن طريق القيام بالواجبات(٣١) .

ولا شك أن الحق يقابله واجب على عاتق شخص أو أشخاص آخرين باحترام هذا الحق . وهذا الواجب هو الوجه الآخر للحق ، وبالتالى فهو يحمى الحق ولا يتعارض معه .

ومن ناحية أخرى فان الحق له فى ذاته غاية اجتماعية تفرض على صاحب الحق أن يتبع سلوكا معينا فى ممارسة حقه ، وتفرض عليه عدم التعسف فى استعمال هذا الحق .

ومع ذلك فلا زال الحق رغم غايته الاجتماعية وواجب صاحبه فى عدم التعسف فى استعماله ، ينطوى أساسا على امتيازات يحققها للمستفيد منه ، وهى امتيازات تزيد بكثير على هذه الواجبات الاجتماعية الطفيفة .

ولذلك فلا زالت فكرة الحق من أهم الأفكار القانونية التى تحقق للفرد الحرية والحماية والأمان . ومع ذلك فان حقوق الأفراد الخاصة فى مجموعها لا تستغرق كل النظام القانونى فى المجتمع . فهناك من القواعد القانونية ما يفرض على المخاطبين بحكم القانون واجبات لا تقابلها حقوق لأى فرد من

---

(٣١) M. K. GANDHI, in Human Rights, A. symposium, edited by UNESCO, Allan Wingate, London, New-York, 1947, p. 18

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الأفراد . ومن الأمثلة على ذلك ما أشار اليه « كلسن » عن القواعد التى توجب أداء الخدمة العسكرية ، أو تمنع قتل حيوانات معينة أو اقتطاف زهور معينة ... الخ .

ومن هذا القبيل أيضا قواعد القانون الجنائى ، فهى اذا كانت فى بعض قواعدها تؤدى الى حماية حقوق الأفراد الخاصة ، الا أنها لا تهدف أساسا الى حماية هذه الحقوق من الاعتداء عليها ، بل تهدف الى اقامة النظام والأمن فى المجتمع . كما أن بعض قواعد القانون الجنائى الأخرى لا تتعلق أصلا بحماية الحقوق الخاصة للأفراد .

ومن ناحية أخرى فان قواعد القانون الدستورى ، والقانون الادارى التى تنظم السلطات العامة فى الدولة ، وتنظم سير المرافق العامة ، تبدو بعيدة الصلة عن فكرة حماية الحقوق الخاصة . بل انه فى نطاق القانون الخاص ، وفى نطاق القانون المدنى بالذات ، فان بعض التطبيقات الخاصة للقواعد القانونية لا تتمثل فى صورة حقوق خاصة للافراد ، بل تتمثل فى صورة مراكز قانونية موضوعية .

وهكذا أمكن للفقه الحديث أن يميز بين نوعين من أنواع التطبيقات الخاصة للقواعد القانونية العامة . النوع الأول يؤدى الى نشأة حقوق خاصة بالمعنى التقليدى المعروف ، ويمكن أن يطلق على هذه الحقوق اسم المراكز القانونية الشخصية . أما النوع الثانى فهو يؤدى الى نشأة مراكز غير شخصية طابعها الغالب ليس هو فقط الغنم والفائدة ، بل العبء والواجب أيضا ، ويمكن أن تسمى هذه التطبيقات باسم المراكز القانونية الموضوعية .

وقد وضع الأستاذ الفرنسى « بول روبييه » كتابا عنوانه « الحقوق والمراكز القانونية » حاول فيه ابراز الخصائص المميزة للأنواع المختلفة للمراكز القانونية ، والتى تعتبر فى مجموعها تطبيقات خاصة للقواعد القانونية العامة(٣٢) .

---

(٣٢) P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz PARIS, 1963.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويقترح الأستاذ « روبييه » احلال التفرقة بين القواعد القانونية ، والمراكز القانونية ، محل التفرقة بين القواعد القانونية ، والحقوق الخاصة(٣٣) .

وتتفق القاعدة القانونية مع المركز القانونى فى أن كلا منهما يحمل الصفة القانونية وينطوى على قوة الأمر القانونى . ولكن الفارق الأساسى بين القاعدة والمركز : ان القاعدة تتميز بالعمومية والتجريد ، بينما المركز يتميز بالخصوصية والانفراد . وطبقا لهذه التفرقة فانه من غير الممكن اعتبار الاحكام القضائية أو القرارات الادارية أو العقود المبرمة بين الأفراد ، فى حكم القواعد القانونية . لأن الطابع المميز لكل هذه التصرفات هو الخصوصية المتعلقة بحالة معينة بالذات .

والقواعد القانونية العامة المجردة هى أساس النظام القانونى كله ، أما المراكز القانونية الخاصة فهى تطبيقات للقواعد القانونية . ولا يمكن الاعتراف بها الا على أساس موافقتها للقواعد المذكورة . وعلى سبيل المثال فان القاعدة التى تقرر أن العقد شريعة المتعاقدين (م ١٤٧ من القانون المدنى)، هى قاعدة قانونية عامة مجردة يمكن على أساسها ابرام عقود عديدة غير متناهية فيما بين الأفراد . وتؤدى هذه العقود الى نشأة مراكز قانونية خاصة . وهذه المراكز الخاصة لا يمكن اعتبارها قواعد قانونية كما يذهب الى ذلك « كلسن » فيما يسميه بالأوامر الفردية كما سبق أن ذكرنا، أو ما يسميه غيره بالقواعد الفردية(٣٤) . فهذه الاصطلاحات تدعو الى الخلط والغموض ، لأن القاعدة الحقيقية لا توضع لحالة واحدة، وانما لمجموعة من الحالات والفروض غير المحددة(٣٥) .

ونظرا لأن المراكز القانونية تعتمد فى صحتها على موافقتها للقواعد القانونية ، فانه يترتب على ذلك ضرورة افتراض وجود القاعدة القانونية قبل نشأة المركز القانونى(٣٦) .

---

(٣٣) P. ROUBIER, op. cit., p. 2.

(٣٤) J. BRETHE DE LA GRESSAYE et M. LABORDE-LACOSTE, Introd. gén. à l'étude du droit, PARIS, 1947, p. 177.

(٣٥) P. ROUBIER, op. cit., p. 4; Théorie générale du droit 1951, p. 26.

(٣٦) P. Roubier, op. cit., p. 5

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والمراكز القانونية تشمل أولا مراكز قانونية شخصية، الطابع المميز لها هو الغنم والفائدة ، وتضم هذه المراكز أساسا مايسمى بالحقوق الخاصة، كحق الملكية ، وحق الدائن قبل مدينه • والمراكز الشخصية أو الحقوق الخاصة تنشأ نتيجة لمباشرة ما يسمى بالحريات العامة كحرية العمل والزواج والتعاقد والايصاء ••• الخ ، أو نتيجة مباشرة ما يسمى بالرخص ، كرخصة طلب قسمة المال الشائع ••• الخ(٣٧) •

وقد تتضمن هذه المراكز الشخصية بعض الاعباء ، كالقيود القانونية للملكية ، ومنها قيود الجوار ، أو الاعباء التى تفرض على الوارث دفع ديون التركة ••• الخ • ومع ذلك فان هذه الاعباء تقل بكثير عن الفائدة التى يعطيها المركز الشخصى لصاحبه ، والتى تظل هى الطابع المميز للمراكز الشخصية(٣٨) •

ولكن المراكز القانونية الشخصية ليست هى كل المراكز القانونية الخاصة كما كانت تذهب الى ذلك النظرية التقليدية • ذلك ان تطبيق القانون يؤدى الى نشأة مراكز خاصة موضوعية ، الطابع المميز لها هو الغرم بجانب الغنم • ومن أهم تطبيقات المراكز الموضوعية ، مركز المواطن فى الدولة بما يفرض عليه من أعباء الخدمة العسكرية ، وأداء الضرائب ، ومراعاة واجبات التعليم الالزامى للاطفال ، وواجبات الخدمة العامة التى تقع على عاتق الموظفين • ومن تطبيقات المراكز الموضوعية أيضا مركز الزوج الذى يفرض عليه واجبات النفقة والمعيشة المشتركة والاخلاص المتبادل ، ومركز الأب الذى يفرض عليه واجب تربية وتعليم ابنائه • ومن تطبيقات المراكز الموضوعية كذلك مركز القاصر أو عديم الاهلية الذى يفرض عليه الخضوع لنظام الوصاية أو القوامة • ومن تطبيقات المراكز الموضوعية مركز من يزاول مهنة فى أن يراعى الواجبات القانونية التى تنظم المهنة(٣٩) •

فى كل هذه المراكز الموضوعية وغيرها فان الطابع المميز لهـا هو طابع

---

(٣٧) P. Roubier, op. cit., p. 145 et s.

(٣٨) راجع فى أعباء المراكز الشخصية : P. Roubier, op. cit., p. 214 et s.

(٣٩) P. Roubier, op. cit., p. 206 et s.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الغرم والعبء ، بجانب الغنم والفائدة . ولذلك لا يمكن اعتبار المراكز الموضوعية حقوقا خاصة ..

ونظرا لأن المراكز الموضوعية تعتبر تطبيقا للقواعد القانونية العامة ، لا يقل فى الاهمية والنطاق عن الحقوق الخاصة ، فانه يكون من المنطقى عدم اعتبار الحقوق الخاصة هى التطبيق الوحيد للقواعد القانونية . ويكون من المنطقى المقابلة بين القواعد القانونية من ناحية ، والمراكز الخاصة من ناحية أخرى ، على أن يكون مفهوما ، أن المراكز الخاصة بعضها شخصى والبعض الآخر موضوعى .

وهكذا ننتهى من غرض النظرية الحديثة فى ازدواج النظام القانونى . فهناك من ناحية القانون وهو مجموعة من القواعد العامة المجردة ، وهناك من ناحية أخرى المراكز القانونية الخاصة ، وهى تطبيق لقواعد القانون العامة .

ومتى سلمنا بأن القانون هو مجموعة من القواعد العامة المجردة ، وجب أن نبين المقصود بصفة العموم والتجريد فى القاعدة القانونية ، وان نبين كذلك الخصائص الأخرى لها ، وندرس ذلك فى الفصل الثانى من هذا الباب .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثانى

خصائص القاعدة القانونية

٨ ـ تحديد خصائص القاعدة القانونية :

الهدف من تحديد خصائص القاعدة القانونية هو امكان التعرف عليها ، والتمييز بينها وبين غيرها من القواعد الأخرى ، العلمية والسلوكية على السواء ٠

وقد حاول المفكرون اعطاء خصائص عديدة للقاعدة القانونية ، ولكن بعض هذه الخصائص تبدو قليلة الفائدة أو غير صحيحة٠ ونبادر أولا باستبعاد هذه الخصائص التى لا يبدو أنها تميز القاعدة القانونية عن غيرها أو التى لا تصدق على الكثير من القواعد القانونية ٠

وأول الخصائص واجبة الاستبعاد خصيصة التحديد précision ٠ لأنه اذا كان من المرغوب فيه أن تكون قواعد القانون محددة لا تثير صعوبة فى تفسيرها وتطبيقها ، الا أنه توجد مع ذلك بعض القواعد القانونية غير المحددة تحديدا كافيا ولا يؤدى ذلك الى الانتقاص من قيمتها القانونية ٠ وعلى سبيل المثال فان فكرة الخطأ الواردة فى القاعدة المشهورة التى تقرر أن « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » (م ١٦٣ مدنى)، هى فكرة غير محددة تحديدا كافيا ٠ ومن هذا القبيل أيضا قاعدة أن الغش يفسد كل شىء ، وقاعدة عدم جواز الاثراء على حساب الغير دون سبب ٠ فهذه القواعد وغيرها يحاول القانون تحديدها بطريقة تدريجية دون أن يصل مع ذلك الى هدفه كاملا(٤٠) ٠ بل أكثر من ذلك فان مقتضيات الصياغة القانونية قد تفرض وضع القاعدة القانونية فى عبارة مرنة تعطى لمن يقوم بتطبيق القاعدة سلطة تقديرية واسعة فى التطبيق ٠ وسنتعرض لهذه المسألة بتوسع

---

(٤٠) Marty et Raynaud, t. 1, p. 51.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أكثر فيما بعد(٤١) ٠

ومن الخصائص واجبة الاستبعاد أيضا ما يقال من أن قواعد القانون تحكم السلوك الخارجي للانسان دون نيته ٠ فهذا القول غير صحيح لأن قواعد القانون الجنائي تضع تفرقة أساسية بين الجرائم التي ارتكبت بقصد وتلك التي ارتكبت بغير قصد ٠ وكذلك فان القانون المدني يعتد بالنية في موضوعات كثيرة كموضوع الغش والتعسف في استعمال الحق ، وعدم مشروعية السبب في التعاقد ٠٠٠ الخ(٤٢) ٠

ومن الخصائص واجبة الاستبعاد أيضا ما يقول به البعض من أن القانون له صفة مزدوجة فهو أمر وعطاء impératif — attributif فهو اذ ينشيء التزاما على عاتق أحد الأفراد انما يقرر في نفس الوقت حقا لفرد آخر ، وذلك على خلاف الاخلاق التي لها صفة واحدة هي الأمر ، دون أن يترتب على ذلك عطاء أو حق لشخص آخر(٤٣) ٠

وهذا القول غير صحيح ، لأن القانون لا ينشيء دائما حقوقا للافراد ٠ فقواعد القانون الدستوري التي تنظم السلطات العامة ، وقواعد القانون الاداري التي تنظم سير المرافق العامة ، وقواعد القانون الجنائي التي تقيم الأمن والنظام في المجتمع ، لا تنشيء حقوقا للافراد ٠ بل أن قواعد القانون المدني في انطباقها المباشر على الأفراد لا تنشيء لهم دائما حقوقا خاصة بل قد تنشيء مراكز موضوعية كما سبق أن رأينا في الفصل السابق ٠

ومن ناحية أخرى فان قواعد الاخلاق لا تقتصر فقط على اعطاء أوامر للافراد ، بل هي قد تنشيء أيضا حقوقا لها صفة اخلاقية — اذا جاز التعبير — لمصلحة أفراد آخرين ، وتتسم في هذه الحالة بالصفة المزدوجة التي يقال انها قاصرة فقط على قواعد القانون ٠ فالأمر بالاحسان هو أمر وعطاء في نفس الوقت ٠

---

(٤١) راجع ماسيلي ، الفقرات من ١٢ — ١٦ ٠

(٤٢) Marty et Raynaud, t. 1, p. 51.

(٤٣) G. DEL VECCHIO, Philosophie du Droit, Traduction de J. ALEXIS D'AYANC, Dalloz Paris, 1953, p. 276.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فاذا استبعدنا هذه الخصائص المشكوك فى قيمتها أو صحتها ، امكن القول ان القاعدة القانونية تتميز بانها قاعدة سلوك اجتماعى ، عامة مجردة ، ملزمة ومقترنة بجزاء قهرى توقعه الدولة .

وندرس هذه الخصائص المختلفة فى ثلاثة مباحث متتالية :

المبحث الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعى

٩ - القواعد العلمية وقواعد السلوك :

تتكون العلوم المختلفة من مجموعة من القواعد التى يتوصل اليها الباحثون فى هذه العلوم . فهناك قواعد علم الطبيعة أو الكيمياء أو الفلك أو الطب أو الهندسة ... الخ . وتهدف هذه القواعد الى تفسير الظواهر المختلفة التى يعنى بدراستها كل علم على حدة . ويتم تفسير هذه الظواهر على اساس مبدأ جوهرى هو مبدأ السبب principe de raison (٤٤) ، أو ما يسمى بعلاقة السببية causalité . وخلاصة هذا المبدأ هو أنه لا توجد نتيجة بغير سبب . وكلما استطاع احد الباحثين معرفة السبب المنتج لظاهرة معينة فانه يكون بذلك قد توصل الى صياغة قاعدة علمية ، أو اكتشاف قانون علمى . ومن هذا القبيل قانون الجاذبية أو قانون الغليان أو قانون الطفو أو قانون التمدد ... الخ . فاذا اكتشف أحد العلماء انه اذا ترك جسم فى الهواء فانه يسقط الى الأرض بسبب جاذبية الأرض ، فانه يكون بذلك قد توصل الى وضع قاعدة الجاذبية أو قانون الجاذبية .. وهكذا . وهذه القاعدة هى قاعدة علمية وليست قاعدة سلوك . والقواعد العلمية هى قواعد تقريرية ، لأنها تقرر الواقع دون أن تحاول أحداث أى تغيير فيه أو أى تاثير عليه . والقاعدة العلمية هى قاعدة مضطردة لا يتصور أن تقع لها ادنى مخالفة . ففى كل مرة يوجد السبب تتحقق النتيجة . واذا تخلفت النتيجة ولو مرة واحدة فمعنى ذلك ان القاعدة غير صحيحة وغير موجودة(٤٥) .

---

(٤٤) راجع فى شرح مبدأ السببية :

M. HEIDEGGER, Le Principe de Raison, Trad. par A. PREAU, Gallimard, 1962.

(٤٥) KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 104.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وعلى خلاف ذلك فان قواعد القانون هى قواعد سلوك اجتماعى • والظاهرة التى تحكمها القاعدة القانونية هى ارادة الانسان • والقاعدة القانونية تصدر امرها الى هذه الارادة بحيث يتعين على الارادة المخاطبة بحكم القانون أن تطابق سلوكها على مقتضى الأمر الصادر اليها • ولذلك فان قواعد القانون هى قواعد تقويمية ، لانها لا تكتفى بتقرير ما هو كائن بل تهدف الى تحديد ما ينبغى أن يكون(٤٦) •

ولكن نظرا لأن ارادة الانسان التى تحكمها قواعد القانون ليست شيئا جامدا وانما هى ارادة حرة ، فانه من المتصور أن تخالف ارادة الانسان الأمر الصادر اليها من القانون • ولولا تصور امكان وقوع مثل هذه المخالفة لما كانت هناك حاجة الى النص على جزاء يوقع عند خروج الارادة على حكم القانون •

ومن ناحية أخرى فان وقوع مخالفة لأمر القانون لا يتعارض مع كون هذا الأمر ملزما للارادة • فالقانون يلزم ولكنه لا يحتم(٤٧) • وتوقيع الجزاء عند المخالفة هو معنى الالزام فى القانون • ولكن القانون لا يحتم حدوث النتيجة المطلوبة ، اذ أن تحقق هذه النتيجة مرهون بمدى استجابة ارادة الانسان لما يقتضيه القانون •

وعلى هذا النحو فان الفكرة الجوهرية فى قواعد القانون ليست هى السببية ، وانما هى المساءلة imputation (٤٨) • فالسببية فى العلوم الطبيعية وغيرها تحتم تحقق النتيجة ، أما المساءلة فى قواعد القانون فهى تلزم فقط بضرورة العمل على تحقق النتيجة •

ويلاحظ ان الانسان البدائى ـ كان ولا زال ـ يفسر ظواهر الطبيعة ، لا على أساس فكرة السببية ، بل على أساس فكرة المساءلة • فاذا حدث زلزال أو فيضان أو حريق أو مرض ، فان ذلك لا يكون ـ فى نظره ـ نتيجة

---

(٤٦) KANT, Fondments de la metaphysique des moeurs, Trad. par Victor DELLOS, Paris, 1962, p. 123. 148.

(٤٧) Henri BERGSON, Les deux sources de la morale et de la religion, P.U.F. éd. 100, Paris, 1961, p. 4, 5, 129.

(٤٨) KELSEN, op. cit., p. 105.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لسبب محدد ، وانمـــا كجزاء على اثم ارتكبـــه فى حق الآلهـة أو فى حق الشياطين ! ونظرة الانسان البدائى فيها خلط كامل بين القواعد التى تفسر الطبيعة ، وبين القواعد التى تحكم السلوك(٤٩) ، وفيهـــا تفسـير لظواهر الطبيعة على أساس قواعد الجزاء والمساءلة .

ويلاحظ أن القانون موضوع دراستنا ليس هو وحـده مجموعة قواعد السلوك التى تقوم ارادة الانسان على أساس فكرة الجزاء والمساءلة . بل ان هناك قواعد أخرى تشترك مع القانون فى هذه الصفة ، وهى قواعد الأخلاق والعادات والتقاليد الاجتمـــاعية وغيرها . فكل هذه القـــواعد هى قواعد تقويمية ، هدفها تقويم ارادة الانسان ، على خـــلاف قواعد العلوم الطبيعية التى تهدف فقط الى تقرير الواقع وتفسيره على أساس فكرة السببية .

ومع ذلك فلا ينبغى الاعتقاد بأن الانسان يجب عليه فقط أن يراعى فى سلوكه قواعد السلوك التقويمية ، دون أن يراعى قواعد الطبيعة التقريرية . بل الصحيح ان الانسان يراعى قواعد العلوم التقريرية ، وعن طريق مراعاتها يستطيع أن يحقق الكثير من التقدم الحضارى ، وأن يتفادى الكثير من المخاطر والأضرار . والانسان بمراعاة هذه القواعد لا يطبقها بارادته ، وانما يراعى فقط فى تصرفاته ان هذه القواعد منطبقة بطريقـــة حتمية(٥٠) . وذلك على خلاف مراعاة قواعد السلوك القانونية ، التى تعتبر تطبيقا لهـــذه القواعد بطريقة ارادية .

. ومن ناحية أخرى فان فكرة السببية التى تقوم عليها القواعد العلمية ، ليست بعيدة كل البعد عن مجال القانون موضوع دراستنا . ذلك ان القانون الذى يحكم ارادة الأفراد يعتمد فى تطبيقه على عنـــاصر كثيرة من الواقع ، وهى عناصر لا يمكن فهمها الا على أساس فكرة السببية . ومن هذا القبيل ان القانون لا يلزم من ارتكب خطأ سبب ضررا للغير بتعويض هذا الضرر ، الا اذا كان هذا الخطأ هو السبب فى وقوع هذا الضرر ، أى اذا وجدت علاقة

---

(٤٩) KELSEN, op. cit., p. 114 et s.

(٥٠) MARTY et RAYNAUD, T. 1, p. 6.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

سببية بين الخطأ والضرر • ولكن السببية هنـــا ليست هى قوام القاعدة ، وانما هى من الشروط الواقعية لانطباقها • وكذلك فانه اذا كانت قواعـــد القانون تحكم سلوك الأفراد بطريقة تقويمية ، الا أن وجود القاعدة فى ذاته يعتبر واقعة لابد من سبب منشىء لها • ومن هنا كان من الواجب دراســـة مصادر القانون ، أى الأسباب المنشئة لقواعده وفقا لقانون السببية •

فالقاعدة القانونية هى قاعدة سلوك تقويمية من حيث مضمونهـــا ، الا انها فى نفس الوقت ظاهرة اجتماعية من حيث وجـــودها • وهى باعتبارها ظاهرة اجتماعية تخضع لقانون السببية من حيث ضرورة وجود سبب منشىء لها(٥١) •

ورغم هذا التداخل المتصـــــور بين القوانين العلميـــة ، وبين قوانين السلوك • فان الفارق البارز بينهم يكمن فى أن قواعد السلوك تخاطب ارادة الانسان بقصد تقويم هذه الارادة • أما القواعد العلمية فهى تصف الطبيعـة بقصد تقرير ما هى عليه •

١٠ ـ قواعد السلوك الاجتماعى :

اذا تركنا جانبا قواعد العلوم الطبيعية واقتصرنا على دراسة قواعـــد السلوك الانسانى ، وجدنا ان القـــانون ليس هو وحده الذى يقرر هـــذه القواعد • بل ان سلوك الانسان يخضع لقواعد أخرى غير قواعد القانون • ومن هذا القبيل قواعد الأخلاق ، وقواعد الدين الاجتماعية ، وقواعد العادات والمجاملات ، والتقاليد الاجتماعية أو التقاليد المهنية أو التعاونية •• الخ •

وهذه القواعد تتفق كلها مـــع قواعد القانون فى انهـــا قواعد سلوك تقويمية ، تأمر الارادة بما ينبغى أن تسير عليـــه • ويقترن هـــذا الأمر عادة بجزاء تختلف قوته ما بين قاعدة وأخرى • وتتفق هذه القواعد أيضا فى انهـــا قواعد اجتماعية • فهى تفترض وجود مجتمع انسانى ، أى وجـــود أشخاص

---

(٥١) راجع فى عدم وجود تعارض مطلق بين فكرة السببية ، وبين فكرة الأمر التقويمى: كلسن ، المرجع السابق ، ص ١٢٩ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

آخرين غير من توجه اليه القـــاعدة . أما اذا تصورنا جـدلا وجود شخص واحد ، وهو الفرض النظرى الشهير الذى ينطبق فقط على « روبنسون » فى جزيرته المعزولة ، فانه من غير المتصور أن توجد بالنسبة لهذا الشخص قواعد قانونية أو قواعد سلوك اجتماعية من أى نوع كان .

وقواعد القانون تتفق مع قواعد السلوك الأخرى الســـابق ذكرها فى انها تؤدى الى اقامة النظام فى المجتمع الذى تحكمـــه ، وتؤدى بالتـالى الى ما يسمى بحالة الانضباط الاجتماعى(٥٢) .

ومع ذلك فانه تجب التفرقة بين قواعد القـــانون من ناحيـــة وقواعد السلوك الأخرى من ناحية أخرى . وبالنسبة للتفرقة بين القانون والأخلاق فسنتعرض لها بالتفصيل فيما بعـــد(٥٣) . ونكتفى الآن بالاشـــارة الى أن الأخلاق هى أساس القانون .

وقواعد الأخلاق التى نستبقى دراستها ، هى قواعد الأخـــلاق المطلقة morale absolue . أما ما يسمى بقواعد الأخلاق الاجتماعية morale sociale أو moeurs ، التى قد توجد فى مجتمع معين ولا توجد فى مجتمـــع آخر غيره ، فهذه أقرب الى العادات والتقاليد الاجتماعية منهـــا الى الأخلاق بمعناها الفلسفى . وهذه نتعرض للتفرقة بينها وبين القانون فيما يلى .

١١ ـ قواعد القانون تنظم المجتمع السياسى :

المجتمع السياسى هو المجتمع الذى يأخذ فى العصـــور الحديثة شكل الدولة ، والذى كان يطلق عليه فى العصور القديمة اسم المدينـــة . ويتميز هذا المجتمع بوجود سلطة سياسية تسيطر عليه وتقيم النظام فيه . ويطلق على هذا المجتمع أحيانا اسم المجتمع المدنى(٥٤) .

---

(٥٢) جلال العدوى ، القانون والاجتماع الانســـانى ، مجلة الحقوق ، العددان الثـالث والرابع ، السنة الخامسة عشر ١٩٧٠ ، تاريخ ظهور العدد ١٩٧٢ ، ص ٢٠١ وما بعدها .

(٥٣) راجع ماسيل ، فقرة ٦٢ ، فقرة ٧٣ ، فقرة ٧٨ .

(٥٤) J. DABIN, Théorie générale du droit, Bruxelles, 1944, p. 12.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقواعد القانون لا يتصور وجودها الا فى مثل هذا المجتمع وحده • أما إذا تصورنا وجود جماعات من النـــاس لا تعيش فى مجتمع سياسى بهـــذا الوصف ، فانها لا تكون خاضعة فى سلوكها لقواعد قانونيـة ، وان كان من المتصور أن تكون خاضعة لبعض التقاليد والعادات الاجتماعية •

ولذلك فانه من غير المقبول القول بأن القانون قد وجد قبل أن توجد الدولة(٥٥) • ولكن الصحيح ان الجماعات البدائية غير المنظمة التى لا تأخـذ شكل المدينة أو الدولة ، لا يحكمها قانون ، وان وجدت فيهـــا بعض قواعد التقاليد أو الدين أو العادات الاجتماعية •

وكما سنرى فيما بعد فان ارادة الدولة هى مصدر القـانون ، ومن ثم فانه من غير المتصور أن يوجد القانون قبل أن توجد الدولة(٥٦) •

وظهور الدولة يقترن حتما بظهور القانون ، لأنه لا يمكن التحقق من وجود الدولة ، الا عن طريق الأوامر التى تصدرها السلطة السياسية الحاكمة فيها ، والتى تنظم عن طريقها سلوك الأفراد • وغنى عن الذكر ان الجماعات البدائية غير المنظمة ، يمكن أن تنتقل من حالتها البدائية الى حالة المجتمـــع السياسى أو المدنى ، دون أى شروط خاصة تتعلق بعدد أفراد الجمـــاعة أو حدود الاقليم الذى تعيش فيه ، أو كيفية تنظيم السلطة الحاكمة فيها • ذلك أن فكرة الدولة أو المدينة أو المجتمع السياسى ، كما تصدق على أعظم الدول وأكثرها تنظيما كتلك الموجودة فى الوقت الحاضر ، فانها تصدق أيضـــا على المدن القديمة كالمدن اليونانية والمدن الرومانية القديمة ، بل وتصدق كذلك على القبائل التى توجد بها سلطة حاكمة تسيطر على أفرادها •

واذا كانت العادات والتقاليد الاجتمـــاعية قد وجدت قبل أن يوجد القانون وقبل أن تظهر الدولة ، فانها لا زالت موجودة أيضا فى المجتمعـات السياسية التى أخذت شكل الدولة • ولا زالت العادات الأخلاقية والتقاليد

---

(٥٥) قارن : MARTY et RAYNAUD, t. I, p. 50.

(٥٦) J. DABIN, Théorie générale du droit, op. cit., p. 12 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الاجتماعية تلعب دورا هاما فى تنظيم المجتمع بجانب الدور الذى يلعبه القانون .

وتوجد فى الواقع أنواع شتى من العادات والتقاليد التى يراعيها أفراد المجتمع . وبعض هذه العادات تصل الى درجة كبيرة من التحديد الذى قد تفتقر اليه قواعد القانون ذاته . ومن الأمثلة على ذلك قواعد السلوك التى تراعيها بعض طبقات المجتمع الراقية والتى يطلق عليها اسم « البروتوكول »(٥٧) ، ومن هذا القبيل قواعد الألعاب الرياضية ، التى يطلق عليها أحيانا اسم قانون اللعبة ، والتى تتخطى قيمتها حدود الدولة . ومن هذا القبيل القواعد التى تنظم المواساة عند الحزن والمجاملة عند الفرح .. الخ .

ومعيار التفرقة بين هذه القواعد المختلفة من ناحية ، وبين قواعد القانون من ناحية أخرى ، يوجد فى مصدر القاعدة ، وفى الغاية منها ، وفى الجزاء المقترن بها .

فمصدر القانون هو دائما سلطة الدولة ، سواء تم التعبير عن ارادة الدولة فى صورة تشريع أو عرف أو قضاء ، على النحو الذى سندسه تفصيلا فيما بعد . أما مصدر العادات والتقاليد الاجتماعية والأخلاقية فهو سلوك الأفراد فى مجموعهم أو فى قطاع معين منهم .

والغاية من القانون هى الخير العام للجماعة أو المصلحة العامة للجماعة ، أما الغاية من قواعد العادات والتقاليد فلا ترقى الى درجة تحقيق الخير العام للجماعة ، بل تقتصر فقط على تحقيق غايات عرضية أو جانبية لا يؤدى عدم تحقيقها الى الانتقاص من المصلحة العامة .

ونظرا لهذا الاختلاف فى الغاية ، فانه فى اللحظة التى تشعر فيها الجماعة ان العادة المتبعة أصبحت تتعلق بالمصلحة العامة ومن ثم وجب الالتزام بمراعاتها ، فان هذه العادة تتحول فى هذه اللحظة الى عرف أى الى قاعدة قانونية(٥٨) .

---

(٥٧) MARTY, et RAYNAUD, t. 1, p. 50.

(٥٨) J. DABIN, pp. cit., p. 18.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكما يقول الأستاذ « دابان » ، فان جمـــاهير الشعب تدرك بطريقـة غريزية الفارق بين قواعد القانون الملزمة وبين غيرها من القواعد والعـــادات التى لا ترقى الى درجة الالزام القانونى(٥٩) ٠

ونظرا للاختلاف فى الهدف بين قواعد القانون وبين القـــواعد الأخرى الموجودة فى المجتمع ، فانه يوجد فارق آخر فى الجزاء الذى يترتب على مخالفة القاعدة ٠ فبينما يتم تنفيذ قواعد القانون بطريق القهر الذى تمارسه سلطة الدولة ، فان الجزاء على مخالفة القواعد الأخرى يتمثـــل فقط فى استهجان الناس ، أو فشل من وقعت منه المخالفة فى اللعبة التى يمارسها ، أو النشاط الخاص الذى يباشره ٠

ويخلص من ذلك أن القـــاعدة القـــانونية ترتبط بالدولة من حيث وجودها ، والهدف منها ، والجزاء المقترن بها ، أما القواعد الاجتماعية الأخرى فلا تصدر عن سلطة الدولة ، ولا تهدف الى تحقيق الخير العام للمجتمع ، ولا تقترن بجزاء الدولة القهرى ٠

وبهذا نكون قد أبرزنا الفارق بين القواعد العلمية من ناحية ، وقواعد السلوك الاجتماعى من ناحيـــة أخرى ، كما أبرزنا داخل قواعـد السلوك الاجتماعى ، التفرقة بين قواعد القـــانون من ناحية ، وبين قواعد العـادات والتقاليد الاجتماعية والأخلاقية من ناحية ثانية ٠ وننتقـــل الآن الى المبحث الثانى لندرس صفة العمومية والتجريد فى القاعدة القانونية ٠

المبحث الثانى

العمومية والتجريد

١٢ ـ قواعد القانون عامة مجردة :

يتكون القانون من مجموعة من القواعد العامة générale التى لا تتعلق بشخص معين بالذات أو بحـــالة معينة بالذات ، بل تتعلق بأفراد الشعب

---

(٥٩) J. DABIN, op. cit., p. 15.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عامة ، أو ببعض طوائف الشعب بحسب صفاتهم وليس بحسب أشخاصهم • فهناك قواعد تخاطب الناس كافة كقواعد القانون الجنائي التي تعاقب على السرقة أو القتل ••• الخ وهناك قواعد تخاطب بعض طوائف الشعب ، كالرجال أو النساء أو التجار أو المحامين أو المهندسين(٦٠) • فعمومية القاعدة لا تعني انها تنطبق بالضرورة على كل الناس أو أنها تخاطب كل الناس ، بل تعني فقط انها لا تخاطب شخصا باسمه ، ولا تنطبق على واقعة بذاتها • وتظل القاعدة عامة حتى ولو كانت لا تقبل التطبيق الا على طائفة معينة ، أو حتى على شخص واحد • طالما ان هذا الشخص لم يحدد باسمه ، وانما حدد فقط بصفته(٦١) •

فالقاعدة التي تنظم مركز رئيس الدولة أو رئيس محكمة النقض أو رئيس الوزراء ، هي قاعدة لا تقبل التطبيق في نفس الوقت الا على شخص واحد فقط • ومع ذلك فانها تعتبر قاعدة عامة لأنها لم تحدد هذا الشخص باسمه ، وانما حددته بصفته •

والقاعدة العامة هي قاعدة مجردة abstraite • وصفة التجريد هي التي تضفي على القاعدة صفة العموم • فالمقصود بأن القاعدة مجردة أنها عند صياغتها لم توضع لتطبق على شخص معين أو على واقعة معينة ، وانما وضعت بطريقة مجردة عن الاعتداد بأي شخص أو بأي واقعة(٦٢) •

فالتجريد يصاحب القاعدة عند صياغتها • والعمومية هي الطريقة التي تتم بها صياغة القاعدة • وكون القاعدة عامة مجردة يجعلها قابلة لتطبيقات غير متناهية وغير محصورة • وفي هذا تختلف القاعدة عن التطبيقات الخاصة والتي تتم عن طريق العقود أو أحكام القضاء أو قرارات الادارة • فهذه التصرفات الخاصة تستنفذ أثرها بمجرد انطباقها على حالة محددة • أما القاعدة العامة فانها لا تستنفذ بتطبيقها ، بل تظل صالحة لتطبيقات أخرى عديدة غير متناهية(٦٣) •

---

(٦٠) J. DABIN, op. cit., p. 56.

(٦١) P. Roubier, Théorie générale du droit, op. cit., p. 25.

(٦٢) J. DABIN, op. cit., p. 57.

(٦٣) P. Roubier, op. cit., p. 25.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وجدير بالذكر أن الهدف من القول بأن قواعد القانون ينبغى أن تكون عامة مجردة ، هو تحقيق المساواة بين الناس أمام القـــانون ، ومنع التحيز لمصلحة شخص معين أو ضـــد شخص معين(٦٤) . فلئن بدت فكرة العمومية والتجريد فكرة فنية مرتبطة بصياغة القاعدة القانونية ، الا انها تعتمد عـلى فكرة فلسفية سياسية مسبقة هى فكرة المساواة أمام القانون ، وكذلك مبدأ سيادة القانون .

ولذلك ليس غريبا أن يكون الفلاســـفة هم أول من نادى بضرورة أن تكون القاعدة عامة مجردة . فنجد أرسطو ينادى بمبدأ ســـيادة القانون ، ويجعل تحقيق هذا المبدأ عن طريق صياغة القانون فى قواعد عامة مجردة . فالقانون عندما يكون عاما فانه يعبر عن العقل المجرد عن الشهوات ، بخلاف ما اذا ترك الحـــكم للحاكم يتصرف فى كل حالة معينة بقرار خاص دون أن يتقيد بأى قاعـــدة قانونية عامة ، فانه يستجيب فى هذه الحالة ، لا لحـكم العقل ، بل لحكم الغريزة والأهواء(٦٥) .

وقد انتقلت هذه الأفكار الفلسفية الى رجال القانون ، فنجد الفقيـــه الرومانى بابينيان يقرر أن القانون هو قاعدة عامة(٦٦) .

وقد كانت فكرة عمومية القاعدة وتجريدها هى الأصـــل فى القوانين السائدة فى المدن اليونانية والرومانية القديمة .

ومع ذلك فان تاريخ الفكر السياسى يشهد بأن مبدأ سيادة القانون قد انتكس لمصلحة مبدأ آخر هو سيادة الأمير أو النبيـــل أو الملك . وعلى مدى أجيال كثيرة من التاريخ كانت أوامر الحاكم تصدر لا فى صورة قواعد عامة ، ولكن فى صورة قرارات خاصة . ولم تكن الدولة فى هذه المراحل التاريخية دولة قانونية بالمعنى الحقيقى ، وانما كانت دولة بوليسية على حد تعبير بعض

---

(٦٤) MARTY et RAYNAUD, op. cit., p. 52.

(٦٥) Aristote, Politique, op. cit., Liv., 2, Ch. 7, p. 125.

(٦٦) مشار اليه فى : MARTY et RAYNAUD, op. cit., p. 52.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أساتذة القانون العام(٦٧) . ومع ذلك فقد ظهرت كتابات تدافع عن تحرير الحاكم من سيادة القانون . ومن هـذا القبيل ما نسب الى توماس الاكوينى بقوله ان الأمير فى الدولة القانونية مقيد بقواعد القانون مما يجعله فى مركز أضعف من مركز الحاكم الاستبدادى ، أما اذا تحرر الأمير من القـوانين فان حكمته تستطيع أن تتصرف بحرية كما تفعل الحكمة الالهية !(٦٨) .

وقد استطاع الفلاسفة الذين مهـــدوا للثورة الفرنسية ، أن يجعلوا الدستور الذى صدر فى سنة ١٧٩١ ينص صراحة على أن السيادة للقانون ، وأن الملك لا يحكم الا به ولا تكون له الطاعة الا باسم القانون(٦٩) . وقد كان لانتصار مبدأ سيادة القانون ، من جديد ، على يد الثـــورة الفرنسية ، أكبر الأثر فى ظهور مبدأ المساواة أمام القانون ، وبالتالى تأكيد ضرورة صـــياغة قواعد القانون بطريقة عامة مجردة .

ولكن يلاحظ أن صفة العمومية والتجريد لا ترتبط فقط بمبدأ سيادة القانون ومبدأ المساواة أمام القانون ، وانما ترتبط كذلك باعتبارات عمليـة مرجعها استحالة صدور قرارات خاصـــة تنظم سلوك كل فرد فى المجتمـع على حدة(٧٠) .

ومع ذلك فان الأساس الفلسفى والسياسى يغلب على الأساس العملى ، لأنه فى الحالات التى يكون فيها من الممكن اصدار قرار خاص بشخص معين بالذات ، فان هذا القرار ينبغى أن يكون تطبيقا صحيحا لقواعد القـــانون العامة ، ولا يجوز أن يكون مخالفا لهذه القواعد .

وكذلك فان هذه التطبيقات الخاصة لا تعتبر قوانين خاصة ، أو قواعد فردية ، كما يقول أصحاب النظرية الأحدية السابق دراستها ، وانمـــا هى تؤدى فقط الى انشاء مراكز قانونية خاصة ، موضوعية أو شخصية . وهذه

---

(٦٧) J. DABEN, op. cit., p. 57.

(٦٨) مشار اليه فى : P. Roubier, op. cit., p. 27.

(٦٩) Titre 3, Ch. 2, Sect. 1, art. 3.

(٧٠) J. DABIN, op. cit., p. 58.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المراكز الخاصة ، ليست هي القانون ولكنها مجرد تطبيقات خاصة له(٧١) .

ويلاحظ أن هذه التطبيقات الخاصة اذا تواترت بطريقة منتظمة ، فانها يمكن أن تنتهي في آخر الأمر الى أن تصبح قاعدة قانونية عامة .. فاحكام القضاء عندما تتواتر تستطيع أن تنشىء قاعدة قانونية قضائية ، على النحو الذي سندرسه عند دراستنا لمصادر القانون . ومع ذلك فان مصدر هذه القاعدة ليس هو أحد الأحكام القضائية المنفردة ، وانما هو مجموعة الأحكام القضائية المتواترة التي يمكن النظر اليها كتعبير خاص عن ارادة الدولة .

واذا أردنا أن نتقصى مدى مراعاة صفة العمومية والتجريد في القوانين القائمة في الدول الحديثة ، وجدنا أن الغالبية العظمى من قواعد القانون في هذه الدول ، هي قواعد عامة مجردة . ومع ذلك فانه تصدر في بعض الحالات النادرة تشريعات خاصة من السلطة التشريعية لا تتضمن قواعد عامة مجردة ، بل تتعلق بشخص معين بالذات أو واقعة معينة بالذات . ومن هذا القبيل التشريعات التي تمنح امتيازا لاحدى الشركات بالبحث عن البترول ، أو التي تمنح معاشا استثنائيا لأحد الأفراد ... وغير ذلك(٧٢) . وهذه التشريعات تعتبر قوانين من الناحية الشكلية لأنها صادرة عن السلطة المختصة باصدار القوانين وهي السلطة التشريعية ، ولكنها لا تعتبر قوانين من الناحية الموضوعية ، لأنها لا تتضمن قواعد عامة مجردة ، وانما هي مجرد تطبيقات للقاعدة القانونية المقررة في القانون الأعلى وهو الدستور ، وهي القاعدة التي على أساسها صدرت مثل هذه التشريعات الخاصة من السلطة التشريعية .

ويخلص مما سبق أن صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية ، هي صفة فنية تتعلق بصياغة القاعدة القانونية ، وهي في نفس الوقت الوسيلة اللازمة لتحقيق مبدأ فلسفي سياسي هو مبدأ سيادة القانون والمساواة أمام القانون .

---

(٧١) راجع ما سبق ، فقرة ٧ .

(٧٢) MARTY et RAYNAUD, op. cit., p. 53.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٣ - العمومية والتجريد تتراوح بين المرونة والجمود :

لا تؤدى عمومية القاعدة القانونية وتجريدها الى انطباقها دائما على كل الأشخاص المخاطبين بها بنفس الدرجة من التحديد . فلئن كان ذلك يصدق على القواعد القانونية الجامدة ، الا انه لا يصدق على القواعد القانونية المرنة .

فقواعد القانون تنقسم من حيث صياغتها الى قواعد جامدة rigide لا يملك أحد ، سلطة تقديرية فى تطبيقها ، وقواعد مرنة souple تنطبق على الحالات الخاصة وفقا للسلطة التقديرية للشخص الذى يقوم بهذا التطبيق ، سواء كان هذا الشخص هو القاضى أو رجل الادارة أو أحد الأفراد العاديين . والتفرقة بين القواعد المرنة والقواعد الجامدة ، لا يمكن أن تتضح الا على أساس التحليل المنطقى لكل قاعدة قانونية على حدة .

فمن الناحية المنطقية ، كل قاعدة قانونية تتحلل الى عنصرين : العنصر الأول هو الفرض hypothèse والعنصر الثانى هو الحل solution (٧٣) .

والفرض يتضمن شروط انطباق القاعدة . أما الحل ، فهو يتضمن الأمر المقرر فى هذه القاعدة .

وكل قاعدة قانونية تتحلل منطقيا الى فرض وحل ، حتى ولو لم تتم صياغتها بطريقة افتراضية مباشرة ، باستخدام عبارات مثل « اذا حدث » أو « عندما » أو « فى حالة » أو « اذا فرض » ... الخ . بل ان أى طريقة أخرى لصياغة القاعدة القانونية لا تتعارض مع امكان تحليلها منطقيا الى فرض وحل . فالقاعدة التى تقرر أن « سن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » (م ٤٤/٢ مدنى) ، تتكون من فرض هو : كل من يبلغ الحادية والعشرين من عمره ، ومن حل هو : يكون راشدا .

والفرض فى القاعدة قد يكون حالة واقعية خالصة كما فى المثال السابق ذكره ، أو حالة قانونية ، أو حالة مختلطة من الواقع والقانون .

---

(٧٣) J. DABIN, Technique de l'élaboration du droit positif, op. cit., p. 106, 107, 166; Théorie générale, op. cit., p. 41.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فالقاعدة التى تقرر أن الدائن أو المالك أو الوارث ، له هذا الحق أو عليه هذا الالتزام ، تتكون من فرض هو صفة الدائن أو المالك أو الوارث • وهـــذا الفرض يمثل حالة قانونية • والقـــاعدة التى تقرر أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، تتكون من فرض هو وقوع خطأ من شخص ترتب عليه ضرر لشخص آخر •

وفكرة الخطأ فكرة قانونية بينما يتمثل الضرر فى حالة واقعية(٧٤) •• فالفرض فى هذا المثال الأخير يمثل حالة مختلطة من الواقع والقانون •

وحتى تكون القاعدة عامة مجردة ، فلابد أن يكون الفرض فى القـاعدة عاما مجردا ، بمعنى أن تكون شروط انطباق القاعدة غير متعلقة بشخص معين بالذات أو بواقعة معينة بالذات ، بل متعلقة بأشـــخاص أو بوقائع محددة بصفاتها وخصائصها •

واذا كانت كل القواعد القـــانونية تتفق فى انها عامة ومجردة بهـذا المعنى ، الا أن القاعدة فى عموميتها وتجريدها تتراوح بين الجمود والمرونة •• ويتوقف ذلك على مدى تحديد الفرض فى القاعدة أو مدى تحديد الحـل فى هذه القاعدة ، على النحو الذى نبينه فيما يلى •

١٤ ــ القاعدة القانونية المرنة :

تكون القاعدة القانونية مرنة اذا كان الفرض فيها مرنا ، أو كان الحل فيها مرنا ، أو كان كل منهما كذلك • ويـكون الفرض فى القاعدة مرنا اذا كانت العبارة المستخدمة فى تحديد الفرض غير محددة تحديدا دقيقـا ، بل كانت عبارة مرنة يمكن أن تتسع فتشمل وقائع معينة أو تضيق فلا تنطبق على هذه الوقائع • والعبارة المرنة هى العبارة المطاطة élastique • أو العبارة (الكاوتشوك) على حد تعبير الأستاذ « جنى »(٧٥) • ويمكن أن يطلق عـلى العبارة المرنة أيضا اصطلاح المعيار standard وهـــو اصطلاح مأخوذ من

---

(٧٤) J. DABIN, Théorie générale, op. cit., p. 41.

(٧٥) F. FENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, tirage 1954, t. 2, p. 183.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

اللغة القانونية الانجليزية ، وقد أصبح مألوفا فى اللغة الفرنسية(٧٦) ٠

ومع ذلك فان اصطلاح المعيار فهم بطريقة خاطئة فى اللغة القانونية الفرنسية ، نتيجة لترجمة خاطئة للكلمة الانجليزية rule وهى تعنى الأمر الجامد ٠ فالفقه الانجليزى يقابل بين المعيار وهو الحل المرن ، وبين الـ rule وهو الحكم الجامد ٠ وقد ترجمت الكلمة الانجليزية rule الى الكلمة الفرنسية règle أى القاعدة ٠ وانتقلت بالتالى بطريق الخطأ المقابلة الموجودة فى القانون الانجليزى بين الـ rule وهو الحكم الجامد وبين الـ standard وهو الحكم المرن ، الى مقابلة بين القاعدة القانونية règle وبين الـ standard ٠ فقيل أن القاعدة تتسم بالجمود بينما المعيار يتسم بالمرونة(٧٧) ٠

والصحيح أنه لا وجه للمقارنة بين القاعدة والمعيار فى اللغة القانونية الفرنسية أو العربية ٠ لأن المعيار لا وجود له خارج القاعدة ، فهو جزء منها وبالتالى لا تجوز مقارنته بها ٠ فالمعيار هو الوسيلة الفنية لصياغة القواعد القانونية المرنة(٧٨) ٠

فاذا كان فرض القاعدة يتكون من عبارة مرنة أى عبارة مطاطة أى يتكون من معيار standard فان القاعدة تكون مرنة فى جملتها ٠ ويصدق نفس الشيء اذا كان الحل فى القاعدة هو أيضا فى صورة معيار أى فى صورة عبارة مرنة ٠

والمشرع المصرى يستخدم أسلوب الصياغة المرنة فى كثير من القواعد

---

(٧٦) راجع فى الموضوع :

A. A. AL. SANHOURY, Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise, thèse, Lyon, 1925, p. 36 et s.;

AL SANHOURY, Le standard juridique, in Recueil F. GENY, 1935, t. 2, pp. 144-156;

MARCEL O. STATI, le standard juridique, thèse, Paris, 1927;

M. HAURIOU, Police juridique et fond du droit, rev. trim. de dr. civ., 1926, p. 258-312;

J. MAURY, Observations sur les modes d'expression du droit; règles et directives, in Recueil LAMBER, 1938, t. 1, pp. 421 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانونية • وعلى سبيل المثال فان معظم قواعد القانون الجنائي هى قواعد مرنة فيما يتعلق بالحل الموجود فى القاعدة ، أى الجزاء الذى يوقعه القاضى عند ارتكاب الجريمة • فالحل هو غالبا عقوبة تتراوح بين حد أعلى وحد أدنى من الحبس أو السجن أو الغرامة • والقاضى يوقع أكثر العقوبات ملاءمة لظروف الدعوى ، وهى عقوبة يختارها بسلطته التقديرية ما بين الحدين الأعلى والأدنى المقررين فى القاعدة •

وفى نطاق القانون المدنى توجد كثير من القواعد المرنة • ومن هذا القبيل القاعدة التى تقرر انه « اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول » (م ١٤٧ مدنى) • فالفرض فى هذه القاعدة مرن لأن العبارات المستخدمة فيه وهى الحوادث الاستثنائية العامة ، والتنفيذ المرهق للالتزام ، والخسارة الفادحة ، كلها عبارات مطاطة يملك القاضى فى تطبيقها سلطة تقديرية واسعة • وكذلك فان الحل فى هذه القاعدة مرن لأنه يتمثل فى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول • ففكرة الحد المعقول هى فكرة مرنة يرجع فى تحديدها بالنسبة لكل حالة على حدة الى ارادة القاضى وسلطته التقديرية • وكما قال بحق الأستاذ السنهورى ، فان القانون بهذا النص أطلق يد القاضى فى العقد(٧٩) • والصياغة المرنة كما يقول أحد الفقهاء هى تعبير المشرع عن الثقة التى يمنحها للقاضى(٨٠) ، أو لغيره ممن يقوم بتطبيق

---

(٧٧) راجع فى الكشف عن هذا الخطأ ، كتابنا :
De l'obligation judiciaire, op. cit., p. 158 et s.

(٧٨) فى نفس المعنى :
MARTY et RAYNAUD, t. 1, op. cit., p. 101:
G. RIPERT, Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, 1935, p. 210;
M. HEBRAUD, L'acte juridictionnel et la classification des contentieux à propos de la condamnation pénale, in Recueil de l'académie de législation de Toulouse, 1949, p. 166-167;
J. DABIN, La technique de l'élaboration du droit positif, op. cit., p. 137;
P. ROUBIER, théorie générale, op. cit. p. 111.

(٧٩) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، جـ ١ ، ص ٦٤٦ •

(٨٠) R. HOUIN, De LEGE FERENDA, in Mélanges Roubier, t. 1, 1961, p. 287.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القانون ٠

ومن الأمثلة الأخرى على معايير مرنة ، معيار الخطأ فى القاعدة الخاص بالمسئولية عن الأعمال الضارة (م ١٦٣ مدنى) ، ومعيار التعسف فى استعمال الحق (م ٥ مدنى) ، ومعيار المضار غير المألوفة للجوار (م ٨٠٧ مدنى) ، ومعيار الغلط الجوهرى فى ابرام العقد (م ١٢٠ مدنى) ، ومعيار الجحود الذى يبرر الرجوع فى الهبة (م ٨٠٧ مدنى) ، ومعيار الهوى البين أو الطيش الفاحش الذى يبرر ابطال العقد أو تعديله عند عدم التعادل فى الالتزامات المقابلة للمتعاقدين(٨١) (م ١٢٩ مدنى) ، وفكرة النظام العام التى سنعرض لها فى المبحث الثالث من هذا الفصل ٠

وفى نطاق القانون الادارى فان القاعدة التى تجيز نزع ملكية العقارات المملوكة للأفراد للمنفعة العامة هى قاعدة مرنة لأن معيار المنفعة العامة وهو الذى يدخل فى تكوين الفرض فى القاعدة هو معيار مرن غير محدد بطريقة جامدة ٠ والسلطة الادارية التى تقوم بتطبيق هذه القاعدة هى التى تستقل بتحديد مشروع المنفعة العامة الذى يبرر تطبيق الحل فى القاعدة وهو نزع ملكية الأفراد الخاصة(٨٢) ٠ والواقع أن قانون نزع الملكية للمنفعة العامة يمكن تلخيصه فى قاعدة واحدة هى أن كل عقار فى مصر يجوز نزع ملكيته للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ، وهى قاعدة مرنة فى فرضها وفى حلها ٠

١٥ ـ القاعدة القانونية الجامدة :

القاعدة القانونية الجامدة هى القاعدة التى يكون الفرض فيها محددا تحديدا دقيقا ، والتى يكون الحل فيها أيضا محددا تحديدا دقيقا ، بحيث لا يملك من يقوم بتطبيق القاعدة أدنى سلطة تقديرية سواء فيما يتعلق بمدى انطباق القاعدة أو نوع الحل الذى يترتب على انطباقها ٠

ومن الأمثلة على قاعدة جامدة : القاعدة التى تحدد سن الرشد بـ ٢١ سنة

---

(٨١) راجع : حسن كيره ، المدخل الى القانون ، ١٩٧١ ، ص ١٨٤ ٠

(٨٢) راجع قانون نزع الملكية للمنفعة العامة ، وهو القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المعدل بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٢ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الحادية والعشرين من العمر · فهذه القاعدة جامدة لان الفرض فيهـا يتحدد برقم معين هو بلوغ الحـادية والعشرين من العمر ، وكذلك فان الحل فيهـا يتحدد بحكم معين هو اعتبار هـذا الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية (م ٤٤ مدني) ·

وبصفة عامة فان استخدام الأرقام والحساب فى صياغة القـواعد القانونية يعتبر أبرز نوع من أنواع الصياغة القانونية الجامدة · ويقـال عن هذه الصياغة أنها احلال للكم محل الكيف(٨٣) ، لأن المشرع يعتد برقم معين دون أن يعتد بما اذا كان هذا الرقم يعبر حقيقة عن الصفة الموضوعية التى جعل هذا الرقم دليلا على توافرها ·

فالمشرع يقدر أن الشخص اذا بلغ الحـادية والعشرين من عمره فانه يكون قد بلغ سن النضج والادراك الكامل ، وبالتالى يستحق أن يعـامله القانون باعتباره كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية · ولكن هـذا التحديد الرقمى الجامد يغفل حالات كثيرة يبلغ فيها الانسان حالة الادراك الكامل قبل بلوغه سن الحادية والعشرين ، ويغفل حالات أخرى يتأخر فيها الانسان عن بلوغ الادراك الكامل رغم بلوغه السن المشار اليها ·

ومن الأمثلة على القواعد الجـامدة فى نطاق القـانون الضريبى ، كل القواعد التى تلزم الممولين بدفع ضريبة محددة بنسبة معينة من صافى الدخل أو الربح أو الشركة ··· الخ · والادارة التى تقوم بتطبيق هـذه القواعد لا تملك أدنى سلطة تقديرية فى تطبيقها لأن شروط التطبيق هى تحقيق ربح أو دخل يجاوز مبلغا معينا ، كما أن الحل فى هـذه القواعد هو استحقاق ضريبة بنسبة معينة من هذا الدخل أو الربح ·

ومن طرق الصياغة الجامدة أيضا ، الصياغة بطريق الحصر(٨٤) · ومن هـذا القبيل القواعد الواردة فى قانون المرافعـات والتى تحدد البيـانات

---

(٨٣) P. ROUBIER, théorie générale, op. cit., p. 107 et s.

(٨٤) J. DABIN, Technique de l'élaboration du droit positif, op. cit p. 128 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الواجب ذكرها فى صحيفة الدعوى ، والتى يترتب على اغفالها بطلان الصحيفة (م ٦٣ من قانون المرافعات) ، أو البيـــانات الواجب توافرهـا فى أوراق المحضرين (م ٩ مرافعات) • ويلاحظ بصـــفة عامة أن القوانين الاجرائية كقانون المرافعات وقانون الاجراءات الجنائية ، تغلب على قواعـــدها الصياغة الجامدة ، لأن الأمر يتعلق فيها بمواعيد واجراءات لا يتصور بشأنها عـــدم التحديد الكافى الدقيق • وكذلك فان القوانين الاجرائية تدخل فيما يسمى بالقوانين الشكلية ، وهى لهذا تتفق مع الصياغة الجامدة التى تعتبر بدورها تعبيرا عن الشكلية فى القانون •

١٦ ـ كيفية تطبيق القاعدة القانونية المرنة والقاعدة القانونية الجامدة :

كما تنقسم قواعد القـــانون الى قواعد مرنة وقواعد جامدة ، فان كل تطبيق للقانون يمكن أن يتم بطريقة تقديرية مرنة أو بطريقة جامدة مقيدة ، وذلك بحسب طبيعة القاعدة التى يجرى تطبيقها •

فاذا كانت كل قاعدة تتحلل الى عنصرين : فرض وحل ، كما سبق أن ذكرنا ، فان كل تطبيق للقـــانون يتحلل بدوره الى عنصرين : معـاينة constatation وقرار décision • والمقصود بالمعاينة هو ادخال المسألة المعروضة فى الفرض الخاص بقاعدة معينة من قواعد القانون ، أما القرار فهو اخضاع هذه المسألة للحل الخاص بهذه القاعدة ذاتهـــا • فاذا كانت المعاينـة تتم بطريقة آلية غير ارادية ، وكان القرار هو نتيجة منطقية للمعاينة ، فان تطبيق القاعدة القانونية لا يكون تقديريا • وعلى العكس اذا كانت المعاينـة تتم بطريقة ارادية غير آلية ، وكان القرار لا يترتب ، لا ضرورة ، ولا منطقـا على المعاينة ، بل يتوقف على ارادة الشخص القائم بتطبيق القـــانون ، فان التطبيق فى هذه الحالة يكون تقديريا(٨٥) •

وفى الحالة الأولى فان العملية تكون بمثابة قضية منطقية تؤدى فيهـــا المقدمات الى النتائج ، ويمكن مقدما معرفة القرار الذى سيتخذ(٨٦) • وعـلى

---

(٨٥) راجع كتابنا ، القرار الادارى مصدر للحق ، ١٩٧٢ ، ص ١٧ وما بعدها •

(٨٦) راجع كتابنا : De l'obligation judiciaire, op. cit., p. 192.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

العكس ففى الحالة الثانية تستحيل معرفة القرار قبل تدخل الشخص الذى يقوم بتطبيق القاعدة • وهكذا فان السلطة التقديرية تمكن مباشرتهـــا فى مرحلتى تطبيق القاعدة : المعاينة من ناحية ، واتخاذ القرار ومضمون هـــذا القرار من ناحية أخرى • ويكفى أن تتوافر المرونة فى أية مرحلة من هاتين المرحلتين حتى يعتبر تطبيق القانون فى هـذه الحالة تقديريا • أما التطبيق المقيد للقاعدة فهو يفترض عدم توافر المرونة فى أى من المرحلتين •

وتطبيق القاعدة القانونية بطريقة مقيـدة يعنى أن الشخص الذى قام بتطبيقها يباشر فى ذلك اختصاصا مقيدا compétence liée ، أما تطبيق القاعدة القانونية بطريقة مرنة فيعنى أن الشخص الذى قام بتطبيقها يباشر فى ذلك اختصاصا تقديريا compétence discrétionnaire ، أو سلطة تقديرية •

والشخص الذى يقوم بتطبيق القاعدة القانونية ، هو القاضى ، أو رجل الادارة ، أو المواطن العادى •

ونضرب مثلا على تطبيق مرن تقـــوم به الادارة بما لهـــا من سلطة تقديرية ، القرار الذى قد تصدره بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة • فالمعاينة وهى المرحلة الأولى تتم بوجود ما يستدعى القيام بمشروع معين من مشروعات المنفعة العامة فى جهة معينة • والمرحلة الثانية وهى اتخـــاذ القرار وتحديد مضمونه ، تتم بتقرير المنفعة العامة لهذا المشروع مع تحديد العقـــار الذى تقرر نزع ملكيته • والادارة تصدر فى هاتين المرحلتين عن سلطة تقـــديرية واضحة •

ونضرب مثلا على تطبيق مرن يقوم به القاضى بما له من سلطة تقديرية• الحكم الذى يصدره القاضى بتعديل العقد بسبب ظروف طارئة وفقا للمـادة ١٤٧ من القانون المدنى السابق ذكرها • فالمعاينة تتم بالتحقق من أن تنفيذ الالتزام أصبح مرهقا بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة • وفى هذه الحـــالة يجوز للقاضى اتخاذ القرار وتحديد مضمونه بما يؤدى الى رد الالتزام المرهق الى الحـــد المعقول • وفى المرحلتين فان القـــاضى يباشر سلطة تقـــديرية

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

واسعة(٨٧) ٠

أما الأمثلة على تطبيقات مقيدة للقواعد القانونية ، فهى كثيرة ، ولا تثير أدنى صعوبة ، لأن الشخص القائم بالتنفيذ لا يباشر بشأنها أى مجهود عقلى أو ارادى ، ولكنه يطبق القاعدة تطبيقا آليا ، حتى جاز للبعض تشبيه دور القاضى فى مثل هذه الحالات بالآلة التى نضع فيها وقائع الدعوى فتخرج لنا حكما(٨٨) ٠ فالتطبيق المقيد هو تطبيق منطقى آلى ، وليس تطبيقا ارادياً أو عقليا ٠

١٧ ـ مقارنة بين القواعد الجامدة والقواعد المرنة :

يلاحظ انه من الناحية الفنية ، فان القـــاعدة الجامدة هى الأقرب الى مقتضيات الصياغة القانونية ٠ فرجل القـــانون هو الشخص الذى ينحصر عمله ، كما يقول الأســـــتاذ « دابان » فى وضع التعريفـــات ، أو ضبط الاصطلاحات(٨٩) ٠ والقاعدة الجامدة هى بحسب تعريفها قاعـــدة تقوم على اصطلاحات محددة ومنضبطة ٠ ولذلك فان وضع قاعدة جامدة فى القـانون يعنى أن الصياغة القانونية قد حققت غايتها من الوضوح والتحديد ٠

ومع ذلك فان الصياغة القانونية ليست هدفا فى ذاتهـــا ، وانما هى وسيلة لتحقيق أهداف القانون فى المجتمع وهى العدل والخير العام للجماعة والخير الخاص للأفراد ٠

ونظرا لأن الصياغة القانونية تعتمد على الألفاظ والمصطلحات ، وتحاول عن طريقها التعبير عن حقائق الحيـــاة ، فانه من المحتم أن يحدث شىء من التباعد بين ما هو حقيقى réel وبين ما هو لفظى conceptuel (٩٠) ٠ وكلما زاد اللفظ تحديدا وجمودا كلما زادت شقة البعد بينه وبين حقـــائق الحياة المتغيرة المتنوعة ٠

---

(٨٧) انظر المراجع العديدة فى موضوع السلطة التقديرية ، المشار اليها فى كتابنا : De l'obligation judiciaire, op. cit., p. 158 et s.; p. 192 et s.

(٨٨) تيسييه ، المجلة الفصلية لقانون المدنى ، ١٩٠٦ ، ص ٦٤٨ ٠

(٨٩) J. DABIN, Technique de l'élaboration du droit positif, op. p. 111.

(٩٠) F. GENY, Science et technique, t. 1, p. 140 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولذلك يقدر ما تعتبر الصياغة الجـــامدة أقرب الى مقتضيات الصنعة القانونية(٩١) ، بقـــدر ما تؤدى الى انحراف القانون عن هدفه فى ملاحقة حقائق الحياة الاجتماعية ٠

فالصياغة الجامدة هى صياغة تحكمية تقف عند رقم معين أو عدد معين ، بغض النظر عن مدى ملاءمة هـــذا الرقم أو هذا العدد بالنسبة لكل حالة على حدة ٠

ومع ذلك فان هذا التحكم لا يجافى الواقع تماما ، لأنه قائم على أساس استقراء الواقع ، والأخذ بالأمر الغالب فيه ٠ فتحديد سن الرشد بسن معينة هو تحديد تحكمى ، ومع ذلك فهو تحديد مأخوذ من المألوف فى الحيـــاة من أن الانسان عنـــد بلوغ هـــذه السن يكون عادة قد بلـــغ الادراك العقلى الكامل(٩٢) ٠ ومع ذلك فان ما هو مألوف فى الحياة ، قد لا يتفق مع كثير من التطبيقات الخاصة المحددة ٠

فالقاعدة الجامدة لا تقوم على أساس التحكم المطلق ، وانما هى تنطوى فقط على بعض التحكم الذى قد يخرج عن الواقع فى بعض الحالات ، ولـــكنه يستجيب الى المألوف الغالب فى معظم الحالات ٠

والذى يبرر الصياغة الجامدة هو تحقيق الاستقرار فى المعاملات ، ولو على حساب العدل فى بعض الحـــالات القليلة ٠ والقواعد الجـامدة تؤدى الى استقرار المعاملات ، لأن المخاطبين بحكمهـــا يستطيعون العلم مقدما بكيفية تطبيقها ، والحكم الذى سيترتب على هذا التطبيق ، حيث ان تطبيق هـــذه القواعد ، هو كما أسلفنا عملية منطقية آلية ، لا يقوم فيها الشخص القائم بالتطبيق بأى مجهود عقلى ارادى ولا يباشر أية سلطة تقديرية ٠

ومن مزايا القواعد الجامدة أيضا ســـهولة التطبيق بالنسبة للشخص الموكول اليه ذلك(٩٣) ٠ والسهولة أمر لازم مع تعدد العـــلاقات وتشابكها

---

(٩١) J. DABIN, Technique de L'élaboration du droit positif, op. cit., p. 132.

(٩٢) P. ROUBIER, Théorie générale, op. cit., p. 109.

(٩٣) J. DABIN, Technique, op. cit., p. 135;
P. ROUBIER, Théorie générale, op. cit., p. 108.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكثرة المنازعات بين الأفراد • فلو كان يطلب مثلا الى القاضى بالنسبة لكل عقد تم ابرامه أن يبحث عما اذا كان المتعاقدان فى هذا العقد قد بلغ كل منهما النضج العقلى الكامل والادراك السليم ، أم لا ، فان ذلك يؤدى الى تعطيل الفصل فى المنازعات وارهاق القضاة بأبحاث دقيقة مضنية • أما مع وجود القاعدة التى تحدد سن الرشد باحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ، فان القاضى يكتفى بالنظر الى شهادة ميلاد المتعاقدين حتى يستطيع أن يتحقق فى الحال من اكتمال أهلية كل منهما أو عدم اكتمالها • فالصياغة الجامدة قد لا تحقق العدل فى بعض الحالات القليلة ، ولكنها تحقق العدل فى معظم الحالات ، وتحقق الاستقرار واليسر فى كل الحالات •

ورغم مزايا القواعد الجامدة ، الا أن الأمل فى تحقيق العدل الكامل فى كل حالة خاصة ، يبرر الحاجة الى الاستعانة بالقواعد المرنة التى يمكن أن تراعى فى تطبيق الظروف الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة •

ومن المعروف أن قواعد القانون الجنائى تقوم على فكرة فردية العقوبة l'individualisation de la peine بمعنى أن القاضى يملك سلطة تقديرية فى اختيار العقوبة المناسبة لكل جريمة على حدة ، وهو يختار هذه العقوبة عادة ما بين حد أعلى وحد أدنى تتضمنهما القاعدة القانونية ، مع اطلاق حرية القاضى فى الاختيار بين هذين الحدين •

وقد ذهب جانب من الفقه — كالأستاذ « سالى » — الى المطالبة بتعميم هذا المبدأ على كل قواعد القانون الأخرى(٩٤) ، وذلك تحقيقا لأكبر قدر ممكن من العدل فى كل حالة خاصة على حدة •

ومع ذلك فان مثل هذه الدعوة من شأنها أن تؤدى الى ارهاق القائمين بتطبيق القانون ، والى عدم الاستقرار فى المعاملات • وقد يؤدى ارهاق القائمين بتطبيق القانون الى عكس الغرض المقصود ، لأن العدل لا يمكن تحقيقه باستخدام أكثر الطرق صعوبة وأشدها ارهاقا •

---

(٩٤) راجع : P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, La contribution essentielle de R. SALEILLES à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté. L'oeuvre de R. SALEILLES, 1914, pp. 421, 422, 423, 424, 429.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كما أن عدم استقرار المعاملات يتعارض مع الأفكار الأساسية التى يقوم عليها القـــانون • فعدم الاستقرار من شأنه أن يؤدى الى كثير من الظـلم ، وكثير من الفوضى وعدم النظام •

ويضاف الى ذلك أن اعطاء سلطة تقديرية للأشخاص القائمين بتطبيق القانون بالنسبة لكل القواعد القانونية ، من شأنه أن يضعف من قيمة القانون ذاته ، ويبالغ فى قيمة التطبيـــق ، بحيث يمكن أن يؤدى ذلك الى تحـكم الأشخاص المنوط بهم تطبيق القانون • وبذلك يتخلف الهدف الأساسى من العدول عن القواعد الجامدة ، وهو تفادى التحكم فى هـــذه القواعد • وكما يقول الأستاذ « دابان » فان تحكم قواعد القـــانون الجامدة ، أفضـــل من تحكم القضاة(٩٥) •

ومع ذلك فانه رغم عيوب الصياغة المرنة للقواعد القانونية ، فان هـذه الصياغة وحدها هى التى يمكن عن طريقها ـ من الناحية النظرية على الأقل ـ تحقيق أفضل درجات العدل فى الحالات الخاصة المتنوعة •

واذا رجعنا الى اصطلاحات « أرسطو » ، وجدنا أن الصياغة الجـامدة يمكن أن تحقق العـــدل justice ولكنها لا يمكن أن تحقـــق الانصاف équité • والانصاف هو نوع من العدل ، وهو أفضـــل درجات العـدل بالنسبة للحالات الخاصة التى قد لا يتلاءم معها حكم القواعد الجامدة • ولذلك فان القاضى ينبغى عليه فى هذه الحالات الخاصة أن يراعى ظروفها الواقعيـة ليحكم فيها بمقتضى الانصاف(٩٦) • والحـكم بالانصـــاف يكون عن طريق تطويع القواعد العامة على الحالات الخاصة ، وهو ما لا يمكن القيام به الا اذا كانت صياغة القاعدة ذاتها مرنة تسمح للقاضى بأن يستخلص منها الحـــكم المنصف للنزاع •

وطالما أن هدف القانون ليس هو فقط تحقيق العدل ، بل أيضا تحقيق الانصاف فى الحالات الخاصة ، فانه من الـــواجب أن توجد بجـانب قواعد

---

(٩٥) J. DABIN, Technique, op. cit., p. 125.

(٩٦) Aristote, ETHIQUE de Nicomaque, Trad. par J. VAILQUIN, 1940, 5, 10, 7-8.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القانون الجامدة ، قواعد أخرى مرنة يمكن تطبيقهـــا بطريقة تقديرية تحقـق أفضل درجات العدل ..

ويتضح من ذلك انه لا يمكن التفضيل بصفة كاملة بين القواعد المرنة والقواعد الجامدة . فالقانون يجب أن يتضمن كلا من هذين النوعين من القواعد حتى يكون أقدر على تحقيق الهدف منه وهو العدل العام والعدل الخاص على السواء .

١٨ ـ مرونة القاعدة لا تتعارض مع عموميتها وتجريدها :

يؤدى تطبيق القاعدة المرنة الى تطويع الحل الوارد بهذه القاعدة ، بما يحقق أكبر درجات الملاءمة للحالات الواقعية المختلفة . وقد يدعو هـذا الى الاعتقاد بأن القاعدة المرنة لا تتمتع بالعمومية والتجريد ، حيث يجوز تطويعها لمواجهة الواقع المحدد . ولكن هذا الاعتقاد غير صحيح لأن كل قاعدة سـواء كانت مرنة أو جامدة ، تفقد عموميتها عند التطبيق على الحالات الخاصة . فاذا كانت العمومية والتجريد هى خصائص القـاعدة القانونية ، فـان الفردية والواقعية هى خصائص التطبيق ، لا فرق فى ذلك بين قاعدة جامدة وقاعدة مرنة أو بين تطبيق مقيد وتطبيق تقديرى .

فالمعيار المرن الذى استخدم فى صياغة القاعـدة المرنة سواء بالنسبة لفرضها ، أو بالنسبة لحلها ، هو معيار عام مجرد لا ينصرف الى شخص بذاته أو الى واقعة بذاتها ، بل يمكن أن ينطبق على أشخاص غير متناهين ، وعـلى وقائع غير محددة ، وذلك بحسب السلطة التقديرية للشخص القائم بتطبيق القاعدة .

والشخص القائم بتطبيق القاعدة المرنة لا يباشر سلطـــة مطلقـة أو تحكمية ، ولكنه يباشر فقط سلطة تقديرية ويقوم بعمل عقلى .

ويلاحظ أن المرحلة الأولى فى تطبيق القـاعدة ، وهى مرحلـــة المعاينة السابق الاشارة اليها(٩٧) ، وهى مرحلة ادخال الوقائع المطروحة فى الفرض

---

(٩٧) راجع ما سبق ، فقرة ١٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الخاص باحدى القواعد القانونية ، تعتبر تكييفا لهذه الوقائع • ولذلك فانها لا تعتبر فقط عملا واقعيا ، ولكنها تعتبر عملا قانونيا يخضع فيه القاضى لرقابة المحكمة التى تراقب حسن تطبيق القانون ، وهى محكمة النقض(٩٨) • ويصدق ذلك على القاعدة المرنة كما يصدق على القاعدة الجامدة •

١٩ - السلطة التقديرية فى حدود سيادة القانون :

الشخص الذى يباشر سلطته التقديرية فى تطبيق القانون لا يستمد هذه السلطة من ذاته ، ولكنه يستمدها من القاعدة القانونية المرنة التى يقوم بتطبيقها • فالسلطة التقديرية تظهر بمناسبة تطبيق قاعدة قانونية ، وتباشر فى حدود هذه القاعدة • ومن ثم فان مباشرة هذه السلطة تخضع دائما لمبدأ الشرعية ، أى مبدأ سيادة القانون •

فاذا كان القاضى أو رجل الادارة يباشر سلطة تقديرية فى تطبيق بعض قواعد القانون ، فان ذلك لا يعنى عدم خضوع أى منهما لأية رقابة من أى نوع كان • فان مثل هذه السلطة الاستبدادية المطلقة لا وجود لها ولا يمكن الاعتراف بها لأى جهة ، ولا للمشرع نفسه ، ولا للأفراد فى تنظيم علاقاتهم الخاصة • فالمشرع يملك سلطة تقديرية فى اصدار القوانين ، ولكنه لا يملك فى ذلك سلطة مطلقة ، بل تتقيد سلطته باعتبارات العدل والمصلحة العامة ، وتتقيد سلطته كذلك بأحكام الدستور • وقد أصبح من المسلم الآن - كما سنرى فيما بعد - خضوع التشريع لمبدأ دستورية القوانين • ومثل هذا الخضوع لا ينال شيئا من سلطة المشرع التقديرية ، بل على العكس يبرز بوضوح مدى التوافق الكامل بين اكتساب جهة ما سلطة تقديرية فى مباشرة نشاطها ، وبين ضرورة أن يتم هذا النشاط فى حدود الشرعية ومبدأ سيادة القانون(٩٩) •

والأفراد العاديون يملكون سلطة تقديرية واسعة فى تنظيم معاملاتهم الخاصة عن طريق العقد وطبقا لمبدأ سلطان الارادة ، ومع ذلك فهم يخضعون

---

(٩٨) G. MARTY, La distinction du fait et du droit, thèse Toulouse, 1929, p. 213.

(٩٩) راجع كتابنا : القرار الادارى مصدر للحق ، ص ٢١ •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فى مباشرة هذا النشاط لمبدأ الشرعية أيضا • وهو المبـــدأ الذى يحمل فى نظرية العقد أسماء خاصة كمشروعية السبب ومشروعية المحل وعدم مخالفة النظام العام(١٠٠) •

وطبقا لهذا القول فان الادارة عندما تتمتع بسلطة تقديرية فى تطبيـق القانون ، فانها لا تباشر فى ذلك سلطة مطلقة ، ولكنها تخضع لمبدأ الشرعية ، وتخضع كذلك لرقابة القضاء ، وهو الأمين على هذا المبدأ •

والقاضى أيضا وهو يطبق قواعد القانون المرنة ، لا يباشر سلطة مطلقة ، ولكنه يستمد سلطته التقديرية من النصوص ذاتهـا التى يقوم بتطبيقها • والحكم الذى يصدره يمكن الطعن فيه بالاستئناف أمام جهة قضائية أعلى ، أو الطعن فيه بالنقض اذا أخطأ الحكم فى تطبيق القانون أو تفسيره ، أو اذا حدث قصور فى تسبيبه ، أو تعارض بين أسبابه ، أو لم تكن النتائج التى انتهى اليها استخلاصا سائغا للوقائع التى ذكرها •

٢٠ ـ مقارنة السلطة التقديرية بفكرة القانون الحر :

كما سبق أن أوضحنا فان السلطة التقـــديرية ترجع فى وجودها الى الصياغة المرنة للقاعدة القانونية ، وتتم مباشرتها فى نطاق هذه القاعدة ،طبقا لمبدأ الشرعية وسيادة القانون •

والسلطة التقديرية بهذا المعنى تختلف اختلافا واضحا عن بعض الأفكار الفقهية والسياسية التى يمكن جمعها تحت اصطلاح القـــانون الحر libre droit •

وقد ظهرت عدة مدارس فقهية كثيرة فى ألمانيا أطلق عليها اسم مدارس القانون الحر FREIES RECHT ، خلال القرن التاسع عشر،وفى أوائل القرن العشرين • وتنادى هذه المدارس بأفكار كثيرة يمكن تلخيصها فى أن القاضى لا ينبغى أن يتقيد بنصوص القانون ، بل يحـكم بمقتضى العـــدل بحسبه

---

(١٠٠) القرار الادارى مصدر للحق ، المرجع السابق ، ص ٢٣ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

احساسه الشخصى بالنسبة لكل نزاع على حدة • فنصوص القانون تقوم على مصطلحات وألفاظ ، أما الحياة الواقعية فانها تقوم على مصالح متعارضة ، وينبغى أن يحل قضاء المصالح ، محل قضاء المصطلحات(١٠١) •

وقد انتقلت هذه الأفكار الى مجال التطبيق العملى ، عن طريق احدى المحاكم الفرنسية ، وهى محكمة Chateau-Thierry التى كان يرأسها القاضى MAGNAUD وذلك فى الفترة ما بين ١٨٨٩ — ١٩٠٤ • وقد اعتبر قضاء هذه المحكمة ظاهرة فريدة أطلق عليها اسم ظاهرة مانو ، وهو اسم القاضى الذى كان يرأس هذه المحكمة(١٠٢) •

وحدث كذلك عقب نجاح الثورة الشيوعية فى روسيا ، أن عزل جميع القضاة ، وألغيت جميع القوانين التى كانت نافذة من قبل ، وتم تعيين قضاة جددتم اختيارهم بواسطة الحزب الشيوعى الحاكم • ولم يكن هؤلاء القضاة من رجال القانون • ولم يكن المطلوب منهم تطبيق القانون اذ لم يعد هناك قانون يمكن تطبيقه ، وانما كان الواجب على هؤلاء القضاة فقط الفصل فى المنازعات بحسب مشاعر الفلسفة الشيوعية(١٠٣) •

ويلاحظ انه فى البلاد التى تسيطر عليها نظم حكم ديكتاتورية ، وتسود فيها فلسفة معينة أو ايديولوجية خاصة ، فان القضاة يميلون ، أو يجبرون أحيانا على الحكم بمقتضى هذه الايديولوجية ولو تعارض ذلك مع قواعد القانون(١٠٤) • وقد حدث ذلك بالفعل فى ألمانيا النازية •

وسواء تعلق الأمر باحساس القاضى الشخصى بالعدالة ، أو تقديره الشخصى للمصالح المتعارضة ، أو احساسه السياسى بالمذهب الفلسفى

---

(١٠١) F. GENY, Méthode d'interprétation, op. cit., t. 2, p. 330 et s.; DEL VECCHIO, Philosophie du droit, op. cit., p. 361.

(١٠٢) F. GENY, op. cit., p. t. 2, p. 287 et s.

(١٠٣) حسام الدين كامل الأهوانى ، النظرية الماركسية للقانون وتطبيقها فى الاتحاد السوفييتى ، دروس للدكتوراه ، دبلوم القانون المقارن ، جامعة عين شمس ، على الآلة الكاتبة ، ص ٩٨ •

(١٠٤) راجع فى تأثير الايديولوجية فى البلاد الديكتاتورية على أحكام القضاء : J. MAURY, Observations sur les modes d'expression du droit, op. cit., p. 428.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

السائد فى الدولة ، فانه فى جميع الأحوال لا توجد قواعد قانونيـــة يقوم القاضى بتطبيقها ، وبالتالى لا يكون هناك مجال لمبدأ سيادة القانون أو مبدأ الشرعية ، وانما يكون الباب مفتوحا على مصراعيه للتحكم والأهواء ، ولو تم ذلك باسم العدل أو موازنة المصالح أو تطبيـــق الشيوعية أو الاشتراكية أو غيرها من المذاهب والايديولوجيات ٠

وعلى خلاف ذلك فان مباشرة السلطـــة التقديرية الـواردة فى قواعد القانون ذاتها ، هى تطبيق لهذه القواعد بما يتفق مع عموميتها وتجريدها ، أى مع عدم انحيازها من ناحية ، وما يتفق أيضـــا مع مرونتها وتطويعها من ناحية أخرى ، وذلك تحقيقا لأفضل درجات العدل ، وهو الانصاف فى الحالات الواقعية المختلفة والمتنوعة ٠

ويخلص مما سبق أن قواعد القانون تتميز بأنها عامة مجردة ، وتصدق هاتين الصفتين على نوعى القواعد القانونية ، الجامدة منها والمرنة ٠ وننتقل الآن الى المبحث الثالث ٠

المبحث الثالث

الالزام والجزاء والقهر

تنقسم دراستنا فى هذا المبحث الى مطلبين ، الأول فى تحديد المقصود بالالزام والجزاء والقهر ، والثانى فى التفرقة بين قواعد القـــانون الآمرة ، وقواعد القانون المكملة ٠

المطلب الأول

تحديد مفاهيم الالزام والجزاء والقهر

٢١ ـ ضبط الاصطلاحات :

القاعدة القانونية قاعدة سلوك ملزمة obligatoire ٠ وهى فى هذا لا تتميز عن قواعد السلوك الأخرى كقواعد العادات الاجتمـــاعية والتقـاليد الأخلاقية وغيرها ٠ فكل قاعدة سلوك تنطوى على أمر ، وكـــل أمر يتضمن حتما فكرة الالزام ٠ فاذا انتفى الالزام فى الأمر فانه لا يكون ، أمرا ، وانما

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يكون نصيحة فحسب . ولهذا فان فكرة الالزام وان كانت من مميزات القاعدة القانونيـــة ، الا انهـــا لا تكفى بمفردها لتمييزها عـــن قواعد الســـلوك الأخرى(١٠٥) .

وصفة الالزام المقترنة بكل قواعد السلوك ، تقوم على فكرة أخرى هى فكرة الجزاء sanction . فالالزام لا يتصور وجوده ، ما لم تقترن القاعدة بجزاء يوقع على الشخص الذى يخالف الأمر الوارد بها . ففكرة الجزاء هى فكرة متممة لفكرة الالزام ، وكلاهما لازم لوجود قاعدة السلوك أصلا . فكما أن كل قاعدة سلوك تنطوى على أمر ملزم ، فان كل قاعدة سلوك تنطوى أيضا على جزاء يترتب على مخالفة هذا الأمر . ويصدق هذا على قواعد القانون كما يصدق على قواعد السلوك الأخرى . ومع ذلك فهنا يظهر أول فارق بين قواعد القانون ، وغيرها من قواعد السلوك ، فبينما الجزاء فى قواعد السلوك غير القانونية يتمثل فقط فى استنكار المجتمع ، أو غضب الرأى العام ، فان الجزاء فى قواعد القانون يتمثل دائما فى وسيلة من وسائل القهر contrainte التى تباشرها السلطة العامة فى المجتمع . وبتعبير آخر فان الجزاء فى القاعدة القانونية يتم عن طريق الاجبار الاجتماعى أو القهر العام الذى تباشره السلطة العامة فى المجتمع وهى سلطة الدولة(١٠٦) .

وتعريف الجزاء على هذا النحو يدخل فى تعريف القاعدة القانونية . فهى القاعدة التى تقترن بجزاء تكفله الدولة بما تملكه من وسائل القوة والاجبـار والقهر(١٠٧) .

فكما أن القانون صادر عن سلطة الدولة ، فان هذه السلطة ذاتها هى التى تكفل احترام القانون بوسائل القهر التى تملكها .

وهكذا اذا أردنا أن نفرق بين المقصود بالالزام والجزاء والقهر ، قلنا ان القهر عن طريق السلطة العامة هو نوع من أنواع الجزاء التى تنفرد بها القاعدة

---

(١٠٥) J. DABIN, Théorie générale, op. cit., p. 27.

(١٠٦) P. ROUBIER, théorie générale, op. cit., p. 34.

(١٠٧) J. DABIN, théorie générale, op. cit., p. 23; comp. MARTY et RAYNAUD, t. 1, p. 54.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانونية . أما الجزاء فهو اصطلاح أوسع من اصطلاح القهر ، وهو يشمل القهر كما يشمل غيره من الانواع الخاصة بقواعد السلوك الأخرى . أما الالزام فهو صفة كامنة في كل قاعدة من قواعد السلوك .

وهكذا فان قواعد القانون ، هي قواعد ملزمة مقترنة بجزاء هو القهر . وهذه الصفات الثلاث لا يمكن فصل بعضها عن بعض . ولذلك فان استخدام احداها بالنسبة للقاعدة القانونية ، يكفي للتعبير عنها جميعا . فاذا قيل ان قواعد القانون ملزمة فيكون المقصود بذلك أنها مقترنة بجزاء قهري . واذا قيل ان قواعد القانون تقترن بجزاء فيكون مفهوما من ذلك ان هذا الجزاء هو نوع من القهر الذي تباشره السلطة العامة في المجتمع .

٢٣ - القهر هو اجبار عام بواسطة السلطة العامة :

المقصود بالقهر الذي يميز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الأخرى ، هو استخدام القوة المادية التي تملكها الدولة لمنع مخالفة القاعدة ، أو للتعويض عن مخالفتها أو للانتقام من مخالفتها . والقهر بهذا المعنى هو قهر عام جماعي تباشره الدولة بما تحوزه من وسائل القوة ، وعن طريق من يتبعها من أفراد مزودين بهذه الوسائل كرجال الشرطة والمحضرين وغيرهم . واستخدام وسائل القهر تظهر آثاره مباشرة في الشخص الذي خالف حكم القاعدة ، أو في أمواله أو في نشاطه . ومن هذا القبيل القبض على هذا الشخص ، أو الحجز على أمواله وبيعها بالمزاد العلني ودفع ديونه من ثمنها ، أو اغلاق المكان الذي يباشر فيه النشاط المخالف للقانون ، أو اخراجه من المكان الذي يشغله بغير حق ... الخ(١٠٨) .

فاذا كانت قواعد القانون تحدد لكل فرد النطاق الذي تسود فيه ارادته ، وهو ما يطلق عليه اصطلاح الحق ، فانه اذا جار شخص على حق غيره ، فان القانون يحمي صاحب هذا الحق عن طريق منع المعتدي ، بالقوة المادية عن الاستمرار في اعتدائه مع محو كل آثار الاعتداء .

وقبل أن تظهر الدولة ، ويوجد القانون ، كان كل شخص يرد بنفسه

---

(١٠٨) P. Roubier, théorie générale, op. cit., p. 32.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الاعتداء الواقع عليه ، أو كما يقال كان كل شخص يقيم العدل لنفسه ،ولم يكن هذا من قبيل العدل فى الواقع ، بل من قبيل الحرب والفوضى • فالشخص يعجز عن اقامة العدل لنفسه ، لأنه اما ان يرد الاعتداء بأكثر منه اذا كان هو الاقوى ، أو يعجز عن رد الاعتداء اذا كان هو الأضعف • وفى الحالتين لا يكون هناك عدل أو قانون(١٠٩) • وغنى عن الذكر ان الفرد المعتـــدى عليه كان يستعين فى الاقتصاص لنفسه بأفراد أسرته وعشـــيرته وقبيلتـــه ، وكانت الحروب تدور بين الأفراد والجماعات بما يتعارض مع كل فكرة للقانون • وفى بعض الحالات كان يستعاض عن القصاص ، بتقديم فدية أو دية يدفعها المعتدى أو أسرته الى المعتدى عليه أو الى أسرته(١١٠) •

وعندما بدأت الدولة فى الظهور ، كان أول شاغل لها هو احلال العدل العام الذى يتم بواسطتها ، محل العدل الخاص الذى يتم بواسطة الأفراد • ومن هنا ظهرت قاعدة انه لا يجوز لأحد أن يقيم العدل لنفسه بنفسه(١١١) •

وعلى هذا النحو فان فكرة الجزاء عن طريق الاجبار العـــام ، اقترنت بظهور الدولة وظهور القانون فى نفس الوقت • ويترتب على ذلك أن القاعدة التى لا تقترن بوسائل القهر العـــام الذى تباشره الدولة لا تعتبر قاعـــدة قانونية • ولا يطعن فى ذلك أن القانون لا زال يجيز الالتجاء الى الجزاء الفردى الخاص فى بعض الحالات ، كما فى حالة الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، أو فيما يسمى الحق فى الحبس •

فالدفاع الشرعى يسمح للشخص المهدد بالاعتداء على جسمه أو ماله فى حالة الضرورة القصوى وعندما لا يمكن الالتجاء الى السلطة العامة أن يرد هذا الاعتداء بنفســـه ولو ترتب على ذلك ـ متى توافرت شروط معينة ـ قتـــل الشخص الذى حاول الاعتداء عليه أو اصابته بجراح(١١٢) • ومع ذلك فان الدفاع الشرعى لا يعتبر فى حقيقته جزاءا خاصا يوقعه المعتدى عليـــه على

---

(١٠٩) J. DABIN, théorie générale, op. cit., p. 33.

(١١٠) P. ROUBIER, théorie générale, op. cit., p. 34.

(١١١) J. DABIN, théorie génrale op. cit., p. 33.

(١١٢) راجع المادة ١٦٦ من القانون المدنى ، والمواد من ٢٤٥ الى ٢٥٠ من قانون العقوبات•

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المعتدى ، وانما هو فقط دفاع غريزى عن حياة المعتدى عليه وأمواله يجيزه القانون بهذا الوصف وليس باعتباره تطبيقا للقاعدة القانونيـــة التى كان المعتدى فى سبيل الاخلال بها(١١٣) .

وكذلك فان الحق فى الحبس ، وما يتفرع عنه من الدفع بعدم التنفيذ ، وهو بصفة عامة حق الشخص الواجب عليه تسليم شىء أو تنفيذ التزام ، أن يمتنع عن تسليم هذا الشىء أو تنفيذ هذا الالتزام ، ما لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ ما عليه من التزام مقابل لالتزام الطرف الأول ومرتبط به .

والحق فى الحبس لا يعتبر بدوره نوعا من الاجبار الخاص المرتبط بتنفيذ قاعدة قانونية ، وانما هو تطبيق بسيط لفكرة الارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة طبقا لما يقضى به العدل وتقتضيه حسن النية(١١٤) .

ويتضح مما سبق انه من شروط القهر الذى يميز القاعدة القانونية عن غيرها ، هو أن يتم بواسطة السلطة العامة عن طريق القوة التى تملك هـذه السلطة وسائلها .

٢٣ ـ التفرقة بين القهر وبين الاتجاه الى القهر :

ذهب بعض كبار الفقهاء الى أن القهر ليس من الخصائص اللازمة للقاعدة القانونية ، بل يكفى أن تكون القاعدة متجهة الى القهر ، أو أن يكون لها اتجاه الى القهر tendance à la contrainte على حد تعبير فرانسوا جنى(١١٥) . والمقصود بذلك أن تكون هنا كامكانية تطبيق أحكام القانون بواسطة القـوة والقهر ، حتى ولو لم تكن وسائل القهر قد نظمت فعلا من الناحية الوضعية . ويقول الأستاذ جنى ، انه بغير هـذا الاتجاه الى القهر « فاننـا نشوه فـكرة العدل الانسانى باغراقها فى محيط الواجبات والضمير حيث نفقد ذاتيتهـــا وبالتالى تفقد تحديدها وقوتها »(١١٦) .

---

(١١٣) J. DABIN, théorie générale, op. cit., p. 33.

(١١٤) J. DABIN, théorie générale, op. cit., p. 34.

(١١٥) F. GENY, Science et technique, op. cit., t. 1, p. 51; t. 4, p. 252.

(١١٦) F. GENY, op. cit., t. 2, p. 346.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن في نظر الأستاذ جنى فان الاتجاه الى القهر يكفي لتمييز القاعدة القانونية ، ولو لم تقترن فعلا بهذا الجزاء من الناحية الوضعية ٠

وأساس هذا الرأى هو أن الأستاذ جنى - في بداية مراحل تفكيره على أقل تقدير - كان يؤمن بفكرة القانون الطبيعي (القانوني) droit naturel juridique (١١٨) ، ونظرا لأن القانون الطبيعي لا تقترن قواعده بجزاء القهر العام ، وان كانت تتجه الى هذا النوع من الجزاء ، فانه حتى يمكن اعتبار هذه القواعد قواعد قانونية ، فانه يجب الاكتفاء بمجرد الاتجاه الى القهر كمميز للقاعدة القانونية ، دون اشتراط أن يكون هذا الجزاء متحققا بالفعل ٠

ولئن كان الأستاذ جنى قد عدل في أواخر مراحل تفكيره عن هذا الاتجاه الى حد ما ، عندما رأى من اللازم ادماج فكرة القوة في فكرة القانون ، في مقال له عنوانه « العدل والقوة »(١١٨) ، فانه من السهل مع ذلك الرد على نظرية الاتجاه الى القهر ، التي نادى بها في أول الأمر ٠

والواقع انه مع التسليم بنظرية القانون الطبيعي ، فان المقصود بالقانون الطبيعي هو الأخلاق ، كما سنرى عند دراستنا للجانب الخاص بجوهر القانون ، وذلك حسب رأى الفلاسفة ، أصحاب نظرية القانون الطبيعي وفي مقدمتهم أرسطو وكانت ٠ ونظرا لأنه ليس من خصائص الأخلاق أن تكون مقترنة بجزاء الاجبار العام ، فلا تكون هذه الصفة من خصائص القانون الطبيعي هو أيضا ٠ ونظرا للاختلاف في الخصائص بين القانون الطبيعي والأخلاق من ناحية ، وبين القانون الوضعي من ناحية أخرى ، فانه لا ينبغي البحث عن خصيصة مشتركة متوسطة بينهما هي خصيصة الاتجاه الى القهر٠ فكما يقول الأستاذ دابان ، اما أن يوجد قهر أو لا يوجد ، أما الاتجاه الى القهر فهي خصيصة لا معنى لها في الواقع(١١٩) ٠

والقانون الطبيعي وهو مرادف للأخلاق يصح أن يكون أساسا للقانون

---

(١١٧) J. DABIN, théorie générale, op. cit., p. 32, note 2.

(١١٨) F. GENY, Justice et Force, dans études de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT, p. 241 et s.

(١١٩) J. DABIN, théorie générale, op. cit., p. 32.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الوضعي كما سنرى • ولكن من الواضح أن القهر الجماعي ليس من خصائص قواعد الأخلاق أو قواعد القانون الطبيعي • بينما هو الخصيصة المميزة لقواعد القانون الوضعي الصادر عن ارادة الدولة •

والايمان بالقانون الطبيعي لا ينبغي أن يؤدي الى تشويه خصائص القانون الوضعي • واذا كان هناك ثمة خوف لدى أنصار القانون الطبيعي من أن الربط بين فكرة القانون ، وفكرة الجزاء الذي تباشره السلطة العامة ، قد يؤدي الى اسراف هذه السلطة في اصدار أوامر تكتسب صفة القانون بمجرد اقترانها بوسائل القهر التي تملكها هذه السلطة ، حتى ولو لم تكن هذه الأوامر قائمة على أساس من العدل ومراعاة القانون الطبيعي ، فان هذا الخوف ليس في محله • ذلك أن السلطة العامة لا تستطيع أن تبالغ ما شاءت لها المبالغة في اصدار أوامر مقترنة بجزاء قهري • فمن الناحية الفنية المحضة فان كثرة الأوامر القانونية الملزمة سيؤدي الى كثرة القضايا ،وبالتالي الى شلل الجهاز القضائي الذي يقوم بتطبيق هذه الأوامر • ومن ناحية أخرى فان المبالغة في اصدار الأوامر من شأنه أن يدعو الناس الى مقاومة هذه الأوامر وعدم الامتثال لها وهو ما تعمل كل سلطة عامة على تفاديه عن طريق عدم تكليف الناس بأكثر مما يستطيعون(١٢٠) •

ولذلك فان التسليم بأن قواعد القانون الوضعي تتميز بفكرة القهر الذي تباشره السلطة العامة ، لا ينبغي أن يتأثر بمثل هذا الخوف أو غيره من الاعتبارات •

٢٤ - القهر ما بين التنفيذ الاختياري وعدم التنفيذ :

اذا كان القهر بالمعنى السابق ذكره يعتبر من خصائص القاعدة القانونية ، الا أن هذا لا يعني أن تنفيذ القاعدة القانونية يتم دائما بطريق القهر • بل الصحيح ان تنفيذ القواعد القانونية يتم في معظم الأحيان بطريقة اختيارية من جانب المخاطبين بأحكامها • فمن الملاحظ في كل دولة أن الأمن فيها مستتب وأن حياة الأفراد وأملاكهم غير معرضة دائما للاعتداء ، وأن

---

(١٢٠) P. ROUBIER, théorie générale, op. cit. p. 33.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الدائنين يستوفون حقوقهم ، كما أن الممولين يدفعون ما عليهم من ضرائب .. الخ(١٢١) .

والتنفيذ الاختيارى للقواعد القانونية لا يرجع الى حب النـــاس لهذه القواعد ، ولكنه يرجع فى معظم الأحيان الى حرصهم على تفادى الجزاء الذى يترتب على مخالفتهم لها . فالتقيد بأحكام القانون لا ينشأ عن الحب كما يقول توماس الاكوينى ، بل ينشأ عن الخوف والرهبة ، كما كانت القوانين قديما ، وكما ستظل كذلك أبدا .

وقواعد القانون الجنائى تعطى مثلا بارزا للقواعد القانونيـــة التى يتم تنفيذها ، بفضل قوة الردع الموجودة فى العقوبات التى تمثل فكرة القهر فى هذه القواعد .

والواقع أن قواعد القانون بصفة عامة تلوح بالقـوة دون أن تستخدمها فعلا ، أو على الأقل لا تستخدمها الا فى حالة الضرورة القصـــوى ، أى عند وقوع المخالفة . وكما يقول الأستاذ دابان فان من شروط فعالية القهر ، أن يكون التنفيذ الاختيـــارى هو الأصـــل ، وأن يكون استخـــدام القوة هو الاستثناء(١٢٢) . وعلى هذا النحو فان التنفيذ الاختيارى للقواعد القانونيـة لا ينتقص من فكرة الجزاء القهرى فى هذه القواعد ، بل عـــلى العكس يعتبر دلالة على فعالية هذا الجزاء .

وعلى عكس التنفيذ الاختيارى ، فان عدم التنفيذ يعتبر تحديا للقانون وخروجا عليه . ومع ذلك فان وقوع مثل هذا التحدى لا يتعارض مع فكرة القهر فى القانون ، بل هو يحقق الحالات التى تباشر فيها الدولة سلطتها فى القهر تأكيدا لاحترام القوة الملزمة للقانون .

وكما سبق أن ذكرنا(١٢٣) فان القانون يلزم ولكنه لا يحتم . فهو يلزم

---

(١٢١) J. DABIN, théorie générale, op. cit., p. 27.

(١٢٢) J. DABIN, philosophie de l'ordre juridique positif, Paris, 1929, p. 216;
J. DABIN, théorie générale, op. cit., p. 27.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لأن أوامره مقترنة بجزاء قهرى ، ولكنه لا يحتم لأن ارادة الأفراد الخاضعين لحكمه تستطيع الخروج على هذا الحكم • ولولا امكان الخروج على حكم القانون ، لما كان هناك مبرر للأمر أصلا ، ولما كانت هناك حاجة للقهر(١٢٤) •

ويخلص مما سبق أن القهر هو احدى الخصائص المميزة للقاعدة القانونية ، سواء تم تنفيذ القاعدة القانونية اختيارا ، أو دعت الحاجة الى استخدام القهر فعلا •

٢٥ - تأثير عدم الالتجاء الى القهر على وجود القاعدة :

اذا كان الاخلال بالقاعدة القانونية يترتب عليه تنفيذها قهرا بواسطة السلطة العامة ، كما سبق أن ذكرنا ، الا أن ذلك لا يحدث بصفة منتظمة فى كل الحالات • بل توجد حالات لا يتم فيها تنفيذ القاعدة اختيارا ولا يتم تنفيذها قهرا • ويتحقق ذلك عندما يستطيع أحد الأشخاص أن يتحايل على حكم القانون ، أو يتهرب من تطبيق حكمه •

وبالنظر الى هذه الحالات وغيرها فان القهر فى القاعدة القانونية لا يكون فعالا بصفة مطلقة • وهنا تثور مشكلة فعالية القهر أى فعالية القاعدة القانونية ، ومدى تأثير ذلك على صحة وجود هذه القاعدة •

ويكاد يكون من المتفق عليه أن مثل هذا الخروج النادر على أحكام القواعد القانونية ، وان كان يؤثر بعض الشىء على فعالية هذه القواعد ، الا أنه لا يؤثر فى صحة وجودها ، والا لأصبح كل فرد هو صاحب السيادة بالنسبة للقانون(١٢٥) ، بحيث يستطيع الغاء قواعده بمجرد القدرة على التحايل على حكم هذه القواعد • بينما العكس هو الصحيح ، فالقانون هو الذى يسود على ارادة الأفراد الخاصة ، فاذا استطاع أحدهم التهرب من حكمه فان ذلك يعتبر تحايلا وليس الغاء لهذا الحكم • والتحايل على القانون لا يقيم بتحايله نظاما

---

(١٢٣) راجع ما سبق ، فقرة ٩ •

(١٢٤) KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 121.

(١٢٥) J. DABIN, Théorie générale, op. cit., p. 31.:
H. KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 15, p. 120, p. 121.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

خاصا له ، وانما يعتبر خارجا على القانون خروجـــا لا يحقق له الأمـان أو الاطمئنان .

ومع ذلك فان المشكلة تزداد تعقيدا اذا أخذ عدم تنفيذ القاعدة القانونية شكل عدم الطاعة الكاملة لها من جميع الأفراد ، بحيث أصبحت هذه القاعدة مهملة اهمالا كاملا فى التنفيذ . ففى هذه الحالة يثور التساؤل من جديد عن العلاقة بين الصحة والفعالية validité – efficacité ، وعما اذا كانت القاعدة القانونية تظل محتفظة بصحتها رغم عدم فعاليتها بصفة مطلقة أم لا .

وفى مواجهة هذه المشكلة توجد ثلاث نظريات . الأولى تذهب الى المطابقة التامة بين الفعالية والصحة ، والثانية تذهب الى الفصل الكامل بين الفعالية والصحة ، والثالثة تذهب الى عدم المطابقة بين الفعالية والصحة مع اعتبـــار الفعالية شرطا من شروط الصحة .

أما النظرية الأولى ، فهى النظرية الواقعية ، التى تخلط بين الفعـالية والصحة . فالقاعدة القانونية التى تفقد فعاليتها ولا تنطبق اطلاقا فى الحياة العملية ، هى قاعدة غير صحيحة وغير موجودة(١٢٦) . فحياة القـــانون فى تنفيذه ، والقانون الذى لا ينفذ هو قانون ميت لا وجود له ولا حيـــاة . ويستوى فى ذلك أن يكون عدم تنفيذ القاعدة راجعا الى استحالة تنفيذها من الناحية المادية أو من الناحية المعنوية(١٢٧) ، أو أن يكون عدم تنفيذها راجعا الى تواتر كل المخاطبين بحكمها على عدم تنفيذها أو عدم طاعتها ، أو أن يكون راجعا الى تهاون السلطة العامة فى تنفيذها . ففى جميع هذه الفروض فان القاعدة لا يكون لها وجود فى الواقع ، اذ أن الوجود والفعالية هما أمر واحد من كل وجه .

---

(١٢٦) تحاول بعض هذه النظريات الواقعية عن طريق المنطق تخطى الازدواج بين الفعالية والصحة ، أى تخطى التفرقة بين ما ينبغى ان يكون وبين ما هو كائن . راجع فى تحليل ونقد احدى هذه النظريات : (نظرية :

Alf ROSS, Towards a realistic jurisprudence

كلسن ، المرجع السابق ، ص ٢٨٢ وما بعدها .

(١٢٧) يلاحظ الأستاذ دابان انه لا تكليف بمستحيل ، ولذلك فان القاعدة المستحيلة هى قاعدة غير صحيحة ، وبالتالى لا تثور مشكلة فعاليتها أو عدم فعاليتها .

J. DABIN, Théorie générale, op. cit., p. 25.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما النظرية الثانية فهى النظرية المثالية ، التى تعتمد على حجة منطقية مؤداها أن القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوك هى بحسب طبيعتهـــا تتعلق بما ينبغى أن يكون SOLLEN لا بما هو كائن فعلا SEIN . فالقـاعدة القانونية قاعدة تقويمية تتجه الى تقويم ارادة المخاطبين بحكمها . ولا يؤثر فى وجودها أو صحتها عدم استجابة هؤلاء الى ما يفرضه هذا الحكم(١٢٨) .

وتضيف هذه النظرية الى حجتها المنطقية حجة أخرى مؤداها أن القول بالمطابقة بين الفعالية والصحة من شأنه أن تصبح صـحة القواعد القانونيـة متوقفة على مسلك المخاطبين بحكمها ، وأن القول بعدم صحة القاعدة نتيجة لعدم فعاليتها هو بمثابة مكافأة تعطى بمناسبة الخروج على حكم القانون ،وهذا أمر غير مقبول(١٢٩) ، بل أكثر من هذا حتى مع افتراض أن عدم اطاعـــة القاعدة قد صدر من اجماع الناس وتواتر سلوكهم على ذلك فان أقصى ما يمكن أن يوصف به هذا التواتر هو اعتباره عرفا موجها ضد القاعدة التشريعية . والعرف أقل درجة من التشريع ، ولا يجوز الغاء التشريع عن طريق العرف abrogation par désuétude ، لأن القاعدة الأدنى وهى القاعدة العرفية، لا تستطيع الغاء القاعدة الأعلى منها وهى القاعدة التشريعية(١٣٠) .

وفيما بين هاتين النظريتين المتطرفتين تأتى النظرية الثالثة وهى نظرية كلسن ، التى تقترب فى حججها من النظرية الثانية ، الا انهـــا تقترب فى نتائجها من النظرية الأولى .

وفى رأى كلسن ان النظرية الأولى خاطئة لأنها تخلط خلطا كاملا بين الصحة والفعالية ، بينما التفرقة بينهما لازمة . فالصحة شىء والفعالية شىء آخر . والدليل على ذلك أن الصحة تسبق دائما الفعالية . فالقاعدة تكون

---

(١٢٨) راجع ما سبق ، فقرة ٩ .

(١٢٩) J. DABIN, Théorie géuérale, op. cit, p. 26.

(١٣٠) H. DUPEYROUX, Les grands problems du droit, dans Archives de philosophie du droit, 1938, p. 34-42.

ويرى صاحب هذا المقال ان وجود القاعدة القانونية لا يترتب على رأى الخاضعين لحكمها l'opinio juris des sujets ، كما ان الجزاء لا علاقة له بوجود القاعدة القانونية .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

صحيحة قبل أن يتاح لها أى فرصة فى التطبيق • والقاضى عندما يطبق لأول مرة قاعدة صدرت حديثا ، فانه يحقق فعالية قـــاعدة تحققت صـــحتها من قبل(١٣١) •

ودليل آخر على أن الصحة غير الفعالية ، هو أن القاعدة القـــانونية لا يتصور وجودها الا على أساس احتمال عدم فعاليتها فى بعض الحالات ، لأنه لو كان من المؤكد أن القاعدة ستنطبق فى كل الحالات بغير خروج عليها على الاطلاق ، فانها تفقد بذلك مبرر وجودها • فالقاعدة لا توجد الا لوجود بعض الاحتمال فى امكان الخروج عليها أى فى عدم فعاليتها • فكيف تتأتى المطابقة بين الصحة والفعالية ، بينما امكان عدم الفعالية فى بعض الحالات هو مما تقتضيه طبيعة القاعدة القانونية(١٣٢) •

وهذا الدليل الثانى هو فى الواقع تعبير بطريقة مختلفة عن الحجة التى تقول ان القاعدة القانونية تحدد ما ينبغى أن يكون SOLLEN وبالتالى من المتصور مخالفتها على عكس القاعدة الطبيعية التى تقرر ما هو كائن وبالتالى فانه من غير المتصور حدوث مخالفة لها •

ولكن الأستاذ كلسن اذا كان لا يوافـــق على الخلط بين الصحـــة وبين الفعالية ، الا أنه يعتبر الفعالية شرطا من شروط الصحة • ومقتضى ذلك انه اذا فقدت القاعدة فعاليتها بصفة مطلقة فانها تفقد بذلك صحتها ، لأنها تفقد شرطا من شروط صحتها • على خلاف ما اذا فقدت القاعدة بعض فعاليتها فقط فانها فى هذه الحالة لا تفقد صحتها ، لأن القاعدة القانونية لا يتصور أن تكون فعاليتها كاملة ، وان كان من الواجب أن يتحقق لها حد معين من الفعالية • وهذا الحد المعين من الفعالية هو الذى يعتبر شرطا من شروط صحة القاعدة القانونية(١٣٣) •

وقبل هذا الشرط يوجد شرط أول لصحة القاعدة القانونية ، هـــو

---

(١٣١) H. KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 15, p. 286.

(١٣٢) H. KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 121, p. 286.

(١٣٣) H. KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 286, et. s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

شرط ميلادها • وواقعة الميلاد أو الخلق لا تختلط بصحة القاعدة ، ولكنها تعتبر شرطا من شروط الصحة فحسب • ويضرب كلسن مثلا لذلك على سبيل التبسيط ، هو مثل ميلاد الانسان • فولادة الانسان شرط من شروط حياته ، وكذلك فان تغذية الإنسان بعد ولادته شرط لاستمرار الحياة • ولكن لا الميلاد يختلط بالحياة وان كان يعتبر شرطا لها ، ولا الغذاء يختلط بالحياة وان كان يعتبر شرطا لاستمرارها(١٣٤) •

وصحة القاعدة القانونية تشبه في هذا المثال حياة الانسان • وكذلك فان ميلاد القاعدة القانونية يشبه ميلاد الانسان ، كما أن فعالية القاعدة القانونية تشبه تغذية الانسان بعد ميلاده •

والميلاد والفعالية هما شرطان لصحة القاعدة القانونية ولكنهما لا يختلطان بالصحة ذاتها •

أما أساس صحة القاعدة القانونية فهو أساس النظام القانوني كله • وهذا الأساس ـ حسب نظرية كلسن ـ هو القاعدة الأساسية الافتراضية la règle fondamentale supposée التي بمقتضاها ينبغي الخضوع لدستور تكون قواعده في مجموعها فعالة بصفة عامة ، والخضوع كذلك بطريق التبعية للقواعد التي وضعت على أساس هذا الدستور والتي تكون هي بدورها فعالة في مجموعها بصفة عامة(١٣٥) •

وينتهي كلسن من هذا العرض الى أن النظام القانوني يعتبر صحيحا اذا كانت قواعده فعالة ، أي اذا كانت متبعة ومطبقة في مجموعها بصفة عامة • وكذلك فان كل قاعدة قانونية على حدة تعتبر صحيحة اذا توافر لها حد معين من الفعالية ، أي اذا كانت متبعة ومطبقة بصفة عامة ، حتى ولو لم تتبع أو تطبق في بعض الحالات(١٣٦) •

---

(١٣٤) H. KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 286-287.

(١٣٥) H. KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 286.

(١٣٦) H. KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 287.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما القاعدة القانونية التى لم تطبق أو تتبع على الاطلاق فانها لا تعتبر صحيحة • وكذلك فان القاعدة القانونية تفقد صحتها اذا تركت أو اهملت بصفة دائمة وهو ما يعبر عنه باصطلاح la désuétude, desuetudo الذى هو فى حقيقته عرف سلبى يؤدى ضرورة الى تحطيم القاعدة المهجورة ، حتى ولو كانت هذه القاعدة صادرة عن السلطة التشريعية • بل ان التشريع لا يملك منع العرف من القيام بهذا الدور طالما أن الفعالية هى شرط من شروط صحة القاعدة القانونية ، تشريعية كانت أو غير تشريعية(١٣٧) • وينتهى كلسن الى أن القانون لا يستطيع أن يعيش بغير القوة ، دون أن يختلط مع ذلك بالقوة • فالقانون هو نظام معين ، أو تنظيم معين للقوة(١٣٨) •

وباستعراض هذه النظريات الثلاث يتبين أن نظرية كلسن تتميز بقوة المنطق ودقة التحليل ، ومع ذلك فهى تتعرض لمأخذين جوهريين • المأخذ الأول هو أنها تجعل أساس النظام القانونى كله ، قاعدة افتراضية لا يمكن بحسب رأى كلسن نفسه البحث فى أساس صحتها(١٣٩) • وهذه القاعدة الافتراضية هى التى تقرر صحة جميع القواعد القانونية ، وهى التى تقرر أيضا عدم صحتها فى حالة عدم فعاليتها • ومن الصعب بطبيعة الحال ، الاعتماد على مثل هذه القاعدة الافتراضية للوصول الى كل النتائج المنطقية المقول بها • والمأخذ الثانى هو أن كلسن لم يبين كيفية قياس درجة الفعالية التى تعتبر الحد الأدنى اللازم لصحة القاعدة القانونية ، وبالتالى فانه لم يضع معيارا للتفرقة بين عدم الفعالية التى لا تؤثر فى صحة القاعدة القانونية ، وعدم الفعالية التى تؤدى الى عدم صحتها(١٤٠) • ورغم هذين المأخذين فانه لا يجوز انكار دقة التحليل الذى تقوم عليه نظرية كلسن ، وصحة الكثير من الأفكار التى اعتمد عليها فى هذا التحليل • ولذلك فانه اذا أمكن تلافى المأخذين المشار

---

(١٣٧) H. KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 288.

(١٣٨) H. KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 289.

(١٣٩) H. KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 257.

(١٤٠) يرى الأستاذ دابان عدم امكان وضع مثل هذا المعيار ، المرجع السابق ، ص ٢٥ • ومع ذلك فان رأى الأستاذ دابان ينطوى على كثير من المبالغة ، لأنه من الممكن كما سنذكر فى المتن ، أن نفرق بين عدم الفعالية المطلقة ، وبين عدم الفعالية النسبية ، على أساس وجود عرف مضاد للقاعدة المتروكة ، أو عدم وجود هذا العرف بعد •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

اليهما ، فان التحليل المنطقى لنظرية كلسن يظل صالحا للأخذ به ٠

وعلى هذا النحو يمكن القول ان أساس النظام القانونى فى مجموعه ، وأساس كل قاعدة على حدة فى هذا النظام هو الدستور القائم فى الدولة والصادر عن الارادة العليا لهذه الدولة ٠ أما أساس الدولة ذاتها ، فليس هو قاعدة افتراضية ، وانما هو قاعدة اخلاقية مطلقة ، وهى القاعدة الأولى فى الاخلاق ، وهى القاعدة التى تفرض على كل انسان أن يترك حياة الفوضى وأن ينضم الى غيره من الناس فى تكوين مجتمع سياسى ، تسيطر عليه سلطة عليا ، تخضع لها ارادة كل الأفراد ، بهدف تحقيق الخير العام للجماعة ، والخير الخاص للافراد(١٤١) ٠

ومن شروط وجود الدولة أن توجد بها سلطة عامة فعالة ومسيطرة ٠ ومن شروط وجود القانون ، ان يكون تعبيرا عن ارادة هذه السلطة ، وان يكون نافذا بفضل وسائل القهر التى تملكها ٠

والتنفيذ القهرى لقواعد القانون ، هو شرط لصحة هذه القواعد ، وهو شرط أيضا لوجود الدولة ٠ ولذلك فان فعالية القواعد القانونية عن طريق القهر الذى تمارسه الدولة ، هو الذى يبرر اعطاء الدولة اسم السلطة العامة ٠ فالدولة تعتبر سلطة عامة ، ليس فقط لأنها تنفذ أوامرها بالقوة ، بل لأنها تملك وسائل هذه القوة ٠ فنظام الدولة هو نظام القهر أو هو نظام القوة كما يقول كلسن ، أو هو نظام القوة المسلحة كما يقول دابان(١٤٢) ٠

فالقوة والفعالية والقهر من شروط وجود الدولة ، ومن شروط صحة النظام القانونى القائم فيها ، ومن شروط صحة كل قاعدة قانونية على حدة ٠ ومع ذلك فان الفعالية لا تختلط بالصحة بل هى فقط شرط من شروطها كما يقرر كلسن فى نظريته السابق عرضها ٠

وعندما تفقد الدولة سلطتها ، وبالتالى يفقد النظام القانونى فعاليته

---

(١٤١) KANT, Elément metaphysique de la doctrine du droit, Trad. par J. BARNI, Paris, 1854, p. 159, Adde, p. 158, 160, 176.

(١٤٢) J. DABIN, Théorie générale, op. cit., p. 30-31.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بصفة مطلقة ، فان الدولة تختفى وكذلك يختفى القانون ، وتسود الفوضى والحرب الاهلية والارهاب من كل نوع • وبالمثل فعندما تفقد قاعدة قانونية منفردة فعاليتها فانها تفقد صحتها ولا يبقى لها وجود ، وان كان ذلك لا يؤثر بطبيعة الحال على النظام القانونى فى مجموعه • بل أن هجر القاعدة القانونية وتركها هو فى الواقع تعبير بطريق العرف ، عن اتجاه ارادة الدولة ، وهى المصدر الوحيد للقانون الوضعى ، الى الغاء هذه القاعدة بطريق الترك والاهمال •

ومعيار عدم الفعالية الذى يؤدى الى فقد صحة القاعدة القانونية ، هو معيار العرف ، أى تواتر الناس على اهمال تطبيق هذه القاعدة بصفة مستمرة مع احساسهم بأن هذه القاعدة لم تعد قاعدة قانونية ملزمة • ومثل هذا التواتر المعزز بهذا الاحساس لا يمكن أن يتكون الا اذا كانت الأجهزة القائمة على تطبيق القانون متغاضية عن تطبيق هذه القاعدة بالذات(١٤٣) • وبذلك يتحقق نوع من التعبير المتكامل عن ارادة الدولة فى الغاء هذه القاعدة وهو تعبير يشهد عليه مسلك الناس من ناحية ، ومسلك أجهزة السلطة من ناحية أخرى •

أما قبل أن يتكون هذا العرف ، فان القاعدة تظل موجودة وصحيحة حتى ولو كانت لا تطبق فى معظم الحالات ، طالما انها تلقى بعض التطبيقات التى تنفى وجود عرف على اهمالها وتركها •

ويخلص مما سبق ان القهر لا يختلط بصحة وجود القاعدة القانونية ، وان كان يعتبر شرطا لذلك ، وان عدم الالتجاء الى القهر أصلا يؤدى الى عدم صحة القاعدة القانونية ، وكذلك فان ترك الالتجاء الى القهر بصفة دائمة يؤدى الى الغاء القاعدة القانونية •

٣٦ - الأنواع المختلفة للجزاء فى القاعدة القانونية :

يمكن تقسيم الأنواع المختلفة للجزاء القهرى فى القواعد القانونية الى

---

(١٤٣) J. DABIN, Théorie générale, op. cit., p. 26.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

قسمين رئيسيين بحسب درجة التناسب بين الضرر الناشيء عن الاخلال بالقاعدة ، وبين الجزاء المترتب على هذا الاخلال .

ويدخل في القسم الأول كل جزاء يتساوى مع الضرر الذى وقع نتيجة للاخلال بالقاعدة . ويمكن أن يسمى الجزاء في هذه الحالة باسم الجزاء الاصلاحي ، لأنه يهدف الى اصلاح الضرر . ويدخل في القسم الثانى كل جزاء تزيد درجته عن درجة الضرر ، وهو ما يمكن أن يطلق عليه اسم العقوبة peine .

والجزاء الاصلاحي يهدف فقط الى اصلاح réparation الضرر المترتب على الاخلال بالقاعدة القانونية . وهو ما يمكن أن يتم بطريقة القهر المباشر contrainte directe ، أو بطريقة القهر غير المباشر ، اى بطريقة التنفيذ بمقابل contrainte par équiva lent (١٤٤) .

وطريقة القهر المباشر أو التنفيذ المباشر ، يمكن أن تسمى أيضا طريقة الاسترداد restitution لأنها تؤدى الى رد الشيء الى أصله ، والى محو أثر المخالفة بحيث تعتبر هذه المخالفة كأن لم تكن . ومن هذا القبيل التنفيذ الجبرى على أموال المدين الممتنع عن دفع ديونه ، وهو ما يؤدى الى بيع هذه الأموال بالمزاد العلنى ، ودفع ثمنها سدادا للديون التى امتنع المدين عن دفعها .

أما طريقة القهر غير المباشر ، أو التنفيذ بمقابل ، فيمكن ان تسمى أيضا التنفيذ بطريق التعويض indemnisation ، ويكون ذلك فى الحالات التى لا يمكن فيها محو أثر المخالفة فيكتفى القانون باجبار من وقعت منه المخالفة على دفع تعويض الى المضرور يعادل قيمة الضرر . وعلى سبيل المثال ، اذا تسبب شخص بخطئه فى قيادة سيارته ، فى جرح أو قتل شخص آخر ، فانه يلزم بدفع تعويض الى المضرور أو الى أسرته فى حالة وفاته . وهذا التعويض لا يمحو أثر الضرر لأنه من المستحيل محو أثر الضرر ، وان كان من اللازم أن يكون التعويض بقدر الضرر .

---

(١٤٤) P. ROUBIER, Théorie générale, op. cit. p. 35.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما العقوبة فهى جزاء يزيد فى شدته عن الضرر الذى وقع • ومن الأمثلة على ذلك عقوبة الغرامة أو الحبس أو السجن أو الاعدام ••• الخ • وجزاء العقوبة يترتب - بحسب الأصل - على الاخلال بقواعد القانون الجنائى • وهى قواعد لا تهدف فقط الى حماية مصالح وحقوق الأفراد الخاصة ، ولكنها تهدف أساسا الى حفظ النظام والأمن فى المجتمع • وهذا الهدف هو الذى يبرر عدم التناسب بين العقوبة كجزاء وبين الضرر الذى استوجب هـذا الجزاء • فالعقوبة لا تهدف الى اصلاح الضرر عن طريق محو آثاره أو التعويض عن هذه الآثار ، ولكنها تهدف الى ردع أى شخص عن التفكير فى ارتكاب الجريمة ، أو الانتقام منه فى حالة ارتكابها ، فهى نوع من الدفاع الاجتماعى يباشره المجتمع ضد من ارتكب جريمة أو من يفكر فى ارتكابها(١٤٥) •

وجدير بالملاحظة أن الجزاء قد يجمع بين صورة الاصـلاح ، وصورة العقوبة فى نفس الوقت • فالسارق مثلا يحكم عليه برد الشىء المسروق وهذا هو جزاء الاصلاح • ويحكم عليه بعقوبة الحبس أو السجن أو نحو ذلك ، وهذا هو جزاء العقوبة •

وجدير بالذكر أن الأنواع المختلفة للجزاء قد تطورت بتطور الافكـار القلسفية المتعلقة بحقوق الانسان والمحافظة على كرامته(١٤٦) • وعلى سبيل المثال فان المدين الذى لا يوفى ما عليه من دين ، كان يوضع فى السجن أو يقع تحت سلطة الدائن ، كما كان الحكم فى القانون الرومانى القديم • أما الآن فان المبدأ المقرر هو أن المدين لا يسأل عن دينه فى جسمه وفى حريته بل فى ماله فقط • فالالتزامات المالية لا يجوز تنفيذها بطريق التنفيـذ على جسم المدين(١٤٧) • ومعنى ذلك أن الاخلال بالالتزامات المالية كان يترتب عليه فى

---

(١٤٥) J. DABIN, Théorie Générale, op. cit., p. 29,
P. ROUBIER, théorie générale, op. cit., p. 36.

(١٤٦) J. DABIN, Théorie générale, op. cit., p. 29.

(١٤٧) والتنفيذ على جسم المدين ويسمى التنفيذ بطريق الاكراه البدنى La contrainte par corps لا زالت له بعض التطبيقات القليلة فى القانون المصرى • ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من الحكم بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاثين يوما على المدين بعين نفقة أو أجرة حضانة أو مسكن اذا امتنع عن الدفع وكان قادرا عليه • راجع : أحمـد أبو الوفا ، اجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ، ١٩٦٧ ، ص ١١ وما بعدها •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القوانين القديمة جزاء العقوبة • وأصبح لا يترتب عليه فى القوانين الحديثة الا جزاء الاصلاح بطريق التنفيذ المباشر أو غير المباشر على النحو السابق ذكره •

وجزاء العقوبة قد مر بتطورات عديدة • ففى مرحلة أولى كانت العقوبة هى جزاء الاخلال بالالتزامات المالية بين الأفراد أى جزاء الاضرار بالحقوق الخاصة ، وتسمى العقوبة فى هذه الحالة باسم العقوبة الخاصة • وليس المقصود بالعقوبة الخاصة تلك التى توقع بواسطة المضرور نفسه ، وانما تلك التى توقع بواسطة الدولة ولكن كتعويض عن الاضرار بمصلحة خاصة أو حق خاص • وهو تعويض يزيد عن قيمة الضرر ، ولذلك يسمى عقوبة(١٤٨) • ومن هذا القبيل الزام السارق بأن يدفع للمسروق منه ضعف ثمن الشيء المسروق ، كما كان الحكم طبقا لقانون الالواح الاثنى عشر فى القانون الرومانى •

والعقوبة الخاصة هى من آثار الانتقام الخاص الذى يسمى تجوزا باسم العدل الخاص ، وهو الذى كان موجودا فى المرحلة السابقة على وجود الدولة وظهور القانون • ولكن بعد أن ظهرت الدولة وتأكدت سلطتها ، فانها حرصت على منع أى شخص من أن يقيم العدل لنفسه بنفسه ، واحلت العدل العام محل العدل الخاص(١٤٩) • وقد كان طبيعيا أن تنتهى فكرة العقوبة الخاصة ، باعتبارها من الآثار المتخلفة عن العدل الخاص أو الانتقام الخاص ، الذى ألغى بالغاء حالة الفوضى وظهور القانون(١٥٠) •

ولذلك فان العقوبة أصبحت فى القوانين الحديثة عقوبة عامة peine publique توقعها الدولة تأكيدا لسلطتها وتحقيقا لأهداف القانون العامة ، وليس فقط لحماية حقوق الأفراد الخاصة (١٥١) •

والعقوبة العامة تطورت هى أيضا فى اتجاه التخفيف أو الالغاء • وليس

---

(١٤٨) J. DABIN, Théorie générale, op. cit., p. 33.

(١٤٩) راجع ما سبق ، فقرة ٢٢ •

(١٥٠) فى نفس المعنى : P. ROUBIER, théorie générale, op. cit., p. 36;

(١٥١) J. DABIN, théorie générale, op. cit., p. 33.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تدل على ذلك من الغاء عقوبة الاعدام فى كثير من الدول ، والمطالبة بالغائها فى دول أخرى • ومن دلائل ذلك أيضا الغاء العقوبات التى كانت موجودة فى القـــوانين القـــديمة والتى كانت تقضى

تقضى بتعذيب الانسان

• وقد حدا ذلك بالفقيه الألمانى « اهرنج » الى القـــول بأن تاريخ العقوبة هو الغاء مستمر لها(١٥٢) •

ومع ذلك فقد حدث تطور عكسى فى العصر الحديث . فى اتجاه الاكثار من العقوبات ، والاستعانة بها كجزاء للكثير من القواعد القانونية(١٥٣) • وقد حدث ذلك نتيجة لزيادة تدخل الدولة فى حياة الأفراد الخاصة ، وزيادة نشاط الدولة بصفة عامة واقتران ذلك بتجريم الكثير من الافعال التى كانت مباحة من قبل • ولعل أوضح أمثلة على ذلك ما يسمى بالجرائم الاقتصادية ، كجرائم النقد والتهريب والتموين ، والجرائم الاجتماعية كجرائم مجاوزة الحد الأقصى لأجرة الاماكن وأجرة الأرض الزراعية • وهكذا أصبح القانون الجنائى يتدخل فى معاملات الافراد الخاصة ، وأصبحت الكثير من المعاملات التى كانت مباحة من قبل ، جرائم معاقب عليها بالحبس أو السجن أو الغرامة •

ولم يقتصر الأمر على التوسع فى العقوبات العامة ، بل بدأت تظهر من جديد فكرة العقوبة الخاصة • وهى العقوبة المقررة لتعويض حق خاص أو مصلحة خاصة بأكثر من قيمة الضرر الذى لحق هذا الحق أو لحق هذه المصلحة • ولعل أبرز مثل على العودة الى فكرة العقوبة الخاصة ما تنص عليه المادة ٢/٣٤ من قانون الاصلاح الزراعى ، كعقوبة للمؤجر الذى يحصل على أجرة تزيد على الحد الأقصى ، وهو سبعة أمثال الضريبة الأصلية المفروضة على الأرض الزراعية ، من أنه « يجوز الحكم على المؤجر علاوة على العقوبة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى (الحبس والغرامة) بالزامه أن يؤدى للمستأجر مبلغا نقديا تقدره المحكمة لا يجـاوز ثلاثة أمثال الزيادة التى يثبت انه تقاضـاها من المستأجر » •

---

(١٥٢) مشار اليه فى :
P. ROUBIER, théorie générale, op. cit., p. 36.

(١٥٣) P. ROUBIER, théorie générale, op. cit., p. 37.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وطبقا لهذا النص يجوز الحكم على المؤجر بأن يدفع للمستأجر كتعويض عن مجاوزة الحد الأقصى ما يعادل ثلاثة أمثال الزيادة • فالجزاء ليس بقدر الضرر ، ولكنه قد يصل الى ثلاثة أضعاف الضرر ، وهو حكم يشبه الحكم الذى كان موجودا في قانون الالواح الاثنى عشر الرومانى ، الذى كان يلزم السارق بأن يدفع للمسروق منه ضعف قيمة الشيء المسروق(١٥٤) •

وجدير بالملاحظة أن المقارنة بين جزاء الاصلاح من ناحية ، وجزاء العقوبة من ناحية أخرى ، جعل جانبا من الفقه يقسم درجات الجزاء من حيث الكمال الى ثلاثة أنواع • وينعكس هذا التقسيم على القاعدة القانونية ذاتها ، التى يمكن تقسيمها الى ثلاثة أنواع مختلفة تقابل الأنواع الثلاثة للجزاء(١٥٥) • كما يوجد نوع رابع للقاعدة القانونية التى لا تقترن بأى جزاء •

والنوع الأول هو الجزاء الكامل ، وهو الذى يتساوى مع الضرر • ويصدق هذا النوع على جزاء الإصلاح سواء تم هذا الاصلاح بطريق مباشر أو بطريق التعويض • والجزاء الكامل بهذا المعنى ينعكس على القاعدة القانونية فيجعل منها قاعدة قانونية كاملة Lex perfecta, règle parfaite

والنوع الثانى هو الجزاء الأكثر من الكامل ، وهو جزاء العقوبة الذى يتجاوز فى شدته ، درجة الضرر الناتج عن الاخلال بالقاعدة القانونية • وهذا النوع من الجزاء ينعكس على القاعدة ذاتها ويجعلها قاعدة قانونية أكثر من كاملة Lex plus quam perfecta Plus que parfaite

والنوع الثالث هو الجزاء الأقل من الكامل ، وهو الجزاء الذى يقل عن الضرر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية • وفى هذه الحالة فان القاعدة تكون أقل من كاملة Lex minus quam perfecta moins que partaite, ومن الأمثلة على قاعدة من هذا النوع ما تنص عليه المادة ٢/٣٦٧ من لائحة المحاكم الشرعية من انه « لا تجوز مباشرة عقد الزواج ، ولا المصادقة على زواج مسند الى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة

---

(١٥٤) راجع كتابنا ، القانون الزراعى ، ١٩٧٠ ، ص ٤٧٦ •

(١٥٥) P. ROUBIER, théorie générale. op. cit., p. 37 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تدل على ذلك من الغاء عقوبة الاعدام فى كثير من الدول ، والمطالبة بالغائها فى دول أخرى • ومن دلائل ذلك أيضا الغاء العقوبات التى كانت موجودة فى القـــوانين القـــديمة والتى كانت تقضى

تقضى بتعذيب الانسان

• وقد حدا ذلك بالفقيه الألمانى « اهرنج » الى القـــول بأن تاريخ العقوبة هو الغاء مستمر لها(١٥٢) •

ومع ذلك فقد حدث تطور عكسى فى العصر الحديث . فى اتجاه الاكثار من العقوبات ، والاستعانة بها كجزاء للكثير من القواعد القانونية(١٥٣) • وقد حدث ذلك نتيجة لزيادة تدخل الدولة فى حياة الأفراد الخاصة ، وزيادة نشاط الدولة بصفة عامة واقتران ذلك بتجريم الكثير من الافعال التى كانت مباحة من قبل • ولعل أوضح أمثلة على ذلك ما يسمى بالجرائم الاقتصادية ، كجرائم النقد والتهريب والتموين ، والجرائم الاجتماعية كجرائم مجاوزة الحد الأقصى لأجرة الاماكن وأجرة الأرض الزراعية • وهكذا أصبح القانون الجنائى يتدخل فى معاملات الافراد الخاصة ، وأصبحت الكثير من المعاملات التى كانت مباحة من قبل ، جرائم معاقب عليها بالحبس أو السجن أو الغرامة •

ولم يقتصر الأمر على التوسع فى العقوبات العامة ، بل بدأت تظهر من جديد فكرة العقوبة الخاصة • وهى العقوبة المقررة لتعويض حق خاص أو مصلحة خاصة بأكثر من قيمة الضرر الذى لحق هذا الحق أو لحق هذه المصلحة • ولعل أبرز مثل على العودة الى فكرة العقوبة الخاصة ما تنص عليه المادة ٢/٣٤ من قانون الاصلاح الزراعى ، كعقوبة للمؤجر الذى يحصل على أجرة تزيد على الحد الأقصى ، وهو سبعة أمثال الضريبة الأصلية المفروضة على الأرض الزراعية ، من أنه « يجوز الحكم على المؤجر علاوة على العقوبة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى (الحبس والغرامة) بالزامه أن يؤدى للمستأجر مبلغا نقديا تقدره المحكمة لا يجـاوز ثلاثة أمثال الزيادة التى يثبت انه تقاضـاها من المستأجر » •

---

(١٥٢) مشار اليه فى :
P. ROUBIER, théorie générale, op. cit., p. 36.

(١٥٣) P. ROUBIER, théorie générale, op. cit., p. 37.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وطبقا لهذا النص يجوز الحكم على المؤجر بأن يدفع للمستأجر كتعويض عن مجاوزة الحد الأقصى ما يعادل ثلاثة أمثال الزيادة • فالجزاء ليس بقدر الضرر ، ولكنه قد يصل الى ثلاثة أضعاف الضرر ، وهو حكم يشبه الحكم الذى كان موجودا فى قانون الالواح الاثنى عشر الرومانى ، الذى كان يلزم السارق بأن يدفع للمسروق منه ضعف قيمة الشىء المسروق(١٥٤) •

وجدير بالملاحظة أن المقارنة بين جزاء الاصلاح من ناحية ، وجزاء العقوبة من ناحية أخرى ، جعل جانبا من الفقه يقسم درجات الجزاء من حيث الكمال الى ثلاثة أنواع • وينعكس هذا التقسيم على القاعدة القانونية ذاتها ، التى يمكن تقسيمها الى ثلاثة أنواع مختلفة تقابل الأنواع الثلاثة للجزاء(١٥٥) • كما يوجد نوع رابع للقاعدة القانونية التى لا تقترن بأى جزاء •

والنوع الأول هو الجزاء الكامل ، وهو الذى يتساوى مع الضرر • ويصدق هذا النوع على جزاء الإصلاح سواء تم هذا الاصلاح بطريق مباشر أو بطريق التعويض • والجزاء الكامل بهذا المعنى ينعكس على القاعدة القانونية فيجعل منها قاعدة قانونية كاملة Lex perfecta, règle parfaite

والنوع الثانى هو الجزاء الأكثر من الكامل ، وهو جزاء العقوبة الذى يتجاوز فى شدته ، درجة الضرر الناتج عن الاخلال بالقاعدة القانونية • وهذا النوع من الجزاء ينعكس على القاعدة ذاتها ويجعلها قاعدة قانونية أكثر من كاملة Lex plus quam perfecta Plus que parfaite

والنوع الثالث هو الجزاء الأقل من الكامل ، وهو الجزاء الذى يقل عن الضرر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية • وفى هذه الحالة فان القاعدة تكون أقل من كاملة Lex minus quam perfecta moins que partaite, ومن الأمثلة على قاعدة من هذا النوع ما تنص عليه المادة ٢/٣٦٧ من لائحة المحاكم الشرعية من انه « لا تجوز مباشرة عقد الزواج ، ولا المصادقة على زواج مسند الى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة

---

(١٥٤) راجع كتابنا ، القانون الزراعى ، ١٩٧٠ ، ص ٤٧٦ •

(١٥٥) P. ROUBIER, théorie générale. op. cit., p. 37 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

سنة ، وسن الزوج ثمانى عشر سنة وقت العقد » . والجزاء فى هذه القاعدة أقل من كامل ، لأن مخالفة القاعدة لا تؤدى الى بطلان الزواج ، ولكنها تؤدى فقط الى عدم سماع الدعوى أمام القضاء ، والى توقيع عقوبة الحبس أو الغرامة التى لا تزيد على مائتى جنيه على الشخص الذى خوله القانون عقد الزواج اذا عقده وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة قانونا . (م٢/٢ من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣) ، ولكن الزواج يظل رغم المخالفة صحيحا ونافذا ولازما شرعا وقانونا(١٥٦) .

أما اذا انتفى الجزاء أصلا ، فان القاعدة تصبح ناقصة من حيث طبيعتها القانونية Lex imperfecta . ويصدق ذلك على القواعد التى توجب مراعاة مواعيد أو اجراءات معينة ولكنها لا ترتب البطلان أو السقوط أو عدم القبول فى حالة عدم مراعاة هذه المواعيد أو الاجراءات(١٥٧) . ومثل هذه القواعد كان المفروض ألا تعتبر قواعد قانونية أصلا ، لولا أن اندماجها فى النظام القانونى يضمن لها نوعا من النفاذ والفعالية ، وهو مايبرر الاحتفاظ لهذه القواعد بصفتها القانونية ، وان كانت هذه الصفة مشوبة بالنقص(١٥٨) .

٢٧ - مشكلة الجزاء فى القانون الدستورى والقانون الدولى العام :

يتضمن القانون الدستورى القواعد التى تنظم السلطات العامة فى الدولة ، والعلاقة بين هذه السلطات بعضها والبعض الآخر . أما القانون الدولى العام فهو يتضمن القواعد التى تنظم العلاقات بين الدول ، فى السلام ، وفى الحرب على السواء . وقد أثارت مشكلة الجزاء فى قواعد القانون الدستورى ، والقانون الدولى العام ، صعوبات عديدة ، ليس فقط فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية لأى من هذين القانونين ، بل وفى تحديد فكرة

---

(١٥٦) عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، ١٩٦٤ ، ص ١٠٤ .

(١٥٧) MARTY et RAYNAUD, Droit civil, op. cit., T. 1, p. 58.

(١٥٨) وفكرة القوانين غير الكاملة كانت معروفة منذ عهد القانون الرومانى ، حيث كانت توجد بعض القوانين التى تحرم بعض التصرفات دون أن تضع جزاء لهذا التحريم . راجع فى هذا الموضوع :

F. SENN, Leges perfectae, imperfectae, minus quam perfectae thèse, Paris, 1902.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانون ذاتها • وقد جاءت هذه الصعوبات من بعض الباحثين ، وبصفة خاصة الباحثين فى هذين الفرعين من فروع القانون(١٥٩) ، الذين حاولوا وضع تعريف للقانون يصدق أساسا على قواعد القانون الدستورى وقواعد القانون الدولى العام ، حتى ولو كانت هذه القواعد مشوبة بالنقص فيما يتعلق بالجزاء المقترن بها • وقد أدى ذلك بهؤلاء الباحثين الى محاولة الفصل الكامل بين فكرة القانون ، وفكرة الجزاء ، حتى تنطبق فكرة القانون على بعض القواعد التى لا يوجد بالنسبة لها جزاء كاف(١٦٠) • فبعض قواعد القانون الدستورى ، كتلك التى تنظم واجبات السلطات العامة ، يصعب بالنسبة لها تصور جزاء القهر ، وبصفة خاصة جزاء القهر المباشر • فليس من المتصور مثلا توجيه القوات المسلحة ضد الحكومة أو ضد المجلس التشريعى أو ضد المحكمة العليا •

وبالنسبة لقواعد القانون الدولى العام ، فانه لا توجد سلطة عليا فوق الدول ، تستطيع أن تفرض على أى دولة بوسيلة من وسائل القهر احترام قواعد القانون المذكور • فلو أن دولة امتنعت عن الوفاء بالتزاماتها القانونية فى مواجهة دولة أخرى ، فانه لا توجد سلطة عليا تستطيع تنفيذ هذه الالتزامات بطريق القهر •

ولا يعنى هذا أن القواعد المذكورة مجردة من كل فعالية • فقواعد القانون الدستورى تقترن بنوع خاص من الجزاء يتفق مع طبيعتها ، وهو ما يتمثل فى التوازن القائم بين السلطات المختلفة حيث تستطيع كل سلطة أن توقف السلطة الأخرى على حد تعبير « منتسكيو »(١٦١) ، وهو ما يظهر فى قدرة الحكومة على حل المجلس التشريعى ، أو قدرة هذا المجلس على سحب الثقة بالحكومة ، أو قدرة القضاء على مراقبة دستورية القوانين ••• وهكذا • وكذلك فانه توجد فى كثير من الدول قوانين تنظم كيفية محاكمة رئيس الدولة

---

(١٥٩) فى هذا المعنى : J. DABIN, La philosophie op. cit., p. 72; P. ROUBIER, théorie générale, op. cit., p. 40, note 1.

(١٦٠) راجع فى هذا المعنى : H. DUPEYROUX, Les grands problèmes du droit, Arch. de phil. du dr. et de soc. jur. 1938, 1-2, p. 54 et s.

(١٦١) MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, liv. II, ch. 4.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والوزراء وغيرهم من كبار الموظفين . وكذلك فهناك الرأى العام الذى يراقب هذه السلطات المختلفة ، والذى يستطيع اعادة تنظيمها سواء فى صورة سلمية عن طريق الانتخابات ، أو فى صورة غير سلمية عن طريق الثورة .

ومع ذلك فانه رغم كل هذه الأنواع من الجزاء ، فان بعض قواعد القانون الدستورى يمكن من الناحية العملية أن تكون مجردة من أى جزاء يكفل احترامها . وطبقا لما سبق ذكره عن العلاقة بين الفعالية والصحة ، وكذلك عن الدرجات المختلفة للجزاء ، فان القاعدة الدستورية التى تفقد فعاليتها بصفة مطلقة ، تفقد بالتالى صحتها ووجودها(١٦٢) ، أما اذا تحققت للقاعدة بعض الفعالية فقط ، نتيجة لاقترانها بجزاء غير كامل فانها تكون قاعدة قانونية ناقصة(١٦٣) .

وبالنسبة لقواعد القانون الدولى العام فان النقص فى الجزاء يبدو أكثر وضوحا . فما يقال من وجود أنواع من الجزاء تتمثل فى استنكار الرأى العام العالمى ، أو المعاملة بالمثل ، أو العقوبات الاقتصادية ، أو الحرب عند اللزوم ، لا يعتبر جزاء قهريا بالمعنى المتفق عليه ، وهو الجزاء الذى تباشره السلطة السائدة فى مجتمع منظم(١٦٤) .

والواقع أن طبيعة قواعد القانون الدولى العام ، تثير صعوبات كثيرة ، ليس فقط لافتقار هذه القواعد الى جزاء قهرى ، بل أيضا لعدم وجود مجتمع دولى يخضع لسلطة عليا تصدر عنها هذه القواعد . وهكذا تتخلف المقومات الأساسية لفكرة القانون كما درسناها حتى الآن ، وهى فكرة المجتمع السياسى المنظم الذى يخضع أفراده لسلطة عليا ، لها حق الأمر ولها سلطة تنفيذ هذا الأمر بوسائل القوة والقهر .

ووجود مثل هذه المجتمع السياسى المنظم ليس أمرا بعيد الحدوث، بل أن بعض الفلاسفة والمفكرين يعتقد أن دول العالم تسير فى طريق التوحيد ،

---

(١٦٢) راجع ما سبق ، فقرة ٢٥ .

(١٦٣) راجع ما سبق ، فقرة ٢٦ .

(١٦٤) J. DABIN, Théorie générale, op. cit., p. 37, 38.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وأنه لن تمض عدة مئات من السنين ، حتى تكون كل دول العالم قد اتجهت الى الخضوع لسلطة عليا تباشر السيادة فوق كل الوحدات الاقليمية المتعددة(١٦٥) .

وكذلك فان فلاسفة الاخلاق يعتقدون أن الأمر الاخلاقى المطلق الذى فرض انشاء المجتمع السياسى الصغير (الدولة) ، وبالتالى فرض ظهور القانون ، يفرض أيضا انشاء المجتمع السياسى الكبير الذى يضم جميع شعوب الأرض ، أى انشاء سلطة عليا لها اختصاص عالمى(١٦٦) .

وعندما يتحقق انشاء هذه السلطة العالمية التى بدأت تظهر مقدماتها فى التجمعات الاقليمية والدولية الموجودة فى الوقت الحاضر ، سيكون القانون الدولى العام قد اكتمل وجوده . أما الآن فان القانون المذكور لا زال فى طور التكوين . ومؤدى ذلك أن الطبيعة القانونية لقواعده ليست كاملة لا من حيث وجودها أو من حيث الجزاء المقترن بها . فهى قواعد يصدق عليها فى الوقت الحاضر اصطلاح القانون الناقص Lex imperfecta . ولذلك اذا أريد وضع تعريف للقانون ، فانه لا ينبغى البحث عن تعريف ينطبق على كل أنواع القواعد القانونية حتى الناقص منها . بل الواجب هو البحث عن التعريف الذى يتفق مع أكثر درجات القواعد القانونية اكتمالا ، وهى تلك الصادرة عن الدولة والمقترنة بجزاء قهرى تباشره السلطة العامة فى هذه الدولة(١٦٧) .

واذا لم ينطبق هذا التعريف تماما على بعض القواعد القانونية الناقصة، كبعض قواعد القانون الدستورى ، أو قواعد القانون الدولى العام ، فان العيب لا يكون فى التعريف ، بل فى هذه القواعد ذاتها . أما أن يوضع التعريف لينطبق أساسا على القواعد الناقصة ، حتى ولو أدى ذلك الى اهدار أهم خصائص القواعد القانونية الأكثر اكتمالا والأكثر عددا ، كخصيصة الجزاء

---

(١٦٥) يقول برتراند راسل : «since the earth is of finite size, this tendency, if unchecked must end in the creation of a single world state», Bertrand Russel, Authority and the individual, Beacon Press, Boston, 1960, p. 22.

(١٦٦) Jean 23. Encyclique, Pacem in terris, texte intégral, journal La Croix, Paris, 11-4-1963.

(١٦٧) J. DABIN, La philosophie, op. cit., p. 72.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والقهر ، فان هذا لا يكون تعريفا للقانون ، بل يكون تعريفا للقواعد الناقصة في القانون .

ولذلك ننتهي الى أن خصيصة القهر ، من الخصائص الجوهرية للقاعدة القانونية الكاملة ، وان عدم انطباق هذه الخصيصة بشكل أو بآخر على بعض القواعد القانونية ، يؤدي الى الانتقاص من الطبيعة القانونية لهذه القواعد .

وننتقل الآن الى المطلب الثاني لندرس التفرقة بين القـــواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة ، وهي تفرقة تقوم على أساس اختلاف درجة الالزام في القاعدة القانونية .

المطلب الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٢٨ ـ درجة الالزام في القاعدة القانونية :

قواعد القانون كلها ملزمة . فكل قاعدة تتضـمن أمرا ينطـوى على الالزام . ومع ذلك فان درجة الالزام تختلف في بعض القواعد عن البعض الآخر . وتنقسم قواعد القانون على هذا الأساس الى قسمين : فهناك القواعد الآمرة ، وهناك القواعد غير الآمرة(١٦٨) .

أما القواعد الآمرة فهي القواعد التي لا تستطيع إرادة الأفراد أن تتفق على مخالفتها . فالعلاقة بين هذه القواعد وبين ارادة المخاطبين بحكمها هي علاقة الخضوع الكامل . ولذلك تسمى هذه القواعد آمرة imperatives ومعظم قواعد القانون من هذا النوع . ومن أمثلة القواعد الآمرة في نطـاق القـــانون الخـاص ، القواعد التي تحـــــدد شروط الزواج ، كشروط السن وانتفاء موانع القرابة وغيرها ، و دلك القواعد التي تحـــدد آثار الزواج ، كالالتزام بالمعيشة المشتركة والاخلاص المتبادل والنفقة . وكـــذلك القواعد التي تحرم تقاضي فوائد تزيد على ٧٪ أو تحرم الاتفـــاق على أجرة للأرض

---

(١٦٨) NIBOYET, La force des règles de droit, Etudes Sugiyama, 1941, p. 241.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الزراعية تزيد على سبعة أمثال الضريبة الأصلية المفروضة على هذه الأرض . فاذا عقد شخصان زواجا أو قرضا أو ايجارا لأرض زراعية ، فانهما لا يستطيعان الاتفاق على مخالفة أى حكم من الاحكام السابق ذكرها ، أو غيرها من القواعد الآمرة الأخرى .

أما القواعد غير الآمرة فهى تسمى بالقواعد المفسرة interprétatives أو المقررة dispositives أو المكملة supplétives . وهذه القواعد تتميز بأن ارادة الأفراد يمكن أن تلعب بالنسبة لها دورا هاما ، اذ يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد أى قاعدة منها ، والأخذ بحكم آخر غير حكمها . وهذه القواعد توجد فقط فى نطاق القانون الخاص .

واطلاق اسم القواعد المفسرة على هذه القواعد يبدو منتقدا ، لأن المقصود بهذه التسمية هو أن هذه القواعد تفسر ارادة المتعاقدين فى حالة عدم اتفاقهم على حكم المسألة التى تنطبق عليها القاعدة . ومع ذلك فان هذا المعنى لا يتفق مع صفة الالزام فى القواعد القانونية . فوظيفة القواعد القانونية بما تنطوى عليه من صفة الالزام ، ليست هى تفسير ارادة الأفراد وانما هى تنظيم العلاقات التى تصدر عن هذه الارادة . ولذلك فان الاسم الآخر لهذه القواعد وهو اسم القواعد المكملة يبدو أكثر دقة ، لأن هذه القواعد تكمل ما فات ارادة المتعاقدين تنظيمه من المسائل التى قد يثور بشأنها نزاع بعد ابرام العقد . وكذلك فان اطلاق اسم القواعد المقررة على هذه القواعد يتفق مع طبيعتها لأنها تقرر الحكم الواجب تطبيقه فى حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين على حكم المسألة موضوع النزاع(١٦٩) .

ومن أمثلة القواعد المفسرة أو المقررة ، بعض قواعد القانون المدنى التى تنظم العقود الخاصة كالبيع والايجار والوكالة ... الخ ، مثل القواعد التى تحدد التزامات المتعاقدين بالضمان ، أو مكان تسليم الشىء المبيع ، أو مكان تسليم العين المؤجرة ، وكذلك زمان التسليم ، ونفقات التسليم .. الخ . فهذه القواعد وغيرها تنظم علاقات ، كان المفروض بحسب الأصل أن يقوم

---

(١٦٩) MARTY et RAYNAUD, Droit civil, t. 1, op. cit., p. 162 et s

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الأفراد بتنظيمها • ولذلك لا تنطبق هذه القواعد الا اذا لم يوجد اتفاق خاص بين المتعاقدين على تنظيم هذه المسائل •

٢٩ ـ صفة الالزام فى القواعد المكملة أو المقررة :

صفة الالزام فى القواعد الآمرة تبدو واضحة لا تثير أدنى شك ، لأن هذه القواعد بحسب تعريفها لا يجوز الاتفاق على مخالفتها • أما القواعد المفسرة أو المكملة ، فهى قواعد يجوز الاتفاق على مخالفتها ولذلك فان صفتها الملزمة تبدو محل شك أو تساؤل • ومع ذلك فانه من الواجب تأكيد صفة الالزام فى القواعد المكملة • فهذه القواعد ليست قواعد اختيارية facultatives ، يجوز للأفراد استبعادها مع عدم وضع تنظيم آخر غيرها(١٧٠) • بل هى قواعد لا يمكن استبعادها الا مع الاتفاق على تنظيم آخر غير التنظيم الذى تقضى به • فمعاملات الافراد لا بد أن تكون خاضعة لنظام معين • واذا كانت هناك بعض المسائل التى لا يؤثر تنظيمها بشكل أو بآخر على الأسس الجوهرية التى يقوم عليها المجتمع ، ومن ثم فان القانون يجيز للأفراد تنظيم هذه المسائل وفقا لارادتهم ، الا انه لا يجيز لهم ترك هذه المسائل دون أى تنظيم على الاطلاق • فاذا حدث مثل هذا الترك فان القواعد المكملة تنطبق فى هذه الحالة على المسائل المتروك تنظيمها من جانب الأفراد ، وتكون فى انطباقها ملزمة كالقواعد الآمرة تماما • ولكن من شروط الزامها على هذا النحو ألا يوجد اتفاق بين الأفراد على تنظيم المسائل المذكورة تنظيما مختلفا • وعدم وجود مثل هذا الاتفاق هو شرط لانطباق هذه القاعدة • أما اذا وجد هذا الاتفاق ، فان هذه القواعد لا تنطبق ، لا لأنها غير ملزمة ، ولكن لأن شروط انطباقها لم تكتمل • ويعبر عن هذا « كابتان » ، بأن القواعد المكملة لا تنطبق الا عند عدم انطباق قانون العقد(١٧١) • ويقول الأستاذ « ديلفيكيو » ، ان كل أمر قانونى ، هو بصفة عامة ، افتراضى أو شرطى • بمعنى انه لا ينطبق الا اذا توافرت شروط معينة ، أو تحقق فرض معين(١٧٢) • والقاعدة نفسها

---

(١٧٠) J. DABIN, théorie générale, op. cit., p. 43.

(١٧١) H. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, 4 éd., p. 61, note 4.

(١٧٢) DEL VECCHIO, Philosophie, op. cit., p. 291.

(١٧٣) راجع تحليل القاعدة القانونية الى عنصرين : الفرض والحل • ما سبق ، فقرة ١٢ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هى التى تتضمن هذا الشرط • فالشرط أو الفرض هو أحد عنصرى القاعدة القانونية(١٧٣) • وبالتالى فمن غير المتصور أن يكون عنصر الشرط أو الفرض فى القاعدة موجها ضدها أو متعارضا مع صفة الالزام فيها(١٧٤) •

٣٠ ـ المعيار الجامد للتفرقة بين القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة :

المعيار الجامد للتفرقة بين القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة أو المقررة ، هو معيار لفظى مستمد من نص القانون ذاته • فالمشرع يستخدم أحيانا فى صياغة القواعد الآمرة ألفاظا تدل على طبيعة هذه القواعد ، مثل : لا يجوز ، أو يقع باطلا ، أو يمتنع ، أو يعاقب ••• الخ •

وكذلك فان المشرع يستخدم أحيانا أخرى فى صياغة القواعد المكملة ألفاظا تدل على طبيعتها ، مثل : ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، أو ما لم يتفق على غيره ، أو يجوز الاتفاق ••• الخ •

ويعتبر المعيار اللفظى معيارا جامدا ، لأنه يحدد طبيعة القاعدة ، الآمرة أو المكملة ، تحديدا لا يحتاج الى بذل أى مجهود عقلى أو مباشرة أية سلطة تقديرية •

ومن قبيل القواعد الآمرة المحددة بهذا المعيار الجامد ، كل قواعد القانون الجنائى التى تعاقب على ارتكاب أفعال معينة ، لأن معنى العقوبة هو تحريم ارتكاب الفعل أو الاتفاق على ارتكابه •

ومن قبيل القواعد الآمرة فى نطاق القانون المدنى ، ما تنص عليه المادة ٤٨ من انه ليس لأحد النزول عن أهليته أو التعديل فى احكامها • وما تنص عليه المادة ١١٠ من انه ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة • وما تنص عليه المادة ١/١٣١ من أن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه • وما تنص عليه المادة ٢/٢١٧ من أنه يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل

---

(١٧٤) Del VECCHIO, op. cit., p. 291. فى نفس المعنى ، حسن كيره ، المدخل ـ ص ٤ : سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٧ ، ص ٩١ •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

غير المشروع . وما تنص عليه المادة ٢٣٢ من أنه لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية . وما تنص عليه المادة ٣٠٤ من انه لا تجوز حوالة الحق الا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز . وما تنص عليه المادة ٤٦٥ من انه اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا . وما تنص عليه المادة ٥١٥ من أنه اذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو خسائرها كان عقد الشركة باطلا . وما تنص عليه المادة ٥٤٤ من انه اذا اتفق على الفوائد كان للمدين اذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى الغاء العقد ورد ما اقترضه .. ولا يجوز الاتفاق على الغاء حق المقترض فى الرد أو الحد منه . وما تنص عليه المادة ٧٣٩ من أن يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان . وما تنص عليه المادة ٨٢٤ من انه لا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة (قسمة المال الشائع) الى أجل يجاوز خمس سنين . وما تنص عليه المادة ١/١٠٣١ من انه لا ينعقد الرهن الرسمى الا بورقة رسمية(١٧٥) .

أما القواعد المنصوص على صفتها المكملة بألفاظ محددة تدل على ذلك ، فهى كثيرة ، ومن أمثلتها فى القانون المدنى ما تنص عليه المادة ٢١٥ من انه اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجىء . ومع ذلك فهذه القاعدة يجوز الاتفاق على مخالفتها طبقا للمادة ١/١٢٧ التى تقرر انه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة . وما تنص عليه المادة ٤٤٥ الواردة فى عقد البيع من انه يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان . وما تنص عليه المادة ٤٦٢ من أن نفقات عقد البيع ورسوم « الدمغة » والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى

---

(١٧٥) راجع فى الرسمية فى عقد الرهن الرسمى ، كتابنا فى التأمينات الشخصية والعينية ، ١٩٧٧ ، ص ١٣٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بغير ذلك . وما تنص عليه المادة ٤٧٣ من أن من باع تركة ، دون أن يفصل مشتملاتها ، لا يضمن الا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك .

وجدير بالذكر أن المعيار الجامد للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، يكفي بذاته للتفرقة بين هذين النوعين من القواعد دون حاجة الى تعزيزه بمعيار آخر مستمد من مدى تعلق القاعدة بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في المجتمع . بل انه من المتصور أن تكون القاعدة آمرة بحسب هذا المعيار الجامد دون أن تكون مع ذلك مرتبطة بالنظام العام في المجتمع . ومن هذا القبيل القواعد التي تشترط شكلا معينا كالرسمية لابرام عقد من العقود . وقد ضربنا مثلا على ذلك بالمادة ١/١٠٣١ من القانون المدني التي تقرر أنه لا ينعقد الرهن الرسمي الا بورقة رسمية . فهذه القاعدة آمرة ومع ذلك فانها لا تتعلق بالنظام العام في المجتمع ، بل ان البعض يرى عدم وجود فائدة لها على الاطلاق . وكذلك فان القواعد التي تنظم الولاية أو الوصاية على القاصر ، هي قواعد آمرة ، ومع ذلك فانها لا تتعلق في قواعدها التفصيلية بالنظام العام للمجتمع ، لأنها تهدف الى حماية مصلحة القاصر الخاصة من الظلم الذي قد يلحق به بسبب عدم خبرته أو نضجه ، ولذلك فان الجزاء على مخالفتها رغم انها قواعد آمرة هو البطلان النسبي وليس البطلان المطلق(١٧٦) .

ولكن اذا لم يوجد لفظ صريح يحدد الطبيعة الآمرة للقاعدة القانونية ، فان القاعدة لا يمكن اعتبارها كذلك الا على أساس معيار آخر مرن هو مدى تعلق هذه القاعدة بالنظام العام والآداب في المجتمع .

٣١ - المعيار المرن : فكرة النظام العام والآداب :

اذا كان من الممكن أن تكون القاعدة القانونية ، آمرة دون أن تتعلق بالنظام العام والآداب في المجتمع طبقا للمعيار الجامد كما سبق القول ، الا أن

---

(١٧٦) CAPITANT, Introduction, op. cit., p. 62; MARTY et RAYNAUD, T. 1, p. 163.

ولكن مبدأ حماية الشخص القاصر ، يتعلق في ذاته بالنظام العام .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب هى قواعد آمرة ، بل هى تمثل الجزء الأكبر والأهم من القواعد المذكورة(١٧٧) .

وتعتبر القاعدة آمرة على أساس هذا المعيار وحده حتى ولو كانت الألفاظ المستخدمة فى صياغتها لا تدل على ذلك صراحة ، بل ان فائدة معيار النظام العام والآداب لا تظهر الا عند عدم امكان الرجوع الى المعيار الجامد المستمد من صياغة القاعدة ذاتها .

وتنص المادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى على انه « لا يجوز بمقتضى الاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب » . وقد حاول جانب من الفقه الفرنسى القديم من الشراح على المتون تفسير المقصود بهذا النص على أن فكرة النظام العام والآداب ليس لها وجود خارج النصوص التشريعية التى تحرم بعض الاتفاقات الخاصة . فكان فكرة النظام العام والآداب هى فكرة جامدة مرتبطة فى وجودها بوجود نصوص تشريعية تكرسها(١٧٨) .

ومع ذلك فان المادتين ٩٠٠ ، و ١١٧٢ من القانون المدنى الفرنسى المتعلقتين بالشرط ، والمادة ١١٣٣ المتعلقة بالسبب ، والمادة ١٣٨٧ المتعلقة بالاتفاقات المالية بين الزوجين ، تجعل مخالفة النظام العام والآداب أمرا مستقلا عن مخالفة القواعد المقررة فى القانون ، وهو ما يؤدى ضرورة الى استقلال فكرة النظام العام والآداب عن نصوص القانون ، بحيث يتعين تحديد المقصود بهذه الفكرة حتى يمكن تطبيقها على العقود غير المتناهية التى يبرمها الأفراد .

وقد نصت المادتان ١٣٥ و ١٣٦ من القانون المدنى المصرى على أنه اذا

---

(١٧٧) MARTY et RAYNAUD, T. 1, p. 163.

(١٧٨) ومن هؤلاء الفقهاء :
Huc, Abry et Rau, Demolombie, Baudry-Lacantinenie.
مشار اليهم فى :
G. RIPERT, La Règle morale dans Les obligations Civile, 1949, p. 50.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كان محـــل الالتزام أو سببه مخالفا للنظام العـام والآداب فان العقد يكون باطلا ٠

وفكرة النظام العـــام والآداب من الأفكار المرنة التى يصعب تحديدها تحديدا دقيقا ، وهى تعبر بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية والاجتماعيـة والأخلاقية التى يقوم عليها نظام المجتمع ٠ وتعتبر فكرة النظام العام والآداب من أبرز الأمثلة على الصياغة المرنة للقواعد القانونية التى تعرضنا لدراستها من قبل(١٧٩) ٠

والقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ليست هى تلك التى يقصـــد بها تحقيق النظام فى المجتمع ، أو تحقيق المصلحة العامة ، لأن كل قواعـد القانون فى مجموعها تهدف الى تحقيق الأغراض السابق ذكرها ٠ أما القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب فهى تلك التى تهـــدف الى تحقيق الحد الأدنى الذى لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الأهداف(١٨٠) ٠

والحد الأدنى للمصلحة العـامة يمكن أن يزيد أو ينقص بحسب ما اذا كان الاتجاه الفلسفى الســـائد فى الدولة هو الاتجـــاه الفردى أو الاتجاه الاشتراكى(١٨١) ٠ فاذا كان المذهب الفردى هو الســـائد فى الدولة ، فان دائرة النظام العام تضيق الى أقصى حد ٠ أما اذا كان المذهب الســـائد فى الدولة هو المذهب الاشتراكى ، فان دائرة النظام العام تتسع لتشـــمل كل ما يؤدى الى حماية الطبقات العاملة والتنمية الاقتصادية والخطة العامة للدولة وغير ذلك ٠ بل ان سيادة المذهب الاشتراكى فى الدولة تؤدى الى ظهور نظام عام جديد وهو ما يسمى النظام العام الاشتراكى(١٨٢) ٠

---

(١٧٩) راجع ما سبق ، فقرة ١٤ ٠

(١٨٠) MARTY et RAYNAUD, op. cit., t. 1, p. 164;
MALAURIE, L'ordre public et le contrat, p. 68.

(١٨١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ٤٣٧ ٠
MARTY et RAYNAUD, op. cit., p. 164.

(١٨٢) راجع فى هذا الموضوع بصفة خاصة :
FARJAT, L'ordre public économique, Paris, 1965;
M. S. KHALIL, Le dirigisme économique et les contrats, Paris, 1967;
MALAURIE, L'ordre public et le contrat, Paris, 1953;
OBERSON, L'ordre public en matière monétaire, Fribourg, 1956;
G. RIPERT, L'ordre public et la liberté individuelle, Recueil Gény, 1934, t. 2, p. 347 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والواقع ان فكرة النظام العام تسمح بدخول التيـــارات الاجتماعيـة والسياسية السائدة فى المجتمع الى دائرة المعاملات بين الأفراد ، بحيث تؤدى الى خضوع هذه المعاملات الى المبادىء الأساسية المستمدة من الفلسفة السائدة فى الدولة ٠

وعندما أدخلت فكرة النظام العام فى القانون المدنى الفرنسى فى بداية القرن الماضى ، كان المذهب الفردى هو الفلسفة السائدة فى الدولة ٠ وكان مبدأ سلطان الارادة من أهم تطبيقات فكرة النظام العام ، ولذلك فان شراح القانون المدنى الفرنسى فى هذا القرن لم يجدوا أمثلة لاتفاقات مخالفة للنظام العام غير ما هو منصوص عليه فى القانون كما سبق القول ٠

ولكن عنـــدما بدات تظهر الأحزاب الاشتراكية فى أوروبا فى أواخر القرن الماضى ، فان فكرة النظام العام أصبحت منفـــذا يمكن أن تدخل منه الأفكار الاشتراكية الى منطقة العقد ٠ ولهـــذا السبب ذاته فان فكرة النظام العام كانت موضع جدل كبير فى مجلس الريشستاج الألمـــانى عند مناقشة مشروع القانون المدنى الألمـــانى الذى كان يتضمن النص على فكرة النظـام العام ٠ وكان الحزب الاشتراكى يؤيد هذه الفكرة على أساس انها ستؤدى الى حماية حقوق الطبقة العاملة ٠ ولكن لهذا السبب ذاته ، فان المجلس استبعد فكرة النظام العام من نصوص القانون ، وأبقى فقط على فكرة الآداب ، وذلك حتى لا تؤدى فكرة النظام العام الى تأثر معاملات الأفراد باتجاهات الأحزاب الاشتراكية التى لم تكن سائدة فى ذلك الوقت(١٨٣) ٠

وهكذا فان فكرة النظام العام ordre public تبدو ذات طابع فلسفى لا شك فيه ، وتتأثر فى مضمونها بالنظرة العامة للوجود conception générale du monde السائدة فى مجتمع معين ٠

وكذلك فان فكرة الآداب bonnes moeurs ، وهى تعبر عن الحـــد الأدنى من العادات الأخلاقية اللازم مراعاتها فى المجتمع ، يرجع فى تحديدها

---

(١٨٣) التعليقات على القانون المدنى الألمانى جـ ١ ، ص ١٥٤ - ص ١٥٥ ، مشار اليها فى : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جـ ٢ ، ص ٢٢٣ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الى الاتجاهات الأخلاقية الناشئة عن النظرة العامة للوجود السائدة في هـذا المجتمع • بل ان التيارات الداخلة في تكوين هـذه النظرة العامة للوجود ، يمكن أن تلعب دورا هاما في التقليل أو المبالغة من بعض الاعتبارات الأخلاقية لحساب البعض الآخر ، أو عـلى حساب البعض الآخر • ومن هـذا القبيل ما لا حظه البعض من أن المذهب الفردى السـائد في أوروبا في القـرن التاسع عشر دفع دعـاة هذا المذهب الى جعل أهمية الأخلاقيات المتعلقة بالجنس ترتفع الى المقام الأول من الأخلاق المسيحية السائدة ، بينما انخفضت أهمية الأخلاق المسيحية الأخرى التي تدعو الى الزهد وتحـارب السعي الى جمع المال ، الى المقـام الأخير • وذلك حتى لا يقف أى عائق أخـلاقى أمام الرأسمالية ، في تحقيق الأرباح الضخمة ، ولو كان ثمن ذلك هو استغلال العمال عن طريق عقود العمل الظالمة التي تأباها أي فكرة صحيحة للأخلاق •

وقد أدى هذا التفسير المنحرف للأخلاق المسيحية الى رد فعل عنيف من جانب الكنيسة الكاثوليكية ، حيث أعلن البابا ليون الثالث عشر في مرسومه المعروف باسم rorum novarum ، الصادر في عام ١٨٩١ ، « انه يوجـد قانون طبيعي أعلى وأقدم من عقود العمـل ، يفرض ألا يكون الأجر أقل من القدر الكافي لأن يعيش العامل حياة شريفة كريمة »(١٨٤) •

وفكرة النظام العام والآداب هي فكرة مرنة من حيث عدم امكان تحديد مضمونها تحديدا جامدا ، وكذلك لقابلية هـذا المضمون للتغيـير بحسب ظروف الزمان والمكان •

---

(١٨٤) RERUM NOVARUM, in les Encycliques Sociales, éditions Bonnes Presse, 1962, p. 114.

(١٨٥) G. RIPERT, Les forces crétrices du droit, Paris, 1955.

(١٨٦) راجع IHERING, La lutte pour le droit, trad. par O. De Meulenaere, Paris 1890.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والقوى الخلاقة للقـــانون ، أو الصراع من أجـل القـــانون ، أو السياسة القانونية ، كلها تعبيرات عن الطريق التى يتم بها خلق القواعد القـــانونية المعمول بها فى مجتمع معين ٠

والصراع من أجل القـــانون له صور كثيرة متعددة ، منهـــا صراع الطبقات ، وصراع المصالح ، وصراع الأفكار والفلسفات ٠

وأهم القوى الخلاقة للقانون هى قوى الفكر والفلسفة ٠ وكما يقول أحد الفلاسفة المعاصرين ، فان الفلسفة هى التى تغير وجـــه الانسانية(١٨٧) ٠ وقديما فان أفلاطون أعلن الوحدة بين « القوة السياسية والفلسفة »(١٨٨) ٠ ومن المدهش أن « هيجل » وهو الفيلسوف الذى أنكر دور الفلسفة فى خلق القانون ، كان من أكثر الفلاسفة تأثيرا على القوانين الوضـــعية فى كثير من الدول ٠ فمن المعروف أن أفكاره هى التى مهـــدت الطريق أمام الفاشـــية والنازية والشيوعية(١٨٩) ٠ ولذلك فان « ماركس » وهو يردد نفس ما قاله « هيجل » من أنه « ليس الضمير هو الذى يحدد الحياة ولكن الحياة هى التى تحدد الضمير »(١٩٠) ، لا يخفى مع ذلك أن الثورة الشيوعية التى ينادى بها

يلاحظ أن كتاب اهرنج الشهير عن الصراع من أجل القانون ، لا يعطى وصفا علميا نظريا لظاهرة الصراع من أجل القانون ، ولكنه يدعو الى نوع من الأخلاق العملية فى هـــذا المجال (ص ١٥ من المقدمة) فهو يعتبر الصراع من أجل القانون واجبا للشخص نحو نفسه ، ونحو المجتمع (ص ٢٣ ، ص ٥٤) ٠ والدعوة الأخلاقية التى يدعو اليها اهرنج تبدو متعارضة مع الأخلاق الواجب التسليم بها ٠ فهو يدافع فى كتابه عن موقف المرابى اليهـــودى شيلوك ، الذى كان يريد أن يستوفى دينه من جسم مدينه ، كما وصفه شكسبير فى روايته الشهيرة ٠ وفى رأى اهرنج أن شيلوك كان على حق لأنه كان يطالب بدينه وفقا لقانون فينيسيا (ص ٦٧ وما بعدها) ٠ ونحن لا ندرى لماذا يتذكر اهرنج قانون فينيسيا الظالم وينسى القانون الطبيعى ، الذى كان سيجد له تعبيرا كذلك فى روائع الأدب على لسان أنتيجون ، اذا كان لابد من الرجوع الى الأدب العالمى لفهم القانون !

(١٨٧) J. M. BOCHENSKI, La philosophie contemporaine en Europe, trad. par F. Vaudou, Bayot, Paris, 1962, p. 7.

(١٨٨) PLATON, La République, 473, D, Classiques Garnier, 1963, p. 196.

(١٨٩) BOCHENSKI, La philosophie contemporaine, op. cit., p. 7.

(١٩٠) K. MARX et F. ENGLES, L'idéologie allemande, Editions sociales, Paris, 1962, p. 23.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

قد بدأت فى رأسه هو(١٩١) ٠

وبقد كان « أوجست كونت » أكثر صراحة من « ماركس » ، لأنه وهو يدعو الى فلسفته التى يسميها ديانة الانسانية ، يعترف صراحـــة بأنه يثير الصراع بين الطبقات ويستخدم الطبقة العاملة لتحقيق أفكاره الفلسفية ، ذلك ان « الأفكار هى التى تحكم وتغير العالم ، أو بتعبير آخر فان كل النظـــام الاجتماعى يقوم فى آخر الأمر على الأفكار »(١٩٢) ٠

ولذلك فان « نيتشه » ينادى بأن يكون الفيلسوف هو المشرع(١٩٣) ٠ وانطلاقا من نفس الفكرة فان رجـــلا عمليا مثل « موسولينى » ، يكتب الى المفكر الفاشيستى Michel Bianchi فى ٢٧ أغسطس ســـــنة ١٩٢١ فيقول له : « يجب أن نخلق الفلسفة الفاشية فى خـــلال الشهرين اللذين يفصلاننا عن اجتماع الجمعيّة الوطنية »(١٩٤) ٠

وجدير بالملاحظة أن الصراع بين الفلسفات مفهوما على هـــذا الوجه ، يتخطى الصراع الدائر بين الاشتراكية والفردية ٠ ذلك انه يوجـد أكثر من نوع من الاشتراكية ، وأكثر من نوع من الفردية ، يعتمد كل منهم على فكرة معينة للوجود ٠ ولذلك فان الصراع يدور أحيـــانا بغير هوادة بين الأنواع المختلفة للاشتراكية ، أو بين الأنواع المختلفة للفردية ، مســـايرا فى ذلك الصراع القائم بين التصورات المختلفـــة للوجود التى ترتبط بهـــا الأنواع المختلفة المشار اليها ٠ وهكذا فان البـــابا يوحنا الثالث والعشرين يهـاجم الا شتراكية المادية مؤكدا « ان المذهب الاشتراكى المسيحى هو جزء لا يتجزأ

---

(١٩١) K. MARX, Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel, in Oeuvres Philosophiques, Trad. par Molitor, T. 1, 1946, p. 94.

(١٩٢) AUGUSTE COMTE, Cours de philosophie positive, 5e. éd., T. 1, 1892, p. 40.

(١٩٣) NIETZSCHE, La volonté de puissance, Trad. par G. Bianquis, 3e éd., t. 1, Gallimard, 1948, p. 257.

(١٩٤) Cité par : WALINE, L'individualisme et le droit, Paris, 1949, p. 58.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من الفكرة المسيحية للحياة »(١٩٥) ٠

واذا أردنا أن نحدد النظرة العامة للوجود السائدة فى مصر ، أمكن القول انها نظرة تؤمن بوجود الله ، وبالعدل المطلق ، والرسالات السماوية ، وتؤمن بوجود مبادىء أخلاقية طبيعية مطلقة ، وتؤمن بقوة العقل الانسانى وقدرته على اكتشاف المبادىء السامية للأخلاق ٠ ويوجد لدى الناس فى مصر احساس عام بالتقارب بين المبادىء الأخلاقية فى الديانات السماوية المختلفة ، واحساس عام آخر بالتقارب بين ما تقضى به هذه المبادىء وبين ما يقضى به العقل ٠ ولا غرابة فى ذلك فان فقهاء الشريعة الاسلامية يعتبرون التوراة والانجيل من المصادر الاحتياطية للأخلاق الاسلامية وهو ما يسمى « شرع من قبلنا »(١٩٦) ٠ وكذلك فان الفكر الاسلامى تأثر بالفلسفة اليونانية قبل عصر النهضة فى أوروبا ، وقد أدى ذلك الى ظهور مدرسة فلسفية اسلامية هى مدرسة المعتزلة تؤمن بالقانون الطبيعى العقلى ، وتدخل من أجله معركة فكرية ضد الأشاعرة ، وهى المعركة التى عرفت تحت اسم مشكلة « الحسن والقبح العقليين » ٠ والنظرة العامة للوجود السائدة فى مصر لا تختلف كثيرا عن تلك السائدة فى فرنسا ، وهذا يفسر نجاح استقبال التقنينات الفرنسية فى مصر ، ويفسر كذلك عدم الأخذ بهذه التقنينات فى أحكامها التى تتعارض مع الأديان كما فى قانون الأسرة ، أو قانون الميراث ٠

وقد حاول بعض كبار الفقهاء فى فرنسا البحث عن « الفكرة العامة للكون »(١٩٧) ، والتى يمكن أن تستمد منها المبادىء الأساسية للقانون الفرنسى ٠ وقد وجدوا فى ذلك بعض الصعوبات نتيجة للاختلاف فى الآراء(١٩٨) ٠ وكما يقول الفيلسوف الفرنسى المعاصر « جابرييل مارسيل »: « ان الانسان الغربى يعانى فى الوقت الحاضر من أزمة ميتافيزيقية »(١٩٩) ٠

---

(١٩٥) MATER et MAGISTRA, Les encycliques sociales, op. cit., p. 385, Adde, Quadragesimo anno, ibid., p. 184.

(١٩٦) عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، القاهرة ، ١٩٤٧ ، ص ١٠٣ وما بعدها ، أبو زهرة ، أصول الفقه ، القاهرة ، ١٩٥٧ ، ص ٢٩٢ وما بعدها ٠

(١٩٧) F. GENY, Science et technique, op. cit., t. 2, p. 354, Adde, T. 1, p. 4, 72, 73, 74, 108; T. 2, p. 15, 112, 117, 272, 279, 344.

(١٩٨) F. GENEY, Science et technique, op. cit., T. 2, p. 364, 393.

(١٩٩) G. MARCEL, Les hommes contre l'humain, 28e. éd. La Colombe, Paris, 1962, p. 33.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد زادت حدة هذه الأزمة فى فرنسا بسبب وجود حزب شيوعى قوى يتبعه عدد غير قليل من الناس(٢٠٠) ، وهو ما دعا الأستاذ « هنرى مازو » الى القول بأن « الساعة قد جاءت للاختيار فى كل المجالات بين الحضارة المسيحية وبين طريقة من الحياة ، محكومة طبقا للمبادىء الماركسية »(٢٠٠ مكرر) .

ورغم هذه الصعوبات ، فانه يمكن القول بأن النظرة العامة للوجود الغالبة فى فرنسا ، هى نظرة غربية conception de vie occidentale قائمة على أساس التقاليد اليونانية الرومانية المسيحية tradition gréco-romano-chrétienne (٢٠١) .

والواقع ان الصراع بين الأفكار والفلسفات لم يؤد الى طمس الحضارة الغربية فى فرنسا(٢٠٢) . وهكذا فان مفكرين مختلفين فى اتجاهاتهما ، كالفيلسوف الوجودى كارل جاسبرز ، أو الفيلسوف البيولوجى تيلار دى شاردان ، يؤكدان حيوية الحضارة الغربية رغم الأزمات(٢٠٣) . وهكذا أيضا فان الأستاذ جورج ريبير ، بعد أن وضع كتابه عن « انهيار القانون »(٢٠٤) ، عاد فى كتابه « القوى الخلاقة للقانون » يؤكد أن جوهر القانون لا زال قائما(٢٠٥) .

وعن الفكرة العامة للوجود أو الحياة أو الكون ، تتولد المبادىء الأساسية

---

(٢٠٠) تبلغ نسبة الناخبين من الشيوعيين فى فرنسا حوالى ٢٠٪ من مجموع الناخبين .

(٢٠٠ مكرر) Une famile sans chef, ch. D. 1951, p. 141, cité par G. Ripert, les force créatices, op. cit., p. 68, note 2.

(٢٠١) فى هذا المعنى :
M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, 2e. éd., Sirey, Paris, 1929, p. VII p. 55;
VALINE, L'individualisme et le droit, op. cit., p. 415;
G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, op. cit., p. VII, Adde, 128, 152, 153, 163, 173, 178, 188, 343, 345;
R. GENY, Science et technique, op. cit., t. 2, p. 355.

(٢٠٢) CARTY et RAYNAUD, op. cit., T. 1, p. 86, 87, 88.

(٢٠٣) K. JASPRS, Introduction à la philosophie, trad. par Jeanne Hersch, Plon, Paris, 1962, p. 188 et s.;
TEILHARD DE CHARDIN, La place de l'homme dans la nature, 1950, U.G.E., 1962, p. 125.

(٢٠٤) G. RIPERT, Le déclin du droit, Paris, 1949.

(٢٠٥) G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, op. cit., p. 28.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للقـــــانون principes généraux du droit وهى المبـــادىء التى يستهدى بها المشرع والقضـــاء فيما يقومان به من خلق للقواعد القـانونية الوضعية(٢٠٦) .

ويلاحظ الأستاذ مورى ، بحق ، ان الفكرة العـــامة للحيـاة ، يكون تأثيرها أكبر فى البلاد الشمولية عنها فى البـــلاد الديمقراطية ، سواء على المشرع أو على القاضى(٢٠٧) .

وبالنظر الى الفكرة العامة للوجـــود فى دولة معينة ، والى المبـــادىء الأساسية للقانون المتولدة عنها ، والى القواعد القانونية الوضـــعية المستمدة من هذه المبادىء ، يمكن ادراك فكرة النظام العام والآداب السائدة فى هـذه الدولة ، وهو ادراك يقوم على أساس حقائق موضوعية ، ولا يتوقف على نظرة القاضى الشخصية أو اتجاهاته الخاصة .

. ولذلك فان تطبيق فكرة النظام العام والآداب رغم مرونتها ، يعتبر عملا قانونيا ، يخضع فيه القـــاضى لرقـــابة المحكمة التى تراقب حسن تطبيق القانون ، وهى محكمة النقض(٢٠٨) .

واذا كانت فكرة النظام العام والآداب فكرة مرنة متطورة فان ذلك راجع الى أن الصراع بين الأفكار هو صراع دائم لا يتوقف . ولذلك فان النتيجـــة التى انتهينا اليها عن الفكرة العامة للوجود سواء فى مصر أو فى فرنسا ، هى نتيجة مؤقتة . فلا أحد يعرف المستقبل . ومن المتصور أن تظل هذه الأفكار سائدة لآلاف أخرى من السنين ، ومن المتصـــور أن كل شىء يتغير خـــلال

---

(٢٠٦) G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, op. cit., p. 325 et s.;
M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, op. cit., p. 236;
BOULANGER, Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi, Travaux Capitant, T. 5, 1949, p. 68 et s.;
J. RIVERO, Le juge administratif français, un juge qui gouverne, D. Ch. 1951, p. 22.

ويلاحظ اننا ناخذ بتحفظ شديد فكرة حكومة القضاة التى يتحدث عنها الأستاذ ريفيرو .

(٢٠٧) J. MAURY, Observations sur les modes d'expression du droit, op. cit., Recueil Lambert, 1938, T. 1, p. 428.

(٢٠٨) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٤٢٧ ، هامش ١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عشرات من السنين فقط · ولا يمكن فى هذا الشأن أن نستهدى بأى درس من التاريخ ، فالتاريخ ليس له أى معنى ، وما حدث فى الماضى لا يمكن أن يدل بشكل أو بآخر على ما سيحدث فى المستقبل(٢٠٩) ·

ولهذا فانه اذا كانت فكرة القانون واضحة فى مصر ، أو فى فرنسا ، الا أن الصراع لم ينته بعد · والصراع بين الأفكار قد لا يمس الفكرة العامة للوجود السائدة فى ذاتها ، ولكنه يدور فقط فى نطاق هذه الفكرة · وعلى سبيل المثال فان الصراع بين الفردية والاشتراكية فى أوروبا ، كان صراعا داخل اطار الحضارة الغربية · فعندما كانت الفردية هى السائدة فانها كانت تعتمد على تقاليد الحضارة الغربية ، وعندما أصبحت الغلبة للاشتراكية ، فان ذلك قد تحقق أيضا باسم الحضارة الغربية ، التى وجدت فى الاشتراكية تعبيرا أكثر انسجاما مع تقاليدها الفلسفية والأخلاقية والدينية ·

ولكن اذا وصل الأمر الى درجة اعتناق الاشتراكية الماركسية ، فان ذلك لا يكون مجرد انتصار للاشتراكية على الفردية ، وانما يكون انتصارا للفكرة الماركسية للوجود ، على التقاليد الحضـــارية الأخرى التى كانت سائدة من قبل ·

ونظرا لأن الاشتراكية قد انتصرت الآن فى كثير من دول العالم ومنهـا مصر ، بحيث أصبحت من المعالم البارزة للفكرة العامة للوجود الســائدة فى هذه الدول ، فانه يتعـــين دراسة تأثير الاشتراكية على فكرة النظـــام العام والآداب ·

٣٣ ـ النظام العام الاشتراكى :

نؤكد ما سبق أن ذكرناه من أنانتصار الاشتراكية فى مصر ، لايتعارض

---

(٢٠٩) Bergson, Les deux sources de la morale et de la religion, 100 éd. P.U.P. 1960, p. 312 et s.;
G. MARCEL, Les hommes contre l'humain, op. cit., p. 97, 178, 184, 186;
K. JASPERS, Introduction à la philosophie, op. cit., p. 133 et s.;
MAX WEBER, cité par Jaspers, op. cit., p. 150;
COMP. R. ARON, Dix-huit leçons sur la société industrielle, Collection Idées, 1962, p. 26 et s.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بأى حال مع الفكرة العامة للوجود السائدة فى المجتمع المصرى ، وهى الفكرة القائمة على الايمان بالله والعدل المطلق ، والرسالات السماوية ، والمبادىء الأخلاقية الطبيعية العقلية . بل ان الاشتراكية فى مصر لا يمكن فهمها الا فى ضوء التقاليد الحضارية السابق ذكرها . فهى مرتبطة بهذه التقاليد ومعبرة عنها .

وقد ترتب على الأخذ بالأفكار الاشتراكية فى مصر ، ظهور الكثير من النظم القانونية الهامة ، التى أصبحت جزءا من النظام القانونى المصرى فى مجموعه ، والتى أسهمت بالتالى فى تحديد مضمون فكرة النظام العام والآداب فى القانون المصرى . فلا شك أنه أصبح يوجد فى مصر الآن نوع من النظام العام الاشتراكى ونوع من الآداب الاشتراكية . وهى التى يعبر عنها « بقواعد الحياة فى الجماعة الاشتراكية »(٢١٠) .

وقد وجد الكتاب الاشتراكيون صعوبة بالغة فى تعريف المقصود بقواعد الحياة فى الجماعة الاشتراكية . وقد أعطوا لهذه الفكرة تعريفات غامضة منها : « كل ما هو لازم لتحقيق أهداف المجتمع الاشتراكى » ، أو كل ما هو لازم « لتشجيع العمال على بناء الاشتراكية » ، أو كل « ما يساهم بطريقة ايجابية فى تدعيم الاشتراكية » . وهذه التعريفات الغامضة غير المحددة تعبر عن أهداف الاشتراكية وليس عن مضمون فكرة النظام العام الاشتراكى(٢١١) .

ومع ذلك فانه من المقطوع به أن النظام العام الاشتراكى فى مصر ، لا يستمد مضمونه من المبادىء الماركسية ، كما فى الاتحاد السوفييتى . فاذا كان النظام العام الاشتراكى طبقا للفلسفة الماركسية يؤدى الى اعتبار كل أنواع التجارة الخاصة من قبيل النشاط الاستغلالى المتعارض مع قواعد الحياة فى الجماعة الاشتراكية ، فانه على العكس من ذلك تعتبر التجارة فى ذاتها عملا

---

(٢١٠) M. S. KHALIL, Le dirigisme économique, op. cit., p. 225.

(٢١١) راجع فى هذه التعريفات وفى نقدها :
M. S. KHALIL, op. cit., p. 227.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مشروعا وفقا للنظام العام الاشتراكى فى مصر ، طالما لا يقوم التاجر بنشاط استغلالى حقيقى من الناحية الواقعية(٢١٢) .

ويرى البعض ان تحديد مضمون فكرة النظام العام الاشتراكى ، يتم بنفس الطريقة التى يتم بها تحديد مضمون فكرة النظام العام التقليدى ، وهى الاستقراء والاستنباط من القواعد القانونية الوضعية ذات المضمون الاشتراكى ، وارجاع هذه القواعد الى المبادىء الأساسية الاشتراكية التى تعتبر هذه القواعد تطبيقا لها(٢١٣) .

ويمكن أن يضاف الى ذلك أن النظام العام الاشتراكى المصرى بقواعده التفصيلية ، ومبادئه الأساسية ، هو تعبير عن التقاليد الحضارية فى مصر ، بحيث لا يمكن فهمه منفصلا عن الفكرة العامة للوجود السائدة فى المجتمع المصرى .

ولذلك فان القاضى فى تعرفه لقواعد النظام العام الاشتراكى يقوم بعمل موضوعى يعتمد فيه على الحقائق الموضوعية للقانون المصرى والتقاليد المصرية ، وليس على أفكاره الشخصية فى هذا الشأن .

من أبرز القواعد القانونية الناشئة عن الأفكار الاشتراكية ، القواعد الخاصة بتحديد أثمان السلع والخدمات والأجور(٢١٤) ، والقواعد المتعلقة بملكية وادارة وسائل الانتاج عن طريق القطاع العام . وقد أصبحت هذه القواعد الأخيرة جزءا من القانون الادارى ، وهو ما يسمى بالقانون الادارى الاقتصادى ، وهو فرع من فروع القانون العام(٢١٥) ، وكذلك القواعد المتعلقة بالرقابة على النقد ، والقواعد المتعلقة بخطة التنمية فى الدولة(٢١٦) .

ويعتقد البعض أن وجود قطاع خاص فى مصر بجانب القطاع العام ،

---

(٢١٢) M. S. KHALIL, op. cit., pp. 225-226.

(٢١٣) M. S. KHALIL, op. cit., pp. 228-229.

(٢١٤) M. S. KHALIL, op. cit., p. 106 et s.

(٢١٥) راجع كتابنا ، القرار الادارى مصدر للحق ، ص ٥١ وما بعدها .

(٢١٦) M. S. KHALIL, op. cit., p. 149 et s., p. 215 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يؤدى من الناحية العملية الى احتمال وقوع تصرفات متعـــددة تتعارض مع النظام العام الاشتراكى • ومن أمثلة هذه التصرفات : استغـــلال الضعفاء ، المناورة بقصد افساد القوانين الاقتصادية الصادرة عن الدولة ، تحطيم الثقة فى سياسة الدولة الاقتصادية ، المقامرة للاستفادة من مرونة هذه القوانين ، التهاون فى تنفيذ الحقوق الناشئة عن العقود أو اساءة استعمال هذه الحقوق ضد فكرة التضامن الاشتراكى • كل هذه التصرفات وغيرها تعتبر متعارضة مع المبادىء الأساسية للمجتمع الاشتراكى(٢١٧) •

وغنى عن الذكر أن النظام العام الاشتراكى هو جزء من النظام العام فى مصر ، فهو لا يستنفد فكرة النظام العـــام ، بل يعتبر تطبيقا خاصـــا لها • وندرس فيما يلى التطبيقات المختلفة لفكرة النظام العام والآداب •

٣٤ ـ تطبيقات فكرة النظام العام :

يلاحظ ابتداء أن قواعد القانون العام بفروعه المختلفة تتعلـــق كلهـــا بالنظام العام • والقانون العام هو القانون الذى ينظم السلطات العـــامة فى الدولة ، والعلاقة بين هذه السلطات بعضها والبعض الآخر ، أو العـــلاقة بينها وبين الأفراد • ومن فروع القانون العام ، القانون الدستورى ،والقانون الادارى ، والقانون المالى ، والقانون الجنائى ، وقانون النظام القضائى ،وقانون الخدمة العسكرية •

ومن قواعد القانون الدستورى ، القاعدة التى تقرر حرية الانتخـــاب وحرية الترشيح ، والحرية الشخصية ، وحرمة النفس ، وحرمة المســكن ، وحرية العقيدة ، وحرية الرأى ، وحرية الاقامة •••• الخ(٢١٨) • ولذلك يقع باطلا كل اتفاق على تنازل الشخص عن حقه فى الترشيح ، وكل اتفاق على انتخاب شخص معين أو عدم انتخاب شخص معين • ويقع باطلا كل اتفاق على العمل لدى شخص آخر مدى الحياة • ويقع باطلا الاتفاق على اقتطاع جزء من جسم الشخص أو عضو من أعضائه • ويقع باطلا الاتفـــاق على تغيير عقيـــدة الشخص أو الاتفاق على عدم تغييرها • ويقع باطلا الاتفاق على عدم الاقـــامة

---

(٢١٧) M. S. KHALIL, op. cit., p. 227.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

في مكان معين ، أو الاقامة بصفة دائمة في مكان معين .... الخ .

وقواعد القانون الاداري تتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها . فلا يجوز للموظف العام أن يتنازل عن وظيفته للغير مقابل مبلغ من النقود أو بدون مقابل ، أو أن يتعهد بعدم القيام بواجبه الوظيفي تحقيقا لمصلحة أحد الأفراد ، أو أن يتعهد بالقيام بواجبه الوظيفي مقابل مبلغ من النقود .... الخ .

وقواعد القانون المالي تتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على التهرب من الضريبة .

وقواعد القانون الجنائي تتعلق بالنظام العام . ولذلك يقع باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة سرقة أو نصب أو خيانة أمانة ، أو التعهد بعدم الابلاغ عن جريمة ، أو الاتفاق على دفع مبلغ من النقود كفدية عن جريمة قتل ارتكبت مقابل عدم رفع الدعوى العمومية ضد القاتل ... الخ .

وقواعد النظام القضائي تعتبر في مجموعها متعلقة بالنظام العام . فلا يجوز الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص الولائي كالاتفاق على رفع الدعوى أمام مجلس الدولة بينما المحاكم العادية هي المختصة بها . ولا يجوز الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي كالاتفاق على رفع الدعوى أمام المحكمة الجزئية بينما المحكمة المختصة بنظرها هي المحكمة الابتدائية . أما قواعد الاختصاص المحلي فهي لا تتعلق بالنظام العام . فيجوز مثلا الاتفاق على رفع الدعوى أمام محكمة الاسكندرية بدلا من محكمة القاهرة .. وهكذا . وكذلك فان القواعد المتعلقة بطرق الاثبات وعبء الاثبات لا تتعلق بحسب الأصل بالنظام العام(٢١٩) .

وقواعد قانون الخدمة العسكرية تتعلق بالنظام العام . وبالتالي لا يجوز الاتفاق على أن يؤدي الخدمة العسكرية شاب آخر بدلا من الشاب الذي تجب عليه الخدمة .

---

(٢١٨) راجع المواد من ٤٠ - ٦٣ من دستور جمهورية مصر الدائم .

(٢١٩) راجع كتابنا ، النظرية العامة للاثبات ، ص ٩٠ ، ص ٩٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وتطبيقات فكرة النظام العام لا تقتصر على القانون العام ، بل توجد كذلك فى نطاق القانون الخاص ، وهو القانون الذى ينظم المعاملات الخاصة فيما بين الأفراد بعضهم وبعض • وقد ضربنا أمثلة كثيرة على قواعد للقانون المدنى متعلقة بالنظام العام(٢٢٠) • ونضيف الى ما سبق ذكره انه فى نطاق علاقات الأسرة يعتبر حق الزوج المسلم فى الزواج بأكثر من واحدة ، وحقه فى طلاق زوجته ، وواجبه فى الانفاق عليها ، من النظام العام • وأحكام الميراث تتعلق أيضا بالنظام العام ، فلا يجوز التعديل فى الأنصبة أو تجاوز الحق فى الايصاء • وقد سبق أن رأينا أن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه •

وفي نطاق القانون الخاص أيضا لا يجوز ابرام تصرف يمس بالكيان الاقتصادى للدولة • ومن الأمثلة على ذلك شرط الدفع بالذهب ، فهو باطل سواء فى المعاملات الداخلية أو المعاملات الخارجية • وكذلك فان كل الاتفاقات المتعارضة مع النظام الاشتراكى بالمعنى السابق ذكره تعتبر باطلة لمخالفتها للنظام العام •

٣٥ ـ تطبيقات فكرة الآداب :

جدير بالملاحظة أن فكرة الآداب اما أن تعتبر جزءا من فكرة النظام العام، أو تعتبر مرادفة لها • فاذا اعتبرت جزءا من فكرة النظام العام ، فيكون المقصود بهذه الفكرة ، الناموس الأدبى(٢٢١) ، الذى يقوم عليه المجتمع ، وهو جزء من كل يضاف الى الأساس الاجتماعى والاقتصادى والسياسى ليتكون بعد ذلك ما يسمى بالنظام العام •

ومع ذلك فان فكرة الآداب قد تعتبر مرادفة لفكرة النظام العام ، اذا قصد باصطلاح الآداب ، الأفكار الأخلاقية السائدة فى المجتمع • لأن الأفكار الأخلاقية بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح ، انما تعبر عن الموجهات التى تنساب منها المبادىء السياسية والاقتصادية التى يقوم عليها المجتمع • وطبقا لهذا المعنى الواسع ، فان الحديث عن الآداب الاشتراكية يرادف فى نفس

---

(٢٢٠) راجع ما سبق ، فقرة ٣٠ •

(٢٢١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٤٣٩ •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الوقت الحديث عن النظام العام الاشتراكى ، أو الحديث عن قواعد الحياة فى المجتمع الاشتراكى ... الخ(٢٢٢) .

وسنراعى فى التطبيقات التى سنذكرها فى هذه الفقرة ، المعنى الأول الضيق لاصطلاح الآداب ، وهو ما يعبر عن الناموس الأدبى فى المجتمع .

ومن أمثلة الاتفاقات المخالفة للآداب ، الاتفاقات المتعلقة بالجنس ، كالاتفاق على اقامة علاقة غير مشروعة مقابل مبلغ من النقود ، أو الاتفاق على تأجير شخص لاقامة علاقة من هذا النوع ، أو الاتفاق على منح مبلغ من النقود لاستمرار علاقة ، أو لاستئناف علاقة بعد انقطاعها . أما الاتفاق على دفع مبلغ من النقود كتعويض عن الأضرار التى أصابت أحد طرفى هذه العلاقة بعد انقطاعها ، فلا يعتبر باطلا .

ومن الاتفاقات الباطلة لمخالفة للآداب ، تلك المتعلقة ببيوت الدعارة ، كشراء منزل أو تأجيره أو تأثيثه لغرض من أغراض الدعارة . وكذلك يقع باطلا كل عقد عمل فى هذه البيوت ، وكل عقد قرض لتمويل الاستثمارات التى تتم عن طريق هذه البيوت ... الخ .

ومن الاتفاقات الباطلة لمخالفتها للآداب ، عقود المقامرة والرهان . وقد كان عقد التأمين فى الماضى معتبرا من عقود المقامرة المخالفة للآداب ، ولكنه لا يعتبر كذلك فى الوقت الحاضر ، لأن التأمين هو فى حقيقته تعاون بين المشتركين فيه على توقى المخاطر ، فهو تعاون على الخير . ويعتبر عقد التأمين من الأمثلة البارزة على مرونة فكرة الآداب وتطورها من وقت الى آخر .

ومن أمثلة الاتفاقات المخالفة للآداب ، الاتفاق على الحصول على مبلغ من النقود مقابل القيام بعمل هو واجب أصلا دون مقابل ، أو الامتناع عن عمل يجب الامتناع عنه دون مقابل .

ومن أمثلة الاتفاقات التى تثير الجدل حول مدى مخالفتها للآداب ، الوساطة بمقابل فى الزواج ، وعقد البحث عن نسب لاثبات الحق فى الميراث،

---

(٢٢٢) M. S. KHALIL, op. cit., p. 167, p. 225 et s.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٣٦ - آثار تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام والآداب :

القاعدة المتعلقة بالنظام العام والآداب هى قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، والا وقع هذا الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا . والبطلان المطلق يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به . ولا يوجد شخص بالذات تقرر هذا البطلان لمصلحته ، على خلاف البطلان النسبى الذى تقرر لمصلحة شخص معين بالذات بقصد حمايته وحده ، وبالتالى لا يجوز لغير هذا الشخص التمسك به .

أما البطلان المطلق فهو مقرر لحماية مصلحة عامة ، ولذلك يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به . ولا يزول البطلان بالاجازة(٢٢٤) . ويجب على القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه .

وكذلك فان البطلان المطلق يجوز التمسك به لأول مرة فى أى مرحلة من مراحل الدعوى ، ولو كان ذلك أمام محكمة النقض(٢٢٥) .

وتعلق القاعدة بالنظام العام يظهر أثره فى الحلول المأخوذ بها فى تنازع القوانين من حيث الزمان ، وكذلك تنازع القوانين من حيث المكان حيث تلعب فكرة النظام العام دورا هاما فى استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق عندما يتعارض مع مقتضيات النظام العام فى الدولة التى يتبعها القاضى .

والعقد الباطل لمخالفته للنظام العام والآداب يزول ويعتبر كأن لم يكن

---

(٢٢٣) راجع فى هذا الموضوع بصفة خاصة :
G. RIPERT, La règle morale, op. cit., pp. 42-59.

(٢٢٤) البطلان النسبى يزول باجازة الشخص الذى تقرر البطلان لمصلحته كناقص الأهلية أو من لحق بارادته عيب .

(٢٢٥) ولكن بشرط عدم اثارة مسائل تتعلق بالواقع ، أو يختلط فيها القانون بالواقع . راجع :
MARTY et RAYNAUD, op. cit., T. 1, p. 165.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد • ومع ذلك فقد كانت توجد قاعدة فى القانون الرومانى تحد من البطلان المطلق فى الحالة التى يكون فيها سبب البطلان هو مخالفة العقد للآداب • وتقرر هذه القاعدة انه لا يجوز للشخص أن يحتج بفحشه أمام القضـــاء la règle nemo auditur

وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى ينص على هـــذه القـــاعدة فى المادة ٣/٢٠١ منه بقوله : « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه الا اذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب » • وقد حذفت هذه القاعدة فى المشروع النهائى ، وخرج القانون المدنى بدون النص عليها ، وهو ما يعنى رفضه الأخذ بها • والواقع أن هذه القاعدة تؤدى الى عكس المقصود من منطق البطلان المطلق ، فهى تمنع من دفع مبلغا من النقود وفاء لدين قمار مثلا أن يسترد هذا المبلغ على أســاس انه هو قد ارتكب عمـــلا مخـــالفا للآداب • فالاسترداد طبقا لهذه القاعدة يجوز فقط من الطـــرف البرىء دون الطرف المذنب • ومع ذلك فان هذه القاعدة عندما تمنع الطرف المذنب من الاسترداد فانها تحقق بذلك للطرف الآخر وهو مذنب أيضا أن يجنى ثمرة ذنبه(٢٢٦) • ولذلك فان الفقه المصرى يؤيد بحق الغاء حكم هـــذه القاعدة من القـــانون المدنى(٢٢٧) ، وهو ما يؤدى الى القول بأن آثار البطلان المطلق هى زوال العقد واعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها سواء كان سبب البطلان هو مخالفة العقد للنظام العام ، أو مخالفته للآداب ، وسواء كان من يتمسك بالبطـــلان هو الطرف المذنب أو الطرف البرىء •

ورغم أن القضاء فى فرنسا يأخذ بالقاعدة الرومانية المنتقدة ، الا أن جانبا من الفقه الفرنسى يرى أن هـــذه القاعدة لا يمكن الأخذ بها بصـــدد الاتفاقات المخالفة للنظام العام الاقتصادى أو الاشتراكى(٢٢٨) •

٣٧ ـ نظرة عامة :

يخلص من دراستنا السابقة أن القواعد الآمرة هى التى تتعلق بالنظام

---

(٢٢٦) G. RIPERT, La règle morale, op. cit., p. 187.

(٢٢٧) حسن كيره ، المدخل ، ص ٥٤ ، عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٤٩ ، سليمان مرقس ، ص ٩٩ •

(٢٢٨) M. S. KHALIL, op. cit., p. 321 et s.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

العام والآداب ، أو التى يعتبرها القانون كذلك حتى ولو كانت لا ترتبط بفكرة النظام العام والآداب • والقواعد الآمرة تحد من الحرية التعاقدية بين الأفراد وتحد من سلطان الارادة ، اذ لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وكل اتفاق من هذا القبيل يقع باطلا بطلانا مطلقا • والقواعد الآمرة هى الأكثر عددا ، فهى تضم قواعد القانون العام بكل فروعه ، وتضم كذلك جانبا هـــاما من قواعد القانون الخاص •

أما القواعد المكملـة أو المفسرة فهى موجودة فقط فى نطـــاق القانون الخاص وهو القانون الذى ينظم المعاملات الخاصـــــة بين الأفراد • والقواعد المكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها ، ومع ذلك فهى قواعد ملزمة اذ لا تعارض بين جواز الخروج على حكمها وبين الزامها عندما تتوافر شروطها •

وكل قاعدة قانونية تتضمن أمرا ملزما • ومقتضى الالزام فى القاعـدة القانونية هو تنفيذها بطريق الجزاء القهرى الذى تباشره الدولة بما تملكه من وسائل القوة والقهر •

واذا كانت القاعدة القانونية تتميز بالجزاء والقهر ، فهى تتميز أيضـا بالعمومية والتجريد ، وتتميز أيضا بأنها قاعدة سلوك اجتماعى • فالقـاعدة القانونية هى قاعدة عامة مجردة تنظم سلوك الأشخاص فى المجتمع تنظيما مقترنا بجزاء قهرى •

والقانون لا يعرف فقط بخصائصه بل يعرف كذلك بمصدره • ومصدر القانون هو ارادة الدولة • فالقانون يتكون من القواعد الوضعية الصادرة عن ارادة الدولة • وندرس هذه المسألة فيما يلى •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثالث

العلاقة بين القانون والدولة

٣٨ ـ القانون الوضعي :

القانون الذى نعنى بدراسته هو القانون الوضعى • والخصائص التى ذكرناها للقاعدة القانونية هى خصائص القاعدة القانونية الوضعية •والقانون الوضعى هو القانون الصـــادر عن ارادة الدولة • والدولة تعبر عن ارادتها بطريق التشريع أو العرف أو القضاء • وكما يصدر القانون عن ارادة الدولة فان تنفيذه يتم بواسطة الدولة •

وكما أن القانون يعتمد فى وجوده وفى نفاذه على الدولة ، فان الدولة كذلك تخضع للقانون • وقبل ظهور الدولة ، لم يكن هنـــاك قانون • أما الجماعات غير المنظمة التى لا تخضع لسلطة حاكمة فيها فانها لا تخضع لأى قانون ، حتى وان وجدت بها بعض العادات الأخلاقية • وكذلك فان الدولة التى تنهار وتقع فريسة للحرب الأهلية ، ينتهى فيها وجود القانون •

والربط بين القانون والدولة على هذا النحو يمثل اتجاها فكريا يطلق عليه اسم الوضعية القانونية • واصطلاح الوضعية هنا مستمد من اصطلاح القانون الوضعى • والوضعية القانونية ، ليست هى الوضعية الفلسفية التى أنشأها الفيلسوف الانجليزى Bacon والفيلسوف الفرنسى «أوجست كونت» • واذا كان من اللازم كما سنرى أن يكـــون الشخص وضعيا من الناحيـــة القانونية ، أى مؤمنا بالقـــانون الوضـــعى ، اذا كان وضعيا من الناحيـــة الفلسفية أى مؤمنا بالفلسفة الوضعية ، غير انه من الممكن كذلك أن يكـــون الشخص وضعيا من الناحية القانونية ، دون أن يكون وضعيا من الناحيـــة الفلسفية ، أى دون أن يؤمن بالفلسفة الوضعيه •

والواقع أن التداخل بين الوضعية الفلسفية ، والوضعيـــة القانونية ،

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أدى الى كثير من الغموض ، والى تشويه المقصود بالاتجاه الوضعى فى القانون • ونوضح ذلك فيما يلى •

٣٩ - الوضعية الفلسفية والوضعية القانونية :

ترجع الفلسفة الوضعية فى نشأتها الى الفيلسوف الانجليزى بيكون Bacon ، الذى ينتمى اليه الفيلسوف الفرنسى أوجست كونت(٢٢٩)• وتدين الفلسفة الوضعية بالفضل كذلك للفيلسوف كانت الذى كان ينكر امكان الوصول الى أى معرفة ميتافيزيقية عقلية(٢٣٠) • ومن أعلام هذه الفلسفة Hume كذلك Mill أما أبرز أنصارها فى القرن العشرين فهم برتراند رسل فى انجلترا ، وفلاسفة دائرة فيينا(٢٣١) • وقد انحاز الى هذه الفلسفة بعض كبار رجال القانون ، وفى مقدمتهم « ديجى » فى فرنسا ، وكلسن فى الولايات المتحدة ، وهو أصلا من فيينا •

واتجاه الفلسفة الوضعية هو اتجاه تحليلى ، منطقى ، تجريبى • وكما يقول كونت « لا توجد معرفة حقيقية الا تلك التى تعتمد على التجارب الواقعية »(٢٣٢) • وبحسب هذه الفلسفة لا توجد حقائق غير الحقائق المادية • أما الميتافيزيقا فهى مجردة من المعنى ، فالطبيعة فقط هى التى يمكن أن تكون موضوعا للدراسة • ولا توجد معرفة الا عن طريق منهج العلوم الطبيعية(٢٣٣) •

وفى مجال الأخلاق يؤمن الوضعيون بالنسبية الى أقصى حد • فلا توجد فى تقديرهم قواعد أخلاقية مطلقة ، أو قانون طبيعى خالد(٢٣٤) •

---

(٢٢٩) A. COMTE, Course de philosophie positive, T. 1, 5e. éd., 1892, pp. 6-7.

(٢٣٠) KANT, Fondements de la métaphysique des moeurs, op. cit., p. 206 et s.;
BOCHENSKI, La philosophie contemporaine, op. cit., p. 14.

(٢٣١) BOCHENSKI, La philosophie contemporaine, op. cit. p. 49.

(٢٣٢) A. COMTE, Cours de philosophie positive, T. 1, op. cit., p. 6-7.

(٢٣٣) BOCHENSKI, La philosophie contemporaine, op. cit. p. 43.

(٢٣٤) A. COMTE, Système de politique positive, Paris, 1912, 4e éd., identique à la première parue en 1854, T. 1, p. 4, T. 2, p. 43.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والوضعية الفلسفية تقود حتما الى انكار مبادىء العـــدل المطلق ، أو مبادىء الأخلاق الطبيعية العقلية المطلقة ، وهى ما تسمى بالقانون الطبيعى ٠

والوضعية الفلسفية تقود كذلك الى الاعتراف بالقانون الوضعى ، لأنه موجود فى الواقع فى دولة معينة فى زمان معين ، وهو ما يمكن التعرف عليه عن طريق المشاهدة والملاحظة ٠

وقد أدت الوضعية الفلسفية بانحياز بعض رجال القانون لها ، الى ظهور نوع من الوضعية القانونية ، يقوم على الفكرتين الآتيتين : أولا : الاعتراف بالقانون الوضعى على أساس وجوده نافذا فى دولة معينة ٠ ثانيا : انكار كل فكرة عن القانون الطبيعى أو الأخلاق المطلقة ٠

والوضعية القانونية الناشئة عن الوضعية الفلسفية ، انقسمت بدورها الى اتجاهين مختلفين ٠ الأول اتجاه شكلى وهو الذى يربط بين القانون وبين التشريع باعتباره التعبير الصريح عن ارادة الدولة ٠ والثانى اتجاه واقعى وهو الذى يبحث عن القـــانون ليس فقط فى التشريع ، ولـكن فى المجتمع حيث يعيش القانون من ناحية التطبيـــق ، وحيث توجد الأعراف والتقاليد والقواعد التعاونية ٠٠ الخ ٠ والاتجاه الأول يسمى positivisme étatique ، والاتجاه الثانى يسمى positivisme sociologique (٢٣٥) ٠

والوضعية الفلسفية رغم منهجها العلمى ، لا تخلو من التعصب لهـذا المنهج ٠ وهو تعصب يصل الى درجة التدين والتشيع والانغلاق(٢٣٦) ٠

ومن أمثلة هذا التعصب أن أبرز أنصار هذه الفلسفة من رجال القانون فى العصر الحديث وهو كلسن ، يطلق على نظريته ، اسم النظرية الخالصـــة للقانون ، بينما هو يعترف صراحة بأنه وضع هذه النظرية « فى اطار الفلسفة

---

(٢٣٥) J. CARBONNIER, Droit civil, T. 1, 1960, p. 32 et s.

(٢٣٦) BOUCHENSKI, La philosophie contemporaine, op. cit., p. 51.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العلمية »(٢٣٧) . ولا يمكن بالطبع أن ينحـــاز الشخص الى فلسفة معينـة كالفلسفة العلمية الوضعية ثم يعتبر مسلكه فى نفس الوقت خالصا من كل انحياز ، الا على أساس أن الفلسفة التى انحاز اليها هى وحـــدها الجـديرة بالاعتبـــار ، وأن ما عـــداها يعتبر هراء ... !! . وهـــذا هو التعصب بعينه(٢٣٨) .

ومن أمثلة هذا التعصب أيضا ، أن أنصار الفلسفة الوضعية من رجال القانون ، احتكروا الوضعية القانونية ، وطابقوا بينهـــا وبين الوضعيـــة الفلسفية ، وأغلقوا الباب أمام كل رجل قانون لا يؤمن بالوضعية الفلسفية من الانضمام الى اتجاه الوضعية القانونية . وبصفة خاصة فانه أصبح لا يحق لأنصار القانون الطبيعى والأخلاق المطلقة أن ينضموا الى المؤمنين بالقـــانون الوضعى ، أو الانضمام الى الوضعية القانونية .

وهكذا أغلق أنصار الوضعية الفلسفية باب الفكر عليهم وحدهم ، فلا يعتبر تفكيرا فى نظـــرهم ، ذلك الذى لا يعتمد على المنهج التجريبى المنطقى التحليلى . ثم أغلق رجال القانون من أتباع هذه الفلسفة باب القانون الوضعى عليهم وحدهم ، فلا يعتبر مؤمنا بالقانون الوضعى الا من كان من أنصـــــار الفلسفة الوضعية . أما من يؤمن بالقانون الطبيعى الخالد ، فلا يمكن أن يعتبر وضعيا من الناحية القانونية ، أو أن يعتبر من أنصار القانون الوضعى .

ومع ذلك فالصحيح أن الفلسفة الوضعية ليست هى أعظم الفلسفـات المعاصرة شأنا(٢٣٩) . وكذلك فان الايمان بالقانون الوضعى لا يشترط فيه الايمان بالفلسفة الوضعية . بل ان رجل القانون يمكن أن يكون وضعيا فى اتجاهه القانونى ، دون أن يكون مؤمنا بالفلسفة الوضعية . وبصفة خاصة فان رجل القانون يمكن أن يكون وضعيا فى اتجاهه القـــانونى ، مع ايمانه بالقانون الطبيعى والعدل المطلق . بل أكثر من ذلك فان فلاسفة القـــانون

---

(٢٣٧) H. KELSEN, Théorie pure, op. cit., p. 106.

(٢٣٨) فى نفس المعنى : G. RICHARD, Le positivisme juridique et le loi des trois états, ARCH de philosophie du droit et de Soc. Jur., 1931, p. 321.

(٢٣٩) BOUCHENSKI, La philosophie contemporaine, op. cit., p. 64.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الطبيعى هم الذين أنشأوا الوضعية القانونية ٠

٤٠ ـ معيار الوضعية القانونية :

الوضعية القانونية بمعناها الصحيح هى النظرية التى تعترف بالضرورة التى لا غنى عنها للمدينة cité أو الدولة état ، بكل عناصرها المكونة ، وفى مقدمتها السلطة الحاكمة التى تحتكر وحدها وسائل القهر العـــام فى المجتمع ٠

والوضعية القانونية بهـــذا المعنى لا تقتضى أى التزام فلسفى من أى نوع كان ٠ فرجل القانون الوضعى يمكن أن ينضم الى أى فلسفة يختارها : فلسفة المادة ، فلسفة الفكرة ، فلسفة الحيـــاة ، فلسفة الجوهر ، فلسفة الوجود ٠٠ أو غير ذلك ٠ ورجل القانون المؤمن بالوضعية القانونية يستطيع أن ينحاز الى مبادىء وقيم تختلف عن تلك التى تستهـــدى بها السلطة فى الدولة التى يعيش فيها ، حتى ولو كانت المبادىء التى يؤمن بها رجل القانون تدفعه الى الصراع أو الثورة ضد هذه السلطة ، فانه يظل مع ذلك محتفظـا بصفته الوضعية طالما انه يسعى الى استبدال السلطة بسلطة أخرى غيرها ، وليس بالفوضى ٠

وعلى عكس الوضعية القانونية ، فان عدم الوضعية القانونية هى تلك الاتجاهات التى لا تعترف بضرورة الدولة أو السلطة وتبشر بقرب اختفائهما٠ ورجال القانون غير الوضعيين يستوحون أفكارهم من فلسفات مختلفة شديدة الاختلاف فيما بينها كفلسفات ، فيشت ، سان سيمون ، برودون ، ماركس ، وتولوستوى ٠

والوضعية القانونية بهذا المعنى ، أقدم من الوضعية الفلسفية بعشرات القرون ٠ والوضعية القانونية هى فى الواقع من خلق فلاسفة القانون الطبيعى وفى مقدمتهم أرسطو وكانت ٠

٤١ ـ الوضعية القانونية من خلق فلاسفة القانون الطبيعى :

لقد كان من السهل أن ندلل على أن الوضعية القانونية نشأت بواسطة فلاسفة القانون الطبيعى ، بأن نشير الى هـوبز وهيجـــل ، فكل من هذين

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفيلسوفين من أنصار القانون الطبيعى ، وهما فى نفس الوقت من أنصار القانون الوضعى • بل انهما ذهبا الى المطابقة بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى • فارادة الدولة هى مصدر القانون الطبيعى وهى فى نفس الوقت مصدر القانون الوضعى • فبحسب فلسفة هيجل كل ما هو واقعى هو عقلى ، وكل ما هو عقلى هو واقعى ، وبحسب فلسفة هوبز فان مصدر القانون الطبيعى هو عقل الدولة ، أو عقل الكومنولث على حد تعبيره • والفارق بين الفيلسوفين ان الدولة التى يصدر عنها القانون الطبيعى حسب هيجل هى الدولة السائدة فى عصرها والتى تعتبر تجسيدا للارادة الالهية على الأرض • بينما الدولة التى يصدر عنها القانون الطبيعى حسب هوبز هى كل دولة بغير قيد أو شرط • وفلسفة هوبز وكذلك فلسفة هيجل ، تؤديان ليس فقط الى الايمان بالقانون الوضعى ، بل الى التسليم باستبداد القانون الوضعى ، باعتباره مطابقا للقانون الطبيعى الخالد •

ومع ذلك فاننا لا نستدل على أن فلاسفة القانون الطبيعى هم الذين خلقوا الوضعية القانونية عن طريق الرجوع الى هذين الفيلسوفين بالذات • ذلك انه رغم أهميتهما البالغة فان فلسفتهما تعتبر انحرافا فى نظرية القانون الطبيعى ، وهو ما سنوضحه بالتفصيل عند دراستنا لجوهر القانون فى باب الثانى من هذا الكتاب(٢٤٠) •

ويكفى لاثبات أن الوضعية القانونية من خلق فلاسفة القانون الطبيعى، أن نرجع الى أبرز هؤلاء الفلاسفة وهما أرسطو الذى يعرف بانه أب القانون الطبيعى ، وكانت ، أقوى الفلاسفة المتأخرين تعبيرا عن القانون الطبيعى •

وحسب فلسفة أرسطو فان الانسان حيوان اجتماعى • أى أنه خلق ليعيش فى مجتمع سياسى هو المدينة • والانسان الفرد لا قيمة له بغير المدينة التى ينتمى اليها ، فهو كالعضو فى الجسم يفقد طبيعته اذا فصل عن الجسم الذى يجمع سائر الأعضاء •

والقانون الطبيعى وهو اصطلاح مرادف للعدل ، ومرادف كذلك

---

(٢٤٠) انظر ماسيلى ، الفقرات ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للأخلاق ، يفرض على كل فرد الخضوع للقانون الوضعي الصـــادر عن ارادة المشرع ، حتى ولو كان هذا القانون سيئا ، لأن طاعة القانون أهم من ملاءمة القانون • واقامة النظام في المجتمع مبدأ من أهم مبادىء القانون الطبيعي ، حتى ولو كان ذلك على حساب العدل في بعض التطبيقات الخاصة(٢٤١) •

وهكذا يجد القانون الوضعي سندا له من القانون الطبيعي ومبادىء العدل ، فهو لا يستمد قيمته من القوة التي فرضته • وفي هذا اعلاء من شأن القانون الوضعي يجعل من حققه مستحقا أن يوصف بأنه صـــاحب نظرية الوضعية القانونية •

ونظرية القانون الطبيعي هي أقوى تبرير لوجود القانون الوضعي • فلا يعقل أن يوصف أنصارها بأنهم غير وضعيين • بل ان القانون الوضعي يجد في القانون الطبيعي أساسا قويا يستند اليه • وهو ما لا يجد مثله في نظرية كلسن المنتمية الى الوضعية الفلسفية ، والتي تجعل أساس القانون الوضعي قاعدة افتراضية لا يجوز البحث في صحتها(٢٤٢) •

واذا رجعنا الى كانت ، وجدنا القانون الطبيعي ، وهو ما يسميه الأمر المطلق ، أو القانون الأخلاقي العالمي ، يصدر الى كل فرد الأمر الآتي : « يجب عليك بسبب علاقة التعايش التي ستنشأ فيما بينك وبين غيرك من الناس . أن تخرج من حالة الطبيعة (الفوضى) لتدخل في حالة قانونية ، وهي الحالة التي يسود فيها العدل التوزيعي »(٢٤٣) • وهكذا يستند القانون الوضعي الى القانون الطبيعي • وتستند الوضعية القانونية الى تعاليم القانون الطبيعي • بل ان ايمان كانت بالقانون الوضعي وصل الى درجة اعتقاده بأن اقامة النظام، أهم من اقامة العدل ، وأنه لا يجوز بالتالي مقاومة القوانين الظالمة • فهو يقول انه « لا توجد ضد السلطة العليا للدولة أية مقاومة مشروعة من جانب الشعب •• فالواجب المفروض على الشعب في احتمال تعسف السلطة العليا حتى ولو

---

(٢٤١) أنظر ماسيلي ، فقرة ٤٩ •

(٢٤٢) KELSEN, théorie pure, op. cit., p. 257.

(٢٤٣) KANT, Eléments métaphysiques de la doctrine du droit, op. cit., p. 159, Adde, 158, 160, 176.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بلغ هذا التعسف ما يفوق الاحتمال ، يقوم على أساس أن المقاومة ينبغى أن تعتبر دائما عملا غير مشروع »(٢٤٤) .

والواقع أن الوضعية القانونية التي ينادى بها كانت ، هى وضعية مبالغ فيها ، لأنه حتى مع الاعتراف بحق المقاومة ، فاننا نظل في نطاق الوضعية القانونية ، طالما أن هدف المقاومة هو استبدال سلطة بسلطة أخرى .

ولذلك ليس صحيحا ما يقوله كلسن من انه « بحسب نظرية القانون الطبيعي لا يمكن قبول الفكرة - التى تقبلها فقط النظرية الخالصة للقانون باعتبارها نظرية وضعية - وهى ان كل نظام للقهر يتمتع بالفعالية فى مجموعه وبصفة عامة ، هو نظام سلوك صحيح من الناحية الموضوعية»(٢٤٥) . اذ من الواضح ان «كانت» وهو من أبرز فلاسفة القانون الطبيعي يقول بأكثر مما تقوله نظرية كلسن المنتمية الى الفلسفة الوضعية .

وفى القرن العشرين ، فان الفقه الرسمى لنظرية القانون الطبيعي ، هو من غير شك الفقه الصادر عن باباوات روما ، وهو فقه يتفق تماما مع فلسفة أرسطو . وهكذا فان الاعلان Pacem in terris. يؤكد ان « المدينة هى جماعة ضرورية مزودة بسلطة حاكمة بدونها لا يتحقق وجود أو حياة للجماعة » . كما وأن « النظام الأخلاقى الذى يفرض فى داخل كل جماعة وجود هذه السلطة ، فانه هو نفسه يفرض انشاء سلطة عامة ذات اختصاص عالمى »(٢٤٦) .

وازاء هذه التاكيدات المتواترة من فلاسفة القانون الطبيعي ، لا ينبغى الالتفات الى ما يعتقده أنصار الفلسفة الوضعية من أن الوضعية القانونية قاصرة عليهم وحدهم . ولا ينبغى الالتفات كذلك الى مايعتقده أنصار الاستبداد والطغيان السياسى من أن نظرية القانون الطبيعي هى نظرية معادية

---

(٢٤٤) KANT, ibid., p. 180, Adde, p. 177, 78, 179, 183.

(٢٤٥) KELSEN, Théorie pure, op. cit., pp. 295-296.

(٢٤٦) JEAN 23, Pacem in terris, Texte intégral, La Croix du 11-4-1963, pp. 6, 7.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للدولة(٢٤٧) . بل ولا ينبغى الالتفات الى ما يقوله بعض كبـــار الفقهاء من أنصار القانون الطبيعى أنفسهم مثل فرانسوا جنى من أن « تنظيم المجتمعات الانسانيه فى شكل دول فيه شىء من الاصطناع ، وهو يتعلق بالصـــياغة القانونية ، أكثر من تعلقه بطبيعة الأشياء »(٢٤٨) . فان جنى رجع بعد ذلك فى هذا القول وقرر ان « العلم (جوهر القانون) ، يأتى هنا ليحـــل محل الصياغة »(٢٤٩) .

ويخلص مما سبق أن فلاســفة القـــانون الطبيعى ، هم الذين خلقوا الوضعية القانونية ، بالمعنى السابق تحديده فى الفقرة السابقة .ومع ذلك فهم لم يغلقوا الباب أمام أى شخص آخر يؤمن بالوضعية القانونية دون أن يكون مع ذلك مؤمنا بنظرية القانون الطبيعى . فالوضعية القانونية ، لمـــا سبق القول ، لا تفترض الالتزام بأى اتجاه فلسفى، بل يمكن الأخذ بها ، دون الارتباط بأى فلسفة معينة بالذات .

٤٢ ـ تعدد اتجاهات الوضعية القانونية :

اذا كان فلاسفة القانون الطبيعى هم أعرق أنصار القانون الوضعى ، الا انه توجد اتجاهات فلسفية أخرى تؤمن بالوضعية القانونية دون أن يؤمن أصحابها بالقانون الطبيعى .

فهناك أولا أصحاب فلسفة الشك مثل باسكال ، الذى لا يؤمن بوجود عدل مطلق ، ولا يؤمن بقوة العقل ، بل يرى انه « ليس هناك ما يطابق العقل الا انكار العقل »(٢٥٠) . ولذلك فهو ينادى بأنه « من الأفضل اطاعة القوانين والاعراف لمجرد انها قوانين »(٢٥١) . وهكذا يمكن أن تؤدى فلسفة الشك الى الايمان بالقانون الوضعى .

---

(٢٤٧) راجع فى هذا الموضوع :
LALANDE, La raison et les normes, Hachette, 1948, pp. 97, 98.

(٢٤٨) F. GENY, Méthode d'interprétation, op. cit., T. 1, p. 202.

(٢٤٩) F. GENY, Science et Technique, op. cit., T. 4, pp. 77 et s.

(٢٥٠) PASCAL, Pensées, No. 465.

(٢٥١) PASCAL, Pensées, No. 287, Adde, Nos. 196, 228, 252, et 348.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهناك أيضا أنصار الفلسفة اللاعقلية الذين ينتمون الى « نيتشه »،الذى كانت فلسفته ذات تأثير كبير على ألمانيا النازية . وكما يقول « نيتشـــه » : « المحـافظة على الدولة العسـكرية هى أعظم وسيلة لاسـتمرار التقاليد العظيمة .. »(٢٥٢) . وهنا نرى الفلسفة اللاعقلية تؤدى الى نوع من الوضعية الاستبدادية .

ويوجد كذلك وضعيون من انصار الفلسفة البيولوجية ، أو فلسفـة الحياة . ومن زعماء هذه الفلسفة «برجسون» ، الذى يرى على غرار «ارسطو» أن : « الانسان حيوان سياسى »(٢٥٤) . ومع ذلك فان « برجسون » يضع تفرقة بين المجتمع المغلق والمجتمع المفتوح . فالطبيعة اعدت الانسان ليعيش فى مجتمع سياسى مغلق(٢٥٤) . واذا كان الانسان قد استطاع ان يخرج من هذا المجتمع ، ويدخل فى مجتمع سياسى أكبر ، فان ذلك قد حدث « بمجهود كبير فى الاتجاه المضاد للطبيعة » (٢٥٥) . وفى المجتمع المغلق الذى اعدته الطبيعة للانسان فان « الأمر يكون مطلقا من ناحيه ، والخضوع مطلقا من الناحية الأخرى »(٢٥٦) .

ولعل من أبرز رجال القانون الذين تأثروا بالفلسفة البيولوجية ، استاذ القانون الدولى « جورج سل »(٢٥٧) .

ويوجد أيضا وضعيون من انصار الفلسفة الوجـودية ، وهـكذا فان الفيلسفون الوجودى المعاصر « كارل جاسبرز » يذكر أن : « القوة تؤسس القانون »(٢٥٨) .

---

(٢٥٢) NIETZCHE, La volonté de puissance, Trad. G. Bianquis, Gallimard, T. 2, 1948, p. 98.

(٢٥٣) Bergson, Les deux sources de la morale et de la religion, op. cit., p. 297.

(٢٥٤) BERGSON, Les deux sources, op. cit., p. 292.

(٢٥٥) BERGSON, Les deux sources, op. cit., p. 302.

(٢٥٦) BERGSON, Les deux sources, op. cit., p. 295.

(٢٥٧) راجع : MARTY et RAYNAUD, T. 1, p. 39.

(٢٥٨) K. JASPERS. Liberté et réunification Gallimard, Paris, 1962, p. 37.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهناك كذلك اتجاه وضعي ينتمي الى فلسفة الجوهر • فالفيلسوف « ماكس شيلر » يجعل أساس السلطة مبدأ اخلاقي • ويجعل الاحساس بهذا المبدأ هو مصدر الثقة في هذه السلطة ، بحيث اذا اختفت هذه الثقة ، أصبحت السلطة قوة غير اخلاقية (٢٥٩) •

وهناك أيضا وضعيون ينتمون الى نوع معين من الاخلاق ، كالاخلاق المسيحية مثلا • ومن هؤلاء جورج ريبير ، وجان دابان(٢٦٠) •

ولا بد أن نذكر أخيرا في قائمة الاتجاهات المؤمنة بالوضعة القانونية ، اتجاه رجال القانون المنتمين الى الوضعية الفلسفية ، فهؤلاء من انصار الوضعية القانونية ، سواء كانت وضعيتهم شكلية مرتبطة بالتشريع ، أم كانت واقعية مرتبطة بالمجتمع • ومع ذلك فهم لا يمثلون بمفردهم الوضعية القانونية ، كما ارادوا ذلك لأنفسهم ، بل أن اتجاههم هو مجرد واحد من من الاتجاهات الوضعية العديدة في القانون • ونؤكد ما سبق أن ذكرناه من أن الوضعية القانونية لا تفترض فيمن يتبعها الارتباط بفلسفة معينة بالذات• فمعيار الوضعية القانونية هو الايمان بالدولة والقانون الوضعي ، وليس الانحياز الى فلسفة أو مدرسة من مدارس التفكير المعينة بالذات • خاصة وان

---

(٢٥٩) MAX SCHELER, Le formalisme en éthique et l'éthique matériale des valeurs, Trad. par Maurice de Gaudillac, Gallimard, 2e. éd., 1955, p. 336.

(٢٦٠) G. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles op. cit., p. VI-VII, 2, 4, 27, 32, 299, 405, 409;
Les forces créatrices du droit, op. cit., p. 153, 173, 183;
J. DABIN, La technique de l'élaboration du droit positif, op., cit., p. IX, note 1:

ومع ذلك تنبغي ملاحظة أن دابان يؤمن الآن بالقانون الطبيعي « فالدولة ـ كما يقول ـ تجد تبريرها العقلي والأخلاقي في القانون الطبيعي ، الذي يكفي لكل شيء ، ويصحح كل شيء ، ويرفع كل فائدة تقريبا من السؤال الخاص بأساسها القانوني حسب القانون الوضعي » •راجع:
J. DABIN, L'état ou le politique, Dalloz, Paris, 1957, p. 121.

ودابان يظل دائما من رجال القانون الوضعيين ، فهو يؤكد أن « قانون رجال القانون » هو دائما القانون الوضعي • راجع :
J. DABIN, La définition du droit à propos d'une étude récente, in Mélange Roubier, T. 1, 1961, p. 208.

ويلاحظ أن دابان ، هاجم في هذا المقال الأخير ، التعريف الذي أعطاه ميشيل فيل ، للقانون ، رغم أن هذا الأخير لم ينكر في الواقع القوة الخالقة « للسلطات المركزية في الدولة »•
M. VILLEY, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1962, p. 150.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

معظم مدارس الفكر والفلسفة تنادى بالضرورة التى لا غنى عنها للدولة . ومع ذلك فتوجد اتجاهات أخرى غير وضعية ندرسها فيما يلى .

٤٣ - الاتجاهات غير الوضعية فى القانون :

الاتجاهات غير الوضعية فى القانون ، هى الاتجاهات المعادية للدولة anti-étatistes ، وهذه الاتجاهات لا تؤمن بأن الدولة جماعة ضرورية communauté nécessaire لا غنى عنها ، بل على العكس فهى ترى فى الدولة جهازا للقهر موجها ضد حرية الانسان . ولذلك لا بد أن يأتى يوم تختفى فيه الدولة ويتحرر الانسان من الخضوع لها .

وهذه الاتجاهات اذ تبشر بقرب اختفاء الدولة ، فانها تحلم فى نفس الوقت بالجنة الأرضية التى يعيش فيها الناس فى سلام دون حاجة الى قانون يحكمهم . والغالب أن أصحاب الفلسفة الرواقية كانوا هم أول من نادى بهذه الافكار(٢٦١) . ومع ذلك فان هذه الافكار لم تنقطع أبدا عن الظهور من وقت لآخر . وهكذا فان الفيلسوف الألمانى فيشت Fichte يؤكد ان « الدولة مدعوة بأن تقضى على نفسها بنفسها . ويجب أن يكون هدف كل حكومة هو أن تجعل نفسها عديمة الفائدة »(٢٦٢) . وقد كان « فيشت » سلميا فى دعوته ، فهو يقول ان : « الدولة وهى مؤسسة على القهر ، ستختفى شيئا فشيئا ، فى هدوء دون أن تكون هنـــاك حاجة لاستخـــدام العنف ضدها ، وذلك لمجرد كونها عديمة الفائدة »(٢٦٣) .

وقد أحدثت فلسفة « فيشت » المعادية للدولة تأثيرا كبيرا على مفكرين آخرين مثل سان سيمون ، وبرودون ، وماركس . وعلى عكس اتجاه « فيشت » السلمى ، فان اتجاه برودون Proudhon المعادى للدولة ، كان ثوريا

---

(٢٦١) MICHEL VILLEY, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, op. cit., p. 39.

(٢٦٢) Cité par George GURVITH, Dialectique et socioloige, Flammarion, Paris, 1962, p. 67.

(٢٦٣) FICHTE. Théorie de l'Etat, 1812, Oeuvres posthumes, 4e vol., p. 599, cité par G. GURVITH, op. cit., p. 67.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وعنيفا . ويعتبر برودون من أبرز فلاسفة الفوضى . فهو يقول : « الحكومة هى الفوضى »(٢٦٤) . وبعد أن يتم القضاء على الدولة ، فان المجتمع سيتم تنظيمه عن طريق العقود بين الافراد . فهو يقول « اننا سنضع العقود فى مكان القوانين »(٢٦٥) . ومع ذلك ، فان تنفيذ هذه العقود يجب أن يظل اختياريا ، بغير جزاء من المحاكم لأنه لن تكون هناك محاكم .

ولم يكن كارل ماركس Karl Marx أقل ثورية من برودون ، فهو يعلن ان : « الدولة لا توجد الا بسبب الملكية الخاصة » فهى اذن : « الشكل الذى يستطيع عن طريقه أفراد الطبقة المسيطرة تحقيق مصالحهم المشتركة »(٢٦٦) . ومع ذلك ، فانه لا يغيب عن النظر انه بالنسبة للمرحلة الأولى من مراحل التطور التاريخى ، وهى المرحلة الثورية ، فان تفكير ماركس هو تفكير وضعى بطريقة واضحة لا تدع مجالا للشك ، فهو يقول : « ان الهدف المباشر للشيوعيين ، هو الاستيلاء على السلطة بواسطة البروليتاريا »(٢٦٧) . أما اختفاء الدولة فانه لن يتحقق الا فى المستقبل ، عندما تنتهى كل صور السيطرة ، وعندما تتحقق المساواة الحقيقية بين الناس ، ويتحقق الاشباع الكامل لكل حاجاتهم ، أى باختصار عندما يتحقق حلم الجنة الأرضية(٢٦٨) .

ويسير فى نفس الاتجاه المعادى للدولة ، الاديب المسيحى العقلى « تولستوى » ، فهو يرى أن الدولة عديمة الفائدة ، وانها ستختفى ليحل محلها المجتمع الذى يحكمه الحب المسيحى »(٢٦٩) .

---

(٢٦٤) Cité par Gurwith, op. cit., p. 98.

(٢٦٥) Cité par WALINE, L'individualisme et le Droit, op. cit., p. 236; Adde, Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 5; J. DABIN, L'Etat ou le politique, op. cit., pp. 144 et s.

(٢٦٦) K. MARX et F. ENGELS, L'idéologie allemande, op. cit. p. 71.

(٢٦٧) K. MARX et F. ENGELS, manifeste du parti communiste, Editions Sociales, Paris, 1962, p. 38.

(٢٦٨) GURVITH, Dialectique et sociologie, op. cit., p. 155.

(٢٦٩) راجع Thomas MANN Goethe et Tolstoi, Trad. de l'allemand par A Vialatte, éd. Victor Attinger, 1947, p. 16; G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, op. cit., p. 5, note 1.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وهذه الاتجاهات المختلفة تعبر عن فلسفات متباينة ، ولكنها تتفق كلها فى نقطة مشتركة هى العداء للدولة ، ولذلك فهى تستحق أن تجمع فى مكان واحد وهو الخاص بأعداء الوضعية القانونية ٠

٤٤ - تأييد الوضعية القانونية :

لا شك أن الاتجاهات الوضعية التى تؤمن بضرورة الدولة ، هى الأولى بالتأييد ، بغض النظر عن الفلسفة التى ينبع منها هذا الايمان ٠ فالوضعية القانونية ، تتسع لتضم كل من يؤمن بالقانون الوضعى ، أيا كانت الفلسفة التى استمد منها هذا الايمان ٠ وسواء اعتبرنا الدولة ضرورة اخلاقية تقضى بها مبادىء العدل والقانون الطبيعى ، أم اعتبرناها أمرا واقعا تشهد عليه التجربة ويشهد عليه التاريخ ، أم اعتبرناها ضرورة بيولوجية تفرضها طبيعة الحياة ، أم اعتبرناها حدثا غير عقلى كغيرها من وقائع الكون ٠٠ الى غير ذلك مما تقول به الاتجاهات الفلسفية المختلفة فى تأييدها لوجود الدولة ووجود القانون الوضعى ، فانه تبقى منطقة مشتركة بين هذه الاتجاهات ، هى ان الدولة هى المجتمع ، الذى يوجد به القانون ، وانه لا غنى عن الدولة لاقامة القانون ، ولا وجود للقانون بغير وجود الدولة ٠ فالقانون هو النظام الصادر عن ارادة الدولة ، والذى تكفله الدولة بجزاء قهرى ٠

أما الاتجاهات غير الوضعية ، فهى اتجاهات خيالية ، تعتمد على احلام الجنة الأرضية ، التى لا يوجد أى مبرر معقول للقول بامكان تحققها ٠ وقد اتيحت لاحدى الفلسفات المعادية للدولة وهى الفلسفة الماركسية فرصة التطبيق العملى ، فى الاتحاد السوفييتى وغيره من الدول الشيوعية ، ومع ذلك فان الدولة لم تختف فى هذه البلاد ، بل زادت قوة وعنفوانا ٠ بل وانه لا يوجد أى احتمال لاختفاء الدولة من هذه البلاد فى مستقبل قريب أو بعيد ٠

ورغم زيادة نشاط الدولة بعد نجاح الثورة الشيوعية فى روسيا ، فان حلم التخلص من الدولة لم يختف تماما من تفكير قادة النظام الجديد ، فنجد « لينين » فى تقرير له عن « المجلس الأعلى للاقتصاد القومى » يقرر أن : « الجهاز الادارى بالمعنى الحقيقى والمباشر لهذه الكلمة ، وهو جهاز الدولة السابقة ،محكوم عليه بالاختفاء ، وسيحل محله الجهاز الجديد الذى يمثله

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المجلس الأعلى للاقتصاد الوطنى ، وهو سيكبر ويتطور ويتقوى ، حتى يحتوى فى آخر الأمر كل ما هو مهم فى النشاط الاقتصادى والاجتماعى »(٢٧٠) . وكان المفروض طبقا لهذا التقرير أن الدولة ستختفى لتحل محلها خطة اقتصادية تعمل بطريقة شبه آلية ، وبذلك تدير الأشياء نفسها بنفسها administration des choses بغير حاجة الى ادارة الرجال(٢٧١) .

ولكن هل تحقق شىء من ذلك ؟ على العكس تماما ، فان الطابع المميز للاقتصاد السوفييتى فى الوقت الحاضر هو طابع الادارة المركزية شديدة التركيز ، وبدرجة تزيد كثيرا عما كان عليه الوضع عند قيام الثورة حينما كانت الدولة تدير المشروعات المؤممة بطريق الادارة المباشرة(٢٧٢) . وقد أدى هذا بقائد دولة اشتراكية أخرى وهو المارشال تيتو الى القول بأن ادارة المشروعات العامة فى الاتحاد السوفييتى تعبر عن رأسمالية الدولة ، لا عن اشتراكية ماركس ولينين(٢٧٣) .

والمشكلة فى تقديرنا ليست مشكلة أسماء ، وهل يؤدى التحول الشيوعى الى رأسمالية الدولة أو الى اشتراكية ماركس . ولكن المشكلة الحقيقية هى هل ستختفى الدولة أم لا ؟ وهل يمكن أن تدير المشروعات نفسها بنفسها ادارة آلية بغير حاجة الى رجال أم لا ؟ والواقع اننا لسنا بحاجة الى جهد كبير للاجابة على هذين السؤالين . فان تجربة الاتحاد السوفييتى نفسه أثبتت بعد نصف قرن من الزمن ان الدولة لم تختف ولكنها زادت قوة وعنفوانا ، وان الرجال لم يختفوا ولكن سلطتهم زادت قوة وتركيزا . وقد يقال ان التجربة لم تكتمل بعد وأن الأشياء ستدير نفسها فى المستقبل بغير حاجة الى رجال . ولكن فلنترك المستقبل وتنبؤاته ، ولنعش واقعنا فهو مصيرنا ومسئوليتنا فى آن واحد . أما أن نرفض فهم الواقع انتظارا لتحقق تنبؤات خيالية غير مفهومة فهو ما لا يمكن التسليم به (٢٧٤) .

---

(٢٧٠) R. DAVID et J. HAZARD, Le droit soviétique, 1954, T. 2. p. 46, note 10.

(٢٧١) R. DAVID et J. HAZARD, op. cit., T. 1, p. 102, T. 2, p. 46.

(٢٧٢) R. DAVID et J. HAZARD, op. cit., T. 2. p. 75.

(٢٧٣) R. DAVID et J. HAZARD, op. cit., T. 2, p. 43.

(٢٧٤) راجع . كتابنا ، القرار الادارى مصدر للحق ، ص ٥٤ - ص ٥٥

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٤٥ - أساس الايمان بالقانون الوضعي :

اذا كان الايمان بالقانون الوضعي لا يتوقف على الانحياز الى فلسفة معينة بالذات ، فهو أيضا لا يتعارض مع الانحياز الى فلسفة معينة بالذات . وتفسير ذلك أن الايمان بالقانون الوضعي هو في ذاته موقف فكري . وهذا الموقف لا بد أن تسبقه تأملات فكرية وفلسفية . وهذه التأملات يمكن أن تنتمي الى فلسفات متباينة ، ولا يمكن لأى فلسفة من هذه الفلسفات أن تحتكر لنفسها النتيجة التي قد تنتهي اليها فلسفة أخرى غيرها . ولا يمكن كذلك منع رجل القانون من محاولة التفكير الفلسفي في أساس ايمانه بالقانون الوضعي . لأن محاربة التفكير هي في ذاتها تفكير . وقد قال الفلاسفة قديما انه لا يمكن مهاجمة الفلسفة الا عن طريق الفلسفة . وما دام الانسان - ورجل القانون بصفة خاصة - محكوم عليه بالتفكير ، فلا بد أن يتجه هذا التفكير الى البحث عن أساس القانون الوضعي .

والبحث عن أساس القانون الوضعي ، ليس متعارضا مع الايمان بالقانون الوضعي ، وليس موجها ضد الوضعية القانونية ، وانما هو مسلك مفروض على الانسان باعتباره كائن عاقل ، لا يستطيع الا أن يتساءل عن أساس الظاهرة التي يدرسها . وقد لا يذهب الانسان في تساؤله الى مدى بعيد ، بل يتوقف عند الاعتقاد بأن أساس القانون هو القوة ، وقد يخطو بعد ذلك خطوة أخرى في طريق المنطق التحليلي فيرى أن أساس القانون هو قاعدة افتراضية كما يقول كلسن . وقد يخطو في غير هذا الاتجاه ، فيرى أن أساس القانون الوضعي هو العدل ومبادىء الاخلاق والقانون الطبيعي . وأيا كان الاتجاه الذي يسير فيه الانسان في تفكيره ، من حيث وجهته ومن حيث عمقه ، فهو اتجاه فكري في جميع الأحوال .

والتفكير في أساس القانون الوضعي ، شغل الفلاسفة والمفكرين على مدى الاجيال . وقد ظهرت نتيجة هذا التفكير اتجاهات كثيرة ، سنحاول ابرازها في الباب الثاني من هذا الكتاب الذي نخصصه لدراسة جوهر القانون .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الثانى

جوهر القانون

٤٦ ـ القانون والارادة :

العلاقة بين القانون والارادة تدخل فى تعريف القانون وتتصل بجوهره وأساس وجوده • فالقانون هو مجموعة القواعد التى تصدر عن ارادة الدولة، وتنظم سلوك الهيئات والأفراد الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين فى تكوينها •

وطبقا لهذا التعريف فان القانون هو نفسه عمل ارادى صادر عن ارادة الدولة • وفى نفس الوقت فان الظاهرة التى يحكمها القانون هى ظاهرة ارادية •

وعلى وجه التحديد فان الظاهرة التى يحكمها القانون هى ارادة انسانية ، سواء كانت ارادة شخص عادى أو هيئة عامة أو سلطة من سلطات الدولة •

وارادة الانسان لا تمكن السيطرة عليها بطريقة حاسمة • وأكبر شاهد على ذلك أن أحكام القانون لا تحترم دائما ، بل تقع لها مخالفات كثيرة من الأشخاص المخاطبين بها • وتأخذ هذه المخالفات فى بعض الأحيان شكل الجرائم الخطيرة التى تهز كيان المجتمع وتهدد شعور المواطنين بالأمن والسلام •

وتفسير ذلك ان ارادة الانسان ـ وهى الظاهرة التى يحكمها القانون ـ تعنى بحسب طبيعتها القدرة على الاختيار ، أى القدرة على الرفض أو القبول •

وقدرة الأفراد على رفض ما يقرره القانون تظل قائمة حتى ولو ترتب على هذا الرفض توقيع جزاء على الشخص الذى صدر عنه ، ولذلك يقال ان

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانون يلزم ولكنه لا يحتم · وفى هذا يوجد الفارق الأساسى بين القانون الذى ينظم المجتمع ، وبين القوانين العلمية التى تصف الطبيعة ·

فالقانون الذى ينظم المجتمع يأمر ، أما القانون الذى يصف الطبيعة فانه يسجل الواقع فقط · ولهذا السبب فان قواعد القانون التى تنظم المجتمع توصف بأنها قواعد تقويمية ، وهو وصف يصدق على قواعد الأخلاق أيضا · أما قواعد القانون التى تصف الطبيعة فهى توصف بأنها قواعد تقريرية · والقواعد الأولى تتصور بالنسبة لها المخالفة ، أما القواعد الثانية فلا تتصور بالنسبة لها أدنى مخالفة(١) ·

ويؤدى هذا الفهم الى وضع تقسيم ثنائى كبير للعلوم المختلفة ، وهو تقسيمها الى علوم تقريرية وفى مقدمتها علم الطبيعة والى علوم تقويمية تشمل أساسا القانون والأخلاق ·

والفارق الأساسى بين هذين القسمين يوجد فى نوع الظاهرة التى يحكمها كل علم · فاذا كانت الظاهرة غير ارادية فان العلم الذى يحكمها يكون علما تقريريا · أما اذا كانت الظاهرة ارادية فان العلم الذى يحكمها يكون علما تقويميا ·

ودراسة القانون هى دراسة لأحد العلوم التقويمية ، لأن الظاهرة التى تحكمها قواعد القانون هى ارادة الانسان ، وتهدف هذه القواعد الى تقويم هذه الارادة بما يجعلها متفقة فى سلوكها مع الأحكام التى تتضمنها · فالقانون يقوم سلوك الأفراد ويأمرهم باتباع طريق معين فى حياتهم · وبعبارة أخرى فان الانسان لا تكون له حرية مطلقة فى ظل القانون ، بل تتقيد حريته بما يتضمنه القانون من أحكام ·

---

(١) راجع فى هذا الموضوع :

KANT, *Fondements de la metaphysique des moeurs*, trad. par Victor Dellos, Paris, 1962, p. 123, 146;

HENRI BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, P.U.E. éd. 100, Paris 1961, p. 4, 5, 129.

وراجع ما سبق ، فقرة ١٠ ·

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهنا يبرز أكثر من سؤال هام : هل هناك أثمن عند الفرد من حريته المطلقة ؟ وهل هناك ما يدعو الانسان الى ترك حريته المطلقة والخضوع لقيود القانون ؟ واذا كان المشاهد أن كل الأفراد فى جميع الدول يخضعون لحكم القانون بالفعل فهل يستجيب ذلك الى طبيعة الانسان ؟ أم يرجع الى اعتبارات أخرى ؟ وما هى هذه الاعتبارات ؟ وهل هناك أمل أن تعود للانسان حريته المطلقة مرة أخرى ؟

والواقع أن هذه الأسئلة تمثل أهم ما شغل الفكر الانسانى منذ بدأ الانسان فى التفكير • ولا يوجد فيلسوف واحد يستحق هذا الاسم لم يحاول أن يضع اجابات على هذه الأسئلة أو على بعضها • والواقع أن كل الفلاسفة فى جانب كبير من نشاطهم يعتبرون فلاسفة قانون أو رجال قانون • بل هم أهم رجال القانون على الاطلاق • ولذلك لا يستطيع أن دارس للقانون أن يصل الى فهم شىء من أصول القانون ومبادئه الا بالرجوع الى كتب هؤلاء الفلاسفة ومتابعتهم فى تأملاتهم ، وهو ما سنحاول القيام به فى هذا الباب ، مع ملاحظة ما يأتى :

١ ـ أن الفكر الفلسفى القانونى المعاصر لم يتخط حتى الآن أفكار الفلسفة اليونانية التى لا زالت تحتل مكانا مرموقا بين الفلسفات الحديثة •

٢ ـ أنه لا يوجد فيلسوف واحد فى تاريخ الفلسفة كلها ، باستثناء « نيتشه » ينادى باطلاق الحرية لارادة الانسان ، كما وأن مذهب « نيتشه » وهو المذهب الارادى الوحيد فى تاريخ الفلسفة لم يؤد مع ذلك الى تحرير ارادة الانسان ، بل أدى الى تحطيمها وسحقها بغير حدود •

٣ ـ باستثناء نيتشه فان كل الفلاسفة يؤمنون بضرورة التزام الارادة بقيود معينة • ويشمل هذا الاتجاه جميع الفلسفات بما فى ذلك الفلسفة الوجودية التى اشتهرت بأنها تنادى بالحرية المطلقة لارادة الانسان وهى شهرة غير صحيحة على اطلاقها •

٤ ـ توجد فلسفات أخرى عرفت خطأ بأنها فلسفات ارادية ، كفلسفة العقد الاجتماعى لأصحابها هوبز ولوك وجان جاك روسو ومن قبلهم أفلاطون،

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وكذلك فلسفة سلطان الارادة لصاحبهـــا « كانط » • والصحيح أن هـذه الفلسفات كلها ليست فلسفات ارادية بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة ، بل على العكس فانها تتجه بكل وضوح الى تقييد حرية الارادة •

٥ ـ الاتجاه العام فى الفلسفة وهو الذى يهدف الى تقييد حرية الارادة لا يقصد من ذلك الانتقاص من ارادة الانسان بل على العكس يقصد المحافظة عليها الى أقصى درجة ممكنة •

٦ ـ بجانب هذا الاتجاه العام فى تقييد حرية الارادة من أجل المحافظة عليها ، فانه توجد اتجاهات أخرى ترى أن حرية الارادة لا وجود لهـــا على الاطلاق • ويشمل هـذا الاتجاه المتشككين أمثال باسكال ، والمـاديين أمثال كارل ماركس •

وهكذا فان ارادة الانسان فى نظر فلاسفة القانون اما خاضعة لقيـود تؤدى الى المحافظة عليها ، أو مطلقة من كل قيد بما يؤدى الى تحطيمها ، أو غير موجودة على الاطلاق •

وحتى نستعرض كل هذه الاتجاهات ، لابد أن نبدأ بدراسة النظرية التقليدية عن القانون الطبيعى وهى نظرية أرسطو والتى لا تزال تحتل مكان الصدارة حتى الآن فى القانون الحديث •

ثم ندرس بعد ذلك نظريتى العقد الاجتماعى وســـلطان الارادة اللتان اشتهرتا خطأ بأنهما من النظريات الارادية ، وهما فى الواقع تعبران بطريقة جديدة عن نظرية القانون الطبيعى السابق الاشارة اليها •

ثم ندرس أيضا الانحراف الذى حدث فى نظرية القانون الطبيعى على يد « هوبز » وعلى يد « هيجل » ، وهو انحراف يبرر الاستبداد •

وندرس كذلك النظريات المنكرة أصلا لوجود الارادة سواء رجع ذلك الى فلسفة الشك عند باسكال أو الى الفلسفة المادية عند ماركس •

وندرس بعد ذلك الفلسفة الارادية الوحيدة فى تاريخ الفكر الفلسفى ،

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الأول

نظرية أرسطو فى القانون الطبيعى

٤٧ ـ الانسان حيوان اجتماعى :

أرسطو هو أعظم الفلاسفة ، وكان القديس « توماس الاكوينى » يشير اليه فقط باسم الفيلسوف Le Philosophe على أســـاس انه فيلســوف الفلاسفة ، أو انه هو وحده الفيلسوف بين الفلاسفة • وأرسطو هو صاحب نظرية القانون الطبيعى التى لم يتخطها الفكر الانســـانى حتى الآن ، والتى يأخذ بها المشرع المصرى فى المادة الأولى من القانون المدنى •

ونقطة البداية فى هذه النظرية أن الانسان حيوان اجتماعى بطبعـه ، فهو لا يستطيع أن يعيش منعزلا عن الناس ، بل لابد أن يعيش كل انسان مع غيره من الناس فى مجتمع سياسى منظم ، وهو ما يطلق عليه اسم المدينة La Cité بحسب اللغة التى كان يستخدمها أرسطو ، أو الدولة L'Etat بحسب اللغة التى نستخدمها فى الوقت الحاضر • « ومن الواضح كما يقول أرسطو ، أن المدينة ترجع الى طبيعة الأشياء ، أما الانسان فانه أيضا بحسب الطبيعة قد خلق من أجل المجتمع السياسى • فاذا وجد شخص ، يعيش بحكم طبيعته لا بحكم المصادفة ، بغير وطن ينتمى اليه ، لكان شخصا كريها ، أعلى بكثير من مستوى الانسان ، أو أقل بكثير من مستواه ، ولكان هذا الشخص كما يقول هوميروس ، كائنا بغير مأوى ، بغير أسرة ، وبغير قوانين • ومثل هذا الشخص لا يفكر الا فى الحرب ، ولا يتقيد بأى قيد ، ويكون كالطـــائر المفترس مستعد دائما للانقضاض على الآخرين »(٢) •

واذا كان الفرد قد وجد من الناحية التاريخية قبل أن توجد المدينة أو

---

(٢) Aristote. *Politique*. Bibliothèque de la Science Politique, Paris 1950, Introduction. p. 6.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الدولة ، الا أن الطبيعة قد تصورت وجود الدولة قبل أن تتصور وجود الفرد. « فالدولة أو المجتمع السياسى ، كما يقول أرسطو ، هى أول شىء اقترحته الطبيعة ، فالكل بالضرورة يسبق الجزء ، وما المجتمعات المنزلية والأفراد الا الأجزاء المكونة للمدينة . وهذه الأجزاء تتعلق بالجسم كله ، وتتميز بقوتها ووظائفها الخاصة ، ولكنها تصبح عديمة الفائدة اذا فرقناها عن بعضها ، كالأيدى والأرجل اذا انفصلت عن الجسم أصبحت لا تحمل الا الاسم والمظهر دون الحقيقة . وهكذا أفراد المدينة لا يستطيع واحد منهم أن يكفى نفسه بنفسه . وأى شخص لا يحتاج الى غيره من الناس أو لا يرغب فى البقاء معهم ، هو اما اله أو وحش . وعلى هذا النحو فان الميل الطبيعى يحمل الناس جميعا على هذا النوع من المجتمع »(٣) .

والطابع المميز للمجتمع السياسى ، والذى يفصل بينه وبين أى مجتمع آخر هو طابع الخضوع للقانون والعدل ، فان « احترام القانون هو أساس الحياة المدنية »(٤) .

٤٧ ـ الهدف من الدولة :

اذا كان الانسان يميل بطبيعته الى الحياة داخل مجتمع سياسى منظم يخضع للعدل والقانون . واذا كانت الدولة تسبق الأفراد من حيث ضرورة وجودها ، الا أن الدولة لا تعتبر هدفا فى ذاتها بل ان لها هدفا تسعى الى تحقيقه ، والوصول الى هذا الهدف يجعل المجتمع السياسى دولة حقيقية ، كما أن عدم الوصول الى هذا الهدف يجعل من المجتمع السياسى دولة من حيث الاسم فقط .

والهدف الذى تسعى اليه كل دولة بحسب طبيعة الأشياء ، ليس هو حماية أفرادها من الاعتداءات الخارجية ، وليس هو تبادل السلع والخدمات ، والا لأصبحت كل الدول التى تعقد فيما بينها اتفاقات عدم اعتداء أو اتفاقات تجارية دولة واحدة ، والواقع غير ذلك . ولكن الهدف من كل دولة هو تحقيق الخير العام للجميع ، أى أن يعيش كل فرد حياة أفضل « فالانسان لا يوجد داخل الدولة لمجرد أن يعيش مع غيره ، بل ليعيش مع غيره بطريقة

---

(٣) Aristote, *Politique*, op. cit., p. 7.

(٤) Aristote, *Politique*, op. cit., p. 8.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أفضل »(٥) . وكل المؤسسات داخل الدولة ليست سوى وسائل لادراك هذا الهدف . « ويمكن أن نسمى الحياة الأفضل التى تهـدف الدولة الى تحقيقها بأنها الحياة السعيدة الشريفة ، كما وأن المجتمع المدنى ليس هو الحيـاة المشتركة ، بقدر ما هو مجتمع الشرف والفضيلة »(٦) .

وهناك تلازم كامل بين السعادة والفضيلة ، ومن المؤكد أن أى شخص لا يستطيع أن يدرك السعادة الا بقدر ما يكون لديه من فضيـلة وبقدر ما يحرص فى تصرفاته على مراعاة الفضيلة . والدليل عـلى ذلك ان الله وهو لا شك سعيد لا يستمد سعادته من أى أموال يملكها بل من صفاته الذاتيـة الأساسية . فالسعادة شىء آخر غير الثراء .

وكما يصدق ذلك على الأفراد فهو يصدق أيضـا على الـدول . فمن المستحيل أن تكون الدولة سعيدة ، وبالتالى فـانه من المستحيل أن تصبح الدولة دولة حقيقية اذا اختفت منها الفضيلة .

واذا كانت الفضيلة لازمة لوجود الدولة ووجود الأفراد على السواء ، فانه يحسن أن يوجد بجانبها أيضـا شىء من اليسر المـادى حتى تمكن مباشرتها(٧) .

وعندما تصبح الفضيلة هى الأساس فى تصرفات الأفراد وفى نظـام الدولة ، فانه يحدث فى الحال انسجام كامل بين الخير العام للدولة والخـير الخاص للأفراد(٨) .

وهكذا اذا كانت الدولة من صنع الطبيعة ، الا أنها لا تحقق السـعادة دائما بذاتها ولذاتها ، بل لابد من اقامتها على أساس من الفضيلة . فما هو المقصود بالفضيلة ؟

---

(٥) Aristote, *Politique*, op. cit., Ch. 5, p. 44

(٦) Aristote, *Politique*, op. cit., Ch. 5, p. 46.

(٧) Aristote, *Politique*, op. cit., Ch. 5, p. 47, 48.

(٨) Aristote, *Politique*, op. cit., Ch. 5, p. 48-50.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٤٨ - العدل أساس الدولة :

تتضمن الأخلاق عند أرسطو أربعة فضائل هى : الأمانة والشجاعة والعدل والحذر • ولكن هناك فضيلة واحدة من هذه الفضائل الأربعة تحتويها جميعا ، وتعتبر لهذا السبب مرادفة للأخلاق ، وهى فضيلة العدل(٩) • فالعدل يشمل كل الفضائل وهو الأساس الذى يجب أن تقوم عليه الدولة لتحقيق الغاية منها وهى الخير العام للمجموع والخير الخاص لكل فرد •

والعدل هو القانون الطبيعى الذى يجب أن توضع على أساسه القوانين الصادرة عن ارادة المشرع • كما أن العدل هو الأساس الذى تستمد منه هذه القوانين قوتها الملزمة للأفراد • فالعدل يقتضى اطاعة القوانين التى تسنها الدولة •

وفى عبارة هامة يقول أرسطو ان « العدل يجعلنا نحترم القوانين والمساواة »(١٠) ، ويقول أيضا انه « نظرا لأن كل ما يصدر من المشرع هو قانون فاننا نعلن أن نصوص كل هذه القوانين عادلة »(١١) • وقد تدعو هذه العبارات الى الاعتقاد بأن أرسطو يخلط بين العدل وهو القانون الطبيعى ، وبين ما يصدر عن المشرع وهو القانون الوضعى • ولكن الواقع أن أرسطو يقصد من هذه العبارات أن القانون الوضعى يستمد قوته الملزمة وأسباب وجوده من العدل وهو القانون الطبيعى • ومعنى هذا أن العدل وهو فضيلة الفضائل وأساس الدولة يفرض على كل فرد أن يطيع القانون الذى يصدر عن المشرع وأن يخضع ارادته لارادة المشرع •

والعدل لا يقتضى اخضاع ارادة الفرد لارادة القانون لمجرد حرمان الفرد من حريته المطلقة ، وانما لتأكيد الأساس الذى تقوم عليه الدولة وهو ما يؤدى الى تحقيق السعادة لمجموع الأفراد فى هذه الدولة ولكل فرد على حدة فى نفس الوقت •

---

(٩) Aristote, *Ethique de NICOMAQUE*, 5, I, 15.

(١٠) Aristote, *Ethique*, op. cit., 5, 1, 8.

(١١) Aristote, *Ethique*, op. cit., 5, 1, 12.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما ان أرسطو لا يخلط بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي فهذا ما يقوله هو نفسه بوضوح من ضرورة التفرقة بين العدل في ذاته وهوالقانون الطبيعي ، وبين العدل داخل المجتمع وهو القانون الوضعي(١٢) . ولذلك فان أرسطو لا ينكر الواقع من أن القانون الوضعي قد يخالف القانون الطبيعي بحيث يصبح محققا للظلم وليس للعدل . ولذلك فان العلاقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي تنحصر في أمرين . أولهما أن القانون الطبيعي يقتضي من الأفراد اطاعة القانون الوضعي أيا كان العدل الذي يحققه ، ونظرا لأن القانون الوضعي « ليس واحدا في كل الدساتير ، فان العدالة تكون بالضرورة مختلفة في كل واحد منها »(١٣) . ومع ذلك تنبغي اطاعة القوانين مهما اختلفت قدرتها في التعبير عن العدل في ذاته . والأمر الثاني هو أن المشرع وهو يضع بارادته القوانين الملزمة للأفراد ، ينبغي أن يلتزم هو نفسه في وضع هذه القواعد مبادىء القانون الطبيعي الذي يستمد منه القانون الوضعي قوته الملزمة . ونزيد من ايضاح هذين الأمرين فيما يلي :

٤٩ - خضوع الأفراد لأحكام القانون :

حسب نظرية القانون الطبيعي فان ارادة الأفراد تخضع لأحكام القانون، وبالتالي فان الفرد يفقد حريته المطلقة في أن يفعل ما يشاء ، بل ينبغي أن تكون أفعاله منسجمة مع أحكام القانون الآمرة . أما القول بحرية الفرد في أن يفعل ما يحلو له ، فهو على حد تعبير أرسطو نوع من « السوفسطائية البائسة »(١٤) .

والاحترام للقانون يصل الى درجة يمكن فيها أن نعرف العدل وهو القانون الطبيعي بأنه هو ما يأمر به المشرع ، أي أن نعتبر القانون الوضعي تعبيرا عن القانون الطبيعي ، ولا يعني هذا الخلط بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ، وانما يعني أن الخضوع للقانون الوضعي هو مما يقضي به القانون الطبيعي .

---

(١٢) Aristote, *Ethique*, op. cit., 5, 6, 4.

(١٣) Aristote, *Politique*, Liv. 4, Ch. 18, p. 195.

(١٤) Aristote, *Politique*, Ibid., Liv. 4, Ch. 18, p. 198.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وما دمنا نقول بذلك فان التضحية بالارادة المطلقة للفرد تكون من أجل قيمة أسمى منها ، وهى العدل أو الأخلاق أو الفضيلة أو القانون الطبيعى ، وكل هذه مترادفات تعبر عما ينبغى أن تقوم على أساسه الدولة من أجل تحقيق وجودها الحقيقى ، وهو الوجود الذى لا غنى عنه من أجل وجود الأفراد أنفسهم وتحقيق السعادة لكل منهم .

ويترتب على ذلك أن الفرد اذ يضحى بحريته المطلقة فانما يكتسب قيمة أسمى وهى الفضيلة ، ويحقق هدفا أعلى وهو السعادة .

ولكن الطاعة للقانون الوضعى لا تكون واجبة فى جميع الأحوال ، بل ينقضى واجب الطاعة فى الحالات الخاصة التى يكون فيها نظام الحكم فى الدولة استبداديا ظالما . ففى هذه الحالات يظهر بوضوح أن القانون الوضعى لا يعبر عن القانون الطبيعى بل يسير فى اتجاه معاكس له ، وفى هذه الحالات يصبح القانون الوضعى مخالفا للعدل ومخالفا للطبيعة وغير واجب الاحترام . ويصبح من المشروع مقاومة الحكومات الاستبدادية ، فهى على حد تعبير أرسطو حكومات « ضد الطبيعة »(١٥) . ولكن هذا الفرض لا يتحقق الا فى الحالات النادرة التى يصبح فيها طغيان الحكومة واضحا لا يقبل الشك ، أما فى الحالات الكثيرة التى توجد بها عيوب فى بعض القوانين دون أن يصل الأمر الى درجة الظلم المشار اليه ، فان اطاعة القوانين تظل واجبة رغم ما بها من عيوب .

وفى هذا المعنى يقول أرسطو « ان الخضوع للقوانين وهو الأمر الأول الواجب الاتباع . أما الأمر الثانى فهو القيمة الذاتية لهذه القوانين التى نخضع لها ، لأنه من الممكن أن نخضع لقوانين سيئة(١٦) » . وفى موضع آخر يقول : « انه من الواجب جدا أن نغلق أعيننا على مساوىء المشرعين والحكومة ، فان الشر الأكبر هو انتزاع القوة عن القوانين ، واعتياد الشعب على مخالفتها »(١٧) .

---

(١٥) Aristote, *Politique*, Ibid., Liv. 3, Ch. 12, p. 127.

(١٦) Aristote, *Politique*, Ibid., Liv. 3, Ch. 9, p. 92.

(١٧) Aristote, *Politique*, ibid., Appendice 3, p. 226.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وفي سبيل المحافظة على قوة القـــانون الملزمة فان أرسطو ينادى بما يمكن أن نسميه في العصر الحديث بالسياسة الاعلامية المتفقة مع نظـــــام الحكم في الدولة . فالدولة يجب أن تعلم الأفراد فيها وتربيهم على حب نظام الحكم القائم أيا كان هذا النظام . ومعنى ذلك أن القانون لا يقيد ارادة الأفراد فحسب ، بل يذهب الى أكثر من ذلك فيؤثر فى تكوينهم العقلى بما يجعلهم راضين عن نظام الحكم القائم فى دولتهم . والسياسة الاعلامية التى يدعـــو اليها أرسطو هى فى الواقع ما تقوم به فى الوقت الحاضر الدول التى يحكمها اتجاه واحد أو حزب واحد بطريقة متطرفة للغاية . ولعل أرسطو قد تنبـه الى العيب فى الطريقة التى يدعو اليها ، ولذلك فهو يدافع عنها بقوله : « ان تربية الشعب على وفاق مع الدولة لا يعنى مداهنة الحكام أو المحكومين »(١٨) ولكنه يؤدى فقط الى المحافظة على الدولة .

والذى يقصده أرسطو من ضرورة تربية الشعب على حب النظام القائم فى الدولة ، هو انه لا أهمية لنوع هذا النظام أو شكله ، فطالما هو نظام غير ظالم بصفة مطلقة وغير مخالف للطبيعة فانه يكون واجب الاحترام ، وتكون القوانين الصادرة عنه واجبة الطاعة حتى ولو انطوت على بعض العيوب ، لأن حفظ النظام فى داخل الدولة أهم من قيمة القانون ذاته ومدى تعبيره عن فكرة العدل . بل ان الطاعة لأحكام القانون هى أول التزام تفرضـــه الأخـــلاق ويقتضيه العدل . وهل هناك أبلغ فى التعبير عن ذلك من القول بأن القانون نفسه هو العدل ؟ هذا هو ما قاله أرسطو على ما ســـبق أن ذكرنا ، وهو ما يدعونا الى بحث العلاقة الحقيقية بين القانون والعدل ، أى بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى .

٥٠ ـ خضوع القانون الوضعى للقانون الطبيعى (القانون العقلى) :

ان قول أرسطو بأن القانون الوضعى هو العدل ، لا يحمل فقط أمرا الى الأفراد بالخضوع للقانون ، ولكنه يحمل فى نفس الوقت أمرا للمشرعين بأن يستوحوا أحكامهم من مبادىء العدل . فكما أن ارادة الفرد تخضع للقانون ،

---

(١٨) Aristote, *Politique*, Ibid., Liv. 4, Ch. 18, p. 197.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فان القانون وهو نفسه ارادة انسانية ينبغي أن يكـــون معبرا عن العدل . ووسيلة المشرع للوصول الى العدل هي التفكير العقلي السليم المجرد عـــن العواطف والمصالح . والانسان فيه جانب عقلي وآخر حسي . والجانب الحسي بما يؤدي اليه من عواطف « يحول كل الناس الى حيوانات » . فالعداء مثـلا « يعمي كل الناس حتى أكثر الناس امتيـــازا »(١٩) . والمشرع لا يجب أن يضع القوانين على أساس مصالحه أو مصالح الطبقة التي ينتمي اليها ، بل على أساس العقل وحده فهو المعيار الصحيح للعدل والأخلاق .

وفي شرح أرسطو يقول توماس الاكويني « ان تعريف الفضيلة الأخلاقية يكون بواسطة العقل السليم » . « ويترتب على ذلك أن كل ما يمليه العقل على الانسان فهو طبيعي بمعنى انه معقول »(٢٠) . ونظرا لأن العقل هو وسيلة الانسان لاكتشاف العدل ومبادىء القانون الطبيعي ، فقد أمكن تسمية القانون الطبيعي باسم آخر هو القانون العقـــلي . وقد تأكد الترادف بين هـــذين الاصطلاحين على يد « كانط » الذي سنعرض لفلسفته فيما بعد .

فالعدل هو اذن القانون العقلي الذي يدركه العقل السليم ، وهـــو ما ينبغي أن يستوحيه المشرع عند وضع القوانين المختلفة التي يلزم بها الأفراد. فاذا كانت السلطة التشريعية يحـــوزها فرد أو أفراد فـــلا بد أن يقتصر استخدامها على ما يوحي به العقل ، والا تحول هؤلاء الأشخاص الى طغـــاة مستبدين . وفي هذا يقول أرسطو « اننا نرفض اعطاء السلطة للانسان ، ولكننا نعطيها للعقل ، فالانسان يباشر السلطة في الواقع لمصلحته ويتحول الى طاغية »(٢١) .

وهكذا فان كان المواطن العادي يخضع للقانون الذي يضعه مواطن آخر في يده سلطة التشريع ، فان ذلك لا يعني خضوع انسان لانسان آخر مثله ، أو خضوع ارادة لارادة أخرى مثلها ، وانما يعني خضوع ارادة الانسان لحكم العقل . فالمشرع لا يضع القانون باعتباره انسانا ، ولكن باعتباره عقـــلا

---

(١٩) Aristote, *Politique*, Ibid., Liv. 2, Ch. 7, p. 123.

(٢٠) SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, QU 57. 3:

(٢١) Aristote, *Ethique*, op. cit., Liv. 5, ch. 6 5.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مجردا عن المصالح والأهواء ، أو هكذا ينبغى أن يكون .

وفى هذه الحالة فان السلطة التشريعية لا تتحول الى سلطة قهر ، بل تصبح عملا عقليا يسعى الى ادراك الفضيلة ويعمل على تحقيقها والزام الناس بهـــا .

ولما كان أرسطو قد عبر بوضوح عن أن القانون الطبيعى هو القانون العقلى ، وان ادراك العدل يكون بواسطة العقل السليم La droite raison (٢٢) ، فان هـــذه الفـــكرة نفســـها لقيت فى أوروبا بعض التغيـــير عـــلى يد الفلاسفة المسيحيين . فمع أخذهم بنظرية القانون الطبيعى ، الا أن هـــذا القانون لم يعد فى نظرهم قانونا عقليا يدركه الانسان بما يشع فى عقله من ضوء ، ولكنه أصبح قانونا مقدسا مصدره الوحيد هو الله ودليل وجوده هو الكتب المقدسة(٢٣) .

ومع ذلك فان توماس الاكوينى ، أعظم الفلاسفة المسيحيين على الاطلاق ، والفيلسوف الذى عقد الصلح بين الفكر المسيحى والفكر الأرسطى ، عاد الى تأكيد مذهب أرسطو فى أن القانون الطبيعى هو القانون العقلى ، وأن الله لا يأمر بشىء الا لأنه حسن بحسب العقل ، ولا ينهى عن شىء الا لأنه قبيح فى نظر العقل . بل ان الله جلت قدرته لا يستطيع أن يجعل الحسن قبيحا ، والقبيح حسنا . وفى هذا يقول توماس الاكوينى « ان نظام العدل يأتى من عند الله ، وكذلك نظام الطبيعة . ولكن الله لا يستطيع أن يصنع شيئا خارج نظام العدل ، والا لكان يصنع شيئا غير عادل ، وكذلك فانه لا يستطيع أن يصنع شيئا خارج نظام الطبيعة »(٢٤) ، ويقول أيضـــا « ان الأشياء ، فى القانون الالهى ، مأمور بها لأنها حسنة ، ومنهى عنها لأنها قبيحة »(٢٥) ، كما وأن « حسن تصرفات الانسان يأتى من الخضوع لأحكام العقل الذى تستمد

---

(٢٢) Aristote, *Ethique*, 6, 1, 1.

(٢٣) راجع فى هذا الموضوع :
MICHEL VILLEY, *Lecon d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p 37 et s.

(٢٤) *Somme théologique*, trad. par Ch. V. — Héris, 1959, Qu 105, art. 6

(٢٥) *Somme théologique*, trad. par M.S. Gillet, 1932, Qu. 57, 2.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

منه تصرفات الانسان معيارها »(٢٦) ٠

وجدير بالذكر ان مشكلة القانون الطبيعى قد عرفها فلاسفة الاسلام تحت اسم مشكلة الحسن والقبح العقليين ٠ وقد انقسم الرأى فى هذه المشكلة بين ثلاثة اتجاهات : الاول اتجاه عقلى يتزعمه واصل بن عطاء وهو اتجـــاه المعتزلة ، والثانى اتجاه غير عقلى وهو اتجاه الاشاعرة ، والثالث اتجاه وسط ويتزعمه الماتريدى(٢٧) ٠

والخلاصة أن القانون الطبيعى عند أرسطو هو القـــانون العقلى ، وهو مرادف للعدل فى ذاته ، كما أن العدل يشمل كل الفضائل ويعبر بذلك عن الأخلاق ، وكل هذه الاصطلاحات تعبر عن الفكرة التى يجب أن يستوحيهـا المشرعون عند وضع القوانين التى يلتزم بها الأفراد فى المجتمع ٠ واذا تحقق ذلك فان القانون الوضعى يصبح تعبيرا عن القانون الطبيعى ومعيارا للعدل فى نفس الوقت ، ولكنه عدل وضعى يختلف باختلاف الدول والأزمنة ٠

٥١ ـ القانون الطبيعى ذو التعبير المتغير :

اذا كان العدل فى ذاته ثابتا لا يتغير ، فان التعبير عنه يمكن أن يتغير من وقت لآخر ، ومن مجتمع لآخر ٠ بل أن اختلاف التعبير ضرورة يقتضيها القانون الطبيعى ذاته ٠ فلكل شعب نظام الحكم الذى يناسبه ، ولا يوجد نظام أفضل من غيره من النظم بالنسبة لجميع الشعوب(٢٨) ٠ وبقدر ما يكون شكل الحكم مناسبا للشعب ، وبقدر ما تكون القوانين ملائمة للظروف التى صدرت فيها ، بقدر ما تكون فكرة العدل قد وجدت لها صدى حقيقيا فى الواقع ٠وهذه القوانين المتغيرة الملائمة تستحق أن توصف بأنها قوانين طبيعية ، أى مستمدة من طبيعة الأشياء ٠ ولا تعارض بين أن يكون الشىء طبيعيا وان يكون متغيرا ، « ذلك انه توجد أشياء طبيعية وتكون فى نفس الوقت قابلة للتغيير »(٢٩) ٠

---

(٢٦) *Somme théologique*, op. cit., Qu 58. 3.

(٢٧) راجع ، أبو زهرة ، أصول الفقه ، القاهرة ١٩٥٧ ، ص ٦٧ وما بعدها ؛ عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، القاهرة ١٩٤٧ ، ص ١٠٦ وما بعدها ٠

(٢٨) Aristote, *Politique*, Liv., 2, Ch. 6. p. 113.

(٢٩) Aristote, *Ethique*, op. cit., 5. 7, 3.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن مهما كانت القوانين الوضعية مستوحاة من العقل وموافقة لطبيعة الأشياء ، فانها لا تختلط تماما مع القانون الطبيعي ٠

ويظل الفارق الأساسى بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى فى مصدر كل منهما ٠ فالقانون الطبيعى مصدره العقل الخالص ، أما القانون الوضعى فمصدره ارادة الانسان حتى ولو حاولت هذه الارادة أن تستوحى العقل الخالص فانها تظل مع ذلك محكومة بحقيقة كونها ارادة انسانية غير قادرة على التخلص تماما من تأثيرات العالم الحسى الذى تعيش فيه ٠

واذا كان الفيلسوف « كانط » قد عبر بوضوح كامل عن الازدواج الضرورى بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى ، فاننا لا نجد التعبير أقل وضوحا عند أرسطو الذى ينادى بضرورة المحافظة على « التفرقة بين العدل بحسب القانون، والعدل بصفة عامة، بين العدل القانونى وبين العدالة(٣٠) »٠

والواقع كما سنرى أن الخلط بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى ، هو انحراف فى نظرية القانون الطبيعى أدى على يد بعض الفلاسفة الى تبرير النظم الاستبدادية الظالمة ٠

والخلاصة أن القانون الطبيعى هو العدل فى ذاته وهو ثابت لا يتغير ، أما القانون الوضعى فهو العدل الذى يصطنعه المشرع والذى يجوز أو يجب أن يتغير من وقت لآخر ومن دولة لأخرى ٠ فالتغيير اذن لا يمتد الى القانون الطبيعى ذاته ولكن الى وسيلة التعبير عنه ، وهو التشريع الوضعى الذى يفترض أنه يعبر بصورة ما عن مضمون القانون الطبيعى ٠

ولكن لماذا لا يحاول الفيلسوف نفسه ، وهو صاحب عقل راجح ، أن يستكشف الطريق الى القانون الطبيعى ؟

الواقع أن ارسطو قد حاول ذلك بالفعل ، أو هو على الأقل حاول أن يقدم بعض الأفكار التى تساعد على تقريب فكرة العدل الى الاذهان ٠ فنراه

---

(٣٠) Aristote, *Ethique*, op. cit., 5, 7, 7.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يقسم العدل الى عدل توزيعي وعدل تبادلي ، ويقسمه أيضا الى عدل عام وعدل خاص ، ويدافع عن الملكية الخاصة ، ويحبذ تحديد الملكية ، ويهاجم الصراع الطبقي ، الى غير ذلك • ونشير الى هذه المحاولات فيما يلي :-

٥١ - العدل التوزيعي والعدل التبادلي :

عندما يبـــدأ أرسطو في تحديد بعض مظاهر العـــدل فانه يستخدم اصطلاحا جديدا لهذا الغرض هو المساواة • فالعدل هو المساواة • وهنـــاك صورتان للعدل لابد من مراعاتهما في كل مجتمع ، همـــا العدل التوزيعي والعدل التبادلي • أما العدل التوزيعي فهو خاص بتوزيـــع الثروات والمزايا المعنوية وكل المزايا الأخرى المتـــاحة ، على أفراد المجتمع • والمساواة التي تحكم العدل التوزيعي ليست هي المساواة الحسابية ولكنها مساواة تناسبية أو جبرية • ويترتب على ذلك أن العدل التوزيعي يكون قد تحقق رغم وجود فروق بين الأفراد في المجتمع • فالعدل التوزيعي لا يأبى ان « توجد مساواة وكذلك عدم مساواة بين مواطن ومواطن(٣١) » •

ولكن اذا كان العدل التوزيعي لا يقتضي المساواة الحسابية المطلقة بين المواطنين ، الا أنه يأبى عدم المساواة الملطقة بينهم • فالفروق بين المواطنين يجب أن تكون معقولة على أساس الاعتدال وهو الوسط بين نقيضين • وتعتبر سعيدة تلك الدولة التي لا توجد فيها الا « ثروات متواضعة وكافية » في نفس الوقت(٣٢) • فالثروة الكافية لازمة لكل فرد لمباشرته الفضيلة ، وصولا الى غاية الانسان وهي تحقيق السعادة • والثروة المتواضعة لكل فرد تعني عدم وجود فروق كبيرة بين الأفراد والطبقات وهو ما يحمي المجتمع من الصراع ومن سيطرة طبقة على أخرى •

ومع ذلك فان ارسطو لا يخفي انه « في مسألة العدالة والمساواة يصعب الوصول الى الحقيقة الكاملة »(٣٣) • وبصفة خاصـــة فيما يتعلـــق بالعدل التوزيعي « نظرا لأن بعض الأفراد متساوون في بعض الأشياء يظنون أنهم

---

(٣١) Aristote, *Ethique*, op. cit., 5, 2, 12.

(٣٢) Aristote, *Politique*, Liv., 3, Ch. 14, op. cit., p. 152 et s.

(٣٣) Aristote, *Politique*, Liv. 3, Ch. 13, op. cit., p. 131.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

متساوون فى كل شىء ، ويظن آخرون نظرا لانهم متميزون فى بعض الأشياء أنهم متميزون فى كل شىء وأنهم بالتالى يستحقون لكل الامتيازات »(٣٤) . وبالطبع فان الواجب على المشرع أن يراعى الاعتدال فى التوزيع ولا يستجيب الا الى المطالبات المعقولة .

ولكن حتى يكون المشرع قادرا على الاضطلاع بهذه المهمة ينبغى أن يكون مستوحيا العدل فى عمله ، والا يكون صادرا فى تفكيره عن مصلحة طبقة معينة . أما اذا كان التشريع هو مجرد تعبير عن سيطرة طبقة معينة سواء كانت هى طبقة الاغنياء أو طبقة البروليتاريا ، فان العدل التوزيعى يصبح مستحيل التحقيق ، وبالتالى فان التشريع يكون قد اتجه الى الظلم حيث كان يجب عليه أن يحقق العدل(٣٥) .

فاذا فرضنا أن المشرع تمكن بالفعل من تحقيق العدل التوزيعى فان ذلك لا يكفى ، بل ينبغى أن يستمر ذلك فى المستقبل أيضا . واستمرار العدل التوزيعى لا يكون الا عن طريق نوع آخر من العدل وهو العدل التبادلى الذى يحكم العلاقات بين الناس سواء كانت هذه العلاقات ارادية كالعقد أو غير ارادية كالعمل غير المشروع .

فالعدل التبادلى مكمل للعدل التوزيعى ، ولا تظهر الفائدة منه الا بعد أن يكون العدل التوزيعى قد تحقق بالفعل ، كما أن الفائدة من العدل التوزيعى لا تستمر الا عن طريق العدل التبادلى .

وعلى خلاف المساواة فى العدل التوزيعى وهى مساواة جبرية غير حسابية ، فان المساواة فى العدل التبادلى مساواة حسابية مطلقة(٣٦) .

وعلى هذا النحو « اذا تسبب عمل أو تصرف فى خسارة مادية أو معنوية لشخص من الأشخاص ، فان العدل التبادلى يقتضى أن يقوم الشخص الذى تسبب فى الخسارة أو استفاد منها بأن يرد للطرف الآخر ما يعادل هذه

---

(٣٤) Aristote, *Politique*, Liv. 4, Ch. 15. op. cit., p. 161.

(٣٥) Aristote, *Politique*, Liv. 3, Ch. 6, p. 120.

(٣٦) Aristote, *Ethique*, 5, 4, 12.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الخسارة بحيث يصبح كل من الشخصين بعد حدوث هذا التصرف فى نفس المركز الذى كان عليه من قبل »(٣٧) ٠

والواقع أن فكرة ارسطو عن العدل التبادلى هى الاساس الذى تقوم عليه أهم نظريات القانون ، كنظرية العقد والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب (٣٨) ٠ بل ولا توجد مسألة فى نظرية الالتزام لا يمكن ردها الى هذه الفكرة ٠ ويفسر هذا ، احتفال رجال القانون المعاصرين بهذه الفكرة واستخدامهم لها عند دراسة الكثير من المسائل القانونية الفنية ٠

والخلاصة ان العدل التوزيعى يحكم توزيع الثروات والمزايا على المواطنين ويقوم على أساس مساواة نسبية غير حسابية ، أما العدل التبادلى فانه يحكم المعاملات والعلاقات بين أفراد المجتمع سواء كانت ارادية أو غير ارادية ويقوم على أساس مساواة حسابية مطلقة ٠

ولكن فكرة العدل التبادلى تحتاج الى ايضاح أكثر فيما يتعلق بانطباقها على نظرية العقد ، كما أن فكرة العدل التوزيعى تحتاج الى ايضاح أكثر فيما يتعلق بانطباقها على نظرية الملكية ٠

٥٣ ـ العدل التبادلى والعقد :

العقد هو أهم تصرف ارادى يقوم به الانسان فى حياته ٠ وعن طريق العقود تتم المعاملات بين الأفراد ويتحقق النشاط فى المجتمع ٠ ولا شك أن كل فرد يسعى الى تحقيق مصلحته والى تحقيق العدل بالنسبة لنفسه ٠ ولذلك اذا أبرم انسان عاقل عقدا فالمفروض أن يكون هذا العقد معبرا عن العدل بالنسبة له ٠ ونظرا لأن العقود تبرم بين طرفين فيفترض انها تحقق العدل لكل من هذين الطرفين ٠ ولذلك يمكن القول ان العقد تعبير عن العدل وان من قال عقدا فقد قال عدلا ٠

ولذلك فان المقصود بالمساواة فى العقد ، تلك المساواة التى يرضاها

---

(٣٧) Aristote, *Ethique*, 5, 4, 13.

(٣٨) Michel VILLEY, op. cit., p. 120.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كل متعاقد لنفسه ، « لان أحدا لا يرضى لنفسه الظلم بارادته »(٣٩) ٠ ويضرب أرسطو ذلك مثلا بقوله : « ان ذلك الذى يعطى ما يملكـــه الى شخص آخر لا يكون ضحية لظلم ، كما نرى عند هومـــيروس Homère ، الذى يروى أن جلوكوس Glaucus أعطى الى ديوميد Diomède أسلحة من البرونز مقابل أسلحة من الذهب ، وأعطاه كذلك مقابل تسع بيضات ما يعـادل قيمة مائة بيضة ٠ وفى هذا لا يوجد أى ظلم ، فالواقع أن الانسان حر فى أن يتبرع ولا يمكن أن يكون لهذا السبب ضحية لظلم ما دام لا يوجد شخص آخر قد تسبب فى احداث هذا الظلم ٠ ولذلك فانه من الواضح أننا لا يمكن أن نلقى الظلم الا رغم ارادتنا »(٤٠) ٠

وهكذا فان أرسطو يضع المبدأ الأخلاقى فى أساس القوة الملزمة للعقد وهو افتراض مطابقة العقد للعدل ٠ وهو نفس الافتراض الذى أقام عليـــه القوة الملزمة للقانون وهو ان ارادة المشرع تعبر عن العدل ٠ بل ان افتراض العدل فى العقد يبدو أقرب من افتراضه فى القانون ٠ لأن الانسان فى العقد يسعى الى تحقيق العدل بالنسبة لنفسه ، أما فى القانون فان المشرع يسعى الى تحقيق العدل بالنسبة للشعب ٠ وحرص الانسان على مصالحه الخاصـــه أقوى من غير شك من حرص المشرع على مصلحة الشعب ٠ ولكن كما أن افتراض مطابقة القانون للعدل لا يصل الى درجة اعتبار القانون مساويا للعـــدل فى ذاته ، فان افتراض مطابقة العقد للعدل لا يصل كذلك الى درجة اعتبار العقد مساويا للعدل فى الجوهر ٠

فالقانون كما سبق أن ذكرنا هو عدل مصطنع صنعته ارادة المشرع ، وهو يستحق الطاعة والاحترام لافتراض مطابقته للعدل الحقيقى ٠ ولكن فى الحالات التى يتضح فيها بجلاء أن القانون قد خالف العدل وانه صـــدر عن حاكم طاغية مستبد بالناس فانه يصبح فى هذه الحالة معبرا عن الظلم لا عن العدل ويصبح غير مستحق الطاعة أو الاحترام ٠

---

(٣٩) Aristote, *Ethique*, 5, 11, 6.

(٤٠) Aristote, *Ethique*, 5, 9, 7; 5, 9, 8.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبالمثل فان العقد وهو نوع من الاتفاق هو شيء مصطنع من صنع الارادة التي تستخدمه لتحقيق أغراض الحياة · ولذلك فهو لا يطابق تماما العدل الحقيقي بل يظل دائما صورة مصطنعة للعدل ، ويستحق الاحترام لهذا السبب وحده · وأرسطو يعالج نظرية العقد تحت عنوان « الاكتساب المصطنع للملكية » · ويقول : « ليست الطبيعة هي التي خلقت التجارة بما تنطوي عليه من شراء وبيع بثمن أكبر ، فاذا كان التبادل وسيلة ضرورية لكي يحصل كل شخص على ما يفي بحاجاته ، فان الأمر لم يكن كذلك في المجتمعات البدائية التي كانت فيها الملكية مشتركة · ولم يصبح التبادل لازما الا في المجتمعات الكبيرة وبعد ظهور الملكيات الخاصة »(٤١) · ولذلك فانه اذا كان العقد وسيلة مصطنعة للتعبير عن العدل في معاملات الناس ، وهي وسيلة لازمة لا غنى عنها ولا توجد وسيلة أخرى أفضل منها بصفة عامة ، لأن ارادة الانسان هي أقدر وسيلة لتحقيق العدل لصاحبها ، الا أن هذه الوسيلة لا ترقى أبدا الى مستوى العدل الحقيقي · وكذلك فانها لا تستطيع أن تخالف العدل مخالفة جوهرية والا فقدت سبب وجودها وأصبحت غير واجبة الاحترام · وهكذا فان أرسطو لا يدعو الى احترام العقود جميعا بغير استثناء ، بل العكس هو لا يتردد في مهاجمة بعض العقود التي يرى انها تحقق الظلم ولا تحقق العدل · ومن هذا القبيل عقد الربا « فالنقود لا تلد نقودا ، فذلك نوع من الربح مخالف للطبيعة »(٤٢) ·

وهكذا فان ارادة الانسان تتقيد باعتبارات العدل حتى وهي تسعى الى تحقيق مصلحتها الخاصة ·

٥٣ ـ العدل التوزيعي والملكية الخاصة (مهاجمة الشيوعية) :

يتعلق العدل التوزيعي كما سبق أن ذكرنا بتوزيع الثروات الموجودة في الدولة على المواطنين فيها · ويقوم هذا التوزيع على أساس مساواة نسبية غير حسابية · ويترتب على ذلك أمران : أولهما الاعتراف بمبدأ الملكية الخاصة ، وثانيهما الاعتراف بعدم المساواة الحسابية في الملكيات الخاصة · والواقع أن أرسطو كان من أقوى أنصار الملكية الخاصة ومن أشد أعداء الشيوعية التي نادى بها أفلاطون ·

ولا يذهب أرسطو الى جعل كل ثروات الدولة مملوكة ملكية خاصة ،

---

(٤١) Aristote, *Politique*, Liv. I, Ch., 2, op. cit., p. 22.

(٤٢) Aristote, *Politique*, Liv. I, Ch. 2, p. 26.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بل يرى ضرورة تقسيم هذه الثروات الى قسمين رئيسيين : الأول خاص بالأموال اللازمة للانتفاع المشترك لجميع الأفراد وهذا الجزء تظل فيه الملكية عامة للدولة • أما الجزء الثاني فهو الذى يوزع على الأفراد ويصبح مملوكا لهم ملكية خاصة • وفى هذا المعنى يقول أرسطو انه « لا يمكن مطلقا انشاء دولة الا اذا قمنا أولا بتقسيم الأموال وذلك بتخصيص بعضها للاستعمال العام وتوزيع الباقى على الأفراد »(٤٣) •

أما الشيوعية التى ينادى بها أفلاطون فانها مخالفة للطبيعة ، وتؤدى الى عكس المقصود منها ، « واذا كان أفلاطون يقصد من الشيوعية تحقيق أكبر قدر من الوحدة داخل المجتمع ، فانى أريد أيضا تحقيق نفس الشيء • ولكن اذا اندفعنا فى الوحدة أكثر من اللازم ، فلن يبقى بعد ذلك مجتمع مدنى ، وهو ما يقوم أساسا على تعدد الأشخاص » • « ومن غير شك فانه يجب وجود شيء من الوحدة داخل المجتمع السياسى ، ولكن لا الوحدة فى كل شيء ، والا فاننا لن نبقى على هذا المجتمع ، وستزداد عيوبه بسبب اختصاره ، ويشبه ذلك الى حد ما ، حالة ما اذا اختصرنا قطعة موسيقية الى صوت واحد أو الى لحن واحد »(٤٤) •

والدفاع عن الملكية الخاصة يقوم عند أرسطو على اعتبارات غريزية لصيقة بالانسان ، فان كل انسان يحب ذاته ، وحب الذات ليس عيبا وانما العيب هو التطرف فى حب الذات ، وهو ما يمكن أن نسميه أنانية • وحب التملك تعبير عن حب الانسان لذاته ، وحب التملك عند الانسان « له جاذبية تجل عن التعبير » ويؤدى الى نوع من « المتعة » و « السرور » لا يمكن تحقيقهما فى المجتمع الشيوعى الذى يقترحه أفلاطون(٤٥) •

ومن ناحية أخرى فان الملكية حافز على العمل ، كما أنها جزاء على العمل • ومن غير المعقول أن يحصل الذين يعملون والذين لا يعملون على نفس

---

(٤٣) Aristote, *Politique*, Appendice I, p. 212.

(٤٤) Aristote, *Politique*, Appendice I, p. 206, 212.

(٤٥) Aristote, *Politique*, Appendice I, p. 211.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الجزاء . والا لدب التكاسل فى المجتمع ، وترك كل شخص عمله ليقوم به غيره من الناس . « وهذا ما نلاحظه بصفة خاصة فى الأعمال المنزلية عندما يكثر الخدم ، تقل العناية المطلوبة »(٤٦) .

واذا كانت الشيوعية مدعاة للتكاسل ، فهى فى نفس الوقت مدعـــاة للمنازعات كما هو مشاهد فى بعض صور الملكية المشتركة(٤٧) .

ولا يعنى هذا أن الملكية الخاصة تسمو على النقـــد ، بل هى تؤدى فى بعض الحالات الى الصراع والمشاحنات . « ولكن ليست من الملكية الخاصـــة تنشأ هذه العيوب وانما من فساد الناس »(٤٨) .

ومن ناحية أخرى فان الدفاع عن الملكية الخاصة لا يعنى اطلاقها بغير حد ، بل هى تتقيد باعتبارات المصلحة العامة . واذا كان الفكر الحديث قد وصل الى القول بأن للملكية الخاصة وظيفة اجتماعية ، فان أرسطو عبر عن نفس الفكرة أدق تعبير بقوله : « يجب فى الواقع اعتبار الأموال عامة الى حد ما ، على أن تكون مع ذلك مملوكة للأفراد »(٤٩) . فالملكية خاصة ولكن لها مظهر عام أو وظيفة عامة .

واذا كانت الملكية الخاصة تتقيد بوظيفتها الاجتماعية ، فهى أيضا تتقيد فى مداها من حيث ضرورة تحديدها .

٥٤ ـ تحديد الملكية الخاصة :

اذا كانت الملكية الخاصة تتفق مع طبيعة الانسان ، فهى أيضا لازمة لمباشرة الفضيلة . والفضيلة هى الاعتدال والوسط بين نقيضين كل منهما سيىء . وكما أن الفضيلة توجد فى الوسط ، فان الملكية التى تســـاعد على

---

(٤٦) stote, *Politique*, Appendice I, p. 208, 210.

(٤٧) stote, *Politique*, Appendice I, p. 211.

(٤٨) sttoe, *Politique*, Appendice I, p. 211.

(٤٩) stote, *Politique*, Appendice I, p. 210.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفضيلة ينبغي أيضا أن تكون متوسطة لا هي ضئيلة جدا ولا هي كبـ للغاية ٠

وفي هذا المعنى يقول أرسطو : « ان الحياة السعيدة تكون في المباشر الحرة للفضيلة ، والفضيلة تكون في الوسط ، ويترتب على ذلك بالضرورة أن الحياة الفاضلة هي الحياة المعتدلة المحاطة بشيء من اليسر الذي يستطيع كل شخص أن يصل اليه »(٥٠) ٠

وما يصدق على الأفراد ينعكس على الدولة أيضـــا ، فانه من أسـباب السعادة الكبرى للدولة ألا توجد فيها الا ثروات متواضعة وكافية ٠ أما اذا انقسم أفراد الشعب الى أشخاص شديدي الثراء وآخرين بالغي الفقر ، لأدى ذلك الى سيطرة الطبقة الغنية أو ثورة الطبقة الفقيرة وما يترتب على ذلك من تطرف نحو الطغيان ٠٠ أما الدولة التي يراعى فيها مبدأ الاعتـــدال ، فهي الدولة الأفضل وهي التي تخلو من الاضطرابات »(٥١) ، والفوارق الشديدة بين الطبقات تتنافى مع طبيعة نظام المجتمع ، وتؤدي الى خلـــق نوعين من الناس ، « عبيد وسادة لا مواطنون أحرار » ٠ وفي هذا الجو لا يتحقق التعاون الذي يستمد منه النظام الاجتماعي أساس وجوده ٠ « ان المجتمع يحتاج بصفة خاصة الى أعضـــاء متساوين ومتشابهين ، وهو ما لا يمكن وجـــوده الا في الوسط »(٥٢) ٠

واذا كان العقل هو معيار الفضيلة ، فان التطرف في الثراء أو الفقـر يذهب بالعقل لأن الانسان لا يستطيع أن يستمع الى حكم العقل بسهولة اذا كان يتمتع « بجمال فائق ، أو قوة لا تقارن أو بدرجة عاليـــة من النبل الاجتماعي ، أو درجة مبالغ فيها من الثراء ، أو عكس هذه الصفات من الفقر أو الضعف أو انحطاط الأصل »(٥٣) ٠ أما صاحب القدرات المعتدلة فهو وحده الذي يستطيع أن يستجيب الى حكم العقـــل أي الى مقتضيات الفضـــيلة والعـدل ٠

---

(٥٠) Aristote, *Politique*, Liv. 3, Ch. 14, p. 150.

(٥١) Aristote, *Politique*, Liv. 3, Ch. 14, p. 152.

(٥٢) Aristote, *Politique*, Liv. 3, Ch. 14, p. 151.

(٥٣) Aristote, *Politique*, Liv. 3, Ch. 14, p. 151.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واذا كان أرسطو يربط بين تحديد الملكية الخاصة والفضيلة فمعنى ذلك انه يربط بين تحديد الملكية وبين القانون الطبيعى · فالقانون الطبيعى هو القانون العقلى وهو العدل · وهو فى نفس الوقت الأساس الذى يستمد منه المجتمع السياسى أسباب وجوده كما تستمد منه القوانين الوضعية قدرتها على الزام الأفراد ، كما تستمد منه قيمتها الأخلاقية فى كونها تعبر عن العدل · وسنرى فيما بعد أن هذا التعبير يصبح فاسدا اذا زادت الفوارق بين الطبقات ودب الصراع بينها وأصبح القانون تعبيرا عن سيطرة طبقة على طبقة أخرى غيرها ·

واذا كنا قد تكلمنا حتى الآن عن العدل التبادلى ودرسنا أهم تطبيقاته وهو العقد ، وتكلمنا كذلك عن العدل التوزيعى وأشرنا الى أهم تطبيقاته وهى الملكية ، فانه يبقى أن نتكلم الآن عن العدل العام والعدل الخاص ·

٥٥ ـ العدل العام والعدل الخاص (مبدأ سيادة القانون) :

تحت عنوان « سمو القانون » خصص أرسطو فصلا من « كتاب السياسة » للدفاع عن مبدأ سيادة القانون وسموه على ارادة الأفراد ، بما فى ذلك ارادة الحكام أنفسهم · فهو ينزع السلطة من الأشخاص ويعطيها لنصوص القانون ·

ونصوص القانون لا توضع لحالات خاصة ، ولا تنطبق على أفراد معينين، وانما توضع فى عبارات عامة وتنطبق على جميع الأفراد بغير تمييز · « فلا ينبغى أن يكون للجميع سوى أمر واحد »(٥٤) ·

وهذا المبدأ هو ما يعبر عنه الفقه الحديث بأن قواعد القانون يجب أن تكون عامة مجردة · وعمومية القانون تعنى ان العدل الذى يحققه هو عدل عام ينطبق على الناس جميعا بغير تفرقة ·

ولا شك أن سيادة القانون أفضل من تسلط الحكام ، لأن القانون وان

---

(٥٤) Aristote, *Politique*, Liv. 2, Ch. 7, p. 122.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

كان واضعه شخصا من الأشخاص الا أنه بصياغته العامة يتجرد من العواطف والمحاباة • واذا كانت هذه المؤثرات تعمى الابصار ، فان « القانون ، على العكس ، هو العقل المجرد عن العاطفة »(٥٥) • أما اذا خضع الأفراد لارادة الحكام وليس للقانون ، فانهم يتعرضون بذلك لأهواء الحكام وعواطفهم ، أى يتعرضون لحكم الحيوان ، فالعواطف تحول الناس جميعا الى حيوانات ، بينما خضوع الانسان لا ينبغى أن يكون الا لحكم العقل(٥٦) •

والقانون هو العقل ، أو هو القائد الذى ينبغى الاهتداء بحكمه • ولا شك أن « اتباع قائد مجرد من الأهواء أكثر أمانا من اتباع قائد تكون الأهواء داخلة فى تكوينه • والقانون مجرد من الأهواء »(٥٧) • ولذلك يجب أن يكون الحكم للقانون ، وأن يكون العدل عاما بالنسبة للجميع •

ومع ذلك فان أرسطو لا ينكر دور الانسان فى تحقيق العدل ، لأن القانون لا يمكن تطبيقه الا بواسطة بعض الأفراد ، وهؤلاء هم القضاة • وهنا يضع أرسطو ثقته الكاملة فى القضاة • فهو يسلمهم قواعد القانون العامة ويترك لهم بعد ذلك كل شىء •

والقضاة يطبقون قواعد القانون العامة على الحالات الخاصة التى تعرض أمامهم • وبذلك يمكن التوفيق بين العام والخاص ، وتتحقق فى كل حالة خاصة صورة العدل التى تناسبها •

والعدل الخاص هو اما تطويع للقواعد العامة ، أو الحكم بغيرها فى حالة سكوتها عن مواجهة النزاع المعروض أمام القاضى •

وأرسطو يتكلم بكل تقدير عن القضاة • ذلك انه « عندما يحدث خلاف بين الناس ، فانهم يلجأون الى القاضى • والذهاب الى القاضى ، هو ذهاب الى العدالة ، لأن القاضى ، يريد أن يكون ، اذا جاز التعبير ، تجسيدا للعدالة •

---

(٥٥) Aristote, *Politique*, Liv. 2, Ch. 7, p. 123.

(٥٦) Aristote, *Politique*, Liv. 2, Ch. 7, p. 123.

(٥٧) Aristote, *Politique*, Liv., 2, Ch. 7, p. 125.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وفى شخص القاضى يبحث الانسان عن شخص ثالث غير متحيز ، يسميه البعض حكما ... وهو رجل العدل ... الذى يمسك بالميزان بين الطرفين »(٥٨) . ولعل عبارة أرسطو الأخيرة هى الأصل فى الصورة المألوفة عن العدالة ، وهى صورة الشخص معصوب العينين والذى يمسك بميزان فى يده ، وهى الصورة التى ترمز فى كل بلاد العالم الآن لفكرة العدل .

والواقع أن قول أرسطو أن القاضى هو رجل العدل الذى يمسك بالميزان بين طرفين ، لا زال أقوى تعريف فنى للعمل القضائى وهو ما لم يتخطه الفكر القانونى حتى اليوم .

ولكن أرسطو لا يدعو القاضى الى تطبيق القانون تطبيقا حرفيا فى جميع الأحوال . ذلك أن القانون يشوبه النقص ، أى قد لا يتضمن حكما للنزاع المعروض أمام القاضى ، وفى هذه الحالة يجب على القاضى أن يفصل فى النزاع ولا يتهرب من الفصل فيه بحجة انه لم يجد الحكم فى نصوص القانون . والا فانه يكون قد ارتكب جريمة انكار العدالة ، ويكون أيضا قد خرج على مقتضى وظيفته ، لأن وظيفته هى أن يحكم بالعدل ، وهى وظيفة يجب أن يباشرها دائما حتى ولو لم يجد نصا فى القانون .

ونظرية النقص فى التشريع التى اعترف بها الفقه الحديث بعد جدل طويل ، أشار اليها أرسطو بكل وضوح ، فهو يقول « عندما يكون القانون قد عبر بوضوح عن قصده فانه يترك بعد ذلك لرشادة القضاه أن يحكموا وأن ينظموا الباقى ، وهو يجيز لهم أن يكلموا ما فيه من سكوت »(٥٩) وهو يقول أيضا انه نظرا لعدم وجود قوانين لهذه الحالات الخاصة « فيجب على الانسان أن يكمل ذلك »(٦٠) . وهو يقصد بالانسان هنا ، القاضى .

وفى الحالات التى لا يوجد فيها حكم فى القانون ، فان ما يحكم به القاضى يكون نوعا من العدل الخاص بالنسبة للنزاع المعروض عليه . والعدل

---

(٥٨) Aristote, *Ethique*, 5, 4, 7, 8.

(٥٩) Aristote, *Politique*, Liv. 2, Ch. 7, p. 123.

(٦٠) Aristote, *Politique*, Liv. 2, Ch. 7, p. 124.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الخاص يعطيه أرسطو اسما خاصا هو الـ equité وهو ما يمكن أن نترجمه الى العربية بكلمة « انصاف » • فهناك اذن العدل justice ، والمقصود به العدل العام بالمعنى السابق بيانه • وهناك العدل الخاص ، أى الانصاف •

والعدل الخاص أو الانصاف يتحقق فى حالتين : الأولى وقد سبق ذكرها وهى عندما يوجد نقص فى التشريع ، فيقوم القاضى باكمال هذا النقص وايجاد حل للنزاع يعثر عليه بمجهوده الشخصى • والحالة الثانية عندما لا يوجد نقص فى التشريع ، ولكن القاضى لا يطبق القاعدة العامة تطبيقا حرفيا ، بل يراعى المرونة فى تطبيقها مراعاة للظروف الخاصة فى النزاع •

وفى بيان العلاقة بين العدل والانصاف فاننا لا نجد كلمات أدق أو أوضح من كلمات أرسطو نفسه ، فننقلها كما هى ، فهو يقول : « اذا قمنا بامتحان عميق لهاتين الفكرتين فلا تبدو لنا خصائصهما متطابقة بصفة مطلقة، ومع ذلك فهما لا يختلفان من حيث النوع • وفى بعض الأحيان نجد أننا نقوم بتوجيه المديح للانصاف وللرجل الذى يتمتع بهذه الصفة ، لدرجة انه بحسب اعتقادنا فاننا نستخدم هذه الكلمة كمرادف لكلمة حسن ••• وأحيانا أخرى يبدو لنا من الخطأ أن نوجه المديح للانصاف وهو ما يخالف العدل فى بعض الوجوه • لأنه فى الواقع ، اما أن يكون العدل غير مرغوب فيه ، أو أن يكون الانصاف غير العدل لاختلافه عنه ، أو أن يكون كل منهما مرغوب فيه فيختلط كل منهما بالآخر ؟ وحيرتنا حول مسألة الانصاف تأتى لأسباب من هذا القبيل • ومع ذلك فكل هذه الاصطلاحات مرضية الى حد ما ولا يوجد أى شىء من التناقض • لأن ما هو منصف يعتبر أسمى مما هو عادل فى حالة خاصة ، وهو لهذا السبب ذاته يعتبر عادلا • ولا يثيغى الاعتقاد بأن الانصاف يسمو على العدل لأنه من طبيعة مختلفة • فالعدل والانصاف متطابقان ، وكلاهما مرغوب فيه ، وان كان الانصاف مرغوبا فيه أكثر • والذى يدعونا الى الحيرة أن الانصاف هو عدل ولكنه ليس عدلا بالمطابقة للقانون ، وانما هو تحسين لما يعتبر عدلا بحسب القانون • والسبب فى ذلك ان كل قانون عام، وانه بالنسبة للحالات الخاصة لا يكون التعبير العام محددا بدرجة كافية •• والقانون لا يواجه الا الحالات العادية ، دون أن ينكر مع ذلك ما يشوبه من نقص • ولا يعتبر هذا عيبا فى القانون ، ولا يوجد فى ذلك أى خطأ أو تقصير من جانب المشرع ، وانما هو أمر طبيعى ، فعندما يصدر القانون فى عبارات

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عامة ثم يحدث مستقبلا شيء لا يتفق مع هذه النصوص العامة ، فانه يكون من الطبيعي تكملة النقص الذى تركه المشرع واصلاح الترك الناشيء عن كون القانون يعبر بصفة عامة • والمشرع نفسه لو كان حاضرا لوافق على تكملة النقص ، ولو كان قد تنبه اليه لأدخل التحديد اللازم فى نص القانون • وهكذا فان الانصاف هو العدل ، وهو كذلك أسمى من العدل ، ولكنه ليس أسمى من العدل في ذاته ، بل أسمى من العدل بما يشوبه من نقص راجع الى الى صياغته العامة ، والصفة المميزة للانصاف هى اصلاح القانون فى الحدود التى يبدو فيها ناقصا بسبب صياغته العامة »(٦١) •

والى هذا الحد يكون أرسطو قد عبر بوضوح كامل عن الدور الذى يلعبه الانصاف فى تكملة النقص فى القانون • أما الدور الذى يلعبه الانصاف فى تطويع القانون عند عدم وجود نقص فيه فهوما يعبر عنه بطريقة لاتقل وضوحا عن عباراته السابقة ، فيقول : « ان القوانين تتلاءم مع الظروف الخاصة وقد أوضحنا طبيعة الانصاف ، وحددنا فى أى شيء يختلط مع العدل ويسمو عليه من وجهة نظر خاصة •ومما سبق تظهر بوضوح كامل طبيعة قاضى الانصاف• فهو الرجل الذى يتصرف بطريقة عملية ، وهو ليس رجل العدل المتزمت الذى يميل الى الحلول الأقل ملاءمة للآخرين ، بل هو دائما مستعد لأن يترك ما يستحق له حتى ولو كان يستطيع أن يتمسك بالقانون لمصلحته • فالانصاف هو نوع من العدل ولا يختلف عنه أبدا »(٦٢) •

والخلاصة أن أرسطو ينادى بمبدأ سيادة القانون ، وهو المبدأ الذى يجعل العدل عاما بالنسبة لجميع الناس ويجعل خضوع الأفراد لقواعد القانون وليس لأهواء الحكام • ولكنه من ناحية أخرى ينادى بالعدل الخاص أى الانصاف فى الحالات التى لا يوجد فيها حكم فى القانون أو فى الحالات التى تقتضى ظروفها الخاصة تطبيق القانون بطريقة مرنة غير جامدة •

ومن الواضح أن نظرية القانون لم تتخط أرسطو فى هذا الشأن حتى الآن •

---

(٦١) Aristote, *Ethique*, 5, 10, 1-7.

(٦٢) Aristote, *Ethique*, 5, 10, 7-8.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٥٦ - الصراع الطبقى ونظرية القانون الظالم :

أنسب الحكومات فى نظر أرسطو لتحقيق العدل فى المجتمع هى الحكومة التى تتكون من أبناء الطبقة الوسطى ، والتى تعمل على تقريب الفوارق بين الطبقات عن طريق « الاعانات التى تعطيها للفقراء والتكاليف التى تفرضها على الأغنياء ، وبهذه الطريقة فان الحكومة تصبح مشتركة بين الجميع وليست فى يد طبقة دون غيرها »(٦٣) . ويطلق أرسطو على هذه الحكومة اسم الجمهورية المعتدلة . وهو يرى من استقراء التاريخ أنها لم تتحقق الا نادرا جدا(٦٤) .

وعلى خلاف هذه الصورة المثالية فان الذى يحدث كثيرا فى المجتمعات السياسية ، أن تتسلط طبقة على أخرى ، بسبب الفوارق الشديدة بين الطبقات وما يترتب على ذلك من عداء وصراع بينها يؤدى فى آخر الأمر الى سيطرة بعضها على البعض الآخر ، « والأغنياء والفقراء يكونان أهم تقسيم للطبقات فى الدولة »(٦٥) . « وعندما يحدث اضطراب وتقع معارك بين الفقراء والأغنياء فان الذى ينتصر منهم لا يحافظ على الاتصال أو المساواة بالمهزوم بل يحتفظ لنفسه بامتياز الحكم ، كثمن للنصر . فاذا كان الشعب هو الذى انتصر ، فانه يقيم ديمقراطية ، واذا كان الأغنياء هم الذين انتصروا فانهم يقيمون « اوليجارشية » ، كما فعل كل هؤلاء الذين استولوا على السلطة فى اليونان ، ويخضع كل منهم شكل الحكومة لمصلحته الخاصة دون مراعاة مصلحة الدولة على الاطلاق »(٦٦) .

ويلاحظ أن أرسطو يقصد بالديمقراطية فى هذا المقام نفس المعنى الذى تقصده الأحزاب الشيوعية المعاصرة وهو دكتاتورية البروليتاريا ، ويقصد بالاوليجارشية ديكتاتورية الطبقة الغنية . وفى الحالتين فان « الدولة تتحطم بسبب جشع الأغنياء أو الفقراء »(٦٧) .

---

(٦٣) Aristote, *Politique*, Liv. 3, Ch. 14, p. 156, 165.

(٦٤) Aristote, *Politique*, Liv. 3, Ch. 14, p. 153.

(٦٥) Aristote, *Politique*, Liv. 3, Ch. 9, p. 100.

(٦٦) Aristote, *Politique*, op. cit., Liv. 3, Ch. 14, p. 153.

(٦٧) Aristote, *Politique*, op. cit., Liv. 3, Ch. 14, p. 155.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واذا كان الصراع بين الأغنياء والفقراء يرجع الى أسباب حقيقية ، فان احتدامه يرجع فى كثير من الأحيان الى تدخل بعض « المهيجين الديماجوجيين »، فهم يدعون الأغنياء الى التحالف « ثم يثيرون الشعب علنا ضد هذا التحالف كما هو مشاهد فى كل مكان تقريبا »(٦٨) • وعندما يكون أحد هؤلاء الديماجوجيين من قواد الجيش فانه ينتهى الى الاستفادة من هذا الصراع بالاستيلاء على الحكم وتحويله الى حكم مطلق يصبح فيه هذا المهيج طاغية • « ووسيلة هؤلاء الطغاة الأساسية ، هى الثقة التى يحصلون عليها من الشعب عن طريق الكراهية التى يظهرونها نحو الأغنياء »(٦٩) •

ومن ناحية أخرى فان سيطرة الطبقة الغنية تنتهى فى كثير من الأحيان الى تسلط قلة من هذه الطبقة ، أو حتى شخص واحد فقط ، وهو ما يؤدى الى ظهور نوع من الطغاة لا يختلف كثيرا عن الطغاة الذين يخرجون من سيطرة الطبقة الفقيرة(٧٠) •

والحكومات الطغيانية سواء كانت نتيجة لسيطرة الطبقة الفقيرة أو لسيطرة الطبقة الغنية هى حكومات ضد الطبيعة ، وكل القوانين التى تخرج منها لا تكون معبرة عن العدل(٧١) •

وهكذا فان أرسطو رغم ارتفاعه بالقانون الوضعى الى درجة اعتباره صورة للعدل على الأرض ، الا أنه لم يغفل النظرة الواقعية من أن القانون الوضعى فى كثير من الأحيان لا يكون معبرا عن العدل بل يكون معبرا عن الظلم والطغيان • وفى هذه الحالات فانه يصبح قانونا ظالما لا يستحق الاحترام أو الطاعة •

وأهم ما فى هذه النظرة الواقعية هو عدم الخلط بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى ، بين ما هو عدل فى ذاته وبين ما هو عدل مصطنع • وبغير

---

(٦٨) Aristote, *Politique*, Liv. 4, Ch. 16, p. 172.

(٦٩) Aristote, *Politique*, op. cit., Liv. 4, Ch. 16, p. 173.

(٧٠) Aristote, *Politique*, op. cit., Liv. 4, Ch. 16, p. 174.

(٧١) Aristote, *Politique*, op. cit., Liv. 3, Ch. 6, p. 120.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذه التفرقة الواضحة لكان من الممكن أن يتعرض الأفراد للطغيان والظلم باسم الخضوع للقانون الطبيعي والعدل ٠

على أن أهمية الصراع الطبقي عند أرسطو لم تقف عند حدود وصف الحقائق الاجتماعية والتاريخية ، بل تخطت ذلك الى درجة التأثير في حركة التاريخ عن طريق بعض المفكرين الذين تلقفوا هذه النظرية واستخدموها لتأليب الطبقات بعضها على بعض وازكاء نار العداوة بينها لتحقيق أغراض سياسية أو فكرية يؤمن بها هؤلاء المفكرين ، وهم في الواقع أقرب الى المهيجين الذين أشار اليهم أرسطو نفسه ٠ ونقصد من هؤلاء شخصين بالذات هما ميكيافيللي وكارل ماركس ٠ أما الأول فقد دعا الى اثارة الأغنياء ضد الفقراء ، وأما الثاني فقد دعا الى اثارة الفقراء ضد الأغنياء ٠ وقد نجح كل منهما فيما أراد الوصول اليه ٠

أما هدف ميكيافيللي من دعوة الأغنياء الى التحالف فهو تأكيد السلطة للأمير ٠ وهو يقول في كتابه المشهور بهذا الاسم « ان أي شخص يريد أن يقيم مملكة أو امارة ، لا يستطيع أن ينجح حيث توجد المساواة ، بل لا بد أن يرفع فوق المستوى العادي ، الأشخاص ذوي الطموح ٠٠٠ ، باعطائهم قصورا وأراض وباحاطتهم بالمزايا والثراء والخدم : بحيث وهو موجود في وسطهم يستطيع أن يعتمد في سلطته عليهم ، ويستطيعون هم أن يعتمدوا في طموحهم عليه ، ويجبر الباقون على احتمال ظلم لا تستطيع الا القوة وحدها أن تجعلهم يحتملونه ٠ فقوة من بيده القهر تكون متناسبة مع قوة من يقع عليه القهر ، فيبقى كل منهما في المكان الذي ألقاه فيه القدر »(٧٢) ٠

---

(٧٢)
Machiavel, «*Le discours sur la première décade du Tite-Live*», Ch. 18, in: *Le Prince et autres textes*, Union Générale d'Editions, Paris, 1962, p. 157; v. aussi «Les luttes des nobles et du peuple», ibid, p. 108; «La matière et la forme», ibid, p. 155.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الطبقى ينقل نقلا حرفيا عن أرسطو ، ولا يختلف عنه الا فى انه يدعو الأمير الى الاستفادة من هذا الصراع ، بينما أرسطو ينادى بالغاء الفوارق بين الطبقات .

غير أن نظرية أرسطو فى الصراع الطبقى لعبت فى العصر الحديث دورا خطيرا على يد ماركس يستحق أن ندرسه بصفة مستقلة وهو ما نقوم به فيما يلى :

٥٧ - نظرية الصراع الطبقى فى العصر الحديث :

حاول مفكران استخدام نظرية أرسطو فى الصراع الطبقى ، فى القرن التاسع عشر ، لتحقيق أفكارهما الفلسفية ، وقد فشل أولهما وهو أوجست كونت حيث نجح الآخر وهو كارل ماركس .

وقد كان أوجست كونت صريحا مع نفسه عندما أعلن بوضوح أن الأفكار الفلسفية هى التى تغير التاريخ « فان الأفكار هى التى تحكم وتهز العالم ، أو بتعبير آخر فان كل النظام الاجتماعى يقوم على أفكار »(٧٣) .

وقد دعا (كونت) الى فلسفة وضعية أسماها « ديانة الانسانية » ،وهى فلسفة وسياسة للحكم فى نفس الوقت . « فالوضعية تتكون أساسا من فلسفة وسياسة لا يمكن الفصل بينهما »(٧٤) - وحتى يمكن تحقيق هذه الفلسفة عن طريق الاستيلاء على السلطة ، فان « أوجست كونت » يسعى الى اثارة البروليتاريا والتحالف معهم والوصول الى الحكم عن طريقهم . « فالبروليتاريا هم وحدهم المساعدون الأساسيون للفلاسفة الجدد »(٧٥) . وهكذا ينبغى دفع تأثير الفلسفة الى درجة « تنظيم التناقض المادى بين هاتين الطبقتين الشيطتين »(٧٦) . وبنوع من المعجزة يتحول كل فقير الى فيلسوف. « فعندما يحدث هذا التعاطف الأساسى ، فاننا سنشعر ان كل فرد من

---

(٧٣) Auguste Comte, Cours de philosophie positive, 5e éd., t. 1, 1892, p. 40

(٧٤) Auguste Comte, Système de politique positive, 4e éd., 1912, identique à la première parue en 1854, t. 1, p. 2.

(٧٥) Auguste Comte, Système de politique positive, op. cit. t. 1, p. 129.

(٧٦) Auguste Comte, Idem, op. cit., t. 1, p. 167.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

البروليتاريا سيتحول فى كثير من الوجوه الى فيلسوف تلقائى ، كما أن كل فيلسوف يصبح من نواح كثيرة واحدا من البروليتاريا »(٧٧) • ولكن من سوء حظ أوجست كونت ، فان أفراد البروليتاريا رفضوا أن يصبحوا فلاسفة وضعيين ، وفضلوا أن يصبحوا فلاسفة ماركسيين • ذلك أن كارل ماركس استطاع أن يتحدث اليهم بطريقة أفضل •

وبالنسبة لماركس ـ كما هو الشأن بالنسبة لكونت ـ فان العمال هم مجرد وسيلة مادية لتحقيق نوع معين من الفلسفة • فالفلسفة هي التى تحرك الانسانية وذلك بغض النظر عن تعبيرات أخرى يقول فيها : « ليس الضمير هو الذى يحدد الحياة ، ولكن الحياة هى التى تشكل الضمير »(٧٨) • ففضلا عن أن ماركس يعترف بالحركة الديالكتيكية بين الأساس الاقتصادي والسطح السياسى أو القانونى ، فانه زيادة على ذلك يحتفظ لنفسه بالحق فى قيـــادة الانسانية • ويقول بوضوح : « ان الماضى الثورى لألمانيا أساسه نظرى هو الاصلاح • وفى هذا الوقت بدأت الثورة من عقل قسيس (لوثر) • واليوم فانها تبدأ من عقل فيلسوف (ماركس) »(٧٩) • أى أن عقل ماركس هو الذى يريد أن يقود الانسانية حسب فلسفة خلاصتها أن « الانسان هو الجوهر الأعلى للانسان »(٨٠) وان « الدين هو تحقيق مشوه للجوهر الانسانى »(٨١)• وبالوصول الى هذه الفلسفة فان ماركس بدأ يبحث عن القوة المادية القادرة على تحقيقها • وقد وجد هذه القوة عند البروليتاريا كما فعل من قبله اوجست كونت • وفى هذا يقول ماركس : « ان النظرية تتحول الى قوة مادية عندما تتغلغل فى الجماهير »(٨٢) • ولكن ماركس يدرك صعوبة اثارة الجماهير لأنه لم توجد بعد الأسباب الداعية الى هذه الاثارة • والواقع كما يقول هو « ان

---

(٧٧) Auguste Comte, idem, op. cit, t. 1, p. 170.

(٧٨) Karl Marx. et F. ENGELS, l'idéologie allemande. p. 23; Adde, La célèbre préface de sa «contribution à la critique de l'économie politique». Editions sociales, 1957, p. 4.

(٧٩) Karl Marx, Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel, in oeuvres philosophiques, trad. par Molitor, t. 1, 1946, p. 97.

(٨٠) Karl Marx, idem., p. 107.

(٨١) Karl Marx, idem, p. 84.

(٨٢) Karl Marx, idem., p. 96.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الثورة الأساسية ، لا يمكن أن تكون الا ثورة الحاجات الأساسية وهى فيما يبدو على وجه التحديد تفتقر الى شروط ومكان اندلاعها »(٨٣) . ولذلك فهو يعلن « انه يجب تكوين طبقة مقيدة بسلاسل أساسية ... الخ »(٨٤) . وهو يهنىء نفسه بعد ذلك لأن هذه الطبقة بدات فى التكوين فعلا (٨٥) . وهو يعلن بكل وضوح أن العلاقة بين فلسفته وبين البروليتاريا هى علاقة منفعة متبادلة « فكما أن الفلسفة ، كما يقول ، تجد فى البروليتاريا أسلحتها المادية ، فان البروليتاريا تجد فى الفلسفة أسلحتها الفكرية . وعندما يصل ضوء الفكر الى أعماق هذه الأرض الشعبية الساذجة (Naif terrain populaire) فان الألمان سيتحررون ويصبحون رجالا »(٨٦) . وهكذا فان ماركس يثير التناقض بين الطبقات ويستغل سذاجة الطبقة العاملة لتحقيق نوع معين من الفكر الفلسفى . والواقع أن الصراع الذى يجرى فى العالم الآن هو صراع فى الدرجة الأولى بين فلسفات بأكثر مما هو صراع بين طبقات . وما الصراع بين الطبقات الا وسيلة استخدمها بعض الفلاسفة السياسيين فى تحقيق أفكارهم الفلسفية .

وكان لا بد للفكر الانسانى أن يعيد التفكير من جديد فى حقيقة المقصود بالصراع الطبقى . وقد أدى ذلك الى ظهور اتجاه جديد ينفى أهمية الصراع الطبقى فى حركة التاريخ وهو ما ينادى به برجسون ، وهو يقول « ان النبلاء شاركوا فى ثورة ١٧٨٩ التى أدت الى الغاء الامتيازات الموروثة ، وبصفة عامة فان المبادرات فى مقاومة عدم المساواة - سواء كان ذلك لمبرر أو لغير مبرر - جاءت غالبا من أعلى ، ومن الطبقة المتميزة وليس من أسفل وهو ما كان يجب أن يحدث لو أننا أخذنا بأنه لا يوجد من محرك الا مصالح الطبقات . وهكذا فان البورجوازيين وليس العمال هم الذين لعبوا الدور الغالب فى ثورتى ١٨٣٠ و ١٨٤٨ ، وهما الموجهتان ، وبصفة خاصة الأخيرة منهما ، ضدامتياز الثراء . وفيما بعد فان رجالا من أبناء الطبقة المتعلمة هم الذين طالبوا بتعليم الكل »(٨٧) .

---

(٨٣) Karl Marx, idem., p. 99.

(٨٤) Karl Marx. idem., p. 105.

(٨٥) Karl Marx, idem., p. 106.

(٨٦) Karl Marx, idem., p. 107.

(٨٧) H. Bergson, Les deux Sources de la morale et de la religion, op. cit., p. 209.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وبعد عرض ما قاله برجسون ، وهو يعبر من غير شك عن جانب من الحقيقة ، فانه يمكن تلخيص المواقف الفلسفية من الصراع الطبقى فى الاتجاهات الآتية :

١ ـ الاتجاه الأساسى وهو اتجاه ارسطو صاحب نظرية الصراع الطبقى . وهو يعتبر الصراع الطبقى حقيقة قائمة وانه أدى فى كثير من المجتمعات الى سيطرة طبقة على أخرى . وهو يدين هذه السيطرة ويعتبر القوانين الصادرة عنها ظالمة وغير معبرة عن العدل ، وهو يدعو الى تذويب الفوارق بين الطبقات عن طريق تحديد الملكية وفرض ضرائب على الاغنياء ودفع اعانات للفقراء . وهو يرى أن الصراع الطبقى من الممكن ومن الواجب التخلص منه وهو ما تحقق فى بعض المجتمعات بالفعل .

٢ ـ اتجاه يستفيد من نظرية الصراع الطبقى الارسطية ويعمل على ازكاء هذا الصراع واشعال نار العداوة بين الطبقات أما لتحقيق سيطرة الامير كما فعل ميكيافيلى ، أو لتحقيق فلسفات معينة كما حاول أن يفعل أوجست كونت وفشل وكما حاول أن يفعل كارل ماركس ونجح . ويلاحظ أن هذا الأخير قد ذهب فى كثير من المبالغة وفى كثير من التبسيط الى حد تفسير تاريخ البشرية كله بأنه صراع بين طبقات ، وهو ما لم يقله ارسطو صاحب النظرية وما يكذبه التاريخ القديم والحديث أيضا .

٣ ـ والاتجاه الثالث هو رد فعل للاتجاه الثانى ويذهب الى القول بأن الصراع بين الطبقات غير موجود دائما بل قد يحدث أن تمد الطبقة الغنية المتعلمة يد المساعدة الى الطبقات الفقيرة الجاهلة . وصاحب هذا الاتجاه برجسون . وتؤيده بعض الأحداث التاريخية الكبرى كما تؤيده طبيعة الانسان التى كما تنطوى على الانانية والمصلحة الشخصية ، تنطوى أيضا على التضحية التى يبذلها كثير من الناس لتحقيق أهداف أبعد ما تكون عن مصلحتهم الذاتية .

وأيا ما كان موقف الاتجاهات الفلسفية من الصراع الطبقى ، فبحسب نظرية القانون الطبيعى فان ما يصدر من سيطرة طبقة على طبقة لا يعتبر

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

قانونا عادلا بل هو قانون ظالم يستمد قوته الملزمة من القوة والقهر وليس من مبادىء الفضيلة والاخلاق وهى المبادىء التى يجب أن تقوم على أساسها المجتمعات السياسية وتستوحى منها التشريعات الوضعية ٠

٥٨ ـ نظرة عامة على نظرية القانون الطبيعى :

نظرية القانون الطبيعى التى وضعها ارسطو والتى لا زالت تحتل مكان الصدارة بين النظريات الفلسفية المعاصرة تقوم على عدة أفكار مؤداها ، ان الانسان لا يمكن أن يعيش الا فى مجتمع سياسى منظم وهو ما يسمى بالدولة أو المدينة وأنه فى هذا المجتمع يفقد حريته المطلقة فى أن يفعل ما يشاء ، وتصبح ارادته خاضعة لمبادىء الفضيلة ٠ والفضيلة هى الأساس الذى يؤدى الى السعادة ٠ كما وان السعادة هى الهدف الذى يسعى اليه كل انسان وتسعى اليه كل دولة ٠ وخضوع الفرد للفضيلة يقتضى منه أن يخضع أيضا للقانون الوضعى الذى يصدر عن المشرع فى المجتمع السياسى الذى يعيش فنه ٠ وهكذا تخضع ارادة الفرد لارادة المشرع كنتيجة حتمية لخضوعها لمبادىء الفضيلة ٠ ومن ناحية أخرى فان ارادة المشرع تخضع كذلك لمبادىء الفضيلة ٠ وهذا الخضوع هو الطريق الوحيد لتحقيق السعادة للدولة باعتبار ذلك الهدف الأساسى من وجود الدولة ٠ وهكذا عن طريق اخضاع ارادة الفرد لارادة المشرع واخضاع ارادة المشرع لمبادىء الفضيلة تتحقق السعادة للفرد وللدولة فى نفس الوقت ٠

والمقصود بالفضيلة الاخلاقية هنا ، العدل ٠ فهو يشمل كل الفضائل المختلفة ٠ والعدل هو القـــانون الطبيعى ٠ وهو ما يمكن ادراكه عن طريق العقل ، ولذلك فان القانون الطبيعى يقصد به أيضا القانون العقلى ٠ وحتى تقوم الدولة على مبادىء العقل أو مبادىء العدل فيجب أن تراعى فيها مبادىء العدل التوزيعى ومبادىء العدل التبادلى ٠

والعدل التوزيعى يتعلق بتوزيع الثروات والمزايا على أفراد المواطنين ٠ وهو لا يقوم على مساواة حسابية مطلقة ، بل على مساواة نسبية تحتمل وجود فروق بين شخص وآخر ٠ ولكن هذه الفروق لا ينبغى أن تكون كبيرة جدا بل يجب أن يراعى فى التوزيع مبدأ الاعتدال والوسط فلا توجد فى

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الدولة الا ثروات متواضعة وكافية فى نفس الوقت لمباشرة الفضيلة • لأن الفضيلة لا تمكن مباشرتها بغير حيازة بعض اليسر المادى المعقول • وتترتب على ذلك ضرورة تحديد الملكية وضرورة تذويب الفوارق بين الطبقات عن طريق صرف اعانات للفقراء وفرض ضرائب على الأغنياء بما يؤدى الى زوال أسباب الصراع الطبقى الذى تنشأ عنه فى معظم الأحيان حكومات طغيانية مخالفة للطبيعة •

وكذلك فان العدل التوزيعى يفترض وجود الملكية الخاصة والتى بدونها لا يمكن وجود حياة فاضلة أو دولة فاضلة بشرط أن تكون للملكية الخاصة وظيفة اجتماعية وان تكون محددة •

أما العدل التبادلى فهو يقوم على المساواة المطلقة والحسابية وهو الذى يحكم المعاملات والعلاقات بين أفراد المجتمع سواء كانت هذه العلاقات ارادية أو غير ارادية •

وحتى يتحقق العدل فى المجتمع لا بد من مراعاة مبدأ سيادة القانون أى مبدأ العدل العام بالنسبة للجميع ، مع الالتجاء الى العـدل الخاص أو الانصاف فى الحالات التى لا يوجد فيها حكم فى نصوص القانون ، أو فى الحالات التى تستدعى ظروفها الخاصة تطبيق نص القانون بطريقة مرنة •

وفى جميع الأحوال فان القانون الطبيعى يعطى ثقة للارادة ، فهو يعتبر ارادة المشرع صورة للعدل على الأرض ويعتبر حكم القاضى هو حكم العدل ، ويعتبر عقود الأفراد معبرة عن العدل بالنسبة لأطرافها •

ومع ذلك فان هذه الثقة يجب أن تكون فى محلها • فالعـدل الذى تحققه الارادة هو عدل مصطنع وهو غير العدل الحقيقى أى العدل فى ذاته ، ويظل دائما خاضعا للعدل الحقيقى • فاذا ثبت ان ارادة الانسان قد خانت الثقة وتصرفت على عكس ما يقضى به العدل ، فان القرينة التى اكتسبتها تسقط فى الحال فيصبح القانون الوضعى ظالمـا ويصبح حكم القاضى ظالمـا ويصبح العقد ظالما •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهكذا فان نظرية القانون الطبيعي تخضع الارادة للفضيلة ، ولكنها تمنحها الثقة في نفس الوقت وتسمي ما يصدر عنها عدلا · ولكنه عدل مصطنع لا يحتفظ بقيمته الا بمطابقته الحقيقية للعدل في ذاته ·

ولهذا فاننا نرى أن نظرية القانون الطبيعي تقيد ارادة الانسان لا من أجل الانتقاص منها بل بما يؤدى الى حمايتها وتحقيق الغاية منها ·

وقد ظهرت نظريات أخرى تعبر عن نظرية القانون الطبيعي بطريقة مختلفة · وقد اشتهرت هذه النظريات بانها نظريات ارادية ولكن الحقيقة غير ذلك ، ونقصد بذلك نظريتي العقد الاجتماعي وسلطان الارادة ·

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثانى

نظرية العقد الاجتماعى ونظرية سلطان الارادة

٥٩ ـ الشهرة الارادية الزائفة للنظريتين :

يتميز القرن التاسع عشر بأنه عصر المذهب الفردى ، والحرية الاقتصادية ، والرأسمالية المزدهرة • وكان مما يتفق مع كل هذه الاتجاهات أن تحاط نظرية العقد بهالة من التقديس • فالعقد هو الوسيلة القانونية التى يقوم عليها كل النشاط الاقتصادى • وبصفة خاصة فان العقد هو الوسيلة التى يستطيع بها أصحاب المصانع أن يستخدموا العمال فى تشغيل مصانعهم بأقل الأجور ، وأشد الشروط من حيث طول ساعات العمل وانتفاء الحماية من أى نوع •

وبالفعل فقد شاع القول فى هذا القرن ان العقد هو الصورة المثالية للعدل ، وان من قال عقدا فقد قال عدلا • وانه ينبغى أن نترك للمتعاقدين الحرية الكاملة فى تحديد شروط العقد • وينبغى دائما احترام العقود ، فالعقد هو شريعة المتعاقدين مهما كانت الظروف الملابسة لابرامه ، ومهما كانت الظروف التى طرأت بعد ابرامه • ويجب كذلك تضييق فكرة النظام العام والآداب ، وهى التى لا يجوز للعقد أن يخالفها بحسب ما ينص عليه القانون المدنى الفرنسى أو غيره •

ورغم ان هذه الأفكار تحمل جزءا كبيرا من الحقيقة ، الا انها تخالف الحقيقة فى كثير من الأحيان • ومن المؤكد أن العقد لا يكون معبرا عن العدل عندما يكون أحد طرفيه فى مركز أقوى من الناحية الاقتصادية بحيث يستطيع فرض شروطه على المتعاقد كما كان الشأن فى عقود العمل الظالمة التى كانت تبرم طوال القرن التاسع عشر •

ومن المؤكد أيضا أنه اذا حدثت ظروف طارئة لم يكن فى الوسع توقعها وقت ابرام العقد فانها قد تجعل العقد الذى كان عادلا وقت ابرامه ، ظالما عند

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تنفيذه • وفي هاتين الحالتين وغيرهما فان العقد يكون مخالفا للعدل وليس معبرا عنه ، ولذلك يكون من الواجب البحث عن وسيلة أخرى تنظم العلاقة بين طرفي هذا العقد وتحل محل ارادة المتعاقدين انفسهما • وهذه الوسيلة الأخرى قد تكون هي ارادة القاضي أو ارادة المشرع ، على أن يكون ذلك في أضيق الحدود •

ونحن لا نناقش هنا قضية العقد ، ولكننا نعرض فقط للافكار التي كانت سائدة في القرن التاسع عشر والتي كانت تدعو بغير حق الى اضفاء هالة من التقديس على فكرة العقد • وحتى تنجح هذه الدعوة كان لابد من تدعيمها بقوة الفكر والفلسفة وهي أعظم القوى جميعا • ولكن ذلك لم يحدث بطريقة صحيحة ، بل حدث بطريقة فيها اساءة شديدة لنظريتين من أهم النظريات الفلسفية وهما نظرية العقد الاجتماعي التي ترجع في أصلها الى أفلاطون ، ونظرية سلطان الارادة التي وضعها « كانت » •

والواقع انه حدث تشويه لهاتين النظريتين ، وكان التشويه أمرا سهلا لأنه اعتمد على الاسم المعلن لكل من النظريتين • فنظرية العقد الاجتماعي بحسب اسمها هي نظرية تعاقدية ، ونظرية سلطان الارادة بحسب اسمها هي نظرية ارادية بل نظرية تتكلم عن قوة الارادة وسلطانها •

وسهولة التشويه تسمح بالاعتقاد بانه لم يكن تشويها مقصودا في جميع الأحوال ، بل ربما كان نتيجة انزلاق غير مقصود من جانب بعض المفكرين • وهو انزلاق ساعدت عليه حالة الضمير الانساني في القرن التاسع عشر ، وأدت اليه أيضا الاسماء المعلنة لكل من هاتين النظريتين •

أما تشويه نظرية العقد الاجتماعي فكان يقوم على الوجه الآتي : بحسب هذه النظرية فان الأفراد لا ينتقلون من حال الطبيعة وهي الحالة التي كان لكل فرد أن يفعل فيها ما يشاء ، الى المجتمع السياسي المنظم ، وهو المجتمع الذي يفقد فيه الفرد حريته في أن يفعل ما يشاء ويصبح خاضعا لقوانين هذا المجتمع ، الا بمقتضى اتفاق بين هؤلاء الأفراد أنفسهم ، وبين فريق منهم يصبح الفريق الحاكم الذي يحق له وضع القوانين وتنظيم المجتمع • وبمقتضى

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

هذا الاتفاق فان الفرد يتنازل عن جزء من حريته مقابل أن يحافظ له الحاكم على الجزء الباقي منها • فكأن العقد هو أساس نشأة الدولة وأساس وجود المجتمع السياسي وأساس خضوع الأفراد لحكم القانون • فالفرد لا يخضع لأى أمر الا لأنه اراد الخضوع له ، فهو يلتزم بارادته وحده • والقول بذلك يعنى أن الارادة ، وبصفة خاصة الارادة التعاقدية ، هى مصدر كل قانون ومصدر كل التزام •

والحق انه لا يمكن أن يكون هناك تقديس للارادة التعاقدية بأكثر من هذا القول ، ولكنه قول لا يتفق على أى حال مع نظرية العقد الاجتماعى • بل على العكس فان الارادة ، كما سنرى ، لا تلعب فى ابرام العقد الاجتماعى دورا كبيرا ، بل هى لا تلعب فى ابرامه أى دور على الاطلاق طبقا لما يقوله أصحاب هذه النظرية أنفسهم •

أما تشويه نظرية سلطان الارادة فقد وصل الى درجة استعارة هذا الاصطلاح بأكمله وتحويله الى اصطلاح قانونى له مدلول معين وهو أن الارادة حرة فى اختيار نوع العقد وفى تحديد شروطه ، ولا تخضع فى ذلك لأى قيد يتعلق بالشكل (مبدأ الرضائية) أو يتعلق بالموضوع (الاقلال من القواعد الآمرة) ، أو يتعلق بالآثار (القوة الملزمة للعقد) •• الخ •

والواقع كما سنرى أن نظرية سلطان الارادة عند « كانت » تعنى عكس المعنى الذى أعطاه لها رجال القانون • وقد أثبتت التجربة أن المعنى الصحيح للنظرية وهو المعنى الذى قصده صاحبها هو الذى انتصر فى النهاية على المعنى المزيف العكسى الذى قال به رجال القانون لفترة طويلة من الزمن • وقد كان انتصار المعنى الصحيح للنظرية فى نطاق القانون ذاته •

وندرس فيما يلى حقيقة المقصود بنظرية العقد الاجتماعى ونظرية سلطان الارادة •

٦٠ ـ نظرية العقد الاجتماعى (أفلاطون ، هوبز ، لوك ، جان جاك روسو):

صاحب نظرية العقد الاجتماعى هو افلاطون ، وهو يرى أن المجتمع السياسى ينشأ على أساس نوعين من العقود : النوع الأول خاص بالعقود بين

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الأفراد وهى العقود التى تنظم الحياة الخاصة للأفراد ، والنوع الثانى خاص بالعقد المبرم بين الحاكم والمحكومين . وعن النوع الأول يقول افلاطون ، « ان رجلا يأخذ معه رجلا آخر لاداء عمل معين ، ويأخذ غيره أيضا لعمل آخر ، وهكذا فان تعدد الحاجات يجمع فى مكان واحد عددا كبيرا من الشركاء والمساعدين ، وعلى هذا التجمع المشترك يطلق اسم المدينة »(٨٨) .

أما العقد الثانى المبرم بين الحكام والمحكومين فبمقتضاه « يتعهد الأولون بعدم فرض سلطتهم بطريقة عنيفة ويتعهد الآخرون بعدم قلب نظام الحكم »(٨٩) . ويقال ان كل نظرية العقد الاجتماعى قامت فيما بعد على أساس هذه العبارة الواردة فى كتاب القوانين لأفلاطون(٩٠) . ولكن أفلاطون لم يشأ بذلك القول ان الدولة ترجع فى أساسها الى اتفاق ارادى . بل هو يؤكد فى كتاب الجمهورية انها ترجع الى حالة الضرورة . « فان ما يمنح المدينة الحياة ، فيما اعتقد ، هى حالة العجز التى يوجد فيها كل فرد عن الاكتفاء بذاته »(٩١) . وهو لا يخفى عدم ارتياحه فى أن يكون العقد هو أساس الدولة . فالعقد يعبر عن « مصالح شخصية ومتعارضة » . ذلك انه « عندما يعطى شخص ويأخذ ، فانه يتصرف وفى تفكيره أن يتم التبادل لمصلحته وحده » ويتساءل أفلاطون كيف يمكن أن تؤسس الدولة بواسطة هذه الطريقة ؟ ثم يجيب على تساؤله بالتأكيد مرة أخرى ، أن أساس الدولة هى حالة الضرورة(٩٢) . والواقع أن الدولة عند أفلاطون هى مجتمع ضرورى كما هو الشأن عند ارسطو .

وأفلاطون لا يضع ثقة كبيرة فى أمانة الناس . ومن يكون أمينا يعتبر فى نظره « نوعا نادرا من الناس »(٩٣) . وهو بالتالى لا يضع ثقته فى العقود التى يبرمها الأفراد ، ويرى ضرورة التدخل فيها عن طريق فرض الثمن

---

(٨٨) Platon, La République, 369, C, Classiques Garnier, 1963, p. 53.

(٨٩) Platon, Les lois, III, 684, A, in: oeuvres complètes, trad. par: E. des Places. S.J., Collection des Universités de France, t. 11, Paris, 1951, p. 21.

(٩٠) A. J. Carlyle. La notion de «contrat» dans les doctrines politiques, in : Arch. de phil. du dr. et de soc. jur., 1940, p. 78.

(٩١) Platon, La République, 369, B, Classiques Garnier, traduction nouvelle, par R. Baccou, 1963, p. 55.

(٩٢) Platon, La république, 369, G. Classiques Garnier, op. cit., p. 56.

(٩٣) Platon, Les Lois, 11, 918, D.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العادل فى المعاملات ومراعاة تطبيق ذلك فى الأسواق(٩٤) • والتدخل فى العقود يكون على أساس العقل • لأن المدينة يجب أن « يسودها العقل »(٩٥) •

وهكذا فان العقد يخضع لحكم العقل أو الثمن العادل وكذلك المدينة كلها • فالضرورة والعقل والعدل هم أساس القوة الملزمة للعقد وللقانون ، أما ارادة الأفراد فانها تسعى لمصالحها الخاصة المتناقضة ولا تتوخى الأمانة غالبا ولذلك لا بد من اخضاعها لما هو أسمى منها وهو العدل •

والواقع اننا لا نجد فى ذلك أدنى فارق بين أفلاطون وبين ارسطو ، والفارق بينهما فقط فى التطبيقات ، وهو ما لا نعرض له هنا •

وبعد أفلاطون بقرون طويلة عادت نظرية العقد الاجتماعى للظهور مرة أخرى على يد ثلاثة فلاسفة هم : هوبز ، ولوك ، وجان جاك روسو • وهؤلاء الثلاثة يؤمنون بالقانون الطبيعى ، ولا يرون فى العقد الاجتماعى الا وسيلة للتعبير عن القانون الطبيعى • فالقانون الطبيعى هو الذى فرض ابرام هذا العقد ، وهو الذى حدد شروطه • أما الارادة فلم تلعب فى ابرام هذا العقد أى دور على الاطلاق • بل أن الارادة لا تستطيع أن تضع فى هذا العقد شروطا تخالف ما يقرره القانون الطبيعى •

وهكذا فان نظرية العقد الاجتماعى ليست سوى وسيلة لتقريب فكرة القانون الطبيعى للاذهان ، ولكنها ليست نظرية مستقلة عن نظرية القانون الطبيعى • وهى بصفة خاصة ليست نظرية ارادية تصل فيها الارادة الى الاكتفاء بذاتها كقوة ملزمة للأفراد ، بل لا زالت الارادة تحتاج فيها الى أساس تستمد منه قوتها الملزمة ، ولا زال هذا الأساس هو العقل أو العدل • وهذا الأساس هو فى نفس الوقت المعيار الذى يحكم الارادة ويحدد لها طريقها •

ولبيان ذلك فاننا نرجع الى أقوال هؤلاء الفلاسفة الثلاثة بحسب الترتيب السابق ذكره •

---

(٩٤) Platon Les Lois, 11, 920, C.

(٩٥) Platon, Les Lois, 11, 919 C.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبالنسبة لهوبز فهو يعلن بوضوح انه من انصار القانون الطبيعى ، وهو يعتقد أن أول أمر يصدر عن القانون الطبيعى هو « البحث عن السلام والسعى اليه » . « ومن هذا القانون الأساسى للطبيعة والذى بمقتضاه يجب على الناس أن يسعوا الى السلام يتفرع قانون ثان ، وهو أن الانسان يكون مستعدا عندما يكون الآخرون كذلك .. أن يلقى أرضا هذا الحق فى عمل كل شىء »(٩٦) . وبهذا التنازل المتبادل ينشأ المجتمع السياسى .

والارادة ليست حرة فى أن تضع فى هذا العقد ما تشاء ، وبصفة خاصة فان الارادة ليست حرة فى الاضرار بصاحبها . ومن ثم فانه لا يجوز بمقتضى هذا العقد التنازل عن الحقوق الأساسية للانسان . وفى هذا يقول هوبز « ان موضوع التصرفات الارادية لكل شخص هو شىء حسن لهذا الشخص ، ولهذا السبب فان هناك بعض الحقوق لا يتصور أن رجلا يتنازل عنها أو يتصرف فيها بأى كلمات أو اشارات »(٩٧) . والحقوق التى يتحدث عنها هوبز فى هذه العبارة هى الحقوق التى أطلق عليها فيما بعد حقوق الانسان ، وهى الحقوق الطبيعية التى تستمد وجودها من القانون الطبيعى ذاته ولا يجوز المساس بها عن طريق أى تصرف ارادى سواء كان هذا التصرف قانونا أو عقدا .

ويؤكد هوبز كذلك أن العقد يجب أن يخضع لمبدأ العدل التبادلى . وهو يأخذ بالتقسيم الارسطى بين العدل التوزيعى والعدل التبادلى ولا يضيف فى هذا الشأن أى جديد يستحق الذكر(٩٨) .

وهكذا فان العقد الاجتماعى عند هوبز يستمد أسباب وجوده كما يستمد شروطه من القانون الطبيعى وليس من الارادة . فالعقد الاجتماعى عقد غير ارادى .

ومع ذلك فان هوبز قد انحرف بنظرية القانون الطبيعى انحرافا يبرر طغيان القانون الوضعى ، وهو ما سنذكره فى المبحث الثالث من هذه الدراسة .

---

(٩٦) T. Hobbes, LEVIATHAN, J.-M., London, 1959, ch. 14, p. 67.

(٩٧) Ibid., ch. 14, p. 68.

(٩٨) Ibid., ch. 15, p. 78.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما « جون لوك » فهو من فلاسفة القانون الطبيعي الصادقين ، وهو يحتج على أخطاء هوبز التي أدت الى الطغيان والتحكم . « فالقانون الطبيعي هو القاعدة الخالدة للناس جميعا ، للمشرعين ، كما لغيرهم »(٩٩) . « والقانون الطبيعي هو قانون العقل »(١٠٠) . والعقل « هو قاعدة القياس المشتركة التي اعطاها الله للجنس الانساني »(١٠١) ، والتي لا يستطيع أحد أن يخرج عليها . فلا ارادة الأفراد ولا ارادة المشرع تستطيع مخالفة القانون العقل . فالارادة دائما خاضعة للعقل .

وهكذا فان مذهب العقد الاجتماعي الذي بمقتضاه « كل المجتمعات السياسية ولدت من اتحاد ارادي ومن ارادة مشتركة للناس »(١٠٢) ، لا يعني أكثر من أن المجتمع السياسي لا يمكن أن يخلق بواسطة القوة والقهر . فلا يجبر أن شخص على الخضوع للسلطة السياسية « بغير ارادته الخاصة »(١٠٤) . ولكن أساس الدولة ليس هو العقد ، ولكنه العقل الطبيعي ، وكذلك الله خالق هذا العقل . « فان الله كما يقول لوك قد أنشأ السلطة السياسية ليقع تحيز الناس وعنفهم »(١٠٦) .

أما العقد الاجتماعي فهو وسيلة فنية ولازمة لتحقيق هذا الأمر الآلهي ، وينبغي أن يكون موافقا لهذا الأمر أيضا . « لأنه ليس أي عقد كان ، يمكن أن يضع نهاية لحالة الطبيعة بين الناس »(١٠٥) بل ينبغي أن يؤدي هذا العقد الى الغاية منه وهي « المحافظة المشتركة على حياة كل الناس وحرياتهم وممتلكاتهم »(١٠٦) « وأي عقد لا يمكن أن يمس هذه الأشياء »(١٠٧) ، لأن

---

(٩٩) De John Locke, Essai sur le pouvoir civil, trad. par J.-L. Fyot, P.U.F., 1955, Ch. 10, p. 151.

(١٠٠) Ibid., Ch. 3, p. 72; Adde, p. 64, 66, 68, 73, 79, 81, 127, 144, 154, 170, 171, 177.

(١٠١) Ibid., Ch. 2, p. 68.

(١٠٢) Ibid., Ch. 8, p. 129.

(١٠٣) Ibid., Ch. 8, p. 128.

(١٠٤) Ibid., Ch. 2, p. 69.

(١٠٥) Ibid., Ch. 2, p. 70.

(١٠٦) Ibid., Ch. 9, p. 141.

(١٠٧) Ibid., Ch. 15, p. 177.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

«المجتمع هو قبل كل شيء » مجتمع مخلوقات عاقلة قامت بتكوين جماعة لمصلحتها المشتركة »(١٠٨) .

وهكذا فان أى عقد لا يمكن أن يقيم « سلطة مطلقة تحكمية(١٠٩) . وأى عقد لا يستطيع أن يلغى حق الشعب فى الثورة ضد القوانين الظالمة »(١١٠) . ومعنى ذلك أن العقد الاجتماعى لا يستمد قوته الملزمة من ارادة أطرافه ، ولكن من مطابقته للقانون الطبيعى ، فهو عقد عقلى غير ارادى . فالقانون الطبيعى هو الذى فرض ابرام هذا العقد ، وهو الذى حدد شروطه ، وهو الذى أسبغ عليه قوته الملزمة .

وبعد « جون لوك » ، جاء « جان جاك روسو » ، الذى اقترنت باسمه نظرية العقد الاجتماعى لأنه نشر كتابا يحمل هذا الاسم . ومع هذا الكتاب أخذت هذه النظرية شكلها الأخير الذى لم تتطور بعده أدنى تطور .

والواقع أن نظرية العقد الاجتماعى حسب جان جاك روسو ، كما هى حسب من سبقه من الفلاسفة ، تهدف أساسا الى الدفاع عن ارادة الانسان ضد العنف والقهر ، وليس ضد القانون الطبيعى ومبادىء العدل . فالارادة الانسانية لا تملك أن تصنع شيئا ضد الاخلاق الطبيعية ، وبصفة خاصة فان الارادة الانسانية « لا تملك أن توافق على شيء يتعارض مع الخير الخاص لصاحب هذه الارادة »(١١١) . فالقول اذن بأن روسو كان فيلسوفا ارادويا يؤكد ما لا حظه برجسون من أن روسو هو الرجل الذى نتكلم عنه دون أن نفهمه »(١١٢) .

والواقع أن العقد الاجتماعى عند روسو هو العقد العادل ، أو العقد العقلى ، وليس العقد الارادى . فابرام هذا العقد كان مفروضا بالضرورة على

---

(١٠٨) Ibid., Ch. 14, p. 170.

(١٠٩) Ibid., Ch. 11, p. 152.

(١١٠) Ibid., Ch. 14, p. 173.

(١١١) Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social, présenté par Henri GUILLEMIN, Union générale d'éditions, 1963, Liv. 3, ch. 1, p. 70.

(١١٢) Henri Guillemin, Présentation du contrat social, op. cit., p. 5.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الاشخاص الذين أبرموه ، لأنه فى لحظة معينة تصبح « الحالة البدائية غير ممكنة الاستمرار ، والا لأدى استمرارها الى هلاك الجنس البشرى »(١١٣) ٠

ومن ناحية أخرى فان الناس غير احرار فى تحديد شروط هذا العقد ، لأن « شروط هذا العقد محددة بواسطة طبيعة العقد لدرجة أن أى تغيير فيها يجعلها باطلة وعديمة الأثر »(١١٤) ٠

وروح العقد الاجتماعى هى المساواة « وهكذا فان الانسان يكسب من هذا العقد بقدر ما يفقد ، ويأخذ أيضا القوة اللازمة للمحافظة على حقه »(١١٥) ٠ أما اذا لم يتفق العقد الاجتماعى مع حكم العقل ومبادىء العدل التبادلى فانه يكون باطلا ٠ فاذا « أنشأ هذا العقد سلطة مطلقة من ناحية وخضوعا بغير حد من ناحية أخرى ، فانه يكون عقدا متناقضا لا قيمة له »(١١٦) ٠

ويقول جان جاك روسو بغير غموض أن الارادة الانسانية ليست هى مصدر العدل « فالشىء الحسن والمطابق للنظام هو كذلك بحسب طبيعة الأشياء ، وبصفة مستقلة عن الاتفاقات الانسانية ٠ فكل عدل يأتى من عند الله ، الذى هو وحده مصدره »(١١٧) ٠

ونظرا لأن ارادة الافراد قد تنحرف فان روسو يؤكد ضرورة « الزام هؤلاء الافراد على اخضاع ارادتهم لعقلهم »(١١٨) ٠ والقانون هو الذى يقوم بذلك ، بشرط أن يكون القانون هو نفسه معبرا عن حكم العقل ، وهو يمكن أن يتحقق اذا كان واضعه شخص ممتاز لدرجة غير عادية(١١٩) ٠

---

(١١٣) J. J. Rousseau, Du contrat social, op. cit., Liv. 1, ch. 6, p. 60.

(١١٤) Ibid., Liv. 1, Ch. p. 61.

(١١٥) Ibid., Liv. I, Ch. 6, p. 62.

(١١٦) Ibid., Liv. 1, Ch. p. 56.

(١١٧) Ibid., Liv. 2, Ch. 6, p. 81.

(١١٨) Ibid., Liv. 2, Ch. 6, p. 84.

(١١٩) Ibid., Liv. 2, Ch. 6, 7. p. 83 et

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والواضح بعد كل هذه التأكيدات من روسو وغيره من فلاسفة العقد الاجتماعي ، ان المقصود بالعقود الاجتماعي هو العقد العقلي العادل ، وليس العقد الارادي ، وان مصدر العقد الاجتماعي هو القانون الطبيعي وليس الانسان ٠

فنظرية العقد الاجتماعي لا تعدو أن تكون تعبيرا جديدا عن نظرية القانون الطبيعي ٠ وهو تعبير اريد به تبسيط هذه النظرية ، وجعلها قريبة الى الذهن ٠ ويترتب على ذلك أن نظرية العقد الاجتماعي لا تذهب الى اطلاق حرية الارادة ٠ بل على العكس فهي تخضع الارادة لحكم العقل والعدل ومبادىء القانون الطبيعي ٠

٦١ ـ نظرية سلطان الارادة (كانت) :

جاء الوقت الآن للحديث عن « كانت » صاحب نظرية « سلطان الارادة »، ونظرية « الأمر المطلق » ، ونظرية « العقل الخالص » ، ونظرية « العقل العملي » ، ونظرية « العقل الخالص العملي » ٠

وكما ذكرنا من قبل فان معنى سلطان الارادة عند « كانت » ، هو عكس المعنى الذى يطلقه رجال القانون على هذا الاصطلاح ٠ فرجال القانون يقصدون أساسا بمبدأ سلطان الارادة ، الارادة التعاقدية ٠ أما « كانت » فهو يعتقد أن الارادة التعاقدية هى ارادة نفعية ، تتعارض بالضرورة مع سلطان الارادة ، وهو مبدأ اخلاقى ٠ وهكذا فان رجال القانون اخذوا من نظرية « كانت » اسمها فقط واستخدموه فى عكس ما قصده « كانت » نفسه ٠

ولايضاح ذلك لا بد أن نقوم بضبط الاصطلاحات بحسب فلسفة « كانت » ٠ واصطلاح العقل الخالص يعنى القدرة على التخيل والتصور ٠ أما اصطلاح العقل العملي فالمقصود به الارادة ٠ وتقوم الأخلاق عند كانت على أساس التوحيد بين هذين النوعين من العقل ، لأنه لا يوجد الا عقل واحد فى الواقع ، هو العقل الخالص العملي ٠ ويقول (كانت) ، « اننى اعتقد انه من الضرورى أن أبين وحدة العقل العملي مع العقل الخالص فى مبدأ مشترك ،

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لأنه فى آخر الأمر لا يمكن أن يوجد الا عقل واحد لا يرد عليه التقسيم الا فى التطبيقات فقط »(١٢٠) ٠

ومبدأ سلطان الارادة هو المبدأ الاسمى للأخلاق(١٢١) ، الذى يحافظ على كرامة الانسان(١٢٢) ، ويحقق علمانية الاخلاق(١٢٣) ٠ فالارادة هى مصدر الأمر المطلق ٠ ولكن هل معنى ذلك أن الارادة حرة فى أن تفعل ما تشاء ؟ قطعا لا ٠ فالارادة خاضعة للقانون الاخلاقى الذى هى مصدره(١٢٥) ٠ ولكن « كانت » يلاحظ على الفور بانه « يجب الاعتراف صراحة بأنه توجد هنا حلقة مفرغة واضحة »(١٢٦) ٠ وللخروج من هذه الحلقة المفرغة لا بد من الالتجاء الى الميتافيزيقا(١٢٧) ٠

وعن طريق الميتافيزيقا يمكن القول ان الانسان عضو فى عالمين فى نفس الوقت : عالم حسى وعالم عقلى(١٢٨) ٠ والارادة المشرعة هى ارادة الانسان الموجودة فى العالم العقلى ٠ وفى هذه الحالة فان الارادة تصبح « هى القدرة على أن تخضع نفسها لنفسها وأن تتصور قوانين معينة »(١٢٩) ٠ وهذه القوانين يجب أن تكون موضوعية ، أى تكون صالحة عالميا لكل مخلوق عاقل(١٣٠) ٠

والارادة بهذا المعنى هى الارادة الخالصة ٠ ولكن اذا كانت الارادة خالصة فما هى الفائدة من الالتزام ؟ لن تكون للالتزام فائدة « لأنى لو كنت هكذا

---

(١٢٠) Kant, Fondements de la métaphysique des moeurs, trad, par Victor Delbos, Librairie Delagrave, Paris, 1962, p. 83.

(١٢١) Ibid., p. 169.

(١٢٢) Ibid., p. 160.

(١٢٣) Ibid., p. 174.

(١٢٤) Ibid., p. 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 167, 168, 180, 183.

(١٢٥) Ibid., p. 154.

(١٢٦) Ibid., p. 187.

(١٢٧) Ibid., p. 179.

(١٢٨) Ibid., p. 193.

(١٢٩) Ibid., p. 147.

(١٣٠) Ibid., p. 147.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ارادة خالصة فان كل تصرفاتى ستكون دائما مطابقة لسلطان الارادة »(١٣١) . أى مطابقة دائما للاخلاق .

ولكن للرد على هذا التساؤل فان الالتزام الأخلاقى يبدو لازما ، لأن الانسان ليس عضوا فحسب فى عالم عقلى بل هو عضو أيضا وفى نفس الوقت فى عالم حسى . وارادته دائما متأثرة « بالرغبات الحسية »(١٣٢) ، والمصالح الشخصية . وهو ما يؤدى دائما الى تعارض مع سلطان الارادة(١٣٣) .

وخلاصة نظرية « كانت » ان ارادة الانسان الموجود فى العالم الحسى ، تخضع لارادة الانسان الموجود فى العالم العقلى ، وهو فى الحالتين انسان واحد .

واذا كان « كانت » يلخص الاخلاق أو القانون الطبيعى فى ما يسميه بالأمر المطلق ، وهو الأمر الصادر عن سلطان الارادة ، وهى ارادة الانسان الموجود فى العالم العقلى ، وهى الارادة المشرعة للعالم كله ، فما هو فى نظره هذا الأمر المطلق ؟ لا يوجد عند « كانت » سوى أمر مطلق واحد هو الآتى : « تصرف فقط حسب المبدأ الذى يصلح فى تقديرك أن يكون قانونا عالميا »(١٣٤) . ولكن الأمر المطلق يمكن التعبير عنه بعبارات أخرى مثل : « تصرف دائما بالطريقة التى تعامل بها الانسانية سواء فى شخصك أو فى شخص غيرك باعتبارها هدفا فى ذاتها وليست فقط مجرد وسيلة »(١٣٥) .

واذا كانت تصرفات الانسان يجب أن تخضع للأمر المطلق وهو القانون الأخلاقى الطبيعى ، فان الواقع يشهد أن الانسان يتصرف فى حياته مدفوعا برغباته الحسية ومصالحه الشخصية ، أو مدفوعا بما يسميه « كانت » الأمر الافتراضى غير المحقق .

---

(١٣١) Ibid., p. 194.
(١٣٢) ...l., p. 194.
(١٣٣) ...l., p. 170.
(١٣٤) ... p. 136.
(١٣٥) p. 150.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبالنسبة للعقود بين الأفراد فان ما يحكمها دائما هـو أمر افتراضى وليس أمر مطلق • فالارادة العقدية ـ كما يقول « كانت » ـ « لا يمكن أن تحقق الا امرا افتراضيا ، فالانسان يلتزم بشيء ما لأنه يريد أن يحصل على شيء آخر »(١٣٦) وهكذا • والعقود هى دائما تعبير عن مصالح شخصية ورغبات متعارضة ، ولا يوجد متعاقد يعامل متعاقدا آخر على أساس أن الانسانية هدف فى ذاتها • ولذلك فان الارادة التعاقدية هى عكس المقصود بسلطان الارادة •

واذا كانت الارادة التعاقدية تصدر عن مبدأ افتراضى ، ولا تعبر عن سلطان الارادة ، الا أنها تستمد قوتها الملزمة من ضرورة الوفاء بالعهـد المقطوع • وهو فى ذاته مبدأ اخلاقى • فالوفاء بالعهد المقطوع هو قانون اخلاقى عالمى ، لأن عدم الوفاء بالعهد المقطوع يؤدى الى أن أحد المتعاقدين يستغل المتعاقد الآخر ويتخـذه وسـيلة للاثراء ولا يعاملـه كما لو كانت الانسانية هدفا فى ذاتها • فالارادة المشرعة لا تستطيع أن تجعل من عـدم الوفاء بالعهد المقطوع قانونا عالميا ، ولكن المبدأ العكسى وهو الوفاء بالعهـد المقطوع « يجب أن يبقى قانونا عالميا »(١٣٧) •

ولكن حتى يكون الوفاء بالعهد المقطوع مبدأ عالميا طبيعيا ، ينبغى أولا أن يكون العهد المقطوع نفسه غير مخالف لأمر مطلق آخر أى غير مخالف لمبدأ اخلاقى آخر • ذلك أن بعض العقود تكون عديمة القيمة لمخالفتها لمبادىء الاخلاق الطبيعية • وعلى سبيل المثال فان « كانت » يقول ان «احدا لا يستطيع أن يرتبط بعقد يجعله خاضعا لدرجة يفقد فيها صفته كانسان » « فلا يستطيع انسـان أن يلتزم الا بأداء أعمـال معينة بالنسـبة لمداها وبالنسـبة لطبيعتها » (١٣٨) • وطبقا لهذا القول فان كل عقود العمل التى كانت تبرم طوال القرن التاسع عشر والتى كان لا ينظر فيها الى العامل الا باعتباره سلعة لا باعتباره انسانا ، كانت عقودا ظالمة ومخالفة للاخلاق الطبيعية العالمية •

---

(١٣٦) Ibid., p. 170.

(١٣٧) Ibid., p. 143.

(١٣٨) Ibid., p. 195.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

واذا كان العقد مخالفا للأمر الاخلاقى المطلق فان الوفاء به لا يكون واجبا من الناحية الأخلاقية • ولا يعتبر هذا تناقضا بين الأمر المطلق الذى وقع العقد مخالفا له وبين الأمر المطلق الذى يوجب الوفاء بالعهد المقطوع • فان الأمر المطلق هو أمر واحد ولا يتصور أن يقع التناقض فى داخله • ولكن التناقض الذى يقع فى هذا الصدد يكون بين أمر مطلق وأمر افتراضى • ولذلك تجب التضحية بالأمر الافتراضى احتراما للأمر المطلق أى للقانون الاخلاقى الطبيعى العالمى •

والواقع أن « كانت » هو أحد فلاسفة القانون الطبيعى ، بل هو يعد بعد ارسطو ، أبرز هؤلاء الفلاسفة على الاطلاق • والقانون الطبيعى لديه هو الاخلاق الطبيعية العالمية • وهو يتلخص فى أمر واحد ، هو الأمر المطلق الذى بمقتضـــاه يتصرف كل شخص التصرف الذى يصلح أن يكون قانونا عالميا أى يتصرف بما يودى الى معاملة كل انسان باعتبار أن الانسانية هدف فى ذاتها وليست وسيلة •

ومصدر القانون الطبيعى هو العقل الخالص ، أى ارادة الانسان الموجود فى العالم العقلى • واذا كان هذا القول يحقق علمانية القانون الطبيعى على خلاف الرأى القائل بان مصدر القانون الطبيعى هو الله ، فانه لا يذهب الى تحرير ارادة الانسان من كل التزام • بل على العكس فان ارادة الانسان يجب أن تخضع دائما للأمر الاخلاقى المطلق ، لأن ارادة الانسان تتأثر دائما برغباته الحسية ومصالحه الشخصية التى لا يستطيع الانسان ابدا أن يتطهر منها لأنه يعيش دواما فى عالم حسى • وهكذا ينبغى أن تخضع ارادة الانسان الموجود فى العالم الحسى ، لارادة الانسان الموجود فى العالم العقلى • أو بتعبير آخر ينبغى أن تخضع الارادة لحكم العقل ولمبادىء الاخلاق الطبيعية العالمية • وهذا الخضوع ينبغى أن يتحقق فى جميع التصرفات التى يقوم بها الناس ، سواء فى العقود التى يبرمونها ، أو فى القوانين التى تصدر عن ارادتهم • فارادة المشرع ينبغى أن تخضع أيضا لمبادىء القانون الطبيعى • وكما سنرى فان « كانت » هو صاحب أكبر فضل فى ابراز الازدواج بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى وهـو الازدواج الذى يحمى ارادة الأفراد من الخضـوع للقوانين الوضعية الظالمة بدعوى الخضوع للقانون الطبيعى •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

والخلاصة أن نظرية العقد الاجتماعي وكذلك نظرية سلطان الارادة لا تؤدى أى منهما الى تحرير ارادة الفرد بصفة مطلقة ، بل تخضع ارادة الفرد لحكم العقل والقانون الطبيعي • وقد اعطت هاتان النظريتان بعض التعبيرات الجديد عن القانون الطبيعي دون أن تخرج أيهما عن جوهره •

ومع ذلك فقد حدث انحراف فى نظرية القانون الطبيعي عن طريق الخلط بينه وبين القانون الوضعي ، وهو ما يبرر الطغيان السياسى ويؤدى اليه • وقد حدث ذلك على يد هوبز وهيجل ، وهو ما ندرسه فيما يلي •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثالث

الانحراف فى نظرية القانون الطبيعى
أو الخلط بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى
(هوبز وهيجل)

٦٢ ـ ازدواج القانون الطبيعى والقانون الوضعى :

من أهم المواقف التى اتخذها أصحاب نظرية القانون الطبيعى وأبرزهما « ارسطو » واضع النظرية « وكانت » أعظم فلاسفتها المتأخرين ، التنبيه الى ضرورة التفرقة بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى .

والقول بازدواج القانونين الطبيعى والوضعى وعدم الخلط بينهما والاعتراف لكل منهما بمجاله الخاص ، يؤدى الى نتيجتين هامتين : أولهما أن الايمان بأى من هذين القانونين لا يتعارض مع الايمان بالآخر ، بل على العكس فان الايمان بالقانون الطبيعى يقتضى الايمان بضرورة القانون الوضعى . وبالفعل فان كل انصار القانون الطبيعى يؤمنون بالقانون الوضعى ويعتبرون لهذا السبب فلاسفة وضعيون ، أو مؤمنون بضرورة الدولة وبأنه لا يوجد قانون فى الدولة الا القانون الصادر عن ارادتها الصريحة أو الضمنية .

والنتيجة الثانية للازدواج بين القانونين هى اعتبار القانون الطبيعى بمثابة معيار الحكم على القانون الوضعى ، واعتباره أيضا المثل الأعلى للقانون الوضعى ، وهو المثل الذى ينبغى أن تخضع له ارادة المشرع فيما تصدره من تشريعات . وفى هذه النتيجة الثانية أعظم ضمان فى عدم استبداد المشرع فى أى دولة ، وفى خضوع القانون الوضعى للقانون الطبيعى أى للعدل والفضيلة والاخلاق .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وجدير بالملاحظة انه يوجد اعتقاد سطحي لدى بعض رجال القانون مؤداه أن الوضعية القانونية، والايمان بالقانون الطبيعي ، موقفان متعارضان، انه لا يمكن أن يكون رجل القانون وضعيا ومن أنصار القانون الطبيعي في نفس الوقت ٠

والواقع أن هذا الاعتقاد السطحي لا يتفق مع أول مبدأ من مبادىء القانون الطبيعي وهو مبدأ ضرورة وجود الدولة وضرورة احترام القوانين الصادرة عنها حتى ولو كانت سيئة ، في سبيل حفظ النظام الذي هو أهم من درجة الاتقان في القانون الوضعي أو درجة اقترابه من المثل الأعلى للعدل ٠

ويرجع هذا الاعتقاد السطحي فيما يبدو الى السببين الآتيين : الأول انه يوجد مفكرون يؤمنون بالقانون الوضعي وحده ولا يؤمنون بالقانون الطبيعي ، لأنه اذا كان الايمان بالقانون الطبيعي يقتضي حتما الايمان بالقانون الوضعي ، فان العكس غير صحيح ٠ وقد حاول هؤلاء المفكرون الايهام بأن كل من يؤمن بالقانون الوضعي مثلهم ، لا يستطيع أن يؤمن بالقانون الطبيعي ٠ وبالتالي يجب على كل مفكر أو رجل قانون أن يحدد موقفه ، فاما أن يكون معهم أي من أنصار القانون الوضعي وحده دون القانون الطبيعي ، أو يكون ضدهم أي من أنصار القانون الطبيعي وبالتالي لا يعتبر في نظرهم من انصار المذهب الوضعي ٠ وبالفعل فقد انساق بعض رجال القانون الى هذه الدعوة ، وبدأ هذا البعض يحدد لنفسه موقفا يختار فيه بين الوضعية القانونية وبين الانتماء لمذهب القانون الطبيعي ٠

ونحن لا نظن بعد كل ما ذكرناه في شرح نظرية القانون الطبيعي عند ارسطو ، أننا في حاجة الى رفض الانسياق الى هذه الدعوة ٠ فان نظرية القانون الطبيعي هي ذاتها أهم تبرير لوجود القانون الوضعي ، وأهم أساس تستند اليه القوة الملزمة للقانون المذكور ٠ ولا شك أن أهم فلاسفة القانون الطبيعي (ارسطو وكانت) هم أيضا أهم فلاسفة المذهب الوضعي في القانون ، حتى ولو وجد بعض انصار هذا المذهب الأخير ممن لا ينتمون الى نظرية القانون الطبيعي ٠ ودون حاجة الى التقليل من أهمية أصحاب الدعوة السابق الاشارة اليها ، فانهم على الأقل لا يستطيعون القول بان من ليس معهم

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فهو ضدهم • فمثل هذا القول لا يمكن صدوره الا ممن يدعى احتكار الحقيقة- وهو ادعاء كفيل بمفرده باخراج من يتمسك به عن دائرة الفلاسفة والمفكرين •

أما السبب الثاني في هذا التعارض المصطنع بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي فيرجع الى أصحاب السلطة في النظم الاستبدادية • وهؤلاء يهمهم كثيرا في سبيل تحرير ارادتهم من الخضوع للقانون الطبيعي أن يعلنوا عدم اعترافهم بهـذا القانون وبأنه لا يوجد قانون الا القانون الوضعي • أما انصار القانون الطبيعي فهم في نظرهم اعداء للدولة وأنصار للفوضى • وفي شرح هـذا السبب الثاني يقول الفيلسوف الفرنسي « لالاند » ان « المدافعين عن العروش والأموال وأنصار المذاهب الشمولية والوطنية والعنصرية ، لم يكفوا أبدا عن تكوين جماعة متسلطة في مواجهة أنصار العقل الخالص ، ومنذ عهد سقراط فان الأولين يعاملون الأخرين على انهم انصار للفوضى وأعداء للدولة »(١٣٩) •

وهنا أيضا يظهر بجلاء مدى الخطأ في اعتبار نظرية القانون الطبيعي من النظريات المعادية للدولة ، بينما هي أهم نظرية قيلت في تبرير وجود الدولة •

وباستعراض السببين السابق ذكرهما يتبين أن بعض أنصار القانون الوضعي من غير انصار القانون الطبيعي ، وكذلك بعض أصحاب السلطة والنفوذ والاتجاهات العنصرية غير المتعقلة تعاونوا جميعا بغير اتفاق بينهم على رسم صورة غير صحيحة عن التعارض أو التناقض بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ، وهو تعارض لا تعرفه نظرية القانون الطبيعي ، بل يعرفه فقط اعداء هذه النظرية ممن سبق ذكرهم •

واذا كانت نظرية القانون الطبيعي لا تعرف التعارض أو التناقض بين القانونين الطبيعي والوضعي ، فانها تنكر أيضا الخلط والاندماج بين هذين القانونين • وكما أن التعارض بين القانونين يطلق الحرية لاصحاب السلطة

---

(١٣٩) A. LALANDE, La Raison et les normes, Hachette, 1948, pp. 97, 98.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والاتجاهات العنصرية فى عدم الخضوع لاحكام العقل ، فان الخلط بين القانونين يؤدى الى نفس النتيجة المؤسفة ذاتها .

ومن الواضح عند ارسطو أن القانون الطبيعى ليس هو القانون الوضعى . وان القانون الطبيعى هو العدل فى ذاته أما القانون الوضعى فهو العدل المصطنع . ومن الواضح لديه أيضا أن القانون الوضعى صادر عن ارادة المشرع ، وان هذه الارادة يجب أن تخضع لحكم العقل أى لحكم الفضيلة والعدل والاخلاق . وكل هذه الاصطلاحات تعبر عن شىء واحد هو القانون الطبيعى . ومن الواضح أيضا عند ارسطو انه ينظر الى الأمور نظرة واقعية ، ولا يغيب عنه ان القانون الوضعى قد ينحرف عن مثله الأعلى وهو القانون الطبيعى ، وفى هذه الحالة فان القانون الوضعى لا يحتفظ بصفة العدل التى يضفيها عليه افتراض مشابهته للقانون الطبيعى . بل ان ارسطو يقر بوضوح نظرية القانون الوضعى الظالم ، وهو القانون الذى يعبر بصفة خاصة عن المصلحة الشخصية لأحد الحكام الطغاة أو مصلحة الطبقة المنتصرة فى الصراع الطبقى الدائر فى المجتمع .

وقد زادت التفرقة بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى وضوحا على يد « كانت » . وهو اذا كان يؤمن بأن القانون الطبيعى يعطى لنا « المبادىء الخالدة التى يجب أن يؤسس عليها كل تشريع وضعى » (١٤٠) . « وان القانون الوضعى لا يستطيع ان يخالف القانون الطبيعى » (١٤١) ، الا أن الفارق بين القانونين ينبغى أن يظل دائما محفوظا . وأن يظل هذا الازدواج قائما حتى فى الفرض الذى يمكن أن نتصور فيها جدلا أن القانون الوضعى مطابق من حيث المضمون لأحكام القانون الطبيعى « اذ من الممكن أن نتصور ، كما يقول كانت ، تشريعا خارجيا لا يتضمن الا قوانين طبيعية خالصة »(١٤٢) . والتشريع الخارجى عند كانت هو التشريع الوضعى .

وحتى فى هذا الفرض الجدلى فان الفارق بين القانونين الطبيعى

---

(١٤٠) Kant, Doctrine du droit, trad. par J. Barni, Paris, 1854, p. 82.

(١٤١) Ibid., p. 82.

(١٤٢) Ibid., p. 35.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والوضعي يظل قائما ، وهو فارق يرجع الى مصدر كل منهما • فبينما مصدر القانون الطبيعي هو العقل الخالص فان مصدر القانون الوضعي هو ارادة الانسان • وفي هذا الفرض الجدلي الذي يتطابق فيه القانونان من حيث المضمون فان ارادة المشرع تكون « صانعة الالتزام بالتصرف حسب القانون الطبيعي ، ولكنها ليست مصدر القانون الطبيعي ذاته »(١٤٣) •

والواقع أن في الاحتفاظ بالفارق بين القانونين الطبيعي والوضعي في جميع الأحوال وحتى في الفرض النادر الذي يتطابق فيه كل منهما من حيث المضمون ، أعظم حماية لحرية الأفراد وحقوقهم ، لأنه في هذا الفرض الجدلي النادر فان المشرع لا يستطيع أن يدعي أن القانون الوضعي هو العدل في ذاته ، بل هو على أحسن الفروض عدل مصطنع •

وهكذا تصبح النظرة دائما الى القانون الوضعي نظرة واقعية • فالقانون الوضعي في جميع البلاد وفي جميع العصور من صنع البشر ومصدره دائما ارادة المشرع أي ارادة الانسان •

وارادة الانسان يجب أن تخضع لحكم العقل ومبادىء العدل • وبالتالي فان القانون الوضعي يجب أن يخضع للقانون الطبيعي ولا ينحرف عنه •

فالازدواج بين القانونين الوضعي والطبيعي يعبر عن نظرة واقعية سليمة ، ويؤدي في نفس الوقت الى الانسجام بين العدل في ذاته والعدل المصطنع ، بما يكفل الحماية لارادة الفرد وحقوق الانسان •

والازدواج بين القانون الطبيعي والوضعي لا يعني أبدا التعارض بينهما كما أراد ذلك بعض المفكرين أو بعض أصحاب المصالح والاتجاهات العنصرية والنفوذ •

واذا كان الازدواج بين القانونين الطبيعي والوضعي يعبر عن أهم المواقف التي اتخذها أصحاب نظرية القانون الطبيعي ، فان بعض أنصار هذه

---

(١٤٣) Ibid., p. 38.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

النظرية قد انحرف بها ونادى بالوحدة بين القانونين . وهو انحراف يؤدى كما سنرى الى تبرير الظلم والاستبداد والطغيان .

٦٣ - نظرية عقل الكومنولث (هوبز) :

الفكرة الشائعة عن هوبز انه من فلاسفة النظم الاستبدادية والحكم المطلق ، وهى فكرة صحيحة تؤدى اليها كتاباته بالفعل .

وفى مقابل هذه الشهرة فلا يكاد أحد يعتبر هوبز من فلاسفة القانون الطبيعى بالرغم من انه ينتمى الى نظرية القانون الطبيعى الذى هو فى نظره مصدر العقد الاجتماعى كما سبق أن رأينا(١٤٤).

والواقع أن هوبز ينتمى الى نظرية القانون الطبيعى ولكنه ينحرف بهذه النظرية انحرافا مؤديا الى تبرير النظم الاستبدادية ، رغم أن هذه النظرية فى أساسها تضع قيدا شديدا على ارادة المشرع وهو قيد العدل والعقل والأخلاق .

. وقد تحقق هذا الانحراف عن طريق الخلط بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى ، أو الخلط بين العقل الخالص وهو مصدر القانون الطبيعى وبين عقل الدولة وهو مصدر القانون الوضعى . فالذى يصنع القانون الطبيعى فى نظر هوبز هو « عقل ذلك الرجل المصطنع وهو الكومنولث »(١٤٥) أى الدولة .

وهو يذكر أيضا أن « القانون الطبيعى والقانون المدنى يتضمن كل منهما الآخر ويتساويان فى المضمون »(١٤٦) .

وكما فرق « كانت » بين القانون الطبيعى والوضعى على أساس اختلاف مصدر كل منهما ، فان « هوبز » يطابق بين القانونين على أساس وحدة مصدر كل منهما .

---

(١٤٤) راجع ما سبق فقرة ٦٠ .

(١٤٥) T. Hobbes, Leviation, op. cit., Ch. 26, p. 143.

(١٤٦) Ibid., Ch. 26, p. 141.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهكذا لا يوجد فى نظر هوبز مبرر للبحث عن مصدر القانون الطبيعى ، فمصدره معروف وهو عقل الدولة أو بتعبير آخر عقل المشرع • فكل ما يراه المشرع عدلا فهو عدل وكل ما يراه المشرع ظلما فهو ظلم • وكل ما يراه المشرع حسنا فهو حسن وكل ما يراه المشرع قبيحا فهو قبيح •

وبالتالى فان عقل الدولة أصبح هو المصدر الوحيد للقانون الوضعى وهو أيضا المصدر الوحيد للقانون الطبيعى ولمبادىء الأخلاق •

ويترتب على ذلك انه لا يوجد أو لا يتصور وجود قانون ظالم ، لأن القانون دائما عادل فهو مطابق للعدل فى ذاته أو مطابق للقانون الطبيعى •

ومعنى ذلك انه لا تجوز الثورة أو المقاومة فى مواجهة نظام الدولة وقوانين الدولة ، لأن الثورة ستكون فى هذا الفرض موجهة ضد القانون الطبيعى والعدل والأخلاق •

ومعنى ذلك أيضا انه لا قيد على ارادة الحاكم ، لأن ارادته هى مصدر كل قيد والتزام • فارادة الأفراد تخضع لارادة الحاكم ، أما ارادة الحاكم فلا تخضع لشىء •

وغنى عن الذكر أن نظرية هوبز عن عقل الدولة أو عقل الكومنولث ، هى نظرية منحرفة وغير صحيحة • وقد وصفها ماكس شيلر بأنها من قبيل اللغو Absurde (١٤٧) •

والصحيح طبقا لنظرية القانون الطبيعى ان ارادة المشرع تخضع للقانون الطبيعى ، وهى ليست مصدرا له •

والواقع أن هوبز يستحق الفكرة الشائعة عنه من انه من فلاسفة الاستبداد ، ويستحق أيضا عدم وجود فكرة شائعة عن انه من فلاسفة

---

(١٤٧) Max Scheller, Le formalisme en éthique et l'éhique matériale des valeurs, trad. par Gandillac, Paris, Gallimard, p. 336.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانون الطبيعى . فنظريته عن عقل الدولة ليست سوى انحرافا وتعبيرا سيئا عن نظرية القانون الطبيعى .

٦٤ - فلسفة الفكرة (هيجل) :

رغم أن هيجل ينكر دور الفلسفة فى التأثير على حركة التاريخ ، ويرى على حد قوله ، ان « الفلسفة تأتى دائما متأخرة للغاية ، فهى لا تظهر الا عندما تكون الحقيقة قد اكتملت وتحققت خطوات تكوينها . وكل ما يستطيع التفكير أن يعلمه ، يستطيع التاريخ أن يشير اليه بنفس القوة »(١٤٨) . رغم ذلك فانه من المؤكد أن هيجل قد أحدث بفلسفته تأثيرا هائلا على مجرى الأحداث وعلى حياة القانون الوضعى فى الكثير من الدول . فهو كما يقول أحد الفلاسفة المعاصرين : « فتح الطريق أمام الفاشية والنازية وأمام الشيوعية أيضا . فهو أحد القوى التى فى سبيلها الى تغيير العالم »(١٤٩) .

وهو بجانب تأثيره فى الاتجاهات السياسية المذكورة ، فقد وجد له أنصارا ومشايعين بين رجال القانون ، أبرزهم كوهلر فى ألمانيا ، وكذلك هوريو فى فرنسا(١٥٠) .

وتعرف فلسفة هيجل باسم فلسفة الفكرة Philosophie de L'idée وبحسب مصطلحات هذه الفلسفة فان المقصود بالفكرة ، أو العقل المطلق ، أو الارادة العالمية فى ذاتها ومن أجل ذاتها ، أو روح العالم ، هو شىء واحد . فهذه كلها اصطلاحات مترادفة(١٥١) .

وهيجل يعلن انه من أنصار القانون الطبيعى والقانون العقلى . وهو يأخذ على عاتقه الدفاع عن العقل الذى « اتهم واهين وأدين دائما وبغير حدود »(١٥٢) .

---

(١٤٨) Hegel, Principes de la philosophie du droit, trad. par A. KAAN, Gallimard, Paris, 1940, p. 32.

(١٤٩) J.-M. Bochenski, La philosophie contemporaine en Europe, trad. par F. Vaudou, P.-B. Payot, Paris, 1962, p. 7.

(١٥٠) F. Gény, Science et technique, t. 2, p. 110, 111.

(١٥١) Hegel, Principes de la philosophie, op. cit., pp. 30, 33, 50, 54 et 55.

(١٥٢) Ibid., p. 28 et 35.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهيجل ينادى بالوحدة بين ما هو واقع وبين ما هو معقول ، « فكل ما هو عقلى هو حقيقى ، وكل ما هو حقيقى هو عقلى »(١٥٣) . وبالتالى فان الدولة تعتبر شيئا معقولا فى ذاته(١٥٤) .

بل أكثر من هذا فان الدولة هى تجسيد للفكرة ، والارادة العالية ، أى تجسيد لله . « فالدولة كما يقول هيجل هى مجىء الله على الأرض ، ولذلك تجب عبادتها باعتبارها التجسيد الالهى على الأرض »(١٥٥) .

ولكن هيجل لا يتكلم عن كل دولة ، ولكن يقصد فقط الدولة السائدة فى عصرها ، فهى وحدها التى تعتبر « تجسيدا للروح العالمى »(١٥٦) . وتعتبر بالتالى « شيئا معقولا فى ذاتها ومن أجل ذاتها »(١٥٧) . وفى مواجهة هذه الدولة فان « الشعوب الأخرى لا يكون لها أى حق »(١٥٨) .

وهنا نلمح فارقا جوهريا بين هيجل وبين هوبز . فبينما يذهب هوبز الى المطابقة بين عقل الدولة والمقصود بذلك أى دولة ، وبين العقل الخالص ، وهو مصدر القانون الطبيعى ، فان هيجل يجعل المطابقة قاصرة فقط بين الفكرة أو العقل المطلق وبين الدولة السائدة فى عصرها وهى التى تعبر فقط عن مجىء الله على الأرض وتعتبر تجسيدا الهيا جديرا بالعبادة ، ويعتبر كل ما يصدر منها قانونا طبيعيا جديرا بالتقديس .

أما الدول الأخرى فهى تخضع لهذه الدول السائدة ، ولا تعتبر قوانين هذه الدول تعبيرا عن القانون الطبيعى ، بل قد تكون قوانين هذه الدول « ظالمة وغير معقولة فى ذاتها ومن أجل ذاتها » ، ومثل هذه القوانين « تعتبر وضعية فى الحدود التى يكون لها فيها معنى وفائدة بحسب الظروف ، فلا تكون لها الا قيمة تاريخية ذات طبيعة وقتية »(١٥٩) .

---

(١٥٣) ، (١٥٤) Ibid., p. 30.

(١٥٥) Cité par G. Gurvith, Dialectique et sociologie, Paris, Flammarion, 1962, p. 90.

(١٥٦) Hegel, op. cit., p. 258.

(١٥٧) Ibid., p. 190.

(١٥٨) Ibid., p. 258.

(١٥٩) Ibid., p. 38.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهيجل يرفض نظرية العقد الاجتماعى فى صورتها الارادية كأساس للدولة ، لأن طبيعة الدولة فى نظره لا تقوم على أساس علاقات عقدية ، سواء كانت هذه العلاقات العقدية بين كل شخص وكل شخص آخر ، أو كانت بين جميع الأشخاص من ناحية وبين الأمير أو الحكومة من ناحية أخرى »(١٦٠) .

فالدولة أساسها الارادة العالمية أما العقود فهى تقوم على ارادة شخصية ليست عالمية فى ذاتها أو من أجل ذاتها(١٦١) . والعقود لا تكون لها قيمة الا بقدر مطابقتها للفكرة ، أى للارادة العالمية فى ذاتها ومن أجل ذاتها . فالانسان لا يستطيع أن يتصرف بارادته فى الحقوق التى « لا تقبل التصرف أو التقادم » وهى الحقوق التى تكون شخصيته الخاصة وتعبر عن الجوهر العالى لضميره فى حد ذاته(١٦٢) .

والعقود لا تكون ملزمة الا اذا روعى فيها مبدأ التعادل بين الالتزامات المتقابلة . ففى كل تعاقد يوجد تناقض ديالكتيكى بين العقد والملكية . فالعقد هو سبب كسب الملكية . والملكية موجودة فى كل عقد . وحتى يمكن حل هذا التناقض لا بد أن يظل المتعاقد مالكا بعد ابرام العقد لنفس القيمة التى كان يملكها قبل التعاقد(١٦٣) ، وهو ما لا يتحقق الا عن طريق التعادل فى الالتزامات المتقابلة . والواقع أن نظرية هيجل عن التناقض الديالكتيكى بين العقد والملكية لا تعدو أن تكون تعبيرا جديدا عن نظرية العدل التبادلى التى نادى بها ارسطو .

ومن ناحية أخرى فان هيجل وهو يرفض العقد الاجتماعى فى صورته الارادية ، كأساس للدولة ، لا يقول شيئا مختلفا عما يقوله أنصار نظرية العقد الاجتماعى الذين لم يقصدوا بهذا العقد كما سبق أن رأينا عقدا ارادياً مصنوعا ، ولكن قصدوا به العقد العقلى الطبيعى الصادر عن القانون الطبيعى .

---

(١٦٠) Ibid., p. 82.

(١٦١) Ibid., p. 82; Adde, p. 191.

(١٦٢) Ibid., p. 76.

(١٦٣) Ibid., p. 83; Adde, p. 81.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وهم فى هذا يعبرون بطريقة مختلفة عن رأى هيجل فى أن أساس الدولة هو الارادة العالمية فى ذاتها ومن أجل ذاتها ٠

والواقع أن فلسفة الفكرة اذا كانت تحرر ارادة الدولة السائدة فى عصرها من أى قيد باعتبارها التجسيد الالهى على الأرض ، وباعتبار أن ما يصدر عن ارادتها من قوانين هو بذاته المقصود بالقانون الطبيعى ، فانها فى نفس الوقت ولنفس السبب ، لا تعطى أية حماية لارادة الأفراد داخل هذه الدولة ، ولا لارادة الدول والشعوب الأخرى فى مواجهة هذه الدولة ٠

فالدولة السائدة لها الحرية المطلقة من كل قيد ، والدول الأخرى وكذلك الأفراد داخل الدولة السائدة عليهم الخضوع المطلق بغير حد ٠

والمطابقة بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى اذا كانت تؤدى عند هوبز الى استبداد الدولة بمواطنيها ، فان المطابقة بين القانون الطبيعى وبين القانون الوضعى عند هيجل تؤدى الى استبداد الدولة السائدة ليس فقط بمواطنيها ، بل وبجميع دول الأرض وشعوبها ٠

ومن هنا يمكن أن نفهم الملاحظة التى ذكرناها منذ البداية وهى أن هيجل هو الذى فتح الطريق أمام الفاشية والنازية ٠ اما أنه فتح الطريق أمام الشيوعية فلأنه من أعظم الفلاسفة تأثيرا على ماركس ٠

وبعد استعراض فلسفة هوبز وفلسفة هيجل ، فاننا نستطيع القول أن المطابقة بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى تعتبر انحرافا خطيرا فى نظرية القانون الطبيعى وتؤدى الى الاستبداد ٠ لأنها تطلق ارادة المشرع سواء فى كل دولة كما عند « هوبز » ، أو فى الدولة السائدة كما عند « هيجل » من كل قيد على الاطلاق ٠ وتخضع فى نفس الوقت سائر الارادات الانسانية لهذه الارادة المسيطرة خضوعا ليس له حد ٠

والصحيح فى نظرية القانون الطبيعى أن ارادة الانسان تخضع لحكم العقل والعدل ، سواء كان هذا الانسان هو المشرع نفسه أو كان أحد المواطنين العاديين ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

والواقع أن الاستبداد بدعوى المطابقة بين القانون الوضعي والقانون العقلي ، لأخطر بكثير من الاستبداد الذي ينكر أصلا القانون الطبيعي والقيم الأخلاقية ، لأن هذا الاستبداد الأخير تمكن مقاومته عن طريق التمسك بقوة العقل والعدل • أما الاستبداد باسم القانون الطبيعي فتصعب مقاومته لأنه يعتبر القوة عدلا ، ويعتبر القانون الوضعي ولو كان ظالما ، تعبيرا عن العدل في ذاته ومن أجل ذاته •

وبعد أن درسنا نظرية القانون الطبيعي في وضعها الصحيح عند أرسطو ، ودرسنا التعبيرات الجديدة عنها في نظريتي العقد الاجتماعي وسلطان الارادة ، ودرسنا التعبيرات المنحرفة عنها في نظرية عقل الدولة وفلسفة الفكرة ، فاننا ننتقل الآن الى دراسة النظرية الارادية الوحيدة في تاريخ الفلسفة ، لنرى ما اذا كانت قد نجحت هذه النظرية في حماية الارادة أم لا •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الرابع

نظرية ارادة القوة

(نيتشه)

٦٥ ـ الفلسفة اللاعقلية أو العدمية :

الفلسفة اللاعقلية irrationaliste هى فلسفة عدمية بحسب ترجمة المجمع اللغوى لكلمة Nihiliste ، وهى لا تؤمن بمبدأ السببية الذى يجعل لكل شىء سببا ، وهو المبدأ الذى تقوم عليه نظرية المعرفة(١٦٤) • ومن أبرز أنصار هذه الفلسفة شوبنهور ونيتشه ، ويعتبر نيتشه هو نبى الدعوة للفلسفة اللاعقلية حسب تعبير بوشنسكى(١٦٥) •

ومن رأى نيتشه أن العالم لا يعدو أن يكون « حدثا بغير خطة ، بغير عقل ، وبغير ضمير ، فهو أسوأ أنواع الضرورات ، بل هو ضرورة حمقاء »(١٦٦) •

ومع ذلك فان العدمية عند نيتشه ليست سلبية ولكنها ايجابية على حد تعبيره هو نفسه(١٦٧) • ومقتضى الايجابية فى عدمية نيتشه انها لا تنكر كل فلسفة بل تهدف الى انشاء فلسفة جديدة ، هى فلسفة الارادة • فليست هناك حقيقة فى الحياة سوى ارادة الانسان • وهكذا فان نيتشه ينشىء لأول مرة فى تاريخ الفكر الانسانى فلسفة ارادية خالصة لا تؤمن الا بالارادة المطلقة المتحررة من كل قيد أخلاقى أو دينى •

---

(١٦٤) راجع فى مبدأ السببية :
Heidegger, Le principe de raison, trad. par Préau, Gallimard, Paris, 1962.

(١٦٥) J.-M. Bochenski, La philosophie contemporaine, op. cit., p. 16.

(١٦٦) NIETZSCHE, la volonté de puissance, trad. par G. Bianquis, 3e éd., t. 1, Gallimard, 1948, p. 46.

(١٦٧) Ibid., p. 92.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ونقطة البداية عند نيتشه هى العبارة الآتية : « الله مات ، فالانسان حر » ، أو بتعبير آخر « الأخلاق تحطمت ، لاحظوا هذا الأمر ! وكل ما بقى هو (أنا أريد) »(١٦٨) . وبناء على ذلك ينادى نيتشه بأن « كل قوانا يجب أن تستخدم من أجل تنمية الارادة »(١٦٩) .

ولكن اذا كانت نظرية نيتشه هى أول نظرية ارادية خالصة فى تاريخ الفكر الانسانى ، الا انها لم تؤد الى حماية الارادة فعلا بل على العكس فانها أدت الى اهدار الارادة وتحطيمها بدرجة تفوق كل تصور . وقد صدقت عبارة الفيلسوف الفرنسى جابريل مارسيل والتى تقول انه « اذا كان الله قد مات فان الانسان يحتضر »(١٧٠) .

ان حماية الانسان والمحافظة على حرية ارادته ، لا تكون عن طريق قتل الله ، أو تحطيم الأخلاق ، أو ازالة كل قيد على الارادة مهما كان . بل على العكس فان جعل الأخلاق والقانون الطبيعى قيدا على الارادة ، فيه أكبر حماية لهذه الارادة ، أى لكل ارادة فى مواجهة الارادات الانسانية الأخرى .

أما اطلاق حرية الارادة بغير قيد فانه يؤدى الى استبداد ارادة القوى بارادة الضعيف . وهذا ما ذهب اليه نيتشه بالفعل ، فهو يطلق على فلسفته اسم « ارادة القوة » ، ويعتبر من أهم تعاليم هذه الفلسفة « عبادة الأبطال »(١٧١) .

واذا كان الانسان قد تحرر من الأخلاق ، فانه أصبح خاضعا للأوامر الصادرة من الرئيس أو البطل ، الذى أصبح من حقه وحده أن « يقود ويأمر ويفرض نظام القيم الخاص به » . « ومصدر هذا الأمر ليس هو طبيعة الأشياء »(١٧٢) . فليست هناك طبيعة للأشياء ، وليست هناك حقيقة(١٧٣)،

---

(١٦٨) Ibid., p. 17.

(١٦٩) Ibid., p. 246.

(١٧٠) G. Marcel, Les hommes contre l'humain, 2e éd., La colombe, Paris, 1962, p. 17.

(١٧١) NIETZCHE, la volonté de puissance, op. cit., p. 21, 23, 30, 114, 216, 229, 235, 250, 261, 262, 266, 277, 283, 304, 283, 304, 346.

(١٧٢) Ibid., p. 264.

(١٧٣) Ibid., p. 45, 55, 107.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وليست هناك أخـــلاق عقليـــة أو طبيعيـــة(١٧٤) . فالقوة هى القانون والأخلاق(١٧٥) .

وكذلك ليست هناك حقوق للانسان ، بل يتوقف حق كل شخص على مدى قوة هذا الشخص . « فقيمة الشخص ، كما يقول نيتشه ، يجب أن تكون هى معيار الحقوق التى يستطيع أن يدعيها »(١٧٦) . واذا تعـــارض ما يدعيه رجل قوى مع ما يدعيه رجل ضعيف ، « فيجب قتل الرجل الضعيف مصدر ازعاج للأشخاص المتميزين »(١٧٧) .

أما العقود وهى أهم التصرفات الارادية للانسان ، فليست لها قيمة فى ذاتها ، وانما تستمد قيمتها من الشخص الذى يرتبط بها . فالزواج مثـلا وهو يعتبر فى القانون عقدا ونظاما قانونيا وتعبيرا عن حـــق من الحقـوق اللصيقة بالانسان ، ليست له فى نظر نيتشه « أى قيمة فى ذاته » . « لا هو ولا أى نظام قانونى آخر » (١٧٨) .

ونيتشه لا يؤمن بمبدأ حرية التعاقد أو حرية التجارة ، ويعتقـــد أن مبادىء الحرية الاقتصادية التى تلخصها عبارة « دعه يعمل دعه يمر » ، ليست سوى نوعا من الخلاعة Libertinage التى تتعـــارض مع مبـــدأ ارادة القوة(١٧٩) .

والواقع اننا اذا أردنا العثور على تطبيق عملى حى لنظرية ارادة القوة ، فلن نجد خيرا من الدكتاتور النازى هتلر ، الذى يصدق عليه لفظ البطل أو الرئيس الذى يفرض ويقرر نظام القيم الخاص به وهو النظام النازى بما يحمله

---

(١٧٤) Ibid., p. 17, 31, 49, 51, 91, 101, 104, 251, 260, 350.

(١٧٥) Ibid., p. 56.

(١٧٦) Ibid., 306.

(١٧٧) Ibid., p. 306.

(١٧٨) Ibid., p. 289.

(١٧٩) Ibid., p. 31, 80, 115.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من رمز الصليب المعقوف وبما يصدر عنه من ارادة القوة التى تسحق كل ارادة أخرى تعترضها سواء فى مواجهة المواطنين أو فى مواجهة شعوب العالم الأخرى • وقد كان هتلر تلميذا مخلصا لنيتشه وهو يعبر عن رأيه فى القوة الملزمة للعقود بقوله : « اننى قادر وبكل حسن نية أن أوقع على معاهدات اليوم ، لأمزقها غدا بكل برود »(١٨٠) •

وغنى عن الذكر أن فلسفة نيتشه عن ارادة القوة لم تكن بعيدة عن التأثير فى تفكير الزعيم النازى أو فى تفكير أعوانه من فلاسفة الحزب ومخططيه •

واذا كانت القسوة التى تعبر عنها نظرية ارادة القوة تفوق كل تصور ، الا أن هذه النظرية تبدو منطقية مع نفسها ، لأن ارادة الانسان اذا تحررت من كل قيد عليها انطلقت بغير حد • وعندما تنطلق كل ارادة سيحدث تصادم حتمى بين الارادات المختلفة ، وهو ما لا يمكن حسمه الا عن طريق القوة وارادة القوة •

فالحرية المطلقة للارادة تؤدى ضرورة ومنطقا الى ارادة القوة والى سحق كل ارادة ضعيفة تعترض ارادة أخرى أقوى منها •

والدرس الذى نستفيده من فلسفة نيتشه أو من التطبيقات العملية لها فى النظم النازية أو الفاشية أو ما شابههما ، هو أن حماية الارادة لا تكون عن طريق اطلاق الحرية للارادة ، بل على العكس فان الارادة المطلقة تؤدى الى تحطيم كامل لحرية الارادة •

أما الحماية الحقيقية للارادة فتكون عن طريق اخضاع الارادة للقانون الطبيعى ومبادىء العدل والأخلاق ، وهو اخضاع يمتد الى كل ارادة انسانية بغير تحديد ، ويشمل ذلك ارادة المواطن العادى وارادة المشرع وارادة القاضى • ويشمل ذلك أيضا ارادة الدولة الصغيرة وارادة الدولة الكبيرة •

---

(١٨٠) Cité par Louis LE FUR, La Force obligatoire des traités, in Arch. de Phil. du Droit et de soc. jur. 1940, p. 94, note 1.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وفى خضوع كل ارادة للقانون الطبيعى تتحقق حرية الارادة لكل فرد، وهى حرية يحكمها العدل . فالعدل أسمى من الحرية ، وهو الضمان الوحيد لوجود هذه الحرية بشرط أن تكون حرية عادلة وليست حرية مطلقة .

واذا كانت الفلسفات التى درسناها حتى الآن تتراوح بين اطلاق حرية الارادة أو تقييدها ، فان هناك فلسفات أخرى تذهب الى انكار وجود الارادة أصلا أو قيامها بأى دور على الاطلاق ، وهو ما ندرسه الآن .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الخامس

الفلسفات المنكرة للارادة

(فلسفة الشك والمادية التاريخية)

٦٦ ـ فلسفة الشك (باسكال) :

الاتجاه الغالب فى فلسفة باسكال هو اتجاه الشك فى الارادة والعقل والعدل • ومع ذلك فان التحليل الصحيح لفلسفة باسكال ، وهو ما يقول به الفيلسوف الفرنسى جان جيتون ، يذهب الى انه لا يوجد فى الواقع باسكال واحد بل « باسكالان » : باسكال المتشكك وباسكال المؤمن(١٨١) •

أما باسكال المتشكك فهو ينكر وجود العدل وهو فى نظره مدعاة للسخرية ، فما يعتبر عدلا وراء نهر معين لا يعتبر كذلك خلف هذا النهر وما يعتبر حقيقة وراء جبال البرانس لا يعتبر كذلك خلف هذه الجبال(١٨٢) • وهو ينكر كذلك القانون الطبيعى أو القانون العقلى « فلا شىء حسب العقل وحده يمكن أن يعتبر عدلا فى ذاته ، لأن كل شىء يتغير مع الوقت»(١٨٣) •

وهو أكثر من هذا ينكر الارادة الانسانية • فالانسان فى نظره لا يقوم أبدا بتصرف ارادى حقيقى ، لأنه يعيش دائما فى « الوهم » و « الخيال(١٨٤)• وحتى اذا كان تفكير الانسان يعتقد شيئا معينا واذا كانت ارادته تحب شيئا معينا ، فان موضوع هذا التفكير أو الحب هو دائما أمر زائف حيث لا توجد موضوعات حقيقية للرغبة أو الحب(١٨٥) •

---

(١٨١) Jean Guitton, Préface, Pascal, Pensée, L.P.C.

(١٨٢) Pascal, Pensée, No. 230, p. 118; Add. No. 252, p. 128; No. 287, p. 137; No. 414, p; 208, 483, p. 242.

(١٨٣) Ibid., No. 228, p. 119.

(١٨٤) Ibid., No. 104, p. 65 et s.; No. 310, p. 145.

(١٨٥) Ibid., No. 103, p. 65.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

اما التصرفات التي يعتقد الانسان انها تصرفات ارادية فهي في حقيقتها تصرفات هوائية شهوانية . « فالشهوة والقوة هما مصدر كل تصرفاتنا . فالشهوة تصنع الأفعال الارادية ، والقوة تصنع الأفعال غير الارادية »(١٨٦).

وبصفة خاصة فان ارادة الانسان لا تستطيع أن تحقق العدل . وتستوى في ذلك ارادة الأفراد ، أو « الارادة العامة » للشعب(١٨٧) أو ارادة القضاة في المحاكم(١٨٨) . وبالنسبة للقضاة فان باسكال يختصهم بتحقير شديد ، « فأروابهم الحمراء ... والقصور التي يحكمون فيها ، والزهور التي تزين هذه القصور ، كل مظاهر الأبهة هذه ضرورية للغاية ، لتعويض ما بهم من نقص(١٨٩) .

وعلى هذا النحو فان باسكال المتشكك لا يعتبر فيلسوفا اراديا أو فيلسوفا عقليا ، بل هو ينكر أي دور حقيقي للارادة ، وينكر أي وجود حقيقي للعدل . فالانسان في نظره يعيش فقط في الخيال وتخضع ارادته للخيال الذي يحكم كل تصرفاته . فارادة الانسان آذن ليست حرة ولا يمكن أن تكون حرة بل هي ارادة خيالية موهومة ، وعلى الانسان أن يقنع بهذا الوهم فهو ضروري له وهو الذي يصنع له « الجمال والعدل والسعادة ، أي كل ما في الحياة »(١٩٠) .

فاذا انتقلنا الى باسكال المؤمن وجدناه يتكلم بلغة أخرى ، ويعبر عن ايمانه بالقانون الطبيعي . فهو يقول « لا شك أن هناك قوانين طبيعية ، ولكن عقل الانسان الفاسد قد أفسد كل شيء »(١٩١) . ولذلك بدلا من الرجوع الى العقل أو الارادة للكشف عن هذه القوانين يجب أن نرجع فقط الى ارادة الله . « فلنغير القاعدة التي اتخذناها حتى الآن لمعرفة ما هو حسن وهي ارادتنا .

---

(١٨٦) Ibid., No. 247, p. 124.
(١٨٧) Ibid., No. 249, p. 125.
(١٨٨) Ibid., No. 104, p. 68.
(١٨٩) Ibid., No. 104, p. 68.
(١٩٠) Ibid., No. 104, p. 69.
(١٩١) Ibid., No. 228, p. 118.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ولنأخذ حكمنا من الآن من ارادة الله • فكل ما يريده الله فهو بالنسبة لنفسه حسن وعادل ، وكل ما لا يريده فهو سيء وظالم »(١٩٢) • وكل من ينضم الى الله يصبح جزءا منه(١٩٣) ، وارادة الجزء يجب أن تخضع لارادة الكل(١٩٤) • وقد عبر الله عن ارادته في الأخلاق المسيحية(١٩٥) التي تقتضي من الانسان أن يكون كاملا كما أن الله كامل(١٩٦) •

وكما هو واضح فان باسكال المؤمن يحرر الارادة من الخضوع للوهم والخيال ليخضعها بعد ذلك لارادة الله التي عبر عنها في الأخلاق المسيحية •

والخلاصة أن باسكال المتشكك لا يؤمن بحرية الارادة ، اذ لا وجود لهذه الحرية أبدا ، فالارادة تخضع دائما للوهم والخيال وتصدر دائما عن الهوى والشهوة • أما باسكال المؤمن فانه يخضع ارادة الانسان لارادة الله ، ويرى في ذلك الطريق الوحيد للكشف عن القانون الطبيعي والعدل ولمعرفة ما هو حسن وما هو قبيح •

٦٧ ـ المادية التاريخية (ماركس وانجلز) :

على طريقة جان جيتون في تحليل باسكال بأنه ليس واحدا بل اثنين ، فاننا نستطيع تحليل ماركس أيضا بأنه ليس واحدا ، بل هناك « ماركسان » الأول هو ماركس الذي يحلل ويفسر ، والثاني هو ماركس الذي يوجه ويحرك • وماركس الأول هو الأكثر شهرة ، أما ماركس الثاني فهو الأصدق واقعا •

أما الاتجاه التحليلي في فلسفة ماركس فيذهب الى انكار كل دور للارادة والفكر والضمير والعقل الانساني • وعلى غرار هيجل الذي يقول ان الفلسفة تأتي دائما متأخرة جدا بعد أن يكون التاريخ قد تحرك فعلا(١٩٧) •

---

(١٩٢) Ibid., No. 648, p. 355. 356.

(١٩٣) Ibid., No. 210, p. 374.

(١٩٤) Ibid., No. 706, p. 373.

(١٩٥) Ibid., No 732, p. 384.

(١٩٦) Saint Mathiou, 5, 48.

(١٩٧) راجع ما سبق نقرة ٦٤ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فان ماركس يقول نفس الشيء بعبارة أخرى وهي انه « ليس الضمير هو الذى يحدد الحياة ، ولكن الحياة هى التى تحدد الضمير »(١٩٨) .

وبحسب هذا الرأى فان الفلسفة والأخلاق والقانون والعقود ليست سوى نتيجة حتمية للكيان الاقتصادى والحياة المادية لمجموع الأفراد فى مجتمع معين .

وبصفة خاصة فان ارادة الانسان لا تلعب أى دور فى الحياة . لا ارادة المشرع ، ولا ارادة الأفراد . وبالنسبة لارادة المشرع التى يقال انها تصنع القانون فان ماركس يؤكد أن هـــذا القول هو نوع من « الـوهم »(١٩٩) . « ونفس الوهم عند رجال القانون وعند التقنينات القانونية هو الاعتقاد بأن دخول الأفراد فى معاملات فيما بينهم بطريق التعاقد ، وهو من قبيل الملابسات التى يمكن أن تتم بحسب رغبة هؤلاء الأفراد ، أو الاعتقاد بأن مضمون هذه العقود يتوقف تماما على الارادة التحكمية والفردية للمتعاقدين »(٢٠٠) .

والصحيح فى نظر ماركس انه لا توجد تصرفات ارادية على الاطلاق ، وكل التصرفات التى تتم بين الأفراد هى فى الواقع «تصرفات محددة وضرورية ومستقلة عن أى ارادة انسانية » ، فهى تصرفات مفروضة وليست ارادية . أما المصدر الحقيقى لهذه التصرفات فهى « درجة التقدم المحدد للقوى الانتاجية المادية » فى مجتمع معين . وهذه التصرفات أو العـــلاقات المفروضة ، وهى أساسا علاقات الانتاج ، تكون ما يسمى « بالكيان الاقتصادى للمجتمع وهو الأساس الملموس الذى تقوم عليه انشاءات سطحية من القانون والســـياسة والتى تتآلف معها أشكال معينة من الضمير الاجتماعى »(٢٠١) .

وطبقا لهذا التفسير فان درجة النمو التى تصل اليها القوى المـــادية الانتاجية فى مجتمع معـين ، هى التى تفرض ابرام تصرفات تأخـــذ بحسب

---

(١٩٨) K. Marx, et F. Engels, L'idéologie allemande, op. cit., p. 23.

(١٩٩) Ibid., p. 70.

(٢٠٠) Ibid., p. 72 - 73.

(٢٠١) K. Marx, Contribution à la critique de l'économie politique, Londres, 1859, trad. par: M. Husson et G. Badia, éditions sociales, Paris, 1957, p. 4.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الظاهر صورة العقود الارادية وهى ليست كذلك • وهذه التصرفات تعبر عن علاقات الانتاج فى هذا المجتمع ، وهذه العلاقات تشكل الكيان الاقتصادى المادى لهذا المجتمع • وهذا الكيان هو الذى يفرض النظام القانونى والسياسى فى المجتمع ، ويشكل الضمير الاجتماعى المطابق لهذا النظام •

فلا ارادة الانسان هى التى تبرم العقود ، ولا ارادة المشرع هى التى تضع القانون ، بل كل ذلك تفرضه القوى الانتاجية المادية فى كل مجتمع على حدة •

وكما أن الانسان لا يملك شيئا من ارادته ، فهو أيضا لا يملك شيئا من ضميره أو عقله أو فلسفته أو أخلاقه ، بل كل ذلك مفروض عليه كتعبير ضرورى عن الكيان الاقتصادى للمجتمع الذى يعيش فيه الانسان •

وهكذا يمكن اعتبار الفلسفة الماركسية من الفلسفات المنكرة للارادة • وهذا هو الاتجاه المشهور عنها •

ومع ذلك فان الاتجاه الآخر لماركس وهو الذى يجعل الارادة والعقل والفلسفة تحرك الحياة وتصنع التاريخ ، هو الاتجاه الذى تحقق بالفعل وأصبح قانونا وضعيا فى الكثير من بلاد العالم الآن ، وهو الاتجاه الذى يتفق أكثر مع جوهر الفلسفة الماركسية •

ومن الواضح أن فلسفة ماركس لم تكن تعبيرا عن الكيان الاقتصادى فى المجتمع الذى ظهرت فيه ، بل كانت موجهة أساسا للثورة ضد هذا الكيان • ومن الواضح أن ماركس لم يكن يصف فقط حركة التاريخ ، بل كان يدعو الى تغيير مسار هذه الحركة •

وقد سبق أن ذكرنا من قبل العبارات التى قالها ماركس والتى تشهد بوضوح على ايمانه الكامل بأن فلسفته وعقليته هى التى ينبغى أن تقود العالم وتوجه الانسانية • ورأينا كيف انه حاول البحث عن القوة المادية التى يستطيع استخدامها فى تحقيق هذه الفلسفة ، وانه وجد هذه القوة فى طبقة البروليتاريا التى يجب فى نظره اثارتها ضد الطبقة المسيطرة والاستفادة من

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

سذاجتها لتحريك الثورة وتحقيق الفلسفة(٢٠٢) .

وبحسب هذا الاتجاه فان ارادة الانسان تلعب دورا حاسما فى التاريخ. فارادة ماركس هى التى توجه وارادة البروليتاريا هى التى تنفذ وتستولى على السلطة وتصنع القانون . وفى هذا يقول ماركس وانجلز بوضوح « ان الهدف المباشر للشيوعيين هو الاستيلاء على سلطة الدولة بواسطة البروليتاريا »(٢٠٣) .

فارادة الانسان عند ماركس ليست هى ارادة منعدمة ، بل على العكس هى ارادية ثورية .

ومع ذلك فان هذه الارادة الثورية ليست ارادة حرة ، بل هى ارادة خاضعة للتوجيه الصادر من عقل ماركس وفلسفته والعقيدة التى انشأها . وكما يلاحظ جورج جيرفتش بحق « ان الديالكتيكية التاريخية تخفى فلسفة للتاريخ ، وهى تقوم على تصور سابق لمصير الانسانية ... ونظرا لأن هذا المصير معروف مقدما قبل كل ديالكتيك ، فان ديالكتيكية ماركس التاريخية تصبح عقائدية »(٢٠٤) .

وبالفعل فان ماركس أنشأ عقيدة لها أنصار ولها خصوم . وأنصارها يعضهم خصم للبعض الآخر ، وكل فريق يدعى لنفسه الأرثوذكسية ويتهم الفريق الآخر بالتحريفية .

واذا كان هذا الاتجاه العقائدى الثورى قد حرر الانسان من الخضوع للدين أو للقانون الطبيعى ، فانه أخضع الانسان فى نفس الوقت للعقيدة الماركسية .

والخلاصة فى فلسفة ماركس أن الاتجاه التحليلى فيها ينكر كل دور للارادة على الاطلاق ، وأن الاتجاه الثورى فيها يحرر الارادة من الخضوع للأخلاق

---

(٢٠٢) راجع ما سبق ، فقرة رقم ٩٧ .

(٢٠٣) Marx et Egnels, Manifeste du Parti Communisté, éditions sociales, Paris, 1962, p. 38.

(٢٠٤) G. Gurvith, Dialectique et sociologie, op. cit., p. 149.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الطبيعية أو للتعاليم الدينية ، ولكنه يخضعها للفلسفة الماركسية • وهـــذا الاتجاه الأخير يعترف بالارادة ويتخذها وسيلة لتحقيق الثورة والاستيلاء على السلطة وصنع القانون طبقا للمبادىء الماركسية التى يجب أن يخضـــع لها الجميع •

وننتقل الآن الى الفصل الأخير لندرس فيه الاتجـــاهات المعاصرة فى العلاقة بين القانون والارادة •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل السادس

الاتجاهات المعاصرة

٦٨ ـ المقصود بالفلسفات المعاصرة :

كل الفلسفات السابق دراستها هى فى الواقع فلسفات معاصرة • لأن الفلسفة لا تقدم أبدا ولا تبلى أبدا • وعلى سبيل المثال فان أرسطو لا زال فيلسوفا عصريا ، بل هو أعظم فلاسفة العصر الذى نعيش فيه • وليس غريبا أن نرى ما يقوله هيدجر من أن الفصل الأول من الكتاب الأول من كتاب الطبيعة لأرسطو « يجعل حتى اليوم مكتبات بأكملها من المؤلفات الفلسفية ، شيئا سطحيا »(٢٠٥) •

ولذلك فان ما نقصده بالفلسفات المعاصرة هى الفلسفات « التى ظهرت فى هذا العصر وأخذت مكانها الى جانب الفلسفات الأخرى المعروفة والسابق دراستها » •

وعلى هذا النحو فاننا ندرس فيما يلى وعلى وجه الترتيب فلسفة الحياة وفلسفة الجوهر وفلسفة الوجود ، كما ندرس أيضا اتجاهات علم الاجتماع ، وندرس أخيرا المصير الذى انتهت اليه نظرية القانون الطبيعى فى العصر الحديث •

٦٩ ـ فلسفة الحياة :

تعتبر فلسفة الحياة أو الفلسفة البيولوجية من أهم الفلسفات المعاصرة• ويكفى للتدليل على ذلك أن نشير الى اسمى أبرز ممثليها ، برجسون وتيلار دى شاردان •

وتؤدى هذه الفلسفة حسب تعبير تيلار دى شاردان الى « انقلاب فى تصورنا للوجود »(٢٠٦) • وطبقا لهذا التصور الجديد فان « الحياة » لن

---

(٢٠٥) Heidegger, Le principe de raison, op. cit., p. 153.

(٢٠٦) TEILHARD DE CHARDIN, La place de l'homme dans la nature, 1950, Union générale d'éditions, 1962, p. 32.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تكون مجرد ظاهرة جانبية ، بل « جوهر الوجود »(٢٠٧) . وهكذا « فان علم الحياة لن يصبح شيئا آخر سوى علم الطبيعة بمعناه الواسع المعقد »(٢٠٨) .

وبين الاحياء فان الانسان لن يكون نوعا كغيره من الأنواع ، بل ان « الانسان سيكون هو الذى من حوله يدور الوجود »(٢٠٩) .

والانسان فى تطور مستمر ، وهو لا يوصف بالكينونة بل يوصف بالتطور ، فهو لا يوجد ولكنه يصير . وقد بدأ وجود الانسان بحركة انتقال ثورية من الحياة الغريزية الى التفكير(٢١٠) .

ونحن لا نعرف شيئا عن تفصيلات هذا الانتقال الثورى ، ولا داعى لأن نجهد أنفسنا فى البحث عن هذه التفصيلات حتى نوفر على أنفسنا أحلاما غير مفيدة(٢١١) .

ولكن اذا كانت نقطة البداية فى هذا التطور غير معروفة ، الا أن طريقة التطور ذاته معروفة ، ومتفق عليها ، وهى ما يعبر عنها بتجميع الصفات المكتسبة . فالصفات التى يكتسبها الانسان تصبح أصيلة وتنتقل بعد ذلك بالميراث الى الأجيال القادمة(٢١٢) .

وهناك اتفاق بين فلاسفة الحياة على أن المقصود بالتطور ، هو قبل كل شىء تطور العقل(٢١٣) .

ولكن برجسون يذهب الى أن العقل مهما تطور فسيظل دائما محكوما بالغريزة وهى مصدره(٢١٤) .

---

(٢٠٧) Ibid., p. 20.

(٢٠٨) Ibid., p. 28.

(٢٠٩) Ibid., p. 45.

(٢١٠) Ibid., p. 99.

(٢١١) Ibid., p. 86; H. Bergson, Les deux sources de la morale et de la religion, op. cit., p. 116.

(٢١٢) Teilhard, Ibid., p. 121; Bergson, ibid., p. 290.

(٢١٣) Teilhard, Ibid., p. 14; Bergson, Ibid., p. 106.

(٢١٤) Bergson, Ibid., p. 169.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وعلى خلاف ذلك فان تيلار دى شاردان يعتقد أن الانسان لن يظل دائما انسانا ولكنه سيصبح بعد بضعة ملايين من السنين مخلوقا أسمى من الانسان ، وستكون هذه هى اللحظة الحاسمة فى التطور ، وهى التى تسمى بلحظة « الاومجا » ، وهى لحظة الالتقاء « بالاومجا » الوحيد الحقيقى وهو « الله » المحرك والجامع ، والمدعم لهذا التطور »(٢١٥) .

ولكن قبل أن تنقضى هذه الملايين من السنين ، كيف تنشأ الالتزامات التى تحكم سلوك الانسان وتقيد حريته ؟

للاجابة على هذا السؤال فان برجسون يستبعد فكرة القانون الطبيعى أو الأخلاق الطبيعية ، « فالشىء الوحيد الطبيعى هو ضرورة وجود القاعدة »(٢١٦) . أما قواعد الأخلاق الموجودة بالفعل فهى « أدوات مخترعة وبالتالى متغيرة وغير متوقعة »(٢١٧) .

وبرجسون يستبعد كذلك فكرة القانون العقلى أو الأخلاق العقلية . « فجوهر الالتزام هو شىء آخر غير ما يقتضيه العقل »(٢١٨) . وهو يرى أن للاخلاق مصدرين . وبالتالى فهناك نوعان من الأخلاق لكل نوع مصدره الخاص . والنوع الأول من الأخلاق أدنى من العقل ، أما النوع الثانى فهو أسمى من العقل(٢١٩) .

ومصدر النوع الأول للأخلاق هو المجتمع ، ذلك أن أفراد المدينة أو الدولة يتماسكون كالخلايا فى الجسم الواحد . والأخلاق بهذا المعنى هى مجموعة من العادات تمكن مقارنتها بغرائز الحيوانات(٢٢٠) . وهى مجرد مقارنة نظرية لأن الانسان لا يتكون من غريزة محضة ، بل هو أيضا مخلوق

---

(٢١٥) Teilhard, ibid., p. 153, 168, 169.

(٢١٦) Bergson, ibid., p. 22.

(٢١٧) Bergson, ibid., p. 22.

(٢١٨) Ibid., p. 18, Add. p. 15, 17, 21, 59, 60, 64, 65, 81, 86, 90, 91, 93, 95, 99, 122, 287.

(٢١٩)

(٢٢٠) Ibid., p. 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 20, 21, 34, 129.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مفكر يستطيع أن يخرق القاعدة الأخلاقية بارادته(٢٢١) . فالأخـــلاق تلزم ولكنها لا تحتم(٢٢٢) .

وأساس هذا النوع الأول من الأخلاق هو « الغريزة المفكرة » ، بحيث يعتبر النظام الأخلاقي « شبه عقلي »(٢٢٣) . وبحسب قصد الطبيعة فان هذا النوع من الأخلاق مخصص للمجتمعات المغلقة ، لا للانسانية كلها .

أما المصدر الثاني للأخلاق ، والذي ينشأ عنه النوع الثاني منها ، فهو الحدس أو الانفعال الخلاق « لمؤسسي ومصلحي الأديان والمتعبدين الغامضـين والقديســين »(٢٢٤) . وهؤلاء يقـــومون « باختراع أشـــبه باختراع الفنان »(٢٢٥) . وهذا النوع الثاني من الأخلاق انساني عالمي ، وليس فقط اجتماعي خاص بجماعة معينة(٢٢٦) .

ومع ذلك فان هذين النوعين من الأخلاق ينتهي بهما الأمر الى الاندماج في نوع واحد « لأن الضغط الاجتماعي » و « انطلاقة الحب » ، ليسا ســوى تعبيرين متكاملين عن الحياة »(٢٢٧) .

ويتضح من هذا العرض أن فلسفة الحياة لا تؤمن بوجود أخلاق طبيعية خالدة لا تتغير ، ولا تؤمن بوجود قانون عقلي مصدره العقل أو طريق الكشف عنه هو العقل . فالانسان في تطور مستمر . والعقل هو الموضوع الأساسي لهذا التطور . ولذلك فان الأخلاق التي يخضع لها الانســـان هي أخـــلاق بيولوجية متطورة ومتغيرة . ولا يوجد أي شيء طبيعي الا ضرورة خضـــوع الارادة للالتزام الأخلاقي . أما الالتزامات الأخلاقية التي يخضع لها الانسان

---

(٢٢١) Ibid., p. 2, 3, 19, 24, 46, 98, 313, 314.

(٢٢٢) Ibid. p. 4.

(٢٢٣) Ibid., p. 4.

(٢٢٤) Ibid., p. 49; Add. 29, 42, 43, 44, 50, 58, 9.

(٢٢٥) Ibid., p. 74.

(٢٢٦) Ibid., p. 31.

(٢٢٧) Ibid., p. 98.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فلا تفرضها الطبيعة أو يفرضها العقل ، بل تفرضها درجة النمو البيولوجي الذى وصل اليه الانسان ٠

وارادة الانسان ليست حرة ولكنها خاضعة للالتزامات الأخلاقية ٠ ومصدر هذه الالتزامات هو اما التماسك الاجتماعي الذى يحكم الانسان كما تحكم الغرائز الحيوان ، واما الانفعال الخلاق الأسمى من العقل والذى يتحقق عن طريق مؤسسى الأديان والمصلحين والقديسين ٠ وهذان المصدران يندمجان فى مصدر واحد هو الحياة ٠

فالحياة هى جوهر الوجود وهى موضوع التطور ، وهى مصدر الأخلاق٠ وارادة الانسان ليست أقوى من الحياة ، بل هى خاضعة لها فى تطورها وفيما تفرضه من قيود والتزامات ٠

وهكذا فان فلسفة الحياة تعطى تصورا جديدا للوجود ، وتعطى كذلك أساسا جديدا لخضوع الارادة للالتزام القانونى والأخلاقى(٢٢٨) ٠

٧٠ ـ فلسفة الجوهر :

مؤسس فلسفة الجوهر ، وهى ما يطلق عليها أيضا اسم La Phénomenologie ، هو الفيلسوف الألمانى هيسرل Edmund Husserl الذى وضع بصفة خاصة منطق هذه الفلسفة ٠ أما الجانب الأخلاقى فيها فقد وضعه ماكس شيلر الذى يعد أكبر فلاسفة الجوهر بعد هيسرل ٠

وتهدف نظرية شيلر الى توجيه ضربة حاسمة الى الاتجاهات الشخصية ، والنسبية ، والتجريبية فى الأخلاق ٠ وهى أيضا توجه نفس الهجوم ضد الانسانية ، والعقلانية ، والعالمية فى الأخلاق ٠

وفيما يتعلق بالتجريبية فان شيلر يقرر بوضوح أنه « ليست التجربة هى التى تكتشف ما هو حسن وما هو قبيح »(٢٢٩) ٠ بل على غرار « كانت »

---

(٢٢٨) عندما يتكلم برجسون عن الالتزام الأخلاقى فهو يقصد فى نفس الوقت الالتزام القانونى ٠ وعلى سبيل المثال فهو يقول بوضوح أن القوة الملزمة للعقد « لن يكون لها وجود الا فى جماعة انسانية توجد بها أفكار أخلاقية بمعنى الكلمة ، عن الاتفاقات والالتزامات » ٠ نفس المرجع ، ص ٨٧ ٠

(٢٢٩) Max Scheller, Le formalisme en éthique, op. cit. p. 69; Adde, 32, 87.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فان الأخـــلاق تســـبق فى وجودها أى تجربة أى أنها أوليـــة بديهيـــة Apriorique ، بمعنى ان « تكون مبادئها واضحة جلية »(٢٣٠) ، لا يحتاج التحقق منها الى أى اختبار ٠

وعند هذه النقطة فان شيلر يفترق عن « كانت » ويرفض فكرة الأخلاق العقلية ، أو فكرة الوضوح العقلى للأخـــلاق ، ويقرر أن الوضـــوح الأخلاقى يتبغى أن يكون انفعاليا ٠ وفى هذا المعنى يقول شيلر « هكذا نحن نؤكد ضد « كانت » ، وبأكثر الطرق حسما ، وجود بديهيات انفعالية ، وبهذا تنقطع الوحدة الزائفة التى جمعت حتى الآن بين البديهية والعقلية »(٢٣١) ٠

والبديهية الانفعالية عند شيلر ليست عالمية لأنه « قد توجد بديهية لا يلمسها ولا يستطيع أن يلمسها الا شخص واحد »(٢٣٢) ٠ ولهـذا ينادى شيلر « بضرورة الرفض الصريح لكل ادعاء بوجود أخلاق انسانية »(٢٣٣) ٠

والواقع أن شيلر لا يعترف بالمساواة بين الناس ، ولا بالمساواة بين الاجناس فى القدرة على الوصول الى معرفة القيم الاخلاقية(١٣٤) ٠

ومن ناحية أخرى فان الانسان ليس هو الذى يقدر القيم ، وليس هو سبب نشأتها أو الذى بدونه لا يتصور وجودها(٢٣٥) ٠ بل على العكس فان وجود القيم لا يتوقف على وجود الانسان ، فالقيم موجودة وخالدة فى مكانها ٠ ويطلق شيلر على هذا المكان اسم مملكة القيم ٠

وهناك فارق بين القيمة الاخلاقية وبين الأمر المستمد منها ، فبينما الأولى أبدية خالدة ، فان الثانى يمكن أن يتغير بحسب الظروف ، وبحسب

---

(٢٣٠) Max Scheler, Ibid., p. 70; Adde. pp. 68-125.

(٢٣١) Max Scheler, Ibid., p. 87.

(٢٣٢) Max Scheler, Ibid., p. 98.

(٢٣٣) Max Scheler, Ibid., p. 282.

(٢٣٤) Max Scheler, Ibid., p. 101.

(٢٣٥) Max Scheler, Ibid., p. 99.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

قدرة الانسان على الوصول الى مملكة القيم(٢٣٦) ٠

واذا كانت قدرة الانسان على معرفة القيم الاخلاقية نسبية ومحدودة ٠ فان القيم ذاتها مطلقة ، خالدة لا تتغير(٢٣٧) ٠ ومع ذلك فان شيلر لا يستبعد أن يستطيع الانسان فى بعض اللحظات الوصول الى القيم المطلقة ٠ ولهذا السبب فان نظرية شيلر لا تبدو متعارضة تماما مع نظرية القانون الطبيعى ٠ ولعل الفارق الأساسى بين النظريتين أن نظرية القانون الطبيعى تجعل العقل هو مقياس الحسن والقبح ، بينما تذهب نظرية شيلر الى استقلال الاخلاق عن الانسان ، والى رفض العقل كمعيار للاخلاق ٠ وكل ما يستطيعه الانسان هو أن يصل الى مملكة القيم بانفعاله ، لا أن يزن هذه القيم بعقله ٠

وهكذا فان فلسفة الجوهر تتفق مع نظرية القانون الطبيعى فى أن الاخلاق أبدية خالدة ، ولكنها ترفض ما تقوله نظرية القانون الطبيعى من أن الاخلاق انسانية عقلية عالمية ٠

ولكن ما هو سبب خضوع الفرد للقانون ؟ وهل يجد هذا السبب مكانا له فى مملكة القيم التى يتحدث عنها شيلر ؟ ٠ للاجابة على هذا السؤال فان شيلر يشير الى مبدأ التضامن ، وهو المبدأ الذى يفرض على الافراد الخضوع للعقود التى يرتبطون بها ، ولقوانين الدولة التى يعيشون بها(٢٣٨) ٠

ومبدأ التضامن هذا يتفرع عن مبدأ آخر اسمى منه هو مبدأ الوحدة الاجتماعية ٠

وهناك أربعة أشكال للوحدة الاجتماعية : الوحدة فى الجمهور ، الوحدة فى المجتمع ، الوحدة فى الانسانية ٠ أما الشكل الرابع للوحدة ، وهو اسمى هذه الأشكال على الاطلاق ، فهو « وحدة الاشخاص المنفردين المستقلين ، الروحانيين ، والفرديين ، فى شخص مشترك ، مستقل ، وروحانى »(٢٣٩) ٠ وهذا الشكل الأخير من الوحدة يؤدى الى المسئولية « امام شخص الاشخاص ،

---

(٢٣٦) Max Scheler, Ibid., p. 320 et s.

(٢٣٧) Max Scheler, Ibid., p. 276 et s.

(٢٣٨) Max Scheler, Ibid., p. 532.

(٢٣٩) Max Scheler, Ibid., p. 533.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

إمام الله »(٢٤٠) ٠

ونظرا لارتباط مبدأ التضامن بهذا الشكل الرابع والاسمى للوحدة ، فانه يصبح بعد ذلك وكأنه « جزء مكون وخالد ، أو كتشريع أساسى ، لهذا الوجود الذى يتكون من الأشخاص الأخلاقيين المتناهين »(٢٤١) ٠

ويلاحظ أن الأشكال الثلاثة الأولى للوحدة الاجتماعية هى « مجرد وسائل » لتحقيق الشكل الرابع للوحدة ، وهو الشكل الأسمى الذى يؤدى الى المسئولية امام الله(٢٤٢) ٠

والمسئولية امام الله هى التى تفرض مبدأ التضامن الذى تؤسس عليه كل الالتزامات الاجتماعية سواء كان مصدرها العقد ، أو مصدرها القانون ٠

وتحقيقا لمبدأ التضامن فان ارادة الانسان لا تكون حرة ، بل خاضعة للأشكال الثلاثة الأولى للوحدة الاجتماعية ٠ وهى أشكال مصطنعة تتوقف قيمتها على مدى قدرتها على تحقيق الشكل الرابع والأسمى ، وهو الوحدة مع الله والمسئولية أمامه ٠ وكل تصرف ارادى يصدر من الانسان سواء كان عقدا أو تشريعا ، يستمد قيمته من اتفاقه مع مبدأ التضامن المتفرع من الوحدة مع الله والمسئولية أمامه ٠

والخلاصة ان ارادة الانسان ليست حرة ، ولكنها مسئولة أمام الله ، وخاضعة لعالم القيم ٠ وهذه القيم ابدية خالدة لا تتغير ، ولكنها ليست انسانية أو عقلية أو عالمية ٠

٧١ ـ فلسفة الوجود :

اشتهرت الفلسفة الوجودية خطأ بأنها فلسفة ارادية تطلق حرية الارادة بغير قيد ٠ وهذه شهرة غير صحيحة على اطلاقها كما سنرى ٠

وهناك اتجاهان متميزان فى الفلسفة الوجودية ، يقف كل منهما من

---

(٢٤٠) ، (٢٤١) Max Scholer, Ibid., p. 534.

(٢٤٢) Max Scholer, Ibid., p. 540.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الآخر موقف العداء . فهناك الوجودية الملحدة التى يتزعمها جان بول سارتر ، وهيدجر ، وهناك الوجودية المؤمنة التى يتزعمها كارل جاسبر وجابريل مارسيل . ولا يتفق هذان الاتجاهان فى شىء الا فى نقطة البداية فى الفلسفة الوجودية وهى أن وجود الانسان يسبق ماهيته .

أولا - الوجودية الملحدة :

تقوم الوجودية الملحدة على نوع من التوفيق العجيب بين فلسفة « كانت » وفلسفة « نيتشه » . ونقطة البداية فى هذه الفلسفة هى عبارة نيتشه الشهيرة « الله قتل فالانسان حر » . ومع ذلك فان « سارتر » يتفادى ذكر اسم « نيتشه » ، ويشير الى اسم آخر أكثر قبولا ، هو دوستوفسكى . فيقول سارتر : (بحسب ما كتبه دوستوفسكى : « لو لم يكن الله موجودا ، لكان كل شىء مسموح به » ، هذه هى نقطة البداية فى الفلسفة الوجودية)(٢٤٣) .

ورغم أن سارتر يخفى اسم نيتشه وهو صاحب هذه العبارة ، فان خصوم سارتر من الوجوديين المؤمنين يكشفون المصدر الحقيقى لهذه الفلسفة وهو نيتشه(٢٤٤) .

وبحسب سارتر فان الانسان حر ، بل هو « محكوم عليه بالحرية »(٢٤٥) . ومعنى أن الوجود يسبق الماهية ، انه لا توجد أية اخلاق مفروضة على الانسان « فالانسان ليس هو شىء آخر سوى ما يصنعه هو بنفسه »(٢٤٦) .

والى هذا الحد فان سارتر يردد ما يقوله نيتشه ويعطى الحرية المطلقة لارادة الانسان ، ويبدو كما لو كان فيلسوفا ارادويا .

ومع ذلك فهو يتراجع فورا عن منطق الحرية المطلقة ، ويبدأ فى تقييد

---

(٢٤٣) J. P. Sartre, L'existentialisme est un humanisme, Nagel, Paris, 1961, p. 36.

(٢٤٤) G. Marcel, Les hommes contre les humains. op. cit., p. 133.

(٢٤٥) J. P. Sartre, Ibid., p. 37.

(٢٤٦) J. P. Sartre, Ibid., p. 22.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حرية الارادة عن طريق فكرة أقرب ما تكون الى الأمر المطلق الذى نادى به « كانت » . ومؤدى هذه الفكرة ان الانسان عندما يختار شيئا ، فهو يختار هذا الشيء لكل الناس ، وعندما يفعل شيئا فانه بذلك « يلزم الانسانية كلها »(٢٤٧) .

والواقع ان هذا القول لا يختلف فى صياغته كثيرا عن صياغة الأمر المطلق عند « كانت » وهو أن « يتصرف الانسان بحيث يصلح تصرفه لكى يصبح قانونا انسانيا عالميا »(٢٤٨) .

ولكن الفارق بين الاثنين ، ان كانت يجعل العقل الخالص هو مصدر الأمر المطلق ، أما سارتر فهو يعترف بأى دافع انسانى كمصدر لهذا الأمر ولو كان دافعا غريزيا أو عاطفيا . ويعطى لذلك مثلا عقد الزواج ، « اذا اكنت أريد أن اتزوج ، وحتى لو كان هذا الزواج يرتبط بوضعى الخاص أو بعاطفتى أو برغبتى ، فانى بذلك ألزم ليس فقط نفسى ، ولكن الانسانية كلها على طريق الزواج الواحد غير المتعدد »(٢٤٩) ، ويصبح الزواج بهذا المعنى مبدأ اخلاقيا عالميا مقيدا لحرية الانسان .

ولكن الاخلاق العالمية ليست طبيعيـة وهى « ليست معطـاة ، ولكنها مصنوعة باستمرار ، فاننى أنشىء العالمية باختيار طريقى »(٢٥٠) . فالاخلاق كلها مخترعة ومصنوعة « واذا كان يوجد شيء مشترك بين الاخلاق والفن ، فهو الاختراع والخلق فى كل من الحالتين »(٢٥١) .

فالوجودية الملحدة لا تؤدى الى اطلاق حرية الارادة ، كما تبدو نقطة البداية فيها ، ولكنها تذهب الى تقييد الارادة عن طريق الاخلاق . ولكن الاخلاق الوجودية ليست طبيعية أو عقلية أو معطاة سلفا ، بل هى اخلاق

---

(٢٤٧) J. P. Sartre, Ibid., p. 25-26.

(٢٤٨) راجع ما سبق فى فلسفة « كانت » ، فقرة رقم ٦١ .

(٢٤٩) J.P. Sartre, Ibid., p. 27.

(٢٥٠) J.P. Sartre, Ibid., p. 70.

(٢٥١) J. P. Sartre, Ibid., p. 77.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مصنوعة ومبتكرة يصنعها الانسان بالتصرفات التى تصدر عنه ، وهى تصرفات يقوم بها الانسان بكل حرية أيا كان دافعه الى ذلك ولو كان دافعا غريزيا أو عاطفيا ٠

ومن الواضح تماما أن فلسفة سارتر توفق بين ما قاله نيتشه عن اطلاق حرية الارادة بغير حد ، وبين ما قاله كانت من تقييد الارادة بواسطة الأمر المطلق ٠

ويبدو لنا أن عملية التوفيق التى حاولها سارتر غير ممكنة التحقيق ، لأنها تعنى ببساطة أن مصدر الالتزام الاخلاقى هو كل تصرف يقوم به الانسان ولو كان مدفوعا فيه بمصلحته الشخصية أو غرائزه أو عواطفه ٠ ولو صح هذا لتعددت الأوامر الاخلاقية وتعارضت فيما بينها ، بقدر تعدد الاشخاص فى العالم وتعارض دوافعهم الشخصية ٠ ولم يبين سارتر كيف يمكن الخروج من هذه الفوضى الاخلاقية الى نظام اخلاقى ، وكيف يتصور وجود التزام اخلاقى بعد ذلك ٠

وعندما اراد كانت أن يرتفع بقيمة الارادة الانسانية ويجعلها مصدر التشريع العالمى الطبيعى ، ومصدر الأمر المطلق ، استعان فى ذلك بفلسفة ميتافيزيقية بمقتضاها ، فان ارادة الانسان الموجود فى العالم الحسى ، تخضع لارادة الانسان الموجود فى العالم العقلى ، أو بتعبير آخر فان ارادة الانسان تخضع لحكم العقل الخالص ٠

أما أن يجعل سارتر ارادة الانسان المتأثرة بالعالم الحسى والدوافع الشخصية ، مصدرا للالتزام الاخلاقى العالمى ، فهو ما يبدو غير متصور الوقوع ٠

ان التوفيق بين ينتشه وكانت أمر مستحيل ، وهو الذى يجعل الارادة حرة ومقيدة فى نفس الوقت ، وهو الذى أعطى الفكرة الشائعة عن الفلسفة الوجودية وهى انها تطلق حرية الارادة بغير حد ، مع انها تنادى فى الواقع بتقييد حرية الارادة باخلاق عالمية من صنع الانسان نفسه ٠ ولذلك يبدو لنا بوضوح أن الوجودية الملحدة لم تأت للفكر الانسانى بجديد وكل ما صنعته

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هو محاولة التوفيق غير المعقولة بين فلسفة نيتشه وبين فلسفة كانت ، أى بين اطلاق حرية الارادة بغير قيد وبين تقييد حرية الارادة فى نفس الوقت .

ثانيا ـ الوجودية المؤمنة :

يذهب الوجوديون المؤمنون الى اتهام جان بول سارتر بالسوفسطائية ، والتبعية لنيتشه وللمادية الماركسية(٢٥٢) . وعلى خلاف سارتر فان مارسيل يذهب الى أن « الانسان لا يستطع أن يكون أو يظل حرا الا فى الحدود التى يكون مرتبطا فيها بالملأ الأعلى »(٢٥٣) .

ويبشر مارسيل بضرورة « الصراع فى مجال القانون بالمعنى الحقيقى للكلمة » ، ضد الماكيافلية ، والهيجلية ، والنيتشية ، وفلسفة التاريخ(٢٥٤) . وهو يتخذ كذلك موقفا مضادا من الثورة الفرنسية(٢٥٥) ، ومن الفردية الزائلة(٢٥٦) .

وهو اذا كان يعترف بفضل الفلاسفة العقليين ، الا أنه يفضل عليهم فلاسفة الجوهر فيما يتعلق بنظرية المعرفة(٢٥٧) .

وهو ينادى بالأخلاق المطلقة ، ويهاجم الاتجاه النسبى فى الأخلاق(٢٥٨) ، ويهاجم كذلك فلسفة الشك(٢٥٩) .

ومن ناحية أخرى فان كارل جاسبر يهاجم الماركسية ، والنيتشية

---

(٢٥٢) G. Marcel, Les hommes contre l'humain, op. cit., p. 54, 133.

(٢٥٣) G. Marcel, Ibid., p. 24; Add., pp. 23, 24, 32, 47, 51, 54, 74, 75, 187; K. Jaspers, Introduction à la philosophie, trad. par J. Hesch, Plon 1962, p. 56, 63, 65, 89, 90, 92, 94, 98, 122, 145, 161.

(٢٥٤) G. Marcel, Ibid., 17, 22, 28, 30, 43, 44, 53, 55, 96, 97, 100, 173, 178, 184, 186, 187.

(٢٥٥) G. Marcel, Ibid., p. 8. 19, 156.

(٢٥٦) G. Marcel, Ibid., p. 142. 169.

(٢٥٧) G. Marcel, Ibid., p. 92.

(٢٥٨) G. Marcel, Ibid., p. 10.

(٢٥٩) G. Marcel, Ibid., p. 102.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والفاشية ، وفلسفة التاريخ(٢٦٠) . وهو يهاجم كذلك الفلسفة الارادية أو الحرية الاقتصادية الفارغة من المعنى(٢٦١) .

ويتفق الفيلسوفان مع الوجودية الملحدة فى أن وجود الانسان أسبق من تحديد ماهيته ، وأنه لا توجد قواعد اخلاقية عامة ومجردة ، موجودة قبل وجود الانسان نفسه . « فأهم ما يميز الانسان كما يقول مارسيل ، انه كائن فى موقف معين »(٢٦٢) . وفى هذا الموقف بالذات يمكن أن توجد القيمة الاخلاقية المطلقة . ولكن هذه القيمة لا يمكن أن توجد بصفة عامة مجردة . فالتجريد يعنى فقط ، الجهل ، والتعصب ، والهوى(٢٦٣) .

ولكن ما هو معيار القيمة الاخلاقية المطلقة بصدد كل موقف انسانى محدد ؟ يجيب الفيلسوفان على هذا السؤال بكلمة واحدة هى الحب . فكما يقول مارسيل « لا توجد ولا يمكن أن توجد قيمة بغير حب »(٢٦٤) . وكما يقول جاسبر نقلا عن القديس أو غسطين « احب ، وافعل بعد ذلك ما تريد »(٢٦٥) . فالوجودية المؤمنة هى قبل كل شىء فلسفة للحب . وارادة الانسان حرة ، ولكنها خاضعة فى حريتها للحب ، ومرتبطة كذلك فى حريتها بالله .

وحرية الانسان على هذا النحو ليست مطلقة ، فهى أما أن تخضع لما يفرضه الحب ، وهذا هو الخضوع الأسمى Supra Personnel ، أو تخضع لما يفرضه العقد أو القانون بغير حب ، وهذا هو الخضوع الأدنى Infra Personnel (٢٦٦) .

واذا كانت ارادة الانسان لا تخضع لما يفرضه الحب ، فان الخضوع

---

(٢٦٠) K. Jaspers, op. cit., p. 13, 150, 161.
(٢٦١) K. Jaspers, Ibid., p. 56, 124, 191.
(٢٦٢) G. Marcel, Ibid., p. 17, Adde, p. 22, 92, 119.
(٢٦٣) G. Marcel, Ibid., p. 9, 83, 84, 118, 206.
(٢٦٤) G. Marcel, Ibid., p. 141.
(٢٦٥) K. Jaspers, Ibid., p. 80.
(٢٦٦) G. Marcel, Ibid., p. 147, 152.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

للقهر الذى يفرضه القانون يصبح ضروريا لأنه كما يقول جاسبر « بالنسبة لنا نحن المخلوقات المتناهية ، يظل نظام القهر لا غنى عنه للسيطرة على أهوائنا »(٢٦٧) .

وهكذا فان ارادة الانسان اما أن تخضع للحب ، وفى هذه الحالة فان تصرفها يمكن أن يكون مطابقا لقيمة اخلاقية مطلقة ، ولكنها قيمة مكتسبة غير معطاة وغير طبيعية وغير موجودة من قبل . فالاخلاق الوجودية هى دائما اخلاق مصنوعة وليست معطاة(٢٦٨) ، وهذا هو الفارق الجوهرى بين الاخلاق الوجودية وبين الاخلاق الطبيعية حسب نظرية القانون الطبيعى .

ومن الواضح أن الوجودية المؤمنة لا تطلق حرية الارادة للانسان ، بل تقيد هذه الحرية أما بما يفرضه الحب وأما بما يفرضه القانون . والخضوع لما يفرضه الحب يتعلق بالقيم المطلقة ، أما الخضوع لما يفرضه القانون خضوعا مجردا عن الحب فهو لا يتعلق بقيمة اخلاقية مطلقة ، بل بضرورة اجتماعية لا تمس الحاجة اليها الا عند انتفاء الحب .

وسواء اتفقنا مع الوجودية أو اختلفنا معها فيما اذا كانت القيمة الاخلاقية المطلقة معطاة أم مصنوعة ، فانه مما لا شك فيه أن الوجودية المؤمنة تقدم تفسيرا منطقيا متماسكا للالتزام الاخلاقى واللالتزام القانونى ، على خلاف الوجودية الملحدة التى تحاول عبثا أن تجمع فى نظرية واحدة بين نيتشه وكانت .

٧٣ - علوم الاجتماع والأنتروبولجيا والتاريخ :

بالرجوع الى علوم الاجتماع والانتروبولجيا والتاريخ ، وهى علوم تجريبية تبحث فى الواقع ، يتبين بوضوح أن حرية الارادة لم تكن مطلقة فى أى فترة من فترات التاريخ حتى فى القرن التاسع عشر وهو العصر الذهبى للحرية الاقتصادية . واذا ضربنا مثلا لذلك بالعقود وهى أهم التصرفات

---

(٢٦٧) K. Jaspers, Ibid., 81.

(٢٦٨) G. Marcel, Ibid., p. 119, K. Jaspers, Ibid., p. 98.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الارادية وجدنا تقنين نابليون يشترط لصحتها أن تكون مشروعة فى حدود النظام العام والآداب وان تتوافر فيها شروط الصحة الأخرى المتعلقة بتطابق الارادتين والمحل والسبب • ويستخلص دوركايم من ذلك انه « ليس كل ما فى العقد تعاقدى »(٢٦٩) •

بل أكثر من ذلك فانه من المعروف أن العقد الرضائى ، الذى تترتب آثاره بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، لم يظهر الا فى مرحلة تاريخية متأخرة(٢٧٠) •

واذا انتقلنا الى حريات الانسان اللصيقة بشخصيته ، وهى ما يعبر عنها أحيانا بحقوق الانسان ، وجدنا التاريخ يشهد على أن هذه الحقوق والحريات لم تكن مصونة الا فى ظل الدول التى يوجد فيها قانون ونظام ، أى فى ظل مجتمعات سياسية تخضع فيها ارادة الافراد للأوامر والاحكام الصادرة عن السلطة الحاكمة فى هذه المجتمعات •

وفى الفترات التاريخية السابقة على نشأة المجتمعات السياسية فان ارادة الانسان وحريته كانت مهدرة بغير حد • ومع نشأة المجتمعات السياسية فان ارادة الانسان وجدت فى النظام المفروض داخل هذه المجتمعات ما يكفل لها الحماية والانطلاق •

وعلى هذا النحو فان التاريخ لا يشهد على وجود أى تعارض بين حرية الفرد ووجود الدولة ، بل على العكس تماما فانه كما ذكرنا يشهد على عدم امكان وجود حرية للفرد بغير وجود للدولة • وتمشيا مع هذا المنطق فان دوركايم يقرر انه « كلما كانت الدولة أكثر قوة كان الفرد أكثر احتراما » وذلك باستثناء بعض الحالات غير العادية التى لا تخرق هذه القاعدة المضطردة

---

(٢٦٩) E. DURKHEIM, De la division du travail social, 7e éd., P.U.F., 1960, p. 189.

(٢٧٠) Henry Sumner Main, Ancient, law, 1861, Nouvelle édition, London, 1930, p. 182, E. Durkheim, Leçons de sociologie, Physique des moeurs et du droit, P.U.F., 1950, p. 206 et s., G. Davy, La foi jurée thèse lettres, 1922, p. 319.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى التاريخ الانسانى(٢٧١) .

ولكن ما هو أساس الالتزام القانونى الذى يقيد ارادة الافراد داخل الدولة ؟

بحسب « دوركايم » فان المجتمع نفسه ، أى الضمير الجماعى La Conscience Collective هو مصدر الأخلاق والقانون . فالحياة الاجتماعية فى مجتمع معين لها قيمة اخلاقية تصدر عنها القواعد التى تحكم سلوك الأفراد فى هذا المجتمع .

ودوركايم يؤكد فى كتاباته فكرة القيمة الاخلاقية للحياة الاجتماعية ، ويتكلم أيضا عن العدل وهو ما يسميه العدل الاجتماعى . والعدل عنده ينقسم الى قسمين : عدل توزيعى وعدل تبادلى . « والنوع الثانى هو الذى يسود أو ينبغى أن يسود فى المعاملات ، وهو الذى بمقتضاه يجب أن نتلقى دائما التعويض العادل للشىء الذى نعطيه »(٢٧٢) . وهذه الفكرة هى التى ستحكم فى النهاية تطور النظام العقدى . فالعقد تطور من نظام العقد الشكلى الى نظام العقد الرضائى . وسيصل فى آخر المطاف الى نظام العقد العادل الذى لا تستطيع فيه ارادة الطرفين أن تخرق مبادىء العدل التبادلى(٢٧٣) .

ودوركايم يفترض فى كتاباته وجود فكرة مجردة عن العدل ، أى العدل فى ذاته ، ويؤكد بوضوح أن ارادة المتعاقدين لا تستطيع أن تخرق هذه الفكرة لأن « اتفاق الاطراف لا يستطيع أن يجعل شرطا عادلا ما هو ليس كذلك بنفسه ، وتوجد قواعد من العدل تجب عدم مخالفتها حتى ولو اتفق على ذلك أصحاب الشأن »(٢٧٤) .

ومن الواضح أن صاحب الحديث عن العدل الذى يجب أن يحكم العقد ، وعن العدل التوزيعى والعدل التبادلى ، ليس هو عالم الاجتماع « دوركايم »

---

(٢٧١) E. Durkheim, Leçons de Sociologie, op. cit., p. 71.

(٢٧٢) E. Durkheim, Ibid., p. 257.

(٢٧٣) E. Durkheim, Ibid., p. 243.

(٢٧٤) E. Durkheim, De la division du travail social, op. cit., p. 194.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بقدر ما هو الفيلسوف العقلي أرسطو . واذا كان الاتجاه السائد في علم الاجتماع وهو الاتجاه الذي يتزعمه « دوركايم » ، يذهب الى أن الاخلاق ليست مطلقة أو خالدة ، ولكنها متطورة متغيرة بحسب المجتمعات والعصور ، فان الحديث عن وجود نهاية لهذا التطور تتمثل في فكرة العدل التبادلي أو العدل في ذاته ، لا يتفق كثيرا مع نقطة البداية في هذا الاتجاه .

بل أكثر من ذلك فان احد علماء الاجتماع M. Mauss وهو صهر دوركايم انتهى بعد أن أتم بحثه المشهور عن « الهبة » الى القول بوجود اخلاق أبدية خالدة تتمثل في فكرة العدل التبادلي « فمن بداية التطور الانساني الى نهايته لا توجد حكمتان بل حكمة واحدة . فلنتخذ مبدأ لحياتنا هذا الذي كان وسيظل دائما مبدأ للحياة : « اعط بقدر ما تأخذ وكل شيء سيكون حسنا »(٢٧٥) . ويعلق M. Mauss على هذا المبدأ بقوله « ان هذه الاخلاق خالدة »(٢٧٦) .

واذا كان بعض علماء الاجتماع قد توصلوا عن طريق التجربة الى العثور على اخلاق أبدية خالدة ، فمعنى ذلك أن علم الاجتماع يمكن أن يؤدي الى شيء أقرب الى القانون الطبيعي . وقد دعا ذلك الأستاذ كاربونييه - وهو الذي يتزعم علم الاجتماع القانوني في كلية حقوق باريس - الى « التساؤل عما اذا كان هناك نوع من القانون الطبيعي سيطفو من جديد في القانون عن طريق هذه القناة » . وهو يرى أن هذا التساؤل « مطروح الآن أمام رجال القانون وأمام رجال الاجتماع »(٢٧٧) .

والواقع أن هذا التساؤل يعكس نوعا من الحيرة التي وقع فيها بعض علماء الاجتماع بسبب اتجاههم الأول الى عدم الاعتراف بأية اخلاق طبيعية أو عقلية وبالتالي عدم الاعتراف بأية فلسفة للاخلاق ، بل بأية فلسفة على الاطلاق ، ومن هؤلاء « دوركايم » الذي حاول أن يذيب الفلسفة في علم

---

(٢٧٥) M. Mauss, Sociologie et Anthropologie, P.U.F., 1960, p. 265.

(٢٧٦) M. Mauss, Ibid., p. 265.

(٢٧٧) J. Carbonnier, Sociologie juridique, Cours de Doctorat, Paris, 1961-1962, pp. 73. 75.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الاجتماع ، « وليفي بريل » الذى حاول أن يدمج الاخلاق فى العادات الاخلاقية ٠

ولكن هذه المحاولات لم تؤد الى القضاء على فلسفة الأخلاق بل بالعكس وجدنا عالم الاجتماع جورج جيرفتش يعترف بأهمية فلسفة الاخلاق عند شيلر ٠ ووجدنا من ناحية أخرى علماء الاجتماع يصلون الى صياغة بعض القواعد الاخلاقية المطلقة التى لا يمكن أن تكون التجربة هى مصدرها الوحيد والتى لا تتفق على أى حال مع النسبية التى يقوم على أساسها علم الاجتماع ٠

ومن هنا كانت الحيرة التى اشرنا اليها ، بل أكثر من الحيرة فان جيرفتش وجه صراحة الدعوة لعقد الصلح بين فلاسفة الأخلاق وبين علماء الاجتماع وهو كما يقول « صلح لا غنى عنه لوجود الفلسفة وعلم الاجتماع »(٢٧٨) ٠

ولعل خير مثل حى على الصلح المراد ابرامه هو « كانت » ، فقد كان هو نفسه فيلسوفا عقليا وكان فى نفس الوقت من علماء الاجتماع ٠ وهو يرى ضرورة التفرقة بين طائفين من قواعد السلوك « الأولى تجريبية وهى يمكن أن تأخذ اسم الانتروبولجيا العملية ، والطائفة الثانية عقلية وهذه هى الاخلاق »(٢٧٩) ٠ فاذا كان مصدر القاعدة هو علم الانتروبولجيا فان هذه القاعدة « يمكن أن تسمى قاعدة عملية ، ولكنها لا يمكن أن تكون أبدا قانونا اخلاقيا »(٢٨٠) ٠

وكانت يعرف الانتروبولوجيا بانها علم الطبيعة الانسانية بحسب ما تدل عليه التجربة وما يكشف عنه التاريخ ٠ وعن طريق هذا العلم يمكن الوصول الى معرفة قواعد سلوك اجتماعية عملية كالقانون الوضعى والعرف والعادات الاخلاقية ، وهذه كلها قواعد متغيرة متطورة ٠ وهى ليست الاخلاق ٠ لأن قواعد الاخلاق هى قواعد عالمية خالدة وأبدية وهى قواعد بديهية يكشف عنها العقل وحده دون حاجة الى أية تجربة ٠

---

(٢٧٨) G. Gurvith. Morale théorique et science des moeurs, P.U.F., 1961, p. 6.

(٢٧٩) Kant, Fondements de la métaphysique des moeurs, op. cit., p. 75.

(٢٨٠) Kant, Ibid., p. 78.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وهكذا اذا وضحت التفرقة بين الاخلاق وبين العادات الاخلاقية ، لم يعد هناك أى مجال للصراع بين الفلسفة وبين علم الاجتماع • فالفلسفة تبحث فى الاخلاق ، أما علم الاجتماع فهو يبحث فى العادات الاخلاقية •

وعلم الاجتماع لا يمكن أن يؤدى الى الكشف عن مبادىء اخلاقية خالدة ، وكل ما يمكن أن يوصل اليه هو التعرف على عادات اخلاقية متغيرة متطورة •

واذا اراد عالم الاجتماع أن يستخلص من هذه العادات قانونا خالدا كما فعل دوركايم أو موس فلن يمكن ذلك عن طريق التجربة وحدها بل لا بد أن يضيف الى التجربة مجهودا عقليا خالصا ، فيجمع بذلك بين العقل والتجربة وهو ما كان يفعله أرسطو فى كثير من الأحيان(٢٨١) ، على أن يظل العقل وحده هو المعيار الوحيد للقواعد الاخلاقية طبقا للمعنى التقليدى لنظرية القانون الطبيعى •

وبغير أن نفرض على علماء الاجتماع أن يتخذوا موقفا معينا من الجدل القائم بينهم وبين فلاسفة الاخلاق أو بأن يسلموا بالتفرقة التى وضعها كانت بين الاخلاق والعادات الاخلاقية ، فانه من المؤكد حسب كتاباتهم السابق الاشارة اليها أن ارادة الانسان لم تكن حرة حرية مطلقة فى أى مرحلة من مراحل التاريخ ، وان الحماية الحقيقية لارادة الانسان لم تتحقق الا عند ظهور المجتمعات السياسية أى عندما أصبحت ارادة الأفراد خاضعة للنظام القانونى الذى تفرضه السلطة المسيطرة على هذه المجتمعات • فارادة الانسان لم تكن حرة أبدا الا فى الحدود التى كانت فيها خاضعة للقانون •

٧٣ - نظرية القانون الطبيعى فى القرن العشرين :

من الواضح بعد الاستعراض السابق للاتجاهات الفلسفية القديمة والمعاصرة ، ان نظرية القانون الطبيعى هى نقطة البداية لكل الفلسفات الاخلاقية بغير استثناء سواء فى ذلك الفلسفات المؤيدة او المعادية لها •

وبعد أن وضع أرسطو هذه النظرية فى صورتها المتكاملة ، ساهم

---

(٢٨١) Aristote, Politique, op. cit., T. 2, Ch. 6, p. 55.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفلاسفة من بعده فى ابرازها اما بالتعبير عنها تعبيرا جديدا أو بالانحراف بها أو بالهجوم عليها ٠

وقد رأينا تعبيرا مبسطا عن القانون الطبيعى فى نظرية العقد الاجتماعى التى نادى بها هوبز ولوك وجان جاك روسو ومن قبلهم أفلاطون ، ورأينا كذلك تعبيرا جديدا وعميقا عن هذه النظرية فى فلسفة كانت عن سلطان الارادة ٠

ثم رأينا بعد ذلك كيف انحرفت هذه النظرية على يد هوبز الذى نادى بعقل الدولة ، وعلى يد هيجل الذى نادى بتالية الدولة السائدة ، وكان انحراف كل من هذين الفيلسوفين يتمثل فى الخلط بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى بما يؤدى الى الاستبداد والطغيان تحت اسم العدل والمبادىء الخالدة ٠

ولكن الانحراف عن نظرية القانون الطبيعى لم يؤد الى الاضرار بها ، بل بالعكس فانه افاد كثيرا فى القاء الضوء على جانب هام منها وهو ضرورة التفرقة بين العدل فى ذاته والعدل المصطنع ، بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى ، وذلك حماية لارادة الافراد من ارادة المشرع وهى ارادة انسانية مثل ارادتهم ٠

وقد بلغت القوة بنظرية القانون الطبيعى ما يجعلها تلقى استقبالا حسنا من الفلسفات الدينية ٠ فالقديس توماس الاكوينى يعتنقها ، والمعتزلة فى الفلسفة الاسلامية يدخلون من أجلها حربا فكرية ضد الاشاعرة ٠

أما الفلسفات التى أنكرت القانون الطبيعى وهاجمته وهى أساسا فلسفة نيتشه الارادية ،فقد اسدت الى القانون الطبيعى خدمة لا تقدر لأنها أثبتت بوضوح كامل كيف أن انكار الاخلاق الطبيعية يؤدى الى اهدار الارادة وتدميرها ، باسم الارادة ذاتها ٠

وفى الاتجاهات المعاصرة فان فلسفة الحياة مع اهميتها الكبرى وعدم اعترافها بوجود اخلاق طبيعية عقلية الا أنها تعترف على الأقل بأن القاعدة

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الأولى فى الاخلاق هى قاعدة طبيعية وهى القاعدة التى تقتضى وجود نظام فى المجتمع • ولا يعتبر ذلك انكارا كاملا للقانون الطبيعى حتى مع القول بأن القواعد الأخلاقية التى تأتى بعد ذلك هى قواعد بيولوجية متطورة ومتغيرة •

أما فلسفة الجوهر فانها لا تتعارض تعارضا كبيرا مع نظرية القانون الطبيعى لأنها تؤمن بوجود قيم اخلاقية خالدة ، حتى ولو كانت لا تعترف بأن الاخلاق انسانية أو عالمية أو عقلية •

وبالنسبة للفلسفة الوجودية فان الاتجاه الملحد فيها يجمع فى نظرية واحدة بين نيتشه وكانت ، وهو أمر مستحيل • أما الاتجاه المؤمن فيها فهو يعترف بالقيم الاخلاقية المطلقة على أساس الحب ، وان كان يرفض ما تقوله نظرية القانون الطبيعى من ان هذه القيم معطاة أو محددة سلفا ، ويرى على العكس أن الاخلاق دائما مكتسبة ومصنوعة بواسطة كل انسان فى الموقف الذى يوجد فيه • والوجودية المؤمنة لا تفعل أكثر من أن تستخدم عكس الاصطلاحات التى تستخدمها نظرية القانون الطبيعى لتصل بعد ذلك الى نفس النتيجة التى تصل اليها هذه النظرية وهى الاعتراف بالاخلاق المطلقة •

أما علوم الاجتماع والانتروبولجيا والتاريخ فهى لا تبحث بحسب طبيعتها عن الاخلاق ، ولكنها تبحث فقط عن العادات الاخلاقية ، ومع ذلك فقد انتهى بعض علمائها الى وجود أخلاق خالدة أقرب ما تكون الى القانون الطبيعى •

أما المادية التاريخية فانها تنكر العقل الخالص لتحل محله عقل كارل ماركس باعتباره القادر وحده على قيادة الانسانية • ولا يعدو أن يكون هذا تجميدا وتحديدا لفكرة القانون الطبيعى ، لم تقع فيه حتى الفلسفات الدينية التى اعترفت مع ايمانها الشديد بالله أن الحسن هو ما يراه العقل حسنا وأن القبيح هو ما يراه العقل قبيحا •

أما الخلط بين العقل الخالص وبين عقل كارل ماركس فهو أشبه بالخلط

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بين العقل الخالص وعقل الدولة عند هوبز وأشبه أيضا بالخلط بين الدولة وبين الله عند هيجل ويؤدى أى نوع من هذا الخلط الى الاستبداد وتحطيم حرية الفرد ، حيث تصبح تعاليم ماركس أو قوانين الدولة الوضعية تعبيرا مطلقا عن العدل حتى ولو لم تكن كذلك فعلا .

وحتى تظل نظرية القانون الطبيعى سالمة من كل انحراف ، فيجب تحاشى كل خلط بين العقل الخالص وبين أى عمل انسانى معين بالذات ، سواء كان هو عقل المشرع فى أى دولة أو فى الدولة السائدة ، أو عقل احد الفلاسفة أو عقل احد المفسرين للعقائد الدينية أو السياسية .

والقانون الطبيعى بهذا المعنى هو العقل الخالص أو العقل السليم . فالقانون الطبيعى هو القانون العقلى . واصطلاح القانون الطبيعى مرادف لاصطلاح الاخلاق الطبيعية أو الاخلاق العقلية ، ومرادف كذلك لاصطلاح العدل .

والقانون الطبيعى بهذا المعنى هو الأساس الذى تقوم عليه السلطة السياسية فى كل دولة . بل هو الأساس « الذى يقتضى انشاء سلطة عامة ذات اختصاص عالمى » ، حسب تعبير البابا يوحنا الثالث والعشرين فى اعلانه المشهور Pacem in Terris (٢٨٢) .

والقانون الطبيعى بهذا المعنى هو الذى يجب أن تخضع له كل ارادة انسانية ، سواء فى ذلك ارادة المشرع فيما يصدره من قوانين أو ارادة القاضى فيما يصدره من أحكام أو ارادة الفرد العادى فيما يبرمه من عقود .

والقانون الطبيعى بهذا المعنى ليست له قيمة فلسفية فحسب ، بل أن قيمته الواقعية لا يجادل فيها أحد . ويكفى للتدليل على ذلك الاشارة الى أن القضاء يسمى فى معظم بلاد العالم مرفق العدالة . واذا حدث فى فترة من فترات التاريخ أن وقعت احدى الدول تحت وطأة الطغيان نتيجة للخلط بين القانون الطبيعى وعقل الدولة أو عقل أحد الفلاسفة أو عقل أحد الاحزاب

---

(٢٨٢) Texte intégral, Journal la Croix du 11-4-1963, p. 6, 7.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

السياسية أو المذاهب العقائدية ، فلن يرجى أمل فى تحرير هذه الدولة ورفع الظلم عن أفرادها الا على أساس القانون الطبيعى نفسه ، أى على أساس العقل الخالص والعدل فى ذاته ٠ ٠ ٠

وبالنسبة لمصر فقد أعلن المشرع المصرى اعتناقه لنظرية القانون الطبيعى فى المادة الأولى من القانون المدنى التى تنص على أن « ١ - تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها - ٢ - فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » ٠

ومعنى هذا النص أن المشرع استوحى أحكام التشريع من مبادىء القانون الطبيعى والعدل ولذلك فهو يلزم القاضى بتطبيقها أولا ٠ فاذا لم يجد القاضى الحكم فى قواعد العدل المصنوع الذى وضعه المشرع ، ولم يجد كذلك أحكاما فى العرف أو مبادىء الشريعة الاسلامية ، فانه يرجع بمجهوده الشخصى الى نفس المصدر الذى استوحى منه المشرع أحكامه الوضعية وهو القانون الطبيعى ومبادىء العدالة ٠ وهذه هى بالضبط نظرية أرسطو عن العدل العام والعدل الخاص السابق الاشارة اليها(٢٨٣) ٠ فالقانون الطبيعى هو الأساس الذى أقيم عليه العدل العام فى المجتمع ، وهو أيضا الأساس الذى يقام عليه العدل الخاص عندما لا توجد قاعدة قانونية تطبق على النزاع المعروض أمام القاضى ٠

٧٤ - نظرة عامة :

اذا أردنا أن نضع خاتمة لدراستنا عن العلاقة بين القانون والارادة فاننا نسجل أولا أن القانون الذى يحكم سلوك الأفراد فى المجتمع هو عمل ارادى من صنع المشرع نفسه ، أو من صنع القضاء ، أو من صنع العرف ٠

فلا يوجد قانون فى الدولة غير القانون الوضعى ٠ وكل قانون وضعى هو عمل ارادى من صنع الانسان ٠

---

(٢٨٣) راجع ما سبق فقرة رقم ٥٥ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وارادة المشرع فى كل دولة هى ارادة وضعية واقعية تتأثر بكل ما يجرى فى هذه الدولة من تيارات وما يوجد فيها من ظروف • وفى كل مجتمع توجد صراعات من كل نوع لعل أبرزها الصراع بين الفلسفات والصراع بين الطبقات والصراع بين المصالح • وفى كل مجتمع توجد قوى كثيرة خلاقة يؤدى تفاعلها الى تكوين ارادة المشرع الوضعية • وهذه القوى تضع فى حسابها دائما الحقائق الموجودة فى المجتمع سواء كانت حقائق طبيعية أو تاريخية أو دينية أو اقتصادية أو اجتماعية •

والصراع من أجل القانون الوضعى ، أو الصراع فى سبيل تكوين ارادة المشرع الوضعية ، تقوم به عادة الاحزاب السياسية فى الدول التى تسمح بتعدد الاتجاهات ، ويحتكره الحزب الواحد أو الحاكم الاوحد فى الدول التى لا تعرف الاحزاب • ولكن حتى فى هذه الدول الأخيرة فان أى فرد يستطيع أن يلعب دورا فى الصراع من أجل القانون ولو لم يتخط هذا الدور موقف السلبية الكاملة •

والصراع من أجل القانون قد يتم بطريقة ثورية سواء كانت هذه الثورة عنيفة ودموية ، أو كانت ثورة سلمية كتلك التى قادها غاندى فى الهند ، وقد يتم أيضا وهو الغالب بطريقة تدريجية اصلاحية •

والصراع من أجل القانون قد يؤدى الى التقدم الاجتماعى أو يؤدى الى التأخر الاجتماعى ، وقد يقود الى الديمقراطية أو يؤدى الى الديكتاتورية •

والصراع من أجل القانون قد يؤدى الى تمزيق الدولة الى دولتين أو أكثر ، وقد يؤدى الى تجميع أكثر من دولة فى دولة واحدة ، أو قد يؤدى الى تكوين دولة واحدة عالمية •

والصراع من أجل القانون قد يسفر عن اصدار قوانين عادلة وقد يسفر عن اصدار قوانين ظالمة •

والصراع من أجل القانون ليست له نهاية فهو دائم ابدا ، وموجود فعلا فى كل المجتمعات سواء تلك التى تسمع فيها أصوات كثيرة أو تلك التى لا يسمع فيها غير صوت واحد •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فالقانون الذى يحكم سلوك الافراد فى كل المجتمعات هو دائما عمل ارادى من صنع الانسان · وارادة المشرع التى تضع القانون انما تفرض ارادتها على الافراد المخاطبين بهذا القانون ·

ولكن عندما يصدر القانون فانه ينفصل عن ارادة المشرع ويصبح قاعدة عامة مجردة تحكم سلوك جميع الافراد فى المجتمع بما فى ذلك الشخص الذى وضع هذه القاعدة ·

والقانون لا يقتصر على وضع القواعد التى تحكم سلوك الافراد ، بل يضع أيضا القواعد التى تحكم سلوك السلطات الموجودة فى الدولة · وخضوع هذه السلطات لحكم القانون انما يعنى فى الواقع أن القانون بعد أن كان عملا اراديا أصبح أسمى من ارادة جميع الاشخاص بما فى ذلك ارادة السلطات التى وضعته وأصدرته · ويعبر عن هذا المبدأ باسم مبدأ سيادة القانون أو سمو القانون ·

ولكن نظرا لأن الظاهرة التى تحكمها القاعدة القانونية هى ارادة انسانية سواء كانت ارادة الافراد العاديين أو كانت ارادة السلطات الحاكمة ، وهى ظاهرة لا تمكن - بحسب طبيعتها - السيطرة عليها سيطرة كاملة ، لأن ارادة الانسان تملك الاختيار أى تملك القبول أو الرفض ، الطاعة أو عدم الطاعة ، فيترتب على ذلك أن قواعد القانون لا تنطبق بطريقة آلية · فهى اذا كانت تلزم الا أنها لا تحتم · فهى تلزم لأن الخروج عليها يترتب عليه توقيع جزاء على من خرج على القاعدة · أما انها لا تحتم ، فلأن الخروج عليها يظل ممكنا دائما ·

ومن السهل بطبيعة الحال توقيع جزاء على اخلال أحد الأفراد العاديين بحكم القانون ، ولكن من الصعب توقيع هذا الجزاء عندما يقع الاخلال من احدى سلطات الدولة ، ولا يكون ذلك الا عن طريق مبدأ تعدد السلطات حيث تستطيع كل سلطة أن توقف الأخرى ، أو عن طريق الثورات السلمية التى تعتبر الانتخابات الحرة صورة منها ، أو عن طريق الثورات العنيفة ·

ويترتب على ذلك انه لا توجد حرية مطلقة للارادة فى أى دولة من الدول لأى فرد من الافراد سواء كان حاكما أو محكوما ، فالجميع يخضع للقانون ·

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وضرورة خضوع الارادة للقانون هو ما يفرضه القانون وما يقرره العقل. وبحسب العقل السليم أو العقل الخالص فان الانسان لا يتمتع بحرية مطلقة فى تصرفاته ، بل تخضع حريته لمقتضيات العدل والقانون الطبيعى . أما القول باطلاق حرية الارادة بغير حد ، وهو ما لم يقل به احد سوى نيتشه ، فانه يؤدى حتما الى ارادة القوة والى سحق كل ارادة انسانية بغير هوادة أو رحمة .

فالحماية الحقيقية لحرية الارادة لا تكون الا عن طريق اخضاع كل ارادة لمبادىء العدل وأحكام القانون الطبيعى . واذا كان القانون الطبيعى يقتضى انشاء سلطة سياسية حاكمة فى كل مجتمع ، ويقتضى خضوع الافراد لما يصدر عن هذه السلطة من أحكام ، فانه يقتضى أيضا وفى نفس الوقت خضوع هذه السلطة ذاتها لاحكام العدل والعقل ومبادىء الاخلاق الطبيعية .

وهكذا عندما تخضع كل ارادة انسانية لحكم العقل والعدل فى كل ما يصدر عنها من أعمال ، سواء فى ذلك ما يصدر عن المشرع من تشريعات أو ما يصدر عن القاضى من أحكام أو ما يصدر عن الافراد من عقود ومعاملات ، فان حرية الارادة تكون قد تحققت بأكثر ما يرجى لها من تحقيق .

وهكذا يظل العقل الخالص هو النور الطبيعى الذى تهتدى به وتخضع لتوجيهه كل ارادة انسانية ، فتتحقق الحماية والحرية الحقيقة ، أى الحرية العادلة ، لكل ارادة انسانية .

وذا كان هناك تحذير أخير يتعلق بنظرية القانون الطبيعى ، فهو التحذير من الخلط بينه وبين القانون الوضعى ، أو الخلط بينه وبين أى نظرية فلسفية معينة بالذات ، أو الخلط بينه وبين أى اتجاه عقائدى معين بالذات .

لأنه اذا كانت الارادة المطلقة لنيتشه تؤدى الى تحطيم حرية الارادة ، فان نفس النتيجة السيئة يمكن الوصول اليها عن طريق الخلط بين القانون الطبيعى وعقل الدولة كما فعل هوبز أو عن طريق الخلط بين الله والدولة

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

السائدة كما فعل هيجل ، أو عن طريق الخلط بين العقل الخالص وعقل كارل ماركس كما فعل هذا الأخير ٠

فليكن واضحا باستمرار أن القانون المطبق فى أى دولة هو عمل ارادى من صنع ارادة السلطة الحاكمة فى هذه الدولة ، وهو يستند فى أساس وجوده الى فكرة العدل ، كما أنه يستوحى أو يجب أن يستوحى أحكامه من مبادىء العدل ، ولكنه يظل دائما عدلا مصنوعا لا يرقى أبدا ولا يختلط أبدا بالعدل فى ذاته الذى يجب أن يظل هو وحده معيار الحكم على كل تصرف ارادى سواء كان تشريعا أو حكما أو عقدا أو غير ذلك من التصرفات الارادية ٠

فلتخضع ارادة الانسان للعدل والعقل ، فهذا هو الطريق الوحيد الى حريتها الحقيقية ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الثالث

مصادر القانون

٧٥ ـ تمهيد :

القانون يصدر عن ارادة الدولة • وهذه الارادة هى المصدر الوحيد للقانون • ومع ذلك فان القانون لا يتكون من قاعدة واحدة بل من مجموعة كبيرة من القواعد • وكذلك فان الدولة لا تعبر عن ارادتها بطريقة واحدة ، بل بطرق مختلفة كالتشريع أو العرف أو القضاء أو غير ذلك •

ونظرا لتعدد القواعد القانونية ، واختلاف طرق التعبير عن ارادة الدولة ، فانه من المحتم أن تتعدد مصادر القانون •

ولا يقصد بدراسة مصادر القانون ، تحديد مصدر كل قاعدة على حدة ، فان مثل هذا التحديد يكون واجبا فقط عند دراسة هذه القواعد دراسة خاصة ، وليس عند دراسة النظرية العامة للقانون •

أما فى نطاق النظرية العامة للقانون ، فان المطلوب فقط هو دراسة الطرق المختلفة التى تعبر بها الدولة عن ارادتها ، تعبيرا قادرا على انشاء أعداد غير متناهية من القواعد القانونية •

وتحديد الطرق المختلفة للتعبير عن ارادة الدولة ، هو عمل علمى ، يدخل فى نطاق نظرية المعرفة ، ويعتمد على الملاحظة والمشاهدة • فالقواعد القانونية الموجودة فى مجتمع معين ، هى ظواهر اجتماعية ، يمكن التعرف على مصدرها عن طريق الملاحظة والبحث العلمى ، كما هو الشأن فى البحث عن مصادر أية ظاهرة أخرى اجتماعية أو طبيعية • فلئن كانت القواعد القانونية تقويمية فى مضمونها ، الا أن وجودها ذاته يتم التحقق منه عن طريق قواعد أخرى تقريرية تحدد الأسباب المنشئة لها •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد يحدث أن يقوم المشرع نفسه بهذا العمل العلمى فيحدد مصادر القانون بنص تشريعى • ومثل هذا التحديد العلمى ليس من طبيعة عمل المشرع ، ولذلك فهو اذا اتسم بالقصور أو المجاوزة ، فانه لا يقيد الباحث فى تقصى المصادر الحقيقية للقواعد القانونية عن طريق المنهج العلمى المتبع فى البحث عن أسباب الظواهر المختلفة •

وعلى سبيل المثال فان المادة الثانية من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية الصادر سنة ١٩٧١ تنص على أن « •• مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » • وهذا النص يريد أن يقول ان المشرع المصرى يستلهم مبادىء الشريعة الاسلامية فى التشريعات التى يصدرها • فمبادىء الشريعة الاسلامية تعتبر من المبادىء العامة التى تستنبط منها القواعد القانونية الوضعية التى تصدر بطريق التشريع • ومؤدى ذلك ضرورة التفرقة بين المبادىء العامة من ناحية ، ومصادر القانون من ناحية أخرى • فمبادىء الشريعة الاسلامية تعتبر من المبادىء العامة للقانون المصرى ، ولكنها لا تعتبر من مصادر القانون • أما التشريع الذى يصدر عن ارادة الدولة مستلهما مبادىء الشريعة الاسلامية ، أو غيرها من المبادىء العامة ، فهو الذى يعتبر مصدرا من مصادر القانون ، بل هو كما سنرى المصدر الأول للقانون •

وكذلك فان المادة الأولى من القانون المدنى تنص على أن « (١) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها • (٢) فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » •

وهذا النص لا يضع قاعدة علمية تقريرية عن مصادر القانون ، ولكنه يضع قاعدة سلوك تقويمية ، ينصرف التكليف الوارد بها الى القاضى فى المسلك الواجب عليه اتباعه فيما يتعلق بالمصادر التى يستقى منها القواعد التى يقوم بتطبيقها على المنازعات التى تعرض أمامه •

ويلاحظ ان القاعدة المذكورة تتعلق أساسا بالقانون المدنى ، ولذلك فهى فيما ورد فيها من نقص فى عدم ذكر القضاء كمصدر من المصادر التى

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يرجع اليها القاضى فى البحث عن القواعد القانونية واجبة التطبيق ، لا تقيد القاضى الادارى الذى لا يثور لديه أدنى شك فى أن القضاء هو احد مصادر القانون • وفى نطاق القانون المدنى أيضا ، فانه لا مناص من التسليم بأن القضاء يعتبر كذلك من مصادر القانون • ولا ينتقص من ذلك أن المادة الأولى من القانون المدنى لم توجه التكليف الى القاضى بالرجوع الى القواعد القانونية القضائية • ذلك أن تحديد مصادر القانون هو - كما سبق أن ذكرنا - عمل علمى يستمد قواعده من الواقع ، وليس فقط من نصوص التشريع • فهذه النصوص قد تعتبر عنصرا من عناصر الواقع ، ولكنها لا تستغرق الواقع كله •

وفى مقابل القصور الذى انطوت عليه المادة الأولى من القانون المدنى ، فهى تضمنت كذلك بعض التجاوز فيما توحى به من أن مبادىء الشريعة الاسلامية ، ومبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة تعتبر من مصادر القانون • والصحيح أن مبادىء الشريعة الاسلامية هى - كما سبق أن ذكرنا - من المبادىء العامة للقانون ولكنها ليست من مصادر القانون • وكذلك فان القانون الطبيعى وقواعد العدالة يعبران عن جوهر القانون ولا يعتبران من مصادره •

وبالرجوع الى واقع القواعد القانونية الوضعية فى مصر ، على أساس المنهج العلمى التقريرى ، يتبين أن الأسباب المنشئة لهذه القواعد هى التشريع والعرف والقضاء • وقبل أن نعقد دراسة خاصة لكل مصدر من هذه المصادر ، فاننا ندرس أولا المقصود بمصادر القانون واستبعاد ما لا يعتبر من مصادره • وهكذا تنقسم دراستنا الى أربعة فصول • الأول فى مصادر القانون بوجه عام ، والثانى فى التشريع ، والثالث فى العرف ، والرابع فى القضاء •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الأول

مصادر القانون بوجه عام

دراسة مصادر القانون بوجه عام يراد بها تحديد المقصود باصطلاح مصادر القانون ، واستبعاد ما لا يعتبر من هذه المصادر • وتنقسم دراستنا في هذا الفصل الى خمسة مباحث • الأول في تعريف مصادر القانون ، والثاني في التفرقة بين مصادر القانون وجوهر القانون ، والثالث في التفرقة بين مصادر القانون والمبادىء العامة للقانون ، والرابع في التفرقة بين مصادر القانون والقوى الخلاقة للقانون ، والخامس في التفرقة بين مصادر القانون ومضمون القانون •

المبحث الأول

تعريف مصادر القانون

٧٦ ـ تحديد مصادر القانون طبقا لمبدأ السبب المنشىء :

البحث عن مصادر القانون هو البحث عن الأسباب المنشئة للقواعد القانونية في مجتمع معين • فالقاعدة القانونية كأى شيء آخر في الوجود لا يمكن أن تنشأ من العدم ، بل لا بد من وجود سبب منشىء لها وذلك طبقا لقانون السببية principe de raison ou de causalité ، الذى يقرر انه « لا يوجد شيء بلا مصدر ، ولا توجد نتيجة بلا سبب » •

Nihil est sine ratione seu nullus effectus sine causa

وقد عرف هذا المبدأ بطريقة عامة منذ القدم ، ولكنه وضع في صياغة علمية لأول مرة في القرن السابع عشر بواسطة الفيلسوف Leibniz (١) • ومنذ اعلان هذا المبدأ ، أصبح هو كما يقول الفيلسوف هيدجر « المبدأ الاسمى

---

(١) Martin HEIDEGGER, Le principe de raison, Fribourg, 1957. Traduit de l'allemand par André Préau, Gallimard, Paris, 1962, p. 77. Voir sur l'identité du principe de raison et du principe de causalité, pp. 77, 78, 86, 90, 139, 200, 203, 211, 215 et 248.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للمعرفة »(٢) ، أو هو « مبدأ المبادىء كلها »(٣) .

ويقول هيدجر أيضا ، انه « بدون هذا المبدأ ما كانت توجد الجامعة الحديثة » ، « فجامعة اليوم ترتكز على مبدأ السببية »(٤) ، ويقول هيدجر كذلك « نحن لدينا احساس بالانتماء الى الجامعة . وهو ما يعنى اننا نتحرك على الأرض التى تقف عليها الجامعة ، وهذه الأرض هى مبدأ السببية »(٥) . ومبدأ السببية هو المبدأ الأسمى لكل «معرفة فلسفية أو علمية » ، ولكل « معرفة على الاطلاق »(٦) . وهو بهذا المعنى ، المبدأ الأسمى للمعرفة القانونية . ولئن كانت القواعد القانونية باعتبارها قواعد سلوك ، تحدد ما ينبغى أن يكون devoir-être ، الا انها هى فى ذاتها شىء كائن être يحتاج الى بيان سبب وجوده(٧) .

والواقع انه لا تعارض بين الطبيعة التقويمية لقواعد القانون ، وبين الوجود الواقعى لهذه القواعد فى مجتمع معين . فاذا كانت قاعدة السلوك التقويمية تحدد ما ينبغى أن يكون SOLLEN, devoir-être الا أن ذلك لا يمنع أن القاعدة فى ذاتها موجودة SEIN, être فى مجتمع معين فى وقت معين .

والقول بوجود القاعدة القانونية لا يتأتى الا بوجود سبب منشىء لها . والبحث عن السبب المنشىء للقاعدة هو بحث فى نظرية المعرفة ، باعتبار القاعدة القانونية محلا للمعرفة objet de connaissance .

وقوانين الطبيعة التقريرية ، تتفق مع قوانين السلوك التقويمية فى أن كلا منها فى ذاته أمر واقع أى محل للمعرفة . أما الاختلاف بينها فيوجد فى

---

(٢) Heidegger, op. cit., p. 89.

(٣) Heidegger, op. cit., p. 52, Adde., p. 54, 98, 165, 166, 196 et 266.

(٤) Heidegger, op. cit., p. 84.

(٥) Heidegger, op. cit., p. 91, Add., p. 89, 157, 167, 168, 190, 250 et 253.

(٦) Heidegger, op. cit., p. 80.

(٧) Kelsen, Théorie pure, op., cit., p. 129.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مضمون القاعدة وفى علاقة هذه القاعدة بالظاهرة التى تنطبق عليها • وهكذا فان « ماكس شيلر » لا يخطىء عندما يتكلم عن « عالم القيم » ، وهو المكان الذي توجد فيه القواعد التى تحدد ما ينبغى أن يكون • وهو يقول بوضوح أن ما ينبغى أن يكون يمكن استخلاصه مما هو كائن(٨) •

وقواعد القانون التقويمية ، باعتبارها محلا للمعرفة ، تكون فى مجموعها علما هو علم القانون ، وهو أحد العلوم التقويمية sciences normatives • والعلوم التقويمية تستحق أن توصف بأنها علوم لأنها كما يقول الفيلسوف « لالاند » : « مجموعة من الحقائق التى تعتبر علما من حيث هى نظام للمعرفة العقلية المتماسكة ، وتقويمية من حيث مضمون هذه المعرفة »(٩) •

ويقول لالاند أيضا أنه من غير المعقول اعتبار ان القواعد التقويمية قد خلقت من لا شيء(١٠) • فلا شيء يوجد من لا شيء • والقاعدة القانونية باعتبارها أمرا واقعا من ناحية نظرية المعرفة ، لا بد أن تدرس على ضوء المبدأ الأسمى لهذه النظرية وهو مبدأ السببية •

وطبقا لهذا المبدأ فانه لا يمكن القول بوجود قاعدة قانونية ، بغير معرفة السبب المنشىء لها • وبالتالى فانه بدون معرفة المصادر الحقيقية للقانون ، لا يمكن أن توضع نظرية عامة للقانون •

واذا كان مبدأ السببية يرجع فى صياغته الى ليبنز ، فان « كانت » أضاف الى هذا المبدأ بحيث أصبح لا يمكن الفصل بينه وبين العقل • فالسبب المنشىء ينبغى أن يكون موافقا للعقل • أى ينبغى أن يكون مقنعا ومنسجما مع التفكير العقلى السليم(١١) • ولذلك فان مبدأ السببية يصاغ على النحو الآتى : « مبدأ السبب الكافى الذى ينبغى تقديمه »(١٢) •

---

(٨) Max SCHELER, Le formalisme en éthique, op. cit., p. 69.

(٩) LALANDE, La raison et les normes, op. cit., p. 136.

(١٠) LALANDE, op. cit., p. 141, Add. 137.

(١١) Heidegger, op. cit., pp. 82-83, Voir sur le double sens de «Ratio», p. 82, 83, 111, 118, 119, 123, 169, 170, 174, 175, 176, 214, 216, 230 et 253.

(١٢) Heidegger, op. cit., p. 98, 99, 130, 139, 166, 169, 170, 252, 255.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والبحث عن مصادر القانون ، له أهمية كبيرة من حيث القدرة على تحديد مضمون القواعد القانونية ، وكيفية تطبيقها وتفسيرها .

ولكن بغض النظر عن هذه الفوائد العملية ، فان الاستجابة الى نداء مبدأ السببية ، ينبغي كما يقول هيدجر ، أن يكون بغير شروط على الاطلاق(١٣) . لأن « الحقيقة ، كما يقول ليبنز ، لا يمكن اعتبارها حقيقة الا اذا استطعنا تقديم السبب المنشىء لها »(١٤) .

٧٧ - اصطلاح المصدر له مدلول واحد :

اصطلاح المصدر ليس له الا معنى واحد هو المعنى السابق بيانه ، وهو السبب المنشىء وفقا لمقتضيات مبدأ السببية . ونظرا لأن البحث عن المصدر هو نقطة البداية في كل بحث علمي ، فانه يجدر عدم استخدام اصطلاح المصدر في غير مدلوله الصحيح .

ومع ذلك فقد شاع استخدام اصطلاح المصدر في عدة معان مختلفة . المعنى الأول هو المعنى الصحيح السابق ذكره ، وهو السبب المنشىء ، ويسمى المصدر بهذا المعنى ، باسم المصدر الرسمي source formelle ، أي السبب الذي أنشأ القاعدة القانونية كالتشريع أو العرف أو القضاء ، على التفصيل الذي سندرسه فيما بعد .

أما المعاني الأخرى التي استخدم فيها اصطلاح المصدر ، فهي معان غير معبرة عن هذا الاصطلاح ، ويؤدي استخدامه في التعبير عنها الى خلط لا مبرر له ، خاصة واذا وقع هذا الخلط بصدد المبدأ الأول للمعرفة وهو مبدأ السببية .

ومن المعاني غير الصحيحة لاصطلاح المصدر ، ما يطلق عليه اسم المصدر الموضوعي للقاعدة القانونية source matérielle أو المصدر الحقيقي لها source réelle . ويقصد بهذا الاصطلاح غير الدقيق ، الحقائق الموضوعية

---

(١٣) Heidegger, op. cit., p. 95.

(١٤) Cité par : Heideger, op. cit., p. 250.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التى استمد منها المشرع القاعدة القانونية • ومن هذا القبيل الحقائق التاريخية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية •• وغيرها ، مما أوحى الى المشرع بالقاعدة التى أصدرها بعد ذلك فى صورة قاعدة قانونية وضعية • ومن الواضح أن استخدام اصطلاح المصدر فى هذا المجال هو خلط بين مصدر القاعدة وبين مضمونها • فالمشرع قد يستوحى مضمون القاعدة من الحقائق السابق ذكرها • بل وقد يجد مضمون القاعدة مكتوبا فى قانون قديم أو شريعة دينية أو قانون دولة أجنبية ، فينقل هذا المضمون نقلا حرفيا ويضمنه للقاعدة القانونية الصادرة عن ارادته والتى يعبر عنها فى صورة تشريع • وفى هذه الحالة فان التشريع هو وحده الذى يمكن اعتباره مصدر القاعدة القانونية ، أما الحقائق الموضوعية التى استوحى منها المشرع مضمون هذا التشريع ، أو التى نقل عنها هذا المضمون نقلا حرفيا ، فانها لا تعتبر مصدرا للقانون ، ولكنها تتعلق فقط بمضمون القانون • ولا يجدر فى نظرية صحيحة للقانون الخلط بين المصدر source وبين المضمون contenu (١٥) •

ومن المعانى غير الصحيحة لاصطلاح المصدر ، ما يطلق عليه اسم المصدر التاريخى source historique • والمقصود بذلك أن يكون المشرع قد رجع فى وضع القانون الى حقائق تاريخية ، وهى من الحقائق الموضوعية التى يستلهمها المشرع فى وضع القواعد القانونية ، أى أن اصطلاح المصادر التاريخية هو تعبير جزئى عما سبق ذكره من المصادر الموضوعية • ومن قبيل المصادر التاريخية للقانون المصرى ، الشريعة الاسلامية ، وكذلك القانون الفرنسى • فقد رجع المشرع المصرى فى معظم أحكام التقنينات المصرية الحديثة الى أحكام القانون الفرنسى• وكذلك رجع الى أحكام الشريعة الاسلامية عند وضع قوانين الميراث والوصية والولاية على المال وأحكام الأسرة بالنسبة للمسلمين ••• وغير ذلك من القوانين الأخرى •

وكما أن اصطلاح المصادر الموضوعية هو اصطلاح غير صحيح • فان اصطلاح المصادر التاريخية ، هو أيضا اصطلاح غير صحيح وللسبب ذاته •

---

(١٥) راجع فى التفرقة بين المصدر والمضمون :
KANT, Fondements de la méthaphysique des moeurs. op cit., p. 38.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فلئن كان المشرع قد استقى أحكام القوانين التى أصدرها ، من الشريعة الاسلامية ، أو من القانون الفرنسى ، فانه أخذ من هذه القوانين مضمون القواعد التى أصدرها • فما يراد التعبير عنه تحت اسم المصادر التاريخية ، هو مضمون القاعدة القانونية ، وليس مصدرها • ومن الخطأ الخلط بين المصدر والمضمون كما سبق أن ذكرنا(١٦) •

ومن المعانى غير الصحيحة لاصطلاح المصدر ، ما يطلق عليه اسم المصدر التفسيرى source interprétative ، والمقصود بذلك المرجع الذى يستعان به فى تفسير القانون • ومن هذا القبيل مؤلفات الفقهاء والشراح • وغنى عن الذكر أن اصطلاح المصدر ، قد استخدم هنا فى غير مكانه الصحيح ، فالمصدر يتعلق بالخلق والانشاء ، أما التفسير فهو يرد على قاعدة سبق وجودها • ولذلك فلا يتصور أن يكون التفسير مصدرا لها • ومن غير المقبول أن يقع خلط بين مصدر القاعدة وبين تفسيرها •

ويتبين من هذا الاستعراض ، ان اصطلاح المصدر له مدلول واحد ، ولا يمكن أن يكون له غير هذا المدلول ، وهو السبب المنشىء • فمصادر القانون هى الأسباب المنشئة للقواعد القانونية • وينبغى أن نقصر استخدام اصطلاح المصدر على هذا المعنى وحده دون غيره • ولذلك فاذا اطلق اصطلاح مصدر القانون ، فيكون المقصود به هو المصدر الرسمى للقانون • وكلمة رسمى يمكن أن تضاف هنا ، لتأكيد المقصود باصطلاح المصدر ، وليس للتمييز بين المعانى المختلفة لهذا الاصطلاح ، اذ لا يوجد له سوى معنى واحد صحيح •

وعلى ضوء هذا التحديد يمكن أن نفرق بين مصادر القانون وبين جوهر القانون ، وان نفرق كذلك بين مصادر القانون وبين المبادىء العامة للقانون ، وان نفرق بين مصادر القانون وبين القوى الخلاقة للقانون ، وان نفرق أخيرا بين مصادر القانون وبين مضمون القانون •

---

(١٦) يقول الدكتور شمس الدين الوكيل لئن جاز لنا أن نستعير لغة الصناعة ، فان المصدر الرسمى هو الآلة التى تصنع القاعدة القانونية ، وما يسميه البعض بالمصدر الموضوعى هو المادة الأولية التى تستخدم فى صناعتها• (انظر النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ ، ص ٢٦٥) •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الثانى

التفرقة بين مصادر القانون وجوهر القانون

٧٨ ـ معيار وأسباب التفرقة بين مصادر القانون وجوهر القانون :

رأينا فى الباب الثانى من هذا الكتاب أن جوهر القانون هو العدل • وهناك عدة اصطلاحات مترادفة تعبر عن فكرة العدل ، هى القانون الطبيعى أو الاخلاق الطبيعية ، أو الاخلاق العقلية أو القانون العقلى ، أو الأمر الاخلاقى المطلق •• الخ • ورأينا أن المشرع المصرى قد اعتنق نظرية القانون الطبيعى ، ونص عليها فى المادة الأولى من القانون المدنى التى تقرر فى فقرتها الثانية انه اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، « حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » •

ورغم أن صياغة هذا النص توحى بأن القانون الطبيعى هو المصدر الاحتياطى الأخير من مصادر القانون المصرى ، أى المصدر الذى يرجع اليه القاضى عندما لا يجد نصا فى التشريع ، أو قاعدة فى العرف أو حكما فى مبادىء الشريعة الاسلامية ، يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه ، فان هذا المعنى لا يمكن الأخذ به ، ولا يمكن أن يكون المشرع قد قصد الأخذ به •

فالقانون الطبيعى هو جوهر القانون ، ولا يجوز الخلط بين جوهر القانون ، وبين مصادر القانون • فجوهر القانون ، هو العدل المطلق ، وهو الذى يبرر وجود القانون الوضعى • فهو الأساس الاخلاقى والعقلى الذى يستند اليه القانون الوضعى فيما يتضمنه من قواعد ملزمة لارادة الافراد • والقانون الطبيعى هو أيضا المرجع الذى يستهدى به المشرع فى وضع قواعد القانون الوضعى • فهذه القواعد يجب أن تكون عادلة أى مستوحاة مما يقضى به القانون الطبيعى • والعدل الذى يقرره القانون الوضعى هو عدل مصنوع ، ولا يمكن أن يصل الى مستوى العدل الطبيعى أو العدل فى ذاته • ومع ذلك يجب دائما أن يسعى القانون الوضعى الى الاقتراب من القانون الطبيعى ، حتى تقترب المسافة بين العدل الوضعى المصنوع ، وبين العدل الطبيعى المطلق •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ونظرا لأن أحكام التشريع يشوبها النقص حتما باعتبارها عملا انسانيا لا يمكن أن يكون كاملا • فانه من المتصور أن تعرض منازعات لا يكون لها حكم فى التشريع أو فى مصادر القانون الوضعى الأخرى • وفى هذا الفرض فان القاضى لا يستطيع أن يمتنع عن الحكم فى النزاع بحجة عدم وجود نص يمكن تطبيقه والا عد مرتكبا لجريمة انكار العدالة • والقاضى بحسب طبيعة عمله هو الشخص الذى يمسك بالميزان بين بين شخصين متنازعين • فهو الرجل الذى يحكم بالعدل بين الناس(١٧) • ولذلك لا يجوز منه أن يتنصل عن واجبه بحجة عدم وجود نص فى التشريع يمكن تطبيقه •

والقاضى عندما يحكم بالعدل فى نزاع لا يوجد بشأنه حكم فى قواعد القانون الوضعى ، فهو يستوحى فى الواقع نفس المرجع الذى يستوحيه المشرع فى وضع القوانين • وهو القانون الطبيعى ، أى العدل المطلق • وقد سبق أن رأينا أن أرسطو يقول انه فى هذه الحالة فان « المشرع نفسه لو كان حاضرا لوافق على تكملة النقص ، ولو كان قد تنبه اليه ، لأدخل التحديد اللازم فى نص القانون »(١٨) • ومؤدى هذا القول ان القاضى يقوم عند عدم وجود حكم فى مصادر القانون الوضعى المختلفة بعمل أقرب الى عمل المشرع ، وهو اعطاء نفس الحكم الذى كان يقرره المشرع لو كان حاضرا مكان القاضى • والعثور على هذا الحكم سواء من جانب المشرع أو من جانب القاضى - الذى يقوم بنفس عمل المشرع - لا يكون الا عن طريق استلهام نفس المرجع وهو القانون الطبيعى •

وقد نقل القانون المدنى السويسرى فى مادته الأولى نفس عبارة أرسطو تقريبا • وتنص المادة المذكورة على أنه فى حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه ، فان القاضى « يحكم بمقتضى القواعد التى كان يضعها لو انه كان يقوم بعمل تشريعى » •

---

(١٧) ARISTOTE, Ethique, 5, 4, 7, 8.
وراجع ما سبق فقرة ٥٥ •

(١٨) ARISTOTE, Ethique, 5, 10, 5.
وراجع ما سبق ، فقرة ٥٥ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد سبق أن ذكرنا أن أرسطو يعتبر أن حكم القاضى فى حالة عدم وجود نص فى القانون ، ليس حكما بمقتضى العدل justice ، ولكنه حكم بمقتضى الانصاف équité الذى هو نوع خاص من العدل(١٩) .

واذا كان القانون السويسرى قد نقل عبارة أرسطو نقلا يكاد يكون حرفيا ، فان الاستاذ فرانسوا جنى فى نظريته الشهيرة عن البحث العلمى الحر - وهى النظرية التى أزال بها الوهم الذى كان سائدا فى القرن التاسع عشر حول كمال التشريع وعدم تصور وجود نقص فيه - نقل هو أيضا نفس نظرية أرسطو عن دور القاضى فى حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه على النزاع . فالقاضى حسب نظرية فرانسوا جنى ، يجب أن يقوم بما يسمى « بالبحث العلمى الحر » لتكملة النقص فى التشريع . ومعنى ذلك أن القاضى « يجب أن يكون حكمه وفقا لنفس الاعتبارات التى كان سيراعيها المشرع ، لو انه اراد الفصل فى النزاع »(٢٠) . ومن الواضح التشابه الكامل بين منطوق نظرية البحث العلمى الحر ، وبين ما قرره أرسطو فى هذا الشأن . كما أن فرانسوا جنى لا ينكر الأصل الأرسطى لنظرية البحث العلمى الحر التى نادى بها(٢١) .

ولذلك فانه عندما يقرر المشرع المصرى أن القاضى فى حالة عدم وجود قاعدة فى القانون الوضعى ، يحكم بمبادىء القانون الطبيعى ، والعدالة ، فانه لا يكون قد قصد شيئا مختلفا عما قاله أرسطو ، أو قرره القانون السويسرى، أو نادى به فرانسوا جنى . فالمقصود بالرجوع الى القانون الطبيعى هو استلهام نفس الجوهر الذى يستلهمه المشرع فى وضع النصوص التشريعية .

وعندما يرجع القاضى الى القانون الطبيعى ، فان الحكم الذى يصل اليه بعد ذلك يكون من صنعه هو ، مهما كانت درجة التوفيق التى صادفها القاضى فى التعرف على مضمون القانون الطبيعى ، والأخذ بهذا المضمون فى النزاع المعروض عليه . ومؤدى هذا القول ان الحكم الذى يصدره القاضى على أساس القانون الطبيعى ، هو حكم بشرى يعبر عن العدل المصنوع ، وليس هو حكم

---

(١٩) راجع ما سبق ، فقرة ٥٥ .

(٢٠) F. GENY, Méthode d'interprétation, op. cit. T. 2, p. 77-78.

(٢١) F. GENY, op. cit., T. 2, p. 318.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانون الطبيعي ذاته • ولو قلنا ان الحكم الذى يقضى به القاضى هو حكم القانون الطبيعي لكان معنى ذلك الانخفاض بالقانون الطبيعي الى مستوى القانون الوضعي ، والمطابقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي على خلاف التفرقة الجوهرية التى لا بد من التمسك بها بين هذين القانونين •

فلا يمكن اذن القول بان القانون الطبيعي من مصادر القانون الوضعي ، الا عن طريق الخلط بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ، حيث ينزل القانون الطبيعي فيصبح واحدا من مصادر القانون الوضعي •

وقد سبق أن رأينا أن أرسطو يؤكد ضرورة التفرقة بين العدل فى ذاته ، وبين العدل المصنوع • فالقانون الطبيعي هو العدل فى ذاته، أما القانون الوضعي فهو العدل المصنوع بواسطة الانسان(٢٢) • ورأينا كذلك أن « كانت » يزيد التفرقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي وضوحا • ويقرر أنه حتى فى الفرض الجدلى الذى لو أمكن تصور تحققه ، وهو أن يكون المشرع قد استطاع أن يطابق بين مضمون التشريع الذى يصدره ، وبين مضمون قواعد القانون الطبيعي ، فان الفارق بين القانونين يظل مع ذلك قائما ، وهو فارق فى المصدر • فمصدر القانون الطبيعي هو العقل الخالص ، أما مصدر القانون الوضعي فهو ارادة الانسان(٢٣) •

ولئن كان فلاسفة القانون الطبيعي يأبون المطابقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي بالنسبة للتشريع ، فان عدم المطابقة تكون واجبة أيضا بالنسبة للاحكام الفردية التى يصدرها القاضى فى حالة عدم وجود نص فى التشريع •

فالقاضى يستلهم القانون الطبيعي ، ولكن الحكم الذى يصدره هو حكم وضعي لا تجوز المطابقة بينه وبين حكم القانون الطبيعي ، أو اعتبار أن مصدره هو القانون الطبيعي ، وهو ما يؤدى الى المطابقة التى ينبغى دائما العمل على تفاديها •

---

(٢٢) راجع ما سبق ، فقرة ٥١

(٢٣) KANT, Doctrine du droit, op. cit., p. 33.
وراجع ما سبق ، فقرة ٦٢ •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد سبق أن رأينا أن المطابقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي تعتبر انحرافا في نظرية القانون الطبيعي · وهو انحراف أدى الى الاستبداد والطغيان عن طريق فلسفة هوبز وهيجل · وقد تحقق الخلط بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي عند هذين الفيلسوفين ، عن طريق الارتفاع بالقانون الوضعي الى مستوى القانون الطبيعي ، حيث اعتبر هوبز ان عقل الدولة أو عقل الكومنولث هو مصدر القانون الطبيعي ، واعتبر هيجل أن ارادة الدولة السائدة في عصرها هي مصدر القانون الطبيعي · وهكذا أصبح من الواجب الخضوع المطلق لأحكام القانون الوضعي بغير مناقشة ، لأنها مطابقة لأحكام القانون الطبيعي ، فهي تستحق من التقديس ما يستحقه القانون الطبيعي(٢٤) · ومن الواضح أن الخلط هنا هو خلط في المصدر · فكما أن التفرقة بين القانون الوضعي وبين العدل المطلق تقوم أساسا على الاختلاف في المصدر ، فان الخلط بينهما لا يأتي الا عن طريق التوحيد في المصدر ·

وكما أن التوحيد في المصدر يمكن أن يتم عن طريق الارتفاع بالقانون الوضعي الى مستوى القانون الطبيعي ، كما فعل هوبز وهيجل ، فان التوحيد في المصدر ، وما يترتب عليه من خلط ، يمكن أن يأتي أيضا عن طريق الانخفاض بالقانون الطبيعي الى مستوى القانون الوضعي ، وهو ما يترتب على القول بأن القانون الطبيعي من مصادر القانون الوضعي ، أو من المصادر الاحتياطية للقانون الوضعي ، كما توحي صياغة المادة الأولى من القانون المدني المصري ·

ومن غير شك أن المشرع المصري لم يقصد الانحراف بنظرية القانون الطبيعي ، ولم يقصد الخلط بينه وبين القانون الوضعي · ولم يقصد القول بأن الحكم الذي يصدره القاضي عند عدم وجود نص أو عرف ينطبق على النزاع ، هو حكم القانون الطبيعي ، أو هو العدل المطلق ·

فلا التشريع الذي يضعه المشرع هو العدل المطلق ، ولا الحكم الذي

---

(٢٤) راجع ما سبق ، فقرة ٦٣ ، وفقرة ٦٤ ·

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

يصدره القاضى مع وجود التشريع أو فى حالة عدم وجوده ، هو العدل المطلق . بل أن العدل الذى يجرى بين الناس على يد الناس ، هو عدل مصنوع ما فى ذلك شك .

ولهذا ينبغى استبعاد القانون الطبيعى من مصادر القانون الوضعى ، والاكتفاء بوضعه فى مكانه الصحيح باعتباره جوهر القانون الوضعى والمرجع الذى يستهدى به المشرع فى وضع نصوص القانون . وهو كذلك المرجع الذى يستهدى به القاضى فى حالة عدم وجود قواعد قانونية وضعية تنطبق على النزاع المعروض أمامه ، أو فى حالة تطبيق النصوص الموجودة تطبيقا مرنا طبقا لما تسمح به صياغتها على النحو السابق دراسته(٢٥) .

والقاضى عندما يستلهم أحكام القانون الطبيعى ، فانه يضع حلا للنزاع المعروض أمامه . وهناك محل للتساؤل عما اذا كان القاضى يخلق بذلك قاعدة قانونية وضعية أم لا . ونكتفى الآن بطرح هذا التساؤل الذى سنجيب عليه بالتفصيل عند دراستنا للقضاء كمصدر من مصادر القانون . ولكن سواء كان القاضى يخلق حلا للنزاع المعروض عليه دون أن يخلق قاعدة قانونية عامة ، أو أن الحكم الذى يصدره يمكن أن يؤدى الى خلق قاعدة قانونية عامة اذا تبعته الاحكام الأخرى على تطبيق نفس الحكم فى المنازعات المتماثلة ، فان مصدر هذا الحكم ، أو مصدر القاعدة التى يمكن أن يؤدى هذا الحكم الى خلقها بطريق التواتر ، هو دائما ارادة القاضى ، أى ارادة الانسان ، وليس هو القانون الطبيعى أو العدل المطلق الذى لا يحق النزول به الى مستوى مصادر القانون الوضعى(٢٦) .

---

(٢٥) راجع ما سبق ، فقرة ١٤ .

(٢٦) راجع فى عدم اعتبار القانون الطبيعى من المصادر الاحتياطية للقانون الوضعى : حسن كيره ، أصول القانون ، ١٩٥٨ ، ص ٢٧٤ ، ص ٥٢٧ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الثالث

التفرقة بين مصادر القانون والمبادىء العامة للقانون

٧٩ ـ المبادىء العامة للقانون :

بذل الفقهاء محاولات عديدة لتحديد المقصود بالمبادىء العامة للقانون principes généraux du droit . وقد ذهب رأى الى أن المقصود بالمبادىء العامة للقانون ، القواعد العامة للقانون . والمقصود بالعمومية هنا ليست صفة العمومية التى درسناها ضمن خصائص القاعدة القانونية(٢٧) ، أى قابلية القاعدة للانطباق على حالات غير متناهية وغير محددة من الوقائع والاشخاص . ولكن المقصود بالعمومية فى المبدأ العام ، هو قابليته للانطباق على قواعد قانونية أخرى ، بحيث تعتبر القواعد المذكورة تطبيقا للمبدأ العام ، ويعتبر المبدأ العام هو القاعدة بالنسبة لهذه القواعد . فالمبدأ العام هو قاعدة القواعد القانونية اذا جاز التعبير(٢٨) . واذا أخذنا المبادىء العامة على هذا المعنى ، فانه يمكن التعرف على هذه المبادىء بسهولة ويسر عن طريق مراجعة القواعد القانونية ، للتفرقة بين ما يعتبر منها أصلا وما يعتبر فرعا . وبالتالى فان فكرة المبادىء العامة للقانون ، تصبح فكرة فنية المقصود منها وضع بناء منطقى متماسك للقواعد القانونية(٢٩) .

وذهب رأى آخر الى أن المقصود بالمبادىء العامة ، تلك التى يقضى بها العقل الانسانى . مثل مبدأ عدم جواز التكليف بمستحيل ، ومبدأ أن من يجب عليه الضمان لا يجوز منه الاسترداد ، ومبدأ انه حيث لا مصلحة فلا دعوى ، ومبدأ ان الباطل لا أثر له .. الخ . ولكن يؤخذ على هذا الرأى انه يطابق بين المبادىء العامة وبين القانون العقلى أو الطبيعى ، عن طريق التعبير عن القانون الطبيعى تعبيرا لفظيا محددا فى قواعد تبدو معقولة ،

---

(٢٧) راجع ما سبق ، فقرة ١٢ وما بعدها .

(٢٨) P. ROUBIER, Théorie générale, op. cit., p. 100; P. ROUBIER L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, 1950, Etudes Ripert, 2: p. 9; J. Rivero, Apologie pour les faiseurs de systèmes, D. 1951, Chron. p. 51.

(٢٩) G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, op. cit., p. 331.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكنها تقبل مع ذلك المناقشة ويمكن أن تختلف بشأنها الآراء • بل أن بعض القواعد المقبولة عقلا تتعارض مع البعض الآخر بما يقتضى الحد من هذه القواعد جميعا • فقاعدة أن الباطل لا أثر له تعارضها قاعدة الاعتداد بالآثار التى لا يمكن محوها • فالزواج الباطل يمكن أن يعتبر زواجا ظنيا ، والشركة الباطلة يمكن اعتبارها شركة فعلية • وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، تحد منها وتقيدها قاعدة عدم جواز الغبن الذى يؤدى الى الاثراء الظالم لأحد طرفى العقد على حساب الطرف الآخر • وقاعدة اطلاق حق الملكية ، تحد منها وتقيدها قاعدة عدم جواز التعسف فى استعمال الحق •• وهكذا(٣٠) •

وذهب رأى الى أن المبادىء العامة هى تلك التى تتفق مع التقاليد القانونية فى دولة معينة • ولكن يؤخذ على هذا الرأى أن التقاليد القانونية قد لا تكون لها قيمة الا بالقدر الذى تؤثر به فى تكوين العقلية القانونية لرجال القانون ، ثم تستمد بعد ذلك قيمتها من هذه العقلية ذاتها التى أسهمت هى فى تكوينها • فتكون قيمة التقاليد الحقيقية مرادفة فى الواقع لمجرد الحنين الى الشىء المألوف • ولا يكفى هذا لاعتبارها متضمنة للمبادىء العامة للقانون • خاصة وأن الدراسات الحديثة ورسائل الدكتوراه لا تكف عن تقديم الأفكار القانونية الجديدة ، وأبراز الاخطاء الكامنة فى الأفكار القانونية التقليدية(٣١) •

ولذلك فان الرأى الصحيح فى تحديد المقصود بالمبادىء العامة للقانون ، هو الذى يذهب الى الربط بين هذه المبادىء وبين الفلسفة العامة السائدة فى مجتمع معين • فالمبادىء العامة للقانون هى الأفكار التى تصدر عن الفكرة العامة للوجود ، أو عن التصور العام للكون والحياة ، فى مجتمع معين ، والتى تؤدى الى استنباط مجموعة القواعد القانونية الوضعية التى تنظم سلوك الاشخاص فى هذا المجتمع(٣٢) •

وقد سبق أن ذكرنا أن الفكرة العامة للوجود السائدة فى مصر ، تتفق

---

(٣٠) G. RIPERT, Les forces créatrices, op. cit., p. 332 et,s.

(٣١) G. RIPERT, Les forces créatrices, op. cit., p. 336.

(٣٢) راجع ما سبق ، فقرة ٣٢ • وانظر المراجع المشار اليها فى هذا الموضوع •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مع تلك السائدة فى فرنسا وفى غيرها من الدول التى يطلق عليها اسم الدول المتمدينة • وتتلخص هذه الفكرة فى اسم الحضارة • وفكرة الحضارة مضادة لفكرة البربرية التى لم يكف التفكير الانسانى عن ادانتها منذ عهد الرومان • والحضارة فى مصر تقوم على أساس الايمان بالله والرسالات السماوية والعدل الطبيعى المطلق ، وتقوم كذلك على احترام العقل الانسانى ، واحترام كرامة الانسان وآدميته •

ونظرا لأن الايمان بالقانون الطبيعى يدخل فى تكوين الفكرة العامة للوجود السائدة فى مصر ، فان المبادىء العامة للقانون المصرى يمكن الاستدلال عليها عن طريق محاولة الوصول الى مضمون القانون الطبيعى ، دون أن يؤدى ذلك الى أن أدقى خلط بين القانون الطبيعى وبين المبادىء العامة للقانون الوضعى، فالقانون الطبيعى هو جوهر القانون الوضعى ولكنه لا يختلط به ، لا فى قواعده العامة ولا فى مبادئه العامة •

ومع ذلك فانه اذا كان لا بد أن توجد مسافة بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى ، فان المسافة بين القانون الطبيعى والمبادىء العامة ، أقرب من المسافة بينه وبين القواعد العامة • فالمبادىء العامة أقرب الى القانون الطبيعى من القواعد التى تتولد عنها •

وإذا أخذنا المبادىء العامة على أنها تعبير عن القانون الطبيعى ، فهى تظل مع ذلك تعبيرا مؤقتا قابلا للتغيير بحسب ظروف الزمان والمكان • وهى كذلك بالضرورة تعبير انسانى لا يمكن أن يوصف بالكمال أو يكتب له الخلود •

ولعل أقوى تعبير عن المبادىء العامة للقانون التى أمكن للانسان استخلاصها من القانون الطبيعى تلك التى جاءت فى الاعلان العالمى لحقوق الانسان الذى أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ • وكما يقول الفيلسوف جاك ماريتان ، انه من الواجب أن نتفق على انه منذ القدم فان حقوق الانسان والقانون الطبيعى لهما تاريخ واحد(٣٣) •

---

(٣٣) Jacques MARITAIN, On the philosophy of Human rights, in Human rights, edited by UNESCO, op. cit., p. 75.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وجدير بالذكر أن هذا الاعلان لا ينص على حقوق بالمعنى الاصطلاحى الفنى الدقيق • وانما ينص على الأفكار الأساسية التى تؤدى مراعاتهـــا الى انشاء حقوق بالمعنى الصحيح ، والى حماية هذه الحقوق بعد نشأتها •

٨٠ ـ الاعلان العالمى لحقوق الانسان كتعبير عن المبادىء العامة للقانون :

الاعلان العالمى لحقوق الانسان ، ليس اعلانا للحقوق الخاصة ، ولكنه اعلان للمبادىء الأساسية للقانون الواجب مراعاتها بصفة عامة وعالمية •

ويتكون الاعلان من حيث الشكل من مقدمة ، وثلاثين مادة • وقـــد تضمنت المقدمة الأفكار الأساسية التى استوحاها واضعو الاعلان وهى : وحدة الاسرة الانسانية ، وقيمة وكرامة شخصية الانسان، والحقوق الأساسية القانونية التى لا تقبل التنازل عنها للرجل والمرأة على السواء ، والنتائج البربرية لانكار حقوق الانسان ، وأخيرا الصلة القائمة بين احترام هـذه الحقوق وبين تأكيد القانون والحرية داخل الدولة والمحافظة على السلام بين الدول •

وتعتبر المادتان الأولى والثانية من الاعلان ، استمرارا للمقدمة لأنهمـا لا يخصان بالذكر حقوقا معينة بالذات من حقوق الانسان ، ولكنهما يقرران مبادىء الحرية والاخاء والمساواة (مادة ١) ، وخاصة المساواة فى التمتع بالحقوق الواردة فى هذا الاعلان دون أى تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأى السياسى أو أى رأى آخر ، أو الأصل الوطنى أو الاجتماعى أو الثروة أو الميلاد أو أى وضع آخر مـع عدم التفرقة بين الرجال والنساء (مادة ٢) •

أما حقوق الانسان ذاتها المنصوص عليها فى الاعلان ، فيمكن تقسيمها الى قسمين رئيسيين • الأول خاص بالحقوق التقليدية ، والثانى خاص بالحقوق الحديثة ، مع ملاحظة ان الاعلان ذاته لم يتضمن أى تقسيم أو تبويب لأحكامه • وكذلك مع ملاحظة أن الحقوق التقليدية يمكن أن يعطى لها تفسيرا حديثا • وعلى سبيل المثال فان الحق التقليدى الأول وهو حق كل فرد فى الحياة ، لا يقصد به فقط حق الفرد فى أن يحميه المجتمع من القتل أو الاعتداء على

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

سلامة جسمه ، بل يقصد به كذلك حق الفرد فى ألا يؤدى انخفاض مستوى معيشته الى وفاته بسبب المرض وسوء التغذية • وجدير بالذكر فى هذا المقام أن الفيلسوف الفرنسى « جان روستان » الذى كان يتحدث فى مبنى اليونسكو فى باريس فى الذكرى الخامسة عشر لصدور الاعلان ، اقتصر فى معظم حديثه على القول بأن الطبقة العاملة فى فرنسا لا تتمتع بالحق فى الحياة ، بدليل أن نسبة الوفيات بين أطفالها أكبر منها بين أطفال الطبقات الأخرى !(٣٤) •

وحقوق الانسان التقليدية يمكن تقسيمها الى ثلاث طوائف • الطائفة الأولى خاصة بالحقوق والحريات الشخصية ، وهى الحقوق السابق الاعتراف بها فى الاعلانات القديمة ، كالاعلان الانجليزى لسنة ١٦٨٨ ، والاعلان الامريكى لسنة ١٧٧٦ ، والاعلان الفرنسى لسنة ١٧٨٩ ، وهى حق الانسان فى الحياة ، وحقه فى الحرية ضد الاسترقاق والاستعباد والاعتقال التحكمى والتعذيب ، والمعاملة القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة • والحق فى الحرية يشمل كذلك الاعتراف لكل انسان بالشخصية القانونية مع ضمان حقوقه فى الدفاع أمام القضاء المدنى والجنائى ، واعتبار المتهم بريئا حتى تثبت ادانته ، مع تحريم الأثر الرجعى للقوانين الجنائية (المواد من ٣ — ١١) •

والطائفة الثانية من الحقوق التقليدية تتعلق بمركز الفرد من الاسرة ، والدولة ، والحقوق المالية • فالاسرة هى الوحدة الأساسية للمجتمع ، ولا يعرض أحد لتدخل تعسفى فى حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته • وللرجل والمرأة حق التزوج برضائهما دون اكراه ، وبدون قيد بسبب الجنس أو الدين • ولكل فرد حرية التنقل واختيار محل اقامته داخل حدود كل دولة ، وله أن يغادر أية بلاد بما فى ذلك بلده كما يحق له العودة اليه • ولكل فرد حق التمتع بجنسية ما ، كما لا يجوز حرمان شخص من جنسيته أو انكار حقه فى تغييرها • ولكل فرد الحق فى أن يلجأ الى بلاد أخرى أو يحاول الالتجاء اليها هربا من

---

(٣٤) وهكذا فان الحق فى الحياة اذا أخذ بالمعنى الذى يقصده جان روستان فهو يعتبر مبدأ عاما يفرض على المشرع اصدار التشريعات التى تكفل الارتفاع بمستوى معيشة الطبقات العاملة بما يؤدى الى القضاء على النسبة المرتفعة فى الوفيات بين أبناء هذه الطبقة •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الاضطهاد ، على ألا ينتفع بهذا الحق الأخير من قدم للمحاكمة فى جرائم غير سياسية • ولكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره ، ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا • (المواد من ١١ ــ ١٧) •

أما الطائفة الثالثة من حقوق الانسان التقليدية فتشمل الحريات الفكرية والروحية ، والحريات والحقوق العامة والسياسية • وهى الحق فى حرية التفكير والضمير والدين ، ويشمل هذا الحق حرية تغيير الديانة أو العقيدة وحرية الاعراب عنها بالتعليم والممارسة واقامة الشعائر ، ومراعاتها سواء أكان ذلك سرا أو علنا • وكذلك لكل شخص الحق فى حرية الرأى والتعبير ، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أى تدخل ، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها واذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية • وكذلك لكل شخص الحق فى حرية الاشتراك فى الجمعيات السلمية كما لا يجوز ارغام أحد على الانضمام الى جمعية ما • وأخيرا لكل فرد الحق فى الاشتراك فى ادارة الشئون العامة لبلاده اما مباشرة واما بواسطة ممثلين يختارون اختيارا حرا • وارادة الشعب هى مصدر سلطة الحكومة ، ويعبر عن هذه الارادة بانتخابات نزيهة ودورية تجرى على أساس الاقتراع السرى وعلى قدم المساواة بين الجميع أو حسب أى اجراء مماثل يضمن حرية التصويت • (المواد من ١٨ ــ ٢١) •

أما حقوق الانسان الحديثة التى تقابل الحقوق التقليدية السابق ذكرها، فهى تعتبر حديثة لأنها تعبر عن اتجاه العالم فى التحول نحو الاشتراكية • ويمكن أن ترد حقوق الانسان الحديثة الى حق أساسى واحد هو الحق فى الضمان الاجتماعى • وهو بحسب ما نصت عليه المادة ٢٢ من الميثاق حق الانسان فى الحصول على اشباع حاجاته الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اللازمة لحفظ كرامته وتحقيق التطور الحر لشخصيته • ويشمل ذلك ما نصت عليه المواد التالية (٢٣ الى ٢٧) ، الحق فى العمل ، وحرية اختيار العمل ، والحرية النقابية ، والتأمين الاجتماعى فى حالات البطالة والمرض والعجز والترمل والشيخوخة وغير ذلك ، والمحافظة على الصحة ، وحماية الامومة والطفولة ولو كانت ولادة الطفل ناتجة عن رباط غير شرعى ، والحق فى التعليم ، والاستمتاع بأوقات الفراغ ، والاشتراك فى حياة المجتمع الثقافية

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

والفنية ، والمساهمة فى التقدم العلمى والاستفادة من نتائجه ٠

وبعد الانتهاء من تعداد حقوق الانسان المختلفة ، نصت المواد الثلاث الأخيرة من الاعلان على ضرورة وجود نظام اجتماعى ودولى تتحقق بمقتضاه الحقوق والحريات المنصوص عليها فى هذا الاعلان تحققا تاما ٠ ومقتضى هذا النظام أن يتحمل كل فرد واجبات نحو المجتمع ، بحيث يخضع فى ممارسة حقوقه وحرياته لما يقتضيه احترام حقوق الآخرين وحرياتهم ، واحترام المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والمبادىء الديمقراطية ومبادىء الأمم المتحدة ٠ وهذه النصوص الأخيرة لها أهمية قصوى ، لأن حقوق الانسان وحرياته لا يمكن أن تكون مطلقة ٠ بل هى مقيدة بحقوق الآخرين وحرياتهم ٠ ومن ناحية أخرى فانه من المؤكد أن العدل أسمى من الحرية(٣٥) ٠

ورغم أن نظرية القانون الطبيعى هى الأساس الفلسفى للميثاق العالمى لحقوق الانسان ، فان واضعى هذا الميثاق حاولوا اتباع سياسة واقعية تهدف الى الوصول الى اتفاق عملى حول حقوق الانسان ، واجبة الاحترام بغض النظر عن الاتجاه الفلسفى الذى يؤمن به المشتركون فى اعداد مشروع الاعلان(٣٦) ٠ وهذا هو ما يفسر كيف أمكن اصدار الاعلان العالمى لحقوق الانسان رغم اختلاف الأفكار والفلسفات والعقائد التى تمثلها الجمعية العامة للأمم المتحدة(٣٧) ٠ ومع ذلك فان انصار القانون الطبيعى لم يفتهم ان يصوغوا

---

(٣٥) راجع الباب الثانى من هذا الكتاب ، وبصفة خاصة : فقرة ٧٤ ٠

(٣٦) جدير بالذكر ان الموافقة على الاعلان العالمى لحقوق الانسان ، تمت فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ بواسطة ثمان واربعين دولة ، وامتناع ثمان دول عن التصويت ، مع عدم اعتراض أى دولة على الاطلاق ٠ وقد كانت الدول الشيوعية ضمن الدول التى امتنعت عن التصويت ٠ وكذلك فان دولة جنوب أفريقيا العنصرية كانت من هذه الدول ، وقد برر امتناعها بأن الاعلان بالغ فى التوسع فى فكرة حقوق الانسان بحيث أصبحت تشمل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية ٠ ولكن هذا السبب الظاهرى ، كان يخفى سببا حقيقيا وهو أن اعلان حقوق الانسان يتعارض مع سياسة التمييز العنصرى التى تتبعها هذه الدولة داخل اقليمها ٠

(٣٧) وكما يقول جاك ماريتان وهو أحد الفلاسفة الذين اشتركوا فى اعداد المشروع ، انه لا يوجد ما يمنع من الوصول عن طريق هذا الأسلوب العملى الى اصدار اعلان جديد لحقوق الانسان يمثل مرحلة جديدة فى سبيل توحيد العالم ، سواء كان الأساس الفلسفى لهذه الحقوق هو التفكير التقليدى عن الحقوق والحريات اللصيقة بشخصية الانسان ، واللازمة لتحقيق ذاتيته ، أو كان الأساس الفلسفى لهذه الحقوق هو التفكير الماركسى عن الانسان بما

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مقدمة الاعلان بالأسلوب الذى يتفق مع نظريتهم ، التى هى فى نفس الوقت الأساس التاريخى الحقيقى لحقوق الانسان ·

وكذلك لم يفت بعض فلاسفة القانون الطبيعى من التنبيه الى أن الاعلان العالمى لحقوق الانسان هو تعبير مؤقت عن القانون الطبيعى ، فليس هو القانون الطبيعى فى ذاته ، ولكنه تعبير انسانى مؤقت عنه ، يحتاج حتما الى اعادة النظر فيه بعد قرن أو قرنين من الآن(٣٨) ·

٨١ - معيار التفرقة بين مصادر القانون والمبادىء العامة للقانون :

الرأى الراجح فى فهم المقصود بالمبادىء العامة للقانون ، يذهب كما سبق أن رأينا الى أن هذه المبادىء ليست قواعد قانونية بالمعنى الفنى المقصود بكلمة قاعدة قانونية ، وانما هى أفكار جوهرية يمكن استنباطها من الفكرة العامة للوجود السائدة فى مجتمع معين ، كما يمكن كذلك استقراءها من القواعد القانونية الوضعية الموجودة فى هذا المجتمع ·

والمبادىء العامة تكاد تقف فى مركز متوسط بين الفكرة العامة للوجود ، وبين القواعد الوضعية المعمول بها فى مجتمع معين · فالمبادىء العامة تعبر تعبيرا كليا عن الفكرة العامة للوجود ، ثم تأتى القواعد القانونية فتعبر تعبيرا جزئيا عن الافكار التى تضمنتها المبادىء الأساسية المذكورة ·

والمبادىء الأساسية أكثر تحديدا من الفكرة العامة للوجود ، ولكنها مع

له من حقوق وحريات مستمدة من دوره فى التطور التاريخى للجماعة التى ينتمى اليها !
J. MARITAIN Human rights, UNESCO, op. cit., note p. 11.

بل أكثر من ذلك فان الفيلسوف الفرنسى « تيلار دو شاردان » ، وهو من أبرز ممثلى الفلسفة البيولوجية ، التى هى بدورها من أبرز الاتجاهات الفلسفية المعاصرة ، يرى أن المجتمعات الانسانية متجهة ليس فقط فى طريق الاشتراكية ، بل فى طريق الشمولية ، وأنه لا يوجد أى تناقض بين الفردية وبين الشمولية · ولذلك فان الهدف من اعلان حقوق الانسان ، ليس هو ضمان أكبر قدر من الاستقلال للفرد كوحدة داخل المجتمع ، بل هو العمل على أن تتحقق الشمولية الانسانية التى لا بديل عنها بطريقة لا تؤدى الى تحطيم الصفات الفريدة فى كل كائن منا » ·
Teilhard de Chardin, Some reflections on the rights of man. in Human rights, UNESCO, op. cit., p. 105

(٣٨) J. MARITAIN, Human rights, op. cit., p. 74.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ذلك لا تبلغ فى تحديدها الدرجة التى تجعلها قواعـــد قانونية بالمعنى الفنى لهذا الاصطلاح ٠

وقد بدت المبادىء الأساسية وكأنها تستعصى على التحديد ، حتى أن الأستاذ ريبير نبه الى ضرورة تحاشى تحديدها ، باعتبار ذلك منزلقا خطرا ، حيث يتعرض كل تحديد الى الكثير من أوجه النقد المحتملة ٠ ويعتقد الأستاذ ريبير أن المبادىء العامة يمكن التعرف عليها لا تعريفها ٠ وهى يمكن التعرف عليها عندما تقع مخالفة لها ٠ فلئن كان من الصعب تعريف المبدأ الأساسى فى احترام حق الملكية الخاصة ، الا أنه يمـكن التعرف على هـذا المبدأ عند مصادرة الملكية دون مقابل وبطريقة تحكمية ٠

ويلاحظ الأستاذ ريبير كذلك اننا نتحدث عن المبادىء العامة دائما فى صيغة الجمع ، وليس فى صيغة المفرد ٠ فيقال ان هذا التصرف يخالف المبادىء العامة للقانون دون تحديد المبدأ الذى وقعت له المخالفة بالذات ٠ وهذا شاهد آخر على صعوبة تحديد المبادىء العامة للقانون كل منها على حدة(٣٩) ٠

ورغم أن الاعلان العالمى لحقوق الانسان ذكر العديد من الحقوق واجبة الاحترام ، الا أنه قصد بذلك تحديد الموجهات الأساسية الواجب مراعاتها فى التشريع ، دون أن يضع مع ذلك قواعد قانونية قابلة للتطبيق المباشر ٠ ولئن كان الاعلان قد صدر من الناحية الشكلية فى صورة مواد ونصوص ، الا أن هذه النصوص تعبر عن أفكار عامة وليس عن قواعد قانونية فنية ٠

فحق الانسان فى الحياة مثلا ، المنصـوص عليه فى المادة الثالثـة من الاعلان ، ليس قاعدة قانونية ، ولكنه فكرة عامة توحى الى المشرع باصدار قواعد قانونية تعاقب على القتل والاعتداء على حياة الانسان بأى شكل كان ٠ وهذه الفكرة العامة فى غاية المرونة لدرجة تسمح بأن توحى للمشرع بأن يضع التشريعات اللازمة لمكافحة الفقر والارتفاع بمستوى الحياة الماديـة للافراد ، حتى يمكن تفادى الوفيات الناتجة عن انخفاض مستوى المعيشة ٠

---

(٣٩) G. RIPERT, Les forces créatrices, op. cit., p. 342 et s.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد قال بهذا التفسير الواسع الفيلسوف جان روستان كما سبق أن ذكرنا ٠

وكذلك فان الحق فى الضمان الاجتماعى المنصوص عليه فى المادة ٢٢ من الاعلان لا يعبر عن قاعدة قانونية ولكنه يعبر عن فكرة جوهرية من شأنها أن تدفع المشرع الى وضع العديد من القواعد القانونية اللازمة للتأمين الاجتماعى، واشباع الحاجات المادية والمعنوية للانسان ٠ فتحت فكرة الضمان الاجتماعى يمكن ادراج أقسام بأكملها من فروع القانون ٠ بل أن البعض يرى أن فكرة الضمان الاجتماعى يمكن أن تصبح مرادفة للنظام القانونى فى مجموعه ، فهى فكرة يمكن أن تتسع لتشمل كل القواعد القانونية التى تحقق الخير العام للجماعة والخير الخاص للأفراد(٤٠) ٠

وجدير بالذكر أن الاعلان العالمى لحقوق الانسان لم يصدر فى صورة اتفاقية دولية ملزمة أو فى صورة معاهدة عالمية لها قوة قانونية ٠ بل اختار واضعو الاعلان أن يصدر فى صورة ميثاق للمبادىء المثالية ، لا فى صورة قانون ملزم للدول ٠ وقد عبرت عن ذلك مقدمة الاعلان بأنه « المثل الذى ينبغى أن تعمل على تحقيقه كافة الشعوب والأمم » ٠

والواقع أن القيمة الحقيقية للاعلان العالمى لحقوق الانسان تفوق القيمة القانونية المحدودة لأية معاهدة أو اتفاقية بين الدول ٠ فقد أصبح هذا الاعلان بمثابة الأمل الذى يتعلق به كل انسان على الأرض ٠ فهو الأمل الذى يتعلق به المضطهدون عنصريا أو دينيا ، وهو الأمل الذى تتعلق به المرأة المغلوبة على أمرها منذ آلاف السنين ، وهو أمل الفلاحين الذين يعيشون حياة الرق ، وأمل العمال فى مطالبهم العادلة ، وأمل المثقفين المضطهدين بسبب أفكارهم ، وأمل اللاجئين المطرودين من ديارهم ، وأمل الشعوب التى تضربها القنابل وتحتل بلادها جيوش أجنبية ٠ وباختصار فهو أمل كل انسان ٠

وقد أثبت الاعلان العالمى لحقوق الانسان حيوية جعلت البعض يقول انه من حسن الحظ أن هذا الاعلان لم يدمج فى ميثاق الأمم المتحدة ، ولم يأخذ قيمة الاتفاقية الملزمة قانونا ٠ لأن ميثاق الأمم المتحدة قد يتغير خلال أجل

---

(٤٠) راجع كتابنا ، نظام التأمينات الاجتماعية ، الفقرات من ٢ الى ٨ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

غير بعيد • أما الاعلان العالمى لحقوق الانسان فسيظل لأجيال طويلة الأمل الذى تتعلق به الانسانية(٤١) •

والمبادىء العامة للقانون ، سواء تلك التى عبر عنها الاعلان العالمى لحقوق الانسان أم غيرها ، تختلف عن مصادر القانون فى انها لا تخلق قواعد قانونية وضعية ، بل تسبق خلق هذه القواعد • فالمصدر الوحيد للقانون الوضعى هو ارادة الدولة • وتعدد مصادر القانون يرجع فقط الى تعدد طرق التعبير عن ارادة الدولة • أما المبادىء العامة للقانون فهى لا تصدر عن ارادة الدولة ، ولكنها تمهد لهذه الارادة الطريق الذى تعبر به عن نفسها • والمبادىء العامة للقانون هى الأفكار العامة التى يستوحيها المشرع فى وضع التشريعات التى يصدرها • وتظل هذه المبادىء قادرة على الايحاء الى المشرع باصدار تشريعات أخرى غير التى أصدرها • فالتشريع لا يستنفد المبادىء العامة ، كما أن المبادىء العامة لا تختلط بالتشريع من حيث هو مصدر للقانون الوضعى •

والقاضى عندما لا يجد قاعدة فى التشريع أو العرف يمكن تطبيقها على النزاع ، فانه يستطيع العثور على الحل العادل للنزاع عن طريق الرجوع الى المبادىء العامة للقانون ، وهى ذات المبادىء التى يستوحيها المشرع عند وضع التشريعات المختلفة(٤٢) • ويكون الدور الذى يقوم به القاضى فى هذه الحالة

---

(٤١) René CASSIN, Déclaration universelle des droits de l'homme, Encyclopédie Dalloz, Droit international, T. 1, p. 599, No. 52.

واذا لم تكن للاعلان فى ذاته قيمة ملزمة الا انه أحدث من حيث الواقع تأثيرا قانونيا فى كل بلاد العالم • ومن الأمثلة على هذا التأثير ان الجمعيتين التشريعيتين لجمهورية بيرو وافقتا فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٩ على اعتبار هذا الاعلان قانونا داخليا ملزما فى هذه الدولة • ومن هذا القبيل أيضا أن ثمانية عشر دولة أوروبية أبرمت اتفاقية قانونية ملزمة فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٥٠ للمحافظة على حقوق الانسان • ومن هذا القبيل أيضا أن الجمعية العامة للأمم المتحدة وافقت بالاجماع فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ على الاتفاقية الدولية فى شأن الحقول المدنية والسياسية ، وان كانت هذه الاتفاقية لن تكون ملزمة الا بالنسبة للدول التى تصدق عليها دون غيرها • وكذلك فان عددا كبيرا من الدول التى حصلت على استقلالها حديثا أعلنت فى دساتيرها الكثير من مبادىء حقوق الانسان كتعبير عن استحقاقها للانضمام الى الأمم المتحدة •

راجع : R. CASSIN, op. cit., p. 597. No. 23. p. 598. No. 36, 37, 38.

(٤٢) G; RIPERT, Les forces créatrices, op. cit., p. 341.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أقرب الى عمل المشرع على النحو الذى سبق أن ذكرناه بصدد استلهام القاضى لمبادىء العدل والقانون الطبيعى(٤٣) . فالقاضى يستلهم المبادىء العامة للقانون ، كما يستلهم القانون الطبيعى . بل أن المبادىء العامة للقانون هى فى ذاتها تعبير مؤقت عن القانون الطبيعى . ولا يؤدى ذلك الى امكان الخلط بين المبادىء العامة للقانون وبين مصادر القانون . لأن الحكم الذى يقضى به القاضى بعد استلهامه للمبادىء العامة للقانون ، يظل من صنع القاضى نفسه . فلا المبادىء العامة للقانون تنزل الى مستوى المصدر المباشر للقاعدة التى طبقها القاضى ، ولا حكم القاضى يرتفع فيصبح تطبيقا أو تعبيرا مباشرا للمبدأ العام الذى اعتمد عليه أو أشار اليه .

واذا كانت المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية ، تعتبر « المبادىء العامة المعترف بها فى الدول المتمدينة » ، مصدرا من مصادر القانون الدولى العام التى ترجع اليها هذه المحكمة فى قضائها . واذا كان البعض يعتبر الاعلان العالمى لحقوق الانسان بمثابة التعبير المعروف حاليا عن المبادىء العامة المشار اليها(٤٤) . الا أن رجوع المحكمة الدولية الى المبادىء العامة أو الى الاعلان العالمى ، لا يعتبر تطبيقا للقواعد الناشئة عن مصدر من مصادر القانون بالمعنى الصحيح ، ولكنه استلهام للأفكار الأساسية للقانون ، استلهاما يترتب عليه خلق حل عادل للنزاع ، من صنع المحكمة ذاتها .

ومتى وضحت التفرقة بين المبادىء العامة للقانون وبين مصادر القانون على هذا النحو ، فان المبادىء العامة يمكن أن تلعب دورا آخر غير ارشاد المشرع أو القاضى فى العمل التشريعى أو العمل القضائى ، فهى تسهم بشكل ايجابى فى تحديد المقصود بالنظام العام والآداب على النحو السابق دراسته . وعن طريق فكرة النظام العام والآداب تتقيد الحرية التعاقدية للافراد فيما يتعارض مع المبادىء العامة التى يقوم عليها النظام فى المجتمع ، وكذلك تستبعد القوانين الأجنبية عن التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبى التى كانت منطبقة عليها أصلا ، اذا تعارضت مع النظام العام فى الدولة التى

---

(٤٣) راجع ما سبق ، فقرة ٦٧ .

(٤٤) R. CASSIN, op. cit., p. 593, No. 34..

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يتبعها القاضى(٤٥) .

ونظرا لأن المبادىء العامة تختلف عن مصادر القانون ، فانه من الصعب تصور اخضاع القواعد القانونية الوضعية لشرط موافقتها للمبادىء العامة المذكورة . وبناء على ذلك فان القضاء فى الدول الاوروبية رفض اعتبار أن الاعلان العالمى لحقوق الانسان مؤديا بذاته الى الغاء القوانين والقرارات والاحكام المتعارضة مع المبادىء المعلنة فى هذا الاعلان(٤٦) .

واذا كان بعض الفقه يحاول العثور جاهدا على أمثلة من الخضوع الفعلى الذى تفرضه المبادىء العامة على مسلك المشرع ، كتلك المستمدة من الاحكام القضائية التى تقضى لأحد الافراد بالتعويض عن الاضرار التى اصابته من جراء تطبيق قانون مخالف للمبادىء العامة ، كالقانون الذى يؤدى الى وقف صناعة معينة على خلاف المبدأ العام فى حرية التجارة ، ومع عدم وجود أى مبرر من ناحية المصلحة العامة لاصدار هذا القانون(٤٧) ، فان هذه الأمثلة تبدو منعزلة وغير قابلة للتكرار ، كما انها غير قابلة للتأييد .

فلئن كان من المقبول فرض رقابة قضائية على دستورية القوانين ، للتأكد من عدم مخالفة القانون للدستور ، فانه من غير المقبول فرض رقابة قضائية على مطابقة القانون للمبادىء العامة . فهذه المبادىء ليست من مصادر القانون ، ولا يجوز للقاضى اعتمادا عليها ، الامتناع عن تطبيق القانون بحجة انه مخالف للمبادىء العامة .

ومع ذلك فانه من الناحية الواقعية ، فان المشرع يراعى بقدر الامكان عدم مخالفة القوانين التى يصدرها للمبادىء العامة للقانون . وحتى فى

---

(٤٥) راجع ما سبق ، فقرة ٣٢ ، وفقرة ٣٦ .

راجع : G. RIPERT, Les forces créatrices, op. cit.,p. 341.

(٤٦) R. CASSIN, op. cit., p. 598, No. 29.

(٤٧) G. RIPERT, Les forces créatrices, op. cit., p. 340.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الحالات التى يخرج فيها المشرع على ذلك ، فانه يحاول عن طريق الوسائل الفنية فى الصياغة أن يغطى هـذه المخالفـة حتى لا تنكشف أمام الناس • ويعتبر هذا المسلك من جانب المشرع نوعا من النفاق الذى يشهد على قوة المبادىء العامة ، فهى تفرض على المشرع احترامها حتى فى الحالات التى يدفعه هواه الى الخروج عليها(٤٨) •

وتستمد المبادىء العامة قوتها وتأثيرها من كونها معبرة عن الفكرة العامة للوجود السائدة فى المجتمع • فالمبادىء العامة هى مجموعة الافكار العامـة الناشئة عن الفكرة العامة الأولى • وهى تستمد قوتها من هذه الفكرة الأولى • كما أنها من ناحية أخرى تعطى لهذه الفكرة فرص التطبيق العملى عن طريق امكان استنباط القواعد القانونية منها ، وهو ما يراعيه المشرع فى وضـع القوانين ، وما يراعيه القاضى كذلك فى وضع الحلول للمنازعات التى لا يوجد بشأنها حكم فى مصادر القانون •

ولكن المبادىء العامة تتغير طبيعتها عندما يستقلبها المشرع فى نصوص القانون أو فى نصوص الدستور مثلا • ومن الشائع أن تتضمن الدساتير نصوصا تعبر عن المبادىء العامة للقانون • والملاحظ أن معظم الدساتير فى الدول المختلفة تتضمن نصوصا مشابهة لنصوص الاعلان العـالمى لحقـوق الانسان • ودستور مصر الدائم لسنة ١٩٧١ تضمن فى البابين الثالث والرابع منه المتعلقين بالحريات والحقوق والواجبات العامة وسيادة القانون ، الكثير من النصوص المعبرة عن المبادىء العامة المذكورة (المواد من ٤٠ - ٧٢)(٤٩) • وفى مثل هذه الحالات فان المبدأ العام يصبح قاعدة قانونية تشريعية صادرة عن ارادة الدولة • ويصبح من المتعين النظر الى هذا المبدأ باعتباره من القواعد القانونية الوضعية الواجبة التطبيق بهذا الوصف • وتترتب على ذلك آثار مختلفـة عن الآثار التى كانت تترتب على المبدأ العـام قبل استقباله فى التشريع •

---

(٤٨) G. RIPERT, Les forces créatrices, op. cit., p. 343.

(٤٩) راجع كذلك المواد ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ٢٠ ، ٣٤ ، ٣٦ ، ٣٨ الواردة فى الباب الثانى الخاص بالمقومات الأساسية للمجتمع •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فالمبدأ العام التشريعي الوارد في الدستور ، وان ظل بحسب مضمونه ينطوي على فكرة عامة ، الا أن التزام هذه الفكرة يصبح واجبا قانونيا على المشرع عند وضع التشريعات العادية • بحيث اذا خالف المشرع هذا الواجب ، أمكن الطعن في التشريع الذي يصدره ، على أساس مخالفته للدستور • وقد كان هذا الطعن متعذرا قبل أن يصبح المبدأ العام مبدأ دستوريا •

وكذلك فان القاضي عندما يطبق المبادىء العامة الدستورية ، فانه لا يخلق بذلك حلا للنزاع كما يفعل عندما لا توجد قاعدة في القانون الوضعي يمكن تطبيقها ، وانما هو يطبق المبدأ الدستوري العام باعتباره نصا تشريعيا • بل هو قد يطبق المبدأ الدستوري العام ، ويهمل تطبيق النصوص التشريعية الادنى في المرتبة اذا كانت متعارضة مع المبدأ المذكور • ولم يكن ذلك ممكنا قبل أن يصبح المبدأ العام مبدأ دستوريا(٥٠) •

وكذلك فان المبادىء العامة الدستورية تسهم في تحديد المقصود بفكرة النظام العام والآداب في المجتمع ، بما لا يحتاج الى أدنى مجهود استقرائي أو استنباطي من جانب القاضي •

ويخلص مما سبق أن المبادىء العامة للقانون لا تعتبر من مصادر القانون • وهي تستمد قيمتها من كونها معبرة عن الفكرة العامة للوجود السائدة في المجتمع ، وهي بهذا الوصف تلهم المشرع في وضع القواعد القانونية الوضعية ، وتلهم القاضي في خلق الحلول القانونية للمنازعات التي لا توجد بشأنها قاعدة وضعية ، وتسهم كذلك في تحديد فكرة النظام العام والآداب •

ولكن هذه المبادىء تفقد طبيعتها السابقة وتصبح قواعد قانونية وضعية بمجرد استقبالها في التشريع • وهي في هذه الحالة تستمد قوتها من ارادة المشرع ، وليس فقط من كونها معبرة عن الفكرة العامة للوجود السائدة في المجتمع •

---

(٥٠) سنتدرس في الفصل الخاص بالتشريع مسألة رقابة دستورية القوانين •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٨٢ - مبادىء الشريعة الاسلامية تعتبر من المبادىء العامة للقانون المصرى :

سبق أن ذكرنا أن المبادىء العامة للقانون ، هى الافكار الأساسية المعبرة عن فكرة الوجود السائدة فى المجتمع • والفكرة السائدة فى مصر تتلخص فى الايمان بالله والرسالات السماوية والاخلاق الطبيعية العقلية • وعلى هذا النحو فان الايمان بالقانون الطبيعى يعتبر ايمانا نابعا من التصور الفلسفى لحياة لدى الشعب المصرى • وبالتالى فان المبادىء العامة التى يمكن استخلاصها من القانون الطبيعى - بصفة مؤقتة - كتلك الواردة فى الاعلان العالمى لحقوق الانسان ، تعتبر من المبادىء العامة للقانون المصرى •

وكذلك فان المبادىء التى يمكن استخلاصها من الرسالات الدينية - وبصفة خاصة الاسلام باعتباره دين الاغلبية العددية من السكان - تعتبر أيضا من المبادىء العامة للقانون المصرى • فالرسالات الدينية جزء لا يتجزأ من التصور الفلسفى للوجود السائد فى مصر •

وفى ضوء هذا التفسير يمكن فهم المقصود من المادة الثانية من دستور مصر الدائم لسنة ١٩٧١ التى تقرر أن « الاسلام دين الدولة •• ، ومبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » • وقد وجه نقد الى هذا النص لأنه يحدد للدولة دينا ، مع أن الدولة شخص معنوى ، والدين لا يتصور الا بالنسبة للشخص الطبيعى وهو الانسان • ولكن هذا النقد يعتمد فقط على حجة لفظية • فان النص المشار اليه لا يقصد أن الدولة لها دين بنفس المعنى الذى يكون فيه للانسان دين • ولكن النص يقصد أن الاسلام هو التعبير الجوهرى عن الفكرة العامة للوجود السائدة فى مصر نتيجة لايمان العدد الغالب من السكان بهذا الدين • وهذا النص لا يتعارض مع نص المادة ٤٦ الذى يكفل حرية العقيدة لكل فرد • ولا يتعارض كذلك مع اسهام العقائد الدينية الأخرى فى تكوين التصور الفلسفى للوجود والكون • ولا يتعارض هذا النص كذلك مع ايمان الشعب المصرى بالمبادىء الاخلاقية العقلية ، وهى المبادىء المستوحاة من القانون الطبيعى ، والتى أمكن التعبير عنها تعبيرا مؤقتا فى الاعلان العالمى لحقوق الانسان ، وما سبقه من اعلانات أخرى ، وهى المبادىء التى نقلها الدستور المصرى فى عشرات النصوص السابق ذكرها ، فأصبحت بذلك مبادىء دستورية واجبة التطبيق بهذا الوصف •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكذلك فان العقل الانسانى - ازاء المتغيرات فى الحياة الواقعية - لن ينضب أبدا عن العطاء • وستظل المبادىء العقلية الاخلاقية من أهم المبادىء القانونية على النحو السابق دراسته •

وبجانب المبادىء العقلية الطبيعية ، فان مبادىء الشريعة الاسلامية تعتبر كذلك من المبادىء العامة للقانون المصرى • ولكنها لا تعتبر من مصادر القانون كما تنص المادة الثانية من الدستور فى صياغة غير دقيقة • ذلك أن مبادىء الشريعة الاسلامية بحسب هذا النص ذاته لا تصبح قاعدة قانونية الا اذا أخذ بها المشرع نفسه • والمشرع مطالب بحكم هذا النص باستلهام مبادىء الشريعة الاسلامية • ولكن هذه المبادىء لا تصبح قواعد قانونية الا بعد أن يتم المشرع عمله فعلا باصدار التشريعات المستوحاة من المبادىء المذكورة • ويكون مصدر القاعدة فى هذه الحالة هو التشريع ، وليس المبدأ العام الذى أوحى به ، على النحو السابق دراسته فى التفرقة بين المبادىء العامة ومصادر القانون •

والرجوع الى المبادىء العامة للشريعة الاسلامية ليس مفروضا على المشرع وحده ، ولكنه مفروض على القاضى أيضا بحكم نص المادة الأولى من القانون المدنى التى تقرر فى فقرتها الثانية أنه اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ••• وطبقا لهذا النص فان على القاضى أن يستلهم مبادىء الشريعة الاسلامية للعثور على حلّ للنزاع المعروض أمامه ، اذا لم يجد قاعدة فى مصادر القانون الوضعى ، يمكن تطبيقها على هذا النزاع • وهناك اتجاه سائد فى الفقه الى تفسير هذا النص على النحو الذى يجعل من مبادىء الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا احتياطيا من مصادر القانون المصرى ، وهو مصدر يأتى فى الترتيب بعد التشريع ، وبعد العرف(٥١) • ومع ذلك فاننا نعتقد أن مبادىء الشريعة الاسلامية لا تعتبر من مصادر القانون ، ولكنها تعتبر من المبادىء العامة للقانون المصرى •

---

(٥١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ٥٩ ، حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٢٦٤ ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ٣٤٣ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والاتجاه السائد فى اعتبار مبادىء الشريعة الاسلامية من مصـــادر القانون الاحتياطية ، يعتمد على صياغة الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى ، وعلى الأعمال التحضيرية التى صاحبت اعداد هذه المادة .

وبالرجوع الى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى يتبين أن نص المـادة الأولى الذى كان واردا فى المشروع التمهيدى كان يقرر فى فقرته الثالثة أن القاضى « يستلهم ... الاحكام التى أقرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيا وكذلك يستلهم مبادىء الشريعة الاسلامية » . وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى « أما التنويه بمبادىء الشريعة الاسلامية فهو تجديد قصد به قضاء حق هذه الشريعة لا بوصفها مصدرا تاريخيا لشق من قواعد المشروع فحسب ، بل بوصفها مثالا فريدا من مثل الصياغة الفنية الرفيعة . واذا كانت الشريعة الاسلامية قد ظفرت بمكانة بارزة فى فقه القانون المقارن وسبقت أرقى التقنينات الحديثة الى الكشف عن نظرية التعسف فى استعمال الحق وغيرها من النظريات الخلقية النزعة ، فما أحراها أن تكون مصـدرا يستلهمه القضاء المصرى ولا سيما أن أكثر أحكام المشروع يمكن تخريجه على أحكام الشريعة فى مذاهبها المختلفة »(٥٢) .

ومن الواضح ان لفظ يستلهم الوارد فى نص المشروع يعنى عند واضع المذكرة الايضاحية أن الشريعة الاسلامية مصدر من المصادر التى يرجع اليها القاضى . بل أن واضع المذكرة الايضاحية ربط بين استلهـــام الشريعـة الاسلامية وبين اعتبارها مصدراً للقانون ، بقوله عنها « فما أحراها أن تكون مصدرا يستلهمه القضاء المصرى .. » .

ولكن الدكتور السنهـورى رأى ان لفظ يسـتلهم لا يؤدى الى اعتبار الشريعة مصدرا للقانون ، ورأى تعديل هذا النص بحيث تصبح مبادىء الشريعة الاسلامية مصـدرا من مصـادر القانون الاحتياطية التى تأتى فى الترتيب بعد العرف ، وقبل مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ومع ذلك فان النص الذى اقترحه الدكتور السنهورى ، والتعديل الذى أدخل على هذا النص المقترح ، والتفسير الذى يعطيه الفقه للمقصود بالرجوع الى مبادىء الشريعة الاسلامية ، لا يؤدى الى تعديل فى المعنى الذى كانت تقرره المادة الأولى فى صياغتها الواردة فى المشروع التمهيدى .

(٥٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جـ ١ ، ص ١٨٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من المشروع النهائى ، كما اقترحها الدكتور السنهورى ، على أنه « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون ، دون تقيد بمذهب معين ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

وعند مناقشة هذا النص المقترح فى لجنة القانون بمجلس الشيوخ ، اعترض البعض على عبارة : « الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون ، دون تقيد بمذهب معين » ، على أساس أن عدم التقيد بمذهب معين من المذاهب المختلفة من شأنه أن يؤدى الى الاضطراب بين المحاكم تبعا لاضطراب الاحكام بين المذاهب المختلفة . واعترض البعض الآخر على أن اشتراط ملاءمة مبادىء الشريعة الاسلامية لنصوص القانون ، لا مبرر له لأن مبادىء الشريعة الاسلامية لن تطبق الا فى حالة عدم وجود نص فى القانون ، وهو ما يعنى عدم وجود احتمال وقوع تعارض بين نصوص القانون وبين مبادىء الشريعة الاسلامية . وكذلك فان الشريعة الاسلامية لن تتعارض مع نصوص القانون ، لأنه لن يطبق منها الا المبادىء العامة دون الحلول التفصيلية .

وقد أجاب الدكتور السنهورى على هذه الاعتراضات بقوله ان المادة تتكلم عن مبادىء الشريعة أى كلياتها ، وهى ليست محل خلاف بين الفقهاء . وطلب من اللجنة ابقاء الفقرة كما هى لاحتمال تعارض مبادىء الشريعة مع القانون فلا يؤخذ منها فى هذه الحالة الا ما كان أكثر ملاءمة للقانون .

وقد انتهت هذه المناقشة بموافقة اللجنة على حذف عبارة « الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين » من الفقرة الثانية لأنها من قبيل التزيد(٥٣) . وأصبح النص بالشكل الموجود فى التقنين الآن وهو : « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

---

(٥٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ١ ، ص ١٩ - ١٩٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ومن الواضح أن مبادىء الشريعة الاسلامية التى يرجع اليها القاضى هى المبادىء الكلية التى لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة • وهذه المبادىء لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية الأساسية فى الشريعة الاسلامية • ورجوع القاضى اليها لا يعتبر تطبيقا لقواعد قانونية تفصيلية ، ولكنه استلهام للمبادىء العامة الكلية ، وللموجهات والأفكار الأساسية التى تقوم عليها الشريعة الاسلامية • وهذه المبادىء العامة تعتبر جزءا من المبادىء العامة للقانون المصرى • واذا وقع تعارض بين مبدأ عام وآخر ، فان المبادىء المستمدة من الشريعة الاسلامية تكون لها الأولوية على المبادىء المستمدة من القانون الطبيعى وقواعد العدالة • وسبب هذا التفضيل أن مبادىء الشريعة الاسلامية أكثر تحديدا من المبادىء المستمدة من القانون الطبيعى •

ومع ذلك فان مبادىء القانون الطبيعى التى أمكن التعبير عنها بصفة مؤقتة فى الاعلان العالمى لحقوق الانسان ، والتى انتقلت الى نصوص الدستور المصرى ، أصبحت مبادىء دستورية لها الأولوية فى التطبيق ليس فقط على مبادىء الشريعة الاسلامية ، بل وعلى أحكام التشريع العادى الأدنى مرتبة من الدستور ، لا باعتبارها من المبادىء العامة ، بل باعتبارها من المبادىء الدستورية •

ومبادىء الشريعة الاسلامية كغيرها من المبادىء العامة للقانون ، لا يرجع اليها القاضى الا اذا لم يجد قاعدة وضعية يمكن تطبيقها على النزاع • ومن باب أولى فان القاضى لا يطبق مبادىء الشريعة الاسلامية المتعارضة مع القواعد الوضعية المقررة فى هذا القانون(٥٤) •

---

(٥٤) يذهب رأى الى أن مبادىء الشريعة الاسلامية لا تنطبق اذا تعارضت مع المبادىء العامة للقانون المصرى ، راجع : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٦١ ، حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٣٦٧ • ومع ذلك فيبدو لنا أنه اذا تعارضت مبادىء الشريعة الاسلامية مع مبدأ من المبادىء المستمدة من القانون الطبيعى ، فان الأولوية فى التطبيق تكون لمبادىء الشريعة الاسلامية ، طبقا لما تقرره الفقرة الثانية من المادة الأول من القانون المدنى • أما اذا تعارضت مبادىء الشريعة الاسلامية مع مبدأ مقرر فى نص تشريعى أو عرف أو قضاء ، فان الأولوية فى التطبيق تكون للمبدأ الوضعى وليس لمبادىء الشريعة الاسلامية ، التى لا يرجع اليها القاضى أصلا اذا وجد قاعدة موضوعية يمكن تطبيقها •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويخلص مما سبق أن مبادىء الشريعة الاسلامية ، كغيرها من المبادىء العامة للقانون ، لا تعتبر من مصادر القانون الوضعى • فالقاضى لا يطبقها بصفة أصلية أو بصفة احتياطية ، ولكنه يستلهمها فقط عند عدم وجود قاعدة قانونية وضعية • وهو اذ يفعل ذلك انما يخلق الحل العادل للنزاع الذى ينبغى اعتباره من صنع القاضى ، وليس تطبيقا لقاعدة قانونية وضعية •

وكذلك فان المشرع يستلهم مبادىء الشريعة الاسلامية باعتبارها من المبادىء العامة للقانون المصرى ، عند وضع التشريعات التى تصدر عن ارادته ، والتى تعتبر هذه الارادة وحدها هى مصدرها • فلا يصح الخلط أبدا بين مصادر القانون وبين المبادىء العامة للقانون •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الرابع

التفرقة بين مصادر القانون والقوى الخلاقة للقانون

٨٣ - معيار التفرقة :

عندما ندرس المصادر المختلفة للقانون ، وهى التشريع والعرف والقضاء، سنرى كيف تولد القاعدة القانونية عن كل مصدر من هذه المصادر • فالقاعدة القانونية التشريعية توضع عن طريق السلطة التشريعية المختصة ، ثم تنفذ بعد ذلك عن طريق اصدارها ونشرها فى الجريدة الرسمية • ويعتبر النشر بمثابة شهادة ميلاد للقاعدة القانونية التشريعية • ويعتبر التشريع بمراحل تكوينه المختلفة (السن • والاصدار • والنشر) هو مصدر القاعدة القانونية المذكورة •

ولكن التشريع لم يخلق القاعدة القانونية من العدم ، بل هو خلقها كقاعدة قانونية ، بعد أن تأكد انتصارها كفكرة اجتماعية وسياسية •

والمجتمع يعيش فى صراع دائم من أجل القانون • وهو صراع من كل نوع تلعب فيه الكثير من القوى دورا خلاقا للقواعد القانونية • والقوى الخلاقة للقانون - وهو تعبير من ابتكار الفقيه الفرنسى جورج ريبير - هى القوى المتصارعة من أجل القانون(٥٥) • وكما يقول الفقيه الألمانى اهرنج « القانون قوة حية ، فاذا كان السلام هو الهدف الذى يسعى اليه ، فان هذا الهدف لا يمكن الوصول اليه الا عن طريق الصراع » ، ويقول أيضا فى خاتمة كتابه عن « الصراع من أجل القانون » ، ان « القانون هو سياسة القوة »(٥٦)•

والقوة التى تسعى الى فرض أفكارها فى صورة قواعد قانونية ، ليست بالضرورة قوة غاشمة ، بل المفروض هو العكس، لأن القوة الغاشمة لا تستطيع أن تتغلب فى المجتمع على قوى الحق والخير والعدل • فالخير فى الحياة أقوى من الشر ، والعدل أقوى من الظلم • والدليل على ذلك أن القواعد القانونية

---

(٥٥) G. RIPERT, Les forces créatrices pour le droit, op. cit., p. 71 et s.

(٥٦) Cité par G. RIPERT, op. cit., p. 72.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الموجودة فى كل دول العالم ، هى قواعد لا تجافى فى معظمها العقل والعدل • ولو كان الظلم أقوى من العدل فى الحياة لأصبحت القوانين الوضعية أجهزة للسلب والنهب والتعذيب والاستعباد • وربما حدث ذلك فى بعض فترات التاريخ ، ومن الممكن أن يحدث ذلك مستقبلا فى أى مجتمع من المجتمعات • ولكن الظلم لا يمكن أن يدوم • بل لا بد أن تقهره قوى العدل فى آخر الأمر • وتاريخ الانسانية هو انتصار مستمر للعدل على الظلم • وما الاعلان العالمى لحقوق الانسان ، والمبادىء الديمقراطية ، وأفكار الضمان الاجتماعى ، الا شواهد بارزة على هذا الانتصار •

ومع ذلك فان الصراع لا يتوقف أبدا ، وقوى الظلم تتربص بقوى العدل دائما • والانسان مطبوع على الانانية كما هو مطبوع على حب الخير • وكما يلاحظ « مونتسكيو » فان حالة الحرب توجد دائما بين الناس وبين الدول • فالكل يسعى الى تحقيق أكبر قدر من المصالح لنفسه على حساب الآخرين • ومن أجل ذلك يوجد القانون(٥٧) ولكن مع وجود القانون فان حالة الحرب لا تنتهى • بل ان القانون يصبح هو الوسيلة التى يسعى المتحاربون الى الاستيلاء عليها لتحقيق مصالحهم وأفكارهم •

واصدار القانون هو تعبير عن انتصار القوة التى كانت تصارع من أجله • وصدور القانون يعنى انتهاء الصراع بالنسبة لموضوع معين وحلول السلام محله • ولكنه سلام مؤقت ، فحياة القانون هى صراع دائم •

والصراع من أجل القانون يعنى أن العدل لا يفرض نفسه بنفسه ، بل لا بد من وجود أشخاص مؤمنين به يكافحون من أجله • فنظرية الصراع من أجل القانون ليس فيها تمجيد للقوة لذاتها ، بقدر ما فيها من نداء الى استخدام القوة من أجل العدل • فالعدل بغير قوة تفرضه وتحميه ، يظل فكرة مثالية بعيدة عن النظام الحقيقى للحياة(٥٨) •

والقانون الوضعى الصادر عن ارادة الدولة والمكفول بجزاء قهرى تباشره الدولة ، هو الوسيلة الرئيسية لتحقيق العدل ، كما أن العدل هو جوهر القانون •

---

(٥٧) MONTESQUIEU, De l'ésprit des lois, op. cit., Liv. I, Ch. 3, p. 9;

(٥٨) GENY, Justice et force pour l'intégration de la force dans le droit, dans les Etudes Capitant, 1938, p. 249.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والصراع من اجل القانون يتم عادة تحت اسم العدل • وقد يهدف فعلا الى تحقيق العدل • وقد يتستر فقط وراء العدل لتحقيق أغراض ومصالح خاصة أو غير عادلة فى ذاتها •

ومن النادر أن يتم الصراع من أجل القانون ، تحت شعار مضاد بشكل واضح لفكرة العدل • كالصراع الذى تقوده طبقة لسحق طبقة أخرى • وفى مثل هذه الحالة فان انتصار الصراع الطبقى يجعل من القانون تكريسا للظلم ، وليس نظاما للعدل (٥٩) •

والصراع من أجل القانون هو صراع بين الناس ، أى صراع بين الارادات المختلفة • فارادة الانسان هى التى تصنع القانون • وقد حاول بعض الفلاسفة مثل هيجل وماركس اشاعة القول بأن حركة التاريخ هى التى تصنع القانون ، وان تفكير الانسان لا يلعب فى ذلك أى دور يذكر • ومع ذلك فان أفكار هذين الفيلسوفين بالذات لعبت أكبر دور فى الصراع من أجل القانون فى الفترة التاريخية التى نعيشها الآن ومنذ أن انتصرت أفكار ماركس عن طريق الثورة الشيوعية فى كثير من دول العالم(٦٠) • ولو كانت حركة التاريخ هى التى تصنع القانون ، فماذا يكون الداعى الى الثورة ؟ ولماذا لا يترك التاريخ يتم أمره ؟ الواقع أن التاريخ ليست له حركة ذاتية ، وليس له معنى خاصا ، وليست له ارادة أصيلة • فالتاريخ هو حصيلة الصراع بين الارادات الانسانية • فلا ارادة الا للانسان ، ولا حركة الا للانسان • وارادة الانسان هى وحدها التى تصنع القانون •

وأهم أنواع الصراع من أجل القانون ، هى صراع الأفكار وصراع المصالح •

وصراع الأفكار قد يكون واسع النطاق يتعلق بالأفكار العامة للوجود ، وقد يكون أقل نطاقا من ذلك يتعلق بالاصلاح الاجتماعى أو اصلاح التعليم •••• الخ • وقد يكون صراعا من أجل فكرة معينة بالذات كاعطاء المرأة حق الانتخاب ، أو الدعوة الى الغاء عقوبة الاعدام •••• الخ •

---

(٥٩) ARISTOTE, Politique, Liv. 4, Ch. 16, p. 172.

وراجع ما سبق ، فقرة ٥٦ •

(٦٠) راجع ما سبق ، فقرة ٦٤ ، فقرة ٦٧ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وصراع المصالح قد يكون كذلك واسع النطاق يهدف الى تغيير النظام الاجتماعى كله عن طريق الثورة • وقد يكون أضيق نطاقا يهدف الى الدفاع عن مصلحة طائفة محدودة كالمعلمين أو العمال الموسميين ••• الخ •

والصراع بين الأفكار قد يكون هو ايضا صراعا بين المصالح : والعكس كذلك صحيح • فانه من غير الممكن الفصل بين المصالح والأفكار • فحياة الافراد والمجتمعات تتداخل فيها كل الاعتبارات•

والقوى المتصارعة من أجل القانون ، وهى القوى الخلاقة للقانون ، تباشر تأثيرها عن طريق وسائل كثيرة مختلفة منها الأحزاب السياسية فى الدول الديموقراطية ، والنقابات ، والمظاهرات ، والأحزاب ، والانتخابات ، والصحافة ، ورأس المال بما له من قوة تأثير أو ارهاب، والخبراء فى المؤسسات الصناعية والتجارية ، والتعليم ، والدين •

والصراع من أجل القانون ، يمكن أن يطلق عليه اصطلاح السياسة القانونية politique juridique على حد تعبير الأستاذ دابان • وهى التى تؤدى الى تكوين المادة الأولية للقاعدة القانونية(٦١) • واصطلاح السياسة القانونية أفضل من اصطلاح الحقائق donnés الذى استخدمه فرانسوا جنى للتعبير عن المادة الأولية للقانون ، كالحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية(٦٢) •

فالقانون لا يتكون من حقائق تفرض نفسها فرضا • ولكنه يتكون عن طريق سياسة ارادية قوامها الصراع الدائم من أجل القانون • وهذا الصراع لا يغفل الحقائق المشار اليها • ولكنه لا يخضع لها فى نفس الوقت • فالقانون هو أساسا عمل ارادى من صنع الانسان • وهكذا يمكن عن طريق تقريب نظريات اهرنج وريبير ودابان ، القول بأن الصراع من أجل القانون يتم عن طريق القوى الخلاقة للقانون ، وهو ما يمكن أن يسمى بالسياسة القانونية • ونتيجة لهذا الصراع تتكون المادة الأولية للقانون •

---

(٦١) J. DABIN, Technique de l'élaboration du droit possitif, op. cit., p. 36.

(٦٢) F. GENY, Science et technique, T. 2, p. 351 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن القانون لا يظهر الى الوجود بمجرد تكـــوين مادته الأولية ، بل لابد من صياغة هذه المادة الأولية فى شكل قواعد قانونية صالحة للتطبيـــق العملى ٠ وهنا يبدأ دور ما يسمى بالصـــياغة القانونيـــة technique juridique ٠ وأول وسائل الصياغة القانونية هو انشاء القاعدة بهـــذا الوصف ٠ أى تحويلها من مادة أولية الى قاعدة قانونية وضعية ، وتحقيـــق هذا التحويل عن طريق مصادر القانون ، وهى فى مصر ، التشريع ،والعرف، والقضاء ٠

وكما يقول الأستاذ جنى فانه « ينبغى الاعتراف بأن المصادر الشكلية للقانون ، تمثل أقوى وسائل الصياغة فى النظام القانونى ٠ فهى وحدها التى تصنع القانون الوضعى بالمعنى الحقيقى لهذه الكلمة »(٦٣) ٠

وهكذا يتضح معيار التفرقة بين القوى الخلاقة للقانون ، وبين مصـــادر القانون ٠ فالأولى هى التى تؤدى الى تكوين المادة الأولية للقـــــانون ٠ أما الثانية ، فهى التى تؤدى الى خلق القواعد القانونيـــة بالمعنى الفنى لهـــذا الاصطلاح ٠ والأولى ترادف ما يسمى بالسياسة القانونية ٠ أما الثانية فهى نقطة البداية فيما يسمى بالصياغة القانونية(٦٤) ٠

والتفرقة بين السياسة القانونية والصياغة القانونيـــة واضـــحة كل الوضوح بالنسبة للقواعد القانونية التشريعية ٠ فما يسبق وضـــع التشريع يدخل فى نطاق السياسة القانونية ، أما وضع التشريع فهو فى ذاته بداية الصياغة القانونية ٠

وهذه التفرقة تبدو أقل وضوحا بالنسبة للقواعد العرفية ، التى تتكون عن طريق تواتر الناس على الأخذ بها مع شعورهم بالزامهـــا ٠ ويكـــاد هنا يختلط تكوين المادة الأولية ، مع نشأة القاعدة القانونية ذاتها ٠ ومع ذلك

---

(٦٣) F. GENY, Science et Technique, op. cit., t. 3, p. 83.

(٦٤) يعطى الأستاذ ريبير معيارا للتفرقة أقل انضباطا من المعيار المذكور فى المتن ٠ فهو يقول ان القوى الخلاقة للقانون هى الينابيع تحت الأرضية ، التى تسهم فى تكوين الماء ٠ G. RIPERT, Forces créatrices, op. cit., p. 80.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فكما يقول الأستاذ جنى فان العرف باعتباره مصدرا شكليا للقاعدة القانونية « يجدد عن طريق تصرفات ارادية ، القانون النابع عن الحياة ذاتها . فهو بهذا ورغم كل شيء ، يظل وسيلة من وسائل الصياغة القانونية »(٦٥) .

والخلاصة أن مصادر القانون هى نقطة البداية فى الصياغة القانونية ، بينما تعبر القوى الخلاقة للقانون عن السياسة القانونية ، وعن الصراع من أجل تكوين المادة الأولية للقانون .

المبحث الخامس

التفرقة بين مصادر القانون ومضمون القانون مع تطبيق التفرقة على ما يسمى بالاحوال الشخصية

٨٤ - وضع المشكلة :

من الشائع القول فى الفقه المصرى ، أن هنـــاك ازدواجا فى المصـــدر الرسمى الأصلى للقانون بين التشريع والدين . فالتشريع هو المصدر الرسمى الأصلى العام الذى يرجع اليه ابتداء بشأن كل المعاملات والعلاقات ، أما الدين فهو المصدر الرسمى الأصلى الخاص الذى يرجع اليه ابتداء فى المسائل التى يطلق عليها اصطلاح الأحوال الشخصية .

والواقع أننا لا نرى مبررا للقول بهذا الازدواج . فمن ناحية لم تعـد أحكام الشرائع الدينية المختلفة هى المرجع فيما كان يطلق عليه قديما اصطلاح الأحوال الشخصية . بل أن معظم المسائل التى كانت تعتبر من قبيل الأحوال الشخصية أصبحت الآن خاضعة لتشريعات تنظمها طبقـا لقـــواعد موحدة بالنسبة للمصريين جميعا بغض النظر عن الاختلاف فى الديانة أو الملـة أو الطائفة . ويترتب على ذلك أن استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية للتعبير عن مجموعة المسائل التى يرجع بشأنها الى الشرائع الدينية ، من شأنه أن يؤدى الى نتائج خاطئة فى القانون ، لأن الكثير من هذه المسائل أصبح خاضعا

---

(٦٥) F. GENY, Science et technique, op. cit., T. 3, p. 82.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لأحكام تشريعية موحدة • فاصطلاح الأحوال الشخصية ، هو كما سنرى من مخلفات الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء فى ظل هذه الامتيازات(٦٦) : وقد انحصرت المسائل التى يرجع فى شأنها الى الشرائع الدينية فى علاقات الأسرة من زواج وطلاق وغير ذلك ، بل وفى بعض هذه العلاقات فقط •

ومن ناحية أخرى ، فانه فى النطاق المحدود الذى يرجع فيه الى الشرائع الدينية لأطراف النزاع ، فان هذا الرجوع لا يعنى أن هذه الشرائع هى مصدر القانون الذى يحكم هذا النزاع • بل هى تحدد فقط مضمون القواعد التى يطبقها القاضى • أما مصدر القانون فيظل هو دائما التشريع • والقاضى يطبق قواعد مصدرها التشريع ومضمونها مستمد من الشرائع الدينية • ونزيد كل هذه المسائل ايضاحا فيما يأتى :

٨٥ - المقصود باصطلاح الاحوال الشخصية :

ليس لاصطلاح الأحوال الشخصية مقابل فى الشريعة الاسلامية أو فى القانون الفرنسى • فاصطلاح المعاملات فى الشريعة الاسلامية ينصرف الى الزواج كما ينصرف الى البيع • والقانون المدنى فى فرنسا يضم قواعد الزواج والميراث الى جانب قواعد الالتزامات والحقوق العينية •

وقد بذلت عدة محاولات قضائية وتشريعية لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، والنتائج التى وصلت اليها هذه المحاولات كلها تقريبية • والسبب فى ذلك انه لا توجد تفرقة حاسمة فى معاملات الناس بين المسائل المالية والمسائل الشخصية • وبعض المسائل لها طبيعة مزدوجة كالميراث مثلا• ومن ثم ينبغى أخذ التعريفات التى أعطيت على أنها تعبر فقط عن الاتجاه العام للفكرة •

وأول هذه التعريفات صدر عن محكمة النقض فى حكم شهير لها فى

---

(٦٦) راجع فى هذا الموضوع : مقالنا ، اصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء ، مجلة الحقوق للعام الجامعى ١٩٦٨/٦٩ ، منشورة ١٩٧٠ ، ص ١٧٣ وما بعدها •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢١ يونيو ١٩٣٤(٦٧) قررت فيه أن « الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية ككونه ذكرا أو انثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو ابنا شرعيا ، أو كونه تام الاهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية ٠

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ٠ واذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية ٠ غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية ـ وكلها من عقود التبرعات ـ تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب اليه ديانة ٠ فالجاه هذا الى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها ٠ على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية اذا نظرت فى شىء مما تختص به من تلك العقود ، فان نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها » ٠

ويأخذ بعض الفقه على هذا التعريف انه لا يخص الأهلية بالذكر ، واعتبرها داخلة ضمن حالة الشخص ٠ مع أن الأهلية متميزة عن الحالة وان كانت متأثرة بها ٠ ومن ناحية أخرى يؤخذ على هذا التعريف انه يكاد يرادف بين اصطلاح الحالة وبين اصطلاح الأحوال الشخصية(٦٨) ٠

وأخيرا ينتقد هذا التعريف لأنه أدخل الوقف والهبة والوصية فى الأحوال الشخصية رغم أنها بحسب الأصل من الأحوال العينية ، وذلك تمشيا مع المشرع الذى جعل الاختصاص فى هذه المسائل لقضاء الأحوال الشخصية ، وبهذا أخضع تعريف محكمة النقض فكرة الأحوال الشخصية

---

(٦٧) نقض مدنى فى ٢١ يونيو ١٩٣٤ ، مجلة المحاماة ، ص ٨٧ ٠

(٦٨) حامد زكى ، أصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٤٦ ، ص ١٣١ ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

العلمية لقواعد الاختصاص القضائى ، وبهذا فقد هذا التعريف أهميته فى أن يكون أساسا علميا للتفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية(٦٩) .

والحق أننا لا نوافق على هذا النقد الأخير لأنه فى تقديرنا لا توجد فكرة علمية جامدة لما يسمى بالأحوال الشخصية . ولا يوجد أى أساس علمى للفصل بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية . والمسألة أولا وأخيرا هى مسألة اختصاص . فالأحوال الشخصية ليست سوى المسائل التى كان يختص بنظرها قضاء الأحوال الشخصية ، ويسرى عليها القانون الشخصى . وقد تكون هناك فكرة تقريبية للتفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ، ولكن هذه الفكرة لا تعتبر أساسا علميا دقيقا للفصل بين طائفتين مستقلتين من معاملات الأفراد .

ولعل لتعريف محكمة النقض فضل فى الاشارة الى هذه الفكرة التقريبية وقوامها المسائل المتعلقة بالشخص مباشرة والمتأثرة بعقيدته الدينية .

ومحكمة النقض لم تضل عن الموجه العام للتفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ، أو لم تقل أن الوقف والهبة والوصية من الأحوال الشخصية ، ولكنها قالت ان هذه المسائل هى بحسب الأصل من المسائل العينية لتعلقها بالمال واستحقاقه أو عدم استحقاقه ، ومع ذلك فقد اعتبرها المشرع من قبيل الأحوال الشخصية وأعطى الاختصاص فيها لدوائر الأحوال الشخصية ، لأن هذه المسائل تقوم على فكرة التصدق المندوب اليه ديانة .

ويستفاد من هذا أن هناك مسائل الأحوال الشخصية ، وهناك مسائل من قبيل الأحوال الشخصية ، وأنه ليست هناك طائفة من المعاملات محددة تحديدا علميا دقيقا هى الأحوال الشخصية .

وبعد صدور حكم النقض السابق ذكره حاول المشرع تحديد المقصود بالأحوال الشخصية مرتين : الأولى فى نص المادة ٢٨ من لائحة التنظيم

---

(٦٩) توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، الطبعة الثانية ، ص ٢٨ - ٢٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القضائى للمحاكم المختلطة التى صدرت بعد توقيع اتفاقية مونترو عام١٩٣٧ وأعطت المحاكم المختلطة الاختصاص فى نظر الأحوال الشخصية للأجانب الى جانب المحاكم القنصلية . والمرة الثانية فى نص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الذى أعطى الاختصاص للمحاكم الوطنية فى نظر مسائل الأحوال الشخصية للأجانب . والنص الثانى يكاد يكون منقولا نقلا حرفيا من النص الأول ، ولذلك نكتفى بذكره منعا للتكرار . تنص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء على أن « تشمل الأحوال الشخصية المنصوص عليها فى المادة السابقة ، المنازعات فى المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالابوة وانكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب والتبنى ، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت » .

والتعريف الذى وضعه المشرع يتفق مع تعريف محكمة النقض فى التعبير عن نفس الاتجاه ، وان كان أكثر منه تفصيلا وربما أكثر انضباطا . غير أن المشرع بدوره لم يحاول وضع تعريف دقيق لفكرة علمية منضبطة ، ولكنه أشار فقط للمسائل التى يمكن اعتبارها من الأحوال الشخصية . وبوجود هذا النص لم يعد هناك مبرر لأى اجتهاد علمى آخر ، خاصة وأن المسألة لا تتعلق كثيرا بالصياغة العلمية الدقيقة .

والأحوال الشخصية حسب هذا النص تشمل أربع مسائل رئيسية :

١ - المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته .

٢ - نظام الأسرة من زواج وطلاق ونسب الى غير ذلك .

٣ - الولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتا .

٤ - المواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد جاء الوقت الآن للبحث عن الفائدة العلمية أو النظرية لجمع هـذه المسائل تحت اسم واحد هو الأحوال الشخصية • وسينتهى بنا هذا البحث الى وضع تقدير نهائى لقيمة هذا الاصطلاح •

٨٦ - عدم وجود فائدة لاصطلاح الاحوال الشخصية :

كانت لاصطلاح الأحوال الشخصية أهمية عملية فى المـاضى بالنسبة للأجانب وبالنسبة للمصريين على السواء(٧٠) •

---

(٧٠) الأهمية العملية التى كانت لاصطلاح الأحوال الشخصية فى ظل الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء دعت الأستاذ حسن بغدادى الى تخصيص رسالته للدكتوراه لبحث الأساس الفنى للتفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية •

Hassan A. BAGHDADI, Origine et technique de la distinction des statuts personnel et en Egypte, thèse, Le Caire, 1937.

وقد خصص المؤلف الجزء الأول من رسالته لدراسة نظرية الأحوال (القوانين) عنـد المحشيين من فقهاء المدرسة الايطالية وتأثير هذه النظرية على القانون الفرنسى والقانون الايطالى ، وكذلك لدراسة القاعدة المقررة فى الشريعة الاسلامية من ترك غير المسلمين وشأنهم فى مسائل الزواج والخمر ولحم الخنزير على خلاف مبدأ اقليمية القوانين فى هذه الشريعة •

أما الجزء الثانى فى الرسالة فقد خصصه المؤلف لدراسة التفرقة فى القـانون الوضعى المصرى على ضوء القوانين المختلطة والأهلية المطبقة فى ذلك الوقت (المواد ٤ من القانون المدنى المختلط ، ٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة ، ١٦ من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية والأحكام القضائية المطبقة بهذا الخصوص) •

وبعد الجهد الكبير الذى بذله المؤلف فى البحث عن أسـاس فنى لاصطلاح الأحـوال الشخصية والأحوال العينية ، فان النتيجة كانت مـع ذلك سلبية مما دعاه الى رفض هـذه الاصطلاحات باعتبارها مضللة ومخيبة للأمل •

(étiquette trompeuse ... facade décevante). p. III.

وهو يدعو الفقه والقضاء الى التخلص من هذه الاصطلاحات •

il serait, certes, souhaitable que la doctrine et la jurispurdence se décident à répudier ces termes archaiques et faussés de (statuts personnel et réel, termes qui nous ont valu un passé fécond en déviations et divergences) p. 373.

وفى آخر جملة من رسالته يحذر المؤلف من اقحام هذه الاصطلاحات فى صياغة النصوص التشريعية •

Mais, qu'on se garde de laisser glisser dans les textes legislatifs les termes de (statuts personnel et réel) qui ne sauraient servir qu'à évoquer les souvenirs d'une confusion des plus déplorables et des plus déroutante). p. 376.

وقد جاءت دعوة الدكتور حسن بغدادى الى التخلص من اصطلاحات الأحـوال الشخصية والأحوال العينية فى وقت كان النظام القانونى فى مصر يعتمد الى حد كبير هذه الاصطلاحات ذاتها • أما الآن وبعد زوال الامتيازات الأجنبية وتوحيد جهات القضاء وتوحيد القوانين فان الدعوة الى الكف عن استخدام اصطلاح الأحوال الشخصية أصبحت أمرا طبيعيا بل لازما •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فبالنسبة للأجانب كانت المحاكم القنصلية هى المختصة بنظر أحوالهم الشخصية ، أما المسائل المالية فكانت المحاكم المختلطة هى المختصة بنظرها(٧١) . ولهذا كان من الأهمية بمكان معرفة ما اذا كان النزاع متعلقا بالأحوال الشخصية أم بالأحوال العينية ، لتحديد ما اذا كانت المحكمة المختصة هى المحكمة القنصلية أم المحكمة المختلطة . وبعد توقيع اتفاقية مونترو وفى فترة الانتقال أصبحت المحاكم المختلطة مختصة بنظر الأحوال الشخصية للأجانب الا اذا كان النزاع يتعلق بأتباع دولة وقعت على الاتفاقية واحتفظت لمحاكمها القنصلية بالنظر فى مسائل الأحوال الشخصية(٧٢) . وفى هذه الفترة أيضا بقى هاما معرفة ما اذا كان النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أم لا ، لتحديد اختصاص المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة(٧٣) .

أما بعد فترة الانتقال عام ١٩٤٩ ، وزوال كل أثر للامتيازات الأجنبية، وانتقال الاختصاص بنظر الأحوال الشخصية للأجانب الى المحاكم الوطنية التى تستهدى فى تحديد القانون الواجب التطبيق بقواعد الاسناد المنصوص عليها فى القانون المدنى المصرى ، فقد زالت كل فائدة علمية لاصطلاح الأحوال الشخصية سواء بالنسة لتحديد الاختصاص القضائى أو الاختصاص التشريعى . فبالنسبة للاختصاص القضائى أصبح القاضى الوطنى هو المختص بنظر كل المنازعات المتعلقة بالأجانب سواء تعلقت بالمسائل الشخصية أو المسائل المالية ، فلم تعد هناك أهمية على الاطلاق لمعرفة ما اذا كان النزاع

---

(٧١) المادة التاسعة من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة .

(٧٢) المادتان ٢٧ ، ٥٦ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة عام ١٩٣٧ .

(٧٣) حاولت المحاكم المختلطة فى فترة الانتقال بسط اختصاصها فى بعض الحالات على مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين أنفسهم . راجع ، حامد زكى ، ضرورة وضع تشريع تنفيذى لبعض أحكام اتفاقات مونتريه ، مجلة الحقوق ، السنة الأولى ، العدد الثالث ، ١٩٤٣ ، ص ٥٩٧ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يتعلق بهذه المسائل أو تلك ، لأن القاضي الوطني يختص بنظره في جميع الأحوال(٧٤) .

وبالنسبة للاختصاص التشريعي أو تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع ، فان قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص وهي التي تسمى قواعد

---

(٧٤) واختصاص القاضي الوطني بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي يتحدد طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي . وكان المشرع قد نص على هذه القواعد في المادة الثالثة من قانون المرافعات الصادر عام ١٩٤٩ . ولم يشر المشرع في هذا النص الى الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية بل ترك الحكم عاما يسري على هذه المسائل جميعا دون تفرقة . ولم يكن النص كافيا على أي حال للاحاطة بكل قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية . وقد أصدر المشرع بعد ذلك القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ باضافة كتاب رابع الى قانون المرافعات « في الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية » . ونص في الفصل الأول من الباب الأول من هذا الكتاب على « قواعد الاختصاص العام للمحاكم المصرية في مسائل الأحوال الشخصية » (المواد ٨٥٩ - ٨٦٧) . ونصت الأبواب الأخرى على قواعد الاجراءات الخاصة بنظام الأسرة ، والتركات ، والولاية على المال ، (المواد ٨٩١ - ١٠٣٢) .

والكتاب الرابع من قانون المرافعات الذي يحمل اسم الأحوال الشخصية يعتبر مثلا فريدا على العيوب في الصياغة القانونية . فهو قد أضيف الى قانون المرافعات ليحل محل الباب الخامس من قانون المرافعات المختلط ، والذي ألغي بصدور قانون المرافعات لسنة ١٩٤٩ باستثناء الباب الخامس منه الخاص بالاجراءات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية . فكأن قانون المرافعات الوطني لا يضع حدا نهائيا لآثار الامتيازات الأجنبية . بل على العكس يبقى عند صدوره بعض أحكام قانون المرافعات المختلط ، ثم يستضيف هذه الأحكام باضافة كتاب رابع اليه يتضمن نصوصها بعد ادخال ما يراه عليها من تعديلات .

واذا كان الكتاب الرابع في مجموعه يشهد على تخلف آثار الامتيازات الأجنبية في عقلية المشرع المصري بتخصيص قواعد مرافعات للأجانب تختلف عن قواعد المرافعات الخاصة بالوطنيين وهو ما لا مقابل له في قانون أية دولة مستقلة ذات سيادة ، فان العذر الوحيد الذي كان يمكن أن يلتمس للمشرع هو انه عند صدور قانون المرافعات سنة ١٩٤٩ ، وعند اضافة الكتاب الرابع اليه سنة ١٩٥١ ، لم تكن هناك قواعد مرافعات موحدة بالنسبة للمصريين أنفسهم ، بل كانت اجراءات التقاضي بالنسبة لهم موزعة بين المحاكم الشرعية والمجالس الملية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية . أما الآن فقد زال هذا العذر بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية وتوحيد جهة التقاضي واجراءاته بالنسبة للمصريين . ولهذا أصبح من اللازم الغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات الذي يخص الأجانب بقواعد غير تلك التي يخضع لها المصريون .

والخلاصة ان الكتاب الرابع من قانون المرافعات يعتبر مثلا على العيب في الصياغة القانونية حيث يختص الأجانب بقواعد مرافعات غير تلك التي يخضع لها المصريون ، وحيث يضع القواعد العامة للاختصاص القضائي للمحاكم المصرية تحت اصطلاح الأحوال الشخصية . ولهذا لم يكن قانون المرافعات الجديد لسنة ١٩٦٨ موفقا في الابقاء على الكتاب الرابع . وان كان قد وفق في النص على قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية في أحكام عامة تسري على المنازعات جميعا دون اعتداد بفكرة الأحوال الشخصية .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تنازع القوانين ، هى التى تحدد القانون واجب التطبيق • وقد نص المشرع على قواعد الاسناد فى المواد (١٠ - ٢٨ من القانون المدنى) • والقانون الواجب التطبيق يختلف بحسب نوع العلاقة المعروضة • ولهذا ينبغى تحديد نوع العلاقة تحديدا دقيقا • وهذا التحديد يسمى فى القانون الدولى الخاص بالتكييف •

ولا يجدى شيئا فى تكييف العلاقة القانونية القول بأنها من الأحوال الشخصية ، لأن القانون الواجب التطبيق ليس واحدا بالنسبة لكل مسائل الأحوال الشخصية • فمثلا القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة الزواج هو قانون كل من الزوجين أى الزوج والزوجة (م ١٢) • بينما القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج هو قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وحده وقت الزواج (م ١٣/١) • أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق • ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت رفع الدعوى (م ١٣/٢) •

وعلى هذا اذا تزوج انجليزى بفرنسية ثم غير الزوج جنسيته بعد الزواج واكتسب الجنسية الكندية وعرض نزاع بين هذين الزوجين على القاضى المصرى فيجب تكييف هذا النزاع تكييفا دقيقا لتحديد القانون الواجب التطبيق • فاذا تعلق النزاع بصحة الزواج طبق القاضى القانونين الانجليزى والفرنسى فى نفس الوقت • واذا تعلق النزاع بآثار الزواج طبق القاضى القانون الانجليزى وحده وهو قانون الزوج وقت انعقاد الزواج • واذا تعلق النزاع بدعوى تطليق ، طبق القاضى القانون الكندى وهو قانون الزوج وقت رفع الدعوى • ولا يكفى أبدا القول بأن النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية لأن لهذا الاصطلاح مدلول واسع ولا يعتبره المشرع فكرة مسندة تصلح أساسا لتحديد القانون الواجب التطبيق • فالقوانين الواجبة التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية تختلف من مسألة الى أخرى وقد عنى المشرع بتحديد هذا القانون بالنسبة لكل مسألة منها ولم يعد للاصطلاح فى عمومه أدنى فائدة فى هذا الشأن(٧٥) •

---

(٧٥) لم يستخدم المشرع اصطلاح الأحوال الشخصية فى أى قاعدة من قواعد تنازع

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أما بالنسبة للمصريين ، فكانت للاصطلاح أهمية فى الماضى حيث كانت المحاكم الأهلية تختص فقط بالنظر فى المنازعات المالية، أما الأحوال الشخصية فكانت تختص بها المحاكم الشرعية والمجالس الملية(٧٦) .

ومن ناحية أخرى لم يكن القانون المدنى هو المطبـــق على المصريين فى أحوالهم الشخصية ، وانما كان القانون المطبق هو القـــانون الشخصى وهو الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين والشرائع الأخرى بالنسبة لغيرهم . فكان تعلق النزاع بالأحوال الشخصية يترتب عليه من حيث المبدأ اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية بنظره ، وسريان القانون الشخصى عليه . فكانت للاصطلاح أهمية فى تحديد الاختصاص القضـــائى ، والاختصـــاص القانونى فى طائفة كبيرة من معاملات الأفراد .

وبصدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية

القوانين ومع ذلك فجدير بالذكر بالنسبة لعقد الهبة وهو عقد من العقود المالية التى ينظمهـــا القانون المدنى فى المواد من ٤٨٦ الى ٥٠٤ ، أنه عند صدور قانون نظام القضاء لسنة ١٩٤٩ بعد صدور القانون المدنى نصت المادة ١٤ منه على أن « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة الى غير المصريين اذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » . وقد قيل تفسيرا لهـذا النص ، أن المشرع المصرى خرج فيما يتعلق بالهبة وحدها عن القاعدة العامة فى التكييف والتى على أساسها يرجع القاضى الى قانونه الوطنى لتكييف العلاقات المختلفة . (منصور مصطفى منصـــور ، تنـــازع القوانين ، ص ٢٨٢) والواقع أن هذا النص ينطوى على عيب كبير فى الصياغة القانونية ، لأن التكييف لا يكون الا بادخال العلاقة موضوع النزاع فى فكرة من الأفكار المسندة التى يستخدمها المشرع فى قواعد تنازع القوانين ونظرا لأن المشرع لا يستخدم فكرة الأحوال الشخصية كفكرة مسندة فى قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص ، فان هذا النص سيؤدى حتما الى الاضطراب فى البحث عن القانون الواجب التطبيق على الهبة . وقد ظهر هذا الاضطراب فعلا فى التساؤلات التى أثارها الفقه حول هذا النص . فما هو القانون الذى يرجع اليه فى تحديد ما اذا كانت الهبة من الأحوال الشخصية أم لا ؟ هل هو قانون الواهب أم قانون الموهوب له ؟ واذا كان هو قانون الواهب ، فهل هو قانون الواهب وقت الهبة أم وقت الوفاة ؟ واذا تبين حسب القانون الذى يرجع اليه فى التكييف ، أيا كان هذا القانون ، أن الهبة من الأحوال الشخصية ، فما هو القانون الذى يسرى عليها بعد ذلك ؟ هل هو قانون الواهب أم قانون الموهوب له ؟ وهل هو قانون الواهب وقت الهبة أم وقت الوفاة . كل هذه تساؤلات يحاول الفقه أن يجيب عليهـــا باجتهاد لا يعتمد على النص ذاته . (منصور مصطفى منصور : تنازع القوانين ص ٢٨٧) . وفى تقديرنا أن هذا النص الذى لا زال يعطى قيمة وضعية لاصطـــلاح الأحوال الشخصية بالنسبة للهبة ، لا يعدو أن يكون أثرا من آثار الامتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضـــاء ، كغيره من النصوص الأخرى التى لا زالت تستعمل هذا الاصطلاح حتى الآن .

(٧٦) المادة ٧٦ من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

والمجالس الملية ، أصبحت المحاكم مختصة بنظر منازعات المصريين فى مسائلهم المالية وأحوالهم الشخصية على السواء ، واختصاصها بنظر الأحوال الشخصية عام على المصريين جميعا باختلاف مللهم وطوائفهم • وبهذا انتهت كل فائدة عملية فى اعتبار مسألة ما من الأحوال الشخصية لتحديد الاختصاص القضائى • فسواء كان النزاع ماليا أو شخصيا فالمحكمة المختصة هى دائما نفس المحكمة حتى ولو أخذ بنظام التخصص فى هذه المحكمة وما يترتب عليه من تقسيم دوائرها الى دائرة مدنية أو تجارية أو شخصية ، فهذا تقسيم داخلى لا يثير تنازعا فى الاختصاص •

ورغم توحيد جهة الاختصاص القضائى ، فلم توحد القواعد الموضوعية بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية • فلا يزال المبدأ بشأنها هو مبدأ تعدد الشرائع بحسب ديانة أطراف النزاع • وهذا ما تنص عليه المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى تقرر انه « تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة • أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم » •

وبحسب الظاهر من هذا النص ، فان اعتبار مسألة ما من الأحوال الشخصية ، يترتب عليه تطبيق الشريعة الدينية ، وهى الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين ، والشرائع الأخرى بالنسبة لغيرهم •

ومع ذلك فهذا النظر ليس صحيحا ، وذلك لصدور قوانين موحدة بالنسبة لمعظم مسائل الأحوال الشخصية ، تسرى على المصريين جميعا من مسلمين وغير مسلمين • وبصدر هذه القوانين انحصر مبدأ تعدد الشرائع فى طائفة واحدة من مسائل الأحوال الشخصية هى علاقات الأسرة •

١ - فبالنسبة للحالة والأهلية لا تسرى عليها الشريعة الدينية ، وانما القانون المدنى فى المواد من ٢٩ الى ٥١ من التقنين المدنى • فاذا عرض نزاع

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يتعلق بحالة الشخص أو أهليته وقلنا ان هذا النزاع من الأحوال الشخصية ولذلك تسرى عليه الشريعة الدينيـــة للشخص ، فاننا نقرر حكما خاطئا فى القانون • أى أن استخدام فكرة الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق ليست له فائدة بالنسبة للحالة والاهلية ، بل انه يؤدى الى نتائج تخالف حكم القانون •

٢ ـ وبالنسبة لمسائل الولاية والوصايةوالقوامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتا ، فهى أيضا تخضع لقـــانون موحـــد بالنسبة للمصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين ، وهو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ • وعلى هذا النحو اذا عرض نزاع يتعلق بمسألة من هذه المسائل ، فلا يصح الالتجاء الى فكرة الأحوال الشخصية لتحـــديد القـــانون الواجب التطبيق ، ولا يعتبر الالتجاء الى فكرة الأحوال الشخصيةعديم الفائدة فحسب، بل انه يخالف القانون أيضا •

٣ ـ بالنسبة للميراث والوصية والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت • فالقوانين المطبقة عليها موحـــدة بالنسبة للمصريين جميعا مسلمين وغـــير مسلمين •

وعندما صدر قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ جـــاء فى المذكرة الايضاحية لمشروعه التمهيدى « وستطبق هذه الأحكام عـــلى جميع المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين بشأن كل المسائل أو المنازعات الخاصة بالميراث أو الوصية » •

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن «قوانين المواريث والوصية ، وأحكام الشريعة الاسلامية فيها هى قانون البلد فيمـــا يتعلق بالمواريث والوصايا • على انه اذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكـــون التوريث طبقا لشريعة المتوفى » •

ويلاحظ أن قوانين المواريث والوصية مستقاة من الشريعة الاســلامية وانها تطبق على المصريين جميعا باعتبارها الشريعة العامة لا باعتبارها شريعة دينية •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

والنص السابق ذكره يعطى اختصاصا تحكيميا للشرائع الأخرى غير الشريعة الاسلامية اذا اتفق على ذلك جميع الورثة فى نظر الشريعة الاسلامية. فكأن الشريعة الاسلامية هى التى تحدد الورثة ثم ينبغى على هؤلاء أن يتفقوا بالاجماع على تطبيق الشريعة الدينية لمورثهم فى تحديد الأنصبة فقط ، بفرض أن هذا التحديد يختلف فى هذه الشريعة عنه فى الشريعة الاسلامية .

وتصور حدوث مثل هذا الاتفاق أمر صعب ، لأنه لا يعقل أن يكون نصيب أحد الورثة قدرا معينا حسب الشريعة الاسلامية المنطبقة أصلا ، ثم يرضى هذا الشخص بتطبيق شريعة أخرى تعطيه نصيبا أقل .

واذا حدث ذلك فرضا ، فلا يعدو الأمر أن يكون تبرعا من صاحب النصيب الأكبر الى غيره من الورثة ، وهو تصرف فى الحق بعد ثبوته ، ولا يعتبر بحال تطبيقا للشريعة غير الاسلامية على الميراث ، لأن تحديد شخص الوارث وثبوت حقه فى الارث تقرر بناء على أحكام الشريعة الاسلامية . ويشبه هذا التصرف التخارج ، ولكنه يختلف عنه فى انه من قبيل التبرعات بينما التخارج من المعاوضات . ويشترط لصحة الاتفاق على الاحتكام الى الشريعة الخاصة فى تحديد الأنصبة توافر أهلية التبرع لدى الوارث الذى يضار من اعادة التوزيع على هذا الشكل .

ونظرا لصعوبة حدوث مثل هذا الاتفاق ، فان القضاء فيما نعلم لم يعرض عليه اتفاق من هذا النوع . ولكن من ناحية أخرى نظرا لأن المسألة تنتهى فى آخر الأمر الى أنها تقرير لحق الوارث فى التبرع بحقه بعد ثبوته ، فلا يحتاج الأمر فيها الى نص خاص ، اكتفاء بالقواعد العامة فى التبرعات ، دون حاجة الى القول بأن هناك تعددا فى الشرائع فى مسائل الميراث .

وعند صدور القانون المدنى الجديد ، نصت المادة ٧٨٥ منه على أن : « تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الارث وانتقال أموال التركة اليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها » ، ونصت المادة ٩١٥ على أن : « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها » .

وجاء فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى أن قانون الملة « لا ينطبق

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حتى ولو اتفق الورثة على أن يطبق »(٧٧) .

وقد أخذ جانب من الفقه بهذا الرأى على أساس أن نصوص القانون المدنى نسخت نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ »(٧٨) .

وفى رأى آخر أن نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ يبقى قائما استثناء من نصوص القانون المدنى ، لأن هذه النصوص عامة ، والعام لا ينسخ الخاص ولو كان لاحقا عليه ، وأن ما جاء بالمذكرة الايضاحية غير ملزم لأنه يعبر فقط عن رأى واضع المذكرة الايضاحية لا عن حكم القانونى(٧٩) .

وفى تقديرنا أن الجدل حول بقاء نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ أو نسخه بمقتضى القانون المدنى لا يؤدى الى شىء ، لأن هذا النص ذاته لم يكن يقرر حكما خاصا فى تعدد الشرائع بشأن الميراث كما سبق القول ، وكل ما يستفاد منه هو تقرير حق الوارث بمقتضى الشريعة الاسلامية فى التصرف فى حقه تبرعا الى غيره من الورثة ولو سمى هذا احتكاما لشريعته الدينية . ومثل هذا التبرع جائز بغير نص . فلا أهمية لبقاء هذا النص أو الغائه .

ولذلك نرى انه فيما يتعلق بالوصية والميراث فان القانون المطبق هو ما صدر بشأن هذه المسائل من أحكام مستمدة من الشريعة الاسلامية ، وما تقضى به هذه الشريعة فى غير الأحكام المنصوص عليها ، ولا يوجد تعدد فى الشرائع بشأن الميراث والوصية للأسباب التى نجملها فيما يلى :

١ - ان هذا التعدد لم يوجد فى أى وقت حتى مع وجود نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ حسب الشرح السابق .

---

(٧٧) مكرر) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جـ ٦ ، ص ٢٠٥ .

(٧٨) من المراجع التى أشار اليها الدكتور حسن كيره فى أصول القانون ، الطبعة الثانية ص ٢٢٨ هامش ١ : عبد المنعم الشرقاوى ، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، ص ١٩٩-٢٠٠ ، عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق ، ١٩٥٠ ، فقرة ٣٨ ، محمد على عرفة ، أسباب كسب الملكيه ، ١٩٥٢ ، فقرة ٣٨٦ ، وفقرة ٣٩٦ .

(٧٩) حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ هامش ١ ، توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٧٠ ، أحمد سلامة ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثالثة ، ص ٥٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٢ - ان روح نصوص قانون المواريث وقانون الوصية والقانون المدنى تعبر عن الاتجاه نحو وضع قواعد موحدة فى هذه المسائل ٠

٣ - ان تطبيق شريعة غير الشريعة الاسلامية على الميراث فرض نظرى لم يحدث عملا ، ولا نعرف له مثلا فى القضاء ٠ وفى الحالات التى تعرض فيها القضاء للقانون واجب التطبيق على مسائل الميراث والوصية قطع فيها بمبدأ وحدة القانون ٠ وهذا ما تقرره محكمة النقض فى حكمها الصادر فى أول ابريل عام ١٩٤٣ « ان المواريث عموما ، ومنها الوصية هى وحدة واحدة وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين وفق قواعد الشريعة القائمة »(٨٠) ٠

٤ - أن تطبيق الشريعة الدينية على غير المسلمين وما يترتب عليه من تعدد الشرائع ينبغى أن ينحصر فى المسائل التى تمس العقيدة الدينية ،والتى قد يحرص غير المسلمين على تطبيق شريعتهم الخاصة عليها أخذا بمبدأ حرية العقيدة ٠ وهى المسائل التى يعبر عنها حكم النقض السابق ذكره بأنهـــا « المواد المذهبية أو الروحية » ٠ والميراث بيقين ليس من هـــذه المسائل ٠ وبالنسبة للمسيحيين وهم الطائفة الكبرى من غير المسلمين ، لا نعتقـد انه يعنيهم كثيرا الاحتكام الى شريعتهم الخاصة فى الميراث ٠ بل اننـــا نستطيع القول أنه لا توجد لديهم شريعة خاصة فى هذا الشأن حتى ولو وجدت أحكام نشأت فى أوقات متأخرة تاريخيا ٠

ويكفى القول للتدليل على هذا ما جاء فى الانجيل من أن السيد المسيح رفض أن يقضى فى مسألة ميراث ، وقال لمن جاء يحتكم اليه ، اذهب عنى ، من أقامنى قاضيا بينكم ٠٠(٨١) ٠

والخلاصة اذن انه بالنسبة للمواريث والوصايا والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، فيسرى عليها قانون موحد بالنسبة للمصريين جميعا ٠ ولذلك لم يعد مجديا الالتجاء الى فكرة الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل ٠

---

(٨٠) مجموعة عمر ، جـ ٤ ، ص ٨٤ ٠

(٨١) جاء فى الانجيل أن أحدهم قال للمسيح « يا معلم قـــل لأخى أن يقاسمنى الميراث فقال له يا انسان من أقامنى عليكما قاضيا أو مقسما » (انجيل لوقا : اصحاح ١٢ ، ١٣ ، ١٤)

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويتبين من الاستعراض السابق انه بالنسبة للمصريين لم يعد صحيحا القول بأن الأحوال الشخصية تتعدد بشأنها الشرائع ويحكمها القانون الدينى بالنسبة للطوائف الدينية المختلفة ، لأن معظم المسائل المعتبرة من الأحوال الشخصية وهى أولا الحالة والأهلية ، وثانيا الولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتا، وثالثا الميراث والوصية والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، أصبحت الآن خاضعة لقوانين موحدة تسرى على المصريين جميعا دون اعتبار لعقيدتهم الدينية .

ولم يبق من مسائل الأحوال الشخصية خاضعا لمبدأ تعدد الشرائع سوى الأسرة من زواج وطلاق وغير ذلك .

ولهذا لم تعد لفكرة الأحوال الشخصية بما ينطبق عليه هذا الاصطلاح من مسائل ، فائدة عملية فيَ تحديد القانون الواجب التطبيق على أى من هذه المسائل . بل ان استخدام هذه الفكرة لتحديد القانون الواجب التطبيق قد يؤدى الى نتائج تخالف حكم القانون . لأنه لو قيل ان مسألة ما ، تتعلق بالأحوال الشخصية ، ومن ثم تطبق عليها الشريعة الدينية ، فان هذا القول يكون غير صحيح بالنسبة للكثير من المسائل .

وعلى هذا النحو فان اصطلاح الأحوال الشخصية لم يعد صالحا لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمصريين ، ورأينا كذلك انه غير صالح لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأجانب . أما تحديد الاختصاص القضائى فلا حاجة فيه الى هذا الاصطلاح أيضا ، لأن المحاكم المختصة ، واحدة بالنسبة لجميع المصريين وكذلك بالنسبة الأجانب فى جميع المعاملات .

٨٧ - المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ :

تنص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن «تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة . أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم » .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وتنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المشار اليها فى هذا النص على أن « تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هـــذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصـــة فيجب فيها ان تصـــدر الأحكـــام طبقا لتلك القواعد » .

ويلاحظ أن نص المادة السادسة من القـــانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يفترض أن الشرائع تتعدد فى مصر بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصـــية ، ويضع قاعدة لتحديد الشريعة واجبة التطبيق .

وتعتبر صياغة النص على هذا الوجه معيبة لأن القانون أصبح موحدا ، كما سبق أن أوضحنا ، فى معظم مسائل الأحوال الشخصية ، ولم يبق من مسائل الأحوال الشخصية دون توحيد سوى علاقات الأسرة . فاذا طبقنـــا نص المادة السادسة تطبيقا حرفيا ، أدى ذلك الى تطبيق الشرائع الدينيـــة المختلفة على مسائل توجد بالنسبة لها قوانين موحدة تسرى عـــلى المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين ، وهو ما يخالف النظام القانونى فى مجموعه .

ولهذا ينبغى أن يؤخذ النص السابق على أنه يضع قاعـــدة لتحديد الشريعة الواجبة التطبيق على علاقات الأسرة ، بل وعلى بعض علاقات الأسرة فقط وهى التى لم يصدر بشأنها تشريع خاص ، وليس على مسائل الأحوال الشخصية فى مجموعها .

والمعيار الصحيح لتحديد القانون الواجب التطبيق هو البحث أولا عما اذا كانت توجد قواعد تشريعية فى شأن المسألة المعروضة أم لا . فاذا وجدت قواعد من هذا النوع طبقت هذه القواعد دون نظر الى أن هـــذه المسألة من مسائل الأسرة التى تتعدد بشأنها الشرائع .

واذا لم يوجد تشريع خاص لحكم المسألة ، سواء كان من التشريعات التى وحدت القانون بالنسبة للمصريين جميعا ، كتلك السابق ذكرها فى الفقرة السابقة ، أو كانت خاصة بطائفة معينة ، كالأحكام الواردة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بتنظيم بعض المسائل الخاصـــة بالمسلمين كالمهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتطليق والتفريق ، فان

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانون الواجب التطبيق يكون هو الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين ، والشرائع الدينية بالنسبة لغير المسلمين .

والمقصود بالشريعة الاسلامية هو أرجح الأقوال في المذهب الحنفي .وهي تسرى على المسلمين ، وكذلك على غير المسلمين اذا لم تتوافر شروط انطباق شريعتهم الخاصة .

ونظرا لتعدد مذاهب وطوائف غير المسلمين ، فتسرى عليهم شرائعهم الدينية الخاصة اذا كانت لهم جهة قضائية معترف بها من الدولة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، واتحد الخصوم في الديانة والملة والطائفة ، ولم تتعارض أحكام شريعتهم مع النظام العام في مصر .

والوقت الذى يعتد فيه باتحاد الديانة والملة والطائفة ، هو وقت رفع الدعوى . ولا يعتد بأى تغيير لاحق على رفع الدعوى الا اذا كان الى الاسلام (م ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) .

وعلى هذا النحو فان زواج المسيحيين - وقد انحصر في هؤلاء اصطلاح غير المسلمين ، لانعدام وجود اليهود بمصر تقريبا في الوقت الحاضر - يخضع اذا تحققت الشروط السابق ذكرها لأحكام الشريعة المسيحية ، بحسب الملة والطائفة التى يتبعها أطراف النزاع .

ولكن اذا تخلف أحد هذه الشروط ، فان الشريعة المسيحية لا تطبق ، بل تطبق الشريعة الاسلامية .

فاذا كان الزوج أرثوذكسيا والزوجة بروتستنتية بما يتحقق معه الاختلاف في الملة ، أو اذا كان الزوج قبطيا أرثوذكسيا ، وكانت الزوجة من الروم الارثوذكس بما يتحقق معه الاختلاف في الطائفة ، حق للزوج أن يطلق زوجته بارادته المنفردة كما يفعل الزوج المسلم ، ودون حاجة الى الالتجاء الى القضاء ، وعلى خلاف ما هو مقرر في كل المذاهب المسيحية ، لأن الشريعة الاسلامية هي التى تسرى في هذه الحالة(٨٢) .

---

(٨٢) حسب التفسير الذى أعطته محكمة النقض لنص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وهو نص لا زال حكمه قائما حتى الآن ، وهو يقرر عدم سماع « دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » ، أن المقصود به هم الكاثوليك وحدهم ، أما اذا لم يكن أحد الزوجين كاثوليكيا ، جاز للزوج المسيحى أن

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وأكثر من ذلك من الممكن أن يتزوج الرجل المسيحي بأكثر من امرأة وتتعدد زوجاته في الحدود المسموح بها في الشريعة الاسلامية ، اذا تزوج من غير ملته أو طائفته .

ويعتبر الزواج الثاني صحيحا لأن الشريعة الواجبة التطبيق هي الشريعة الاسلامية ، وكما يجوز للمسلم أن يتزوج أكثر من امرأة واحدة ، يجوز للمسيحي بتطبيق الشريعة الاسلامية عليه أن يتزوج أكثر من واحدة .

ويخلص مما سبق أن زواج المسلمين قيما لم يرد بشأنه نص خاص يسري عليه أرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، وأن زواج المسيحيين في مصر تسري عليه الشريعة المسيحية بالنسبة لبعضهم ، وتسري عليه الشريعة الاسلامية بالنسبة للبعض الآخر .

٨٨ - الشرائع المتعددة مصدرها سلطة الدولة :

عندما يطبق القاضي الشرائع الدينية فهو يأتمر في هذا بأمر الدولة . ولهذا تعتبر هذه الشرائع في الحدود التي سمحت فيها الدولة بتطبيقها صادرة عن ارادة الدولة ذاتها . ومن الواجب التفرقة بين مصدر القاعدة القانونية وبين مضمونها . ومصدر القانون دائما هو سلطة الدولة . أما مضمون القانون فهو يرجع الى أصول مختلفة . وهو يستخلص اما من جوهر القانون وهو العدل ، أو من المبادىء العامة للقانون ، أو ينتج عن القوى الخلاقة للقانون . وقد سبق أن درسنا كل ذلك في المباحث السابقة .

بل ان مضمون القانون قد يكون متكاملا من ناحية الصياغة في صورة قواعد منضبطة موجودة في تشريع دولة أجنبية أو في شريعة دينية أو في مؤلف فقهي ، ويقوم المشرع بنقل هذا المضمون نقلا حرفيا في التشريع الذي

يطلق زوجته للمسيحية بارادته المنفردة حسب أحكام الشريعة الاسلامية اذا اختلف الزوجان في الطائفة او الملة . ويتحقق هذا في الأمثلة التي ذكرناها في المتن . (انظر ثلاثة أحكام لمحكمة النقض بجلسة ٦ فبراير ١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٤ ، ٢١٠ وما بعدها) . راجع كتابنا في احكام الأسرة ، للمصريين غير المسلمين ، ١٩٦٨ ، ص ٥٩ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يصدره ، أو يقوم بالاحالة اليه احالة كاملة · وفي جميع هذه الفروض وبمجرد صدور القاعدة عن ارادة الدولة فانها تصبح قاعدة وضعية في هـذه الدولة بالذات ، بغض النظر عن الأصل الذى أخذ منه مضمونها ·

ولهذا فان مصدر الأحكام الدينية المطبقة على علاقات الأسرة في مصر ، هو القانون الوضعي · وكل قانون مطبق في الـدولة هو قانون وضعي من وضع هذه الدولة ذاتها · وقد نستفيد في ايضاح هذا ، بما سبق أن درسناه فيما قاله الفيلسوف « كانت » في العلاقة بين القانون الطبيعي والقـانون الوضعي(٨٣) ·

والقانون الطبيعي عند « كانت » هو الأمر الأخلاقي المطلق الصادر عن العقل الكلي الذى لا يتأثر بظروف الزمان والمكان · والمشرع ينبغي أن يستلهم القانون الطبيعي في القواعد التي يضعها · ومع ذلك يظل القانون الوضعي منفصلا عن القانون الطبيعي أساس الهامه · والفرق بينهما ليس في المضمون، لأنه قد يعرض فرض نظرى ينطبق فيه مضمون القانون الوضعي مع مضمون القانون الطبيعي وذلك اذا لم يحدث أى عائق بين عقل المشرع الفردى وبين العقل الانساني الكلي · غير أن الفرق يظل في المصدر ، لأن مصدر القـانون الوضعي الذى انطبق مضمونه في حالة ما مع مضمون القانون الطبيعي ، هو دائما المشرع نفسه(٨٤) · وقياسا على نفس المنطق فان المشرع عندما يضـع قانونا يستوحي أحكامه من شريعة دينية معينة ، فان القانون المطبق يكون هو قانون الدولة وليس الشريعة التي استوحى منها مضمون هـذا القانون · وكذلك الشأن اذا أحال المشرع الى شريعة دينية لحكم علاقة معينة ، فان القاضي يطبق في هذه الحالة قانون الدولة على هذه العلاقة ·

ولا يتطابق هذا المعنى مع القول بأن هناك تفويضا من الدولة بتطبيق الشريعة الدينية ، لأن مقتضى فكرة التفويض أن هذه الشريعة قانون قـائم بذاته وأن قانون الدولة يتنازل له عن اختصاصه ويفوضه في حكم المسألة ·

---

(٨٣) راجع ما سبق فقرة ٦٢

(٨٤) KANT, Doctrine du droit, op. cit., p. 38.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أما ما نقصده فهو أن الشريعة الدينية ليست قانونا قائمـــا بذاته ، وأن المشرع لا يتنازل لها عن اختصاصه ، ولكنه يأخذ منها فقط مضمون القـاعدة التى تنطبق باعتبارها قانون الدولة ٠

واذا أمر المشرع بتطبيق أكثر من شريعة دينية ، فيعنى ذلك أن هناك تعددا فى القانون الوضعى بالنسبة لبعض العلاقات ٠

ويخلص مما سبق أن الأديان لا تعتبر فى مصر مصدرا رسميا أصليا لبعض القواعد القانونية ، وانما هى تتضمن فقط مضمون بعض القـــواعد التشريعية ٠ وقد نقل المشرع هذا المضمون فى بعض التشريعات التى أصدرها كما فى قانون الميراث وقانون الوصية وغير ذلك ، كما أحال الى هذا المضمون بمقتضى تشريعات أخرى كما هو الشأن بالنسبة لبعض مسائل الزواج ، على التفصيل السابق ذكره ٠

وبعد أن حددنا المقصود بمصادر القانون ، وفرقنا بين مصادر القانون من ناحية وبين جوهر القانون ، والمبادىء العامة للقانون ، والقـوى الخـلاقة للقانون ، ومضمون القانون من ناحية أخرى ٠ فاننا ننتقل الآن الى دراســة مصادر القانون فى مصر وهى التشريع والعرف والقضاء ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثانى

التشريع LA LOI

تنقسم دراستنا فى هذا الفصل الى خمسة مباحث • الأول فى تعريف التشريع وتحديد خصائصه ، والثانى فى سن التشريع ونفاذه ، والثالث فى خضوع التشريع لمبدأ سيادة القانون ، والرابع فى صياغة التشريع ،والخامس فى الغاء التشريع •

المبحث الأول

تعريف التشريع وتحديد خصائصه

٨ ـ تعريف :

يطلق اصطلاح التشريع على معنيين • الأول هو قيام السلطة المختصة فى الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة تنظم المجتمع ، وذلك فى حدود اختصاصها ، وفقا للاجراءات المقررة لذلك • والمعنى الثانى هو القاعدة القانونية المكتوبة ذاتها ، الصادرة عن السلطة المختصة المشار اليها •

والسلطة المختصة باصدار التشريع ، هى عادة السلطة التشريعية (البرلمان) ، ومع ذلك فان هناك سلطات أخرى تختص باصدار التشريع • فالدستور وهو التشريع الأساسى يصدر عن السلطة التأسيسية وهى أعلى من السلطة التشريعية • واللوائح والقرارات بقوانين تصدر عن السلطة التنفيذية ، وهى غير مختصة أصلا باصدار التشريع •

والتشريع هو المصدر الرسمى الأول للقانون فى مصر ، من حيث الأهمية •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والتشريع يثير مشاكل كثيرة تكون دراستها ما يسمى بالنظرية العامة للتشريع ، وهى من نظريات القانون العام • ومع ذلك فان رجال القانون الخاص لا يجدون مناصا من دراسة هذه النظرية باعتبارها الاطار العام الذى يضم القواعد الموضوعية للقانون الخاص(١) •

ويتبين من المعنى الثانى السابق ذكره فى تعريف التشريع ، أن خصائص التشريع هى انه يتضمن قاعدة قانونية ، وأنه يتضمن قاعدة مكتوبة وأنه صادر عن سلطة مختصة باصداره • وندرس هذه الخصائص فيما يلى •

٩٠ - التشريع يتضمن قاعدة قانونية :

يتضمن التشريع قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية بخصائصها السابق دراستها فى الباب الأول من هذا الكتاب، وهى قواعد السلوك العامة المجردة ، المقترنة بجزاء قهرى(٢) •

فالتشريع باعتباره المصدر الرسمى الأول للقانون يتضمن معظم القواعد القانونية التى يتكون منها النظام القانونى فى المجتمع • فاذا كانت هناك ثمة خصائص للقاعدة القانونية ، فالاولى أن تراعى هذه الخصائص فى القواعد القانونية التشريعية قبل مراعاتها فى غيرها من القواعد القانونية الناشئة عن المصادر الأخرى للقانون •

وبطبيعة الحال فانه من الصعب تصور تخلف الخصيصة الأولى للقاعدة القانونية ، وهى كونها قاعدة سلوك اجتماعى ، فى القواعد القانونية التشريعية •

أما الخصيصة الثالثة للقاعدة القانونية وهى كونها مقترنة بجزاء قهرى، فانه من المتصور أن تكون غير متوافرة بشكل كامل فى القاعدة التشريعية ،

---

(١) J. CARBONNIER, Droit Civil, T. 1, p. 81.

(٢) راجع ما سبق ، فقرة ٨ وما بعدها •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وفى هذه الحالة فان هذه القاعدة تعتبر قاعدة قانونية ناقصة Lex imperfecta على النحو السابق دراسته(٣) ٠

وتبقى بعد ذلك الخصيصة الثانية للقاعدة القانونية ، وهى خصيصة العمومية والتجريد ٠ وقد أثارت هذه الخصيصة الكثير من الجدل حول الآثار المترتبة على عدم توافرها ٠ وقد سبق أن رأينا أن هذه الخصيصة ترجع فى أساسها الى فكرة فلسفية هى فكرة المساواة أمام القانون ، وكذلك فكرة سيادة القانون ٠ فحتى تتحقق المساواة أمام القانون ينبغى أن توضع القواعد القانونية بطريقة مجردة ، أى دون نظر الى واقعة معينة بالذات أو الى شخص معين بالذات ٠

ووضع القاعدة بهذه الطريقة يقتضى أن تكون صياغتها عامة لا تخص شخصا بذاته أو واقعة بذاتها ٠ والقاعدة العامة المجردة تنطبق على كل شخص تتوافر فيه شروط انطباقها ، وعلى كل واقعة تستجمع هذه الشروط ، وفى هذا مراعاة لمبدأ سيادة القانون(٤) ٠

ورغم أن العدد الغالب من القواعد القانونية التشريعية يراعى فيه خصيصة العمومية والتجريد ، الا أن بعض التشريعات الصادرة عن السلطات التشريعية المختصة لا تراعى فيها هذه الخصيصة ٠ ومن هذا القبيل أن يصدر تشريع عن البرلمان باعطاء وسام تقدير لشخص معين بالذات ، أو اعلان الحداد الوطنى لوفاة شخص أدى خدمات كبيرة للوطن ، أو منح امتياز البحث عن البترول لشركة من الشركات ٠٠ الخ ٠ ومثل هذه التشريعات تعتبر تشريعات من الناحية الشكلية point de vue formel لأنها صادرة عن السلطة المختصة باصدار التشريع ٠ ولكنها لا تعتبر تشريعات من الناحية الموضوعية ٠٠٠

---

(٣) راجع ما سبق ، الفقرات ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ ٠

(٤) راجع ما سبق ، فقرة ١٢ ٠ وراجع :
J. CARBONNIER, Droit Civil, T. 1, p. 7.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

point de vue du fond لأنها لا تتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة -- وذلك بحسب التفرقة التى قال بها بعض أساتذة القانون العام فى فرنسا(٥) --

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى أن قانون ربط الميزانية لا يعتبر قانونا الا من الناحية الشكلية ، أما من الناحية الموضوعية فهو عمل تنفيذى ادارى(٦) • وهى تقصد بذلك انه لا يعتبر من مصادر القانون ولكنه يعتبر تطبيقا للقانون •

وكما سبق أن رأينا ، فانه تجب المحافظة على التفرقة بين قواعد القانون ، وبين تطبيقات هذه القواعد • فالقانون يتكون من مجموعة من القواعد العامة المجردة • أما تطبيقات هذه القواعد على الحالات الخاصة • فهى وان كانت تعتبر جزءا من النظام القانونى فى مجموعه الا أنها لا تعبر عن القانون فى ذاته • وانما تعبر عن تطبيقاته ، وهى تطبيقات غير متناهية وغير محدودة •

والتفرقة بين القانون باعتباره مجموعة قواعد عامة مجردة ، وبين المراكز الخاصة الناشئة عن تطبيق هذه القواعد ، هو جوهر النظرية الثنائية التى سبق أن أيدناها فى مواجهة النظرية الأحدية التى نادى بها كلسن ، والتى تعتبر القانون شاملا للقواعد العامة وللتطبيقات الخاصة على السواء فى تدرج هرمى واحد(٧) •

٩١ - التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة :

من أهم مميزات التشريع انه يتضمن قاعدة قانونية مكتوبة فى وثيقة رسمية ، وصدور التشريع فى وثيقة مكتوبة يحقق له مزايا كثيرة هى التى أدت فى آخر الأمر الى تفوقه على غيره من مصادر القانون ، وخاصة العرف(٨) •

---

(٥) BUGUIT, Traité, op. cit., T. 2, §, Marty et Raynaud, T. 1, op. cit., p. 130; J. Carbonnier, T. 1, op. cit., p. 31.

(٦) نقض مدنى ٣٠/٤/١٩٦٠ ، مجموعة أحكام النقض المدنية ، س ١١ ، ص ٢٥٧ •

(٧) راجع ما سبق ، فقرة ٣ وما بعدها •

(٨) حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٢٨١ ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ٦١٦ وما بعدها •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فصدور التشريع فى وثيقة مكتوبة لا يدع أى مجال للشك حول اثبات وجود القاعدة القانونية ، أو تاريخ نشأتها • وصدور التشريع فى وثيقة مكتوبة يسمح أيضا بتحديد نطاق سريان القواعد القانونية من الناحية الزمنية فيما لو تقرر الغاء قاعدة من هذه القواعد بمقتضى تشريع لاحق ، اذ سيكون تاريخ نفاذ هذا التشريع اللاحق ثابتا ومعروفا بطريقة يقينية •

وصدور التشريع فى وثيقة مكتوبة يعطى حرية كبيرة للمشرع فى ملاحقة التطورات الاجتماعية عن طريق افراغ ارادته فى كلمات مكتوبة • وهو ما يمكن القيام به فى كل وقت ، على خلاف التعبير عن الارادة الشعبية بواسطة العرف - وهو تواتر الناس على اتخاذ مسلك معين - فهو تعبير لا يتحقق له التكامل بالسرعة المنشودة ، ولا تمكن مقارنته من ناحية السهولة واليسر بالتعبير الذى يتم فى لحظات محدودة عن طريق الكلمات المكتوبة •

وصدور التشريع فى وثيقة مكتوبة يسمح للدولة أن تعبر عن ارادتها تعبيرا دقيقا من ناحية الصياغة القانونية بما يؤدى الى تلافى الكثير من الغموض والاضطراب فى تطبيق القانون فى الحياة العملية • ولا يعنى ذلك أن التشريع لا يثير مشاكل تتعلق بتطبيقه وتفسيره ، وانما يعنى فقط أن هذه المشاكل تكون أقرب الى الحل مما لو كانت القاعدة القانونية ناشئة عن العرف الذى يفتقر الى قواعد الصياغة القانونية الدقيقة ، ويثير كثيرا من الجدل فيما يتعلق بمضمونه ونطاق سريانه من حيث الأشخاص ومن حيث المكان •

ولعله يمكن القول أن صدور التشريع فى وثيقة مكتوبة هى الخصيصة البارزة التى تميز التشريع عن غيره من المصادر الأخرى • فالتشريع لا يختلف عن العرف أو القضاء فى أن كلا من هذه المصادر ينشىء قواعد قانونية عامة مجردة • وكذلك فان التشريع لا يختلف كثيرا عن القضاء فى أنه صادر عن سلطة مختصة باصداره وهى الخصيصة التى سندرسها فى الفقرة التالية • لأن القضاء يعتبر سلطة مختصة بانشاء القواعد القانونية القضائية • بل أن العرف يمكن اعتباره أيضا صادرا عن الارادة الشعبية التى تم التعبير عنها فى صورة من صور الديمقراطية المباشرة ، وهو ما يجعل هذا التعبير أقرب الى الصدور عن سلطة مختصة بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح • وعلى حد

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تعبير الاستاذ دابان فان « الشعب الذى يقرر العرف يقوم بوظيفة السلطة العامة»(٩) - وهكذا فان مصادر القانون كلها يمكن اعتبارها بشكل أو بآخر تعبيرا عن سلطة عامة مختصة ٠

بل ان التشريع نفسه كما سنرى يصدر عن سلطات مختصة مختلفة ٠ والأصل أن يصدر التشريع عن السلطة التشريعية ٠ ومع ذلك فان هناك تشريعات تصدر عن السلطة التنفيذية ٠ ولذلك فان القول بأن التشريع يصدر عن سلطة مختصة باصداره قد يوحى الى الذهن ابتداء ، بأنه يصدر عن السلطة التشريعية وحدها ٠ وهذا غير صحيح على اطلاقه ٠

ولذلك اذا أريد البحث عن خصيصة تميز التشريع عن غيره من مصادر القانون الأخرى ، وهى العرف والقضاء ، وفى نفس الوقت تجمع بين الأنواع المختلفة للتشريع سواء الصادر منها عن السلطة التشريعية أو غيرها من السلطات ، فان هذه الخصيصة هى كون التشريع صادرا فى وثيقة مكتوبة ٠ وهذه الخصيصة تسمح باعطاء التشريع اسما خاصا هو النص ، أو النصوص٠ ولا يوجد مصدر من مصادر القانون يمكن التعبير عنه باصطلاح النصوص le Textes غير التشريع ٠ ولذلك فان الأستاذ كاربونييه يقترح استخدام اصطلاح النصوص ، بدلا من اصطلاح التشريع(١٠) ٠

٩٣ ـ التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة :

منذ وضع أرسطو نظرية السلطات الثلاث فى الدولة(١١) ، التشريعية والتنفيذية والقضائية ٠ فان القول يجرى على أن اصدار القوانين هو من اختصاص السلطة التشريعية ٠ فهذه السلطة تختص بحسب طبيعتها والغرض الذى أنشئت من أجله بوضع القواعد القانونية التى تنظم المجتمع ٠

---

(٩) J. DABIN, Théorie générale, op. cit., p. 20.

(١٠) J. Carbonnier, Droit civil, T. 1, p. 81.

(١١) Aristote, Politique, op. cit., Ch. 10, p. 103. et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهذه الفكرة لا زالت هى الفكرة السائدة حتى الآن فى كل البلاد التى تأخذ بمبدأ تعدد السلطات داخل الدولة ، ومن هذه البلاد مصر ، حيث تنص المادة ٨٦ من الدستور الدائم لسنة ١٩٧١ على أن « يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ٠٠ » ٠

والمجلس الذى يباشر سلطة التشريع هو بحسب الأصل المجلس المنتخب بواسطة الشعب لأداء هذا الغرض ، وهو يعتبر فيما يصدره من تشريعات معبرا عن ارادة الشعب ، التى تعتبر هى بدورها مصدر كل السلطات فى الدولة ٠ ولذلك فان التشريعات التى تصدر عن مجلس الشعب (البرلمان parlement) تعتبر صادرة عن ارادة الشعب ، أو عن ارادة الدولة باعتبارها التنظيم السياسى الذى يجمع كل أفراد الشعب ٠

ولكن اذا كان المجلس التشريعى المنتخب هو الشكل المألوف للسلطة المختصة باصدار التشريع ، فهو مع ذلك ليس الشكل الوحيد لمثل هذه السلطة ٠ فالتشريع قد يصدر بطريق الاستفتاء الشعبى العام ٠ وهو ما يعتبر صورة من صور الديمقراطية شبه المباشرة التى لا يكتفى فيها أفراد الشعب بانتخاب ممثلين عنهم ٠ بل يقومون هم بأنفسهم باصدار التشريعات التى تنظم المجتمع ٠ والديمقراطية المباشرة أو شبه المباشرة ، لا يمكن تصورها الا بالنسبة لمجتمعات سياسية صغيرة كالمدن الرومانية واليونانية القديمة ٠ ولا يمكن تصور مباشرتها فى العصر الحديث حيث اتسعت الدول وزاد عدد سكانها بشكل كبير ، الا بالنسبة للتشريعات ذات الاهمية القصوى ، وفى مقدمتها الدستور الذى يعتبر التشريع الأساسى فى الدولة ، والذى على أساسه تصدر التشريعات الأخرى العادية(١٢) ٠

ومن ناحية أخرى فان الدستور سواء صدر عن طريق استفتاء شعبى عام أو عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة أو عن أى طريق آخر ، فان السلطة التى أنشأته لا تعتبر سلطة تشريعية بالمعنى الضيق لهذا الاصطلاح ،

---

(١٢) راجع مع ذلك بعض آثار الديمقراطية المباشرة فى سويسرا ٠
André Hauriou, Droit constitutionnel, 1968, p. 427.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وانما تعتبر سلطة تأسيسية باعتبار أنها أصدرت التشريع الأساسى وهو الدستور ٠

ولكن حتى اذا أمكن بشىء من التجاوز جمع التشريع الأساسى والتشريع العادى تحت اصطلاح التشريع الصادر عن السلطة التشريعية بالمعنى الضيق لهذا الاصطلاح stricto sensu (١٣) ، فان بعض القرارات الأخرى لا يمكن اعتبارها تشريعات بالمعنى الضيق لهذا الاصطلاح ، وان كان يطلق عليها اصطلاح التشريع بالمعنى الواسع lato sensu ، وهذه هى اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية التى لا تختص اصلا باصدار التشريع ٠

وهكذا فان السلطة المختصة باصدار التشريع ، وان كانت هى بحسب الأصل السلطة التشريعية ، الا أن التشريع قد يصدر أيضا عن السلطة التأسيسية ، أو عن السلطة التنفيذية ٠

وتوزيع الاختصاص باصدار التشريع على هذا النحو يراعى فقط فى الدول التى تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ، حيث تختص احدى السلطات أصلا بوضع التشريع ٠ ولكن الدول التى لا تأخذ بهذا المبدأ كالاتحاد السوفييتى وغيره من الدول الاشتراكية حيث المبدأ السائد فيها هو وحدة السلطة ، فان الحدود لا تكون واضحة فيها بين اختصاصات السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ٠ ومن الملاحظ أن معظم القوانين تصدر فى الاتحاد السوفييتى عن طريق السلطة التنفيذية ٠ أما السلطة التشريعية وهى التى يباشرها مجلس السوفييت الأعلى ، فلا تصدر عنها الا تشريعات قليلة العدد أهمها قانون الخطة ، وقد أمكن حصرها فى ٤٥ تشريعا خلال عشر سنوات من سنة ١٩٣٦ الى سنة ١٩٤٦ وهو عدد ضئيل للغاية(١٤) ٠ وبالنسبة للخطة وهى أهم ما يصدر عن السلطة التشريعية ، فانها تصدر وتنفذ فعلا عن طريق لوائح وقرارات ادارية قبل صدورها رسميا عن السلطة التشريعية ، بسنة على الأقل(١٥) ٠ أما معظم القواعد القانونية فتختص باصدارها هيئة مكتب

---

(١٣) J. CARBONNIER, op. cit., p. 83.

(١٤) David et Hazard, Le droit sovietique, op. cit., T. 1, p. 227.

(١٥) David et Hazard, op. cit. T. 1, p. 277.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

رئاسة السوفييت الأعلى ، ومجلس الوزراء ، وتستطيع القرارات الصادرة عن هذين المجلسين تعديل القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ذاتها . وتعتبر من قبيل التشريع أيضا ، القرارات الصادرة من الوزراء ، ومن الحكومات المحلية ، والسلطات الاقليمية(١٦) .

ويتضح من هذا أن السلطة المختصة باصدار التشريع تختلف طبيعتها بحسب ما اذا كانت الدولة ، تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات أو تأخذ بمبدأ وحدة السلطة .

ويلاحظ البعض أن التشريعات التى تصدر عن السلطة التشريعية المنتخبة هى تشريعات ذات طابع شعبى ووطنى ، بينما تلك التى تصدر عن السلطة التنفيذية فطابعها مكتبى أو فنى (بيروقراطى أو تيكنوكراتى) . وحتى فى الدول التى تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات فان السلطة التنفيذية تنجح فى اصدار الكثير من التشريعات تارة فى صورة معلنة عن طريق القرارات بقوانين التى لها قوة القانون ، أو اللوائح ، على النحو الذى سندرسه فيما بعد ، وتارة أخرى بطريقة غير معلنة عندما تتقدم بمشروعات القوانين الى المجلس الشعبى المنتخب ، وتحصل على موافقة هذا المجلس ، بغير مناقشة فى كثير من الحالات(١٧) . ويصدر التشريع من الناحية الشكلية عن السلطة التشريعية المنتخبة ، ولكنه فى حقيقته صادر عن السلطة التنفيذية ، ومطبوع بطابعها البيروقراطى . ومثل هذا التشريع لا يعتبر نابعا عن الاعماق البعيدة للأمة ، ولهذا فهو يعبر غالبا عن الانفصال بين القانون وبين الشعب . وهذه ظاهرة مألوفة فى التاريخ .

وهناك ما هو أسوأ من هذا ، فان التشريع قد يكون تعبيرا عن ارادة شخص واحد هو الحاكم المستبد المطلق فى الدولة . وقد يكون هذا التشريع مطبوعا بما فى هذا الحاكم من هوى أو جنوح أو جهل أو ظلم . ويكون التشريع

---

(١٦) David et Hazard, op. cit., T. 1, p. 237.

(١٧) وعلى حسب تعبير الأستاذ كاربونييه فان موافقة مجلس الشعب تشبه فى هذه الحالات التوقيع الذى يمكن الحصول عليه من أحد الرؤساء الاداريين المثقلين بالعمل على أوراق لم يقراها !! J. Carbonnier, op. cit., T. 1, p. 82.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فى هذه الحالة سيئا أو ظالما(١٨) ، ولكنه يظل معتبرا تشريعا بالمعنى الفنى لهذا الاصطلاح ، أى مصدرا للقواعد القانونية الوضعية التى تنظم المجتمع ٠

وكذلك فانه اذا كان المفروض أن يصدر التشريع عن الارادة الوطنية للدولة ، فانه من المتصور أن يصدر عن ارادة دولة أجنبية تحتل أو تستعمر دولة أخرى أو جزءا من دولة أخـــرى ٠ وقد عرفت مصر ظاهرة الخضـــوع لسيطرة دولة أجنبية فى مراحل طويلة من تاريخها ٠ ولعل أحلك افترات الاستعمار التى عرفتها مصر ، هى تلك الخاصة بالاستعمار العثمانى الذى استمر منذ فتح سليم الأول لمصر ، الى عهد محمد على الكبير ، الذى كان هو أيضا يحكم باسم الباب العالى فى تركيا الا انه حاول أن يحقق لمصر نوعا من الاستقلال الذاتى ، تحقيقا لسيطرته هو ولسيطرة أولاده من بعده ٠

ولذلك يمكن القول بأن نظام الحكم فى مصر كان نظاما للحكم المطلق منذ ولاية محمد على الى حين صدور دستور سنة ١٩٢٣ ، وان كانت قـــد تخللت هذه الفترة بعض المظاهر الوطنية ، أهمها انشـــاء مجلس شـــورى النواب سنة ١٨٦٦ فى عهد اسماعيل وهو مجلس استشارى ، وانشاء نظام الوزارة المسئولة التى تألفت لأول مرة سنة ١٨٧٨ برئاسة نوبار باشا وكانت تضم وزيرين أجنبيين ، وصدور اللائحة الأساسية التى أطلق عليها دستور سنة ١٨٧٩ ، وقيام الثورة العرابية فى سنة ١٨٨٠ ، وما ترتب عليها من اعادة انتخاب مجلس شورى النواب سنة ١٨٨١ الذى كان قد تعطل بعد خلع اسماعيل وفى بداية عهد توفيق ، ووضع دستور سنة ١٨٨٢ الذى أقام نظاما برلمانيا ٠ ولكن هذا الدستور الغى بعد احتلال الانجليز لمصر وحل محله القانون النظامى سنة ١٨٨٣ الذى وضع على أساس مقترحات اللورد دوفرين ٠ وقد نص هذا القانون على انشاء مجلسين استشاريين هما مجلس شورى القوانين ، والجمعية العمومية ٠ ثم استبدل هذان المجلسان بالجمعية التشريعية التى انشئت سنة ١٩١٣ ، وكان اختصاصها استشاريا فيما يتعلق

---

(١٨) راجع نظرية أرسطو فى القانون الظالم ، ما سبق ، فقرة ٥٦ ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

باصدار القوانين . وقد عطلت هذه الجمعية بعد قيام الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤(١٩) .

وفى بداية القرن العشرين بدأت تظهر الحركات الشعبية الوطنية التى أدت الى صدور دستور سنة ١٩٢٣ وهو أول دستور ينص على أن الأمة مصدر السلطات ، وان السلطة التشريعية يباشرها مجلس النواب ومجلس الشيوخ بالاشتراك مع الملك .

ومنذ ذلك الوقت وكل الدساتير التى صدرت فى مصر وآخرها الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية الصادر سنة ١٩٧١ تنص على أن الأمة مصدر السلطات ، وان السلطة التشريعية يباشرها مجلس تشريعى منتخب .

ويتضح مما سبق انه فى الفترة ما بين حكم محمد على الى سنة ١٩٢٣ - تاريخ صدور دستور سنة ١٩٢٣ - لم يكن التشريع فى مصر تعبيرا عن الارادة الوطنية لأبناء الشعب .

وحتى بعد سنة ١٩٢٣ فان السلطة التشريعية فى مصر لم تكن تملك سلطة التشريع بالنسبة للأجانب بسبب الامتيازات الأجنبية التى ألغيت بمقتضى اتفاقية مونترو سنة ١٩٣٧ . ونصت المادة الثانية من هذه الاتفاقية على انه « مع مراعاة مبادىء القانون الدولى ، يخضع الأجانب للتشريع المصرى فى المواد الجنائية والمدنية والتجارية والادارية والمالية وغيرها » ومنذ ذلك الوقت يمكن القول ان التشريع أصبح يصدر فى مصر عن الارادة الوطنية للشعب المصرى ، وأصبح قادرا على خلق القواعد القانونية بالنسبة للمصريين والأجانب على السواء(٢٠) .

ويتبين من الاستعراض السابق أن الخصيصة التى لا يمكن تخلفها فى

---

(١٩) راجع : ثروت بدوى ، القانون الدستورى وتطور الأنظمة الدستورية فى مصر ، ١٩٧١ ، ص ١٧١ - ٢٢٧ ، مصطفى أبو زيد فهمى ، النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٦ ، ص ٢٣٧ وما بعدها .

(٢٠) راجع : حسن كيره ، أصول القانون ، ص٢٧٨ ، سليمان مرقس، المدخل ، ص١٣١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

التشريع هى كونه صادرا فى وثيقة رسمية مكتوبة · أما الخصيصتان الأخرتان وهما تضمن التشريع لقواعد عامة مجردة ، وصدوره عن سلطة مختصة ، فتحتملان الكثير من الجدل ، والكثير من المعانى المختلفة · وننتقل الآن الى المبحث الثانى لندرس سن التشريع ونفاذه ·

المبحث الثانى

سن التشريع ونفاذه

٩٣ ـ السلطة المختصة بسن التشريع :

تختلف السلطة المختصة بسن التشريع باختلاف نظام الحكم فى الدولة ، وبحسب ما اذا كان نظام الحكم أجنبيا أم وطنيا ، وبحسب ما اذا كان نظام الحكم ديمقراطيا أم مطلقا ، وبحسب ما اذا كان نظام الحكم يراعى مبدأ الفصل بين السلطات أو يأخذ بمبدأ وحدة السلطة ، وبحسب ما اذا كان نظام الحكم يراعى مبدأ تدرج التشريع أم يعتبر جميع التشريعات من درجة واحدة ·

فتحديد السلطة المختصة بسن التشريع هى مسألة دستورية تتوقف على النظام الدستورى المعمول به فى كل دولة على حدة ، ولا توجد بشأنه قاعدة تسرى على جميع دول العالم سوى قاعدة واحدة هى أن التشريع يصدر عن سلطة الدولة ويعبر عن ارادتها · وبالنسبة لمصر فان نظام الحكم فيها ـ منذ أن أصبح نظاما وطنيا على النحو السابق ذكره فى الفقرة السابقة ـ يأخذ بمبدأ تعدد السلطات من ناحية ، ومبدأ تدرج التشريع من ناحية أخرى · فتوجد فى النظام الدستورى المصرى ثلاث سلطات هى التشريعية والتنفيذية والقضائية · وتختص السلطة التشريعية أصلا بوضع التشريع العادى وهو ما يطلق عليه اسم التشريع الرئيسى · وتختص السلطة التنفيذية بوضع التشريع الفرعى وهو ما يطلق عليه اسم اللائحة · أما التشريع الأساسى وهو الدستور فقد تم وضعه بطرق مختلفة من دستور الى آخر · وندرس ذلك فيما يلى ·

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٩٤ - سن التشريع الأساسي ونفاذه :

سن التشريع الأساسي ينطوى على خطورة كبيرة اذ أن فيه معنى تجديد أساس الدولة على حد تعبير الاستاذ هوريو(٢١) • وقد كان جان جاك روسو يعتقد أن الدستور يجدد العقد الاجتماعى الاول الذى أنشأ الدولة(٢٢) • وقد سبق أن رأينا أن فلاسفة العقد الاجتماعى لم يقصدوا بهذا العقد ، عقدا اراديا حقيقيا ، وانما قصدوا به عقدا عقليا مفروضا من القانون الطبيعى(٢٣) • أما الدستور فهو من غير شك عمل ارادى صادر عن ارادة الدولة فى أسمى تعبير لها • وهو تعبير يؤدى فعلا الى تجديد الأساس القانونى للدولة ، ويختلف فى قيمته عن قيمة التعبير العادى الذى يتمثل فى التشريعات العادية ، التى يمكن أن تصدر فى كل وقت •

وحسب فقه القانون الدستورى فان التشريع الأساسى يتم وضعه أما بطريق المنحة من الحاكم المطلق ويعبر بذلك عن الانتقال من الحكم المطلق الى الحكم المقيد ، وأما بطريق العقد بين الحاكم المطلق وبين ممثلى الشعب • وهاتان الطريقتان لا تعتبران من الطرق الديمقراطية فى وضع الدستور • كما أن بعض الفقه يعتبر هاتين الطريقتين متداخلتين ، لأن الحاكم المطلق لا يمنح الدستور الا تحت ضغط القوى الشعبية ، ولذلك فان ما يسمى منحة هو فى الواقع تصالح أو تعاقد بين الحاكم المطلق - وهو عادة ملك - وبين الشعب(٢٤) • ولعل أحدث التشريعات الأساسية التى تمت بطريق التعاقد هو دستور دولة الكويت الصادر سنة ١٩٦٢(٢٥) • أما الأسلوب الديمقراطى فى وضع الدساتير ، فهو اما أن يتم عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة ، واما أن يتم بطريق الاستفتاء العام ، بعد أن تكون قد أعدت مشروعه لجنة خاصة أو أحد الافراد المعينين من قبل الحكومة • كما أن الجمعية التأسيسية التى تضع الدستور اما أن تكون جمعية منتخبة لهذا الغرض وحده وينتهى

---

(٢١) André HOURIOU, Droit constitutionnel, op. cit., p. 270 et s.

(٢٢) A. HOURIOU, op. cit., p. 272.

(٢٣) راجع ما سبق ، فقرة ٦٠ •

(٢٤) A. Hauriou, op. cit., p. 281.

(٢٥) راجع ثروت بدوى ، القانون الدستورى ، ص ٥٢ •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وجودها بانتهاء مهمتها ، وأما أن تكون هـذه الجمعيـة هى ذاتهـا الجمعية التشريعية التى تباشر بصفة مؤقتة وظيفة الجمعية التأسيسية ، فتجمع بذلك بين الوظيفة التأسيسية والتشريعية فى نفس الوقت ٠

ولعل وضع الدستور عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة لهذا الغرض وحده أفضل من وضعه عن طريق جمعية تأسيسية تباشر فى نفس الوقت السلطة التشريعية العادية ، وذلك حتى لا يقـع أى لبس حـول الطبيعـة التأسيسية للعمل الذى تقوم به السلطة التى تضع الدستور(٢٦) ٠ وكذلك فان وضع الدستور عن طريق جمعية تأسيسية سواء كانت منتخبة لهـذا الغرض وحده أم كانت تباشر فى نفس الوقت السلطة التشريعية العادية ، هو أفضل من وضعه عن طريق الاستفتاء العام ، لأن الاستفتاء العام لا يسمح للشعب بمناقشة نصوص الدستور نصا نصا ، بل لا بد من الموافقة عليه فى مجموعه ، وهو ما قد يحمل الشعب على الموافقة على الدستور رغم ما توجد به من ثغرات كان يمكن تلافيها لو أن ممثلى الشعب قاموا بمناقشته فى جمعية تأسيسية منتخبة ٠ والشعب يضطر الى الموافقة فى مثل هذه الحالات حتى لا تترك الدولة بغير دستور مما قد يهددها فى أمنها أو فى وجودها ذاته ٠

ولعل الأفضل من كل ذلك هو أن يوضع الدستور عن طريق جمعيـة تأسيسية منتخبة ، ثم تتم الموافقـة عليه عن طريـق الاسـتفتاء الشـعبى العام(٢٧) ٠

والرأى الراجح فى الفقه الدستورى المصرى ، ان دستور سنة ١٩٢٣ كان منحة من الملك(٢٨) ٠ وقد ألغى هذا الدستور وحل محله دستور سنة

---

(٢٦) A. Hauriou, op. cit., p. 283.

(٢٧) حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٣٣ ٠

(٢٨) وهذا ما تدل عليه ديباجة الدستور ذاته ٠ راجـع : مصطفى أبو زيد ، النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحـدة ، ص ٢٧٨ ، ثروت بدوى ، القـانون الدسـتورى ، ص ٢٣٦ ٠ وذهب رأى آخر الى أن الدستور تم بطريق التعاقد بين الملك والشعب ٠ راجع : عبد الرحمن الرافعى ، فى أعقاب الثورة المصرية ، جـ ٢ ، الطبعة الأولى ، ص ١٣٣ ، مشـار اليه فى ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٢٣٦ ٠ ومع ذلك فيجدر ان نذكر الرأى الوارد بالمتن وهو أن المنحة لا تعدو أن تكون نوعا من العقد أو ستارا لعقد تم بين الملك والشعب ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

١٩٥٦ الذى أعدته الحكومة وطرحته للاستفتاء الشعبى فحصل على موافقة الأمة ، ثم صدر بعد ذلك دستور سنة ١٩٦٤ وهو دستور مؤقت صدر بقرار من رئيس الجمهورية ليعمل به الى حين وضع دستور دائم للبلاد • وقد تم وضع الدستور الدائم فى سنة ١٩٧١ ، بطريق الاستفتاء الشعبى العام يوم ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ حيث حصل على موافقة الأمة • وكانت مواد هذا الدستور قد تمت الموافقة عليها قبل طرحه للاستفتاء ، بواسطة مجلس الأمة ، وكذلك اللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكى العربى •

وجدير بالذكر أن المادة ١٩٣ من دستور سنة ١٩٧١ تنص على أن « يعمل بهذا الدستور من تاريخ اعلان موافقة الشعب عليه فى الاستفتاء » • وهذا النص له دلالة هامة فى التعبير عن شروط نفاذ الدستور • فهو على خلاف التشريع العادى لا يشترط لنفاذه أن تقوم السلطة التنفيذية باصداره ونشره ، بل هو يعتبر نافذا بمجرد حصوله على الموافقة الشعبية • لأنه لو اشترط لنفاذه أن يتم اصداره عن طريق السلطة التنفيذية ، لأدى ذلك الى أن تلعب هذه السلطة دورا فى وضع الدستور • وهو ما يؤدى به الى أن يصبح موضوعا عن طريق التعاقد بين الأمة والسلطة التنفيذية ، وليس عن طريق الأمة وحدها كما هو المفروض فى الدستور الذى يوضع بطريق ديمقراطى كالاستفتاء الشعبى(٢٩) •

أما كيفية تعديل الدستور فهى تختلف بحسب ما اذا كان الدستور جامدا أو مرنا • ويكون الدستور جامدا فى الدول التى تأخذ بمبدأ سمو الدستور وعلوه فى الدرجة على التشريع العادى ، أى فى الدول التى تأخذ بمبدأ تدرج التشريع حيث يقف الدستور فى قمة هذا التدرج • وفى هذه الدول - وهى الأكثر عددا - فان التشريع العادى الصادر عن السلطة التشريعية لا يستطيع مخالفة الدستور ، ولا يستطيع بالتالى تعديل الدستور• ومن هنا فان الدستور يعتبر جامدا بمعنى انه يشترط لتعديله اتخاذ اجراءات أكثر صعوبة من تلك التى تتخذ فى اصدار التشريعات العادية •

---

(٢٩) قارب : ثروت بدوى ، المرجع السابق ص ٥٢ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكما سنرى فان الدستور الجامد هو الذى يسمح بفرض رقابة على صحة التشريعات العادية أى فرض رقابة على دستوريتها للتحقق من عدم مخالفتها للدستور(٣٠) ٠

وعلى العكس فان الدستور يكون مرنا اذا كانت الدولة لا تأخذ بمبدأ علو الدستور ، وتجيز بالتالى تعديل الدستور عن طريق التشريعات العادية التى تصدر عن السلطة التشريعية العادية ٠ وتأتى انجلترا فى مقدمة هذه الدول حيث يجوز للبرلمان أن يعدل الدستور بنفس الاجراءات التى يتم بها اصدار وتعديل القوانين العادية ٠ ويقال تعبيرا عن ذلك أن البرلمان الانجليزى يستطيع أن يفعل أى شىء ما عدا تحويل الرجل الى امرأة أو تحويل المرأة الى رجل ! وعندما يكون الدستور مرنا على هذا النحو فانه لا يتصور تقرير مبدأ رقابة دستورية القوانين ، أى رقابة خضوع القانون العادى للدستور ، طالما أن القانون العادى يملك تعديل الدستور(٣١) ٠

ويلاحظ أن تعديل الدستور فى مجموعه ووضع دستور جديد ، هو أمر خطير للغاية ، وهو لا يقع الا فى حالتين هما حدوث تغيير فى كيان الدولة ، أو حدوث انهيار لنظام الحكم فيها(٣٢) ٠

٩٥ - سن التشريع العادى :

التشريع العادى هو التشريع الحقيقى بالمعنى الفنى لهذا الاصطلاح ٠ أما التشريع الأساسى فهو أعلى درجة من التشريع العادى ، ولذلك فيطلق عليه اسم خاص هو الدستور ٠ وكذلك فان التشريع الفرعى الذى يصدر عن

---

(٣٠) يعتبر الدستورى الدائم لجمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ من الدساتير الجامدة ، وهو يتفق فى ذلك مع كل الدساتير التى سبق صدورها فى مصر ٠ راجع المادة ١٨٩ من دستور مصر الدائم لسنة ١٩٧١ ٠

(٣١) راجع : أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصرى ، القاهرة ١٩٦٠ ، ص ٤٣ وما بعدها ٠ ومع ذلك فان الدكتور كمال أبو المجد يلاحظ أن سلطة البرلمان الانجليزى ليست مطلقة ، بل يخضع البرلمان لرقابة الرأى العام الذى يعتبر مركز الثقل فى النظام الدستورى الانجليزى ٠ المرجع السابق ، ص ٤٤ ٠

(٣٢) André HAURIOU, op. cit., p. 222.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

السلطة التنفيذية هو أقل درجة من التشريع العادى ، ولذلك فيطلق عليه اسم خاص هو اللائحة • أما التشريع العادى فهو يصدر عن السلطة التشريعية وهى السلطة المختصة أصلا باصدار القوانين •

ولذلك فان التشريع العادى يطلق عليه أحيانا اصطلاح القانون ، نظرا لأن التشريع الأساسى وهو الدستور يعتبر أعلى من القانون • كما وأن التشريع الفرعى وهو اللائحة يعتبر أدنى من القانون •

واطلاق اسم القانون على التشريع هو من قبيل اطلاق اسم الكل على الجزء • فالقانون كما يشمل التشريع ، يشمل كذلك العرف والقضاء • والذى يبرر اطلاق اسم الكل على الجزء ، هو أن القواعد القانونية التشريعية تغلب فى العدد والأهمية على القواعد القانونية الأخرى الصادرة عن العرف أو القضاء •

وسن التشريع هو من اختصاص السلطة التشريعية التى يمثلها مجلس نيابى منتخب وهو ما يطلق عليه فى مصر اسم مجلس الشعب ، ويطلق عليه فى فرنسا اسم الجمعية الوطنية •

وقد يوجد بجانب المجلس المذكور ، مجلس آخر ، كمجلس الشيوخ فى فرنسا ، أو مجلس اللوردات فى انجلترا • وكان يوجد فى مصر فى ظل دستور ١٩٢٣ مجلس للشيوخ ، بجانب مجلس الشعب المنتخب الذى كان يطلق عليه وقتئذ مجلس النواب • ويطلق اصطلاح البرلمان على مجلس الشعب المنتخب ، كما يطلق هذا الاسم أيضا على المجلسين معا فى حالة الازدواج المشار اليها •

وفى حالة ازدواج البرلمان ، فان الدستور يحدد كيفية مشاركة كل من المجلسين فى وضع التشريع • والغالب الا يتم وضع التشريع الا بموافقة المجلسين معا • ومع ذلك فانه من الممكن فى بعض الحالات طبقا للدستور الفرنسى لسنة ١٩٥٨ ، أن يتم سن التشريع بعد موافقة الجمعية الوطنية وحدها رغم عدم موافقة مجلس الشيوخ • وتلعب السلطة التنفيذية دورا

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هاما فى تحديد هذه الحالات مما يجعل لها دورا كبيرا فى وضع القوانين لأنها تستطيع اما أن تعادل بين قوة المجلسين بحيث لا يوضع الدستور الا بعد موافقتهما معا ، أو أن تجعل الغلبة للجمعية الوطنية ، بحيث يوضع القانون بموافقة هذه الجمعية وحدها(٣٣) .

والواقع أن السلطة التنفيذية تشارك الى حد ما ، السلطة التشريعية فى وضع القوانين . وطبقا لدستور مصر الدائم لسنة ١٩٧١ لرئيس الجمهورية الحق فى اقتراح القوانين ، وفى الاعتراض عليها ، وهو الذى يقوم باصدارها ، ثم نشرها بعد ذلك . وهذه المشاركة وان كانت تؤدى من الناحية العملية الى صدور التشريعات التى تريد السلطة التنفيذية اصدارها(٣٤) ، وعدم صدور تلك التى لا توافق عليها السلطة التنفيذية ، الا انه من الناحية النظرية فان مجلس الشعب هو صاحب الكلمة الأخيرة فى سن التشريع ، ويستطيع المجلس اذا أراد أن يباشر سلطته فعلا أن يجعل التشريع معبرا عن ارادته وحده(٣٥) .

والمراحل التى يمر بها التشريع هى : الاقتراح ، والمناقشة والتصويت ، والاصدار ، والنشر . وتدخل المرحلتان الأولى والثانية فيما يسمى سن التشريع أو وضع التشريع ، وتدخل المرحلتان الثالثة والرابعة فيما يسمى نفاذ التشريع .

واقتراح التشريع هو حق رئيس الجمهورية . وكذلك حق كل عضو من أعضاء مجلس الشعب . ويطلق فى فقه القانون الدستورى على الاقتراح الصادر من السلطة التنفيذية اسم المشروع بقانون ، بينما يطلق على الاقتراح الصادر من احد أعضاء مجلس الشعب اسم الاقتراح بقانون(٣٦) . ومع ذلك

---

(٣٣) André Hauriou, op. cit., p. 820 et s.

(٣٤) راجع : J. Carbonnier, Droit civil, T. 1, op. cit., p. 82; André Hauriou, op. cit., p. 818 et s.

(٣٥) مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السابق ، ص ٥٨١ ، حسن كيره ، المدخل ، ص٢٣٦ .

(٣٦) A. Hauriou, op. cit., p. 818.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فان دستور مصر لسنة ١٩٧١ سوى بين الفرضين ، واطلق على الاقتراح فى أى منهما اسم المشروع بقانون(٣٧) .

ولكن اذا كان الدستور لم يفرق فى الاسم ، الا انه فرق فى المعاملة . فبينما يحال الاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية الى احدى لجان مجلس الشعب لفحصه وتقديم تقرير عنه ، فان الاقتراح المقدم من احد الأعضاء لا يحال الى تلك اللجنة الا بعد فحصه من لجنة خاصة لابداء الرأى فى جواز نظر المجلس فيه ، وبعد أن يقرر المجلس ذلك(٣٨) . وكل مشروع قانون اقترحه احد الأعضاء ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه ثانية فى نفس دور الانعقاد(٣٩) .

وبعد أن تقدم لجنة مجلس الشعب تقريرها عن مشروع القانون الذى قامت بفحصه ، يطرح هذا المشروع مع تقرير اللجنة المذكورة للمناقشة أمام المجلس . ولا يكون انعقاد المجلس صحيحا الا بحضور أغلبية أعضائه . ويتخذ المجلس قراراته بالاغلبية المطلقة للحاضرين وذلك فى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة ، كتلك التى سنذكرها بصدد اعادة التصويت على التشريع بعد اعتراض رئيس الجمهورية عليه . وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذى جرت المناقشة فى شأنه مرفوضا(٤٠) . وبصدور قرار المجلس بالموافقة على المشروع فان عملية سن التشريع تكون قد تمت .

ومع ذلك فان التشريع لا يصبح نافذا بمجرد سنه ، اذ لا بد من اصداره ونشره عن طريق رئيس الجمهورية ، الذى يجوز له الاعتراض على التشريع رغم موافقة مجلس الشعب عليه . وندرس ذلك فيما يلى .

٩٦ - اصدار التشريع العادى : La promulgation

اصدار التشريع هو حق رئيس الجمهورية ، وهو واجب عليه فى بعض

---

(٣٧) المادة ١١٠ من دستور مصر الدائم لسنة ١٩٧١ .

(٣٨) المادة ١١٠ من دستور مصر الدائم لسنة ١٩٧١ .

(٣٩) المادة ١١١ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ .

(٤٠) راجع : المادة ١٠٧ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الأحيان • واصدار التشريع يعنى أمر رئيس الجمهورية بتنفيذه • وهذا الأمر هو الذى يجعل التشريع نافذا ، فهو يشبه الصيغة التنفيذية التى توضع على الأحكام القضائية(٤١) • وأمر رئيس الجمهورية بتنفيذ التشريع موجه الى السلطة التى تقوم بالتنفيذ وهى السلطة التنفيذية • ونظرا لأن هذه السلطة تتلقى أوامرها من رئيسها وهو رئيس الجمهورية ، فانه لا يتصور اصدار التشريع أى الأمر بتنفيذه الا من رئيس الجمهورية وحده •

ونظرا لأن التشريع يتم وضعه عن طريق السلطة التشريعية ، وهذه السلطة لا تملك اصدار أمر الى السلطة التنفيذية ، طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، فيكون من اللازم الاستعانة برئيس السلطة التنفيذية لاصدار هذا الأمر •

واصدار التشريع هو عمل تنفيذى وليس عملا تشريعيا(٤٢) •

وقد سبق أن رأينا أن اصدار التشريع غير لازم بالنسبة للتشريع الأساسى وهو الدستور عندما يتم وضعه بطريقة ديمقراطية بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة أو عن طريق الاستفتاء العام • لأن السلطة الشعبية التى تضع الدستور هى التى تنشىء السلطات الثلاث جميعا بما فى ذلك السلطة التنفيذية ، وبذلك لا تكون فى حاجة الى الاستعانة برئيس السلطة المذكورة لجعل الدستور قابلا للتنفيذ • ولو اشترط لنفاذ الدستور اصداره عن طريق رئيس الدولة ، لكان معنى ذلك أن الدستور قد تم بطريق التعاقد بين الشعب ورئيس الدولة ، وليس بطريق ديمقراطى(٤٣) •

ومن ناحية أخرى فان التشريع الفرعى الذى يتم وضعه أصلا بواسطة السلطة التنفيذية لا يحتاج بعد وضعه الى اصداره • لأن السلطة التى وضعته هى التى تقوم بتنفيذه ، فلا يكون هناك معنى لأن تصدر هذه السلطة الى نفسها أمرا بتنفيذ التشريع الذى وضعته !

---

(٤١) مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السابق ، ص ٥٨٣ •

(٤٢) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، ص ٥٨٣ ، حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٤٣ •

(٤٣) راجع ما سبق ، فقرة ٩٤ ، وراجع المادة ١٣٩ من دستور مصر الدائم لسنة ١٩٧١ • وقارن : حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٤٣ ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٤٥ •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

واذا كان اصدار التشريع يتم بواسطة رئيس الجمهورية ، فمؤدى ذلك أن الاصدار هو حق رئيس الجمهورية • ولا يكون الاصدار حقا له الا اذا كان يملك الاعتراض على التشريع وعدم اصداره • وبحسب نص المادة ١١٢ من دستور جمهورية مصر الدائم لسنة ١٩٧١ ، فان « لرئيس الجمهورية حق اصدار القوانين أو الاعتراض عليها » •

ومع ذلك فان حق رئيس الجمهورية فى الاعتراض على اصدار التشريع ، ينبغى أن يباشره خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغه بالتشريع بواسطة المجلس • فاذا لم يعترض على التشريع خلال هذه المدة فانه يفقد حقه فى الاعتراض بعد ذلك • ويتعين عليه اصدار التشريع ، بحيث يصبح الاصدار فى هذه الحالة واجبا عليه وليس حقا له •

ومن ناحية أخرى ، فان الاعتراض على التشريع ينبغى أن يتم باجراء معين هو رد التشريع الى مجلس الشعب • وضرورة رد التشريع الى مجلس الشعب ترجع الى أن الكلمة النهائية فى وضع التشريع هى كلمة هذا المجلس• ولذلك فان مجلس الشعب يستطيع رغم اعتراض رئيس الجمهورية عليه ، أن يعيد الموافقة على التشريع ، ولكن بشرط أن تصدر الموافقة فى هذه الحالة بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس ، وليس فقط بالاغلبية المطلقة للاعضاء الحاضرين ، كما هو الشأن فى الموافقة عى التشريع فى الأحوال العادية التى لا يسبقها اعتراض من جانب رئيس الجمهورية •

واذا تمت الموافقة على التشريع بهذه الأغلبية الخاصة ، فانه يعتبر قانونا ، ويتعين على رئيس الجمهورية اصداره باعتبار ذلك واجبا عليه وليس حقا له •

ويتبين من ذلك انه اذا كان من حق رئيس الجمهورية الاعتراض على القوانين التى يوافق عليها مجلس الشعب ، الا أن سن التشريع هو عمل مجلس الشعب وحده • كما أن اصدار التشريع يستطيع مجلس الشعب ان يلزم به رئيس الجمهورية طبقا للدستور • وقد يقال ان الدستور لم يحدد ميعادا لاصدار التشريع فى الحالات التى يكون اصداره فيها واجبا على رئيس

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الجمهورية • ومع ذلك فلا نحسب أن رئيس الجمهورية يملك تأخير اصدار التشريع بغير حد • والا عد مخالفا بذلك لواجب مفروض عليه بحكم الدستور، وهو ما يتعارض مع واجبه في احترام الدستور ، وهو واجب يقسم عليه يمينا ويمكن أن تؤدى مخالفته الى المساءلة الدستورية(٤٤) •

ولئن كان يجدر وضع نص يحدد أجلا أقصى لاصدار التشريع(٤٥) • فيمكن مع ذلك القول فى ظل النصوص الراهنة لدستور سنة ١٩٧١ أن الاصدار ينبغى أن يتم دون أجل على الاطلاق بمجرد انتهاء مدة الثلاثين يوما التالية لابلاغ رئيس الجمهورية بموافقة مجلس الشعب على مشروع القانون دون اعتراض منه ، أو بمجرد ابلاغ رئيس الجمهورية بموافقة مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه على القانون بعد رده اليه(٤٦) •

٩٧ - نشر التشريع العادى La publication

نشر التشريع هى الوسيلة التى يتم بها شهر التشريع واعلام الناس به • ومن غير العدل أن يسرى التشريع فى حق المخاطبين بأحكامه قبل احاطتهم بهذه الاحكام ، بطريقة من طرق الاعلام • ومنذ قديم جرت العادة على أن يعلن القانون الى الناس بوسيلة معينة كالمناداة فى الاسواق والطرقات ، والتعليق فى الميادين العامة •• الخ •

ومن الطبيعى أن تتطور وسائل الاعلام مع تطور الحضارة • ومن الطبيعى كذلك أن يراعى فى وسيلة نشر التشريع أن تكون وسيلة كتابية ، لأن التشريع يتضمن بحسب تعريفه قاعدة قانونية مكتوبة •

وبحسب النظام المعمول به فى مصر ، فان نشر التشريع اجراء ضرورى لجعل التشريع ملزما للمخاطبين بأحكامه • فالتشريع يصبح نافذا فى ذاته exécutoire بمجرد اصداره ، ولكنه لا يصبح ملزما obligatoire

---

(٤٤) راجع المادة ٧٩ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية •

(٤٥) حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٤٤ •

(٤٦) قارب : سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٤٦ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الا بعد نشره(٤٧) . والتفرقة بين النفاذ والالزام تظهر أهميتها عندما تحول قوة قاهرة دون وصول وسيلة النشر الى احد المخاطبين بحكم التشريع ، ففى هذه الحالة لا يكون التشريع ملزما له ، رغم انه اصبح نافذا فى ذاته وملزما بالنسبة للاشخاص الآخرين الذين لم تحل القوة القاهرة دون وصول وسيلة النشر اليهم .

وقد نص دستور سنة ١٩٧١ على أن « تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال اسبوعين من يوم اصدارها ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها الا اذا حددت لذلك ميعادا آخر»(١٨٢)وطبقا لهذا النص فان النشر فى الجريدة الرسمية هو الوسيلة الوحيدة التى يتحقق بها النشر وما يترتب عليه من لزوم التشريع فى حق المخاطبين به . ولا تغنى عن هذه الوسيلة ، وسيلة أخرى حتى ولو كانت أقدر منها على الاعلان كالاذاعة فى الراديو أو النشر فى الصحف اليومية أو غير ذلك .

ولكن حتى لا يتحول النشر فى الجريدة الرسمية الى وسيلة صورية للاعلان ، فينبغى أن تطبع من هذه الجريدة اعداد كافية لكل من يرغب فى شرائها ، وان توضع موضع التوزيع الفعلى فى كل انحاء البلاد(٤٨) .

ونظرا لأنه يحدث من الناحية العملية أن يتأخر ظهور الجريدة الرسمية ويتأخر بالتالى توزيعها الفعلى عن التاريخ المطبوع عليها ، فان العبرة تكون لا بالتاريخ المطبوع ، بل بالتاريخ الفعلى للطبع والتوزيع(٤٩) .

---

(٤٧) سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٤٦ ، كامل مرسى ، شرح الباب التمهيدى للقانون المدنى ، سنة ١٩٥٤ ، فقرة ٢١ وما بعدها Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 140.

(٤٨) حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٤٥ .

(٤٩) وفى هذا المعنى تقرر محكمة النقض أن « علم الكافة بالاجراءات التى اوجبها ذلك القانون مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض . فاذا كان المستأنف قد دفع بأنه قد استحال العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف الى قلم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية التى نشر فيها ذلك القانون وان كانت قد طبعت فى ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ الا أنها لم توزع وتنشر فعلا الا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع ، فانه يكون مشوبا بالقصور » (نقض مدنى ١٩٥٨/٦/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ص ٦٣٩) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ونظرا لأن النشر هو الوسيلة التى يتحقق بها العلم بالقانون ، أو على الأقل افتراض العلم به ، فانه اذا حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية الى احدى المناطق بسبب فيضان أو حرب أو ثورة أو غير ذلك ، فان ذلك يؤكد عدم العلم بالقانون ويحول بالتالى دون افتراض العلم به • ولذلك فلا يكون القانون ملزما للاشخاص المقيمين فى هذه المنطقة بالذات(٥٠) • وقد أوجبت المادة ١٨٨ من دستور سنة ١٩٧١ نشر التشريع فى خلال أسبوعين على الأكثر من يوم اصداره • وذلك حتى لا تتلكأ السلطة التنفيذية فى نشر التشريع رغم موافقة مجلس الشعب عليه وصدور قرار رئيس الجمهورية باصداره(٥١) •

واتخاذ اجراء النشر لازم بالنسبة للتشريع العادى ، وكذلك بالنسبة للتشريع الفرعى(٥٢) • أما التشريع الأساسى وهو الدستور ، فيبدو لنا أن

---

(٥٠) وفى هذا المعنى تقرر محكمة النقض انه « متى كان قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ قد نشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٧/٤/٤ وانه قد بدأ العمل بأحكامه اعتبارا من ١٩٥٧/٤/١٤ فانه يفترض علم الكافة بهذه الأحكام من هذا التاريخ ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو اثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلى وانما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون اذا حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتا الى منطقة من مناطق الجمهورية » (نقض ١٩٦٥/٤/٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٤٧٦) •

(٥١) وكان نفس الحكم مقررا بمقتضى المادة ١٦٤ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ ، أما دستور سنة ١٩٢٣ فلم يكن يعين ميعادا لاجراء النشر ، مما كان يسمح للسلطة التنفيذية بتأخير تنفيذ القوانين ، عن طريق تأخير نشرها فى الجريدة الرسمية • ومن هذا القبيل أن تقنين الاجراءات الجنائية الجديد صدر فى سنة ١٩٥٠ ولم ينشر الا فى ١٥ أكتوبر ١٩٥١ • وقد قضت محكمة النقض الجنائية بأن هذا التقنين وان كان قد استوفى جميع مراحله التشريعية ، لا يجوز التحدى به طالما انه لم ينشر (نقض جنائى ٢٠ مارس ١٩٥١ ، التشريع والقضاء ، ٥ جنائى ١١٣ - ١١٩ ، مشارا اليه فى : سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٤٧ هامش ١) •

(٥٢) قضت محكمة النقض بأن « القرار التشريعى يستلزم بطبيعته النشر فى الجريدة الرسمية ليعلم به الكافة وليكون له حكم القانون الذى صدر تنفيذا له واعمالا لأحكامه ، ولا يمكن تسوية القرار فى هذا الخصوص بالتنظيمات الادارية التى يصدرها الوزراء ورؤساء المصالح للموظفين فى حدود سلطتهم التنفيذية ، وقد تكفى فيها الأوامر الشفوية والكتب الدورية » • (نقض ١٩٦٥/٥/١٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٦٠٧) •

ويلاحظ انه قبل ١٣ مارس ١٩٥٨ كانت الجريدة الرسمية تسمى « الوقائع المصرية » ولكن بعد قيام الجمهورية العربية المتحدة ، أصدر رئيس الجمهورية قرارا بانشاء الجريدة

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

نشره فى الجريدة الرسمية ليس شرطا للعمل به ، بل يكفى كما تقرر المادة ١٩٣ من دستور سنة ١٩٧١ ، ان تعلن نتيجة الاستفتاء حتى يصبح العمل بالدستور واجبا • ولم تحدد هذه المادة كيفية اعلان نتيجة الاستفتاء • وتكفى فى هذا الشان أية طريقة علنية عامة ، اذ لا يقبل من أحد ، وبصفة خاصة لا يقبل من أجهزة السلطات العامة الاعتذار بالجهل بالدستور لعدم نشره فى الجريدة الرسمية رغم اعلان نتيجة الاستفتاء عليه بطريقة رسمية أخرى(٥٣) •

وتاريخ نشر التشريع فى الجريدة الرسمية له أهمية قصوى فى تحديد تاريخ العمل به ، وبحسب نص المادة ١٨٨ من دستور سنة ١٩٧١ فان التشريع يعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره الا اذا حدد لذلك ميعادا آخر(٥٤) •

وطبقا لهذا النص فان يوم نشر التشريع لا يحسب • بل لا بد من انقضاء شهر كامل ابتداء من اليوم التالى ليوم النشر • وعلى هذا النحو اذا نشر التشريع فى ٣١ يناير فلا يعمل به الا يوم أول مارس • اذ لا يحسب يوم ٣١ يناير وهو يوم النشر ، ولا يعمل بالتشريع قبل انقضاء آخر يوم فى شهر فبراير حتى ينقضى شهر كامل ما بين نشر التشريع والعمل به •

ومع ذلك فيجوز النص فى التشريع على أن يعمل به بعد مدة أقصر أو أطول من مدة الشهر المشار اليها • فيجوز النص على أن يعمل به من تاريخ

الرسمية الى جانب الوقائع المصرية (قرار رئيس الجمهورية الصادر فى ١٣ مارس ١٩٥٨ ، المعدل بالقرار رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٩ الصادر فى ٨ فبراير ١٩٥٩) • وخصصت الجريدة لنشر قرارات الوزراء وكذلك الاعلانات الحكومية والقضائية •

(٥٣) قارن سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٤٧ ، محمد كامل مرسى ، شرح الباب التمهيدى ، فقرة ٢٤ •

(٥٤) ويلاحظ أن هذا الحكم كان مقررا فى دستور سنة ١٩٢٣ بمقتضى المادة ٢٦ منه • أما دستور سنة ١٩٥٦ فكان يقرر نفاذ التشريع بعد انقضاء عشرة أيام من تاريخ نشره • ولم يرد بالدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ أى تحديد للمدة التى لا يعمل بالتشريع قبل انقضائها • وكان مفهوما من ذلك أن التشريع يعمل به من وقت نشره ، وفقا لما كان يجرى عليه العمل فى الوقت الذى صدر فيه الدستور المذكور • راجع : سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٤٧ هامش ٣ •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

نشره • وهو نص شائع فى العمل • كما يجوز النص على أن يعمل به بعد مضى ستة شهر مثلا من تاريخ نشره • كما نصت على ذلك المادة الرابعة من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والمادة الثانية من قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨(٥٥) •

ولكن اذا نص التشريع على أن يعمل به من تاريخ نشره ، فلا يدخل يوم النشر ذاته فى النطاق الزمنى لهذا التشريع ، بل يدخل فى النطاق الزمنى للتشريع السابق عليه(٥٦) •

واذا لم يحدد التشريع تاريخا معينا للعمل به فيرجع الى الأصل فى أن التشريع لا يعمل به قبل انقضاء شهر من اليوم التالى ليوم نشره • وفى جميع الأحوال فان النشر لا غنى عنه للعمل بالتشريع • ولا يغنى عنه أن يكون المخاطب بحكمه عالما باصداره علما يقينيا(٥٧) •

ويلاحظ أن تحديد تاريخ العمل بالتشريع محسوبا على أساس اليوم الذى تم فيه نشره هو الذى يسمح بتحديد النطاق الزمنى لسريان هـذا التشريع ، وذلك على النحو الذى سندرسه عند دراسـتنا لنطـاق تطبيق القانون من حيث الزمان •

ومن ناحية أخرى فان نشر التشريع هو الأساس الذى تقوم عليه قرينة افتراض العلم بالقانون • وهى القرينة التى على أساسها يقوم مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، بجانب اعتبارات النظام العام التى تفرض مبدأ سريان القانون فى حق الكافة على النحو الذى سنتبينه عند دراستنا لنطاق

---

(٥٥) راجع : كتابنا ، النظرية العامة للاثبات ، ١٩٧٣ ، ص ١٤ •

(٥٦) وفى هذا المعنى تقرر المحكمة الادارية العليا : « لأن هذا اليوم هو فاصل زمنى يمتد أربعا وعشرين ساعة ، وقد يتم النشر فى أى وقت فيه ، وقد يتراخى هذا النشر لآخره • فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أوله » (المحكمة الادارية العليا ، فى ١٩٥٩/٤/٢١ ، أحمد سمير أبو شادى ، مجموعة القواعد القانونية للمحكمة الادارية العليا فى عشر سنوات ، رقم ٩٩ ، ص ٦١٩ ــ ص ٦٢٠) ، فى نفس المعنى : حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٤٦ هامش ٢ •

(٥٧) قارن مع ذلك فى فرنسا ، الطرق الاستثنائية لنشر التشريع :
Marty et Raynaud, Droit Civil, T. 1, op. cit., p. 142.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تطبيق القانون من حيث الاشخاص . وتدرس فيما يلى مسألة تصحيح الاخطاء المادية التى تقع فى سن القانون واصداره ونشره .

٩٨ ـ الاخطاء فى سن التشريع واصداره ونشره : Problème des ERRATA

من المتصور أن تقع اخطاء فى سن التشريع أو اصداره أو نشره . فمن المتصور بعد الموافقة على التشريع من مجلس الشعب ، أن يقع خطأ فى تحرير صورة نصوص التشريع المرسلة الى رئيس الجمهورية بقصد اصدار التشريع . ومن المتصور أيضا أن يقع خطأ آخر فى تحرير قرار الاصدار الصادر من رئيس الجمهورية . ومن المتصور كذلك أن يقع خطأ أخير عند طبع الجريدة الرسمية(٥٨) .

والمشكلة التى تثور هى هل يمكن للقضاء أن يصحح مثل هذه الاخطاء بحيث لا يطبق النصوص الا بعد تصحيحها ، ام أن القضاء ملزم بتطبيق النصوص كما ظهرت فى صورتها الأخيرة المنشورة فى الجريدة الرسمية ؟ للاجابة على هذا السؤال نبادر الى القول بأن تصحيح الخطأ ممكن فى ذاته عن طريق الرجوع الى الأصل . فالخطأ الذى يقع فى تحرير النصوص بواسطة الموظفين الاداريين فى مجلس الشعب يمكن تصحيحه بالرجوع الى مضابط المجلس المذكور . والخطأ الذى يقع فى تحرير قرار الاصدار يمكن تصحيحه بالرجوع الى النصوص المرسلة من مجلس الشعب الى رئاسة الجمهورية . أما الخطأ الذى يقع فى طبع الجريدة الرسمية فانه يمكن تصحيحه عن طريق الرجوع الى النصوص المرسلة من رئاسة الجمهورية الى ادارة تحرير الجريدة المذكورة .

ولكن اذا كان الخطأ يمكن تصحيحه فى ذاته ، الا أن المشكلة لا زالت قائمة فى معرفة هل يجوز ذلك بواسطة القضاء أم لا . فلئن تبادر الى الذهن

---

(٥٨) J. LAFERRIERE, De l'authenticité du texte des lois publiées au journal officiel, Rev. Dr. Public, 1940, p. 113; Rôle du juge dans l'appréciation de l'authenticité des textes des lois publiées au journal officiel, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1949 p. 36 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بأن الخطأ يجوز تصحيحه أخذا بالارادة الحقيقية لمجلس الشعب ، الا انه يعترض على ذلك بأن الأخذ بالنصوص التى وضعها مجلس الشعب دون تلك التى أصدرها رئيس الجمهورية ، هو فى الواقع تطبيق لنصوص لم يتم اصدارها ولم تتحقق لها القوة التنفيذية La force exécutoire . كما أن الأخذ بالنصوص التى أصدرها رئيس الجمهورية دون تلك التى نشرت فعلا فى الجريدة الرسمية ، هو فى الواقع تطبيق لنصوص لم يتم نشرها ولم تتحقق لها قوة الالزام La force obligatoire (٥٩) .

ولذلك يذهب القضاء الفرنسى الى أن القاضى لا يستطيع أن يصحح بنفسه الاخطاء فى نصوص التشريع ، ما لم يتعلق الأمر بأخطأ واضحة يمكن تصحيحها عن طريق الرجوع الى النص المنشور ذاته(٦٠) . ولكن اذا كان القاضى لا يستطيع أن يصحح الاخطاء فى نصوص التشريع ، فما هو السبيل الى تصحيح هذه الاخطاء ؟

لا شك انه يمكن تصحيح هذه الاخطاء عن طريق قرار اصدار جديد يصدر من رئيس الجمهورية بتصحيح قرار الاصدار السابق . أو عن طريق تشريع جديد يسنه مجلس الشعب بتصحيح الاخطاء المشار اليها . وقد لجأ المشرع المصرى الى طريق سن تشريع جديد بالتصحيح بصدد قانون المحاجر والمناجم رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ الذى وقعت به اخطاء مادية تمثلت فى اضافة مادتين جديدتين هما ٥٢ و ٥٤ مما ترتب عليه عيب فى الصياغة . ومن ذلك ، اشارة المواد الى أرقام خاطئة . وقد صدر القانون رقم ٣٣٦ لسنة ١٩٥٣ بتصحيح هذه الأخطاء(٦١) .

ولكن يلاحظ أن تصحيح الخطأ عن طريق قرار اصدار جديد أو عن طريق تشريع جديد ، لا يكون له أثر ملزم الا من تاريخ نشر القرار أو التشريع

---

(٥٩) Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 144 et s.

(٦٠) Crim. 9 Février, 1939, D.H. 1939, p. 164; Comp. Civ. 20 Oct. 1942, S. 1944. 1. 93, Note Lhuillier.

(٦١) النشرة التشريعية سنة ١٩٥٣ ، ص ١٠٤٠ ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٤٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الجديد ، ما لم ينص فيهما على الأثر الرجعى للتصحيح ، لأن الأمر يتعلق بوضع نصوص جديدة وليس فقط بتفسير نصوص قائمة(٦٢) ٠

وبجانب التصحيح عن طريق قرار اصدار جديد ، أو عن طريق تشريع جديد ، فان العمل يجرى أحيانا على اعادة نشر نصوص التشريع فى الجريدة الرسمية بعد تصحيحها على أساس أن الأمر يتعلق بتصحيح خطأ مادى Errata (٦٣) ٠ وقد لجأ المشرع المصرى الى هذا الأسلوب بالنسبة لقانون المحاجر والمناجم السابق الاشارة اليه ، فيما يتعلق ببعض الاخطاء اللغوية التى وقعت فى هذا القانون ٠ وقد فرق المشرع المصرى بذلك بين الاخطاء الجوهرية فأصدر لتصحيحها تشريعا جديدا على النحو السابق ذكره ، وبين الأخطاء اللغوية التى اكتفى بنشر تصحيحها فى الجريدة الرسمية(٦٤) ٠ وهذه التفرقة لها ما يبررها ، وهى تتفق مع اتجاه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن ٠

ويذهب القضاء الفرنسى(٦٥) الى انه لا يجوز الالتجاء الى أسلوب التصحيح بطريق اعادة النشر فى الجريدة الرسمية ، الا بالنسبة للاخطاء الواضحة التى يمكن التعرف عليها عن طريق قراءة ذات النص السابق نشره ٠ والتصحيح فى هذه الحالة يجوز أن يقوم به القاضى نفسه ، كما يجوز أن تقوم به السلطة التنفيذية عن طريق اعادة النشر فى الجريدة الرسمية ٠

أما التصحيح الذى يقتضى تعديلا جوهريا فى النصوص السابق نشرها، فلا يجوز القيام به عن طريق نشر التصحيح فقط فى الجريدة الرسمية ، بل لا بد من وضع تشريع جديد لهذا الغرض ٠ واتجاه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن جدير بالتأييد ٠

---

(٦٢) Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 135, p. 145.

(٦٣) راجع فى هذا الموضوع : FREJAVILLE La pratique des «ERATA» au Journal Officiel, J.C.P., 1948.1.677; GLEIZES, La rectification des textes publiés au Journal Officiel, Thèse, Paris, 1939; Trasbot, «ERRATA» aux lois et décret insérés au Journal Officiel, Rev. Crit., 1926, p. 602.

(٦٤) النشرة التشريعية ، س ١٩٥٣ ، ص ١٠٤٠ ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٤٩ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٩٩ - حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى Les décrets-lois

سبق أن رأينا انه فى ظل نظام الفصل بين السلطات فان السلطة التشريعية هى التى تختص بسن التشريع العادى • ومع ذلك فتوجد ثلاث حالات تقوم فيها السلطة التنفيذية بسن التشريع العادى • ويطلق على التشريع فى هذه الحالات اصطلاح القرار بقانون • فهو من ناحية يعتبر قرارا لأنه صادر من السلطة التنفيذية ، ومن ناحية أخرى يعتبر قانونا لأن له قوة القانون ، ويستطيع تعديل القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية • وللجمع بين هاتين الصفتين يسمى التشريع فى هذه الحالات قرارا بقانون

والحالات الثلاث هى : تشريع السلطة الفعلية ، وتشريع الضرورة ، وتشريع التفويض •

(١) تشريع السلطة الفعلية : تشريع السلطة الفعلية هو التشريع الصادر عن سلطة غير مزودة من الناحية الدستورية بحق اصدار التشريع • ومع ذلك فهو يعتبر لأسباب مختلفة ، تشريعا صحيحا • ولعل أبرز مثل على ذلك : القرارات القنصلية والامبراطورية التى اصدرها نابليون فى ظل دستور السنة الثامنة ، فى موضوعات كان يجب استصدار تشريعات بشأنها ، ومع ذلك فان مجلس الشيوخ لم يعتبر هذه القرارات مخالفة للدستور ، واعتبرت بالتالى تشريعات صحيحة(٦٦) • والسبب فى ذلك هو أن نابليون كان يباشر فى ظل الدستور المذكور دكتاتورية حقيقية(٦٧) •

والسلطة الفعلية هى عادة حكومة ثورية مؤقتة • والتشريعات الصادرة عن هذه الحكومة تظل نافذة ولها قوة القانون طالما أن هذه الحكومة تحافظ على مركزها • ولكن اذا اسقطت هذه الحكومة فان مصير التشريعات التى

---

(٦٥) Cass. Ch. Réunies, 5 Fév. 1947, S. 1947.1.67; Civ. 18 Déc. 1933, D.P. 1934.1.17; Civ. 15 Nov. 1937, D.H. 1938. 18. G.P. 1938.1.p; Civ. Soc. 20 Mai 1948. G.P. 1948.2.29.

(٦٦) Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 149.

(٦٧) André Hauriou, Droit Constitutionnel. op. cit., p. 649.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أصدرتها يتوقف على النظام الذى سيحل محلها . فاذا سقطت الحكومة الفعلية المؤقتة وعاد النظام الذى كان قائما من قبل ، اعتبرت تشريعات الحكومة الفعلية كأن لم تكن ، ما لم يصدر تشريع جديد بتصحيح بعض تشريعات الحكومة الفعلية ، كما حدث فى فرنسا بالنسبة لتصحيح بعض التشريعات التى صدرت عن حكومة فيشى ابان احتلال الألمانى لفرنسا(٦٨) .

أما اذا نجح النظام الثورى المؤقت فى اقامة نظام دستورى جديد ، فان التشريعات التى سبق صدورها فى ظل السلطة الفعلية تعتبر صحيحة فى ظل النظام الدستور الجديد ، سواء ورد نص صريح على ذلك فى الدستور الجديد(٦٩) ، أو لم يرد مثل هذا النص ، لأن التصحيح فى هذه الحالة يعتبر ضمنيا ، طالما أن النظام الدستورى الجديد خرج فى مجموعه عن النظام الثورى السابق(٧٠) .

(٢) تشريع الضرورة : تشريع الضرورة هو قرار بقانون يصدره رئيس الجمهورية فى غيبة البرلمان لمواجهة حالة من حالات الضرورة .

ومن المعروف أن البرلمان لا ينعقد بصفة دائمة ، بل توجد فترات يكون فيها البرلمان معطلا اما بسبب حله أو وقف جلساته(٧١) أو بسبب اجازته السنوية التى تقع ما بين دورين من أدوار الانعقاد(٧٢) . فاذا طرأت فى فترة من هذه الفترات حالة من حالات الضرورة التى تستدعى اصدار تشريع يواجهها ، يكون من الواجب اعطاء رئيس الجمهورية الحق فى اصدار مثل هذا التشريع على سبيل الاستثناء ، مع اتخاذ الضمانات اللازمة باخضاع قرار رئيس الجمهورية لرقابة البرلمان اللاحقة ، بحيث يصير التشريع وكأنه

---

(٦٨) V. par ex., Ord. du 9 oct. 1945.

(٦٩) ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة ١٩١ من دستور سنة ١٩٥٦ من اعتبار جميع القرارات الصادرة عن مجلس قيادة الثورة صحيحة ولا يجوز الطعن فيها . وراجع كذلك المادة ١٩٠ من الدستور المذكور .

(٧٠) انظر الأمثلة العديدة على ذلك المأخوذ عن التاريخ الدستورى الفرنسى . Barty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 149.

(٧١) راجع المادة ١٣٦ من دستور سنة ١٩٧١ .

(٧٢) راجع المادة ١٠١ من دستور سنة ١٩٧١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

صدر من السلطة التشريعية فى آخر الأمر . وقد نص دستور سنة ١٩٧١ على غرار الدساتير السابقة عليه ، على اعطاء رئيس الجمهورية الحق فى اصدار تشريعات الضرورة ، فى المادة ١٤٧ منه(٧٣) .

وطبقا لهذا النص يشترط أن توجد حالة من حالات الضرورة التى تستدعى اصدار التشريع ، دون انتظار انعقاد مجلس الشعب . والقول بوجود مثل هذه الحالة يخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية . ولا ضرر فى ذلك طالما أن التشريع الذى سيصدره ، سيخضع فى مجموعه لرقابة مجلس الشعب الذى سيعرض عليه التشريع بعد اصداره(٧٤) .

ويجب أن تطرأ حالة الضرورة فى فترة لا يكون مجلس الشعب فيها منعقدا أما بسبب وقفه أو حله أو تعطله ما بين ادوار الانعقاد . وقد ذهب رأى فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ الى أنه لا يجوز اصدار تشريع الضرورة فى حالة حل المجلس أو تأجيله ، اعتمادا على نص المادة ٤١ من الدستور المذكور التى كانت تجيز اصدار مثل هذا التشريع « فيما بين ادوار انعقاد البرلمان » . ولا يشمل ذلك - حسب هذا الرأى - حالة حل المجلس أو تأجيله(٧٥) ، ومع ذلك فان نص المادة ١٤٧ من دستور سنة ١٩٧١ يشير بصراحة الى أن اصدار تشريع الضرورة جائز سواء فيما بين أدوار انعقاد المجلس أو فى حالة حله أو وقفه .

ويجب أن يصدر تشريع الضرورة موافقا للدستور ، فلئن كان هذا التشريع يستطيع تعديل القوانين العادية الا أنه لا يستطيع مخالفة الدستور الذى يسمو على كل التشريعات العادية ، سواء ما يصدر منها عن السلطة

---

(٧٣) راجع المواد ٤١ من دستور سنة ١٩٢٣ ، و ١٢٥ من دستور سنة ١٩٥٦ و ١١٩ من دستور ١٩٦٤ .

(٧٤) نقض جنائى ١٩٥١/٤/١٧ ، التشريع والقضاء ٣ - ٤٨١ - ١٤١ ، محكمة القضاء الادارى ١٩٥١/٣/٢٢ ، مجموعة أحكام مجلس الدولة ٥ - ٧٣٧ - ١٧٨ ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٥٦ ، محمد كامل ليلة ، القانون الدستورى ، ١٩٦٣ ، ص ٤٢٨ .

(٧٥) Duguit, Leçon de droit public général, Le Caire, 1926, pp. 171-172; فى نفس المعنى : محمد كامل ليلة ، المرجع السابق ، ص ٤٢٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

التشريعية وهذا هو الأصل ، أو ما يصدر منها عن السلطة التنفيذية بطريق الاستثناء • فالسلطة التنفيذية البديلة لا يجوز أن تملك أكثر مما تملكه السلطة التشريعية الأصيلة(٧٦) • وقد كان دستور سنة ١٩٢٣ ينص صراحة على هذا الحكم الذى لا يحتاج فى تقريره الى نص خاص ، فهو مستمد مباشرة من مبدأ علو الدستور • ولذلك فان اغفال النص على هذا الحكم فى الدساتير اللاحقة لدستور سنة ١٩٢٣ ، لا يغير من الأمر شيئا ، اذ من غير المتصور أن يجيز أى دستور الخروج على أحكامه بواسطة قرارات من رئيس الجمهورية، حيث لا يجيز ذلك للتشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية •

وحتى تتحقق رقابة مجلس الشعب على تشريع الضرورة ، فانه يجب على رئيس الجمهورية أن يعرض التشريع الذى يصدره على المجلس خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اصداره اذا كان المجلس قائما ، أو فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته •

فاذا لم يعرض التشريع زال بأثر رجعى ما كان له من قوة القانون دون حاجة الى اصدار قرار بذلك من المجلس • أما اذا عرض ولم يقره المجلس ، زال بأثر رجعى أيضا ما كان له من قوة القانون ، الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذه فى الفترة السابقة ، أو تسوية ما ترتب على آثاره بوجه آخر(٧٧) •

وهكذا يتضح أن تشريع الضرورة يصدر من رئيس الجمهورية ابتداء ، ولكنه لا يظل قائما ما لم يحصل على موافقة مجلس الشعب عليه •

(٣) تشريع التفويض : هو التشريع الذى يصدره رئيس الجمهورية فى

---

(٧٦) حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٣٧ ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٥٦ ، محمد كامل ليلة ، القانون الدستورى ، ص ٤٢٩ •

(٧٧) راجع المادة ٢/١٤٧ من دستور سنة ١٩٧١ • ويلاحظ أن المادة ١١٩ من دستور سنة ١٩٦٤ كانت تقرر أن الأصل فى حالة اعتراض المجلس على التشريع ، هو زواله بالنسبة للمستقبل فقط • ولكن دستور سنة ١٩٧١ جعل زوال التشريع بأثر رجعى فى حالتى عدم عرض التشريع على المجلس فى الميعاد المذكور ، أو رفض المجلس الموافقة عليه • ومع ذلك فقد أجاز بالنسبة للحالة الثانية فقط النص على أن يكون أثر الالغاء من وقت الاعتراض فقط وليس من وقت صدور التشريع على النحو المذكور فى المتن •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

موضوعات معينة ، يفوضه مجلس الشعب فى اصدار قرارات بشانها ، لها قوة القانون ·

وعلى خلاف تشريع الضرورة الذى يصدر فى غيبة البرلمان ، فان تشريع التفويض يصدر فى وجود البرلمان ، ولا يستمد مبرراته من وجود حالة من حالات الضرورة فحسب ، بل من وجود تفويض صريح من البرلمان الى السلطة التنفيذية باصدار مثل هذا التشريع ·

ويكاد لا يوجد أساس نظرى مقبول لمثل هـذا التفـويض · فالبرلمان يستمد سلطته التشريعية من الدستور ، وهى سلطة لا يجوز التصرف فيها او التنازل عنها للغير(٧٨) ، ولو جاز مثل هذا التنـــازل لأدى ذلك الى أن تصبح القرارات التى يصدرها رئيس الجمهورية مطابقة من حيث طبيعتهـا للتشريع الذى يصدره البرلمان(٧٩) · وهذا غير صحيح كما سنرى ·

· وقد ذهب رأى غير مقبول الى القول بأن البرلمان عندما يفوض السلطة التنفيذية فى اصدار تشريعات تستطيع تعديل التشريعات القائمة ، فانه يقرر بذلك الهبوط بدرجة التشريعات القـائمة الى مستوى اللوائح(٨٠) · وهـذا الرأى ظاهر فيه الاصطناع ، لأنه من غير المعقول أن ينخفض مجلس الشعب بمستوى كل التشريعات القائمة الى درجة اللوائح والقرارات الادارية ، لمجرد تبرير فكرة التفويض التى تستعصى فى ذاتها على التبرير ·

وقد ذهب رأى آخر الى أنه يوجد عرف دســتورى يجيز مثل هـذا التفويض · ويلاحظ فى فرنسا انه رغم أن دستور سنة ١٩٤٦ نص فى المادة ١٣ منه على أن « الجمعية الوطنية تصوت وحدها على القانون ، ولا يجوز لهـا تفويض غيرها فى ذلك » ، الا انه لم تلبث أن صدرت فى فرنسا تشريعات بتفويض السلطة التنفيذية فى اصدار قرارات لها قوة القانون(٨١) ·

---

(٧٨) André HAUDIOU, op. cit. T. 1, p. 809.

(٧٩) Marty et Raynaud, op. cit., p. 151.

(٨٠) Rolland, Revue de droit public, 1924, p. 42, cité par Marty et Raynaud, op. cit. T. 1, p. 151.

(٨١) A. HAURIO, op. cit., p. 810; Marty et Raynaud, op. cit., p. 152.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وفى مصر كان دستور سنة ١٩٢٣ لا يتضمن أى نص يجيز التفويض . وكان الرأى الراجح هو عدم جواز ذلك لانعدام الأساس النظرى الذى يمكن أن تستمد منه فكرة التفويض(٨٢) . ومع ذلك فقد وجدت سابقة فى ظل دستور ١٩٢٣ ، وهى خاصة بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٣٢ الذى يفوض السلطة التنفيذية فى اصدار مراسيم لها قوة القانون بفرض رسوم انتاج على حاصلات الأرض أو منتجات الصناعة المحلية .

وقد حسمت الدساتير التالية هذه المسألة ، اذ تضمنت نصوصا صريحة باعطاء السلطة التشريعية الحق فى تفويض السلطة التنفيذية فى اصدار قرارات لها قوة القانون(٨٣) .

وتنص المادة ١٠٨ من دستور سنة ١٩٧١ على أن « لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فاذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون » .

وطبقا لهذا النص فان تشريع التفويض لا يصدر أيضا الا فى حالة الضرورة . ولكن الذى يقدر الضرورة هو مجلس الشعب ، وليس رئيس الجمهورية . وتقدير حالة الضرورة يراعى فيه أن المجلس سيكون منعقدا فى الوقت الذى تصدر فيه هذه التشريعات ، وأنه لو طلب اليه اصدار هذه التشريعات بنفسه لاستطاع أن يصدرها . ومع ذلك فان بعض دواعى السرعة أو السرية قد تقتضى تفويض رئيس الجمهورية فى اصدارها ، وهو ما لا يتحقق

---

(٨٢) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ ، محمد كامل ليله ، القانون الدستورى ص ٤٤٠ .

(٨٣) المادة ١٣٦ من دستور سنة ١٩٥٦ ، والمادة ١٠ من دستور سنة ١٩٦٤ ، والمادة ١٠٨ من دستور سنة ١٩٧١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الا اذا كانت حالة الضرورة ملحة وشديدة · ولذلك لا يجوز منح هذا التفويض الا فى حالات استثنائية تظهر فيها بوضوح الحاجة الى مثل هذا التفويض ·

ويجب أن يصدر التفويض بأغلبية خاصة هى ثلثى أعضاء المجلس ، وليس فقط الأغلبية المطلقة للحاضرين من الأعضاء ، كما هو الشأن فى التصويت على التشريعات العادية · فالتفويض يتم بقانون هو قانون التفويض، وهو قانون لا يصدر الا بأغلبية خاصة ·

والتفويض ينبغى أن يكون لمدة محددة كشهر أو سنة أو نحو ذلك ·

وينبغى كذلك أن يكون التفويض قاصرا على موضوعات معينة ، كالاصلاح الزراعى ، أو التموين ، أو التعليم العالى ·· الخ · وينبغى أن يحدد التفويض الأسس التى يجب أن تقوم عليها القرارات الصادرة بمقتضى هذا التفويض ·

وزيادة فى الاحتياط فان تشريع التفويض يجب عرضه على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض · وبطبيعة الحال اذا كانت مدة التفويض قصيرة ، فان هذا الاحتياط يحقق ضمانا حقيقيا · ولكن اذا كانت مدة التفويض طويلة ، فلا تكون هناك فائدة كبيرة من عرض التشريع على مجلس الشعب بعد انتهاء هذه المدة(٨٤) ·

فاذا لم يعرض تشريع التفويض على مجلس الشعب أو عرض ولم يوافق عليه المجلس زال ما كان له من قوة القانون ·

وغنى عن الذكر أن تشريع التفويض لا يجوز له أن يخالف الدستور ، فهو كالتشريع الصادر من مجلس الشعب يخضع فى صحته لمبدأ علو الدستور ·

ومن ناحية أخرى فان تشريع التفويض يجب أن يصدر فى حدود

---

(٨٤) حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٣٩ ، هامش ١ ·

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

التفويض من ناحية المدة ومن ناحية الموضوع . فاذا تخطى هذه الحدود فانه يكون باطلا ولا تكون له قوة القانون .

واذا روعي في تشريع التفويض مطابقته للدستور ، وعدم خروجه عن حدود التفويض ، فانه يكون في قوة التشريع العادي ويجوز له تعديل أو مخالفة التشريعات العادية السابق صدورها من مجلس الشعب .

ومع ذلك فان القضاء الفرنسي يذهب الى أن تشريع التفويض يشبه التشريع العادي من ناحية الموضوع من حيث أن له قوة التشريع العادي ويستطيع تعديل التشريعات التي أصدرها البرلمان . ومع ذلك فان هذا التشريع لا زال من ناحية الشكل معتبرا قرارا اداريا يجوز لمجلس الدولة أن يلغيه لعيب مجاوزة السلطة ، وبصفة خاصة لمجاوزة التشريع حدود التفويض الذي صدر على أساسه(٨٥) .

وقد أخذ القضاء المصري بما ذهب اليه القضاء الفرنسي من اعتبار تشريع التفويض قابلا للالغاء لعيب مجاوزة السلطة . وكان مجلس الأمة في ظل دستور سنة ١٩٦٤ قد منح رئيس الجمهورية بمقتضى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧(٨٦) تفويضا في اصدار قرارات لها قوة القانون . وقد أصدر رئيس الجمهورية استنادا الى هذا التفويض ، القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بشأن اعادة تشكيل الهيئات القضائية . وقد ترتب على هذا القرار

---

(٨٥) André HAURIO, op. cit., p. 813.

وراجع الأحكام العديدة المشار اليها في

Marty et RAYNAUD, op. cit., T. 1., p. 151 — p. 152.

(٨٦) ذهب البعض الى أن قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ لم يحدد موضوع التفويض على النحو الذي تشترطه المادة ١٢٠ من دستور سنة ١٩٦٤ . برهام محمد عطا الله ، أساسيات القانون الوضعي، ١٩٦٨ ، هامش ١ ص ٥٤-٥٥ . وتنص المادة الأولى من قانون التفويض المذكور على أن « يفوض رئيس الجمهورية في اصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتعلق بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل امكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني وبصفة عامة في كل ما يراه ضروريا لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية » .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بقانون عزل عدد من القضاة وهم الذين لم يرد ذكر اسمائهم فى قرار اعادة التشكيل . وقد طعن أحد القضاة المذكورين أمام محكمة النقض(٨٧) ، فى صحة القرار بقانون المشار اليه ، وطلب الغائه ، لمجاوزته قانون التفويض . وقد قضت محكمة النقض بجلسة ١٩٧٢/١٢/٢١ بأن « المحاكم وان كانت لا تملك الغاء القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية أو تعديلها ، وكانت القرارات التى تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية وان كان لها فى موضوعها قوة القانون التى تملكها من الغاء وتعديل القوانين القائمة الا انها تعتبر قرارات ادارية لا تبلغ مرتبة القوانين فى حجية التشريع فيكون للقضاء الادارى بما له من ولاية الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أن يحكم بالغائها اذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التى تقوم عليها ولا تحوز هذه القرارات حجية التشريع الا اذا أقرها المجلس النيابى ، شأنها فى ذلك شأن أى قانون آخر .. واذ كان القرار بالقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من اعتبار رجال القضاء الذين لا تشملهم قرارات اعادة التعيين فى وظائفهم أو النقل الى وظائف أخرى محالين الى المعاش بحكم القانون وقد صدر فى موضوع يخرج على النطاق المحدد بقانون التفويض ويخالف مؤدى نصه ومقتضاه مما يجعله مجردا من قوة القانون ، وكان القرار فوق ذلك يمس حقوق القضاة وضماناتهم مما يتصل باستقلال القضاء ، وهو ما لا يجوز تنظيمه الا بقانون صادر من السلطة التشريعية ، ذلك أن النص فى المادة ١٥٢ من الدستور المشار اليه (دستور سنة ١٩٦٤) على أن « القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون » . وفى المادة ١٥٦ على أن « القضاة غير قابلين للعزل وذلك على الوجه المبين بالقانون» وفى المادة ١٥٧ على أن «يبين القانون شروط تعيين القضاة ونقلهم وتأديبهم » يدل على أن عزل القضاة من وظائفهم هو من الأمور التى لا يجوز تنظيمها بأداة تشريعية أدنى مرتبة من القانون ـ فان القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ فيما تضمنه من اعتبار رجال القضاء الذين لا تشملهم قرارات التعيين أو النقل

---

(٨٧) الغاء القرارات الادارية هو اختصاص القضاء الادارى ، ومع ذلك فانه بحسب نص المادة ٨٣ من قانون المحاكم الاقتصادية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدلة بالمادة ٣ من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ تختص دائرة المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض دون غيرها بالفصل فى كافة الطلبات التى يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بالغاء القرارات الادارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

محالين الى المعاش بحكم القانون ، يكون غير قائم على أساس من المشروعية ومشوبا بعيب جسيم يجعله عديم الأثر »(٨٨) ٠

وبهذا الحكم فان القضاء المصرى يكون قد أخذ بمذهب القضاء الفرنسى فى اعتبار تشريع التفويض من طبيعة مزدوجة ، بحيث تكون له قوة القانون العادى ، ومع ذلك فهو لا زال قرارا اداريا يجوز الغاؤه لعيب مجاوزة السلطة ٠

ويلاحظ أن مجلس الشعب اصدر فى ظل دستور سنة ١٩٧١ القانون رقم ٦ لسنة ١٩٧٣ بتفويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات بشأن ميزانية الحرب تكون لها قوة القانون(٨٩) ٠

وبهذا ننتهى من دراسة الأنواع الثلاثة من التشريعات التى تصدرها السلطة التنفيذية بدلا من السلطة التشريعية ٠ وهى تشريعات السلطة الفعلية ، وتشريعات الضرورة ، وتشريعات التفويض ٠ وهذه التشريعات جميعا ، يجب نشرها فى الجريدة الرسمية ، ولكن لا تكون هناك حاجة الى اصدارها ، لأن القرار الصادر بها يتضمن فى نفس الوقت اصدارها ٠ فهى من صنع السلطة التنفيذية ، وهى التى تقوم بتنفيذها بنفسها ٠

١٠٠ ـ اختصاص السلطة التنفيذية بسن التشريع الفرعى (اللوائح) :
Les règlements

بجانب القرارات الادارية الفردية التى تصدرها السلطة التنفيذية بشأن أشخاص معينين بالذات ، فانها تصدر أحيانا قرارات تتضمن قواعد عامة مجردة ٠ وهذه هى التى يطلق عليها اسم اللوائح ٠ وهذه القرارات تصدرها السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص اصيل فى هذا الشأن تستمده من الدستور مباشرة ٠

واختصاص السلطة التنفيذية باصدار اللوائح هو اختصاص عادى تباشره بصفة دائمة وفى الظروف العادية ، على خلاف اختصاصها باصدار

---

(٨٨) نقض مدنى ١٩٧٢/١٢/٢١ ، طعن رقم ٢١ س ٣٩ ق رجال القضاء ، حكم غير منشور ٠

(٨٩) الجريدة الرسمية ، العدد ١٠ ، س ١٩٧٣ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تشريعات السلطة الفعلية أو الضرورية أو التفويض ، فهو اختصاص استثنائى على خلاف الأصل ٠

واللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى هذا الاختصاص العادى ، ليس لها قوة التشريعات التى تصدرها فى الحالات الاستثنائية السابق ذكرها ، والتى سبق أن رأينا انها تعادل قوة القانون ، أى قوة التشريع الصادر عن السلطة التشريعية ٠ أما اللوائح فهى لا تعادل التشريع العادى فى القوة ، بل هى أقل منه فى الدرجة ولذلك يطلق عليها اسم التشريع الفرعى أو اللائحة بالمقابلة للتشريع العادى أو الرئيسى وهو ما يسمى أحيانا بالقانون ٠

فالسلطة التشريعية تضع التشريع العادى وهو القانون ، وقد تحل محلها فى ذلك السلطة التنفيذية بصفة استثنائية فتضع تشريعا فى حكم القانون ، وهو القرار بقانون ، أما السلطة التنفيذية فهى عند مباشرة اختصاصها الأصلى ، تضع ما يسمى بالتشريع الفرعى أو اللائحة وهو أقل درجة من القانون ، وأقل درجة كذلك من القرار بقانون ٠

واللوائح من ثلاثة أنواع ٠ فهناك اللوائح التنفيذية وهى التى يكون الغرض منها وضع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية موضع التنفيذ ٠ وهناك اللوائح التنظيمية وهى التى يكون الغرض منها تنظيم سير المرافق العامة ٠ وهناك لوائح البوليس ، أو لوائح الضبط وهى التى يكون الغرض منها المحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة ٠ وندرس هذه الأنواع الثلاثة فيما يلى :

(١) اللوائح التنفيذية : هى اللوائح التى تتضمن القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ٠ وطبقا لنص المادة ١٤٤ من دستور سنة ١٩٧١ فان رئيس الجمهورية هو الذى يختص بوضع اللوائح المذكورة(٩٠) ٠

---

(٩٠) يطلق البعض على اللوائح التنفيذية اسم اللوائح التكميلية ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واختصاص رئيس السلطة التنفيذية بوضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين هو أمر طبيعى طالما أن السلطة التنفيذية هى التى تقوم بتنفيذ القوانين ، فتكون أقدر من غيرها على معرفة القواعد التفصيلية اللازمة لهذا الغرض .

ونظرا لأن اللوائح التنفيذية تتضمن قواعد عامة مجردة ، فقد كان من الممكن أن ترد هذه القواعد فى صلب التشريع العادى ذاته . ومع ذلك فان ادماج القواعد التفصيلية فى التشريع من شأنه أن يؤدى الى زيادة العبء على السلطة التشريعية ، والى اضطرارها الى الانشغال بالمسائل التفصيلية ، بينما الأجدر أن تتفرغ لوضع المبادىء الكلية ، تاركة تنظيم التفاصيل لعناية السلطة التى تتولى التنفيذ وهى السلطة التنفيذية(٩١) .

واذا كان رئيس الجمهورية هو الذى يختص باعتباره رئيس السلطة التنفيذية ، بوضع اللوائح المذكورة ، الا أنه يجوز له طبقا للمادة ١٤٤ السابق الاشارة اليها ، أن يفوض غيره فى وضع هذه اللوائح . وكذلك يجوز أن يعين القانون الشخص المختص باصدار اللائحة اللازمة لتنفيذه وغالبا ما يكون هذا الشخص هو الوزير المختص الذى يقع موضوع التشريع فى نطاق نشاط وزارته .

وغنى عن الذكر أن اللوائح التنفيذية التى تهدف الى وضع القانون موضع التنفيذ ، لا يجوز لها أن تخرج على حكم القانون الذى تضطلع بتنفيذه . وقد نصت المادة ١٤٤ السابق الاشارة اليها على هذا الحكم صراحة بقولها ان رئيس الجمهورية يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين « بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها » . وكان هذا الحكم مقررا بذات العبارة فى المادة ٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣(٩٢) .

واذا ورد باللائحة التنفيذية حكم مخالف للقانون امتنع القاضى عن

---

(٩١) وحيد رافت ووايت ابراهيم ، القانون الدستورى ، ص ٥٥٤ ، وص ٥٥٥ ، محمد كامل ليلة ، القانون الدستورى ، ص ٤٢٠ .

(٩٢) وقد أغفل دستور سنة ١٩٥٦ ، ودستور ١٩٦٤ النص على هذا الحكم ، ولكنه حكم مسلم به طبقا للمبادىء العامة للقانون .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تطبيق اللائحة واقتصر فقط على تطبيق القانون · واذا كان تعديل القانون او تعطيله أو الاعفاء منه لا يثير شكا فى عدم مشروعيته ، فان تكملة القانون اذا كانت لازمة وغير متعارضة مع نصوصه لا تعتبر تعديلا له · بينما تعتبر تكملة القانون بما لا حاجة اليه فى تنفيذه بمثابة اضافة حكم جديد اليه وهو نوع من التعديل لا يجوز(٩٣) · وقد يثور الجدل حول طبيعة التكملة وما اذا كانت تعتبر تنفيذا للقانون ، أم أنها تعتبر تعديلا له ·

(٢) اللوائح التنظيمية : ويطلق على هذه اللوائح أحيانا اسم اللوائح المستقلة أو القائمة بذاتها Réglements autonomes ، لانها لا تستند الى قانون تعمل على تنفيذه ، ولكنها تصدر عن السلطة التنفيذية استقلالا عن أى قانون معين بالذات · وتتضمن هذه اللوائح القواعد اللازمة لتسيير المرافق العامة فى الدولة · ونظرا لأن السلطة التنفيذية هى التى تقوم بادارة المرافق العامة ، فانه من الطبيعى أن تختص باصدار القواعد اللازمة لتسييرها · وقد نصت المادة ١٤٦ من دستور سنة ١٩٧١ على أن « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لانشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة » ·

وقد حسم هذا النص خلافا كان قائما فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ حيث تنص المادة ٤٤ من هذا الدستور على اختصاص السلطة التنفيذية بترتيب المصالح العامة · وقد ذهب رأى الى أن ذلك يشمل سلطة انشاء مرافق عامة جديدة · وذهب رأى آخر الى أن ترتيب المرافق العامة لا يشمل انشاء مرافق جديدة بل يقتصر فقط على تنظيم المرافق القائمة(٩٤) · وقد جاء نص المادة ١٤٦ من دستور سنة ١٩٧١ صريحا فى أن السلطة التنفيذية تختص ليس فقط بتنظيم المرافق العامة القائمة بل وكذلك بانشاء مرافق عامة جديدة ·

ويلاحظ أن نص المادة ١٤٦ السابق ذكره لم يخول رئيس الجمهورية تفويض غيره فى اصدار اللوائح التنظيمية على خلاف الأمر بالنسبة للوائح التنفيذية التى يجوز لرئيس الجمهورية بنص المادة ١٤٤ تفويض غيره فى

---

(٩٣) محمد كامل ليلة ، القانون الدستورى ، ص ٤٢٠ ·

(٩٤) راجع فى عرض هذا الخلاف ، محمد كامل ليلة ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢ ·

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

اصدارها(٩٥) . ولعل السبب في ذلك أن اللوائح التنظيمية تعتبر أكثر خطورة من اللوائح التنفيذية ، لأنها لوائح قائمة بذاتها لا تستند الى قانون تعمل على تنفيذه . وقد زادت خطورتها أخيرا بعد أن خول دستور سنة ١٩٧١ السلطة التنفيذية صراحة ، الحق في انشاء مرافق عامة جديدة .

(٣) لوائح البوليس : وتسمى لوائح الضبط وهي تلك التي تتضمن القواعد اللازمة للمحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة . ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح الأماكن المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة ، ولوائح الباعة الجائلين . وقد جرى العمل في مصر وقبل وضع دستور سنة ١٩٢٣ على أن تقوم السلطة التنفيذية بوضع هذه اللوائح .

والواقع انه قبل دستور سنة ١٩٢٣ كانت الحكومة تجمع في يدها بين السلطتين التشريعية والتنفيذية . ولذلك لم يكن هناك مجال للشك في الأساس الذي تصدر بمقتضاه هذه اللوائح . ولكن بعد وضع دستور سنة ١٩٢٣ أصبح من اللازم البحث عن أساس تستند اليه السلطة التنفيذية في وضع لوائح البوليس ، خاصة وأن الدستور المذكور لم يعطها صراحة مثل هذا الحق . وقد ذهب رأي الى وجود عرف دستوري يمنح السلطة التنفيذية هذا الحق ، بالاضافة الى أن دواعي السرعة تبرر قيام السلطة التنفيذية بوضع القواعد اللازمة للمحافظة على الأمن . يضاف الى ذلك أيضا أن السلطة التشريعية تستطيع — اذا هي أرادت — أن تضع هذه القواعد بنفسها . فاذا هي لم تقم بذلك فلا يكون هناك مبرر لمنع السلطة التنفيذية من القيام بوضعها(٩٦) .

ومع ذلك فقد اعترض على هذا الرأي بأن هذه اللوائح تقيد الحريات العامة ، وتفرض عقوبات على خلاف المبدأ الدستوري في انه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص تشريعي ، أو بنص لائحي صادر استنادا الى تشريع(٩٧) .

---

(٩٥) حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٤١ .

(٩٦) السيد صبري ، عثمان خليل ، زهير جرانه ، مشار اليهم في : سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٤٠ — ص ١٤١ ، هامش (١) .

(٩٧) عبد الحميد متولي ، الوسيط ، ص ٢٨٣ وما بعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالرأى الأول ، بصدد لائحة التياترات الصادرة فى ١٢ يوليه سنة ١٩١٢(٩٨) .

وقد انتهى هذا الخلاف فى الوقت الحاضر ومنذ دستور سنة ١٩٥٦ (م ١٣٨) ، وكذلك دستور سنة ١٩٦٤ (م ١٢٢) ، حيث خول كل من هذين الدستورين ، رئيس الجمهورية سلطة اصدار لوائح الضبط أو تفويض غيره فى اصدارها .

أما دستور سنة ١٩٧١ فقد نص فى المادة ١٤٥ منه على أن « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط » . وهذا النص لا يخول رئيس الجمهورية ما كان مخولا له بمقتضى دستور سنة ١٩٥٦ ، ودستور سنة ١٩٦٤ ، من تفويض غيره فى اصدار اللوائح المذكورة(٩٩) .

وبذلك ننتهى من دراسة الأنواع الثلاثة من اللوائح ، وهى ما يطلق عليها اسم التشريع الفرعى ، وهى أقل درجة من التشريع العادى الصادر عن السلطة التشريعية .

واللوائح لا تصبح ملزمة الا بعد نشرها . ولكن لا يلزم اصدارها ، لأن السلطة التى تضعها هى التى تقوم بتنفيذها بنفسها ، شأنها فى ذلك شأن القرارات بقوانين(١٠٠) .

وبذلك نكون قد انتهينا من المبحث الثانى الذى خصصناه لدراسة سن التشريع ونفاذه . وقد رأينا أن التشريع الاساسى (الدستور) يتم سنه بواسطة السلطة التأسيسية ولا يلزم لنفاذه اصداره أو نشره فى الجريدة

---

(٩٨) نقض مدنى ، ٧ يونيه سنة ١٩٥٦ ، مجموعة احكام النقض ، س ٧ ، ص ٦٩٢ .

(٩٩) حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٤٢ .

(١٠٠) Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 147-148.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الرسمية . كما أن التشريع العادى (القانون) يتم وضعه بواسطة السلطة التشريعية وهو لا ينفذ الا باصداره ولا يصبح ملزما الا بنشره . كما أن التشريع العادى يمكن أن تحل السلطة التنفيذية فى وضعه محل السلطة التشريعية فى حالات السلطة الفعلية وتشريع الضرورة وتشريع التفويض ويسمى التشريع فى هذه الحالة قرارا بقانون ، وهو لا يلزم فيه الاصدار وان كان من الواجب نشره فى الجريدة الرسمية . أما التشريع الفرعى (اللائحة) فهو ما تضعه السلطة التنفيذية بمقتضى اختصاصها الأصيل فى هذا الشأن . واللائحة لا يلزم فيها الاصدار ، ولكن يجب نشرها حتى تصبح ملزمة . وننتقل الآن الى المبحث الثالث .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الثالث

خضوع التشريع لمبدأ سيادة القانون
أو مبدأ رقابة صحة التشريع العادى والتشريع الفرعى

١٠١ ـ مبدأ تدرج التشريع :

سبق أن رأينا أن هناك ثلاثة أنواع من التشريع يعلو بعضها على بعض فى الدرجة · ويعرف هذا باسم تدرج التشريع · ويقف الدستور فى قمة هذا التدرج ، ويليه فى الدرجة التشريع العادى ، ثم يأتى بعد ذلك التشريع الفرعى ·

ونظرا لأن الدستور يقف فى قمة هذا التدرج ، فقد أمكن استخلاص مبدأ آخر هو مبدأ سمو الدستور أو علو الدستور · ويعنى هذا المبدأ أن الدستور يتضمن أسمى القواعد superlégalité فى النظام القانونى كله · وتترتب على ذلك نتيجة منطقية هى أن التشريع العادى يجب عليه احترام الدستور وعدم مخالفته · وهو ما يجب أيضا ـ ومن باب أولى ـ على التشريع الفرعى · ويمكن التعبير عن ذلك بأن التشريع ينبغى أن يكون دستوريا أى موافقا للدستور · وان اللائحة يجب أن تكون دستورية أى موافقة للدستور · واشتراط الدستورية بهذا المعنى يعبر عنه بمبدأ دستورية القوانين واللوائح، أى موافقتها للدستور · وطبقا لنفس المنطق فان التشريع الفرعى يجب أن يكون موافقا للتشريع العادى ، الذى يعلو عليه فى الدرجة · ويمكن أن يعبر عن ذلك بضرورة أن تكون اللائحة قانونية ، أى تكون متفقة مع القانون (التشريع العادى) ، وهو ما يعبر عنه أيضا بمبدأ قانونية اللائحة ·

والأخذ بمبدأ تدرج التشريع ، يؤدى ضرورة الى القول بعدم صحة القانون الذى يخالف الدستور ، وكذلك عدم صحة اللائحة التى تخالف القانون أو تخالف الدستور ·

ولكن ما هو الجزاء الذى يترتب على القول بعدم صحة القانون أى عدم

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

دستوريته ، أو القول بعدم صحة اللائحة أى عدم دستوريتها أو عدم قانونيتها ؟ فهل يصل الجزاء مثلا الى الغاء التشريع العادى المخالف للدستور ، أو الغاء التشريع الفرعى المخالف للدستور ، أو القانون ؟ أم يقف الجزاء فقط عند عدم تطبيق التشريع غير الصحيح دون الحكم بالغائه ؟

وفى جميع الأحوال فان الأخذ بأى نوع من أنواع الجزاء المشار اليها ، يعنى أن هناك نوعا من الرقابة على دستورية القوانين ، وعلى دستورية وقانونية اللوائح . فما هى السلطة التى تباشر هذه الرقابة ؟ واذا كانت هى السلطة القضائية ، فهل يجوز لكل قاض أن يراقب صحة التشريع ، أم أن هناك محكمة دستورية مختصة دون غيرها بمباشرة هذه الرقابة ؟

كل هذه اسئلة نتداعى نتيجة لمبدأ تدرج التشريع . ولكن اذا لم يكن هذا المبدأ موجودا فلا يكون هناك وجه على الاطلاق لنتساؤل عن كيفية رقابة صحة التشريع . وعلى سبيل المثال فقد سبق أن رأينا أنه فى البلاد ذات الدساتير المرنة ، وفى مقدمتها انجلترا ، فان البرلمان يستطيع عن طريق تشريع عادى أن يعدل الدستور . ومن ثم فلا يوجد فى هذه البلاد مبدأ سمو الدستور . ولا يمكن القول بأن القانون خالف الدستور . طالما أن القانون يستطيع تعديل الدستور ، لأن المخالفة لا تعدو أن تكون تعديلا للدستور . والمبدأ المعمول به فى النظام الانجليزى هو مبدأ سيادة البرلمان . وهو مبدأ نشأ نتيجة لانتصار البرلمان على الملك فى الصراع التاريخى الطويل بينهما ، وهو صراع كان البرلمان يمثل فيه الشعب ، واعتبر انتصاره انتصارا للشعب ذاته ، ومن ثم لم يعد من الممكن تقييد سلطة البرلمان ، حتى بأحكام الدستور(١٠١) .

ومن ناحية أخرى فقد سبق أن رأينا أن الاتحاد السوفيتى يعتبر القرارات الادارية الصادرة من مجلس الوزراء أو هيئة مكتب رئاسة السوفييت

---

(١٠١) ومع ذلك فلا زال الشعب البريطانى نفسه ممثلا فى مجموع الناخبين ، هو مركز الثقل فى النظام السياسى كله ، بحيث لا يستطيع البرلمان من الناحية العملية تعديل المبادىء الدستورية التى يدين بها الشعب البريطانى دون أن يعرض نفسه للسقوط . راجع : أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، المرجع السابق ، ص ٤٣ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الأعلى ، فى قوة التشريع الصادر من السلطة التشريعية التى يباشرها مجلس السوفييت الأعلى • وبالتالى فانه لا يمكن الطعن فى صحة القرارات المذكورة بعدم موافقتها للتشريع ، طالما أنها تستطيع تعديل التشريع ، حيث لا يراعى فى الاتحاد السوفييتى مبدأ علو التشريع العادى على التشريع الفرعى(١٠٢) •

ويخلص مما سبق أن مبدأ تدرج التشريع هو من مبادىء الصياغة القانونية ، غير المسلم بها فى كل الدول • ومع ذلك فانه فى الدول التى تأخذ بهذا المبدأ ، تترتب على الأخذ به نتائج تتلخص فى فكرة رقابة صحة التشريع • وهى رقابة تختلف فى مداها وفى كيفية مباشرتها على النحو الذى سنذكره فيما يلى •

١٠٢ - رقابة صحة التشريع من حيث الشكل :

سبق أن درسنا الاجراءات الشكلية التى يتم عن طريقها سن التشريع واصداره ونشره • والتشريع الذى لا تراعى فيه هذه الاجراءات يكون معيبا بعيب شكلى يستوجب ترتيب الجزاء المناسب لمثل هذا العيب • ولا يختلف أحد فى ضرورة رقابة صحة التشريع من حيث الشكل • وحتى الدول التى لا تأخذ بمبدأ الرقابة القضائية لدستورية القانون من حيث الموضوع ، كما هو الوضع فى فرنسا ، فانها تأخذ مع ذلك برقابة صحة التشريع من حيث الشكل(١٠٣) •

وعلى هذا النحو فان التشريع العادى الذى لا توافق عليه الأغلبية المطلوبة من أعضاء مجلس الشعب لا يكون له وجود كتشريع • وكذلك فان التشريع العادى الذى لا يصدره رئيس الجمهورية لا يكون نافذا • وأيضا فان التشريع العادى الذى لا ينشر فى الجريدة الرسمية لا يكون واجب التطبيق •

---

(١٠٢) راجع ما سبق : فقرة ٩٢ • ويلاحظ انه فى فرنسا ذاتها كثر الحديث عن السلطة التشريعية للادارة ، وعن الارتفاع بالقرار الادارى الى مستوى مصادر القانون • راجع : كاربونييه ، المرجع السابق ، ص ٨٩ •

(١٠٣) Maxime MIGNON, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, Dalloz, 1952, Ch. p. 45 et s.; Comp. Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 132, note 4.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وهو اذا نشر لا يكون واجب التطبيق الا بعد انقضاء الميعاد الذى يحدده الدستور لسريانه ، أو الذى يحدده هذا القانون ذاته(١٠٤) .

والتشريع الفرعى الذى لا يصدر من رئيس الجمهورية ، أو من الشخص الذى فوضه فى ذلك حيث يجوز له تفويض غيره فى اصداره ، يكون غير موجود من الناحية الشكلية ، وكذلك التشريع الفرعى الذى لا ينشر فى الجريدة الرسمية لا يكون ملزما .

أما رقابة صحة التشريع من حيث الموضوع ، فيدق فيها الأمر نظرا لتداخل بعض المبادىء القانونية الأساسية .

١٠٣ - التجربة الامريكية الرائدة فى رقابة دستورية القوانين من حيث الموضوع :

تعتبر التجربة الامريكية رائدة فى هذا المجال . ليس فقط لأنها أدت الى تقرير مبدأ رقابة القضاء لدستورية القوانين ، بل لأنها تضمنت أيضا الحجج العكسية للأخذ بهذا المبدأ ، بحيث يكفى الرجوع الى التجربة الامريكية لمعرفة كل الحجج التى لا زالت تقال حتى الآن سواء لتاييد مبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين أو لرفض هذا المبدأ .

ويمكن بصفة أولية القول بأن الحجج المتعارضة فى هذا الموضوع ترجع الى وجود تعارض أو على الأقل تداخل بين مبدأين جوهريين من مبادىء القانون . أولهما هو مبدأ الفصل بين السلطات ، وثانيهما هو مبدأ علو الدستور . فاذا أخذنا بمبدأ الفصل بين السلطات دون نظر الى أن اعتبار آخر ، وجب القول بأن السلطة القضائية لا يجوز لها أن تراقب السلطة التشريعية فيما تقوم به من عمل فى سن التشريع . أما اذا أخذنا بمبدأ علو الدستور دون نظر الى أى اعتبار آخر ، وجب القول بأن السلطة القضائية تستطيع مراقبة دستورية القوانين حتى تتحقق من احترامها لقواعد الدستور .

وقد كان النظام الدستورى الامريكى أرضا خصبة لمثل هذا الخلاف ، حيث يقوم هذا النظام من ناحية على فكرة سمو الدستور باعتباره القانون

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الأساسى المستمد من مبادىء القانون الطبيعى والمعبر عن فكرة العقد الاجتماعى ، على خلاف القانون العادى الذى يصدر عن السلطة التشريعية وهى سلطة مقيدة بحكم الدستور . فالسلطات كلها بما فى ذلك السلطة التشريعية هى سلطات مقيدة principle of limited government (١٠٥) .

فالسيادة ليست للاشخاص أو الهيئات ، ولكن للقانون فقط(١٠٦) . ومن ثم وجب أن تتقيد السلطة التشريعية فى عملها بقواعد الدستور . وهو ما يؤدى الى امكان فرض رقابة قضائية على دستورية القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية .

ولكن من ناحية أخرى فان النظام الدستورى الامريكى يأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات الذى انتقل اليه من النظام الانجليزى ومن كتابات الفلاسفة أمثال لوك ومنتسكيو ، وهو مبدأ مستمد كذلك من التجربة الامريكية ذاتها(١٠٧) . ومبدأ الفصل بين السلطات من شأنه أن يمنع القضاء من التدخل فى أعمال السلطة التشريعية ، ويحول بالتالى دون مباشرة القضاء رقابته على دستورية القوانين .

ومن المتصور ازاء تعارض هذين المبدأين ، ان تتعارض الآراء . فيذهب رأى الى تأييد رقابة القضاء لدستورية القوانين ، ويذهب رأى آخر الى عدم الموافقة على هذا النوع من الرقابة . وقد ساد فى القضاء الامريكى الاتجاه الأول وهو حق القضاء فى رقابة دستورية القوانين . ونعرض فيما يلى الحجج المتعارضة لكل من هذين الاتجاهين .

(١) حجج الاتجاه المؤيد للرقابة القضائية لدستورية القوانين : وتوجد

---

(١٠٤) عبد الرزاق السنهورى ، مخالفة التشريع الدستورى والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، مجلة مجلس الدولة ، س ٣ ، يناير ١٩٥٣ ، ص ١ وما بعدها .

(١٠٥) راجع رسالة أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، المرجع السابق ، ص ٤٥ وما بعدها ، ص ٧٢ وما بعدها .

(١٠٦) يتجلوب الفكر السياسى الامريكى مع افكار أرسطو ويردد عباراته ذاتها . راجع فى مبدأ سيادة القانون عند أرسطو ، ما سبق ، فقرة ٥٥ .

(١٠٧) أحمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ١١٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذه الحجج ملخصة فى الحكم الذى أصدره سنة ١٨٠٣ القاضى مارشال باعتباره رئيس المحكمة العليا فى القضية الشهيرة (ماربورى ضد ماديسون)، وهى حجج لم يبتدعها مارشال ، بل كان معظمها معروفا ومتداولا فى الفقه الأمريكى(١٠٨) .

أولا : يقول مارشال ان « الدستور اما أن يكون قانونا أعلى مستعصيا على التعديل بالوسائل التشريعية العادية واما أن يكون فى مستوى واحد مع التشريعات العادية بحيث يعدل بالوسائل التى تعدل بها تلك التشريعات . فان كانت الأولى فقد تعين القول بأن ما تصدره الهيئة التشريعية من أعمال مخالفة للدستور لا يمكن أن يكون قانونا على الاطلاق . وان كانت الأخرى ، فان فكرة الدساتير المكتوبة تكون حينئذ عبثا تضيع به الشعوب أوقاتها محاولة عن طريقها تقييد سلطة تستعصى بطبيعتها على التقييد(١٠٩) » .

ثانيا : من المسلم به أن القاضى وهو يطبق القانون يبدأ أولا بتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق . فاذا وجد تعارضا بين قاعدة واردة فى الدستور وأخرى واردة فى قانون عادى ، أى اذا وجد تنازعا بين هاتين القاعدتين ، فعليه ان يختار بينهما . وبطبيعة الحال فان القاضى يختار القاعدة الواردة فى الدستور ويهمل الأخرى الواردة فى القانون العادى تطبيقا لمبدأ سمو الدستور .

و بجانب هاتين الحجتين ، توجد حجتان ثانويتان لا أهمية لذكرهما فى هذا المقام(١١٠) . ويلاحظ أن الحجتين الأساسيتين السابق ذكرهما ترجعان فى آخر الأمر الى حجة واحدة هى مبدأ سمو الدستور ، بما يفرضه من تطبيق الدستور ، وأهمال تطبيق القانون المخالف له . . . . . .

---

(١٠٨) أحمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٢٩ .

(١٠٩) ترجمة أحمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٣١ - ٣٢ ؛ ويلاحظ ان مارشال يستخدم اصطلاح الدساتير المكتوبة باعتباره مرادفا لاصطلاح الدساتير الجامدة . ومع أن الفقه نبه الى عدم الخلط بين الاصطلاحين ، الا أن فكرة سمو الدستور التى تستند اليها الدساتير الجامدة ، هى فكرة مستمدة فى بعض أصولها من فكرة القانون المكتوب . راجع أحمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

(١١٠) راجع : أحمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٣٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

(٢) حجج الاتجاه المعارض للرقابة القضائية لدستورية القوانين : أبرز حجتين من هذه الحجج هما :

أولا : القول بأن القاضى ملزم بحكم الدستور الذى أقسم يمين الطاعة له ان يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، والا ارتكب هو مخالفة للدستور ، غير صحيحة ، لأن القاضى عندما يطبق القانون المخالف للدستور ، لا يتبنى هو مضمون القانون ، ولكنه يطبقه فحسب • وتظل السلطة التشريعية وحدها مسئولة عن هذه المخالفة ، أن وجدت •

ثانيا : طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، فان القاضى لا يحق له أن يراقب عمل السلطة التشريعية فيما تقوم به من تشريع • اذ لو جاز ذلك لحق للسلطة التشريعية وللسلطة التنفيذية أيضا أن تراقب أيهما السلطة القضائية فيما تقوم به من قضاء وأن تمتنع عن تنفيذ الاحكام التى ترى هى أنها مخالفة للدستور ، وهو ما يؤدى الى الفوضى فى آخر الأمر • ويعطى أصحاب هذا الرأى المثل الآتى : « ان المحكمة أصدرت عام ١٩٣٥ حكمها الشهير فى قضية شكتر مقررة عدم دستورية قانون الانعاش الصناعى • وقد أثار هذا الحكم سخط الرئيس روزفلت وانزعاجه الشديدين حتى أنه وصفه بأنه محاولة لاعادة الحياة الامريكية الى صورتها البدائية الأولى «to horse and Buggy days» ولكن روزفلت ايمانا منه بمبدأ الفصل بين السلطات وباستقلالها لم يزد على انه أعلن سخطه على هذا النحو ، ولو أنه تابع المنطق الشاذ الذى بنى عليه مارشال حكمه لوسعه أن يقول : هذا حكم خاطىء أساءت به المحكمة فهم الدستور • وهو حكم مخالف للدستور كما أفهمه وأفسره ، وما دمت قد اقسمت من قبل على احترام ذلك الدستور فلا يسعنى كرئيس للهيئة التنفيذية أن أمضى في تنفيذ ذلك الحكم والاعتراف به ، ومن ثم فاننى سأتجاهله واعتبره باطلا وكأنه لم يكن »(١١١) •

ويتبين من استعراض الحجج المتعارضة فى هذا الموضوع ، انها حجج متعادلة فى قوتها الى حد كبير ، وأنه اذا كانت المحكمة العليا الامريكية قد

---

(١١١) ترجمة احمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٣٨ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

استطاعت أن تؤكد حقها فى رقابة دستورية القوانين ، فانما يرجع ذلك الى ايمان الشعب الامريكى بمبدأ علو الدستور ، وايمانه بالحقوق والحريات الفردية • كما أن المحكمة العليا اتجهت فى آخر الأمر الى حصر رقابتها فى نطاق حماية الحقوق والحريات الفردية ، وامتنعت كلية عن البحث عن بواعث التشريع أو مدى ملاءمته السياسية(١١٢) •

١٠٤ - القضاء الفرنسى لا يفرض رقابته على دستورية القوانين : التجديد الذى استحدثه دستور ١٩٥٨ :

القضاء الفرنسى ، سواء قضاء المحاكم العادية ، أو قضاء مجلس الدولة ، مستقر على عدم فرض رقابته على دستورية القوانين • وحجته فى ذلك هى عدم التدخل فى أعمال السلطة التشريعية ، كنتيجة لمبدأ الفصل بين السلطات(١١٣) • وكان دستور سنة ١٧٩١ ينص فى المادة الثالثة منه على انه ليس للمحاكم أن تتدخل فى أعمال السلطة التشريعية ولا أن توقف تنفيذ القوانين • ويقال ان حكم هذا النص لا زال قائما رغم الغاء دستور سنة ١٧٩١ • والدليل على ذلك أن قانون العقوبات نص فى المادة ١٢٧ منه على معاقبة القضاة اذا تدخلوا فى أعمال السلطة التشريعية سواء كان ذلك بتعطيل القوانين أو وقفها أو بالمداولة فى أمر نفاذها من عدمه •

ومع ذلك فان القضاء الفرنسى يفرض رقابته على دستورية اللوائح ، وكذلك قانونيتها ، ويفرض رقابته كذلك على القرارات بقوانين على النحو الذى سنذكره فيما بعد •

ويذهب جانب كبير من الفقه الفرنسى الى انتقاد مسلك القضاء فى عدم فرض رقابته على دستورية القوانين • ولا تخرج الحجج التى يتمسك بها هذا الجانب من الفقه عن تلك التى قال بها القاضى الامريكى مارشال فى قضية ماربورى ضد ماديسون(١١٤) •

---

(١١٢) أحمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٥٣٣ ، ص ٥٤٢ •

(١١٣) راجع الأحكام العديدة المشار اليها فى :
Marty et Raynaud, op. cit., p. 132.

(١١٤) راجع فى الفقه الفرنسى :
Blondel, Le contrôle juridictionnel de la constitionnalité des lois en France, Mélanges Hauriou, p. 211:
A. Hauriou, La technique française en matière de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, Réc. Lambert, II, p. 336.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد أنشأ الدستور الفرنسي الأخير لسنة ١٩٥٨ نظاما للرقابة على دستورية القوانين تباشره لجنة خاصة تسمى المجلس الدستوري(١١٥) . وتتم هذه الرقابة قبل اصدار القانون بواسطة رئيس الجمهورية . ووظيفة هذه اللجنة هي فحص كل تشريع تمت الموافقة عليه من جانب البرلمان لمعرفة ما اذا كان يتضمن مخالفة للدستور أم لا . فاذا ما وجدته كذلك حاولت أن تحصل من البرلمان على تعديل للقانون بما يجعله متفقا مع الدستور . فاذا لم تستطع فانها تعلن رأيها في عدم دستورية التشريع ولكنها لا تقرر بطلانه . ويؤدى هذا الى وقف تنفيذ القانون لأن رئيس الجمهورية لا يستطيع اصداره ، ما لم يعدل النص الدستوري الذى وقعت له المخالفة حسب الاجراءات المتبعة لتعديل الدستور .

وللمقارنة بين نظام الرقابة المقرر في الولايات المتحدة ، وبين نظام الرقابة الذى أنشأه الدستور الفرنسي الجديد ، يمكن القول :

١ ـ المجلس الذى يباشر الرقابة في فرنسا هو مجلس خاص ، له بعض خصائص القضاء . ولكن الرقابة في الولايات المتحدة تباشرها محاكم النظام القضائي في مجموعها .

٢ ـ الرقابة تتم في فرنسا قبل اصدار القانون . أما في أمريكا فهي تتم بعد اصدار القانون وفي أى وقت ، بطريق الدفع أمام المحاكم بعدم دستورية القانون .

٣ ـ في فرنسا لا يستطيع الافراد العاديون التمسك بعدم دستورية القوانين، وعلى العكس فان الافراد في أمريكا يستطيعون دائما اثارة مشكلة دستورية القوانين أمام المحاكم التي تنظر في منازعاتهم . ويترتب على

---

(١١٥) وهذا المجلس متكل من جميع رؤساء الجمهورية السابقين ، ومن تسعة أعضاء معينين ، ثلاثة منهم بواسطة رئيس الجمهورية ، وثلاثة بواسطة رئيس الجمعية الوطنية ، وثلاثة بواسطة رئيس مجلس الشيوخ . ويختص رئيس الجمهورية بتعيين رئيس هذا المجلس . راجع :

A. HAURIOU, op. cit., p. 832-833.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ذلك أن الرقابة مقررة فى فرنسا لمصلحة السلطات العامة بينما هى مقررة فى أمريكا لمصلحة المواطنين ٠

٤ - تؤدى الرقابة فى أمريكا الى نوع من الانتظام فى النشاط السياسى للسلطات العامة ، وهـو ما لا يمكن أن تؤدى اليه الرقابة المقررة فى فرنسا(١١٦) ٠

١٠٥ - رقابة دستورية القوانين فى مصر قبل انشاء المحكمة العليا :

ذهب جانب ضئيل من الفقه المصرى الى عدم الاخذ بالرقابة القضائيـة لدستورية القوانين(١١٧) ٠ ولكن الاتجاه السائد للفقه نادى بضرورة الاخذ بهذه الرقابة(١١٨) ٠

أما محاكم القضاء العادى فقد ترددت فى أحـكامها بين الاتجـاهين ٠ فذهبت محكمة النقض فى دائرتها الجنائية(١١٩) الى أن المحاكم ليس لهـا مراقبة دستورية القوانين أو المراسيم بقوانين ، رغم أن المادة ٤١ من دستور سنة ١٩٢٣ كانت صريحة فى اشتراط أن تكون المراسيم بقوانين التى تصدر فيما بين ادوار الانعقاد غير مخالفة للدستور ٠ وعلى عكس ذلك ذهبت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الى تأكيد مبدأ تدرج التشريع بقولها انه « لا يجـوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها

---

(١١٦) André HAURIOU, Droit constitutionnel, op. cit., p. 835.

(١١٧) وحيد رأفت ووايت ابراهيم ، شرح القانون الدستورى ، ص ١٤ - ص ١٥ ٠

(١١٨) السيد صبرى ، مبادىء القانون الدستورى ، الطبعة الثالثة ، ص ٦١٤ - ٦٣٨ ، عثمان خليل ، الاتجاهات الدسـتورية الحديثة ، ص ٥٥ ، ص ٥٦ ؛ عبد الحميـد متولى ، القانون الدستورى والأنظمة السياسية ، ١٩٦٦ ، ص ٢١٤ وما بعدها ، محمـد كامل ليلة ، القانون الدستورى ، ص ١٧٥ وما بعدها ، عبد الرزاق السنهورى ، مخالفة التشريع الدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، مجلة مجلس الدولة ، س ٣ ، ينـاير ١٩٥٢ ، ص ١ وما بعدها ، حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٤٧ وما بعدها ، سليمان مرقس ، المدخـل ، ص ١٦١ وما بعدها ، أحمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، المرجع السابق ، بصفة خاصة ص ٦٢٣ ٠

(١١٩) نقض جنائى ١٢ مايو ١٩٤٧ ، المحـاماة ٢٨ - ٧١٩ - ٢٢٦ ٠ راجع سليمان مرقس ، حيث يقول انه اذا جاز للمحكمة أن ترفض رقابة دستورية القوانين ، الا انه لا يجوز لها ازاء النص الصريح للمادة ٤١ من دستور سنة ١٩٢٣ أن ترفض رقابة دستورية المراسيم بقوانين ، المدخل ، ص ١٦٥ هامش (٢) ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

سلطة أعلى أو أن تضيف اليها أحكاما جديدة ٠٠ »(١٢٠) ٠

أما القضاء الادارى فقد اتخذ بعد وقت قصير من انشائه سنة ١٩٤٦ موقفا صريحا فى فرض رقابته على دستورية القوانين ٠ وقد تحدد هذا الموقف بجلاء فى الحكم الشهير الذى أصدرته محكمة القضاء الادارى فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨(١٢١) ، وقررت فيه أنه « ٠٠ اذا تعارض قانون عادى مع الدستور فى منازعة من المنازعات التى تطرح على المحاكم وقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أى القانونين هو الأجدر بالتطبيق ، وجب عليها بحكم وظيفتها القضائية بناء على ما تقدم أن تتصدى لهذه الصعوبة ، وان تفصل فيها على مقتضى أصول هذه الوظيفة وفى حدودها الدستورية المرسومة لها ٠ ولا ريب فى انه يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادى وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى الاجدر بالاتباع ، وهى بذلك لا تعتدى على السلطة التشريعية ما دامت المحكمة لا تضع بنفسها قانونا ، ولا تقضى بالغاء قانون ولا تأمر بوقف تنفيذه ، وغاية الأمر أنها تفاضل بين قانونين قد تعارضا فتفصل فى هذه الصعوبة وتقرر أيهما الأولى بالتطبيق »٠

وفى حكم آخر هام من حيث دقة صياغته ، أصدرته محكمة القضاء الادارى فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٢(١٢٢) حاولت فيه المحكمة اثبات أن الرقابة القضائية لدستورية القوانين لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ولكنها تتفق مع التطبيق الصحيح لهذا المبدأ ٠ وجاء فى هذا الحكم : « ومن حيث أن تطبيق الدستور دون القانون عند التعارض ليس معناه الحكم بالغاء القانون ، فهذا ما لا تملكه المحكمة الا بنص صريح فى الدستور ، ولا تستطيع المحكمة من جهة أخرى أن تطبق القانون عند تعارضه مع الدستور ، فهذا ما لا تملك الترخيص فيه الا برخصة دستورية صريحة ، وكل ما تملكه المحكمة عند سكوت الدستور هو أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستورى فى

---

(١٢٠) نقض مدنى ١٩٦٢/٥/٣١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٣ ، ص ٧٣٤ ٠ ورغم ان المحكمة أعلنت المبدأ العام فى تدرج التشريع الا ان مناسبة تطبيقه كانت تتعلق برقابة صحة قرارات ادارية ٠ وليست رقابة دستورية قوانين ٠

(١٢١) مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة الثانية ، ١٩٥٠ ، ص ٣١٥ ٠

(١٢٢) مجموعة الأحكام ، السنة السادسة ، ص ١٣٥٧ ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القضية المعروضة عليها ٠٠ ومن حيث أن هذا النظر هو المستفاد من مبدأ فصل السلطات مفهوما على وجهه الصحيح ، فالسلطتان التشريعية والقضائية، كل منهما مستقلة عن الأخرى ، وكلتاهما تخضع للدستور ٠ فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بالغاء قانون باطل فى دعوى أصلية ترفع أمامها ، الا بسطت سيطرتها على السلطة التشريعية ٠ ولا يجوز للسلطة التشريعية ، تفرض على السلطة القضائية تطبيق تشريع يتعارض مع النصوص والمبادىء دستورية فترغمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة ضائية استقلالها ، وينقلب خضوعها للدستور خضوعا للسلطة التشريعية ٠ وهذا وذاك يتعارضان بداهة مع مبدأ فصل السلطات ٠٠٠ » ٠ وقد صدر هذا الحكم الأخير من الدوائر المجتمعة لمحكمة القضاء الادارى ، وانتهى الحكم الى عدم دستورية المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢ فيما قرره من انه « لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى اعلان أو تصرف أو تدبير أو قرار ٠٠ أمرت به أو تولته السلطة القائمة على اجراء الاحكام العرفية أو مندوبوها » ٠ لأنه كما تقول المحكمة : « اعفاء سلطة عامة اعفاء مطلقا من كل مسئولية تحققت فعلا فى جانبها ، من شأنه أن يخل بحقوق الافراد فى الحرية وفى المساواة وفى التكاليف والواجبات ، فيكون ٠٠ مخالفا من هذه الناحية لأحكام الدستور » ٠ وحكمت المحكمة بطلب المدعى وقف تنفيذ الأمر الصادر بتحديد محل اقامته ٠

ومن الواضح أن الحجج التى استندت اليها محكمة القضاء الادارى فى حكمها الأول والثانى ، هى بذاتها التى قال بها القاضى الامريكى مارشال سنة ١٨٠٣(١٢٣) ٠

ورغم استقرار القضاء الادارى فى فرض رقابته على دستورية القوانين ، الا أن المحكمة الادارية العليا أصدرت ثلاثة أحكام فى ٢٨ يونيه ١٩٥٧ ، ٢٩ يونيه ١٩٥٧ ، ١٢ يوليه ١٩٥٨(١٢٤) ، اطلقت فيها يد السلطات العامة على

---

(١٢٣) فى نفس المعنى ، أحمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٥٥٧ ٠

(١٢٤) راجع فى تحليل هذه الأحكام ونقدها : رسالة الدكتور أحمد كمال أبو المجد ، ص ٦٠٧ وما بعدها ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

نحو لم تكن تسمح به الأحكام الأولى · وقد أقرت هذه الأحكام حق السلطة التشريعية فى منع القضاء من نظر أنواع خاصة من الدعاوى ، وحقها فى أعفاء السلطة التنفيذية من كل مسئولية عن القرارات التى تصدرها ، مع ما يؤدى اليه ذلك من مصادرة حقوق ذوى الشأن فى التقاضى بشأن مراكزهم القانونية التى مستها أو اعتدت عليها تلك القرارات ·

ولا شك أن هذه الاحكام تعتبر نكسة لمبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين · فهى رغم أعمالها لهذا المبدأ الا أنها جعلت منه مدخلا الى القول بدستورية قوانين لا يمكن أبدا القول بدستوريتها(١٢٥) · ومما يدل على عدم دستورية هذه النصوص أن المشرع نفسه استشعر عدم دستوريتها وأصدر أخيرا قانونا بالغائها هى وغيرها من النصوص التى صادرت حق الافراد فى التقاضى ، وهو القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ بالغاء موانع التقاضى فى بعض القوانين(١٢٦) ·

ويتضح مما سبق أن القضاء الادارى فى مصر ، يؤيده اتجاه سائد فى الفقه ، كان يذهب الى فرض رقابته على دستورية القوانين بطريق الدفع · وهو ما يعنى حق كل فرد أن يدفع أمام القاضى الذى ينظر دعـــواه بعـدم دستورية القانون الذى يراد تطبيقه عليه · ويتعين على القاضى أن يفصل فى هذا الدفع قبل أن يفصل فى الدعوى الاصلية · بل أن القاضى يستطيع أو يجب عليه من تلقاء نفسه أن يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور · ·

---

(١٢٥) يقول الدكتور أحمد كمال أبو المجد فى رسالته : « ولنذكر محكمتنا العليا التى نعتز بها ـ فى المقام الأول ـ ان المحكمة العليا الامريكية لم تنل ما نالته من هيبة ومكانة فى نفوس الشعب الامريكى بحكمتها واعتدالها وتراجعها عن التصدى للمشاكل الدقيقة الحساسة ، وانما نالت/كله باقدامها ومواقفها المشهودة فى الدفاع عن سيادة القانون · وان زوار مدينـــة واشنطون اذ يحجون الى محكمتهم العليا مصطحبين معهم أطفالهم الصغار ، انمـــا يفعلون ذلك لعلمهم أن تلك الساحة حرم آمن تصان فيه الحقوق والحريات وتعلو كلمة القانون على كل كلمة مهما بلغت سطوتها ونفوذها » (المرجع السابق ، ص ٦٢٢) ·

(١٢٦) الجريدة الرسمية ، السنة الخامسة عشر ، العدد ٢٣ فى ٢٨ يونية ١٩٧٢ ·

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

به الولايات المتحدة ودول أخرى كالبرتغال ورومانيا وكندا واستراليا وجنوب أفريقيا ٠

١٠٦ - رقابة دستورية القوانين بعد انشاء المحكمة العليا سنة ١٩٦٩ :

انحاز المشرع المصرى الى اتجاه الفقه والقضاء فى الأخذ بالرقابة القضائية لدستورية القوانين ٠ وأنشأ لهذا الغرض محكمة خاصة اطلق عليها اسم المحكمة العليا ، وذلك بمقتضى القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ الصادر فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩(١٢٧) ، ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بخصوص الرسوم والاجراءات التى تراعى امام هذه المحكمة ٠

وقد نصت المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا على أربعة اختصاصات لهذه المحكمة فى مقدمتها « الفصل دون غيرها فى دستورية القوانين اذا دفع بعدم دستورية قانون امام احدى المحاكم ٠ وتحدد المحكمة التى اثير امامها الدفع ميعادا للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ٠ ويوقف الفصل فى الدعوى الاصلية حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع ٠ فاذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن » ٠

وطبقا لهذا النص أصبحت المحكمة العليا هى المحكمة الوحيدة المختصة بالفصل فى دستورية القوانين اذا أثير دفع بعدم دستوريتها أمام احدى محاكم القضاء العادى أو القضاء الادارى ٠

ويختلف هذا النظام عما كان متبعا من قبل امام المحاكم التى أقرت مبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين ، حيث كانت تفصل المحكمة التى يدفع أمامها بعدم دستورية القانون ، فى هذا الدفع بنفسها ، قبل أن تفصل

---

(١٢٧) الجريدة الرسمية ، العدد ٣٥ مكرر فى ٣١ اغسطس سنة ١٩٦٩ ٠ وتنبه القارىء الى أن الفقه يجرى أحيانا على اطلاق اصطلاح المحكمة العليا على محكمة النقض ، كما ان أعلى محكمة فى القضاء الادارى تسمى المحكمة الادارية العليا ٠ ولا ينبغى الخلط بين أى من هاتين المحكمتين وبين المحكمة العليا التى أنشأها القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فى موضوع الدعوى ، أو مع الفصل فى موضوع الدعوى ، على أساس أن هذا الدفع هو مسألة فرعية · والقاعدة أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع · بل أن محكمة الموضوع كان يجوز لها ، أو يجب عليها - فى رأى البعض - أن تستبعد القانون المخالف للدستور من تلقاء نفسها ، حتى ولو لم يتمسك بذلك احد من الخصوم ، مراعاة منها لمبدأ علو الدستور وهو ما لا تتوقف مراعاته على مسلك الخصوم ·

ولم يكن الحكم الذى تصدره المحكمة بدستورية القانون أو عدم دستوريته ملزما لغيرها من المحاكم ، بل لم يكن ملزما لهذه المحكمة ذاتها فى قضية أخرى تنظرها ، على الأقل من الناحية النظرية(١٢٨) ·

وقد سبق أن ذكرنا انه يطلق على هذا الأسلوب اسم الرقابة القضائية بطريق الدفع ، نظرا لأن المحكمة تباشر رقابتها لتمسك احد الخصوم امامها بطريق الدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه · ولكن اذا لوحظ أن المحكمة قد تفصل فى مسألة دستورية القانون من تلقاء نفسها ، فان اصطلاح الرقابة بطريق الدفع لا يكون شاملا لهذه الحالة · ولذلك فالأصح أن يطلق على هذا الاسلوب اصطلاح « الرقابة القضائية العامة لدستورية القوانين » ، وصفة العموم مستمدة من أن المحاكم جميعا تستطيع مباشرة هذه الرقابة ·

وعلى عكس ذلك فان الرقابة التى تباشرها محكمة خاصة ترفع امامها دعوى خاصة للفصل فى دستورية القانون ، والتى تسمى الرقابة بطريق الدعوى ، فيمكن أن تسمى « الرقابة القضائية الخاصة لدستورية القوانين » · وصفة الخصوص تأتى من أن محكمة خاصة هى التى تفصل دون غيرها من المحاكم فى مسألة صحة القانون ·

وهذا الاصطلاح يصدق على الرقابة التى تباشرها هذه المحكمة الخاصة بطريق الدعوى ، أو التى تباشرها من تلقاء نفسها ، كما هو الشأن فى نظام

---

(١٢٨) محكمة القضاء الادارى ، الدوائر المجتمعة ، ٣٠ يونية سنة ١٩٥٢ ، مجموعة الأحكام ، السنة السادسة ، ص ١٣٥٧ ·

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

اللجنة الدستورية التى أنشأها الدستور الفرنسى لسنة ١٩٥٨ على النحو السابق ذكره . وبالنسبة لنظام هذه اللجنة الدستورية فان اصطلاح الرقابة بطريق الدعوى لا يبدو منطبقا لأنه لا ترفع دعوى أمام اللجنة الدستورية المذكورة للفصل فى دستورية القانون . بل تتصدى هذه اللجنة من تلقاء نفسها للبحث فى مدى مطابقة التشريع الذى تم التصويت عليه ، للدستور .

فاذا انتهينا الى تقسيم أنواع الرقابة القضائية لدستورية القوانين ، الى رقابة عامة تباشرها كل المحاكم ورقابة خاصة تباشرها محكمة معينة بالذات ، فاننا نصل الى القول بأن القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ حول نظام الرقابة القضائية المعمول به فى مصر من نظام للرقابة العامة كانت تباشره كل المحاكم ، الى نظام للرقابة الخاصة أصبحت لا تباشره الا المحكمة العليا وحدها دون غيرها من المحاكم الأخرى .

والمذكرة الايضاحية لمشروع هذا القرار بقانون صريحة فى أن هدف هذا القانون هو منع المحاكم من الفصل فى دستورية القوانين ، « حتى لا يترك أمر البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائى فى الجمهورية العربية المتحدة ، وحتى لا تتباين وجوه الرأى فيه »(١٢٩) .

وطبقا لنص المادة الأولى من القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ فان المحكمة التى يتمسك احد الخصوم أمامها بعدم دستورية قانون من القوانين ، لا يجوز لها الفصل فى هذا الدفع بنفسها ، بل يجب عليها أن تقرر وقف الفصل فى الدعوى الأصلية ، وتعين للخصم الذى تمسك بهذا الدفع ميعادا لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا . فاذا رفعت الدعوى بعدم دستورية القانون فى الميعاد المذكور أمام المحكمة العليا ، استمرت الدعوى الأصلية موقوفة الى أن يصدر حكم المحكمة العليا . أما اذا لم ترفع دعوى عدم الدستورية فى الميعاد الذى حددته المحكمة للخصوم فان الدفع يعد الدستورية يعتبر كأن لم يكن وتستأنف المحكمة نظرها للدعوى الأصلية ، وتفصل فيها

---

(١٢٩) النشرة التشريعية ، العدد الثامن ، اغسطس سنة ١٩٦٩ ، ص ٣٦١٥ - ٣٦١٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على أساس أن القانون المطعون فى دستوريته هو قانون دستورى • لأن محكمة الموضوع ممنوعة بحكم القانون من الفصل فى دستورية أو عدم دستورية القانون • بل هى تعتبر دستوريا كل قانون لم يصدر حكم من المحكمة العليا بعدم دستوريته •

ومن باب أولى فان المحاكم العادية لا تستطيع أن تقرر عدم دستورية قانون من القوانين من تلقاء نفسها •

وغنى عن الذكر أن رفع الدعوى أمام المحكمة العليا من شأنه أن يعطل الفصل فى الدعوى الأصلية • بخلاف ما اذا كانت المحكمة المختصة بالدعوى الأصلية هى المختصة في نفس الوقت بالفصل فى الدفع بعدم الدستورية ، كما كان الوضع فى النظام المتبع قبل إنشاء المحكمة العليا • ولذلك فقد يتخذ أسلوب الدفع بعدم دستورية القوانين طريقا لتعطيل الفصل فى الخصومات(١٣٠) •

ورفع الدعوى أمام المحكمة العليا ، لا بد أن يسبقه كما رأينا دفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع • ولذلك فقد تردد الفقه فى اعتبار نظام المحكمة العليا نظاما للرقابة بطريق الدعوى أم نظاما للرقابة بطريق الدفع • وقد قيل انه دعوى بدفع أو بناء على دفع(١٣١) • وقد سبق أن رأينا أن الطابع المميز لهذا النظام هو أنه نظام للرقابة الخاصة الذى تباشره محكمة معينة بالذات • ولا أهمية بعد ذلك لأن يكون اختصاص هذه المحكمة قد انعقد بناء على دعوى أو بناء على دفع •

واذا أصدرت المحكمة العليا حكما بدستورية القانون المطعون فيه أو بعدم دستوريته ، فان هذا الحكم يكون ملزما للمحكمة التى تم التمسك أمامها

---

(١٣٠) ويرى البعض علاجا لهذا الوضع ، أن تعطى المحكمة الأصلية سلطة تقدير ، جدية الدفع بعدم الدستورية ، بحيث يجوز لها أن تستمر فى نظر الدعوى الأصلية ، اذا رأت عدم جدية الدفع • راجع : جمال العطيفى ، ملاحظات حول المحكمة العليا ، المحاماة ، س ٥ ، ع ١ ، يناير ١٩٧٠ ، ص ١١ ، حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٥٦ ، هامش (١) •

(١٣١) حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٥٧ •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بالدفع . وهناك وجه للتساؤل حول مدى حجية هذا الحكم أمام غيرها من المحاكم الأخرى التى قد يدفع أمامها مستقبلا بعدم دستورية القانون ذاته . والرأى الراجح أن هذا الحكم يكون حجة أمام كافة المحاكم الأخرى . لأن المحكمة العليا لم تفصل فى الدعوى الموضوعية حتى تقتصر حجية حكمها على طرفى النزاع فى هذه الدعوى ، وانما هى فصلت فى دستورية قانون ينطبق بحسب طبيعته على منازعات غير متناهية . ولذلك ينبغى أن يكون الحكم بشأن دستوريته واحدا بالنسبة لجميع هذه المنازعات(١٣٢) . بل أن الهدف من انشاء المحكمة العليا كما يتضح من عبارة المذكرة الايضاحية السابق ذكرها ، هو توحيد الرأى فى موضوع دستورية القوانين ، بدلا من اختلاف الآراء فى هذا الموضوع بحسب اتجاهات المحاكم المختلفة . وتوحيد الرأى لا يتحقق الا اذا التزمت المحاكم جميعا بالحكم الذى أصدرته المحكمة العليا .

ومما يؤيد هذا الرأى أيضا أن أحكام المحكمة العليا تنشر فى الجريدة الرسمية ، طبقا للقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالرسوم والاجراءات المتبعة أمامها(م ٣١) .

والحكم الصادر من المحكمة العليا هو حكم نهائى ولا يجوز الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن(١٣٣) . والسبب فى ذلك أن المحكمة العليا هى الهيئة القضائية العليا فى البلاد(١٣٤) .

واذا كانت المحكمة العليا تلزم بأحكامها جميع المحاكم الأخرى فيما تقضى به من دستورية أو عدم دستورية القوانين ، الا انها لا تستطيع الحكم بالغاء القانون الذى تقرر عدم دستوريته . لأن الغاء القانون لا يكون الا بقانون مثله(١٣٥) .

---

(١٣٢) حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٥٨ .

(١٣٣) م ١٣ من القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ .

(١٣٤) م ١ من القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ .

(١٣٥) نقض ١٩٦٠/١٢/١١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١١ ، ص ١٢٦ ، حسن كيره المدخل ، ص ٢٥٧ ، قارن : رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى ، ١٩٧٠ ، ص ٢٩٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وجدير بالذكر أن دستور سنة ١٩٧١ أنشأ نظاما لمحكمة أخرى اطلق عليها اسم المحكمة الدستورية العليا(١٣٦) ، لتحل محل المحكمة العليا التى درسنا نظامها والتى أنشأها القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ . ولكن حلول المحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها فى الدستور محل المحكمة العليا ، لم يتحقق من الناحية الفعلية الا بعد صدور قانون خاص ينظم كيفية تشكيل هذه المحكمة الجديدة ، ويعين اختصاصاتها الأخرى غير رقابة دستورية القوانين(١٣٧) وهو القانون رقم ٤٨ / ١٩٧٩ .

ولعل أبرز اختلاف بين نظام المحكمة الجديدة ، ونظام المحكمة العليا ، أن المحكمة الدستورية العليا تختص ، ليس فقط برقابة دستورية القوانين ، بل برقابة دستورية اللوائح أيضا(١٣٨) . أما المحكمة العليا فهى تختص فقط بحسب قانون انشائها برقابة دستورية القوانين دون رقابة دستورية اللوائح ، وان كانت هى قد بسطت رقابتها الى دستورية اللوائح(١٣٩) . ولكن ذلك لم يمنع المحاكم الأخرى من الفصل فى دستورية القرارات بقوانين واللوائح دون رجوع الى المحكمة العليا(١٤٠) .

١٠٧ - رقابة دستورية القرارات بقوانين قبل وبعد انشاء المحكمة العليا :

سبق أن رأينا أن القرارات بقوانين هى تشريعات عادية تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى اصدارها ، وتكون لهذه التشريعات قوة القوانين من حيث أنها تستطيع تعديل القوانين الصادرة من السلطة التشريعية . والقرارات بقوانين هى تلك التى تصدر من السلطة الفعلية أو التى تصدر فى حالة الضرورة أو حالة التفويض .

---

(١٣٦) المواد ١٧٤ - ١٧٨ من دستور سنة ١٩٧١ .

(١٣٧) م ١٧٥ ، م ١٧٦ ، م ١٩٢ من دستور سنة ١٩٧١ .

(١٣٨) م ١٧٥ من دستور سنة ١٩٧١ .

(١٣٩) المحكمة العليا ، ٣ يوليو ١٩٧١ ، الجريدة الرسمية ، عدد ٣٠ فى ٢٩ يوليه ١٩٧١ . وقد قضت المحكمة العليا فى هذا الحكم بعدم دستورية المادة ٦٠ من لائحة العاملين بالقطاع العام فيما نصت عليه من تعديل قواعد اختصاص جهات القضاء وهو ما لا يجوز اجراؤه طبقا للدستور الا بمقتضى قانون . راجع : حسن كيره ، المدخل ، ص ٢٥٩ هامش (١) .

(١٤٠) نقض مدنى ١٩٧٢/١٢/٢١ ، طعن ٢١ س ٣٩ ق رجال القضاء ، الحكم السابق الاشارة اليه .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ومع ذلك فان القرارات بقوانين لا تعتبر قوانين من كل وجـه • فهى ذات طبيعة مركبة • فهى تعتبر قوانين من حيث قدرتها الموضوعية بما تملكه من قدرة على الغاء وتعديل القوانين ، الا انها لا زالت تعتبر قرارات ادارية من حيث السلطة الصادرة عنها ، فهى صـادرة عن السـلطة التنفيذية التى لا تختص أصلا باصدار القوانين •

ولذلك فان القضـاء الفرنسى ، الذى لا يباشر رقابته على دسـتورية القوانين ، يفرض مع ذلك رقابته على دستورية القرارات بقوانين •

وأكثر من ذلك فان الرقابة القضائية على القرارات بقوانين لا تصـل فقط الى الحكم بعدم دستورية القرار بقانون ، بل يمكن أن تصل الى الحـكم بالغاء هذا القرار كما تلغى القرارات الادارية المشـوبة بعيب الانحراف فى استعمال السلطة • وكذلك يمكن الحكم بالتعـويض عن الضرر الذى أحدثه هذا القرار ، تماما كما يحكم بالتعويض عن القرارات الادارية الباطلة •

والجهة المختصة بالالغـاء أو التعـويض عن القرارات بقـوانين المخالفة للدستور هى جهة القضاء الادارى(١٤١) •

وقد أخذ القضاء المصرى باتجاه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن • وقد قضت محكمة القضاء الادارى فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ بأنه « ••• لا نزاع فى جواز المطالبة بالغاء المراسيم بقوانين الصادرة من السلطة التنفيذية فيما بين دورى الانعقاد أو فى فترة الحل باعتبارها قرارات ادارية أخذا بالمعيار الشكلى فى التفرقة ما بين القانون والقرارات الادارية »(١٤٢) • وكذلك قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٧٢/١٢/٢١ أن القرارات بقوانين « •• تعتبر قرارات ادارية لا تبلغ مرتبة القوانين فى حجية التشريع فيكون

---

(١٤١) راجع الأحكام العديدة لمجلس الدولة الفرنسى ، المشار اليها فى :
Marty et Raynaud, T. 1, op. cit., pp. 151-152.

(١٤٢) محكمة القضاء الادارى ، ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة القضـاء الادارى ، السنة التاسعة ، رقم ١٣٠ ، ص ١٧١ ، فى نفس المعنى : سليمان محمد الطماوى ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، ١٩٧٦ ، ص ٥٠١ ، ص ٥٠٩ •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

للقضاء الادارى بما له من ولاية الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية أن يحكم بالغائها ٠٠ »(١٤٣) ٠

ويلاحظ أن قانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ لم يغير شيئا من هذا الحكم ، لأن اختصاص المحكمة العليا الاستئثارى بالفصل فى دستورية القوانين ، جاء قاصرا بحسب نص المادة الأولى من قانون المحكمة المذكورة على رقابة دستورية القوانين دون القرارات بقوانين ، أو اللوائح ٠ أما النص الوارد فى المادة ١٧٥ من دستور سنة ١٩٧١ ، باختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل دون غيرها فى دستورية القوانين واللوائح ، فهو قاصر على هذه المحكمة المنشأة بالقانون رقم ٤٨/ ٧٩ ، ولا ينصرف الى المحكمة العليا المنشأة بمقتضى القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ٠

وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٧٢/١٢/٢١ السابق الاشارة اليه : « ٠٠ ورد النص فى المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا على اختصاصها بالفصل دون غيرها فى دستورية القوانين وورد النص فى المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم بنشر « منطوق الأحكام الصادرة منها بالفصل فى دستورية القوانين » ٠٠ ولا يندرج تحت هذا النص أو ذاك الفصل فى دستورية القرارات بقوانين ٠ وهو نص ملزم فى شأن الاختصاص لا تملك محكمة النقض أن تضيف اليه أو أن تعدل فيه ٠ ولا يغير من ذلك ما ورد فى المادة ١٧٥ من دستور جمهورية مصر العربية من أن « تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح » ، لأن الاختصاص بمراقبة دستورية اللوائح حكم مستحدث للمحكمة الدستورية العليا وجدها اذ تنص المادة ١٩٢ الواردة فى باب أحكام الدستور الانتقالية على أن « تمارس المحكمة العليا اختصاصها المبين فى القانون الصادر بانشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا » ٠

ونظرا لأن المحاكم الادارية كانت مختصة بالغاء القرارات بقوانين

---

(١٤٣) حكم النقض السابق الاشارة اليه ، راجع ما سبق ، فقرة ٩٩ ، بند ٣ ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المخالفة للدستور والمشوبة بعيب مجاوزة السلطة ، فان محاكم القضاء العادى - لنفس المنطق - كانت مختصة بالحكم بعدم دستورية القرارات بقوانين دون حاجة الى وقف الفصل فى الدعوى الاصلية التى سبق رفع الدعوى بعدم دستورية القرار بقانون امام المحكمة العليا ، طالما أن المحكمة العليا لا تختص بحسب قانون انشائها ، وبحسب حكم محكمة النقض السابق ذكره ، بالفصل فى دستورية القرارات بقوانين • ولكن محاكم القضاء العادى لا تملك الحكم بالغاء القرارات بقوانين ، فذلك من اختصاص القضاء الادارى وحده •

ويلاحظ أن الطعن أمام مجلس الدولة بالغاء قرار بقانون ، يجب أن يرفع خلال ستين يوما على الأكثر من تاريخ نشر القرار المذكور • أما الدفع بعدم دستورية القرار بقانون فلا يسقط الحق فى التمسك به مهما طالت المدة التى انقضت من وقت نشره • وسواء تم التمسك بهذا الدفع امام القضاء الادارى أو أمام القضاء العادى •

١٠٨ - رقابة دستورية اللوائح وقانونيتها قبل وبعد انشاء المحكمة العليا :

طبقا لما سبق ذكره فان المحكمة العليا لا تختص بالفصل فى دستورية اللوائح أو قانونيتها • وحتى اذا هى بسطت رقابتها الى ذلك(١٤٤) ، فان المحاكم العادية كانت تستطيع الفصل فى دستورية اللوائح وقانونيتها دون حاجة الى انتظار صدور حكم بذلك من المحكمة العليا • وكذلك فان المحاكم الادارية تختص بنظر الطعون التى ترفع بالغاء اللوائح باعتبارها قرارات ادارية تخضع للرقابة القضائية لمجلس الدولة •

وفى فرنسا حيث يمتنع القضاء عن فرض رقابته على دستورية القوانين، فان القضاء الادارى يختص مع ذلك بالغاء اللوائح المخالفة للدستور أو القانون أو المشوبة بعيب مجاوزة السلطة • وكذلك يختص القضاء العادى بالفصل فى دستورية وقانونية اللوائح دون أن يصل الى الحكم بالغائها(١٤٥) •

---

(١٤٤) المحكمة العليا ، ٣ يوليه ١٩٧١ ، الجريدة الرسمية ، عدد ٣٠ ، فى ٢٩ يوليه ١٩٧٢ •

(١٤٥) راجع الأحكام العديدة المشار اليها فى :
Marty et Raynaud, T. I, op. cit., p. 133.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

١٠٨ مكرر ـ المحكمة الدستورية العليا :

انشئت المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، الذى الغى المحكمة العليا والقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ الذى أنشـــاها .

وطبقا للمادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، تختص هذه المحكمة « دون غيرها بما يأتى : أولا : الرقابه القضائية على دستورية القوانين واللوائح » .وفى ضوء هذا النص لم يعد من الجائز القول بأن القضاء العادى لازال مختصا بالنظر فى دستورية القرارات بقوانين أو دستورية اللوائح على النحو الذى كان معمولا به فى ظل المحكمة العليا السابقة . ولم يعد من الجائز القول كذلك بأن القضاء الادارى يختص بالغـــاء القرارات بقوانين أو اللوائح المخالفه للدستور على النحو الذى كنا نقول به فى ظل المحكمة العليا السابقة . وهكذا فقد أصبح اختصاص المحكمة الدستورية العليا استئثاريا فى كـــل ما يتعلق بدستورية القـوانين والقرارات بقوانين واللوائح .

ومع ذلك فلا زال القضاء الادارى مختصا بالنظر فى العيوب الاخرى غير عيب عدم الدســـتورية التى قد تلحق بالقرارات بقوانين واللوائح مثل عيوب الشكل ومجاوزة السلطة والاختصاص والاجراءات أو عيب مخالفة اللائحة للتشريع العادى . وهو اختصاص يشـــمل الالغـاء والتعويض على السواء . أما القضاء العادى فلا زال مختصـــا بالنظر فى كل ما سبق ذكره وان كان لا يملك الحكم بالغاء القـــرار بقانون أو الغاء اللائحه بل يمتنع فقط عن تطبيق النصوص المشوبه بعدم المشروعية .

وطبقا للاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا فان القضاء العادى والادارى لازال كل منهما يلعب دورا ايجابيا فى بحث دستورية القوانين واللوائح أكثر مما كان مترو كالهما فى نصوص المحكمة العليا الملغاه وذلك على النحو الاتى :

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

(أ) اذا تراءى لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أولائحة لازم للفصل فى النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الاوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية • ومعنى ذلك أن المحكمة العادية أو الادارية لا تجبر على تطبيق قانون يتراءى لها عدم دستوريته الى أن تقرر المحكمة الدستورية العليا غير ذلك •

(ب) اذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أولائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فاذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن • وطبقا لهذا النص فان المحكمة اذا رأت أن الدفع غير جدى ، أى اذا قررت أن النص المطعون فيه غير مخالف للدستور فانها تستمر فى نظر الدعوى ولا تجبر على الرجوع الى المحكمة الدستورية العليا • ويلاحظ أن للمحكمة الدستورية العليا فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها (م ٢٧) •

وقد حددت المادة ٤٩ فى فقرتيها الأخرتين آثار الحكم بعدم الدستورية على النحو الاتى : « ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم » ••

« فاذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى تعتبر الاحكام التى صدرت بالادانه استنادا الى ذلك النص كان لم تكن •• » •

وينتقد البعض عدم ارجاع أثر الحكم بعدم الدستورية فى غير المسائل الجنائية الى تاريخ العمل بالنص غير الدستورى والاكتفاء بأعمال هذا الاثر بالنسبة للمستقبل فقط من اليوم التالى لنشر الحكم •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الرابع

صياغة التشريع

١٠٩ - انتقاء بعض أساليب الصياغة :

الصياغة القانونية هي الوسائل الفنية اللازمة لانشاء القواعد القانونية وتطبيقها وتفسيرها . وانشاء القواعد القانونية يتم عن طريق مصادر القانون، التي تتحول عن طريقها المادة الأولية للقانون الى قواعد قانونية وضعية .

أما المادة الأولية للقانون فهي تتكون نتيجة صراع وتفاعل بين القوى الخلاقة للقانون ، وهو ما يطلق عليه اصطلاح السياسة القانونية .

والسياسة القانونية تصنع المادة الأولية للقانون(١٤٩)، ولكنها لا تصنع القانون ذاته . أما الذي يصنع القانون فهي وسائل الصياغة القانونية .

وطبقا لهذا المعنى فان مصادر القانون المختلفة تأتي في مقدمة وسائل الصياغة القانونية ، فهي بحسب ما يقوله « جني » الادوات العامة لكل البناء الفني(١٥٠) .

واذا كانت مصادر القانون تأتي في مقدمة وسائل الصياغة القانونية ، فانها تعتمد هي بدورها على وسائل صياغة تفصيلية يتم عن طريقها التعبير عن قواعد القانون ، وتحديد مضمونها .

وطرق الصياغة القانونية عديدة ، منها اللغة والمصطلحات ، ومنها المظاهر الخارجية للقاعدة القانونية ، كالعمومية والتجريد ، والمرونة والجمود ، ووسائل القهر المختلفة(١٥١) ، ومنها الطوائف catégories والأفكار concepts والمباني constructions والتقسيمات classifications

---

(١٤٩) بحسب رأي الأستاذ دابان ، صاحب اصطلاح السياسة القانونية ، فان القانون مصنوع construit حتى في مادته الأولية ، ولا توجد في القانون حقائق معطاة données لم تصنعها ارادة الانسان .

DABIN, Technique de l'élaboration, op. cit., pp. 22-28.

(١٥٠) F. GENY, Science et technique, op. cit., T. 3, p. 52.

(١٥١) راجع في اعتبار وسائل القهر من أساليب الصياغة القانونية :
DABIN, Technique de l'élaboration, op. cit., p. 64.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومنها وسائل اثبات(١٥٢) الحقوق ، ومنها الشكلية بمعناها الضيق formalisme ، ومنها الحيل والقرائن القانونية(١٥٣) .

وغنى عن الذكر فاننا لن نتعرض فى هذا المبحث لدراسة كل وسائل الصياغة القانونية السابق ذكرها . فموضوع الصياغة القانونية يتخطى نطاق هذا البحث ، ليشمل كل موضوعات هذا الكتاب التى تعتبر دراسة فى الصياغة القانونية ، باستثناء الباب الثانى الخاص بجوهر القانون . بل ان موضوع الصياغة القانونية يتخطى نطاق هذا الكتاب ليشمل الكثير من مسائل القانون الوضعى التى لا مجال لدراستها فى نطاق النظرية العامة للقانون .

وسنكتفى فى هذا المبحث بانتقاء بعض وسائل الصياغة الاكثر اتصالا بالتشريع ، الذى يعتبر هو فى ذاته من أبرز وسائل الصياغة القانونية . وستنقسم دراستنا فى هذا المبحث الى مطلبين : الأول فى الصياغة العامة للتشريع وندرس فيه التقنين ، والثانى فى بعض وسائل الصياغة الخاصة للتشريع ، وندرس فيه الشكلية ، والقرائن ، والحيل القانونية .

والذى يبرر هذا الاختيار ، ان التقنين - كما سنرى - هو تشريع عام ، وهو بهذا الوصف يعتبر أكمل صورة لصياغة التشريع الذى هو بدوره من الوسائل العامة لصياغة القانون . وكذلك فان الشكلية والقرائن والحيل القانونية تعتبر فى نطاق الوسائل الخاصة للصياغة القانونية ، من أدق هذه الوسائل جميعا .

المطلب الأول

الصياغة العامة للتشريع

التجميع أو التقنين La Codification

١١٠ - التقنين قمة الصياغة القانونية :

التقنين Le Code هو تشريع عام يتضمن جميع النصوص القانونية

---

(١٥٢) راجع فى اعتبار الاثبات من وسائل الصياغة القانونية :
DABIN, op. cit., p. 77.

(١٥٣) راجع قائمة موجزة لوسائل الصياغة القانونية :
GENY, Science et technique, op. cit., T. 3, pp. 51-52.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التى تنظم فرعا بأكمله من فروع القانون . ومن هذا القبيل التقنين المدنى ، والتقنين التجارى ، والتقنين الجنائى .. الخ . وكما يطلق اصطلاح التقنين على التشريع العام ذاته ، فانه يطلق كذلك على عملية اعداد هذا التشريع ، أى على عملية تجميع القواعد القانونية المنظمة لأحد فروع القانون . والتقنين بهذا المعنى الثانى ، هو ما يطلق عليه اصطلاح La Codification .

والتقنين من حيث هو تشريع عام يستجمع جميع خصائص التشريع السابق دراستها وهى كونه يتضمن قواعد قانونية مكتوبة صادرة فى وثيقة رسمية عن السلطة التشريعية المختصة(١٥٤) . وينطوى كذلك على خصيصة أخرى أضافية ، هو كونه متضمنا للقواعد التى تشمل فرعا بأكمله من فروع القانون . والتقنين من حيث هو عملية تجميع للقواعد المذكورة ، لا بد أن تقوم به السلطة التشريعية المختصة ، فلا يطلق اصطلاح التقنين على تجميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع معين من فروع القانون اذا قام به احد الفقهاء أو قامت به احدى الهيئات العلمية(١٥٥) .

والتقنين أحدث فى النشأة من التشريع ، لأنه من السهل على السلطة التشريعية البدائية أن تصدر أوامرها فى صورة قاعدة أو قواعد خاصة بمسائل محدودة ، من أن تصدر مجموعة متكاملة من القواعد القانونية المنظمة لقطاع بأكمله من قطاعات القانون . ورغم أن التقنين قد تأخر فى نشأته نسبيا عن التشريع ، الا انه ظهر مع ذلك منذ عهد بعيد . ولعل أبرز مثل على ذلك التقنينات الكبرى التى أصدرها الامبراطور الرومانى جستنيان فى القرن السادس الميلادى(١٥٦) ، والتى أطلق عليها فى عصر النهضة الاوروبية اسم العقل المكتوب . وهى يرجع اليها الفضل الأكبر فى المحافظة الى الآن

---

(١٥٤) راجع ما سبق ، فقرة ٩٠ وما بعدها .

(١٥٥) ومع ذلك فان الفقه يستخدم على سبيل التجوز اصطلاح التقنين للتعبير عن عمليات التجميع غير الرسمية للقواعد القانونية المختلفة . ومن هذا القبيل تقنين Hermogénien وتقنين Grégorien وهى من تقنينات القانون الرومانى التى ظهرت فى أواخر القرن الثالث . راجع :

A.F. GIFFARD, Précis de Droit Romain, 1934, T. 1, p. 66.

(١٥٦) GIFFARD, op. cit., pp. 71 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على قواعد القانون الرومانى التى أثرت فى كل القوانين الحديثة فى الدول المتمدينة ، والتى تعتبر من أبرز أسس الحضارة الانسانية المعاصرة .

والتقنين هو تشريع لا يختلف عن أى تشريع آخر الا فى النطاق وفى الأهمية(١٥٧) . وهو لهذا الاختلاف ذاته يعتبر أكمل صور التشريع ، لأنه لا يقتصر على تنظيم موضوع معين ، بل ينظم جميع الموضوعات التى تتعلق بقسم من أقسام القانون . وتجميع قواعد القانون على هذا النحو يقتضى التنسيق بينها وفقا لخطة معينة يتحقق عن طريقها الانسجام بين الاصول والفروع ، ويزول التعارض بين القواعد القانونية المختلفة .

والتقنين بهذا المعنى يحتاج الى مجهود قانونى كبير لا يدانيه فى الصياغة أى مجهود آخر . ولذلك يحق القول بأن التقنين هو قمة الصياغة القانونية(١٥٨) . فاذا كانت مصادر القانون وفى مقدمتها التشريع هى أبرز وسائل الصياغة القانونية ، فان التقنين بالنسبة للتشريع هو أضخم مظهر له وأوسعه نطاقا وأكثره أهمية .

١١١ - مزايا التقنين :

أهم مزايا التقنين هى توحيد القانون ، وذلك بصفة خاصة فى البلاد التى تحكمها قواعد عرفية مختلفة ، أو التى تحكمها تشريعات مختلفة نتيجة لاختلاف السلطات الاقليمية . وهكذا عندما تحقق الدولة وحدتها الوطنية والقومية ، فانها تستشعر الحاجة الى اصدار قانون عام يحقق الوحدة التشريعية بالنسبة لكل المواطنين .

وقد دعت الحاجة فى فرنسا فى أوائل القرن التاسع عشر الى اصدار تقنينات تضع حدا لاختلاف قواعد القانون الفرنسى القديم . وقد صدر التقنين المدنى الفرنسى المعروف باسم تقنين نابليون فى سنة ١٨٠٤ وتلته

---

(١٥٧) Beudant, Cours de droit civil français, No. p. 37, cité par CAPITANT, Introduction, op. cit., p. 92, note 2.

(١٥٨) انظر فى مركز التقنين من وسائل الصياغة القانونية :
GENY, Science et technique, op. cit., T.3, p. 50.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التقنينات الأخرى فى الصدور . وكذلك فان ايطاليا والمانيا ، بعد أن حققتا وحدتهما الوطنية ، اكملتا هذه الوحدة باصدار التقنين المدنى فى أول يناير سنة ١٨٦٦ فى ايطاليا ، وفى أول يناير سنة ١٩٠٠ فى ألمانيا .

وحتى فى البلاد التى يكون فيها القانون موحدا ، فان أهمية التقنين تظهر فى أنه يجمع فى تشريع واحد كل القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون ، ويحقق التناسق بين هذه القواعد ، ويزيل ما قد يكون بينها من تعارض . ولهذا السبب فانه كلما ظهر فرع جديد من فروع القانون ، كقانون العمل مثلا ، يبدأ الاتجاه فورا الى تقنين قواعده أى الى اصدارها فى تشريع واحد .

يضاف الى ذلك أن التقنين فيه تبسيط للقانون وتقريب له الى عامة المواطنين . فبدون التقنين لا يتيسر العلم بالقانون الا للمتخصصين القادرين على البحث عن قواعده فى الاعراف القديمة ، والتشريعات المختلفة المفردة . أما عن طريق التقنين فان قواعد القانون تتجمع كلها فى كتاب واحد يمكن الرجوع اليه ببساطة لا تحتاج الى كفاءة قانونية خاصة(١٥٩) .

ولهذه المزايا فان الدول المختلفة تعمد الى وضع تشريعاتها الأساسية فى صورة تقنينات ، يغطى كل واحد منها فرعا من فروع القانون .

ولا شك أن صدور التقنين المدنى الفرنسى ، المسمى باسم تقنين نابليون فى ٢١ مارس سنة ١٨٠٤ ، يعتبر بداية حركة التقنينات فى العصر الحديث ، كما يعتبر المثل الأعلى لهذه الحركة .

١١٢ - تقنين نابليون :

صدر تقنين نابليون متضمنا ٢٢٨١ مادة فى ٢١ مارس سنة ١٨٠٤ . وقد

---

(١٥٩) H. CAPITANT, Introduction, op. cit., pp. 92-94.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بدأ التفكير فى اعداد هـذا التقنين فى ١٣ يولية سنة ١٨٠٠ عندما صـدر مرسوم بتعيين أعضاء اللجنة التى كلفت بوضعه . وكان المحامى بورتاليس من أبرز أعضاء هذه اللجنة . وقد اشترك نابليون نفسه فى مناقشة بعض نصوص هذا التقنين . وظهرت أفكاره فعلا فى بعض النصوص ، كتلك الخاصة بالحالة المدنية للعسكريين (المواد من ٩٣ ـ ٩٨) ، أو النصوص المعادية للأجانب (المواد ١١ ، ٧٢٦ ، ٩١٢) ، والنصوص الخاصة بالتبنى ، والتطليق بالارادة المتبادلة . ولم يكن نابليون من رجال القانون . وقد توجه بعض الانتقادات للأفكار القليلة التى أدخلها فى التقنين . ولكن الفضـل الأكبر لنابليون يتمثل فى انه كان هو صاحب الارادة القوية التى جعلت هذا التقنين يرى النور . وقد كان اصدار هذا التقنين ذاته محكا للصراع على السلطـة بين نابليون الذى كان القنصل الأول وقتئذ طبقا للدستور القنصلى الصادر فى السنة الثامنة من تقويم الثورة ، وبين المجلس التشريعى Le Tribunat المكون من أغلبية من الجمهوريين المعادين لنابليون . وقـد رفض المجـلس التشريعى بالفعل الابواب الأولى من مشروع التقنين مما اضـطر نابليون الى سحب المشروع ، حتى تمـكن من تطهير المجـلس المذكور بعمليـة بوليسية معروفة فى التاريخ باسم l'épuration du Tribunat . وبعد هذه العملية البوليسية أصبح الحصول على موافقة المجـلس التشريعى على مشروع التقنين أمرا شكليا ، وهو ما تحقق بالفعـل فى ٢١ مارس سنة ١٨٠٤ كما سـبق القول(١٦٠) .

ولعله من المثير ملاحظة أن أهم تشريع فى العصر الحديث ، وهو تقنين نابليون ، صدر من الناحية الشكلية بهذه الطريقة البوليسية ، رغم انه يعبر فى مضمونه عن خلاصة الفكر القانونى ، منذ بداية التاريخ الى وقت صدوره .

وقد ظل نابليون معتزا بهذا التقنين الى آخر لحظة فى حياته . فهو يقول : « ان مجدى الحقيقى لا يرجع الى انتصارى فى اربعين معركة جربية ، فواترلو كفيلة بان تمسح ذكريات انتصارات كثيرة - ولكن الذى لا يمكن محوه ،

---

(١٦٠) Marty et Raynaud, Droit civil, op. cit., T. I, p 113 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والذى سيعيش أبدا ، فهو تقنينى المدنى »(١٦١) .

وقد صدرت بعد التقنين المدنى ، تقنينات أخرى ، تنسب أيضا الى نابليون ، وهى تقنين المرافعات المدنية سنة ١٨٠٦ ، والتقنين التجارى سنة ١٨٠٧ ، وتقنين الاجراءات الجنائية سنة ١٨٠٨ ، وتقنين العقوبات سنة ١٨١٠ ، كما صدرت تقنينات أخرى بعد عصر نابليون خلال القرن التاسع عشر وفى بداية القرن العشرين .

وقد أحدث صدور تقنين نابليون تأثيرا كبيرا فى أوروبا ، والكثير من دول العالم الأخرى ، ومنها مصر . ولكن قبل أن يتحقق هذا التأثير فعلا ، ثار جدل حول فائدة التقنين ، وانقسم الرأى بين مدرستين ، هما انصار التقنين وخصومه .

١١٣ - أنصار التقنين وخصومه :

أدى صدور تقنين نابليون الى نشوب معركة فكرية شهيرة فى ألمانيا اشترك فيها فلاسفة ورجال قانون ، بين فريق يدعو الى الاقتداء بما تم فى فرنسا ويحبذ وضع تقنينات تضع نهاية للاختلاف فى التشريعات القائمة ، وفى مقدمة هؤلاء المفكرين الفقيه تيبو Thibaud الذى أصدر رسالة فى سنة ١٨١٤ جمع فيها حجج انصار التقنين ، وبين فريق آخر يعارض فكرة التقنين ويناهض وضع تقنينات فى ألمانيا على غرار التقنينات الفرنسية . وكان الفقيه الألمانى سافينى Savigny زعيم المدرسة التاريخية من أبرز أعداء التقنين .

والواقع أن هناك تلازما بين الانتماء الى المدرسة التاريخية وبين العداء للتقنين . وبتعبير آخر فان الأفكار الرئيسية للمذهب التاريخى ، هى بذاتها الحجج المعارضة للتقنين . وطبقا للمذهب التاريخى فان القانون هو نتيجة التطور التاريخى للأمة . وهو يتكون فى الضمير الشعبى للجماعة ، ويتطور ويتغير بدون توقف كما يحدث بالنسبة للغة . أما التقنين فهو كما يقول سافينى ينكر هذه الحقيقة التاريخية . ويؤدى الى تجميد القانون كما لو كان شيئا ثابتا لا يتغير ، ويؤدى بالتالى الى شل المصادر الأخرى للقانون عن

---

(١٦١) DE MOTHOLON, Récit de la captivité de l'Empereur Napoléon. T. 1, p. 401, cité par Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 115, note 3.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أحداث تأثيرها فى تطوير القانون • فالتقنين هو بمثابة صب القـــانون فى قالب يؤدى الى تشويهه وضياع مرونته وقدرته على التلاءم والتطور •

وتضاف الى هـذه الحجج العامة ، حجة أخرى خاصة بألمـانيا بالذات ، وهى بحسب اعتقاد سـاقينى أرض خصـبة للقانون العرفى ، ولا يناسبها التعبير عن القانون بطريق التقنين(١٦٢) •

ومع ذلك فلم يكتب لحصـــوم التقنين الانتصار ، سواء من النـــاحية النظرية ، أو من الناحية الواقعيـــة • فمن الناحية النظرية فان المدرســـة التاريخية خاطئة فى جوهرها ، لأن القانون ليس كاللغة وليد تطور تاريخى غير ارادى • بل هو ــ كما سبق أن رأينا(١٦٣) ــ من صنع الارادة الانسانية الواعية التى تعيش دواما فى صراع من أجل القانون • فالقـــانون فى مادته الأولية مصنوع بواسطة الانسان ، فيكون من الواجب ــ ومن باب أولى ــ أن تكون صياغته أيضا من عمل الانسان • لأنه اذا كان من المتصـــور أن تكون المـادة الأولية للقانون من صـــنع ارادات كثيرة متداخلة ومتصـــارعة ، فان التعبير عن القانون لا يتصور أن يكون الا من صنع ارادة واحـــدة متناسقة ومتكاملة • وهنـــا تبدو أهمية التقنين باعتباره عملا ارادياً منطقيا شـاملا للقواعد القانونية العديدة المكونة لفرع بأكمله من فروع القـــانون • فبقدر ما تدق الحاجة الى ارادة الانسان الواعية للتعبير عن قواعد القانون ، بقـــدر ما ترتفع قيمة التقنين باعتباره النموذج المتكامل لمثل هذه الارادة •

ومن الناحية الواقعيـــة فان حركة التقنين اكتسحت العالم كله خـلال القرن التاسع عشر والقرن العشرين حتى أمكن القـول أن « مؤرخى النظم لن يفوتهم فى المستقبل الاشارة الى أن من أهم الخصـــائص المميزة لهذا العصر ، الحركة العامة للتقنين فى أوروبا وأمريكا ، وكـــذلك فى بعض دول آســـيا وأفريقيا »(١٦٤) •

---

(١٦٢) H. CAPITANT, Introduction, op. cit., p. 94.

(١٦٣) راجع ما سبق ، فقرة ٧٤ ، فقرة ٨٣ •

(١٦٤) GLASSON, La codification en Europe au 19e siècle, Rev. Pol. et Parl. 1894, T. 2, p. [illegible], cité par Capitant, Introduction, op. cit., p. 94, Note 2.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما ما يثار ضد التقنين من انتقادات راجعة الى ما ينشأ عنه من جمود في القانون ، فهي لا تخلو من الصدق ، وان كانت تنطوي على بعض المبالغة ·

أما الصدق في هذه الانتقادات فمرده الى أن التقنين يكتسب نوعا من الهيبة والمكانة ، تجعلـه يحجب ـ لفترة من الزمن ـ عوامل التطـور في القانون(١٦٥) · ويستمد التقنين هذه المكانة من عاملين · الاول هو ضخامة المجهود الذي بذل في وضع التقنين ، مما يدفع الى الاعتقـاد بأنه عمل نهائي لا يمكن المساس به أو تعديله الا في أقصى حالات الضرورة · وهـكذا كانت مشروعات مراجعة التقنين ينظر اليها لسنوات طويلة كشيء غير مرغوب فيه · والعامل الثاني أن التقنين يدعو الفقهاء الى الاعتقاد بأنه أصبح هو المصـدر الوحيد للقانون ، وأن المصادر الأخرى وخاصة العرف لم يعد لها وجود · وقد حدث هذا في فرنسا عندما نص التقنين المدني على الغاء كل القواعد القانونية القديمة ، العرفية منها وغير العرفية(١٦٦) ·

ولا شك أن الاقتصار على مصدر واحد للقانون هو التشريع من شأنه أن يحدث مفارقة بين القانون في وضعه الثابت المكتوب ، وبين مقتضيات الحيـاة الاجتماعية والاقتصادية المتطورة على الدوام ·

وقد حدثت هذه المفارقة بالفعل في فرنسا عقب صدور التقنين المدني ، مما أدى الى مفارقة أخرى بين الفقه من ناحية ، والقضاء من ناحية أخرى ·

فالفقه اتجه بكل نشاط الى شرح نصوص التقنين دون اعتداد بظروف الواقع ، والتطورات الاجتماعية والاقتصادية · وأصـبح الفقـه لا يرى في القانون الا شيئا واحدا هو التقنين ، ولا يعترف للقانون بمصدر غير مصـدر واحد هو التشريع متمثلا في التقنين · وقد عرف هـذا الاتجاه الفقهي باسم

---

(١٦٥) CAPITANT, Introduction, op. cit., p. 95.

قارن مع ذلك الانتقادات التي وجهت الى نظام الرهن في التقنين المدني الفرنسي ، والدعـوة الى تعديل التقنين في هذا النطاق ، عقب اصدار التقنين بوقت وجيز ، مقالنا :

L'Hypothèque des Biens à venir, Rev. Trim. du Dr. Civ., 1970, p. 241.

(١٦٦) راجع المادة ٧ من قانون ٢١ مارس سنة ١٨٠٤ ·

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مدرسة الشرح على المتون ، أو مرحلة الشرح على المتون la période d'exégèse . وقد قال بعض شراح هذه المدرسة أنه لا يعرف شيئا اسمه القانون المدنى ، ولكنه يعرف فقط التقنين المدنى . وهكذا أصبح القانون والتقنين شيئا واحدا .

أما القضاء وهو يواجه ظروف الواقع ويعمل على الموازنة المستمرة بين المصالح المتعارضة . فلم يشعر بنفس الشعور ازاء نصوص التقنين ، خاصة عندما كان يرى هذه النصوص ، اذا طبقت تطبيقا حرفيا ، لا تؤدى الى اقامة العدل أو الموازنة بين المصالح . ولذلك لم يتقيد القضاء بالتطبيق الحرفى لنصوص التقنين ، بل قام بتطويع هذه النصوص بما يحقق العدل بين المتقاضين ، ولو أدى ذلك الى تخطى قصد المشرع أو تعديل مدلول النصوص .

وهكذا حدثت مفارقة بين القانون النظرى الذى يعرضه الفقهاء فى مؤلفاتهم ، وبين القانون المطبق الذى يأخذ به القضاة فى أحكامهم(١٦٧) .

ولكن هذه المفارقة لم تستمر الى ما لا نهاية ، بل كان لابد لها أن تنتهى ، ليعود الانسجام من جديد بين الفقه والقضاء . وقد حدث هذا الانسجام فى صورة انتصار للقضاء واستسلام للفقه . فقد حاول الفقه أن يثنى القضاء عن الخروج على المنطوق الحرفى للنصوص . ولكن القضاء استمر فى منهجه لا يحيد عنه . وفى آخر الأمر ترك الفقه الصراع . واتجه بدلا من محاولة اقناع القضاء بالتزام النص ، الى البحث عن الأسباب التى تدفع القضاء الى الخروج على النصوص . وقد وجد الفقه هذه الأسباب فى الحاجات الاجتماعية المتطورة ، والأفكار الاقتصادية والسياسية الجديدة .

ومن هنا بدأت مرحلة ثانية هى مرحلة التعاون بين الفقه والقضاء . وأصبح الفقه يهتم باتجاهات القضاء ويحاول تنسيقها وارجاعها الى الأصول العامة فى القانون ، واستخراج النظريات والأفكار الجديدة التى توحى بها هذه الأحكام . فالقضاء لا يهتم فى أحكامه الا بادراك العدل ومواجهة الحاجات

---

(١٦٧) H. Capitant, Introduction, op. cit., n. 96.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العملية . أما تنسيق الحلول العملية واعطائها طابع الصياغة القانونية الدقيقة فهو ما اضطلع به الفقه في هذه المرحلة الجديدة .

وقد بدأ التعاون المثمر بين القضاء والفقه في فرنسا ابتداء من النصف الثاني من القرن التاسع عشر . فالقضاء يحترم نصوص التقنين في الظاهر ، ولكنه يطبقها بطريقة تنطوي على تعديل حقيقي لهذه النصوص ، وخلق لقواعد قانونية جديدة . والفقه يقوم بتنسيق أحكام القضاء ويستخلص منها هذه القواعد الجديدة(١٦٨) .

ومع ذلك فان الفقه لم يكن تابعا للقضاء في جميع الاحيان ، بل أصبح يوجه القضاء ويرشده ويستكشف له آفاقا جديدة لحلول قضائية جديدة أو يثنيه عن الاستمرار في اتجاهات كان القضاء قد شرع في انتهاجها .

وغني عن الذكر فان المشرع لم يقف ساكنا ازاء التطور في الأفكار والحاجات الاجتماعية ، بل كثيرا ما تدخل بتعديل نصوص التقنين تعديلا جزئيا كلما دعت الحاجة الى هذا التعديل .

وهكذا فان القول بأن التقنين يؤدي الى جمود القانون هو قول وان انطوى على شيء من الصدق ، الا انه يتسم بالمبالغة . فقد رأينا أن القضاء لم يكف عن تطوير القانون من خلال احترامه لنصوص التقنين احتراما ظاهريا . وأن الفقه بعد أن عارض اتجاه القضاء أصبح يؤازره ويوجهه . وأن المشرع لم يمتنع عن تعديل نصوص التقنين كلما دعت الحاجة الى هذا التعديل .

واذا كان التقنين المدني الفرنسي قد استطاع أن يعيش ما يقرب من قرنين من الزمان ، رغم التطورات الهائلة التي حدثت في المجتمع سواء في الواقع أو في الفكر ، فانما يرجع ذلك الى أن التقنين لم يمنع تطور القانون ، وانما ظل هو الأساس الذي ينطلق منه التطور .

بل انه ليس من المستحيل أن يراجع المشرع التقنين في مجموعه ،

---

(١٦٨) H. Capitant, Introduction, op. cit., p. 97 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فيستبدل تقنينا جديدا بالتقنين القديم • فكما صدر التقنين عن ارادة المشرع، فان هذه الارادة ذاتها تملك تعديل كل نصوص هذا التقنين •

ومع ذلك فليست هناك مصلحة فى اجراء مراجعة شـــاملة للتقنين فى أوقات متقاربة • فيكفى أن يصدر المشرع تعديلا جزئيا لبعض نصوص التقنين فى المسائل التى يتبين فيها ضرورة اجراء مثل هذا التعديل • فكما أن التطور لا يحدث فى المجتمع طفرة واحدة • فكذلك لا تكون هنـــاك حاجة الى تعديل التقنين كله دفعة واحدة •

ولكن بعد مرور وقت طويل من الزمن ، فانه تكون قد أدخلت تعديلات تشريعية جزئية كثيرة على معظم نصوص التقنين • وكـذلك تكون قد تقررت قواعد قانونية جديدة عن طريق القضاء ، بحيث تصبح كل نصـوص التقنين القديمة مغطاة بتعديلات تشريعية أو قضائية • وحينئذ قد يكون من المناسب مراجعة التقنين فى مجموعه واصدار تقنين جديد يتضمن كـــل التعـديلات التشريعية التى أدخلها المشرع علىَ التقنين ، كما يتضمّن كل الحلول القضائية التى قررها القضاء ، أو على الأقل يتضمن ما يرى المشرع الاحتفاظ به من هذه التعديلات وتلك الحلول(١٦٩) •

وقد شعر المشرع الفرنسى أن تقنين نابليون أصابته الشيخوخة ، وأنه فى حاجة الى مراجعة شاملة • وقد شكلت لهذا الغرض لجنة برئاسة الأستاذ جيليو دى لامورنديير سنة ١٩٤٥ ولكنها لم تنجز عملها حتى الآن(١٧٠) •

وسواء تمت مراجعة التقنين الفرنسى أو لم تتم(١٧١) ، فان القـــانون الفرنسى لن يكف عن التطور سواء عن طريق التشريعات التى تدخل تعديلات

---

(١٦٩) H. Capitant, Introduction, op. cit., p. 99.

(١٧٠) Julliot de La Morandière, La réforme du Code Civil, D. 1948. Ch. p. 117; Houin, Les travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, Rev. Trim. du Dr. Civ., 1951, p. 34.

(١٧١) وقد ذهب البعض الى انه لا محل لمراجعة التقنين بينما لا يزال القانون فى أشـــد مراحل تطوره • فلا يصبح تعديل التقنين مناسبا الا عند انتهاء التطور الذى يمر به القانون • أو على الأقل عند انتهاء هذه الموجة الحادة من التطور • راجع :
Planiol, Traité élémentaire, 5e éd. par Ripert et Boulanger, T. 1, No 107.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على نصوص التقنين ، أو عن طريق القضاء الذى يخلق قواعد قانونية جديدة • وسنزيد دور القضاء فى خلق قواعد القانون ايضاحا عندما ندرس القضاء كمصدر من مصادر القانون •

١١٤ - حركة التقنين في مصر :

كانت مصر واحدة من الدول التى استجابت الى حركة التقنين • وقد سبق أن ذكرنا أن هذه الحركة انتصرت حتى داخل المانيا وهى الدولة التى قامت فيها المدرسة التاريخية المعارضة للتقنين ، حيث صدر التقنين المدنى الألمانى وأصبح نافذا ابتداء من أول يناير سنة ١٩٠٠ •

وقد قيل تعليقا على انتصار حركة التقنين أن نابليون توقف عن الحكم بنفسه بعد هزيمته الا انه استمر يحكم بتقنيناته • ورغم ما فى هذه العبارة من مبالغة ، حيث أن التقنينات وان كانت قد وضعت فى عهد نابليون الا أنها ليست من صنعه • الا أنها تعنى مع ذلك ان التقنين قد انتصر على خصومه ، وأن دول العالم المختلفة اتجهت الى التقنين الفرنسى تقلده وتقتدى به(١٧٢) •

وقد عرفت مصر حركة تقنين واسعة ابتداء من الربع الأخير من القرن الماضى • وقد اقترنت حركة التقنين بحركة الاصلاح القضائى الذى بدأ بانشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ، ثم انشاء المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ •

وقد كان من المتفق عليه بين الخديوى اسماعيل والدول الأجنبية ان المحاكم المختلطة ستطبق تقنينات مأخوذة عن التقنينات الفرنسية • وقد كلف

---

(١٧٢) راجع قائمة طويلة من التقنينات التى وضعت على غرار التقنين المدنى الفرنسى :
Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 119 et s.

وجدير بالذكر أن التقنين النمساوى (١٨١١) والتقنين الألمانى (١٩٠٠) والتقنين السويسرى (١٩١٢) ، هى تقنينات ذات نزعة جرمانية ظهر فيها بوضوح تأثير العادات والاعراف الجرمانية ، على خلاف التقنين الفرنسى وما نحا نحوه ، فهى تقنينات ذات نزعة لاتينية • ويمكن القول أن تقنين نابليون كان ثمرة القانون الرومانى والقانون العرفى الفرنسى والقانون الكنسى والمراسيم الفرنسية القديمة ، وكذلك المبادىء الجديدة للثورة الفرنسية • راجع :
Marty et Raynaud, op. cit., p. 119.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

نوبار رئيس الوزراء أحد المحامين الفرنسيين المقيمين في مصر ، وهو الأستاذ مونوري Monori الذي كان سكرتيرا له وسكرتيرا للجان التي انعقدت في مصر لوضع لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، بوضع التقنينات المطلوبة ٠ فوضع سنة ١٨٧٥ ستة تقنينات هي التقنين المدني ، وتقنين التجارة البرية ، وتقنين التجارة البحرية ، وتقنين المرافعات ، وتقنين العقوبات ، وتقنين تحقيق الجنايات ٠ وقد نقلت هذه التقنينات كلها من التقنينات الفرنسية مع ايجاز يصل في بعض الأحيان الى حد الاقتضاب ٠ وقد أخذ في التقنين المدني ببعض أحكام الشريعة الاسلامية كما في الشفعة ، وبيع المريض مرض الموت وبعض بيوع أخرى ، وكذلك الايجار(١٧٣) ٠

وقد ظلت هذه التقنينات مطبقة الى وقت الغاء الامتيازات الأجنبية والمحاكم المختلطة سنة ١٩٤٩ ، باستثناء تقنين العقوبات وتقنين تحقيق الجنايات فقد روجعا مراجعة شاملة سنة ١٩٣٧ ، وذلك نتيجة لاتفاقية مونترو التي أعطت الاختصاص للمحاكم المختلطة في المسائل الجنائية بعد أن كانت المحاكم القنصلية هي المختصة أساسا بنظر هذه المسائل ٠ وقد وضع في هذه السنة تقنين جديد للعقوبات المختلط مطابق لتقنين العقوبات الأهلي الذي وضع أيضا من جديد في هذه السنة ذاتها ٠ ووضع كذلك تقنين جديد لتحقيق الجنايات المختلط ، ولكنه مختلف عن التقنين الأهلي مراعاة لاختلاف ظروف الأجانب الاجتماعية ٠

وقد كانت تجربة المحاكم المختلطة مثلا اقتدى به المشرع في ترتيب القضاء بالنسبة للمصريين ٠ فوضعت لهذا الغرض لائحة ترتيب المحاكم الأهلية سنة ١٨٨١ ٠ وشكلت لجنة لوضع التقنينات الأهلية على غرار التقنينات المختلطة(١٧٤) ٠ وقد جاءت التقنينات الأهلية منقولة نقلا يكاد يكون حرفيا من

---

(١٧٣) عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، ص ١٨٢ ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٢٥ ٠

(١٧٤) وكان رئيس اللجنة هو حسين فخري باشا ، ومن أعضائها « فاشيه » النائب العمومي لدى المحاكم المختلطة وهو الذي وضع التقنين الجنائي وتقنين تحقيق الجنايات ، و « موريوندو » الايطالي الذي وضع التقنين المدني وتقنين المرافعات ، و « لو » الانجليزي الذي كان مع موريوندو قاضيا بالمحاكم المختلطة ، وبطرس غالي باشا الذي كان وكيلا لنظارة الحقانية (وزارة العدل) ، راجع : السنهوري وأبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ١٨٤ ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

التقنينات المختلطة . وقد صدرت اللائحة الثانية لترتيب المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ ، ثم صدرت التقنينات الأهلية الستة فى نفس السنة وافتتحت المحاكم الأهلية فى يناير سنة ١٨٨٤ .

وقد أظهر العمل حاجة تقنين العقوبات الأهلى الى المراجعة . فروجع مرتين الأولى سنة ١٩٠٤ والثانية سنة ١٩٣٧ . وفى المراجعة الثانية تم التوحيد بينه وبين تقنين العقوبات المختلط كما سبق أن ذكرنا .

ونظرا لأن هذه التقنينات فى مجموعها قد وضعت فى عجالة ، واتسمت نصوصها بالكثير من العيوب ، كما جاءت ناقصة فى كثير من المجالات ، فقد قامت المحاكم المختلطة والأهلية على السواء ، باكمال ما فى هذه التقنينات من نقص واصلاح ما بها من عيب ، حتى يمكن القول أنه نشأ قانون قضائى الى جانب القانون المنصوص عليه فى التقنينات المختلفة(١٧٥) .

وبعد أن أبرمت اتفاقية مونترو سنة ١٩٣٧ التى تقرر بمقتضاها الغاء الامتيازات الأجنبية والمحاكم المختلطة بعد فترة انتقال تنتهى سنة ١٩٤٩ ، أصبحت الحاجة تدعو من جديد الى مراجعة التقنينات الوطنية ، خاصة بعد أن مضى ما يقرب من ثلاثة أرباع قرن على وضع هذه التقنينات . وقد صدر تقنين مدنى جديد بمقتضى القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨(١٧٦) ، وتقنين مرافعات جديد بمقتضى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ وعمل بهذين التقنينين ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . وكذلك صدر قانون جديد للاجراءات الجنائية حاملا هذا الاسم الجديد ، بدلا من تقنين تحقيق الجنايات القديم ، وصدر به القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ وعمل به ابتداء من ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ .

أما تقنين العقوبات فقد سبق أن ذكرنا انه روجع مراجعة شاملة مرتين الأولى سنة ١٩٠٤ والثانية سنة ١٩٣٧ ولذلك لم تدع الحاجة الى مراجعته

---

(١٧٥) عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، ص ١٨٥ ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٢٦ .

(١٧٦) أنظر فى خطوات مراجعة التقنين المدنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط جـ ١ ، ص ١٢ وما بعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

من جديد عند الغاء المحاكم المختلطة . أما تقنين التجارة البرى وتقنين التجارة البحرى ، فقد شكلت لجان لتعديلهما ،ولكن لم تتم مراجعة اى من هذين التقنيين حتى الآن رغم الحاجة الماسة الى مثل هذا التعديل ، نظرا للتطور الكبير الذى حدث فى نطاق المعاملات التجارية البحرية والبرية على السواء .

وقد أصدر المشرع تقنينين جديدين هما تقنين العمل بمقتضى القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وتقنين التأمينات الاجتماعية بمقتضى القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ ، الذى حل محله تقنين التأمينات الاجتماعية الجديد رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤، ثم القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٩ .

وقد اتجهت النية أخيرا الى مراجعة جميع التقنينات مراجعة جديدة لاعادة صياغتها فى ضوء المبادىء الاشتراكية التى أصبحت تمثل المذهب الرسمى للدولة ، وشكلت لهذا الغرض لجان ، أنجزت الكثير من العمل ، ولكن لم تصدر من هذه التقنينات الجديدة الا تقنين المرافعات بمقتضى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، وتقنين الاثبات بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

ولكن لا ينبغى أن يغيب عن النظر أن التقنين المدنى كان مشبعا عند وضعه سنة ١٩٤٨ بالروح الاشتراكية التى ظهرت فى الكثير من أحكامه كتلك المتعلقة بتقييد مبدأ سلطان الارادة ، وتقييد الملكية بما لها من وظيفة اجتماعية ، ونظرية التعسف فى استعمال الحق ... الخ(١٧٧) .

ويتضح مما سبق أن الانتصار لفكرة التقنين فى مصر لم يؤد الى جمود القانون المصرى . بل على العكس فقد تطور القانون بفضل القضاء ، كما تمت مراجعة التقنينات ذاتها أكثر من مرة .

---

(١٧٧) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٦١٠ وما بعدها . ومع ذلك فان مراجعة التقنين المدنى تقتضى النص على اعتبار أحكام القضاء وقرارات الادارة من مصادر الحق ، باعتبار أن هذه الأحكام والقرارات قد أصبحت من أهم وسائل تدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى . راجع فى هذا الموضوع :

Samir TANAGHO, De l'obligation Judiciaire, Paris, 1965.

وراجع كذلك كتابنا ، القرار الادارى مصدر الحق ، ١٩٧٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطلب الثانى
بعض وسائل الصياغة الخاصة للتشريع

ندرس فى هذا المطلب بعض وسائل الصياغة الخاصة للتشريع ، وهى : الشكلية ، والقرائن ، والحيل القانونية • ويلاحظ أن هذه الوسائل من الممكن استخدامها فى صياغة قواعد قانونية ناشئة عن مصادر أخرى غير التشريع ، كالعرف أو القضاء • وان كان استخدامها فى صياغة القواعد التشريعية هو الغالب فى العمل •

١ ـ الشكلية Le Formalisme

١١٥ ـ تعريف الشكلية وأنواعها :

الشكل هو عنصر خارجى يشترط القانون اضافته الى الظاهرة الاصلية التى من شأنها انشاء أو تعديل أو نقل أو انقضاء حق أو مركز قانونى ، بحيث لا تنتج الظاهرة الأصلية ـ وهى فى العادة تصرف قانونى ـ الأثر المشار اليه ، بغير اضافة هذا العنصر الخارجى اليها(١٧٨) •

فالشكل هو من ناحية عنصر خارجى مضاف الى العناصر الداخليـــة المكونة للظاهرة الأصلية • فالعقد باعتباره تصرفا قانونيا يتكون من عناصر داخلية تتمثل فى التعبير عن ارادتين متطابقتين • وطبقا للمبدأ العام فى القانون الحديث فان العقد ينعقد وينتج كافة آثاره القانونية بمجرد اكتمال عناصره الداخلية وهى تطابق الارادتين (م ٨٩ مدنى) • ويعرف هذا المبدأ باسم مبدأ الرضائية فى العقود ، ومؤداه انه لا يشترط لانعقاد العقد ، بحسب الأصل ، اضافة أى عنصر خارجى الى عناصره الداخلية ، فلا يشترط أن يتم التعبير عن الارادتين المتطابقتين بطريق الكتابة ، أو أن يتم هذا التعبير امام موظف رسمى مختص •• الخ •

أما اذا اشترط القانون لانعقاد العقد أن يضاف الى التعبير عن الارادة

---

(١٧٨) F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 101.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عنصر خارجي كالكتابة أو الشهادة أو التوثيق امام موظف رسمي .. الخ فان هذا العنصر الخارجي يعتبر من قبيل الشكل . فهو عنصر مضاف الى عناصر التصرف الداخلية . وبذلك نكون قد انتقلنا من نطاق الرضائية الى نطاق الشكلية .

والشكل هو من ناحية أخرى عنصر خارجي ملزم لا يجوز اغفاله والا ترتب جزاء قانوني هو اعتبار التصرف القانوني غير كامل وغير منتج لآثاره القانونية . وصفة الالزام في الشكل هي التي تعطيه الصفة القانونية ، وهي التي تجعل منه شكلا قانونيا . أما ما يسمى بالشكل الحر forme libre مما تفرضه بعض العادات والتقاليد الاجتماعية دون أن ترتب على تخلفه أي أثر قانوني ، فهو لا يعتبر شكلا بالمعنى الذي نقصده في هذه الدراسة(١٧٩) .

والشكل بهذا المعنى ، هو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية ، التي لا يمكن الاستغناء عنها في أي نظام قانوني ، وان اختلفت أنواع الشكلية وأهميتها باختلاف النظم القانونية(١٨٠) .

وقد وجدت الشكلية في أقدم النظم القانونية ، وهي لا زالت موجودة في أحدثها . وقد ظهرت الشكلية في النظم القانونية البدائية بطريقة غريزية غير عقلية . فالانسان مشدود بغريزته الى المظاهر الخارجية بما تحققه له من البهجة في حياته والاثارة لأحاسيسه . والشكلية البدائية هي شكلية رمزية symbolique تنطوي على اتخاذ مواقف معينة أو القيام بحركات خاصة . وقد كان القانون الروماني أرضا خصبة لهذه الشكلية الرمزية في المراحل الأولى من تطوره .

ولكن جاء وقت بعد ذلك حلت فيه الشكلية العقلية محل الشكلية [illegible]ة . وبدأ الانسان يقيم الأشكال ويحدد مدى فائدتها بدلا من أن يتبعها بطريقة عمياء . ولا بد أن يتبين الانسان وهو يقيم الأشكال التي يلتزم

---

(١٧٩) F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 99

(١٨٠) F. Gény, Science et Technique, T. [illegible] p. 97.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بها ، ما لها من فوائد وما لها من عيوب • ومن مزايا الشكل انه يوقظ الانتباه الى خطورة التصرف المراد ابرامه ، ويحقق لهذا التصرف التحديد والانضباط. ويحفظ هذا التصرف من الضياع بحيث يمكن اثباته في المستقبل في أي وقت تثور منازعة بشأنه • أما عيوب الشكل فهي تتلخص في التعطيل والتعقيد والنفقات(١٨١) •

وعندما يوازن الانسان في مرحلة الشكلية العقلية بين عيوب الشكل ومزاياه ، فهو لا يستبقي من الأشكال ، الا تلك التي تغلب فيها المزايا على العيوب •

ويمكن القول ان القوانين الحديثة قد احتفظت أو فرضت عدة أنواع من الشكل التي غلبت مزاياها على عيوبها • وهي تلك المتعلقة بالرسمية ، والاثبات ، والشهر ، والولاية على المال ، والمرافعات والتنفيذ ، والضرائب •

وجدير بالذكر أن الشكلية يتطلبها القانون بصفة خاصة بصدد التصرفات القانونية ، أي التصرفات الارادية ، التي يمكن عند ابرامها مراعاة الشكل المطلوب اضافته الى عناصرها الداخلية • أما الوقائع المادية التي يرتب عليها القانون بعض الآثار القانونية دون مراعاة لأي ارادة مرتبطة بها ، كالعمل غير المشروع الذي يرتب عليه القانون الالتزام بالتعويض دون نظر الى ارادة مرتكب هذا العمل أو رغبته في الارتباط بهذا الالتزام من عدمه ، فلا يتصور بالنسبة لها — بحسب الأصل — اشتراط شكل خاص يضاف الى عناصرها الداخلية •

ومع ذلك فانه بالنسبة لبعض الوقائع المادية ، مراعاة لخطورتها ، فان القانون يشترط بالنسبة لها على سبيل الاستثناء ، مراعاة أشكال معينة • ومن هذا القبيل أن واقعة الميلاد أو واقعة الوفاة لا تترتب على أي منهما آثارها القانونية ، الا اذا ثبتت بشكل رسمي بحسب الاجراءات المقررة في هذا الشأن(١٨٢) •

---

(١٨١) F. Gény. Science et Technique, T. 3. p. 102.

(١٨٢) F. Gény. Science et Technique, T. 3. pp. 105-106.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وسنعرض فيما يلى أهم أنواع الشكل الحديثة :

١ - **الرسمية** : يشترط القانون لصحة بعض العقود ان يتم ابرامها فى الشكل الرسمى ، فى صورة عقد رسمى يختص بتوقيعه موظف عام مختص . ومن هذا القبيل عقد الرهن الرسمى حيث تنص المادة ١٠٣١/١ من التقنين المدنى على أن « لا ينعقد الرهن الا اذا كان بورقة رسمية » . وطبقا لهذا النص لا ينعقد الرهن الرسمى الا اذا تم ابرامه فى عقد رسمى امام الموثق المختص بمكتب التوثيق طبقا للاجراءات التى نص عليها قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧(١٨٣) . ومن هذا القبيل عقد الهبة (م ٤٨٨ مدنى) ، وعقد الزواج .

والرسمية فى العقود استثناء على سبيل الأصل وهو الرضائية فى العقود ، حيث ينعقد العقد بمجرد تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين دون اشتراط أى شكل خاص (م ٨٩ مدنى) .

والرضائية فى العقود فيها تحرير للارادة من قيود الشكل ونفقاته ، ولذلك أصبحت هى المبدأ العام فى القوانين الحديثة . ومع ذلك فان الرسمية تبدو مفيدة فى بعض الحالات ، ولذلك فان المشرع يحتفظ بها بالنسبة لبعض العقود المحدودة ، كتلك التى ذكرناها .

والرسمية تنبه المتعاقدين فى هذه العقود الى خطورة التصرف المراد ابرامه ، وتحقق لهذه التصرفات صياغة منضبطة تؤدى الى تلافى كل العيوب التى قد تصاحب ابرام هذه التصرفات من ناحية الموضوع ، وتؤدى كذلك الى اعداد دليل اثبات رسمى على حدوث التصرف وهو أقوى أدلة الاثبات(١٨٤) . وهى تؤدى كذلك بالنسبة الى بعض العقود كما فى الزواج الى تحديد الحالة المدنية للمواطنين بما يحقق المحافظة على الحقوق الكثيرة المترتبة على هذه الحالة كالحق فى النفقة والحق فى النسب والحق فى الميراث وغير ذلك .

---

(١٨٣) راجع كتابنا فى التأمينات الشخصية والعينية ، ص ١٤٢ .

(١٨٤) يذهب الأستاذ « جنى » الى انه فى الحالات التى يشترط فيها المتعاقدان أخيرا ابرام تصرفهما فى الشكل الرسمى ، دون أن يكون المشرع قد اشترط ذلك بالنسبة للتصرف المراد ابرامه ، فانها لا تكون فى هذه الحالة بصدد شكل رسمى .

F. Gény, op. cit., T. 3, p. 108.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولذلك فانه بالنسبة لبعض العقود المحدودة تبدو الرسمية من الأشكال التى لا غنى عنها فى القوانين الحديثة ، رغم أن الرضائية أصبحت الأصل فى هذه القوانين .

٢ - **أشكال الاثبات** : اثبات الحق أمر مستقل ولا حق على وجوده . ومن المتصور أن يكون الحق موجودا ومع ذلك ينكر أحد الأشخاص وجود هذا الحق ، مما يفرض على صاحب الحق أن يثبت وجوده أمام القضاء . ومن هنا تبدو أهمية الاثبات فهو على حد تعبير « بلانيول » ، الذى يحيى الحق ويجعله مفيدا(١٨٥) . والاثبات على حد تعبير « اهرنج » هو قوة الحق(١٨٦) . ومن الاقوال المأثورة أيضا أنه يستوى حق معدوم ، وحق لا دليل عليه(١٨٧) .

والاثبات هو اقامة الدليل امام القضاء ، بطريقة من طرق الاقناع التى يحددها وينظمها القانون ، على صحة واقعة متنازع فيها ، بقصد الوصول الى النتائج القانونية التى تترتب على صحة الواقعة المذكورة(١٨٨) .

وفى بعض النظم القانونية ، وهى التى يطلق عليها اسم نظم الاثبات الحر ، لا يحدد القانون طريقا معينا من طرق الاثبات لاقناع القاضى بوجود الحق . بل أن القاضى يملك حرية واسعة فى تكوين اقتناعه دون أن يتقيد فى هذا الشأن بأى وسيلة من وسائل الاثبات . وفى هذه النظم فان الاثبات لا يعتبر من وسائل الصياغة الشكلية فى القانون ، حيث لا يوجد شكل معين بالذات يتعين مراعاته لاثبات الحق المتنازع فيه .

ولكن فى بعض النظم القانونية الأخرى وهى التى يطلق عليها اسم نظم الاثبات المقيد أو الاثبات القانونى . كما هو الشأن فى فرنسا ومصر . فان القانون يحدد طرق الاثبات التى يجوز قبولها امام القضاء كالكتابة أو البينة .. الخ ويحدد قيمة كل طريقة من هذه الطرق بما فى ذلك تدرج هذه الطرق

---

(١٨٥) بلانيول وريبير وجابولد ، جـ ٧ ، فقرة ١٤٠٦ ، ص ٨٢٥ .

(١٨٦) IHERING, L'esprit du droit romain, Trad. de Meulenaere, T. 4, p. 200.

(١٨٧) PARUM est NON ESSE ET NON PROBARI.

(١٨٨) راجع فى هذا التعريف ، كتابنا فى النظرية العامة للاثبات ، ١٩٧٣ ، ص ٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى القيمة(١٨٩) . وفى هذه النظم لا يجوز للخصوم ، كما لا يجوز للقاضى ، أن يسمح للخصوم باستخدام طريقة أخرى للاثبات غير الطريقة التى حددها القانون أو على خلاف ما تؤدى اليه الطريقة التى حددها القانون وعلى سبيل المثال فان المادة ٦٠ من قانون الاثبات لا تجيز فى المواد المدنية الاثبات بغير الكتابة اذا كانت قيمة التصرف تزيد على ١٠٠ جنيه . وطبقا لهذا النص فان المشرع يشترط شكلا خاصا للاثبات هو الكتابة ، حتى ولو كان التصرف ذاته قد انعقد صحيحا طبقا لمبدأ الرضائية دون مراعاة أى شكل خاص . وعدم مراعاة الكتابة يجعل التصرف عديم الفائدة من الناحية العملية حتى ولو كان قد انعقد صحيحا من الناحية القانونية . اذ لا فائدة من تصرف قانونى صحيح لا يمكن اثباته .

٣ - **أشكال الشهر** : المفروض أن التصرفات القانونية تحدث آثارها كاملة منذ أن تتوافر العناصر المكونة لها دون حاجة الى اخطار الغير أو اعلانه بحدوثها . ومع ذلك فان بعض التصرفات القانونية تنتج آثارها فى مواجهة الكافة أو فى مواجهة المجتمع ، بحيث يترتب ضرر للغير أو للمجتمع اذا لم تعلن هذه التصرفات بوسيلة من وسائل الشهر والاعلام . وان أهم وسائل الشهر ، طرق الشهر العقارى وكذلك طرق اشهار الزواج .

والمقصود بالشهر العقارى هو شهر التصرفات الواردة على العقارات كالأراضى والمنازل ، وهى التصرفات التى تؤدى الى نقل ملكية العقار أو ترتيب حق عينى آخر عليه كحق الرهن مثلا . ونظرا لأن الحقوق العينية كالملكية والرهن وغير ذلك تنتج أثرها فى مواجهة الكافة بحيث يستطيع صاحب الحق العينى ، ان يتمسك بحقه فى مواجهة أى شخص آخر غيره . فيكون من الواجب حماية الغير الذى يرغب فى التعامل بصدد عقار معين بالذات عن طريق اعلامه بالحقوق العينية الواردة على هذا العقار . فيستطيع أن يتبين ما اذا كان الشخص الذى يعرض بيع العقار هو مالكه أم لا ، وان يعلم ما اذا كان العقار المعروض بيعه مرهون للغير ام خال من الرهن والحقوق العينية الأخرى

---

(١٨٩) راجع فى اعتبار نظام الاثبات القانونى من قبيل الشكلية فى القانون :
Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 343;
F. Gény, Science et Technique, op. cit., T. 3, p. 109;
Dabin, Technique de l'élaboration du droit positif, p. 80 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهكذا . وتؤدى نظم الشهر العقارى الى توفير هذه الحماية ، فهى تمكن الغير من معرفة الحقوق العينية الواردة على العقارات ، عن طريق الزام كل شخص يبرم تصرفا بصدد عقار معين أن يقوم بشهر هذا التصرف بطريقة من طرق الشهر التى يحددها القانون ، بحيث اذا لم يقم باتخاذ الشهر المطلوب فان تصرفه لا يكون نافذا فى مواجهة الغير رغم انه انعقد صحيحا فى العلاقة بين طرفيه(١٩٠) .

أما اشهار الزواج فالهدف منه هو عدم ابرام الزواج سرا ، بما يؤدى اليه ذلك من اختلاط العلاقات المشروعة بغيرها ، والى اختلاط الانساب ، وغير ذلك من الاضرار الأخرى . ولذلك فان القانون يشترط اشهار الزواج أما عن طريق شهود أو عن طريق نشر اعلان عن مشروع الزواج قبل اتمامه أو عن طريق اشتراط العلانية فى ابرامه(١٩٢) .

٤ - **اشكال الولاية على المال** : شرعت الولاية على المال لحماية مصلحة عديم الأهلية أو ناقصها . وذلك عن طريق تعيين شخص آخر ينوب عنه فى ادارة شئونه المالية ، وهذا الشخص هو الولى أو الوصى أو القيم بحسب الاحوال ووفقا للشروط التى يحددها القانون . ولكن حتى تتحقق مصلحة عديم الاهلية أو ناقصها على أكمل وجه ، فان سلطة نائبه القانونى فى التصرف تتقيد بضرورة اتخاذ اجراءات شكلية لا تصبح بغير مراعاتها تصرفات هذا النائب نافذة فى حق عديم الاهلية أو ناقصها . ومن هذا القبيل ضرورة الحصول على اذن المحكمة لبيع أموال الشخص الموضوع تحت الولاية أو الوصاية أو القوامة بواسطة الولى أو الوصى أو القيم(١٩٣) . واذن المحكمة هو عنصر خارجى عن التصرف المراد ابرامه . ولكنه عنصر ضرورى لترتيب الآثار القانونية للتصرف المذكور . ولهذا فهو يعتبر من قبيل الشكلية فى

---

(١٩٠) راجع فى نظم الشهر العقارى ، كتابنا فى عقد البيع ، ١٩٧٣ ، ص ١٦٤ وما بعدها. وكتابنا فى التأمينات الشخصية والعينية ص ٤٨ وما بعدها .

(١٩١) F. Gény, Science et Technique, op. cit., p. 113.

(١٩٢) راجع كتابنا فى أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين ، ص ٢٢٩ وما بعدها .

(١٩٣) راجع المواد ٧ ، ٨ ، ١٣ ، ١٥ ، ٣١ ، ٣٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وراجع كتابنا فى عقد البيع ، ص ١٣٦ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التصرفات القانونية(١٩٤) ٠

٥ ـ **أشكال المرافعات والتنفيذ** : عندما تنشأ خصومة بين شخصين ، فان القضاء يفصل فى هذه الخصومة وفقا لاجراءات تراعى فيها أشكال معينة من الأوراق والمواعيد ٠ وكذلك عندما يصدر حكم من القضاء فان تنفيذ هذا الحكم بطريقة جبرية يتم وفقا لاجراءات خاصة ٠ وهذه الأشكال باختلاف أنواعها تحقق ضمانا أكيدا للحقوق والمراكز الموضوعية ٠ فمن غير المقبول اقامة دعوى ضد شخص دون اعلانه بها حتى يستطيع الدفاع عن نفسه أثناء نظر هذه الدعوى ٠ ومن غير المقبول اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى ضد شخص دون مراعاة الأوضاع الضرورية فى القانون ٠ فأشكال المرافعات والتنفيذ هى وسائل حماية لأصحاب الشأن من خطر الدعاوى التى قد ترفع ضدهم أو اجراءات القهر التى قد توجه اليهم ٠ وهى بهذا الوصف عناصر مضافة الى الحق فى الدعوى ، ولكنها عناصر لازمة ، بحيث لا تمكن مباشرة الحق فى الدعوى ، أى الحق فى الحصول على حماية القانون الا بمراعاتها ٠ وهى لهذا السبب تستحق أن توصف بأنها من تطبيقات الصياغة الشكلية للقانون ٠ ويلاحظ أن أشكال المرافعات والتنفيذ تمثل الجزء الأكبر من اجراءات النظام القضائى(١٩٥) ٠

٦ ـ **الأشكال الضريبية** : حتى يضمن القانون تحصيل الضرائب المفروضة على ابرام عقود معينة أو مباشرة اجراءات قضائية ، فانه يفرض مراعاة أشكال خاصة كوضع طوابع تمغة أو القيد فى سجلات خاصة ٠ وهذه الأشكال ليها أهداف تتعلق بمصلحة المجتمع ولا تتصل بالمعاملات المدنية ٠ ومع ذلك فهى قد تلعب دورا فى المعاملات المدنية ٠ فالقيد فى السجلات الخاصة يؤدى مثلا الى اثبات تاريخ التصرف الذى تم قيده ٠ وفى جميع الأحوال فان هذه الأشكال هى أوضاع خارجية مضافة الى التصرف الأصلى بقصد تحقيق أهداف المجتمع فى جمع الضرائب من الافراد ٠ ولهذا فهى تعتبر نوعا من أنواع الصياغة الشكلية فى القانون ٠

---

(١٩٤) F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 114.

(١٩٥) F. Gény, Science et Technique, T. 3, pp. 114-115.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وبعد أن استعرضنا هذه الأنواع المختلفة للشكلية في القانون ، ولاحظنا انها جميعا تتمثل في أوضاع خارجية مد[illegible] التصرف الأصلي • فانه ينبغي القول بأن الشكل لا ينبغي أن يغلب على الموضوع ، بل ينبغي أن يظل الهدف منه هو تحقيق أكبر قدر من الفائدة للتصرف الأصلي ذاته سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للمجتمع •

أما الأشكال التي لا فائدة منها ، والتي يترتب عليها فقط تعطيل المعاملات وتعقيدها ، فلا مكان لها في القانون الحديث ، بل ينبغي اهمالها والأخذ بالمبدأ العام وهو الرضائية في العقود •

ويلاحظ أنه في بعض التصرفات يكتفي المشرع بمراعاة شكل خاص بدلا من مراعاة عنصر داخلي من العناصر الموضوعية للتصرف الأصلي • وفي هذه الحالات فان الشكل يغني عن جزء من الموضوع • ومن هذا القبيل التصرفات المجردة عن السبب • وهي التصرفات التي تكون صحيحة دون حاجة الى البحث عن السبب الدافع الى ابرامها • ومن هذا القبيل الأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات الاذنية والشيكات وغيرها • فهذه التصرفات تعتبر صحيحة بمجرد تحريرها في الشكل المطلوب بغض النظر عن وجود أو عدم وجود سبب صحيح مشروع لها • ولكن اذا كان الشكل هنا غنى عن ركن من أركان التصرف وهو السبب • الا انه يحمي في نفس الوقت ارادة المتعاقدين عن طريق اعتماد هذه الارادة على شكل مميز ومعروف ، ويحقق في نفس الوقت السرعة واليسر في المعاملات التجارية •

ولكن لا ينبغي أن يصل الاعتماد على الشكل الى حد أهمال كل أركان التصرف الذاتية ، بحيث يعتبر التصرف صحيحا لمجرد مراعاة شكل معين ، ولو لم يحدث تطابق في الارادتين أو كانت ارادة أحد المتعاقدين معيبة • ففي هذه الحالة يكون الشكل قد طغى على الموضوع كما كان الوضع في القوانين القديمة •

ويلاحظ أن المشرع المصري جعل الرضائية هي الاصل في العقود ، واستعان مع ذلك ببعض طرق الصياغة الشكلية على سبيل الاستثناء ، وراعى

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى نفس الوقت عدم طغيان الشكل على الموضوع • فالعقود الرسمية يجوز هدمها عن طريق الطعن فيها بالتزوير والطعن في صحتها من الناحية الموضوعية كما يجوز انكار صحة التوقيع • ووسائل الشهر العقارى لا تجعل التصرف الباطل صحيحا ولا تؤدى الى نقل الملكية أو الحقوق العينية الأخرى اذا كانت واردة على تصرفات باطلة من الناحية الموضوعية • وكذلك الشأن فى سائر الأشكال الأخرى •

ونلاحظ فى النهاية أن التشريع هو أقدر مصادر القانون على فرض الأوضاع الشكلية ، ومع ذلك فمن المتصور وجود أشكال مفروضة بواسطة مصادر القانون الأخرى كالعرف والقضاء ، وان كانت أمثلتها قليلة(١٩٦) - والشكلية اذا أحسن اختيارها ، ووضعت فى خدمة أهداف حقيقية مفيدة فانها تصبح وسيلة من وسائل الصياغة القانونية التى لا يمكن الاستغناء عنها فى أى نظام قانونى مهما بلغت درجة تقدمه • فالشكلية ليست حكرا على النظم القانونية البدائية •

٢ - القرائن القانونية Présomptions de Droit

١١٦ - تعريف :

القرينة القانونية هى افتراض قانونى يجعل الشىء المحتمل أو الممكن صحيحا ، وفقا لما هو مألوف فى الحياة ، أو وفقا لما يرجحه العقل • والقرينة القانونية تلعب دورا فى اثبات الحقوق والمراكز Présomption - preuve كما تلعب دورا آخر فى اقامة القواعد القانونية ، سواء من ناحية بنائها الداخلى أو من ناحية مبررات وجودها présomption - concept (١٩٧) •

والقرينة القانونية هى وسيلة من وسائل الصياغة القانونية التى

---

(١٩٦) F. Gény, Science et Technique, T. 3, pp. 118-119.

(١٩٧) يلاحظ أن تفرقة دابان بين القرينة فى الاثبات présomption-preuve وبين القرينة فى القواعد الموضوعية présomption-concept ، تقابل وتزيد فى الدقة والوضوح على تفرقة جنى بين القرينة بالمعنى الواسع ، والقرينة بالمعنى الضيق • راجع :
F. Gény, Science et Technique, T. 3, pp. 264 et s. et p. 334 et s.;
J. Dabin, Technique de l'élaboration, p. 235 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يحاول القانون عن طريقها الامساك بالواقع بشيء من اليقين والتحديد ، رغم أن الواقع ذاته مشوب بالشك والاحتمال • والقرينة القانونية بهذا المعنى لا غنى عنها في أى نظام قانوني ، لان القانون لا يستطيع أن ينظم المجتمع تنظيما فعريا الا اذا قطع الشك باليقين •

ولكن القانون لا يقطع الشك باليقين بطريقة تحكمية مجافية للواقع الملموس أو المألوف في الحياة أو الراجح بحسب العقل • بل هو يقطع الشك باليقين بطريقة تتفق غالبا مع ما هو واقع أو مألوف أو راجح •

فالقرينة القانونية لا تجعل من الشيء غير المحتمل شيئا صحيحا بطريقة يقينية ، بل هي تجعل من الشيء المحتمل صحيحا بهذا الوصف •

ومع ذلك فالاحتمال درجات ، وهو يتراوح بين الاحتمال الشديد وبين مجرد الامكان البسيط • ولكن في جميع الأحوال فان اعتبار الشيء المحتمل — أيا كانت درجة احتماله — شيئا صحيحا ، يدخل في نطاق المقصود بالقرينة القانونية باعتبارها وسيلة من وسائل الصياغة الفنية(١٩٨) •

والقرينة بهذا المعنى تؤدى الى تبسيط الواقع réduction simplificatrice • وكل تبسيط ينطوى على شيء من التشويه أو التعديل ، ولكن لا مناص من ذلك اذا أريد وضع نظام منطقى متكامل للقهر في مواجهة ظروف الواقع المتغيرة غير المحدودة(١٩٩) •

وتبسيط الواقع يتم في القرينة القانونية — وهي تلعب دورها في الاثبات — عن طريق نقل محل الاثبات déplacement de preuve (٢٠٠) من الواقعة المطلوبة اثباتها الى واقعة أخرى بديلة •

وتبسيط الواقع يتم في القرينة القانونية — عندما تقوم بدورها في

---

(١٩٨) J. Dabin, Technique de l'élaboration du droit positif, p. 238.

(١٩٩) F. Gény, Science et Technique, T. 3, pp. 260-261.

(٢٠٠) صاحب اصطلاح نقل محل الاثبات هو بارتان • راجع :
Aubry, Rau et Bartin, Cours de droit civil français, 5e éd., T. 12, No. 749, Note 19 Bis, p. 78.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بناء القواعد القانونية - عن طريق احلال فكرة محل فكرة أخرى substitution de concepts (٢٠١) ، كاحلال الكم محل الكيف على النحو الذى سندرسه فيما يلى .

١١٧ - دور القرائن القانونية فى الاثبات : Présomption-preuve

القرائن القانونية تلعب فى الاثبات دورا عاما ودورا خاصا . أما الدور العام فهو يتمثل فى أن كل نظام الاثبات يقوم على قرائن قانونية . وأما الدور الخاص فيتمثل فى وجود وسيلة معينة بالذات من وسائل الاثبات هى القرينة القانونية .

أولا : نظام الاثبات فى مجموعة يقوم على الافتراض : نقل محل الاثبات : الأصل أن محل الاثبات هو الحق المدعى بوجوده أو زواله أو الحاق وصف به . ولكن الحق فكرة مجردة تستعصى عقلا على الاثبات . ولذلك لا مناص من نقل محل الاثبات من الحق المدعى به الى مصدر هذا الحق سواء كان هذا المصدر تصرفا قانونيا أو واقعة مادية .

بل وأكثر من ذلك فان مصدر الحق ذاته قد يكون هو أيضا فكرة مجردة تستعصى عقلا على الاثبات . فاذا كان مصدر الحق هو العمل غير المشروع ، فان فكرة الخطأ أو العمل غير المشروع هى فكرة مجردة لا يمكن اثباتها فى ذاتها ، ولذلك لا بد من نقل محل الاثبات مرة أخرى من هذه الفكرة الى الوقائع والأعمال التى يمكن أن يستدل منها على تحقق فكرة الخطأ المشار اليها(٢٠٢) .

ونظرا لضرورة نقل محل الاثبات من الحق المدعى به الى مصدره أو الى الوقائع الأخرى المحيطة به ، فان الاثبات لا يمكن أن يؤدى الى يقين كامل ، وانما يمكن أن يؤدى فقط الى درجة معينة من الاحتمال . وكما يلاحظ البعض فان فكرة الاحتمال هى حجر الزاوية فى كل النظرية العامة للاثبات(٢٠٣) .

---

(٢٠١) F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 261.

(٢٠٢) Ch. Beudant et R. Perrot, Cours de droit civil français, 2e éd., T. 9, No. 1146, p. 213;
R. Perrot, Encyclopédie Dalloz, T. 4, p. 103, No. 10.

(٢٠٣) Perrot, Encyclopédie Dalloz, T. 4, p. 103, No. 11.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بل وكما يقول المستشار d'Aguesseau : « فان معظم الحقائق الواقعية ، ليست حقائق خالدة لا تتغير ، وانما هى حقائق تحكمية ناتجة عن الارادة المضطربة للانسان • وما دامت هذه الحقائق غير أكيدة بطبيعتها ، فان الاثبات الذى تقوم عليه هذه الحقائق لا يمكن أن تكون له هذه الصفة من الدقة والوضوح القادرة على تكوين يقين كامل أو دليل قاطع »(٢٠٤) •

والقول بأن الاثبات يحقق الاحتمال ولا يقود الى اليقين يصدق على أقوى أدلة الاثبات كالكتابة والاقرار ، حيث توجد مع وجود أى منها درجة من الشك ولو ضئيلة فى مخالفتها للحقيقة(٢٠٥) •

ومن الملاحظ أن كلمة اثبات preuve باللغة الفرنسية ترجع فى أصلها اللاتينى الى كلمة probatio وهى نفس الكلمة اللاتينية التى خرجت منها الكلمة الفرنسية probabilité أى الاحتمال ، وهو ما يؤكد مرة أخرى الصلة بين نظرية الاثبات وبين فكرة الاحتمال أو الافتراض(٢٠٦) •

• ورغم أن نظام الاثبات فى مجموعه يقود الى الاحتمال وليس الى اليقين ، الا أن القانون يعتبر الواقعة التى ثبتت بوسيلة من الوسائل المحددة فى نظام الاثبات ، قد ثبتت بطريقة يقينية قاطعة بما يؤدى الى حسم النزاع بصدد الواقعة المذكورة •

وهكذا يؤدى الاثبات الى حسم المنازعات عن طريق اعتبار الشىء المحتمل صحيحا بما لا شك فيه ، وهو ما يعنى أن نظام الاثبات فى مجموعه يقوم على أساس الافتراض • وهذا الافتراض هو افتراض قانونى ، أو بتعبير آخر قرينة قانونية ، لأنها مقررة بحكم القانون •

ثانيا : القرينة القانونية كوسيلة من وسائل الاثبات : القرينة القانونية كوسيلة خاصة من وسائل الاثبات هى اعتبار واقعة ثابتة بحكم القانون من

---

(٢٠٤) Cité par Thévenet, Thèse, Lyon, 1921, p. 1.

(٢٠٥) Aubry, Rau et Bartin, No. 749, Note 10 Bis; Beudant et Perrot, T. 9, p. 214.

(٢٠٦) Perrot, Encyclopédie, Dalloz, T. 4, p. 103, No. 11.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بمجرد ثبوت واقعة أو وقائع أخرى غيرها • فالقرينة القانونية تقوم أساسا فى تعريفها على نقل كامل لمحل الاثبات •

والواقع أن نقل محل الاثبات هو قوام القرينة القانونية سواء كان الدور الذى تلعبه عاما بالنسبة لنظام الاثبات فى مجموعه ، أو خاصا بهذه الوسيلة المعينة من وسائل الاثبات • والقرينة القانونية كوسيلة خاصة من وسائل الاثبات لا تعفى من تقررت لمصلحته من عبء الاثبات بصفة نهائية ، ولكنها تنقل هذا العبء من الواقعة الأصلية المطلوب اثباتها الى واقعة أخرى بديلة • ونقل محل الاثبات على هذا النحو من شأنه تخفيف عبئه لأن الواقعة البديلة تكون أسهل فى الاثبات من الواقعة الأصلية •

والقرينة القانونية قد تكون قاطعة لا تقبل اثبات العكس • وقد تكون بسيطة تقبل اثبات العكس • فاذا كانت القرينة قاطعة فانها تكون بعد أن نقلت محل الاثبات الى واقعة يسهل اثباتها ، قد اعفت من تقررت لمصلحته من الدخول فى معركة تبادل أدلة الاثبات مع خصمه ويكون المستفيد من هذه القرينة قد أثبت حقه بمجرد اثبات الواقعة البديلة دون أن يضطر الى القيام بأى مجهود آخر • ويقال عادة أن القرينة القاطعة تعفى من تقررت لمصلحته من عبء الاثبات(٢٠٧) • وفى هذا المعنى تنص المادة ٩٩ من قانون الاثبات على أن « القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات •• » • ولكن هذا القول غير صحيح على اطلاقه • ولكن الصحيح هو أن القرينة القاطعة تنقل محل الاثبات الى واقعة بديلة يسهل اثباتها ثم تمنع الخصم من اثبات عكس هذه القرينة • فهى بهذا تخفف عبء الاثبات الى درجة كبيرة وهى درجة تكاد تقترب من الاعفاء ، ولكنها لا تصل اليه ، لأنه يجب دائما اثبات الواقعة البديلة •

ويقال أيضا أن القرينة القانونية البسيطة تؤدى الى نقل عبء الاثبات • وهذا القول غير صحيح على اطلاقه أيضا • لأن القرينة البسيطة كالقرينة القاطعة لا تعفى من تقررت لمصلحته من عبء اثبات الواقعة البديلة ، ولا تنقل

---

(٢٠٧) Marty et Raynaud, T. 1, p. 348.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عبء الاثبات الى الطرف الآخر الا اذا قام من تقررت هذه القرينة لمصلحته باثبات الواقعة البديلة أولا(٢٠٨) .

فالقرينة البسيطة تؤدى الى تخفيف عبء الاثبات بنقل محله الى الواقعة البديلة التى يسهل اثباتها ، ولكنها لا تعفى من تقررت لمصلحته من الدخول فى معركة تباطل الادلة ، اذا ما أثبت الخصم الآخر عكس ما يستفاد من هذه القرينة . وكما هو واضح فان تخفيف عبء الاثبات فى القرينة البسيطة أقل منه فى القرينة القاطعة .

ويذهب البعض الى أن القرينة القانونيه القاطعه ، ليست من أدلة الاثبات ، ولكنها قاعدة موضوعية ، كما هو الشأن فى قرينة حجية الشيء المحكوم به ، وهى قرينة تقوم على افتراض المشرع افتراضا لا يقبل اثبات العكس أن الشيء المحكوم به صحيح من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع . فهنا كما يقول الاستاذ دابان : « لا يوجد أى أثر للاثبات ولا توجد حتى مسالة إثبات ، لأن المنع من اثبات العكس يرفع حتما كل معنى من معانى الاثبات »(٢٠٩) .

وهذه الحجة تعتمد فى الواقع على الفكرة السابق رفضها وهى أن القرينة القاطعة تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات . والواقع أنه حتى بصدد القرينة القانونية القاطعة فان مشكلة الاثبات لا زالت قائمة لأنه يتعين حتى يمكن التمسك بالواقعة الأصلية اثبات الواقعة البديلة . فالتمسك بوجود حق أو زواله ، وهى الواقعة الأصيلة ، لا يجوز الا اذا ثبتت الواقعة البديلة وهى صدور حكم فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلا وسببا .

ولكن نظرا لأنه بعد اثبات الواقعة البديلة فان الواقعة الأصلية تثبت

---

(٢٠٨) Beudant et Perrot, T. 9, No. 1165, p. 237.
قارن وقارب ، عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، ص ٧٥ هامش ١ .

(٢٠٩) Dabin, Technique de l'élaboration, op. cit., p. 242;
F. Gény, Science et Technique, T. 3, pp. 347-349.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بطريقة نهائية بحيث لا يجوز للخصم اثبات عكسها ، فان القرينة القاطعة تتضمن شيئا من الاعفاء من الاثبات ، أو الابتعاد عن منطقة الاثبات ، وتقترب بذلك من نطاق القواعد الموضوعية . ولذلك يمكن اعتبار القرينة القانونية القاطعة فى مرحلة وسط بين قواعد الاثبات وبين القواعد الموضوعية ، وان كانت هى أقرب الى قواعد الاثبات .

ومن أمثلة القرينة القانونية القاطعة ما يقرره المشرع من مسئولية حارس الحيوان عن الحيوان (م ١٧٦ مدنى) ، ومسئولية حارس البناء عن تهدم البناء (م ١/١٧٧ مدنى) ، ومسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة (م ١٧٨ مدنى) . ومسئولية كل هؤلاء تقوم على أساس الخطأ المفترض فى الحراسة(٢١٠) . والخطأ هنا هو الواقعة الأصيلة . وهذه لا يطلب من المضرور اثباتها ، ولكنها تعتبر ثابتة اذا ثبتت الواقعة البديلة وهى كون المدعى عليه حارسا بالمعنى الذى يقصده القانون لشىء من هذه الأشياء التى تنتج عنها الضرر .

هذه القرينة قاطعة اذ لا يجوز للحارس أن يدفع مسئوليته باثبات عدم وقوع خطأ منه فى الحراسة ، لأن الخطأ مفترض فى جانبه بحكم القانون افتراضا لا يقبل اثبات العكس (٢١١) .

ومن أمثلة القرينة القانونية البسيطة ما تنص عليه المادة ٩١٧ من القانون المدنى من أنه « اذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » . وطبقا لهذه القرينة فانه لا يشترط اثبات الواقعة الأصيلة وهى أن التصرف فى حقيقته مضاف الى ما بعد الموت وليس منجزا ،

---

(٢١٠) يلاحظ أن القرينة تتعلق بالخطأ وليس بالمسئولية القائمة على اساس هذا الخطأ . فلا يقال المسئولية المفترضة ، لأن المسئولية هى حل قانونى ، غير مفترض بل مقرر بحكم القانون على اساس واقعة مادية مفترضة وهو الخطأ . فى هذا المعنى :
J. Dabin, Technique, op. cit., p. 235, note 4.

(٢١١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، ص ٧٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكنه يكتفي فقط باثبات الواقعة البديلة وهي أن المتصرف اليه هو أحد ورثة المتصرف ، وان هذا الأخير قد احتفظ بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته(٢١٢) . فاذا ثبتت هذه الواقعة البديلة ، اعتبرت الواقعة الأصيلة ثابتة فرضا بحكم القانون (٢١٣) . ومع ذلك فان ثبوت الواقعة الأصيلة هنا بمقتضى القانون ليس قاطعا اذ يجوز للطرف الآخر أن يثبت أن التصرف هو في حقيقته تصرف منجز وغير مضاف الى ما بعد الموت . كما لو أثبت انه دفع ثمنا كاملا للشيء المتصرف فيه ، أو أثبت أن حيازة المورث لم تكن لحساب نفسه ، بل على سبيل الوكالة لحساب الوارث المتصرف اليه(٢١٤) .

ويلاحظ أن القرينة القانونية كوسيلة من وسائل الاثبات تتميز بأنها من صنع القانون في مصادره المختلفة ، وفي مقدمة هذه المصادر التشريع(٢١٥) .

ومع ذلك فتوجد بجانب القرائن القانونية ، قرائن أخرى يطلق عليها اسم القرائن القضائية ، وهي القرائن التي لم يقررها القانون ، ولكن يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى .

---

(٢١٢) انظر في القاء عبء اثبات توافر شروط القرينة على الوارث ، أي عبء اثبات الواقعة البديلة : نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٤ ، ص ٥٧٩ ، نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٦ ، ص ٨٠٨ ، نقض ١٩٦٦/١٠/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س١٧ ص ١٠٨٢ ، نقض ١٩٦٦/١١/٢٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ ، ص ١٧٣٥ ، نقض ١٩/ ١٩٦٧/١٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ١٨٨٥ ، نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ٧٣٥ .

(٢١٣) نقض ١٩٦٤/٥/١٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٥ ، ص ٦٧٣ ، نقض ٤/٢٢/ ١٩٦٩ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ٦٤٩ ، نقض ١٩٧٠/٦/١٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ١٠٦١ .

(٢١٤) نقض ١٩٦٣/٤/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٤ ، ص ٥٧٩ ، نقض ١٢/١٩/ ١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٨ ، ص ١٨٨٥ .

(٢١٥) راجع في أن مصادر القانون الأخرى قادرة على خلق القرائن القانونية ، الشرح المسهب للأستاذ جني : F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 327 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والقرائن القضائية لا يقررها القضاء فى مجموعه والا أصبحت قرائن قانونية باعتبار أن القضاء من مصادر القانون • ولكن الذى يقررها هو كل قاض على حدة بصدد المنازعات المعروضة أمامه • وقد تتحول القرينة القضائية الى قرينة قانونية اذا تواترت المحاكم على الأخذ بها فى المنازعات المتماثلة •

والقرينة القضائية بالمعنى السابق ذكره هى ما تنص عليه المادة ١٠٠ من قانون الاثبات بقولها « يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ، ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا فى الأحوال التى يجوز فيهـا الاثبات بشهادة الشهود » •

ويمكن تعريف القرينة القضائية بأنها استنباط القاضى ثبوت واقعة معينة من مجرد ثبوت واقعـة أخرى أمامـه بأى طريق من طرق الاثبات • فالقرينة القضائية تعتمد أيضا على فكرة نقل محل الاثبات من الواقعة الاصلية المطلوب اثباتها الى الواقعة البديلة التى يجب أثباتها • ويشترط حتى تقوم القرينة القضائية أن تكون الواقعة البديلة قد ثبتت امام القاضى بأى طريق من طرق الاثبات المقررة قانونا ، وان يستخلص القـاضى بمجهـود عقلى ثبوت الواقعة الاصلية من مجرد ثبوت الواقعة البديلة • ويباشر القاضى فى هـذا الاستخلاص سلطة تقديرية لا يخضع بشأنها لرقابة محكمة النقض • ومن هذا القبيل أن يستخلص القاضى من واقعة الزوجية الثابتة أمامه ، أن العقد المبرم بين الزوجين هو عقد صورى ، أو أن يستنبط القاضى من واقعة فقر المشترى أن عقد البيع هو عقد صورى •

ونظرا لأن القرينة القضائية تقوم على استنباط ذهنى يقوم به القاضى ، وهو ما قد تختلف فيه وجهات النظر ، ونظرا لأن ما يقـوم به القـاضى من استنباط لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، فقد حصر المشرع النطاق الذى يجوز فيه الاثبات عن طريق القرائن القضائية فى نفس النطاق الذى يجوز فيه الاثبات بالشهادة ، وهو كقاعدة عامة فى الالتزامات التى لا تزيد قيمتها على عشرين جنيها(٢١٦) •

---

(٢١٦) راجع الحالات الاستثنائية التى لا يجوز فيها الاثبات بالشهادة أو القرائن القضائية

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١١٨ - دور القرائن القانونية فى صياغة القواعد القانونية الموضوعية
présomption-concept

القرائن القانونية تلعب دورا هاما فى صياغة القواعد القانونية ذاتها ، أى فى صياغة القواعد القانونية الموضوعية • ويكون ذلك أما عن طريق الدخول فى مضمون القاعدة ، وأما عن طريق تبرير وجود القاعدة • وندرس هذين الفرضين فيما يلى :

أولا : دخول القرينة فى مضمون القاعدة : احلال فكرة محل أخرى ، وبصفة خاصة احلال الكم محل الكيف :

سبق أن رأينا أن القرينة القانونية فى نطاق الاثبات تقوم على أساس نقل محل الاثبات أى احلال واقعة بديلة محل الواقعة الأصيلة المطلوب اثباتها •

وهنا نلاحظ أن القرينة القانونية فى نطاق القواعد الموضوعية ، تقوم أيضا على أساس احلال فكرة محل فكرة أخرى substitution de concepts وأبرز تطبيق لذلك هو احلال الكم محل الكيف substitution du quantitatif au qualificatif (٢١٧) •

ولعل أبرز مثل على قاعدة قانونية تقوم فى مضمونها على احلال الكم محل الكيف ، هى القاعدة التى تنظم الأهلية فى التصرفات المالية • فالفكرة الأصلية التى كان ينبغى صياغة القاعدة القانونية على أساسها ، هى فكرة الادراك السليم ، بحيث يصبح مضمون القاعدة هو أن الشخص الذى وصل الى درجة الادراك السليم يكون كامل الأهلية فى التصرفات المالية • ومع ذلك فان صياغة القاعدة على هذا النحو يؤدى الى صعوبات بالغة فى التطبيق ، ويؤدى الى عدم استقرار فى المعاملات ، لأنه لا يمكن القطع فى مواجهة شخص معين بأن ادراكه سليم أو غير سليم • وقد يتعامل شخص مع آخر على أساس أن

وغم أن قيمة الالتزام لا تزيد على عشرين جنيها ، وراجع كذلك الحالات الاستثنائية التى يجوز فيها الاثبات بالشهادة والقرائن القضائية رغم أن قيمة الالتزام تزيد على عشرين جنيها : المادتين ٦١ ، ٦٢ ، من قانون الاثبات ، كتابنا فى النظرية العامة للاثبات ص ١١٤ وما بعدها •

(٢١٧) F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 261;
J. Dabin, Technique de l'élaboration, op. cit., p. 244.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ادراكه سليم ، ثم اذا أثير نزاع أمام القضاء يتبين أن ادراك هذا الشخص غير سليم ، وبالتالى فان العقد الذى أبرمه وقع باطلا • ويؤدى هذا من ناحية أخرى الى ارهاق القضاة فى البحث بصدد كل عقد عن مدى الادراك السليم لطرفى هذا العقد • ولذلك فان القانون يستبدل فكرة الادراك السليم وهى الفكرة الأصلية ، بفكرة أخرى هى بلوغ الشخص سنا معينة كالحادية والعشرين مثلا (م ٤٤ مدنى) • وبذلك تكون قد حلت فكرة العمر محل فكرة الادراك السليم ، وبذلك يكون قد حل الكم وهى السن المعينة ، محل الكيف وهو الادراك السليم • ويتم هذا الاحلال على أساس قرينة مؤداها أن الشخص الذى يبلغ الحادية والعشرين من عمره هو بحسب المألوف شخص بلغ من ناحية العقل والتفكير درجة الادراك السليم • ومثل هذا الافتراض يطابق الواقع فى معظم الأحيان ، وان كان يجافى الواقع فى بعض الحالات النادرة ، اذ من المتصور أن يكون الشخص قد بلغ درجة الادراك العقلى السليم قبل بلوغه سن الحادية والعشرين • ومع ذلك فان القانون لا يلتفت الى هذه الحالات النادرة ، فى سبيل تحقيق الاستقرار فى المعاملات • ولا يقبل من شخص لم يبلغ الحادية والعشرين الادعاء بأنه كامل الادراك وبالتالى كامل الاهلية ، وحتى ولو كان هذا الادعاء يطابق الواقع فى حالة هذا الشخص بالذات • ذلك أن المبرر الذى من أجله استبدل المشرع الكيف بالكم فى صياغة القاعدة القانونية ، يمنع أى شخص من محاولة الرجوع مرة أخرى الى الكيف والا انهارت القاعدة القانونية ذاتها • فالقرينة عندما تدخل فى صياغة القاعدة من حيث مضمونها الشكلى ، تتناقى بطبيعتها مع جواز اثبات العكس(٢١٨) •

ويلاحظ انه اذا كان التعبير بالارقام وهو التعبير الذى يحل فيه الكم محل الكيف ، هو المثل البارز للصياغة القانونية عن طريق احلال فكرة محل أخرى • الا انه ليس المثل الوحيد • فالواقع أن كل صياغة قانونية جامدة تنطوى على احلال فكرة محل أخرى • فالصياغة الجامدة تعتمد على النموذج العادى ، أو الشىء المتوسط ، وتتجاوز عن كل المتغيرات الأخرى فى الحياة

---

(٢١٨) J. Dabin, Technique de l'élaboration, p. 248.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الواقعية(٢١٩) ٠

ثانيا : القرينة القانونية كاساس لتبرير القاعدة : يلعب الافتراض دورا هاما في تحديد المبررات motifs التي من أجلها وضعت القاعدة القانونية ٠ ومعظم القواعد القانونية لها مبررات مختلفة تتصل أحيانا بفكرة العدل أو المصلحة العامة أو الحقيقة النظرية ، أو حتى مجرد الفائدة الفنية٠٠الخ٠ وهذه المبررات قابلة للتغيير ٠ فقد تفقد القاعدة مبرراتها الاولى وتصبح معتمدة على مبررات جديدة ٠

فاذا نظرنا الى قاعدة من أهم قواعد القانون المدني وهي التي تقرر أن العقد شريعة المتعاقدين ، وجدنا أن مبررات هذه القاعدة هي افتراض المشرع أن العقد هو أفضل وسيلة لتحقيق العدل في المعاملات ٠ فالمتعاقد هو أقدر الناس على تحقيق العدل لنفسه ٠ « لأنه لا أحد ـ كما يقول أرسطو ـ يلغي الظلم بارادته » (٢٢٠) ٠ حتى قيل ان من قال عقدا فقد قال عدلا ٠ ولذلك وجب احترام العقود والاعتراف لها بقوة ملزمة ، فهي بمثابة القانون بالنسبة للمتعاقدين ٠

ومع ذلك فان الافتراض اذا كان يطابق الحقيقة في معظم الحالات ، فهو يخالفها في حالات استثنائية ٠ وهي حالات يضحي بها القانون في سبيل وضع قواعد قانونية عامة ٠ وفي الحالات الاستثنائية التي تصطدم فيها القرينة مع الواقع فانها تتجه بذلك في اتجاه الحيلة fiction (٢٢١) ٠ وكل قرينة تنطوي على بعض احتمالات الحيلة ، أي مخالفة الحقيقة ، وهذا هو ثمن العمومية التي لا غنى عنها في صياغة القواعد القانونية ٠

فالعقد اذا كان بحسب الغالب يحقق العدل بين المتعاقدين ، الا انه في بعض

---

(٢١٩) راجع ما سبق ، فقرة ١٣ ، فقرة ١٥ ٠ وقارب : دابان ، حيث يذهب الى أن كل صياغة مجردة تنطوي على شيء من الافتراض ٠

J. Dabin, op. cit., p. 246.

ونحن نقصر الافتراض على الصياغة المجردة الجامدة ، أما الصياغة المجردة المرنة فهي تهدف أساسا الى عدم التجاوز عن ظروف الواقع المتغيرة ٠

(٢٢٠) Aristote, Ethique, op. cit., 5, 11, 6

(٢٢١) Dabin, Technique, op. cit., p. 274.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الحالات الاستثنائية يحقق الظلم ، كما لو انعقد العقد تحت تأثير استغلال أحد المتعاقدين للآخر ، أو كما لو حدثت بعد ابرام العقد ظروف استثنائية طارئة جعلت تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة . وفي هذه الحالات وغيرها فان العقد يصبح محققا للظلم ، وليس للعدل الذى كان هو المبرر لوضع قاعدة القوة الملزمة للعقد .

ولذلك يثور التساؤل عما اذا كان من الجائز فى الحالات التى يثبت فيها بوضوح أن مبررات القاعدة القانونية قد انتفت ، القول بعدم تطبيق القاعدة لانتفاء مبرراتها .

ولا شك أن مثل هذا القول غير جائز . لأن القاعدة القانونية مستقلة عن مبرراتها(٢٢٢) . ومع ذلك فانه يجوز للقانون ذاته أن يحدد نطاق تطبيق القاعدة عن طريق وضع قواعد استثنائية تواجه الحالات الاستثنائية التى تتخلف فيها مبررات القاعدة ، كما يفعل المشرع عندما يجيز ، على خلاف القاعدة العامة فى القوة الملزمة للعقد ، تعديل العقود الظالمة . بواسطة القاضى فى حالة الاستغلال (م ١٢٩ مدنى) ، وأجرة الوكيل (م ٧٠٩) ، وعقود الاذعان (م ١٠٠ مدنى) ، والشرط الجزائى (م ٢٢٤ مدنى) ، وعقد المساعدة والانقاذ البحريين (م ٧ من اتفاقية بروكسل المعقودة فى ٢٣ سبتمبر سنة ١٩١٠ والتى انضمت اليها مصر سنة ١٩٤٤) ، والظروف الطارئة (م ١٤٧ مدنى) . وفى هذه الحالات الاستثنائية فان القانون يستغنى عن العقد لانتفاء القرينة التى يستمد منها قوته الملزمة ، ويحل محله وسيلة أخرى من وسائل الصياغة هى حكم القاضى ، يصل عن طريقها الى تحقيق العدل الذى عجز العقد عن تحقيقه . والقاضى عندما يعدل العقد الظالم فهو ينشىء التزامات جديدة يفترض القانون من جديد انها التزامات عادلة ، لتحل محل الالتزامات الظالمة التى نشأت عن العقد فى حالة من الحالات الاستثنائية

---

(٢٢٢) من المقرر انه متى كان النص واضحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه فانه لا يجوز الخروج عليه او تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته .. ذلك ان الاحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها ، نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٢ ، مجموعة المكتب الفنى ١٦ ، ص ١١٩٠ .

: J. Dabin, Technique de l'élaboration, p. 248.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المذكورة • ومع ذلك فان العقد يظل كقاعدة عامة شريعة المتعاقدين ، حيث يصعب افتراض وجود وسيلة أخرى أقدر من العقد فى تحقيق العدل فى المعاملات بصفة عامة(٢٢٣) •

ويخلص مما سبق أن الافتراض يقوم عليه كل نظام الاثبات • كما انه وسيلة خاصة من وسائل الاثبات • وهو كذلك يدخل فى مضمون الكثير من القواعد القانونية الموضوعية ، كما يعطى مبررات وجود معظم هذه القواعد • فلا يمكن الاستغناء عن القرائن أو الافتراض فى صياغة القواعد القانونية أو فى تطبيقها •

٣ ـ الحيل القانونية Fictions de Droit

١١٩ ـ تعريف ومقارنة :

رأينا أن القرينة تجعل من الشىء المحتمل شيئا صحيحا • أما الحيلة فهى تجعل من الشىء غير الصحيح شيئا صحيحا • والقرينة كماسبق أن ذكرنا تنطوى على شىء من الحيلة لأن الشىء الذى تعتبره صحيحا قد لا يكون كذلك فى بعض الحالات • ومع ذلك فان القرينة تظل فى دائرة الصحيح لأن ما تجعله صحيحا لا يخالف الواقع الا على سبيل الاحتمال • أما الحيلة فهى دائما فى دائرة غير الصحيح ، لأن ما تجعله صحيحا يخالف الواقع فى جميع الأحوال بغير استثناء على الاطلاق •

فما تعتبره الحيلة صحيحا ليس هو فقط أمر غير محتمل وانما هو منذ البداية أمر خاطىء ، بمعنى انه لا يمكن فى أية حال أن يطابق الواقع • فالحيلة تتضمن انكارا جذريا ليس فقط لما هو صحيح بحسب الغالب فيما عدا بعض الاستثناءات ، ولكن لما هو صحيح دائما وبغير استثناء على الاطلاق (٢٢٤) •

---

(٢٢٣) راجع فى هذا الموضوع بالتفصيل كتابنا :
De l'obligation judiciaire, Paris, 1965.

(٢٢٤) J. Dubin, Technique de l'élaboration, p. 277; comp. : F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 389.
وهو يذهب الى أن الحيلة تظهر فى كل مرة تختفى فيها عناصر الاحتمال •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فالقاعدة التى تقرر انه « لا يفترض فى أحد الجهل بالقانون » تعبر عن قرينة ، لا عن حيلة • لأنه حتى اذا كان لا يحتمل أن يعرف كل شخص كل قواعد القانون ، فانه من المحتمل مع ذلك أن يوجد بالنسبة لكل قاعدة قانونية من يعرفها من الناس • فهذه القاعدة لا تخالف الواقع بصفة مطلقة حتى يمكن اعتبارها حيلة أو مجازا ، وانما هى تتفق مع الواقع فى كثير من الحالات ولذلك فهى تعتبر قرينة أو افتراضا (٢٢٥) •

والقرينة لا تتحول الى حيلة لمجرد كونها قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس ، طالما انها لا تخالف الواقع فى جميع الأحوال وبصفة مطلقة •

ولا شك أن كل وسيلة من وسائل الصياغة القانونية بما فى ذلك الافكار والمعايير والمبانى والتقسيمات والطوائف والقرائن ، تنطوى على شىء من الحيلة • أى على شىء من مخالفة الواقع وتشويهه • لأن الصياغة القانونية وهى تحاول ضبط الواقع تؤدى حتما الى تشويهه ، لأن الواقع متغير دائما وغير منضبط • ومع ذلك فان التشويه يصل درجته القصوى فى الحيلة القانونية فهى بحسب تعريفها كذب على الواقع وتزوير له • فالحيلة لا تشوه الواقع من حيث هى تتجه الى التعبير عنه ، بل هى تشوه الواقع لأنها تتجه أساسا الى تشويهه وانكاره ومخالفته(٢٢٦) •

والحيلة بهذا المعنى هى أشد وسائل الصياغة القانونية تطرفا • وهى لا تدعو الحاجة اليها الا بسبب عجز الفكر القانونى(٢٢٧) عن خلق تصورات فكرية تنسجم مع الواقع ولا تخالفه • ولهذا ينبغى أن تظل الحيلة من وسائل الصياغة الاستثنائية التى لا يلجأ اليها الا فى حالات الضرورة ، وتحقيقا لأهداف القانون فى اقامة العدل والمحافظة على المصلحة العامة ، حيث تعجز وسائل الصياغة الأخرى عن ادراك هذه الأهداف(٢٢٨) •

---

(٢٢٥) J. Dabin, Technique, p. 277 et s.;
Comp. : F. Gény, Science et technique, T. 3, p. 390.
حيث يذهب الى أن كل القرائن القانونية القاطعة من قبيل الحيلة أو المجاز •

(٢٢٦) J. Dabin, Technique, p. 282.

(٢٢٧) F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 378.

(٢٢٨) J. Dabin, Technique, p. 282-284.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والحيلة القانونية تستمد تعريفها من مخالفتها للحقائق الطبيعية verités naturelles . أما اذا خالفت القاعدة القانونية ، الحقائق القانونية ، أى الاحكام القانونية الفنية التى صنعها المشرع بنفسه ، فان المخالفة لا تنطوى فى هذه الحالة على حيلة ، بل على الغاء للقاعدة السابقة أو استثناء منها(٢٢٩) .

وكذلك فان مخالفة الواقع التى تعتبر حيلة قانونية هى تلك التى تقع من القانون فى مصادره المختلفة وفى مقدمتها التشريع (٢٣٠) . أما مخالفة الواقع التى تأتى من ناحية الأفراد كما لو ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد آخر صورى فان الأمر لا يتعلق فى هذه الحالة بحيلة قانونية ، ولكنه يتعلق بما يعرف باسم الصورية simulation . والقانون لا يبطل الصورية بحسب الأصل ، بل يجيزها ويرتب عليها آثارا قانونية . ولكنه لا تعتبر صادرة منه (٢٣١) .

والحقائق الطبيعية التى تستمد الحيلة تعريفها من الخروج عليها ، قد تكون من التاريخ أو علم الطبيعة أو العلوم الانسانية ، أو منطق الأشياء .

والحيلة المخالفة للحقائق التاريخية هى تلك التى تقرر انه قد حدث ما لم يحدث ، أو تقرر عدم حدوث ما قد حدث . ومن هذا القبيل اعتبار الجنون المتقطع ، وهو الذى تتخلله فترات إفاقة ، جنونا مستمرا مع ما يترتب على ذلك من ترتيب البطلان على التصرفات التى نفع من المجنون وهو فى فترة الافاقة . فهنا ينكر القانون حالة الافاقة ويعتبرها كأن لم تحدث(٢٣٢) .

---

(٢٢٩) J. Dabin, Technique, p. 285

(٢٣٠) راجع فى قدرة مصادر القانون الأخرى غير التشريع على خلق الحيل القانونية . F. Gény, Science et Technique, T 3, p. 420 et s.

(٢٣١) J. Dabin, Technique, p. 286.

(٢٣٢) J. Dabin, Technique, p. 287

راجع المادة ٥٠٣ من تقنين نابليون . وراجع نفس الحكم فى القانون المصرى ، حسن كيره ، ص ٥٨٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومن أمثلة الحيلة المخالفة للحقائق المستمدة من علم الطبيعة ، القاعدة التى تخالف التقسيم الطبيعى للأشياء الى منقولات وعقارات ، فتعتبر عقارا بالتخصيص meuble par destination المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله (م٨٢/٢ مدنى) ، أو تعتبر منقولا ، العقار الذى يتجه صاحبه الى هدمه والتصرف فيه باعتباره انقاضا قبل أن يتحقق هذا الهدم فعلا • ويطلق على العقار فى هذه الحالة اسم المنقول بحسب المال meuble par destination (٢٣٣) •

وبجانب الحقائق التاريخية ، والحقائق المستمدة من علم الطبيعة ، توجد حقائق ذات طبيعة فلسفية تفرض نفسها على كل انسان ذى تفكير ، ولا تمكن مخالفتها الا بطريق المجاز أو الحيلة • ومن هذه الحقائق المبادىء الأساسية فى نظرية المعرفة وفى مقدمتها مبدأ السببية principe de causalité ومبدأ الذاتية principe d'identité ومبدأ عدم التناقض principe de non-contradiction وعلى هذا النحو عندما يقرر المشرع نظام الوفاء مع الحلول ، ومؤداه أن الوفاء بالدين لا يؤدى الى انقضائه بل يظل الدين قائما بعد الوفاء به ، ويحل فيه الموفى محل الدائن اذا توافرت شروط معينة (م ٣٢٦ ـ ٣٣١ مدنى) ، فانه يضع نظاما مخالفا لطبيعة الأشياء ، لأن الوفاء بحسب طبيعته ووفقا لمبدأ الذاتية يؤدى الى انقضاء الالتزام • ولذلك فان نظام الوفاء مع الحلول ينطوى على حيلة قانونية قصد بها المشرع حماية مصلحة الموفى فى استرداد ما وفاه(٢٣٤) •

وكذلك عندما يقرر المشرع قاعدة الأثر الرجعى للقسمة والتى تقرر انه « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص » (م ٨٤٣ مدنى) ، فهو يضع قاعدة لا تخالف فحسب الحقيقة التاريخية فى استمرار الشيوع فترة من الزمن ،

---

(٢٣٣) J. Dabin, Technique, p. 289.

(٢٣٤) F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 290;
J. Dabin, Technique de l'élaboration, p. 293;
Comp. : Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, pp. 242, 248 et 250.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بل هى تخالف أيضا واقعة حدوث القسمة ، لأنه اذا كانت ملكية كل متقاسم مفرزة منذ أن تملك فى الشيوع ، فمعنى ذلك أن القسمة لم تصنع شيئا ولم يكن هناك مبرر لوجودها • فالأثر الرجعى للقسمة هو فى الواقع انكار لحدوث القسمة ذاتها(٢٣٥) • وطبقا لمبدأ عدم التناقض ، فانه لا يمكن اعتبار الشيوع قد وجد ولم يوجد فى نفس الوقت ، واعتبار أن القسمة قد وقعت ولم تقع فى نفس الوقت • فالأثر الرجعى للقسمة يقوم على مخالفة لمبدأ عدم التناقض، ويعطى مثلا واضحا للحيلة القانونية المخالفة للمبادىء الفلسفية •

وطبقا لمبدأ السببية فان الشىء لا يوجد قبل سببه • ولذلك فان بعض الاحكام التى تقرر أثرا رجعيا لوقائع معينة ، هى أحكام مخالفة لمبدأ السببية، ومخالفة بالتالى لمنطق الأشياء ، وتعتبر من قبيل الحيل القانونية • فالقاعدة التى تقرر مثلا انه اذا تحقق الشرط استند أثره الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام (م ٢٧٠ مدنى) ، تخالف مبدأ السببية الذى لا يجعل للشرط أثرا الا من وقت حدوثه ، وتخالف كذلك مبدأ عدم التناقض الذى لا يجيز أن يعتبر التصرف فى مجموعه بسيطا ، ومعلقا على شرط فى نفس الوقت(٢٣٦) •

١٢٠ - نسبية فكرة الحيلة :

اذا كانت الحيلة بحسب تعريفها هى مخالفة الحقيقة ، فان الحقيقة لا يمكن ادراكها الا عن طريق ذكاء الانسان • وذكاء الانسان هو وسيلة ادراك الحقيقة ، وهو فى نفس الوقت جزء منها • ونظرا لأن العلم يتقدم كل يوم ، وقد يتأخر فى بعض الأيام ، خاصة فى نطاق العلوم الانسانية • لذلك فان الحقائق العلمية هى بطبيعتها حقائق نسبية • والحيلة بحسب تعريفها لا تخالف الحقيقة فى ذاتها ، ولكنها تخالف الحقيقة المعروفة فى عصر معين فى مكان معين • والقول بنسبية الحقائق العلمية ، يفرض ضرورة القول بنسبية الحيل القانونية • فمن المتصور أن حيلة الأمس تصبح معبرة عن الحقيقة العلمية اليوم • والعكس أيضا صحيح • وربما تكون العقلية القانونية متقدمة على العقلية العلمية

---

(٢٣٥) F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 405 — p. 406; J. Dabin, Technique de l'élaboration, p. 294 et s.

(٢٣٦) J. Dabin, Technique, p. 297 et s.; Comp. : Demogue, Les notions fondamentales, p. 243.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى بعض العصور ، كما كان الوضع عند الرومان • ولذلك فقد تكون الحيلة هى الوسيلة التى تعالج بها العقلية القانونية ، النقص والقصور فى العقلية العلمية(٢٣٧) •

ويلاحظ أن حقائق العلوم الانسانية هى من الحقائق التى تختلف بشأنها وجهات النظر والآراء اختلافا بينا ، ولذلك يصعب بالنسبة لها القطع بوجود حيلة قانونية •

واذا كانت المبادىء الأساسية فى نظرية المعرفة ، تعتبر أساسا لكل الحقائق العلمية باختلاف أنواعها ، الا أن تطبيق هذه المبادىء على بعض الاحكام الخاصة قد يثير جدلا واختلافا فى الآراء ، كما حدث بالنسبة للاحكام التى تقرر رجعية أثر بطلان العقد أو فسخه ، أى التى تقرر أن العقد الباطل أو المفسوخ يعتبر كأن لم يكن ويعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد (م ١٤٢ مدنى ، م ١٦٠ مدنى) • فقد ذهب البعض كالاستاذ جنى الى القول بأنها أحكام مخالفة للحقيقة وأنها لهذا السبب تعتبر من قبيل الحيلة أو المجاز(٢٣٨) •

ومع ذلك فنحن نميل الى الأخذ بما يراه الأستاذ دابان من أن الرجعية لا ينبغى أن تعتبر دائما من قبيل الحيلة • وأن هناك حالات من الرجعية تفرض نفسها على رجل القانون كحقيقة طبيعية ، بحيث لا يمكن الخروج عليها الا عن طريق الاصطناع والمجاز • ومن هذا القبيل ازالة آثار العقد الباطل أو العقد المفسوخ • فكما أن الوفاء يتضمن بطبيعته انقضاء للالتزام ، فان البطلان والفسخ يتضمنان بطبيعتهما كذلك زوال كل أثر ترتب على العقد منذ وجوده • فالبطلان والفسخ لا يمكن أن يكون لهما معنى غير ذلك • ومن الناحية التاريخية فان العقد الباطل لم يوجد صحيحا فى أى يوم من الأيام • والعقد المفسوخ وجد صحيحا ولكنه لم ينفذ أبدا من ناحية أحد المتعاقدين ولهذا تقرر فسخه • فاذا كان العقد قد أنتج بعض الآثار قبل أن يصدر حكم

---

(٢٣٧) J. Dabin, Technique, p. 302 et s.

(٢٣٨) F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 263, p. 382.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القضاء ببطلانه أو فسخه ، فان هذه الآثار لا يمكن أن تظل قائمة بعد صدور هذا الحكم • وهذا ما يفرضه الوجه الآخر لمبدأ السببية ، فحيث يتوقف السبب ، تتوقف الآثار •

أما اذا قرر القانون بقاء بعض الآثار التى تكونت فى الماضى رغم بطلان العقد ، فان هذا الحكم وهو عدم رجعية البطلان ، هو الذى يعتبر من قبيل الحيلة • فعندما يقرر القانون بقاء بعض آثار الزواج الباطل مراعاة لمصلحة الأولاد والزوج الآخر حسن النية ، فانه يضع بذلك حكما مخالفا لطبيعة البطلان ، ومخالفا لمنطق الأشياء • ولذلك يقال ان الزواج الباطل يعتبر فى هذه الحالة زواجا ظنيا ، وهو ما يؤكد أن عدم رجعية أثر البطلان هى التى تخالف الواقع ، أما رجعية أثر البطلان ، وكذلك رجعية أثر الفسخ فهى لا تخالف الواقع ولا تعتبر من قبيل الحيلة(٢٣٩) •

وهناك أحكام أخرى كثيرة قد تختلف بشأنها وجهات النظر بين اعتبارها من قبيل الحيلة والمجاز أو عدم اعتبارها كذلك ، ومن هذه الأحكام ما يتعلق بالشخصية المعنوية ، والتجنس والتبنى ، والنيابة فى التعاقد •• الخ •

١٢١ - دور الحيلة فى الصياغة القانونية :

تستخدم الحيلة فى أربعة أدوار مختلفة • فهى أما أن تستخدم فى خلق قواعد قانونية جديدة Fiction-Règle ، وأما أن تستخدم فى توسيع نطاق تطبيق القواعد القائمة Fiction-concept ، وأما أن تستخدم فى تبرير القواعد القائمة fiction-motif ، وأما أن تستخدم كعنوان للقواعد القائمة fiction-intitulé • وندرس هذه الادوار الأربعة فيما يلى(٢٤٠) •

---

(٢٣٩) J. Dabin, Technique, pp. 309-312.

(٢٤٠) وضع اهرنج وجنى عدة تقسيمات للادوار التى تلعبها الحيلة فى الصياغة القانونية، وقد أعاد دابان ضبط هذه التقسيمات بطريقة أكثر وضوحا ، وهى الطريقة التى نتبعها فى المتن • راجع :
J. Dabin, Technique, p. 321 et s.;
F. Gény, Science et Technique, T. 3, pp. 378-388.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أولا : استخدام الحيلة فى خلق قواعد قانونية جديدة : fiction-règle

هناك قواعد قانونية تقوم فى مضمونها على مخالفة الواقع • وهى بذلك تنطوى على حيلة من ناحية الموضوع fond وليس فقط من ناحية الشكل forme • ومن هذا القبيل القاعدة التى تقرر فى بعض القوانين تصحيح نسب الابن غير الشرعى فى حالة زواج والديه زواجا لا حقا على ولادته • فهذه القاعدة تخالف فى مضمونها الواقع من حيث انها تجعل ابنا شرعيا من هو غير شرعى ، وتخالف بذلك الحقيقة الطبيعية للمقصود بالابن الشرعى ، وهو الابن الذى ولد من زواج صحيح •

والحيلة هنا داخلة فى أعماق القاعدة ذاتها inhérente à la règle فهى ليست مجرد وسيلة لتحقيق الهدف من القاعدة بحيث يمكن استبدالها بوسيلة أخرى لتحقيق نفس الهدف • بل هى القاعدة ذاتها بحيث يؤدى اختفاؤها الى اختفاء القاعدة فى نفس الوقت •

ومن الأمثلة الأخرى للحيل التى تدخل فى تكوين القواعد القانونية من حيث المضمون ، الحيلة الخاصة بالتجنس ، والتبنى ، والحلول العينى ، والوفاء مع الحلول •

ويذهب البعض الى أن الحيلة هنا لا تدخل فى نطاق الصياغة القانونية ، بل تدخل فى نطاق السياسة القانونية ، لأنها تتعلق بالمادة الأولية للقاعدة القانونية ، وليس فقط بطريقة التعبير عن هذه المادة • ويترتب على ذلك - فى نظر البعض - ضرورة اخراج هذا النوع من الحيل القانونية من النطاق المحدد للصياغة القانونية(٢٤١) •

والطريف فى هذا النوع من الحيل أن القانون يجد فى سياسته وأهدافه العليا ، ما يبرر مخالفة الواقع فيجعل الابن غير الشرعى ، شرعيا ، ويجعل غير الوطنى وطنيا ••• وهكذا • فالخلاف بين القانون والواقع لم

---

(٢٤١) J. Bobin, Technique, de l'élaboration, p. 325 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يتعلق بوسائل القانون المصطنعة ، ولكنه تعلق أساسا بالمقتضيات العميقة للنظام القانونى ·

ثانيا : استخدام الحيلة فى توسيع نطاق تطبيق القواعد القائمة :
Fiction-concept

فى بعض الحالات لا تستخدم الحيلة فى خلق قواعد قانونية جديدة ، بل فى توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية القائمة ، عن طريق توسيع مفهوم الطوائف القانونية catégories juridiques الداخلة فى صياغة القواعد المذكورة ·

فالحيلة التى تؤدى الى اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص ، لا تخلق قاعدة قانونية جديدة ، ولكنها تؤدى فقط الى توسيع طائفة العقارات بحيث تشمل ليس فقط الأشياء الثابتة بحيزها والتى لا يمكن نقلها دون تلف ، بل تشمل كذلك المنقولات المرصودة لخدمة هذه الأشياء · وهذه الحيلة وان كانت لا تخلق قاعدة قانونية جديدة ، الا انها تخلق حلولا قانونية جديدة لأنها تؤدى الى تطبيق أحكام العقارات على المنقولات بالتخصيص · ولهذا السبب فانها تعتبر من قبيل الحيل المستخدمة فى خلق القانون بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح ·

والحيلة هنا هى مجرد وسيلة من وسائل الصياغة القانونية ، لأنه كان من الممكن الاستغناء عنها عن طريق ابتكار فكرة جديدة تعبر عن المنقولات المخصصة لخدمة عقار · ولكن من باب السهولة وأيسر استغنى القانون عن ابتكار مثل هذه الفكرة الجديدة ، واكتفى بادخال المنقولات المخصصة لخدمة عقار ، فى الفكرة التقليدية للعقار · ويؤدى ذلك الى نوع من الاقتصاد فى الأفكار والطوائف القانونية ، والى نوع من الاقتصاد فى القواعد القانونية(٢٤٢) ·

فبدلا من خلق قاعدة قانونية جديدة لحكم المنقولات المخصصة لخدمة عقار ، فان المشرع يطبق على هذه المنقولات نفس القاعدة الخاصة بالعقارات ،

(٢٤٢) J. Dapin. Technique de l'élaboration, p. 325 et s.;
F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 379 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بمجرد اعتبار هذه المنقولات عقارات بالتخصيص ، أى عقارات مجازية ·

والحيلة القانونيـــة تؤدى بذلك الى تعـــديل فى فرض hypothèse القاعدة الموجودة ، بحيث يتسع هذا الفرض لوقائع جديدة مختلفة أو متعارضة مع الوقائع التى وضع لها هذا الفرض أصلا · وهى بهذا تؤدى الى تقليل عدد القواعد القانونية كما ذكرنا ·

والحيلة تختلف فى ذلك عن القرينة التى تؤدى الى احلال فكرة تقريبية محل الفكرة الأصلية ، دون أن يترتب عـــلى ذلك اختصار لعـــدد القواعد القانونية · فالحيلة تؤدى الى تحديد عدد الأفكار · أما القرينة فهى تؤدى فقط الى اختيار الأفكار الأكثر سهولة ·

وفائدة الالتجاء الى الحيلة توجد فى أنهـا تغنى الانســان ولو لفترة من الزمن عن المجهود المضنى وغير المضمون فى محاولة بناء افكـــار جديدة قد لا توفى بالغرض منها · ومن الملاحظ أن القانون يتطـــور من حيث الموضوع بأسرع مما يتطور من حيث الشكل · ولذلك فلا بأس من ادخال الأحكـــام القانونية الجديدة فى اطار الأفكار والتقسيمات التقليـــدية · وهكذا يحقق القانون الصلة بين الماضى والحاضر والمستقبل ، فيتطور دون أن يبدو عليـه ذلك · وهو يتطور برفق من خلال استمرار أشكال الصياغة التقليدية ، بما تحققه من ضمان التجربة ، وما تعطيه من مظهر المشروعية(٢٤٣) ·

ومع ذلك فهذا الوضع لا ينبغى أن يستمر الى ما لا نهاية · بل لابد من خلق اطار جديد للأحكام الجديدة ، وعدم الاكتفاء بالاطار القديم الذى دخلت فيه الأحكام الجديدة بطريق المجاز والحيلة · والا فان الاحتفاظ بالاطار القديم على الدوام من شأنه أن يعوق الحكم الجديد عن التطور والاخصـــاب · بل ان الاحتفاظ بالأحكام الجديدة مدة طويلة داخل الأفكـــار والاطارات القديمة من شأنه أن يؤدى فى آخر الامر الى غموض القـــانون ، والى تعقيـــده بدلا من

---

(٢٤٣) F. Gény, Science et Technique, T. 3, pp. 365, 366, 378, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 399;
R. Demogue, Les notions fondamentales, pp. 241-248;
J. Dabin, Technique de l'élaboration, p. 383.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تبسيطه(٢٤٤) ٠

ولذلك ففى كل مرة يستطيع فيها الفكر القانونى أن ينزع عن الأحكام الجديدة الثوب القديم الذى ألبس لها بطريق المجاز ، ويلبسها بدلا منه ثوبا جديدا متفقا مع حقيقتها ، فانه يؤدى بذلك الى الارتقاء بالصياغة القانونية وادراك الهدف الحقيقى منها ٠

وكما يقول جنى فان البحث عن الأفكار الحقيقية ينبغى أن يظل الهدف الأسمى لرجل القانون(٢٤٥) ٠ ولعلنا فى نظرية الالتزام القضائى ، قد نجحنا فى العثور على الاطار الجديد الحقيقى الذى يصدق على الالتزامات التى ينشئها القاضى وهو يعدل العقود الظالمة ٠ فاذا كان القانون يعطى القاضى فى بعض الحالات الاستثنائية سلطة تقديرية فى تعديل العقود الظالمة ٠ فمعنى ذلك أن القاضى أصبح فى مباشرته لهذه السلطة يحل حكمه محل العقد ٠ فهو يهدم الالتزامات الناشئة عن العقد الظالم ويخلق بدلا منها التزامات جديدة ٠ والقول بأن العقد يظل هو مصدر الالتزامات التى أنشأها القاضى ، هو نوع من الحيلة التى يجب الاستغناء عنها عن طريق استخدام الفكرة الجديدة للالتزام القضائى للتعبير عن الالتزامات المذكورة(٢٤٦) ٠ ومؤدى هذه الفكرة الجديدة انه فى الحالات التى يقوم فيها القاضى بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية ، وبمقتضى تفويض صريح من القانون ، فانه يقوم بتجديد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد تجديدا يترتب عليه انقضاء هذه الالتزامات ، ونشأة التزامات جديدة تحل محلها ، مصدرها حكم القاضى ٠ والالتزامات الجديدة تختلف عن الالتزامات القديمة فى مصدرها وفى محلها ٠ ويكون حكم القاضى فى هذه الحالة مجددا ومنشئا ومصدرا للالتزام ٠

ثالثا : استخدام الحيلة فى تبرير القواعد القائمة fiction-motif

فى هذا الدور الثالث لا تدخل الحيلة فى مضمون القاعدة من حيث الموضوع ،

---

(٢٤٤) F. Gény, Science et Technique, T. 3, pp. 247, 415, 416; J. Dabin, Technique, p. 339.

(٢٤٥) F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 441.

(٢٤٦) راجع فى هذا الموضوع بالتفصيل ، كتابنا : De l'obligation judiciaire, Paris, 1945.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولا تؤدى الى توسيع نطاق تطبيقها ، ولكنهـــا تؤدى فقط الى شرح وتبرير القاعدة ، وغالبا ما تكون الحيلة فى هذا الفرض من ابتكـــار الفقهـاء الذين يميلون الى رد القواعد القانونية الى أصولها العامة أو الى مبررات وجودها ٠

ومن هذا القبيل الحيلة التى تفسر امتياز مؤجر العقار على المنقولات التى يضعها المستأجر فى العين المؤجرة على أساس فكرة الرهن الضمنى ، أى كما لو كان هناك عقد رهن متفق عليه ضمنا بين المؤجر والمستأجر على تخصيص هذه المنقولات لضمان حق المؤجر فى الأجرة وغير ذلك من حقوقه الأخرى فى مواجهة المستأجر(٢٤٧) ٠

وغنى عن الذكر أن الحيلة وهى تخالف الواقع تعجز غالبا عن اعطـــاء تبرير مقبول للقواعد القانونية ٠ ولهذا فان الدور الذى تلعبه الحيلة فى هذا المجال هو من أضعف الأدوار التى تؤديها ٠

رابعا : استخدام الحيلة فى عنوان القاعدة **Fiction-intituté**

هذا هو آخر وأضعف دور تلعبه الحيلة فى الصـــياغة القانونية ٠ فهى لا تخلق قاعدة جديدة ، ولا توسع فى نطاق تطبيق قاعدة قائمة ، أو تشرح مبررات وجودها ، ولكنها تظهر فقط فى عنوان القاعدة ، دون أن ينعكس هذا العنوان على الأحكام التى تتضمنها هذه القاعدة ٠ ومن هذا القبيل أن المشرع المصرى يطلق اسم شركات القطاع العام على الوحـدات الاقتصـــادية المكونة للقطاع العام ، رغم أن النظام القانونى لهذه الوحدات يختلف تماما عن النظام القانونى للشركات(٢٤٨) ٠

---

(٢٤٧) F. Gény, Science et Technique, T. 3, p. 385; J. Dabin, Technique de l'élaboration, p. 339 et s.

(٢٤٨) J. Dabin, Technique de l'élaboration, p. 345.

وهو يعطى مثلا ، استخدام اسم الموت الحكمى فى القانون الفرنسى للتعبير عن حالة من حالات فقد الأهلية ٠ وراجع فى النظام القانونى للقطاع العام ، كتابنا ، القرار الادارى مصدر للحق ص ٦٥ وما بعدها ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الخامس

الغاء التشريع Abrogation de la loi

١٢٢ ـ التفرقة بين الغاء التشريع وابطاله :

التشريع يمكن أن يزول اما بالالغـــاء abrogation ، أو بالابطـال annulation • والالغاء حدث عادى فى حياة التشريع • فهو يضع نهـاية لهذه الحياة • ولكل حياة نهاية • ولئن كان التشريع يتميز بحسب الأصـل بصفة الدوام permanence ، فان المقصود بذلك ليس الخلود • اذ لم يعرف لتشريع خلود • وانما المقصود بالدوام هو عدم التوقيت • فالتشريع لا يوضع كقاعدة عامة لفترة مؤقتة من الزمن ، وانما يوضع ليطبق بصفة دائمة الى أن يزول بالالغاء •

والالغاء هو نسخ التشريع واعدامه عن طريق مصدر من مصادر القانون القادرة على انشاء قواعد قانونية مساوية فى الدرجة للتشريع الملغى • والغاء التشريع يزيله بالنسبة للمستقبل فقط وليس بالنسبة للمـــاضى • بل ان التشريع يظل ـ كما سنرى ـ محتفظا ببعض آثاره بالنسبة للمستقبل لحكم العقود التى نشأت فى ظله •

أما ابطال التشريع فهو حدث غير عادى فى حيـــاته • ومن النادر أن يتعرض تشريع للابطال • والابطال لا يرد الا على تشريع معيب فى تكوينه • ويحدث ذلك بالنسبة لتشريعات السلطة الفعلية(٢٤٩) ، التى تنشـــأ عقب انقلاب أو ثورة أو حرب ، ثم تفشل هذه السلطة فى الاستمرار فى الحكم ، أو فى اقامة نظام دستورى جديد • ويترتب على هـــذا الفشل عودة النظـــام الدستورى السابق ، فيكون هناك مجال لاعتبـــار التشريعات الصـــادرة عن السلطة الفعلية تشريعات باطلة • والبطلان تقرره فى هذه الحالة المحاكم ، أى أن زوال التشريع بالابطال لا يحتاج الى صدور قاعدة قانونيـــة جديدة تقرره كما هو الشأن فى الالغاء • وحتى اذا صدرت قاعدة قانونية جديدة تقرر ازالة

---

(٢٤٩) راجع فى تشريع السلطة الفعلية ، ما سبق ، فقرة ٩٩ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذه التشريعات فهى تستخدم فى ذلك أسلوب الابطـــال ، وليس أسـلوب الالغاء ، كما حدث فى فرنسا عندما صدر مرســوم ٩ أغسطس سنة ١٩٤٤ مقررا ابطال التشريعات التى صدرت فى ظل حكومة « فيشى » لمـــدة أربع سنوات أثناء الاحتلال الألمانى لفرنسا • والابطال يزيل التشريع بأثر رجعى ، فيعتبر التشريع بذلك كأن لم يكن •

ومع ذلك فقد ينص التشريع الذى قرر الابطال ، على عدم رجعيـــة أثر الابطال ، وفى هذا الفرض يقترب الابطال من الالغاء وان كان القضاء يميل الى اعطاء تفسير ضيق للآثار السابقة للتشريع الباطل(٢٥٠) •

أما اذا قرر التشريع الجديد الابقاء على بعض التشريعات الباطلـــة التى صدرت عن السلطة الفعلية ، كما حـــدث بالنسبة لبعض تشريعات حكـومة « فيشى » ، فان التشريعات التى يتم تصحيحها تستمد وجودها من التشريع الذى قرر تصحيحها •

واذا كان الابطال يرد على تشريعات السلطة الفعلية ، فانه من غـــير المتصور أن يرد على تشريعات السلطة التشريعية الحقيقيـــة • وحتى اذا أقيم نظام للرقابة القضائية على دستورية القوانين ، فانه من الصعب تصور اعطاء المحكمة الدستورية سلطة ابطال التشريعات المخالفة للدستور • بل تعطى لها فقط سلطة اعلان عدم دستورية التشريع ، تاركة أمر اعدامه الى السلطـــة التشريعية التى أصدرته • وفى هذه الحالة تقوم السلطـة التشريعيـــة بالغاء التشريع لا ابطاله •

ومع ذلك فتجب ملاحظة أن التشريع الذى تحل السلطة التنفيذية فى اصداره محل السلطة التشريعية وهو ما يسمى القرار بقـــانون ، وكـذلك التشريع الفرعى الذى يصدر عن السلطة التنفيذية وهو ما يسمى باللائحة ، هو فى حقيقته قرار ادارى من ناحية السلطة التى أصدرته ، ولذلك يجـوز

---

(٢٥٠) راجع الاحكام القضائية العديدة المشار اليها فى :
MARTY et RAYNAUD, T. 1, p. [illegible], note 2.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لمجلس الدولة ابطاله اذا كان مشوبا بعيب مجاوزة السلطة . وقد درسنا هذه المسألة من قبل(٢٥١) .

والخلاصة ان الابطال يرد على تشريع معيب فى تكوينه ، ويؤدى الى زوال هذا التشريع بأثر رجعى ، ولا يحتاج فى تقريره الى مصدر من مصادر القانون . أما الالغاء فهو يرد على تشريع صحيح فى تكوينه ويؤدى الى زوال هذا التشريع بالنسبة للمستقبل فقط ، ويحتاج فى تقريره الى مصدر من مصادر القانون القادرة على خلق قواعد قانونية فى نفس درجة التشريع الملغى .

١٢٣ - سلطة الغاء التشريع وأنواع الالغاء :

تنص المادة الثانية من التقنين المدنى على انه « لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » .

وطبقا لهذا النص فان الغاء التشريع هو فى ذاته عمل تشريعى ، يصدر عن نفس السلطة التى أصدرت التشريع الملغى ، أو يصدر عن سلطة أعلى منها(٢٥٢) . فالتشريع لا يلغيه الا تشريع آخر مساو له أو أعلى منه فى الدرجة . وهكذا فان الغاء الدستور لا يكون الا عن طريق تشريع أساسى يصدر عن سلطة تأسيسية جديدة ، أو يصدر وفقا للاجراءات الى نص الدستور على ضرورة اتباعها عند تعديل بعض نصوصه(٢٥٣) .

---

(٢٥١) راجع ما سبق ، فقرة ١٠٧ ، وفقرة ١٠٨ . ويطلق على الابطال فى هذه الحالة اصطلاح الالغاء - فيقال رقابة الالغاء ، أو يقال سلطة القضاء الادارى فى الغاء القرارات الادارية ... الخ . ولكن الالغاء هو فى حقيقته ابطال للقرار الادارى ، لأنه يرد على قرار معيب فى تكوينه ، ويؤدى الى زواله بأثر رجعى .

(٢٥٢) نقض مدنى ١٩٦٢/١١/٢٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٣ ، ص ١٠٧٨ ، نقض مدنى ١٩٦٥/٦/٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٦٩٠ .

(٢٥٣) ولكن تجب ملاحظة أن الدستور المرن يجوز تعديله بتشريع عادى . راجع ما سبق، فقرة ٩٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والتشريع العادى يكون الغاؤه عن طريق تشريع أساسى ، أو عن طريق تشريع عادى صادر عن السلطة التشريعية ، مع ملاحظة أن القرار بقانون وهو تشريع عادى صادر استثناء عن السلطة التنفيذية يملك الغاء التشريع الصادر عن السلطة التشريعية(٢٥٤) .

أما اللائحة فيكون الغاؤها بواسطة تشريع أساسى أو بواسطة تشريع عادى صادر عن السلطة التشريعية ، أو بواسطة تشريع عادى صادر عن السلطة التنفيذية ، أو بواسطة لائحة أخرى مثلها صادرة عن السلطة التنفيذية .

وقد يثور التساؤل عما اذا كان العرف والقضاء يملكان الغاء التشريع أم لا . والاجابة على هذا التساؤل تدخل فى نطاق الدراسة الخاصة بهذين المصدرين من مصادر القانون . ونكتفى هنا بالقول بأنه ليس هناك ما يحول دون التحقق وفقا لمبدأ السببية من الغاء التشريع أو تعديله بواسطة العرف أو القضاء .

وطبقا لنص المادة الثانية من التقنين المدنى السابق ذكرها ، فان الغاء التشريع اما أن يكون الغاء صريحا أو الغاء ضمنيا . وندرس نوعى الالغاء فيما يلى .

١٢٤ - الالغاء الصريح : Abrogation expresse

الالغاء الصريح هو أن ينص التشريع الحديث lex posterior صراحة على الغاء التشريع السابق . والغالب ان المشرع يلغى التشريع السابق ليحل محله تشريعا آخر جديدا . ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ باصدار القانون المدنى بقولها : « يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٨٧٥ ويستعاض عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون » .

---

(٢٥٤) راجع ما سبق ، فقرة ٩٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومع ذلك فقد ينص المشرع على الغاء التشريع السابق ، دون أن يحل محله تشريعا جديدا · مثل ذلك ، القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ الذى نص فى مادته الأولى على أن « تلغى كافة صور موانع التقاضى الواردة فى نصوص القوانين الآتية ··· ··· » · ويلاحظ أن الالغاء بحسب هذا النص لم يرد على التشريعات السابقة المشار اليها فى جملتها ، ولكنه ورد فقط على نصوصها التى تحرم الأفراد من حقهم فى التقاضى فى بعض المنازعات ·

ومن صور الالغاء الصريح أن ينص التشريع الجديد ذاته على أن يعمل به فترة مؤقتة ، فيصبح التشريع لاغيا بانقضاء هذه الفترة · ويحدث ذلك فى أوقات الحروب والأزمات · ومن هذا القبيل القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٦٨ الذى قرر ايقاف اجراءات التنفيذ والاجراءات المترتبة على التأخير فى سداد الأجرة المستحقة على الأماكن المؤجرة فى محافظات بورسعيد والاسماعيلية والسويس وذلك لمدة ستة أشهر · ثم مد العمل بهذا القانون لمدة ستة أشهر أخرى بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٦٨ ، ثم ستة أشهر أخرى بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٩ ، ثم ستة أشهر تالية بالقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٩ ، ثم مد العمل به الى حين ازالة آثار العدوان بالقانون رقم ٢١ لسنة ١٩٧١ ·

١٢٥ ـ الالغاء الضمنى Abrogation tacite

الالغاء الضمنى هو أن يصدر تشريع حديث متضمنا أحكاما متعارضة مع أحكام تشريع سابق · والقاعدة هى أن التشريع الحديث يلغى التشريع السابق فيما يقع بينهما من تعارض · ويعرف هذا باسم مبدأ le principe de la LEX POSTERIOR والتعارض بين التشريع الحديث والتشريع القديم ، من درجات · فهناك التعارض الكامل ، وهو يتحقق عندما يعيد التشريع الجديد تنظيم نفس الموضوع الذى كان ينظمه التشريع القديم · وهناك التعارض الجزئى وهو يتحقق عندما ينص التشريع الجديد على أحكام متناقضة مع بعض أحكام التشريع القديم ·

أولا : التعارض الكامل : تنظيم نفس الموضوع من جديد : يتحقق التعارض الكامل اذا أعاد التشريع الجديد تنظيم موضوع كان ينظمه تشريع سابق · وفى هذا الفرض يلغى التشريع السابق ويحل محله التشريع الجديد،

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حتى ولو لم ينص التشريع الجديد على ذلك ، اذ من المفهوم ضمنا من اعـــادة تنظيم نفس الموضوع تنظيما شاملا بواسطة التشريع الجديد ، هو اتجاه ارادة المشرع الى احلال التنظيم الجديد محل التنظيم السابق · ولذلك فان التشريع السابق يلغى فى كل نصوصه بما فى ذلك النصـــوص التى لم يقع فيهـــا تعارض بين التشريعين · وفى هذا المعنى تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى « ··· وفى هـــذه الحـــالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذى تلاه »(٢٥٥) ·

والذى يبرر الغاء التشريع القديم فى جملته ، ان التعارض لم يقع بصدد حكم تفصيلى منه ، ولكنه وقع بصدد المبدأ الأساسى الذى يقوم عليه التشريع القديم · وفى هذا المعنى تقول محكمة الاستئناف المختلط « اذا تعلق التعارض بين التشريع السابق والتشريع اللاحق بالمبـــــدأ الذى أسس عليه التشريع السابق ، وجب أن يتناول النسخ أحكام هذا التشريع جميعا »(٢٥٦) ·

ويلاحظ أنه من النادر أن يعيد المشرع تنظيم موضـــوع كان ينظمـــه تشريع سابق ، دون أن ينص فى التشريع الجديد ، على الغاء التشريع السابق صراحة · ولذلك فان الفقه لا يجد أمثلة يضربها على الغـــاء ضمنى تم بهذه الطريقة ، فيكتفى باعطاء أمثلة افتراضية · فيقال انه حتى لو لم ينص قانون الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ على الغاء قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ صراحة ، فان مجرد صدور قانون الشهر كان يؤدى بذاته الى الغاء قانون التسجيل ··· وهكذا(٢٥٧) ·

---

(٢٥٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ١ ، ص ١٩٦ ·

(٢٥٦) محكمة الاستئناف المختلطة ، ١٥ يناير ١٩١٤ ، مشار اليه فى مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ١ ، ص ١٩٦ ، فى نفس المعنى : المحكمة الادارية العليا ، ٥ نوفمبر ١٩٥٥ ، مجموعة المحكمة الادارية العليا ١ ، ٢٠ ، ٤ ، حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٤٠٥ ·

(٢٥٧) وقد قضت محكمة النقض بأن مجال تطبيق المادة ٢/٢٧ من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ يختلف عن مجال تطبيق الأمر العسكرى ٤٦٩ لسنة ١٩٤٤ فلا محل للقول بالغاء الأمر بالقانون المذكور طبقا لنص المادة الثانية من القانون المدنى فيما نصت عليه من أنه يلغى التشريع السابق اذا صـــدر تشريع لاحق ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ، نقض مدنى ١٩٥٩/١٢/١٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٠ ، ص ٨٢٠ ·

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومع ذلك فهناك فائدة من الاحتفاظ بهذا الحكم لمواجهة الفروض النادرة التى قد يحدث فيهـــا تعارض كامل بين تشريع قديم وتشريع حديث ، دون أن ينص التشريع الحديث صراحة على الغاء التشريع القديم ٠

ثانيا : التعارض الجزئى : يتحقق التعـــارض الجزئى اذا كان التشريع الحديث يتضمن أحكاما تتعارض مع بعض أحكام التشريع القديم دون أن يعيد التشريع الحديث تنظيم نفس الموضوع الذى كان ينظمه التشريع القديم ، أى دون أن يقع تعارض بين ما قرره القانون الجديد ، وبين المبدأ الأساسى للقانون القديم ٠

وطبقا لقاعدة Lex posterior فان أحكام التشريع القـــديم تصبح ملغاة فى النطاق الذى تتعارض فيه مع أحكام التشريع الجديد ٠ أما الأحكـام الأخرى للقانون القديم التى لم تعارضها أحكام القانون الجـديد ، فتظل قائمة لا يرد عليها الالغاء ٠ وبالنسبة لهذه الأحكام بالذات يتمثل الفارق بين هذه الصورة من صور الالغاء الضمنى وبين الصورة السابق دراستها حيث رأينـا أن تنظيم الموضوع من جديد يؤدى الى الغاء كل نصوص التشريع القديم بما فى ذلك النصوص التى لم تعارضها نصوص التشريع الجديد ٠

ثالثا : التعارض بين حكم عام وحكم خاص :

ويلاحظ أن التعارض الذى يؤدى الى الغاء نصوص التشريع القديم ، هو التعارض الذى يقع بين أحكام ذات طبيعة واحدة من حيث نطاق تطبيقها ٠

فالأحكام بعضها عام وبعضها خاص ٠ والتعارض لا يتصور أن يقع الا بين حكم عام وحكم عام آخر ٠ أو بين حكم خاص وحـكم خـــاص آخر ٠ أما التعارض بين حكم عام وحكم خاص فهو لا يؤدى الى تناقض بين الحكمين ولا يؤدى الى الغاء أحدهما بواسطة الآخر ، ولكنه يؤدى فقط الى تقييد العـــام بواسطة الخاص ، سواء كان الحكم الخاص هو الحكم الجديد أو الحكم القديم ٠ ونزيد ايضاح ذلك فيما يأتى ٠

(١) الحكم الحديث الخاص يقيد الحكم القديم العام ولا يلغيه : اذا صـدر تشريع حديث متضمنا أحكاما خاصة متعارضة مع أحكـــام عامة ينص عليها

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تشريع قديم ، فان هذا التعارض لا ينطوى على تناقض يستحيل معه الابقاء على حكم القانون القديم بعد صدور القانون الجديد ، بل يظل القانون القديم نافذا فيما لا يتعارض فيه مع أحكام القانون الجديد . فالخاص يقيد العام ولكنه لا يناقضه . ومن الأمثلة على ذلك القانون المدنى ، فهو يتضمن الأحكام العامة التى تنظم المعاملات المدنية بين الأفراد . فاذا أصدر المشرع بعد صدور القانون المدنى ، تشريعا خاصا ينظم فى نطاق محدود عقدا من العقود التى ينظمها القانون المدنى ، ويضع أحكاما مختلفة عن الأحكام الواردة فى القانون المدنى ، فان هذا التشريع الخاص لا يلغى نصوص القانون المدنى فيما تضمنه من أحكام عامة . بل تظل الأحكام العامة القديمة قائمة الى جوار الأحكام الخاصة الحديثة. ولكن لا يرجع الى الأحكام العامة القديمة الا فيما لم يرد فيه نص فى الأحكام الحديثة الخاصة(٢٥٨) . وعلى هذا النحو فان صدور القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين فى ايجار الأماكن ، لا يترتب عليه الغاء نصوص عقد الايجار الواردة فى القانون المدنى ، ولكنه يقيد هذه النصوص فقط فى نطاق عقد ايجار الأماكن ، دون غيره من عقود الايجار الأخرى(٢٥٩) . وكذلك فان صدور المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الاصلاح الزراعى متضمنا تنظيما جديدا للعلاقة بين المؤجرين والمستأجرين فى عقد ايجار الأراضى الزراعية لا يؤدى الى الغاء نصوص عقد الايجار الواردة فى القانون المدنى ، ولكنه يقيد هذه النصوص فيما يتعلق بعقد ايجار الأراضى الزراعية دون غيره من عقود الايجار الأخرى(٢٦٠) .

(٢) الحكم الحديث العام يتقيد بالحكم القديم الخاص ولا يلغيه : وفى هذا الفرض الثانى يظهر بوضوح كامل أن القانون الحديث لا يلغى قانونا قديما مختلفا عنه فى نطاق التطبيق . وذلك عندما يتضمن التشريع الحديث حكما

---

(٢٥٨) نقض مدنى ١٩٤٢/٦/١١ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص ٨٧٩ ، رقم ٣ .

(٢٥٩) راجع فى كيفية تطبيق النصوص العامة والخاصة المنظمة لعقد الايجار : كتابنا ، عقد الايجار ، ١٩٧٠ ، ص ٢٢ وما بعدها .

(٢٦٠) يلاحظ أن المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ قد تم تعديله فى الفصل الخاص بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر بمقتضى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ . راجع فى هذا الموضوع ، كتابنا ، القانون الزراعى ، ١٩٧٠ ، ص ٤٦٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عاما ، بينما يتضمن التشريع القديم حكما خاصا - ففى هـذا المثل لا يتأثر التشريع القديم بصدور التشريع الحديث فحسب ، بل ان التشريع القديم هو الذى يؤثر فى التشريع الحديث ويقيده . فالخاص يقيد العام حتى ولو كان الخاص هو القديم . ويظل الحكم القديم نافذا باعتباره استثناء من الحكم الحديث العام(٢٦١) .

ومثل ذلك ما قضت به محكمة النقض من « أنه وان كان قد ورد فى نص المادة ٤/٥ من معاهدة سندات الشحن التى أصبحت نافذة المفعول فى مصر اعتبارا من ٢٩ مايو سنة ١٩٤٤ ـ تحديدا لالتزام الناقل أو السفينة بتعويض مقداره مائة جنيه استرلينى ، كما ورد فى نص المادة التاسعة منها على انه « يراد بالوحدات النقدية الواردة بها القيمة الذهبية » Valeur or الا أنه ليس لما ورد بهذين البندين أثر ما على التشريع الخاص بشرط الذهب فى مصر ، وهو ما صدر به مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، ثم المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وقد نص فى هذا الأخير على بطلان شرط الذهب « فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية » . ولما كان هـذا القانون معتبرا تشريعا خاصا متعلقا بالنظم النقدية والعملة وهى من النظام العام ... فانه لا يمكن القول بأن انضمام مصر الى معاهدة بروكسل وانفاذها فيها بمرسوم سنة ١٩٤٤ من شأنه التأثير فى هذا التشريع الخاص بما يعد الغاء له ...»(٢٦٢) .

ومثل ذلك أيضا ما قضت به محكمة النقض من ان قانون المرافعات السابق لسنة ١٩٤٩ فيما ورد فيه من نصوص متعلقة بالطعن فى أحكام دوائر الايجارات ، لا تلغى أحكام قانون ايجار الأماكن السابق لسنة ١٩٤٧ فيما ورد فيه من نص يجعل الأحكام الصادرة فى المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون نهائية وغير قابلة لأى طعن ، لأن تشريع ايجار الأماكن لسنة ١٩٤٧

---

(٢٦١) Marty et Raynaud, T. 1, p. 170; Carbonnier, T. 1, p. 82.

(٢٦٢) نقض مدنى ١٩٦٠/١٢/١١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١١ ، ص ١٢٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هو تشريع خاص لا يلغيه تشريع عام كتشريع المرافعات(٢٦٣) .

وبالمثل فان صدور القانون المدنى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ لم يكن من شأنه الغاء قانون ايجار الأماكن السابق رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ فيما تضمنه من أحكام خاصة تخالف أحكام القانون المدنى(٢٦٤) .

والواقع ان ظاهرة تقيد الأحكام العامة بالأحكام الخاصة لا تقتصر على التشريعات المتلاحقة ، بل هى توجد أيضا بصدد التشريع الواحد ذاته فيما يتضمنه من أحكام بعضها عام وبعضها خاص . ولو كان هناك ثمة تناقض بين العام والخاص لقيل بأن التشريع الذى يتضمن هذين النوعين من الأحكام هو تشريع متناقض مع نفسه . وهذا ما لم يقل به أحد . فالقانون المدنى مثلا يتضمن القواعد العامة فى نظرية العقد ، ويتضمن كذلك القواعد الخاصة ببعض العقود وهى ما يطلق عليها اسم العقود المسماة . بل انه يتضمن أحيانا أحكاما أكثر تخصيصا تتعلق ببعض أنواع العقد الواحد . كتلك الخاصة بعقد بيع الوفاء أو بيع ملك الغير أو بيع الحقوق المتنازع عليها ... الخ أو تلك المتعلقة بايجار الأرض الزراعية ، أو المزارعة ، أو ايجار الوقف .

ويخلص من ذلك أن الحكم الخاص يقيد الحكم العام ولا يلغيه ، سواء ورد الحكم الخاص فى تشريع قديم أو فى تشريع حديث ، أو ورد فى ذات التشريع الذى ورد فيه الحكم العام .

١٢٦ ـ مشكلة التشريعات المحيلة : Lois référentielles

التشريعات المحيلة هى التشريعات التى تحيل فى تنظيم بعض المسائل

---

(٢٦٣) نقض مدنى ١٩٦٣/٥/٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٦٤٩ . وجدير بالذكر أن قانون المرافعات لسنة ١٩٤٩ قد ألغى وحل محله القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، وكذلك قانون ايجار الأماكن لسنة ١٩٤٧ قد ألغى وحل محله القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . وقد أجاز هذا القانون الأخير الطعن فى الأحكام الصادرة فى المنازعات الناشئة عن تطبيقه على خلاف القانون السابق عليه .

راجع : كتابنا فى عقد الايجار ، ص ٤٠٨ وما بعدها .

(٢٦٤) محكمة مصر الابتدائية ، ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ ، المحاماة ٢٩ ، ٧٩١ ، ٤٣٠ ، مشار اليه فى : سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٧٣ ، هامش ١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الى نصوص تشريعات أخرى غيرها ، وذلك من باب السهولة والسرعة • فاذا حدث والغيت النصوص المحال اليها ، فما هو مصير النصوص المحيلة ذاتها ؟ وهل يمكن القول مثلا بأنها تلغى هى الأخرى الغاء ضمنيا بطريق التتابع أو التسلسل par ricochet ؟

لا يمكن فى الواقع اعطاء اجابة قاطعة على هذا السؤال • ولكن الغالب أن النصوص المحال اليها تعتبر جزءا من التشريعات المحيلة • ولذلك فان الغاء الأولى ، لا يترتب عليه الغاء الثانية • بل تظل النصوص المحال اليها الملغاة معتبرة مندمجة فى التشريعات المحيلة التى لم تلغى ، وبالتالى نافذة فى حدود الاحالة فقط •

ولكن هذا الحل لا يمكن الأخذ به اذا كانت النصوص المحال اليها الملغاة ، تنظم مرفقا عاما ، أو جهة من جهات التقاضى ، ثم ترتب على الغائها ، الغاء هذا المرفق ، أو الغاء هذه الجهة من جهات التقاضى • وفى هذه الحالة فان النصوص المحيلة تصبح غير ممكنة التطبيق ، مما يتعين معه القول بأن الغاء النصوص المحال اليها ، يترتب عليه الغاء النصوص المحيلة ذاتها(٢٦٥) • أما اذا الغيت النصوص المحال اليها وحلت محلها نصوص أخرى ، فاننا نرجح القول بأن الاحالة فى هذا الفرض تنتقل الى النصوص الجديدة •

وبهذا ننتهى من دراسة التشريع وهو المصدر الأول من مصادر القانون من حيث الأهمية • وننتقل الى دراسة المصدر الثانى وهو العرف •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثالث

العرف LA COUTUME

نقسم دراستنا في هذا الفصل الى ثلاثة مباحث : الأول في تعريف العرف وتحديد أركانه واثباته ، والثاني في تحديد طبيعة العرف وأساس قوته الملزمة ، والثالث في بيان دور العرف بين مصادر القانون ٠

المبحث الأول

تعريف العرف وتحديد أركانه واثباته

١ ـ تعريف العرف

١٢٧ ـ العرف قانون غير مكتوب :

أول فكرة ينبغي أن تتبادر الى الذهن عند اطلاق اصطلاح العرف ، هي فكرة القانون ٠ فالعرف هو قانون ، سواء قصد بذلك أنه مصدر من مصادر القواعد القانونية ، أو قصد بذلك ذات القواعد القانونية الناشئة عن هذا المصدر ٠

والفكرة التالية التي يجب أن تطرأ على الذهن ، هي أن العرف قانون غير مكتوب ٠ والمقصود بذلك أن قواعد العرف لم تضع في وثيقة رسمية مكتوبة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع ٠ وقد سبق أن رأينا أن صياغة التشريع في وثيقة مكتوبة هي أهم خصائصه(٢٦٦) ٠ وهنا نرى من ناحية أخرى أن عدم صياغة العرف في وثيقة مكتوبة هي أيضا أهم خصائصه ٠

وتعريف العرف بأنه قانون غير مكتوب هو تعريف يتميز بالسهولة واليسر ، ويؤدي في نفس الوقت الى تفرقة واضحة بين العرف والتشريع ٠

---

(٢٦٦) راجع ما سبق ، فقرة ٩١ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومع ذلك فان تعريف العرف بأنه قانون غير مكتـــوب ، هو تعريف سلبى مستمد من عكس الصفة الموجودة فى التشريع • ولكنه غير مستمد من الخصائص الذاتية للعرف • وهذا التعريف السلبى اذا كان يميز بين العرف والتشريع ، الا أنه لا يميز بين العرف وبين غيره من مصادر القواعد الأخرى غير المكتوبة(٢٦٧) •

ولذلك اذا أريد وضع تعريف للعرف مستمد من خصائصـه الذاتية ، فانه يمكن القول بأن العرف هو سنة يتبعها الناس مع شـــعورهم بالزامها الزاما قانونيا • فالعرف هو اطراد العمل بين الناس وفقا لســـلوك معين ، اطرادا مقترنا باحســـاسهم بوجود جزاء قـــانونى يكفـــل احترام هـــذا السلوك •

والعرف باعتباره سلوكا يتواتر الناس على اتباعه ، هو واقعة مادية ، أو مجموعة من الوقائع المادية • وهذه الواقعة المادية تمثل العنصر الأول أو الركن الأول من أركـان العرف • ولـكن الواقعـة المـادية لا تنشىء أمرا impératif ، أى لا تحدد ما ينبغى أن يكون SOLLEN, devoir-être ، أى لا تنشىء قاعدة من قواعد السلوك • ولذلك لا بد أن يضاف الى هذا الركن المادى ، ركن آخر معنوى ، وهو الشعور بضرورة اتباع هذا السلوك • وهذا الشعور بالالزام هو الذى يجعل من الواقعـة أمرا ، ومن التواتر قاعـدة قانونية(٢٦٨) • وبالجمع بين الركنين المادى والمعنوى ، يصبح العرف قاعدة قانونية ، أى يصبح أمرا ملزما باتباع سلوك معين عند توافر شروط معينة •

واذا كان العرف يتميز بأنه قانون غير مكتوب ، فانه من المتصور مـع ذلك كتابة العرف بعد نشأته ، أى تجميعه بعد وجوده • والمثل البارز على ذلك ما تم من تجميع العرف فى فرنسا فى القرنين الخامس عشر والسادس عشر(٢٦٩) • ولكن رغم هذه الكتابة فان العرف يظل قانونا غير مكتوب بمعنى

---

(٢٦٧) F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, T. 1, p. 319.

(٢٦٨) Kelsen, Théorie pure du droit, op. cit., p. 304; Del Vecchio, Philosophie du droit, op. cit., p. 305.

(٢٦٩) J. Carbonnier, Droit civil, T. 1, p. 11.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أن مصدر الزامه ليس هو تجميعه وكتابته ، وانما هو شعور الناس بقوته القانونية ، وهو الشعور الذى جعل من العرف قانونا قبل أن يتم تجميعه .

ويخلص مما سبق أن العرف هو قانون غير مكتوب ينشأ عن تواتر الناس على اتباع سلوك معين مع شعورهم بوجود جزاء قهرى يكفل احترام هذا السلوك .

١٢٨ - أنواع العرف :

يمكن تقسيم العرف من ناحية النشاط الذى يحكمه الى عرف عام وعرف خاص . ويمكن تقسيمه أيضا من ناحية نطاق تطبيقه الى عرف شامل وعرف اقليمى وعرف طائفى وعرف مهنى .

أما العرف العام فهو قانون عرفى عام من صنع السلطات المكونة للدولة فى مباشرتها لوظائفها المختلفة ، وفى تسييرها للمرافق العامة وفى علاقاتها مع الافراد . ومن هذا القبيل العرف الدستورى والعرف الادارى . أما العرف الخاص فهو قانون عرفى خاص ، من صنع الافراد أنفسهم فى مباشرتهم لمعاملاتهم المدنية والتجارية (٢٧٠) .

أما العرف الشامل فهو العرف الذى يحكم علاقات الافراد فى الدولة كلها بغض النظر عن الاقليم أو الطائفة أو المهنة التى ينتمى اليها الفرد . وقد كان العرف فى الماضى عرفا شاملا بهذا المعنى . فالعرف أسبق فى النشأة من التشريع(٢٧١) .

ولذلك فان القواعد التى كانت تخاطب الناس كافة كانت بالضرورة قواعد عرفية ، وكان يساعد على ذلك ضآلة حجم الدولة وقلة عدد سكانها .

أما فى الدول الحديثة كتلك التى نعيش فيها ، فانه من الصعب تصور

---

(٢٧٠) راجع فى هذه التفرقة :
J. Dabin, Théorie générale du droit, op. cit., p. 18.

(٢٧١) F. Gény, Méthode d'interprétation, p. 319

(٢٧٢) H. Capitant, Introduction. op. cit., p. 32.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

نشأة عرف شامل يحكم سلوك المواطنين جميعا ٠ لأن العرف يبدأ بسلوك فرد واحد أو مجموعة من الأفراد ، ثم يتواتر بطريق المحاكاة والتقليد ٠ ومن الصعب تصور انضمام معظم الناس الذين يعيشون حياة مستقلة في مجتمعات واسعة الى السلوك الذى بدأه واحد أو مجموعة صغيرة منهم(٢٧٢) ٠ ولذلك فان العرف بحكم كيفية تكوينه ، ترك الميدان للتشريع ، لوضع القواعد القانونية الشاملة التى تخاطب المواطنين كافة ٠ وقد حدث تراجع العرف امام التشريع في كل المجتمعات الحديثة بما في ذلك المجتمعات التى اشتهرت بأن قانونها ذا طابع عرفى مثل انجلترا أو الولايات المتحدة(٢٧٣) ٠

ومع ذلك فليس من المستحيل أن ينشأ عرف شامل بالمعنى السابق ذكره ، وان كانت المجتمعات الأكثر ملاءمة لنشأة العرف هى المجتمعات الصغيرة المغلقة كالطوائف والمهن والاقاليم ٠

والعرف الذى ينشأ داخل هذه المجتمعات يستمد اسمه منها فهو اما عرف طائفى خاص بطائفة معينة كالتجار ، أو عرف مهنى خاص بمهنة معينة كالمحاماة ، أو عرف اقليمى خاص باقليم معين كمدينة الاسكندرية ٠٠٠ الخ ٠ والمجتمعات الصغيرة المغلقة على نفسها فى مواجهة التأثيرات الخارجية ، هى أصلح بيئة لنشأة العرف بعنصريه المادى والمعنوى على السواء ٠ بل أن العنصر المعنوى الذى يجعل من الاعتياد المادى قانونا ملزما يحتاج أكثر من العنصر المادى الى جماعة متناسقة فيما بينها ، قادرة بحكم هذا التناسق على تكوين عقيدة واحدة حول الطبيعة الالزامية للسلوك المعتاد(٢٧٤) ٠

ويلاحظ أن زيادة أهمية التشريع على العرف فى العصر الحديث ، تتصل

---

(٢٧٣) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 324-325.

(٢٧٤) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 325.
وقد خصص جنى صفحات طويلة فى دراسة ما أسماه النطاق الاجتماعى والجغرافى للعرف ، قاصدا من ذلك اثبات أن العرف الاقليمى أو الطائفى أو المهنى لا يتعارض مع النظرية العامة للقانون ، حيث لا يوجد فى هذه النظرية مبدأ جامد عن الوحدة القانونية للدولة ٠ راجع فقرة ١٣٢ ، ص ٣٧٥ - ص ٣٨٣ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فقط بنطاق تطبيق كل منهما ، وليس بالقوة الملزمة لأى منهما . وسنزيد هذه المسألة ايضاحا فى المبحث الثانى من هذا الفصل .

٢ - اركان العرف

يتضح من تعريف العرف السابق ذكره ، انه يقوم على ركنين أساسيين، أولهما ركن مادى هو ركن الاعتياد ، والثانى ركن معنوى هو ركن الشعور بالالزام . وندرس هذين الركنين فيما يلى ، كما ندرس كذلك ما يسميه « جنى » بالشرط السلبى وهو عدم مخالفة العرف للنظام العام والآداب .

١٢٩ - الركن المادى :

الركن المادى هو الاعتياد المستمر طويل الأجل . والركن المادى هو الكيان المادى للعرف substratum وهو يفترض مجموعة متواترة من التصرفات أو الأفعال الايجابية ، أو السلبية ، القادرة على تكوين رابطة متميزة من روابط الحياة الاجتماعية والصالحة فى نفس الوقت للاقتران بجزاء قانونى .

والاعتياد ينبغى أن ينطوى على تكرار مستمر لا ينقطع ولا يتخلف بما يؤكد قوته واستقراره . ومن هذا القبيل حقوق الارتفاق القانونية للجوار ، كحق المجرى ، وحق المسيل ، وحق الشرب ، وحق المرور . فهى وان كانت مقررة الآن فى التشريع تحت اسم القيود التى ترد على حق الملكية ، الا انها نشأت فى بادىء الأمر عن طريق عادات اتبعها وقبلها الملاك العقاريون. ومن هذا القبيل أيضا حق الزوجة فى فرنسا فى أن تحمل اسم زوجها ، وهو حق نشأ بمقتضى العرف قبل أن يقرره قانون ٦ فبراير سنة ١٨٩٣(٢٧٥) .

ومن العادات المرعية فى مصر قيام الزوجة بتأثيث منزل الزوجية مما يسمح بالقول بوجود عرف فى اعتبار الأثاث مملوكا للزوجة - على الأقل - بين المسلمين(٢٧٦) . وفى القانون التجارى أمثلة كثيرة على عادات مستمرة

---

(٢٧٥) F. Gény, Méthode interprétation, T. 1, pp. 327, 357.

(٢٧٦) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، ص ٨٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أدت الى نشأة عرف تجارى . كالعرف الذى جرى على أن التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيرا ناقلا للملكية(٢٧٧) . والقواعد الخاصة بالحسابات الجارية فرضتها الاوساط التجارية فى فرنسا رغم مقاومة المحاكم لها بعض الوقت(٢٧٨) ، وهى أيضا مقررة فى مصر بمقتضى العرف . وهناك أيضا القاعدة التى تقرر التضامن بين المدينين فى المعاملات التجارية على خلاف القانون المدنى الذى يقرر أن التضامن لا يفترض بل يكون بمقتضى اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) . ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة النقض من وجود سنة مستقرة على جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وعلى أن تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال فى المعاملات التجارية كاستثناء من القاعدة الآمرة فى القانون المدنى(٢٧٩) . وقد أقر التقنين المدنى هذا العرف التجارى صراحة (م ٢٣٢ ، م ٢٣٣) . ومن هذا القبيل العرف التجارى فى أن القطع على سعر العقود مقيد بأن يكون السعر نتيجة تعامل فعلى فى البورصة وليس سعرا اسميا وضعته الحكومة(٢٨٠) . وقد أخذ المشرع بهذا العرف بمقتضى القانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٩ المعدل للمرسوم بقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٣٩ . ومن هذا القبيل العرف فى البيوع البحرية(٢٨١) ، وفى معاملات القطن(٢٨٢) .

---

(٢٧٧) نقض مدنى ١٩٦٦/١/١١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٨٦ ، راجع مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ١٩٧١ ، ص ٢٨ .

(٢٧٨) Pulby, La coutume et son rôle en matière de compte courant, Thèse, Paris, 1924.

(٢٧٩) نقض ١٩٦٣/٦/٢٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٩٤٦ .

(٢٨٠) نقض ١٩٦١/١/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٢ ، حكمان ، ص ٦٠ ، ص ٧٢ ، نقض ١٩٦١/١٢/٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٢ ص ٧٦٥ ، نقض ١٩٦٢/١/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٣ ، ص ١١٥ ، نقض ١٩٦٢/٢/١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٣ ، ص ١٤٨ ، نقض ١٩٦٣/٤/١١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٥٢٩ ، نقض ١٩٦٤/٢/٢٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٢٧١ .

(٢٨١) نقض مدنى ١٩٥٢/٤/٣ ، مجموعة احكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ١١٨٣ ، فقرة ٦ .

(٢٨٢) نقض مدنى ١٩٢٨/٦/٢٢ ، مجموعة احكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ٩٢٩ ، رقم ١ ، نقض ١٩٥٣/٥/٢١ ، مجموعة احكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ٩٢٩ ، نقض ١٩٥٣/٦/٢٥ ، مجموعة احكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ٩٣١ ، رقم ٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ومن قبيل العرف فى نطاق الاجراءات القضائية ، اعتبار صفة المحامى فى تحرير صحيفة افتتاح الدعوى أو عريضة الاستئناف واعلانها للخصم متوافرة قبل اعطائه التوكيل من صاحب الشأن(٢٨٣) . ومن هذا القبيل ما جرى عليه عرف بعض المحاكم بتقدير اتعاب المحاماة التى يستحقها المحامى قبل موكله اذا لم يكن قد اتفق معه على اتعابه(٢٨٤) .

أما اذا لم يتحقق الاعتياد الدائم المستمر فان العرف لا يكون قد تكون من الناحية المادية . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يوجد عرف فى مصر على أن الزوج هو وكيل عن زوجته فى معاملاتها المالية لمجرد كونه زوجا « اذ ليس ثابتا وجود عرف مستقر فى هذا الخصوص »(٢٨٥) .

والمقصود باستقرار التواتر والاعتياد هو أن يكون متبعا بطريقة لا خروج فيها ولا تناقض من جانب الاشخاص الذين لهم مصلحة فى انكار العرف(٢٨٦) .

ولكن لا يشترط أن يكون السلوك المعتاد صادرا عن جميع الناس بغير استثناء . فالاجماع مستحيل . ولذلك يكفى أن يكون صادرا من معظم الناس(٢٨٧) . وفى هذا يتشابه العرف مع التشريع ، اذ يكفى فى أى منهما اتجاه الاغلبية دون اشتراط الاجماع . ومع ذلك فيكفى فى الأغلبية المشترطة فى اصدار التشريع أن تكون مطلقة أى أكثر من نصف الحاضرين بصوت واحد . أو ان تكون أغلبية ثلثى أعضاء المجلس فى الحالات الخطيرة كما فى تعديل الدستور مثلا . أما الأغلبية المطلوبة فى تكوين العرف بطريق الاعتياد

---

(٢٨٣) نقض مدنى ١٨/٤/١٩٣٥ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص٩٤٨ ، رقم ١ .

(٢٨٤) نقض مدنى ١٤/٦/١٩٣٤ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص ٩٥٠ رقم ١١ .

(٢٨٥) نقض مدنى ٦/٣/١٩٥٢ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، ج ٢ ، ص١٢٣٤ ، رقم ٦ .

(٢٨٦) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 358

(٢٨٧) H. Kelsen, Théorie pure, p. 308.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فهى لا تقبل هذا التحديد الحسابى(٢٨٨) . ولذلك يكتفى بالقول انها الأغلبية الساحقة . والمقصود بذلك أن تكون الأغلبية أقرب الى الاجماع ، حتى يمكن استخلاص وجود قاعدة عرفية واضحة من هذا المصدر الذى لا يتسم عادة بالوضوح .

وبجانب الاستمرار فان الاعتياد المكون للعرف ينبغى أن يكون لمدة طويلة . ولا يمكن مقدما تحديد المدة اللازمة لتكوين العرف برقم معين ، فان ذلك يتوقف على نوع العلاقة التى تحكمها القاعدة الناشئة . ويوجد نص فى القانون الكنسى يجعل المدة اللازمة لتكوين العرف هى نفس المدة اللازمة لتكوين التقادم . ولكن لا يمكن الأخذ بهذا النص فى القوانين الحديثة رغم وجود وجوه حقيقية للمقارنة بين تكوين العرف وبين تكوين التقادم(٢٨٩) .

والشرط الأخير من شروط الركن المادى هو أن يكون الاعتياد مشهورا وشائعا بحيث يمكن التحقق من وجود العرف بطريقة لا تدع مجالا للشك .

ولكن الاعتياد المشهور المستمر طويل الأجل لا يكفى بمفرده لتكوين العرف ، بل يجب أن يضاف اليه ركن معنوى ، يجعل من هذا الاعتياد قاعدة قانونية .

١٣٠ - الركن المعنوى :

الركن المعنوى هو ركن نفسى غير مادى ، ويقصد به احساس الاشخاص الذين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا . ويطلق على هذا الركن opinio juris seu necessitatis ، والكلمة الأخيرة فى هذا التعبير تفيد فكرة الالزام(٢٩٠) .

والركن المعنوى هو الذى يحول واقعة السلوك المعتاد الى قاعدة قانونية مؤداها ضرورة اتباع هذا السلوك . والركن المعنوى هو الذى يتضمن الأمر ،

---

(٢٨٨) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 358.

(٢٨٩) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 359.

(٢٩٠) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1. p. 360.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أى تحديد ما ينبغى أن يكون SOLLEN طبقا لما هو كائن SEIN وهو السلوك المعتاد ٠

وبمقتضى الركن المعنوى فان العرف يصبح قاعدة مفروضة imposé بواسطة تصرف ارادى فردى وجماعى فى نفس الوقت ٠ وهذا التصرف الارادى هو الذى يتضمن القاعدة القانونية العرفية(٢٩١) ٠

فالركن المادى السابق دراسته ينطوى على أفعال ووقائع لا تكفى بمفردها لتكوين قاعدة قانونية ٠ لأن القاعدة أمر لا فعل ٠ أما الركن المعنوى فهو الذى يكون القاعدة القانونية ، لأنه يفرض القيام بذات الفعل الذى يتكون منه الركن المادى ، أى يعطى الأمر باتباع ذات السلوك الذى اعتاده الآخرون ٠

ومن الممكن أن نقارن بين الركن المادى والركن المعنوى ، على ضوء المقارنة بين الحق والقانون ٠ فالركن المادى هو مباشرة لسلطات الحق من ناحية صاحبه واحترام هذا الحق من ناحية الآخرين ٠ أما الركن المعنوى فهو القاعدة القانونية التى تحدد سلطات الحق وتفرض احترامه(٢٩٢) ٠

واذا كان الركن المعنوى هو الذى يجعل من الاعتياد قاعدة قانونية ، الا أن الركن المعنوى la conviction juridique ليس شعورا غامضا entité mystérieuse كما تريد أن تصوره المدرسة التاريخية ، وانما هو عمل ارادى خلاق صادر عن الارادات الأولى التى فرضت اتباع السلوك المعتاد(٢٩٣) ٠

والتصرف الارادى الذى يخلق القاعدة العرفية لا يعتبر عقدا صريحا أو ضمنيا بين الأفراد الذين يمارسون السلوك المعتاد ، لأنه من المتصور أن

---

(٢٩١) H. KELSEN, Théorie pure, p. 304;
Del Vecchio, Philosophie du droit, p. 305.

(٢٩٢) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 361.

(٢٩٣) DEL VECCHIO, Philosophie du droit, pp. 305-306;
F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1 p. 363.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يوجد هذا السلوك قبل وجود الافراد الذين يلتزمون باتباعه أو حتى مع وجود هؤلاء الافراد اذا لم يشارك بعضهم فى تكوينه • ولذلك فالصحيح أن التصرف الارادى الذى يفرض القاعدة العرفية هو أمر مفروض وليس عقد(٢٩٤) •

والارادة اللازمة لتكوين القاعدة العرفية ، هى ارادة الاشخاص المخاطبين بهذه القاعدة دون غيرهم • وبصفة خاصة لا يشترط فى تكوين العرف وجود ارادة ضمنية باقرار العرف من جانب الجهاز المختص بوضع التشريع وفقا للدستور • ولا يشترط كذلك وجود ارادة ضمنية أو صريحة باقرار العرف من جانب الجهاز المختص بتطبيق القانون وهو الجهاز القضائى • وسندرس هذه المسألة بالتفصيل فى المبحث الثانى من هذا الفصل •

واذا كان الركن المعنوى هو الذى يحول الاعتياد المادى الى قاعدة قانونية ، فهو أيضا الذى يسمح بالتمييز بين العرف من ناحية ، وبين عادات الحياة usages de la vie من ناحية أخرى • ذلك أن سلوك الأفراد فى المجتمع تحكمه عادات كثيرة ليس لها صفة قانونية ملزمة • ومن هذا القبيل عادة تقديم الهدايا فى المناسبات والاعياد ، وعادات بعض العائلات الثرية أو الميسورة فى اعطاء دوطة أو باثنة الى البنت عند زواجها(٢٩٥) ، وعادة اعطاء بعض المنح فى مناسبات لا يوجد التزام قانونى باعطائها فيها(٢٩٦) •

والركن المعنوى هو الذى يسمح كذلك بالتمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية •

١٣١ ـ العادات الاتفاقية : Usages conventionnels

الفارق الأساسى بين العرف وبين العادة الاتفاقية ، يوجد فى أن العرف يجمع بين الركنين المادى والمعنوى ، بينما العادة تتكون من الركن المادى وحده ، وهو ركن الاعتياد المستمر الطويل ، دون أن تقترن بالركن المعنوى

---

(٢٩٤) H. KELSEN, Théorie pure, p. 308.

(٢٩٥) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 361-362.

(٢٩٦) نقض مدنى ٢٤/١/١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٨٠٤ ، نقض ١٩٦٤/١/٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٣٨ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهو الاعتقاد القانوني في ضرورة اتباع هذا الاعتياد على وجه الالزام القهري . وصاحب اصطلاح العادات الاتفاقية هو العلامة « جني »(٢٩٧) . وهو يعبر عنها باصطلاح آخر هو العادات الارادية usages volontaires للدلالة على انها تستمد قوتها من ارادة المتعاملين . ويعبر عنها التقنين الفرنسي أحيانا باصطلاح العادات المحلية usages locaux وأحيانا أخرى باصطلاح العرف وهو تعبير غير صحيح . ويمكن التعبير عنها كذلك باصطلاح العادات الجارية في المعاملات usages de la vie des affaires وهي توجد بصفة خاصة في نطاق العقود . وتقوم هذه العادات بتفسير أو تكملة ارادة المتعاقدين .

وقد كان الفقه الفرنسي في غالبيته يخلط ، قبل دراسات « جني » ، بين العرف والعادة ، فيعتبر العادة نوعا من العرف ، أو يعتبر العادة مرادفة للعرف . ونظرا لأن العادة تستمد قوتها الملزمة من احالة التشريع اليها في نصوص كثيرة ، فان هذه النصوص كانت تعتبر هي ايضا أساس القوة الالزامية للعرف .

ويلاحظ أن المشرع المصري ، لا زال يخلط في كثير من نصوص التقنين المدني بين اصطلاح العرف واصطلاح العادة كما يفعل التقنين الفرنسي أيضا ، فيحيل في تكملة وتفسير بعض العقود الى العرف ، بينما هو يقصد الاحالة الى العادات الاتفاقية . ومن هذا القبيل المادة ٩٥ في تكملة العقد ، والمادة ٤٢٢ في بيع المذاق ، والمادة ٤٢٣ في تحديد ثمن البيع ، والمادة ٤٣٢ في تحديد ملحقات الشيء المبيع ، والمادة ٤٥٨ في استحقاق البائع لفوائد الثمن ، والمادة ٤٦٢ في تحديد من يتحمل نفقات عقد البيع ، والمادة ٤٦٣ في تحديد زمان ومكان تسليم المبيع ، والمادة ٤٦٤ في تحديد من يتحمل نفقات تسليم المبيع .. الخ .

وكذلك فان القضاء المصري لا زال يخلط في بعض أحكامه بين العادة والعرف . وهو خلط لفظي في بعض الأحيان ، وموضوعي في أحيان أخرى .

---

(٢٩٧) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 418.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومن قبيل الخلط اللفظى ما قررته محكمة النقض من انه لا غبار على محكمة الموضوع « اذ هى أطرحت العرف التجارى أخذا باتفاق المتعاقدين »(٢٩٨) · والمقصود بالعرف التجارى هنا هو العادات التجارية · ومن قبيل الخلط اللفظى أيضا ما قررته محكمة النقض من أن « لقاضى الموضوع أن يتحرى نية العاقدين من أى طريق يراه وليس عليه أن يرجع فى ذلك الى العرف الا اذا كان القانون لا يوجد فيه نص يحكم العقد أو كان العقد ليس فيه ما يكشف عن قصد المتعاقدين منه أو كان ذلك مبهما فيه »(٢٩٩) · والمقصود بالرجوع الى العرف فى هذا الحكم هو الرجوع الى العادات الاتفاقية المفسرة لارادة المتعاقدين ·

أما الخلط الموضوعى فهو الأكثر خطورة ، وهو الذى يؤدى الى توحيد النظام القانونى لكل من العرف والعادة رغم وجوب التفرقة بين آثار كل منهما · ومن قبيل الخلط الموضوعى ما قررته محكمة النقض من أن اثبات العرف أمر من أمور الموضوع التى لا شأن لمحكمة النقض فيها(٣٠٠) · وهذا الحكم صحيح بالنسبة للعادات الاتفاقية ، ولكنه غير صحيح بالنسبة للعرف ، كما سنرى ·

ولكن رغم الخلط الذى يقع فيه المشرع والقضاء ، فان الفقه المصرى فى اجماعه يشايع « جنى » فى التفرقة بين العرف والعادة(٣٠١) · واتجاه الفقه هو الاجدر بالتأييد ·

---

(٢٩٨) نقض مدنى ١٩٤٧/١٢/٤ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص٣٦٩، فقرة ١٤٧ ·

(٢٩٩) نقض مدنى ١٩٤٠/٣/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص٨٤٧، فقرة ٩٩ ، أنظر من قبيل الخلط اللفظى بخصوص وقت تسليم المبيع ، نقض ١٩٣٨/٢/٣ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٣٥٣ ، فقرة ٥٧ ·

(٣٠٠) نقض ١٩٣٥/١٠/٣١ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ١٠٣ ، فقرة ٤٤ ، فى نفس المعنى ، نقض ١٩٥٧/٤/١٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٨ ، ص ٤٢٦ ·

(٣٠١) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، ص ٧٨ ، محمد على عرفه ، مبادىء العلوم القانونية ، ١٩٤٢ ، ص ٥٣ وما بعدها ، حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٣٣٧ وما بعدها ، شمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ، ص ٣٤٧ وما بعدها ، عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، ١٩٦٦ ، ص ١٩٩ وما بعدها ، محمود جمال الدين

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وأول ما تجب ملاحظته أن العادة الاتفاقية تلعب دورا غير منكور في المعاملات القانونية للافراد . فهى تكمل وتفسر العقود ، وكل التصرفات الارادية الأخرى ولو كانت من جانب واحد، كالوصية(٣٠٢)، والوقف(٣٠٣) .

ومع ذلك فان العادة لا تلعب هـذا الدور الا على أساس اتجاه ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية الى الأخذ بها . ولذلك فان العادة تستمد قوتها الملزمة من اتجاه ارادة أصحاب الشأن اليها وليس من التزام هذه الارادة بها . وفى هذا يكمن الفارق الجوهرى بينها وبين العرف . فبينما العرف يعبر عن قاعدة قانونية مفروضة على الارادات الفردية ، فان العادة تعبر عن حل اختيارى لا يعمل به الا اذا اتجهت اليه هذه الارادات اتجاها اختياريا . ولهذا السبب توصف العادة بأنها اتفاقية ، أى انها لا تطبق الا اذا اتفق عليها المتعاقدان . ولعل الاصح أن توصف بأنها ارادية لأن تطبيقها لا يقتصر فقط على العقود ، بل يمتد كذلك الى كل التصرفات الارادية سواء كانت عقدية أو تصرفات من جانب واحد . ومع ذلك فان وصف العادة بأنها اتفاقية هو صحيح أيضا ، وهو من باب تسمية الكل باسم الجزء .

ولكن المهم هو أن دور العادة لا يختلف فى شىء عن دور أى ظرف آخر من شأنه أن يكشف عن الارادة الخاصة للافراد ، كظرف الزمان أو المكان أو الغرض من التعاقد أو المركز الشخصى للأطراف .. الخ .

بل أن العادة بالمعنى الصحيح لا تختلف بذلك من حيث قيمتها عن أى عادة خاصة تجرى بين طرفى العقد بالذات . فكل منهما لا يتخطى دوره، تفسير ارادة المتعاقدين(٣٠٤) .

زكى ، دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ، ١٩٦٩ ، ص ١٢١ وما بعدها ، منصور مصطفى منصور ، نظرية القانون ، ١٩٥٩ ، ص ١٣٦ وما بعدها ، عبد المنعم البدراوى ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ ، بيروت ، ص ٣١٧ وما بعدها ، عبد الحى حجازى ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ١٩٦٦ ، ص ٣٠٨ وما بعدها ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ٢٩٧ وما بعدها .

(٣٠٢) Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 419.

(٣٠٣) راجع دور العادة فى تفسير ارادة الواقف ، نقض مدنى ١٩٥٧/٦/١٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٨ ، ص ٥٨٨ .

(٣٠٤) Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 424.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فالعادة اذا كانت تشبه العرف في ركنه المادي ، وهو اعتياد الناس المستمر طويل الأجل ، الا أنه نظرا لافتقارها الى العنصر المعنوي وهو عنصر الالزام فان قيمتها لا تتخطى قيمة العادة الخاصة بين أصحاب الشأن ·

والعادة الاتفاقية تقف في مركز وسط بين عادات الحياة usages de la vie التي أشرنا اليها في الفقرة السابقة ، وبين العرف · وهي تقترب من العرف في عنصره المادي وهو عنصر الاعتياد · وتقترب من عادات الحياة في انعدام قيمتها القانونية الذاتية · ويرى « جني » ان اقترابها الى عادات الحياة أكثر من اقترابها الى العرف(٣٠٥) ·

وقد يقال ان هناك وجها للشبه بين العادات الاتفاقية وبين القواعد التشريعية المفسرة أو المكملة ، من حيث أن الأمر يتعلق في الحالتين بتفسير أو تكملة ارادة المتعاقدين · ولكن هذا التشبيه غير صحيح ، لأن قواعد التشريع المفسرة هي قواعد قانونية ملزمة · وان كان من شروط تطبيقها عدم اتجاه ارادة المتعاقدين الى استبعادها ، الا انه ليس من شروط تطبيقها اتجاه ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها · على عكس العادات الاتفاقية ، فهي ليست قواعد قانونية ملزمة ، بل هي تصبح ملزمة فقط اذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها صراحة أو ضمنا · وبتعبير آخر فانه في حالة عدم وجود ارادة متجهة الى الأخذ أو الترك فان القاعدة التشريعية المفسرة تطبق ، أما العادة الاتفاقية فلا تطبق(٣٠٦) ·

ويمكن بطريق القياس التفرقة بين العادة الاتفاقية من ناحية ، وبين العرف المفسر أو المكمل من ناحية أخرى · فالعرف كما يكون آمرا ، يجوز أن يكون مكملا أو مفسرا(٣٠٧) وقد تدق التفرقة بين العرف المكمل أو المفسر ، وبين العادة الاتفاقية · ولكن يظل الفارق بينهما واضحا في أن العرف المكمل ينطبق ما لم تتجه ارادة المتعاقدين الى استبعاده ، أما العادة الاتفاقية ،

---

(٣٠٥) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 432.

(٣٠٦) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 423 et s.

(٣٠٧) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 361 et 425.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فلا تطبق الا اذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها(٣٠٨) .

وتترتب على الاختلاف فى الطبيعة بين العرف والعادة عدة فروق هامة نوجزها فيما يلى(٣٠٩) :

١ - من ناحية الاثبات ، فان العرف يفترض علم الكافة به ، وفى مقدمتهم القاضى الذى يلتزم بتطبيقه من تلقاء نفسه . أما العادة فهى عنصر من عناصر الواقع ، ولذلك يجب على من يتمسك بها أن يقدم الدليل على وجودها وعلى مضمونها . وسندرس هذه المسألة بتفصيل أكبر فيما بعد .

٢ - من ناحية التكوين الخاص لكل منهما ، فان العرف ينطوى على العنصر المعنوى الذى يجعل منه قاعدة قانونية ملزمة . ولذلك فلا يشترط تطبيقه ، سواء كان عرفا آمرا أو عرفا مفسرا أن يكون معلوما من الأشخاص المخاطبين به ، بل هو ينطبق حتى ولو ثبت جهل أصحاب الشأن به جهلا تاما . أما العادة فهى لافتقارها الى عنصر الالزام القانونى ، لا تكون جائزة التطبيق الا اذا كانت معلومة من أصحاب الشأن ، أو كان من الممكن افتراض علمهم بها ، فهى تستمد قوتها من رضائهم . ولا رضاء بغير علم .

٣ - من ناحية التعارض المحتمل بين العادة أو العرف وبين التشريع . فبينما يثير التعارض بين العرف والتشريع جدلا كبيرا حول قدرة العرف على الغاء التشريع أو عدم قدرته على ذلك ، وهو موضوع سندرسه تفصيلا فى المبحث الثالث من هذا الفصل ، فانه لا يوجد أدنى شك فى أن العادة لا تستطيع أن تلغى التشريع .

---

(٣٠٨) قارن : مارتى ورينو ، حيث يذهبان الى التسوية بين العرف المكمل وبين العادة الاتفاقية . المرجع السابق جـ ١ ، ص ١٩١ . ولكن حجتهما تعتمد على ان المشرع يحيل فيها الى العادات الاتفاقية ، فتصبح واجبة التطبيق بغض النظر عن وجود ارادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين . ولكن هذه الحجة لا تجدى فى الحالات التى لا يحيل فيها المشرع الى العادة الاتفاقية . وغنى عن الذكر أن احالة المشرع الى العادات الاتفاقية من شأنه أن يغير طبيعتها على النحو الذى سنذكره فى المتن فى موضعه .

(٣٠٩) راجع فى هذه الفروق :

F. Gény, Méthode d'interprétation, T. I, p. 425 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومع ذلك فانه بالنسبة للنصوص التشريعية المفسرة التى يجوز للأفراد الخروج عنها بمقتضى الاتفاق ، فانه يجوز لهم أيضا الخروج عليها بمقتضى العادات الاتفاقية ، اذ أن هذه العادات كما سبق أن ذكرنا ليست سوى وسيلة من وسائل تفسير وتكملة ارادة المتعاقدين ، وسواء انصرفت الارادة التعاقدية الى الأخذ بهذه العادات صراحة أو ضمنا . فان الخروج على القواعد التشريعية المفسرة ، كما يجوز أن يكون صريحا ، يجوز أن يكون ضمنيا .

ولكن خروج العادات الاتفاقية على القواعد التشريعية المفسرة لا يؤدى الى الغائها ، وانما يؤدى فقط الى عدم تطبيقها فى الحالات التى تتجه ارادة المتعاقدين الى الأخذ بهذه العادات .

٤ ـ من ناحية رقابة محكمة النقض ، بينما يخضع قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض فى تطبيق العرف باعتباره قاعدة قانونية ، فانه لا يخضع لهذه الرقابة فى تطبيق العادات الاتفاقية ، لأنها عنصر من عناصر الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

١٣٢ ـ تحول العادة الى عرف :

من المتصور أن تكتسب العادة قوة أكثر من قوتها الحقيقية . ومن المتصور أن يؤدى ذلك الى تحولها الى عرف أى الى قاعدة قانونية . ونبادر الى استبعاد فرض يذهب البعض الى انه يؤدى الى تحول العادة الى عرف . وهو الفرض الخاص بوجود نص فى التشريع يقرر الأخذ بالعادات الاتفاقية فى تكملة أو تفسير ارادة المتعاقدين فى بعض المسائل الخاصة . فيقال انه فى هذه الحالة يرتفع المشرع بالعادة الى مستوى العرف . ويقال ان العادة فى هذه الحالة تصبح عرفا مكملا أو مفسرا لارادة المتعاقدين ، وانها تصبح واجبة التطبيق لمجرد احالة المشرع اليها دون حاجة الى اتجاه ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية الى الأخذ بها ، وهو ما يعنى انها اصبحت كالعرف تنطبق استقلالا عن ارادة أصحاب الشأن(٣١٠) . ومع ذلك فلا يمكن قبول

---

(٣١٠) Marty et Raynaud, T. 1. p. 191.
وفى نفس المعنى : سليمان مرقس ، المدخل ، ص ٢٩٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذا الرأى لأنه يجعل التشريع هو أساس القوة الملزمة للعرف ، أو على الاقل يجعل للتشريع دورا حاسما فى تكوين بعض قواعد العرف • واذا أخذنا بهذا المنطق لقلنا أن العرف يتكون أحيانا بأمر صادر من المشرع • كالأمر الذى يحول العادة الى عرف ، وهذ ما لا يمكن التسليم به ، اذ انه ينطوى على خلط بين العرف والتشريع • وقد سبق أن أكدنا أن العنصر المعنوى فى العرف ، وهو عنصر الالزام ، لا يستمد ، لا من التشريع ، ولا من ارادة المحاكم ، ولكنه يستمد من ارادة الأشخاص الذين خلقوا العرف بسلوكهم المتواتر المعتاد • وسيتضح لنا أكثر فى المبحث الثانى من هذا الفصل أن العرف لا ينشأ عن طريق التشريع •

ولذلك يجب القول ان العادات الاتفاقية التى يحيل اليها التشريع ويأمر بتطبيقها ، تصبح واجبة التطبيق بمقتضى هذه الاحالة ذاتها باعتبارها قاعدة تشريعية مفسرة ، وليس باعتبارها قاعدة عرفية مفسرة • فالمشرع يخلق التشريع ، ولكنه لا يخلق العرف • وهكذا ترتفع قيمة العادة الاتفاقيه بمقتضى الاحالة التشريعيـة الى مستوى القاعـدة التشريعية المفسرة ، وتتغير بذلك طبيعتها ، بعد أن كانت مجرد عنصر من عناصر الواقع ، أصبحت قاعدة قانونية تشريعية ملزمة •

ولكن العادة يمكن أن تتحول الى عرف حقيقى لا عن طريق المشرع ولكن عن طريق الاشخاص الذين يراعونها فى سلوكهم • فكلما استقرت العادة ، وانفصلت عن الارادة الشخصية للمتعاقدين ، وأصبحت أكثر اتصالا بالارادة الجماعية ، كلما سارت فى طريق التحول الى عرف • ويتحقق هذا التحول كاملا عندما تحل ارادة جماعية مشتركة محل الارادات الفردية ، فى الاعتقاد بالقيمة القانونية للعادة • وهكذا تنعزل العادة عن الارادة الشخصية للافراد لترتفع أخيرا كقاعدة قانونية لها قيمتها الذاتية التى تستمدها من القوى الاجتماعية التى تفرض كل قاعدة عرفية أخرى(٣١١) •

وباختصار فان العادة تتحول الى عرف عندما تستكمل العنصر المعنوى للعرف وهو العنصر المعنوى السابق دراسته •

---

(٣١١) Gény, Méthode d'interprétation, T. I, pp. 429-432.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٣٣ - هل يشترط عدم مخالفة العرف للنظام العام والآداب ؟ الوضع الصحيح للمسألة :

يذهب البعض الى أن العرف ينبغى أن يكون غير متعارض مع المبادىء الأساسية التى يقوم عليها النظام القانونى للمجتمع ، أو بتعبير آخر غير متعارض مع النظام العام والآداب • والمقصود بهذا الشرط السلبى هو ضمان عدم تطبيق القواعد العرفية المعارضة للعقل irrationnelles أو المعادية للمجتمع anti-sociales وقد حاول « جنى » ضرب مثل على عرف من هذا القبيل ، فلم يجد الا مثلا احتماليا هو أن تتحول عادة المبارزة الى عرف • فيتعين القول حينئذ أنه عرف مجرد من القيمة القانونية لمعارضته لضرورات اجتماعية أكثر سموا من تلك التى أدت الى نشوئه(٣١٢) •

وفى تقديرنا أن المسألة عرضت بطريقة غير صحيحة mal posée ، لأنه متى سلمنا بأن العرف هو قانون ، فانه من غير المتصور أن يكون القانون متعارضا مع النظام العام والآداب فى المجتمع ، ولكن من المتصور فقط أن يكون متعارضا مع قانون آخر أعلى منه فى الدرجة • وقد درسنا من قبل مبدأ تدرج التشريع(٣١٣) • وهـذا المبدأ لا ينطبق على التشريع بمفرده ، ولكنه ينطبق على جميع القواعد القانونية أيًا كان مصدرها • ومؤدى هذا المبدأ أنه لا يجوز لقاعدة قانونية أدنى أن تخالف قاعدة قانونية أعلى منها فى الدرجة •

والقواعد القانونية التى من درجة واحدة قد تكون قواعد عرفية ، وقد تكون قواعد تشريعية • وطبقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية ، فانه يشترط لصحة العرف أن يكون غير متعارض مع قاعدة قانونية أعلى منه فى الدرجة ، سواء كانت هذه القاعدة تشريعية أم عرفية • فاذا كانت القاعدة القانونية العرفية غير متعارضة مع أى قاعدة قانونية أعلى منها فى الدرجة ، فانه لا يمكن القول بعدم صحتها على أساس تعارضها مع العقل أو العدل أو غير ذلك من المبادىء غير الوضعية • فكما أن التشريع يجوز الطعن فيه بعدم الدستورية ،

---

(٣١٢) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. I, p. 371 et s.

(٣١٣) راجع ما سبق ، فقرة ١٠١ وما بعدها •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن لا يجوز الطعن فيه بعدم الموافقة للمبادىء العامة غير الوضعية(٣١٤) — فان العرف بالمثل يجوز الطعن فيه بعدم الدستورية ، أو عدم القانونية — وذلك بحسب درجته — ولكن لا يجوز الطعن فيه بعدم الموافقة للمبادىء العامة غير الوضعية .

وعلى هذا النحو اذا نشأ عرف ادارى بشأن تنظيم سير أحد المرافق العامة ، فان هذا العرف يساوى فى الدرجة اللوائح التنظيمية . ولذلك فهو لا يكون صحيحا الا اذا كان موافقا للقانون العادى ، وكذلك للقانون الدستورى . فاذا حدثت هذه الموافقة فانه لا يمكن الطعن بعد ذلك فى صحه هذا العرف على أساس عدم موافقته لمبادىء أخرى عقلية أو اخلاقيه غير وضعية .

ويلاحظ أن درجة العرف فى القوة يمكن استخلاصها من الركن المعنوى فيه ، وهو ركن الاعتقاد القانونى . فهذا الاعتقاد هو الذى يحول الاعتياد المادى الى قاعدة قانونية ، وهو الذى يحدد قيمة هذه القاعدة فى التدرج الهرمى للنظام القانونى فى مجموعه . وغنى عن الذكر أن الاعتقاد القانونى يتأثر بدوره بالقوة الاجتماعية التى فرضت العرف ، وما اذا كانت هذه القوة قادرة على خلق قواعد عرفية دستورية ، أو قواعد عرفية عادية ، أو قواعد عرفية فرعية .

وبطبيعة الحال فان القاعدة العرفية الدستورية لا يمكن الطعن فى صحتها بأى شكل . أما القاعدة العرفية العادية والعرفية الفرعية ، فهى التى تخضع لمبدأ دستورية العرف ، أو مبدأ قانونية العرف بحسب درجتيا .

وجدير بالذكر أن تدرج القواعد القانونية ، لا يرتبط بكونها قاعدة شاملة أم قاعدة اقليمية أو طائفية أو مهنية(٣١٥) . لأنه متى سلمنا بأنه لا يوجد مبدأ جامد عن الوحدة القانونية(٣١٦) داخل الدولة ، فانه يترتب على

---

(٣١٤) راجع ما سبق ، فقرة ٨١ .

(٣١٥) قارن . حسن كيره ، أصول القانون ، ٣٠ — ص ٣٤٠ .

(٣١٦) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 375-383.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ذلك بالضرورة احتمال سمو بعض القواعد الطائفية أو المهنية أو الاقليمية ، على قواعد أخرى شاملة . وعلى سبيل المثال فان التشريع العادى الذى ينظم مهنة الطب ، يسمو على التشريع الفرعى الذى يضع قواعد البوليس والضبط المتعلقة بالصحة العامة ، رغم أن تشريع مهنة الطب هو تشريع مهنى ، بينما لوائح الصحة هى لوائح شاملة . وما يصدق على التشريع يصدق على العرف .

فالقواعد الاقليمية أو الطائفية أو المهنية ليست قواعد أقل فى القيمة بحسب طبيعتها ، من القواعد الشاملة . ولكنها أضيق فقط فى نطاق التطبيق ، فهى لا تنطبق خارج النطاق الاقليمى أو الاجتماعى الخاص بها(٣١٧) . أما فى حدود هذا النطاق فهى تسمو على القواعد القانونية الشاملة الأقل منها فى الدرجة . بل هى قد تتغلب على القواعد القانونية الشاملة المساوية لها فى الدرجة اذا كان هناك مجال لتطبيق القاعدة التى تقرر أن الحكم العام يتقيد بالحكم الخاص ، كما يحدث عند تغليب العرف التجارى الذى يقرر التضامن بين المدينين على القاعدة التشريعية التى تقرر عدم افتراض التضامن بينهم ، وكما يحدث عند تغليب العرف التجارى الذى يقرر جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، على القاعدة التشريعية الآمرة المقررة فى القانون المدنى والتى لا تجيز ذلك(٣١٨) .

واذا كانت محكمة النقض المصرية(٣١٩) ، قد اخضعت العرف لشروط عدم مخالفته للنظام العام ، فان ذلك يرجع الى انها تخلط بين العرف والعادة فى الكثير من أحكامها . فالعادة باعتبارها عنصراً من عناصر الواقع ، لا تكون

---

(٣١٧) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 382-383.

(٣١٨) نقض مدنى ١٩٦٣/٦/٢٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٩٣٦ ، نقض مدنى ١٩٦٤/٤/٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٤٩٩ ؛ نقض مدنى ١٩٦٤/١٢/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ١٦٣ .

(٣١٩) قضت محكمة النقض بأن الرهبنة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية فى مصر وقد اعترفت به الحكومة المصرية .. فالراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال ليثقف ويربى وفقا لأحكام الدين على حساب الدير وهو راض بالنظام الكنسى القاضى بأن كل مايصيب الراهب من رزق لا يملك فيه شيئا بل يكون ملكا للكنيسة . ولما كان هذا الذى جرى العرف الكنسى عليه ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادىء النظام العام ... » (نقض مدنى

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واجبة الاتباع الا اذا كانت موافقة للنظام العام والآداب ، أما العرف باعتباره قانونا ، فلا تتصور مخالفته للنظام العام والآداب ، ولكن يشترط لصحته أن يكون غير مخالف لقانون آخر أعلى منه فى الدرجة أيا كان مصدره ، التشريع أو العرف أو القضاء .

٣ - اثبات العرف

١٣٤ - تطبيق قاعدة أن القانون ليس محلا للاثبات ، على العرف :

تتكون كل خصومة قضائية من عنصرين : الأول هو عنصر الواقع ، والثانى هو عنصر القانون . والحكم الذى يصدره القاضى هو تطبيق القانون على الواقع الذى يثبته الخصوم أمامه . فالخصوم يقومون باثبات الواقع ، وهذا هو محل الاثبات الذى يتحملون عبء القيام به . أما القانون فان القاضى يقضى فيه بعلمه ، فهو مفروض فيه العلم بالقانون ، بل ومن واجبه بحكم وظيفته أن يطبق القانون على النزاع المعروض عليه . وهو لا يستطيع أن يمتنع عن ذلك بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يطبقها ، والا فانه يرتكب جريمة انكار العدالة . وكون القاضى يعلم بالقانون هو مصدر التعبير الشائع الذى يقوله القاضى كثيرا للمحامى « انتقل يا سيدى الى الوقائع فالمحكمة تعلم القانون » ، وهو أيضا مصدر التعبير الأكثر قدما « أعطنى الواقع اعطيك القانون » Da mihi factum, dabo tibis jus (٣٢٠) . وطبقا

١٩٤٢/٥/١٤ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٣٢٤ ، فقرة ٦٥) - ويلاحظ ان هذا الحكم قد اصاب فى اخضاع نظام الرهينة للقانون ، ولكنه لم يصب فى اخضاعه للنظام العام . وقضت محكمة النقض بأن : « الاتفاق بين المصريين على ان تقدم الزوجة بمالها ، تسلم الى الزوج عند الزواج للانتفاع بغلتها فى تحمل أعباء الحياة الزوجية هو فى طابع مالى ، ومن ثم يخضع لحكم القواعد العامة ولا تنصرف اليه ارادة عاقدية اتجاوى بين أفراد الطائفة التى ينتسبون اليها فيما لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام » (نقض مدنى ١٩٥٢/٦/١٢ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ١١٩ ، فقرة ٥٠) . وهذا الحكم صحيح فى انه اخضع نظام الدوطة للنظام العام ، لأن تقديم الدوطة ليس عرفا محضا أو حتى فى فرنسا ، وانما هو مجرد عادة اتفاقية وقد خلط الحكم مجرد خلط بين العرف والعادة ، كما تفعل محكمة النقض كثيرا فى أحكامها . راجع فى ان الدوطة فى فرنسا مجرد عادة لا ترقى الى درجة العرف :

Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 362.

(٣٢٠) et Perrot, op. cit., T. 9, p. 202,
et Rau, op. cit., T. 12, No. 7[illegible] note 3;
. Méthode d'interprétation, T. 1, p. 352.

راجع كتابنا فى النظرية العامة للالتزام ، ص ٤٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبدأ فان القاضى يفترض فيه العلم بالعرف ، وهو يقضى فيه بعلمه ، ولا يطلب من الخصوم اثباته .

وجدير بالذكر أن الاعتراف للعرف بطبيعته القانونية لم يتحقق الا فى وقت قريب ، وقد كان العرف معتبرا منذ عهد المحشيين مجرد واقعة مادية لا يجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه . وكان هدف المحشيين من هذه الفكرة هو جعل العرف المحلى فى منزلة أقل من القانون الرومانى وهو القانون المكتوب أو العقل المكتوب على حد وصفهم له . وقد حدث نفس الشىء أيضا فى القرن التاسع عشر فى فرنسا بفضل مدرسة الشرح على المتون التى كانت لا ترى للقانون الا مصدرا واحدا هو التشريع . وقد نهض الفكر الألمانى ضد هذا الاتجاه ، ثم تابعه فى ذلك الفقه الفرنسى بعد الدراسات التى قام بها « جنى » .

ويرد « جنى » على الحجة التى تقول ان العرف هو مجموعة وقائع ويكون اثباته عن طريق اثبات هذه الوقائع ، بأن هذه الوقائع ذاتها هى التى تكون القاعدة القانونية . والقاعدة القانونية لا تكون محلا للاثبات القضائى حتى ولو كان هى بذاتها ومن حيث وجودها مجرد واقعة . فكل قاعدة قانونية ، تعتبر واقعة من حيث وجودها باعتبارها شيئا موجودا فى مجتمع معين وناشئا عن مصدر معين . فالتشريع هو أيضا من حيث وجوده شىء واقع ، بمعنى انه تصرف صادر فى شكل معين(٣٢١) .

وقد سبق أن أوضحنا أن كل قاعدة قانونية هى شىء كائن من حيث وجودها . وهى فى نفس الوقت تحدد ما ينبغى أن يكون من حيث مضمونها(٣٢٢) .

فالقاعدة القانونية باعتبارها أمرا واقعا من حيث وجودها ، تصلح أن تكون محلا للاثبات العلمى أو الاثبات التاريخى ، فهى كأى شىء فى الوجود

---

(٣٢١) F. Gény, Méthode d'interprét... p. 353.

(٣٢٢) راجع ما سبق ، فقرة ٧٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تصلح أن تكون محلا للمعرفة objet de connaissance ، وبالتالى محلا للاثبات • ولكن اثبات القواعد القانونية أى العلم بها هـو عمـل الشراح والفقهاء ، وهو فى نفس الوقت واجب القضاة الذين يقومون بحكم وظيفتهم بتطبيق هذه القواعد • أما الخصوم فلا يجب عليهم اثبات القواعد القانونية ، لا لاستحالة ذلك من الناحية المنطقية ، ولكن لتعارض ذلك مع النظام القضائى الذى يفترض فى القاضى العلم بالقانون ويوجب عليه تطبيقه من تلقـــاء نفسه •

ولكن نظرا لصعوبة معرفة العرف من الناحية العملية فان الخصـــوم يعمدون عادة الى معاونة القاضى فى التحقق من وجـود العرف وتحـــديد مضمونه • ويكون ذلك فى حالة العرف المهنى أو التجارى عن طريق الالتجاء الى أهل الاختصاص فى جهة معينة أو الى الشهادات التى تعطيها الغرف التجارية وغير ذلك • ولكن القاضى وهو يتلقى مساعدة الخصوم فى اثبـات العرف ، يظل هو المرجع النهائى فى تقدير الادلة التى يقدمونها له ، ولا يتقيد فى ذلك بأى شكل أو ميعاد تفرضه أحـكام الاجراءات بخصـوص اثبات الوقائع المادية(٣٢٣) •

والقاضى لا يخضع فى تقدير وجود العرف وفى تفسيره الا لرقابـة محكمة النقض كما سنرى •

وعلى خلاف العرف فان العادة الاتفاقية ليست قاعدة قانونية ولكنهـا مجرد واقعة مادية • وعلى من يتمسك بعادة اتفاقية سواء كانت لها شهرة شائعة أو لم تكن لها هذه الشهرة ، ان يثبت عند المنازعة فيها وجود هـذه العادة ومضمونها • ويخضع هذا الاثبات لسلطة القاضى التقديرية ، وهـو يعتبر من عناصر الواقع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض • ومحل الاثبات هو وجود هذه العادة ومضمونها وهو ما يعبر عنه بكيانها المادى materialité

ويذهب البعض الى أن تراضى الطرفين على وجوب الأخذ بهذه العادة ،

---

(٣٢٣) Gény, Méthode d'interprétation pp. 554 - 555.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ليس محلا للاثبات . فهو مستمد من جريان الناس عليها ، والا لو كان محلا للاثبات لوجب اثباته بالكتابة باعتباره عنصرا من عناصر العقد ، وذلك في الحدود التي يجب فيها الاثبات بالكتابة(٣٢٤) . ومع ذلك فنحن نرى أن تراضي الطرفين على وجوب الأخذ بهذه العادة هو أيضا محل للاثبات ، لأن العادة الاتفاقية بحسب تعريفها لا تنطبق الا اذا اتجهت ارادة الطرفين الى الأخذ بها . غاية الامر انه يكفي أن يكون تراضي الطرفين ضمنيا . وهو ما يمكن أن يستفاد من علمهما بوجود العادة . والعلم بذلك يمكن بدوره أن يفترض من شيوع العادة وجريان الناس عليها(٣٢٥) .

١٣٥ - رقابة محكمة النقض :

يقوم نظام محكمة النقض على مبدأ أساسي هو أنها تراقب قاضي الموضوع فيما يتعلق بالمسائل التي يثيرها القانون من حيث وجوده وتفسيره وتطبيقه ، ولكنها لا تراقب قاضي الموضوع فيما يتعلق بمسائل الواقع . وما دمنا قد سلمنا بأن العرف قانون ، فانه يجب القول بأن محكمة النقض تفرض رقابتها على قاضي الموضوع فيما يتعلق بوجود العرف وتفسيره وتطبيقه . فاذا أخطأ قاضي الموضوع في شيء من هذا ، فان محكمة النقض تنقض حكمه وتحيل نظر النزاع من جديد الى قاض آخر غيره .

ورغم وضوح هذا المبدأ ، فان محكمة النقض الفرنسية درجت منذ بداية القرن الماضي على عدم فرض رقابتها على قاضي الموضوع في التحقق من وجود العرف أو في تفسيره أو تطبيقه ، وذلك باستثناء الحالات التي يحيل فيها التشريع الى العرف .

وقد أيد جانب كبير من الفقه الفرنسي ، محكمة النقض في اتجاهها هذا ، وان كان بعض الفقه قد ذهب الى أن لمحكمة النقض أن تراقب قاضي الموضوع

---

(٣٢٤) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، جـ ٢ ، ص ٥١ - ص ٥٢ .

(٣٢٥) وفي هذا المعنى تقرر محكمة النقض انه « متى كان الطاعن يدعي قيام « العادة الاتفاقية » بين الشركة وموظفيها على العمل في الخارج وفي غير أوقات العمل لديها ، فان عليه هو لا على الشركة اثبات وجودها واثبات ان المتعاقدين كليهما قد قصدا الالتزام بها واتباعها » (نقض ١٩٦٢/٥/٢٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٣ ، ص ٦٥٢) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

في تفسير العرف وتطبيقه ، وان كانت لا تراقبه في اثبات وجوده(٣٢٦) .

ولا زالت محكمة النقض الفرنسية حتى الآن عند اتجاهها الأول فى عدم فرض رقابتها لا بالنسبة لاثبات العرف ولا بالنسبة لتفسيره وتطبيقه ، حيث تشير أحدث المؤلفات الفرنسية الى أنه لا يعرف حكم نقض واحد نقض حكما لمخالفته قاعدة عرفية(٣٢٧) .

وقد سايرت محكمة النقض المصرية ، محكمة النقض الفرنسية فى نفس الاتجاه . فقضت بأن « تحرى العرف فى ذاته أمر من أمور الموضوع التى لا شأن لمحكمة النقض فيها ، وان اعتمدت فيه على ما قدم اليها من مستندات مؤيدة لها لما ارتأته فحكمها سليم لا غبار عليه »(٣٢٨) وقضت فى حكم آخر أحدث أن « تقدير قيام العرف هو من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض عليها »(٣٢٩) وقد قضت فى حكم حديث بأنه « من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه وان كان التثبت من قيام العرف متروكا لقاضى الموضوع ، الا انه لا يعفى من بيان دليله على قيامه والمصدر الذى استقى منه ذلك اذا نازع أحد الخصوم فى وجوده ، فان الحكم المطعون فيه اذ قرر بوجود عرف يقضى بأن يكون المؤجل من أتعاب المحامين معادلا للمعجل منها دون أن يذكر دليله على وجوده أو المصدر الذى استقى منه ذلك رغم أن الطاعن قد أنكر وجود هذا العرف ، يكون قد خالف القانون »(٣٣٠) .

ولا ينبغى الاعتقاد بأن هذا الحكم الأخير قد فرض نوعا من الرقابة على محكمة الموضوع فى اثبات العرف . بل هو نقض الحكم موضوع الطعن لأن محكمة الموضوع طبقت العرف بمقتضى علمها ودون قيام دليل عليه فى الدعوى ضد المبدأ الذى يقرر أن القاضى لا يقضى فى الوقائع بحسب علمه . فكان

---

(٣٢٦) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 2, pp. 200-201.

(٣٢٧) Marty et Raynaud, T. 1, p. 196.

(٣٢٨) نقض مدنى ١٩٣٥/١٠/٣١ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣ ، فقرة ٤٤ .

(٣٢٩) نقض ١٩٥٧/٤/١٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٨ ، ص ٤٢٦ .

(٣٣٠) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ١٣٥٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حكم محكمة النقض يبالغ فى اعتبار العرف من قبيل الواقع حتى انه لا يسمح لمحكمة الموضوع بالقضاء به بعلمها الشخصى(٣٣١) ٠

ولا شك أن محكمة النقض ، اذ تعتبر العرف من مسائل الواقع ، وتنكر عليه طبيعته القانونية ، انما تخالف أبسط المبادىء القانونية وأكثرها وضوحا ، وهى لا تفعل ذلك الا تحت وطأة بعض الضرورات العملية التى قد تجعل علم القاضى بالعرف أمرا صعبا عليه ، أو التى تجعل رقابة محكمة النقض لقاضى الموضوع فى هذا المجال أمرا عسيرا عليها ٠

وهذه الاعتبارات بذاتها هى التى اتجهت بمحكمة النقض سواء فى فرنسا أم فى مصر الى اعتبار القانون الأجنبى واقعة يجب على الخصوم اقامة الدليل عليها(٣٣٢) ٠

وفى الحالتين فان محكمة النقض تضحى بالمبادىء القانونية ، نزولا على الصعوبات العملية ٠ ولذلك فان من واجب الفقه أن ينبه محكمة النقض الى ضرورة العدول عن موقفها ٠ فهى جديرة بأن تعمل على رسوخ المبادىء القانونية ووضوحها ، بدلا من العمل على اختلاطها وغموضها(٣٣٣) ٠

ومن شأن اتجاه محكمة النقض الى اعتبار العرف مسألة واقع ، ان يتأكد الخلط بين العرف وبين العادات الاتفاقية ٠ فهذه تعتبر من مسائل الواقع التى لا يخضع قاضى الموضوع فيما يتعلق باثبات وجودها أو تفسيرها لرقابة محكمة النقض ، بشرط أن يراعى القواعد العامة فى الاثبات ، بأن يكون استخلاصه من الوقائع التى أثبتها سائغا ، وبألا يوجد تناقض فى الأسباب التى يبنى عليها اعتقاده ٠

---

(٣٣١) انظر حكم آخر حديث فى اعتبار العرف من مسائل الواقع ، نقض ١٩٧١/٢/٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٢ ، ص ١٥٤ ٠

(٣٣٢) راجع فى تفصيل هذا الموضوع : رسالة الدكتوراه للزميل الدكتور هشام صادق ، مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى ، ١٩٦٨ ، وراجع أحدث أحكام النقض فى الاتجاه المنتقد ، نقض مدنى ، ١٩٧٠/٤/١٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٥٩٨ ٠

(٣٣٣) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 2, pp. 200-203.

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، ص ٥٢ ، هامش (٢) ، حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٣٤٣ وما بعدها ، قارن : عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ١٩٥٥ ، ص ٢٦ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الثاني

طبيعة العرف وأساس قوته الملزمة

١٣٦ ـ رفض فكرة الارادة الضمنية للسلطة التشريعية :

لعل أقدم نظرية فى بيان طبيعة العرف وتحديد أساس قوته الملزمة ، هى تلك التى تعتبر العرف تشريعا ضمنيا صادرا عن الارادة الضمنية للمشرع · وتستند هذه النظرية الى بعض النصوص الرومانية التى نقلها المحشيون وعملوا على رواجها ابتداء من القرون الوسطى · وتعتمد هذه النظرية على فكرة أولية هى أن ارادة المشرع ـ وهى فى العصور القديمة والوسطى ارادة أمير أو ملك أو حاكم مطلق ـ هى المصدر الوحيد للقانون · ولذلك لا يمكن اعتبار العرف قانونا الا اذا أسبغت عليه صفة التشريع · ولكنه تشريع غير صريح لأنه غير صادر عن الارادة الصريحة للمشرع · وانما هو تشريع ضمنى · يوافق عليه المشرع ضمنا ، وهو ما يستفاد من عدم مقاومته له أو الغائه ، وما يستفاد أيضا من قيامه بتطبيقه عن طريق أجهزة السلطة التى تتبعه(٣٣٤) ·

وهذه النظرية ليست مقبولة من أى وجه · فهى اذ تخلط بين العرف والتشريع تؤدى الى تشويه فكرتهما معا · فالتشريع هو أمر مكتوب صادر فى عبارات معينة ، وفى لحظة محددة من أحد أجهزة السلطة فى الدولة · أما العرف فهو يتكون ببطء وبالتدريج من اعتياد الناس على اتباع قاعدة معينة وتطبيقها باعتبارها قاعدة ملزمة ·

وهذه النظرية تنكر أيضا الحقيقة التاريخية فى أن العرف أقدم فى النشأة من التشريع ، وتحاول عبثا ارجاع مصدر عريق للقانون الى مصدر أقل منه عراقة · فهذه النظرية لا تحاول تفسير أساس القوة الملزمة للعرف ،

---

(٣٣٤) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. i. p. 336.
J. Dabin, Théorie générale, pp. 18-19.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بقدر ما تحاول تجميع سلطة الدولة كلها فى جهاز واحد أو فى يد شخص واحد ، حتى ولو اقتضى الأمر أن تنسب الى ارادة هذا الجهاز أو هذا الشخص ما لم يصدر عنها من قواعد قانونية . وقد أدى حصر سلطة الدولة فى يد شخص واحد الى نتائج مختلفة باختلاف العصور . وهى نتائج تتمثل تارة فى تغليب ارادة الملك أو الحاكم على العرف ، وتارة أخرى فى تغليب القانون الرومانى باعتباره قانون مكتوب ابتداء من القرن السادس عشر ، وأخيرا الى تغليب ارادة السلطة التشريعية التى تتمثل فى البرلمانات الحديثة ابتداء من القرن التاسع عشر الى الآن(٣٣٥) .

ومع ذلك فان الوصول الى مرحلة النظم الدستورية الحديثة ، وما تفرع عنها من برلمانات مارست مهمة التشريع بكفاءة لم تكن معروفة من قبل ، كما تشهد على ذلك حركة التقنين التى اجتاحت العالم طوال القرنين الماضى والحالى ، أدى فى آخر الأمر الى انكار القوة الملزمة للعرف ، والى استبعاده من بين مصادر القانون . وهو ما ظهر فى كتابات الشراح فى بداية القرن التاسع عشر .

وحجة هؤلاء الشراح فى انكار القوة الملزمة للعرف ، ان السلطة التشريعية أصبحت تخضع فى مباشرتها لوظيفتها لشروط محددة . وقد تلقت هذه السلطة وكالة عن الأمة فى وضع التشريع ، وهى وكالة تباشرها وفقا لاجراءات مرسومة . وهذه الوكالة غير قابلة للتنازل أو الحوالة . ومن ثم فانه من غير المقبول أن يصدر تشريع عن غير طريق هذه السلطة المنظمة . وبالتالى فان العرف باعتباره ارادة عامة غير منظمة لا يستطيع أن يخلق تشريعا . وهو لذلك لا يعد من مصادر القانون(٣٣٦) . فكأن النظرية التى تعتبر العرف تشريعا ضمنيا ، تؤدى الى الخلط بين العرف والتشريع ، وتنكر الحقيقة التاريخية فى قدم العرف على التشريع ، وهى لا تؤدى الى تفسير أساس القوة الملزمة للعرف ، بل تؤدى تارة الى تأكيد سلطة الحاكم المطلقة ،

---

(٣٣٥) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 339.

(٣٣٦) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 337.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وتؤدى تارة أخرى الى تأكيد سمو النصوص الرومانية ، وتنتهى أخيرا الى انكار كل قوة ملزمة للعرف .

واذا كانت هذه النظرية تعبر عن اتجاه الفقه الفرنسى فى بداية القرن التاسع عشر ، فان « جنى » يصف هذا الاتجاه بأنه اتجاه سطحى للغاية ، ولا ينطوى على أى دراسة عميقة للموضوع(٣٣٧) .

١٣٧ - رفض فكرة الارادة الصريحة للسلطة التشريعية :

طبقا لنظرية الارادة الصريحة فان العرف لا تكون له قيمة الا اذا احال اليه المشرع احالة صريحة . ومن هذا القبيل المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى التى تكلف القاضى بالرجوع الى العرف اذا لم يجد نصا فى التشريع يمكن تطبيقه . والتقنين المدنى الفرنسى لا يتضمن أية احالة من هذا النوع .

والارادة الصريحة للمشرع هى التى تفسر القوة الملزمة للعرف ، وهى التى تحدد الدور الذى يحتله العرف بين مصادر القانون ، وما اذا كان هذا الدور أصليا ، أم مجرد دور احتياطى . وعلى سبيل المثال فان الشراح المصريين يذهبون فى مجموعهم الى ان العرف هو مجرد مصدر احتياطى للقانون المدنى ، لأن المشرع حدد له دوره على هذا النحو .

وعلى سبيل المثال كذلك فان الشراح الفرنسيين القدامى وهم ينكرون كل قوة قانونية للعرف ، يعترفون له مع ذلك بهذه القوة فى نطاق القانون التجارى لأن المشرع أحال اليه بمقتضى المادة ٢ من قانون ١٥ سبتمبر ١٩٠٧(٣٣٨) .

---

(٣٣٧) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 339.

(٣٣٨) يذهب جنى الى أن هناك تناقضا فى موقف الشراح الفرنسيين القدامى فى عدم اعترافهم بالعرف بصفة عامة ، واعترافهم به مع ذلك فى نطاق القانون التجارى .
F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 338-339.
ومع ذلك فيمكن رفع هذا التناقض اذا فسرنا عدم اعترافهم بالعرف بصفة عامة على أساس منطق نظرية الارادة الضمنية ، وفسرنا اعترافهم به فى نطاق القانون التجارى على أساس منطق نظرية الارادة الصريحة ، ولكن رفع التناقض لا يمنع فساد كل من النظريتين المشار اليهما .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويعيب نظرية الارادة الصريحة ، انها تعتمد على فكرة مسبقة مؤداها أن التشريع أسمى من العرف • ومع ذلك فهذه الفكرة ليست من الأفكار البدهية التى يمكن اعتبارها نقطة بداية لأية نظرية علمية صحيحة • وهذه الفكرة ليست من ناحية أخرى من الأفكار التى ثبتت فعلا بمقتضى التاريخ أو الواقع أو التجربة • بل أن التاريخ أثبت أن العرف أقدم من التشريع • كما أن التجربة التى تعيشها الانسانية الآن تشهد على أن العرف وان كانت دائرة نشاط أضيق بكثير من دائرة نشاط التشريع ، الا أن بعض قواعده ، وهى قواعد العرف الدستورى تسمو على كل قواعد التشريع العادى • ولذلك فلا يمكن أن يستمد العرف قوته الملزمة من تشريع عادى ، فى الوقت الذى تسمو بعض قواعده على كل التشريعات العادية •

وقد يكون من الممكن تحسين صياغة نظرية الارادة الصريحة عن طريق القول بأن العرف يستمد قوته الملزمة ، لا من الاحالة الواردة فى تشريع عادى كالتقنين المدنى أو التقنين التجارى ، ولكنه يستمدها من الاحالة الواردة فى التشريع الأساسى وهو الدستور •

ومع ذلك فان نظرية الارادة الصريحة للسلطة التشريعية ، تظل فى أحسن صياغة لها ، عرضة لنقد دامغ لا يمكن الرد عليه • ذلك أن الدستور قد يكون هو ذاته دستورا عرفيا • وفى هذه الحالة لا يمكن القول ان العرف يستمد قوته الملزمة من الدستور ، بينما الدستور هو ذاته ناشىء عن العرف ، اذ فى مثل هذا القول مصادرة على المطلوب •

ولذلك اذا أمكن تصور أن الدستور قد ينشأ عن العرف ، فلا بد أن يكون العرف قادرا على انشاء القواعد القانونية ، بما فى ذلك القواعد الأساسية منها ، قدرة لا يستمدها من أى مصدر آخر غيره من مصادر القانون(٣٣٩) •

---

(٣٣٩) راجع فى نقد نظرية الاحالة الصريحة :
H. KELSEN, Théorie générale, op. cit., p. 305.
ونحن نتفق مع هانز كلسن فى الآراء التى ذكرناها فى المتن ، ولكننا نختلف عنه فيما يذهب اليه من أن أساس العرف هو القاعدة الأساسية الافتراضية ، التى يقيم عليها القانون

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٣٨ - رفض فكرة العرف القضائي :

ترجع نظرية العرف القضائي الى الفقيه الفرنسي لامبير ، الذي نشر هذه النظرية في مؤلف ضخم سنة ١٩٠٣(٣٤٠) ، ليرد بها على النظرية التقليدية عن العرف ، وهي النظرية التي شرحها جني في فرنسا لأول مرة سنة ١٨٩٩ ، وهو الشرح الذي اعتمدنا عليه بصفة أساسية في دراستنا لهذا الموضوع ، والذي يعتمد عليه كل الفقه الحديث في الوقت الحاضر(٣٤١) .

وقد أراد لامبير التقليل من أهمية النظرية التقليدية فأطلق عليها اسم النظرية الرومانية الكنسية ، للدلالة على انها من صنع القانون الروماني والقانون الكنسي ، وهي لهذا لا تعدو أن تكون واحدة من النظريات التاريخية التي يمكن هدمها اذا تبين بطلان أساسها . وقد حاول لامبير هدم النظرية التقليدية على أساس دراسة تاريخية مقارنة في الكثير من النظم القانونية . وانتهى من هذه الدراسة الى أن العرف لا يتكون بالاعتياد الشعبي ، ولكنه يتكون من الأحكام التي يصدرها القضاء ، الذين كانوا قضاة كهنة في النظم القانونية القديمة ، يستمدون سلطتهم من صفتهم الدينية المقدسة .

ويمكن تلخيص نظرية لامبير عن العرف القضائي في فكرة مؤداها ان خضوع الشعب الاجماعي لأي قاعدة قانونية ، لا يمكن أن يكون تلقائيا ، بل أن تعارض المصالح الذي يفصل بين الأفراد يدفعهم الى اتخاذ مواقف وأفكار متعارضة بصدد القاعدة التي ينبغي أن تحكم علاقاتهم . ولذلك ينبغي حتى تتحد هذه الأفكار المتعارضة من تدخل سلطة اجتماعية . وهي سلطة

الوضعي في مجموعه . ونحن نرى كما سنذكر في المتن فيما بعد أن أساس العرف هو العدل . ولكن المشكلة التي نبحثها الآن ليست هي مشكلة الأساس الفلسفي للعرف ، ولكنها مشكلة الأساس الوضعي لقوته الملزمة .

(٣٤٠) Ed. Lambert, La fonction du droit civil comparé, 1903.

(٣٤١) راجع في الأخذ بالنظرية التقليدية :

Marty et Raynaud, T. 1, p. 190; Carbonnier, T. 1, p. 12;
H. Capitant, Introduction, p. 46;
J. Dahin, Théorie générale, pp. 18-19;
Del Vecchio, Philosophie, p. 304;
H. KELSEN, Théorie pure, p. 304;
Claude du Pasquier, p. 50;
Waline, L'individualisme, p. 288 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المحاكم ، التى تستطيع عن طريق أحكامها المتكررة فى نفس الاتجاه أن تفرض فى آخر الأمر قاعدة قانونية ، يستقبلها البعض الذى تتفق مع مصلحته بحماس ، ويستقبلها البعض الآخر الذى لا تتفق مع مصلحته باستسلام الواثق بأن هذا القضاء قد تحدد بطريقة غير قابلة للتعديل .

وهذا الخضوع اللاحق لأحكام القضاء تجعله النظرية التقليدية كما لو كان سابقا على صدور هذه الأحكام . ومن غير شك فان القضاء لا يخلق القاعدة العرفية من العدم وبطريقة تحكمية ، بل هو يعتمد فى ذلك على الأفكار السائدة فى المجتمع . ولكن القضاء هو وحده الذى يحول هذه الأفكار الى قاعدة قانونية ملزمة . فالقضاء هو أساس القوة الملزمة للعرف . ولذلك فلا وجود لعرف غير العرف القضائى(٣٤٢) .

ومع ذلك فان نظرية العرف القضائى تتعرض لانتقادات كثيرة . فهى تخلط بين مصدرين متميزين من مصادر القانون هما العرف والقضاء . والقضاء وظيفته الأصلية تطبيق القانون لا خلقه . ومع ذلك فهو يخلق القانون فى بعض الأحيان كما سنرى فى الفصل الأخير من هذا الباب . ولكن القواعد التى يخلقها القضاء تظل قواعد قانونية قضائية ، وليست قواعد عرفية . أما عندما يطبق القضاء العرف فهو لا يخلقه . فواجب القضاء بحكم وظيفته الأصلية أن يطبق القانون أيا كان مصدره . وهو لا يطبق العرف الا اذا تحقق من وجوده أولا كقانون وضعى . فالقاضى عليه واجب العلم بالقانون وتطبيقه . وعندما يحاول القاضى العلم بالقانون ، أى يحاول التحقق من وجود قاعدة قانونية وضعية ، فانه لا يخلق هذه القاعدة ، سواء كان المجهود الذى بذله فى ذلك ضئيلا كما هو الشان بالنسبة للتشريع ، أو كان المجهود الذى بذله كبيرا كما هو الشان بالنسبة للعرف . فالمجهود الذى يبذله القاضى فى العلم بالقواعد القانونية وتفسيرها وتطبيقها لا يجعل منه خالقا لها ، بل أن محاولة العلم بالقاعدة القانونية هو فى ذاته تسليم بوجودها

---

(٣٤٢) راجع فى عرض وتلخيص نظرية لامبير :
M. Waline, L'individualisme et le droit, pp. 264 - 283.
وراجع فى نقدها ، نفس المرجع ، ص ٢٨٩ - ص ٣٠٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واعتراف بقوتها الملزمة فى مواجهة القاضى الذى يقوم بتطبيقها(٣٤٣) .

ونظرية العرف القضائى تناقض الواقع الاجتماعى من وجود عادات نشأت داخل المجتمع ومن صنع المجتمع ذاته دون تدخل أى عنصر خارجى غير مستمد من سلوك الناس ومن اعتقادهم . فالعرف لا يخلقه جهاز متخصص أو متميز . ولكن يخلقه المجتمع كله . والعرف من حيث أصل وجوده ، هو أكثر القواعد القانونية اصطباغا بالصبغة الشعبية الاجتماعية وأقلها تأثرا بالارادات الفردية ، حيث لا تلعب أى ارادة فردية معينة أى دور محدد فى انشاء العرف . وبصفة خاصة فان العنصر المعنوى فى العرف وهو عنصر الالزام ينشأ عن الارادة الجماعية ولا تفرضه أية ارادة فردية . فلا يتأتى بعد ذلك القول ان الارادات الفردية الصادرة عن جهاز المحاكم هى التى تخلق العرف(٣٤٤) .

ويضاف الى ذلك أن القواعد القانونية التى يخلقها القضاء تختلف فى طريقة تكوينها عن القواعد التى يخلقها العرف . فقضاء المحاكم الدنيا يفتقر الى عنصر الالزام ، بينما يفتقر قضاء المحكمة العليا الى عنصر التكرار(٣٤٥) .

وكذلك فان هناك الكثير من قواعد العرف لا تتاح لها فرصة التطبيق امام القضاء ، ومع ذلك فلا يؤثر ذلك فى وجودها كقواعد قانونية ملزمة . ومن هذا القبيل العرف الدستورى الذى ينظم العلاقة بين السلطات المختلفة ، والذى لا يتصور بسهولة أن يكون موضع تطبيق من المحاكم . فكيف يقال بعد ، أن القضاء هو الذى يخلق العرف .

بل أكثر من هذا فان القضاء حاول فى بعض المسائل مقاومة العرف ، ولكنه انتهى الى التسليم بوجوده وتطبيقه دون تغيير ، كما حدث بشأن قواعد العرف الخاصة بالحساب الجارى(٣٤٦) . وفى هذه الحالات فان القضاء يحاول

---

(٣٤٣) H. KELSEN, Théorie pure, p. 307.

(٣٤٤) Waline, L'individualisme et le droit, p. 298.

(٣٤٥) Waline, L'individualisme et le droit, pp. 299-202.

(٣٤٦) Pulby, La coutume et son rôle en matière de compte courant Thèse Paris, 1924, Cité par Marty et Raynaud, T. 1, p. 190, note 1.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الخروج على العرف ولا يستطيع • فكيف يقال ان العرف لا ينشأ قبل ان يقره القضاء •

والصحيح أن العرف يستمد قوته الملزمة لا من ارادة المحاكم • بل من الارادة الشعبية الجماعية التى فرضته • ومع ذلك فان المحاكم تلعب بالنسبة للعرف دورا هاما غير دور الخلق وهو ما يجب ابرازه • فاذا أخذنا بتعبير كلسن ، فان العرف وهو قانون غير مكتوب يحتاج فى تطبيقه على الحالات الخاصة الى قرارات مكتوبة وهى أحكام القضاء(٣٤٧) • ومن المتصور أن القضاء يتهاون فى تطبيق العرف ، أو ينكر عليه طبيعته القانونية كما يفعل القضاء الفرنسى والمصرى عندما يعتبر العرف من مسائل الواقع التى يجب على الخصوم اقامة الدليل عليها • ومن المتصور أن ترفض المحكمة العليا فرض رقابتها على المحاكم الدنيا فى تطبيق العرف كما تفعل محكمتا النقض الفرنسية والمصرية • ومن شأن هذا أن يؤثر فى فعالية العرف وبالتالى فى وجوده(٣٤٨) • وهكذا فان القضاء لا يعمل دائما على خلق العرف ، بل هو قد يعمل على هدمه والانتقاص من قيمته •

وعلى عكس ذلك فان القضاء قد يسهم فى الكشف عن وجود العرف • ويحدث هذا عندما يكون العرف قد قارب على التكوين ، ولم تحدث مع ذلك بشأنه منازعات أمام القضاء • فاذا رفعت منازعات بعد ذلك وصدرت أحكام من القضاء تؤكد وجود العرف ، فان هذه الأحكام تكون بمثابة الضوء الذى يكشف عن وجود قاعدة قانونية سبق تكوينها ونفاذها •

وكذلك فان القضاء يسهم فى اثبات العرف • فهذه القواعد تتكون بالتدريج داخل المجتمع ، وكثيرا ما يثور الشك حول وجودها • ولكن هذا الشك يتبدد بمجرد صدور أحكام من القضاء تثبت وجود العرف وتؤكد نفاذه •

والقضاء يلعب دورا كذلك فى تفسير العرف • فهو بحسب طبيعة

---

(٣٤٧) Cité par KELSEN, Théorie pure, p. 306.

(٣٤٨) راجع فى تأثير الفعالية على وجود القاعدة القانونية ، ما سبق ، فقرة ٢٥ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تكوينه يحتاج الى مجهود كبير لاجلاء غموضه وتحديد نطاقه وبيان شروط تطبيقه وآثاره ٠

وأخيرا فان القضـــاء وهو يفسر العرف قـد يخرج عليه تحت ستار تفسيره ٠

وهكذا فان دور القضاء ازاء العرف ، ليس هو دور الخلق ، ولكنه دور مركب يؤدى أحيانا الى الهـــدم وأحيانا أخرى الى الاثبات أو التفسـير أو التشويه ٠ وهذا الدور المركب يلعبه القضاء كذلك بالنسبة للتشريع ولكن بدرجة أخف ٠ فالقضاء قد ينتقص من فعالية التشريع اذا ما امتنع عن تطبيقه فى الحالات التى يراه فيها مخالفا للدستور ٠ وهو يقوم باثبات التشريع وان كان ذلك لا يحتاج منه الى أى مجهود يذكر الا فى الحالات التى تتعدد فيها التشريعات وتتنازع ٠ وهو يقوم بتفسير التشريع ، ويقوم أحيانا بتحريف معناه تحت ستار تفسيره (٣٤٩) ٠

فالعلاقة بين القضاء والعرف ، تشبه العلاقة بين القضاء والتشريع ٠ وهناك تأثير متبادل لا شك فيه بين مصادر القانون المختلفة ٠ ولكن هذا التأثير لا ينبغى أن يغرى باخلط بين هذه المصادر ٠ وكما رفضنا اعتبار العرف تشريعا ضمنيا أو صريحا فاننا نرفض كذلك اعتباره قضاء أو نوعا من القضاء ٠

١٣٩ ـ رفض اعتبار العرف كاشفا للقانون وغير خالق له : نقد المذهب التاريخى :

قبل أن نرفض النتائج التى انتهى اليها المذهب التاريخى ، ينبغى أن نشيد أولا بفضله ٠ فهذا المذهب الذى ينسب الى « سافينى » Savigny وكذلك الى « بوشتا » Puchta ، هو صاحب الفضل فى هدم كل الأفكار التى كانت سائدة من قبل والتى كانت تجعل من النصوص المكتوبة ، المصدر الوحيد للقانون ٠ فالفقه الحديث كله يدين للمذهب التاريخى بالأفكـار

(٣٤٩) M. Waline, L'individualisme et le droit, p. 303.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

السائدة اليوم عن تعدد مصادر القانون . وفيما يتعلق بالعرف بالذات ، فان المذهب التاريخى هو الذى أبرز دور العرف فى خلق القانون ، وان كان قد انتهى فى ذلك الى نتائج متطرفة لا يمكن قبولها .

وخلاصة المذهب التاريخى أن المصدر الأساسى للقانون ، هو ضمير الشعب أو روح الأمة la conscience ou l'esprit du peuple ، أما المصادر الشكلية للقانون كالتشريع والعرف ، فهى مجرد اجراءات كاشفة عن قانون سبق تكوينه ونفاذه من قبل . وبالتالى فان العرف لا يستمد قوته من التشريع ، بل انهما يستمدان قوتهما من المصدر الحقيقى للقانون وهو ضمير الشعب . وفى سبيل الكشف عن القانون فان العرف يسمو على التشريع ، لأنه أقرب منه الى روح الشعب ، فهو كشف مباشر وتلقائى عن هذه الروح ، بينما التشريع لا يكشف عنها الا من بعيد وبطريقة ناقصة(٣٥٠) .

والى هذا الحد فان المذهب التاريخى يكون قد أبرز أهمية العرف ، واستقلاله عن التشريع ، بل وسموه عليه . ويضاف الى ذلك أن المذهب التاريخى هو الذى أبرز أهمية العنصر المعنوى فى العرف - فالقانون العرفى لا يتكون من مجرد اعتياد مستمر ودائم ، ولكنه يتكون أساسا من الاعتقاد القانونى فى الالتزام بقواعده . وبهذا يكون المذهب التاريخى قد أسهم فى النظرية التحليلية للعرف من حيث بيان العناصر المكونة له وهما العنصران المادى والمعنوى(٣٥١) .

ومع ذلك فالمذهب التاريخى لا يمكن قبوله فى فكرته الجوهرية أو فى نتائج هذه الفكرة . فالقول بأن مصدر القانون هو ضمير الشعب ، وان القانون يوجد نافذا فى هذا الضمير قبل أن يتم الكشف عنه بواسطة التشريع أو العرف ، هو قول غير مقبول لأن فكرة ضمير الشعب فكرة غامضة لا يمكن أن يتحدد على أساسها القانون الوضعى المطبق فى مجتمع معين(٣٥٢) .

---

(٣٥٠) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 340-341.

(٣٥١) Del Vecchio, Philosophie du droit, p. 305.

(٣٥٢) F. Gény, Méthode d'interprétation, pp. 343-344.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكذلك فان المشاهد أن القانون ينشأ في معظم قواعده نتيجة صراعات ارادية واعية بين القوى الخلاقة للقانون . ويصدق ذلك على العرف ذاته حيث لا يتخلف فيه عنصر الارادة . وحيث يبدأ العرف بسلوك ارادى من أحد الاشخاص أو مجموعة من الأشخاص ثم يستمر عن طريق التقليد والمحاكاة . فالعرف هو عمل ارادى فرضته الارادة الواعية للجماعة(٣٥٣) .

وقد اخطأت المدرسة التاريخية في تحليلها للعنصر المعنوى للعرف . فبدلا من أن تجعل منه عنصرا ارادياً ، جعلت منه شيئا غامضا منسوبا الى ما تسميه روح الجماعة أو ضمير الشعب(٣٥٤) .

وانكار دور الارادة الفردية والجماعية الواعية في خلق العرف ، هو الذى جعل المدرسة التاريخية تنتهى الى عدم اعتبار العرف مصدرا منشئا للقانون . وانما هو كما يقول سافينى « العلامة المميزة للقانون الوضعى دون أن يكون أساس ميلاده »(٣٥٥) .

وهكذا فان المدرسة التاريخية تحاول أن تجعل من فكرتها الغامضة عن روح الأمة ، المصدر الحقيقى للقانون الوضعى ، وتجعل من المصادر التى تخلق فعلا القانون الوضعى ، وهى التشريع والعرف وغيرهما ، مجرد ادوات كشف عن القانون السابق وجوده ونفاذه . ومثل هذه الفكرة لا يمكن قبولها لأنها تخلط بين مصادر القانون وبين جوهر القانون ، وهى فوق ذلك تعبر عن جوهر القانون تعبيرا غامضا هو ضمير الشعب(٣٥٦) .

ومن النظريات التى تتفق كثيرا مع نظرية سافينى ، النظرية التى نادى بها فى فرنسا الفقيه ديجى ، والتى تعتبر من نظريات الوضعية الاجتماعية . وطبقا لهذه النظرية فان جوهر القانون هو التضامن الاجتماعى

---

(٣٥٣) Del Vecchio, Philosophie du droit, pp. 305-306; F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 344.

(٣٥٤) Del Vecchio, Philosophie du droit, p. 305.

(٣٥٥) Cité par KELSEN Théorie pure, p. 306.

(٣٥٦) KELSEN, Théorie pure, p. 306-307; F. Gény, Méthode d'enterprétation, p. 344; Del Vecchio, Philosophie du droit, p. 305.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

la solidarité sociale وهذا التضامن هو وجده الذى يخلق القانون - أما التشريع والعرف ، فهما مجرد أدوات كاشفة عن القانون (٣٥٧) .

ولذلك فان النقد الذى يوجه الى سافينى يمكن توجيهه فى نفس الوقت الى ديجى(٣٥٨) .

وننتهى من ذلك الى رفض كل النظريات التى تخلط بين جوهر القانون وبين مصادر القانون ، والتى تنكر على مصادر القانون الوضعى كالعرف دورها فى خلق القواعد القانونية الوضعية وتعتبرها بغير حق مجرد أدوات كاشفة عن قانون موجود من قبل .

١٤٠ ـ العرف تعبير ارادى مستقل عن سلطة الدولة :

طبقا للوضعية القانونية فان مصادر القانون المختلفة لا تعدو أن تكون طرقا للتعبير عن سلطة الدولة . ويصدق هذا على العرف باعتباره أحد مصادر القانون الوضعى .

على أنه ينبغى لاعتبار العرف تعبيرا عن سلطة الدولة ، فهم حقيقة المقصود بهذه السلطة وعدم الخلط بينها وبين أحد أجهزتها ، كالجياز الذى يطلق عليه فى بعض الدساتير اسم مجلس الشعب ، ويوكل اليه مهمة وضع التشريعات العادية . فمجلس الشعب ليس هو السلطة فى ذاتها ، ولكنه جهاز من أجهزتها .

أما السلطة فى الدولة فهى ارادة الأمة . فاذا كانت الدولة تتكون من اقليم ومن شعب ومن سلطة . فان السلطة هى ارادة هذا الشعب ، أو بتعبير أدق ، هى الارادة الواعية للشعب . والدولة تباشر سلطتها عادة عن طريق أجهزة مختلفة ، يقابل كل جهاز منها جانبا من جوانبها أو قسما من أقسامها . ونتيجة لمباشرة الدولة سلطتها عن طريق عدة أجهزة مختلفة ، جرى القول على

---

(٣٥٧) L. Duguit, L'état, le droit et la loi positive, 1901. pp. 80 et 616.

(٣٥٨) يذهب كلسن الى ان نظريتى سافينى وديجى لا تعدوان ان تكونا مجرد تعبيرين مختلفين عن نظرية القانون الطبيعى . المرجع السابق ، ص ٣٠٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أن هناك أكثر من سلطة واحدة فى الدولة ، فهناك السلطة التشريعية ، وهناك السلطة التنفيذية ، وهناك السلطة القضائية • وهـــذه السلطـــات الثلاث يحكمها مبدأ الفصل بين السلطات •

ومبدأ الفصل بين السلطات هو مبدأ من مبادىء الصـــياغة القانونية الذى يقصد به تحقيق هدفين أساسيين ، أولهما تقسيم العمـــل بين أجهزة السلطة ، وثانيهما ضمان عدم طغيان جهاز من هذه الأجهزة • فكـــل منها يوقف الآخر عنـد حـــده • أو كمـــا يقول منســـكيو فان السلطة توقف السلطة(٣٥٩) •

وعندما يوضع مبدأ الفصل بين السلطات فى مكانه الصحيح باعتباره من أدوات الصياغة القانونية ، التى ابتكرها الفكر السياسى لتحقيق الفعالية فى مباشرة الدولة لسلطتها عن طريق تقسيم العمل ، ولضمان عدم اغتصاب أحد الأجهزة أو الأشخاص لكل سلطة الدولة ، فـــانه يمكن بعد ذلك وضع الكثير من الأمور فى مكانها الصحيح •

فأولا مبدأ الفصل بين السلطات لا يعنى الفصـــل الكامل بين هـــذه السلطات ، بل يعنى التعاون بينها ، وسنزيدهذه المسألة ايضاحا عند دراستنا للقضاء كمصدر للقانون •

وثانيا فان مبدأ الفصل بين السلطات لا ينبغى أن يذهب ضد الهدف المقصـــود منه فيؤدى مثلا الى الخلط بين سلطة الدولة وبين أجهزة هـــذه السلطة • فلو قيل مثلا أن مجلس الشعب هو السلطة التشريعية ، فمعنى ذلك أننا نخلط بين سلطة الدولة فى التشريع ، وبين الجهاز الذى تباشر عن طريقه هذه السلطة •

ولو قلنا ان مجلس الشعب هو وحده الذى يستطيع وضع القوانين ، فمعنى ذلك أننا نهدر سلطة الدولة فى وضع القوانين ونحل محلها جهازا يصبح مغتصبا لهذه السلطة •

---

(٣٥٩) Montesquieu, De l'esprit des lois, Liv. 11, Ch. 4.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والصحيح أن السلطة التى لها حق وضع القوانين هى سلطة الدولة ، أو بتعبير آخر ، الارادة الواعية للأمة .

والأمة تعبر عن ارادتها بطرق مختلفة . تارة عن طريق نصوص مكتوبة هى التشريع ، وتارة أخرى عن طريق قواعد غير مكتوبة هى العرف ، أو أى طريق آخر كالقضاء مثلا . وعندما تسند الأمة الى جهاز متخصص كمجلس الشعب وظيفة وضع القانون المكتوب وهو التشريع ، فان ذلك لا يعنى أنها تعتبر أن التشريع هو الطريق الوحيد للتعبير عن ارادتها ، وبالتالى الصورة الوحيدة للقانون . بل هى تظل محتفظة بالقدرة على التعبير عن ارادتها بأى صورة أخرى تراها مؤدية الى تحقيق النظام فى المجتمع .

ومن الخطأ الاعتقاد بأن التشريع هو الصورة الوحيدة للقانون ، بل من الخطأ الاعتقاد بأن التشريع الذى يضعه مجلس منتخب ، هو الصورة الوحيدة للتشريع . وقد ذكر أرسطو أربعة فروض لوضع التشريع ، أولها هو وضعه عن طريق الشعب فى مجموعه وهذه هى الديمقراطية المباشرة ، وآخرها وضعه عن طريق مجلس منتخب ، وهذه هى الديمقراطية غير المباشرة(٣٦٠) .

فلئن كان وضع التشريع عن طريق جهاز متخصص هو مجلس الشعب ، يعد صورة من صور الديمقراطية ، الا أنها ليست الصورة الوحيدة ، وليست الصورة الأكثر تعبيرا عن الديمقراطية .

واذا كانت الأمة تستطيع فى صورة الديمقراطية المباشرة ، أن تضع التشريع بنفسها دون اسناد ذلك الى مجلس متخصص ، فانها تستطيع أيضا أن تضع بنفسها القوانين غير المكتوبة وهى العرف .

فالعرف يتفق مع التشريع فى أن كلا منهما تعبير عن ارادة الدولة . والاختلاف بينهما يوجد فقط فى طريقة التعبير عن هذه الارادة .

وكما يقول دابان « فان الشعب الذى يضع العرف يقوم بعمل من أعمال

---

(٣٦٠) Aristote, Politique, op. cit., Ch. 10, pp. 103 - 104.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

السلطة العامة ، أو بتعبير آخر فان نظام العرف يعتبر نوعا من الديمقراطية المباشرة · ومن الناحية الدستورية فان الشعب ، عندما يسلك طريق العرف تكون له صفة أحد أجهزة الدولة فى وضع قواعد القانون »(٣٦١) ·

وكما يقول الأستاذ فالين فان القاعدة العرفية هى أكثر القواعد القانونية تعبيرا عن المجتمع ، وأقلها تعبيرا عن الفرد · بمعنى أن كل أفراد الجماعة يعتبرون أجهزة خالقة لهذه القاعدة ، دون اقتصار ذلك على بعض الأجهزة المتميزة(٣٦٢) ·

وكما يقول الأستاذ كاربونييه فانه « فى دولة شعبية أو ديمقراطية ، لا يوجد فصل بين الحكام والمحكومين ، على الأقل من الناحية النظرية ، ولذلك يمكن القول أن العرف يأتى من الدولة ، بمعنى أنه لا يأتى من الفرد ، فهو يأتى من الجماعة كالتشريع »(٣٦٣) ·

وقديما كتب أرسطو أن « القوانين المطبوعة فى عادات الشعوب ، لها من القوة والأهمية أكثر مما للقوانين المكتوبة »(٣٦٤) ·

وعندما نقول ان العرف هو تعبير مستقل عن ارادة الدولة ، فاننا نقصد بذلك انه تعبير مختلف عن التشريع ومتميز عنه · فالتشريع كالعرف يعبر كل منهما عن سلطة الدولة وارادتها · ولكن يظل الفارق بينهما أن التشريع يعبر عن هذه الارادة بطريق النصوص المكتوبة ، بينما يعبر عنها العرف بطريق العادات الشعبية · فالعرف ليس تشريعا صريحا أو ضمنيا ولكنه تعبير مختلف كل الاختلاف عن التشريع · وهما يتفقان فقط فى قدرة كل منهما على التعبير عن ارادة الدولة بطريقته الخاصة المتميزة ·

ويلاحظ أن الفقهاء الذين اضطروا الى القول بأن العرف تشريع صريح

---

(٣٦١) J. Dabin, théorie générale, op. cit., p. 20.

(٣٦٢) M. Waline, L'individualisme et le droit, p. 298.

(٣٦٣) J. Carbonnier, Droit civil, T. 3, p. 11.

(٣٦٤) Aristote, Politique, op. cit., Ch. 12, pp. 123-124.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أو تشريع ضمنى ، هم هؤلاء الذين قيدوا أنفسهم منذ البـــداية بفكرة ان التشريع هو التعبير الوحيد عن القانون . أما اذا تخلصنا من هـــذه الفكرة ورأينا أن القانون يمكن التعبير عنه بغير طريق التشريع ، فانه يمكن حينئذ اعطاء العرف وصفه الصحيح من حيث هو قانون يعبر عن ارادة الأمة بطريقة شعبية ديمقراطية . فهو تعبير مستقل عن ارادة الأمةوعن سلطة الدولة .

والقول بأن العرف تعبير عن سلطة الدولة لا يعنى أن العرف يستمد قوته من ذاته ، كما ذهب الى ذلك بعض الفقهاء الألمان . فالقول بأن العرف له قوة ذاتية هو فى الواقع عدول عن وضع أى نظرية عن أساس القوة الملزمة للعرف(٣٦٥) . والصحيح أن العرف لا يستمد قوته من ذاته ولكنه يستمدها من سلطة الدولة . وهو بعد أن يستمد قوته من الدولة تصبح له قوة ذاتية . أو اذا شئنا ، قوة مستقلة بالنسبة لمصـــادر القـــانون الأخرى كالتشريع والقضاء . فقوة العرف الذاتية ـ اذا صح هذا التعبير ـ لا تفسر أســـاس القوة الملزمة للعرف ولكنها تعبر فقط عن استقلال العرف عن مصادر القانون الأخرى كالتشريع والقضاء .

بقي أن نعيد تأكيد أن العرف هو فى ذاته تعبير ارادى . فقد سبق أن درسنا العناصر المكونة للعرف ، أو اجراءات تكوين العرف على حد تعبـــير كلسن ، ورأينا أن العنصر المعنوى فى العرف هو أســـاسا عنصر ارادى . والمقصود بذلك أن ارادة الجماعة تجعل من العنصر المادى وهو الاعتياد قاعدة قانونية مؤداها الالتزام بالسلوك المتبع في الجماعة . فارادة الجماعة هى التى تحول الواقع أى الشيء الكـــائن ، الى ما ينبغى أن يكـــون أى الى قـــاعدة قانونية .

وقد سبق أن رفضنا الآراء الغامضة للمذهب التاريخى التى تجعل من العنصر المعنوى فى العرف شيئا مبهما وكامنا فيما تسميه ضمير الشعب أو روح الأمة . والصحيح أن العنصر المعنوى فى العرف هو ارادة الجماعة الواعية

---

(٣٦٥) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 344.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المتجهة بطريقة معلنة الى تحويل الاعتياد المادى الى قاعدة قانونية وضعية(٣٦٦) .

وهكذا يمكن عقد مقارنة نهائية بين العرف والتشريع . فهما يتفقان فى أن كلا منهما تعبير ارادى . ويتفقان كذلك فى أن كلا منهما تعبير ارادى عن سلطة الدولة . ولكنهما يختلفان فى اجراءات هذا التعبير وفى شكل هذا التعبير .

فبالنسبة للاجراءات procedure فهى عادة فى التشريع اجراءات مركزية حسب تعبير كلسن ، أما فى العرف فهى اجراءات لامركزية . فبينما يوضع التشريع عن طريق أجهزة خاصة ومتخصصة لهذا الغرض ، فان العرف يولد عن طريق سلوك الأشخاص الخاضعين للنظام القانونى أنفسهم(٣٦٧) .

ويترتب على الاختلاف فى الاجراءات اختلاف آخر فى شكل التعبير . فهو فى التشريع نصوص مكتوبة ، بينما هو فى العرف قواعد غير مكتوبة .

١٤١ - الأساس الفلسفى للعرف :

ينبغى أن ننبه أولا الى ضرورة عدم الخلط بين مصدر القوة الملزمة للعرف باعتباره قانونا وضعيا ، وبين الأساس الفلسفى للعرف .

فمصدر القوة الملزمة للعرف باعتباره قانونا وضعيا لا يمكن أن يكون شيئا آخر غير سلطة الدولة وهذا ما ذكرناه فى الفقرة السابقة .

أما الأساس الفلسفى للعرف فهو الأساس الذى يبرر وجود الدولة ذاتها بما تملكه من سلطة تستطيع عن طريقها وضع قواعد قانونية تنظم بها المجتمع .

وقد سبق أن خصصنا الباب الثانى من هذا الكتاب لدراسة جوهر القانون ، ودرسنا النظريات الفلسفية المختلفة فى هذا الشأن ، ورأينا أن

---

(٣٦٦) راجع ما سبق ، فقرة ١٣٠ وفقرة ١٣٩ .

(٣٦٧) KELSEN, Théorie pure, p. 309

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

النظرية الأكثر أهمية هي نظرية القانون الطبيعي . وهي التي تجعل جوهر القانون هو العقل والعدل .

وغني عن الذكر ان جوهر القانون واحد بالنسبة لكل صور التعبير عن ارادة الدولة . فالعدل هو الأساس الفلسفي للقانون أيا كان مصدره المباشر ، العرف أو التشريع أو القضاء .

والواقع انه لا يوجد أي مبرر للبحث بصفة مستقلة عن الأساس الفلسفي للعرف ، الا للتذكير بأنه لا يختلف في ذلك عن غيره من مصادر القانون الأخرى . فالعدل هو أساس القانون أيا كان مصدره(٣٦٨) .

المبحث الثالث

دور العرف بين مصادر القانون

١٤٢ ـ ليس للتشريع أن يحدد دوره أو دور غيره من مصادر القانون :

نظرا لتعدد مصادر القانون ، فانه تثور مشكلة تحديد دور كل مصدر من هذه المصادر بالنسبة لغيره من المصادر الأخرى . فمن المتصور مثلا أن يكون احد المصادر هو المصدر الأصلي الوحيد للقانون . بينما المصادر الأخرى مجرد مصادر احتياطية لا يرجع اليها الا اذا لم يوجد حكم في المصدر الأصلي . ومن المتصور خلاف ذلك أن تكون المصادر المختلفة كلها مصادر أصلية يرجع الى أي منها ابتداء للعثور على القواعد القانونية الواجبة التطبيق .

واذا اعتبرنا أحد مصادر القانون ، كالتشريع مثلا ، هو المصدر الأصلي الوحيد للقانون ، بينما اعتبرنا المصادر الأخرى مجرد مصادر احتياطية لهذا

---

(٣٦٨) ولا يختلف ذلك كثيرا عما يذهب اليه جني من أن الحماية اللازمة للمصالح الخاصة ، والاستقرار الضروري لحقوق الأفراد ، والمساواة التي هي جوهر العدل ، كل ذلك يقتضي ان القاعدة التي تؤيدها عادة طويلة الأجل مقترنة بالتزام قانوني ، تفرض نفسها ، بما يعادل التشريع في قيادة نشاط الجميع . وهذه النتيجة تستجيب الى شعور عميق في الطبيعة الانسانية . راجع :

F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 345.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المصدر، فانه يترتب على ذلك ضرورة اعتبار التشريع فى مركز أسمى من مركز المصادر الاخرى ، وهو ما يؤدى الى عدم امكان وقوع تزاحم بين القواعد الناشئة عن التشريع ، وتلك الناشئة عن العرف أو غيره من المصادر الأخرى، لأنه فى حالة وجود نص فى التشريع لا يرجع أصلا الى القواعد الناشئة عن المصادر الأخرى • ولا يعرض بالتالى أى احتمال لوقوع تعارض بين التشريع وبين غيره • ومن ثم لا يتصور أن تثور أبدا مشكلة التزاحم أو التنازع بين قاعدة قانونية ناشئة عن المصدر الأصلى ، وبين قاعدة أخرى ناشئة عن مصدر احتياطى •

وعلى العكس اذا اعتبرنا مصادر القانون كلها مصادر أصلية يرجع اليها جميعا فى نفس الوقت ، فانه من المتصور أن يثور تزاحم بين قاعدة ناشئة عن التشريع ، مع قاعدة أخرى متعارضة معها ناشئة عن العرف أو غيره • ويكون هناك مجال لحسم هذا التنازع أو التزاحم فى ضوء بعض قواعد التفسير ، كتلك التى تقرر أن اللاحق يلغى السابق ، أو تلك التى تقرر أن الخاص يقيد العام ، أو تلك التى تقرر أن الأعلى فى الدرجة يسمو على الأقل فى الدرجة •

ومن المسلم به فى الدول الحديثة أن التشريع مصدر أصلى للقانون • ولكن يثور التساؤل حول المصادر الأخرى كالعرف ، لمعرفة ما اذا كانت هى أيضا مصادر أصلية كالتشريع ، أم أنها مجرد مصادر احتياطية له • وللاجابة على هذا التساؤل يثور تساؤل آخر أولى حول ما اذا كان التشريع هو المرجع فى تحديد دوره أو دور غيره من مصادر القانون ، أم أن المرجع فى ذلك هو نظرية المعرفة • وبصفة خاصة نظرية المعرفة القانونية ، أى علم القانون •

ولا شك كما يقول جنى ، ان تحديد الأدوار المختلفة لمصادر القانون لا يتوقف على ارادة المشرع ، ولا يدخل فى اختصاصه ، ولا يتعلق برغبته • وانما يرجع ذلك الى قواعد أسمى من كل تحكم ارادى ، وهى قواعد مستقلة فى جوهرها عن كل تنظيم تشريعى عادى أو دستورى • وهذه القواعد يفرض عن طريق الكشف عنها ، العقل وطبيعة الأشياء(٣٦٩) •

---

(٣٦٩) Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 105.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهو يقول أيضا فى موضع آخر انه لا يستطيع الا أن ينكر على التشريع القدرة على أن يخصص بالنسبة للمستقبل مصادر القانون أو يحدد قيمتها ، وبصفة خاصة فالتشريع لا يستطيع بالنسبة للعرف أن يعين شروطه أو أن يحد من فعاليته الوضعية(٣٧٠) ٠

وانطلاقا من مثل هذه الفكرة فان لجان مراجعة تقنين نابليون ، حذفت معظم الباب التمهيدى الذى كان وارِدا فى المشروع الابتدائى ، والذى كان يتضمن نصوصا فلسفية عن القانون والتشريع ٠ ومنها النصوص التى تحدد مصادر القانون ومن بينها العرف ٠ وقد كان سبب الحذف كما جاء فى المذكرة الايضاحية المقدمة للمجلس التشريعى ، والتى كتبها بورتاليس ، انه ينبغى التفرقة بين العلم ، وبين التشريع ٠ فالقانون ارادة ، أما التعريف والتعليم والفقه فهو أدخل فى العلم ٠ وتوجد تعريفات تتعلق بالأخـــلاق أو تتعلق بأشياء مستقلة فى وجودها عن الارادات التحكمية للانسان ، وهذه لا مجال لها فى التشريع(٣٧١) ٠

وقد سبق أن أوضحنا أن قواعد القـانون وان كانت تحـــدد بحسب طبيعتها ما ينبغى أن يكون ، الا أنها تعتبر فى ذاتهـــا كائنات أو موجودات تصلح أن تكون محلا للمعرفة objet de connaissance أو بتعبير آخر محـلا للعلم ٠ وهى باعتبارها محلا للمعرفة تخضع للمبدأ الأســـاسى من مبادىء المعرفة ، وهو مبدأ السببية ، أو مبدأ السبب المنشىء(٣٧٢) ٠

والسبب المنشىء للقاعدة القانونية هو مصدر هذه القاعدة ٠ والاعتراف بمصادر القواعد القانونية لا يمكن أن يكون صحيحا الا بمراعاة ما يقتضيه مَبدأ السببية ٠

وبتعبير آخر فان تحديد مصادر القانون هى مسألة يرجع الفصل فيهـا

---

(٣٧٠) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 231.

(٣٧١) Cité par F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 107, et note 2.
أما التعريفات التى يجوز أن ترد فى التشريع فهى تلك التى تتعلق بالجـــانب الوضعى المحض للقانون ٠

(٣٧٢) راجع ما سبق ، فقرة ٧٥ ، وفقرة ٧٦ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الى مبدأ السببية ، وليس الى الارادة التحكمية للمشرع • فاذا أنكر المشرع أو تجاهل وجود مصدر من مصادر القانون ، فان ذلك لا يمنع وجود هذا المصدر اذا ثبت طبقا لمبدأ السببية وجود قواعد قانونية وضعيـــة فى مجتمع معين تنشأ عن هذا المصدر • وعلى سبيل المثال فان المشرع الفرنسى لا ينص على العرف كمصدر من مصادر القانون ، ولكن ذلك لا يمنع أن العرف مصدر من مصادر القانون الفرنسى ، حيث توجد قواعد وضعية فى هذا القانون نشأت مباشرة عن العرف •

ومن ناحية أخرى فان المشرع اذا اعترف بمصدر من مصادر القانون ، لا تنشأ عنه قواعد قانونية طبقا لمبدأ السببية ، فان هذا الاعتراف لا يجعـل مما اعترف به المشرع مصدرا من مصادر القانون • وعـــلى سبيل المثال فان المشرع المصرى ينص فى المادة الثانية من دستور مصر الدائم لسنة ١٩٧١ على أن مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ، ومع ذلك فقد سبق أن رأينا أن المقصود بهذا النص هو أن مبادىء الشريعة الاسلامية تعتبر من المبادىء العـامة للقـانون المصرى ، ولكنهـا ليست من مصـــادر القانون المصرى(٣٧٣) • وينبغى دائما عدم الخلط بين المبـــادىء العامة وبـين مصادر القانون(٣٧٤) •

واذا كان التشريع لا يختص بتحـــديد دوره أو دور غيره من مصـــادر القانون ، فان الذى يختص بذلك ، هو علم القانون ، وعلى وجه الخصوص علم الاجتماع القانونى • وعلم الاجتماع القانونى هو علم تجريبى يبحث فى طبيعة المجتمع physique sociale • وا ستخدام اصطلاح الطبيعة(٣٧٥) فى هذا المجال هو استخدام مقصود يراد به التقريب بين علم الاجتماع ، وبـــين علم الطبيعة ، من حيث أن كلا منهما يحاول اكتشاف العلاقة القائمة بين الظواهر المختلفة ، طبقا لمبادىء نظرية المعرفة وفى مقدمتها مبدأ السببية •

---

(٣٧٣) راجع ما سبق ، فقرة ٨٢ •

(٣٧٤) راجع ما سبق ، فقرة ٨١ •

(٣٧٥) راجع فى استخدام اصطلاح الطبيعة للتعبير عن علم الاجتماع :
Em. Durkheim, Leçons de sociologie, physique des moeurs et du droit, P.U.F. 1950;
F. Gény, Méthode d'interprétation. T. I, p. 406-407.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فعلم الاجتماع القانوني ، أو علم طبيعة المجتمع ، يستطيع أن يتحقق من القواعد القانونية الوضعية النافذة في مجتمع معين ، ومن الأسباب أو المصادر التي نشأت عنها هذه القواعد . ويستطيع كذلك أن يحدد دور كل مصدر من هذه المصادر وأهميته بالنسبة للمصادر الأخرى .

فاذا أثبت علم الاجتماع القانوني مثلا عن طريق المشاهدة والتجربة ، أن بعض القواعد الدستورية النافذة في مجتمع معين ، ترجع في مصدرها الى العرف ، فان ذلك يعني بالضرورة ان العرف في هذا المجتمع مصدر من المصادر القادرة على خلق أسمى القواعد القانونية ، وبالتالي لا يتأتى لنص وارد في تشريع عادي أن يضع العرف في مكان أقل من المكان الذي يحتله في الواقع في هذا المجتمع بالذات .

١٤٣ - نص المادة الأولى من القانون المدني لا يكفي لجعل العرف مصدرا احتياطيا :

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني على انه « اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، ... » . وطبقا لهذا النص فان القاضي لا يرجع الى العرف الا اذا لم يجد نصا تشريعيا يمكن تطبيقه . ومعنى ذلك أن العرف مصدر احتياطي في القانون المدني لا يرجع اليه القاضي الا لتكملة نصوص التشريع أو لتفسيرها ، في حالة نقص هذه النصوص أو غموضها . أما اذا وجد نص تشريعي يمكن تطبيقه وكان هذا النص واضحا لا يحتاج الى تفسير ، فان القاضي لا يرجع الى العرف ، حيث لا يوجد نقص في التشريع أو غموض فيه .

وطبقا لهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن « دفاع الطاعن في هذا الخصوص ... كان مبناه أن هذا العرف هو الذي يتحدد به مراد الشارع من نص المادة ٣٤ من القرار الوزاري رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ ، واذا كان هذا هو ما استهدفه الطاعن بطلب الاحالة الى التحقيق ، فانه لا حرج على محكمة الموضوع آذا هي التفتت عنه وأخذت في تفسير ذلك النص بما تدل عليه عبارته الواضحة »(٣٧٦) .

---

(٣٧٦) نقض مدني ١٩٥٩/١٠/١٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٠ ، ص ٥٦٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

واذا كان القاضى لا يرجع الى العرف لتفسير نصوص التشريع الواضحة التى لا تحتاج الى تفسير ، فهو لا يرجع اليه من باب أولى فى حالة وجود تعارض بينه وبين التشريع . لأنه اذا كانت وظيفة العرف هى فقط تكملة التشريع ، فانه لا ينطبق فى حالة وجود التشريع ، وبالتالى لا يتصور أن يخالف التشريع ، أو كما يقال فان العرف لا يلغى التشريع .

وخلاصة هذه الأفكار أن العرف يعتد به اذا كان يكمل التشريع proeter legem ولكن لا يعتد به اذا كان يخالف التشريع contra legem

ولا يستثنى من ذلك الا التشريع المفسر أو المكمل ، فهو كما يجوز الخروج عليه بمقتضى الاتفاق بين المتعاقدين ، يجوز الخروج عليه أيضا بمقتضى العرف(٣٧٧) . ومع ذلك فكما يلاحظ « جنى » فان هذا ليس هو المجال الحقيقى للعرف ، بل هو مجال العادات الاتفاقية .

فاذا استثنينا العرف المخالف للنصوص التشريعية المفسرة ، فان العرف لا يجوز أن يخالف التشريع بحسب نص المادة الأولى من التقنين المدنى السابق ذكرها . بل ان المشرع نص صراحة فى المادة الثانية من التقنين المدنى على انه « لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع(٣٧٨) . وهذا النص واضح فى أن التشريع لا يلغى الا بتشريع آخر مثله ، وبالتالى فان التشريع لا يلغى بواسطة العرف .

ومع ذلك فان هذه النصوص لا تكفى بمفردها لجعل العرف مصدرا احتياطيا فى القانون المصرى ، أو لجعله غير قادر على الغاء التشريع . فهذه النتائج لا يمكن الوصول اليها الا اذا أثبتها علم الاجتماع القانونى فى ضوء المشاهدة والتجربة المستمدة من واقع القواعد القانونية النافذة فى مصر .

---

(٣٧٧) نقض مدنى ١٩٥٩/١٠/١٥ ، الحكم السابق الاشارة اليه .

(٣٧٨) راجع فى شرح هذا النص ، ما سبق ، فقرة ١٢٣ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بل انه حتى بالرجوع الى النصوص التشريعية وحدها ، فان النصوص الواردة في التقنين المدني ، لا يجوز أن تصبح قاعدة عامة بالنسبة لسائر فروع القانون الأخرى .

واذا كانت هناك قيمة ما للنصوص التشريعية التي تحدد دور التشريع دون غيره من مصادر القانون ، فان هذه القيمة مرتبطة بمدى مطابقة النصوص للواقع . فاذا سجل النص التشريعي تفوق التشريع على العرف ، وكان هذا التفوق حقيقيا من ناحية الواقع ، فان هذا النص تكون له قيمة في هذا المعنى لا لأنه صادر عن ارادة المشرع ، ولكن لكونه مطابق للواقع(٣٧٩) . أما الواقع ذاته ، فانه لا يكتسب شيئا أو يفقد شيئا بترجمته أو عدم ترجمته في نصوص تشريعية(٣٨٠) .

١٤٤ ـ تفوق التشريع على العرف من حيث الواقع يقتصر على الكم لا على الكيف :

اذا كان دور كل مصدر من مصادر القانون ، لا يحدده نص تشريعي ، ولكن يحدده علم الاجتماع القانوني على ضوء الواقع ، فان الواقع يشهد بكل وضوح على أن التشريع قد تفوق على العرف في كل الدول الحديثة ، بما في ذلك الدول التي اشتهرت بأن العرف هو المصدر الأساسي لقوانينها كانجلترا مثلا .

واذا كان العرف أسبق من الناحية التاريخية من التشريع ، واذا كان الكثير من قواعد التشريع يرجع في أصله التاريخي الى العرف ، فانه من المؤكد أن أكثر القواعد القانونية في المجتمعات الحديثة هي قواعد تشريعية .

ويرجع تفوق التشريع على العرف الى المزايا الواضحة للتشريع من حيث سرعة اصداره ، ووضوح معناه ، وسهولة اثباته والعلم به . ويرجع تفوق

---

(٣٧٩) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 230-236.

(٣٨٠) المقصود بالواقع هنا ، هو وجود القواعد القانونية أو عدم وجودها في مجتمع معين . راجع :

F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 107.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التشريع أيضا الى طبيعة تكوين المجتمعات السياسية الحديثة حيث توجد بها أجهزة خاصة ومتخصصة في اصدار القواعد القانونية • وتقوم هذه الأجهزة فعلا بملاحقة كل التطورات التى تلحق العلاقات الاقتصـــادية والاجتماعية ، واصدار القواعد القانونية اللازمة لتنظيمها • ولذلك فمن المشاهد أن الأغلبية الساحقة من القواعد القانونية الموجودة فى مجتمع معين هى قواعد تشريعية • ويعنى هذا أن التشريع قد تفوق على العرف من حيث الواقع suprématie de fait ، أو أن العـــرف قد انهـــزم أمام التشريع عـــلى حد تعبـــير « جنى »(٣٨١) •

ومع ذلك فانه من حيث الواقع أيضا فان انهزام العرف أمام التشريع ، يعنى فقط قلة عدد القواعد العرفية ، بالنسبة للقواعد التشريعية • فالعرف أصبح مصدرا شحيحا للقواعد القانونية • أما التشريع فهو مصـــدر خصب لهذه القواعد • ولكن انهزام العرف أمام التشريع لا يعنى أن قواعد العرف — ان وجدت — هى قواعد أقل فى الدرجة من قواعد التشريع ، بل ان العرف لا زال متساويا مع التشريع فى قدرة كل منهما على خلق قواعد قانونية متفاوتة فى الدرجة • وقد تنشأ قاعدة عن العرف أعـــلى من قاعدة أخرى تنشأ عن التشريع • ويترتب على ذلك أن العرف يستطيع أن يســـمو على التشريع ، ويستطيع أن يلغى التشريع ، ويستطيع أن يقيد التشريع •

١٤٥ — وجود عرف دستورى يعنى أن العرف قد يسمو على التشريع :

تنقسم الدساتير الى قسمين : دساتير عرفية ودســـاتير مكتـوبة • والدستور الانجليزى هو أبرز مثل على الدســـاتير العرفية • ومع ذلك فمن المسلم به ان كل دستور مكتوب يقترن دائما بعرف دستورى يفسر ويكمل نصوص الدستور ، بل وقد يعدل أو يلغى نصوص الدستور • وهذه مشكلة قائمة بذاتها سندرسها فيما بعد •

ووجود عرف دستورى بجانب الدستور المكتوب ، هو فى نظر البعض أمر سائد لدرجة تسمح بالقول بأنه لا يوجد دستور مكتوب بصفة كاملة أو

---

(٣٨١) F. Gény, Méthode d'interprétation. T. 1, pp. 231 - 232.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

دستور عرفي بصفة كاملة · بل توجد في كل الدول دساتير مكتوبة وعرفية في نفس الوقت ، مع تفاوت في الأهمية فقط بين القواعد المكتوبة والقواعد العرفية ، من دولة الى أخرى(٣٨٢) ·

ومن أمثلة العرف الدستوري في مصر ، أن السلطة التنفيذية كانت تصدر في ظل دستور سنة ١٩٢٣ لوائح انبوليس ، دون أن يوجد نص في هذا الدستور يعطيها هذا الحق · وكان الفقه يفسر ذلك بوجود عرف دستوري يعطي السلطة التنفيذية الحق في اصدار اللوائح المذكورة(٣٨٣) ·

بل يمكن القول بوجود عرف دستوري في مصر بحماية واحترام حقوق الانسان وحرياته الأساسية بحيث يجوز التمسك بهذا العرف في حالة عدم وجود دستور مكتوب لأي سبب من الأسباب · وأيا ما كانت الأمثلة عن قواعد العرف الدستوري ، فانه من المؤكد أن العرف في مصر مصدر من مصادر القانون الدستوري ، أو بتعبير آخر فان العرف في مصر قادر على خلق القواعد القانونية الأساسية التي تسمو على غيرها من القواعد القانونية الأخرى الناشئة عن التشريع أو غيره · ويترتب على ذلك حتما انه لا يجوز القول ان التشريع أعلى في الدرجة من العرف ، لأنه توجد قواعد عرفية تسمو على كل قواعد التشريع العادي ·

وسمو قواعد العرف الدستوري على كل قواعد التشريع العادي ، تترتب عليه النتائج المعروفة لتدرج القواعد القانونية · وهي انه لا يجوز للتشريع العادي أو الفرعي أن يخالف العرف الدستوري ، وتترتب على هذه المخالفة عدم دستورية التشريع أو بتعبير آخر عدم صحته(٣٨٤) ·

وغني عن الذكر أن نصوص التقنين المدني التي تجعل العرف مصدرا تكميليا ، أو التي لا تجيز الغاء التشريع الا بتشريع آخر مثله ، لا تجدي شيئا

---

(٣٨٢) عبد الحميد متولي ، المفصل في القانون الدستوري ، ص ١٢٤ ، ثروت بدوي ، القانون الدستوري ، ص ٦٩

M. Prélot, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris. Dalloz, 1963, p. 187.

(٣٨٣) راجع ما سبق ، فقرة ١٠٠ ·

(٣٨٤) راجع ما سبق ، فقرة ١٠١ وفقرة ١٣٠ ·

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فى حماية التشريع المخالف للعرف الدستورى من النتائج المترتبة على هذه المخالفة ، لأن نصوص التقنين المدنى ذاتها هى نصوص تشريع عادى ، تتوقف صحتها بما فى ذلك صحة النصوص المشار اليها على عدم مخالفتها لقواعد الدستور ، المكتوبة منها وغير المكتوبة ٠

وكما أن العرف الدستورى يسمو على التشريع العادى أو الفرعى ، فان التشريع الدستورى يسمو كذلك على العرف العادى أو العرف الفرعى ٠فقواعد القانون يعلو بعضها على بعض بحسب ما اذا كانت قواعد أساسية أو عادية أو فرعية ، وليس بحسب المصدر الذى نشأت عنه هذه القواعد ٠ فكل مصادر القانون قادرة من حيث المبدأ على انشاء القواعد القانونية على اختلاف درجاتها ٠ ولا يوجد مصدر يتخصص فى اصدار القواعد العليا وآخر يتخصص فى اصدار القواعد الدنيا !

١٤٦ ـ العرف الخاص يقيد التشريع العام :

اذا تساوت القواعد القانونية فى الدرجة فان بعضها قد يغلب على البعض الآخر بحسب ما اذا كانت القاعدة عامة أم خاصة ٠ والمبدأ هو أن الخاص يقيد العام ٠ وبعبارة أخرى فان القواعد العامة تعتبر قواعد احتياطية أو تكميلية subsidiaire لا يلجأ اليها الا اذا لم يوجد حكم فى القواعد الخاصة ٠

وعلى سبيل المثال فان قواعد العرف التجارى تستطيع مخالفة قواعد التشريع المدنى الآمرة ٠ فالعرف التجارى يجيز مثلا تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وهى ما تعرف باسم الفوائد المركبة ، ويجيز أن تزيد الفوائد فى مجموعها على رأس المال ، وذلك على خلاف النصوص الآمرة فى التقنين المدنى التى تقرر عدم جواز تقاضى فوائد مركبة أو تجاوز الفوائد لرأس المال ٠ وقد اعترف التقنين المدنى ذاته بقدرة العرف التجارى على الخروج عليه فى المسائل السابق ذكرها (م ٢٣٢ ، م ٢٣٣ مدنى) ٠

واذا كان العرف التجارى يطبق أولا قبل الرجوع الى التشريع المدنى ، فسبب ذلك أن قواعد التشريع المدنى هى قواعد مكملة لقواعد القانون التجارى ، فيما يتعلق بتنظيم العلاقات التجارية ٠ فاذا وجد حكم فى القانون

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التجارى فانه يطبق أولا ، ولا تكون هناك حاجة للرجوع الى القانون المدنى ، ولو كانت قواعد القـــانون التجارى ـ تشريعية أو عرفية ـ مخالفة لقواعد القانون المدنى(٣٨٥) • بل المفروض أن تكون قواعد القانون التجارى مخالفة أو على الأقل مختلفة عن قواعد القانون المدنى ، والا لما دعت الحاجة الى استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى •

وتترتب على ما سبق نتيجة هامة وهى انه لا يمكن القول فى نطـــاق النظرية العامة للقانون أن العرف هو بصفة عامة مصدر مكمل للتشريع • اذ من الواضح انه فى الكثير من المســـائل فان التشريع هو الذى يقوم بدور المصدر المكمل للعرف •

والصحيح انه لا يوجد مصدر من مصادر القانون مكمل للآخر بصفـة مطلقة ، بل ان قواعد القانون ، أيا كان مصدرها تعتبر قواعد أصلية فى نطاق تطبيقها الأصلى • ويمكن أن تعتبر قواعد احتياطية أو تكميلية خارج هـــذا النطاق • فالحكم الخاص يقيد الحكم العام ، سواء كان الحكم الخاص تشريعيا أو عرفيا ، أو كان الحكم العام تشريعيا أو عرفيا •

١٤٧ ـ العرف اللاحق يعدل أو يلغى التشريع الســـابق المســـاوى له فى الدرجة :

من المتصور أن يتكون عرف لاحق مخالف لتشريع سابق • والمخالفـة تأخذ صورة من صورتين • فهى اما أن تكون مخالفة ايجابية عن طريق انشاء قاعدة عرفية جديدة متعارضة فى مضمونها مع التشريع الســـابق ، وهى ما تسمى consuetudo Abrogatoria ، واما أن تكون مخالفة سلبية عن طريق اهمال تطبيق القاعدة التشريعية دون استبدالها بقاعدة غـيرها . وهى ما تسمى desuetudo • وقد أثبت سافينى فى دراسة لا يمكن رفضهـــا حسب تعبير جنى ، أن المشـــكلة واحـــدة فى صورتى الالغـــاء الايجـابى والسلبى(٣٨٦) •

---

(٣٨٥) فى هذا المعنى : حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٣٥٨ ،
F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 413.

(٣٨٦) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 407.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومع ذلك فانه ينبغى لتحديد المشكلة أن نستبعد منها بعض الفروض التى لا يثور بشأنها شك • وأول فرض نستبعده هو الفرض الخاص بمخالفة العرف الدستورى اللاحق لتشريع عادى سابق • فمما لا شك فيه ان العرف الدستورى يستطيع الغاء التشريع العادى السابق عليه نظرا لسمو قواعد القانون الدستورى على قواعد القانون العادى • وبغض النظر عن كون أحدهما سابق للأخر أو لاحق عليه • فالتشريع العادى لا يستطيع أن يخالف عرف دستورى سابق عليه ، كما لا يظل له وجود بعد نشأة عرف دستورى لاحق متعارض معه(٣٨٧) •

والفرض الثانى الذى نستبعده هو مخالفة العرف اللاحق الأدنى لتشريع سابق أعلى فى الدرجة • فمما لا شك فيه أن مثل هذه المخالفة لا تجوز ، ولا تكون لهذا العرف قيمة قانونية •

والفرض الثالث الذى نستبعده هو وجود تعارض بين تشريع وعرف ، كل منهما مساو للأخر فى الدرجة ، ولكن أحدهما خاص والآخر عام • فمن المؤكد أن الخاص منهما يقيد العام بغض النظر عن أيهما هو الخاص وأيهما هو العام ، وبغض النظر عن نشأتهما معـــا فى نفس التاريخ ، أو فى تاريخين مختلفين •

وبذلك تنحصر المشكلة التى تواجهنا فى فرض واحد هو الفرض الخاص بنشأة عرف لاحق مخالف لتشريع سابق مساو له فى الدرجة ومتحد معه فى نطاق التطبيق •

ولعل أول ما يصادفنا فى طريق الوصول الى حل هذه المشكلة هو نص المادة الثانية من التقنين المدنى التى تقرر أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » •

---

(٣٨٧) يمكن القول ان مخالفة القانون العادى لدستور سابق عليه تثير مشكلة عدم دستورية القانون العادى • أما مخالفة القانون العادى لدستور لاحق عليه فتثير مشكلة القانون اللاحق •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد يقال تطبيقا لهذا النص انه لا يجوز الغاء التشريع الا بتشريع آخر مثله ، وبالتالى فان العرف اللاحق لا يستطيع الغاء تشريع سابق مساو له فى الدرجة ٠

ومع ذلك فنحن نرى خلافا لهذا الرأى أن العرف اللاحق يلغى التشريع السابق ، المساوى له فى الدرجة والمتحد معه فى نطاق التطبيق ، سواء كان العرف اللاحق ايجابيا يتضمن قاعدة متعارضة للقاعدة التشريعية ، أو كان عرفا سلبيا يقتصر على ترك العمل بالقاعدة التشريعية ٠

أما لماذا لم يتضمن التقنين المدنى نصا يجيز الغاء التشريع بواسطة العرف ، فان ذلك يرجع الى خطورة وجود مثل هذا النص فى التشريع ، بل والى تعارضه مع فكرة التشريع ذاتها ، اذ من غير المقبول أن يضع المشرع قواعد قانونية ثم يقرر فى نفس الوقت ان هذه القواعد يمكن أن تلغى بعدم التطبيق أو بالتطبيق المخالف من جانب الأشخاص المخاطبين بحكمها ٠

وقد واجه واضعو تقنين نابليون نفس المشكلة ٠ فقد وردت نصوص فى الباب التمهيدى من المشروع الابتدائى(٣٨٨) تجعل من العرف مصدرا احتياطيا من مصادر القانون ، ولم يرد نص يجيز الغاء التشريع بواسطة العرف ٠ ومع ذلك فقد أفصح واضعو مشروع التقنين فى عبارات حاسمة عن المبررات التى دعتهم الى عدم ذكر العرف كسبب من أسباب الغاء التشريع ٠ وقد جاءت هذه العبارات فى الخطاب التمهيدى للمشروع الابتدائى ونصها كالآتى : « تحتفظ التشريعات بآثارها طالما أنها لم تلغ بواسطة تشريعات أخرى أو طالما أنها لم تسقط بعدم الاستعمال désuétude ٠ واذا كنا لم نقرر بصفة رسمية طريقة الالغاء بالترك أو بعدم الاستعمال ، فيرجع ذلك الى خطورة الاعتراف بمثل هذه الطريقة ٠ ولكن هل يمكن أن نحجب تأثير وفائدة هذه القوة غير المنظورة ، التى تستطيع عن طريقها الشعوب بغير ضجة أو اضطراب ، أن تقتص من التشريعات السيئة ، وهو ما يؤدى الى حماية المجتمع من مفاجآت المشرع ، وكذلك حماية المشرع من نفسه ؟ »(٣٨٩) ٠

---

(٣٨٨) وقد ألغيت هذه النصوص فى المشروع النهائى ضمن معظم نصوص الباب التمهيدى التى اعتبرت أدخل فى العلم منها فى التشريع ٠

(٣٨٩) Fenet, T. 1. p. 479. cité par F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 405.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

فمن الطبيعي اذن ألا نجد فى التشريع المصرى نصا يجيز الغاء التشريع بعدم الاستعمال أو عن طريق عرف مخالف • ولكن لا يترتب على ذلك أن العرف لا يستطيع فعلا الغاء التشريع •

وكما سبق أن ذكرنا فان مسألة تحديد مصادر القـــواعد القانونية ، وتحديد أسباب زوال هذه القواعد ، هى مسألة علمية لايرجع فيها الى نصوص التشريع أو الى أى مصدر آخر من مصادر القانون ، بل يرجع فيها الى علم الاجتماع •

ومصادر القانون عندما تحدد الأدوار التى تلعبها فى هذا الشأن فهى تقرر ما لا تختص بتقريره • ولا يكون لما تقرره قيمة الا بقدر مطابقته للواقع• وكثيرا ما يشهد الواقع على خطأ الحقائق العلمية التى تتصدى القواعد القانونية لتقريرها بغير مقتض • بل أن القواعد القانونية تتعمد أحيانا الـكذب وعدم ذكر الحقيقة • ومن هذا القبيل المشروع الابتدائى لتقنين نابليون الذى تعمد واضعوه اغفال العرف من الأسباب الملغية للتشريع رغم ايمانهم بقدرته على الغاء التشريع • ومن هذا القبيل أيضا أن القضاء ينكر انه يخلق القـــواعد القانونية ، بينما هو يخلقها فى الواقع كما سنرى فى الفصل الرابع من هذا الباب •

ومن ناحية أخرى فانه اذا ثبت فى ضوء المشاهدة والتجربة أن العرف المخالف يستطيع الغاء أى نص تشريعى ، فانه لا يمكن أن يحول دون تحقق هذه النتيجة وجود نص وحيد فى التقنـــين المدنى يقرر عـــدم جواز الغاء التشريع الا بتشريع آخر مثله • لأنه اذا ثبت امكان الغاء أى نص من نصوص التشريع بواسطة العرف المخالف ، فان نص المادة الثانية من التقنين المدنى يمكن الغاؤه هو أيضا بواسطة عرف مخالف له • وبتعبير آخر فانه اذا ثبت أن نصوص التشريع يمكن أن تزول بعد الاستعمال أو عن طريق العـــرف المخالف ، رغم ارادة المشرع المعلنة فى هذه النصوص ، فان وجـــود ارادة للمشرع فى نص آخر هو نص المادة الثانية من التقنين المدنى لا يمكن أن يكون

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

له تأثير أكبر من تأثير ارادة المشرع الموجودة فى النصـــوص التى ألغـــاها العرف ٠

وقياسا على ذلك اذا وجد نص فى التشريع الدستورى يقرر عدم امكان الغاء نصوص الدستور عن طريق العرف ، فان هذا النص لا تكون له قيمة لأنه ينطوى على مصادرة على المطلوب ٠ لأن العرف الذى يســتطيع أن يلغى نص من نصوص الدستور ، يستطيع أن يلغى أيضا النص الذى يقرر عـدم جواز الغاء الدستور بواسطة العرف ٠

أما السبب الجوهرى الذى يجعل العرف قادرا على الغاء التشريع ، فهو أنه اذا تكون عرف مخالف للتشريع ، فمعنى ذلك أن القاعدة التشريعية فقدت فعاليتها efficacité (٣٩٠) ٠ والفعالية كما سبق أن رأينـــا شرط من شروط صحة القاعدة القانونية ٠ فالقاعدة التى تفقد فعاليتها تفقد فى نفس الوقت صحتها ، أى تفقد وجودها(٣٩١) ٠

ولذلك فانه بحسب طبيعة الأشـــياء ، فان التشريع يمكن أن يلغى بواسطة عرف لاحق مخالف له ٠ ويلاحظ أنّ الفقه الفرنسى اتجه فى معظمه منذ بداية هذا القرن الى تأييد امكان الغاء التشريع أو تعديله بواسطة عرف لاحق مخالف له(٣٩٢) ٠ وقد لخص الأستاذان مارتى ورينو الاتجاه السائد حاليا فى فرنسا بأن العرف يمكن أن يقتل التشريع وان كان من الأفضـــل عدم قول ذلك(٣٩٣) ٠

ومع ذلك لا يوجد أى مبرر للخوف من الاعتراف بهذه الحقيقة ٠ ولا يؤدى هذا الى الانتقاص من سلطة المشرع ٠ لأنه اذا استطـــاع العـــرف أن يلغى

---

(٣٩٠) H. KELSEN, Théorie pure, p. 306.

(٣٩١) راجع ما سبق ، فقرة ٢٥ ٠

(٣٩٢) راجع تطور الفقه الفرنسى فى هذا الاتجاه :
F. Gény, Méthode d'interprétation, p. 400.
ويلاحظ أن جنى لم يأخذ هو نفسه بهذا الاتجاه رغم انه هو الذى مهد له ٠

(٣٩٣) Marty et Raynaud, T. 1, p. 195.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التشريع السابق ، فان المشرع يستطيع اذا أراد أن يلغى هذا العرف بتشريع لاحق عليه ٠

أما فى مصر فلا زال الاتجاه الغالب فى الفقه يرى أن العرف لا يستطيع الغاء تشريع سابق عليه ٠ وحجة الفقه المصرى فى ذلك مستمدة من نصوص التقنين المدنى السابق ذكرها ، وهى النصوص التى أظهرنا عدم جدواها فى حسم هذه المسألة ٠

ومع ذلك فان بعض الفقه المصرى يؤيد امكان الغاء التشريع بواسطة العرف ، تارة على شيء من الاستحياء ، كما جاء فى مؤلف الدكتور عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، قولهما : « فلماذا اذن لانعمم الحكم ، ونجاهر دون خوف بالقول بأن عدم الاستعمال أو العرف على وجه العموم يلغى التشريع »(٣٩٤) ، وتارة أخرى مع وضع بعض القيود ، كما يقول الدكتور سليمان مرقس : « لذلك أرى أن لا محل للتفرقة فى هذا الشأن بين العرف المدنى والعرف التجارى ، وأنه يجوز لكل منهما أن ينشيء قواعد قانونية تخالف التشريع فى غير المبادىء الأساسية التى يتكون منها النظام العام(٣٩٥) ٠

ونحن لا نرى مبررا لقيد النظام العام ، فقد سبق أن ذكرنا أن العرف باعتباره مصدرا للقانون لا تتصور مخالفته للنظام العام ، ولا يشترط لصحته عدم مخالفته للنظام العام ، ولكن يشترط فقط عدم مخالفته لقاعدة قانونية أخرى أعلى منه فى الدرجة سواء كان مصدرها التشريع أو العرف أو غيرهما(٣٩٦) ٠

١٤٨ ـ نظرة عامة :

يتضح من دراستنا السابقة ان العرف مصدر من مصادر القانون الوضعى المصرى ٠ وهو لا يستمد قوته الملزمة من ارادة المشرع الصريحة أو

---

(٣٩٤) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت ، أصول القانون ، ص ٢١٧ ، هامش(١)

(٣٩٥) سليمان مرقس ، المدخل ، ص ٣٢٩ ٠

(٣٩٦) راجع ما سبق ، فقرة ١٣٣ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الضمنية أو من ارادة المحاكم • ولكنه هو فى ذاته تعبير ارادى عن سلطة الدولة • وهو بهذا الوصف يعادل التشريع من حيث أن كلا منهما تعبير مستقل عن ارادة الدولة •

واذا كان العرف يساوى التشريع فى القوة ، الا انه أقل منه فى الأهمية من حيث عدد القواعد العرفية بالنسبة الى عدد القواعد التشريعية • فالتشريع قد تفوق على العرف من حيث الكم ، مع بقاء كل منهما مساو للآخر من حيث الكيف •

واذا كان من المتصور حدوث تعارض بين قاعدة تشريعية وقاعدة عرفية ، فان هذا التعارض يتم حسمه طبقا للاصول المرعية فى التفسير • ونذكر من هذه الاصول ثلاثة مبادىء أساسية • أولها أن القاعدة الادنى فى الدرجة لا يجوز أن تخالف قاعدة أعلى منها فى الدرجة • والمبدأ الثانى أن القاعدة الخاصة تقيد القاعدة العامة • والمبدأ الثالث أن القاعدة اللاحقة تلغى القاعدة السابقة المساوية لها فى الدرجة والمتحدة معها فى نطاق التطبيق • وهذه المبادىء الثلاثة هى التى تحسم التعارض بين العرف والتشريع •

والملاحظة الأخيرة هى أن القواعد العرفية أصبحت نادرة فى القوانين الحديثة الى درجة كبيرة(٣٩٧) ، كما أن القواعد المخالفة للتشريع أكثر منها ندرة •

والذى يبرر الاهتمام بدراسة العرف على هذا النحو هو أن الاعتبارات التى أملت تفوق التشريع عليه من حيث الكم ، هى اعتبارات أقل دواما من الاعتبارات التى تجعل من العرف مصدرا أصليا للقانون فى كل المجتمعات وفى كل العصور • وهو مصدر تلجأ اليه الأمة فى التعبير عن ارادتها بطريقة مباشرة •

---

(٣٩٧) ويلاحظ أن العرف لا يكاد يلعب أى دور فى نطاق بعض فروع القانون ، كالقانون الجنائى ، الذى تهيمن عليه قاعدة من قواعد حقوق الانسان التى تحرص الدساتير على النص عليها ؛ وهى قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » (م ٦٦ من دستور سنة ١٩٧١)- راجع : حسن كيره ، أصول القانون » ص ٣٦٢ - ص ٣٦٣ • ومع ذلك فقد كان العرف فى المجتمعات القديمة هو مصدر القانون الجنائى كغيره من فروع القانون الأخرى • بل انه الى وقت قريب كان القانون رقم ١٥ لسنة ١٩١١ الخاص بالنظام القضائى فى شبه جزيرة سيناء ، ينص على أن القضاء فى مواد العقوبات يكون بمقتضى العوائد المحلية الثابتة بدلا من العقوبات المقررة فى تقنين العقوبات • ومن هذا القبيل أيضا الأمر العالى الصادر فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ بخصوص مركز سيوه • راجع : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت ، ص ٨٥ ، هامش(٢)

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الرابع

LA JURISPRUDENCE القضاء

١٤٩ ـ مشكلة النقص فى التشريع : La la cune dans la loi écrite

وظيفة القاضى الأصلية هى الحكم بالعدل بين شخصين متنازعين طبقا للقانون • فالقاضى الفرد وكذلك القضاء فى مجموعه يقوم أساسا بتطبيق القانون لا بخلق القانون • ولم يكن من المتصور اثارة مسألة خلق القضاء للقانون لو أن التشريع كان كاملا لا يشوبه أى نقص • فلو افترضنا كمال التشريع la plénitude de la loi بمعنى أن التشريع يحتوى على حل لكل نزاع يعرض أمام القضاء ، لما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء • بل لاقتصر القضاء على مباشرة وظيفته الأصلية وهى تطبيق القواعد العامة للقانون على المنازعات الخاصة التى تعرض أمامه ، وهى قواعد تكفى لكمالها لمواجهة جميع المنازعات المتصورة وغير المتناهية •

ومع ذلك فقد ادرك الفكر القانونى من قديم أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملا ، بل لا بد أن يشوبه النقص حتما ، كنتيجة طبيعية للنقص الكامن فى طبيعة الانسان • فكل عمل انسانى مشوب بالقصور حتما ، وما التشريع الا عمل من أعمال الانسان •

وقد وضع أرسطو نظرية النقص فى التشريع فى كتابى السياسة والاخلاق • وهو يقول فى كتاب السياسة : « عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فانه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقى • وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت »(٣٩٨) • ويقول أيضا انه نظرا لعدم وجود قوانين لهذه الحالات الخاصة « فيجب على الانسان أن يكمل ذلك »(٣٩٩) • والمقصود بالانسان هنا ، القاضى • وهو يقول فى كتاب

---

(٣٩٨) Aristote, Politique, Liv. 2, Ch. 7, p. 125.

(٣٩٩) Aristote, Politique, Liv. 2, Ch. 7, p. 124.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الاخلاق : « والسبب فى ذلك أن كل قانون عام ، وأنه بالنسبة للحالات الخاصة لا يكون التعبير العام محددا بدرجة كافية ·· والقانون لا يواجه الا الحالات العادية ، دون أن ينكر مع ذلك ما يشوبه من نقص · ولا يعتبر هذا عيبا فى القانون ، ولا يوجد فى ذلك أى خطأ أو تقصير من جانب المشرع ، وانما هو أمر طبيعى ، فعندما يصدر القانون فى عبارات عامة ثم يحدث مستقبلا شىء لا يتفق مع هذه النصوص العامة ، فانه يكون من الطبيعى تكملة النقص الذى تركه المشرع واصلاح الترك الناشىء عن كون القانون يعبر بصفة عامة · والمشرع نفسه لو كان حاضرا لوافق على تكملة النقص · ولو كان قد تنبه اليه لأدخل التحديد اللازم فى نص القانون ·· »(٤٠٠) ·

وقد سبق أن رأينا أنه بحسب فلسفة أرسطو فان القاضى عندما يكمل النقص فى التشريع فانه لا يحكم بالعدل ، ولكنه يحكم بالانصاف وهو نوع من العدل ، وهو أيضا أسمى من العدل · ولكنه ليس أسمى من العدل فى ذاته ، بل أسمى من العدل الذى يقرره التشريع نتيجة لما يشوبه من نقص راجع الى صياغته العامة(٤٠١) ·

ورغم أن فكرة النقص فى التشريع تتفق لأول وهلة مع طبيعة الأشياء ، الا انه ظهرت فى ألمانيا حركة فقهية مستمدة من فلسفة هيجل(٤٠٢) تعارض هذه الفكرة وتنادى بفكرة عكسية هى فكرة كمال التشريع · ولا زالت فكرة كمال التشريع ، أو بتعبير أدق كمال النظام القانونى ، يرددها حتى اليوم فقهاء كبار مثل كلسن(٤٠٣) ·

وتتلخص فكرة كمال التشريع فى انه اذا لم يوجد نص فى التشريع يأمر بالقيام بعمل معين أو ينهى عن القيام بعمل معين ، فمعنى ذلك أن المخاطبين بحكم القانون يقفون فى منطقة الاباحة القانونية ، أى لا يلتزمون بالقيام بأى عمل ايجابى أو سلبى · فالنقص فى التشريع هو فى حقيقته حكم بالاباحة -

---

(٤٠٠) Aristote, Ethique, 5, 10, 4-5.

(٤٠١) راجع ما سبق ، فقرة ٥٥ ·

(٤٠٢) انظر فى ارجاع نظرية كمال التشريع الى فلسفة هيجل :
F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 366.

(٤٠٣) H. KELSEN, Théorie pure, p. 329 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بوجود مثل هذا الحكم يعنى عدم وجود نقص فى الاحكام الواجبة التطبيق • والحكم بالاباحة بالنسبة لأحد الاشخاص قد يكون فى نفس الوقت حكما بالحرمان فى مواجهة شخص آخر • فاذا أدعى هذا الشخص الآخر بوجود نقص فى التشريع • فالحقيقة انه يوجد نقص لا فى التشريع القائم ، بل فى التشريع الذى كان يرغب هذا الشخص فى وجوده ، وذلك حسب تعبير برنز Brinz (٤٠٤) •

ويعبر كلسن عن نفس الفكرة بطريقة أخرى فيقول ان الموافقة على وجود نقص فى التشريع تعنى « السماح للقضـــاة بأن يحلوا أفكارهم الأخـلاقية والسياسية محل تلك التى يعتنقها المشرع »(٤٠٥) •

ولم تلق نظرية كمال التشريع قبولا لدى الاتجاه السائد فى الفقه • بل أن بعض ردود الفعل بالنسبة لها كانت عنيفة • فالفقيـــه الألمانى منجر Menger لم يجد حرجا فى وصفها فى نهاية القرن الماضى بأنها حيلة شاذة وغير معقولة absurde fiction (٤٠٦) ، كما أن الفقيه الفرنسى روبييه Roubier وصفها منذ سنوات بنفس الصفة القاسية ذاتها(٤٠٧) •

ونظرية كمال التشريع تخالف العقل فى انها تفترض أن نصـــوص التشريع قد توقعت كل الظروف وكل المعاملات التى تجرى فى المجتمع فى الحاضر والتى ستجرى فيه فى المستقبل ، ووضعت لها النظام القانونى الذى يحكمها • ومن المستحيل بطبيعة الحال تصور وجود انسان يستطيع أن يضع القواعد التى تحكم كل المنازعات غير المتناهية التى تقع أو التى ستقع فى أى وقت من الاوقات •

ونظرية كمال التشريع تخـــالف التجربة التى تثبت كل يوم حـدوث

---

(٤٠٤) راجع فى عرض أفكار برنز :
F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 195.

(٤٠٥) H. KELSEN Théorie pure, p. 32.

(٤٠٦) Cité par F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 2, p. 129.

(٤٠٧) P. Roubier, Droits subjectifs et situation juridiques, op. cit., p. 6;

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

منازعات لا توجد بشأنها قواعد قانونية تحكمها • ولعل أبسط مثل على ذلك في القانون الفرنسي ، المنازعات ذات العنصر الأجنبي التي يتنازع حكمها أكثر من قانون من قوانين الدول التي تتصل بها هذه المنازعات اذ لا توجد في التشريع الفرنسي نصوص كافية لتحديد القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة •

أما منطقة الاباحة القانونية ، التي تقول بها نظرية كمال التشريع ، فهي لا تعني شيئا أكثر من أن القاضي يرفض كل طلب لا يستند الى نص في القانون كما كان يقول بعض فقهاء مدرسة الشرح على المتون في فرنسا خلال القرن التاسع عشر • والقول بأن هذا الرفض أو هذا السكوت مقصود من المشرع أو أنه هو حكم المشرع في هذه المسألة ، يعني أن المشرع استطاع أن يتصور كل المنازعات التي قد تقع في الحياة وأعطى لها حكما هو رفض الحكم أو السكوت عن الحكم • وهذا القول بجانب انه يخالف الواجب المفروض على المشرع ، فهو يخالف المعقول أيضا في انه يفترض أن المشرع قد توقع كل شيء(٤٠٨) •

ويلاحظ أن أصحاب نظرية كمال التشريع يصلون أحيانا الى نتائج مشابهة للنتائج التي يصل اليها أنصار نظرية النقص في التشريع ، ولكنهم يطلقون عليها اسماء أخرى • فكلسن يضرب مثلا على ما يسمى بالنقص الفني lacune technique في التشريع ـ وهي صورة من صور النقص تقابل ما يسمى بالنقص الحقيقي أو الرسمي authentique ـ بوجود تشريع يقرر انتخاب هيئة معينة دون أن ينص على اجراءات الانتخاب ، وهل تتم مثلا بالتصويت السري أم العلني ، بطريق الانتخاب الطائفي أو بطريق الانتخاب الاقليمي •• الخ • في هذه الحالة يرى كلسن ان الجهة المنوط بها اجراء الانتخاب تستطيع أن تحدد بطريقة تقديرية وفقا لما تراه الاجراءات التي يتم بها الانتخاب • فما يعتبر نقصا في التشريع هو في حقيقته الاعتراف بوجود

---

(٤٠٨) راجع في عرض ونقد نظرية كمال التشريع :
F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 117, 118, 197, et T. 2, pp. 129, 313, 341, 360, 366, 370, 397, 386, 388, 408;
Science et technique, T. 4, p. 45, note 1.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

سلطة تقديرية للجهة التى تقوم بتطبيق التشريع فى أن تخلق قاعدة قانونية فردية تقوم عن طريقها بتطبيق القاعدة العامة(٤٠٩) ٠

ولا يخفى أن أصحاب نظرية النقص فى التشريع لا يقولون بأكثر من هذا ، فما يسميه كلسن سلطة تقديرية ، يسميه جنى البحث العلمى الحر ٠

بل انه يمكن التقريب بين النظريتين أكثر من ذلك عن طريق القول بأنه يوجد نقص فى التشريع ، ولكن لا يوجد نقص فى القانون ٠ فيوجد نقص فى التشريع لأن المشرع لا يستطيع أن يضع القواعد التى تحكم كل المنازعات التى تقع فى الحياة ٠ ولكن لا يوجد نقص فى القانون ، لأنه فى كل نزاع يعرض أمام القاضى ولا يكون له حكم فى التشريع ، يوجد له مع ذلك حكم لدى القاضى ، الذى يجب عليه أن يحكم بالعدل فى كل نزاع يعرض أمامه سواء وجد هذا الحكم فى التشريع أو فى غيره من المصادر أو استقاه مباشرة من جوهر القانون وهو العدل ٠ وفى هذا المعنى يقول جنى انه مع وجود نقص لا شك فيه فى التشريع ، فلا يوجد نقص بالنسبة للشخص الذى يطبق القانون(٤١٠) ٠

وانطلاقا من نفس الفكرة فان المادة الرابعة من التقنين المدنى الفرنسى تنص على أن « القاضى الذى يرفض الحكم ، تحت ادعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يوجه اليه اتهام بارتكاب جريمة انكار العدالة » ٠ وفى هذا النص اعتراف من المشرع الفرنسى بأن النقص فى التشريع لا ينبغى أن يقابله نقص فى القانون ، بل يجب أن ينطق القاضى دائما بالعدل ، أى بالقانون ، سواء وجد حكما فى التشريع أو لم يجد ٠ وفى هذا النص اعتراف كذلك من واضعى التقنين المدنى الفرنسى بضرورة وجود سلطة مستقلة عن

---

(٤٠٩) H. KELSEN, Théorie pure, p. 334.

(٤١٠) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. I, p. 197.

ويلاحظ أن كلسن يعترف بأن التشريع قد يكون لغوا absurde ، فهو صادر عن الانسان ولا يمكن أن ينزه عن اللغو بصفة دائمة ٠ ولعل فكرة اللغو التى يعترف بها كلسن أبعد من فكرة النقص التى يعترف بها الفقه السائد ٠ وهو ما يسمح باعتبار كلسن من أنصار نظرية النقص فى التشريع ، وليس النقص فى القانون ٠ راجع :
H. KELSEN, Téorie pure, p. 334.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

سلطة القضاء تقوم بتكملة النقص الذى اقترن بالعمل الذى قاموا به (٤١١) .

وبحسب نظرية جنى عن «البحث العلمى الحر» ، فان القاضى يكمل النقص فى التشريع عن طريق القيام بمجهود عقلى هو البحث العلمى الحر ، بحيث « يصل الى الحل القانونى الواجب التطبيق على ضوء نفس الأفكار التى كان سيراعيها المشرع لو أنه تصرف بنفسه لحل النزاع »(٤١٢) . ويعتبر عمل القاضى فى هذه الحالة من قبيل البحث الحر ، لأنه غير مقيد بأى حكم وضعى . ويعتبر عمله من قبيل البحث العلمى ، لأنه لا ينبغى أن يتأثر فيه بأفكاره الشخصية أو بالعناصر المتغيرة للنزاع ، بل يتأثر بالعناصر الموضوعية التى يقدمها له العلم ، أى يتأثر بالحقائق التى يتكون منها جوهر القانون .

ومن الواضح أن نظرية جنى هى ترديد لنظرية أرسطو السابق ذكرها . وجنى نفسه لا يخفى الأصل الأرسطى لنظريته(٤١٣) .

وفى عام ١٩٠٧ صدر التقنين المدنى السويسرى معتنقا نفس نظرية أرسطو عن النقص فى التشريع وعن كيفية مواجهة هذا النقص . وتنص المادة الأولى من هذا التقنين على انه « .. فى حالة عدم وجود نص تشريعى يمكن تطبيقه فان القاضى يحكم بمقتضى القانون العرفى ، فان لم يوجد عرف ، فبحسب القواعد التى كان سيضعها هو لو أنه باشر عمل المشرع .. » .

ورغم التطابق الشديد بين نظرية جنى ونظرية التقنين المدنى السويسرى ، فان أحدهما لم يأخذ مع ذلك من الآخر . فعندما نشر جنى نظريته لأول مرة سنة ١٨٩٩ ، كان مشروع التقنين المدنى السويسرى قد وضع ولكنه لم ينشر ولم يطلع عليه جنى . كما أن واضعى التقنين السويسرى لم يطلعوا على مؤلف جنى لأنهم أتموا عملهم قبل نشر هذا المؤلف(٤١٤) .

---

(٤١١) Portalis, Fenet, Rec. des trav. prép. T. 1, pp. 469-476; Fenet, T. 6, pp. 385-360, cité par F. Gény, Methode, T. 1, p. 117.

(٤١٢) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 2, pp. 77-78.

(٤١٣) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 2, p. 318.

(٤١٤) F. Geny, Méthode d'interprétation, T. 2, p. 318.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والتطابق الشديد بين النظريتين يفسره أنهما يسيران معا فى الطريق الصحيح ، وأنهما انطلقا معا من نقطة واحدة هى فلسفة أرسطو ٠

وقد سار المشرع المصرى فى نفس الطريق عندما اعترف فى المادة الأولى من التقنين المدنى باحتمال وجود نقص فى التشريع ، وأمر القاضى بأن يكمل هذا النقص بالرجوع الى العرف ٠ فان لم يجد رجع الى مبادىء الشريعة الاسلامية ٠ فان لم يجد رجع الى القانون الطبيعى ومبادىء العدالة ٠

وقد سبق أن رأينا أن هذا النص لا يجعل العرف مصدرا احتياطيا من مصادر القانون ، بل يظل العرف مصدرا أصليا من مصادر القانون رغم قلة القواعد الناشئة عنه(٤١٥) ٠

وكذلك رأينا أن هذا النص لا يجعل مبادىء الشريعة الاسلامية من مصادر القانون ، وانما هى من المبادىء العامة التى يستلهمها القاضى فى بحثه عن الحل العادل للنزوع ، مع بقاء حكم القاضى هو المصدر الوضعى لهذا الحل(٤١٦) ٠

ورأينا أيضا أن هذا النص لا يجعل القانون الطبيعى وقواعد العدالة من مصادر القانون ، فالقانون الطبيعى هو جوهر القانون ٠ ولا ينبغى أبدا الخلط بين جوهر القانون ومصادر القانون ٠ والقانون الطبيعى أو العدل هو جوهر القانون الذى يستلهمه المشرع فى وضع القواعد القانونية العامة ٠ وهو أيضا جوهر القانون الذى يستلهمه القاضى فى وضع الحلول الخاصة للمنازعات التى لا يجد لها حكما فى القواعد الوضعية الناشئة عن التشريع أو عن العرف أو عن القضاء(٤١٧) ٠

فاذا لم يجد القاضى حكما للنزاع المعروض أمامه فى احد مصادر القانون الوضعى المصرى وهى التشريع والعرف ، وكذلك القضاء بحسب المعنى الذى سنحدده فيما بعد للمقصود بالقضاء ، فانه يجتهد برأيه ، أى يقوم ببحث

---

(٤١٥) راجع ما سبق ، فقرة ١٤٢ - فقرة ١٤٧ ٠

(٤١٦) راجع ما سبق ، فقرة ٨٢ ٠

(٤١٧) راجع ما سبق ، فقرة ٧٨ ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

علمى حر عن الحل العادل للنزاع • وهو يرجع فى هذا البحث الى نفس الجوهر الذى يستهدى به المشرع نفسه فى وضع القواعد العامة للتشريع • والمقصود بذلك القانون الطبيعى أو العدل المطلق أو الاخلاق الانسانية العالمية، باعتبار هذه كلها مترادفات تعبر عن أساس القانون وجوهره وتلهم صانعى القانون الوضعى فى عملهم المستمر الذى تنشأ عنه القواعد العامة لهذا القانون ، أو الحلول الخاصة للمنازعات التى لا تحكمها قواعد عامة •

والعدل الذى يصل اليه المشرع هو عدل مصنوع • وليس هو العدل فى ذاته • وكذلك فان العدل الذى يصل اليه القاضى هو عدل مصنوع هو خالقه • وكل عدل يجرى على الأرض بفعل الانسان هو عدل مصنوع لا ينبغى أن يختلط أبدا بالعدل المطلق أو القانون الطبيعى •

وبالمثل فان القاضى وهو يستهدى بمبادىء الشريعة الاسلامية المتفق عليها بين جميع المذاهب ، والتى تعتبر من أسس الفكرة العامة للوجود السائدة فى مصر ، فانه لا يجعل من حكمه تعبيرا الهيا عن هذه المبادىء ، بل يظل حكمه معبرا عن مجهوده الانسانى وعن صنعته البشرية • فالقاضى وهو بشر لا يمكن أن ينطق أبدا بأحكام الهية أو دينية • بل أحكامه كلها أحكام بشرية مصنوعة •

وهكذا فان القاضى عندما لا يجد قاعدة قانونية وضعية فى مصادر القانون الوضعى وهى التشريع والعرف والقضاء ، فانه يخلق بنفسه الحل العادل للنزاع المعروض أمامه • وهو يستوحى فى هذا الخلق نفس الافكار التى كان يستوحيها المشرع لو أنه تصدى لحل هذا النزاع •

وهذه الأفكار تختلف من دولة الى أخرى باختلاف الفكرة العامة للوجود السائدة فى الدول المختلفة • والقاضى فى مصر يستلهم المبادىء الكلية للشريعة الاسلامية وكذلك مبادىء القانون الطبيعى والعدل المطلق •

وجدير بالذكر أن القاضى عندما يخلق حلا عادلا للنزاع فى حالة وجود نقص فى مصادر القانون الوضعى ، فانه لا يخلق بذلك قاعدة قانونية • ولكنه يخلق فقط حلا فرديا • والحكم الذى يصدره القاضى لا تكون له حجية

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الا بالنسبة لهذا النزاع بالذات ، ولا يجوز التمسك به امام هذا القاضى نفسه أو أمام أى قاض آخر غيره في نزاع آخر غير هذا النزاع بالذات(٤١٨) ٠

ولكن حكم القاضى قد يسهم فى انشاء القواعد القانونية العامة اذا أخذت محاكم أخرى بنفس الحل الذى أخذ به هذا الحكم الأول فى المنازعات المتشابهة٠ ففى هذه الحالة يصبح الحل المأخوذ به ليس صادرا عن حكم فردى jugement بل صادرا عن القضاء jurisprudence ٠ فتجب دائما التفرقة بين حكم القاضى وبين القضاء ٠ فالأول يستطيع فقط خلق الحلول الخاصة ، أما الثانى فهو مصدر من مصادر القواعد القانونية العامة ٠

ومن الواضح أن الحكم الفردى هـو الخطـوة الأولى فى طريق تكوين القضاء ٠ ولكن الحكم الفردى لا يؤدى دائما الى تكوين القضاء ٠ فقد لا تأخذ المحاكم الاخرى بما أخذ به الحكم المذكور ، فيظل الحل الذى أخذ به هـــذا الحكم حلا فرديا ابتداء وانتهاء ٠

وكذلك ليس هناك ما يمنع كما سنرى أن يتكون القضاء على أســاس حكم فردى واحد ، اذا كان هذا الحكم صادرا من المحكمة العليا كمحكمة النقض مثلا(٤١٩) ٠

واذا كان من المتصور من الناحية الفنية أن تتكون القواعد القانونية العامة من الحلول الجديدة التى تصدر عن المحاكم فى المنازعات التى لا يوجد بشأنها حكم فى مصادر القانون الوضعى ، فانه يبقى بعد ذلك اثبات أن انشاء القواعد القانونية عن طريق القضاء لا يتعارض مع المبادىء الدستورية ، وبصفة خاصة مبدأ الفصل بين السلطات ٠

---

(٤١٨) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 2. p. 318.
وبطبيعة الحال فنحن نستبعد رأى كلسن الذى يذهب الى أن الحلول الخاصة هى فى ذاتها قواعد قانونية فردية ٠ فقد سبق أن رأينا ان القانون يتكون من القواعد العـــامة ، وليس من التطبيقات الخاصة ٠ راجع ما سبق فقرة ٦ ، وفقرة ٧ ٠

(٤١٩) WALINE, L'individualisme, op. cit., p. 302.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٥٠ - مبدأ الفصل بين السلطات :

مبدأ الفصل بين السلطات يفترض وجود جهاز خاص ومتخصص في انشاء القواعد القانونية العامة ، وهو ما يطلق عليه اسم مجلس الشعب ، أو أى اسم آخر يعبر عن جهاز السلطة التشريعية • وصدور القواعد القانونية عن هذا الجهاز المتخصص يحقق الاستقرار فى المعاملات • لأن كل شخص يستطيع أن يتوقع مقدما الحكم الذى سيصدر فى النزاع الذى يدخل طرفا فيه • وبالتالى فان كل شخص يستطيع أن يوجه سلوكه فى الحياة بما يحقق له أهدافه طبقا للقانون • والدولة التي تحكمها قواعد قانونية عامة صادرة عن السلطة المختصة وهى السلطة التشريعية ، يمكن أن يطلق عليها دولة القانون • وهى الدولة التى يسود فيها القانون(٤٢٠) • وقديما قال أرسطو أن « اتباع قائد مجرد من الاهواء أكثر أمانا من اتباع قائد تكون الاهواء داخلة في تكوينه • والقانون مجرد من الاهواء » • ولذلك ينبغى أن يكون الحكم للقانون • وأن يكون العدل عاما بالنسبة للجميع(٤٢١) •

فمبدأ الفصل بين السلطات هو وسيلة لتحقيق عمومية القواعد القانونية وبالتالى سيادة القانون • أما اذا تركزت كل السلطات فى جهة واحدة ، وبصفة خاصة اذا كانت الجهة التى تطبق القانون هى بذاتها الجهة التى تخلقه ، بمعنى أن القاضى لا يتقيد عند الفصل فى النزاع بأى قاعدة قانونية مسبقة ، فان ذلك قد يؤدى الى كثير من المرونة ، ولكنه يؤدى حتما الى عدم الاستقرار حيث لا يعرف مقدما الحكم الذى سيصدر فى أى نزاع يثور فى الحياة بين الناس • ولا يصبح المبدأ السائد هو مبدأ سيادة القانون بل يصبح هو مبدأ القانون الحر • وهو المبدأ الذى نادى به افلاطون ونادت به مدرسة القانون الحر FREIES RECHT فى ألمانيا • ونادى به القاضى الفرنسى مانو Magnaud (٤٢٢) •

---

(٤٢٠) H. KELSEN, Théorie pure, p. 336.

(٤٢١) Aristote, Politique, Liv. 2, Ch. 7, p. 125.

وراجع ما سبق ، فقرة ٥٥ •

(٤٢٢) راجع ما سبق ، فقرة ٢٠ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولا شك انه اذا لزم الاختيار بين مبدأ سيادة القانون ومبدأ القانون الحر ، فلا بد من اختيار مبدأ سيادة القانون ، وبالتالى مبدأ الفصل بين السلطات الذى بغيره لا تتحقق سيادة القانون • وهكذا يختص جهاز السلطة التشريعية باصدار القواعد القانونية العامة ، ويختص القضاء بتطبيق هذه القواعد على المنازعات الخاصة •

ومع ذلك فان مبدأ الفصل بين السلطات لا يمكن الأخذ به الى آخر المدى ، خاصة وبعد أن رأينا أن هذا المبدأ وان كان يحقق سيادة القانون ، الا انه لا يحقق كمال القانون ، بل لا بد أن يقترن التشريع الصادر عن جهاز السلطة التشريعية المختصة بالنقص والقصور ، وهو نقص لابد من اكماله عن طريق الجهاز القائم بتطبيق القانون • والقعود عن اكمال هذا النقص يؤدى الى انكار العدالة ، أى يؤدى فى النهاية الى انكار القانون • فالعدل هو أساس القانون • وهكذا فان مبدأ الفصل بين السلطات الذى يعمل على تحقيق سيادة القانون من شأنه اذا بولغ فى تطبيقه أن يهدم هذا الهدف فى ذاته لما تؤدى اليه المبالغة من امكان انكار العدل ، وبالتالى انكار القانون •

ولذلك كان لا بد من التخفيف من فكرة الفصل بين السلطات ، وجعلها فكرة نسبية يلجأ اليها فى معظم الحالات • ولكن لا يجأ اليها حيث تؤدى الى تفويت الهدف الأساسى الذى وضعت من أجله هذه الفكرة •

وقد سبق أن رأينا عند دراسة العرف ، ان مبدأ الفصل بين السلطات لا ينبغى أن يؤدى الى حلول جهاز السلطة التشريعية حلولا نهائيا محل ارادة الأمة صاحبة السيادة فى المجتمع(٤٢٣) • ونرى الآن ونحن ندرس القضاء أن مبدأ الفصل بين السلطات لا ينبغى أن يؤدى الى اجبار جهاز السلطة القضائية على عدم الفصل فى المنازعات التى لا يوجد بشأنها حكم فى التشريع الناقص الصادر عن جهاز السلطة التشريعية • فلا يتصور انشاء جهاز تقترن أعماله بالنقص حتما وهو جهاز السلطة التشريعية ، ثم لا تكون

---

(٤٢٣) راجع ما سبق ، فقرة ١٤٠ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هناك وسيلة لتكملة هذا النقص عن طريق الجهاز الذى يقوم بتطبيق القانون وهو جهاز السلطة القضائية ٠

واذا كان من المعترف به - وهو ما تؤكده التقنينات المختلفة ومنهـا التقنين المدنى المصرى - أن للقضاء أن يكمل النقص فى التشريع ، فان هذا الاعتراف يكون أول خطوة فى سبيل الاعتراف للقضاء بدور ما فى خلـق القانون ، وأول خطوة كذلك فى سبيل الاعتراف بنسبية مبدأ الفصل بين السلطات ٠

ويلاحظ أن تكملة النقص فى التشريع ، أو فى مصادر القانون الوضعى بصفة عامة ، لا تؤدى فى كل حالة على حدة الى الخروج على مبدأ الفصل بين السلطات ، فتكملة النقص كما سبق أن رأينا تتضمن خلقا لحل عادل للنزاع ، ولكنها لا تتضمن خلقا لقاعدة قانونية ٠ وبالتالى فانه يمكن الاعتراف للقضاء بالحق فى تكملة التشريع دون أى مساس بمبدأ الفصل بين السلطات ٠

وجدير بالذكر أن جنى اكتفى فى دراسته بالوقوف عند هذا الحد ، وهو حد الاعتراف للقضاء بالحق فى خلق الحلول العادلة للمنازعات الفردية ، دون خلق القواعد القانونية العامة(٤٢٤) ٠ ولعل الفقيه العظيم قد رأى انه من المناسب بعد أن هدم مدرسة الشرح على المتون ، وبعد أن فتح الباب امام القضاة ليبحثوا بحثا علميا حرا عن الحلول العادلة للمنازعات التى لا يوجد بشأنها نص فى التشريع ، ألا يخطو خطوة أبعد من هذا فيعترف بالقضاء كمصدر من مصادر القانون ، تاركا الوصول الى هذه النتيجة الى الفقهاء الذين يأتون من بعده ٠ فجنى لم يشأ ، فيما يبدو ، ان ينقل الفقه الفرنسى طفرة واحدة من مدرسة الشرح على المتون وتقديس نصوص التشريع ، الى الاعتراف بالقضاء كمصدر من مصادر القانون ٠ ومع ذلك فان دراساته تؤدى حتما الى الوصول الى هذه النتيجة ٠ لأنه من غير الممكن النظر الى الاحكام الفردية التى تخلق حلولا عادلة للمنازعات الخاصة باعتبار كل منها ظاهرة قائمة بذاتها منعزلة عن غيرها ٠ بل الطبيعى أن ينظر الى هذه الاحكام نظرة شاملة

---

(٤٢٤) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 2, p. 49.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولو أدى ذلك الى اكتشاف قواعد قانونية عامة نشـأت عن هـذه الاحكام والتزمت بها المحاكم الاخرى . ولذلك فان الفقه الفرنسى لم يتأخر كثيرا بعد دراسات جنى عن الاعتراف بالقضاء كمصدر من مصادر القانون . وكما يقول الأستاذ بولانجيه فانه « بكل وضـوح ، أصبح موقف جنى ، اليـوم متخلفا depassé »(٤٢٥) .

وقد كان جنى حريصا على أن يضع نظريته عن البحث العلمى الحر فى اطار مبدأ الفصل بين السلطات ، ولم يشأ - رغم استطاعته ذلك - ان يكشف عن القيمة النسبية لهذا المبدأ ، بل فضل مسايرة الأفكار السائدة عن هذا المبدأ فى فرنسا ، فى الوقت الذى وضع فيه مؤلفه(٤٢٦) . ومع ذلك فنحن لسنا فى حاجة اليوم الى مسايرة الأفكار السائدة فى فرنسا فى وقت جنى . فهذه الأفكار ذاتها تغيرت ، كما انها لم تكن تعبر عن حقيقة المقصود بهذا المبدأ .

وعندما وضع أرسطو مبدأ الفصل بين السلطات ، لم يقصد به الفصل الكامل بينها ، بل قصد الفصل بين السلطات مع التعاون فيما بينها . فهو اذا كان قد جعل الحكم للقانون ، لا للانسان ، باعتبار أن القانون هو العقـل المجرد عن الاهواء ، الا أنه أردف ذلك بقوله « عندما يكون التشريع قد عبر عن قصده بوضوح ، فانه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وينظموا الباقى » (٤٢٧) . فمبدأ الفصل بين السلطات لا يمكن التسليم به ، الا مع التسليم بنقص التشريع ، وبضرورة قيام القضاء بتكملة هذا النقص . وقد سبق أن رأينا أن أرسطو هو أول من صاغ نظرية النقص فى التشريع .

واذا رجعنا الى كتاب السياسة ، وجدناه يبدأ الفصل الذى يحمل عنوان « السلطات الثلاث فى كل حكومة » ، بقوله « عندما تكون هذه الأجزاء الثلاثة

---

(٤٢٥) Boulanger, Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, Rev. Trim. de Dr. Civ., 1961, p. 418.

(٤٢٦) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 202, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219; T. 2, pp. 35, 288, 322, 370.

(٤٢٧) Aristote, Politique, Liv. 3, Ch. 12, p. 123.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

منسقة تنسيقا جيدا ، فان الحكومة تسير سيرا حسنا » . وسياق الحديث في هذا الموضوع يؤكد فكرة التعاون بين السلطات .

ومن ناحية أخرى فان « جون لوك » وهو الفيلسوف الذى أثرت كتاباته مباشرة فى دساتير الدول الحديثة وبصفة خاصة دستور الولايات المتحدة الأمريكية ، ينادى على غرار أرسطو بمبدأ الفصل بين السلطات ولكنه يقصد به بصفة خاصة أن السلطة التشريعية لا تقوم بأعمال السلطة التنفيذية ، ولكن العكس غير صحيح .

فهو يقول انه « سيكون من قبيل الاغراء أو التحريض للطبيعة الانسانية الضعيفة ، المحبة للطموح ، أن يعهد للاشخاص الذين لهم سلطة عمل القوانين، سلطة تنفيذها فى نفس الوقت .. »(٤٢٨) .

ولكنه يقول من ناحية أخرى « عندما تباشر السلطة التشريعية بصفة مستقلة عن السلطة التنفيذية ، فان مصلحة المجتمع تقتضى أن تترك بعض الأشياء الى تقدير ذلك الذى يحوز السلطة التنفيذية .. فان المشرعين لن يستطيعوا توقع كل ما يمكن أن يكون مفيدا للجماعة وتنظيمه بواسطة تشريعات ، وبالتالى فان ذلك الذى عليه واجب تنفيذ القوانين ، له الحق أيضا بحسب القانون المشترك للطبيعة ، ان يستخدم السلطة التى يحوزها فى تحقيق مصلحة المجتمع ، فى الحالات الكثيرة التى لا يوجد لها حكم فى التشريع .. »(٤٢٩) .

وفى هذه الفقرة الأخيرة فان لوك يربط ربطا محكما بين مبدأ الفصل بين السلطات وبين نظرية النقص فى التشريع ، فيضع استثناء على مبدأ الفصل بين السلطات مؤداه اعطاء السلطة القائمة على تنفيذ القوانين - وهو يقصد بذلك السلطتين التنفيذية والقضائية - الحق فى تكملة التشريعات الناقصة لمواجهة الحالات الخاصة العديدة .

---

(٤٢٨) John Locke, Essai sur le pouvoir civil, op. cit., Ch. 12, No. 143.

(٤٢٩) John Locke, Essai sur le pouvoir civil, op. cit., Ch. 14, No. 159.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولوك لا يخرج بهذا التفكير عن فلسفة أرسطو ، ولكنه يعبر عنها تعبيرا أفضل من تعبير جنى الذى لم يشأ أن يجعل من تكملة النقص فى التشريع ، استثناء من مبدأ الفصل بين السلطات • ولكن الصحيح كما ذكر لوك أن الاعتراف للقضاء بسلطة تكملة التشريع الناقص هو استثناء من مبدأ الفصل بين السلطات ، وهو استثناء له ما يبرره •

وعندما جاء مونتسكيو أخيرا ، ينادى بالفصل بين السلطات ، ويقول تعبيره الشهير بأن « السلطة توقف السلطة »(٤٣٠) ، فانه كان يقصد هو أيضا التعاون بين السلطات المستقلة وليس الفصل الكامل بينهما • فهو يقول « هذه السلطات الثلاث ينبغى أن تكون فى حالة من الراحة أو عدم الحركة ، ولكن نظرا للحركة الضرورية للأشياء ، فهى مضطرة الى السير •• وهى ستجبر على السير فى وفاق de concert »(٤٣١) • ويعلق على ذلك هوريو بأن « السير فى وفاق لا يعنى شيئا آخر غير التعاون »(٤٣٢) •

وحتى عندما يقول منتسكيو فى عبارته غير المقبولة « ان قضاة الأمة ليسوا سوى الفم الذى ينطق أقوال التشريع ، فهم كائنات غير حية لا تستطيع أن تخفف منه القوة أو الصرامة » • فانه لم ينس مع ذلك أن يفرق بين القضاء la magistrature وبين القضاة Les Magistrats ، وان يعترف بقوة غير مرئية على حد تعبيره ، للقضاء دون القضاة(٤٣٣) •

والخلاصة أن نظرية الفصل بين السلطات هى وسيلة لتحقيق سيادة القانون ، ولكن لا يجب المبالغة فى تطبيق هذه النظرية بما يؤدى الى انكار العدل وهو أساس القانون • ولذلك يجب تقييد مبدأ الفصل بين السلطات بما يقتضيه النقص فى التشريع من الاعتراف للسلطة القضائية بالحق فى تكملة هذا النقص ولو أدى ذلك الى خلق قواعد قانونية جديدة عن طريق هذه السلطة غير المختصة أصلا بخلق القانون •

---

(٤٣٠) Montesquieu, De l'esprit des lois, Liv. 11, Ch. 4.

(٤٣١) Montesquiou, Ibid., Liv. 11, Ch. 6.

(٤٣٢) M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2e. éd., 1929, p. 355 Adde, Del Vecchio, Philosophie du droit, op. cit., p. 360.

(٤٣٣) Montesquieu, De l'esprit des lois, Liv. 11, Ch. 6.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٥١ - الاعتراف بالقضاء كمصدر للقانون هو تقرير لامر واقع :

أثبتنا فى الفقرة السابقة انه لا يوجد تعارض بين الاعتراف بالقضاء كمصدر من مصادر القانون ، وبين المبادىء العامة وبصفة خاصة مبدأ الفصل بين السلطات . وكما يقول الأستاذ موري « يبدو لى انه لا يوجد أى مبدأ من مبادىء القانون الوضعى الفرنسى ، يستبعد القضاء كمصدر رسمى من مصادر القانون »(٤٣٤) . وما يصدق على فرنسا ، يصدق أيضا على مصر .

ولكن لا يكفى مثل هذا الاثبات السلبى للقول بأن القضاء مصدر من مصادر القانون . بل لا بد من القيام باثبات ايجابى يتبين منه ان القضاء يقول فعلا بخلق القواعد القانونية الوضعية ، أى اثبات أن قيام القضاء بخلق القانون هو أمر واقع .

وقد سبق أن ذكرنا أن تحديد مصادر القانون ، هو تحديد علمى يضطلع به علم الاجتماع القانونى ، على أساس الأمر الواقع ، وفى ضوء مبدأ السببية(٤٣٥) .

ولا يرجع فى هذا الشأن الى التشريع ، اذ لا يكتسب أى مصدر من مصادر القانون - بما فى ذلك التشريع ذاته - شيئا ، كما لا يفقد شيئا بالاعتراف به أو اغفال الاعتراف به بواسطة المشرع(٤٣٦) .

فالاعتراف بمصادر القانون ليس مسألة تقويمية يرجع فيها الى ارادة المشرع . ولكنها مسألة تقريرية يرجع فيها الى واقع القانون الوضعى . وبالتالى فانه لا يمكن الاعتراف بوجود قواعد قانونية قضائية الا اذا كانت هذه القواعد أمرا واقعا يمكن التحقق من وجوده بالمشاهدة والتجربة أو بأى وسيلة أخرى من وسائل القياس فى علم الاجتماع القانونى . ومن ناحية أخرى لا يمكن انكار أن القضاء مصدر من مصادر القانون الوضعى ، اذا كان القضاء يخلق من حيث الواقع قواعد قانونية وضعية .

---

(٤٣٤) J. Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, in : Etudes Ripert, T. 1, p. 30.

(٤٣٥) راجع ما سبق ، فقرة ٧٥ ، وفقرة ٧٦ .

(٤٣٦) راجع ما سبق ، فقرة ١٤٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ودراسة مصادر القانون لا تبحث فى مضمون القواعد القانونية من حيث هى تكليف بما ينبغى أن يكون ، ولكنها تبحث فى وجود هذه القواعد من حيث هى وقائع يرتبط وجودها بوجود سبب منشىء لها .

واذا كانت المادة الأولى من التقنين المدنى قد اغفلت ذكر القضاء من بين مصادر القانون ، فان هذا الاغفال لا يمكن أن يؤثر فى ضرورة الاعتراف بالأمر الواقع ، بقدر ما يدل على أن ذكر الحقائق العلمية ليس من أعمال التشريع .

ومن غير المقبول أن يكون لنص المادة الأولى من التقنين المدنى — وهو نص قام فيه المشرع بعمل أدخل فى العلم منه فى التشريع — من التأثير على الشراح بما يمنعهم من القيام بواجبهم العلمى فى اثبات المصادر الحقيقية للقانون الوضعى المصرى . فلو صح هذا فى عصر الشُرّح على المتون وتقديس النصوص ، فانه لا يصح فى الوقت الحاضر بعد أن أجمع الفقه على أن التشريع ليس هو المصدر الوحيد للقانون ، كما استطاع أن يميز بين ما يعتبر مسألة قانونية وبين ما يعتبر مسألة علمية .

وتحديد مصادر القانون هى مسألة علمية من صميم اختصاص الفقهاء ، فلا يقبل منهم أن يتنازلوا عنها الى المشرع ليقرر فيها ما لا يتفق مع العلم والواقع .

وفى نطاق النظرية العامة للقانون التى لا تقتصر على القانون المدنى وحده ، فان الواقع يشهد على أن القضاء هو مصدر رسمى من مصادر القانون الادارى . بل يكاد القضاء يغلب فى هذا الفرع من فروع القانون على التشريع لدرجة تسمح للبعض باعتبار القانون الادارى قانونا قضائيا بصفة أساسية . وكما يقول الدكتور محمد فؤاد مهنا : « يعتبر القضاء أهم مصادر القانون الادارى ، فهو يشغل بين هذه المصادر المركز الممتاز الذى يشغله التشريع

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بالنسبة للقانون المدنى »(٤٣٧) . وفى فرنسا يتحدث أساتذة القانون العام عن « حكومة القضاة »(٤٣٨) للتعبير عن مدى أهمية القضاء فى خلق قواعد القانون الادارى .

وفى نطاق القانون المدنى فان الأستاذ مورى يقرر أن « واقعة كون القضاء مصدرا للقانون أصبح معترفا بها اليوم بالاجماع »(٤٣٩) . وحتى هؤلاء الذين يرون فى القضاء « مصدرا تعسفيا للقانون » ويرون فيه « خميرة جديدة للانهيار الشكلى والموضوعى للديمقراطية » ، لا ينكرون مع ذلك واقعة كون القضاء مصدرا للقانون، ولكنهم يرجون فقط لو أنه لم يكن كذلك(٤٤٠).

وفى مصر ورغم موقف عدد كبير من الفقهاء ، فان الدكتور السنهورى يقرر أن أكثر من نصف قواعد التقنين المدنى الجديد هى من خلق القضاء فى ظل التقنين المدنى القديم(٤٤١) .

وفى فرنسا لا يكاد يسمع صوت واحد ينكر أن القضاء مصدر من مصادر القانون . واذا كان الأستاذ كاربونييه يرى أن القضاء هو « ظاهرة نفوذ » وليس « ظاهرة خلق للقاعدة القانونية » فهو يبنى رأيه على أساس أن « القاضى لا يكتفى ، وليس له الحق فى أنه يكتفى بأن يسبب حكمه بالاشارة الى قضاء محكمة النقض دون اعطاء أسباب أخرى »(٤٤٢) . ومع ذلك فان

---

(٤٣٧) محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى العربى ، ١٩٦٧ ، المجلد الأول ، ص ٨٢ ، وتنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على ما يأتى : « أما الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى فى الطعون المقامة أمامها فى أحكام المحاكم الادارية فلا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الادارية العليا الا من رئيس هيئة مفوضى الدولة خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم وذلك اذا صدر الحكم على خلاف ما جرى عليه قضاء المحكمة الادارية العليا أو اذا كان الفصل فى الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانونى لم يسبق لهذه المحكمة تقريره » .

(٤٣٨) J. Rivero, Le juge administratif français : un juge qui gouverne, D. Ch. 1951, 21.

(٤٣٩) J. J. Maury, Observations sur la jurisprudence, op. cit., p. 28.

(٤٤٠) O. Dupeyroux, La jurisprudence, source abusive de droit, in : Mélanges Maury, T. 2, pp. 357, 374, 377.

(٤٤١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٨٣ .

(٤٤٢) J. Carbonnier, Le procès et le jugement, cours de sociologie juridique, Paris, 1961-1962, pp. 363, 366.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذه الملاحظة ينكرها فقهاء آخرون . وكما يقول الأستاذ بيرو ، فان « الاحكام » تشير فى تسبيب حلولها الى القضاء المستقر ، كما تشير الى التشريع .. ومحكمة النقض ذاتها لا تمنع نفسها من الالتجاء الى هذه الطريقة ، بل أن لها صيغة معروفة للاستناد الى قضائها المستقر وهى صيغة : « انه من المقرر أن ... » (٤٤٣) .والأستاذ بولانجيه يؤيد هذه الملاحظة التى أبداها الأستاذ بيرو(٤٤٤) .

ونحن نضيف الى ذلك فيما يتعلق بمصر أن محكمة النقض المصرية لها عبارة تستند فيها الى قضائها المستقر ، أكثر وضوحا من عبارة محكمة النقض الفرنسية . وعبارة محكمة النقض المصرية الواضحة هى : « وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة .. » . فمحكمة النقض المصرية لا تخفى أن ما جرى عليه قضاؤها هو حكم القانون الواجب التطبيق .

فاذا تجاوزنا رأى الأستاذ كاربونييه ، وجدنا اجماع الفقه الفرنسى(٤٤٥) منعقدا على الاعتراف بواقعة أن القضاء مصدر من مصادر

---

(٤٤٣) E.H. Perreau, Technique de la jurisprudence en droit privé, 1923, T. 1, pp. 68-69.

(٤٤٤) Boulanger, Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi, Travaux de l'Association H. Capitant, T. 5, 1949, Dalloz, 1950, p. 66.

(٤٤٥) راجع غير الفقهاء السابق ذكرهم :
H. Capitant, Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans, 1922, p. 64;
Ed. Lambert, Espèce choisies empruntées à la jurisprudence p. XVI;
J. Dabin, La technique de l'élaboration, op. cit., p. 109;
J. Dabin, La définition du droit à propos d'une étude récente, op. cit., p. 203;
G. Marty, Rôle du juge dans l'interprétation des contrats, in : Travaux de l'Association H. Capitant, T. 5, p. 87;
Ch. Eisenmann, Discussion sur le rôle du juge en cas de silence ou d'unsuffisance de la loi, Travaux Capitant, 1949, p. 73 et s.;
H. De Page, A propos du gouvernement des juges, 1931, p. 148;
P. Roubier, théorie générale, op. cit., p. 8, 86;
Del Vecchio, Philosophie du droit, p. 306;
V. Durand, La connaissance du phénomène juridique et la tâche de la doctrine moderne du droit privé, D. Ch 1956, 73;
M. Hauriou, Police juridique et fond du droit, Rev. Trim du Droit Civ., 1926, pp. 307-308;
Marty et Raynaud, Droit civil, T. I, p. 201 et s.;
R. Saleilles, Préface de la méthode d'interprétation de F. Gény, p. 1[illegible]-p. 25.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانون • ويستخدم الفقه الفرنسي تعبيرا مختصرا عن هذه الواقعة العلمية ، وهو تعبير « واقعة القضاء » le fait jurisprudentiel (٤٤٦) ، أي واقعة كون القضاء مصدرا من مصادر القانون •

١٥٢ ـ رفض فكرة حكومة القضاة وفكرة السلطة البريتورية :

سبق أن رأينا أن القاضي وهو يكمل النقص في القانون ، لا يخلق قاعدة قانونية عامة ، ولكنه يخلق حلا عادلا لنزاع ليس له حل في قواعد القانون الوضعي • ولكن القاضي وهو يخلق هذا الحل انما يستوحيه من قاعدة عامة اكتشفها(٤٤٧) عن طريق الرجوع الى جوهر القانون وهو العدل ، أو عن طريق الرجوع الى المبادىء العامة للقانون النابعة عن الفكرة العامة للوجود السائدة في الدولة التي يباشر فيها القاضي وظيفته • وتكرار الأخذ بهذا الحل في المنازعات المتشابهة من شأنه أن يخلق قاعدة قانونية قضائية هي القاعدة التي اكتشفها وطبقها الحكم الأول •

ويلاحظ أن القضاء لا يخلق القانون عندما يكمل النقص في التشريع فحسب ، بل هو يخلقه أيضا وهو يستخدم سلطته التقديرية في تطبيق القواعد المرنة • وان كان من الجائز رد هذين الفرضين الى فرض واحد اذا اعتبرنا مرونة القاعدة نوعا من عدم التحديد ، أي نوعا من النقص فيها ، وهو نقص مقصود أريد به تحقيق أكبر قدر من المرونة في تطبيق القاعدة • بل وأكثر من هذا فان القاضي وهو يفسر القواعد القانونية الجامدة ، يعمد الى تطويرها وتطويعها بما يتفق مع حاجات المجتمع الجديدة • وهو بذلك يعدل القاعدة تحت ستار تفسيرها • ولذلك فهو لا يصرح بهذا التعديل ، تاركا مهمة اكتشاف ذلك الى الفقهاء وشراح القانون(٤٤٨) •

وفي كل هذه الفروض فان الذي يخلق القاعدة القانونية ، ليس هو أحد الاحكام بالذات ، ولكنه القضاء في مجموعه • وحتى في الحالات التي يرى فيها

---

(٤٤٦) انظر في استخدام هذا الاصطلاح :
J. Maury, Observations sur la jurisprudence, op. cit., p. 28;
Marty et Raynaud, T. 1, p. 197.

(٤٤٧) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 294.

(٤٤٨) H. Capitant, Introduction, op. cit., pp. 56-65;
Marty et Raynaud, T. 1, p. 203.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

البعض أن حكما واحدا صادرا من محكمة النقض يكفي لتكوين قضاء ، أي لتكوين قاعدة قانونية قضائية(٤٤٩) ، فان ذلك مشروط بكون هذا الحكم معبرا عن القضاء في مجموعه • ولذلك فان القاعدة الجديدة لا تعتبر قد نشأت عن هذا الحكم بالذات ، ولكنها نشأت عن القضاء •

وربما لا تكون هناك أهمية كبيرة لكثرة أو قلة عدد الأحكام التي أخذت بنفس القاعدة الجديدة • ولكن المهم هو أن تكون هذه القاعدة قد أصبحت مقبولة باعتبارها قاعدة قضائية • والقبول يكشف عنه المتقاضون ورجال القانون والمحاكم الأخرى • فاذا كانت القاعدة التي استوحاها أحد الاحكام تعبر عن جوهر القانون وتستجيب الى حاجات المجتمع ، فانها تلقى قبولا سريعا من المشتغلين بالقانون ، مما يسمح بتحول هذه القاعدة الى قاعدة قانونية وضعية في سهولة ودون حاجة الى تعدد الاحكام التي تصدر في نفس المعنى • وبالعكس اذا كانت القاعدة الجديدة لا تستجيب الى الاعتبارات السابقة فانها تلقى مقاومة شديدة من رجال القانون ومن المحاكم الأخرى ، وقد ينتهي الأمر الى العدول عنها ، ولو كانت محكمة النقض هي التي أقرتها في بادىء الأمر •

ولا يعني هذا أن المشتغلين بالقانون يشاركون في انشاء القواعد القانونية القضائية • ولكنهم يسهمون فقط في الكشف عن وجود هذه القاعدة عن طريق الاعتراف بها •

ويقال تعبيرا عن ذلك أن القضاء يكون قد تكون عندما يكف الناس عن التقاضي في الموضوع الذي حسمه القضاء ، أي يكفوا عن تقديم طلبات أو دفوع تتعارض مع هذا القضاء «la question «ne se plaidant plus (٤٥٠) •

ومن هذا يتبين أن القواعد القانونية القضائية لا تنشأ عن تصرف يتعلق بالذات ، منسوب الى شخص أو هيئة معينة بالذات ، كما هو الشأن في

---

(٤٤٩) ...e, L'individualisme et le droit, op. cit., p. 302.

(٤٥٠) ...Capitan, Introduction, p. 55;
...y et Raynaud, T. 1, p. 205;
... TANAGHO, De l'obligation judiciaire, op. cit., p. 189.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التشريع مثلا . ولكنها تنشأ عن أحكام المحاكم فى مجموعها وان كانت تمثليا فى ذلك بعض الأحكام الفردية التى أخذت قبل غيرها بالقاعدة القانونيـة الجديدة .

وعلى هذا النحو يمكن القول بأن مصدر القاعدة القضائية ليس هـو مصدر غير مرئى كما يقول منتسكيو ، ولكنه مصدر غير شخصى impersonnel لا تنسب فيه القاعدة الى شخص أو الى حكم معين بالذات(٤٥١) .

والطريقة غير الشخصية التى يتكون بها القضاء ، تقتضى استبعاد بعض الاصطلاحات غير الدقيقة التى استخدمها بعض الفقهاء للتعبير تعبيرا مبالغـا فيه عن قدرة القضاء على خلق القانون . ومن هذه الاصطلاحـات الواجب استبعادها ، اصطلاح امبريالية القضا ، الذى استخدمه الأستاذ فالين(٤٥٢) ، والأستاذ ديبيرو(٤٥٣) . ومن المعروف أن الامبريالية لها معناها الخاص فى العلوم السياسية ، وهو معنى لا علاقة له اطلاقا بوظيفة القضاء . ومن غير المرغوب فيه استخدام مثل هذه الاصطلاحات المجازية فى لغة القانون ، فهى لا تؤدى الى أثراء هذه اللغة بقدر ما تؤدى الى اشاعة الاضطراب والغموض فيها .

ومن الاصطلاحات الواجب استبعادها كذلك اصطلاح « حكومة القضاة »، وهو الاصطلاح الذى وضعه لا مبير بصدد دراسـته للنظـام القانونى فى الولايات المتحدة ، وجعله عنوانا لهذه الدراسة(٤٥٤) ، ثم انتقل منه بعـد ذلك الى بعض الفقهاء الفرنسيين والبلجيكيين مثل ريفيرو(٤٥٥) ودى باج(٤٥٦) . والصحيح انه اذا كانت السلطات غير منفصلة بعضـها عن البعض الآخر انفصالا كاملا ، الا انها من ناحية أخرى غير مندمجة بعضها فى البعض الآخر

---

(٤٥١) Samir TANAGHO, De l'obligation judiciaire, op. cit., p. 187.

(٤٥٢) M. Waline, Droit administratif, 1959, p. 632.

(٤٥٣) O. Dupeyroux, La jurisprudence source abusive du droit, op. cit., p. 374.

(٤٥٤) Ed. Lambert, Le gouvernement des juges, la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, 1921.

(٤٥٥) J. Rivero, Le juge administratif français; un juge qui gouverne, D. Ch. 1951, 21.

(٤٥٦) H. De Page, A propos du gouvernement des juges, 1931.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تماما . والقول بأن القضاة يباشرون أعمال الحكم الداخلى فى الدولة ،فيه خلط بين السلطتين القضائية والتنفيذية ، بل وفيه خلط كذلك بين السلطتين القضائية والتشريعية . وهذا الخلط ليس فقط غير مرغوب فيه ، بل هو أيضا غير موجود من الناحية الواقعية . وكما يقول الأستاذ ريفيرو نفسه : « الحكم معناه التحرك فى التو واللحظة . ولذلك فانه يكون من اللغو من الناحية السياسية المبالغة فى نتائج المسلك الذى اتخذناه »(٤٥٧) . واذا كان أصحاب الفكرة أنفسهم يرونها لغوا فى جانب منها ، فكيف يمكن اعتبارها صحيحة فى مجموعها ؟ ان الحقيقة لا تتجزأ ولا تصالح . وكما يقول الأستاذ كاربونييه : « لقد كان من التسرع الانتهاء الى فكرة حكومة القضاة »(٤٥٨) .. فهذه الفكرة غير صحيحة لا فى فرنسا ولا فى مصر .

ومن الاصطلاحات الواجب استبعادها أيضا ، اصطلاح السلطة البريتورية للقضاء ، نسبة الى البريتور الرومانى . وهذا الاصطلاح هو أكثر الاصطلاحات شيوعا عند الفقهاء . فلا يكاد يوجد فقيه واحد لا يستخدمه فى التعبير عن قدرة القضاء على خلق القواعد القانونية . ومع ذلك فان القانون القضائى الذى رأينا كيف يتم تكوينه فى مصر او فى فرنسا ، لا يشبه فى شىء القانون البريتورى الذى كان يعرفه الرومان .

وقد كان النظام القانونى الرومانى يعرف الفصل المادى بين الوظائف ، ولكنه لم يكن يعرف الفصل السياسى بين السلطات . ولذلك كان من الجائز أن يجمع شخص واحد فى يده وظيفتين مختلفتين . وقد كان هذا هو وضع البريتور الرومانى الذى كان حاكما وقاضيا فى نفس الوقت .

ومن أبسط حقائق القانون الرومانى ، أن القانون البريتورى قد نشأ عن طريق الأوامر الصادرة عن كل بريتور وبصفة خاصة الأمر الذائع

---

(٤٥٧) J. Rivero, Le juge administratif, op. cit., p. 24.

(٤٥٨) J. Carbonnier, Le procès et le jugement, Cours précité, p. 267.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الذى كان يصدره بريتور المدينة • ومن أبسط حقائق القانون الرومانى أيضا أن البريتور لم يكن يصدر أوامره وهو يباشر وظيفته القضائية jurisdictio بل وهو يباشر وظيفته السياسية والادارية imperium فيصدر الأوامر كما يقول الفقيه الرومانى جايوس ، هى تلك « الصادرة ممن لهم الحق فى الأمر »(٤٥٩) • وقد كانت الأوامر البريتورية تعلق فى ساحة المدينة •

وكل هذا يدل على أن الأوامر البريتورية كانت صورة من صور التشريع ، الذى يصدر عن أشخاص يباشرون سلطة الحكم السياسى داخل المدينة • وهى فى هذا تختلف اختلافا كليا عن القضاء فى دولة كمصر أو فرنسا ، حيث لا يباشر القضاة أية سلطة سياسية أو دارية ، وحيث لا يصدر القضاة قرارات تنظيمية تتضمن قواعد عامة ، تعلق فى ساحة المدينة أو تنشر فى الجريدة الرسمية أو غير ذلك من وسائل النشر •

ان اصطلاح السلطة البريتورية هو من اصطلاحات العلوم السياسية ، التى تعبر عن بعض نظم الحكم الديكتاتورى ، حتى أن الأستاذ دوفرجيه خصص جزءا كبيرا من كتابه عن الديكتاتورية لشرح ما أسماه « الدكتاتورية البريتورية » ، وهى من أكثر « أشكال الديكتاتورية شيوعا وتهديدا »(٤٦٠) • فكيف يجوز بعد ذلك أن نعطى للقضاء المصرى أو الفرنسى اصطلاحا يعبر عن نظم الحكم الديكتاتورى ؟ واذا كان حب المبالغة يغرى بالخلط بين الأشياء ، فان واجب العلم يقتضى ضبط الاصطلاحات والتمييز بين الأشياء •

والخلاصة أن القضاء يخلق القانون ، ولكن لا علاقة لذلك بالامبريالية أو حكومة القضاة ، أو السلطة البريتورية •

١٥٣ ـ مركز القضاء بين مصادر القانون الأخرى :

سبق أن رأينا أن القضاء يخلق القانون ، عادة ، وهو يكمل النقص فى مصادر القانون الوضعى • ولكن لا ينبغى أن يستخلص من ذلك أن القضاء

---

(٤٥٩) Gaius, Inst. 1, 2.

(٤٦٠) M. Duverger, De la dictature, Paris, 1961, p. 82;

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مصدر احتياطى وغير أصلى · فاكمال النقص هو بطبيعته عمل أصلى غير احتياطى · وهو لا يختلف فى ذلك شيئا عن تعديل القانون · فاذا نظرنا الى التشريع وهو أبرز المصادر الأصلية للقانون ، وجدناه يقوم أما بتعديل القانون القائم أو الغائه أو اكماله · ولعل أبرز ادواره جميعا هو دور الاكمال· فالتشريع الجديد يصدر غالبا ليسد نقصا فى القانون القائم · ومع ذلك لم يقل أحد أن التشريع الجديد الذى يسد نقصا فى القانون هو مصدر احتياطى· بل يظل هو دائما فى مقدمة المصادر الأصلية ·

وبالمثل فان القضاء عندما يخلق قاعدة جديدة تسد نقصا فى القانون ، لا يقوم فى ذلك بعمل احتياطى وانما يقوم بالعمل الأصلى الذى يقوم به أى مصدر آخر من مصادر القانون ·

وجدير بالذكر أن قيام القضاء بخلق قاعدة قانونية جديدة لا يتم سدا للنقص فى التشريع وحده ، بل سدا للنقص فى كل مصادر القانون الوضعى بما فى ذلك القضاء المستقر ذاته · فاذا وجد القاضى قاعدة وضعية فى التشريع أو العرف أو القضاء المستقر ، فهو يطبق هذه القاعدة ولا يحتاج الى خلق حل عادل للنزاع بمجهوده الخاص · فالقاضى وهو يباشر دوره فى خلق الحلول فى المنازعات الخاصة ينظر الى مصادر القانون الوضعى كلها باعتبارها مصادر أصلية يرجع اليها أولا قبل أن يقوم بخلق الحل العادل ·

وربما يمكن اعتبار خلق الحلول العادلة فى الحالات الخاصة التى لا يوجد بشأنها حكم فى القانون الوضعى عملا احتياطيا لأن القاضى لا يلجأ اليه الا اذا لم يجد حكما فى أى مصدر من مصادر القانون الوضعى · ولكن اعتبار خلق هذه الحلول عملا احتياطيا لا ينعكس على القضاء ذاته ، لأن هذه الحلول العادلة الفردية ليست هى القضاء وان كانت تؤدى الى تكوينه · وكذلك فان خلق الحلول الفردية يعتبر عملا احتياطيا بالنسبة لمصادر القانون الوضعى جميعا بما فى ذلك القضاء ذاته لأنه اذا وجدت قاعدة قانونية مصدرها القضاء ، فان القاضى يطبق هذه القاعدة ولا يلجأ الى خلق حل عادل بمجهوده الخاص ·

ومما يؤكد كذلك أن القضاء مصدر أصلى للقانون ، انه لا ينشىء قواعد

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

قانونية جديدة تكملة للنقص فى القانون فحسب ، بل هو يقوم أحيانا بتعديل قواعد القانون تحت ستار تفسيرها ٠

ومتى سلمنا بأن القضاء مصدر أصلى للقانون مثل التشريع والعرف ، وجب أن نستخلص من ذلك انه اذا وقع تعارض بين قاعدتين ناشئتين عن مصدرين مختلفين من مصادر القانون ، فان حل هذا التعارض يكون عن طريق القواعد الأصولية فى التفسير وبصفة خاصة قاعدة ان اللاحق يعدل السابق ، وقاعدة أن الخاص يقيد العام ، وقاعدة أن الأعلى فى الدرجة يسمو على الأدنى منه ٠

وقد ذهب بعض الفقهاء الى أن التشريع أقوى من القضاء فى خلق القانون ٠ بدليل أن المشرع يستطيع عن طريق التشريع أن يلغى أى قضاء مستقر(٤٦١) ٠ ولكن هذا الرأى غير صحيح ، فان القضاء يستطيع بالمثل أن ينشىء قواعد قانونية مخالفة للقواعد السابق صدورها عن المشرع وان كان لا يصرح بذلك فعلا ٠

ولكن اذا كان التشريع والقضاء يتساويان من حيث قدرة اللاحق منهما على الغاء السابق ، فان ذلك لا يؤدى من ناحية أخرى الى القول بوجود « توازن بين قواعد التشريع وبين قواعد القضاء التقديرى » كما يذهب الى ذلك هوريو(٤٦٢) ٠

والصحيح هو أن التشريع ينعب ، من الناحية الفعلية ، دورا أوسع

---

(٤٦١) Malaurie, La jurisprudence combattue par la loi, Mélanges Savatier, 1965, p. 604 et s.;
Boulanger, Rôle du juge, op. cit., p. 73;
Boulanger, Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, op. cit., pp. 427-428;
G. Ripert, Les forces créatrices du droit, op. cit., p. 391.
وبالرغم من بعض التحفظات فان جورج ريبير يعترف بواقعة ان القضاء مصدر للقانون ٠
راجع : G. Ripert Le régime démocratique, op. cit., pp. 47, 212;
La règle morale, op. cit., p. 34.

(٤٦٢) M. Hauriou, Police juridique et fond du droit, op. cit., pp. 307-308.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

نطاقا ، وأكبر من ناحية الكم ، من الدور الذى يلعبه القضاء فى خلق القواعد القانونية • والسبب فى ذلك بسيط ، وهو أن العمل الأساسى للتشريع هو خلق القانون ، بينما العمل الأساسى للقضاء هو تطبيق القانون لا خلقه •

ولكن ذلك لا يمنع انه بالنسبة لبعض فروع القانون ، كالقانون الادارى ، فان القضاء يعتبر هو المصدر الأهم من مصادر هذا الفرع ، بالقياس الى التشريع ذاته • وكذلك ليس هناك ما يمنع أن تزيد أهمية وعدد القواعد التى ينشئها القضاء فى فروع القانون التى يحكمها تقنين قديم ، كالتقنين المدنى الفرنسى ، أو التقنين التجارى المصرى ، أو غير ذلك •

ولذلك لا يمكن وضع مبدأ عام عن الدور الذى يلعبه القضاء بالنسبة للمصادر الأخرى • فالأمر فى ذلك يتعلق بمسألة واقعية تختلف باختلاف فروع القانون المتعددة • وان كان يمكن القول بصفة اجمالية أن التشريع هو أبرز مصادر القانون وأكثرها نشاطا وقدرة على خلق القواعد القانونية • كل هذا مع ملاحظة أن تفوق التشريع على غيره من مصادر القانون يتعلق بالكم لا بالكيف • وقد سبق أن ذكرنا ذلك عند المقارنة بين التشريع والعرف(٤٦٣) •

واذا ما انتهينا الى أن القضاء مصدر من مصادر القانون الأصلية كالتشريع والعرف ، فلا تكون هناك حاجة الى التنبيه بأنه مصدر مستقل لا يختلط لا بالتشريع(٤٦٤) ، ولا بالعرف(٤٦٥) •

واذا كانت هناك صلة أكيدة بين المصادر المختلفة للقانون لكونها تسهم فى عمل واحد هو خلق النظام القانونى للمجتمع ، كما أن بعضها يؤثر فى البعض الآخر بالاكمال والتعديل والتطوير ، فان ذلك لا ينبغى أن يؤدى الى الخلط بين هذه المصادر • فمثل هذا الخلط يتعارض مع المبدأ الأعلى للمعرفة وهو مبدأ السببية •

---

(٤٦٣) راجع ما سبق ، فقرة ١٤٤ •

(٤٦٤) Comp. E. H. Perreau, Technique de la jurisprudence en droit privé, op. cit., T. 1, p. 109.

(٤٦٥) راجع ما سبق ، فقرة ١٣٨ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واذا ما اعتبرنا القضاء من المصادر الأصلية للقانون ، فلا يكون هناك وجه للمقارنة بينه وبين الفقه(٤٦٦) ، الذى لا يعتبر من مصادر القانون ، بل هو يضطلع فقط بدراسة القواعد القانونية من حيث وجودها ، وهذه دراسة تقريرية • ومن حيث تقدير مضمونها ، وهذه دراسة تقويمية •

ولعل آخر كلمة نذكرها فى هذا المقام هى أن القضاء مصدر للقانون بمعنى أنه يخلق قواعد قانونية عامة مجردة تضاف الى غيرها من القواعد الأخرى التى يتكون منها القانون فى المجتمع • وهذا المعنى هو المقصود بمصادر القانون فى النظرية الثنائية • على خلاف ما يقصده أصحاب النظرية الأحدية وفى مقدمتهم « كلسن » من اعتبار القضاء مصدرا للقانون لمجرد أنه يطبق القواعد العامة الموجودة فعلا فى القانون القائم ، على الحالات الخاصة التى تعرض أمامه ، بما يؤدى الى خلق قواعد قانونية فردية وهى الاحكام القضائية التى تصدر فى جميع المنازعات بغير استثناء(٤٦٧) •

والصحيح أن الأحكام القضائية التى تطبق القواعد القانونية العامة القائمة فعلا ، لا تخلق قواعد قانونية جديدة • لأن مجرد تطبيق القانون لا يعتبر خلقا له •

وبعد أن انتهينا من دراسة مصادر القانون ، ننتقل الى الباب الرابع والأخير لندرس تطبيق القانون •

---

(٤٦٦) Comp. : L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, op. cit., T. 1, p. 164 et s.

(٤٦٧) H KELSEN, Théorie, pure, p. 341.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الرابع

تطبيق القانون

تنقسم دراستنا فى هذا الباب الى ستة فصول • الأول فى دور السلطة القضائية فى تطبيق القانون ، والثانى فى نطاق تطبيق القانون من حيث الموضوع ، والثالث فى نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص ، والرابع فى نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان ، والخامس فى نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ، والسادس فى تفسير القانون •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الأول

دور السلطة القضائية فى تطبيق القانون

١٥٤ ـ اكتمال الصفة الوطنية للسلطة القضائية فى مصر فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ :

السيادة ركن من أركان الدولة • وفكرة السيادة تعبر عن السلطة العليا فى الدولة(١) • وهذه السلطة ينبغى أن تكون وطنية من ناحية ، وشعبية من ناحية أخرى • ومؤدى ذلك أن السيادة هى سيادة الأمة أو سيادة الشعب • ويعبير عن ذلك بأن الأمة هى مصدر السلطات • والسلطة العليا فى الدولة وان كانت تعبر عن فكرة واحدة لا تتجزأ ، الا انها تنقسم من حيث طريقة مباشرتها الى ثلاث سلطات : هى السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية • وارادة الأمة هى السلطة العليا التى تتفرع عنها هذه السلطات الثلاث • وهذا هو المقصود بأن ارادة الأمة هى مصدر السلطات •

وتترتب على ذلك نتيجة طبيعية وهى اننا اذا نظرنا الى كل سلطة على حدة ، نظرة مستقلة ، رأينا فيها تعبيرا خاصا عن الارادة الوطنية للأمة •

ولكن ذلك لا يصدق الا على الدول المستقلة ذات السيادة الكاملة • أما الدول غير المستقلة ، سواء كان عدم استقلالها كاملا أو جزئيا ، فان سيادتها تكون مشوبة بنقص يساوى النقص فى استقلالها • وهكذا فان السيادة الوطنية ليست فقط نتيجة من نتائج الاستقلال بل هى أكثر من ذلك ، معيار الاستقلال ذاته •

---

(١) راجع فى نظرية السيادة ، اسكندر غطاس ، أسس التنظيم السياسى فى الدول الاشتراكية ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ١٩ وما بعدها ، مع المراجع المشار اليها ، محسن خليل ، النظم السياسية والقانون الدستورى ، ١٩٧١ ، ص ٣٢ وما بعدها ، مع المراجع المشار اليها •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومعنى ذلك انه اذا حدث انتقاص للسيادة الوطنية للدولة ، انعكس هذا الانتقاص على استقلال الدولة حتى ولو كانت لا تحتلها جيوش أجنبية • وقد كان هذا هو وضع مصر فى ظل الامتيازات الأجنبية وقبل أن تقع تحت الاحتلال البريطانى سنة ١٨٨٢(٢) •

واذا قصرنا الحديث على السلطة القضائية ، وجدنا أن الأجانب كانوا لا يخضعون قبل انشاء المحاكم المختلطة لاختصاص المحاكم الوطنية ، بل كانوا يتقاضون امام محاكمهم القنصلية اذا كانوا متحدين فى الجنسية • فاذا اختلفوا فيها ، انعقد الاختصاص للمحكمة القنصلية التى ينتمى اليها المدعى عليه فى الدعوى • ومعنى ذلك انه كانت توجد فى مصر محاكم غير وطنية هى المحاكم القنصلية ، وكان فى هذا مساس واضح بالسيادة الوطنية للدولة •

وقد استمر هذا المساس بعد انشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥(٣) ، حيث أصبحت هذه المحاكم مختصة بنظر المسائل المدنية والتجارية اذا اختلف الخصوم فى الجنسية ، والمسائل العقارية اذا كان أحد الخصوم أجنبيا ، ولو كان الخصم الآخر من نفس الجنسية ، والمخالفات التى تقع من الأجانب • أما المحاكم القنصلية فقد ظلت محتفظة باختصاصها فى نظر المسائل المدنية والتجارية غير العقارية اذا اتحد الخصمان فى الجنسية ، ومسائل الأحوال الشخصية ، وكذلك الجنح والجنايات التى تقع من الأجانب • وهكذا ظل القضاء الوطنى محروما من النظر فى المنازعات التى يدخل الأجانب طرفا فيها ،

---

(٢) هناك وجه للشبه بين احتلال دولة أجنبية لأرض الوطن ، وبين اغتصاب حاكم دكتاتورى غير أجنبى ، على سلطة الحكم فى الدولة • ففى الحالتين يقع مساس بالسيادة الوطنية للدولة ، أى سيادة الأمة ، حتى ولو كان المتسبب فى ذلك هو أحد الوطنيين •

(٣) ومع ذلك فانه ينظر الى المحاكم المختلطة على انها خطوة فى سبيل الحد من الامتيازات الأجنبية • وقد تم انشاء هذه المحاكم بعد المفاوضات التى أجراها نوبار باشا فى عهد الخديوى اسماعيل ، واتفق فيها على أن تشكل هذه المحاكم من قضاة أجانب وقضاة مصريين على أن تكون الأغلبية للأجانب • واتفق فيها كذلك على أن يستمر العمل بها لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد ، فاذا لم تجدد يعود الوضع الى ما كان عليه قبل انشائها • وقد تم الاتفاق على تجديد العمل بنظام المحاكم المختلطة مرة بعد مرة ، الى أن ألغيت بمقتضى اتفاقية مونترو سنة ١٩٣٧ • راجع : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ٢٥٥ وما بعدها •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وظل الاختصاص ينظر هذه المنازعات موزعا ما بين المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية ٠

وفى سنة ١٩٣٧ ابرمت معاهدة منترو التى تم بمقتضاها الغاء الامتيازات الأجنبية ٠ وقد أبقت هذه الاتفاقية على المحاكم المختلطة لفترة انتقال مدة اثنتى عشرة سنة تبدأ من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٣٧ ، وتنتهى فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ٠ وبانتهاء هذه الفترة ، الغيت المحاكم المختلطة بصفة نهائية ، وأصبح القضاء الوطنى المصرى هو وحده المختص بنظر جميع المنازعات بالنسبة للمصريين والأجانب على السواء ٠ وبذلك يمكن القول ان الصفة الوطنية للسلطة القضائية فى مصر ، قد اكتملت فى هذا التاريخ ٠

ورغم استرداد مصر لسيادتها الوطنية بالنسبة للأجانب ، الا أن جهات القضاء ظلت متعددة بالنسبة للمصريين أنفسهم ، فيما يتعلق بالمسائل التى كان يطلق عليها اصطلاح الأحوال الشخصية ٠ فقد كانت تختص بنظر هذه المسائل ، المحاكم الشرعية بالنسبة للمسلمين ، والمجالس الملية بالنسبة لغير المسلمين ٠ واستكمالا للاصلاح القضائى ، صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وأصبح القضاء العادى هو وحده المختص بنظر المنازعات التى كانت من اختصاص هذه المحاكم والمجالس الملغاة(٤) ٠

وبذلك أصبح القضاء الوطنى هو وحده المختص بنظر جميع المنازعات، أيا كانت جنسية الخصوم ، وأيا كان موضوع النزاع ٠ ومع ذلك فلا زال يوجد نوعان من القضاء الوطنى هما القضاء الادارى والقضاء العادى ٠

٢٥٥ ــ مركز القضاء الادارى بين السلطتين الادارية والقضائية :

مجلس الدولة هو الذى يباشر القضاء الادارى ، سواء فى مصر أو فى فرنسا ٠ ولذلك فان تاريخ القضاء الادارى المصرى هو امتداد لتاريخ القضاء

---

(٤) راجع كتابنا ، فى أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين ، فقرة ٥ ، ص ٢٩ وما بعدها ، وراجع ما سبق ، فقرة ٨٥ ــ فقرة ٨٨ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الادارى الفرنسى . ومن ناحية أخرى ، فانه لا يمكن تحديد طبيعة القضاء الادارى سواء فى فرنسا أو فى مصر الا بالرجوع الى الظروف التى صاحبت انشاء هذا القضاء ، أى بدراسة تاريخ انشاء هذا القضاء .

وقد كان النظام القانونى فى فرنسا لا يعرف فى عصر ما قبل الثورة الفرنسية ، نظام الفصل بين السلطات . وكانت المحاكم ، وبصفة خاصة المحاكم العليا فيها والتى كانت تسمى البرلمانات ، تباشر أعمال السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية فى نفس الوقت . فكانت هذه البرلمانات تدعى لنفسها الحق فى تسجيل أو رفض تسجيل المراسيم الملكية . وكان عدم التسجيل يساوى عدم اصدار التشريع ، وهو ما يؤدى الى عدم نفاذه .

وكانت تصدر كذلك أحكاما تنظيمية تحدد فيها بطريقة موضوعية تفسير القانون ، ليس فقط بالنسبة للنزاع المعروض عليها ، ولكن بالنسبة لكل نزاع آخر يعرض عليها فى المستقبل . وكانت كذلك تصدر أوامر للافراد وللموظفين ، لتجبرهم على اطاعة أو عدم اطاعة التشريع ، وذلك عن طريق ما كان يسمى قضاء العدالة juridiction d'équité (٥) . ولم تكن هذه المحاكم تراعى العدالة حقا فى قضائها ، حتى أصبح من الأقوال المأثورة عند الناس عبارة « فليحمنا الله من عدالة المحاكم » .

وعندما قامت الثورة الفرنسية كان من أوضح الأهداف عند رجالها ، وضع نظام صارم للفصل بين السلطات ، بما يؤدى الى قصر اختصاص المحاكم على تطبيق القانون على المنازعات بين الأفراد .

وقد بلغت كراهية رجال الثورة الفرنسية للمحاكم التى كانت موجودة فى النظام القديم ، الى درجة جعلت روبسبير يقول أن « كلمة قضاء المحاكم يجب أن تمسح من لغتنا . ففى دولة فيها دستور وفيها تشريع ، فان القضاء ليس أى شىء آخر غير التشريع »(٦) . وهو يريد أن يقول بذلك ان القضاء

---

(٥) M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 2e éd., 1929, p. 279.

(٦) Cité par Marty et Raynaud, T. 1, p. 202.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لا يستطيع وضع التشريع ، كما لا يحق له الخروج على التشريع ٠

ولتحقيق الفصل الكامل بين السلطتين القضائية والتشريعية ، نصت المادة الخامسة من التقنين المدنى الفرنسى على انه « لا يجوز للقضاة أن يصدروا أحكاما ذات صبغة عامة وتنظيمية » ٠ وكذلك قررت المادة ١٣٥١ من التقنين المدنى الفرنسى مبدأ نسبية أثر الحكم ، بمعنى أن الحكم القضائى لا تكون له حجية الا بالنسبة للنزاع الذى صدر فيه ٠ ولا يجوز التمسك بهذا الحكم فى نزع آخر بين خصوم آخرين ، ولو كان هذا النزاع الآخر مطابقا للنزاع الذى صدر فيه الحكم الأول ٠ وأكثر من هذا فان المرسوم بقانون الصادر فى ١٦ ـ ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ قرر منع المحاكم من تفسير القانون ، واحتفظ للسلطة التشريعية ذاتها بالحق فى تفسير القوانين ، وهو النظام الذى كان يعرف باسم Référé législatif وقد الغى هذا النظام الأخير بالتدريج ابتداء من التقنين المدنى سنة ١٨٠٤ (م ٤) ، الى أن تقرر الغاؤه بصفة نهائية بمقتضى القانون الصادر فى أول أبريل سنة ١٨٣٧(٧) ٠

ولتحقيق الفصل الكامل بين السلطة القضائية والسلطة الادارية ، قررت المادة ١٣ من الباب الثانى من قانون ١٦ ـ ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ معاقبة القضاة الذين يعطلون بأية طريقة كانت أعمال الهيئات الادارية ٠ وكذلك قرر دستور سنة ١٧٩٠ أن المحاكم لا تستطيع أن تعطل أو تباشر اعمال الوظائف الادارية ، ولا يجوز لها أن تستدعى أمامها رجال الادارة لأسباب تتعلق بمباشرة وظائفهم(٨) ٠ وكذلك قرر قانون ١٦ فركتيدور عن السنة الثالثة من تقويم الثورة ، منع المحاكم من اصدار قرارات ادارية بأى شكل من الأشكال(٩) ٠

ويتبين من هذا الاستعراض أن قوانين الثورة الفرنسية عملت من كل ناحية على الحد من سلطات المحاكم التى كانت تباشر فى النظام القديم أعمال

---

(٧) F. Geny, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 85-88.

(٨) Constitution 1791, Tit. III, Ch. 5, art. 3.

(٩) R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie de l'Etat, 1920. T. 1, p. 774.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

السلطتين التشريعية والتنفيذية على السواء(١٠) • وبذلك أمكن للسلطة الادارية أن تستقل استقلالا كاملا عن السلطة القضائية ، وأصبحت السلطة الادارية مختصة بجانب عملها الأساسى فى تسيير وادارة المرافق العامة ، باصدار ونشر التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية ، وكذلك اصدار اللوائح التى تقوم عن طريقها بوضع القوانين موضع التنفيذ(١١) • هذا الى جانب اصدار القرارات الادارية الفردية ، التى تطبق بمقتضاها لقوانين واللوائح فى الحالات الفردية الخاصة • ومن هذا القبيل القرارات المتعلقة بتحصيل الضرائب والرسوم وتعيين الموظفين وترقيتهم وفصلهم •• الخ •

ولكن نظرا لأن السلطة الادارية تباشر وظيفتها فى حدود القانون ، فلا يجوز لها أن تصدر قرارا مخالفا للقانون ، كما نها تكون مسئولة فى مواجهة الأفراد عن الاضرار التى تلحقهم من جراء تصرفاتها المخالفة للقانون ، فلا بد من فرض رقابة قضائية على أعمال السلطة الادارية ، يمكن عن طريقها اخضاع الادارة لسيادة القانون ، وهو ما يطلق عليه فى هذا المجال مبدأ الشرعية •

ولم يكن من المتصور لدى رجال الثورة الفرنسية بعد أن حرروا الادارة من الخضوع للمحاكم ، ان يعودوا مرة أخرى الى اخضاع أعمال الادارة للرقابة القضائية لهذه المحاكم ذاتها • ولذلك فرغبة فى التوفيق بين ضرورة اخضاع الادارة لمبدأ الشرعية وسيادة القانون ، وبين عدم الموافقة على اعطاء القضاء سلطة مراقبة الادارة ، أنشئت جهة ادارية خاصة هى مجلس الدولة ، وأعطى لها الاختصاص فى الفصل فى المنازعات الادارية • وكان مجلس الدولة عند انشائه جزءا من السلطة الادارية • وبهذا أمكن تحقيق الرقابة على أعمال الادارة عن طريق هيئة ادارية خاصة هى مجلس الدولة • وكان فى هذا ارضاء للاعتقاد السائد لدى رجال الثورة الفرنسية فى امكان تحقيق

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الكامل بين السلطات(١٢) ٠

ومن هنا تبرز ملاحظة فى غاية الأهمية وهى أن القضاء الادارى ليس جزءا من السلطة القضائية ، وانما هو جزء من السلطة الادارية أو التنفيذية٠

وهكذا فان السلطة الادارية تنقسم الى قسمين رئيسيين ، الأول هو قسم الادارة العاملة وهو يشمل مجموع رجال الادارة الذين يقومون بتسيير المرافق العامة فى خدمة المنتفعين بها(١٣) ، والقسم الثانى يشمل مجموع رجال الادارة المزودين باختصاص قضائى يباشرونه فى حل المنازعات والصعوبات التى تنشأ عن نشاط القسم الأول ٠

وكل ما يصدر عن الادارة من قرارات ، سواء ما يصدر عن الادارة العاملة ، أو ما يصدر عن الادارة القضائية يعتبر من قبيل القرارات الادارية٠ غاية الأمر أن القرارات التى تصدر عن الادارة العاملة يمكن أن يطلق عليها اسم قرارات الادارة النشطة ، بينما القرارات التى تصدر عن الادارة القضائية ، يطلق عليها اسم القرارات الادارية القضائية ٠

وتتميز القرارات الادارية القضائية فى انها تصدر بناء على اجراءات معينة ، تتحقق فيها الكثير من الضمانات ٠ كما أن صدورها يؤدى الى حسم المنازعات حسما نهائيا ، نظرا لما تتمتع به هذه القرارات من قوة الحقيقة القانونية ، وهى ما يطلق عليها اسم حجية الشىء المحكوم به ٠

ومتى اعتبرنا قضاء مجلس الدولة أو القضاء الادارى جزءا من الادارة، وجب القول ان الادارة عن طريق هذا القضاء تحكم لنفسها بنفسها ٠ أو بتعبير آخر فان القضاء الادارى هو صورة من صور العدالة الخاصة التى كانت معروفة فى العصور القديمة والتى انتهت من حيث المبدأ بظهور سلطة الدولة ٠ ولكن الدولة لا زالت فى مباشرتها لنشاطها الادارى والتنفيذى

---

(١٢) R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie de l'Etat, T. 2, p. 31.

(١٣) يلاحظ أن نشاط الادارة أصبح الآن يتخطى تسيير المرافق العامة ، ليشمل أيضا ادارة المشروعات العامة وهى ما يطلق عليها اسم القطاع العام ٠ راجع كتابنا ، القرار الادارى المستمر للحق ، فقرة رقم ٣٠ ، ص ٥٧ ـ ص ٦٠ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تقضى لنفسها بنفسها • أى أنها مع خضوعها للقانون ، الا انهـا تطبق القانون على نفسها بنفسها • وذلك نتيجة للموقف المتميز الذى توجد فيه الدولة بالنسبة للافراد(١٤) •

وفى هذا يختلف القضاء الادارى اختلافا جوهريا عن القضاء العادى الذى يتميز أساسا باقامة العدالة العامة بالنسبة لجميع الأفراد المخاطبين بحكم القانون •

ويلاحظ أن فكرة اعتبار القضاء الادارى جزءا من الادارة لم تتغير منذ انشاء هذا القضاء فى بداية الثورة الفرنسية الى يومنا هذا • ولا زال اجماع الفقه الادارى الفرنسى الحديث يعتبر القضاء الادارى لمجلس الدولة جزءا من الادارة لا يتميز عن اجزائها الأخرى الا بالاجراءات والضمانات التى تحيط باصدار قراراته ، التى تعتبر بدورها نوعا من القرارات الادارية(١٥) •

ويجدر بالذكر أن القضاء الادارى الفرنسى هو الذى أنشأ القانون الادارى • فهو قانون قضائى فى معظم قواعده • ومن ناحية أخرى فان القضاء الادارى لم يكن أبدا متحيزا للادارة التى ينتمى اليها ، بل كان يعمل دائما على اخضاع الادارة لمبدأ سيادة القانون • وكذلك فان تجربة القضاء الادارى لم تكن أقل نجاحا من تجربة القضـاء العـادى رغم الاختلاف بين طبيعة كل منهما •

ويلاحظ أن مصر عرفت لأول مرة مبدأ الفصل بين السلطات بمناسبة حركة الاصلاح القضائى التى تمت فى الربع الأخير من القرن الماضى واقترنت

---

(١٤) M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, op. cit., p. 381. 1899, pp. 12, 21, 205, 210;

(١٥) R. Jacquelin, Les principes dominants du contentieux administratif; 1899, pp. 12, 21, 205, 210.
Carré de Malberg, Contribution à la théorie de l'Etat, op. cit., T. 1, pp. 774-775, selon lui. «La doctrine presque unanime se prononce-t-elle en ce sens; et il cite Duguit, Esmein, La Ferrière, entre autres:
Haurou. Précis de droit constitutionnel, op. cit., p. 382;
J. Mabileau. De la distinction des actes d'administration active et des actes administratifs juridictionnels, Thèse, Paris, 1943, p. III. Comp. : Artur, Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions, in : Rev. du droit public, 1900, p. 232.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بانشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية وصدور التقنينات . وقد قررت المادة ١١٠ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والمادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الاهليه منع المحاكم من تأويل الاوامر الادارية أو ايقاف تنفيذها ، مع جواز الحكم على الادارة بالتعويضات عن أعمالها الضارة . وتعنى هذه الاحكام خضوع الادارة لمبدأ سيادة القانون من ناحية ، والفصل بين السلطتين الادارية والقضائية من ناحية أخرى(١٦) .

وقد أخذت مصر بنظام مجلس الدولة الفرنسى ، لأول مرة سنة ١٩٤٦ . وعدل قانون مجلس الدولة أكثر من مرة سنة ١٩٤٩ ، وسنة ١٩٥٥ ، وسنة ١٩٥٩ . وأخيرا صدر القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة ، ونصت المادة الأولى منه على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، معدلة ق ١٣٦ / ١٩٨٤ ونصت المادة الثانية منه على أن يتكون مجلس الدولة من القسم القضائى وقسم الفتوى وقسم التشريع . ومن ناحية أخرى فقد ورد لأول مرة فى تاريخ القانون الدستورى المصرى ، نص فى دستور سنة ١٩٧١ يتعلق بمجلس الدولة . وقد ورد هذا النص فى الفصل الرابع من الباب الخامس ، وهو الفصل الخاص بالسلطة القضائية ، وجاء فى هذا النص أن « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل فى المنازعات الادارية وفى الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى » (م ١٧٢) .

وهناك وجه للتساؤل الآن عما اذا كان القضاء الادارى فى مصر أصبح جزءا من السلطة القضائية بعد النص عليه فى الدستور فى الفصل الخاص بهذه السلطة ، أم أن موضع هذا النص لا يغير شيئا من انتماء مجلس الدولة الى السلطة الادارية(١٧) ؟

---

(١٦) محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى العربى ، ١٩٦٧ ، جـ ١ ، ص ٥٥ ، وراجع المادة ١٧٠ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

(١٧) رغم ورود نص خاص بمجلس الدولة فى الدستور فى الفصل المتعلق بالسلطة القضائية ، الا أن مجلس الدولة له قانون مستقل عن قانون السلطة القضائية .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وأيا كانت الاجابة على هذا التساؤل ، فالذى لا شك فيه هو ان مجلس الدولة المصرى يعمل منذ انشائه على اخضاع الادارة لسيادة القانون • بل أن مجلس الدولة المصرى كان هو صاحب الفضل الأكبر فى ارساء مبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين واللوائح(١٨) •

١٥٦ - فقه القانون الادارى في فرنسا يسبب الاضطراب فى مفهوم العمل القضائى : l'acte juridictionnel

اهتم أساتذة القانون العام فى فرنسا ، أكثر من اساتذة القانون الخاص ، بمحاولة تحديد المقصود بالعمل القضائى والتمييز بينه وبين العمل الادارى والعمل التشريعى • ومع ذلك فلم يكن هذا الاهتمام مفيدا لنظرية العمل القضائى فى القانون الخاص • والفكرة المبدأية عن العمل القضائى هى انه الحكم الذى يصدر من جهة قضائية بالفصل فى خصومة بين طرفين متنازعين •

والنظرة التحليلية للعمل القضائي انه تطبيق للقانون على الخصومات التى تقع بين الاشخاص المخاطبين بحكم هذا القانون • ويتكون العمل القضائى من قسمين : الأول المعاينة constatîon ، والثانى القرار décision • والمعاينة هى ادخال وقائع النزاع فى الفرض hypothèse الخاص باحدى القواعد القانونية • والقرار هو تطبيق الحل solution الموجود فى هذه القاعدة على النزاع المذكور •

ولا يعنى هذا التحليل وجود اختلاف فى طبيعة قسمى العمل القضائى • فهذا العمل يعتبر قضائيا فى قسميه : المعاينة ، والقرار على السواء •

ولكن نظرا لتأثر اساتذة القانون العام بفكرتهم عن القضاء الادارى - وهى الفكرة التى درسناها فى الفقرة السابقة ، والتى بمقتضاها يعتبر القرار الصادر من هذا القضاء قرارا اداريا ، فقد ذهب بعضهم الى أن العمل

---

(١٨) راجع النجاح الكبير المقترن ببعض الفشل فى تجربة مجلس الدولة فى فرض رقابته على دستورية القوانين والقرارات الادارية ، ما سبق ، فقرة ١٠٥ - فقرة ١٠٨ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القضائي الصادر من محاكم القضاء العادي ، وهي وحدها التي تمثل السلطة القضائية ، يعتبر عملا اداريا في الجزء الثاني منه وهو القرار décision .

وفي مقدمة هؤلاء الفقهاء جيز Jèze ، وهو من انصار المعيار الموضوعي للعمل القضائي ، أي المعيار الذي يحدد العمل القضائي على أساس الهدف من هذا العمل ، وليس على أساس الشكل أو الجهة التي صدر منها . ويذهب جيز الى أن المعاينة constation هي المهمة الحقيقية للقاضي ، وهي الهدف من وجوده . ولكن هذه المعاينة ليست معاينة من أي نوع كان ، وانما هي معاينة مزودة بالحقيقة القانونية ، أي مزودة بحجية الشيء المحكوم به . أما القرار décision الذي يصدره القاضي على أساس هذه المعاينة فهو عمل اداري بطبيعته(١٩) . فكأن جيز يجعل العمل القضائي من طبيعة مركبة ، فهو عمل قضائي في الجزء الخاص بالمعاينة وعمل اداري في الجزء الثاني الخاص بالقرار .

أما ديجي Duguit وهو أيضا من أنصار المعيار الموضوعي للعمل القضائي ، فهو يأخذ بفكرة جيز في اعتبار القرار عملا اداريا ، ومع ذلك فهو يذهب الى وحدة عنصري العمل القضائي ، وهي وحدة منطقية ، تؤدي الى اعتبار العمل قضائيا في مجموعه ، ولولاها لوجب الاعتراف بالطبيعة الادارية للقرار وهو الجزء الثاني من العمل القضائي(٢٠) .

وقد أصبح الفقه القانوني يردد في اتجاهه الغالب ، بما في ذلك القانون الخاص ، رأي « جيز » و « ديجي » ، في أن القرار في العمل القضائي هو بطبيعته عمل اداري(٢١) .

---

(١٩) Gaston Jèze, L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, Rev. du droit public, 1909, pp. 667, 668, 674.

(٢٠) L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, op. cit., T. 2, p. 443.

(٢١) R. Bonnard, La conception matérielle de la fonction juridictionnelle, in : Mélanges Carré de Melberg, 1933, pp. 24-25;
R. Gaillien, L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, Thèse, Bordeaux, 1931, p. 150;
L. Bayer, La notion de la transaction, Thèse, Toulouse, 1947, p. 450 et s.;
P. Hébraud, L'acte juridictionnel et la classification du contentieux à propos de la condamnation pénale, in : Recueil de l'académine de législation de Toulouse, pp. 144, 147, 149;
R. Gache et J. Vincent, Procédure, Cicile et Commerciale, Précis Dallez, 1960, p. 70.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وللرد على هذا الاتجاه يبدو لنا من اللازم عدم الخلط بين الحكم الادارى الذى يصدر من القضاء الادارى ، وبين الحكم القضائى الذى يصدر من محاكم القضاء العادى • فالحكم الادارى هو كما رأينا فى الفقرة السابقة ، عمل ادارى فى مجموعه ، أما الحكم القضائى فهو عمل قضائى فى مجمـــوعه ، ولا يوجد فيه أى عنصر ادارى •

والفقهاء الذين يتفقون على اعتبار القرار فى العمل القضـــائى ، من طبيعة ادارية ، لا يهتمون ببيان الأسباب التى يبنون عليها رأيهم • ولعل الفقيه الوحيد الذى اهتم بذلك ــ حسب علمنا ــ هو الأستاذ هبرو وهو من أساتذة القانون الخاص الذين تأثروا بأفكار اساتذة القانون العام • فهو يقول « ان ما يميز العمل القضائى ويلحقه بالعمل الادارى ، هو أنه بدلا من أن يستمد قوته من ارادة أصحاب الشأن أنفسهم ، المعلنـة فى الظروف المختلفة ، فانه يصـدر عن ســلطة موظف عام يباشر عمله فى حـــدود اختصاصه »(٢٢) •

ولكن حجة الأستاذ هبرو ليست حاسمة ، فهى تعنى أن كل تصرف لا يستمد قوته من ارادة الأفراد الخاصة ، يصبح بالضرورة عملا اداريا • ولكن لماذا لا يصبح مثلا ، عملا تشريعيا ، أو قضائيا ؟ وبهذا يجيب الأستاذ هبرو على نفسه بنفسه ، فهو يقول : « ولكننا لا يجب أن ننسى ، ان هذا الموظف العام هو قاض ، ولا يمكن أن يكون غير ذلك ، وأن سلطة التصرف فى الحقوق الخاصة لا يمكن أن تكون الا مباشرة للوظيفة القضائية المتميزة عن الوظيفة الادارية بمعنى الكلمة »(٢٣) •

وهذا القول الأخير هو وحده الرأى الصحيح • ومن الواجب تأكيـد وحدة الحكم القضائى • فهو يتحلل الى عنصرين : المعاينة والقرار ، ولكنه لا يتكون من تصرفين مستقلين ، بل هو تصرف واحد • وهو تصرف قضائى فى كل اجزائه ، ولا يدخله أى عنصر ادارى •

---

(٢٢) P. Hebraud, L'acte juridictionnel, op. cit., p. 144 note 2.

(٢٣) P. Hebraud, L'acte juridictionnel, op. cit., p. 144, note2.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكما يقول الأستاذ روبييه ، فان المشاكل التى آثارها أساتذة القانون العام ليس لها أى معنى فى نطاق القانون الخاص(٢٤) . فاذا كان الحكم الادارى هو قرار ادارى فى نظر أساتذة القانون العام ، فان ذلك لا يجب أن ينعكس على الحكم القضائى الصادر من المحاكم العادية فى المنازعات المدنية والتجارية والجنائية وغيرها . فهذا الحكم هو عمل قضائى متميز عن العمل الادارى .

ومن ناحية أخرى فان فكرة العمل الادارى التى ارادوا أن يفسروا بها العمل القضائى ، هى فى ذاتها فى حاجة الى تفسير . فما هو العمل الادارى؟ وما هو معياره ؟ هل هو معيار المرفق العام ، أم هو معيار السلطة العامة ؟ الواقع أن معيار العمل الادارى « لا زال حتى الآن موضوع بحث وتردد . ولا يوجد بشأنه يقين كامل » كما يقول الأستاذ دى لوبادير (٢٥) « والقانون الادارى لا زال فى تطور مستمر ، كما لو كان لم يتم بعد نموه » ، كما يقول الأستاذ فالين(٢٦) . فكيف تأتى لأساتذة القانون العام أن يفسروا العمل القضائى بفكرة لا يعرفونها هم أنفسهم معرفة يقينية ؟ لا توجد هناك اجابة على هذا السؤال .

ومن صور الاضطراب الأخرى التى أشاعها أساتذة القانون العام ، ما ذهب اليه البعض منهم ، من اعتبار عنصر القرار فى العمل القضائى نوعا من العمل التشريعى acte - règle ، وذلك فى الحالات التى يخلق فيها القرار حلا جديدا لا وجود له فى مصادر القانون الوضعى .

ويذهب بونار Bonnard الى أن القرار وهو عمل تشريعى فى ذاته

---

(٢٤) Roubier. Droit subjectif et situations juridiques, op. cit., p. 296.

وراجع فى نفس المعنى :

P. Lampué, La notion d'acte juridictionnel, in : Rév. du Droit public, 1943, pp. 55-56;

M. Salus et R. Perrot, Droit judiciaire, privé, op. cit., T. 1, pp. 426-427.

(٢٥) De Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, 2e éd., 1957, p. 49.

(٢٦) Waline, Droit administratif, 1959, p. 102.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الحالات ، يندمج فى المعاينة وهى التى يتكون منها العمل القضائى ، وبذلك يختفى العمل التشريعى فى العمل القضائى . ولولا هذا الاندماج لوجب القول بأن العمل القضائى يقترن أحيانا بعمل تشريعى وهو ما يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات(٢٧) .

ولكن بونار لا يفسر لنا لماذا يختفى العمل التشريعى فى العمل القضائى ، ولا يحدث العكس فيختفى العمل القضائى فى العمل التشريعى، بحيث يصبح التصرف في مجموعه عملا تشريعيا ؟ وهذا فى الواقع ما ذهب اليه كاريه دى مالبير ، فهو يعتبر الحكم فى هذه الحالة عملا تشريعيا ، فى مجموعه ولا يمكن التمييز بينه وبين التشريع الا على أساس معيار شكلى ، وهو أن التشريع يصدر عن السلطة التشريعية ، بينما الحكم يصدر عن المحاكم وفقا لاجراءات أخرى متميزة(٢٨) .

ونحن لا نملك الا أن نرفض الرأيين معا ، فالحكم - وفقا للحجج الحاسمة لفرنسوا جنى - لا ينشىء أبدا قاعدة قانونية ، ولكنه قد ينشىء حلا للنزاع(٢٩) . وهناك فارق بين الحكم وبين القضاء . فالقضاء كما سبق أن رأينا مصدر من مصادر القانون ، ولكن الحكم لا ينشىء القانون ، وبالتالى لا يختلط بالتشريع ، ولا يوجد فيه أى عنصر تشريعى(٣٠) . ومن هذا يتبين أن العمل القضائى ، لا يتضمن أى عنصر تشريعى ، كما لا يتضمن أى عنصر ادارى ، وانما هو تصرف قضائى خالص فى عنصريه جميعا .

والخلاصة أن أساتذة القانون العام تصدوا لشرح نظرية العمل القضائى ، فأشاعوا فيها الاضطراب ، وأدخلوا فيها أفكارا لا علاقة لها بالعمل القضائى فى نطاق القانون الخاص . وقد ساعدهم على ذلك قعود أساتذة

---

(٢٧) R. Bonnard, La conception matérielle de la fonction juridictionnelle. in : Mélanges Carré de Malberg, 1933, pp. 24-25.

(٢٨) Carré de Malberg, Contribution à la théorie de l'Etat, op. cit., p. 752.

(٢٩) F. Gény, Méthode d'interprétation, op. cit., T. 1, pp. 202, 203, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218; T. 2. pp. 35, 238, 270.

(٣٠) راجع ما سبق ، فقرة ١٥٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانون الخاص عن الاهتمام بدراسة نفس الموضوع ، وهو ما اضطروا الى دفع ثمنه فيما بعد ، أما بترديدهم نفس الأفكار المضطربة ذاتها ، أو برفضهم لها دون تقديم بديل عنها ٠

وكل الجهد الذى بذلناه حتى الآن يقتصر على تخليص العمل القضائى من العناصر التى أدخلت عليه بغير حق ، وتأكيد ان العمل القضائى هو تصرف قضائى فى كل عنصر فيه ٠ ولكن هذا الجهد هو جهد سلبى محض ، وهو بمثابة الاعلان عن الحاجة الى بحث الموضوع من جديد ٠ فالقول بأن العمل القضائى هو عمل قضائى خالص ، يعنى أن المشكلة لا زالت قائمة برمتها ، اذ يبقى تحديد ما هو المقصود بالعمل القضائى ؟

١٥٧ - معيار العمل القضائى :

توجد فى تحديد معيار العمل القضائى نظريتان أساسيتان : احداهما شكلية ، والأخرى موضوعية أو مادية ٠

وأبرز أصحاب النظرية الشكلية هو كاريه دى مالبير ، وهو يرى أن الحكم القضائى يختلط من الناحية الموضوعية أو المادية ، تارة بالعمل الادارى ، وتارة بالعمل التشريعى ٠ فهو يعتبر من قبيل العمل الادارى اذا اقتصر القاضى على تطبيق القواعد القانونية القائمة ٠ وهو يعتبر عملا تشريعيا ، اذا خلق حلا جديدا للنزاع غير موجود فى مصادر القانون ، والذى يسمح بالتمييز بين الحكم والقرار الادارى فى الحالة الأولى ، أو بين الحكم والتشريع فى الحالة الثانية ، هو المعيار الشكلى ٠ فالحكم يصدر بحسب أصله عن طريق هيئة منظمة لمباشرة الوظيفة القضائية ٠ وكذلك فان صدور هذا الحكم يتم وفقا لاجراءات خاصة تحقق الكثير من الضمانات ٠ وكذلك فان الحكم يحوز قوة عليا هى حجية الشىء المحكوم به ، وكل ذلك يتعلق بالشكل(٣١) ٠

ورغم أن المعيار الشكلى هو معيار هام لا غنى عنه ، لكن لا يجب

---

(٣١) Carré de Malberg, Contribution à la théorie de l'Etat, op. cit., pp. 766, 767, 787, 788.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يكون الدافع اليه ، هو كما يذهب كاريه دى مالبير ، عدم وجود معيـــار موضوعى للتفرقة بين العمل القضائى والعمل الادارى والعمل التشريعى • فان الخلط بين العمل القضائى والعمل التشريعى من ناحية والخلط بين العمل القضائى والعمل الادارى من ناحية أخرى ، هو خلط لا وجود له الا عند أساتذة القانون العام أنفسهم على النحو السابق ذكره فى الفقرة السابقة •

والصحيح أن العمل القضائى لا يوجد فيه أى عنصر ادارى أو تشريعى من الناحية الموضوعية • ولذلك يجب وضع معيار موضوعى للتمييز بين هذه الأعمال المختلفة يضاف الى المعيار الشكلى الذى أخذ به كاريه دى مالبير ، والذى لا شك فى أهميته • ولكن المعيار الموضوعى لن نجده عند أساتذة القانون العام أيضا • فهم يشتركون مع أصحاب المعيار الشكلى فى الخلط بين العمل القضائى وبين العمل التشريعى أو الادارى • فقد سبق أن رأينا أن جيز ـ وهو من أنصار المعيار الموضوعى يذهب الى أن القرار décision هو عمل ادارى مضاف الى المعاينة المقترنة بقوة الحقيقة القانونية وهى وحدها التى يتكون منها العمل القضائى • وديجى يذهب أيضا الى أن القرار عمل ادارى ، ولكنه يندمج فى المعاينة اندماجا منطقيا • وبونارد يقول بنفس أفكار كاريه دى مالبير ، وهى أن القرار يكون عملا اداريا فى حالة الاقتصار على تطبيق القانون القائم ، أو عملا تشريعيا فى حالة خلق حل جديد للنزاع لا وجود له فى مصادر القانون الوضعى(٣٢) •

فهذه الآراء كلها تخلق مشكلة لا وجود لها ، ثم تحاول بعد ذلك حلها حلولا غير مرضية • فهى تدخل فى تكوين العمل القضائى عنصرا غريبا عنه وهو العنصر الادارى أو التشريعى وهذه هى المشكلة المختلقة faux-problème ثم تحاول بعد ذلك أن تحل هذه المشكلة عن طريق بيان الأسباب التى من أجلها لا يؤدى اقحام هذا العنصر الغريب الى الخلط بين العمل القضائى وبين القرار الادارى أو العمل التشريعى • وقد كان الأولى عدم اقحام هذا العنصر أصلا • وقد سبق أن رأينا أن العمل القضائى

---

(٣٢) R. Bonnard, La Conception materielle de la fonction juridictionnelle, op. cit., p. 24.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لا يدخله أى عنصر غريب عنه سواء كان هذا العنصر اداريا أو تشريعيا ٠

واذا نظرنا الى الآفكار التى يقولها أصحاب المعيار الموضوعى لحل المشكلة التى خلقوها ، وجدناها أفكارا غير مجدية ٠

فبحسب رأى « جيز » ، فان العمل القضائى هو المعاينة المزودة بقوة الحقيقة القانونية ، أى بحجية الشىء المحكوم به ، وهذا الرأى يفصل القرار عن المعاينة ويؤدى الى تشويه شكل الحكم ٠ وهو كذلك ينطوى على مصادرة على المطلوب ، لأن المعيار الموضوعى يهدف أساسا الى تحديد التصرفات التى تستحق أن توصف بأنها أحكام وتقترن بالتالى بحجية الشىء المحكوم به . فلا يقال ان معيار هذه التصرفات هو اقترانها بحجية الشىء المحكوم به ٠ ففى هذا تفسير للشىء بالشىء ذاته(٣٣) ٠

وبحسب رأى ديجى فان العمل القضائى يقتصر بحسب الأصل على المعاينة ٠ أما القرار فهو بحسب طبيعته عمل ادارى ٠ والدليل على ذلك انه ينشىء عادة مركزا جديدا ، وأحيانا ينشىء حقا جديدا ٠ فالحكم بالتعويض نتيجة للاخلال بالتزام عقدى ، ينشىء حقا جديدا هو الحق فى التعويض ، وهذا الحق ينشأ عن القرار مباشرة.وليس عن العقد الذى حدث الاخلال به ٠ وقدرة القرار على انشاء هذا الحق يعنى انه عمل ادارى بمعنى الكلمة أى انه عمل صادر عن الدولة ٠ والى هنا يكون ديجى قد خلق المشكلة ٠

أما حل هذه المشكلة المختلقة فيكون حسب رأى ديجى عن طريق ادماج القرار فى المعاينة ، بحيث يتكون من هذا الاندماج تصرف واحد هو العمل القضائى ٠ أو بتعبير آخر فان العمل الادارى وهو القرار يندمج فى العمل القضائى وهو المعاينة ٠ وسبب هذا الاندماج هو ان القرار هو نتيجة منطقية وضرورية للمعاينة(٣٤) ٠ ونحن لا نرى وجها لا للمشكلة المختلقة ، ولا للحل المعروض ٠

---

(٣٣) Marty et Raynaud, T. 1, p. 311.

(٣٤) L. Duguit, L'acte administratif et l'acte juridictionnel, Rev. du Droit Public, 1906,, pp. 455, 456, 462.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فمن ناحية المشكلة فان قدرة الحكم القضائى على انشاء مركز جديد أو حق جديد لا يعنى بالضرورة انه يتضمن عنصرا اداريا ، لأن القدرة على الخلق ليست من مميزات العمل الادارى وحده ، ونحن لم نعرف قبل الدراسة التى وضعناها عن القرار الادارى كمصدر للحق ، دراسة أخرى أثبتت أن القرار الادارى يتميز بالقدرة على خلق الحق(٣٥) . ومع اثبات قدرة القرار الادارى على خلق الحقوق ، فان ذلك لا يعنى أن هذه القدرة قاصرة عليه وحده ، ولا يمكن أن تكون موجودة بالنسبة للحكم القضائى أيضا(٣٦) . ولذلك فلا وجه للمشكلة التى أثارها ديجى ، لأنه فى الحالات التى يخلق فيها الحكم القضائى حقا جديدا ، وهى حالات نادرة ، ليس منها على أى حال المثل الذى أعطاه ديجى عن الحكم بالتعويض فى المسئولية العقدية(٣٧) ، فان القدرة على الخلق لا تكون متعارضة مع طبيعة العمل القضائى ولا تؤدى الى ادخال عنصر ادارى غريب على هذا العمل .

بل ولو كانت المشكلة التى آثارها ديجى صحيحة فان الحل الذى يقدمه لحلها لا يبدو مقبولا ، لأن القرار ليس كما يقول نتيجة منطقية وضرورية للمعاينة . بل الصحيح انه فى كل الحالات التى يباشر فيها القاضى سلطة تقديرية ، لا يكون القرار نتيجة حتمية ومنطقية للمعاينة . ومن ناحية أخرى فان الادارة تباشر فى كثير من الحالات اختصاصا مقيدا compétence liée تكون القرارات التى تتخذها فى نطاقه نتيجة منطقية وحتمية للمعاينة . وبالتالى فان لا تمكن التفرقة بين العمل الادارى وبين العمل القضائى ، على أساس أن الأول يتميز بالاختصاص التقديرى ، والثانى يتميز بالاختصاص المقيد ، لا يتساويان فى الجمع بين هذين الاختصاصين . بل أن السلطة التقديرية اقرب الى طبيعة العمل القضائى منها الى طبيعة العمل الادارى(٣٨) .

---

(٣٥) راجع كتابنا ، القرار الادارى مصدر للحق ، ١٩٧٢ .

(٣٦) راجع فى أن القدرة على الخلق ليست من مميزات العمل الادارى وحده :
Samir TANAGHO, De l'obligation judiciaire, op. cit., p. 194.

(٣٧) راجع فى رفض فكرة ديجى عن الحكم المنشىء فى المسئولية العقدية أو التقصيرية ، كتابنا السابق الاشارة اليه :
De l'obligation judiciaire, p. 105, 106, 122. 123, 124, 125.

(٣٨) J. Carbonnier, Le procès et le jugement, op. cit., p. 162.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد ذهب فقهاء آخرون مثل ارتور(٣٩)، وبونارد(٤٠)، وفيزيوز (٤١) وغيرهم ، الى أن العمل القضائي يتميز من الناحية الموضوعية عن العمل الادارى فى أنه يتعلق دائما بحماية حق من الحقوق الخاصة ٠

ومع ذلك فان هذا المعيار لا يبدو كافيا ، لأن بعض الدعاوى ترفع استقلالا عن أي حق خاص تهدف الى حمايته(٤٢) ٠ بل أكثر من ذلك فان الدعوى قد ترفع ضد حق نشأ صحيحا طبقا للقانون ، ويعترف المدعى فى هذه الدعوى بوجود هذا الحق ، ولكنه يطلب هدمه واحلال حق آخر محله ، تحقيقا للعدل ، الذى خالفه الحق المطعون فيه ٠ ويصدق ذلك على كل دعاوى تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة أو الاذعان ، أو الاستغلال ٠٠ الخ ٠ فهذه الدعاوى لا تهدف الى حماية حق ، بل تهدف الى هدم حق واحلال حق آخر محله ٠ والحكم الذى يصدر بتعديل العقد يؤدى الى انقضاء الالتزامات التى نشأت صحيحة عن هذا العقد ، والى انشاء التزامات أخرى جديدة تحل محل الالتزامات السابقة ٠ فالحكم بتعديل العقد لا يحمى الحق الظالم الناشىء عن هذا العقد ، ولكنه يهدمه وينشىء بدلا منه حقا جديدا أقرب الى العدل ، وبالتالى فانه لا يمكن تعريف العمل القضائى بأنه العمل الذى يهدف الى حماية الحقوق الخاصة للأفراد ، طالما انه يؤدى أحيانا الى هدم هذه الحقوق ٠

ويبدو انه من العبث محاولة العثور على معيار للعمل القضائى لدى الفقهاء المعاصرين وبصفة خاصة بعد أن رأينا أن معظم نظريات هؤلاء الفقهاء تحكيما عقدة أو مشكلة اقتران الحكم القضائى بعنصر غريب عنه هو العمل الادارى أو التشريعى ، وهى مشكلة تحاول حلها عن طريق بيان الأسباب

---

(٣٩) Artur, Sépration des pouvoirs et séparation des fonctions, op. cit., pp. 226, 237.

(٤٠) R. Bonnard, La conception matérielle de la fonction juridictionnelle, op. cit., pp. 27-29.

(٤١) VIZIOZ, Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public, 1931, p. 49.

(٤٢) L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, op. cit., T. 2. p. 433;
M. Hauriou, Les éléments du contentieux, op. cit., p. 41;
P. Roubier, Droit subjectif et situations subjectives, op. cit., pp. 74, 296, 298.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التى من أجلها يظل الحكم رغم هذا الاقتران عملا قضائيا · وهى أسباب غير مقنعة فى جملتها ·

وفى تقديرنا انه يجب بصفة مبدأية التخلص من هذه المشكلة المختلقة وطرحها جانبا · فالحكم القضائى لا يتضمن فى أى جزء منه أى عنصر ادارى أو تشريعى · بل هو عمل قضائى بحت فى جزئيه معا ، المعاينة والقرار · والقرار هو عمل قضائى سواء اقتصر القاضى على تطبيق القانون تطبيقا حرفيا ، أم انه باشر فى تطبيقه بسلطة تقديرية ، وسواء ترتب على الحكم نشأة مركز جديد أو حق جديد ، أو لم يترتب على الحكم سوى الكشف عن مراكز وحقوق موجودة من قبل · فكل ذلك يتفق مع طبيعة العمل القضائى ولا يوجد فيه أية شبه للعمل الادارى أو التشريعى ·

فاذا ما طهرنا العمل القضائى من الأوصاف الغريبة عنه التى أقحمت عليها اقحاما دون مبرر ، فانه يمكن التعرف عليه بعد ذلك أو تعريفه طبقا لمعيارين أحدهما شكلى والآخر موضوعى · والهدف من هذا التعريف هو التفرقة بين العمل القضائى من ناحية وبين العمل الادارى والعمل التشريعى من ناحية أخرى · وهى تفرقة بين أعمال كل منها مستقل عن الآخر من حيث عناصر تكوينه وأشكال أعلانه · ولو كانت عناصر هذه الأعمال متداخلة بعضها فى البعض الآخر ، لما كان هناك مبرر للتفرقة بينها ، بل ولما كان هناك أمل فى أمكان هذه التفرقة ·

ومعيار العمل القضائى الذى نأخذ به هو الذى قال به أرسطو منذ قديم ، والذى لم يستطع الفقه الحديث أن يأتى بمثله أو بخير منه · ويقول أرسطو انه « عندما يحدث خلاف بين الناس ، فانهم يلجأون الى القاضى · والذهاب الى القاضى ، هو ذهاب الى العدالة ، لأن القاضى يريد أن يكون ، اذا جاز التعبير ، تجسيدا للعدالة ، وفى شخص القاضى يبحث الانسان عن شخص ثالث غير متحيز ، يسميه البعض حكما ·· وهو رجل العدل · الذى يمسك بالميزان بين الطرفين »(٤٣) ·

---

(٤٣) Aristote, Ethèque, 5, 4, 7, 8.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبحسب رأى أرسطو فان المعيار الموضوعى للعمل القضائى هو وجود نزاع أو خصومة litige بين طرفين(٤٤) . أما المعيار الشكلى فهو أن يتم حل النزاع عن طريق شخص تتجسد فيه العدالة ، وهو القاضى . فالحكم هو القرار العادل الذى يحسم نزاعا بين طرفين ، عن طريق شخصى قادر على تحقيق العدل ، أى عن طريق شخص قادر عن امساك الميزان ، وهو القاضى .

والعدل الذى يقضى به القاضى ، هو العدل الذى يقرره القانون فى مصادره المختلفة ، أو هو العدل الذى يقرره القاضى نفسه فى حالة وجود نقص فى مصادر القانون . والعدل الذى يقرره القاضى قد يؤدى الى انشاء مراكز أو حقوق جديدة وهذا نادر ، وقد يؤدى فقط الى الكشف عن مراكز أو حقوق قائمة من قبل وهذا هو الغالب .

وبهذا يتميز العمل القضائى من حيث الموضوع عن العمل التشريعى والعمل الادارى ، فى انه يهدف الى حل نزاع بين طرفين ، ويتميز عنهما من حيث الشكل فى انه يصدر عن شخص يمثل السلطة القضائية . وندرس فيما يلى محاكم السلطة القضائية فى القانون المصرى .

١٥٨ - محاكم السلطة القضائية فى القانون المصرى :

نبادر أولا باستبعاد محاكم القضاء الادارى من نطاق محاكم السلطة القضائية . فقد سبق أن رأينا أن مجلس الدولة هو من الناحية التاريخية جزء من السلطة الادارية ، سواء فى مصر أو فى فرنسا . ولا يبدو لنا أن وضع مجلس الدولة المصرى قد تغير بالاشارة اليه فى دستور سنة ١٩٧١ فى نفس الفصل الخاص بالسلطة القضائية (٤٥).

---

(٤٤) وقد أثبت الأستاذان مارتى ورينو بوضوح وجود فكرة الخصومة أو النزاع فى كل عمل قضائى .

Marty et Raynaud, T. 1, p. 312.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وجدير بالذكر أن الاختصاص القضائى لمجلس الدولة كان اختصاصا محددا على سبيل الحصر فى جميع قوانين مجلس الدولة السابقة • وقد أوردت المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة الجديد رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بعض المسائل التى يختص بنظرها المجلس وهى تشمل معظم المنازعات الادارية ، ثم اردفت ذلك بعبارة « سائر المنازعات الادارية » • وهو ما يعنى أن القضاء الادارى أصبح هو صاحب الاختصاص الأصلى فى نظر جميع المنازعات الادارية(٤٦) •

أما محاكم السلطة القضائية فهى بحسب المادة الأولى من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية(٤٧) •

محكمة النقض : انشئت محكمة النقض المصرية لأول مرة بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ فى ٢ مايو سنة ١٩٣١ • ولا توجد فى مصر غير محكمة نقض واحدة ، مقرها مدينة القاهرة • ومحكمة النقض هى أعلى محاكم السلطة القضائية ، وكان يطلق عليها أحيانا اسم المحكمة العليا ، وذلك قبل انشاء المحكمة العليا بمقتضى القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ • وتصدر أحكام محكمة النقض من خمسة مستشارين(٤٨) • ومحكمة النقض ليست درجة من درجات التقاضى ، وانما هى محكمة قانون يطعن أمامها فى الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف ، اذا كان

---

(٤٥) ... ما سبق ، فقرة ١٥٥ ، وراجع فى نفس المعنى : سليمان الطماوى ، القضاء الادارى ورقابته لأعمال الادارة ، ص ٦٧ ، عثمان خليل عثمان ، مجلس الدولة ورقابة القضاء الادارى لأعمال الادارة ، الطبعة الخامسة ، ص ٤٧ ، قارن : السيد محمد ابراهيم ، مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية ، مقال منشور فى مجلة الحقوق ، السنة ١٥ ، عدد ٢ ، ١٩٧٠ ، تاريخ النشر سنة ١٩٧٣ ، ص ٤٩ وما بعدها •

(٤٦) راجع المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ •

(٤٧) وتتكون محاكم القسم القضائى لمجلس الدولة من (أ) المحكمة الادارية العليا ، (ب) محكمة القضاء الادارى ، (جـ) المحاكم الادارية ، (د) المحاكم التأديبية ، (م ٣ من قانون مجلس الدولة) •

(٤٨) مادة ٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله ، أو اذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم(٤٩) ٠

ويجوز الطعن أمامها كذلك فى أى حكم انتهائى ولو كان صادرا من محكمة ابتدائية أو جزئية ، اذا كان هذا الحكم قد فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى(٥٠) ٠

وميعاد الطعن بالنقض ستون يوما ، ولكن يجوز للنائب العام أن يطعن بعد فوات هذا الميعاد ، فى الحالات التى لا يجوز فيها للخصوم الطعن بالنقض ، لمصلحة القانون ، فى الاحكام الانتهائية ـ أيا كانت المحكمة التى أصدرتها ـ اذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله ٠ ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن ، وتنظره المحكمة فى غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم(٥١) ٠

ومحكمة النقض لا تراقب الحكم المطعون فيه فيما يتعلق بالمسائل الواقعية التى أثبتها أو نفاها ٠ فمسائل الواقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع طالما أنه يباشر هذه السلطةوفقا لما يقضى به العقل ويستسيغه المنطق ٠ ولكن محكمة النقض تراقب الحكم المطعون فيه فيما يتعلق بالمسائل القانونية ، أى فيما يتعلق بتطبيق القانون على الوقائع الثابتة بالدعوى(٥٢) ٠

فقضاة المحاكم بكل درجاتها وهى التى يطلق عليها اسم محاكم الموضوع، يخضعون لرقابة محكمة النقض فيما يتعلق بتفسير القانون وتطبيقه ٠والهدف من هذه الرقابة هو توحيد تفسير القانون وتطبيقه فى كل البلاد حتى لا تضطرب الأحكام فيما بينها فى المسائل القانونية ، وهو ما يؤدى الى عدم الاستقرار فى المعاملات ، بل والى عدم الثقة فى القانون ٠

---

(٤٩) المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ٠

(٥٠) المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات ٠

(٥١) م ٢٥٠ ، م ٢٥٢ من قانون المرافعات ٠

(٥٢) راجع أهم الأبحاث فى هذا الموضوع :

G. Marty, La distinction du fait et du droit, Thèse, Toulouse, 1929.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد تقضى محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو رفضه أو عدم جواز نظره . وفى هذه الحالة يظل الحكم المطعون فيه قائما لا يمس . أما اذا قبلت المحكمة الطعن فهى تنقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه ، أى تلغيه كله أو بعضه فيصبح كأن لم يكن(٥٣) .

وعندما تنقض المحكمة الحكم ، فهى تحيل القضية - فى معظم الحالات - الى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم . وفى هذه الحالة يتحتم على المحكمة التى أحيلت اليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها المحكمة(٥٤) .

محاكم الاستئناف : توجد فى مصر ست محاكم للاستئناف مقرها القاهرة والاسكندرية وطنطا والمنصورة وبنى سويف وأسيوط . وتصدر أحكام هذه المحاكم من ثلاثة مستشارين .

وتشكل دوائر خاصة من هذه المحاكم لنظر أكثر الجرائم خطورة وهى التى يطلق عليها اسم الجنايات ، ويطلق بالتالى على هذه الدوائر اسم محاكم الجنايات . ومحكمة الجنايات هى فى نفس الوقت محكمة أول درجة ومحكمة ثانى درجة ، بمعنى أنها تنظر الجنايات لأول مرة دون أن تسبقها فى ذلك محكمة أخرى أدنى منها فى الدرجة ، كما أن الأحكام الصادرة منها لا يجوز استئنافها أمام محكمة أخرى أعلى منها درجة ، ولكن يجوز فقط الطعن فى هذه الأحكام بطريق النقض أمام محكمة النقض . ولكن الطعن بالنقض لايعتبر استئنافا أمام درجة أعلى من درجات التقاضى . فمحكمة النقض ليست درجة ثانية من درجات التقاضى ، فهى لا تبحث من جديد فى الوقائع ، وانما هى محكمة قانون ، تراقب فقط تفسير القانون وتأويله(٥٥) .

---

(٥٣) راجع المادتين ٢٦٨ و ٢٧٠ من قانون المرافعات .

(٥٤) ومع ذلك اذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحا للفصل فيه ، أو كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه ، وجب عليها أن تحكم فى الموضوع . راجع المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات .

(٥٥) راجع المادتين ٦ ، ٧ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبجانب محاكم الجنايات ، فانه توجد دوائر أخرى من محاكم الاستئناف ، تنظر باعتبارها محكمة ثانى درجة الطعون فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى المنازعات المدنية والتجارية ، وذلك فى الحالات التى يجيز فيها القانون الطعن فى هذه الأحكام • وتنظر محكمة الاستئناف فى الحكم المطعون فيه من حيث الواقع ومن حيث القانون على السواء ، وهى لهذا السبب تعتبر محكمة ثانى درجة وليست محكمة قانون فقط(٥٦) •

المحاكم الابتدائية : توجد محكمة ابتدائية فى كل عاصمة من عواصم محافظات الجمهورية • ويوجد بكل محكمة عدد كاف من الدوائر يرأس كل منها رئيس المحكمة أو أحد الرؤساء بها • ويجوز عند الضرورة أن يرأسها أحد قضاة المحكمة • وتصدر الأحكام من ثلاثة أعضاء(٥٧) •

وتختص المحاكم الابتدائية باعتبارها محاكم ثانى درجة بالنظر فى الطعون التى ترفع أمامها فى الأحكام الجنائية والمدنية الصادرة من المحاكم الجزئية الموجودة فى دائرة اختصاصها ، وذلك فى الحالات التى يجيز فيها القانون استئناف الأحكام المذكورة •

وتختص المحاكم الابتدائية كذلك باعتبارها محاكم أول درجة بالنظر فى المنازعات غير الجنائية ، أى فى المنازعات المدنية والتجارية • وهى المنازعات التى لا يجوز رفعها بطبيعتها أمام المحاكم الجزئية • والأحكام التى تصدر من المحاكم الابتدائية فى هذه المنازعات يجوز الطعن فيها بالاستئناف أمام محاكم الاستئناف السابق ذكرها اذا كان موضوع النزاع لا يتخطى النصاب الانتهائى للمحاكم الابتدائية وفقا لما يقرره القانون •

المحاكم الجزئية : تصدر الأحكام فى المحاكم الجزئية من قاض واحد ، ولوزير العدل أن ينشىء ، بقرار منه بعد موافقة الجمعية العامة للمحكمة الابتدائية ، محاكم جزئية ويخصها بنظر نوع معين من القضايا ، ويبين فى القرار مقر كل محكمة ودائرة اختصاصها(٥٨) • والمحاكم الجزئية موجودة فى

---

(٥٦) راجع المواد من ٢١٩ - ٢٤٠ من قانون المرافعات •

(٥٧) راجع المادة ٩ من قانون السلطة القضائية •

(٥٨) راجع المادتين ١٣ ، ١٤ من قانون السلطة القضائية •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بوجه التقريب فى كل المراكز وكـــذلك توجد فى كـــل عواصم المحـافظات بالجمهورية ٠

وتختص المحاكم الجزئية بنظر المخالفات والجنح فى المسائل الجنائية ٠

أما فى المسائل المدنية والتجـارية فهى تختص بنظر الدعـــاوى التى لا تجاوز قيمتها مائتين وخمسين جنيها ٠ ويكون حكمهـــا انتهائيا اذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسين جنيها(٥٩) ٠

١٥٩ ـ انشاء المحكمة العليا بمقتضى القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، وتحولها الى محكمة دستورية عليا بمقتضى الدستور :

أنشأ المشرع (فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩)(٦٠) ، بمقتضى القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، محكمة أطلق عليها اسم المحكمـــة العليا ٠ وتنص المادة الأولى من هذا القانون على اعتبارها الهيئة القضـــائية العليا فى البلاد ، ويكون مقر المحكمة العليا مدينة القاهرة ، وتصدر أحكامها من سبعة مستشارين(٦١) ٠

وأعطى المشرع للمحكمة العليا أربعة اختصاصات هى :

١ ـ **الفصل فى دستورية القوانين :** وقد درسنا هـذا الاختصاص من قبل بصدد دراستنا لمبـــدأ رقـــابة صـــحة التشريع العـــادى والتشريع الفرعى(٦٢) ٠

٢ ـ **تفسير النصوص القانونية :** تنص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا على أن « تختص المحكمة العليا بما يأتى : ٠٠٠ (٢) تفسير النصـوص القانونية التى تستدعى ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القضائى وذلك بناء على طلب وزير العدل ، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما » ٠ ويلاحظ على هذا الحكم ما يأتى :

---

(٥٩) راجع المادة ٤٢ من قانون المرافعات ٠
(٦٠) الجريدة الرسمية فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩ ، العدد ٣٥ مكرر ٠
(٦١) راجع المادتين ٢ ، ٣ من قانون المحكمة العليا ٠
(٦٢) راجع ما سبق ، فقرة ١٠٥ ـ فقرة ١٠٨ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أ - اختصاص المحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية ، لا ينزع من المحاكم العادية اختصاصها بتفسير القانون • بل ولا يجوز للمحاكم العادية أن تعفى نفسها من واجب تفسير القانون بأن تطلب من المحكمة العليا القيام بذلك ، اذ أن طلب التفسير كما سنرى لا يجوز تقديمه الا من وزير العدل • أما المحاكم فهى من الواجب عليها أن تتصدى لتفسير القانون وتطبيقه ، وهى تخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض •

ب - اختصاص المحكمة العليا بتفسير القانون يهدف الى نفس الهدف الذى وجدت من أجله محكمة النقض ، وهو ضمان وحدة التطبيق القضائى للقانون • ولكن الفارق بين المحكمتين أن محكمة النقض لا تقوم بتفسير القانون الا بمناسبة الطعن فى أحد الأحكام بواسطة الخصوم ، أما المحكمة العليا فهى تقوم بتفسير القانون بصفة مستقلة عن أية خصومة قضائية وبناء على طلب من وزير العدل •

جـ - نظرا لأن التفسير الذى تعطيه محكمة النقض يتعلق بخصومة معينة بالذات ، فانه لا يكون ملزما للمحاكم الأخرى من ناحية المبدأ الا بالنسبة لهذه الخصومة وحدها ، دون غيرها من الخصومات المشابهة لها • أما التفسير الذى تعطيه المحكمة العليا فهو لا يتعلق بخصومة بالذات ، ولذلك فهو يكون ملزما لجميع المحاكم بالنسبة لجميع المنازعات التى يثار فيها تطبيق النصوص موضوع التفسير •

ومع ذلك فالفارق هنا نظرى محض ، لأن أحكام محكمة النقض تلزم من الناحية العملية بما لها من هيبة واحترام ، سائر المحاكم الأخرى ، التى تخشى ان هى خالفت تفسير محكمة النقض للقانون ، أن تنقض هذه المحكمة أحكامها • وقدرة محكمة النقض على نقض الأحكام التى تخرج على تفسيرها للقانون تعطيها قوة عملية وقانونية لا تملكها المحكمة العليا ذاتها • لأن هذه المحكمة الأخيرة لا تملك شيئا ازاء المحاكم التى تخرج على تفسيرها لنصوص القانون ، ما لم تعاونها محكمة النقض فى اجبار سائر المحاكم على الالتزام بتفسير المحكمة العليا • ومن الواجب على محكمة النقض أن تقدم هذه المعاونة بحكم واجبها فى الرقابة على تفسير القانون وتأويله •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

د - لا تقوم المحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية من تلقاء نفسها ، ولكنها تقوم بذلك بناء على طلب يقدمه لها وزير العدل . والقرار الذى تصدره المحكمة العليا لا يعتبر حكما قضائيا ، لأنه لا يفصل فى خصومة ، وذلك بحسب المعيار الذى أخذنا به للعمل القضائى(٦٣) ، ولكنه يعتبر نوعا من التفسير التشريعى ، الذى يعطى القانون لبعض الهيئات السلطة فى اصداره(٦٤) . ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة ١٢ مكررا من قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ من اختصاص مجلس ادارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى باصدار تفسيرات تشريعية لنصوص القانون المذكور تكون لها قوة القانون ذاته . ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة ٢١ من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ باختصاص لجنة معينة بتفسير نصوص هذا القانون تفسيرا ملزما(٦٥) .

ولعل من الواجب - بعد انشاء المحكمة العليا ، واعطائها الاختصاص بتفسير القانون ، أن تلغى اللجان الأخرى التى يعطيها المشرع سلطة تفسير بعض القوانين الخاصة . فمن غير المقبول أن تعطى أكثر من جهة واحدة سلطة اصدار تفسيرات ملزمة لنصوص القانون .

٣ - **رقابة الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم** : بحسب نص المادة ٦٠ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ بشأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام ، تختص هيئات تحكيم - منصوص على تشكيلها فى هذا القانون - دون غيرها بالنظر فى المنازعات التى تقع بين شركات القطاع العام ، أو التى تقع بين شركة قطاع عام وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة . وبحسب نص المادة ٦٩ من القانون المذكور تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافذة وغير قابلة للطعن فيها بأى وجه من وجوه الطعن .

ولتلافى النتائج الخطيرة التى تترتب على عدم جواز الطعن فى هذه الأحكام

---

(٦٣) راجع ما سبق ، فقرة ١٥٧ .

(٦٤) فى هذا المعنى : حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٠٩ .

(٦٥) راجع فى هذا الموضوع : كتابنا فى القانون الزراعى ، ص ٣٠٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

نصت المادة ٣/٤ من قانون المحكمة العليا على اختصاص هذه المحكمة بالفصل في طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المشار اليها ، وتتضمن المادة ٣/٤ المشار اليها الأحكام الآتية :

أ - طلب وقف التنفيذ يقدم الى رئيس المحكمة العليا من النائب العام بناء على طلب الوزير المختص ، والمقصود بالوزير المختص هو الوزير الذي تتبعه الجهة التي صدر ضدها الحكم المطلوب وقف تنفيذه .

ب - طلب وقف التنفيذ يجب أن يبنى على سبب واحد هو أن يكون من شأن تنفيذ الحكم الاضرار بأهداف الخطة الاقتصادية للدولة أو الاخلال بسير المرافق العامة . وغنى عن الذكر أن صياغة سبب وقف التنفيذ جاءت في عبارة مرنة تعطي للمحكمة العليا سلطة تقديرية واسعة ، اذ لا توجد حالات محددة يصدق عليها الاضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الاخلال بسير المرافق العامة . ومع ذلك فلا يجوز طلب وقف التنفيذ لأسباب أخرى ، كأن يكون الحكم قد أخطأ في تطبيق القانون أو تأويله . فكأن المحكمة العليا تراقب مدى ملاءمة تنفيذ الحكم من حيث الواقع ، ولكنها لا تراقب مدى صحته من ناحية القانون !

جـ - يترتب على مجرد تقديم الطلب ، وقف تنفيذ الحكم وقفا مؤقتا ، الى أن تفصل المحكمة العليا في الطلب . فاذا رفضته استرد الحكم ما كان له من قوة تنفيذية .

د - يجوز للمحكمة العليا أن تعدل طريقة تنفيذ الحكم ، كأن تؤجل تنفيذه الى تاريخ لاحق ، أو تنقص أو تزيد الالتزامات التي يفرضها الحكم على أحد الطرفين أو تقسط هذه الالتزامات ... الخ . وفي هذه الحالة يجب تنفيذ الحكم بالطريقة التي حددتها المحكمة العليا .

هـ - وأخيرا اذا حكمت المحكمة العليا بوقف تنفيذ الحكم ، وجب عليها أن تتصدى للفصل في موضوع النزاع ، وتصدر فيه حكما يحل محل الحكم الأول . والواقع أن وقف التنفيذ يعني في هذه الحالة الغاء الحكم المطلوب وقف تنفيذه واصدار حكم جديد محله .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وتكاد المحكمة العليـــا أن تكون محكمة استئنافية بالنسبة للاحكـــام الصادرة من هيئات التحكيم • مع مراعاة أن الطعن أمامها لا يرفعـه أطراف النزاع ، بل يرفعه النائب العام بناء على طلب الوزير المختص ، ومع مراعاة انه لا يوجد ميعاد يتقيد به النائب العام فى رفع هذا الطعن ، ومـــع مراعاة أن الطعن يسمى طلبا بوقف التنفيذ ، وهو فى حقيقته يتخطى وقف التنفيذ الى الغاء الحكم موضوع الطعن ، وأخيرا مع مراعاة ان المحكمة العليا لا تراعى فى حكمها حسن تطبيق القانون وتأويله ، بل تراعى مدى ملاءمة الحكم لأهـداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة ، ولحسن سير المرافق العامة •

٤ ـ **الفصل فى مسائل تنازع الاختصاص :** من المتصور أن يقع تنازع فى الاختصاص بين جهتى القضاء العادى والقضاء الادارى ، أو بـــين أى من هاتين الجهتين وبين أية هيئة أخرى ذات اختصاص قضائى(٦٦) • وتنـــازع الاختصاص اما أن يكون ايجابيا ، بأن تدعى كـــل من الجهتـين المتنازعتين اختصاصها بنظر النزاع ، واما أن يكون سلبيا بأن تحكم كل من الجهتين بعدم اختصاصها بنظر النزاع • وفى الحالتين ينبغى وجود محكمة تختص بالفصل فى هذا التنازع وتحديد أى الجهتين هى المختصة دون غيرها بنظر النزاع •

وقد كان قانون السلطة القضائية السابق رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ينص على انشاء محكمة لتنازع الاختصاص تشكل من رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه عند الضرورة رئيسا ومن ستة مستشارين ، ثلاثة منهم من مستشارى محكمة النقض والثلاثة الآخرون من مستشارى المحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة ، على أن تختار الجمعية العمومية لكل من المحكمتين ممثليها(٦٧) •

وعندما أنشئت المحكمة العليا سنة ١٩٦٩ نصت المادة ٤/٤ من قانونها على أن يكون من اختصاصها « الفصل فى مسائل تنازع الاختصاص طبقـــا لأحكام المواد ١٧ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ من قانون السلطـــة القضائيـــة » فكان المحكمة العليا حلت محل محكمة تنازع الاختصاص مع الاحالة الى معظم القواعد

---

(٦٦) راجع المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية السابق رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ •

(٦٧) راجع المادة ١٨ من قانون السلطة القضائية السابق رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المنصوص عليها فى قانون السلطة القضـــائية والتى كانت محكمة تنـازع الاختصاص تسير عليها فى مباشرة وظيفتها(٦٨) .

ولكن رغم الغاء قانون السلطة القضائية لسنة ١٩٦٥ ، وحلول قانون السلطة القضائية لسنة ١٩٧٢ محله ، فان الاحالة الى قانون السلطة القضائية السابق تظل قائمة ، لأن النصوص المحال اليها تعتبر جزءا من قانون المحكمة العليا ، وفقا لما سبق أن ذكرناه عند دراستنا لمشكلة القوانين المحيلة(٦٩) . خاصة وأن قانون السلطة القضائية الجديد أغفل النص على القواعد التى كانت تنظم محكمة تنازع الاختصاص التى كان منصوصا عليها فى قانون السلطة القضائية السابق .

ويلاحظ انه بحسب المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية لسنة ١٩٧٢ فان محاكم هذه السلطة هى صاحبة الاختصاص الأصلى فى نظر كافة المنازعات والجرائم ، الا ما استثنى بنص خاص . ومن هذا القبيل المنازعـــات الادارية التى يختص بها مجلس الدولة .

١٥٩ مكرر ـ اختصاصات المحكمة الدستورية العليا :

انشئت المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ لتحل محل المحكمة العليا ، واختص القانون للمحكمة الدستورية العليا باختصاصات المحكمة العليا فيما عدا رقابة الاحكام الصادره من هيئات التحكيم التى أصبحت من اختصاص محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا ، كل فى مجال اختصاصه .

وفيما يتعلق بالاختصاصات الباقية للمحكمة الدستورية العليـا نلاحظ ما يلى :

١ ـ بالنسبة للفصل فى دستورية القوانين فقد امتد هذاالاختصاص الى دستورية القرارات بقوانين واللوائح .

---

(٦٨) حسن كيره ، المدخل ، ص ٣١١ ـ ص ٣١٢ .

(٦٩) راجع ما سبق ، فقرة ١٢٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومن ناحية أخرى فان القضاء العادى والقضاء الادارى أصبح كل منهما يلعب دورا ايجابيا فى بحث الدستورية قبل احالة المسألة الى المحكمة الدستورية العليا على النحو السابق دراسته (فقرة ١٠٨ مكرر من هذا الكتاب) ٠

٢ - بالنسبة لتفسير النصوص القانونية أصبح الاختصاص قاصرا على النصوص التى أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الاهمية ما تقتضى توحيد تفسيرها (م ٢٦) ٠ وكذلك فان طلب التفسير يقدم من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الاعلى للهيئات القضائية ٠ (م ٣٣ / ١) ٠ ويلاحظ أن مجلس القضاء الاعلى قد حل محل المجلس الاعلى للهيئات القضائية طبقا للمادة ٣ من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بشأن تعديل بعض أحكام قانون السلطة القضـــائية ٠

٣ - بالنسبة للفصل فى مسائل تنازع الاختصاص لم يطرأ أى تعديل على ما كان مقررا فى نصوص قانون المحكمة العليا السابقة ٠

١٦٠ - وضع القضاء العسكرى :

توجد فى كل بلاد العالم محاكم أو مجالس عسـكرية تختص بمحاكمة أفراد القوات المسلحة عن الأفعال التى يرتكبونها وتعتبر مساسا بمقتضيات النظام العسكرى ، أو بقدرة القوات المسلحة على أداء مهمتها فى وقت السـلم أو فى وقت الحرب(٧٢) ٠ وهذه المحاكم تعتبر جهات قضائية استثنائية ، وهى تدعو الحاجة الى وجودها ، بصفة خاصة ، للمعاقبة على الأفعال التى يرتكبهـا العسكريون والتى لا تعتبر جرائم وفقا لقانون العقوبات ٠ مثال ذلك عـدم الطاعة من المرؤوس فى مواجهة رئيسه ، فهى تعتبر مخالفة ادارية بالنسبة

---

(٧٠) حسن كيره ، المدخل ، ص ٣١٢ ٠

(٧١) راجع ما سبق ، فقرة ١٠٨ ، وراجـع : نقض مدنى ١٩٧٢/١٢/٢١ ، طعن ٢١ ، س ٣٩ ق رجال القضاء ، حكم غير منشور ٠

(٧٢) وبطبيعة الحال فان الجرائم العسكرية يزداد نطاقها فى زمن الحرب عنه فى زمن السلم ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للموظفين المدنيين ، ولكنها تستحق أن تعتبر جريمة معاقب عليها اذا صدرت من أحد أفراد القوات المسلحة ٠

وكان يوجد فى مصر قانون قديم للأحكام العسكرية ، صدر فى سنة ١٨٩٣ ، وقد ألغى هذا القانون وحل محله القانون المطبق حاليا وهو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ ٠ ويلاحظ على هذا القانون الأخير انه خرج على الحدود الطبيعية لاختصاص القضاء العسكرى ، كما انه لم يحقق لهذا القضاء الضمانات الواجب توافرها فى أية جهة قضائية ٠

وبالرجوع الى بحثين أعدهما زميلنا الدكتور هشام على صادق فى هذا الموضوع(٧٣) يتبين أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ قد تخطى الحدود الطبيعية لاختصاص القضاء العسكرى فى المسائل الآتية :

١ — نصت المادة ٢/٧ من القانون المذكور على اختصاص القضاء العسكرى بالنظر فى كافة الجرائم التى يرتكبها الأشخاص الخاضعون لأحكامه والذين عددتهم المادة ٤ من القانون وهم بصفة عامة جميع أفراد القوات المسلحة ٠ ولم يفرق هذا النص بين الجرائم ذات الطبيعة العسكرية وبين الجرائم العادية ٠ فجريمة القتل أو الضرب أو السرقة التى تقع من أحد الجنود فى قريته أثناء تمضية أجازة بها ، تخضع لاختصاص القضاء العسكرى ٠ وفى هذا سلب لاختصاص القضاء العادى فى نظر جميع الجرائم التى تقع داخل اقليم الدولة ، وبغض النظر عن شخصية مرتكبها أجنبيا كان أم وطنيا ،مدنيا كان أم عسكريا ٠ وكذلك فان الجريمة العادية التى يرتكبها أحد أفراد القوات المسلحة خارج البلاد أثناء تمضية أجازة بالخارج ، تخضع لاختصاص القضاء العسكرى الاستثنائى ٠ وفى هذا سلب دون مبرر لاختصاص القضاء العادى بالنظر فى جميع الجرائم التى يرتكبها الوطنيون بغض النظر عن العمل الذى يقومون به أو الجهة التى ينتمون اليها ٠ فمبدأ المساواة أمام القانون يتعارض مع انشاء قضاء طائفى أو مهنى لأفراد كل مهنة أو فئة من فئات الشعب ٠

---

(٧٣) البحث الأول مقدم الى السيد رئيس الجمهورية سنة ١٩٦٨ ، والبحث الثانى مقدم الى لجنة اعداد دستور الوحدة بين مصر وليبيا سنة ١٩٧٣ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢ - نصت المادة ٥/أ من القانون بعد تعديلها بالقرار رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٨ على اختصاص القضاء العسكرى بالنظر فى الجرائم التى تقع فى المعسكرات أو الثكنات أو المؤسسات أو المصانع أو السفن أو الطائرات أو المركبات أو الأماكن أو الأشياء أو المحلات التى يشغلها العسكريون لصالح القوات المسلحة أينما وجدت . وطبقا لهذا النص فان أية جريمة عادية يرتكبها أى شخص ولو كان من المدنيين تخضع لاختصاص القضاء العسكرى ، لمجرد وقوعها فى أى مكان يتصل بالقوات المسلحة . وفى هذا توسع فى اختصاص القضاء العسكرى بالنسبة للمدنيين ، ليس له أى مبرر سوى ما ذكرته المذكرة الايضاحية للقانون من أن تدخل السلطات المدنية للتحقيق ومعاينة مكان الحادث فيه افشاء للأسرار العسكرية . وهذا المبرر لا يبدو معقولا لأنه كما يقول الدكتور هشام صادق « من غير المقبول عقلا أن نفترض فى أعضاء النيابة العامة عدم الأمانة فى المحافظة على أسرار دولتهم فى الوقت الذى نفترض مسبقا توافر هذه الأمانة فى كل من يطلب للخدمة العسكرية ويخدم فى هذه الأماكن كجندى » .

٣ - نصت المادة ٥/ب من القانون المعدلة بمقتضى القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٨ ، على اختصاص القضاء العسكرى بالنظر فى الجرائم التى تقع على معدات أو مهمات أو أسلحة أو ذخائر أو وثائق أو أسرار القوات المسلحة وكافة متعلقاتها . وهذا النص يسلب دون مبرر اختصاص القضاء العادى بنظر جرائم أمن الدولة طبقا لما هو منصوص عليه فى الباب الأول والثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات .

٤ - تنص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية بعد تعديلها بمقتضى القانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ على أن « تسرى أحكام هذا القانون على الجرائم المنصوص عليها فى البابين الأول والثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات وما يرتبط بها من جرائم والتى تحال الى القضاء العسكرى بقرار من رئيس الجمهورية - ولرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارىء أن يحيل الى القضاء العسكرى أى من الجرائم التى يعاقب عليها قانون العقوبات وأى قانون آخر » . وطبقا لهذا النص فان القضاء العسكرى يمكن أن يصبح مختصا بنظر جميع الجرائم التى يختص بنظرها القضاء العادى .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٥ - نصت المادة ٧/١ من قانون الأحكام العسكرية على اختصاص القضاء العسكرى بالنظر فى الجرائم التى ترتكب ضد الأشخاص الخاضعين لأحكامه بسبب تأدية أعمال وظائفهم . ومقتضى هذا النص أن أية جريمة يرتكبها أحد المدنيين ضد أحد أفراد القوات المسلحة بسبب تأدية أعمال وظيفته يختص بنظرها القضاء العسكرى . وفى هذا سلب لاختصاص القضاء العادى دون مبرر . ولو وجد مبرر لهذا الاختصاص ، لوجب أيضا انشاء قضاء بوليسى يختص بالنظر فى الجرائم التى ترتكب ضد أحد رجال الشرطة بسبب تأدية عمله . وهو ما لم يقل به أحد(٧٤) .

٦ - نصت المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية على أن « السلطات القضائية العسكرية هى وحدها التى تقرر ما اذا كان الجرم داخلا فى اختصاصها أم لا » . ويلاحظ أن قانون الأحكام العسكرية صدر سنة ١٩٦٦ بعد صدور قانون السلطة القضائية السابق لسنة ١٩٦٥ . وهو القانون الذى كان قد أنشأ محكمة لتنازع الاختصاص على النحو السابق ذكره . ومعنى ذلك أنه رغم وجود محكمة تنازع الاختصاص ، فان السلطات العسكرية أصبحت هى التى تختص وحدها بالنظر فى مسائل تنازع الاختصاص بينها وبين غيرها من الجهات القضائية . ومن غير المقبول أن يكون الفصل فى تنازع الاختصاص من اختصاص احدى الجهتين المتنازعتين ذاتها . ومن غير المقبول أكثر أن تكون الجهة التى أعطاها المشرع هذا الحق هى الجهة الاستثنائية وهى جهة القضاء العسكرى . فهو بهذا لا يحولها فقط الى الجهة صاحبة الاختصاص الأصلى ، بل هو ينزل بمستوى القضاء العادى الى درجة لا يستمد فيها اختصاصه من القانون ، بل يستمده من قرارات السلطات العسكرية(٧٥) .

ويتبين من هذا الاستعراض أن المشرع توسع فى اختصاص القضاء العسكرى توسعا كبيرا من ناحية الأشخاص فجعله شاملا لكل الجرائم التى

---

(٧٤) راجع بحثى الدكتور هشام صادق السابق الاشارة اليهما .

(٧٥) قد يثور جدل حول ما اذا كان اختصاص السلطات العسكرية فى مسائل تنازع الاختصاص لا زال قائما بعد انشاء المحكمة العليا واعطائها الاختصاص بنظر هذه المسائل ، باعتبار أن قانون المحكمة العليا صدر بعد صدور قانون الأحكام العسكرية . وأيا ما كانت الوجهة التى ينتهى اليها هذا الجدل ، فانه من الواجب الغاء النص الوارد فى قانون الأحكام العسكرية الغاء صريحا .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يرتكبها أحد أفراد القوات المسلحة في أي مكان ، وكذلك كل الجرائم التي ترتكب ضد أحد أفراد القوات المسلحة بسبب تأدية أعمال وظيفته ، ومن ناحية المكان فجعله شاملا لكل الجرائم التي ترتكب في أي مكان يتصل بالقوات المسلحة ، ومن ناحية الأشياء فجعله شاملا لكل الجرائم التي ترتكب ضد متعلقات القوات المسلحة . بل وجعله مختصا بنظر أية جريمة على الاطلاق بمقتضى احالة من رئيس الجمهورية . وأكثر من هذا فقد جعل المشرع هذا القضاء هو المختص بالنظر في مسائل تنازع الاختصاص بينه وبين أية جهة قضائية أخرى .

وبالاضافة الى هذا التوسع الكبير في اختصاص القضاء العسكري ، فان المشرع لم يحقق لهذا القضاء الضمانات الواجب توافرها في أية جهة قضائية، وأهمها استقلال هذه الجهة وعدم قابلية أعضائها للعزل . بل على العكس فقد حرص المشرع على النص في المادة ٥٧ من القانون على خضوع رجال القضاء العسكري لكافة الأنظمة المنصوص عليها في قوانين الخدمة العسكرية . « أي أنهم - من وجهة نظر الاستقلال الوظيفي كما يقول الدكتور هشام صادق - في مركز أدنى لا من أعضاء القضاء الوطني فقط بل من مجرد الموظفين الاداريين في المصالح المدنية » .

ونظرا لانتفاء الضمانات في هذا القضاء ، فلا يمكن بالتالي اعتباره جهة قضائية بالمعنى الصحيح لهذا الاصطلاح ، ولا يمكن اعتبار القرارات الصادرة منه من قبيل الأحكام القضائية ، وانما هي قرارات عسكرية صادرة عن هيئة عسكرية ، أو عن سلطة عسكرية كما يعبر عن ذلك القانون ذاته في بعض نصوصه(٧٦) .

ومن المأمول تعديل هذا القانون بما يؤدي الى رد اختصاص القضاء العسكري الى حدوده الطبيعية باعتباره قضاء استثنائيا لا تدعو الحاجة اليه الا بالنسبة للأفعال التي لا تعتبر جرائم طبقا لقانون العقوبات ، أو الجرائم

---

(٧٦) راجع المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ذات الطبيعة العسكرية المحضة ، مع تحقيق الضمانات الكافية فى هذا القضاء حتى يصبح جهة قضائية حقيقية ٠

١٦١ - نظرة عامة :

يتبين من دراستنا السابقة أن السلطة القضائية فى مصر استردت صفتها الوطنية فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو تاريخ انتهاء كل أثر للامتيازات الأجنبية بالبلاد ٠ وكذلك فانه تم فى سنة ١٩٥٥ توحيد جهات القضاء بالنسبة للمصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين ، وذلك فى المسائل التى كان الاختصاص فيها موزعا بين المحاكم الشرعية والمجالس الملية ٠

والقضاء الوطنى فى مصر يمثل سلطة من سلطات الدولة هى السلطة القضائية وهى التى ينظمها حاليا القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ٠ ومحاكم القضاء الوطنى هى محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية ٠ وهذه المحاكم على اختلاف درجاتها هى صاحبة الاختصاص الأصلى فى نظر جميع الجرائم والمنازعات فيما عدا المنازعات الادارية وما استثنى بقانون خاص ٠

والحكم الذى يصدر من احدى هذه المحاكم هو عمل قضائى فى كل أجزائه ٠ والعمل القضائى هو التصرف الصادر من جهة قضائية وفقا لاجراءات معينة وبمراعاة ضمانات خاصة ، وهذا هو المعيار الشكلى ٠ وهو يؤدى أيضا الى حسم نزاع أو خصومة بين طرفين ، وهذا هو المعيار الموضوعى ٠

وبجانب محاكم السلطة القضائية ، توجد محاكم مجلس الدولة ، وهى محاكم القضاء الادارى ٠ وتختص هذه المحاكم بنظر المنازعات الادارية ٠

ومن الناحية التاريخية يعتبر مجلس الدولة جهة من جهات السلطة الادارية ٠ فهو يمثل الادارة القاضية بالمقابلة للادارة العاملة التى تقوم بتسيير المرافق العامة ٠ ومع ذلك فقد أشار دستور سنة ١٩٧١ الى مجلس الدولة فى الفصل الخاص بالسلطة القضائية ٠ وكذلك فان أعضاء مجلس الدولة غير قابلين للعزل ويتمتعون بنفس ضمانات أعضاء السلطة القضائية ٠ يضاف الى ذلك أن مجلس الدولة حقق كثيرا من النجاح فى اخضاع الادارة لمبدأ

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

سيادة القانون - كل هذه حجج قد تسمح للبعض باعتبار القضاء الادارى فى مصر جزءا من السلطة القضائية ، أو باعتباره على الأقل نوعا من القضاء بالمعنى الصحيح لهذا الاصطلاح • ونحن وان كنا قد أخذنا بالرأى السائد فى اعتبار القضاء الادارى جزءا من السلطة الادارية • الا أننا لا نملك الا التسليم بقوة الحجج التى يمكن أن تؤدى الى اعتباره جزءا من السلطة القضائية • وهو على حال يمكن أن يتطور الى درجة الاندماج الحقيقى فى هذه السلطة •

وبجانب القضاء العادى والقضـــاء الادارى ، يوجد ما يسمى بالقضاء العسكرى ، الذى أعطاه القانون اختصاصات تتخطى بكثير الحدود الطبيعيـة لمثل هذا القضاء • كما انه لا توجد فى هذا القضاء من ناحية أخرى الضمانات التى تجعل منه نوعا من القضاء بالمعنى الصحيح لهذا الاصطلاح •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الثانى

نطاق تطبيق القانون من حيث الموضوع
او
فروع القانون

١٦٢ ـ القانون العام والقانون الخاص :

Droit public et droit privé

لا تنطبق قواعد القانون فى مجموعها على علاقات ذات طبيعة واحدة ، بل تختلف هذه العلاقات فى طبيعتها اختلافا يقابله تعدد فى أقسام القانون وفروعه • ويوجد تقسيم رئيسى لقواعد القانون Summa diviso هو تقسيمها بين قواعد القانون العام من ناحية ، وقواعد القانون الخاص من ناحية أخرى • ويقوم هذا التقسيم على أساس اختلاف طبيعة العلاقات التى تحكمها قواعد كل قسم من هذين القسمين • ونظرا لأن العلاقات التى تحكمها قواعد القانون هى موضوع هذه القواعد ، فان التقسيم المشار اليه يعادل فى الواقع تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الموضوع(٧٧) •

وتقسيم قواعد القانون الى قسمين رئيسيين هما القانون العام والقانون الخاص ، يتفرع منه تقسيم آخر أكثر تفصيلا داخل كل قسم من هذين التقسيمين الرئيسيين • فالقانون العام يتكون من عدة فروع أبرزها القانون الدستورى والقانون الادارى • والقانون الخاص يتكون من عدة فروع أبرزها القانون المدنى •

وبجانب فروع القانون التى تدخل دون جدال فى نطاق القانون العام ،

---

(٧٧) فى هذا المعنى :
Ch. EISENMANN, Droit public, Droit privé, Rev. du droit public, 1952, p. [illegible]

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وفروع القانون التى تدخل دون جدال فى نطاق القانون الخاص ، توجد فروع أخرى للقانون تنتمى الى هذين القسمين فى نفس الوقت ، وهى التى يطلق عليها اسم فروع القانون المختلطة .

وقبل أن نتعمق فى دراسة تاريخ ومعيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، يجدر أن نشير الى الفكرة الأولية التى يقوم عليها هذا التقسيم . ولعل أقدم صياغة لهذه الفكرة توجد عند منتسكيو . فهو يطلق على القانون العام اسم القانون السياسى ، ويطلق على القانون الخاص اسم القانون المدنى . والقانون السياسى هو ذلك الذى يحكم العلاقات بين الحكام وبين المحكومين ، أما القانون المدنى فهو ذلك الذى يحكم العلاقات فيما بين المواطنين(٧٨) .

ورغم تعدد المعايير التى اقترحت للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، كما سنرى ، فان المعيار الذى اقترحه منتسكيو . وهو المعيار المستمد من الاختلاف فى طبيعة ونوع العلاقات التى تحكمها قواعد القانون المختلفة ، وهو أكثر المعايير قدرة على التعبير عن هذا التقسيم الجوهرى للقانون .

وتنقسم دراستنا فى هذا الفصل الى أربعة مباحث ، الأول فى التفرقة بين القانون الخاص والقانون العام ، والثانى فى فروع القانون العام ، والثالث فى فروع القانون الخاص ، والرابع فى فروع القانون المختلطة .

---

(٧٨) Montesquieu, Esprit des lois, Liv. 1, Ch. 3, édition Garnier, op. cit., p. 9.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الأول

التفرقة بين القانون العام والقانون الخـــاص

١٦٣ ـ تاريخ التفرقة :

يرجع تاريخ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص الى القـانون الرومانى • ويوجد نص شهير منسوب الى الفقيه أولبيان ، يقرر فيه أن القانون العام هو ذلك الذى تسود فيه المصلحة العامة ، والقانون الخاص هو ذلك الذى تسود فيه المصلحة الخاصة للأفراد (٧٩) • وقد بنيت على أساس هذا النص نظرية حديثة تفرق بين القانون العام والقانون الخاص على أساس التفرقة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة على النحو الذى سنذكره فيما بعد • ويوجد نص آخر للفقيه بابنيان يؤكد فيه أن القانون العام لا يمكن المساس به عن طريق الاتفاقات الخاصة للأفراد(٨٠) •

ولكن بعد أن انهارت الدولة الرومانية فى القرن الخامس الميلادى ، وحلت محلها دول أخرى صغيرة ، انهارت أيضا التفرقة بين القانون العـام والقانون الخاص •

فالدول الصغيرة لم تعد تعرف فكرة القانون العام التى كانت تعمل فى الدولة الرومانية على تأكيد عظمة وازدهار روما • وأصبحت الدول الصغيرة المشار اليها لا تعرف الا المصالح الخاصة لأمرائها وملوكها • وهكذا حل القانون الملكى محل القانون العام • ولم يكن القانون الملكى استمرارا للقانون العام ، أو معبرا عن نفس الفكرة التى يعبر عنها القانون العام • بل يمكن القول ان القانون الملكى كان هو فى ذاته نوعا من القانون الخاص ، حيث كانت الملكية أو الاقطاعية أو الامـارة ، تنقسم بالميراث بين ورثة الملـك أو الامير أو سيد الاقطاع • وهكذا اختلطت أفكار القانون العام والقانون الخاص ولم يعد من الممكن التمييز بينهما فى مرحلة طويلة استمرت من القرن الخامس الى القرن الحادى عشر(٨١) •

---

(٧٩) Ulpein, Digeste, 1, 1, de justicia et jure, 1-2.

(٨٠) Papinien, Digeste, 2, 14, de pactis, 33.

(٨١) G. Chevrier, Remarques sur l'introduction et les vicissitues de la distinction du «jus privatum» et de «jus publicum» dans les œuvres des anciens juristes français, Arch. de Phil. du Droit, 1952, pp. 11-38.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وحتى بعد أن بدأ عصر النهضة القانونية فى القرنين الثانى عشر والثالث عشر ، باكتشاف نصوص القانون الرومانى ، فان التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، ظلت محصورة الى أواخر القرن الثامن عشر فى دائرة فقهاء القانون الرومانى والقانون الكنسى ، لا تتخطاهم الى فقهاء القانون الفرنسى القديم ، الذين كانوا يهتمون فقط بالتفرقة بين القانون الطبيعى من ناحية ، والقانون الوضعى من ناحية أخرى ، دون اعترافهم بوجود أى تقسيم داخل القانون الوضعى ذاته بين ما هو عام وما هو خاص .

وقد كان مسلك فقهاء القانون الفرنسى القديم ، متفقا مع حقيقة النظام القانونى فى فرنسا طوال القرون الطويلة التى سبقت الثورة الفرنسية . فمن ناحية ، ظهرت السلطة الملكية المطلقة التى تأبى الاعتراف بأية حقوق للافراد فى مواجهة الدولة . وبالتالى لم تكن هناك فرصة لوجود قانون عام(٨٢) ، وهو القانون الذى ينظم العلاقات بين السلطة العامة وبين الأفراد على أساس مبدأ الشرعية وسيادة القانون . ومن ناحية أخرى فان النظام الاقطاعى بما ينطوى عليه من خلط بين القانون العام والقانون الخاص على النحو السابق ذكره ، استمر موجودا بصور متفرقة الى أواخر القرن الخامس عشر(٨٣) .

وجدير بالذكر أن القوانين النورماندية فى فرنسا ، والتى كانت تجهل التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، انتقلت على يد غليوم المنتصر الى انجلترا ، حيث لا زال القانون الانجليزى يجهل حتى الآن التفرقة المذكورة . وبالرجوع الى المؤلفات الكبرى للفقهاء الانجليز مثل أوستن وبلاكستون وغيرهم نجدهم يضعون تقسيمات أخرى للقانون ، أهمها تلك التى تقوم على أساس التفرقة بين الاشخاص والاموال . ومن ناحية أخرى فان القانون الانجليزى لا زال يجهل حتى اليوم التفرقة بين محاكم القضاء الادارى ، وبين

---

(٨٢) Olivier — Martin, L'absolutisme français, Cours de doctrorat, Paris, 1950-1951, cité par G. Chevrier. op. cit., p. 10.

(٨٣) Chevrier, op cit., p. 9.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

محاكم السلطة القضائية(٨٤) ، وهي تفرقة لها أهمية كبرى سواء في فرنسا أو في مصر . وهي تفرقة ثابتة ومؤثرة في نفس الوقت في التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص .

أما بالنسبة لفرنسا ، فقد أدت ثورتها الكبرى الى تأكيد مبدأ سيادة القانون ، وبالتالي خضوع الدولة في نشاطها وفي علاقاتها مع الافراد لأحكام القانون ، وهي أحكام يطبقها قضاء خاص هو القضاء الاداري الذي أنشأته الثورة الفرنسية لمنع قضاة المحاكم العادية من التدخل في أعمال الادارة . وقد أسهم ذلك في نشأة القانون الاداري وهو أهم فروع القانون العام . ومن ناحية أخرى فان المذهب الفردي الذي ساد طوال القرن التاسع عشر ، أدى الى ازدهار المبادىء الأساسية للقانون المدني ، وأهمها مبدأ سلطان الارادة . وهكذا وجدت تفرقة واضحة بين القانون الاداري الذي يحكم النشاط المحدود للدولة في دائرة المرافق العامة ، والذي يقوم بتطبيقه القضاء الاداري ، وبين القانون المدني الذي ينظم العلاقات الخاصة بين الافراد ، والذي تطبقه محاكم السلطة القضائية .

ومع وضوح التفرقة بين القانون الاداري وبين القانون المدني ، كان لا بد أن تتضح أيضا التفرقة بين القانون العام الذي ينتمي اليه القانون الاداري ، وبين القانون الخاص الذي ينتمي اليه القانون المدني . ومع ذلك فان وضوح التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وهو ما يعتبر من مميزات القرن التاسع عشر ، بدأ يهتز في الوقت الحاضر ، لسبب بسيط هو أن تاريخ التفرقة المذكورة لم يكتمل بعد .

١٦٤ ـ فائدة التفرقة :

لا تستجيب التفرقة بين القانون العام ، والقانون الخاص الى اعتبارات نظرية فحسب ، بل تستجيب أيضا الى اعتبارات عملية كثيرة ، مردها الاختلاف في طبيعة ونوع العلاقات التي ينظمها كل من القانون العام أو القانون الخاص .

---

(٨٤) P. Roubier, Théorie Générale, op. cit., p. 300.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فالسلطات العامة تتمتع ، بحسب طبيعة مركزها ، بامتيازات ، لا يمكن الاعتراف بها للافراد العاديين . ومن هذه الامتيازات انها تستطيع بارادتها المنفردة اصدار قرارات تؤثر فى حقوق ومراكز المواطنين ، الذين يطلق عليهم أحيانا اصطلاح المحكومين للتعبير عن المركز الأدنى الذى يحتلونه فى مواجهة المركز الأعلى الذى تحتله السلطات العامة ، وهى التى يطلق عليها اسم السلطات الحاكمة .

وعلى سبيل المثال فان السلطة الادارية تستطيع أن تنزع ملكية الافراد الخاصة للمنفعة العامة ، وتستطيع أن تستولى على العقارات المملوكة للافراد استيلاء مؤقتا . وهى بهذا تنشىء حقوقا عينية وشخصية مصدرها القرار الادارى وحده(٨٥) .

وكذلك فان السلطة الادارية تتمتع بما يسمى بالحق فى التنفيذ المباشر ، فهى لا تحتاج الى الالتجاء الى القضاء للحصول على أحكام تقرر حقوقها فى مواجهة الافراد ، بل هى تقرر هذه الحقوق لنفسها ، وتقوم بتنفيذ قراراتها تنفيذا مباشرا . وللافراد اذا شاءوا أن يلجأوا الى القضاء لاسترداد ما تكون الادارة قد حصلت عليه منهم دون حق .

وحتى فى نطاق العقود التى تبرمها الادارة مع الأفراد ، فانها لا تقف منهم موقف المساواة ، كما هو الشأن فى العقود التى يبرمها الأفراد فيما بينهم ، بل تقف فى مركز ممتاز يسمح لها بتوقيع جزاءات على المتعاقد الآخر فى حالة اخلاله بشروط العقد ، كما يجوز لها أن تعدل بارادتها المنفردة شروط العقد مع تعويض المتعاقد الآخر .. الخ .

ويلاحظ كذلك أن ملكية الدولة والاشخاص الاعتبارية العامة للأشياء المخصصة للمنفعة العامة ، تختلف فى نظامها القانونى عن الملكية الخاصة للافراد . ويطلق على الأشياء المملوكة للدولة ملكية عامة اصطلاح الأموال العامة . وهذه الأموال لا يجوز بحسب الأصل ، التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، على خلاف الأموال الخاصة التى يجوز بالنسبة لها كل

---

(٨٥) راجع كتابنا ، القرار الادارى ، مصدر سابق ، ص ٣٩ - ص ٤٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ما سبق ذكره(٨٦) .

وبجانب ذلك يوجد اختلاف فى نظام المسئولية المدنية ، بين الاحكام المتعلقة بمسئولية الاشخاص الاعتبارية العامة ، والموظفين العموميين (الخطأ المصلحى والخطأ الشخصى) وبين الاحكام المتعلقة بمسئولية الافراد العاديين .

ويوجد أيضا اختلاف فى طبيعة الاحكام القضائية بين تلك التى تصدر ضد الدولة والاشخاص الاعتباريه العامة ، وتلك التى تصدر ضد احد الافراد العاديين .

وأخيرا فان الاختصاص القضائى يختلف باختلاف طبيعة العلاقة . فالمنازعات الادارية يختص بنظرها القضاء الادارى ، بينما يختص القضاء العادى بنظر المنازعات المدنية والتجارية بين الافراد . ولا شك أن القضاء الادارى أسهم فى خلق الكثير من قواعد القانون الادارى ، وأسهم بالتالى فى تكوين القانون الادارى واستقلاله عن القانون المدنى ، وهو ما أدى فى النهاية الى ابراز التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، حتى يمكن القول ان وجود هذه التفرقة يرجع الى حد كبير الى وجود القضاء الادارى . ومع ذلك فانه يمكن القول مع البعض ، ان القضاء الادارى لم يوجد بطريقة تحكمية ، بل وجد لأن القضاء العادى ليس من اختصاصه ان يراقب سير المرافق العامة . فطبيعة العلاقات الادارية هى التى اقتضت وجود قضاء خاص يقوم بتطبيق القانون الذى يحكم هذه العلاقات . فليس القضاء الادارى هو الذى أوجد التفرقة بين القانون الادارى والقانون المدنى ، بل أن وجود هذه التفرقة هو الذى اقتضى وجود القضاء الادارى(٨٧) .

ولعل الصحيح انه توجد علاقة تأثير متبادل بين وجود القانون الادارى وبين وجود القضاء الادارى الذى يقوم بخلق هذا القانون وتطبيقه .

---

(٨٦) ملكية الدولة قد تكون عامة اذا كانت الأشياء المملوكة لها مخصصة لمنفعة عامة ، وقد تكون خاصة اذا كانت الأشياء المملوكة لها غير مخصصة لمنفعة عامة . والمفروض ان نظام الملكية الخاصة للدولة يشبه نظام الملكية الخاصة للأفراد ، ومع ذلك فانه يحدث الآن تقارب بين الملكية الخاصة للدولة وبين ملكيتها العامة ، وبالتالى يحدث تباعد بين الملكية الخاصة للدولة وبين الملكية الخاصة للأفراد . راجع كتابنا ، القرار الادارى مصدر للحق ، فقرة ٣٦ ص ٧٦ وما بعدها .

(٨٧) Rivero, Théorie générale, op. cit., p. 291.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٦٥ ـ معيار التفرقة :

بذل الفقه محاولات عديدة لوضع معيار دقيق للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص . وقد ادى ذلك الى وجود معايير كثيرة مقترحة ، احصاها احد الفقهاء ، سنة ١٩٠٤ ، بسبعة عشر معيارا(٨٨) . وكثرة المعايير يدل على عدم الاتفاق فى الرأى ، وعلى صعوبة المشكلة التى يواجهها الفقه . وقد زاد من هذه الصعوبة ان تاريخ التفرقة لم يكتمل بعد ، نتيجة للتطورات المستمرة فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية . فبعد أن كانت الحدود الفاصلة بين القانون الادارى والقانون المدنى ، واضحة طوال القرن التاسع عشر ، حيث ساد المذهب الفردى ، وانحصر دور الدولة فى نطاق محدود لا يتخطاه ، هو نطاق المرافق العامة ، جاء القرن العشرين يحمل معه مبادىء المذهب الاشتراكى وما ترتب عليه من تأميم الكثير من الصناعات التى كانت مملوكة ملكية خاصة ، ونشأة ما يسمى بالقطاع العام الاقتصادى ، وزيادة القواعد القانونية الآمرة فى نطاق المعاملات بين الافراد .

وهكذا بدأ الفقهاء يتحدثون عن أزمة القانون الادارى(٨٩) ، أو يتحدثون عن غزو القانون العام للقانون الخاص(٩٠) ، أو يتحدثون عن التداخل بين

---

(٨٨) J. Hollinger, Thèse, Zurich, 1904, cité par : P. Roubier, op. cit., p. 295;
Marty et Raynaud, T. 1, p. 62.

(٨٩) De Laubadère, Réflexion sur la crise du droit administratif français, D. 1952, Chr. p. 5;
Waline, Situation actuelle du droit administratif en France, Préface au Juris-Classeur administratif, 1952;
Brèthe de la Gressaye, Droit administratif et droit privé, Mélanges Ripert, p. 304 et s.

(٩٠) Savatier, Du droit civil au droit public, 2e éd. Paris, 1950.
ومن الاصطلاحات التى يستخدمها الأستاذ سافتييه فى هذا الكتاب أن القانون العام « احاط » ، « استغرق » ، « حل محل » ، « حول » ، القانون الخاص ، وطبعه بطابعه ، « ووضعه تحت وصايته » . راجع تعليقا مطولا على هذا الكتاب :
Ch. Eisenmann, Droit public, Droit privé, en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil du 19e au 20e siècle. Rev. du dr. public, 1952 p. 903 — p. 979.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانون العام والقانون الخاص(٩١) ٠

وهناك من الفقهاء من ينكر أصلا أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ٠ ولعل أبرز هؤلاء هو الفقيه النمساوى كلسن ٠ فهو ينادى بالمطابقة بين القانون وبين الدولة ٠ والدولة فى نظره تتحلل الى مجموعة من القواعد القانونية ، أو الأوامر القانونية(٩٢) ٠ وهذه الأوامر يعلو بعضها فوق بعض درجات ، ولكنها تسهم كلها فى تكوين النظام القانونى فى المجتمع ٠ والاختلاف بين هذه الأوامر هو اختلاف فى الدرجة وليس فى الطبيعة ٠ فهى كلها من طبيعة واحدة من حيث انها تؤدى الى انشاء القانون ٠ وهكذا يتفق العقد المبرم بين فردين عاديين ، مع القرار الادارى ، فى أن كلا منهما يعتبر تطبيقا لقاعدة أعلى ، وخلقا لقاعدة أدنى ٠ والقانون كله وحدة واحدة تنتظم فيها جميع القواعد القانونية ، لا فرق فى ذلك بين القواعد المجردة والقواعد الفردية ٠ ولا فرق بين القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية ، أو الصادرة عن المحاكم ، أو الصادرة عن الأفراد ، أو الصادرة عن الادارة ٠

فاذا كان القانون هو مجموعة هذه القواعد على اختلاف درجاتها ٠ واذا كان القانون هو الدولة فلا يكون هناك وجه للتفرقة بين قانون ينظم الدولة ، وقانون آخر ينظم العقود بين الأفراد ، التى هى فى ذاتها جزء من الدولة(٩٣) ٠

واذا استبعدنا نظرية كلسن وغيرها من النظريات الأحدية التى تبسط الامور أكثر من اللازم ، فاننا نجد الاتجاه السائد فى الفقه يؤمن بضرورة

---

(٩١) J. Morellet, L'interpénétration du droit public et du droit privé, Mélanges Lambert, 3, p. 138 et s.

(٩٢) Kelsen, Théorie pure, op. cit., pp. 370-419;

(٩٣) راجع ما سبق ، فقرة ٦ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، رغم الصعوبات التى تواجه البحث عن معيار دقيق لهذه التفرقة ، ورغم زيادة هذه الصعوبات نتيجة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية فى القرن العشرين .

ومن المعايير المقترحة للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، المعيار المستمد من درجة الالزام والقهر فى القواعد القانونية . فالقانون العام هو قانون آمر فى كل قواعده ، أما القانون الخاص فهو القانون الذى تسود فيه الارادة الخاصة للافراد(٩٤) . وربما أمكن ارجاع هذا المعيار الى العبارة التى سبق ذكرها عن الفقيه الرومانى بابينيان ، وهى أن القانون العام لا يمكن المساس به عن طريق الاتفاقات الخاصة للافراد .

والعبارة التى قالها بابينيان هى عبارة صحيحة بالنسبة للقانون العام . فقواعد هذا القانون كلها آمرة ، لا يجوز للافراد الاتفاق على مخالفتها . ولكن هذه العبارة لا تصلح معيارا للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، لأن القانون الخاص يتضمن هو أيضا الكثير من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام والتى لا يجوز للافراد الاتفاق على مخالفتها(٩٥) .

ومن المعايير المقترحة أن القانون العام لا ينظم العلاقات المالية ، بينما القانون الخاص لا ينظم الا العلاقات المالية . وهذا المعيار غير صحيح ، لأن القانون العام فيه جانب مالى متعلق بالضرائب والأموال العامة ، كما أن القانون الخاص فيه جانب غير مالى متعلق بالحقوق اللصيقة بالشخصية الانسانية ، وكذلك علاقات الاسرة(٩٦) .

ومن المعايير المقترحة أيضا ، المعيار المستمد من التفرقة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة . وهذا المعيار مأخوذ عن العبارة التى قالها الفقيه الرومانى أولبيان ، وهى أن القانون العام هو ذلك الذى تغلب فيه المصلحة العامة ، والقانون الخاص هو ذلك الذى تغلب فيه المصلحة الخاصة .

---

(٩٤) R. Savatier, Du droit civil au droit public. op. cit., n. 3.

(٩٥) راجع ما سبق فقرة ٢٨ - فقرة ٣٧ .

(٩٦) راجع : P. Roubier, Théorie générale, op. cit., p. 235.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ورغم أن هذا المعيار يعتبر من أهم المعايير التى قيلت فى التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، الا انه يعيبه عدم وجود حدود فاصلة بين ما يعتبر من المصلحة العامة وما يعتبر من المصلحة الخاصة .

فمن ناحية فان حماية المصلحة الخاصة للافراد تؤدى الى حماية المصلحة العامة . ومن ناحية أخرى ، فان تحقيق المصلحة العامة يؤدى الى فائدة لا شك فيها للافراد .

وفى بعض الحالات تبدو المصلحة العامة والمصلحة الخاصة مرتبطتان ارتباطا لا يمكن حله . وعلى سبيل المثال ، فان المشرع فى تنظيمه للعلاقة بين العمال وأصحاب الاعمال ، يستهدى فى نفس الوقت بالمصلحة الخاصة لأطراف هذه العلاقة ، وكذلك بالمصلحة العليا للوطن التى تقتضى تشجيع العمالة وتشجيع التنمية الصناعية .. الخ .

ويذهب البعض الى أن معظم الانظمة الخاصة قد وضعت بما يتفق ليس فقط مع مصلحة الافراد ، بل أيضا مع المصلحة العامة(٩٧) . فاذا نظرنا الى أبرز حق من الحقوق الخاصة وهو حق الملكية ، رأينا على الفور أن هذا الحق يجلب الفائدة المباشرة لصاحبه ، ويحقق أيضا الفائدة الخاصة لأصحاب الملكيات المجاورة عن طريق قيود الجوار القانونية المفروضة على كل مالك ، ولكنه يتقيد أيضا بأحكام مستمدة من المصلحة العامة ، كأحكام الضبط المتعلقة بالأماكن الخطرة أو المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة ، والاحكام التى تفرض على المالك زراعة محصول معين كالقطن أو القمح ، أو عدم زراعة محصول معين كالتبغ . ..الخ . فالملكية حق خاص ، ولكن لها أيضا وظيفة اجتماعية . فالاخذ بمعيار المصلحة للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، يقتضى التفرقة داخل كل نظام قانونى بين القواعد المتعلقة بالمصلحة العامة ، وتلك المتعلقة بالمصلحة الخاصة ، وهو ما يؤدى الى تجزئة النظم القانونية ذات الطبيعة الواحدة الى جزئين احدهما يدخل فى القانون الخاص والآخر يدخل فى القانون العام . وهذه التجزئة لا يمكن تفاديها حتى عن طريق

---

(٩٧) P. Roubier, Théorie générale, op. cit., p. 297.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الاكتفاء بتوزيع النظم القانونية بين القانون العام والقانون الخاص بحسب نوع المصلحة الغالب فى كل نظام من هذه النظم . ذلك انه فى بعض النظم لا تمكن معرفة أى نوع من المصلحة هو الغالب فيها . وعلى سبيل المثال فان اسم الشخص يهم الدولة بقدر ما يهم الافراد ، فهو يحقق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة بنفس القدر .

وأخيرا نصل الى أهم معيار اقترحه الفقه حتى الآن ، وهو المعيار التقليدى الذى صادفناه عند منتسكيو ، والمستمد من صفة الاشخاص الخاضعين للقانون العام أو القانون الخاص . وطبقا لهذا المعيار ، فان القانون العام يدور حول فكرة السلطة العامة ، فهو القانون الذى ينظم تكوين السلطات العامة فى الدولة ، والعلاقات فيما بينها ، وينظم كذلك العلاقات بين هذه السلطات وبين الأفراد . أما القانون الخاص فهو القانون الذى يحكم العلاقات بين الأفراد العاديين ، أو بين الأفراد العاديين وبين الدولة والاشخاص العامة فى الحالات التى تتجرد فيها هذه الاشخاص عما لها من سلطة عامة . ولتوضيح هذا المعيار نلاحظ ما يأتى :

١ - ليست كل علاقة بين الدولة وبين الأفراد العاديين تعتبر من علاقات القانون العام . فهناك علاقات تظهر فيها الدولة كشخص عادى يقف موقف المساواة من الطرف الآخر فى العلاقة . وهذه العلاقات تدخل فى القانون الخاص ، وليس فى القانون العام . وعلى سبيل المثال اذا أوصى أحد الافراد بأمواله الى الدولة أو الى غيرها من الاشخاص العامة ، فان هذه الوصية تخضع من حيث صحتها أو انقاضها لقواعد الايصاء فى القانون المدنى وليس لقواعد القانون العام (٩٨) .

بل وأكثر من ذلك فان الدولة قد تباشر نشاطا تجاريا أو صناعيا أو زراعيا ، كأى فرد عادى . ولا تخضع بالتالى فى هذا النشاط لقواعد القانون

---

(٩٨) Marty et Raynaud, T. 1, p. 60.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العام ، بل لقواعد القانون الخاص ، طالما انها لا تمارس فى هذا النشاط امتيازات السلطة العامة التى تحوزها(٩٩) ٠

وعلى هذا النحو ، فان المشروعات العامة التى تباشرها الدولة عن طريق المؤسسات العامة وشركات القطاع العام تخضع للقانون العام فيما يتعلق بانشائها وادارتها ونظامها القانونى والمالى ، والعقود التى تبرمها فيما بينها ، او فيما بينها وبين الاشخاص العامة الأخرى ٠ ولكنها تخضع للقانون الخاص فيما يتعلق بالعقود التى تبرمها مع الأفراد كعقود بيع السلع التى تنتجها، او عقود تقديم الخدمات التى تقوم بها ، كعقد النزول فى فندق تملكه احدى شركات القطاع العام(١٠٠) ٠

٢ ـ لا يؤدى كل تدخل من جانب السلطات العامة فى علاقات الأفراد الخاصة الى نقل هذه العلاقات الى منطقة القانون العام ٠ فلو صح ذلك ، لما كان هناك وجود للقانون الخاص ٠ فالتشريع هو عمل من أعمال السلطة العامة ، بل هو أبرز هذه الأعمال ٠ والتشريع هو الذى ينظم العلاقات المدنية والتجارية بين الافراد ، ولا يغير ذلك شيئا من الطبيعة الخاصة لهذه العلاقات ٠ والقضاء هو عمل من أعمال السلطة العامة ، وهو الذى يحسم المنازعات الخاصة بين الافراد ، ولا يغير ذلك شيئا من الطبيعة الخاصة لهذه العلاقات(١٠١) ٠

وقد أصبحت ظاهرة تدخل الدولة فى علاقات الأفراد الخاصة ، ظاهرة معروفة ومتزايدة على مر الأيام ٠ فالدولة تضع حدا أقصى لأجرة الأماكن وأجرة الأرض الزراعية ، وتضع حدا أدنى لأجور العمال ، وتسمح للقاضى بتعديل بعض العقود الظالمة ، وتؤجل الوفاء بالالتزامات فى أوقات الحروب ٠٠ الخ ٠

---

(٩٩) يرى البعض أن التفرقة المدرسية بين القانون العام والقانون الخاص ، لا تكفى فى ذاتها للتفرقة بين تصرفات الدولة التى تخضع فيها لقانون متميز عن القانون الذى يخضع له الأفراد فى تصرفاتهم ، وتلك التى تخضع فيها الدولة لنفس القانون الذى يخضع له الأفراد ٠ راجع : Eisenmann, Droit public, Droit privé, op. cit., p. 979.

(١٠٠) راجع دور العقد فى نطاق المشروعات العامة ، كتابنا ، القرار الادارى مصدر للحق ، ص ٩٦ ، فى نفس المعنى :

P. Roubier, Théorie générale, op. cit., p. 303.

(١٠١) Eisenmann, Droit public, Droit privé, op. cit., p. 941 et s.; P. Roubier, Théorie générale, p. 302.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكذلك فان المشرع يزيد في كل يوم من عدد وأهمية القواعد القانونية الآمرة التي لا تجوز مخالفتها في العقود المبرمة بين الأفراد ·

·· ولكن لا يؤدى شيء من هذا الى جعل علاقات الأفراد الخاصة خاضعة للقانون العام ·· بل لا زال القانون الخاص هو الذى يحكمها على أساس اقامة العدل والتوازن في هذه العلاقات ، وهو عدل تبادلى يتساوى فيه الأفراد مساواة حسابية ، حتى ولو تم ذلك عن طريق تدخل أجهزة الدولة في تحديد مضمون هذه العلاقات ، بل لعل ذلك لا يمكن أن يتم في بعض الأحيان الا عن طريق تدخل الدولة ، كما في حالة تعديل العقود الظالمة أو تأجيل الديون في وقت الحرب ·· الخ · فمن أهم واجبات الدولة تحقيق العدل في العلاقات بين الأفراد ، ولا يؤدى قيام الدولة بهذا الواجب الى أى تغيير في الطبيعة الخاصة لهذه العلاقات ·

٣ ـ وعلى خلاف ما سبق ، فان القانون العام يبدأ في الظهور عندما تتعامل الدولة مع الأفراد ، لا على أساس المساواة ، بل على أساس السيطرة من جانبها والخضوع من جانبهم · وبتعبير آخر فان القانون العام يحكم العلاقات التي تمارس فيها الدولة امتيازات السلطة العامة ·

فالقانون العام هو قانون السيطرة أو الخضوع subordination ·

أما القانون الخاص فهو قانون المساواة أو التوازن Coordination . ·

القانون العام هو ـ بحسب الأصل ـ القانون الذى يحكم علاقات بين أطراف غير متساويين ، أما القانون الخاص فهو ـ بحسب الأصل ـ القانون الذى يحكم علاقات بين أطراف متساويين(١٠٢) ·

والقانون العام لا يحكم فقط العلاقات بين السلطات العامة والأفراد ، بل يحكم قبل ذلك انشاء هذه السلطات ذاتها بما في ذلك أعمال الأفراد التي أسهمت في ذلك ، كمباشرتهم لحقوقهم الفردية في الانتخاب · وهو يحكم كذلك العلاقات بين هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر · وهو يحكم كذلك العلاقات بين الدول المختلفة ذات السيادة ·

---

(١٠٢) Marty et Raynaud, T. 1, p. 64; P. Roubier, Théorie générale, p. 299; Rosenmann, Droit public, Droit privé, op. cit., p. 960.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والعلاقات بين الدول ، وكذلك العلاقات بين السلطات داخل كل دولة ، ليست فيها فكرة الخضوع أو السيطرة ، ومع ذلك فهى من صميم علاقات السلطة .

فالقانون العام هو الذى يحكم السلطات العامة فى تكوينها ، وفى علاقاتها مع بعضها وفى علاقاتها مع سلطات الدول الأخرى ، وفى علاقاتها المتميزة مع الأفراد . أما القانون الخاص فهو الذى يحكم العلاقات العادية بين أشخاص يتعاملون على أساس المساواة لا على أساس السلطة .

المبحث الثانى
فروع القانون العام

الفروع البارزة للقانون العام هى : القانون الدستورى ، والقانون الادارى ، والقانون المالى ، وقانون التأمينات الاجتماعية ، والقانون الجنائى ، والقانون الدولى العام .

١١٦ — القانون الدستورى Drit Constitutionnel

القانون الدستورى هو القانون الذى يتضمن القواعد التى تنظم كيان الدولة ، والسلطات الداخلة فى تكوينها (السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية) . ويتضمن كذلك القواعد التى تنظم مساهمة الأفراد فى تكوين هذه السلطات ، عن طريق مباشرة حقوقهم فى الانتخاب والترشيح ، وهى الحقوق التى تسمى أحيانا الحقوق العامة أو الحقوق السياسية .

وتتصل بالقانون الدستورى كذلك دراسة الحريات العامة ، كحرية الرأى ، وحرية الصحافة ، وحرية الاجتماع ، وحرية الانتقال .. الخ(١٠٣) .

وقد كان هناك اتجاه يذهب الى أن القانون الدستورى لا يوجد فى دولة لا تمارس الديمقراطية . وطبقا لهذا الاتجاه نصت المادة ١٦ من اعلان حقوق الانسان الصادر فى سنة ١٧٨٩ على أن « الجماعة التى لا تكفل الضمانات اللازمة ، أو التى لا تقرر الفصل بين السلطات ، ليس لها دستور » .

ولكن الاتجاه السائد اليوم يذهب الى عدم الربط بين وجود القانون الدستورى وبين ممارسة الديمقراطية . فالدستور يوجد فى كل دولة يتم فيها

---

(١٠٣) P. Roubier, Théorie générale, p. 298.
Marty et Raynaud, T. 1, pp. 64-65;

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل بين شخص الحاكم وبين سلطة الدولة . فاذا كان الحاكم يباشر الحكم باعتباره امتيازا شخصيا له ، فلا يكون في الدولة دستور أو قانون دستوري. أما اذا كان الحاكم لا يباشر الحكم باعتباره امتيازا شخصيا له ، بل يباشره باسم الجماعة ، فان الدستور يكون موجودا ، ولو كان نظام الحكم في الدولة ديكتاتوريا(١٠٤) .

والقانون الدستوري قد يكون قانونا مكتوبا ، وقد يكون قانونا عرفيا . وفي الحالة التي يكون فيها الدستور مكتوبا يوجد بجانب الدستور المكتوب عادة ، عرف دستوري(١٠٥) .

والقانون الدستوري يحتل أعلى درجة في النظام القانوني للدولة . وهو لذلك يطلق عليه اصطلاح القانون الأساسي . فهو الأساس الذي تبنى عليه القواعد القانونية العادية والفرعية . وقد سبق أن رأينا ان القانون العادي والفرعي لا يجوز لهما مخالفة القانون الدستوري . ومع ذلك فان هذا المبدأ يتقيد بقيدين : أولهما أن بعض الدول مثل انجلترا لا تعترف بسمو الدستور على القانون العادي . ومن ثم يجوز للقانون العادي مخالفة بل تعديل القانون الدستوري(١٠٦) . والقيد الثاني انه حتى في الدول التي تأخذ بمبدأ تدرج القانون مثل مصر ، فان بعض القواعد ذات الطبيعة الدستورية كتلك الخاصة بالانتخاب لا توجد في صلب الدستور ، بل يصدر بها قانون عادي ، وبالتالي يجوز تعديلها بواسطة قانون عادي مثله .

ويلاحظ أن القانون الدستوري ، وان كان يهتم بتنظيم السلطات العامة في الدولة ، الا انه يهتم أكثر بتنظيم السلطة التشريعية التي يتم عن طريقها انشاء القواعد القانونية . ولذلك فان البعض يطلق على القانون الدستوري اسم القانون البرلماني(١٠٧) .

---

(١٠٤) راجع في هذا الموضوع : ثروت بدوي ، القانون الدستوري ، ص ٣١ - ٣٢ ، والمراجع الفرنسية المشار اليها .

(١٠٥) راجع ما سبق فقرة ١٤٥ .

(١٠٦) راجع ما سبق فقرة ١٠١ .

(١٠٧) راجع : عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري والأنظمة السياسية ، ص ١٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وجدير بالذكر أن قواعد القانون الدستورى تثير مشكلة تتعلق بمدى فعالية الجزاء المقترن بها • وقد سبق أن درسنا هذه المشكلة من قبل(١٠٨) •

١٦٧ - القانون الادارى : Droit Administratif

القانون الادارى فرع من فروع القانون العام يتضمن القواعد التى تنظم نشاط السلطة الادارية فى المجتمع • والمسائل التى يحكمها القانون الادارى شديدة الصلة بتلك التى يحكمها القانون الدستورى ، حتى أن التفرقة بينهما تبدو فى بعض الأحيان صعبة أو مصطنعة • ويمكن القول بصفة عامة انه اذا كان القانون الدستورى يهتم أكثر بنشاط السلطة التشريعية • فان القانون الادارى يهتم أكثر بنشاط السلطة التنفيذية التى يطلق عليها أحيانا اسم السلطة الادارية •

ويتضمن القانون الادارى القواعد الخاصة بانشاء وتنظيم سير المرافق العامة ، كمرفق التعليم والصحة والدفاع •• الخ •

ويتضمن القانون الادارى كذلك القواعد المتعلقة بالادارة المحلية ؛ وهى القواعد المتعلقة بالاشخاص المعنوية الاقليمية كالمحافظات والمراكز والقرى •

ويتضمن القانون الادارى ايضا القواعد المتعلقة بالاشخاص العامة الأخرى غير الاقليمية كالوزارات والهيئات العامة والمؤسسات العامة •

ويلاحظ أن المؤسسات العامة هى أشخاص عامة لا تتولى ادارة مرافق عامة بالمعنى التقليدى لهذا الاصطلاح ، ولكنها تتولى ادارة نشاطات اقتصادية وتجارية وصناعية وزراعية ، تهدف من ورائها الى الاسهام فى خطة التنمية الاقتصادية للدولة وكذلك تحقيق الربح • وهذه النشاطات كانت تتولاها من قبل مشروعات تجارية مملوكة ملكية خاصة • وأصبحت تتولاها الآن فى كثير من الدول مشروعات عامة مملوكة لشركات القطاع العام ، وهى الشركات التى تشرف عليها المؤسسات العامة •

---

(١٠٨) راجع ما سبق ، فقرة ٢٧ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويطلق البعض على قواعد القانون الادارى التى تتعلق بالمؤسسات العامة اصطلاح القانون الادارى الاقتصادى ، وهو فرع جديد أضيف الى القانون الادارى التقليدى(١٠٩) .

ومع ذلك فان أساتذة القانون التجارى فى مصر لا زالوا يدرسون نظام المؤسسات العامة ضمن موضوعات القانون التجارى . ولا شك أن مسلكهم هذا يبرر اعتبار القانون التجارى من الفروع المختلطة على النحو الذى سنراه .

ويتضمن القانون الادارى القواعد الخاصة بالموظفين والعاملين فى الحكومة والادارة المحلية والهيئات العامة والمؤسسات العامة .

ويتضمن القانون الادارى كذلك القواعد الخاصة بالقضاء الادارى ، وهو ما يطلق عليه اصطلاح السلطة الادارية القاضية ، وهو القضاء المختص بالنظر فى المنازعات الادارية . ويتضمن القانون الادارى أيضا قواعد الاجراءات والمرافعات أمام القضاء المذكور(١١٠) .

١٦٨ - القانون المالى Droit Fiscal

القانون المالى هو فى حقيقته فرع من فروع القانون الادارى ، ولكن نظرا لأهميته وكثرة قواعده ، فقد استقل وأصبح فرعا قائما بذاته من فروع القانون العام .

والقانون المالى ينقسم الى قسمين : الأول عام ويشمل القواعد العامة المتعلقة بالادارة المالية للدولة ، وهى القواعد الخاصة بالميزانية ، والضرائب ،

---

(١٠٩) H. Freund, L'avenir du droit civil dans l'Union Soviétique. Rec Lambert, 1938, 3, p. 369;
P. Roubier, Théorie générale, p. 301.
فى نفس المعنى : محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى العربى ، جـ ١ ، ص ٨ وما بعدها ، ص ٢٣٧ وما بعدها ، محمد فؤاد مهنا ، حقوق الأفراد ازاء المرافق العامة ، ص ٧٠ وما بعدها والمراجع الفرنسية المشار اليها ، سمير تناغو ، القرار الادارى مصدر للحق ، ص ٥٩ - ٦٠ .

(١١٠) محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى العربى جـ ١ ، ص ٢٣ ، ص ٢٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والدين العام . ويلاحظ أن هذه القواعد تتصل بعلم الاقتصاد ، ذلك أن الحياة الاقتصادية فى المجتمع تتأثر بالسياسة المالية للدولة من حيث الزيادة أو الانكماش فى الانفاق العام ، أو القروض العامة الوطنية أو الأجنبية ، أو زيادة الضرائب أو الاعفاء منها .. الخ . ويطلق على هذه القواعد اصطلاح علم المالية ، أو اقتصاد التشريع المالى .

أما القسم الثانى ، فهو قسم وضعى تطبيقى، يتضمن الاحكام التفصيلية للضرائب المختلفة المباشرة منها وغير المباشرة ، وكذلك الرسوم الجمركية ورسوم التسجيل والدمغة . وهذه التشريعات أصبحت تكون فى فرنسا تقنينا جديدا هو التقنين الضريبى Code des impots . ولكنها لا زالت فى مصر تشريعات متفرقة ، وان كانت تشكل فى مجموعها فرعا مستقلا من فروع القانون ، هو القانون المالى ، أو القانون الضريبى(١١١) .

ورغم أن القانون الضريبى يعتبر من فروع القانون العام ، الا أن دراسة أحكامه تقتضى معرفة الكثير من قواعد القانون الخاص . وعلى سبيل المثال فان الاحكام الخاصة برسوم الدمغة والتسجيل ، تقتضى معرفة الاحكام الخاصة بالعقود والميراث والهبات والتصرفات الناقلة للملكية بصفة عامة . وكذلك فان الضرائب المفروضة على الشركات تقتضى العلم بالقواعد التجارية التى تنظم هذه الشركات(١١٢) .

١٦٩ ـ قانون التأمينات الاجتماعية :

Sécurité sociale — Assurances sociales

قانون التأمينات الاجتماعية هو فرع جديد من فروع القانون ، ظهر لأول مرة فى ألمانيا فى عهد مستشارها الشهير بسمارك سنة ١٨٨٣ ، وانتقل منها بعد ذلك الى الدول الأخرى ، ومنها مصر ، التى ادخلت هذا النظام لأول مرة بمقتضى القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ ، الذى الغى وحل محله القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ،ثم القوانين رقم ٧٩/ ١٩٧٥، ٣٥/ ٧٧و٩٣/ ١٩٨٠ و٤٧/ ١٩٨٠ .

---

(١١١) راجع : محمود رياض عطية ، الوسيط فى تشريع الضرائب ، دار المعارف ، ١٩٦٥ .

(١١٢) Marty et Raynaud, T. 1, p. 65.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ونظام التأمينات الاجتماعية هو نظام عمالى لا يستفيد منه - بحسب الأصل - سوى العمال الذين يحددهم القانون . واستفادة العمال بهذا القانون ليست دون مقابل ، بل هى مقابل اشتراكهم لدى الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية المشرفة على تطبيق هذا القانون ، وقيامهم بدفع اقساط شهرية محسوبة بنسبة معينة من مرتب كل منهم . وفى هذا يتفق نظام التأمينات الاجتماعية مع نظم التأمين العادى والتجارى . ولكن الفارق بينهما يظهر بصفة أساسية فى أن التأمينات الاجتماعية لها صفة الزامية . فكل الأشخاص الذين ينطبق عليهم القانون يلتزمون بالتأمين من المخاطر التى تهددهم . والتزامهم بدفع أقساط التأمين لا ينشأ عن عقد يبرمونه مع الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية ، ولكنه ينشأ مباشرة عن القانون . وكذلك فان أصحاب الأعمال يسهمون مع العمال فى دفع هذه الاقساط .

وتتمتع الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية فى تحصيل أقساط الاشتراك بكل مميزات السلطة العامة وأهمها الحجز الادارى المباشر . ويكون للمبالغ المستحقة للهيئة امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة . وكذلك فان ميزانية الهيئة تلحق بالميزانية العامة للدولة . وتعتبر أموال الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية من الأموال العامة . وتعفى أموال الهيئة الثابتة والمنقولة وجميع عملياتها الاستثمارية مهما كان نوعها من جميع أنواع الضرائب والرسوم والعوائد . ويخضع موظفو الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية لنفس النظام القانونى الخاص بموظفى الدولة .

وتوجد فى مصر ستة أنواع من التأمينات الاجتماعية هى : التأمين ضد أصابات العمل ، والتأمين الصحى ، وتأمين البطالة ، وتأمين العجز ، وتأمين الشيخوخة ، وتأمين الوفاة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واذا تحقق للمؤمن له أى خطر من المخاطر المشار اليها ، ينشأ له حق مباشر من القانون فى مواجهة الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية ، اما فى الحصول على تعويض ، أو الحصول على معاش ، أو الحصول عليهما معا .

ويتضح من كل ذلك أن العلاقات التى ينظمها قانون التأمينات الاجتماعية تقوم دائما بين الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية باعتبارها هيئة ذات سلطة عامة وبين الأفراد . ولا شك أن القانون الذى يحكم مثل هذه العلاقات هو فرع من فروع القانون العام ، خاصة وان هذا القانون لا يحكم أى علاقة أخرى لا تكون الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية طرفا فيها(١١٨) .

ويلاحظ أن قانون التأمينات الاجتماعية اذا كان بحسب أصله لا ينطبق الا على العمال . فانه من الممكن أن يتطور فيمتد الى غيرهم من فئات الشعب . بل يمكن أن يمتد الى كل مواطن فى الدولة . وفى هذه الحالة الأخيرة فانه يكف عن أن يكون قانونا للتأمينات الاجتماعية ليصبح قانونا للضمان الاجتماعى .

والتأمينات الاجتماعية هى خطوة فى طريق الضمان الاجتماعى . والفارق بينهما أن التأمينات الاجتماعية تحمى العمال فقط بوصفهم هذا ، أما الضمان الاجتماعى فهو يحمى الانسان بوصفه انسانا ، وبغض النظر عن المكان الذى يشغله فى المجتمع ، وبغض النظر عن اسهامه أو عدم اسهامه فى تمويل النظام الذى يكفل له الحماية والأمان . ومن المشاهد أن المشرع المصرى بدأ يخرج الآن عن النطاق المحدود للتأمينات الاجتماعية الى مجال الحماية الشاملة للضمان الاجتماعى . ومع ذلك فلا زال الأمل فى الوصول الى هذا الهدف بعيد المنال ، نظرا لحالة التخلف الاقتصادى التى تعانى منها البلاد .

١٧٠ - القانون الجنائى Droit Criminel

ينقسم القانون الجنائى الى قسمين : الأول هو قانون العقوبات ، والثانى هو قانون الاجراءات الجنائية :

---

(١١٨) راجع كتابنا فى التأمينات الاجتماعية ، ص ١٢٨ وما بعدها ، ص ١٥٨ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١ - قانون العقوبات : Droit Pénal ، هو القانون الذى يتضمن القواعد التى تحدد الافعال التى يعتبرها القانون جرائم ، وتحدد العقوبات المنصوص عليها كجزاء عن ارتكاب هذه الأفعال • وبحسب تدرج الجريمة فى الخطورة ، تتدرج العقوبة فى الشدة • والجرائم من ثلاثة أنواع مختلفة ، أخطرها الجنايات وأبسطها المخالفات وبينهما الجنح • والعقوبات عن ارتكاب هذه الجرائم هى الغرامة أو الحبس أو السجن أو الأشغال الشاقة المؤقتة ، أو الاشغال الشاقة المؤبدة ، أو الاعدام •

ومن أهم المبادىء المقررة فى قانون العقوبات مبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص • وهو من أهم المبادىء الأساسية للقانون المنصوص عليها فى مواثيق حقوق الانسان ، وفى معظم الدساتير فى الدول الحديثة(٢١٩) • ومؤدى هذا المبدأ أن الأصل فى الافعال الاباحة ، وأنه لا يعاقب على ارتكاب فعل الا بمقتضى نص تشريعى • فليس للعرف فى القوانين الحديثة أن يجرم الأفعال أو أن يقرر عقوبات على ارتكابها • ومؤدى هذا المبدأ أيضا انه لا عقاب الا على الافعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون • فقوانين العقوبات ليس لها أثر رجعى بالنسبة للافعال التى ارتكبت قبل نفاذها • وعدم رجعية قوانين العقوبات مقررة بنص دستورى لا يجوز للقوانين العادية أن تخالفه(١٢٠) •

ويذهب جانب من الفقه فى فرنسا الى اعتبار قانون العقوبات من فروع القانون المختلطة ، بدليل أن معظم الجرائم المعاقب عليها ، خاصة فى وقت السلم ، هى جرائم مرتكبة ضد حقوق الأفراد الخاصة(١٢١) • ويهدف قانون العقوبات الى حماية هذه الحقوق وتحقيق الأمان لأصحابها • وكذلك فان المجنى عليه يستطيع فى بعض الجرائم تحريك الدعوى الجنائية ، وهى ما تسمى بالدعوة المباشرة • ولا يجوز فى بعض الجرائم الأخرى تحريك الدعوى العمومية الا بموافقة شخص معين بالذات ، كما يحق لهذا الشخص اعفاء

---

(١١٩) راجع المادة ٦٦ من دستور مصر الدائم لسنة ١٩٧١ ، والمادة ١١ من الاعلان العالمى لحقوق الانسان •

(١٢٠) راجع المادة ٦٦ من دستور سنة ١٩٧١ •

(١٢١) P. Roubier. Théorie générale, pp. 313-314; Marty et Raynaud, T. I, p. 70.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مرتكب الجريمة من العقوبة التى صدرت ضده فعلا ، كما هو الشأن فى جريمة الزنى التي يرتكبها أحد الزوجين ٠

ومع ذلك فان هذا الرأى وان كان يتفق مع بعض القوانين القديمة مثل القانون الرومانى ، الذى كان يفرق بين الجرائم الخاصة التى ترتكب ضد الأفراد ، والجرائم العامة التى ترتكب ضد الدولة(١٢٢) ، فانه لم يعد متفقا مع القوانين الحديثة التى أصبحت تعتبر كل الجرائم عامة ، بمعنى أنها موجهة ضد أمن المجتمع والنظام السائد فيه ، وبالتالى فان توقيع العقوبة عن ارتكابها متعلق بحق المجتمع ، كما وان الدعوى الجنائية تباشرها النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ٠ ويطلق على هذه الدعوى اصطلاح الدعوى العمومية تعبيرا عن هذه الفكرة ذاتها ٠ أما الحالات النادرة التى تلعب فيها ارادة المجنى عليه دورا فى تحريك الدعوى الجنائية أو عدم تحريكها أو الاعفاء من العقوبة المحكوم بها ، فهى حالات استثنائية ٠ وكما يقال فان الاستثناء يؤكد القاعدة(١٢٣) ٠

وفى الأغلبية الساحقة من الجرائم ، فان رضاء المجنى عليه بارتكاب الجريمة قبل وقوعها لا يعتبر سببا من أسباب الاباحة ، كما أن تصالح المجنى عليه مع مرتكب الجريمة بعد وقوعها لا يؤثر فى واجب النيابة العامة فى تحريك الدعوى العمومية ، وتأييدها أمام المحاكم الجنائية ، ومتابعة تنفيذ العقوبة المحكوم بها(١٢٤) ٠

٢ ـ قانون الاجراءات الجنائية Droit d'instruction criminelle

يتضمن قانون الاجراءات الجنائية القواعد الاجرائية والشكلية الواجب اتباعها

---

(١٢٢) Girard, Manuel de droit romain, Paris, 1901, pp. 383 et s.

(١٢٣) فى نفس المعنى : حسن كيره ، المدخل ، ص ٧٠ ـ ٧١ ؛ عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت ، ص ٢٣٥ ٠

(١٢٤) راجع : على بدوى ، أبحاث فى أصول الشرائع ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ص ٢١٢ ، مشار اليه فى : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت ، ص ٢٣٦ هامش (١) ، قارن : شمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ، ص ٩٤ ، حيث يقرر أن القانون الجنائى فرع من فروع القانون الخاص ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

منذ وقوع الجريمة الى أن يتم تنفيذ الحكم الصادر فيها . ويشمل ذلك القواعد المتعلقة بالتحقيق فى الجريمة والجهة المختصة باجرائه ، والحبس الاحتياطى للمتهم ومدته وكيفية الطعن فيه ، وتفتيش المتهم أو وتفتيش منزله ، وكيفية احالة المتهم الى المحكمة الجنائية المختصة ، والاجراءات المتبعة فى المحاكمة كسماع الشهود والخبراء والانتقال للمعاينة وسماع الدفاع والنيابة العامة ، وكيفية صدور الحكم والنطق به ، والطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو غير ذلك ، وكذلك كيفية تنفيذ الاحكام الجنائية النهائية ، وكذلك قواعد التقادم سواء الخاصة بالدعوى العمومية ذاتها ، أو الخاصة بالحكم الصادر فيها(١٢٥) .

ومن مجموع قواعد قانون العقوبات وقواعد قانون الاجراءات الجنائية ، يتكون القانون الجنائى ، باعتباره فرعا من فروع القانون العام المتعلقة بحق السيادة فى الدولة .

١٧١ - القانون الدولى العام : Droit international public

القانون الدولى العام هو فرع من فروع القانون العام الذى يتضمن القواعد التى تحكم العلاقات بين الدول ، وكذلك القواعد التى تحكم المنظمات الدولية ، كهيئة الأمم المتحدة ، والمنظمات المتفرعة عنها ، كمنظمة العمل الدولية ، وهيئة الصحة العالمية .. الخ .

ومن المعروف انه توجد نظريتان فى بيان أساس القوة الملزمة للقانون الدولى العام(١٢٦) .

النظرية الأولى ، ويشايعها عدد كبير من الفقهاء ، تذهب الى أن القانون الدولى العام - بفرض انه قانون بالمعنى الحقيقى - لا يكون ملزما لأى دولة الا اذا اعترفت به هذه الدولة بمقتضى دستورها . وهذه النظرية لا تعترف

---

(١٢٥) رؤوف عبيد ، مبادىء الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى ، ١٩٦٤ ، ص ٥ وما بعدها .

(١٢٦) راجع فى عرض هاتين النظريتين :
H. Kelsen, Théorie pure, p. 289 et s.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بسلطة حقيقية الا سلطة الدولة ، ولا تعترف بقانون حقيقى الا القانون الصادر عن هذه السلطة • وبالتالى فان القانون الدولى العام يعتبر فرعا من فروع القانون الداخلى لأنه مستمد من السلطة السائدة فى كل دولة تعترف به فى دستورها •

أما النظرية الثانية ، فهى على عكس النظرية الأولى ، تذهب الى غلبة النظام القانونى الدولى ، على النظم القانونية الموجودة فى كل دولة ، بحيث يعتبر القانون الدولى العام هو أساس القوة الملزمة للقانون الداخلى فى الدول المختلفة • وطبقا لهذه النظرية فان القانون الدولى العام يتضمن قاعدة مؤداها أن كل حكومة تباشر سيطرة فعلية مستقلة عن الحكومات الأخرى ، على شعب موجود فى اقليم معين ، تعتبر حكومة شرعية ، كما يكون الشعب الذى يعيش على هذا الاقليم وتحت سيطرة هذه الحكومة ، دولة بالمعنى المعروف فى القانون الدولى •

وطبقا لهذه النظرية ، فان القانون الدولى العام لا يهتم بالطريقة التى وصلت بها الحكومة الى السلطة ، فسواء كانت هذه الطريقة شرعية بالنظر الى الدستور القائم ، أو كانت هذه الطريقة ثورية ، أى غير شرعية بالنسبة للدستور القائم ، فان القانون الدولى العام يعتبر هذه الحكومة سلطة قانونية ، وهو ما يعنى أن القانون الدولى العام يعترف بالثورة الناجحة كطريقة لخلق القانون •

وهكذا فان القانون الدولى العام هو الذى يتضمن أساس القوة الملزمة للقوانين الداخلية ، وليس العكس • فالقانون الدولى العام هو النظام القانونى الأسمى أو الأعلى بالنظر الى القوانين الداخلية فى الدول المختلفة • وفى ظل سمو القانون الدولى العام ، فان الدول لا تستحق أن تحتفظ بهذا الاسم ، ولا تستحق أن تحتفظ بفكرة السيادة ، الا على سبيل التعبير فقط عن انها هى وحدها التى تخضع للقانون الدولى العام ، أى انها هى وحدها المخاطبة باحكام القانون الدولى العام ••

وللترجيح بين هاتين النظريتين ، يبدو لنا أن النظرية الأولى هى الاقرب الى الواقع • حيث لا توجد حاليا سلطة عليا أعلى من سلطة الدولة • ولكن

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذه النظرية لا تؤدى الى بيان أساس القوة الملزمة للقانون الدولى العام ، بل على العكس تؤدى الى انكار هذه القوة الملزمة ، اذ من غير المقبول أن تستمد القاعدة القانونية قوتها الملزمة من ارادة الاشخاص المخاطبين بحكمها .

أما النظرية الثانية ، فهى تتفق مع المنطق القانونى الذى يقتضى أن يكون القانون الذى يحكم العلاقات بين الدول ، أسمى فى الدرجة من الارادة الذاتية لهذه الدول . ولكن هذه النظرية تخالف من ناحية أخرى الأمر الواقع ، حيث لا توجد قواعد قانونية وضعية تحكم سلوك الدول بطريقة ملزمة قهرية . والسبب فى عدم وجود هذه القواعد ، هو عدم وجود سلطة سياسية عالمية تعلو على السلطات الداخلية فى كل دولة ، وهى السلطة التى لا غنى عنها لوجود قانون دولى عام كامل . أما قواعد القانون الدولى الموجودة حاليا ، فهى قواعد قانونية ناقصة LEX imperfecta أو هى قواعد قانونية فى طور التكوين .

وأغلب الظن انه سيأتى يوم - بعد بضع مئات من السنين - تظهر فيه هذه السلطة السياسية العالمية ، وتتحول بالتالى قواعد القانون الدولى العام الى قواعد قانونية كاملة(١٢٧) .

المبحث الثالث

فروع القانون الخاص

الفروع البارزة للقانون الخاص ، هى القانون المدنى ، والقانون التجارى التقليدى ، وقانون التجارة البحرى ، والقانون الزراعى .

١٧٢ - القانون المدنى Droit Civil

القانون المدنى هو أبرز فروع القانون الخاص . وقد تطور اصطلاح القانون المدنى ، فهو كان يعنى فى القانون الرومانى فى بداية الأمر ، القانون

---

(١٢٧) راجع ما سبق ، فقرة ٢٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطبق على المواطنين ـ jus civile ـ وذلك بالمقابلة للقانون الذى يحكم الأجانب jus gentium .

وفى نهاية تطور القانون الرومانى أصبح القانون المدنى مرادفا للقانون الرومانى فى مجموعه والذى تم تجميعه فى عهد جستنيان تحت اسم موسوعة القانون المدنى corpus juris civilis (١٢٨) .

وبعد ذلك تطور اصطلاح القانون المدنى وأصبح مرادفا لاصطلاح القانون الخاص . وقد سبق أن رأينا أن منتسكيو كان يطلق على القانون الخاص اسم القانون المدنى ، كما كان يطلق على القانون العام اسم القانون السياسى(١٢٩). وكذلك فان الفقيه الفرنسى القديم دوما Domat ، وضع كتابا للقانون الخاص اسماه التشريعات المدنية ، كما خصص كتابا آخر للقانون العام(١٣٠).

وفى هذه المرحلة كان القانون المدنى يشمل القواعد التى تحكم جميع العلاقات الخاصة بين الأفراد . ولكن مع مرور الزمن فان بعض هذه القواعد بدأت تنسلخ عن القانون المدنى ، وتكون فروعا مستقلة من فروع القانون الخاص ، مثل القانون التجارى أو القانون البحرى أو قانون العمل .. الخ .

وفى الوقت الحاضر ، فان نطاق القانون المدنى أصبح يشمل فقط القواعد التى تنظم علاقات الانسان داخل أسرته ، وعلاقاته مع غيره من الاشخاص التى لا تتصل بأى نشاط مهنى أو حرفى . ويشمل ذلك بصفة خاصة : ١ ـ القواعد المتعلقة بالأشخاص من حيث حالتهم ، وأهليتهم ، ونطاق شخصيتهم القانونية سواء كانت شخصية طبيعية أو شخصية معنوية . ٢ ـ القواعد المتعلقة بالأسرة . والأسرة جماعة ينتمى اليها الفرد ، ولا تعتبر مع ذلك شخصية معنوية . والقواعد المتعلقة بالأسرة هى تلك التى تنظم الزواج ، والطلاق ، والنسب .. الخ .. ـ ٣ ـ القواعد المتعلقة بالالتزامات

---

(١٢٨) P. Roubier, Théorie générale, op. cit., p. 292.

(١٢٩) راجع ما سبق ، فقرة ١٦٢ .

(١٣٠) Marty et Raynaud, T. 1, p. 66.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وهي التي يطلق عليها أحيانا اصطلاح الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية ، أو الديون • وتبين هذه القواعد كيفية نشأة الالتزامات (مصادر الالتزامات) كالعقد والعمل غير المشروع والأثراء بلا سبب •• الخ • وبالنسبة للعقد فان القانون المدني يتضمن القواعد العامة للعقد ، كما يتضمن القواعد الخاصة ببعض العقود المعينة بالذات والتي يطلق عليها اسم العقود المسماة ، كعقد البيع وعقد الايجار وعقد التأمين وعقد الهبة •• الخ • ـ ٤ ـ القواعد المتعلقة بالحقوق العينية ، وهي من نوعين : الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق ، والحقوق العينية التبعية وهي تسمى أحيانا بالتأمينات العينية ، كحق الرهن وحق الاختصاص وحقوق الامتياز •

ويلاحظ أن التقنين المدني المصري لا يتضمن القواعد الخاصة بالأسرة ، فهذه القواعد تختلف بحسب ديانة اطراف النزاع • ولا يوجد قانون موحد يحكم علاقات الأسرة بالنسبة للمصريين جميعا(١٣١) • ولكن ذلك لا يمنع أن القواعد التي تنظم علاقات الأسرة هي من صميم القانون المدني •

ويلاحظ أن استقلال بعض فروع القانون الخاص عن القانون المدني ، يمثل ظاهرة مستمرة • فلم يقتصر الأمر على استقلال القانون التجاري والقانون البحري وقانون العمل ، بل أن العصر الحديث شهد أيضا استقلال قانون الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، وشهد كذلك استقلال القانون الزراعي • ولكن مهما تعددت فروع القانون الخاص ، فان القانون المدني يظل هو الأصل العام بالنسبة لها جميعا ، وهو ما يمكن أن تظهر أهميته في تكوين قواعد هذه الفروع المستقلة ، وفي تفسيرها أيضا •

١٧٣ ـ القانون التجاري التقليدي : Droit Commercial

القانون التجاري التقليدي يشمل القواعد التي تتعلق بالتجارة أو بالتجار • والتجارة لها جو خاص يقتضي وجود قواعد خاصة لها متميزة عن قواعد القانون المدني • والجو الخاص للتجارة يقوم أساسا على فكرتي السرعة والثقة • والسرعة في ابرام العمليات التجارية اقتضت وضع قواعد سهلة

---

(١٣١) راجع ما سبق ، فقرة ٨٤ ـ فقرة ٨٨ •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

للاثبات فى المواد التجارية ، يجوز بمقتضاها اثبات هذه العمليات بكافة طرق الاثبات دون اشتراط الاثبات بالكتابة كما هو الشأن فى القانون المدنى حيث يشترط فيه الاثبات بالكتابة فى كل نزاع تزيد قيمته على عشرين جنيها أو يكون غير محدد القيمة • وكذلك فان السرعة فى المعاملات التجارية اقتضت الاستعانة بنوع مبالغ فيه من الشكلية ، كتلك المتعلقة بالأوراق التجارية (الكمبيالة والشيك •• الخ) • والشكلية هنا لا تؤدى الى التعقيد ، بل على العكس توفر الكثير من الجهد الذى كان من الواجب بذله فى ابرام العقود وفى تحريرها(١٣٢) •

ومن ناحية أخرى ، فان الثقة فى المعاملات التجارية اقتضت وضع قواعد خاصة تشجع هذه الثقة وتحميها • ومن هذا القبيل نظام الافلاس وهو نظام صارم يهدف الى اخراج كل شخص يتوقف عن دفع ديونه من دائرة التجار • ومن هذا القبيل أيضا قاعدة افتراض التضامن بين المدينين اذا تعددوا ، على خلاف القاعدة المقررة فى القانون المدنى والتى تقضى بأن التضامن بين المدينين لا يفترض •

ويقتصر القانون التجارى التقليدى على تنظيم العلاقات التجارية ، فلا تدخل فى نطاقه العلاقات الزراعية أو العقارية أو الصناعية أو المهنية أو العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال(١٣٣) •

ومع ذلك فقد حدث تطور هائل فى القانون التجارى فى الوقت الحاضر ، جعله يمتد الى ما يسمى بالمشروعات العامة • وهى مشروعات القطاع العام ، التى تباشرها فى مصر المؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها • ولا شك أن القواعد التى تحكم المؤسسات العامة هى جزء من قواعد القانون الادارى ، وهو ما يطلق عليه اصطلاح القانون الادارى الاقتصادى •

---

(١٣٢) مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ج ١ ، ١٩٧١ ، ص ٦ ، راجع فى الشكلية ، ما سبق ، فقرة ١١٥ •

(١٣٣) راجع فى المعيار الشخصى والمعيار الموضوعى فى تحديد نطاق القانون التجارى : أكثم الخولى ، الموجز فى القانون التجارى ، ١٩٧٠ ، ص ٥ ـ ص ١١ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما اذا أريد الحاق هذه القواعد بالقانون التجارى ، فان ذلك يؤدى ضرورة الى تغيير وصف القانون التجارى من فرع من فروع القانون الخاص ، الى فرع من فروع القانون المختلطة .

فالقانون التجارى التقليدى هو وحده الذى يعتبر من فروع القانون الخاص .

وهكذا فان القواعد التى تحكم المؤسسات العامة اذا ألحقت بالقانون الادارى ، اطلق عليها اسم القانون الادارى الاقتصادى ، واذا ألحقت بالقانون التجارى ، أطلق عليها اصطلاح القانون التجارى العام .

ونظرا لأن أساتذة القانون التجارى فى مصر يتمسكون بدراسة قواعد المؤسسات العامة ضمن برامج القانون التجارى ، فانه تترتب على ذلك ضرورة القول ، بأن القانون التجارى المصرى يتكون من جزئين ، احدهما خاص وهو القانون التجارى التقليدى ، وثانيهما عام وهو قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام . ومن هذين الجزئين يتكون القانون التجارى بالمعنى الواسع أو بالمعنى الجديد ، وهو فرع من فروع القانون المختلطة .

ومع ذلك فنحن نميل الى اعتبار نظام المؤسسات العامة فرعا من فروع القانون الادارى ، مع قصر القانون التجارى على المعنى التقليدى لهذا الاصطلاح (١٣٤) .

١٧٤ - قانون التجارة البحرى Droit Maritime

القانون البحرى له معنى واسع يشمل جميع القواعد التى تحكم كل نشاط انسانى على سطح البحر . والقانون البحرى بهذا المعنى له عدة فروع

---

(١٣٤) راجع فى هذا الموضوع :

R. Houin, La gestion des entreprises publiques et les méthodes du droit commercial, Arch. de Phil. du dr. 1952, pp. 79-107; J. Rivero Le régime des entreprises nationalisés et l'évolution du droit administratif, pp. 147-171.

وراجع كتابنا القرار الادارى مصدر للحق ، ص ٥٧ - ص ٧١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تقابل فروع القانون البرى . فهناك القانون الدولى العام البحرى ، والقانون الادارى البحرى ، والقانون المالى البحرى ، والقانون الدولى الخاص البحرى ، والقانون الجنائى البحرى(١٣٥) .

وأهم فرع من فروع القانون البحرى ، هو القانون التجارى البحرى ، وهو الذى يقصد وحده عندما يطلق اصطلاح القانون البحرى دون تحديد ، وهو الذى يدرس وحده كذلك بصفة مستقلة فى برنامج الدراسة بكليات الحقوق تحت اسم القانون البحرى .

ويتضمن القانون التجارى البحرى ، القواعد المنظمة لعقد النقل البحرى، وعقد العمل البحرى ، وعقد القرض البحرى ، وعقد التأمين البحرى ، وكل بيع أو شراء مهمات أو أدوات أو ذخائر للسفن ، وكل استئجار أو تأجير للسفن ، وجميع العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية ، كالبيوع البحرية(١٣٦) . ويلاحظ أن جميع هذه العقود ترتبط أساسا باحدى السفن. ولذلك فمن الطبيعى أن يتضمن القانون التجارى البحرى أولا ، القواعد الخاصة بالنظام القانونى للسفينة ، من حيث ملكيتها وجنسيتها وتسجيلها ورهنها ، والحوادث التى تتعرض لها كالتصادم البحرى ، وما يرتبط به من أحكام المساعدة والانقاذ البحريين ، والخسارات العمومية وتسويتها .

والارتباط الوثيق بين القانون البحرى ، وبين السفينة ، جعل البعض يعرف القانون البحرى بأنه مجموعة القواعد التى تحكم العلاقات الخاصة الناشئة عن استغلال السفن فى الملاحة البحرية . ويلاحظ أن القانون البحرى وفقا لهذا التعريف لا يقتصر على الملاحة التجارية وحدها ، بل يشمل أيضا ملاحة الصيد ، وملاحة النزهة ، وكل انواع الملاحة الخاصة أيا كان الغرض منها(١٣٧) .

---

(١٣٥) مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون البحرى ، ١٩٧١ ، ص ٣ وما بعدها ، على البارودى ، مبادىء القانون البحرى ، ١٩٧٠ ، ص ٥ وما بعدها .

(١٣٦) بحسب المادة الثانية (فقرة ١٠ الى فقرة ١٠) من القانون التجارى ، تعتبر جميع هذه العقود من الأعمال التجارية .

(١٣٧) على البارودى ، مبادىء القانون البحرى ، ص ٩ . ويشير المؤلف الى حكم النقض الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٥٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٧٥ ـ القانون الزراعى Droit rural ou agraire.

القانون الزراعى ظل الى وقت قريب جزءا لا يتجزأ من القانون المدنى ، سواء من ناحية ملكية الأرض الزراعية أو استغلالها . ولكن حدث بعد صدور قانون الاصلاح الزراعى فى مصر ، وهو القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، ان توالت التشريعات التى تنظم الملكية الزراعية والمعاملات الزراعية على نحو يختلف كثيرا عن القواعد المقررة فى القانون المدنى . وأصبحت هذه التشريعات فى مجموعها تكون فرعا مستقلا من فروع القانون الخاص ، هو القانون الزراعى . وقد عنيت كليات الحقوق أخيرا بتدريس القانون الزراعى بصفة مستقلة عن القانون المدنى ، وبدأت تظهر فى الفقه المصرى مؤلفات تحمل اسم القانون الزراعى(١٣٨) .

ويشمل القانون الزراعى القواعد المتعلقة بالحد الأقصى للملكية الزراعية، سواء ملكية الفرد أو ملكية الأسرة ، والقواعد المتعلقة بالحد الأقصى لحيازة الفرد أو حيازة الأسرة ، والقواعد المتعلقة بالحد من تجزئة الملكية الزراعية ، ويشمل كذلك القواعد المتعلقة بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية الصغيرة ، وحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية ، وتخفيض الضرائب أو الاعفاء منها بالنسبة لصغار ملاك الأراضى الزراعية ، وحقوق العامل الزراعى ، ونظام الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة ، ونظام التعاون الزراعى ، واستغلال الأرض الزراعية عن طريق تأجيرها بأجرة نقدية ، أو بطريق المزارعة .

ويشمل القانون الزراعى كذلك القواعد المتعلقة باللجان القضائية المختصة بالفصل فى المنازعات الناشئة عن تحديد الملكية ، ، وغير ذلك من المسائل الأخرى المنصوص عليها فى قانون الاصلاح الزراعى . ويشمل كذلك القواعد المتعلقة بلجان الفصل فى المنازعات الزراعية وهى اللجان المختصة بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن عقد ايجار الأرض الزراعية .

---

(١٣٨) راجع كتابنا فى القانون الزراعى ، ١٩٧٠ ، وقد نوهنا فى مقدمة هذا الكتاب عن ميلاد فرع جديد من فروع القانون الخاص هو القانون الزراعى .

ويلاحظ أن عقد ايجار الأرض الزراعية يخضع الآن للقانون المدنى ، طبقا للقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ راجع كتابنا عقد الايجار طبعة جديدة ١٩٩٧ - ١٩٩٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويلاحظ أن معظم قواعد القانون الزراعى ، قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام • ومع ذلك فان القانون الزراعى يعتبر فرعا من فروع القانون الخاص ، لأنه ينظم علاقات خاصة بين الأفراد ، وذلك فيما عدا بعض الاحكام القليلة كتلك المتعلقة بالضرائب الزراعية ، وبعض الاحكام الوقتية كتلك المتعلقة بالاستيلاء على الأراضى الزائدة عن الحد الأقصى ، والتى تعتبر من قواعد القانون العام ، لأنها تنظم علاقات تدخل فيها الدولة طرفا باعتبارها صاحبة السيادة فى المجتمع • ولكن هذه القواعد القليلة أو الوقتية ، لا تؤثر فى صفة القانون الزراعى الخاصة المستمدة من معظم قواعده •

المبحث الرابع

فروع القانون المختلطة

أبرز فروع القانون المختلطة هى قانون العمل ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، والقانون الدولى الخاص •

١٧٦ - قانون العمل Droit du Travail

قانون العمل هو وليد الثورة الصناعية ، وظهور طبقة عمال الصناعة الكادحين • وكان التقنين المدنى الفرنسى يطلق على عقد العمل اسم عقد ايجار الأشخاص ، على أساس أن العامل يؤجر نفسه كما تؤجر السلع • وكانت اجرة العامل يحددها قانون العرض والطلب ، كما أن شروط عقد العمل الأخرى كانت تتحدد وفقا لمبدأ سلطان الارادة دون أى تدخل من جانب الدولة • وقد كانت نتيجة الأخذ بمبادىء الحرية الاقتصادية المتمثلة فى قانون العرض والطلب ، ان انخفضت أجور العمال الى أدنى الحدود بسبب زيادة العرض على الطلب • وقد أدى ذلك بالعمال الى دفع نسائهم وأطفالهم الى العمل للحصول على دخل يكفى لسد نفقات الأسرة • وكانت النتيجة الطبيعية لذلك هى مضاعفة العرض وانخفاض الأجور أكثر وأكثر • وقد اقترن انخفاض الأجور بانتشار البطالة ، وكثرة حوادث العمل التى لا توجد حماية حقيقية بالنسبة لها • كما أن الأخذ بمبدأ سلطان الارادة جعل عقود العمل تحقق مصلحة أصحاب الأعمال على حساب العمال الذين كانوا يجبرون مقابل

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أجورهم الزهيدة ، على العمل لمدة تصل أحيانا الى أربعة عشر ساعة فى اليوم(١٣٩) .

ولم يكن من الممكن أن يسكت العمال على هذا الوضع رغم كثرة عددهم ، وأهمية دورهم فى الانتاج . وقد صدقت عبارة الفيلسوف كونت الشهيرة التى قال فيها : « ان العمال يعسكرون فى الأمة »(١٤٠) . ومعسكر العمال هو معسكر البائسين ، أو معسكر القوة الجديدة التى سيهتز لها المجتمع كله . ولم يقف العمال وحدهم فى هذا الصراع . بل ناصرهم فيه الفلاسفة والمفكرون من أنصار المذاهب الاشتراكية والعدالة الاجتماعية .

وقد انتهى هذا الصراع بصدور تشريعات العمل التى تحقق الحماية للعمال عن طريق تدخل الدولة فى علاقات العمل ، بوضع حد أدنى للاجور ، وحد أقصى لساعات العمل ، وتنظيم تشغيل النساء والأطفال ، وحماية العمال من البطالة ، وحوادث العمل وأمراض المهنة .. الخ . ونصوص التشريعات المذكورة هى نصوص آمرة متعلقة بالنظام العام . وقد أدى ذلك ببعض الفقهاء الألمان الى القول بأن قانون العمل أصبح قانونا عاما بالنسبة لتسعة أعشار قواعده(١٤١) .

ومع ذلك فقد سبق أن ذكرنا أن القانون الخاص يتضمن الكثير من القواعد الآمرة ، وأن وجود هذه القواعد فى فرع من فروع القانون لا يجعل منه قانونا عاما ، طالما أن هذه القواعد تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد كما هو الشأن فى قانون العمل ، الذى ينظم العلاقات الخاصة بين العمال وأصحاب الأعمال .

وقد ذهب بعض الفقه الى ان قانون العمل قانون مختلط لأنه يتضمن بجانب القواعد التى تنظم العلاقة بين العمال وأصحاب الأعمال ، قواعد

---

(١٣٩) راجع فى المعنى الزائف ، والمعنى الحقيقى ، لمبدأ سلطان الارادة ، ما سبق ، فقرة ٥٩ ، فقرة ٦١ .

(١٤٠) Cité par J. — J. Dupeyroux, Sécurité sociale, 1969, p. 32.

(١٤١) K. Renner, Cité par P. Roubier, Théorie générale, p. 301.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أخرى تنظم علاقات تدخل الدولة طرفا فيها بما لها من حق السيادة فى المجتمع • ومن هذا القبيل القواعد التى تنظم التفتيش على أماكن العمل ، والقواعد التى تسمح بامتداد نطاق اتفاقات العمل المشتركة بقرارات وزارية ، والقواعد التى تعاقب على بعض الأفعال المخالفة لأحكام قانون العمل •• الخ(١٤٢) •

وقد رد جانب آخر من الفقه على هذا الرأى بأن القواعد المذكورة هى قواعد مساعدة أو تكميلية ، وليست هى القواعد الأساسية لقانون العمل ، والتى ينبغى أن تؤخذ وحدها فى الاعتبار عند الحاق هذا القانون بالقانون العام أو القانون الخاص • والقواعد الأساسية لقانون العمل هى تلك التى تحكم العلاقة الخاصة بين العمال وأصحاب الأعمال ، وهى لهذا السبب تعتبر من قواعد القانون الخاص • ويعتبر قانون العمل فى مجموعه من فروع القانون الخاص(١٤٣) •

ومع ذلك فنحن نرى أن قانون العمل هو من فروع القانون المختلطة ، لأنه أصبح الآن لا يقتصر على تنظيم العلاقات بين العمال وأصحاب الأعمال فى القطاع الخاص ، بل أصبح يشمل أيضا القواعد التى تحكم العلاقات بين العمال وبين شركات القطاع العام ، وهى القواعد التى نص عليها القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ باصدار نظام العاملين بالقطاع العام • وهذه القواعد تنظم العلاقات بين شركات ومؤسسات القطاع العام ، وهى أشخاص اعتبارية عامة تتمتع بمميزات السلطة العامة(١٤٤) ، وبين العمال • وتشبه هذه القواعد الى حد كبير ، تلك المنصوص عليها فى القرار بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١

---

(١٤٢) P. Roubier, Théorie générale, p. 306; Marty et Raynaud, T. 1, p. 69;

فى نفس المعنى : اسماعيل غانم ، قانون العمل ، ١٩٦٢ ، ص ٧٠ •

(١٤٣) حسن كيره ، المدخل ، ص ٧٦ - ٧٧ ، حسن كيره ، أصول قانون العمل ، ١٩٦٩ ، ص ١ ، ص ٦٥ - ٦٦ ، برات وجالان ، قانون العمل ، ١٩٥٨ ، ص ١٩١ مشار اليهما فى : محمد لبيب شنب ، شرح قانون العمل ، ١٩٦٦ ، ص ٢ •

(١٤٤) راجع كتابنا : القرار الادارى مصدر للحق ، ص ٦٨ وما بعدها •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بشأن نظام العاملين المدنيين فى الدولة • ولا يجادل أحد فى أن نظام المدنيين العاملين في الدولة هو من نظم القانون العام ، وهو ما يصدق أيضا على العاملين فى القطاع العام • ولا يغير من هذا النظر شيئا أن قانون العاملين فى القطاع العام يحيل فى تكملة أحكامه الى قانون العمل الخاص بالعاملين فى القطاع الخاص ، وهو حاليا القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩(١٤٥) • فالعبرة فى وصف قانون العاملين بالقطاع العام ليست بالقواعد المكملة له ، ولكن بقواعده الأصلية الواردة فى صلب القانون ، والتى لا تختلف كثيرا عن القواعدة الخاصة بالعاملين المدنيين فى الدولة •

فقانون العمل يتكون اذن من قسمين • الأول خاص بنظام العاملين فى القطاع الخاص ، وهذا فرع من فروع القانون الخاص • والثانى يتعلق بنظام العاملين فى القطاع العام ، وهذا فرع من فروع القانون العام • وبالجمع بين هذين القسمين يجب اعتبار قانون العمل من فروع القانون المختلطة التى تجمع بين قواعد القانون العام ، وقواعد القانون الخاص •

١٧٧ ـ قانون المرافعات المدنية والتجارية Droit Judiciaire privé

قانون المرافعات المدنية والتجارية
Droit de procedure civile et commerciale

يطلق عليه بعض الفقه الحديث اصطلاح القانون القضائى الخاص • وهو القانون الذى ينظم اجراءات التقاضى أمام المحاكم المدنية والتجارية ، وينظم كذلك ترتيب المحاكم واختصاصاتها •

والقواعد التى تنظم اجراءات التقاضى هى من قواعد القانون الخاص • وقد كان القانون الرومانى ينظر الى الخصومة القضائية باعتبارها عقدا قضائيا خاصا ، يعقد بتسليم طلب الحضور من المدعى الى المدعى عليه ، وهو ما كان يطلق عليه اصطلاح LA LITISCONTESTATIO (١٤٦) • وأيا ما كان الجدل

---

(١٤٥) وردت هذه الاحالة فى المادة الأولى من قانون اصدار قانون العاملين بالقطاع العام رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ •

(١٤٦) راجع فى هذا الموضوع كتابنا :
De l'obligation judiciaire, op. cit., p. 89 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حول الطبيعة الارادية لهذا العقد ، فان آثار فكرة العقد القضائى الخاص ، لا زالت موجودة حتى الآن فى القوانين الحديثة ، والتى تتمثل فى مبدأ أن الخصومة هى ملك الخصوم ، وكذلك مبدأ حياد القاضى • ولا يقصد بمبدأ حياد القاضى عدم تحيزه ، فذلك مفروض فيه بداهة بحكم وظيفته ، ولكن يقصد به ان الاثبات هو حق الخصوم وواجبهم فى حدود القانون • فالخصوم هم الذين يتقدمون بالطلبات والدفوع وهم الذين يقدمون وسائل الاثبات التى يحددها القانون ، وعلى القاضى أن يفصل فى طلبات الخصوم على أساس الأدلة التى تقدموا بها وبحسب قيمة هذه الأدلة طبقا للقانون • وفى جميع الأحوال فان القاضى لا يحكم بعلمه الشخصى اذا وصل اليه هذا العلم خارج المناقشة الدائرة بين الخصوم وقبل اقفال باب المرافعة •

وطالما أن صاحب الحق يستطيع أن يتنازل عن حقه فهو يستطيع من باب أولى أن يترك الخصومة القضائية ، أو أن يتنازل عن الحكم الصادر فيها •

فكل القواعد التى تتعلق باجراءات الدفاع عن الحقوق والمراكز الخاصة ، تعتبر من قواعد القانون الخاص • حتى ولو كان القانون يعترف للقاضى بدور ايجابى فى هذه الاجراءات(١٤٧) •

ولكن بجانب هذه القواعد توجد قواعد أخرى فى قانون المرافعات تعتبر من قواعد القانون العام ، وهى تلك التى تنظم السلطة القضائية وتبين ترتيب المحاكم واختصاصها الدولى ، واختصاصها الولائى ، واختصاصها النوعى ، وتحدد قواعد تعيين القضاة وترقيتهم ونقلهم وندبهم واعارتهم ومرتباتهم وواجباتهم ، وكذلك قواعد التفتيش القضائى ، وقواعد اصدار الاحكام والنطق بها وتصحيحها •

وبالجمع بين القواعد التى تنظم اجراءات التقاضى ، وتلك التى تنظم السلطة القضائية ، يتكون قانون المرافعات بالمعنى الواسع ، وهو فرع من

---

(١٤٧) من أهم مظاهر الدور الايجابى للقاضى مما استحدثه قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ما نصت عليه المادة ١/١١٨ من هذا القانون من أن « للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال من ترى ادخاله لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة » •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فروع القانون المختلطة(١٤٨) ٠

١٧٨ ـ القانون الدولى الخاص : Droit international privé

يتضمن القانون الدولى الخاص عدة مجموعات من القواعد هى : القواعد الخاصة بتنازع الاختصاص القضائى الدولى ، والقواعد الخاصة بتنازع القوانين، والقواعد الخاصة بالجنسية ، والقواعد الخاصة بمركز الأجانب ٠ والمجموعتان الأولى والثانية تواجهان مشكلة المنازعات ذات العنصر الأجنبى٠ أما المجموعتان الثالثة والرابعة فتقومان بتحديد الأشخاص الذين يتمتعون بالصفة الوطنية ، وتحديد النظام القانونى للاشخاص الذين لا يتمتعون بهذه الصفة ٠

وجدير بالذكر أن كل قواعد القانون الدولى الخاص،هى قواعد وطنية داخلية، وليست قواعد دولية عالمية ٠ واطلاق اصطلاح القانون الدولى على هذه القواعد هو من قبيل التجوز المسموح به ، بالنظر الى العنصر الأجنبى الموجود فى العلاقات التى تواجهها قواعد تنازع الاختصاص وقواعد تنازع القوانين ، وهى أقدم قواعد القانون الدولى الخاص ٠

والمنازعات التى تعرض أمام القضاء الوطنى قد تكون وطنية خالصة ، وقد تكون مكونة من عنصر أو أكثر من العناصر الأجنبية ٠

ويختص القضاء الوطنى بنظر المنازعات الوطنية الخالصة اختصاصا لا يثير أدنى شك ٠ كما يطبق القضاء الوطنى على هذه المنازعات ، القانون الوطنى دون أى تردد ٠

فاذا اشترى مصرى من مصرى آخر ، قطعة أرض كائنة بمصر وتم ابرام العقد فى مصر ، فان هذا النزاع يكون نزاعا وطنيا خالصا يختص بنظره القضاء الوطنى ويسرى عليه القانون المصرى ٠

ولكن اذا تزوج فرنسى من انجليزية وتم ابرام الزواج فى ايطاليا ، ثم

---

(١٤٨) فى هذا المعنى : رمزى سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ـ الطبعة الثامنة ـ ص ١٠ ، أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة العاشرة ـ ص ٣٠ ، حسن كيره ، المدخل ، ص ٨١ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

رفعت دعوى بطلان هذا الزواج أمام القضاء المصرى ، ففى هذه الحالة يكون القاضى المصرى أمام نزاع أجنبى فى كل عناصره (طرفا العقد ، مكان ابرام العقد) ، ويكون هناك وجه للتساؤل عما اذا كان القـــاضى المصرى يختص بالفصل فى هذا النزاع أم لا • واذا كان يختص بالفصل فى هذا النزاع ، فأى قانون يطبقه عليه • هل هو القانون الفرنسى وهو قانون جنسية الزوج ، أو القانون الانجليزى وهو قانون جنسية الزوجة ، أو القانون الايطالى وهو قانون مكان ابرام العقد ، أو القانون المصرى وهو قانون القاضى •

ولتحديد ما اذا كان القاضى مختصا أو غير مختص بنظر هذا النزاع أو بغيره من المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، توجد مجموعة من القواعد ، وهى التى يطلق عليها قواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى • وهى منصوص عليها فى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى المواد من ٢٨ الى ٣٥ من هذا القانون تحت اسم قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم •

وهذه القواعد تحدد الحالات التى يختص فيها القضـــاء الوطنى بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبى • فاذا لم يكن هذا القضاء مختصا فان القواعد المذكورة لا تحدد القضاء الأجنبى المختص بنظر هذه المنازعات • ولذلك يقال ان قواعد الاختصاص الدولى ، هى قواعد فردية وليست مزدوجة •

ويلاحظ أن هذه القواعد تتعلق بحق السيادة فى الدولة(١٤٩) • ولذلك فهى تعتبر من قواعد القانون العام • واذا قررت قواعد تنـــازع الاختصاص القضائى الدولى ، اختصاص القاضى الوطنى بنظر نزاع ذى عنصر أجنبى ، فلا يعنى ذلك أن القاضى الوطنى سيطبق القانون المصرى على هذا النزاع ، بل هو يطبق القانون الذى تحدده له قواعد القانون الدولى الخاص المسماة باسم قواعد تنازع القوانين • وسبب هذه التسمية هو وجود أكثر من قانون يحتمل تطبيقه على هذا النزاع ، ومن ثم يوجد تنازع بين هـــذه القوانين المختلفة • ووظيفة قواعد تنازع القوانين هى حل هذا التنازع عن طريق تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الذى ثار بشأنه هذا التنازع •

---

(١٤٩) قارب : هشام على صادق ، تنازع الاختصاص القضائى الدولى ، فقرة ٢ ، ص ٨ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويطلق على قواعد تنازع القوانين اصطلاح آخر ، هو قواعد الاسناد Règles de rattachement ، وسبب هذه التسمية ان هذه القواعد تسند النزاع الى قانون معين هو القانون الواجب التطبيق .

واذا كانت قواعد تنازع الاختصاص السابق ذكرها تعتبر قواعد فردية ، فان قواعد تنازع القوانين تعتبر قواعد مزدوجة ، لأنها لا تكتفى ببيان ما اذا كان القانون الوطنى مختصا بحكم النزاع أم لا ، ولكنها تبين أيضا فى حالة عدم اختصاص القانون الوطنى بحكم النزاع ، القانون الأجنبى الذى يختص بحكمه .

فاذا أخذنا مثلا دعوى بطلان الزواج المبرم فى ايطاليا بين زوج فرنسى وزوجة انجليزية . وجدنا المادة ١٢ من القانون المدنى تنص على أن « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » . ومعنى ذلك أن القاضى يطبق على دعوى بطلان الزواج كلا من القانونين الانجليزى والفرنسى . فالمادة ١٢ تضع قاعدة من قواعد تنازع القوانين ، أو قاعدة من قواعد الاسناد بمقتضاها يطبق القاضى قانون الدولة التى ينتمى اليها كل من الزوجين فى كل المنازعات التى تتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج .

وقد نص المشرع المصرى ، على قواعد تنازع القوانين فى المواد من ١٠ الى ٢٨ من القانون المدنى تحت عنوان تنازع القوانين من حيث المكان . وتتضمن كل مادة من هذه المواد قاعدة أو أكثر من قواعد تنازع القوانين . وتتعلق كل قاعدة من هذه القواعد بمجموعة من المسائل التى تجمعها فكرة واحدة ، وهى ما يطلق عليها اسم الفكرة المسندة ، مثل فكرة الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، أو الطلاق ، أو الاهلية ، أو الميراث والوصية .. الخ .

وقد ذهب جانب من الفقه الى أن قواعد تنازع القوانين تعتبر من قواعد القانون العام ، لأنها تختص بتوزيع الاختصاص التشريعي للدول المختلفة(١٥٠) . ولكن الفقه الغالب يرفض الأخذ بهذا الرأى ، لأن قواعد

---

(١٥٠) Niboyet, Cours de droit international privé, Paris, 1949, No. 38.
مشار اليه فى هشام على صادق ، تنازع القوانين ، الطبعة الثانية ، ص ٦ ، هامش (١) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تنازع القوانين لا تحل تنازعا بين سيادات الدول المختلفة ، اذ لا وجود لمثل هذا التنازع ، ولكنها تختار فقط القانون الأكثر اتصالا والأكثر ملاءمة لحل النزاع • ومن ناحية أخرى فان مشكلة تنازع القوانين لا تثور الا بالنسبة للمنازعات الخاصة ، كتلك المتعلقة بالزواج أو الطلاق أو البيع أو الميراث أو الوصية •• الخ • وقواعد تنازع القوانين تهدف بذلك الى تنظيم الحياة الخاصة الدولية ، أى العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبى ، وهى العلاقات « التى لا تكون الدولة موضوعا لها أو طرفا فيها بوصفها صاحبة السيادة »(١) • فقواعد تنازع القوانين لا تختلف فى طبيعتها عن القواعد الموضوعية التى ترشد هى اليها ، بل تعتبر مثلها من قواعد القانون الخاص •

ولكن القانون الدولى الخاص لا يشمل فقط قواعد تنازع الاختصاص القضائى ، وقواعد تنازع القوانين ، بل يشمل أيضا ـ حسب الاتجاه السائد فى الفقه ـ قواعد الجنسية ، وهى القواعد التى تحدد الاشخاص الذين يتمتعون بالجنسية الوطنية ، وتبين كيفية اكتسابه هذه الجنسية وأسباب زوالها • وهذه القواعد تعتبر من القانون العام ، لأنها تحدد ركن الشعب فى الدولة ، أى أنها تنظم وجود الدولة ذاتها •

والسبب الذى يبديه الفقه السائد فى ادخال قواعد الجنسية فى نطاق القانون الدولى الخاص ، هو أن قواعد تنازع القوانين تحدد القانون الواجب التطبيق فى كثير من المسائل على أساس جنسية بعض أطراف النزاع • وهو ما يعبر عنه بأن قواعد تنازع القوانين تستخدم الجنسية كضابط من ضوابط الاسناد • وأيا ما كانت القيمة الحقيقية لهذا الرأى ، فان الفقه يذهب فى مجموعه الى اعتبار قواعد الجنسية جزءا من قواعد القانون الدولى الخاص •

وكذلك يذهب الفقه السائد الى اعتبار القواعد التى تحدد مركز الأجانب فى الدولة من قواعد القانون الدولى الخاص • وهذه القواعد تحدد نظام

---

(١٥١) عشام على صادق ، تنازع القوانين ، ص ٦ • وهو يشير فى نفس المعنى : الى محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ، ص ٥٦ ، فؤاد رياض ، الوسيط فى القانون الدولى الخاص ، ج ١ ، ١٩٦٢ ، ص ١١٠ ،

Batiffol-Lagarde, Droit international privé, 4e éd., 1962, No. 303. Loussouran-Bourbours-Pigeonniere et Loussouran, Précis de droit international privé, 3e éd., 1962, No. 303.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

دخول الأجنبى الى أرض الوطن ، واقامته بها ، وابعاده منها ، وتحدد مدى حقوق الأجنبى فى العمل داخل الدولة ، ومدى توافر أهلية الوجوب لديه ، أى صلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات . وتعتبر كل هذه القواعد من القانون العام .

وبالرغم من أن قواعد تنازع القوانين هى القواعد الأساسية فى القانون الدولى الخاص ، الا أن اعتبار هذا القانون شاملا للقواعد الأخرى المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائى والجنسية ومركز الأجانب ، يؤدى الى اعتبار القانون الدولى الخاص فى مجموعه فرعا من فروع القانون المختلطة(١٥٢) .

---

(١٥٢) شمس الدين الوكيل : النظرية العامة للقانون ، ص ١٠١ ، حسن كيره : المدخل ، ص ٨١ ، هشام على صادق ، تنازع القوانين ، ص ٧ ، هامش (٤) ، وهو يشير فى نفس المعنى الى :

Lerebours — Pigeonnière et Loussoran, op. cit., No. 64, p. 67.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث الاشخاص
أو
قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

تنقسم دراستنا فى هذا الفصل الى ثلاثة مباحث : الأول فى أساس قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، والثانى فى الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة ، والثالث فى امتداد هذه القاعدة الى مصادر القانون المختلفة .

المبحث الأول
أساس قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

١٧٩ ـ الاشخاص المخاطبون بحكم القانون :

ذهب فريق من الفقهاء الألمان الى القول بأن القانون لا يتجه بخطابه الى عامة المواطنين ، بل الى الاشخاص الذين يمثلون أجهزة السلطة فى الدولة(١٥٣) . ويترتب على هذا القول أنه لا ينشأ عن القانون أى التزام بالنسبة للافراد ، ولكن ينشأ عنه التزام لأجهزة الدولة فى أن تعمل على احترام الأفراد للقانون ، وتوقيع الجزاء عليهم فى حالة مخالفتهم له .

وهذا الرأى لا يمكن قبوله . والصحيح أن القانون يتجه بخطابه الى الأفراد العاديين ، والى أجهزة الدولة على السواء ، مع الاختلاف بين مضمون الالتزام الواقع على الأفراد بحسب كل قاعدة قانونية ، وبين مضمون الالتزام الواقع على أجهزة الدولة فى استخدام وسائل القهر لاجبار الأفراد على تنفيذ ما تقضى به قواعد القانون .

وذهب فريق آخر من الفقهاء الألمان الى القول بأن القانون لايتجه

---

(١٥٣) Ihreng, Maver, Binder, cités par DEL VECCIHO, Philosophie du droit, p. 294.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بخطابه الى جميع الأفراد ، بل ال كاملى الادراك منهم فقط(١٥٤) . ويبدو من غير المعقول لدى هؤلاء الفقهاء أن يتجه القانون بخطابه الى عديمى الادراك كالمجنون أو الطفل الصغير ، الذين لا يستطيعون فهم أحكامه أو العلم بها .

وهذا الرأى أيضا لا يمكن قبوله لأن القانون لا يسرى فقط على الأشخاص الذين يعلمون به ، بل يسرى على جميع الأشخاص المخاطبين بحكمه ولو كانوا يجهلونه . وهو لذلك يسرى على عديمى التمييز والادراك وان كان يضع لهم أحكاما خاصة ، كعدم العقاب عن الجرائم التى يرتكبونها ، وبطلان العقود التى يبرمونها ، على أن تظل قائمة بالنسبة لهم التفرقة الجوهرية بين الأعمال المشروعة والأعمال غير المشروعة ، وهو ما يظهر أثره فى امكان الحكم عليهم بالتعويض عن أعمالهم غير المشروعة .

ويخلص من ذلك أن القانون يلزم كل الأشخاص المخاطبين بحكمه ، الحاكم منهم والمحكوم ، كامل الادراك وعديم الادراك ، من يعلم بالقانون أو من يجهله .

واذا كانت القاعدة هى عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، فان هذه القاعدة غير منقطعة الصلة بقاعدة أخرى هى قاعدة افتراض العلم بالقانون .

١٨٠ - الصلة بين قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وقاعدة افتراض العلم به :

القاعدة الأصلية هى أن الجهل بالقانون لا يحول دون تطبيقه على من يجهله . وبتعبير آخر فانه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون للافلات من حكمه . وتبرير هذه القاعدة ، ان الأخذ بعكسها يؤدى الى الفوضى والى انهيار القانون(١٥٥) . وهكذا يكاد يختلط تبرير هذه القاعدة بتبرير وجود القانون ذاته(١٥٦) . ومع ذلك فقد استعان الفقه فى تبرير قاعدة عدم جواز الاعتذار

---

(١٥٤) Binding, Merkel, Zitelmann, Hold J. Ferneck, cités par DEL VECCHIO, Philosophie du Droit, p. 294.

(١٥٥) J. Carbonnier, Droit Civil, T. I, p. 93.

(١٥٦) انظر فى أن أساس هذه القاعدة هو العدل . والعدل كما هو معروف هو أساس القانون كله : حسن كيره ، المدخل ، ص ٣١٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بالجهل بالقانون ، بقاعدة أخرى فنية من قواعد الصياغة القانونية ، وهى قاعـــدة افتراض العلم بالقـــانون • Nul n'est censé ignorer la loi وهى قاعدة قديمة عرفها القانون الرومانى منذ آلاف السنين ، بغض النظر عما اذا كانت الصياغة اللاتينية لهذه القاعدة قد جاءت من القانون الرومانى نفسه ، أم انها جاءت من المحشيين(١٥٧) •

وطبقا لهذا التبرير لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون ، لأنه يفترض علم كل شخص بالقانون •

وقد ثار جدل طويل فى الفقه حول قاعدة افتراض العلم بالقانون ، وما اذا كانت هذه القاعدة تقوم على قرينة قانونية تجعل من الشىء المحتمل شيئا ثابت الوجود ، أم انها تقوم على حيلة قانونية تجعل من الشىء الكاذب حقيقة • واذا تعلق الأمر بقرينة قانونية ، فهل هى قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس أم أنها قرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها ؟

وقد أدى ذلك بالبعض الى القول بأنه لا توجد علاقة ما بين عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، وبين افتراض العلم به(١٥٨) • وبالتالى فانه يمكن طرح قاعدة افتراض العلم بالقانون ، وهى قاعدة مصطنعة ، اكتفاء بتبرير قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، بالمبررات العملية والفلسفية التى يستند اليها وجود القانون ذاته على النحو السابق ذكره •

ومع ذلك فيبدو لنا من اللازم ابقاء الصلة بين عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وبين افتراض العلم به • وتظهر هذه الصلة فى أمور كثيرة منها :

---

(١٥٧) الصياغة اللاتينية للقاعدة هى :

nemo censetur ignorare jus

راجع فى الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة فى القانون الرومانى ، والخاصة بالضعفاء عقليا أو عديمى الخبرة أو الجنود :

Descoust, L'erreur de droit, Thèse, Paris, 1917, p. 3-38;
Gorphe, Le principe de la bonne foi. Thèse. Paris, 1928, p. 131 et s. Cités par R. Decottignies, L'erreur de droit Rev. Trim. de Dr. Civ., 1951, p. 309, note 2.

(١٥٨) حسن كيره ، المدخل ، ص ٣١٦ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١ - من المقرر فقها وقانونا انه يجب نشر التشريع حتى يصبح ملزما للمخاطبين بأحكامه . والمقصود بالنشر هو الاعلان عن وجود التشريع حتى يتأتى العلم به . فالتشريع يصبح نافذا exécutoire بعد اصداره ، ولكنه لا يصبح ملزما obligatoire الا بعد نشره(١٥٩) . فالتشريع لا يستمد قوته الملزمة من ذاته . ولكنه يستمدها من نشره ، أى من الواقعة التى تجعل العلم به ممكنا(١٦٠) . فهناك تلازم حتمى بين الالتزام بالقانون وبين امكان العلم به . ومن غير المتصور فى دولة حديثة أن يكون القانون سرا خافيا على الملتزمين بأحكامه(١٦١) .

٢ - كنتيجة منطقية للفكرة السابقة فانه اذا استحال العلم بالقانون بسبب قوة قاهرة كفيضان أو حرب أو غير ذلك ، فلا يكون القانون ملزما بالنسبة لمن استحال عليهم العلم به . وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية : « ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو اثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلى .. وانما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون اذا حالت قوة قاهرة دون دخول الجريدة الرسمية بتاتا الى منطقة من مناطق الجمهورية » (١٦٢) .

٣ - ومما يرتبط بالفكرتين السابقتين أيضا أن سريان القانون لا يحسب على أساس التاريخ المطبوع على الجريدة الرسمية ، ولكن على أساس التاريخ الحقيقى لنشر وتوزيع هذه الجريدة . وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض « ان افتراض علم الكافة بالاجراءات التى أوجبها ذلك القانون (رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات) مرهون بعدم قيام أسباب

---

(١٥٩) راجع ما سبق ، فقرة ٩٧ ، وراجع :
Travaux de la Commission de Réforme de Code Civil (Français), T. 4, 1948-1949, p. 156 et s., Cité par Francois Terré, Le Rôle actuel de la maxime «nul n'est censé ignorer la loi», Etudes de droit contemporain, 1966, p. 115.

(١٦٠) نقض ١٩٥٦/٥/١٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٧ ، ص ٦٠٧ .

(١٦١) H. Guillien, Nul n'est censé ignorer la loi, Mélanges P. Roubier, T. 1, p. 253.

(١٦٢) نقض ١٩٦٥/٤/٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٤٧٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تحول حتما دون قيام هذا الافتراض ، فاذا كان المستأنف قد دفع بأنه قد استحال العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف الى قلم الكتاب بمقولة ان الجريدة الرسمية التى نشر فيها ذلك القانون وان كانت قد طبعت فى ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ الا انها لم توزع وتنشر فعلا الا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف ، فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع ، فانه يكون مشوبا بالقصور »(١٦٣) .

٤ ـ رغم الأهمية البالغة لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، الا انه ليس مبدأ مطلقا ، بل هو مبدأ نسبى ترد عليه بعض الاستثناءات التى سندرسها فيما بعد . ومرد هذه الاستثناءات غالبا هو انتفاء قرينة العلم بالقانون انتفاء يبرر فى بعض الظروف الخاصة التمسك بالجهل بالقانون .

وهكذا تقوم صلة تلازم حتمى بين مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، وبين مبدأ افتراض العلم به ، بحيث يمكن اعتبارهما مبدأين مترادفين . مع ملاحظة أن الترادف بين هذين المبدأين لا يجعل من أحدهما مبررا للآخر ، بل هما يحتاجان معا الى مبرر يستندان اليه . ولا يوجد مبرر أفضل من فكرة النظام التى يستند اليها القانون ذاته .

١٨١ ـ افتراض العلم بالقانون : قرينة أم حيلة ؟

سبق أن رأينا عند دراستنا لبعض طرق الصياغة القانونية ، ان القرينة القانونية هى افتراض قانونى يجعل الشىء المحتمل أو الممكن ، صحيحا . أما الحيلة القانونية فهى تجعل من الشىء غير الصحيح صحيحا(١٦٤) . وبتطبيق كل من هذين التعريفين على قاعدة افتراض العلم بالقانون ، ذهب البعض مثل فرانسوا جنى الى القول بأن هذه القاعدة تقوم على حيلة قانونية ، وذهب البعض الآخر مثل دابان الى القول بأن هذه القاعدة تقوم على قرينة قانونية .

---

(١٦٣) نقض ١٩٥٨/٦/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٦٣٩ .

(١٦٤) راجع ما سبق ، فقرة ١١٦ وما بعدها ، وفقرة ١١٩ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ووجهة نظر جنى فى هذا الشأن ، انه وان كانت صياغة القاعدة التى تستخدم فيها كلمة « افتراض » توحى بأنها تعبر عن احتمال أى عن قرينة قانونية ، الا انه نظرا لتخلف كل عناصر الاحتمال ، فان القرينة لا تكون موجودة ، بل توجد فقط حيلة قانونية ، تعبر عن شىء مخالف للحقيقة ، اذ المقطوع به كذب الادعاء بأن كل شخص يعلم القانون(١٦٥) .

ويذهب البعض فى عبارات لاذعة الى القول بأن الكذب هنا يتخطى كل حد ، وانه اذا كان من المسموح به أن تمنح كليات الحقوق فى بعض الأحيان شهادة الدكتوراة الفخرية فى القانون الى بعض العلماء أو الزعماء الذين لم يدرسوا القانون ، وذلك على سبيل المجاز والتكريم ، فان القاعدة المذكورة تمنح ما هو أكثر من مجرد شهادة الدكتوراة ، وهو العلم الكامل بالقانون ، ليس الى بعض العلماء أو الزعماء ، بل الى الناس كافة . وهكذا يصبح كل فرد عالما بالقانون رغم أنفه(١٦٦) .

أما دابان فهو يرى أن القاعدة موضوع دراستنا تعبر عن قرينة ، لا عن حيلة . وهذه القاعدة تعيد التوازن بين المنطق الذى يقتضى عدم تطبيق القانون الا على من يعلم به فعلا ، وبين ضرورات الحياة الاجتماعية التى لا تسمح بعدم تطبيق القانون لعدم العلم به أو لادعاء عدم العلم به . وهذه القاعدة تعبر عن قرينة قانونية طالما يوجد احتمال فى أن يعلم بعض الاشخاص بالقاعدة القانونية التى يراد تطبيقها على الشخص الذى لا يعلم بها . ولا يشترط أن يعلم كل شخص بكل القواعد القانونية حتى توجد القرينة . اذ لو اشترطنا ذلك ، لانتقلنا من نطاق القرينة والاحتمال الى نطاق اليقين وهو غير مطلوب . بل لو اشترطنا ذلك لما وجدت أية قرينة فى القانون . فكل القرائن القانونية لا يوجد فيها يقين ، بل هى تقوم بحسب تعريفها على الاحتمال والامكان . ويصدق ذلك على قرينة افتراض العلم بالقانون .

---

(١٦٥) F. Gény, Science et technique, op. cit., T. 3, p. 389 et s.

(١٦٦) M. Dereux, Etude critique de l'adage «nul n'est censé ignorer la loi», Rev. Trim. de Droit Civ., 1907, p. 513.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبالنظر الى نشر القانون فى الجريدة الرسمية ، فانه يوجد احتمال فى أن يعلم بعض الاشخاص بالقانون ، ويكفى وجود هذا الاحتمال أو الامكان للقول بان القاعدة المذكورة تعبر عن قرينة قانونية تجعل من الشىء المحتمل شيئا صحيحا ، لا عن حيلة قانونية تجعل من الشىء غير الصحيح صحيحا(١٦٧) .

ويلاحظ أن رأى دابان يتفق مع قضاء محكمة النقض المصرية الذى يذهب الى انه فى الحالات التى يستحيل فيها افتراض العلم بالقانون ، يجوز الاعتذار بالجهل به . اذ لو لم يجز ذلك لاصبحت القاعدة المذكورة مخالفة للواقع مخالفة مباشرة ، أى حيلة قانونية ، وهى لم يقصد بها أن تكون كذلك .

ونحن وان كنا نؤيد دابان فى اعتبار قاعدة افتراض العلم بالقانون ، قرينة وليست حيلة ، الا اننا نلاحظ أيضا أن العلم بالقانون أصبح يتناقص عند الناس يوما بعد يوم .

١٨٢ - قاعدة افتراض العلم بالقانون فى مواجهة ظاهرة الجهل به :

لا يستطيع أحد انكار أن الجهل بالقانون أصبح الآن ظاهرة اجتماعية . وقد أثارت هذه الظاهرة انتباه علماء الاجتماع الذين بدأوا يحللونها ويكشفون عن أسبابها ويفترضون الحلول لمواجهتها . وهكذا نجد أن الاستاذ كاربونييه يفرق بين الجهل المنشىء وهو الذى يختلق قاعدة غير موجودة ، والجهل السلبى الذى ينكر قاعدة موجودة ، ويفرق كذلك بين الجهل الجماعى ، والجهل الفردى .. الخ(١٦٨) . ويجمع الكتاب على أن أهم أسباب ظاهرة الجهل بالقانون ، هو كثرة التشريعات وتلاحقها ، فى صورة تشبه الطوفان ، أو الانهيار الجليدى Avalanche (١٦٩) ، أو غير ذلك من العبارات المثيرة ، لدرجة أن الاستاذ ريبير يذهب الى أن أكثر الناس علما بالقانون يقفون أحيانا موقف العجز عن معرفة ما اذا كانت بعض القواعد قد ألغيت أو عدلت

---

(١٦٧) J. Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, pp. 277, 278.

(١٦٨) J. Carbonnier, Cours de Sociologie juridique, 1960-1961, Sociologie des sources du droit ... cité par F. Terré op. cit ...

(١٦٩) R. Guillien, op. cit., p. 253;
F. Terré, op. cit., p. 113.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أو أبطلت(١٧٠) .

ومن أسباب ظاهرة الجهل بالقانون أيضا اختلاط التشريعات العادية بالتشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية(١٧١) .

وترجع ظاهرة الجهل بالقانون في بعض الحالات الى نقل التقنينات الكبرى الى بلاد لم تنشأ ولم تتطور فيها القواعد المقررة في هذه التقنينات ، كما حدث عندما استقبلت مصر التقنينات الفرنسية في أواخر القرن الماضي ، وكما حدث عندما طبقت هذه التقنينات ذاتها في المستعمرات الفرنسية خلال القرن الماضي والحالي . ففي مثل هذه الظروف لا يمكن القول بأن عامة الشعب تعلم شيئا عن أحكام هذه التقنينات . وذلك لا يتعارض بالطبع مع اعتبار ادخال التقنينات في هذه البلاد عملا ثوريا أو اصلاحيا في ذاته(١٧٢) .

وقد وصف الأستاذ Ellul ظاهرة الجهل بالقانون ، في عبارات قوية جاء فيها « ان القانون أصبح بالنسبة للمواطن العادي غير مفهوم وغير ممكن الامساك به ، كما كان الشأن في العصور البربرية حيث كان العلم بالقانون سرا يحتكره الكهنة والحكماء . حتى المتخصص أصبح لا يستطيع من الناحية المادية الاحاطة بكل القواعد القانونية في تفصيلاتها غير المعدودة . وفي تعديلاتها ذات السرعة المتناهية ... » . وهو يردف ذلك بقوله ان هذه الظاهرة تؤدي الى « انخفاض قيمة القانون لدى الرأي العام للمواطنين ، وتؤدي بهم الى الشك والسخرية وعدم الاهتمام »(١٧٣) .

وفي وصف نفس الظاهرة يقول الأستاذ Guillien ان رجل القانون المتخصص أصبح لا يعرف القانون ، ولكنه يعرف فقط فرعا من فروعه . وهو لا يعرف في هذا الفرع غير قواعد الصياغة الفنية المؤقتة بطبيعتها ، والنسبية في قيمتها . فهو باختصار يجهل القانون(١٧٤) .

---

(١٧٠) G. Ripert, Le déclin du droit, Ch. 6, cité par De Cottignies, op. cit., p. 309.

(١٧١) Guillien, op. cit., p. 260.

(١٧٢) Guillien, op. cit., p. 256.

(١٧٣) Ellul, Le droit occidental en 1970 à partir de l'expérience française, Futuribles, No. 840, p. 6, p. 10, cité par F. Terré, op. cit., pp. 109 - 110.

(١٧٤) R. Guillien, op. cit., p. 260.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويقترح البعض كحل لهذه الظاهرة ، استخدام الوسائل العلمية الأكثر تطورا في نشر القانون • كان يتم ذلك عن طريق الصحف الكبرى والاذاعة والتليفزيون • وكما يقول الأستاذ Terré اذا كان الفرد لا يذهب الى القاعدة القانونية فيجب على القاعدة القانونية ان تذهب الى الفرد(١٧٥) • وقد نوقشت هذه الوسائل العلمية الحديثة في لجنة تعديل القانون المدني الفرنسي ، وكذلك في اليونسكو ، وهي تحتاج الى مزيد من الدراسة والبحث لتلافي الاضرار التي قد تنشأ عن استخدامها(١٧٦) •

ولعله من الواجب قبل استخدام وسائل النشر العلمية الحديثة ، أن تحسن الدولة استخدام الوسيلة المتاحة لها حاليا • وهي النشر في الجريدة الرسمية ، بحيث تظهر هذه الجريدة في مواعيدها ، وتطبع بأعداد كافية ، وتوزع في كل مكان يوجد فيه الناس •

١٨٣ - رفض فكرة الالتزام بالعلم بالقانون باعتبارها حيلة قانونية :

كما أن القانون يصدر عن ارادة الدولة ، فان الدولة تتحمل مسئولية اعلام الناس به • وعلى هذا النحو فان التشريع وهو أهم مصادر القانون ، لا يعتبر ملزما للمخاطبين بحكمه الا بعد نشره ، أي بعد أن تقوم الدولة بواجبها في تحقيق الواقعة التي تؤدي الى امكان العلم بالقانون • وكما تتحمل الدولة مسئولية اعلام الناس بالقانون ، فان الأفراد يسعون من تلقاء أنفسهم الى معرفة القانون ، ويصلون في حالات كثيرة الى هذه المعرفة ، رغم تفاقم ظاهرة الجهل بالقانون السابق دراستها •

ولكن هل يعني ذلك وجود التزام قانوني محدد على عاتق الأفراد بالعلم بالقانون ؟

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين القدامى ، الى القول بوجود هذا الالتزام - بل أن بعضهم ذهب الى أن هذا الالتزام هو وحده الأساس النظري لقاعدة

---

(١٧٥) F. Terré, op. cit., p. 113.

(١٧٦) من هذه المخاطر ما يقوله الأستاذ بيير من أن الصحف والمجلات قد تزيف نصوص القانون او تشوهها •

Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, T. 4, p. 164, cité par F. Terré, op. cit., pp. 112-113.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذا جواز الاعتذار بالجهل بالقانون . ويشرح Dereux ، وجهة نظر هؤلاء الفقهاء بقوله ان المواطن الصالح يلتزم قانونا واخلاقا بالسعى الى معرفة القوانين التى تحكمه . فالجهل بالقانون خطأ لا يجوز التمسك به امام القضاء ، اذ لا يجوز للشخص أن يستفيد من خطئه(١٧٧) . ولا زالت تتردد هذه الفكرة فى بعض الأحكام . الحديثة فى فرنسا . ومن هذا القبيل الحكم الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦٠ من محكمة استئناف Aix (١٧٨) ، ويأخذ بهذه الفكرة أيضا بعض الفقهاء المصريين(١٧٩) .

ويرد Dereux على هذا الرأى بأنه غير صحيح أن المواطن الصالح يلتزم بمعرفة كل القوانين . ولو افترضنا جدلا أن موجة من الجنون اجتاحت البلاد وفرضت على كل شخص أن يدرس القانون دراسة كاملة ، لتوقفت الزراعة والصناعة والتجارة ، وتحول كل مكان الى مدرسة للقانون وتعطلت بالتالى كل الحياة الاجتماعية .

واذا قيل بأن الفرد يلتزم لا بمعرفة كل القوانين ، بل بمعرفة القوانين التى تنطبق عليه . فالرد على ذلك هو كيف تمكن قبل دراسة أى قانون معرفة ما اذا كان ينطبق على الشخص أم لا ؟(١٨٠) .

وبجانب الحجج التى أبداها Dereux فانه يبدو لنا أن القول بوجود

---

(١٧٧) M. G. Dereux, Etude critique de l'adage, op. cit., Rev. Trim. de Droit Civ., 1907, p. 529.

(١٧٨) D. 1961, 479, note Mimin.

(١٧٩) تغير هذه الفكرة عن خلاصة البحث الذى نشره فى هذا الموضوع ، زميلنا الدكتور مصطفى الجمال ، الجهل بالأحكام المدنيه ، مجلة الحقوق ، العدد الأول والثانى ، السنة ١٦ - ١٩٧١ ، تاريخ النشر الفعلى سنة ١٩٧٣ ، ص ٣ وما بعدها . انظر بصفة خاصة : ص ٤٢ وما بعدها .

ويأخذ بنفس الفكرة أيضا : محمد وجدى عبد الصمد ، الاعتذار بالجهل بالقانون ، ١٩٧٣ - ١٩٧٣ ، ص ١٠٠٢ وما بعدها . ويشير المؤلف الى أن مانسينى هو صاحب هذه الفكرة . والى فى الدكتور محمود نجيب حسنى يأخذ بها كذلك .

ويأخذ بنفس الفكرة أيضا ولكن فى حدود معقولة لا تجعل منها الأساس الوحيد لقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون : حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٠١ .

(١٨٠) Dereux, op. cit., p. 529 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التزام محدد على عاتق كل فرد بمعرفة كل قواعد القانون ، أو معرفة قواعد القانون التى يمكن أن تنطبق عليه ، يتعرض للانتقادات الآتية :

١ ـ هذا الالتزام لا وجود له ، اذ لا مصدر له . واذا قيل أن مصدر هذا الالتزام هو مصدر كل قاعدة قانونية ، بحيث ينشأ عن كل قاعدة قانونية التزامان ، الأول بالعلم بمضمون هذه القاعدة ، والثانى بتنفيذ التكليف الوارد بهذه القاعدة . فان هذا القول لا يعدو أن يكون حيلة ابتدعها بعض الشراح . وهى حيلة تخالف الواقع وتنسب الى كل قاعدة قانونية التزاما غير موجود بها .

ومن غير المعقول بطبيعة الحال أن نقبل من بعض الشراح ترك قرينة افتراض العلم بالقانون ، لنأخذ بحيلة الالتزام بالعلم بالقانون ، اذ من المقطوع به انه فى مجال المفاضلة بين وسائل الصياغة القانونية المختلفة فان القرينة التى تجعل من الشىء المحتمل شيئا صحيحا ، تسمو على الحيلة التى تذهب مباشرة ضد الحقيقة .

٢ ـ الالتزام المصطنع بالعلم بالقانون ، يهدف عند أصحابه الى الربط المحكم بين القوة الملزمة للقانون وبين العلم به . فالقانون لا يسرى فى حق المخاطبين به الا اذا علموا به ، ولذلك كان لا بد أن نختلق التزاما على عاتقهم بالعلم به .

وما كان أغنى هؤلاء الفقهاء عن اختلاق هذا الالتزام ، لو أنهم أخذوا بالرأى السائد فى أن القوة الملزمة للقانون لا تتوقف على علم المخاطبين به علما يقينيا . فالقانون يسرى فى حق كل شخص سواء علم به أو لم يعلم به . فالقانون ملزم للاشخاص المخاطبين بحكمه دون حاجة الى تقوية هذا الالتزام بالتزام آخر مصطنع هو الالتزام بالعلم بالقانون .

وهنا أيضا نرى أن قرينة افتراض العلم بالقانون ، تسمو على حيلة الالتزام بالعلم بالقانون . فالقرينة تجعل القانون ملزما لمجرد أن العلم به ممكن أو محتمل . أما الحيلة فهى تجعل القانون ملزما لأن العلم به متحقق عن طريق التزام قانونى .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٣ - اذا كان الالتزام الحقيقى الذى تتضمنه القاعدة القانونية ، يحتاج فى ضمان تنفيذه الى اختلاق التزام مجازى هو الالتزام بالعلم به ، فما الذى يضمن تنفيذ هذا الالتزام المجازى ذاته ؟ وكيف يتحقق العلم بهذا الالتزام المجازى ذاته ؟ ولو أخذنا بنفس المنطق لوجب أن نعزز الالتزام المجازى بالتزام مجازى آخر بالعلم بالالتزام المجازى الأول . وهكذا نتسلسل فى اختلاق الالتزامات المجازية ، بحيث ننتقل من نطاق الحيلة القانونية ، الى نطاق اللغو الذى لا يليق .

ولهذه الأسباب فاننا نرفض رفضا قاطعا حيلة الالتزام بالعلم بالقانون، فهى أدنى من كل وجه من قرينة افتراض العلم بالقانون .

وطبقا لقرينة افتراض العلم بالقانون ، فان الالتزام بحكم القانون لا يتوقف على العلم اليقينى به ، بل على مجرد امكان العلم به ، أو احتمال العلم به .

وحتى تتوافر شروط قرينة العلم بالقانون ، يجب أن تكون الدولة قد قامت بواجبها فى نشر القانون . والدولة تلتزم بنشر القانون التزاما محددا منصوصا عليه فى الدستور ، وذلك على الأقل بالنسبة للتشريع وهو أهم مصادر القانون . ويترتب على عدم تنفيذ الدولة لهذا الالتزام أن يصبح التشريع غير ملزم للاشخاص المخاطبين بحكمه . أما اذا قامت الدولة بتنفيذ التزامها بالنشر ، فان العلم بالقانون يصبح ممكنا لأى فرد ، وبالتالى يصبح من الجائز القول بافتراض العلم بالقانون .

ومما يقوى هذا الافتراض أن الأفراد يسعون من تلقاء أنفسهم الى محاولة معرفة القانون . وهم لا يصدرون فى هذا السعى عن التزام قانونى محدد مفروض عليهم ، فمثل هذا الالتزام لا وجود له . بل هم يسعون الى معرفة القانون تحت تأثير دوافع شتى ، أهمها رغبتهم فى اخضاع سلوكهم لحكم القانون الذى سينطبق عليهم سواء علموا أو لم يعلموا به . ومن هذه الدوافع أيضا رغبتهم فى الاندماج فى المجتمع الذى ينظمه القانون ، أو على

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حد تعبير أحد الكتاب ، الاندماج فى العقد الاجتماعى(١٨١) • وقد يكون من هذه الدوافع أيضا مجرد حب الاستطلاع وهو غريزة فى كل انسان •

وفى بعض الأحيان فان العلم بالقانون يصل الى الأفراد دون أن يسعوا اليه ، كما لو اقترن نشر القانون بوسائل قوية من الدعاية والاعلان ، أو اقترن اعداد القانون بمناقشات حامية فى البرلمان وكان الشعب يتابعها باهتمام ، أو تم اصدار القانون بطريق الاستفتاء الشعبى العام •• الخ • بل وفى بعض الأحيان فان العلم بالقانون يتحقق عند الأفراد بمجرد احساسهم الفطرى بالتفرقة بين ما هو مشروع وما هو غير مشروع • ويصدق ذلك على كل القوانين التى تعبر عن المبادىء الاخلاقية الأساسية كتلك التى تعاقب على القتل أو السرقة ••• الخ •

وهكذا يمكن القول انه اذا كان الأفراد لا يعلمون بكل القوانين ، فانهم من ناحية أخرى لا يجهلون كل القوانين • ولذلك فان قرينة افتراض العلم بالقانون تقوم على أساس صحيح من ناحية الواقع ، رغم تفاقم ظاهرة الجهل بالقانون التى درسناها من قبل •

وطبقا لقرينة افتراض العلم بالقانون ، فان الالتزام القانونى يرتبط بامكان العلم به أو باحتمال العلم به • وهذه هى الفائدة الكبرى التى تحققها قاعدة افتراض العلم بالقانون • فالقانون لا يمكن تطبيقه اذا انتفى كل احتمال للعلم به ، كما لو لم ينشر فى الجريدة الرسمية ، أو لم تصل الجريدة الرسمية الى بعض المناطق المنكوبة بسبب الفيضان أو الحرب أو غير ذلك •

ولكن من ناحية أخرى فان الالتزام بالقانون لا يتوقف على العلم اليقينى به • وهنا لا تقدم قاعدة افتراض العلم بالقانون أى تبرير • ولا يوجد تبرير للالتزام بالقانون رغم عدم العلم به ، سوى الحيلولة دون حلول الفوضى محل القانون • فالأسباب التى وجد من أجلها القانون هى بذاتها التى تقرض تطبيقه رغم عدم العلم به فى بعض الحالات ، ولو أدى ذلك الى التضحية ببعض المصالح الخاصة لبعض الأفراد أو لعدد كبير من الأفراد •

---

(١٨١) [illegible], op, cit., p. 257.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والخلاصة انه اذا كانت قرينة افتراض العلم بالقانون ، تسمو على حيلة الالتزام بالعلم بالقانون ، وتتصل اتصالا وثيقا بقاعدة عـــدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، الا أن هذه القرينة لا تجدى فى تفسير قاعدة عـــدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون • ولكن الذى يفسر هـذه القاعدة اعتبارات تتعلق بجوهر القانون أكثر من تعلقها بوسائل صياغته •

١٨٤ ـ مناقشة فكرة المساواة أمام القانون كأساس لعدم جواز الاعتـــذار بالجهل به :

من الأفكار الشائعة أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون تنبع عن فكرة المساواة أمام القانون • فالقانون ينبغى أن ينطبق على الجميع • ولا يجوز لأحد الأشخاص أن يفلت من حكم القانون لأسباب خاصة به ، كعـدم علمه بالقانون أو ادعائه عدم العلم به •

ويلاحظ أن فكرة المساواة هذه لم تكن متحققة بصفة مطلقة فى القانون الرومانى ، حيث كان يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون من البعض مثل الجنـود الغائبين ، أو بعض الأشخاص الآخرين الذين ينقصهم الادراك السليم أو الخبرة بالحياة ، وهم من كان يطلق عليهم اصطلاح الضعفاء فى نظر القانون • وبعد مناقشات طويلة فى القانون الفرنسى القديم ، لم تنتقل الى تقنـين نابليون الاستثناءات الخاصة بهؤلاء الأشخاص ، وأصبح من المقرر انه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون من أى شخص تحقيقا لفكرة المساواة أمام القانون(١٨٢) •

ومع ذلك فانه من الملاحظ أن فكرة المســـاواة فى الخضوع للقانون لا تتحقق فى العصر الحديث على الوجه الأكمـــل • بل من المدهش أن الجهل بالقانون اذا جاء من شخص متخصص فى القانون ، فلا جزاء عليه فى بعض الأحيان ، بينما اذا جاء الجهل بالقانون من شخص غير متخصص فى القانون فلا مغفرة له(١٨٣) •

قاول شخص كان ينبغى ألا يجهل بالقانون هو المشرع نفســه ، الذى

---

(١٨٢) R. Decottignies, op., cit., p. 309; F. Terré, op. cit., p. 94.

(١٨٣) راجع فى هذا الموضوع بصفة خاصة : F. Terré, op. cit., pp. 91-98.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تصدر عن ارادته القوانين . ومع ذلك فانه يحدث فى بعض الأحيان أن يصدر المشرع قانونا جديدا ، عن جهل منه بوجود قوانين سابقة ، لو علم بها لما أصدر القانون الجديد ، أو لما أصدره فى الصورة التى خرج بها . ومع ذلك فان هذا الجهل لا جزاء عليه . بل لا يقال حتى فى هذه الحالة أن المشرع قد خدع ، بل يقال ان القانون السابق قد ألغى أو عدل .

وكذلك فان مستشارى محكمة النقض الذين من واجبهم العمل على رقابة تطبيق القانون تطبيقا صحيحا بواسطة المحاكم على اختلاف درجاتها ، قد يصدرون أحكامهم عن جهل بالقانون ، وهم غير معصومين عن مثل هذا الجهل ، بل ان بعض أساتذة علم الاجتماع القانونى مثل الأستاذ كاربونييه ، لم يفتهم تسجيل ظاهرة جهل مستشارى محكمة النقض بالقانون ، ضمن الظاهرة العامة للجهل بالقانون(١٨٤) . ومع ذلك فلا جزاء على أحكام محكمة النقض التى تصدر عن جهل بالقانون ، بل ان هذه الأحكام يمكن فى النهاية أن تؤدى الى صنع قانون جديد .

أما القضاة العاديون فهم كثيرا ما يصدرون أحكامهم عن جهل بالقانون والدليل على ذلك كثرة الأحكام التى تصدر عن محكمة النقض بالغاء الأحكام الصادرة عن المحاكم الأخرى بسبب خطأ هذه المحاكم فى تطبيق القانون . وقد يقال ان الغاء هذه الأحكام يعنى أن القانون قد انطبق فى آخر الأمر انطباقا صحيحا . ومع ذلك فقد ييأس صاحب الحق من التقاضى فلا يطعن فى الحكم الذى أخطأ فى تطبيق القانون ، فيصبح هذا الخطأ نهائيا ويكتسب قوة الشىء المحكوم به ، أى يكتسب قوة الحقيقة القانونية ! وحتى اذا ألغى الحكم بعد الطعن فيه ، فان صاحب الحق لا يستطيع أن يرجع على القاضى الذى أصدر الحكم الخاطىء بالتعويض وبتعبير آخر فان القضاة غير مسئولين عن

---

(١٨٤) J. Carbonnier, Cours du Sociologie Juridique, 1960-1961, p. 117, cité par F. Terré, op. cit., p; 95.

ويلاحظ انه تقديرا من المشرع الفرنسى ان مستشارى محكمة النقض غير معصومين عن الجهل بقضاء محكمة النقض ذاتها ، فقد أنشأ لهم نظاما خاصا للفهرس والاستعلامات يسكنهم عن طريقه معرفة المبادىء التى أقرها هذا القضاء .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أخطائهم فى تطبيق القانون(١٨٥) ٠

أما الرجل العادى فهو اذا جهل بوجود القانون ، فلا يستطيع الاحتجاج بهذا الجهل ، بل ينطبق عليه القانون كما لو كان يعلم به تماما ٠ وتزيد شدة المفارقة اذا كان الرجل العادى قد وقع فى غلط فى القانون نتيجة تأثره بحكم قضائى طبق القانون بطريقة غير صحيحة ٠

ففى كل هذه الأمثلة وغيرها ، لا تبدو قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون كنتيجة منطقية لقاعدة المساواة أمام القانون ، ولكنها تبدو على العكس مظهرا من مظاهر عدم المساواة أمام القانون ٠

وغنى عن الذكر أن قاعدة المساواة أمام القانون تعتبر من أهم المبادىء الأساسية للقانون ٠ ولذلك فلا يجوز التضحية بهذه القاعدة لأى سبب من الأسباب ٠ واذا وجدت أسباب تبرر عدم مساءلة بعض الأشخاص عن جهلهم بالقانون ، فمعنى ذلك أن هناك اعتبارات تغلب فى بعض الأحيان على الاعتبارات التى تقوم عليها قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، وبالتالى فان هذه القاعدة الأخيرة ليست مطلقة التطبيق بل ترد عليها بعض الاستثناءات ٠ وهذه الاستثناءات لا ينبغى أن يستفيد منها المشرع أو المستشار أو القاضى فحسب ، بل يمكن أن يستفيد منها الرجل العادى أيضا تحقيقا لفكرة المساواة بين الجميع ٠

ففكرة المساواة لا تفرض فقط عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، بل هى تفرض أحيانا ـ كما سنرى ـ جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ٠ ولهذا لا يمكن القول بأن فكرة المساواة هى أساس قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، بل هى تسهم فقط فى رسم الحدود التى يجوز فيها التمسك بهذه القاعدة ٠

---

(١٨٥) قرر المجلس الأعلى للقضاء فى فرنسا أن القاضى لا يحاكم تأديبيا الا لأسباب تتعلق بالأمانة أو الشرف أو الكرامة ، وهو ما لا ينطبق على الغلط فى تطبيق القانون ٠ راجع :
F. Terré, op. cit., p. 96.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الثاني

الاستثناءات على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

١٨٥ ـ قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون قاعدة اساسية ولكنها ليست مطلقة :

لا يتصور وجود نظام قانوني يجوز فيه للأفراد الافلات من حكم القانون عن طريق الاعتذار بالجهل به . فمثل هذا النظام كان ينهار فور وجوده . ولذلك فمن المقرر فى كل القوانين انه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون ، تأكيدا لفكرة النظام التى يستند اليها القانون ، ولو كان ثمن ذلك ، التضحية ببعض المصالح الخاصة للأفراد . ومن هنا تبدو قاعدة عدم جواز الاعتذار بالقانون محققة للمصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة لبعض الأفراد .

ولكن مع التسليم بأن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون تعبر عن مبدأ أساسى من المبادىء العامة للقانون ، الا انه لا يمكن اعتبار هذه القاعدة مطلقة لا يرد عليها أى استثناء على الاطلاق .

وبصفة مبدئية فان من غير المقبول اسباغ صفة الاطلاق على أي مبدأ من مبادىء القانون ، حتى ولو كان هذا المبدأ متصلا بجوهر القانون . فالعدل ذاته ، قال عنه فقهاء الرومان أن المبالغة فيه تؤدى الى الظلم .

واذا كانت هناك اعتبارات من النظام والمصلحة العامة تبرر قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، فقد توجد فى بعض الأحيان اعتبارات أخرى مماثلة تبرر جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .

ويمكن القول انه يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون على خلاف الأصل ، اذا استحال العلم بالقانون ، أو اذا توافرت شروط قاعدة أن الغلط الشائع يولد الحق ، أو اذا توافر حسن النية فى بعض العقود ، أو اذا أدى الغلط فى القانون الى عيب فى ارادة أحد المتعاقدين ... الخ .

وهذه الاستثناءات لا تؤدى الى اهدار القاعدة الأصلية ، بل على العكس

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تؤدى الى تأكيدها عن طريق وضعها فى حدودها المعقولة ، بالاستجـــابة الى اعتبارات مماثلة أو مساوية للاعتبارات التى تستند اليها القـــاعدة الأصلية ذاتها .

١٨٥ ـ جواز الاعتذار بالجهل بالقانون عند استحالة العلم به :

رغم أن الرأى السائد يذهب الى أن قرينة العلم بالقانون هى قرينـــة قاطعة لا يجوز اثبات عكسها ، فان الصحيح هو عكس هذا الرأى . فقرينـــة العلم بالقانون هى قرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها ، غاية الأمر أن أهميـــة القاعدة التى تقوم على هذه القرينة تقتضى التشدد فى كيفية اثبات العكس .

بل نحن لا نغالى اذا قلنا ان الفائدة الجوهرية من هذه القرينة ، هى جعل تطبيق القانون متوقفا على امكان العلم به ، بحيث لا ينطبق القانون اذا انتفت هذه القرينة بطريقة حاسمة ، أى اذا تبين استحالة العلم بالقانون . أى أن الهدف من القرينة ليس هو جعل القانون واجب التطبيق فى جميع الأحوال . فمثل هذا الهدف يمكن ادراكه عن طريق المبررات الأخرى المتصـــلة بفكرة النظام . بل الهدف من القرينة هو استبعاد تطبيق القانون عنـــدما يثبت بشكل قاطع استحالة العلم بالقانون ، اذ أن تطبيق القانون فى هذه الحـــالة يصبح غير متفق مع العـــدل .

وقد سبق أن رأينا أن عدم نشر التشريع يترتب عليـــه عـــدم امكان تطبيقه ، والسبب فى ذلك هو أن عدم النشر يثبت بشكل قـــاطع استحالة العلم بالتشريع . وسبق أن رأينا كذلك أن استحالة وصول الجريدة الرسمية الى بعض المناطق بسبب حرب أو أية كارثة أخرى ، يجعل التشريع غير واجب التطبيق فى هذه المنطقة ، والسبب فى ذلك هو أن استحالة وصول الجريدة الرسمية تنفى بشكل قاطع العلم بالتشريع . وسبق أن رأينا كذلك انه اذا تأخر التوزيع الفعلى للجريدة الرسمية فانه لا يكون واجب التطبيق الا اعتبارا من تاريخ هذا التوزيع ، وليس من التاريخ المطبوع على الجريدة ، والسبب فى ذلك هو استـــحالة العـــلم بالتشريع فى الفترة الســـابقة على التـــوزيع

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفعلى(١٨٦) .

ويتضح من هذه الأمثلة أن قرينة العلم بالقانون ليست قاطعة ، بل يجوز نفيها باثبات استحالة العلم بالقانون . وهو ما يعنى جواز الاعتذار بالجهل بالقانون عند استحالة العلم به .

ولئن كانت استحالة العلم بالقانون ترجع فى الأمثلة السابق ذكرها الى تقصير الدولة فى عدم نشر التشريع أو فى نشره متأخرا ، أو ترجع الى ظروف استثنائية عامة كحرب أو ما يشبهها ، فلا ينبغى أن نستخلص من ذلك وجوب التفرقة بين الجهل بالقانون لأسباب عامة غير متعلقة بشخص المخاطب بالقاعدة ، وهذه يجوز الاحتجاج بها ، وبين الجهل بالقانون لأسباب خاصة متعلقة بهذا الشخص ، وهذه لا يجوز الاحتجاج بها .

فالواقع أن الأسباب العامة للجهل بالقانون ، وان كان يجوز الاحتجاج بها فى جميع الأحوال ، فان الأسباب الخاصة للجهل بالقانون ، يجوز أيضا الاحتجاج بها فى بعض الأحوال ، خاصة عندما تقترن بظروف مساعدة كظرف حسن النية ، أو ظرف العيب فى الارادة ، كما سنرى فيما بعد . وننتقل الآن لدراسة تطبيق آخر لأسباب عامة للجهل بالقانون .

١٨٦ ـ قاعدة الغلط الشائع يولد الحق ، تسمح أحيانا بالافلات من حكم القانون :

ترجع تطبيقات قاعدة الغلط الشائع يولد الحق Error Communis facit jus الى القانون الرومانى . وقد روى الفقيه أولبيان قصة العبد باربابيوس فيلبس ، الذى كان يعتبره الناس مواطنا حرا بطريق الغلط ، مما سمح لهذا العبد أن يصبح بريتورا . ولما اكتشفت الحقيقة ، لم تبطل مع ذلك

---

(١٨٦) راجع فى هذه التطبيقات ، ما سبق ، فقرة ١٨٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القرارات التى أصدرها هذا العبد بصفته حاكما أو بريتورا • وتبرير ذلك هو أن الغلط الشائع يولد الحق للأشخاص الذين استفادوا من هذا الغلط(١٨٧) •

وبالرغم من وجود تطبيقات عديدة لهذه القاعدة فى القانون الرومانى ، فان صياغتها لا ترجع الى هذا القانون ، ولكنها ترجع الى المحشيين ، وهم شراح القانون الرومانى فى القرون الوسطى(١٨٨) •

ويلاحظ أن الغلط فى مثال العبد باربباريوس ، لم يكن غلطا فى القانون، بل كان غلطا فى الواقع ، أى فى صفة هذا الشخص وهل هو عبد أم مواطن حر • ومع ذلك فان الغلط فى الواقع أدى الى مخالفة القانون ، أو الافلات من حكم القانون ، الذى يقتضى بطلان تعيين هذا العبد بريتورا ، وبالتالى بطلان كل القرارات التى أصدرها •

وفى بعض حالات أخرى ، فان الغلط الشائع يكون غلطا فى القانون ، وهو يؤدى أيضا اذا توافرت شروطه الى الافلات من حكم القانون •

فسواء تعلق الغلط الشائع بالواقع أم تعلق بالقانون ، فان نتيجة الاعتداد به هى دائما الاحتفاظ بالوضع القائم على خلاف القانون(١٨٩) •

ولكن حتى تتحقق شروط الغلط الشائع ينبغى أن يكون هذا الغلط مشتركا بين الناس • والمعيار هنا معيار موضوعى مستمد من عدد الأشخاص الذين وقعوا فى الغلط • ولكن هذا المعيار ينبغى تعزيزه بمعيار آخر شخصى مستمد من السبب الذى دفع الناس الى هذا الغلط • فكما يقول الاستاذ « مازو »(١٩٠) ، فان الأسباب الفنية لا تكفى للاعتداد بالغلط ولو أصبح عاما بين الناس • وهو ما يعنى حسب القضاء الفرنسى أن يكون الغلط من

---

(١٨٧) D. I. 14, 3.

(١٨٨) H. Mazeaud, Error communis facit jus, Rev. Trim. de Droit Civ., 1924, p. 933.

(١٨٩) H. Mazeaud, op. cit., pp; 930, 932; 941, 943, 957.

(١٩٠) H. Mazeaud, op. cit., p; 937.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

غير الممكن توقعه ومن غير الممكن دفعه ، وأن « أى احتيـــاط أساسى ما كان يؤدى الى تفاديه »(١٩١) . فلا يكفى أن يكون الغلط من الجائز التسامح فيه ، بل يجب أكثر من هذا أن يكون قهريا .

وفى بحث العلاقة بين المعيار العـــددى المستمد من عدد الأشـــخاص المشتركين فى الغلط ، والمعيار الشخصى المستمد من الأســـباب المـؤدية الى الغلط ، ذهب الأستاذ « مازو » الى أن توافر المعيار العددى وحده ينهض قرينة على توافر المعيار الشخصى أيضا ، وعلى من يدعى غير ذلك أن يثبت العكس . أما اذا توافر المعيار الشخصى وحده ، فان هذا يكفى للقـــول بوجود الغلط الشائع ولو لم يشترك فى هذا الغلط العدد الأكبر من الناس . فالعبرة فى الغلط أن يكون قهريا لا يمكن توقعه ولا يمكن تفاديه(١٩٢) .

واذا توافرت شروط الغلط على هـــذا النحو فهو يسمح بالابقـاء على المراكز والحقوق التى نشأت على خلاف القانون . وتبرير ذلك هو حمـــاية الأوضاع الظاهرة ، وحماية الثقة فى المعاملات . فانه مما يخل بالثقـة فى المعاملات ألا يجد حماية ، ذلك الشخص الذى راعى فى تصرفه كل الاحتياطات اللازمة . وهكذا تبدو قاعدة الغلط الشائع يولد الحق نابعـــة عن المصلحة العامة ، ومحققة للنظام العام ، ومحققة للعدل أيضا .

وكما يقول الأستاذ « مازو » فى عبارة قوية ان هذه القاعدة « تحمى المصلحة العامة فى صراعها المنتصر ضد مبدأ سيلطـــان القـــانون »(١٩٣) . ولتوضيح هذه العبارة فاننا نقول ان المصلحة العـــامة التى تقتضى تطبيـق القانون فى معظم الأحيان ، تسمح هى ذاتها بالافلات من حـــكم القانون فى بعض الأحيان . ومن هذا يتبين لنا أن الاعتبارات التى تستند اليها قاعـدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ليست مطلقة ، بل قد توجد اعتبارات أخرى تنهض ضدها وتتغلب عليها .

---

(١٩١) Cass. 3 Juill. 1877, D. 77. 1. 430.

(١٩٢) H. Mazzeaud, op. cit., p. 938.

(١٩٣) H. Mazeaud, op. cit., p; 932.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وجدير بالذكر أن قاعدة الغلط الشائع يولد الحق ، وان كانت لها بعض الأمثلة والتطبيقات المعروفة ، الا أنها لا تقتصر على هذه الأمثلة ، بل يمكن أن تطبق فى مواجهة أية قاعدة قانونيـــة ، وتؤدى الى الاعـــلات من حكم هذه القاعدة . فنطاق مبدأ الغلط الشائع يتســـع باتساع نطـــاق القـــانون كله(١٩٤) .

وكما سبق أن ذكرنا فان الغلط الشائع اما أن يكون غلطا فى القانون أو غلطا فى الواقع . ومن أمثلة الغلط فى القانون أن تقع المحاكم ذاتها فى غلط فى تفسير القانون ، مما يترتب عليه انسياق المعاملات وراء هذا التفسير غير الصحيح . ففى هذه الحالة فان العدل والمساواة أبيان أن تضار الناس بالثقة التى أعطتها لأحكام القضاء(١٩٥) . ولكن يشترط بطبيعـــة الحال ألا يستند هذا الغلط الى حكم فردى خـــالف نص القـــانون مخالفة واضحـــة جلية(١٩٦) .

ومن أمثلة الغلط فى القانون أيضا أن يقع غلط مادى فى نشر القانون ، ثم يتم تصحيح هذا الغلط . ومع ذلك فان هـــذا التصحيح لا يسرى عـــلى التصرفات التى تمت طبقا للنص المغلوط السابق نشره(١٩٧) .

ويلاحظ أن مثال السلطة الفعلية غير الشرعية التى تعين موظفين فعليين يقومون بتوثيق عقود زواج أو اصدار قرارات ... الخ ، لا يعتبر مثالا من أمثلة الغلط فى القانون ، ولكنه يعتبر من أمثلة الضرورة ، التى تسمح أحيانا بمخـــالفة القـــانون طبقا لقاعـــدة أخرى وهى أن الضرورات تبيح المحظورات nécessité fait loi (١٩٨) .

ومن أمثلة الغلط فى الواقع ، المثال المشابه لحالة العبد باربارىوس

---

(١٩٤) H. Mazeaud, op., cit., p. 959.

(١٩٥) راجع ما سبق ، فقرة ١٨٤ .

(١٩٦) راجع فى هذا الموضوع بالتفصيل : H. Mazeaud, op., cit., pp. 945 48.

(١٩٧) راجع ما سبق ، فقرة ٩٨ ، وراجع : H. Mazeaud, op., cit., p. 943.

(١٩٨) H. Mazeaud, op. cit., p. 943.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عندما يتولى شخص غير مختص ، أو لا تتوافر فيه الشروط اللازمة ، مهمة توثيق عقود زواج ، أو أى عقود أخرى • ففى هذه الحالة اذا كان الغلط شائعا فان هذه العقود تظل صحيحة • ويصدق نفس الحكم أيضا اذا وجد عيب خفى فى أحد الشهود على عقد من هذه العقود ، فان هذا العيب لا يبطل العقد(١٩٩) •

على أن من أهم أمثلة الغلط فى الواقع ، العقد الذى يبرمه النائب ، كالوكيل بعد انتهاء وكالته ودون أن يعلم هو أو من يتعاقد معه بانتهاء الوكالة • ويسمى الوكيل فى هذه الحالة ، الوكيل الظاهر أو النائب الظاهر• وقد جعل المشرع المصرى تصرف النائب الظاهر منتجا لآثاره فى حق الأصيل، وذلك حماية للثقة فى المعاملات (م ١٠٧ مدنى)(٢٠٠) •

ومن أمثلة الغلط فى الواقع ، الوفاء الذى يتم للدائن الظاهر ، أى الدائن الذى يكون الدين فى حيازته ، والذى يظهر أمام الناس على أنه الدائن الحقيقى ، وقد نصت المادة ٣٣٣ من القانون المدنى المصرى على صحة هذا الوفاء •

ومن أمثلة الغلط فى الواقع أيضا الرهن الصادر من الوارث الظاهر للعقار ، وهو الشخص الذى يأخذ نفسه ويأخذه الناس على انه الوارث الحقيقى دون أن يكون كذلك فعلا • وهناك اتجاه قوى فى الفقه المصرى يذهب

---

(١٩٩) Cours de Paris, 16 Janv. 1874, S. 74.2.137.

(٢٠٠) يشترط القانون المصرى لصحة تصرفات النائب الظاهر أن يكون النائب هو أيضا حسن النية لا يعلم أن النيابة قد انتهت • ولكن الفقه الفرنسى يكتفى بأن يكون الطرف الآخر هو وحده حسن النية • بل ان حماية الطرف الآخر لا تتحقق على الوجه الأكمل بغير حمايته من الغش الذى قد يصدر من النائب نفسه • راجع : H. Mazeaud, op., cit., p. 956.

(٢٠١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١٠ ، ص ٣١٠ ، شمس الدين الوكيل التأمينات العينية ، ص ١٣٠ ، منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ، ص ٦٢ ، أحمد سلامة ، التأمينات المدنية ، ص ١٣٩ ، سمير تناغو التأمينات الشخصية والعينية ، ص ١٣٩ ، عبد الباسط جميعى ، نظرية الأوضاع الظاهرة ، على الآلة الكاتبة ، رسالة من القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ١٤٢ ، مشار اليه فى شمس الدين الوكيل ، ص ١٣٠ ، قارن مع ذلك : عز الدين عبد الله ، حماية خاصة بالدائن المرتهن فى القانون المصرى ص ٣٠٨ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الى صحة هذا الرهن(٢٠١) . أما فى فرنسا فان القضاء والفقه يذهبان ليس فقط الى صحة الرهن الصادر من المالك الظاهر(٢٠٢) ، بل الى صحة البيع الصادر من هذا المالك . وهكذا تنتقل الملكية من غير المالك ، وهو المالك الظاهر ، الى المتصرف اليه ، حماية للأوضاع الظاهرة ، ولللثقة المشروعة فى المعاملات . ويأخذ القضاء الانجليزى بنفس الحكم أيضا(٢٠٣) .

ونؤكد ما سبق أن ذكرناه من انه سواء كان الغلط فى القانون ، أو كان فى الواقع ، فانه يؤدى فى جميع الفروض الى الابقاء على مركز أو على حق خاص ، على خلاف ما يقضى به القانون ، ففى جميع التطبيقات تعتبر قاعدة الغلط الشائع يولد الحق قيدا على القوة الملزمة للقانون بالنسبة للأشخاص المخاطبين بحكمه . وبتعبير آخر فانه فى كل الحالات التى يتعارض فيها القانون مع غلط شائع توافرت فيه الشروط السابق ذكرها ، فان القانون لا ينطبق . ولا يعنى ذلك أن الغلط الشائع ألغى القانون ، بل يظل القانون قائما ، ولكنه لا ينطبق على الحالات الخاصة التى توافر فيها الغلط . وبتعبير آخر فان الغلط الشائع يخالف القانون ولكنه لا يلغيه ، وهو ينشىء حقوقا ومراكز خاصة ، ولكنه لا ينشىء قواعد قانونية عامة(٢٠٤) .

والخلاصة أنه توجد بصدد تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص قاعدتان متعارضتان . القاعدة الأولى وهى قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، وهى تهدف الى تطبيق القانون على جميع الأشخاص المخاطبين بحكمه بغض النظر عن علمهم بالقانون أو جهلهم به ، والقاعدة الثانية هى قاعدة الغلط الشائع يولد الحق ، وهى تهدف الى تفادى تطبيق القانون على بعض الأشخاص الذين وقعوا فى غلط شائع سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون . والقاعدتان تقومان على اعتبارات متشابهة من النظام العام والمصلحة العامة . وهذه الاعتبارات كما تقضى بتطبيق القانون فى معظم

---

(٢٠٢) يلاحظ أن اصطلاح المالك الظاهر أوسع نطاقا من اصطلاح الوارث الظاهر ، فهو يشمل الوارث الظاهر ، ويشمل غيره ممن يظهر بمظهر المالك دون ان يكون كذلك حقيقة .

(٢٠٣) H. Mazeaud, op. cit., pp. 953 et s., p. 962.

(٢٠٤) H. Mazeaud, op., cit., p. 951.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الحالات ، فانها تقضى أيضا بجواز مخالفة القانون فى بعض الحالات ٠

١٨٦ ـ توافر حسن النية قد يجيز الاعتذار بالجهل بالقانون أو الافلات من حكم القانون :

بعد أن درسنا جواز الاعتذار بالجهل بالقانون اذا استحال العلم به استحالة ترجع الى أسباب عامة ٠ ودرسنا كذلك جواز الافلات من حكم القانون اذا توافرت شروط قاعدة الغلط الشائع يولد الحق ، وهى شروط عامة أيضا ٠ فاننا ندرس الآن فرضا يجوز فيه الاعتذار بالجهل بالقانون لأسباب خاصة وليست عامة ٠

ولا يكفى مجرد الجهل لجواز الافلات من حكم القانون ، والا لانهدمت القاعدة ذاتها ٠ ولكن يجب أن يقترن الجهل بظروف أخرى تبرر الاعتداد به على سبيل الاستثناء من هذه القاعدة ٠ وتتلخص هذه الظروف فى فكرة حسن النية ٠ فكأن الجهل يحتمى فى فكرة أخرى يستتر وراءها هى فكرة حسن النية ٠ أما الجهل بمفرده وبغير احتمائه فى حسن النية ، فلا يؤدى الى امكان الافلات من حكم القانون ٠ أى أن الافلات من حكم القانون لا يتم بسبب فكرة الجهل ، بل يتم بسبب فكرة حسن النية ٠ ويعتبر البعض ذلك مثلا على احلال فكرة محل فكرة أخرى substitution de concept (٢٠٥) ، وهى وسيلة معروفة من وسائل الصياغة القانونية(٢٠٦) ٠

ويلاحظ البعض أيضا أن الجهل بالقانون لا يعتبر دائما خطأ كما أراد أنصار فكرة الالتزام بالعلم بالقانون ، بل قد يعتبر دليلا على حسن النية ، أو على أقل تقدير لا يتعارض مع حسن النية(٢٠٧) ٠

وبطبيعة الحال فانه ليس كل غلط فى القانون ، يقترن بحسن النية ، يمكن أن يؤدى الى الافلات من حكم القانون ، بل لا بد أن توجد أيضا اعتبارات واضحة من المصلحة العامة تبرر هذا الخروج ٠ وأبرز مثل على ذلك هو الزواج

---

(٢٠٥) R. Decottignies, L'erreur de droit, op. cit., p. 310.

(٢٠٦) راجع ما سبق ، فقرة ١١٨ ٠

(٢٠٧) F. Terré, nul n'est censé ignorer la loi, op. cit., p. 102.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الظنى mariage putatif ، وهو زواج باطل تقرر بطلانه ، وكان المفروض تبعا لذلك أن تعتبر العلاقة السابقة على البطلان علاقة غير مشروعة ، وأن يعتبر الأولاد الناتجين عن هذا الزواج أولاد غير شرعيين • ومع ذلك فان القوانين الحديثة تقرر انه اذا كان أحد الزوجين أو كلاهما حسن النية ، فان الزواج يظل منتجا لآثاره التى ترتبت فى الماضى قبل أن يتقرر بطلانه وذلك بالنسبة للزوج حسن النية ، أو بالنسبة للزوجين معا اذا كانا كلاهما حسن النية ، وكذلك بالنسبة للأولاد فى جميع الأحوال • ومؤدى ذلك اعتبار هؤلاء الأولاد شرعيين ، واعتبار العلاقة السابقة مشروعة ، واعتبار الميراث الذى تلقاه الزوج حسن النية قبل ابطال الزواج ميراثا صحيحا • وحسن النية يعني اعتقاد الزوجين أو أحدهما بأن الزواج قد انعقد صحيحا ، ولا يحدث هذا الاعتقاد الا نتيجة غلط فى الواقع أو القانون •

ومن صور الغلط فى الواقع أن يجهل الزوج صلة القرابة التى تربطه بالزوج الآخر وتحول دون ابرام زواجهما ، أو أن يجهل الزوج بقاء زوجه السابق على قيد الحياة ، فيتزوج اعتقادا أن زوجه السابق قد توفى •

أما الغلط فى القانون فيحدث اذا كان الزوج لا يعلم بأن القانون يضع مانعا للزواج بينه وبين الزوج الآخر كمانع القرابة أو المصاهرة •••• الخ(٢٠٨) •

واذا كانت القاعدة هى عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، فانه كما تقول محكمة استئناف Aix : « هذه القاعدة وان كانت صحيحة بصفة عامة الا أنها ليست كذلك فى موضوع الزواج »(٢٠٩) • ويقول الأستاذان مارتى ورينو فى عبارة أخف من العبارة السابقة وان كانت أوسع نطاقا : « ان قرينة

---

(٢٠٨) راجع فى موضوع الزواج الظنى ، كتابنا ، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين ، ص ٣٣٠ وما بعدها ، والمراجع المشار اليها • ويلاحظ أن الشريعة الاسلامية ترتب بعض الآثار على الزواج الفاسد أو الزواج الباطل اذا تحقق الدخول • وأهم هذه الآثار ثبوت نسب الولد ، وحرمة المصاهرة • راجع : عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، ص ١١٨ وما بعدها •

(٢٠٩) Aix, 11 mars 1858. 2. 17.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

افتراض العلم بالقانون ليست قرينة قاطعـــة ، ولا تستبعد حسن النية فى العلاقات المدنية »(٢١٠) • والواقع أن الابقاء على آثار الزواج الباطل التى ترتبت فى الماضى ، يؤدى الى الافلات من حكم القانون ، سواء كان الغلط الذى أدى الى حسن النية هو غلط فى الواقع أو غلط فى القانون •

ويلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية تتوسع فى تطبيق نظرية الزواج الظنى ، فتعتبر حسن النية مفترضـــا ، وعلى من يدعى غـير ذلك أن يثبت العكس(٢١١) • بل ان محكمة استئناف Aix ذهبت فى الحكم السابق ذكره الى انه لا يطلب من الزوج حسن النية أن يثبت جهله بالقانون ، بل على من يدعى أن هذا الزوج كان يعلم بالقانون أن يثبت ما يدعيه ، فكأن محكمة Aix فى سبيل حماية الزوج حسن النيـــة والأولاد ، ذهبت الى افتراض الجهـل بالقانون !(٢١٢) •

ويتضح مما سبق أن فكرة حسن النية ،أوسع من فكرة الجهل بالقانون، فهى قد تقوم على جهل بالقانون أو جهل بالواقع • وفى الحالتين فانها تؤدى الى الافلات من حكم القانون ، لا بصفة دائمة ولكن بصـــفة استثنائية اذا توافرت اعتبارات أخرى من المصلحة العامة تبرر هذا الخروج • ولكن الجدير بالانتباه هو أن فكرة حسن النية تحد من آثار القوة الملزمة للقانون ، ولو كانت الأسباب التى أدت اليها خاصة وليست عامة كما فى قاعـــدة الغلط الشائع يولد الحق • ونظرا لأن الأسباب التى أوقعت فى الغلط الذى أدى الى حسن النية هى أسباب خاصة ، فلا يعتد بهذا الغلط الا فى حالات استثنائية كما فى حالة الزواج الظنى ، على عكس قاعدة الغلط الشائع يولد الحق التى يمكن أن تنهض فى وجه أى قاعد، من قواعد القانون •

ويلاحظ أيضا أن حسن النية لأسباب خاصة لم يؤد الى الابقاء عـــلى الزواج الباطل صحيحا ، ولكنه أدى فقط الى قصر آثار البطـــلان بالنسبة للمستقبل ، وليس بالنسبة للماضى • فالقانون انطبق فى شـــق منه وهو

---

(٢١٠) Marty et Raynaud, t. 1, p. 616.

(٢١١) Cass. Civ. 5 Nov. 1913, D.P. 1914. 1. 281.

(٢١٢) راجع فى التعليق على هذا الحكم : F. Terré, op. cit., p. 102.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بطلان الزواج بالنسبة للمستقبل ، ولم ينطبق فى الشق الآخر وهو بطلان الزواج بالنسبة للماضى ٠

١٨٧ - توافر عيب من عيوب الارادة قد يجيز الاعتداد بالجهل بالقانون :

لا يكون العقد صحيحا الا اذا كانت ارادة كل من المتعاقدين صحيحة ٠ أى غير مشوبة بأى عيب من عيوب الارادة ، وهى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال ٠

والغلط هو وهم يقوم فى ذهن المتعاقد يجعله يعتقد غير الواقع ٠ وحتى يعتد بالغلط لابد أن يكون جوهريا ، أى أن يكـــون هو الباعث الدافع الى التعاقد ، وأن يكون داخلا منطقة العقد ، أى أن يكون مشتركا بين المتعاقدين ، أو على الأقل يكون أحد المتعاقدين يعلم أن المتعاقد الآخر قد وقع فى غلط أو من السهل عليه أن يعلم ذلك ٠

واذا توافرت شروط الغلط على هذا النحو ، جاز للمتعاقد الذى وقع فى الغلط أن يطلب ابطال العقد ٠ ويستوى فى ذلك أن يكون الغلط يتعلق بالواقع أو يتعلق بالقانون ٠ وفى هذا المعنى تنص المادة ١٢٢ من القـــانون المدنى على انه « يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » ٠ والشروط المشار اليها فى هذا النص هى أن يكون الغلط جوهريا وأن يكون قد دخل منطقة العقد ٠ أما الحالات التى ينص فيها القانون على عدم جواز التمسك بالغلط فى القانون فمثلها نص المادة ٥٥٦ من القانون المدنى التى تقرر انه « لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون » ٠

ويلاحظ أن القانون الفرنسى لا يوجد فيه نص عام مقابل لنص المادة ١٢٢ السابق ذكرها يجيز التمسك بالغلط فى القانون ، ولكن يوجد فقط النص المقابل للمادة ٥٥٦ وهو الذى لا يجيز التمسك بالغلط فى القانون فى عقد الصلح (م ٢٠٥٢ مدنى فرنسى) ٠ وقد استنتج الفقه والقضـــاء فى فرنسا من هذا النص بمفهوم المخالفة ، انه فى غير عقد الصـــلح ، يجـوز

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التمسك بالغلط فى القانون(٢١٣) ٠

ومن أمثلة الغلط فى القانون أن يبيع الوارث نصيبه فى التركة مقابل ثمن معين معتقدا انه يرث ربع التركة ، بينما هو يرث طبقا للقانون نصف التركة(٢١٤) ٠ فيجوز له أن يطلب فى هذه الحالة ابطال عقد البيع لأنه وقع فى غلط فى القانون هو الباعث الدافع الى التعاقد ٠

ويلاحظ أن الغلط فى القانون بمفرده ما كان ليسمح للمتعاقد بطلب ابطال العقد ، ولكن الذى سمح له بذلك هو أن الغلط فى القانون كان هو الباعث الدافع الى المتعاقد ، أى انه أدى الى وجود عيب فى ارادة المتعاقد ٠ وهكذا فان الغلط فى القانون يستند وراء فكرة أخرى تستغرقه هى فكرة العيب فى الارادة ٠ وهذه الفكرة البديلة هى التى أجازت الاعتذار بالجهل بالقانون ، لأن الأمر أصبح يتعلق بحماية شخص ارادته معيبة(٢١٥) ٠

ويحاول الفقه أحيانا القول بأن ابطال العقد لغلط فى القانون ، ليس فيه خروج على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، لأن من يطلب ابطال العقد لا يهدف الى التهرب من أحكام القانون التى وقع فيها الغلط ، بل ان هذه الأحكام تنطبق ، ويصبح الوارث فى المثل الذى ضربناه وارثا لنصف التركة لا لربعها ، ولولا انطباق هذه الأحكام لما جاز لهذا الوارث طلب ابطال العقد(٢١٦) ٠

ويقول البعض فى هذا المعنى ، ان الغلط لا يؤدى الى مخالفة القانون ، فهو لا يتخطى نطاق العقد(٢١٧) ٠

---

(٢١٣) Baré, op. cit., p. 105.

(٢١٤) يذهب الدكتور عبد الرزاق السنهورى الى أن الغلط فى القانون الذى يجيز طلب ابطال العقد ، هو الغلط فى القواعد المكملة أو المفسرة دون الغلط فى القواعد المتعلقة بالنظام العام ٠ ومع ذلك فان الأمثلة التى يضربها ، ومنها المثل الذى ذكرناه فى المتن ، تتعلق بالغلط فى قواعد القانون الآمرة ٠ راجع ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٢٣٨ وما بعدها ٠

(٢١٥) Bruxelles, L'erreur de droit, op. cit., p. 311.

(٢١٦) Baré, op. cit., p. 105. حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٢ وما بعدها ٠

(٢١٧) Bernard, op. cit., p. 961.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن للرد على هذه الآراء ، نقول ان من يتمسك بالغلط فى القانون وان كان لا يهدف الى الخروج على أحكام الميراث فى المثال السابق ، الا انه يهدف الى المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد • ولا يمكن الفصل بين القانون والعقد • فابطال العقد يؤدى الى الافلات من حكم القانون الذى يجعل العقد ملزما • ولو كان مبدأ عدم جواز الاعتذار بالقانون مبدأ مطلقا لا استثناء عليه ، لما جاز لمن وقع فى غلط فى القانون أن يتمسك بجهله بالقانون • أما وقد أجاز المشرع التمسك بالجهل بالقانون ، فمعنى ذلك أن هذا المبدأ غير مطلق ، وأن قرينة العلم بالقانون ليست قاطعة(٢١٨) •

فالافلات من حكم القانون ، لا يتحقق فقط بالافلات من القاعدة التى تعلق بها ، الغلط ، بل يتحقق بالافلات من أى قاعدة غيرها • طالما أن الغلط الذى تعلق بالقاعدة الأولى هو سبب الافلات من تطبيق القاعدة الثانية • فلا وجه للتفرقة بين قاعدة وأخرى • ولا وجه للتفرقة بين القانون وبين العقد الذى يستمد قوته الملزمة من القانون •

واذا كان هناك وجه للمقارنة بين قاعدة الغلط الشائع يولد الحق ، وبين قاعدة جواز ابطال العقد لغلط فى القانون(٢١٩) ، فان القاعدة الأولى تعتمد على غلط شائع يستند الى أسباب عامة ومن ثم يمكن الاحتجاج به ضد أية قاعدة من قواعد القانون على النحو السابق دراسته ، أما القاعدة الثانية فهى تعتمد على غلط خاص بشخص المتعاقد ، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج به الا ضد قاعدة القوة الملزمة للعقد ، وبشرط استتار هذا الغلط فى فكرة أخرى أقدر منه على تحطيم القوة الملزمة للعقد ، وهى فكرة العيب فى الارادة ، وبشرط عدم وجود نص يمنع التمسك بالغلط فى القانون كنص المادة ٥٥٦ مدنى الذى يمنع الطعن فى عقد الصلح بسبب غلط فى القانون •

١٨٨ - جواز الاعتذار بالجهل ببعض القيود القانونية انواردة على العقار المبيع :

الأصل أن البائع يضمن للمشترى خلو المبيع من أى حق عينى يثقله

---

(٢١٨) Houin, note, J. C; P. 1944.2.2649 sous Cass, Civ. 23 Fév. 1943;

(٢١٩) راجع : H. Mazeaud, op. cit., p. 961.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لحق انتفاع أو ارتفاق أو حكر ، ويضمن له كذلك خلو المبيع من العيوب الخفية . وذلك طبقا للشروط والأحكام المقررة فى عقد البيع .

ومع ذلك فانه بالنسبة لقيود الملكية كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، وهى ما تسمى أحيانا حقوق الارتفاق القانونية ، بينما هى ليست فى حقيقتها حقوق ارتفاق ، فان البائع لا يضمنها للمشترى سواء أخطره بها أو لم يخطره ، وسواء كان المشترى يعلم أو لم يكن يعلم بوجودها . بل ان البائع لو ضمن للمشترى خلو المبيع من حقوق الارتفاق فان هذا الضمان لا ينصرف مع ذلك الى القيود القانونية للملكية . ويقال تبريرا لهذا الحكم ان هذه القيود مقررة بأحكام فى القانون يفترض علم الكافة بها وليست هناك حاجة لأن يخطر البائع المشترى بوجودها .

وتعتبر قيود التنظيم من قبيل القيود القانونية التى لا يضمنها البائع للمشترى ، ومع ذلك فان محكمة النقض الفرنسية فى قضائها الحديث ذهبت الى التفرقة بين نوعين من أنواع القيود القانونية ، الأولى هى تلك التى « تنبثق عن النظام العادى للملكية » ، وهذه لا يضمنها البائع للمشترى ، ولو كانت خفية لأنه لا عذر بالجهل بالقانون ، والثانية هى تلك « التى لا تعتبر نتيجة عادية لنظام الملكية » كقيود التنظيم الجديدة والمتغيرة والتى يستحيل على أى فرد الالمام بها كلها ، وهذه يضمنها البائع للمشترى ما لم يكن قد أخبره بوجودها وقت العقد . وقد تقررت هذه التفرقة بمقتضى حكم النقض الصادر فى ١٩٥٦/٢/٢١(٢٢٠) .

وقد أصدرت محكمة مصر الكلية فى ١٩٥٥/١٠/١٩ حكما اعتبرت فيه قيود التنظيم من العيوب الخفية التى يضمنها البائع للمشترى طبقا للمادة ٤٤٧ من القانون المدنى(٢٢١) ، وقد أقرت محكمة النقض المصرية هذا القضاء فى حكمها الصادر فى ١٩٦٢/٦/٢٤ الذى جاء فيه ان « العلم المسقط للضمان

---

(٢٢٠) Civ. 31,2,1956, D. 1956 - 285:
Esmein, Leçons de droit civil, T. 3, p. 527.

(٢٢١) المحاماة ، ٣٦ ، رقم ٤٤٨ ، ص ٩١٦ راجع كتابنا فى عقد البيع ، ص ٥٥٠ هامش (١) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الضمان للعيب الخفى هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى ، ومن ثم فان نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية، لا يدل بذاته على علم المشترى بهذا العيب »(٢٢٢) .

وطبقا لهذا الحكم فان البائع لا يستطيع أن يحتج فى مواجهة المشترى بافتراض علم هذا الأخير بقيود التنظيم المنشورة فى الجريدة الرسمية ، بل لابد أن يثبت علم المشترى بهذه القيود علما حقيقيا . ويذهب هذا الحكم خطوة أبعد من مجرد جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، وهو ما يقتضى اثبات هذا الجهل ممن يدعيه ، فهو يقرر افتراض جهل المشترى بالقانون وعلى البائع اذا ادعى عكس ذلك ، أى اذا ادعى علم المشترى بقيود التنظيم علما حقيقيا أن يثبت هذا الادعاء .

وطبقا لهذا القضاء فان القانون لا ينطبق فى حق بعض الأشخاص (المشترى) ، ومراعاة لبعض الاعتبارات (العيب فى المبيع) ، الا اذا كان يعلم به علما حقيقيا . ويفترض فى هذا البعض الجهل بالقانون ، وعلى من يدعى علمه به أن يقيم الدليل على ما يدعيه .

ولا شك أن هذه حالة استثنائية نادرة أريد بها تحقيق العدل فى العلاقة بين البائع والمشترى ولو كان ذلك على حساب بعض المبادىء القانونية كمبدأ افتراض العلم بالقانون ، أو عدم جواز الاعتذار بالجهل به . فهذا المبدأ على أهميته يمكن أن ينحنى أمام بعض الاعتبارات الخاصة .

ويلاحظ انه توجد فى القانون الفرنسى تطبيقات أخرى يجب فيها على أحد المتعاقدين اخبار الطرف الآخر فى العقد بمضمون القواعد التى تحكم العلاقة بينهما . ومن هذا القبيل المادة ٢/١٦ من قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٣٠ بصدد التأمين ، والمادة ٢/٨٠ من قانون أول سبتمبر سنة ١٩٤٨ بشأن الايجار . ويلاحظ البعض أن من شأن الأخذ فى هذه التطبيقات اهدار

---

(٢٢٢) نقض مدنى [illegible] مر ١٣ ، ص ٨٠٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فكرة القانون ذاتها ، اذ سيتوقف تطبيق القانـون على تبادل المعلـومات والاشتراطات بين المتعاقدين(٢٢٣) ٠

١٨٩ ـ جواز دفع المسئولية الجنائية بسبب الجهل بقوانين غير جنائية :

فى نطاق القانون الجنائى توجد تفرقة بين القوانين الجنائية ، والقوانين غير الجنائية ٠ فالجهل بالقوانين الجنائية لا يؤدى الى اعفاء مرتكب الجريمة من مسئوليته الكاملة عن ارتكابها ، أما الجهل بالقوانين غير الجنائية ، فهو يأخذ حكم الجهل بالواقع ويؤدى الى اعفاء مرتكب الفعل من المسئولية الجنائية اذا كان هذا الجهل هو الذى أدى الى ارتكاب الفعل ٠

وطبقا لهذه التفرقة أصدرت الكثير من المحاكم الفرنسية أحكاما ببراءة الشخص الذى يكتشف كنزا فى أرض الغير ويحتفظ به لنفسه عن جهل منه بأحكام القانون المدنى التى تقضى بتقسيم هذا الكنز مناصفة بين المكتشف وبين صاحب الأرض(٢٢٤) ٠ كما حكمت أحكام أخرى ببراءة الزوج الذى يتزوج مرة أخرى معتقـدا عن جهـل بأحـكام القـانون المدنى انه أصـبح مطلقا(٢٢٥) ٠

ويلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذه التفرقة ٠ وكذلـك ينتقدها جانب كبير من الفقه الفرنسى(٢٢٦) ٠ أما محكمة النقض المصرية فقد أخذت بها بغير تحفظ ، فهى تقول انه « من المقرر أن الجهل بأحكام أو قواعد قانون آخر غير قانون العقوبات أو الخطأ فيها يجعـل الفعـل المرتكب غير مؤثم » (٢٢٧) ٠ وقد كان القانون المشار اليه فى هذا الحكم هو القانـون الادارى ٠

---

(٢٢٣) F. Terré, op. cit., p. 114

(٢٢٤) Paris 2 Déc. 1924, Rec. Dr. Com., 1925, 2, 359; F. Terré, op. cit., p. 101.

(٢٢٥) Trib. Correct. Château-Thierry, 12 Déc. 1947. Gaz. Pal. 1948.1.74; Trib. Correct. Laval, 9 Janv. 1948, J.C.P. 1948. II. 4119, note LHERONDE.

(٢٢٦) Françon, L'erreur en droit pénal. in : Quelques Aspects de l'autonomie du droit pénal. 1956, p. 246; Légal, Obs., Rev. Sc. Crim, 1962, p. 744; cités par F. Terré, op. cit., p. 101.

(٢٢٧) نقض جنائى ١٩٥٦/١٢/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض الجنائى ، س ١٧ ص ١٣٣١ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكانت محكمة النقض المصرية قد أصدرت حكما آخر في نفس المعنى ، بصدد الجهل بأحكام قانون الأسرة التي لا تجيز الجمع بين البنت وخالتها في عصمة رجل واحد ، قررت فيه أن إعلان المتهمين أمام المأذون عدم وجود مانع من موانع الزواج « لم يكن عدم علم بقانون العقوبات ، بل جهل بواقعة حال هي ركن من أركان جريمة التزوير المرفوعة بها الدعوى يرجع الى عدم علمهم بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات وهو قانون الأحوال الشخصية »(٢٢٨) .

ويقال تبريرا لهذه التفرقة أن الجهل بقانون آخر غير قانون العقوبات ، يؤدى الى انتفاء القصد الجنائي وهو ركن من أركان الجريمة ، فالمسئولية تنتفي لا للجهل بالقانون ولكن لانتفاء ركن من أركان الجريمة وهو القصد الجنائي(٢٢٩) .

ولكن سواء كان انتفاء المسئولية راجعا الى انتفاء القصد الجنائي ، أو انتفاء أي ركن آخر من أركان الجريمة ، فان الذى أوصل المتهم الى نفي القصد الجنائي ، هو تمسكه بالجهل بقانون آخر غير قانون العقوبات . ولو كان مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون مطلقا ، لما جاز للمتهم الاعتذار بجهله بقانون الأسرة أو القانون الادارى أو غير ذلك من القوانين ، ولما توصل بالتالي الى نفي ركن القصد في ارتكاب الجريمة .

ولذلك لا مناص من التسليم بأن محكمة النقض المصرية تجيز الاعتذار بالجهل بكل القوانين الأخرى غير القانون الجنائي للتوصل الى دفع المسئولية الجنائية ، ويعتبر هذا استثناء هاما على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .

---

(٢٢٨) نقض جنائي ١٠ مايو ١٩٤٣ ، المحاماة ، ٢٦ ، ٢٥ ، ١٠ مجموعة عمر الجنائية جـ ٦ ، ص ٢٤٧ .

(٢٢٩) حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٢٢ ، أصول القانون ، ص ٣٧٩ - ٣٨١ . ويلاحظ أن الدكتور حسن كيره انتقد هذه التفرقة في كتاب أصول القانون ، وان كان قد حاول تفسيرها بما لا يتعارض مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون على النحو المذكور في المتن .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الثالث

امتداد قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الى مصادر القانون المختلفة

١٩٠ - امتداد قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الى القواعد المكملة أو المفسرة :

يذهب اتجاه قوى فى الفقه الى أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون تتعلق فقط بالقواعد القانونية الآمرة دون القواعد المكملة أو المفسرة(٢٣٠) .

ويذهب اتجاه آخر الى أن القواعد المكملة هى قواعد قانونية يتوافر فيها عنصر الجزاء والالزام . ولذلك لا يجوز الاعتذار بالجهل بها شأنها فى ذلك شأن القواعد الآمرة(٢٣١) .

ونظرا لأن القواعد المكملة لا تنطبق الا فى حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها . وقد يكون سكوتهم راجعا الى جهلهم بها ، فلا يقبل منهم أو من بعضهم الافلات من حكم هذه القواعد بحجة هذا الجهل الذى هو فى كثير من الحالات شرط لانطباقها(٢٣٢) .

وفى تقديرنا أن الجهل البسيط بالقواعد المكملة ، أى الجهل بوجود هذه القواعد أصلا لا يجوز التمسك به للافلات من حكمها . ونحن فى ذلك نؤيد الرأى الثانى .

أما اذا كان الجهل مركبا ومشتركا ، أى مقترنا بالاعتقاد بوجود قاعدة أخرى عكس القاعدة المكملة ، وكان فى نفس الوقت مشتركا بين المتعاقدين

---

(٢٣٠) M. G. Dereux, Etude critique de l'adage, op. cit., p. 515.
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ص ٣٢٨ ، عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، ص ١٦٤ ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ١٥٠ وما بعدها ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جـ ٢ ، ص ١٦٤ .

(٢٣١) راجع ما سبق ، فقرة ٢٩ .

(٢٣٢) راجع حسن كيره ، المدخل ص ٣١٨ - ٣١٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فانه يمكن القول فى هذه الحالة بوجود اتفاق ضمنى بينهما على استبعاد القاعدة المكملة والأخذ بالقاعدة الأخرى التى اعتقد المتعاقدان وجودها . ونعطى عن الجهل المركب مثلا نأخذه من Dëreux وهو من انصار الرأى الأول ، أن يعتقد البائع والمشترى أن نفقات عقد البيع يتحملها البائع على خلاف القاعدة المكملة التى تقضى بأن المشترى هو الذى يتحمل هذه النفقات . وعلى أساس هذا الاعتقاد غير الصحيح يتفق المتعاقدان على زيادة الثمن بما يعوض البائع عن تحمله نفقات العقد . فى هذه الحالة لا تنطبق القاعدة المكملة التى تقضى بأن المشترى هو الذى يتحمل نفقات العقد ، ولكن تنطبق القاعدة التى اعتقد المتعاقدان بوجودها وهى أن البائع هو الذى يتحمل نفقات العقد(٢٣٣) .

ومعيار الجهل المركب المشترك ، هو الجهل الذى يصل الى درجة الاتفاق الضمنى على استبعاد القاعدة المكملة . ومعنى هذا اننا نأخذ بالاتجاه الثانى فى أن القواعد المكملة تنطبق فى كل الحالات التى لا يوجد اتفاق على استبعادها . ولا نأخذ بالاتجاه الأول الا فى الحالات التى يمكن فيها اعتبار الجهل بالقانون اتفاقا من هذا القبيل .

١٩١ - امتداد قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الى القواعد العرفية والقضائية :

بالرغم من أن صياغة قاعدة افتراض العلم بالقانون باللغة الفرنسية توحى بأنها تتعلق بالتشريع la loi ، الا انه من المؤكد أن هذه القاعدة لا تنصرف الى التشريع وحده ، بل الى القانون بصفة عامة أيا كان مصدره ، التشريع أو العرف أو القضاء .

فالعرف قانون وهو أيضا مصدر من مصادر القانون . وينطبق العرف سواء علم به المخاطبون بأحكامه أو لم يعلموا ، فلا يجوز الاعتذار بالجهل بالعرف . وقد سبق أن ذكرنا أن من الفروق الأساسية بين العرف و

---

(٢٣٣) M. G. Dereux, op. cit., p. 515.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العادة الاتفاقية ، هو أن العرف ينطبق بغض النظر عن علم الأفراد به أو اتجاههم الى الأخذ بحكمه ، بينما العادة لا تنطبق الا اذا اتجه أطراف العقد الى الأخذ بها صراحة أو ضمنا ، وهو ما لا يتصور الا فى حالة علمهم بها ، وهو ما ينبغى اقامة الدليل عليه(٢٣٤) .

ومع ذلك فقد سبق أن رأينا أن محكمة النقض الفرنسية ، وكذلك محكمة النقض المصرية لا تفرضان رقابتهما على قاضى الموضوع فى تطبيق العرف ، وتعتبرانه بغير حق من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع(٢٣٥) . ولا شك انه من المفارقات الشديدة أن يخضع المواطن العادى لحكم العرف ولا يجوز له الاعتذار بجهله به ، أما القاضى فلا جزاء ولا رقابة على خطئه فى تطبيق العرف(٢٣٦) .

والقضاء أيضا كمصدر من مصادر القانون لا يجوز الاعتذار بالجهل به . بل أن قواعد القضاء هى أكثر قواعد القانون استقلالا فى تطبيقها عن علم المخاطبين بها أو حتى أمكان علمهم بها . فالقضاء عندما يبتدع قاعدة قانونية جديدة فهو يطبقها على المنازعات المعروضة أمامه ، وهى منازعات تتصل غالبا بمراكز نشأت أو انقضت فى ظل قواعد قانونية سابقة على القاعدة القضائية الجديدة . ومعنى ذلك أن القواعد القضائية الجديدة تنطبق بأثر رجعى(٢٣٧) . ورجعية القضاء تعبر عن أقصى درجات عدم الاهتمام بفكرة العلم بالقانون أو أمكان العلم به . ولذلك لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقواعد القانونية القضائية سواء ما استقر منها أو ما كان في طور التكوين .

١٩٢ - امتداد قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الى القانون الأجنبى:

سبق أن رأينا أن القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، ليس هو غالبا القانون الوطنى ، بل قد يكون قانونا أجنبيا وذلك وفقا لما تحدده قواعد القانون الدولى الخاص .

---

(٢٣٤) راجع ما سبق ، فقرة ١٣٤ .

(٢٣٥) راجع ما سبق ، فقرة ١٣٤ .

(٢٣٦) فى هذا المعنى :
F. Terré, op. cit., p. 121.

(٢٣٧)
P. Roubier, Le droit transitoire, 1960, p. 25.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وعندما يقوم القاضى الوطنى بتطبيق القانون الأجنبى الذى حددته قواعد القانون الدولى الخاص وهى التى تسمى قواعد الاسناد أو قواعد تنازع القوانين(٢٣٨) ، فانه تثور مشكلة طبيعة هذا القانون ، وهل يظل محتفظا بطبيعته القانونية ، أم انه يصبح عنصرا من عناصر الواقع(٢٣٩) .

ويذهب جانب من الفقه الفرنسى الحديث وكذلك الفقه المصرى فى مجموعه الى أن القانون الأجنبى لا يغير طبيعته لمجرد تطبيقه فى دولة أخرى ، بل يظل محتفظا بطبيعته القانونية ولا يتحول الى واقعة مادية . وبالتالى فان الخصوم وان جازت معاونتهم للقاضى فى اثبات القانون الأجنبى الا انهم لا يكلفون باثباته . فالقاضى يقضى فى القانون الأجنبى بعلمه ، وعليه أن يبحث هو عن مضمونه ، وان يفسره حسب القواعد المعمول بها فى الدولة صاحبة هذا القانون ، وهو يخضع فى كل ذلك لرقابة محكمة النقض(٢٤٠) .

ومع ذلك فان محكمة النقض المصرية ذهبت على غرار محكمة النقض الفرنسية الى أن الاستناد الى تشريع أجنبى أمام القضاء الوطنى لا يعدو أن يكون واقعة تجب اقامة الدليل عليها ، ولا يقضى فيها القاضى بعلمه ولا يخضع فى قضائه بصددها لرقابة محكمة النقض(٢٤١) .

---

(٢٣٨) راجع ما سبق ، فقرة ١٧٨ .

(٢٣٩) راجع فى هذا الموضوع ، رسالة الدكتوراه للزميل الدكتور هشام على صادق ، مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى ، الاسكندرية ، ١٩٦٨ .

(٢٤٠) انظر فى الفقه الفرنسى ، مالورى ، وموتليسكى ، فالرى ، سافتييه ميكارد ، مراجع مشار اليها فى : هشام صادق ، تنازع القوانين ، ص ٢٢٦ هامش ١ ، وانظر فى الفقه المصرى : جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، ص ٥٨٢ ، حامد زكى ، القانون الدولى الخاص المصرى ، ١٩٣٦ ص ١٨١ ، محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ١٩٥٥ ، ص ٣٩٤ ، شمس الدين الوكيل ، دراسة مقارنة فى اثبات القانون الأجنبى ورقابة المحكمة العليا فى تفسيره ، الاسكندرية ١٩٦٤ ، ص ٥ ، عز الدين عبد الله ، ص ٤٢٩ ، مراجع مشار اليها فى : هشام صادق ، ص ٢٢٦ ، هامش ١ ، وانظر أيضا عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٥٥ ، سمير تناغو ، النظرية العامة للاثبات ، فقرة ١١٨ ، ص ٥٦ وما بعدها .

(٢٤١) نقض مدنى ١٩٥٥/٧/٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٦ ، ص ١٣٤٧ ، نقض ١٩٦٧/٧/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٤٩٣ ، نقض ١٩٧٠/٤/١٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٥٩٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد لاحظ البعض - بحق - أن محكمة النقض المصرية وهى تعتبر القانون الأجنبى واقعة مادية ، تفرض فى نفس الوقت رقابتها على محكمة الموضوع فى تفسير هذا القانون . وهذا يكشف عن عدم اقتناعها الكامل بأن القانون الأجنبى هو مجرد واقعة ، وانما هى قد استسلمت فى قضائها للصعوبات العملية فى العلم بالقوانين الأجنبية ، وهى مع ذلك صعوبات يمكن تخطيها ولا ينبغى أن تؤدى الى اهدار المبادىء القانونية السليمة(٢٤٢).

ويمكن أن تضاف الى حجج الفقه السائد فى مصر حجة جديدة وهى انه من غير المعقول أن يسمح للقاضى بالاعتذار بجهله بالقانون الأجنبى فيفرض على الخصوم عبء اثبات هذا القانون ، ولا يخضع من ناحية أخرى لرقابة محكمة النقض اذا أخطأ فى تطبيق هذا القانون ، بينما لا يسمح للفرد العادى الاعتذار بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق عليه .

ولا شك أن الفرد العادى لا يجوز له الاعتذار بالجهل بالقانون الأجنبى ، اذ لو جاز ذلك لما أمكن تطبيق أى قانون أجنبى ولانهار نظام القانون الدولى الخاص فى مجموعه ، خاصة وان الاعتذار بالجهل بالقوانين الأجنبية سيسهل اثباته ، بل قد يفترض وجوده ، نظرا لصعوبة معرفة هذه القوانين(٢٤٣) .

ومع ذلك فانه اذا كانت قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، ليست مطلقة فى انطباقها على القانون الوطنى ، بل ترد عليها عدة استثناءات سبق أن درسناها ، فهى أيضا غير مطلقة فى انطباقها على القوانين الأجنبية . ويوجد على الأقل استثناء واحد معروف على هذه القاعدة وهو الاستثناء الخاص بجواز الاعتذار بجهل القانون الأجنبى المتعلق بالاهلية . وقد نصت على هذا الاستثناء صراحة المادة ١/١١ من القانون المدنى وهى تقرر ان « الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون اليها بجنسيتهم . ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها ، اذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الاهلية وكان نقص الاهلية يرجع الى سبب

---

(٢٤٢) هشام على صادق ، تنازع القوانين ، ص ٢٣٤ .

(٢٤٣) قارب : هشام على صادق ، تنازع القوانين ، ص ٦٠٠ - ٦٠٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فان هذا السبب لا يؤثر فى أهليته » .

ويرجع الأصل التاريخى لهذا النص الى حكم صدر من محكمة النقض الفرنسية فى ١٦ يناير سنة ١٨٦١ فى قضية معروفة باسم قضية Lizardi وهو شاب مكسيكى اشترى فى باريس مجوهرات ، ووقع على سندات بقيمتها ، وكان وقتئذ فى الثالثة والعشرين من عمره . وعند مطالبته بقيمة هذه السندات احتج ببطلانها على أساس نقص أهليته ، لأن القانون المكسيكى الواجب التطبيق كان يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة . وقد رفضت المحاكم الفرنسية هذا الدفع ، وأيدتها فى ذلك محكمة النقض الفرنسية ، التى جاء فى حكمها « انه لا يجوز أن يفترض فى الشخص الفرنسى العلم بكافة قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الاهلية والرشد . وعلى ذلك يكفى لصحة العقد أن يكون الفرنسى قد تعاقد بدون خفة ، وبغير رعونة ، وان يكون حسن النية »(٢٤٤) .

ويقول الأستاذ باتيفول تعليقا على هذا الحكم ، انه « اذا كان من الجائز الاعتذار بالجهل بالقانون الأجنبى ، فان ذلك يرجع الى أن قاعدة افتراض العلم بالقانون تنطبق فى فرنسا بالنسبة للقانون الفرنسى وحده »(٢٤٥) .

ولا شك أننا نرفض رأى محكمة النقض الفرنسية ، وكذلك رأى الأستاذ باتيفول فى جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الأجنبى بصفة عامة . فان من شأن ذلك هدم نظام القانون الدولى الخاص كما سبق أن ذكرنا . ولكننا نوافق فقط على جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الأجنبى فى بعض الحالات الاستثنائية عندما توجد مبررات تجعل تطبيق القانون الأجنبى رغم عدم العلم به مخالفا للعدل ، أو مخلا بالثقة فى المعاملات أو متعارضا مع حسن النية .

---

(٢٤٤) راجع : هشام على صادق ، تنازع القوانين ، ص ٥٩٨ ، وقد أخذنا عنه ترجمته لحكم النقض الفرنسى .

(٢٤٥) Batiffol, Traité élém, de droit int. privé, 1959, p. 469, cité par F. Terré, op. cit., pp. 117-118.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد سبق أن رأينا انه يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون الوطني عندما توجد اعتبارات من هذا القبيل(٢٤٦) . ولا تؤدى هذه الاستثناءات الى اهدار القاعدة الأصلية فى عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون . بل تظل هذه القاعدة رغم الاستثناءات الواردة عليها من أهم القواعد القانونية ، التى بدونها ينهار القانون وتسود الفوضى .

١٩٣ - نظرة عامة :

نخلص من دراستنا لنطاق تطبيق القانون من حيث الاشخاص ، الى ان القانون ينطبق على جميع الاشخاص المخاطبين بحكمه ، سواء علموا أو لم يعلموا به . فلا يقبل من احد الاعتذار بالجهل بالقانون . وأساس هذه القاعدة هو أن الاستغناء عنها يؤدى الى انهيار القانون وحلول الفوضى محله . فهى قاعدة ضرورية يفرضها وجود القانون ذاته .

وقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون غير منقطعة الصلة بقاعدة افتراض العلم بالقانون . فالقانون لا يكون ملزما الا اذا كان العلم به ممكنا . ومجرد امكان العلم بالقانون يجعله ملزما حتى ولو لم يتحقق العلم الحقيقى به .

وقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون رغم اهميتها ، ليست مطلقة ، بل ترد عليها عدة استثناءات ، يجوز فيها الاعتذار بالجهل بالقانون ، أو يجوز فيها الافلات من حكم القانون . وبعض هذه الاستثناءات عامة التطبيق كالاستثناء الخاص باستحالة العلم بالقانون ، والاستثناء المستمد من قاعدة الغلط الشائع يولد الحق . والبعض الآخر يتعلق بتطبيقات خاصة ، ومن ذلك توافر حسن النية ، وتوافر عيب من عيوب الارادة ، وتوافر عيب خفى فى العقار المبيع ، ودفع المسئولية الجنائية بسبب الجهل بقوانين أخرى غير جنائية .

---

(٢٤٦) راجع ما سبق ، فقرة ١٨٥ - فقرة ١٨٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ولكن رغم هذه الاستثناءات ستظل قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون من أهم القواعد القانونية التى بدونها لا يتصور وجود القانون . وهى قاعدة تمتد الى القانون فى كل مصادره ، التشريع ، والعرف والقضاء ، وكذلك القانون الأجنبى ، وتمتد كذلك الى القواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الرابع

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

١٩٤ ـ مبدأ اقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين :

القانون يصدر عن ارادة الدولة ويتحدد نطاقه بالنطاق الذى تسود فيه هذه الارادة . والدولة لها حق فى السيادة على كل اقليمها ، وعلى كل من يوجد وكل ما يقع على هذا الاقليم . ولها كذلك حق فى السيادة على كل الأشخاص الذين ينتمون اليها بجنسيتهم سواء وجدوا على اقليم الدولة او تصادف وجودهم خارج هذا الاقليم .

وحق الدولة فى السيادة على اقليمها نتيجة طبيعية لوجود الدولة . فالدولة لا يكون لها وجود الا على اقليم معين . فالاقليم ركن من أركان الدولة وهو فى نفس الوقت مكان وجودها .

أما حق الدولة فى السيادة على كل الاشخاص الذين يحملون جنسيتها فهو نتيجة طبيعية لكون هؤلاء الأشخاص يمثلون عنصر الشعب فى الدولة او عنصر الأمة فيها . ولا وجود للدولة بغير أمة أو شعب . فالدولة ليست مجرد كيان اقليمى ، وانما هى أيضا كيان بشرى .

ويترتب على وجود حق الدولة فى السيادة على اقليمها ، ان قانون الدولة يسرى على كل نشاط يجرى على هذا الاقليم ، وعلى كل شخص داخل حدود هذا الاقليم . ويمكن التعبير عن هذه الفكرة بمبدأ اقليمية القوانين فى التطبيق La territorialité des lois .

ويترتب على وجود حق الدولة فى السيادة على جميع الاشخاص الذين يحملون جنسيتها ، ان قانون هذه الدولة ينطبق على جميع هؤلاء الاشخاص فى أى مكان يوجدون ، حتى ولو وجدوا خارج اقليم دولتهم . ويمكن التعبير

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عن هذه الفكرة بمبدأ شخصية القوانين فى التطبيق
La personalité des lois

ومع ذلك فانه لا يمكن الأخذ بالمبدأين معا على اطلاقهما ، اذ من المحتم أن يقع تعارض بينهما يحول دون تطبيقهما معا فى نفس الوقت ·

فاذا ارادت احدى الدول تطبيق مبدأ الاقليمية تطبيقا جامدا ، فمعنى ذلك هو تطبيق القانون الوطنى على كل الأجانب الموجودين داخل اقـــليم الدولة ، وهو ما يتعارض مع مبدأ شخصية القانون الذى يقضى بخضوع الأجانب لقانون الدولة التى ينتمون اليها بجنسيتهم ·

واذا ارادت احدى الدول تطبيق مبدأ الشخصية تطبيقا جامدا ، فمعنى ذلك هو تطبيق قانونها على كل الاشخاص الذين يحملون جنسيتها حتى ولو وجدوا خارج حدود اقليمها ، وهو ما يتعارض مع مبدأ اقليمية القانون الذى يقضى بخضوع هؤلاء الاشخاص لقانون الدولة التى يوجدون على اقليمها ·

١٩٥ ـ انتصار مبدأ الاقليمية باستثناء بعض التطبيقات الخاصة :

ازاء التعارض الحتمى بين مبدأ الاقليمية ومبدأ الشخصية ، كان لا بد أن ينتصر أحد المبدأين على الآخر · ومن الطبيعى أن ينتصر مبدأ الاقليمية على مبدأ الشخصية · لأن الدولة لا تملك سلطة حقيقية الا على اقليمها ، وهى تستطيع مباشرة هذه السلطة حتى على الأجانب الموجودين بها ·

وبالعكس فان الدولة لا تملك أى سلطة ـ بحسب الأصل ـ على اقليم دولة أخرى غيرها · ولذلك فهى لا تستطيع السيطرة على الاشخاص الذين يحملون جنسيتها ويوجدون فى اقليم أخرى ، بل يقع هؤلاء الاشخاص تحت سيطرة الدولة التى يوجدون على اقليمها ·

وهكذا يمكن القول ان حق الدولة فى السيادة على اقليمها هو حق كامل له فعالية حقيقية ، أما حق الدولة فى السيادة على الاشخاص الذين يحملون جنسيتها فهو حق يفتقر الى الفعالية فى كل حالة يصطدم فيها بحق دولة أخرى فى السيادة على اقليمها ·

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واذا كان مبدأ الاقليمية قد انتصر على مبدأ الشخصية ، فان هـذا الانتصار لم يكن حاسما ، ولا يمكن أن يكون كذلك فى العالم المتمدين الذى تتعايش فيه الدول وتتعاون فيما بينها .

ويمكن فى هذا المجال ان نفرق بين الاقليمية البدائية ، وبين الاقليمية الحديثة .

أما الاقليمية البدائية فهى لم تكن مبدأ قانونيا أو مذهبا فكريا ، بل كانت حالة واقعية تعبر عن انغلاق المجتمعات البدائية القديمة على نفسها ، انغلاقا يتسم بعداء كل منها تجاه الأخرى ، دون وجود أية صورة من صور التعاون أو التبادل أو الانتقال فيما بينها . وفى ظل هذه الحالة البدائية لم يكن هناك مجال لأى مبدأ آخر غير اقليمية القانون فى التطبيق(٢٤٧) .

أما الاقليمية الحديثة فقد ظهرت بظهور التعاون بين الدول المختلفة ، مع ما ترتب عليه من انتقال الاشخاص والأموال فيما بين هذه الدول ، وهـو ما أدى الى امكان تصور وجود مبدأ آخر ينازع مبدأ الاقليمية ، وهو مبدأ الشخصية .

وقد أدى ظهور مبدأ الشخصية الى التخفيف من حدة مبدأ الاقليمية دون أن يصل مع ذلك الى الانتصار عليه ، وما كان من الممكن أن يصل الى ذلك أبدا .

وهكذا ظهرت الاقليمية الحديثة التى يمكن تعريفها بأنها الاقليمية المرنة التى تفسح المجال لبعض الاستثناءات المستمدة من مبدأ الشخصية ، أو غيره من المبادىء القانونية .

ويتبين من هذه اللمحة التاريخية أن الصراع بين مبدأ الاقليمية ومبـدأ الشخصية لم يكن موجودا فى جميع العصور ، بل مرت حقبات طويلة من

---

(٢٤٧) يلاحظ البعض ان المجتمعـــات القديمة كانت تنكر تمتـــع الأجنبى بالشخصية القانونية . راجع : H. Batiffol, Droit international privé, 5e éd., 1970, T. 1, p. 7.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التاريخ ، لعلها أطول حقبات التاريخ ، كان المبدأ المطبق فيها بغير استثناء هو مبدأ الاقليمية دون غيره ٠

وعندما ظهر مبدأ الشخصية لم يتح له أن يزحزح مبدأ الاقليمية من مكانه ، بل انطوى تحت لواء هذا المبدأ يخفف من حدته ويعطيه صورته الحديثة المتسمة بالمرونة ٠ ولا يمنع هذا انه فى بعض فترات التاريخ ، وفى بعض الدول ذات السيادة الناقصة ، أمكن لمبدأ شخصية القانون أن ينتصر بصفة مؤقتة على مبدأ اقليمية القانون ٠ وقد حدث ذلك فى مصر فى ظل الامتيازات الأجنبية التى سادت فيها طوال القرن الماضى والتى لم تنته بصفة كاملة الا فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو اليوم الذى اغلقت فيه المحاكم المختلطة ٠

وقد سبق أن رأينا انه قبل انشاء هذه المحاكم سنة ١٨٧٥ ، كان الاجانب يتقاضون أمام محاكمهم القنصلية التى كانت تطبق عليهم قوانين بلادهم دون القانون المصرى ، حتى فى المسائل الجنائية التى تمس أمن البلاد ، والمنازعات العقارية التى تتعلق باقليم الدولة ٠

بل انه حتى بعد انشاء المحاكم المختلطة التى نظر اليها على انها خطوة الى الامام فى سبيل استرداد الدولة لسيادتها ، نظرا لأن القوانين التى ستطبقها كانت صادرة عن السلطة التشريعية فى البلاد، فان المحاكم القنصلية ظلت قائمة تباشر اختصاصها فى نظر المنازعات المدنية والتجارية غير العقارية اذا اتحد الخصمان فى الجنسية ، ومسائل الأحوال الشخصية ، وكذلك الجنح والجنايات التى تقع من الأجانب ، وتطبق على هذه المنازعات قوانين الدول التى تتبعها(٢٤٨) ٠

ومعنى ذلك أن الأجانب كانوا يخضعون فى مصر لا للقانون المصرى ، بل لقوانين بلادهم سواء قبل انشاء المحاكم المختلطة ، أو بعد انشائها ، مع اختلاف فى مدى هذا الخضوع ما بين الفترتين ٠ ومعنى هذا أن مبدأ شخصية

---

(٢٤٨) راجع ما سبق ، فقرة ١٥٤ ٠

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القوانين انتصر فى مصر فى ظل الامتيازات الأجنبية ، على مبدأ اقليمية القوانين، حيث أن القانون المصرى لم يكن ينطبق الا على المصريين • وقد كان انتصار مبدأ شخصية القوانين ، على هذا النحو ، تعبيرا عن انتقاص سيادة الدولة على أرضها • ولذلك كافحت مصر طويلا حتى استطاعت الغاء الامتيازات الأجنبية ، واسترداد سيادتها كاملة •

والمعنى القانونى لالغاء الامتيازات الأجنبية هو الغاء انتصار مبـــدأ شخصية القانون ، واعلان انتصار مبدأ اقليمية القانون • وهو انتصار لا غنى عنه فى أى دولة تحرص على المحافظة على سيادتها(٢٤٩) •

على أن انتصار مبدأ الاقليمية لا يعنى اهدار مبدأ الشخصية بصفة كاملة ، فان اهدار هذا المبدأ الأخير لا يتفق مع التعايش والتعاون بين الدول فى العصر الحديث • بل يظل مبدأ الشخصية يعمل فى ظل مبدأ الاقليمية ، بما لا يتعارض مع سيادة الدولة ، وما يتفق مع مقتضيات الحياة الدولية • ولذلك يمكن القول أن نطاق تطبيق القانون من حيث المكان يتحدد على ضوء مبدأ الاقليمية المقترن ببعض الاستثناءات المستمدة من مبدأ الشخصية أو المستمدة من بعض المبادىء الأخرى للقانون • وندرس هذه الاستثناءات فيما يلى :

١٩٦ ـ تطبيق القوانين الأجنبية وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص هو أبرز استثناء من مبدأ الاقليمية :

سبق أن رأينا أن قواعد تنازع القوانين فى القانون الدولى الخاص ، وهى التى يطلق عليها أحيانا اسم قواعد الاسناد ، هى القواعد التى تحدد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، والتى تنظر امام القضاء الوطنى • وقد يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون احدى الدول

---

(٢٤٩) واذا كان مبدأ شخصية القانون ، قد انتصر فى مصر فى ظل الامتيازات الأجنبية ، فهو قد انتصر أيضـــا فى القرون الوسطى بعد انهيار الدولة الرومانية بسبب غزو القبـــائل البربرية لها ، حيث ظلت الشعوب ذات الأصل الرومانى تخضع لقوانين رومانية ، بينما تخضع الشعوب الغازية لقوانين « بربرية » • راجع : Beiffol, op. cit., p. 11.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الأجنبية . ويترتب على ذلك أن القاضى الوطنى ، يلتزم طبقا لقاعدة الاسناد - وهى قاعدة وطنية - بتطبيق قانون أجنبى على النزاع المعروض أمامه . ولا يعتبر تطبيق القانون الأجنبى فى هذه الحالة انتقاصا من السيادة الوطنية . بل تظل هذه السيادة كاملة نظرا لأن القاضى لا يتلقى الامر بتطبيق القانون الأجنبى الا من قانونه الوطنى ذاته .

والذى يدفع المشرع الوطنى الى الأمر بتطبيق القوانين الأجنبية على المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، ليست هى اعتبارات المجاملة الدولية ، كما ذهبت الى ذلك المدرسة الهولندية التى ظهرت فى القرن السابع عشر(٢٥٠) ، ولكنها اعتبارات العدل التى تقضى بأن يكون القانون الواجب التطبيق هو أكثر القوانين اتصالا بالنزاع ، ولو كان قانون دولة أجنبية .

ولكن أيا ما كان المبرر لتطبيق القوانين الأجنبية بواسطة القضاء الوطنى ، فان مجرد تطبيق هذه القوانين يعتبر استثناء هاما من مبدأ الاقليمية ، الذى لو أخذ على اطلاقه لما أمكن تطبيق أى قانون أجنبى داخل اقليم الدولة .

فكأن وجود القانون الدولى الخاص ذاته يعتبر بمثابة استثناء من مبدأ الاقليمية .

ولكن ذلك لا يعنى من ناحية عكسية أن قواعد القانون الدولى الخاص تعبر كلها عن مبدأ شخصية القوانين . فلئن كانت قد ظهرت بعض نظريات القانون الدولى الخاص ، مثل نظرية الفقيه الايطالى مانشينى Mancini (١٨١٧ - ١٨٨٨) تنادى بمبدأ شخصية القوانين ، الا أن هذه النظرية ذاتها تضع استثناءات كثيرة على مبدأ الشخصية ، ترى فيها تطبيق القانون تطبيقا اقليميا . وأهم هذه الاستثناءات القانون العام وقانون العقوبات وقانون الملكية العقارية ، وقانون المسئولية التقصيرية . ومن ناحية أخرى فقد ظهرت فى القانون الدولى الخاص نظرية تجعل الأصل هو التطبيق الاقليمى للقانون ، وهى نظرية الفقيه الفرنسى دارجنتريه (١٥١٩ - ١٥٩٠)

---

(٢٥٠) راجع : Goffol, op. cit., p. 18.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وتجعل الاستثناء هو التطبيق الشخصى للقانون ، وذلك فقط بالنسبة لما يسمى بعلاقات الأحوال الشخصية • وقد احدثت النظرية الاقليمية تأثيرا كبيرا لا زال قائما حتى الآن فى القوانين الانجلوسكسونية ، كما انها وجدت انصارا لها فى الفقه الفرنسى الحديث مثل الفقيه Niboyet (٢٥١) •

ويبدو أن فقه القانون الدولى الخاص الحديث ، قد تخطى بفضل ساڤينى Savigny الصراع بين النظرية الشخصية والنظرية الاقليمية • وأصبح يأخذ بمعيار آخر لتحديد القانون الواجب التطبيق هو تركيز localisation العلاقات القانونية حسب طبيعتها ، أى الحاقها بالنظام القانونى الذى يتفق أكثر مع طبيعتها • وقد يؤدى ذلك الى تطبيق القانون الشخصى أو القانون الاقليمى (قانون القاضى) ، أو قانون الدولة التى يوجد بها العقار ، أو قانون الدولة التى تم فيها ابرام العقد •• الخ(٢٥٢) •

ولكن سواء سيطرت على فقه القانون الدولى الخاص النظرية الشخصية أو النظرية الاقليمية ، أو نظرية تركيز العلاقات او غير ذلك من النظريات الأخرى ، فان ذلك كله يتعلق بالقانون الدولى الخاص ، ولا يتخطاه الى النظام القانونى فى مجموعه • فالقانون الدولى الخاص هو جزء صغير من القانون • وهو جزء صغير لأنه لا يحكم كل العلاقات بين الأفراد ، ولكنه يحكم فقط العلاقات ذات العنصر الأجنبى • وهو جزء صغير لأنه لا يحكم كل العلاقات ذات العنصر الأجنبى ، ولكنه يحكم فقط العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبى ، أى العلاقات التى تثير تنازعا بين فروع القانون الخاص • أما العلاقات التى يسرى عليها القانون العام فهى لا تثير مشكلة تنازع القوانين، ولا تدخل بالتالى فى نطاق القانون الدولى الخاص ، ولكنها تثير مشكلة نطاق تطبيق القانون من حيث المكان(٢٥٣) ، وهى مشكلة أخرى يحكمها المبدأ الأصلى فى اقليمية القوانين •

فاذا ما انتقلنا من النطاق المحدود للقانون الدولى الخاص الى النطاق

---

(٢٥١) راجع : Batiffol, op. cit. p. 291.

(٢٥٢) Batiffol, op. cit., pp. 292-296.

(٢٥٣) Batiffol, op. cit., p. 300.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الواسع للقانون كله ، فاننا ننتقل مباشرة الى مبدأ اقليمية القانون ، وهو المبدأ الذى يسرى على جميع علاقات القانون الخاص التى لا يوجد فيها عنصر أجنبى ، كما يسرى على جميع علاقات القانون العام .

والخلاصة أن مجرد وجود القانون الدولى الخاص بما يتضمنه من قواعد تقضى بتطبيق القانون الأجنبى على بعض المنازعات ، يعتبر فى ذاته استثناء من مبدأ اقليمية القانون ، بغض النظر عما اذا كانت النظرية المسيطرة على قواعد القانون الدولى الخاص هى النظرية الشخصية أم النظرية الاقليمية أم نظرية تركيز العلاقات أم غير ذلك .

١٩٧ ـ الاستثناءات من مبدأ الاقليمية فى نطاق القانون الجنائى :

القانون الجنائى هو فرع من فروع القانون العام التى تنطبق انطباقا اقليميا بحسب الأصل . وقد نصت المادة الأولى من قانون العقوبات المصرى على أن «تسرى أحكام هذا القانون على كل من يرتكب فى القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه» . وطبقا لهذا النص فان قانون العقوبات المصرى ينطبق على كل جريمة ترتكب فى مصر سواء كان مرتكبها مصريا أو غير مصرى . ويؤخذ من هذا النص أيضا بمفهوم المخالفة أن قانون العقوبات المصرى لا ينطبق على الجرائم التى ترتكب خارج مصر .

ومع ذلك فتوجد استثناءات على مبدأ اقليمية تطبيق قانون العقوبات فى شقيه :

أولا : عدم انطباق قانون العقوبات المصرى على بعض الجرائم التى ترتكب فى مصر(٢٥٤) :

١ ـ لا ينطبق قانون العقوبات على الجرائم التى يرتكبها رئيس الدولة ، وذلك طبقا لقاعدة تقليدية مصدرها القانون الانجليزى ، تقرر أن الملك لا يخطىء ، ويلاحظ أن القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٦ بشأن محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء ، نص على المسئولية الجنائية لرئيس الدولة فى حالتين

---

(٢٥٤) راجع : رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، ١٩٧١ ، ص ٢٩٧ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فقط هما الخيانة العظمى وعدم الولاء للنظام الجمهورى (م ١٣٠ من القانون المشار اليه) • والحد من مبدأ اقليمية القانون لا يرجع فى هذا الاستثناء الى مبدأ شخصية القانون ، ولكن يرجع الى المبدأ التقليدى السابق ذكره •

٢ ـ لا ينطبق قانون العقوبات المصرى على الجرائم التى يرتكبها فى مصر رؤساء الدول الأجنبية • ويعتبر هذا الاستثناء تطبيقا لمبدأ شخصية القوانين ، وهو استثناء محدود اذ لا يستفيد منه الا رؤساء الدول الأجنبية وكذلك أفراد أسرته وخدمه •

٣ ـ لا ينطبق قانون العقوبات المصرى على الجرائم التى يرتكبها فى مصر أعضاء السلك السياسى الأجنبى • ويعتبر هذا الاستثناء تطبيقا لمبدأ شخصية القانون •

٤ ـ لا ينطبق قانون العقوبات المصرى على الجرائم التى يرتكبها فى مصر أفراد القوات الحربية الأجنبية المرخص لها بالوجود فى اقليم الدولة ، اذا وقعت منهم أثناء عملهم أو فى حدود المناطق المخصصة لهم • ويعتبر هذا الاستثناء أيضا تطبيقا لمبدأ شخصية القانون •

ثانيا : انطباق قانون العقوبات المصرى على بعض الجرائم التى ترتكب خارج مصر(٢٥٥) :

١ ـ يسرى قانون العقوبات المصرى على كل من ارتكب خارج مصر فعلا يجعله فاعلا أو شريكا فى جريمة وقعت كلها أو بعضها فى مصر • (م ٢ أولا من قانون العقوبات) • ويمكن ارجاع امتداد القانون المصرى فى هذه الحالة الى مبدأ الاقليمية ذاته على أساس الصلة بين الافعال التى ارتكبت فى مصر وتلك التى ارتكبت فى الخارج •

٢ ـ يسرى قانون العقوبات المصرى على الجرائم التى ترتكب خارج مصر وتخل بأمن الحكومة سواء كان مرتكبها مصريا أم اجنبيا ، وكذلك يسرى

---

(٢٥٥) راجع : رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ وما بعدها •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التزوير وجرائم تقليد أو تزييف أو تزوير عملة ورقية أو معدنية (م ٢ ثانيا من قانون العقوبات)(٢٥٦) .

٣ - يسرى قانون العقوبات المصرى على كل مصرى ارتكب وهو خارج القطر المصرى فعلا يعتبر جريمة طبقا لقانون العقوبات المصرى ، وطبقا لقانون البلد الذى وقع فيه الفعل ، اذا عاد الى مصر دون أن تجرى محاكمته ، أو دون أن يستوفى العقوبة التى صدرت ضده خارج مصر . ويعتبر هـذا الاستثناء تطبيقا لمبدأ شخصية القانون المصرى .

والخلاصة أن قانون العقوبات المصرى ينطبق انطباقا اقليميا كقاعدة أساسية ، مع وجود بعض الاستثناءات من مبدأ الاقليمية ، وهى استثناءات ترجع الى مبدأ الشخصية أو الى غيره من المبادىء القانونية .

١٩٨ - الاستثناءات من مبدأ الاقليمية فى نطاق القانون العام :

من المتفق عليه أن الأجانب لا يتمتعون بأهلية اكتساب الحقوق السياسية أو التحمل بالواجبات السياسية(٢٥٧) . فليس للأجنبى حق فى الانتخاب أو الترشيح فى المجالس النيابية أو البلدية ، وليس للأجنبى حق فى تقلد الوظائف العامة فى الدولة . وليس على الأجنبى واجب الخدمة العسكرية .

ومعنى ذلك أن القانون الوطنى لا ينطبق فى هذه المسائل انطباقا اقليميا على كل من يوجد داخل الدولة ، ولكنه ينطبق انطباقا شخصيا على الوطنيين وحدهم . وهو أيضا يلاحق الوطنيين خارج الدولة . فالوطنى الموجود خارج

---

(٢٥٦) يذهب البعض الى أن انطباق القانون فى هذه الحالة لا يعتبر اقليميا أو شخصيا ، ولكنه يعتبر عينيا ، راجع : محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ ، فقرات ١٠٨ ، ١٢٨ - ١٣٠ ، مشار اليه فى : حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٢٧ .

(٢٥٧) فى هذا المعنى : حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٢٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الدولة لا يحرم من حقه فى الانتخاب والترشيح وتقلد الوظائف العامة ، كما لا يعفى من واجبه فى أداء الخدمة العسكرية .

وجدير بالذكر انه بالرغم من الصبغة العالمية للاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ ، أى بالرغم من أن الاعتراف بالحقوق الواردة فى هذا الاعلان يستفيد منه أى انسان فى أى مكان وجد لمجرد كونه انسانا ، فان الإعتراف بالحقوق السياسية بالذات جاء قاصرا على الوطنيين دون الأجانب(٢٥٨) .

والخلاصة انه فيما عدا الاستثناءات السابق ذكرها ، فان مبدأ الاقليمية هو المبدأ الأساسى الذى يحدد نطاق القانون من حيث المكان .

---

(٢٥٨) راجع المادة ٢١ من الاعلان العالمى لحقوق الانسان ، وهو النص الوحيد الذى يتعلق بحقوق للانسان لا يتمتع بها غير الوطنيين .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الخامس

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان
أو
تنازع القواعد القانونية فى الزمان

تنقسم دراستنا فى هذا الفصل الى مبحثين ، الأول فى المبادىء النظرية فى تنازع القوانين من حيث الزمان ، والثانى فى الحلول الوضعية فى القانون المصرى لتنازع القوانين من حيث الزمان ٠

المبحث الأول

المبادىء النظرية فى تنازع القوانين من حيث الزمان(٢٥٩) ٠

١١٩ ـ تنازع القوانين من حيث الزمان هو نتيجة لتعاقب القوانين :

درسنا من قبل موضوع الغاء التشريع أو تعديله(٢٦٠) : ويترتب على الغاء التشريع أو تعديله حلول قانون جديد محل القانون القديم الملغى أو المعدل ٠ وهنا تثور مشكلة تحديد نطاق تطبيق كل من القانون القديم

---

(٢٥٩) أهم المراجع الفرنسية فى هذا الموضوع هى : أولا بالنسبة للنظرية التقليدية :
Merlin, Rép. de jurisprudence, L'Effet rétroactif. III, 1. No. 3; Chabot de l'Allier, Questions transitoires sur le Code Napoléon, 1re. éd. 1809; Blondeau, Essai sur ce qu'on appelle l'effet rétroactif des lois, sirey. 1809, p. 277.

ثانيا بالنسبة للنظرية الحديثة :
Vareilles — Sommières (De), Une théorie nouvelle sur la retroactivité des Lois Rev. Crit., 1893, pp. 444-468; 492-519; P. Roubier, Les conflits de lois dans le temps, 2 vol. 1929-1933; P. Roubier, Le Droit transitoire, 1960.

وانظر المراجع العديدة فى الفقه الفرنسى والعالمى ، المشار اليها فى المؤلف الأخير للأستاذ روبييه ، ص ٥٧٩ ـ ٥٨٢ ٠ ويلاحظ أن مؤلف الأستاذ روبييه هو المؤلف الأساسى فى الموضوع ٠ وراجع فى الفقه المصرى بصفة خاصة : حسن كيره ، مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٥٨ ، ص ٨٥ ـ ١٨٤ ، ومؤلفه أصول القانون ، ص ٤٠٩ ـ ص ٥٠٩ ٠

(٢٦٠) راجع ما سبق ، فقرة ١٢٢ ـ فقرة ١٢٦ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والقانون الجديد . وتعرف هذه المشكلة باسم مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان . وقد اختار المشرع المصرى هذا التعبير كعنوان للحلول التى وضعها فى التقنين المدنى لهذه المشكلة فى المواد من ٦ الى ٩ من هذا التقنين .

والواقع أن تعاقب القوانين ، يثير بالفعل مشكلة تنازع بين هذه القوانين من حيث انطباقها على الحقوق والمراكز القانونية . فاذا صدر قانون جديد يعدل فى شروط انعقاد الزواج ، وآثار الزواج ، فهل ينطبق هذا القانون على عقود الزواج التى أبرمت فى ظل القانون القديم ، أم تظل هذه العقود محكومة بالقانون الذى أبرمت فى ظله ! فهنا يثور تنازع بين القانون القديم والقانون الجديد فى حكم هذه العقود من حيث انعقادها ومن حيث آثارها .

ومشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان تشبه الى حد ما مشكلة تنازع القوانين من حيث المكان . وهى المشكلة التى تعنى بحلها قواعد الاسناد فى القانون الدولى الخاص . ووجه الشبه بين المشكلتين انه يثور التردد بصدد كل منهما فى اختيار القانون الواجب . ففى تنازع القوانين من حيث المكان تكون المشكلة هى تحديد ما اذا كان القانون المصرى أو احد القوانين الأجنبية هو الواجب التطبيق . أما فى تنازع القوانين من حيث الزمان فتكون المشكلة هى تحديد ما اذا كان القانون القديم أو القانون الجديد هو الواجب التطبيق .

ومع ذلك فانه يوجد فارق بين المشكلتين فى انه فى تنازع القوانين من حيث المكان يقع التنازع بين قوانين صادرة عن دول مختلفة . فهو الى حد ما تنازع بين السيادات . أما فى تنازع القوانين من حيث الزمان ، فان التنازع يقع بين قوانين دولة واحدة ، فليس هناك تنازع بين السيادات(٢٦١) .

وبمراعاة هذا الفارق وغيره فانه لا يمكن الأخذ بحلول موحدة بالنسبة لكل من المشكلتين . وكل ما تمكن الاستفادة منه من هذه المقارنة هو أن تنازع القوانين من حيث الزمان يحتاج فى دراسته الى عناية فقهية لا تقل عن تلك التى بذلت أو تبذل فى دراسة تنازع القوانين من حيث المكان(٢٦٢) .

---

(٢٦١) Marty et Raynaud, T. I, pp 172-173.

(٢٦٢) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 6 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويلاحظ أن مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان تثور ، ليس فقط بصدد تعاقب التشريعات ، بل أيضا بصدد تعاقب كل القواعد القانونية الأخرى ، أيا كان مصدرها ، التشريع أو العرف أو القضاء . ومع ذلك فسنقتصر في دراستنا على تنازع التشريعات من حيث الزمان .

والسبب في ذلك أن التشريع يصبح نافذا وملزما من تاريخ محدد محسوب على أساس يوم نشره في الجريدة الرسمية . ولذلك فانه يوجد فاصل زمني محدد بين التشريع القديم والتشريع الجديد يسمح بتحديد النطاق الزمني لكل من هذين التشريعين .

أما العرف فهو يتكون ببطء ولا يمكن القول على وجه الدقة في أي لحظة نشأ . وبالتالي لا يمكن وضع حلول دقيقة تحدد النطاق الزمني لكل من العرف القديم أو العرف الجديد .

أما القواعد القانونية القضائية فهي تسري عادة بأثر رجعي على كل المنازعات المعروضة أمام القضاء وقت انشاء القاعدة القانونية القضائية الجديدة ، كما انه لا يمكن من ناحية أخرى تحديد الوقت الذي نشأت فيه القاعدة القانونية القضائية على وجه الدقة . وبالتالي فان حلول تنازع القوانين من حيث الزمان ، والموضوعة أصلا لتنازع التشريعات المتعاقبة ، لا تبدو ممكنة التطبيق على المشاكل التي يثيرها انشاء قواعد قانونية قضائية جديدة(٢٦٣) .

٢٠٠ - التفرقة بين قواعد تنازع القوانين في الزمان ، وبين القواعد الانتقالية :

قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان هي قواعد عامة تضع حلولا دائمة لكل تنازع يمكن أن يثور بين قانون قديم وقانون جديد(٢٦٤) . أما القواعد

---

(٢٦٣) P. Roubier, Le Droit Transitoire, pp. 23-29.

(٢٦٤) قد توجد قواعد تنازع خاصة ببعض التشريعات المعينة بالذات ، وهي غالبا ما تكون تطبيقا أو استثناء من القواعد العامة في هذا المجال .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الانتقالية ، فهى تضع حلولا خاصة لبعض التشريعات المعينة بالذات تهدف الى وضع نظام انتقالى بين القانون القديم والقانون الجديد ، يتمكن الأفراد فى نطاقه من توفيق أوضاعهم طبقا للقانون الجديد(٢٦٥) .

ومن أمثلة القواعد الانتقالية ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ الذى حدد ملكية الفرد بخمسين فدانا وملكية الأسرة بمائة فدانا من انه « يجوز لأفراد الأسرة التى تجاوز ملكيتها أو ملكية احد أفرادها الحد الاقصى المنصوص عليه فى المادة الأولى أن يوفقوا أوضاعهم فى نظام ملكية المائة فدان التى يجوز للأسرة تملكها ، بالطريقة التى يرتضونها بموجب تصرفات ثابتة التاريخ خلال ستة شهور من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون .. » . وطبقا لهذا النص اذا كان رب الأسرة يملك على سبيل المثال مائة فدان ، فانه يستطيع خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بالقانون ، ان يبيع خمسين فدانا منها الى زوجه أو الى أولاده ، بحيث تصبح ملكيته هو لا تجاوز خمسين فدانا ، وتصبح ملكية الأسرة كلها لا تجاوز مائة فدانا ، فلا ينطبق عليه أو عليها حكم تحديد الملكية . أما اذا انقضت مهلة الستة أشهر دون أن يتصرف رب الأسرة فى شىء مما يملكه ، فانه يصبح خاضعا لتحديد الملكية ويتم الاستيلاء على خمسين فدانا وهو القدر الزائد لديه عن الحد الأقصى لملكية الفرد طبقا للقانون السابق ذكره(٢٦٦) .

والقواعد الانتقالية من هذا القبيل لها فائدة كبيرة فى تفادى الكثير من الصعوبات التى تنشأ نتيجة لتعاقب التشريعات . ومع ذلك فان وظيفة قواعد تنازع القوانين فى الزمان هى حل هذه المشكلات فى غير وجود القواعد الانتقالية المشار اليه(٢٦٧) .

٢٠١ - متى يبدأ تطبيق القانون الجديد ؟

طبقا للمادة ١١٨ من دستور سنة ١٩٧١ فان التشريع الجديد يعمل به

---

(٢٦٥) P. Roubier, Le Droit Transitoire, pp. 146-148.

(٢٦٦) راجع كتابنا ، القانون الزراعى ، ص ٢٥٦ وما بعدها .

(٢٦٧) P. Roubier, Le Droit Transitoire, p. 148.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره الا اذا حدد لذلك ميعادا آخر(٢٦٨). ويمكن أن يستخلص من هذا النص ما يأتى :

١ - لا يسرى التشريع الجديد على الماضى ، ويعرف ذلك باسم مبدأ عدم رجعية القوانين . وهو من أهم مبادىء تنازع القوانين من حيث الزمان . وسندرسه فيما بعد بالتفصيل . غير أننا نلاحظ من الآن أن هذا المبدأ غير مطلق ، بل يمكن أن ترد عليه استثناءات عن طريق المشرع نفسه .

٢ - لا يسرى التشريع قبل نشره ، حتى يتسنى للافراد المخاطبين بحكمه العلم به . ومع ذلك فيذهب رأى فى القانون الفرنسى الى أن التشريع الجديد يسرى فى حق أجهزة الدولة من تاريخ اصداره وقبل تاريخ نشره، أما بالنسبة للأفراد فهو لا يسرى قبل نشره ، فقبل النشر لا يكون التشريع ملزما فى حق الأفراد(٢٦٩) .

٣ - يجوز أن يسرى التشريع من تاريخ نشره اذا ورد به نص على ذلك . ولا يعتبر هذا النص استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين .

٤ - اذا لم يرد نص فى التشريع يحدد تاريخا خاصا لسريانه ، فهو يسرى طبقا للمادة ١٨٨ من الدستور بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره . والعبرة فى تحديد تاريخ النشر ، هو تاريخ التوزيع الفعلى للجريدة الرسمية، وليس التاريخ المطبوع على هذه الجريدة(٢٧٠) .

٥ - يلاحظ أنه بالنسبة للتشريعات الكبرى ، كالتقنينات مثلا ، فان تاريخ سريانها يتأخر عادة الى مدة أطول من شهر من تاريخ نشرها . وتنص هذه التشريعات على المدة التى يبدأ سريانها بعدها . ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة ٤ من قانون أصدار قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ :

---

(٢٦٨) راجع ما سبق ، فقرة ٦٢ .

(٢٦٩) Marty et Raynaud, op. cit., T. 1, p. 143, p. 168.

(٢٧٠) راجع ما سبق ، فقرة ١٨٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

من انه يعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره • وهو نفس الحكم الذى قررته المادة الثانية من قانون اصدار قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ •

٦ - يحدث ايضا بالنسبة لبعض التشريعات أن يتأخر تاريخ سريانها الى وقت صدور تشريعات أخرى تضعها موضع التنفيذ • وعلى سبيل المثال فان التشريع العادى يتم تنفيذه عن طريق اللوائح التنفيذية • ولكن ذلك لا يعنى أن كل تشريع عادى يتأخر سريانه الى أن تصدر اللائحة التنفيذية الخاصة به • بل أن هذا التأخير لا يحدث الا اذا نص عليه التشريع العادى صراحة(٢٧١) ، أو اذا تبين وجود استحالة فى تطبيق التشريع العادى قبل صدور اللائحة التنفيذية الخاصة به •

ومن أمثلة تأخير سريان التشريع ، ان المحكمة الدستورية العليا المنصوص على انشائها فى المواد من ١٧٤ - ١٧٨ من دستور سنة ١٩٧١ لم يعمل بها الا بعد صدور القانون الخاص بها •

وفى جميع الفروض السابقة ، فان تاريخ سريان القانون الجديد يمكن تحديده على وجه الدقة بيوم معين • ويترتب على ذلك أمكان القول أن هذا اليوم هو الفاصل بين نطاق سريان القانون القديم وبين نطاق سريان القانون الجديد • ومع ذلك فان الأمور لا تجرى بهذه البساطة • فان المراكز القانونية لا تنشأ أو تنقضى أو تترتب آثارها فى لحظة واحدة حتى يمكن تركيزها فى نطاق زمنى معين هو نطاق القانون القديم أو نطاق القانون الجديد • بل أن الكثير من المراكز القانونية لا تنشأ الا على مدى زمنى طويل • ومن هذا القبيل اكتساب ملكية العقار بالتقادم فهو يحتاج حتى يتم الى مدة زمنية طويلة هى مدة التقادم • وهذه المدة قد يبدأ سريانها قبل القانون الجديد ويمتد الى ما بعد العمل بهذا القانون • والكثير من المراكز القانونية لا تنقضى أيضا الا على مدى زمنى طويل • ومن هذا القبيل انقضاء الالتزام بالتقادم •

---

(٢٧١) نقض ١٩٥٨/٥/٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٤٧٨ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فالدائن يسقط حقه فى مطالبة مدينه بالدين اذا انقضت مدة من الزمن - تختلف باختلاف الأحوال - من يوم استحقاق الدين . وقد تبدأ هذه المدة فى ظل القانون القديم ولكنها لا تكتمل قبل العمل بالقانون الجديد ، فلا يمكن فى هذه الحالة تركيز مدة التقادم فى نطاق قانون واحد واخضاعها لهذا القانون دون غيره . والكثير من المراكز القانونية لا ينتج أثره الا على مدى زمنى طويل . ومن هذا القبيل عقد الزواج الذى يستمر فى انتاج آثاره بصفة مستمرة الى أن تنتهى الرابطة الزوجية ، فاذا صدر قانون جديد يعدل فى آثار الزواج ، فلا يمكن فى هذه الحالة تركيز آثار كل عقود الزواج التى أبرمت قبل العمل بهذا القانون فى نطاق قانون واحد دون غيره .

ونظرا لامتداد المراكز القانونية من حيث انشائها أو آثارها أو انقضائها فى النطاق الزمنى لكل من القانونين المتعاقبين ، فمن الواجب العثور على قواعد تحدد مدى انطباق كل من هذين القانونين على المراكز الممتدة فى الزمان . ولعل أبرز قاعدة ظهرت فى فقه تنازع القوانين من حيث الزمان هى قاعدة عدم رجعية القوانين الجديدة . وندرس فيما يلى هذه القاعدة ، كما ندرس أيضا النظريات التى حاولت تفسيرها ، أو حاولت تكملتها ، وذلك فى ثلاثة مطالب متتالية : الأول فى مبدأ عدم رجعية القوانين فى ذاته ، والثانى فى محاولة النظرية التقليدية تفسير هذا المبدأ ، والثالث فى محاولة النظرية الحديثة تفسير وتكملة هذا المبدأ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطلب الأول

مبدأ عدم رجعية القانون فى ذاته

Le principe de la non-rétroactivité de la loi

٢٠٢ - تاريخ المبدأ :

من أقدم الآثار التاريخية لمبدأ عدم رجعية القوانين ، الخطبة المشهورة التى ألقاها سيسيرون فى مهاجمة المنشور البريتورى الذى أصدره البريتور Verrès بشأن الوصية وجعل له أثرا رجعيا . فيقول سيسيرون « ما هذا النظام التشريعى ؟ ان التشريعات الجديدة للقانون المدنى تحترم حتى الآن الوقائع الماضية »(٢٧٢) .

ومع ذلك فان الأستاذ روبييه يلاحظ أن فقهاء الرومان ، لم يهتموا بوضع قاعدة عامة عن عدم رجعية القوانين ، وان كانت الكثير من الحلول التى أخذوا بها تتفق مع هذا المبدأ . ويبدو أن جستنيان لم يكن يعتقد بوجود مبدأ بهذا المعنى ، بل كان يعتقد - ازاء سلطته غير المحدودة - أن القوانين التى يصدرها يمكن أن تمتد الى الماضى ، وبالتالى فان عدم رجعية القوانين لا تتقرر الا على سبيل التنازل من جانبه .

وفى مواجهة الكثير من الأحكام التى تأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين ، وتلك التى تهدره ، لا يمكن القطع بما اذا كان هذا المبدأ ، فى القانون الرومانى هو الأصل أم الاستثناء .

ومع ذلك فان القانون الرومانى عرف قاعدة لا زالت قائمة حتى اليوم ، وهى قاعدة رجعية القوانين المفسرة ، أى القوانين التى تفسر قانونا قديما ، فهى تسرى من وقت سريان القانون القديم الذى تفسره ، وتنطبق بالتالى على كل المراكز التى كان يحكمها القانون القديم ، باستثناء المراكز التى تم

(٢٧٢) Cité par P. Roubier, Le Droit Transitoire, p. 31.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حسمها causae finitae عن طريق حكم من القضاء أو عن طريق الصلح بين الخصوم ·

وكذلك فان فكرة المراكز التى تم حسمها عن طريق الحكم أو الصلح ، هى فكرة هامة انتقلت أيضا من القانون الرومانى الى القوانين الحديثة · فهذه المراكز لا تخضع للقانون الجديد ، حتى ولو كان رجعيا بحسب طبيعته كالقوانين المفسرة(٢٧٣) ·

واذا انتقلنا مباشرة من القانون الرومانى الى الثورة الفرنسية ، وجدنا هذه الثورة تهدر فى البداية مبدأ رجعية القوانين ، وتقرر سريان قوانينها على الماضى ، حتى تتحقق الفائدة من هذه القوانين الثورية الاصلاحية على أكمل وجه · ومع ذلك فقد أحدثت رجعية القوانين اضطرابا فى المعاملات · وكان أهم مثل على هذا الاضطراب ما أحدثه قانون المواريث الصادر فى ١٧ Nivôse من السنة الثانية للثورة ، والذى تقرر سريانه بأثر رجعى اعتبارا من ١٤ يوليو سنة ١٧٨٩ · وقد ترتب على تطبيق هذا القانون أن جميع التركات التى كانت قد فتحت منذ هذا التاريخ ، أعيد تحديد الورثة بها ، فأصبح وارثا من لم يكن كذلك وخرج من الميراث من كان وارثا ، وترتب على ذلك بالتالى أن جميع التصرفات التى كان قد أبرمها الورثة الذين استبعدوا بعد ذلك من الميراث أصبحت باطلة بحسب الأصل ·

وقد أعطى هذا الاضطراب فى المعاملات درسا قويا الى رجال الثورة الفرنسية ، عن أهمية احترام مبدأ عدم رجعية القوانين ، جعلهم يضعون هذا المبدأ فى المادة ١٤ من أعلان حقوق الانسان ، ويضعونه كذلك فى رأس دستور ٥ فريكتيدور من السنة الخامسة للثورة(٢٧٤) ·

وعندما صدر قانون نابليون سنة ١٨٠٤ نصت المادة الثانية منه على أن « التشريع لا يسرى الا بالنسبة للمستقبل ، فليس له مطلقا أثر رجعى » ·

---

(٢٧٣) P. Roubier, Le droit transitoire, pp. 30-41.

(٢٧٤) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 89; Marty et Raynaud, T. 1, p. 175.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومنذ ذلك الوقت لم يعد أحد يجادل فى أهمية مبدأ عدم رجعية القوانين وهو ما نؤكده فيما يلى ·

٢٠٣ - أهمية المبدأ :

يمكن ارجاع أهمية مبدأ عدم رجعية القوانين الى سببين · الأول يتعلق بالعدل والثانى يتعلق بالنظام · فمن ناحية العدل ، فان الأفراد يتصرفون على أساس القانون القائم · وهو القانون الذى يعرفونه أو الذى يستطيعون معرفته · أما القانون الذى سيصدر فى المستقبل فلا يمكن لهم العلم به مقدما · فاذا صدر هذا القانون وانطبق عليهم بأثر رجعى ، فمعنى ذلك أن الأفراد يخضعون لقانون يستحيل عليهم العلم به · وهو ما يتعارض مع أبسط مبادىء العدل ·

ويترتب على ذلك انه توجد صلة بين مبدأ افتراض العلم بالقانون ، وبين مبدأ عدم رجعية القوانين · فالقانون طبقا للمبدأ الأول لا ينطبق الا اذا أمكن العلم به ، وهو لا ينطبق طبقا للمبدأ الثانى بأثر رجعى لأنه فى هذه الحالة يستحيل العلم به(٢٧٥) ·

أما من ناحية النظام فان مبدأ عدم رجعية القوانين يعتبر ضمانا لا غنى عنه للاستقرار فى المجتمع · ولن يكون هناك استقرار أو ضمان اذا كان أصحاب الشأن يستطيعون ابطال المراكز القانونية التى نشأت وتكونت فى الماضى ، واستبدالها بغيرها مع كل قانون جديد يصدر · وكما يقول بلانيول « فلن يكون هناك أى أمان بالنسبة للأفراد اذا كانت حقوقهم ، وثرواتهم ، وحالتهم الشخصية ، والآثار التى ترتبت على تصرفاتهم وحقوقهم الشخصية يمكن فى أى لحظة أن تتأثر أو تعدل أو تزول بسبب تغيير فى ارادة المشرع »(٢٧٦) ·

---

(٢٧٥) راجع فى الصلة بين المبدأين : Marty et Raynaud, T. 1, p. 175.

وراجع فى الصلة بين مبدأ عدم رجعية القوانين ، ومبدأ الغلط الشائع يولد الحق : Mazeaud, La maxime error communis facit jus, op. cit., pp. 949 - 950.

(٢٧٦) Cité par Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, op. cit., p. 76.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ونظرا لأهمية مبدأ عدم رجعية القوانين ، فقد ذهب بعض الفقهاء الى انه يتعلق بالقانون الطبيعي ومن ثم فان القانون الوضعي لا يستطيع مخالفته . وطبقا لهذا الرأى فان بارتول Bartole أحد كبار فقهاء القرون الوسطى ذهب الى أن القانون لا يكون له أثر على الماضى حتى ولو نص على ذلك صراحة .

وكذلك نجد ميرابو Mirabeau احد زعماء الثورة الفرنسية يعلن فى الجمعية التأسيسية فى ٢١ نوفمبر سنة ١٧٩٠ « ان أية قوة بشرية أو فوق البشرية لا تستطيع أن تقرر الأثر الرجعى » .

واذا كانت الثورة الفرنسية قد أصدرت الكثير من القوانين الرجعية ، الا أن النتائج السيئة التى ترتبت على ذلك زادت تأكيد أهمية هذا المبدأ وسموه . ولذلك نجد أحد الفقهاء Benjamin Constant يقرر فى بداية القرن التاسع عشر « ان الرجعية هى أكبر اعتداء يمكن أن يرتكبه التشريع ، فهى تمزيق للعقد الاجتماعى ، وابطال للشروط التى بمقتضاها يخضع الفرد للمجتمع ، لأنها تسلب من الفرد الضمانات التى اعطاها المجتمع للفرد مقابل الطاعة التى حصل عليها منه والتى تنطوى على التضحية من جانبه . فالرجعية تنتزع عن التشريع خصائصه . وبالتالى فان التشريع الرجعى لا يعتبر تشريعا »(٢٧٧) .

والى اليوم فاننا نجد بعض كبار الفقهاء ، يقرر أن مبدأ عدم الرجعية هو من المبادىء السامية(٢٧٨) ، أو هو « قاعدة من قواعد الصياغة الجوهرية »(٢٧٩) ، وان عدم احترامه يعنى « اللا قانون ، والتحطيم لفكرة القانون »(٢٨٠) .

---

(٢٧٧) راجع أقوال بارتول وميرابو وبنجامان كونتسان ، مشار اليها فى :
P. Roubier, Le droit transitoire, p. 269-270.

(٢٧٨) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 435.

(٢٧٩) G. Ripert, Les forces créatrices du droit, op. cit., p. 322.

(٢٨٠) G. Ripert, Le déclin du droit, op cit., p. 179:
Comp. le régime rémocratique, op. cit., p. 288.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبطبيعة الحال فان الوسيلة القانونية لتقييد ارادة المشرع بمبدأ عدم رجعية القوانين ، هي النص على هذا المبدأ فى الدستور - وقد وجد نص من هذا القبيل فى دستور السنة الثالثة للثورة الفرنسية • وتوجد نصوص من هذا القبيل أيضا فى دساتير الولايات المتحدة الأمريكية • كما انه يوجد نص فى كل دساتير الدول الحديثة بقرر عدم رجعية القوانين الجنائية • وعلى سبيل المثال فان نص المادة ٦٦ من دستور مصر الدائم لسنة ١٩٧١ يقرر أن « العقوبة شخصية - ولا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ولا توقع عقوبة الا بحكم قضائى ، ولا عقاب الا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » • أما بالنسبة للقوانين غير الجنائية فلا يوجد مقابل لهذا النص لا فى الدستور المصرى ، ولا فى الدستور الفرنسى • وقد بذلت محاولتان فى فرنسا لتقرير مبدأ عدم الرجعية بصفة عامة فى دستور سنة ١٨٤٨ ودستور سنة ١٩٤٦ ولكنهما لم يؤديا الى شيء(٢٨١) •

ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء مثل ديجى Duguit الى انه - مع عدم وجود نص دستورى مكتوب يحظر على المشرع رجعية القوانين ، فان التشريع الرجعى هو تشريع مخالف للقانون ، أى مخالف للمبادىء العامة للقانون • وقد ذهب ديجى الى حد القول بأن « رفض الطاعة للتشريع المخالف للقانون هو أمر مشروع تماما »(٢٨٢) •

ولكن على خلاف رأى ديجى فقد سبق أن ذكرنا أن مخالفة التشريع للمبادىء العامة غير الدستورية ، لا يمكن أن يترتب عليها أمكان الخروج على حكم التشريع باسم المبادىء المذكورة(٢٨٣) • والأهم من ذلك أن مبدأ عدم رجعية القوانين لا يمكن اعتباره من المبادىء المطلقة التى لا تقبل الاستثناء • فلربما لا يوجد فى القانون مبدأ مطلق لا يقبل الاستثناء(٢٨٤) •

---

(٢٨١) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 272.

(٢٨٢) Cité par : P. Roubier, Le droit transitoire, p. 272 273.

(٢٨٣) راجع ما سبق ، فقرة ٨١ •

(٢٨٤) راجع فى اطلاق هذا المبدأ فى المسائل الجنائية ، دمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، ص ١٨٩ وما بعدها ، ص ٢٧٣ وما بعدها •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولا شك انه توجد استثناءات على مبدأ عدم رجعية القوانين ، تستحق التأييد ، على النحو الذى سندرسه فيما بعد ·

ولذلك يكاد يكون من المتفق عليه فى الفقه الحديث أن مبدأ عدم رجعية القوانين ، فيما عدا المسائل الجنائية ، لا يعتبر مبدأ دستوريا ، ولكنه مبدأ قانونى عادى · وتترتب على ذلك نتيجة هامة وهى أن هذا المبدأ لا يقيد ارادة المشرع ، ولكنه يقيد فقط ارادة القاضى · ومعنى ذلك انه يجوز للمشرع أن يقرر سريان القوانين التى يصدرها بأثر رجعى ، فاذا لم يقرر ذلك فان القاضى يتقيد فى تطبيق القوانين بمبدأ عدم رجعيتها(٢٨٥) ·

ومع ذلك فلا ينبغى أن يصدر المشرع قوانين رجعية الا لضرورة كبرى أو لمبرر قوى ، نظرا لما قد تؤدى اليه مثل هذه القوانين من اخلال بالعدل ، ومساس باستقرار المعاملات ·

٢٠٤ — هل يكفى مبدأ عدم الرجعية لحل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان ؟

ظل الفقه الفرنسى طوال القرن التاسع عشر يعتقد أن مبدأ عدم الرجعية يكفى بمفرده لحل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان · ولذلك انحصر مجهود الفقه طوال هذا القرن فى محاولة تفسير هذا المبدأ عن طريق وضع معيار للتفرقة بين الحالات التى يكون فيها تطبيق القانون رجعيا ، وتلك التى لا يكون فيها كذلك · وقد تم وضع هذا المعيار فى صورة نظرية يمكن أن يطلق عليها النظرية التقليدية ، وهى تقوم على أساس التفرقة بين ما يسمى بالحق المكتسب من ناحية ، وما يسمى مجرد الأمل من ناحية أخرى · ومع ذلك فقد تبين بفضل الدراسات الانتقادية لهذه النظرية ، انها تقوم على أفكار غير واضحة ، كما انها تؤدى الى نتائج غير مقبولة · كما تبين أيضا أن العيب الأساسى فى هذه النظرية انها حصرت مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان فى مبدأ واحد هو مبدأ عدم الرجعية ·

---

(٢٨٥) H. Capitant, Introduction à l'étude du droit, p. 751; P. Roubier, Le Droit transitoire, p. 223, et s.; J. Carbonnier, Droit civil, T. 1, p. 97.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والواقع أن هذا المبدأ رغم أهميته لا يكفي لاستخلاص كل الحلول اللازمة للمشكلة المذكورة • فلئن كان هذا المبدأ يقرر عدم رجعية القانون الجديد، الا انه لا يقرر متى يبدأ سريان هذا القانون • وانطلاقا من هذا النقد ، ظهرت نظرية حديثة تفرق بين الأثر الرجعي للقانون ، وبين الأثر المباشر للقانون • فالقانون ليس له أثر رجعي ، ولكن له أثر مباشر •

وقد حاولت النظرية الحديثة تحديد المقصود بالأثر الرجعي ، تحديدا يخلو من الانتقادات التي وجهت الى النظرية التقليدية •

وندرس فيما يلي النظرية التقليدية والانتقادات التي وجهت اليها •

المطلب الثاني

النظرية التقليدية في تفسير مبدأ عدم الرجعية

٢٠٥ - نظرية الحق المكتسب(٢٨٦) : Le droit acquis

ترجع نظرية الحق المكتسب الى Tronchet وهو أحد الفقهاء الذين اشتراكوا في وضع تقنين نابليون • وقد سادت هذه النظرية في فرنسا طوال القرن التاسع عشر في الفقه والقضاء ، سيادة مطلقة ، بعد أن صاغها فقهاء مثل : Merlin de Douia, Chabot de l'Allier, Meyer. • وأصبح يرددها مؤلفو الموسوعات مثل :

Zachariac, Baudry —Lacantinerie, Aubry et Rau

وتقوم هذه النظرية على أساس التفرقة بين الحق المكتسب والحق غير المكتسب ، أو بين الحق المكتسب ومجرد الأمل expectative أو بين الحق المكتسب والرخصة القانونية Faculté légale :

وخلاصة هذه النظرية أن عدم الرجعية تعني عدم جواز مساس القانون الجديد بالحقوق المكتسبة • وبالتالي فان القاضي يجب عليه أن يستبعد تطبيق القانون الجديد في كل حالة يؤدي فيها تطبيقه الى المساس بحقوق مكتسبة ،

---

(٢٨٦) انجع في عرض النظرية التقليدية :
P. Roubier, Le Droit transitoire, pp. 113-117.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

على خلاف الآمال أو التوقعات التى لا يعتبر المساس بها تطبيقا رجعيا للقانون .

ويعرف Zachariae الحق المكتسب بانه الحق غير القابل للالغاء . ويعرفه Demolombe بأنه الحق الخاص بنا الذى لا يستطيع الغير أن يجردنا منه . ويعرفه Baudry-Lacantinerie بأنه الفائدة التى تخصنا والتى تظهر فى ذمتنا المالية والتى لا يستطيع أن ينتزعها منا الشخص الذى آلت الينا منه أو غيره .

ويذهب Aubry et Rau الى استبعاد تطبيق القانون الجديد فى كل حالة يؤدى فيها تطبيقه الى الاضرار بالحقوق التى اكتسبها الأفراد بطريقة فردية فيما يتعلق بحالتهم أو ذمتهم المالية .

ويلاحظ أن أوبرى ورو يفرقان فيما يتعلق بالحقوق المالية ، بين تلك التى تنشأ مباشرة عن القانون ، وتلك التى تنشأ بفعل الانسان .

فما ينشأ عن القانون ، لا يعتبر حقا مكتسبا ، بل مجرد أمل ، طالما أن الفعل أو الحدث الذى يعلق عليه القانون اكتساب الحق لم يوجد بعد . أما بعد تحقق هذا الفعل أو الحدث ، فان الحق يكون قد نشأ ولا يجوز بالتالى للقانون الجديد المساس به . وعلى سبيل المثال فان الحق فى الميراث هو مجرد أمل ، ولكنه يصبح حقا مكتسبا بعد وفاة المورث . وكذلك فان التقادم الذى لم يكتمل بعد هو مجرد أمل ، ولكنه يصبح حقا مكتسبا بعد اكتمال مدته .

ومع ذلك فان المزايا التى تنشأ عن القانون بصفة مباشرة ، لا تعتبر حقوقا مكتسبة ، ولو كانت قد تمت ممارستها فترة من الزمن طالت أم قصرت . فحقوق الارتفاق القانونية ، يجوز للقانون الجديد أن يلغيها مهما طالت المدة التى مارسها فيها الاشخاص الذين كانت مقررة لهم بمقتضى القانون السابق .

أما الحقوق التى تنشأ بفعل الانسان ، فانها تعتبر حقوقا مكتسبة ، اذا كان الشخص الذى أنشأها لا يستطيع بارادته المنفردة أن يلغى أو يعدل الآثار القانونية التى ترتبت عنها لفائدة شخص آخر ، بحيث يصبح هذا

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفعل بمثابة السند غير القابل للرجوع لمصلحة الشخص المذكور · ويصدق هذا على الحقوق التي تنشأ عن العقود أو تنشأ عن الأعمال غير المشروعة ·

ويعتبر الحق الناشيء عن العقد مكتسبا سواء نشأ عن ارادة المتعاقدين الصريحة أم الضمنية ، أم نشأ عن ارادتهما المفترضة بحكم القانون ، وسواء نشأ هذا الحق في ظل القانون القديم ، أم نشأ بعد العمل بالقانون الجديد ·

وما يصدق على العقد لا يصدق على الوصية التي هي أساسا تصرف قابل للالغاء بالارادة المنفردة للموصي الى وقت وفاته · وبالتالي فان الموصى له لا يكتسب أي حق فيها قبل وفاة الموصي ، بل يكون له فقط مجرد أمل فيها يجوز للقانون الجديد أن يطيح به دون أن يعتبر ذلك مساسا بحق مكتسب أو تطبيقا رجعيا لهذا القانون ·

وتترتب على هذه التفرقة أن الهبة وهي تصرف بين الأحياء تنشيء حقوقا مكتسبة فور ابرامها · أما الوصية وهي تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلا تنشيء حقوقا مكتسبة الا بعد وفاة الموصي ·

٢٠٦ ـ التفرقة بين الحق والمصلحة كتعبير جديد عن النظرية التقليدية :

ذهب بعض فقهاء القرن التاسع عشر الى التسليم بصحة النظرية التقليدية مع التعبير عنها تعبيرا جديدا يتفادى بعض الانتقادات التي يمكن توجيهها اليها في نظرهم ·

فكما يقول Hue فان اصطلاح الحق المكتسب ، هو اصطلاح غامض لأنه يدعو الى الاعتقاد بأنه توجد حقوق غير مكتسبة · وهذا في ذاته لغو · ولهذا يكفي التعبير عن فكرة الحق المكتسب باصطلاح الحق فقط دون اضافة أية صفة أخرى اليه · ويعتبر حقا بهذا المعنى كل فائدة يحميها القانون لشخص معين عن طريق دعوى أو دفع · وعلى العكس لا يعتبر حقا بل مجرد مصلحة ، كل فائدة لا يضمن القانون حمايتها لصاحبها بواسطة دعوى أو دفع ·

وطبقا لهذه التفرقة فان القانون الجديد لا يستطيع ـ بحسب الأصل

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المساس بالحقوق ، ولكنه يستطيع المساس بالمصالح ٠

وهكذا اعتقد « هيك » انه أزال الغموض عن النظرية التقليدية عن طريق حذف كلمة « مكتسب » التى لا تؤدى الى اضافة أى معنى جديد الى اصطلاح الحق ، سوى معنى واحدا هو انه من ناحية التعاقب الزمنى فان الحق قد نشأ قبل العمل بالقانون الجديد(٢٨٧) ٠

ومن قبل « هيك » كان لوران Laurent قد اكتفى باستخدام اصطلاح الحق بدلا من اصطلاح الحق المكتسب ، فهو يقول « ان من المؤكد انه عندما يدخل حق فى حيازتنا فان المشرع ، ومن باب أول القاضى ، لا يستطيع تجريدنا منه ٠ لأن هذا الحق هو ملكية ، وقد نص الدستور البلجيكى على أن الملكية حق دستورى ، وبالتالى فان القانون لا يستطيع المساس به دون أن يخالف الدستور »(٢٨٨) ٠

ومع ذلك فان هذه المحاولة الجديدة للتعبير عن النظرية التقليدية عن طريق التفرقة بين الحق والمصلحة بدلا من التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، لم تلق قبولا فى الفقه ٠ وقد ذهب De Vareilles-Sommières وهو الفقيه الذى يعود اليه الفضل فى هدم النظرية التقليدية فى فرنسا الى أن التعبير التقليدى فى التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل أفضل من التعبير الجديد الذى يقترحه لوران وهيك ، لأن اصطلاح الحق المكتسب له على الأقل فائدة الاشارة الى أنه من الناحية الزمنية فان الحق المذكور أسبق فى النشأة من العمل بالقانون الجديد ، وهى فائدة لا يقدمها التعبير الجديد المقترح ٠

ومن ناحية أخرى فان نظرية لوران وهيك لا تقدم أى رد على الانتقادات الموجهة الى النظرية التقليدية فهى لا تحقق تقدما لهذه النظرية ، بل تؤدى الى التراجع بها الى الوراء(٢٨٩) ٠

---

(٢٨٧) Huc, Comment. Théor. et Prat. du Code Civ., I, Paris, 1892, Nos. 59 et s., cité par P. Roubier, op. cit., p. 118.

(٢٨٨) Cité par P. Roubier, Le Droit transitoire, p. 118.

(٢٨٩) De Vareilles-Sommières, Une Théorie Nouvelle de la retroactivité des lois, Rev. Crit. de Lég. et de Jur. 1893, p. 962, cité par P. Roubier, op. cit., p. 119.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢٠٧ - نقد النظرية التقليدية(٢٩٠) :

بعد أن كانت النظرية التقليدية سائدة في الفقه والقضاء طوال القرن التاسع عشر ، أصبحت منذ بداية القرن العشرين بغير خصير لها على الاطلاق ، حتى ولو كانت بعض الأحكام القضائية لا زالت ترد حتى الآن من وقت الى آخر اصطلاح الحق المكتسب .

ولا يرجع سبب العدول عن النظرية التقليدية الى صعوبة تعريف المقصود بالحق المكتسب . فالواقع أن هذا الاصطلاح لا يستعصى على التعريف . وكل شخص لديه فكرة واضحة عن المقصود بالحق المكتسب . وعلى سبيل المثال فان أحدا لا يجهل أن العقد يصبح كاملا بمجرد تطابق الارادتين ، وأن الحق فى الميراث يصبح مكتسبا بمجرد وفاة المورث ، وان الحق فى الوصية يصبح مكتسبا بمجرد وفاة الموصى ، وأن اكتساب الملكية بالتقادم يتحقق بعد اكتمال مدة التقادم ... الخ .

فمعيار الحق المكتسب ليس معيارا صعبا فى ذاته ، ولا هو يستعصى على التعريف . بل لو كانت له فائدة حقيقية لكان من الواجب على الفقه أن يعمل على تعريفه وتحديد ضوابطه .

ولكن العيب الحقيقى فى هذا المعيار انه يعجز عجزا مطلقا عن تقديم كل الحلول لمشكلة تنازع القوانين فى الزمان . فادراك مثل هذا الهدف عن طريق فكرة الحق المكتسب يبدو أمرا مستحيلا .

وهكذا فان عيب فكرة الحق المكتسب لا يرجع الى غموضها . ولكنه يرجع الى عجزها عن الوصول الى الهدف الذى استعين بها من أجله .

واذا كان أصحاب النظرية التقليدية لم يهتموا كثيرا باعطاء تعريف محدد لفكرة الحق المكتسب ، فانما ذلك يرجع الى انهم أرادوا استخدام هذا الاصطلاح فى معنى آخر غير معناه ، بحيث يصبح هذا الاصطلاح عطاء يلبسونه

---

(٢٩٠) راجع فى عرض هذا النقد : P. Roubier, Le Droit Transitoire, p. 166 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كما يشاءون لكل الحلول التى يرونها مناسبة لمشكلة تنازع القوانين فى الزمان .

وقد ترتب على ذلك أن نشأت طائفة من « الحقوق المكتسبة » ليست لها علاقة بالفكرة المألوفة عن الحق . وعلى سبيل المثال فعندما أراد أحد الفقهاء Mailher de Chassat تبرير قاعدة أن الوصية التى تمت من شخص ذى أهلية تظل صحيحة رغم القوانين الجديدة التى تعدل فى أهلية الايصاء ، قال ان الموصى قد اكتسب حقا فى أن يعتبر تصرفه صحيحا طبقا للقانون الذى تم فى ظله . ولكن أى حق هذا ؟ فمن المعروف أن الموصى له هو الذى يكتسب حقا من الوصية . ولكن أحدا لا يعرف أن الموصى يكتسب هو أيضا حقا منها .

وكذلك فان محكمة النقض الفرنسية عندما أرادت تبرير أن القانون الجديد الذى يقرر تقصير مدة التقادم لا ينطبق على الالتزامات التى بدأ سريان تقادمها ، قالت انه تقصير مدة التقادم فى هذه الحالة ينزع من الدائن حقا ضمنه له القانون(٢٩١) . ولكن ما هو هذا الحق ؟ انه الحق المكتسب فى أن القانون الجديد لا ينطبق ، وهكذا فان الحق لا يمكن اعتباره مكتسبا الا اذا تقرر من قبل أن القانون الجديد لا ينبغى أن يمس به .

ويتضح من هذين المثالين أن القول بأن القانون ينبغى أن يحترم الحقوق المكتسبة لا يؤدى الى شىء . فهو مجرد كلمة ، أو مجرد وهم على حد تعبير الفقيه النمساوى .

فالمقصود باصطلاح الحقوق المكتسبة عند أصحاب النظرية التقليدية ، هى الحقوق التى ينبغى على المشرع احترامها . وفى هذا تفسير للشىء بالشىء ذاته . فبدلا من البحث عن الحقوق المكتسبة ، فانه يكفى البحث عن الحقوق التى يجب على المشرع احترامها ، فتعتبر هذه الحقوق لهذا السبب مكتسبة .

---

(٢٩١) Cass. 21 Juillet. 1823, S., 24.1.354.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد تختلف الآراء في المدى الذى ينبغى أن تصل اليه الحماية ، ولكن لا يأتى اصطلاح الحقوق المكتسبة الا عندما ينتهى هذا الخلاف كتعبير عن النتيجة التى توصل اليها البحث فيما يتعلق بتحديد الحقوق التى لا ينبغى أن تتأثر بتعاقب القوانين .

فاصطلاح الحقوق المكتسبة لا يمكن اذن اعتباره معيارا مرشدا الى المراكز التى لا يجوز المساس بها ، وانما هو نتيجة اقتناع مقدما بوجود مثل هذه المراكز .

وهكذا تجرد اصطلاح الحقوق المكتسبة من المعنى ، لدرجة أن أصحاب النظرية التقليدية استطاعوا القول بأن الحقوق المؤجلة والحقوق الشرطية هى حقوق مكتسبة ! ويرجع ذلك الى انهم قرروا مسبقا ان هذه الحقوق لا يجب المساس بها .

أما اذا قصرنا اصطلاح الحقوق المكتسبة على معناه الحقيقى ، فان هذا الاصطلاح ، يبدو على الفور عاجزا عن أن يعبر عن نظرية كاملة لتنازع القوانين فى الزمان .

فهذا الاصطلاح لا يعبر الا عن نصف الحقيقة فيما يتعلق بمبدأ عدم رجعية القانون ، كما انه لا يعبر عن شيء فيما يتعلق بمبدأ الأثر المباشر للقانون .

٢٠٨ ـ قصور النظرية التقليدية فى التعبير عن مبدأ عدم الرجعية(٢٩٢) :

لا شك أن فكرة الحق المكتسب تصلح لتفسير الكثير من التطبيقات المعروفة لمبدأ عدم رجعية القوانين . ومع ذلك فهى لا تصل الى قلب المشكلة ، ولا تبين فى كل الحالات متى يعتبر القانون رجعيا ومتى لا يعتبر كذلك .

١ ـ فمن ناحية فان هذه الفكرة لا تقدم أدنى حماية للحقوق المعلقة

---

(٢٩٢) راجع فى عرض هذا النقد :
P. Roubier, Le Droit Transitoire, p. 169 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على شرط • فهذه الحقوق بحسب تعريفها لا يمكن اعتبارها حقوقا مكتسبة ، لأنها معلقة على شرط ، أى معلقة على حدث مستقبل غير محقق الوقوع • واذا كان فقهاء النظرية التقليدية ، يعتبرون الحقوق الشرطية من قبيل الحقوق المكتسبة ، فان ذلك لا يعدو أن يكون انحرافا بالاصطلاح المذكور عن معناه الحقيقى •

وقد يقال ان معيار الحقوق المكتسبة ليس هو أن يكون اكتسابها قد تم بشكل يقينى ، بل هو أن يكون اكتسابها قد تم بمقتضى تصرف غير قابل للرجوع فيه • والحقوق الشرطية وان كان مصيرها متوقفا على حدث مستقبل غير محقق الوقوع ، فان مصدرها هو تصرف غير قابل للرجوع irrévocable ومن ثم فهى تعتبر حقوقا مكتسبة بهذا المعنى •

ولكن يرد على هذا بأن معيار عدم القابلية للرجوع لا يصلح بدوره معيارا للحقوق المكتسبة لأنه اذا كان يقدم حماية للحقوق الشرطية ، فانه لا يقدم حماية للحقوق الناشئة عن تصرفات قابلة للرجوع فيها مثل عقد الهبة • فعقد الهبة من العقود التى يجوز الرجوع فيها اذا وجد عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠/٢ مدنى) • فهل يترتب على ذلك انه اذا صدر قانون جديد يعدل شروط انعقاد الهبة أن يسرى هذا القانون على عقود الهبة التى سبق ابرامها لمجرد انها قابلة للرجوع فيها بحسب الأصل ؟ لا يبدو ذلك معقولا • وكذلك اذا أنشأ عقد حقوقا اشترطها لمصلحة الغير وكانت هذه الحقوق قابلة للرجوع فيها • فهل يعنى ذلك انه من الممكن أن ينطبق قانون جديد على عقد الاشتراط المذكور دون أن يعتبر ذلك تطبيقا رجعيا له ؟

الواقع ان معيار عدم القابلية للرجوع لا يصلح للتفرقة بين التطبيق الرجعى للقانون ، وبين التطبيق غير الرجعى له •

٢ ـ ومن ناحية ثانية فان فكرة الحقوق المكتسبة تبدو أقل وضوحا فى انطباقها على المراكز التى هى فى سبيل التكوين • فاذا فرضنا أن وصية تمت فى شكل معين يسمح به القانون ، ثم صدر قانون جديد قبل وفاة الموصى يلغى هذا الشكل • فطبقا للنظرية التقليدية فان القانون الجديد ينطبق

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على هذه الوصية فيبطلها ، نظرا لأن الموصى له لم يكتسب حقا بل اكتسب فقط مجرد أمل يجوز للقانون الجديد أن يطيح به دون أن يعتبر رجعيا . ومع ذلك فان هذا الحل غير صحيح ، لأن القانون الجديد لا يمس دون رجعية ، العناصر التي تم اكتمالها في ظل القانون القديم ، ولو كانت بقية العناصر المكونة للمركز القانوني لم تتحقق الا في ظل القانون الجديد .

٣ - وكذلك فان النظرية التقليدية لا تبدو مفيدة بالنسبة للتصرفات غير الصحيحة . فاذا أبرم تصرف باطل في ظل قانون سابق ، ثم صدر قانون جديد لا يعتد بالسبب الذي أدى الى بطلان التصرف ، فهل معنى ذلك ان التصرف الذي وقع باطلا في ظل القانون القديم ، يصبح صحيحا في ظل القانون الجديد ؟ الواقع انه لا توجد هنا أية حقوق مكتسبة ، لأن التصرف الباطل لم ينشىء أي حق ، وبالتالي فانه لا يمكن الاعتماد على فكرة احترام الحقوق المكتسبة للقول بأن التصرف الذي وقع باطلا في ظل القانون القديم لا يصبح صحيحا في ظل القانون الجديد . ومع ذلك فان الفقه التقليدي أمكنه العثور هنا أيضا على نوع من الحقوق المكتسبة ، هو الحق في البطلان . وهو حق مكتسب فريد في نوعه ليس له مضمون سوى الاعتراف بعدم وجود أي شيء مكتسب !

٤ - وأخيرا فان النظرية التقليدية تواجه جميع المراكز القانونية ، في صورة الحقوق الخاصة ، بينما توجد مراكز أخرى يثور بالنسبة لها تنازع القوانين في الزمان ، ولا يمكن مع ذلك اعتبارها حقا من الحقوق الخاصة . فاذا صدر قانون بوضع نظام جديد للوصاية على ناقص الأهلية أو للقوامة على المحجور عليهم ، فان هذا القانون ينطبق على كل حالات الوصاية أو القوامة السابق وجودها ، اذ لا يوجد حق مكتسب لشخص في أن يكون وصيا أو قيما .

٢٠٩ - اغفال النظرية التقليدية مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد(٢٩٣) :

اذا كانت النظرية التقليدية تقصر في التعبير عن مبدأ عدم رجعية

---

(٢٩٣) راجع في عرض هذا النقد :
P. Roubier, Le Droit Transitoire, p. 170 et s.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القانون الجديد ، فهى تغفل اغفالا كاملا مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ٠

والواقع ان القانون الجديد يمكن أن يمس حقوقا مكتسبة دون أن يعتبر مع ذلك رجعيا ٠ فاذا صدر قانون جديد بالغاء نظام الرق أو نظام الاقطاع ، فهو ينطبق بأثر مباشر من وقت العمل به ، ويترتب على ذلك الغاء كل الحقوق الناشئة عن نظام الرق أو عن نظام الاقطاع ابتداء من تاريخ العمل بهذا القانون ٠ ولكن الاطاحة بهذه الحقوق لم يكن نتيجة لتطبيق القانون بأثر رجعي ، بل نتيجة لتطبيقه بأثر مباشر ٠

ولا يعنى ذلك ان المشرع ليس عليه أن يقيم أى وزن للحقوق المكتسبة ، بل العكس فان المفروض أن يراعى المشرع بقدر الامكان عدم المساس بهذه الحقوق ٠ ولكن مراعاة ذلك لا تتعلق بمبدأ عدم الرجعية بقدر تعلقها بالسياسة التشريعية ٠

ويلاحظ أن أفكار النظرية التقليدية تتفق مع الأفكار السائدة اليوم فى أن القانون الجديد لا ينبغي أن يمس بآثار العقود التى أبرمت فى ظل القانون القديم ، ولا زالت مستمرة فى ظل القانون الجديد ٠

وهناك وجه للتساؤل عن السبب الذى من أجله تتمتع الحقوق العقدية بهذه المعاملة الاستثنائية ، بينما الحقوق الأخرى كحق الملكية أو حق الانتفاع أو حقوق المؤلف لا تتمتع بأية معاملة استثنائية من هذا القبيل ٠ اذ من المقطوع به أن أى قانون جديد يعدل فى نظام الملكية يسرى على جميع الملكيات القائمة كنتيجة للأثر المباشر لهذا القانون ، حتى ولو ترتب على هذا القانون مساس بهذه الحقوق ٠

الواقع ان النظرية التقليدية لا تقدم أى مبرر لايضاح السبب فى استثناء الحقوق العقدية من الأثر المباشر للقانون الجديد ، ولا تبين ما اذا كنا بصدد استثناء أم لا ٠

ولا يمكن بالطبع القول بأن القانون الجديد لا يمس بالحقوق العقدية الناشئة فى ظل قانون سابق ، مراعاة لفكرة الحقوق المكتسبة ٠ فكما سبق

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أن ذكرنا فان القانون الجديد يمكن فى انطباقه بأثر مباشر أن يمس بأى حق مكتسب دون أن يعتبر ذلك تطبيقا رجعيا له • وليس هناك حق فى القانون أهم من حق الملكية • ومع ذلك فان الملكيات تخضع فى نظامها لكل تعديل تشريعى اعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل ، ولا تحول دون ذلك فكرة احترام الحقوق المكتسبة ، اذ لو أخذنا بهذه الفكرة على اطلاقها ، لما أمكن للمشرع أن يجرى أى اصلاح فى أى مجال من المجالات ، فى كل حالة يصطدم فيه هذا الاصلاح ببعض الحقوق المكتسبة(٢٩٤) •

ومؤدى هذا انه حتى فى الحالة الاستثنائية التى تتفق فيها حلول النظرية التقليدية ، مع الحلول السائدة فى الفقه الحديث ، فان النظرية التقليدية لا تعطى تبريرا لهذا الاستثناء •

والخلاصة كما يقول الأستاذ كابتان أن فكرة احترام القانون الجديد للحقوق المكتسبة لا يتصور أن تكون صحيحة الا بالنسبة للماضى فقط ولكن ليس بالنسبة للمستقبل • فالمشرع يستطيع فى أى يوم يرى فيه أن الابقاء على حق من الحقوق أصبح متعارضا مع المصلحة العامة ، أن يلغى هذا الحق أو يقيده ، وينطبق هذا الالغاء أو التقييد فور العمل بالقانون على جميع الحقوق التى من هذا النوع ، دون أن يعتبر ذلك مخالفة لمبدأ عدم الرجعية(٢٩٥) •

ويتضح مما سبق أن النظرية التقليدية لا تنجح فى تفسير مبدأ عدم الرجعية طبقا لفكرة الحقوق المكتسبة ، كما انها تجهل تماما مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد •

---

(٢٩٤) [illegible]arty et Raynaud, T. 1, p. 173.

(٢٩٥) [illegible] Capitant, Introduction, op. cit., p. 82.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطلب الثالث

النظرية الحديثة في التفرقة بين مبدأ عدم الرجعية ومبدأ الأثر المباشر

٢١٠ - الأفكار الموجهة للنظرية الحديثة :

بجانب التفرقة الجوهرية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون ، توجد عدة تقسيمات أخرى تعتمد عليها النظرية الحديثة بصفة أساسية .

وأول هـــذه التقسيمات ، التفرقة الرومانيـــة بين الوقـــائع التامة Facta praecterita faits accomplis والوقائع أو المراكز التي في سبيل التكوين Facta pendentia — Faits pendants ou en cours .

وهناك أيضا التقسيم الذي وضعه سافيني بين التشريعات المتعلقـــة باكتساب الحقوق أو زوالها ، والتشريعات المتعلقة بآثار الحقوق .

وهناك أخيرا التفرقة التي استخلصها Lassalle, Gabba وغيرهما ، بين المراكز العقدية ، والمراكز القانونية .

وعلى ضوء هذه التقسيمات المختلفة يقوم بناء النظرية الحـــديثة التي يرجع الفضل فيها الى الفقيه الفرنسي بول روبيه P. Roubier (٢٩٦) .

والنظرية الحديثة تعطي لمبدأ عدم رجعية القوانين الأهمية الكبيرة التي يستحقها ، وتحاول تفسير هذا المبدأ تفسيرا يسمح في جميع الأحوال بمعرفة

---

(٢٩٦) تعمدنا أن نقصر اصطلاح النظرية الحديثة على نظرية روبييه ، وهنـــاك نظ أخرى لم تشأ التعرض لها حيث لم يكتب لها النجاح في الفقه ، وقد يؤدي عرضها الى تعقيـــد الموضوع أكثر مما يحتمل . ومن هذه النظريات نظرية ديجي في التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية ، والمراكز القانونية الشخصية ، ونظرية بونكاز في التفرقة بين المراكز القـــانونية المجردة والمراكز القانونية المحددة . راجع في هاتين النظريتين :

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. 2, 31; V. 16 et 26; La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois, Rev. Droit Public, 1910, p. 764; Jèze, La Rétroactivité des lois, Rev. Droit Public, 1916, p. 26; Bonnecase, Supplément au traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. 1, pp. 13-280.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

متى يكون تطبيق القانون رجعيا ومتى لا يكون كـــذلك • وهى بهذا تتلافى قصور النظرية التقليدية أو مبالغتها فى تفسير هذا المبدأ •

ولكن النظرية الحديثة تهتم أيضا بابراز مبدأ آخر هو مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد • وهى بهذا تضع مبدأ جديدا لم يكن معروفا من قبل • وهذا المبدأ الجديد فضلا عن أهميته فى ذاته ، فهو وحده الذى يسمح بوضع المبدأ الأول وهو مبدأ عدم الرجعية فى حدوده الطبيعية • وندرس هذين المبدأين فيما يلى :

١ ـ مبدأ عدم رجعيـة القانون

٢١١ ـ معيار التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون(٢٩٧) :

التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقـــانون هى جوهر النظرية الحديثة فى تنازع القوانين فى الزمان • والتفرقة تقوم على فكرة بسيطة هى ان الأثر الرجعى هو تطبيق القانون على الماضى ، أما الأثر المباشر فهو تطبيق القانون على الحاضر • فاذا أريد تطبيق القانون الجديد على الوقائع التامة ، فان التطبيق فى هذه الحالة يكون رجعيا ، أما اذا أريد تطبيق القانون على المراكز التى فى دور التكوين ، فتجب التفرقة بالنسبة لهـــذه المراكز بين أجزائها السابقة على العمل بالقانون الجديد ، وهذه لا ينطبق عليها هذا القانون والا اعتبر رجعيا ، وبين أجزائها اللاحقة على العمل بالقانون الجديد ، وهذه ينطبق عليها بأثر مباشر دون أن يعتبر ذلك تطبيقا رجعيا له • أما بالنسبة للوقائع المستقبلة فان انطباق القانون عليها لا يمكن أن يكون رجعيا •

ويلاحظ أن كل التشريعات تهدف الى تنظيم عدد من المراكز القانونية ، لمصلحة أو ضد مصلحة بعض الأشخاص • وفى انطباق التشريعات على هذه المراكز القانونية ، الماضى منها أو الحاضر أو المستقبل ، يتحدد نطاق تطبيقها من حيث الزمان •

واصطلاح المركز القانونى situation juridique هو اصطـــلاح

---

(٢٩٧) P. Roubier, Le Droit transitoire, pp. 181 et s.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

هام فى فقه النظرية الحديثة • وهو يفضل اصطلاح الحق المكتسب لأن هـذا الاصطلاح الأخير لا ينطبق على بعض المراكز مثل مركز القـاصر أو المحجور عليه ••• الخ • وهو يفضل أيضا اصطلاح الرابطة القانونية ، لأن هـذا الاصطلاح الأخير يفترض وجود علاقة بين شخصين ، بينما اصطـلاح المركز القانونى ينطبق على المراكز الفردية التى يمكن الاحتجـاج بها فى مواجهـة الكافة ، كمركز المالك مثلا •

وعدد المراكز القانونية غير قابل للحصر • ويرجع الى الفروع المختلفة للقانون لتحديد وتعريف المراكز القانونية التى تنظمها القواعد الخاصة بهذه الفروع من حيث وجودها وآثارها •

وعلى سبيل المثال ففى نطاق قانون الأشـخاص يوجد مركز الزوج ، ومركز الزوج المطلق ، ومركز الابن الشرعى ، ومركز الابن الطبيعى ، ومركز الوصى ، ومركز القيم •••• الخ • وفى نطـاق قانون الأموال يوجد مركز المالك ، ومركز صاحب حق الانتفاع ، ومركز الدائن المرتهن ، ومركز الدائن العادى ، ومركز المدين ، ومركز البائع ، ومركز المشترى ••• الخ •

وهذه المراكز القانونية لا توجد عادة فى لحظة واحدة ، ولكنها تمتد فى الزمان بحيث يتصور أن يلحقهـا قانون جديد فى أى لحظـة من لحظات امتدادها • فاذا انطبق هذا القانون على الأجزاء السابق وجودها على وجوده ، فانه يكون رجعيا • أما اذا انطبق فقط على الأجزاء اللاحقة عليه ، فيكـون ذلك انطباقا مباشرا لهذا القانون •

ويلاحظ أن المراكز القانونية الممتدة فى الزمـان تنقسم من الناحية الزمنية الى مرحلتين : المرحلة الأولى نشطة وهى مرحـلة انشـاء المركز وانقضائه • أما المرحلة الثانية فهى ساكنة وهى المرحلة التى ينتج فيها المركز آثاره •

والتفرقة بين مرحلة انشاء المراكز القانونية أو انقضائها من ناحية ، وبين مرحلة انتاج هذه المراكز آثارها من ناحية أخرى هى تفرقة فى غـاية الأهمية •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والمراكز القانونية تنشأ أو تنقضى بسبب وقائع مؤدية الى ذلك بحكم القانون • وهذه الوقائع اما أن تكون وقائع مادية ، كالعمل غير المشروع أو الوفاة ، أو تصرفات قانونية كالعقد أو الوصية • وهذه الوقائع قد تكون بفعل الانسان كالعقد والعمل غير المشروع ، أو تكون وقائع طبيعية كالوفاة • وبطبيعة الحال فليست كل الوقائع مؤدية الى انشـــاء أو انقضـــاء المراكز القانونية ، بل ان القانون يتخير بعض هذه الوقائع ويعطيها بشروط خاصة القدرة على ذلك • وقد تتغير أحكام القانون فى هذا الشـــأن فتصبح بعض الوقائع مؤدية الى انشاء أو انقضاء المراكز القانونية بعد أن لم تكن قادرة على ذلك ، أو العكس فتصبح هذه الوقائع غير مؤدية الى انشاء المراكز القانونية أو انقضائها بعد أن كانت قادرة على ذلك • وفى جميع الأحوال فان الوقائع التى تمت فى ظل القانون القديم تظل محتفظة بما كانت لها من قدرة أو عدم قدرة على انشاء المراكز القانونية أو انقضائها • فاذا أنشأت واقعة مركـــزا قانونيا فى ظل هذا القانون ، فلا يترتب على صدور قانون جديد يجرد مثل هذه الواقعة من القدرة على انشاء مثل هذه المراكز ، أى أثر على نشـــأة المركز المذكور • وما يصدق على الانشاء يصدق على الانقضاء أيضا • وكذلك اذا عجزت واقعة عن انشاء مركز قانونى فى ظل قانون قديم ، فلا يترتب على صدور قانون جديد يعطى لمثل هذه الواقعة القدرة على انشاء مثل هذا المركز، اعتبار أن المركز الذى لم ينشأ قد نشأ فعلا ، وما يصدق هنا على الانشـــاء يصدق على الانقضاء أيضا •

ولكن يلاحظ أن الوقائع المنشئة أو المنهية للمراكز القانونية ، قد تكون فورية تقع فى لحظة واحدة ، كالعقد أو الوفاة • وقد تكون ممتدة فى الزمن كالتقادم المكتسب للحق أو التقادم المسقط للحق • وبالنسبة للوقائع الفورية فهى اما أن تحدث فى ظل القانون القديم فلا ينطبق عليها القانون الجديد بغير رجعية • واما أن تحدث فى ظل القانون الجديد فينطبق عليها هـــذا القانون بمقتضى أثره المباشر • أما الوقائع الممتدة فى الزمان فان الأجزاء التى وقعت منها فى ظل القانون القديم لا يسرى عليها القانون الجديد والا اعتبر رجعيا ، بينما الأجزاء التى تتحقق فى ظل القانون الجديد يسرى عليها هذا القانون بمقتضى أثره المباشر •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذا عن مرحلة انشاء المراكز القانونية أو انقضائها ، وهي المرحلة التي يطلق عليها اسم المرحلة النشطة أو المتحركة . أما المرحلة الأخرى في حياة المركز القانوني ، وهي المرحلة التي ينتج فيها آثاره القانونية فان التفرقة بالنسبة لها بين الأثر الرجعي للقانون الجديد وبين أثره المباشر تبدو أكثر سهولة . فالآثار القانونية التي نتجت في ظل القانون القديم تظل محكومة بهذا القانون ، ولا يسري عليها القانون الجديد والا اعتبر رجعيا ، أما الآثار التي تترتب في ظل القانون الجديد ، فيسري عليها هذا القانون بمقتضى أثره المباشر .

وعلى سبيل المثال اذا صدر قانون جديد يعدل في آثار الزواج ، وآثار النسب ، فان هذا القانون لا يسري ، والا اعتبر رجعيا ، على الآثار التي ترتبت قبل العمل به ، على كل عقود الزواج القائمة أو على كل حالات النسب الموجودة . أما الآثار التي ستترتب على الزواج أو على النسب بعد العمل بالقانون الجديد ، فهي تصبح محكومة بهذا القانون بما له من أثر مباشر في التطبيق .

٢١٢ — عدم رجعية القوانين على الوقائع التامة(٢٩٨) :

يتبين من معايير التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون ، أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي على الوقائع التي تمت في ظل القديم . وتعتبر من قبيل الوقائع التامة بهذا المعنى :

١ — جميع الوقائع المتعلقة بانشاء المراكز القانونية ، سواء كانت هذه الوقائع تصرفات ارادية كالعقد أو وقائع مادية كالعمل غير المشروع ، وسواء كانت هذه الوقائع بفعل الانسان كالعقد أو كانت وقائع طبيعية كالوفاة ، وسواء كانت هذه الوقائع فورية كالعقد أو الوفاة ، أو كانت وقائع ممتدة في الزمن كالتقادم ، أو كانت وقائع مركبة كالوصية التي تتكون من عنصرين هما التصرف بالايصاء ووفاة الموصي بعد ذلك .

---

(٢٩٨) P. Roubier, Le droit transitoire, op. cit., p. 172.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فاذا اكتملت هذه الوقائع فى ظل القانون القديم ، فان القانون الجديد لا يسرى عليها ، سواء كان هذا القانون يسحب اعترافه بقدرة هذه الوقائع على انشاء المراكز القانونية ، أو كان يعترف لها بهذه القدرة على خلاف القانون القديم الذى لم يكن يعترف لها بذلك .. فنشأة المركز القانونى أو عدم نشأته فى ظل القانون القديم يعتبر فى هذه الحالة واقعة تامة لا يجوز اعادة النظر فيها بعد صدور القانون الجديد .

٢ ـ جميع الوقائع المتعلقة بانقضاء المراكز القانونية اذا اكتملت فى ظل القانون القديم ، لا يجوز اعادة النظر فيها طبقا للقانون الجديد ، سواء كان قد ترتب على هذه الوقائع انقضاء المراكز القانونيـــة ، أو لم يكن قد ترتب عليها هذا الأثر فى ظل القانون القديم .

٣ ـ جميع الوقائع المتعلقة بانشاء أو انقضـــاء المراكز القانونية ، اذا كانت ممتدة فى الزمان أو كانت مركبـــة من أكثر من عنصر واحد ، فان أجزاءها أو عناصرها التى اكتملت فى ظل القانون القديم لا يسرى عليهـــا القانون الجديد .

٤ ـ جميع الآثار القانونية التى ترتبت على المراكز القانونية فى ظـــل القانون القديم ، تعتبر وقائع تامة ولا يسرى عليها القانون الجديد .

وجدير بالذكر أن اصطلاح الوقـــائع التامة Faits accomplis ، هو غير اصطلاح الحقوق المكتسبة droits acquis الذى تستخدمه النظرية التقليدية .

فالوقائع التامة ليست هى الحقوق المكتسبة ، بل هى الوقائع التى من شأنها انشاء الحقوق أو انقضائها ، أو التى من شأنها انشاء المراكز القانونية عموما أو انقضائها سواء كانت هذه المراكز حقوقا أو لم تكن كذلك .

وكذلك فان الوقائع التامة هى الوقائع التى من شأنها انشاء أو انقضاء المراكز القانونية ، سواء ترتب عليها هذا الأثر فعلا ، أو لم يترتب عليهـــا بسبب تخلف أى شرط من الشروط التى يتطلبها القانون المعمول به وقت حدوثها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكذلك فان اصطلاح الوقائع التامة يصدق على العناصر أو الأجزاء التى سبق اكتمالها من الأسباب المنشئة أو المنهية للمراكز القانونية ، قبل العمل بالقانون الجديد .

وأخيرا فان اصطلاح الوقائع التامة يصدق على آثار المراكز القانونية التى تكونت قبل العمل بالقانون الجديد .

٢١٣ - المراكز القانونية التابعة(٢٩٩) :

درسنا حتى الآن الفرض البسيط الذى لا يواجه فيه القانون الجديد الا مركزا واحدا . ومع ذلك فان الأمور لا تعرض بهذه البساطة . فالمراكز القانونية بعضها مرتبط بالبعض الآخر ، كما أن بعضها تابع للبعض الآخر .

ويمكن القول انه توجد مراكز قانونية أصلية ، ومراكز قانونية تبعية . وتبدو المراكز الثانية كما لو كانت نتيجة للمراكز الأولى . وعلى سبيل المثال فان الاسم أو الالتزام بالنفقة هما مركزان تابعان لمراكز أخرى كالزواج أو القرابة أو المصاهرة ، وكذلك فان السلطة الأبوية هى نتيجة لمركز آخر هو النسب . وأيضا فان انشاء الوصاية أو القوامة هو نتيجة لمركز النقص فى الأهلية أو الحجر .

ويثور التساؤل عما اذا كانت القوانين التى تحكم هذه المراكز التابعة تنطبق عليها باعتبارها مراكز مستقلة أم باعتبارها آثارا قانونية للمراكز الأصلية . فاذا قلنا ان المراكز التابعة هى مراكز مستقلة فان القانون الجديد لا يكون له أثر على ما سبق أن تكون منها ، أما اذا قلنا ان المراكز التابعة هى آثار للمراكز الأصلية ، فان القانون الجديد يسرى بمقتضى أثره المباشر على هذه المراكز فى الفترة اللاحقة على تاريخ العمل به .

ولا يوجد شك فى الرد على هذا التساؤل ، وهو أن الفرع يتبع الأصل ، وبالتالى فان المراكز التابعة تعتبر نتائج قانونية للمراكز الأصلية .

---

(٢٩٩) P. Roubier, Le droit transitoire, pp. 216 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويترتب على ذلك انه فى جميع الأحوال التى لا يعتبر فيها انشاء المركز القانونى الا بمثابة نتيجة فورية ومباشرة لمركز آخر أصلى ، فان القانون الجديد ينطبق على انشاء المركز التابع ، بحكم انطباقه على آثار المركز الأصلى • ويعتبر ذلك تطبيقا مباشرا له وليس تطبيقا رجعيا •

وتطبيق هذه الفكرة على الالتزام بالنفقة وهو نتيجة مباشرة لمراكز أخرى أصلية مثل الزواج أو القرابة أو المصاهرة ، يؤدى الى أن هذا الالتزام يتأثر بكل قانون جديد يتعلق بأى مركز من المراكز الأصلية المشـــار اليها • فاذا صدر قانون جديد بالغاء سبب من أسباب استحقاق النفقة ، فان هذا القانون ينطبق بأثر مباشر على كل حق فى النفقة نشأ عن هذا السبب ، ولا يجوز لأصحاب هذا الحق الاحتجاج بأن حقهم قد تمت نشأته فى ظـــل القانون السابق ، لأن حقهم فى الواقع أثر من آثار المركز القانونى الأصلى ، وبالتالى يخضع لكل التغيرات التى تتعلق بآثار هذا المركز طبقا للأثر المباشر للقانون الجديد •

٢١٤ - الاستثناءات على مبدأ عدم رجعية القانون :

رغم أهمية مبدأ عدم رجعية القانون فهو ليس من المبادىء التى لا يرد عليها أى استثناء • بل توجد عدة استثناءات ترد على هذا المبدأ ، أولها أن ينص المشرع صراحة عى رجعية القانون الجديد(٣٠٠) ، وثانيها يتعلق بالتشريعات التفسيرية ، وثالثها يتعلق بالتشريعات الجنائية الأصلح للمتهم •

٢١٥ - الاستثناء الأول : النص صراحة على الرجعية :
La clause de rétroactivité

سبق أن ذكرنا أن مبدأ عدم الرجعية رغم أهميته ليس مبدأ دستوريا ، ولكنه مبدأ قانونى عادى • ولذلك فهو لا يقيد ارادة المشرع ، الذى يستطيع أن يصدر قانونا ينطبق على الماضى بأثر رجعى • وهناك حالات كثيرة تكون الرجعية فيها ليست فقط أمرا مقبولا بل أمرا مرغوبا فيه • ومن هذا القبيل التشريعات التى تصحح تصرفات وقعت باطلة طبقا للقانون القديم ، لتخلف

---

(٣٠٠) نقض ١٩٦٥/٣/٣١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ص ٤٢٠ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

شرط من الشروط التى يتطلبها هذا القانون ، رغم أن العمل كان يجرى على عدم مراعاة هذا الشرط مما ولد غلطا شائعا لدى الناس بصحة هذه التصرفات . ففى هذه الحالة بدلا من الاستناد الى قاعدة الغلط الشائع يرى الحق ، للقول بصحة هذه التصرفات(٣٠١) ، فان المشرع يصدر تشريعا جديدا يقرر فيه صحة التصرفات المذكورة ، ويطلق على هذا النوع من التشريعات اسم التشريعات المقررة أو المصححة les lois confirmatives (٣٠٢) .

ومن قبيل التشريعات الرجعية المرغوب فيها أيضا ، التشريع الذى ينشىء لأول مرة نظاما لشهر الحقوق العينية الأصلية أو التبعية كالملكية والرهن أو غيرهما . فمن الواجب أن يسرى هذا القانون على جميع الحقوق القائمة ، لأنه يهدف الى تحقيق الاستقرار والثقة فى المعاملات ، وهو هدف اما أن يدرك كله أو يترك كله . أما الثقة الناقصة أو الجزئية فلا فائدة منها .

ومن قبيل التشريعات الرجعية المرغوب فيها أيضا ، التشريعات التى تحارب الغش نحو القانون أو التحايل على القانون . ومن هذا القبيل القانون المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الاصلاح الزراعى المعمول به من ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والذى حدد ملكية الفرد بما لا يجاوز مائتى فدان نصت فى المادة ٣/٣ منه على عدم الاعتداد بتصرفات الملاك التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، وهو يوم قيام الثورة التى أصبح متوقعا بعدها صدور قانون بتحديد الملكية الزراعية مما دفع بعض الناس الى التصرف فى أراضيهم تصرفات صورية القصد منها التهرب من هذا القانون قبل صدوره . فرد عليهم المشرع قصدهم عن طريق الرجوع بأثر القانون الى اليوم الذى يتصور أن يكون بداية لمثل هذا التحايل(٣٠٣) .

ولكن نظرا لأن الرجعية فيها خرق لمبدأ جوهرى هو مبدأ عدم الرجعية ، فلا يمكن التوصل اليها الا عن طريق نص صريح فى التشريع . أما اذا لم

---

(٣٠١) راجع فى هذه القاعدة ما سبق فقرة ١٨٦ .

(٣٠٢) ومن هذا القبيل القانون الصادر فى فرنسا فى ٢١ يونيو سنة ١٨٤٣ . راجع Roubier, Le droit transitoire, pp. 273-274; Marty et Raynaud, t. 1, p. 179.

(٣٠٣) راجع كتابنا فى القانون الزراعى ، ص ٢٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يوجد نص صريح يقرر الرجعية فلا يمكن القول بها على أساس ارادة المشرع الضمنيـــة ، وكـــذلك لا يمكن الأخـذ بما يسمى بالرجعيـــة الفطرية أو الطبيعية .

١ ـ **رفض فكرة الرجعية الضمنية** : مبدأ عدم رجعية القانون هو مبدأ يقيد القاضي بطريقة صارمة ، بمعنى انه لا يجوز للقاضي أن يطبق القانون بأثر رجعي رغم عدم وجود نص صريح فيه يقرر هذا الأثر ، اعتمادا على تفســـير ارادة المشرع الضمنية أو المفترضـــة ، أو بالاستعانة بالاعمـــال التحضيرية للتشريع ، أو بالنظر الى أهداف التشريع والحكمة منه(٣٠٤) .

٢ ـ **رفض فكرة الرجعية الفطرية أو الطبيعية** : يذهب البعض الى انه توجد رجعيـــة فطرية أو طبيعيـــة rétroactivité innée مستمدة من طبيعة النصوص التشريعية وموضوعها وذلك فى حالتين هما : أولا : عندما يتضمن التشريع الجديد بعض القواعد العادلة المقررة فى القانون الطبيعى والتى كان مسكوتا عنها من قبل فى القانون الوضعي . فان هذه القواعد تطبق على الماضى ، لأن التشريع لا يأتى فى هذه الحالة الا بجزاء لقواعد موجودة من قبل، فهو لا يأتى بقانون جديد حسب تعبير سيسيرون فى خطبته ذاتها التى هاجم فيها أمر البريتور verrès الرجعى(٣٠٥) .

وقد انتقلت هذه الفكرة عبر الأجيـال وأيدها الفقيـــه الفرنسى دوما Domat، وكذلك أيدها الفقيـــه الفرنسى مرلان Merlin الذى يقـول ان التشريع الوضعي « عندما يجيء تشريعا مكتوبا فى التقنين الأبدى الخـــالد للطبيعة ، فهو يزيل بذلك بكل قوته ، كل التصرفات التى تمكنت فى غفوة هذا التشريع الخالد أن تعتدى على الحقوق المقدسة للانسان » . وكذلك ذهب لاسال Lassalle وهو من أهم الفقهاء الفرنسيين الذين كتبوا فى تنازع القوانين من حيث الزمان ، الى أن الاجماع الأخلاقى للرأي العام هو أســـاس

---

(٣٠٤) فى هذا المعنى :
Cass. Civ, 7 Juin 1901, S. 1902, I. 513, note Whal.;
P. Roubier, op. cit., p. 278 et s.

(٣٠٥) راجع ما سبق ، فقرة ٢٠٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانون ، فاذا انعقد هذا الاجماع على تحريم أو تجريم فعل من الأفعال ، فان هذا الحكم يسرى على الماضى ، لأنه كان موجودا من قبل فى الضمير القانونى للجماعة(٣٠٦) .

ولكن رغم ما قد يبدو فى ظاهر هذه الأقوال من جاذبية الا أنها تعبر عن فكرة خاطئة ومتعارضة مع القانون الطبيعى ذاته الذى استندت اليه ، كما أنها تؤدى الى الكثير من النتائج القانونية الخطيرة . وقد أظهرت تجربة الثورة الفرنسية خطورة الأخذ بمثل هذه الفكرة . ففى نفس الوقت الذى أعلن فيه رجال الثورة أن مبدأ عدم الرجعية يتعلق بالقانون الطبيعى ، أعلنوا أيضا أن بعض قوانينهم يتعلق بالقانون الطبيعى ومن ثم يكون لها أثر رجعى حتى تعم الفائدة منها . ولكن الذى أدت اليه هذه القوانين فعلا ، هو الاضطراب الشديد فى المعاملات ، كما سبق أن ذكرنا بصدد قوانين المواريث الرجعية(٣٠٧) . والواقع ان القانون الطبيعى لا يمكن أن ينهى عن الرجعية ، ويأمر بها فى نفس الوقت . فلا بد من الاختيار بين الأمرين . ومن الواضح أن عدم الرجعية هى التى تتفق أكثر مع مبادىء العدل المثالية(٣٠٨) . ولذلك فلا يجوز للقاضى باسم القانون الطبيعى أن يطبق القانون تطبيقا رجعيا مع عدم وجود نص صريح فى القانون ذاته يقرر الرجعية .

ثانيا : أما الحالة الثانية من حالات الرجعية الفطرية التى يقول بها البعض ، فهى تتعلق بالتشريعات الأفضل ، أو التشريعات الميسرة les lois favorables ، وذلك قياسا على رجعية القوانين الجنائية الأفضل للمتهم طبقا للمبدأ الذى سندرسه فيما بعد . ومن الأمثلة التى يضربونها على هذا النوع من التشريع فى نطاق القانون المدنى ، التشريع الذى يلغى تشريعا قديما كان يحرم أو يمنع الأفراد من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع ، من التعبير عن ارادتهم تعبيرا منتجا لآثار قانونية معينة . فاذا كان قد صدر تعبير من هذا القبيل فى ظل القانون القديم ولم ينتج أثره طبقا

---

(٣٠٦) راجع : P. Roubier, Le Droit Transitoire, p. 282.

(٣٠٧) راجع ما سبق ، فقرة ٢٠٢ .

(٣٠٨) P. Roubier, Le Droit Transitoire, p. 283.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لهذا القانون، فانه يصبح منتجا لاثره بعد العمل بالقانون الجديد، اذا استمرت الارادة التى صدر عنها هذا التعبير قائمة الى وقت العمل بالقانون الجديد .

وعلى سبيل المثال اذا كان القانون القديم يشترط أن تتم الوصية فى شكل رسمى ، فان الوصية التى وقعت باطلة فى ظل القانون القديم لأنها تمت فى شكل عرفى ، تصبح صحيحة فى ظل القانون الجديد الذى ألغى اشتراط الرسمية لاتمام الوصية .

ومع ذلك فان فكرة التشريعات الأفضل ، لا يمكن الأخذ بها ، لأنه لا يمكن اعطاء أية قيمة قانونية لتصرف ارادي صدر مخالفا للقانون المعمول به وقت صدور هذا التصرف ، حتى ولو تعلق الأمر بعيب فى الشكل كما فى مثال الوصية السابق ذكره ، اذ لا يمكن القطع بأن الموصى قد أراد بهذه الوصية العرفية أن يعبر تعبيرا نهائيا عن ارادته أم انه أراد فقط أن يعد مشروعا غير نهائى .

والأهم من ذلك أنه فى المسائل المدنية لا يمكن القول بوجود تشريع أفضل . لأن ما يعتبر أفضل بالنسبة لأحد الطرفين ، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة للطرف الآخر . فالمساواة تقتضى تطبيق قاعدة عدم الرجعية على جميع الأشخاص بدون تفرقة . ولا وجه للقياس على القوانين الجنائية الأفضل للمتهم ، فالقانون الجنائى يمكن أن يكون فيه مجال لأفكار مثل الرحمة أو العفو . أما القانون المدنى فلا مجال فيه الا لفكرة العدل . وبصفة خاصة فان العدل التبادلى الذى يحكم العلاقات بين الأفراد هو عدل حسابى ينبغى أن يحرص القانون على أن يمسك فيه الميزان دون ميل(٣٠٩) .

ونخلص من ذلك الى وجوب رفض الرجعية الضمنية ، أو ما يسمى بالرجعية الفطرية . فالرجعية لا تتقرر الا بنص صريح .

٢١٦ ـ الاستثناء الثانى : التشريعات التفسيرية : Les lois d'interprétation

التشريعات التفسيرية هى تلك التى ـ كما يدل عليها اسمها ـ تهدف

---

(٣٠٩) P. Roubier, Le Droit Transitoire, pp. 283-285.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الى تفسير تشريعات أخرى سابقة عليها دون أن تضع قواعد قانونية جديدة - فكثيرا ما تثور صعوبات بصدد تفسير التشريع القائم ، مما يدفع المشرع الى التدخل بنفسه لانهاء هذه الصعوبات ، عن طريق اصدار تشريع جديد يكون موضوعه الوحيد هو تفسير التشريع المذكور ·

والرأى السائد منذ قديم ان التشريع التفسيرى يسرى بأثر رجعى منذ العمل بالتشريع القديم موضوع التفسير ، وقد وردت اشارة الى هذا الحكم فى بعض تشريعات جستنيان على انه حكم قديم معروف · وانتقل هذا الحكم عبر العصور ، الى أن ورد النص عليه فى الفقرة الثانية من المادة الثانية من مشروع التقنين المدنى الفرنسى ، ولكن هذه الفقرة حذفت بعد ذلك من المشروع ·

ورغم الصعوبات التى قد يثيرها تعريف التشريع التفسيرى · فانه لا يوجد مجال للشك فى أن التشريع التفسيرى يسرى بأثر رجعى سواء فى فرنسا أو فى مصر ، كاستثناء من مبدأ انعدام الأثر الرجعى للقانون ·

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى انه قلما يصدر المشرع فى العصر الحديث تشريعات تفسيرية · والسبب فى ذلك هو أن القضاء يقوم عند تطبيق القانون ، بتفسيره ، بما لا يحتاج الى معاونة أى سلطة له فى هذا الشأن ·

فالتفسير هو أصلا من عمل القضاء · وقيام المشرع به هو نوع من عدم الثقة بالقضاء · وقد كان ذلك هو الدافع فعلا الى انشاء نظام ملزم للتفسير التشريعى فى فرنسا بمقتضى قانون ٢٧ مارس سنة ١٧٩٠ ، وكذلك بمقتضى المادة ٢٥٦ من دستور السنة الثالثة للثورة الفرنسية · فقد كان المشرع الثورى يخشى فى ذلك الوقت من اساءة القضاء تفسير القوانين التى يصدرها ، فأوجب فى كل حالة ينقض فيها حكم ثان بعد حكم أول سبق نقضه لنفس الأسباب ، ان يوقف الفصل فى النزاع ، ويرجع الى المجلس التشريعى لاصدار تشريع تفسيرى فى المسألة القانونية التى أثارت هذه الصعوبة · وكان من شأن هذا النظام أن تصدر تشريعات تفسيرية كثيرة ·

ولكن نظرا لمساوىء هـذا النظـام بما يؤدى اليه من تعطيل المجلس

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التشريعي عن عمله الأساسي من ناحية ، وتعطيل الفصل في المنازعات من ناحية أخرى ، فقد الغي بمقتضى قانون ٣٠ يوليو سنة ١٨٢٨ ، وقانون أول أبريل سنة ١٨٣٧ .

وقد أصبح الوضع في فرنسا بعد صدور هذين القانونين ، مثل الوضع في مصر الآن ، وهو انه لا يوجد التزام بالحصول على تفسير تشريعي في أية حالة بالذات ، ولكن يجوز للمشرع في أي وقت أن يصدر تشريعات من هذا القبيل .

ويرى الأستاذ روبييه أن التشريعات التفسيرية ، فضلا عن ندرتها في العصر الحديث فهي لا تستند الى أساس سليم . فالقضاء هو صاحب الاختصاص الأصلي في تفسير القوانين طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات . وقد اثبت القضاء قدرته على حسم أكثر المنازعات صعوبة ودقة . وكذلك فانه يصعب القول بأن التشريع التفسيري هو تصرف يقوم فيه المجلس التشريعي بتفسير ارادته السابق اعلانها في التشريع القديم ، نظرا لتعدد المجالس التي تشترك في اصدار التشريعات المتلاحقة ، وتجدد هذه المجالس بصفة مستمرة ، مما ينفي وجود ارادة واحدة وراء القانون القديم والقانون الجديدة . ولعل نظام التفسير التشريعي يتفق أكثر مع عصور الحكم المطلق حيث تتطابق الارادة التي يصدر عنها التشريع القديم مع تلك التي يصدر عنها التشريع الجديد(٣١٠) .

والرأي التقليدي في تبرير رجعية التشريع التفسيري ، هو أن هذا التشريع لا يأتي بقانون جديد ، بل هو يعبر فقط عن القانون القديم . فهو لا يفعل اكثر من أن يجعل القانون القديم أكثر وضوحا وأسهل تطبيقا . ويترتب على ذلك انه لا يوجد في الواقع تشريع جديد يدخل في تنازع زماني مع التشريع القديم ، بل يندمج الجديد في القديم ويصير معه جسما واحدا(٣١١) .

---

(٣١٠) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 244.

(٣١١) انظر في هذا المعنى : المراجع العديدة المشار اليها في :
P. Roubier, Le droit transitoire, p. 245.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بل ويذهب بعض الفقهاء الى أبعد من هذا ، حيث يرون أن رجعيـــة التشريع التفسيرى ليست الا أمرا ظـاهرا فقط • فليست هناك رجعيـــة حقيقية ، اذ لا يوجد تنازع حقيقى بين تشريعين احدهما قديم والآخر جديد ، بل ينبغى أن ينظر الى التشريع القديم وكأنه يحمل من وقت صدوره ، التفسير الذى اعطى له فيما بعد • فالتشريع الجديد لم يفعل أكثر من انه أظهر معنى مختبئا ، وان كان موجودا منذ البداية فى التشريع القديم • وحسب تعبير لوران « فليس التشريع التفسيرى هو الذى يحكم الماضى ، بل هو التشريع الذى كان موجودا من الأصل »(٣١٢) •

ولكن الأستاذ روبييه يرفض هذا الرأى استنادا الى عدة حجج أهمهـا ان القول بأن التشريع الجديد لم يأت بجديد هو حيلة قانونية ، اذ من غير المعقول ان التشريع الجديد لم يأت بجديد ، والا لما كانت هناك حاجة الى اصداره • وكذلك هناك حيلة واضحة فى الغاء الفترة الزمنية التى تفصل بين التشريع القديم والتشريع الجديد • والصحيح انه كانت هناك فترة زمنية طابعها التردد والغموض فى التفسير ، وصدرت فيها أحكام قضائية حازت قوة الشىء المحكوم به ، ولا يمكن اسقاط هذه الفترة من الزمن واعتبارها كأن لم تكن(٣١٣) •

ويبدو أن الفقه الحديث فى كراهيته للحيل القانونية سيعود الى الأخذ بالرأى الذى ساد دائما وهو النظر الى التشريع التفسيرى على أنه تشريع رجعى(٣١٤) •

ويذهب الأستاذ روبييه الى أن التشريع التفسيرى لا يعتبر تشريعا من الناحية الموضوعية ، وانما هو فى حقيقته عمل قضائى • وكما أن القضاء

---

(٣١٢) ويأخذ بنفس الفكرة أيضا ماركاديه وسافيني وديمولومب ، وأوبرى ورو ، مشار اليهم فى :

P. Roubier, Le droit transitoire, p. 245.

ويأخذ بهذا الرأى فى الفقه المصرى ، حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٤٦٠ •

(٣١٣) P. Roubier, Le droit transitoire, pp. 245-248.

(٣١٤) انظر فى عدم حسم هذا الخلاف :

Marty et Raynaud, T. 1, p. 179.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ينشىء قواعد جديدة تحت ستار تفسير القواعد القائمة ، فان التشريع التفسيرى ينشىء أيضا قواعد جديدة باسم تفسير القواعد القائمة . وكما أن القواعد القضائية الجديدة تسرى بأثر رجعى على كل المنازعات المطروحة أمام القضاء ، فان التشريع التفسيرى يسرى كذلك بأثر رجعى على كل هذه المنازعات . واخيرا فكما أن القواعد القضائية الجديدة لا تؤثر فى الاحكام القضائية النهائية ، فان التفسير التشريعى لا يؤثر فى هذه الاحكام أيضا(٣١٥) .

وخلاصة رأى النظرية الحديثة فى التشريع التفسيرى ، هى انه وان كان صدور مثل هذا التشريع قد أصبح أمرا نادرا فى القوانين الحديثة ، وان كان هذا التشريع لا يستند الى أساس سليم حيث أن التفسير هو وظيفة القضاء طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، وان كان هذا التشريع لا يعتبر عملا تشريعيا من الناحية الموضوعية ، الا انه لا يوجد أدنى شك من وجهة نظر القانون الوضعى ان التشريع التفسيرى يسرى بأثر رجعى كاستثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين .

٢١٧ - القوانين الجنائية الاصلح للمتهم بين الأثر المباشر والأثر الرجعى :

الحكم المقرر فى القانون الفرنسى هو انه اذا صدر قانون جنائى أصلح للمتهم قبل صدور حكم نهائى فى الدعوى ، استفاد المتهم من هذا القانون ، أى أصبح القانون الجديد الأفضل هو الواجب التطبيق على المتهم ، وليس القانون الذى تم ارتكاب الجريمة فى ظله .

ويعتبر القانون الجديد أفضل للمتهم اذا قرر اباحة الفعل الذى كان معاقبا عليه من قبل ، أو اذا قرر تخفيف العقوبة التى كانت مقررة فى القانون القديم .

أما اذا صدر القانون الجديد الأفضل للمتهم بعد صدور حكم نهائى ضده فلا ينطبق القانون الجديد ، ولا يكون هناك مجال للتخفيف عن المحكوم عليه

---

(٣١٥) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 248.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الا عن طريق العفو الذى يصدر من رئيس الدولة ٠

ويذهب الفقه الى تبرير استفادة المتهم من القانون الافضل له ، أما على أساس اعتبارات الانسانية والرحمة وذلك بالنظر الى ناحية الفرد ، واما على أساس تنازل الدولة عن حقها فى العقاب وذلك بالنظر الى ناحية المجتمع ٠

ورغم اختلاف آراء الفقه التقليدى فى تبرير استفادة المتهم من القانون الأفضل له ، فهناك اتفاق فى هذا الفقه على أن هذا الحكم يعتبر استثناءا من مبدأ عدم رجعية القانون ، الذى بمقتضاه تخضع الجرائم للقانون المعمول به وقت ارتكابها ٠

وكما يقول أحد فقهاء القانون الجنائى « جارو R. Garraud » فان « مبدأ عدم الرجعية قد تقرر بحسب الأصل لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم ، فيكون انحرافا بهذا المبدأ ان يوجه ضد هؤلاء الذين وجد من أجل حمايتهم »(٣١٦) ٠

ومع ذلك فان النظرية الحديثة لا تعتبر تطبيق القانون الجنائى الجديد الأفضل للمتهم ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، بل تعتبره تطبيقا لمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ٠ فهذا القانون يسرى بأثر مباشر على جميع الأفعال التى ارتكبت من قبل والتى لم يصدر فيها حكم نهائى ٠

ويصدق نفس التفسير أيضا على قوانين الاجراءات الجنائية التى تصدر اثناء نظر الدعوى العمومية ، فهذه القوانين تطبق بأثر مباشر على كل الدعاوى الجنائية القائمة(٣١٧) ٠

ولو كان تطبيق القانون الجنائى الاصلح للمتهم يسرى بأثر رجعى ، لانطبق على الاحكام النهائية التى صدرت قبل العمل به طبقا للقانون

---

(٣١٦) R. Garraud, Traité de droit pénal, 2e éd., T. 1, p. 244. cité par P. Roubier, p. 454.

فى نفس المعنى ق رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، ص ٢٧٦ ٠

(٣١٧) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 467.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القديم(٣١٨) .

وجدير بالذكر أن قانون العقوبات المصرى لا يقرر فقط استفادة المتهم من القانون الأفضل له ، بل يقرر أيضا استفادة المحكوم عليه ، من القانون الذى يقرر اباحة الفعل الذى صدر الحكم من أجله .

وتنص المادة الخامسة من القانون المذكور فى فقرتيها الثانية والثالثة على انه « ومع هذا اذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون اصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره - واذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية ... »(٣١٩) .

وبتطبيق النظرية الحديثة على هذا النص يلزم القول بأن تطبيق القانون الجنائى الاصلح للمتهم على الدعاوى التى لم يصدر فيها حكم نهائى هو تطبيق للاثر المباشر لهذا القانون . أما تطبيق القانون الجنائى الاصلح للمحكوم ضده بما يؤدى الى وقف تنفيذ الحكم النهائى وانتهاء آثاره الجنائية واعتباره كأن لم يكن هو استثناء من مبدأ عدم رجعية القانون الجديد .

٢١٨ - عدم استثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام من مبدأ عدم الرجعية :

سبق أن رأينا أن النظرية الحديثة ترفض فكرة الرجعية الطبيعية أو الفطرية التى بمقتضاها تسرى القوانين المتصلة بمبادىء العدل والقانون الطبيعى بأثر رجعى . وللسبب ذاته فانه ينبغى رفض استثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام من مبدأ عدم الرجعية ، لأن مبدأ عدم الرجعية هو فى ذاته من أهم مبادىء القانون المتعلقة بالنظام العام(٣٢٠) .

وكذلك فان قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام تشمل الجزء الأكبر من

---

(٣١٨) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 455.

(٣١٩) راجع فى شرح هذا النص ، رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، ص ٢٧٧ وما بعدها .

(٣٢٠) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 415 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

قواعد القانون . ولو استثنينا كل هذه القواعد من مبدأ عدم الرجعية لانهدم المبدأ ، ولما بقى له سوى حظ ضئيل من التطبيق .

٢ - مبدأ الأثر المباشر للقانون

٢١٩ - انطباق القانون الجديد على المراكز الجارية : "Facta pendentia"

من أهم مآخذ النظرية التقليدية ، انها حصرت مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمن فى مبدأ عدم الرجعية ، ولئن كان هذا المبدأ يمنع كما سبق أن رأينا ، تطبيق القانون الجديد على الوقائع التامة ، الا انه لا يقدم أى حل فيما يتعلق بالمراكز الجارية وقت العمل به ، وبصفة خاصة فهو لا يبين ما اذا كان القانون الجديد هو الذى يسرى عليها بأثره المباشر ، أم أن القانون القديم هو الذى يستمر فى حكم هذه المراكز .

ولتلافى هذا النقص ابرزت النظرية الحديثة مبدأ الأثر المباشر للقانون . وطبقا لهذا المبدأ فان القانون الجديد يسرى بأثر فورى مباشر على المراكز الجارية ، سواء كانت هذه المراكز فى طور التكوين أو الانقضاء ، أو كانت فى سبيل انتاج آثارها .

ويلاحظ انه فيما يتعلق بالآثار المترتبة على المراكز القانونية ، فقد ذهب اتجاه سائد فى الفقه والقضاء الى التفرقة بين آثار المراكز العقدية ، وآثار المراكز القانونية . أما الأولى فلا يسرى عليها القانون الجديد بأثر مباشر ، بل يمتد بالنسبة لها سريان القانون القديم ، وأما الثانية ، فيسرى عليها القانون الجديد بأثر مباشر طبقا للمبدأ العام فى هذا الشأن .

ولهذا يمكن القول بأن مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد، ينطبق على المراكز القانونية التى فى سبيل التكوين أو الانقضاء ، وينطبق كذلك على الآثار الجارية للمراكز القانونية . وندرس كل ذلك فيما يلى :

٢٢٠ - المراكز القانونية التى فى سبيل التكوين أو الانقضاء :

هناك مراكز قانونية كثيرة لا تتكون ولا تنقضى فى لحظة واحدة ، بل يمتد تكوينها أو انقضاؤها الى فترة زمنية يمكن أن يصدر فيها قانون جديد .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد يذهب رأى الى القول بأن القانون القديم الذى بدأ فى ظله تكوين المركز القانونى أو انقضاؤه يظل معمولا به الى النهاية مراعاة لاعتبارات الوحدة فى النظام القانونى • ومؤدى هذا الرأى هو القول بامتداد سريان القانون القديم بعد الغائه ، على تكوين أو انقضاء المراكز القانونية الذى بدأ أى منهما فى ظله •

ولكن الرأى السائد يذهب الى عدم امتداد سريان القانون القديم على هذا النحو • فالقانون القديم لا يسرى بعد الغائه ، بل الاجدر بالسريان هو القانون الجديد •

ولا يعنى هذا أن القانون الجديد يهدر كل ما تم فى ظل القانون القديم • بل على العكس فان القانون الجديد لا يهدر ما تم من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية فى ظل القانون القديم • وذلك عملا بمبدأ عدم رجعيـــة القانون الجديد •

ولوضع حد فاصل بين العناصر أو الاجزاء التى يحكمها كل من القانون القديم والجديد ، تجدر التفرقة بين نوعين من أنواع المراكز القانونية ،الأولى هى المراكز ذات التكوين أو الانقضـاء المسـتمر ، والثانية هى المراكز ذات التكوين المتتابع أو المتسلسل •

١ ـ المراكز ذات التكوين أو الانقضاء المستمر : التقـادم المكسب أو المسقط : التقادم هو مرور الوقت الذى يؤدى اما الى اكتساب حـق أو الى انقضائه • فاذا بدأ التقادم فى ظل قانون قديم ، ثم صدر قانون جديد قبل اكتمال مدته ، فانه يمكن تحديد النطاق الزمنى لكل من القانونين ، بمراعاة مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ، على النحو الآتى(٣٢١) :

١ ـ بالنسبة لقابلية الحق للتقادم ، فانه اذا صدر قانون جديد يجعل حقا غير قابل للتقادم ، على خلاف القانون القديم الذى كان يجيز ذلك ، ترتب على صدوره وقف التقادم الذى بدأ سريانه فى ظل القانون القديم(٣٢٢) •

---

(٣٢١) P. Roubier, Le droit transitoire. p. 297 et s.

(٣٢٢) وعلى سبيل المثال فان الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة أصبح لا يجوز تملكها بالتقادم بعد تعديل المـادة ٩٧٠ من القانون المدنى بمقتضى القـانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، والقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما اذا صدر قانون جديد يجعل حقا قابلا للتقادم على خلاف القانون القديم الذى كان لا يجيز ذلك ، فيترتب على صدوره بدء سريان التقادم ابتداء من تاريخ العمل بالقانون الجديد .

٢ - بالنسبة لشروط التقادم ، فانه اذا تشدد القانون الجديد فى هذه الشروط ، فلا يعتد بالتقادم الذى بدأ فى ظل القانون القديم دون مراعاة هذه الشروط المشددة . أما اذا خفف القانون الجديد فى هذه الشروط ، فلا يبدأ التقادم على أساس الشروط المخففة الا بعد العمل بالقانون الجديد .

٣ - بالنسبة لأسباب انقطاع التقادم ، فان ما تم منها فى ظل القانون القديم يظل محكوما به ، بحيث لا يترتب على تطبيق القانون الجديد اعتبار التقادم قد انقطع لسبب لم يكن القانون القديم يعتبره قاطعا للتقادم . أو اعتباره لم ينقطع رغم وجود سبب كان يعتبره قاطعا للتقادم . أما ما يحدث من أسباب انقطاع التقادم بعد العمل بالقانون الجديد فهو يخضع لهذا القانون وحده .

٤ - بالنسبة لوقف التقادم وهو لا يترتب على حدث فورى كالانقطاع بل على حالة مستمرة ، فانه اذا قرر القانون الجديد سببا للوقف لم يكن مقررا فى القانون القديم ، بدأ وقف التقادم من وقت العمل بالقانون الجديد ، مع حساب مدة التقادم التى تحققت فى ظل القانون القديم كاملة دون أن يتخللها أى وقف . أما اذا الغى القانون الجديد سببا لوقف التقادم كان مقررا فى القانون القديم ، فيبدأ سريان التقادم فور العمل بالقانون الجديد ، ولا يعتد بالوقف الا ما تم منه فى ظل القانون القديم .

٥ - فيما يتعلق بمدة التقادم ، فانه اذا أطال القانون الجديد مدة التقادم ، فان التقادم لا يكتمل قبل اكتمال المدة الطويلة التى قررها القانون الجديد ، لأنه طالما يستطيع القانون الجديد ان يجعل اكتمال التقادم مستحيلا ، فهو يستطيع من باب أولى يجعله يتم فى مدة أطول .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما اذا انقص القانون الجديد مدة التقادم ، فان التقادم يكتمل باقصر الاجلين : المدة الباقية لاكتمال التقادم حسب القانون القديم ، أو مدة التقادم القصيرة المقررة في القانون الجديد محسوبة من وقت العمل بهذا القانون . واكتمال التقادم على أساس القانون القديم في الفرض الأول هو امتداد لسريان هذا القانون في ظل القانون الجديد ، على خلاف الأثر المباشر لهذا القانون . وتبرير هذا الاستثناء هو رفع التناقض في أن يكون تقرير القانون الجديد لمدة أقصر للتقادم ، مؤديا الى اطالة التقادم بأكثر مما كان يؤدى اليه تطبيق القانون القديم .

٢ - المراكز ذات التكوين المتسلسل أو المتتابع : من ابرز الأمثلة للمراكز ذات التكوين المتتابع أو المتسلسل ، الوصية ، فهي تتكون على مرحلتين ، الأولى تحرير الوصية ، والثانية وفاة الموصى . فاذا تم تحرير الوصية في ظل القانون القديم ، وحدثت الوفاة في ظل القانون الجديد ، فان مقتضى مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد هو :

١ - تخضع صحة الوصية من ناحية الشكل للقانون القديم الذي تم تحريرها في ظله ، فلا يؤدى القانون الجديد الى ابطال وصية كانت صحيحة من حيث الشكل طبقا للقانون القديم ، ولا يؤدى كذلك الى تصحيح وصية كانت باطلة من حيث الشكل طبقا للقانون المذكور . فالشكل لا يمكن أن يكون خاضعا الا للقانون المعمول به وقت تحرير التصرف ، لأنه لا يمكن أن نقتضى من الشخص الذى يقوم بابرام تصرف ما ، ان يراعى شكلا غير الشكل الذى يحدده القانون القائم . وبتعبير آخر فان قانون الشكل هو دائما القانون القائم(٣٢٣) .

٢ - تخضع صحة الوصية من ناحية اهلية الموصى للايصاء للقانون المعمول به وقت تحرير الوصية ، وكذلك للقانون المعمول به وقت وفاة

---

(٣٢٣) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 310.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الموصى . لأن القانون الفرنسى يشترط أن يكون الموصى أهلا للايصاء وقت تحرير الوصية وكذلك وقت وفاته ، ولا بد من مراعاة تحقق هذا الشرط طبقا للقانون المعمول به فى كل من هاتين الفترتين .

٣ ـ تخضع صحة الوصية من ناحية أهلية الموصى له ، للقانون المعمول به وقت الوفاة ، لأن القانون الفرنسى الحديث يشترط أن يكون الموصى له أهلا للوصية وقت وفاة الموصى فقط دون اعتداد بوقت تحرير الوصية .

٤ ـ بالنسبة لصحة الوصية من ناحية الموضوع ، كتحديد القدر الجائز فيه الايصاء ، وكذلك بالنسبة لتفسير شروط الوصية ، فان القانون الواجب التطبيق هو القانون المعمول به وقت الوفاة ، طبقا للاثر المباشر لهذا القانون(٣٢٤) .

٢٢١ ـ الآثار الجارية للمراكز القانونية :

ليس المقصود بالمراكز القانونية هنا ، المعنى الواسع لهذا الاصطلاح ، وهو الذى يشمل كل المراكز الناشئة عن تطبيق القانون situations juridiques ولكن المقصود به هو المعنى الضيق لهذا الاصطلاح ، وهو الذى يقتصر على المراكز التى لا تلعب ارادة الافراد دورا فى تحديد مضمونها أو قواعدها ، بل تقتصر ارادة الافراد على الانضمام اليها أو أحداث فعل يؤدى الى انطباقها دون تغيير فى مضمونها . والمراكز القانونية situations legales بهذا المعنى تقابل المراكز العقدية situations contractuelles التى تلعب ارادة الافراد الدور الأكبر فى تحديد مضمونها .

ومن أمثلة المراكز القانونية بالمعنى الضيق المذكور ، مركز الزوج ، ومركز الابن الشرعى ، ومركز ناقص الاهلية ، ومركز المالك ، ومركز الدائن المرتهن ... الخ(٣٢٥) .

---

(٣٢٤) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 313.

(٣٢٥) راجع فى تطبيق القانون باثر مباشر على الآثار الجارية للمراكز القانونية فى نطاق الأسرة ، والحقوق العينية : P. Roubier, Le droit transitoire, pp. 320-330.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فاذا نشأ اى مركز من هذه المراكز في ظل القانون القديم ، ثم صدر قانون جديد ، فان هذا القانون يسرى بأثر مباشر على الآثار التى تترتب على هذا المركز ابتداء من تاريخ العمل بالقانون الجديد . فاذا صدر قانون جديد يعدل فى نظام الزواج ، فانه ينطبق فورا على كل علاقات الزواج القائمة . واذا صدر قانون جديد يعدل فى نظام النسب الشرعى ، ويجيز مثلا اثبات النسب للاولاد الناتجين عن علاقة غير شرعية ، فان هذا القانون ينطبق بأثر مباشر على كل الاولاد المذكورين ولو كانوا قد ولدوا قبل العمل بهـــذا القانون .

واذا صدر قانون جديد يعدل فى نظام الوصاية أو القوامة على عديم الاهلية أو ناقصها ، فانه ينطبق فورا على كل حالات انعـــدام الاهلية أو نقصها .

واذا صدر قانون جديد يعدل فى نظام الملكية أو الانتفاع أو الرهن أو غير ذلك من الحقوق العينية ، فانه يسرى بأثر مباشر على كـل الحقوق العينية القائمة .

٢٢٣ ـ استثناء الآثار الجارية للمراكز العقدية من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد :

توجد عقود كثيرة لا يتم تنفيذها فور انعقادها ، بل يتأخر تنفيذها الى وقت لاحق ، طال أم قصر . ولا يقتصر ذلك على العقود التى يطلق عليها اسم عقود المدة ، وهى العقود التى يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه ، وهى العقود الدورية التنفيذية كعقـد التوريد ، أو العقود المستمرة التنفيذ كعقـد الايجار(٣٢٦) ، بل يصدق ذلك أيضا على كل العقود التى تكون بحسب طبيعتها فـورية التنفيذ ، ولـكن يتم تنفيذهـا فترة من الزمن باتفـــاق المتعاقدين(٣٢٧) .

---

(٣٢٦) راجع فى هذا الموضوع عبد الحى حجازى ، عقد المدة ، أو العقد المستمر والدورى التنفيذ : رسالة ، القاهرة ، ١٩٥٠ .

(٣٢٧) J.P. Roubier, Le droit transitoire, p. 353.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فاذا صدر قانون جديد بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه تنفيذا كاملا ، فان مقتضى مبدأ الأثر المباشر ، ان ينطبق هذا القانون على كل الآثار التى لم تترتب فى ظل القانون القديم ..

ومع ذلك فيوجد رأي سائد فى الفقه والقضاء الفرنسيين(٣٢٨) ، يذهب الى عدم تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر ، بل يظل القانون القديم ممتدا فى السريان ، بحيث يظل منطبقا على جميع الآثار المستقبلة للعقود التى أبرمت فى ظله . ويعرف هذا الاستثناء باسم امتداد القانون القديم la survie de la loi وهو حكم مناقض تماما لحكم الآثر الرجعى للقانون الجديد .

وتبرير امتداد سريان القانون القديم بعد الغائه فى حكم آثار العقود التى ابرمت فى ظله هو ان المتعاقدين عند ابرام هذه العقود حققوا عن طريقها التوازن فيما بينهم على أساس التشريع القائم وقت ابرامها ، فاذا انطبق على هذه العقود تشريع آخر غير هذا التشريع ، لادى ذلك الى الاخلال بالتوازن المذكور . فاذا أريد الابقاء على هذا التوازن ، وجب الاستمرار فى تطبيق القانون القديم ، الذى كان هو وحده موضع اعتبار لدى المتعاقدين عند ابرام هذه العقود .

وقد ذهب رأى الى الحد من هذا الاستثناء بالنسبة للتشريعات المتعلقة بالنظام العام والآداب ، بحيث تسرى هذه التشريعات بأثر مباشر على العقود الجارية التنفيذ . ولكن الاستاذ روبييه يرفض هذا الرأى مؤكدا أن التشريعات المتعلقة بنظام العقود لا يكون لها أثر على العقود الجارية حتى ولو كانت تشريعات آمرة تتعلق بالنظام العام ، لآن العقد هو الوسيلة التى اعطاها القانون للافراد لتحقيق مراكزهم القانونية الخاصة على الوجه الذى يرونه . وهى وسيلة يستخدمونها بمراعاة حسابات وتوقعات معينة لا يجوز الاخلال

---

(٣٢٨) راجع الأحكام القضائية العديدة المشار اليها فى :
P. Roubier, Le droit transitoire, p. 361; Marty et Raynaud, T. 1, p. 182.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بها . ولذلك فمن غير المقبول ان يأتى قانون جديد فيعدل أو يراجع عقدا سبق ابرامه ، مؤديا بذلك الى الاضطراب فى المراكز العقدية المشروعة(٣٢٩) .

ويصل الاستاذ روبييه الى حد القول بانه « فى نطاق العقد فان الأثر المباشر ينبغى رفضه كالأثر الرجعى تماما »(٣٣٠) .

ويلاحظ أن القانون الجديد لا يكون له تاثير على آثار العقود الجارية ، ليس فقط بالنسبة للآثار الناشئة عن الشروط المتفق عليها صراحة بين المتعاقدين ، بل أيضا بالنسبة للآثار الناشئة عن نصوص القانون المفسرة أو المكملة التى انطبقت على هذه العقود لعدم وجود اتفاق على استبعادها . فمبدأ امتداد سريان القانون القديم يصدق على القواعد الآمرة والقواعد المفسرة فى هذا القانون(٣٣١) .

وجدير بالذكر أن النظرية التقليدية تذهب الى تبرير امتداد سريان القانون القديم على آثار العقود الجارية ، على أساس فكرة احترام الحقوق المكتسبة ، باعتبار أن آثار هذه العقود هى حقوق مكتسبة للمتعاقدين لا يجوز للقانون الجديد أن يمس بها والا اعتبر رجعيا . فكان امتداد سريان القانون القديم ، هو فى فقه النظرية التقليدية تطبيق لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد .

ولكن يعيب هذا الرأى انه لو كان صحيحا لانطبق أيضا على الآثار الجارية للمراكز القانونية كالملكية والزواج وغير ذلك . فمن غير المفهوم أن الملكية يتغير نظامها بمقتضى القانون الجديد ، بينما الالتزام الناشىء عن العقد

---

(٣٢٩) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 561.

وجدير بالذكر ان رأى الاستاذ روبييه لا يرى ان المشرع لا يستطيع أن يعدل العقود القائمة . فلا شك فى قدرة المشرع على اجراء مثل هذا التعديل ، بشرط أن ينص عليه صراحة. أما مجرد صدور تشريع جديد فلا يؤدى الى تعديل العقود القائمة ، دون اتجاه ارادة المشرع صراحة الى احداث هذا الاثر . راجع :

P. Roubier, op. cit. p. 398.

(٣٣٠) P. Roubier, Le Droit transitoire, p. 56.

(٣٣١) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 113

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لا يمكن أن يتغير نظامه بمقتضى هذا القانون(٣٣٢) ٠

ومن ناحية أخرى فان مبدأ عدم الرجعية قد يكفى لتفسير عدم مساس القانون الجديد بالشروط الصريحة الواردة فى العقود المبرمة فى ظل القانون القديم ، ولكنه لا يفسر امتداد سريان نصوص القانون القديم ذاتها ، وهى النصوص التى تحكم هذه العقود دون أن تكون مقررة باتفاق المتعاقدين أنفسهم(٣٣٣) ٠

والتبرير الوحيد المقبول فى نظر الاستاذ روبييه لامتداد سريان القانون القديم ، على الآثار الجارية للعقود السابق ابرامها فى ظل هذا القانون ، على خلاف الأثر المباشر للقانون الجديد ، الذى ينطبق فقط على الآثار الجارية للمراكز القانونية غير العقدية ، هو أن المبدأ الأساسى فى المراكز القانونية هو مبدأ الوحدة l'unité بينما المبدأ الأساسى فى المراكز العقدية هو مبدأ التنوع والاختلاف La diversité ٠

فالعقد هو فى القانون الحديث وسيلة تحقيق الاختلاف والتنوع فى العلاقات بين الأفراد ، وهو يستجيب بذلك الى حاجة جوهرية للمجتمعات الانسانية ٠ وفى نفس الوقت الذى يحقق فيه العقد ، التنوع والاختلاف فى علاقات الافراد ، فهو يعتبر عملا من أعمال التوقع ٠ فالاشخاص الذين يربطون مصالحهم بما يبرمونه من عقود ، يعلمون مقدما النتائج التى تنتظرهم من الشروط الصريحة لهذه العقود أو من نصوص القانون التى تحكمها ٠

ولو ترتب على القانون الجديد تعديل آثار العقود التى تم تحديدها على أساس الاختيار والتوقع ، لاختلت الثقة فى الوسيلة التى اعطاها القانون للافراد لتحقيق الاختلاف والتباين فى مراكزهم الفردية ٠

أما المراكز القانونية كالزواج والملكية وغيرهما ، فهى واحدة بالنسبة للجميع ، وحتى ولو كان اكتسابها يتم بتصرف ارادى فى بعض الاحيان ،

---

(٣٣٢) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 385.

(٣٣٣) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 392.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كعقـــد الزواج ، أو عقد البيـــع ، فان الارادة لا تلعب أى دور فى تحـديد مضمونها · ولذلك فان تعديل هذا المضمون بمقتضى قانون لاحق يسرى على المراكز المذكورة دون أن يؤدى الى أى مساس بحاجة الأفراد الى الاختلاف ، أو بقدرتهم على التوقع ، أو بحريتهم فى الاختيار(٣٣٤) ·

٢٢٣ ـ الحد من الاستثناء السابق :

بحسب فقه النظرية الحديثة ، ليست كل العقود تؤدى الى انشاء مراكز عقدية · بل أن بعض العقود تؤدى الى انشاء مراكز قانونية ، لا تلعب ارادة المتعاقدين أى دور فى تحديد مضمونها · ولا يعدو العقد فى هذه الحالات أن يكون وسيلة للانضمام الى مركز قانونى معين سبق تحـــديده بواسطـــة القانون · ومن الأمثلة على ذلك عقد الزواج ، والعقود الناقلة للملكية والحقوق العينية الأخرى ، وعقد العمل (٣٣٥) ·

وبالنسبة لعقد العمل فهو يتجه الآن الى أن يصبح نظاما قانونيا ، بل كما يقول الاستاذ روبييه فان تاريخ قانون العمل يشهد منذ بدايته على عدم الثقة فى عقد العمل الفردى · وعندما يقرر المشرع قواعد تضـــع حدا أقصى لساعات العمل ، أو حدا أدنى للاجور ، أو تفرض الراحة الاسبوعية ، أو تفرض الاجـــازة المدفـــوعة الاجر ، أو تفرض عـــلى من آل اليهم المشروع الاستمرار فى عقد العمل ، فهو يهدف بذلك وضع نظام قانونى موحـــد للعمال باعتبارهم عمالا ، لا باعتبارهم متعاقدين(٣٣٦) ·

ويلاحظ أيضا أن مبدأ امتداد سريان القانون القديم على الآثار المقبلة للمراكز العقدية لا ينطبق على العقود الادارية · والسبب فى ذلك أن المبدأ المذكور هو مبدأ يتفرع من مبدأ سلطان الارادة ، وبالتالى لا يكون له محل حيث لا يكون مبدأ سلطان الارادة ذاته موضع تطبيق · ومن المعروف أن

---

(٣٣٤) Roubier, Le droit transitoire, pp. 391 - 392.

(٣٣٥) Roubier, Le droit transitoire, p. 414; p. 423 et s.

(٣٣٦) Roubier, Le droit transitoire, pp. 399 - 400.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ارادة الافراد لا تلعب دورا كبيرا فى نطاق العقود الادارية ، بل تظل هذه العقود محكومة بفكرة المصلحة العامة ، التى تؤدى أحيانا الى حلول لا يمكن التوفيق بينها وبين ابسط المبادىء العقدية • وعلى سبيل المثال فان العقود الادارية يجوز تعديلها بالارادة المنفردة للادارة وهى احد طرفى العقد • وبغض النظر عن استحقاق المتعاقد الآخر تعويضا فى هذه الحالة ، فان تعديل العقد بالارادة المنفردة لأحد الطرفين الملتزمين بهذا العقد ، يبتعد بالعقود الادارية عن المبادىء المسلم بها فى نظرية العقد فى القانون الخاص(٣٣٧)

ولذلك فان القانون القديم الذى ابرمت العقود الادارية فى ظله ، لا يمتد سريانه بعد الغائه على الآثار الجارية لهذه العقود ، بل تخضع هذه الآثار لحكم القانون الجديد الذى ينطبق عليها بما له من أثر فورى مباشر(٣٣٨) •

وبالنسبة لعقود القانون الخاص ، تجب التفرقة بين المدة الأصلية لهذه العقود ، وبين المدة التالية لتجديد هذه العقود تجديدا ضمنيا • وعلى سبيل المثال فان عقد الايجار اذا انقضت مدته ، واستمر المستأجر مع ذلك ينتفع بالعين المؤجرة دون اعتراض المؤجر ، فان الايجار يعتبر قد انعقد بينهما من جديد بطريقة ضمنية ، بنفس الشروط السابقة • ويطلق على هذا الاصطلاح التجديد الضمنى لعقد الايجار • ومع ذلك فان التجديد هو عقد ايجار جديد • ولذلك فهو يخضع للقانون الذى تم فى ظله ، سواء من حيث شروط انعقاده أو من حيث الآثار التى تترتب عليه • أما استمرار شروط عقد الايجار السابق ، فهو مقيد بألا تتعارض هذه الشروط مع القواعد الآمرة المقررة فى القانون المعمول به وقت حدوث التجديد(٣٣٩) •

وأخيرا فان المشرع يملك النص صراحة على سريان القانون الجديد بأثر مباشر على الآثار الجارية للعقود السابق ابرامها فى ظل القانون القديم •

---

(٣٣٧) انظر فى اعتبار تعديل العقد الادارى بالارادة المنفردة للادارة ، مؤديا الى انقضاء الالتزامات العقدية ، وان انشاء التزامات جديدة ادارية مصدرها القرار الادارى ، كتابنا :
De l'obligation judiciaire, op. cit., p. 155.

(٣٣٨) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 398.

(٣٣٩) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 400 et s.

راجع فى التجديد الضمنى لعقد الايجار ، كتابنا ، عقد الايجار ، ص ٢٩٧ وما بعدها •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بل أن القانون الجديد يملك تعديل الشروط العقدية المتفق عليها صراحة بين المتعاقدين • فلئن كان مبدأ امتداد سريان القانون القديم ، يعتبر من المبادئ المؤدية الى احترام ارادة الأفراد الخاصة ، أى المؤدية الى تأكيد مبدأ سلطان الارادة ، فقد تدعو الحاجة الى تطبيق مبدأ آخر أسمى من مبدأ سلطان الارادة ، وهو العدل • وقد سبق أن رأينا أن العدل يسمو على الحرية ويعلو على الارادة(٣٤٠) •

وجدير بالذكر أن سريان القانون الجديد بأثر مباشر على الآثار الجارية للمراكز العقدية ، فيه معنى تعديل هذه المراكز ، باحلال نظام آخر محل النظام الذى كان موجودا من قبل • وتبدو فكرة التعديل واضحة عندما يتضمن القانون الجديد تعديلا للشروط المتفق عليها صراحة بين المتعاقدين • ففى هذه الحالة تحل أحكام التشريع محل شروط العقد • وهو ما يؤدى الى انقضاء الالتزامات العقدية ، ونشأة التزامات قانونية محلها • ويتحقق ذلك من الناحية الفنية عن طريق فكرة التجديد الضرورى للالتزامات السابق نشأتها عن العقد •

وتوجد فكرة التعديل أيضا عندما يقتصر القانون الجديد على تعديل أحكام القانون القديم ، دون أن يعدل الشروط المتفق عليها صراحة بين المتعاقدين ، وذلك أن أحكام القانون التى تم العقد فى ظلها كانت موضع اعتبار وحساب وتقدير من جانب المتعاقدين ، وبالتالى يمكن اعتبارها جزءا من العقد ، وعلى وجه التأكيد مصدرا للكثير من الآثار الناشئة عن هذا العقد •

ولذلك يبدو أن الأساس الفنى لمبدأ امتداد سريان القانون القديم على المراكز العقدية هو أن تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر على هذه المراكز يؤدى الى نوع من تعديل العقود تعديلا تشريعيا ، وهو ما يعنى انقضاء الالتزامات الناشئة عن هذه العقود ونشأة التزامات أخرى قانونية تحل محلها • وهذا

---

(٣٤٠) راجع ما سبق ، بخاصة فقرة ٧٤ •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

آثار لا يمكن القول بها الا اذا نص المشرع صراحة على تعديل العقود القائمة ، سواء فيما يتعلق بالشروط المتفق عليها بين المتعاقدين ، أو ما يتعلق بالنصوص القانونية التى كانت مطبقة من قبل على هذه العقود(٣٤١) .

٢٣٤ ـ أساس مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد :

من الشائع القول بأن أساس مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ، هو أن كل قانون جديد يفترض انه أفضل من القانون القديم ، وانه يحقق تقدما وتطورا فى النظام القانونى . ولذلك يجب العمل على تطبيقه على أوسع نطاق ممكن ، باستثناء واحد هو عدم تطبيقه تطبيقا رجعيا(٣٤٢) .

ولكن الأستاذ روبييه لا يرى هذه الحجة حاسمة فى تبرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ، وهو المبدأ العام فى نظرية تنازع القوانين من حيث الزمان . وفى تقديره أن أساس هذا المبدأ هو تفادى ازدواج أو تعدد التشريع داخل الدولة بالنسبة للنظم القانونية ، والآثار المترتبة على هذه النظم .

فاذا صدر قانون جديد بتعديل الملكية أو الانتفاع ، فان هذا القانون ينبغى أن يسرى على جميع حقوق الملكية والانتفاع الموجودة فى الدولة ، وليس فقط على تلك التى توجد بعد تاريخ العمل به ، بحيث يوجد فى الدولة نظامان أو أكثر للملكية أو الانتفاع أو غير ذلك من المراكز القانونية .

ولا يعترض على ذلك بأن تنازع القوانين من حيث المكان يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية وبالتالى تعدد التشريعات الواجبة التطبيق داخل الدولة . فالقياس هنا مع الفارق ، لأن المنازعات التى تثير تنازع القوانين من حيث المكان قليلة العدد ، ثم انها منازعات يدخلها عنصر أجنبى يبرر تطبيق قانون

---

(٣٤١) راجع فى هذا المعنى ، كتابنا : De l'obligation judiciaire, pp. 153-154.
وقارب روبييه حيث يذهب الى أن تطبيق القانون الجديد على الآثار الجارية للمراكز العقدية هو « احلال لتنظيم جديد محل التنظيم الذى كان متفقا عليه من قبل بين طرفى العقد » المرجع السابق ، ص ٤٣٩ .

(٣٤٢) Colin et Capitant, cité par P. Roubier, op. cit., p. 341; Marty et Raynaud, T. 1, p. 176.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

آخر غير القانون الوطني ، ويبرر تعدد القوانين واجبة التطبيق • أما أن تخضع المراكز القانونية الوطنية لأكثر من تشريع في نفس الوقت بحسب تاريخ نشأتها ، فهو ما لا يتفق مع وحدة النظام القانوني الواجب توافرها في الدولة الحديثة •

ويرى الأستاذ روبييه أن هذه الفكرة توضح بشكل رائع السبب الذي من أجله لا يسري مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على الآثار الجارية للمراكز العقدية ، ذلك أن أهم ما تتميز به هذه المراكز ، ليس هو الوحدة ، بل التنوع والاختلاف(٣٤٣) •

٢٣٥ ـ الخطوط العامة في النظرية الحديثة :

تقوم النظرية الحديثة على مبدأين أساسيين : الأول هو انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد ، والثاني هو الأثر المباشر لهذا القانون • والمبدأ الاهم من هذين المبدأين هو المبدأ الثاني الخاص بالأثر المباشر لهذا القانون • فهو يعتبر بمثابة القاعدة العامة في فقه تنازع القوانين من حيث الزمان • وهو الذي يسمح أيضا بوضع المبدأ الأول الخاص بانعدام الأثر الرجعي ، في حدوده الطبيعية •

وترى النظرية الحديثة أن أثر التشريعات في المجتمع يظهر في انطباقها على المراكز القانونية ، أما من ناحية انشائها أو انقضائها أو الآثار المترتبة عليها •

واذا كان المركز القانوني قد تمت نشأته أو تم انقضاؤه أو ترتبت كل آثاره في ظل قانون معين اعتبر كل ذلك من قبيل الوقائع التامة Faits accomplis التي تخضع للقانون الذي تمت في ظله ، ولا يسري عليها القانون الجديد ، والا اعتبر سريانه رجعيا •

---

(٣٤٣) P. Roubier, Le droit transitoire, pp. 340-347.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فالمبدأ الأول هو عدم سريان القانون الجديد بأثر رجعى على الوقائع التامة ، ولا يرد على هذا المبدأ الا استثناءان ، الأول هو النص صراحة على الرجعية فى القانون الجديد ، والثانى خاص بالتشريعات التفسيرية ٠

أما سريان القوانين الجنائية الاصلح للمتهم فلا يعتبر رجعيا الا اذا امتد الى الاحكام النهائية السابق صدورها ، وليس هذا هو الوضع فى القانون الفرنسى ، حيث لا تسرى هذه القوانين الا على الدعاوى التى لم تصدر فيها أحكام نهائية ، ويعتبر سريانها فى هذه الحالة تطبيقا لأثرها المباشر ٠

أما اذا كان المركز القانونى لم تكتمل نشأته ، أو لم يكتمل انقضاؤه ، أو لم تترتب كل آثاره فى ظل القانون القديم ، بل امتد شىء من ذلك الى ما بعد العمل بالقانون الجديد ، فاننا لا نكون بصدد وقائع تامة ، بل بصدد مراكز جارية situations en cours

ومعنى أن المراكز جارية أن بعض اجزائها يقع تحت سلطان القانون القديم ، والبعض الآخر يقع تحت سلطان القانون الجديد ٠ والاجزاء التى تقع تحت سلطان القانون القديم ، هى تلك التى اكتملت فى ظل هذا القانون ، بحيث يمكن اعتبارها فى ذاتها فى حكم الوقائع التامة ، التى لا يسرى عليها القانون الجديد ، والا اعتبر سريانه رجعيا ٠ وتعتبر وقائع تامة بهذا المعنى ، أجزاء أو عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التى تمت فى ظل القانون القديم ٠ وتعتبر وقائع تامة بهذا المعنى أيضا الآثار التى تترتب على المراكز القانونية فى ظل القانون القديم ٠

ولكن القانون الجديد يسرى بأثر مباشر على أجزاء أو عناصر تكوين أو انقضاء المراكز الجارية التى لم تتم فى ظل القانون القديم ، بل تمت فى ظل القانون الجديد ٠ وهو يسرى كذلك بأثر مباشر على الآثار الجديدة للمراكز الجارية والتى تترتب بعد العمل به ٠

ولكن استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ، فانه يعمل بمبدأ آخر هو امتداد سريان القانون القديم بعد الغائه على الآثار المستقبلة ، للمراكز العقدية التى تم انشاؤها فى ظل القانون القديم ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولا شك أن النظرية الحديثة التى يرجع الفضل فيها الى الفقيه الفرنسى روبييه ، تعتبر من أهم الانجازات الفقهية فى العصر الحديث ، وهى جديرة بأن ينحاز اليها كل الفقه والقضاء ويعمل على تطويرها كلما دعت الحاجة الى ذلك .

ولئن كانت بعض أحكام القضاء لا زالت تشير الى فقه النظرية التقليدية عن الحق المكتسب(٣٤٤) ، فانما يرجع ذلك الى أن هذه النظرية قد سادت طوال القرن التاسع عشر ، بحيث لا يتأتى التخلص منها نهائيا قبل مرور بعض الوقت . ولكن من المهم أن نذكر أن محكمة النقض المصرية بدأت تنحاز الى النظرية الحديثة فى عبارات واضحة . فهى تقول فى أحد احكامها « من المقرر بالنسبة لتنازع القوانين فى الزمان أن القانون بوجه عام يحكم الوقائع والمراكز القانونية التى تتم فى الفترة بين تاريخ العمل به والغائه ولئن القانون الجديد يسرى بأثر مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التى تقع أو تتم بعد نفاذه ولا يسرى بأثر رجعى على الوقائع السابقة عليه الا إذا تقرر الأثر الرجعى بنص خاص »(٣٤٥) . وكذلك فان المحكمة الادارية العليا ، أخذت بالنظرية الحديثة فى عبارات لا تقل وضوحا(٣٤٦) .

وننتقل الآن الى المبحث الثانى لندرس بعض التطبيقات الوضعية والعملية فى القانون المصرى لمشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان .

---

(٣٤٤) راجع فى ان القضاء الفرنسى لا زال يأخذ بالنظرية التقليدية فى الكثير من أحكامه J. Carbonnier, Droit civil, T. 1, p. 102.

(٣٤٥) نقض ١٩٦٥/٥/٢٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٤٤٢ .

(٣٤٦) المحكمة الادارية العليا ، ١٩٥٧/٣/٢٠ ، مجموعة المحكمة الادارية العليا ، ٢ ، ٨١ ، ٨٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الثانى
الحلول المقررة فى القانون المصرى لتنازع القوانين من حيث الزمان

ندرس فى هذا المبحث بعض الحلول الوضعية والعملية فى القانون المصرى ، لتنازع القوانين من حيث الزمان • وقد نص المشرع على معظم هذه الحلول • ومن ذلك ما ورد فى التقنين المدنى بشأن مسائل الاهلية والتقادم والاثبات ، وما ورد فى تقنين المرافعات بشأن مسائل الاختصاص والاجراءات، وما ورد فى تقنين العقوبات بشأن الجرائم والعقوبات •

وهناك حلول لمسائل أخرى لم يرد بشأنها نص ، ولكن يمكن استخلاصها من الفقه والقضاء • ومن ذلك ما يتعلق بآثار العقود ، والحقوق العينية ، والشفعة ، والضرائب ، والوصية •

وندرس أولا الحلول المقررة فى التشريع ، ثم ندرس الحلول المستخلصة من الفقه والقضاء •

أولا - الحلول المقررة فى التشريع

٢٣٦ - الاهلية :

تنص المادة السادسة من التقنين المدنى على أن « (١) النصوص المتعلقة بالاهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص • (٢) واذا عاد شخص توافرت فيه الاهلية ، بحسب نصوص قديمة ، ناقص الاهلية بحسب نصوص جديدة ، فان ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة » •

ويلاحظ أن الاهلية نوعان : أهلية الوجوب وهى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات ، وأهلية الاداء وهى قدرة الشخص على التعبير عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية •

واذا قصرنا الحديث على أهلية الاداء ، نظرا لأن أهلية الوجوب تثبت -

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بحسب الأصل - لكل شخص ، فانه يلاحظ أن نص المادة السادسة يقرر انطباق كل قانون جديد على جميع الاشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذا القانون ، ولو ترتب على ذلك أن يصبح القاصر راشدا ، أو أن يصبح الراشد قاصرا ٠

والقانون الجديد أما أن يرفع سن الرشد ، أو أن يخفض هذه السن ٠ فاذا رفع القانون الجديد سن الرشد من احدى وعشرين سنة الى خمس وعشرين سنة ، انطبق هذا القانون على الاشخاص الذين بلغوا سن الرشد فى ظل القانون القديم ، ولم يبلغوا سن الرشد المقررة فى القانون الجديد ، بحيث يصبح هؤلاء الاشخاص قاصرين ، بعد أن كانوا راشدين فى ظل القانون القديم ٠

وفى فقه النظرية الحديثة فان هذا الحكم يعتبر تطبيقا رجعيا للقانون الجديد ٠ والرجعية مقررة هنا بنص صريح فى القانون الجديد ذاته ٠ ويعتبر التطبيق فى هذه الحالة رجعيا ، لأن القانون الجديد انطبق على واقعة تامة انشئت مركزا قانونيا فى الماضى ، فاعتبرها غير قادرة على انهاء هذا المركز ٠ والواقعة التامة هى مرور احدى وعشرين سنة من العمر ٠ أما المركز القانونى الذى انقضى باكتمال هذه الواقعة فهو مركز القاصر(٣٤٧) ٠

ولكن الرجعية هنا رجعية مخففة tempérée ، لأنها لا تنسحب الى الآثار التى ترتبت فى الماضى على انتهاء مركز القاصر ، أى لا تمس التصرفات التى ابرمها من تجاوز مركز القاصر فى ظل القانون القديم ، بل تظل هذه التصرفات صحيحة طبقا للقانون المذكور(٣٤٨) ٠ وهذا ما يقرره المشرع صراحة فى الفقرة الثانية من المادة السادسة السابق ذكرها ٠

---

(٣٤٧) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 291

(٣٤٨) P. Roubier, Le droit transitoire, p. [illegible]

وراجع فى محاولة تفسير الحل الوارد فى المادة السادسة من التقنين المدنى بما لا يتعارض مع النظرية الحديثة :

حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٤٧٠ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فكان المشرع يقرر رجعية التشريع الذى يرفع سن الرشد ، بنص صريح ، ويقرر فى نفس الوقت التخفيف من أثر هذه الرجعية .

أما اذا خفض القانون الجديد سن الرشد ، فانه ينطبق بأثر مباشر على كل شخص بلغ السن المحددة فى القانون الجديد ، فيصبح هذا الشخص راشدا ، ولو كان قاصرا فى ظل القانون القديم . ولا يعتبر هذا تطبيقا رجعيا للقانون الجديد حيث لم ينطبق هذا القانون على أية واقعة مكتملة فى ظل القانون القديم ، بل انطبق على واقعة لم تكتمل الا فى ظل القانون الجديد ، وطبقا لأحكام هذا القانون ذاته .

ويترتب على عدم تطبيق القانون الجديد فى هذا الفرض الثانى بأثر رجعى ، ان التصرفات التى أبرمها الشخص وهو قاصر فى ظل القانون القديم، تقع باطلة بحكم هذا القانون ولا تعتبر صحيحة بعد العمل بالقانون الجديد ، حتى ولو كان الشخص قد أبرمها فى سن يجاوز سن الرشد حسب القانون الجديد ، طالما أنه كان دون سن الرشد طبقا للقانون القديم . فان مقتضى انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد الا يصحح القانون الجديد تصرفا وقع باطلا فى ظل القانون القديم .

ويأخذ حكم تخفيض سن الرشد ، ان يشدد المشرع فى شروط عوارض الاهلية كالجنون والعته والسفه والغفلة . وعلى سبيل المثال فان القانون المدنى القديم كان يقرر بطلان العقد الذى يبرمه المعتوه بطلانا مطلقا دون أن يشترط أى شرط آخر . ولكن القانون المدنى الجديد اشترط فى المادة ٢/١١٤ منه لبطلان العقد الذى يبرمه المعتوه ، قبل توقيع قرار الحجر عليه ، ان تكون حالة العته شائعة ، أو أن يكون الطرف الآخر على بينة منها . ويعتبر ما اشترطه القانون المدنى الجديد لبطلان العقد بسبب العته من قبيل التشدد فى شروط البطلان ، وهو ما يؤدى كنتيجة عكسية الى التوسع فى حالات اكتمال الاهلية ، وهو توسع يشبه تخفيض سن الرشد ، فيأخذ حكمه فى عدم سريانه على الماضى بأثر رجعى . ومعنى ذلك أن التصرف الصادر من المعتوه فى ظل القانون القديم يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ولو لم تكن حالة العته شائعة ، أو لم يكن الطرف الآخر فى العقد على بينة منها . وقد قضت محكمة

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

النقض المصرية بأن « القانون المدنى القديم لم يكن يشترط لابطال التصرف علم المشترى بغبنه البائع وقت البيع ، بل كان يكفى فى طلبه أن تستدل المحكمة على قيام حالة الغبن وقت التصرف بأدلة سائغة وذلك اعتبارا بأن الغبن متى ثبت قيامه فانه يعدم رضاء من يصاب به »(٣٤٩) . والتصرف الذى وقع باطلا بطلانا مطلقا فى ظل القانون القديم لا يعود فيصبح صحيحا فى ظل القانون الجديد .

٢٣٧ ـ التقادم :

تنص المادة ٧ من التقنين المدنى على أن « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل . (٢) على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » .

وتنص المادة ٨ من التقنين المدنى على أنه « (١) اذا قرر النص الجديد مدة للتقادم اقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . (٢) أما اذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » .

ويخلص من هذين النصين أن القانون الجديد يسرى بأثر مباشر على كل تقادم لم يكتمل فى ظل القانون القديم ، سواء كان هذا التقادم مكسبا للحق أو مسقطا له . ولكن القانون الجديد لا ينطبق بأثر رجعى على المدة التى مرت من هذا التقادم قبل العمل به ، من حيث بدايتها أو ما يقترن بها من وقف أو انقطاع أو أى ملابسات أخرى ، بل تظل هذه المدة محكومة بالقانون القديم .

ويترتب على ما سبق أن التقادم الذى لا يكتمل فى ظل القانون الذى

---

(٣٤٩) نقض ١٩٥١/١١/٢٢ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٢٠ ، فقرة ١٤٠ ، هامش ٣ ، وراجع فى نفس المعنى : نقض ١٩٦٦/٤/٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٥٧٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

جدأ فيه(٣٥٠) ، بل يخضع للقانون القديم الى وقت العمل بالقانون الجديد ، ثم يخضع بعد ذلك لهذا القانون على النحو الآتى :

١ - من ناحية قابلية الحق للتقادم ، فانه اذا كان الحق قابلا للتقادم فى ظل القانون القديم ، ثم أصبح غير قابل للتقادم فى ظل القانون الجديد ، فان صدور القانون الجديد يجعل اكتمال التقادم مستحيلا ، وبالتالى يوقف سريان التقادم ، وتعتبر المدة التى مرت فى ظل القانون القديم كأن لم تكن . وعلى سبيل المثال فان الأموال المملوكة ملكية خاصة للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة ، كان يجوز تملكها بالتقادم وفقا لنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى ، ولكن بعد تعديل هذا النص بمقتضى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ والقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ أصبح لا يجوز تملك هذه الأموال بالتقادم . وقد قضت محكمة النقض بأن « ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ والقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ من انه ليس لكل من هذين التشريعين أثر رجعى بالنسبة لما اكتسب فعلا من الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة وأموال الاوقاف الخيرية بالتقادم قبل صدور هذين القانونين ، هذا الذى جاء بالمذكرة الايضاحية لا ينصرف الا لما اكتسب ملكيته فعلا بالتقادم قبل تاريخ صدور القانونين المذكورين . أما الأموال التى كان يحوزها الأفراد قبل هذا التاريخ ولكنهم لم يكتسبوا ملكيتها أو أى حق عينى عليها بالتقادم قبل صدور القانون الأول فانه يكون لجهة الادارة أن تزيل التعدى الواقع عليها بالطريق الادارى عملا بالحق المقرر لها فى القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩»(٣٥١) .

وعلى العكس اذا كان الحق غير قابل للتقادم فى ظل القانون القديم ، ثم أصبح قابلا للتقادم فى ظل القانون الجديد ، فان مدة تقادمه تبدأ اذا توافرت شروط التقادم الأخرى من تاريخ العمل بالقانون الجديد . وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى بطلان عقد ابرم فى ظل القانون المدنى القديم

---

(٣٥٠) انظر فى عدم سريان القانون الجديد على التقادم الذى اكتمل فى ظل القانون القديم ، نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٤٢٥ .

(٣٥١) نقض ١٩٦٨/٣/٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٩ ، ص ٥٣٨ ، وراجع فى تملك الوقف بالتقادم نقض ١٩٦٣/١/١٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ٨٤ ، نقض ١٩٧٠/٢/٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٢٢٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لا تتقادم طبقا لهذا القانون ، ولكن اذا لحقها القانون الجديد فهى تسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ العمل به طبقا للمادة ١٤١ منه(٣٥٢) .

٢ - بالنسبة لبدء مدة التقادم ، فانه يرجع الى القانون القديم ، وهو القانون الذى بدأ فيه التقادم . وقد قررت محكمة النقض بأن « تقضى القواعد العامة فى القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - بأن مدة تقادم دين الضريبة تبدأ من اليوم التالى لانتهاء الأجل المحدد لتقديم الاقرار ، أما ما نصت عليه المادة ٩٧ مكررا أ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالقانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٥٥ المعمول به فى ٧ مايو سنة ١٩٥٥ من أنه « تبدأ مدة التقادم فى الحالات المنصوص عليها فى المادة ٤٧ مكررة - من القانون المذكور - من تاريخ العلم بالعناصر المخفاة فهو نص مستحدث لا يؤثر فى بداية التقادم الذى بدأ قبل تاريخ العمل به وذلك وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدنى »(٣٥٣) .

وجدير بالذكر ان هذا الحل لا يتفق مع فقه النظرية الحديثة التى تعتبر ان تأخير لحظة بدء التقادم وفقا للقانون الجديد ، يأخذ حكم اطالة مدة التقادم ، بحيث لا يكتمل التقادم الا بانقضاء مدته محسوبة من اللحظة التى حددها القانون الجديد . وكذلك فان النظرية الحديثة تعتبر أن تقديم لحظة بدء التقادم فى حكم تقصير مدة التقادم ويسرى عليه نفس الحكم الذى يسرى فى هذه الحالة على ما سنذكره فيما بعد(٣٥٤) .

ويلاحظ أن الحكم الذى أخذ به المشرع المصرى هو امتداد سريان القانون القديم فيما يتعلق ببدء التقادم . وهذا الحكم مقرر أيضا فى المادة ٢٢٨١ من التقنين المدنى الفرنسى ، ولكن القضاء الفرنسى لا يأخذ بما يقرره التقنين فى هذا الشأن(٣٥٥) .

---

(٣٥٢) نقض مدنى ١٠٦٩/٤/٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٥٧٨ .

(٣٥٣) نقض ١٩٧٠/٤/١٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ٦٢٥ .

(٣٥٤) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 39.

(٣٥٥) راجع الأحكام المشار اليها فى :
P. Roubier, Le droit transitoire, p. 39.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣ - بالنسبة لوقف التقادم فان ما تحقق منه فى ظل القانون القديم يعتد به ، ولو كان راجعا الى سبب لا يعتد به القانون الجديد . وعلى سبيل المثال فان المادة ٨٥ من القانون المدنى القديم كانت تقرر وقف التقادم بالنسبة لناقص الاهلية اذا زادت مدته عن خمس سنوات ولو كان له نائب يمثله . ولكن المادة ٢/٣٨٢ من القانون المدنى الجديد ، قررت عدم وقف التقادم فى هذا الفرض اعتبارا بأن النائب يحل محل الاصيل فلا يوقف بالنسبة لناقص الاهلية اذا كان له نائب يمثله . وقد قضت محكمة النقض بأنه « اذا كانت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية القانون المدنى القديم والقانون الحالى فانه يجب طبقا للفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدنى أعمال نص القانون المدنى القديم على وقف التقادم عن المدة السابقة على العمل بنصوص القانون المدنى الحالى »(٣٥٦) . ويتفق هذا الحكم مع فقه النظرية الحديثة ، التى تذهب أيضا الى أنه اذا قرر القانون الجديد سببا لوقف التقادم لم يكن مقررا فى القانون القديم ، فلا يعمل به الا من وقت العمل بالقانون الجديد .

ويلاحظ أن ما يسرى على وقف التقادم ، يسرى أيضا على انقطاع التقادم . فاذا انقطع التقادم وفقا للقانون القديم ، وجب الاعتداد بذلك فى ظل القانون الجديد . ولو كان السبب الذى أدى الى قطع التقادم فى ظل القانون القديم لا يؤدى الى قطعه طبقا للقانون الجديد . وبالعكس فانه اذا أعترف القانون الجديد بسبب لقطع التقادم لم يكن يعترف به القانون القديم ، فان تحقق هذا السبب فى ظل القانون القديم لا يمكن اعتباره مؤديا الى قطع التقادم فى ظل هذا القانون(٣٥٧) .

٤ - وبالنسبة لمدة التقادم فانه اذا قرر القانون الجديد مدة أطول للتقادم ، فان التقادم لا يكتمل الا باكتمال هذه المدة تطبيقا للأثر المباشر

---

(٣٥٦) نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٥٢٧ .

(٣٥٧) فى نفس المعنى : نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٠ ، ص ٥٢٨ ، نقض ١٩٥٩/١٢/٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٠ ، ص ٧٢٢ ، نقض ١٩٦٠/٦/٢٣ مجموعة المكتب الفنى ، س ١١ ، ص ٦٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للقانون الجديد ، الذى كان يستطيع جعل اكتمال التقادم مستحيلا فيستطيع من باب أولى جعل اكتمال التقادم يتم فى مدة أطول • وبطبيعة الحال فان المدة التى انقضت من التقادم فى ظل القانون القديم تدخل فى الحساب(٣٥٨) •

أما اذا قرر القانون الجديد مدة أقصر للتقادم فانه لا يمكن الاعتداد بهذه المدة القصيرة محسوبة من تاريخ بدء التقادم فى ظل القانون القديم ، والا لترتب على ذلك فى كثير من الأحيان اعتبار التقادم قد اكتمل فى ظل القانون القديم ، وفى هذا تطبيق رجعى للقانون الجديد ، حيث تعتبر واقعة معينة وهى مدة التقادم حسب القانون الجديد قد أدت الى انتاج أثر معين هو التقادم ، فى ظل قانون لم يكن يعتبرها مؤدية الى انتاج هذا الأثر •

ولتلافى الأثر الرجعى فان المشرع قرر بدء حساب المدة القصيرة التى قررها القانون الجديد من تاريخ العمل بهذا القانون •

ولكن أعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو ، قد يؤدى الى اطالة مدة التقادم عن المدة التى كانت مقررة فى القانون القديم ، على خلاف ما يهدف اليه المشرع من تقصير هذه المدة • ويتحقق هذا التناقض فى كل الحالات التى يكون فيها الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد •

ولتلافى هذا التناقض قرر المشرع أن التقادم يكتمل بانقضاء الباقى من المدة المقررة فى القانون القديم • فكأن المشرع يأخذ فى هذه الحالات بمبدأ امتداد سريان القانون القديم ، وذلك حتى يرفع التناقض الذى يؤدى اليه تطبيق مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ، وهو التناقض بين اتجاه المشرع الى تقصير مدة التقادم وبين الوصول عن طريق الأثر المباشر الى اطالة هذه المدة •

---

(٣٥٨) نقض ١٩٣١/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٤٥٢ ، فقرة ٥٠ • وجدير بالذكر أن المشرع لم يضع حلا خاصا بالفرض الذى يطيل فيه القانون مدة التقادم ، والحل المذكور فى المتن هو ما تقول به النظرية الحديثة •

راجع : P. Roubier, Le droit transitoire, p. 80.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد أخذ المشرع المصرى فى هـذا الحل بما تقرره النظرية الحـديثة ، وخلاصته ان التقادم يكتمل بانقضاء أقصر الأجلين : الباقى من المدة المقررة فى القانون القديم ، أو مدة التقادم القصيرة المقررة فى القانون الجديد محسوبة من تاريخ العمل بهذا القانون(٣٥٩) .

والواقع أن المشرع المصرى أخذ فيما يتعلق بتنازع القوانين فى مسائل التقادم بكل ما تقول به النظرية الحديثة ، باستثناء ما يتعلق ببدء مدة التقادم على النحو السابق ذكره ..

٢٣٨ ـ الاثبات :

تنص المادة ٩ من التقنين المدنى على أن « تسرى فى شأن الادلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى اعد فيه الدليل ، أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعداده » .

ولفهم هذا النص ينبغى أن نفرق أولا بين قواعد الاثبات الموضوعية ، وبين قواعد الاثبات الشكلية . أما قواعد الاثبات الموضوعية فهى تلك التى تحدد الحق فى الاثبات ، وشروط محل الاثبات ، ومن يقع عليه عبء الاثبات ، وطرق الاثبات المقررة فى القـانون كالكتابة والشـهادة والقرائن .. الخ . أما قواعد الاثبات الشكلية فهى تلك التى تحدد اجراءات الاثبات كالتحقيق والمعاينة والخبرة .. الخ .

---

(٣٥٩) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 300.

وتوجد فكرة أخرى قال بها Merlin هى تطبيق القانونين معا بحسب نسبة مدة التقادم التى انقضت فى ظل كل منهما . فاذا انقضى القانون الجديد مدة التقادم من ٣٠ الى ١٠ سنوات، وكانت قد انقضت خمس عشرة سنة فى ظل القانون القديم ، فمعنى ذلك ان نصف المدة قـد انقضت فى ظل القانون القديم ، ويكون الباقى هو نصفها الذى يحسب طبقا للقانون الجديد أى خمس سنوات .

راجع فى نقد هذا الرأى : P. Roubier, Le droit transitoire, p. 301.

وراجع فى الأخذ به فى ظل القـانون المدنى المصرى القديم : عبـد الرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت ، ص ١٩٣ ، هامش (١) . وغنى عن الذكر ان هذا الحل فضلا عن عيوبه يخالف ما تنص عليه المادة ٨ من القانون المدنى الجديد صراحة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقواعد الاثبات الموضوعية تدخل فى نطاق القانون المدنى • أما قواعد الاثبات الشكلية فهى تدخل فى نطاق قانون المرافعات •

ويلاحظ أن المشرع أصدر قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ليجمع فى مكان واحد بين قواعد الاثبات الموضوعية وقواعد الاثبات الشكلية • وقد ألغى هذا القانون ما كان مقررا فى القانون المدنى من قواعد الاثبات الموضوعية، وما كان مقررا فى قانون المرافعات من قواعد الاثبات الشكلية(٣٦٠) •

وينبغى أن نفرق ثانيا ، فى نطاق قواعد الاثبات الموضوعية ، بين تلك التى تحـــدد الأدلة التى يجرى اعـدادها مقـدما preuves préconstitutées وتلك التى تحدد الأدلة التى يجرى اعدادها أثناء الخصومة preuves débattues en justice

أما الأدلة التى يجرى اعدادها مقدما ، وتسمى أحيـانا بالأدلة المهيأة ، فهى الأدلة التى يشترط القانون اعدادها عند حدوث الواقعة المؤدية الى انشاء أو انقضاء المركز القانونى • وهذه الأدلة مستقلة عن أية خصومة قضائية • وقد تدعو الحاجة اليها بعيدا عن أية خصومة قضائية ، كما لو احتاج صاحب الحق الى اثبات وجود حقه فى تعامله العادى مع غيره من الأفراد أو فى تعامله مع جهة من جهات الادارة • ولذلك تعتبر هذه الأدلة قريبة الصلة من عناصر تكوين الواقعة أو التصرف القانونى بما يجب معه اخضاعها لنفس القـانون الذى يحكم أى منهمـــا • واصطلاح الأدلة المهيأة ، يصـــدق أولا على الأدلة الكتابية ، سواء كانت رسمية أو عرفية • ويصدق هذا الاصطلاح أيضـا على القرائن القانونية(٣٦١) ، التى يقررها القـــانون اعتمادا عـلى بعض الوقائع المعينة دون تدخل من جانب القاضى(٣٦٢) •

فالأدلة الكتابية يسرى عليها القانون المعمول به وقت اعدادها أو الوقت

---

(٣٦٠) انظر فى مكان قواعد الاثبات من فروع القانون : كتابنا ، النظرية العامة للاثبات ، فقرة ٤ ، ص ٩ وما بعدها •

(٣٦١) راجع ما سبق ، فقرة ١١٧ •

(٣٦٢) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 237.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الذى كان يجب اعدادها فيه . والقرائن القانونية يسرى عليها أيضا القانون المعمول به وقت توافر الوقائع التى يقيم عليها القانون هذه القرائن .

وعلى سبيل المثال فان المادة ٦٠ من قانون الاثبات وهى المقابلة للمادة ٤٠٠ من التقنين المدنى ، رفعت النصاب الجائز فيه الاثبات بالبينة الى ما لا يجاوز عشرين جنيها ، بعد أن كان يجوز الاثبات بالبينة فى ظل القانون المدنى فيما لا يجاوز عشرة جنيهات . وطبقا للمبدأ السابق ذكره فان التصرفات التى تم ابرامها فى ظل القانون المدنى لا يجوز اثباتها بالبينة فى ظل قانون الاثبات اذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات ولو كانت لا تجاوز عشرين جنيها(٣٦٣) .

وعلى سبيل المثال أيضا فان المشرع استحدث فى القانون المدنى الجديد قرينة قانونية مؤداها انه اذا تصرف شخص الى احد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر تصرفه مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية . وقد قضت محكمة النقض بأن هذه القرينة القانونية التى استحدثتها المادة ٩١٧ من القانون المدنى الحالى متصلة بموضوع الحق اتصالا وثيقا لا يجوز اعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ سريانه »(٣٦٤) .

ولا يوجد فى القانون المصرى من الأدلة المهيأة الا الكتابة والقرائن القانونية . أما غير ذلك من طرق الاثبات كالشهادة والاقرار واليمين فهى

---

(٣٦٣) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، ص ٢٥ ؛ حسن كيره ، المدخل ص ٣٧٠ . ويذهب رأى فى القانون الفرنسى الى جواز الاثبات بالبينة فى هذه الحالة لا يجوز أن تبرأ ذمة المدين نتيجة لتمسكه بقاعدة ثبت عدم صلاحيتها ، على خلاف ما اذا رفع القانون الجديد تخفيض النصاب الجائز فيه الاثبات بالبينة ، فلا يسرى عند أصحاب هذا الرأى (أوبرى ورو) حكم القانون الجديد . انظر فى نقد هذه التفرقة :
Roubier, Le droit transitoire, p. 231, 236.
وانظر فى الدفاع عنها : Lerant et Perrot, op. cit., T. 9, p. 229.

(٣٦٤) نقض مدنى ١٩٦٨/٢/١٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٩ ، ص ٢٧١ ، نقض مدنى ١٩٦٤/٥/١٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٦٧٣ ، نقض مدنى ١٩٦٩/٤/٢٢ مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ٦٤٩ .

ويلاحظ أن النصاب الجائز فيه الاثبات بالبينة ارتفع الى ١٠٠ جنيه بمقتضى القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

راجع كتابنا ، النظرية العامة للاثبات ، ص ١٢٢

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القضائية .. الخ ، فهى أدلة يجرى اعدادها أثناء الخصومة ، والقواعد المتعلقة بها ليس لها هدف سوى انارة الطريق أمام القاضى للوصول الى الحكم العادل ، فهى قواعد لا تخص الا القاضى نفسه ، ومن ثم فهى تخضع للقانون المعمول به وقت نظر الخصومة(٣٦٥) .

أما بالنسبة لقواعد الاثبات الشكلية ، فهى تخضع للقانون الجديد الذى « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن التمهيدى للقانون المدنى تنص على أن « تسرى النصوص المتعلقة باجراءات الاثبات من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة » . وقد حذف هـذا النص فى لجنة المراجعة لأن مكانه فى قانون المرافعات(٣٦٦) .

وجدير بالذكر أن قانون الاثبات الجـديد لم ينص على أحـكام التنازع الزمانى لقوانين الاثبات ، بل لا زالت هذه الاحكام موزعة بين القانون المدنى وقانون المرافعات .

٢٣٩ ـ المرافعات(٣٦٧) :

تنص المـادة الأولى من قانون المرافعـات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أن يسرى بأثر مباشر على الدعاوى القائمة .

، ويستثنى من ذلك : ١ ـ القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمـل بها بعد اقفال باب المرافعـة فى الدعوى . ٢ ـ القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها . ٣ ـ القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الاحكام

---

(٣٦٥) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 239;
فى نفس المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٢٥ ، الهامش ، حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٧٠ .

(٣٦٦) راجع المادة الأولى من قانون المرافعات .

(٣٦٧) راجع فى هذا الموضوع بصفة خاصة : أحمد أبو الوفا ، التنازع الزمنى لقوانين المرافعات ، مجلة الحقوق ، السنة الخامسة عشر (١٩٧٠) ، العدد الأول ، تاريخ النشر ١٩٧١ ، ص ٣١ ـ ص ١١٠ .
Louis Bach, Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps, Rev. Trim. de Droit Civ., 1969, T. 3, p. 405 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق » .

وتنص المادة الثانية من قانون المرافعات على أن « كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك . ولا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها » .

والمقصود بقوانين المرافعات ، كل القواعد المتعلقة باجراءات التقاضى ، واجراءات الاثبات واجراءات التنفيذ ، والتى لا تمس أصل الحق بطريق مباشر(٣٦٨) .

وتقرر النصوص السابق ذكرها أن القوانين المتعلقة بالمرافعات ، لا تسرى بأثر رجعى من ناحية ، وتسرى بأثر مباشر من ناحية أخرى .

فهى لا تسرى بأثر رجعى على أى اجراء تم فى ظل القانون القديم . ولا يعنى ذلك فقط كما تقرر المادة الثانية السابق ذكرها ، ان الاجراء الذى تم صحيحا فى ظل القانون القديم ، يظل كذلك فى ظل القانون الجديد ، بل أيضا ، الاجراء الذى وقع باطلا فى ظل القانون القديم ، يظل باطلا فى ظل القانون الجديد(٣٦٩) . وكما يقول Merlin فان « اجراءات المرافعات تتسم بالتسلسل والتتابع ، فهى تتعلق بالماضى والمستقبل . ولذلك تكون التصرفات التى سبقت القانون الجديد ، تظل متصلة بالماضى . أما ما يجد من العمل بهذا القانون ، فهو يتصل بالمستقبل »(٣٧٠) .

وتعتبر من الوقائع التامة التى لا يسرى عليها القانون الجديد ، الدعاوى المحكوم فيها(٣٧١) ، والدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم ، والمواعيد التى انقضت

---

(٣٦٨) أحمد أبو الوفا ، المقال السابق ، ص ٣٦ - ص ٤٤ .

(٣٦٩) أحمد أبو الوفا ، المقال السابق ، ص ٦٤-٦٦ ، حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٨٩

(٣٧٠) Cité par P. Roubier, Le droit transitoire, p. 548.

(٣٧١) نقض ١٩٦٩/١١/١١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٠ ، ص ١١٨٠ ، ولا يشترط ان يكون الحكم نهائيا ، نقض ١٩٦٧/١٠/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٥٥٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والجزاءات على الاخلال بقواعد المرافعات(٣٧٢) . وتطبيقا لانعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد ، فان مواعيد السقوط التى يستحدثها هذا القانون لا تسرى الا من تاريخ العمل به .

ومن قبيل الاجراءات التى تمت صحيحة فى ظل القانون القديم ، فلا يسرى عليها القانون الجديد ، ما قضت به محكمة النقض من أن نظام أوامر الاداء كان جوازيا فى ظل قانون المرافعات لسنة ١٩٤٩ قبل تعديله بالقانون رقم ٢٦٥ لسنة ١٩٥٣ الذى جعله وجوبيا ، فاذا رفعت دعوى قبل تاريخ العمل بالقانون المذكور ، فان رفعها يكون صحيحا(٣٧٣) .

واذا كانت قوانين المرافعات لا تسرى بأثر رجعى على الاجراءات التى تمت فى ظل القانون القديم ، فهى تسرى بأثر مباشر على كل ما لم يكتمل من هذه الاجراءات .

وعلى هذا النحو اذا صدر قانون جديد يعدل قواعد الاختصاص الولائى أو النوعى للمحاكم ، فان الدعاوى التى كانت منظورة أمام المحاكم التى لم تعد مختصة بنظرها ، تحال فورا بحالتها الى المحاكم التى أصبحت مختصة بنظرها طبقا للقانون الجديد . وعلى سبيل المثال فقد ترتب على الغاء المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية ، احالة جميع الدعاوى التى كانت تنظرها الى المحاكم الوطنية(٣٧٤) . وكذلك فان الدعاوى التى كانت تنظرها المحاكم الشرعية والمجالس المالية ، احيلت بحالتها الى المحاكم الوطنية من تاريخ العمل بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وهو القانون الذى ألغى المحاكم الشرعية والمجالس الملية(٣٧٥) .

ومع ذلك فانه استثناء من الأثر المباشر للقانون الجديد ، يعمل بمبدأ

---

(٣٧٢) أحمد أبو الوفا ، المقال السابق ، ص ٥٥ - ص ٨٤ .

(٣٧٣) نقض مدنى ١٩٦٦/٣/٢٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٧٠١ .

(٣٧٤) نقض ١٩٥٥/٢/١٠ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ١٥٠ ، قاعدة ١٠٦ .

(٣٧٥) راجع المادة الأولى من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

امتداد سريان القانون القديم في الحالات الآتية :

١ - اذا صدر قانون معدل للاختصاص بعد اقفال باب المرافعة في الدعوى ، فلا ينطبق بأثر مباشر على هذه الدعوى ، بل تظل المحكمة التي كانت تنظرها مختصة بنظرها واصدار الحكم فيها طبقا للقانون القديم ، والحكمة من ذلك أن المصلحة العامة ، ومصلحة الخصوم أنفسهم تتعارضان مع تعطيل الفصل في الدعوى بعد أن تمت فيها كل وسائل الاثبات الدفاع وأقفل فيها باب المرافعة . وعلى سبيل المثال فان القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ جعل مجلس الدولة هو المختص دون غيره بنظر المنازعات المتعلقة بالجنسية ، ولكن هذا القانون لا يسري على الدعاوى التي كانت منظورة أمام مجلس القضاء العادي وأقفل فيها باب المرافعة ، حتى ولو لم يكن قد فصل فيها نهائيا(٣٧٦) .

٢ - اذا بدأ ميعاد في ظل القانون القديم ، فهو يستمر في السريان طبقا لهذا القانون ، ولا ينطبق عليه القانون الجديد ، سواء قرر هذا القانون اطالة الميعاد أو انقاصه . ويتعارض هذا الحكم مع ما سبق أن ذكرناه بشأن مدة التقادم ، حيث ينطبق القانون الجديد على كل تقادم لم تكتمل مدته بعد . ولعل ما يبرر هذا الاختلاف هو ما يقوله البعض من أن مواعيد المرافعات هي عادة أقصر بكثير من مدد التقادم . ولذلك يحسن اخضاعها لقانون واحد حتى يسهل حسابها(٣٧٧) .

ويلاحظ أن هذا الاستثناء لا يتعلق الا بالقوانين التي تطيل أو تنقص مواعيد المرافعات التي كانت مقررة طبقا للقانون القديم . أما القوانين التي تستحدث مواعيدا لم تكن مقررة في القانون القديم فهي تسري بأثر مباشر من تاريخ العمل بها(٣٧٨) . وفي حدود الاستثناء المذكور فانه اذا لم يكن الميعاد قد بدأ في ظل القانون القديم ، فانه يخضع في هذه الحالة للقانون الجديد(٣٧٩) .

---

(٣٧٦) نقض ٢٠/٥/١٩٧٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢١ ، ص ٨٧٣ .

(٣٧٧) حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٩١ ، هامش ٢ .

(٣٧٨) أحمد أبو الوفا ، المقال السابق ، ص ٩٥ ، حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٩١ .

(٣٧٩) قضت محكمة النقض بأن الأصل في ظل قانون المرافعات السابق بعد تعديله بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ أن ميعاد الطعن في الحكم يبدأ من تاريخ صدوره . فالاحكام

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٣ ـ اذا صدر حكم في الدعوى ، فان القانون المعمول به وقت صدور هذا الحكم هو الذى يحدد الآثار المترتبة على هذا الحكم وكذلك يحدد طبيعته ، وطرق الطعن الجائزة فيه • فاذا صدر قانون جديد بالغاء طريق من طرق الطعن التى كانت مقررة فى القانون القديم ، أو بانشاء طريق من طرق الطعن لم يكن مقررا فى القانون المذكور ، فلا ينطبق هذا القانون على الاحكام السابق صدورها قبل العمل به(٣٨٠) •

وتبرر النظرية الحديثة هذا النص بأن قابلية الحكم لطعن معين أو عدم قابليته لهذا الطعن يعتبر صفة لصيقة بالحكم فلا يمكن تعديلها ، الا بتعديل هذا الحكم ذاته • وبتعبير آخر فان تطبيق القانون الجديد فى هذه الحالة يعتبر تطبيقا رجعيا لأنه يمس بواقعة تمت فى ظل القانون القديم ، وهو الحكم القضائى • والاحكام القضائية هى ابرز صور الوقائع التامة التى لا يجوز ان يمسها القانون الجديد • ولذلك فان عدم تطبيق القانون الجديد فيه مراعاة لانعدام الأثر الرجعى لهذا القانون(٣٨١) • ولا يعتبر بالتالى استثناء من الأثر المباشر لهذا القانون ، كما توخى بذلك صياغة المادة الأولى من قانون المرافعات(٣٨٢) •

الصادرة قبل العمل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ والتى لم تعلن يبدأ ميعاد الطعن فيها من تاريخ العمل بهذا القانون ، نقض مدنى ، ١٩٧١/٥/٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٢ ، ص ٥٨٨ ، واجع أيضا ، نقض ١٩٦٦/١١/١٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ١٦٧٣ •

(٣٨٠) نقض ١٩٥١/٦/١٤ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ١١٧٢ ، فقرة ٦٩٧ ، نقض ١٩٥٢/٢/٢١ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ١١٧٢ ، فقرة ٦٩٨ ، نقض ١٩٥٤/١٢/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ١١٧٣ ، فقرة ٧٠٤ ، قارن : نقض ١٩٣١/١١/١٢ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ١١٤٩ ، فقرة ٥٤١ ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا الحكم الأخير بأن الأحكام الصادرة قبل العمل بقانون محكمة النقض التى لم تعلن والتى أعلنت ولم يمض عليها ميعاد الطعن عند العمل بهذا القانون أو التى أعلنت بعد العمل به ، هذه الأحكام يجوز الطعن فيها بشروطه وقيوده ومواعيده ، فى نفس المعنى ، نقض ١٩٣٥/١/١٧ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ٢ ، ص ١١٧٣ ، فقرة ٧٠٤ •

(٣٨١) P. Roubier, Le droit Transitoire, p. 504.

(٣٨٢) قارن : حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٩١ هامش ٣ ، حيث يفرق بين قانون جديد يقرر انشاء طريق من طرق الطعن بالنسبة لأحكام غير نهائية فلا يعتبر تطبيقه رجعيا اذا لحق

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويبدو لنا أن تقرير ميعاد جديد للطعن فى الاحكام بعد انقضاء المواعيد المقررة لها فى القانون القديم ، يعتبر بمثابة انشاء طريق جديد من طرق الطعن ، ولذلك لا يسرى على الاحكام التى انقضت مواعيد الطعن فيها فى ظل القانون القديم ، ما لم ينص القانون الجديد على عكس ذلك • ويعتبر النص فى هذه الحالة نوعا من الرجعية(٣٨٣) •

٢٤٠ ـ الجرائم والعقوبات :

القوانين الجنائية ، هى القوانين التى تحدد الأفعال المعاقب عليها ، وهى الجرائم ، وتحدد العقوبات المقررة لها • ويعتبر مبدأ عدم الرجعية من أهم مبادىء القانون الجنائى ، بل يعتبر من أهم المبادىء الأساسية للقانون بصفة عامة • والدليل على ذلك أن كل القوانين التى لا تعتبر مبدأ عدم الرجعية مبدأ دستوريا ، تعتبر مع ذلك مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية مبدأ دستوريا • وعلى سبيل المثال فان دستور مصر لسنة ١٩٧١ يقرر فى المادة ٦٦ منه مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية ، ولكن لا يوجد بهذا الدستور أى نص آخر يقرر نفس المبدأ بالنسبة للقوانين الأخرى • وقد سبق أن ذكرنا أن مبدأ عدم الرجعية لا يقيد ارادة المشرع الا فى المسائل الجنائية فقط •

والأهمية الخاصة لمبدأ عدم الرجعية فى نطاق القانون الجنائى ترجع الى أن الجزاءات المقررة فى هذا القانون تلحق الانسان فى جسمه أو فى حريته ، وهى لهذا السبب جزاءات خطيرة ، لا يتصور توقيعها على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها •

هذه الاحكام ، وبين قانون جديد آخر يقرر الغاء طريق من طرق الطعن الموجودة بالنسبة لاحكام غير نهائية فلا يعتبر تطبيقه رجعيا اذا لحق هذه الاحكام ، بل يعتبر تطبيقا مباشرا ، ويكون استثناء حقيقيا من مبدأ الأثر المباشر أن يستمر باب الطعن مفتوحا طبقا للقانون القديم •

(٣٨٣) قضت محكمة النقض بأن مقتضى نص المادة ٢/٣ من القانون ٤٣ لسنة ١٩٦٥ والمادة ١١ من قانون اصدارها والمادة الأولى من قانون المرافعات وجوب اعلان الطعن بالنقض خلال خمسة عشر يوما تبدأ من ١٩٦٥/٧/٢٢ تاريخ نشر القانون ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، وقد منح القانون ٤ لسنة ١٩٦٧ للطاعن ميعادا جديدا لاستكمال ما لم يتم من الاجراءات وتصحيح ما لم يصح منها • وهذا الميعاد الجديد بالنسبة لاعلان الطعن هو خمسة عشر يوما تبدأ من ١٩٦٧/٥/١١ تاريخ نشر القانون الأخير • وعدم اعلان الطعن فى الميعادين المذكورين جزاؤه بطلان الطعن وفقا للمادة ٤٣١ مرافعات • (نقض ١٩٦٨/٣/٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٩ ، ص ٥٩٣) •

ولا شك أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٧ المشار اليه فى هذا الحكم هو قانون رجعى فى تطبيقه •

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولهذا السبب فان مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية يعتبر من المبادىء المتصلة بحقوق الانسان وحرياته الأساسية • وقد نصت عليه المادة ٢/١١ من الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ •

ونصت على هذا المبدأ أيضا المادة ١/٥ من قانون العقوبات المصرى •

ومع ذلك فقد سبق أن رأينا انه يوجد استثناء على هذا المبدأ خاص بالقوانين الجنائية الاصلح للمتهم ، وتجب فى هذا الشأن التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : ان يصدر قانون جديد يخفف العقوبة التى كان منصوصا عليها من قبل • وفى هذه الحالة ينطبق هذا القانون بأثر مباشر على كل الدعاوى التى لم تكن قد صدرت فيها أحكام نهائية ، ولا يعتبر انطباقه استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، بل يعتبر أعمالا لأثره الفورى • أما اذا كان قد صدر فى الدعوى حكم نهائى فلا ينطبق القانون الجديد ، ولا يوجد فى هذا الشأن أى استثناء على مبدأ عدم الرجعية ، كما لا يوجد أى مجال لتطبيق القانون الجديد بأثر فورى (م ٢/٥ من قانون العقوبات)(٣٨٤) •

الفرض الثانى : أن يصدر قانون جديد يقرر اباحة الفعل الذى كان معاقبا عليه من قبل • وفى هذه الحالة ينطبق هذا القانون بأثر رجعى على كل الاحكام النهائية السابق صدورها طبقا للقانون القديم ، فتوقف هذه الاحكام وتنتهى كل آثارها الجنائية ، وتعتبر كأن لم تكن (م ٣/٥ من قانون العقوبات) •

فكأن تطبيق القوانين الجنائية الجديدة الاصلح للمتهم لا يعتبر رجعيا - فى فقه النظرية الحديثة - الا اذا لحق الاحكام النهائية الصادرة بالعقوبة(٣٨٥) • وهو لا يلحق هذه الاحكام فى القانون المصرى الا اذا اباح القانون الجديد الأفعال التى كان يعاقب عليها القانون القديم •

---

(٣٨٤) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 467.

(٣٨٥) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 455.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ثانيا ـ الحلول المستخلصة من الفقه والقضاء

٢٤١ ـ آثار العقود :

سبق أن رأينا أن النظرية الحديثة تستبعد الأثر المباشر للقانون الجديد فيما يتعلق بالآثار الجارية للمراكز العقدية ، حتى ولو كانت قواعد القانون الجديد تتعلق بالنظام العام • وعلى سبيل المثال اذا خفض القانون الجديد سعر الفائدة ، فان هذا التخفيض لا يسرى على العقود السابق ابرامها ، ليس فقط بالنسبة للفوائد التى استحقت من قبل ، بل أيضا بالنسبة للفوائد التى ستستحق مستقبلا فى ظل القانون الجديد •

ويستند رأى النظرية الحديثة فى ذلك الى حجتين أساسيتين : الأولى أن تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر على الآثار الجارية للمراكز العقدية فيه اخلال بفكرة العقد الذى يرتبط بحرية الافراد فى الاختيار وقدرتهم على التوقع ورغبتهم فى التنوع والاختلاف • والحجة الثانية أن تخفيض سعر الفائدة ولو بالنسبة للمستقبل ، فيه تعديل لشروط العقد ، أى فيه مساس بالتصرف السابق ابرامه ، وهو ما ينطوى على نوع من الرجعية حيث يمس القانون الجديد الشروط السابق الاتفاق عليها ، وان كانت الرجعية تعتبر فى هذه الحالة رجعية مخففة • اذ لن يؤدى تخفيض سعر الفائدة الى استرداد ما سبق دفعه فى الماضى من الفوائد الزائدة عن الحد الأقصى الجديد ، بل سيؤدى فقط الى تخفيض هذا السعر بالنسبة لما يجب دفعه فى المستقبل • رجعية مخففة ولكنها رجعية على أى حال(٣٨٦) •

أما فى مصر فقد ذهبت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الى أن « أثر هذا التخفيض لا يستند الى الماضى ، فسيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية (السابقة) قائما الى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد • أما بعد هذا التاريخ فتطبق الاحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة للعقود التى تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية (قارن

---

(٣٨٦) P. Roubier, Le droit transitoire, p. 364.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨)»(٣٨٧) .

وقد جـامت محـكمة النقض بعد ذلك فقررت نفس المبدأ في أحـكام متواترة ، بل انها ذهبت الى حد القول بانه لا يجوز تقاضى فائدة اتفاقيـة تزيد على سبعة في المائة من تاريخ سريان المادة ٢٢٧ مدني ولا يحد من هذا أن يكون قد صدر حكم بالدين مع فوائده الاتفاقية بواقع ٩٪ حتى تمام الوفاء - على أساس هذا الاتفاق - قبل العمل بأحكام القانون المدني الجديد(٣٨٨) .

ومحكمة النقض بهذا القضاء ، لا تعـدل فقط شروط العقـد السـابق ابرامه ، بل هي تعدل أيضا منطوق الحكم القضائي السابق صدوره ، وفي هذا تطبيق رجعي للقانون الجديد لا شك فيه .

وقد بررت محكمة النقض هذا القضاء بأن الحد الأقصى المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها هو مما يتصل بالنظام العام مما يستلزم سريانه من تاريخ العمل بالقانون الذي قرره .

وقد ذهب جانب هام من الفقه المصري الى تأييد هذا القضاء على أساس قاعدة عامة مؤداها أن القواعد القانونية الجديدة المتعلقة بالنظام العام تسري باثر مباشر على جميع العقود القائمة ، وذلك بالنسبة للآثار المستقبلة لهـذه العقود . فحيث تكون القواعد متعلقة بالنظام العام ينبغي أن يكون النظـام واحـدا بالنسبة لجميع العقـود ما ابرم منهـا قبل العمـل بالقانون الجـديد وما سيبرم منها بعد العمل به(٣٨٩) .

---

(٣٨٧) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٥٨٤ .

(٣٨٨) نقض ١٩٥٨/١٢/٢٥ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٩ ، ص ٨٣٩ ، راجع أيضـا نقض ١٩٥٣/٥/٢١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤ ، ص ١٢٠ ، نقض ١٩٥٦/٢/١٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٧ ، ص ٢٤١ ، نقض ١٩٥٧/١١/٢٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٨ ، ص ٨٣٤ ، نقض ١٩٦٣/٦/٢٧ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٤ ، ص ٩٣٦ ، نقض ١٩٦٤/٣/٥، مجموعة المكتب الفني ، س ١٥ ، ص ٢٨٠ .

(٣٨٩) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٩٠٣ وما بعدها ، حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٣١٢ ، ص ٣٢٢ ، سمير الدين الوكيل ، النظرية العامة للقـانون ، ص ٤٠٨ ، منصور مصطفى منصور ، نظرية القانون ، ص ٣١٠ ، قارن : سليمـان مرقس ،

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولا مناص من التسليم بأن ما يقرره القضاء والفقه فى هذه المسألة هو حكم القانون الوضعى المصرى فيها • ولكن لا ينبغى أن يغيب عن الذهن من ناحية أخرى ان الأثر المباشر للقانون الجديد ، اذ يعدل الآثار المستقبلة للعقود السابق ابرامها فى ظل القانون القديم ، انما يعدل فى نفس الوقت شروط انعقاد هذه العقود ذاتها • فليس هناك شك مثلا فى أن القانون الذى يخفض أجرة الأرض الزراعيـة ، أو الذى يخفض أجرة الأماكن ، بالنسبة للعقـود السابق ابرامها هو قانون معدل لهذه العقود ، حتى ولو كان أثر التعـديل لا يظهر الا بالنسبة للمستقبل ، ويصدق نفس الشىء على القانون الذى يخفض سعر الفائدة ، فى انطباقه على عقود القرض السابق ابرامها(٣٩٠) •

ومؤدى ذلك أن أعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على الآثار الجاريـة للعقود السابق ابرامها ، هو فى نفس الوقت تطبيق لهذا القانون بأثر رجعى على هذه العقود ، وان كانت الرجعية هنا مخففة temperée حسب تعبير الأستاذ روبيه •

وجدير بالذكر أن محـكمة النقض تدرك أن تطبيق القـواعد الجديدة المتعلقة بالنظام العام على العقود القائمة ينطوى أحيانا على تعديل هذه العقود • وبحسب تعبير محكمة النقض فان القواعد المتعلقة بالنظام العام تملك تغيير طبيعة الالتزام وصفاته واثباته وقابليته للحوالة(٣٩١) •

المدخل ، ص ٢٢٣ ـ ٢٢٧ • وهو يأخذ بالرأى السائد فى أن القواعد القانونية الآمرة المتعلقـة بالنظام العام تنطبق بأثر مباشر على العقود القائمة ، ولكنه لا يرى أن القاعدة التى تضع حدا أعلى لسعر الفائدة الاتفاقية تتعلق بالنظام العام •

(٣٩٠) لايعتبر التخفيض انتقاصا لهذه العقود ، لأن الانتقاص كجزاء للبطلان الجزئى ، لا يتقرر لسبب لاحق على ابرام العقد ، بل يعتبر التخفيض تعديلا لعقود سبق ابرامها صحيحة فى ظل القانون الذى تمت فى ظله •

(٣٩١) تقرر محكمة النقض ان « حوالة الحق لا تنشىء التزاما جديدا فى ذمة المدين وانما هى تنقل الالتزام الثابت أصلا فى ذمته من دائن الى دائن آخر باعتبار هذا الالتزام حقا للدائن المحيل وينتقل بها الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه وينبنى على ذلك أن يظـل هـذا الالتزام بعد حوالته محكوما بذات القانون الذى نشأ فى ظله من حيث طبيعته واثباته وقابليتـه للحوالة والشروط اللازمة لذلك فاذا صدر قانون يغير من هذه الأحكام فلا يسرى على هـذا الالتزام الا فى نطاق ما يستحدثه من قواعد آمرة تتصل بالنظام العام ومن ثم فاذا كان القانون

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد بلغ اعتماد محكمة النقض على فكرة النظام العام الى حد انها تستخدمها فى غير ما حاجة اليها ، لتبرر على سبيل المثال انطباق قانون التامينات الاجتماعية رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ على جميع عقود العمل القائمة(٣٩٢). والواقع ان قانون التامينات الاجتماعية ، يستحدث نظاما قانونيا مستقلا عن عقود العمل الفردية ، ولذلك فهو ينطبق باثر مباشر من تاريخ العمل به على جميع الاشخاص المخاطبين بحكمه . ومصدر الالتزامات الناشئة عن نظام التأمينات الاجتماعية هو القانون وليست عقود العمل ، أو أى عقود أخرى(٣٩٣) .

٢٤٢ ـ علاقات العمل :

سبق أن ذكرنا أن علاقة العمل تعتبر بحسب النظرية الحديثة مركزا قانونيا لا تلعب الارادة دورا يذكر فى تحديد مضمونه . ولذلك فان قوانين العمل الجديدة تسرى على الآثار المستقبلة لجميع عقود العمل السابق ابرامها فى ظل القانون القديم ، أعمالا للأثر المباشر للقانون الجديد . وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المادة ٣٧ من قانون عقد العمل الفردى رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ الذى استحدث استحقاق العمال الزراعيين لمكافأة نهاية الخدمة انه اذا كان عقد العمل قد ابرم قبل صدور هذا القانون واستمر الى ما بعد العمل به، فان مكافأة نهاية الخدمة السابقة عليه تستحق عن مدة الخدمة كاملة وعلى أساس القواعد المنصوص عليها فيه ، لأن ما تتضمنه من قواعد تنظيمية آمرة أو من النظام العام هو الذى يحكم ما لم يكن قد تم واكتمل من آثار العقد الذى انتهى فى ظله(٣٩٤) .

الذى نشأ الالتزام فى ظله يشترط لامكان حوالته رضاء المدين بالحوالة فان صدور قانون جديد يجعل هذا الرضاء غير لازم لا يسرى قبله) .

(نقض ١٩٦٧/١١/٢٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ١٧٤٤) .

(٣٩٢) نقض مدنى ١٩٦٧/١/٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٤٣ .

(٣٩٣) راجع فى هذا الموضوع : كتابنا ، نظام التأمينات الاجتماعية ، ص ١٦٨ .

(٣٩٤) نقض ١٩٧٠/٦/١٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢١ ، ص ١٠٢٧ ، وقد قال بهذا الرأى قبل أن تقرره محكمة النقض : حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٥٠٠ ـ ص ٥٠٢ ، وهو يشير أيضا الى : محمد حلمى مراد ، قانون [illegible] ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٥٥ ، ص ٣٣٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد استعانت محكمة النقض بفكرة القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وكان الاجدر أن تأخذ بما تقرره النظرية الحديثة من انطباق القانون الجديد بأثر مباشر على الآثار المستقبلة للمراكز القانونية . وقد أصبحت علاقة العمل في القانون الحديث مركزا قانونيا حتى ولو كان مصدرها عقدا من العقود .

٢٤٣ - الحقوق العينية :

الحقوق العينية كالملكية والانتفاع والارتفاق والرهن هي مراكز قانونية légales لا تلعب ارادة الافراد أي دور في تحديد مضمونها . ولذلك فان كل قانون جديد يعدل في نظامها ينطبق بأثر مباشر على كل حق منها .

وليست هناك حاجة بصدد هذه الحقوق الى الاستعانة بفكرة النظام العام، كما فعلت محكمة النقض عندما قررت أن القاعدة المقررة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الاصلاح الزراعي وهي عدم جواز تملك الفرد أكثر من مائتي فدان تتعلق بالنظام العام ومن ثم تسري على الوقائع السابقة ما لم يصدر فيها حكم نهائي(٣٩٥) .

فالواقع أن فكرة القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام لا يكون استخدامها صحيحا الا في نطاق العقود ، أما استخدامها بصدد أحكام تحديد الملكية فهو استخدام في غير موضعه . والصحيح انه لا حاجة الى فكرة النظام العام في نطاق النظم القانونية التي لا تلعب الارادة أصلا ، أي دور في تحديد مضمونها . وانما تكون هناك حاجة الى هذه الفكرة حيث يراد تقييد الارادة في مجال تلعب فيه الارادة دورا بحسب الأصل ، وهو مجال العقود وحده . ولذلك فنحن لا نؤيد اتجاه بعض الفقه المصري(٣٩٦) الى استبدال التفرقة التي يقول بها الأستاذ روبييه بين المراكز العقدية والمراكز القانونية ، بتفرقة أخرى بين القواعد الآمرة ، والقواعد غير الآمرة . اذ أن هذه التفرقة الأخيرة لا محل لاستخدامها الا في نطاق المراكز العقدية . أما المراكز القانونية التي

---

(٣٩٥) نقض ١٩٥٧/١١/١٤ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٨ ، ص ٧٩٨ .
(٣٩٦) عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ص ٣١٢ وما بعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

لا تلعب الارادة اصلا اى دور فى تحديد مضمونها ، فهى تتخطى التفرقة المذكوره .

وجدير بالذكر أن القانون الجديد يسرى - وفقا للنظرية الحديثة - بأثر مباشر على الآثار الجارية للمراكز القانونية ، أما ما تم من انشاء هذه المراكز أو انقضائها فى ظل القانون القديم ، فلا ينطبق عليه القانون الجديد والا اعتبر رجعيا . وعلى سبيل المثال فان القانون القديم اذا كان لا يشترط التسجيل لانتقال الملكية ، فان القانون الجديد الذى يضع نظاما للشهر العقارى ، لا يسرى على الملكيات السابق اكتسابها طبقا للقانون القديم ، والا اعتبر سريانه رجعيا . وتطبيقا لهذه الفكرة نصت المادة ٥٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على انه « لا يسرى هذا القانون على المحررات التى حررت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه المحررات والاحكام خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لأحكام القوانين التى كانت سارية عليها » . وكانت المادة ١٤ من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ قد نصت على حكم مطابق لهذا الحكم(٣٩٧) .

وقد خرج المشرع على مبدأ الرجعية على سبيل الاستثناء بالنسبة لحقوق الامتياز العقارية ، حيث أوجبت المادة ٥٨ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ السابق الاشارة اليه ، على أصحاب حقوق الامتياز العقارية السابقة أن يقوموا بقيد حقوقهم فى خلال عشر سنوات من تسجيل العقود المرتبة لها أو من تاريخ العمل بذلك القانون فى أول يناير سنة ١٩٤٧ أى المدتين أطول(٣٩٨) . والرجعية التى قررها هذا النص هى رجعية مخففة ، لأن المشرع لم ينكر بصفة كاملة حقوق الامتياز العقارية السابق نشأتها ونفاذها طبقا للقانون القديم ، ولكنه فرض فقط على أصحابها أن يقوموا بشهرها فى ظل القانون الجديد ، أى أن يستكملوا شروط نفاذها بعد أن كان القانون القديم يعتبر

---

(٣٩٧) راجع ، كتابنا ، عقد البيع ، فقرة ... ، ص ١٧٥ ، نقض ١٩٣٦/٥/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ص ٥٣٢ ، قضية ٢١٠ ، فقرة ٢٠ ، نقض ١٩٥٤/١١/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٣٠٤ ، فقرة ٢٤ .

(٣٩٨) نقض ١٩٧١/٣/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٢ ، ص ٣٠٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذه الشروط قد اكتملت فعلا(٣٩٩) ٠

٢٤٤ - الشفعة :

الشفعة ليست حقا شخصيا ، أو حقا عينيا ، فهى ليست بحق أصلا ، وانما هى سبب من أسباب اكتساب الملكية ٠ وهى كسبب من أسباب اكتساب الملكية لا تعتبر تصرفا قانونيا خالصا ، أو واقعة مادية خالصة ، ولكنها واقعة مركبة complexe اقترن فيها الشيوع أو الجوار أو الصلة المادية الأخرى بين العقار المشفوع به ، والعقار المشفوع فيه (واقعة مادية) ، ببيع العقار المشفوع فيه (وهو بالنسبة للشفيع واقعة مادية) ، باعلان الشفيع ارادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى صادر من جانب واحد(٤٠٠) ٠

فاذا اكتملت كل عناصر هذه الواقعة المركبة فى ظل القانون القديم ، اعتبرت واقعة تامة ، لا يسرى عليها القانون الجديد مهما كانت التعديلات التى أدخلها هذا القانون على شروط الأخذ بالشفعة ، وحتى ولو لم يكن قد صدر حكم من القضاء بحق الشفيع فى الأخذ الشفعة ، فهذا الحكم لا ينشىء للشفيع حقا جديدا ، ولكنه يكشف فقط عن اكتمال الشفعة كواقعة مركبة مؤدية الى اكتساب الملكية العقارية ٠ ولذلك يجب أن يصدر هذا الحكم طبقا للاحكام المقررة فى القانون القديم ٠ وقد تواترت أحكام محكمة النقض المصرية فى عدم تطبيق القانون الجديد على الشفعة التى اكتملت عناصرها فى ظل القانون القديم(٤٠١) ٠

ولكن تنبغى ملاحظة أن الشفعة قبل أن تكون سببا من أسباب اكتساب الملكية ، فهى تبدأ بأن تكون مركزا قانونيا ينشأ من تحقيق واقعتين ماديتين ، الأولى هى واقعة الشيوع أو الجوار أو غير ذلك ، والثانية هى واقعة بيع

---

(٣٩٩) فى هذا المعنى : P. Roubier, Le droit transitoire, p. 290.

(٤٠٠) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ٩ ، بخاصة ، ص ٤٤٨ ٠

(٤٠١) نقض ١٩٥٢/١٢/١١ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٧١٨ ، فقرة ٦٩ ، نقض ١٩٥٥/٣/٣ ، المجموعة السابقة ، جـ ١ ، ص ٧١٨ ، فقرة ٧٠ ، نقض ١٩٥٤/٣/٤ ، المجموعة السابقة ، جـ ١ ص ٧٢٤ ، فقرة ١٠٧ ، نقض ١٩٥٥/١٢/١٠ ، المجموعة السابقة ، ص ٧٢٥ ، فقرة ١٠٨ ، نقض ١٩٥٤/١/٢٨ ، المجموعة السابقة ، جـ ١ ، ص ٧٣٣ ، فقرة ١٦٣ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العقار المشفوع فيه . والبيع هو كما سبق ان ذكرنا يعتبر واقعة مادية بالنسبة للشفيع . وباجتماع هاتين الواقعتين المادتين ينشأ مركز قانوني لمصلحة الشفيع ، يمكن أن يسمى رخصة الأخذ بالشفعة . وهذه الرخصة لا تتحول الى سبب مكسب للملكية الا اذا انضم اليها تصرف قانوني هو تعبير الشفيع عن ارادته فى تملك العقار المبيع . وبهذا التعبير تتحول الرخصة الى سبب من أسباب اكتساب الملكية . ولكن قبل هذا التعبير ، فان الرخصة هى فى ذاتها مركز قانونى كامل(٤٠٢) .

ولذلك اذا اكتملت عناصر رخصة الأخذ بالشفعة فى ظل القانون القديم، فان هذا القانون وحده هو الذى يسرى على هذه الرخصة ، أى هو وحده الذى يقرر ما اذا كانت رخصة الأخذ بالشفعة قد وجدت أم لا . ولا يحول دون ذلك أن يصدر التعبير عن ارادة الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى ظل القانون الجديد . فهذا التعبير هو الذى يخضع بمفرده للقانون الجديد ، أخذا بمبدأ الأثر المباشر لهذا القانون فى انطباقه على كل ما يستجد من عناصر الأسباب المكسبة للحقوق بعد العمل بالقانون الجديد .

وهكذا اذا حللنا الشفعة كسبب من أسباب اكتساب الملكية الى عنصرين ، الأول هو رخصة الأخذ بالشفعة ، والثانى هو التعبير عن ارادة الشفيع فى الأخذ بالشفعة ، فان القانون القديم يسرى على العنصرين اذا اجتمعا معا فى ظله ، ويسرى فقط على العنصر الأول وهو رخصة الأخذ بالشفعة اذا اجتمعت أسبابها وحدها فى ظله ، بينما يسرى القانون الجديد على طلب الأخذ بالشفعة اذا كان هذا الطلب لم يقدم فى ظل القانون القديم . وقد أخذت بذلك محكمة النقض فى أكثر من حكم مؤكدة وجوب اتباع اجراءات دعوى الشفعة التى نص عليها القانون المدنى الجديد اذا كان اعلان الرغبة قد تم بعد سريان القانون الجديد ، واتباع أحكام القانون القديم اذا كان هذا الاعلان قد تم قبل سريان القانون الجديد(٤٠٣) .

---

(٤٠٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ٩ ، ص ٤٤٨ - ص ٤٥١ .

(٤٠٣) نقض ١٩٥٤/٥/١٣ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٧٢٧ ، فقرة ١٢٢ ، نقض ١٩٥٥/٢/١٠ ، المجموعة السابقة ، جـ ١ ، ص ٧٢٧ ، فقرة ١٢٣ ، نقض ١٩٦٠/٢/٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١١ ، ص ١١٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبهذا القضاء تكون محكمة النقض قد طبقت مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ، كما تقرره النظرية الحديثة ، على سبب من أسباب اكتساب الحق ذات الطبيعة المركبة أو المتتابعة تطبيقا دقيقا يصلح أن يؤخذ كنموذج مدرسي لشرح كيفية أعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على مثل هذا النوع من الأسباب المكسبة للمراكز القانونية .

٢٤٥ ـ الوصية :

سبق أن رأينا أن الوصية كسبب من أسباب اكتساب الحق ، تتكون من عنصرين ، هما صدور الوصية من الموصى ، ووفاة الموصى بعد ذلك . وطبقا للنظرية الحديثة اذا صدرت الوصية في ظل القانون القديم ، ومات الموصى في ظل القانون الجديد ، فان الشروط الشكلية لصحة الوصية كتصرف قانوني ، وكذلك شروط أهلية الموصى للايصاء ، تخضع للقانون القديم . أما صحة الوصية من ناحية الموضوع كتحديد القدر الجائز فيه الايصاء ، فهي تخضع للقانون الجديد الذى حدثت في ظله وفاة الموصى .

وقد قررت محكمة النقض المصرية في عدة أحكام كانت المنازعات فيها تتعلق بصحة الوصية من ناحية الموضوع ، أن الوصية تخضع للقانون المعمول به وقت وفاة الموصى ، دون القانون المعمول به وقت صدور الوصية(٤٠٤) .

---

(٤٠٤) قضت محكمة النقض بان « تخضع الوصية ـ على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ـ للقانون الساري وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الوصية عنه ، فيسري القانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ على كل وصية صدرت من موصى توفي بعد العمل بأحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صدورها سابقا عليه ، فتصح وتنفذ في ثلث التركة من غير اجازة الورثة وذلك بالتطبيق لنص المادة ٣٧ من قانون الوصية سالف الذكر » (نقض ١٩٦٩/٣/٢٠ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٠ ، ص ٤٥٠) . وقضت محكمة النقض بان « الوصية بطبيعتها تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلا يكون لها وجود قانوني الا بعد حصول الوفاة وموت الموصى مصرا عليها ، وتكون محكومة بالقانون الساري وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية » (نقض ١٩٥٦/٢/٢٣ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٧ ، ص ٢٤٤) . ويلاحظ على هذا الحكم أن انكار وجود الوصية ككل قبل وفاة الموصى ، لا ينبغي أن يصل الى حد انكار وجود عنصر من عناصر الوصية قبل الوفاة وهو عنصر التصرف القانوني ذاته .

راجع في عدم انطباق قانون الوصية لسنة ١٩٤٦ لوفاة الموصى قبل العمل به ، نقض ٢٢/ ١٩٥٢/٥ ، مجموعة أحكام النقض في ٢٥ سنة ، جـ ٣ ، ص ١٢٠٣ ، فقرة ٢ ، نقض ١٦/ ١٠/ ١٩٥٣ ، المجموعة السابقة ، جـ ٣ ، ص ١٢٠٣ ، فقرة ٣ ، نقض ١٩٥١/٣/٢٢ ، المجموعة السابقة ، جـ ٢ ، ص ١٢٠٣ ، فقرة ٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهذا القضاء تطبيق صحيح للنظرية الحديثة فى أعمالها للأثر المباشر للقانون الجديد ، فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الوصية ٠

ولكن اطلاق القول بعدم تطبيق القانون القديم ، قد يؤدى الى تطبيق القانون الجديد تطبيقا رجعيا ، اذا تعلقت المنازعة بشكل الوصية وكان هناك اختلاف فى هذا الشأن بين القانونين القديم والجديد ، وهو ما لم يحدث فى مصر من الناحية العملية ٠

ولذلك يمكن تأييد قضاء محكمة النقض فيما ذهبت اليه ، مع التحفظ النظرى بأن القانون القديم هو الذى يظل منطبقا فى كل منازعة تثور بشأن شكل الوصية أو أهلية الموصى للايصاء ٠

٢٤٦ ـ مراكز القانون العام :

سبق أن أشرنا الى أن المحكمة الادارية العليا قد أخذت بفقه النظرية الحديثة فى عبارات واضحة ٠ ونذكر الآن بعض هذه العبارات ، فهى تقول « ان القانون بوجه عام يحكم الوقائع والمراكز القانونية التى تتم تحت سلطانه أى فى الفترة ما بين تاريخ العمل به والغائه ، وهذا هو مجال تطبيقه الزمنى ، فيسرى القانون الجديد بأثره المباشر على الوقائع والمراكز القانونية التى تقع أو تتم بعد نفاذه ولا يسرى بأثر رجعى على الوقائع والمراكز القانونية السابقة عليه الا بنص خاص يقرر الأثر الرجعى ٠ ومن ناحية أخرى لا يسرى القانون القديم على الوقائع والمراكز القانونية التى تتم بعد الغائه الا اذا مد العمل به بالنص ٠ وهذا كله يصدق على الوقائع والمراكز القانونية من حيث تكوينها ٠ أما الآثار المستقبلة المترتبة عليها فتخضع للقانون الجديد بحكم أثره المباشر ، وبالنسبة لآثار التصرفات القانونية فتظل خاضعة للقانون القديم حتى ما تولد منها بعد العمل بالقانون الجديد »(٤٠٥) ٠

وأول ما يسترعى الملاحظة على هذا الحكم الهام هو أن المحكمة الادارية

---

(٤٠٥) المحكمة الادارية العليا ، ١٩٥٧/٣/٣٠ ، مجموعة المحكمة الادارية العليا ، ٢ ، ٨١٠ ، ٨٢ ، راجع أيضا ، المحكمة الادارية العليا ، ١٩٦٢/١١/٢٤ ، المجموعة السابقة ، ٨ ، ١١٥ ، ١٢ ب ، وراجع فى الاشارة الى هذين الحكمين ، سليمان مرقس ، المدخل ، ص ٢٠٩ -

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العليا ، لخصت الخطوط العريضة للنظرية الحديثة تلخيصا دقيقا ، وانحازت الى هذه النظرية انحيازا تاما • بل لعل المحكمة الادارية العليا كانت فى انحيازها للنظرية الحديثة ، ملكية أكثر من الملك - اذا جاز التعبير - لأنها أخذت بمبدأ امتداد سريان القانون القديم على الآثار المستقبلة للمراكز العقدية ، بينما النظرية الحديثة تستثنى من هذا المبدأ العقود الادارية بالذات ، كما سبق أن ذكرنا(٤٠٦) •

ولذلك فانه يبدو من الاصح القول ، أخذا بفقه النظرية الحديثة ، أن مبدأ امتداد سريان القانون القديم على الآثار المستقبلة للمراكز العقدية ، لا ينطبق على العقود الادارية التى تخضع لنفس المبدأ الذى تخضع له الآثار المستقبلة للمراكز القانونية ، وهو اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد •

ونطبق فيما يلى النظرية الحديثة على ثلاثة من أهم مراكز القانون العام وهى الجنسية والضرائب ، ونزع الملكية للمنفعة العامة •

الجنسية : الجنسية هى مركز قانونى يحدد انتماء الشخص الى دولة معينة • والشخص الذى يحمل جنسية دولة معينة يعتبر وطنيا من وجهة نظر قوانين هذه الدولة •

والجنسية أما أن تكون جنسية أصلية يتم اكتسابها فور الميلاد ، أو تكون جنسية طارئة يتم اكتسابها بعد الميلاد •

والجنسية الأصلية لا تثير عادة مشكلة تنازع قوانين من حيث الزمان • اذ يتم اكتسابها فى لحظة واحدة فور الميلاد ، طبقا للقانون المعمول به فى هذه اللحظة • ولا تتأثر هذه الجنسية بعد ذلك بأى قانون لاحق •

وكذلك فان الجنسية المكتسبة اذا توافرت كل شروطها فى ظل قانون معين ، فان اكتسابها يخضع لحكم هذا القانون وحده ، ولا يتأثر بعد ذلك بأى

---

(٤٠٦) راجع ما سبق ، فقرة ٢٢٣ ، وراجع :
P. Roubier, Le droit transitoire, p. 393.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

قانون لاحق يعدل فى هذه الشروط . وقد قضت محكمة النقض بأن الشخص الذى توافرت فيه شروط اكتساب الجنسية طبقا للقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩، يسرى عليه هذا القانون وحده ، ولا يسرى عليه القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ فيما قرره من شروط أخرى لاكتسابها(٤٠٧) .

أما اذا كانت كل عناصر اكتساب الملكية لم تكتمل فى ظل القانون القديم ، فان اكتسابها يتم طبقا للقانون الجديد ، وباستكمال الشروط التى يقررها هذا القانون ، على أن تدخل فى الحساب العناصر التى تحققت فى ظل القانون القديم ، كمدة الاقامة ، أو الميلاد ، أو الزواج ، وبشرط أن تكون هذه العناصر موضع اعتبار فى القانون الجديد أيضا .

الضرائب : الالتزام بالضريبة هو مركز مالى ينشأ عن القانون مباشرة . والأصل أن الضرائب لا تتقرر بأثر رجعى على السنوات الضريبية السابقة على تاريخ العمل بها . وقد قضت محكمة النقض بأن القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ هو تشريع مستحدث لا يسرى على السنوات الضريبية السابقة(٤٠٨) . ومع ذلك فقد يخرج المشرع على هذا المبدأ صراحة ويقرر سريان الضريبة على الماضى ، ومن هذا القبيل القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٤٤ الذى الغى كل تقدير تم ترتيبه على أساس المادة ٥٥ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩(٤٠٩) . ومن هذا القبيل أيضا القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ الذى قرر سريان الضريبة العامة على الايراد على ايرادات سنة ١٩٤٩ ، حيث كان يجب أن تسرى هذه الضريبة ابتداء من يناير

---

(٤٠٧) نقض ١٩٦٤/٤/١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٤٨٦ ، فى نفس المعنى ، شمس الدين الوكيل ، محاضرات فى القانون الدولى الخاص ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب فى مصر ، ١٩٥٧ ، ص ١٣١ ، حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٥٠٨ - ٥٠٩ ، سليمان مرقس المدخل ، ص ٢١١ .

(٤٠٨) نقض ١٩٥٨/٥/١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٤١٢ ، نقض ١٩٥٨/٦/١٢، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، ص ٥٥٠ ، نقض ١٩٦٣/١/٢٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س١٤، ص ١٩٣ .

(٤٠٩) نقض ١٩٦٤/٢/٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ١٩٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

سنة ١٩٥١ على ايرادات سنة ١٩٥٠(٤١٠) . ومن هذا القبيل أيضا القانون رقم ٤٨٨ لسنة ١٩٥٣ الذى عدل المادة الثالثة من القانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ ونص فيها على أن يعمل بهذا القانون الأخير اعتبارا من ١٩٥١/١١/٥(٤١١) .

ولكن رجعية قوانين الضرائب لا يجوز أن تتقرر الا بنص صريح فى القانون ، فلا يصح تقريرها عن طريق المجلس البلدى ولو كان هذا المجلس هو المختص أصلا بفرض الضريبة وفقا للقانون ، ولو صدر قرار من الوزير بالتصديق على قرار المجلس المذكور(٤١٢) .

فاذا لم يوجد نص صريح على الرجعية وجب تطبيق المبدأ الأساسى فى انعدام الأثر الرجعى للقانون . وقد قضت محكمة النقض بأن القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن الضريبة على الارباح التجارية والصناعية لا يسرى على مراكز ضريبية تحددت واستقرت نهائيا قبل صدوره(٤١٣) .

ولكن اذا كان القانون الضريبى الجديد لا يسرى بأثر رجعى ، فهو يسرى بأثر مباشر على كل نشاط يخضع لهذا القانون . فاذا كان تاريخ العمل بالقانون الجديد يتخلل النشاط المذكور ، فهو يسرى على هذا النشاط كله -

---

(٤١٠) راجع المادتين ٣ ، ٨ من القانون المذكور ، وراجع : نقض ١٩٦٤/٥/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٥ ، ص ٤٤٢ .

(٤١١) قررت محكمة النقض بصدد هذا القانون وهو يتعلق برسم الأيلولة ، « ... ولما كان من أسس النظام القانونى والمبادىء الدستورية العامة أن لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها الا انه مع ذلك يجوز للسلطة التشريعية فى غير المواد الجنائية ولاعتبارات من العدالة والمصلحة العامة تستقل هى بتقدير مبرراتها ودوافعها ، أن تجرى تطبيق حكم قانون معين على الوقائع السابقة بنص صريح فيه » (نقض ١٩٦٥/٣/٣١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ١٤٢٠ ، راجع فى تطبيق نفس القانون اعتبارا من ١٩٥١/١١/٥ ، نقض ١٩٧١/٣/١٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٢ ، ص ٣١٧ .

(٤١٢) نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، جـ ١ ، ص ٨٠٨ ، فقرة ١٤٩ ، نقض ١٩٥٣/٦/١٨ ، المجموعة السابقة ، جـ ١ ص ٨٠٩ ، فقرة ١٥٠ ، نقض ١٩٥٣/٥/١٤ ، المجموعة السابقة ، جـ ١ ، ص ٨٠٩ ، فقرة ١٥١ ، نقض ١٩٥٣/١١/٢١ ، المجموعة السابقة ، جـ١ ، ص ٨١٠ ، فقرة ١٥٢ ، نقض ١٩٥٣/١٢/٣ ، المجموعة السابقة ، جـ ١ ، ص ٨١٠ ، فقرة ١٥٣ .

(٤١٣) نقض ١٩٧١/٥/٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٢ ، ص ٦٠٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وقد قضت محكمة النقض بأنه « اذا كانت السنة المالية للشركة متداخلة تبدأ من أول مايو سنة ١٩٥١ وتنتهى فى آخر أبريل سنة ١٩٥٢ والارباح تتحقق - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - فى نهايتها وتخضع بذلك كاملة ومن غير تجزئة للضريبة بالسعر المقرر بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٢ أعمالا لأثره الفورى على كل مركز قانونى لم يكن قد اكتمل قبل تاريخ العمل به فى أول يناير سنة ١٩٥٢ »(٤١٤) .

نزع الملكية للمنفعة العامة : يتم نزع الملكية للمنفعة العامة بقرار ادارى. ويترتب على هذا القرار انتقال الملكية الخاصة لاحد الافراد الى الدولة ، واستحقاق الفرد المنزوعة ملكيته تعويضا فى مواجهة الدولة . والقرار الادارى هو مصدر حق الدولة فى الملكية ، ومصدر حق الفرد فى التعويض(٤١٥) . فاذا تم هذا القرار فى ظل القانون القديم رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ ، فلا يسرى عليه القانون الجديد رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ . وقد قضت محكمة النقض بعدم سريان الاحكام الخاصة بالفصل فى المعارضات الواردة فى القانون الأخير على التعويضات المرفوع بشأنها دعاوى إمام المحاكم أو المحالة على الخبراء وفقا للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧(٤١٦) .

٢٤٧ - نظرة عامة :

بعد أن استعرضنا المبادىء النظرية والحلول العملية لمشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان ، يتبين لنا أن الفقه والقضاء يتجهان الى الأخذ بالنظرية الحديثة ، التى تفرق بين انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد ، وبين أعمال الأثر المباشر لهذا القانون .

وقد لاحظنا بصفة خاصة أن محكمة النقض المصرية وكذلك المحكمة الادارية العليا قد انحازتا انحيازا واضحا الى النظرية الحديثة ، وان اصطلاحات هذه النظرية ، أصبحت اصطلاحات شائعة مألوفة فى أحكام القضاء المصرى .

---

(٤١٤) نقض ١٩٦٧/٢/٢٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٨ ، ص ٤٤٩ .

(٤١٥) راجع كتابنا : القرار الادارى مصدر للحق ، ص ٢٩ - ص ٤٧ .

(٤١٦) نقض ١٩٦٣/٥/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ، ص ٧٧٩ ، نقض ٢٩/٢/١٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٧ ، ص ٧٥١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومع ذلك فقد لاحظنا أن الفقه والقضاء فى مصر يخرجان على النظرية الحديثة فى مسألة واحدة هى اخضاع الآثار المستقبلة للعقود السابق ابرامها لمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد اذا كانت قواعد هذا القانون آمرة متعلقة بالنظام العام ، وذلك على خلاف ما تذهب اليه النظرية الحديثة فى الأخذ بمبدأ امتداد سريان القانون القديم على الآثار المستقبلة للعقود التى ابرمت فى ظله حتى ولو كانت قواعد القانون الجديد آمرة متعلقة بالنظام العام .

ولكن الخلاف بين النظرية الحديثة وبين القضاء المصرى والفقه المصرى فى هذه المسألة بالذات ، لا ينبغى أن يتخطى حدوده ، ولا ينبغى أن يؤدى بالتالى الى انكار التفرقة الجوهرية التى تضعها النظرية الحديثة بين المراكز العقدية ، والمراكز القانونية . وبصفة خاصة فان فكرة القواعد القانونية الآمرة لا تغنى عن فكرة المراكز القانونية ولا تحل محلها ، لأن التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، لا مجال الى اعمالها الا فى نطاق المراكز العقدية ، وبالتالى فان فكرة المراكز القانونية تتجاوز التفرقة المذكورة .

واذا كنا قد ذكرنا من قبل أن النظرية الحديثة التى صاغها الأستاذ بول روبييه ، تعتبر من أهم الانجازات الفقهية فى هذا القرن ، فقد سبق أن ذكرنا أيضا انه استعان فى وضعها ببعض الموجهات السابقة عليه ، وأهمها التفرقة الرومانية بين الوقائع التامة والمراكز التى فى سبيل التكوين ، وكذلك التفرقة التى وضعها سافينى Savigny بين التشريعات المتعلقة باكتساب الحقوق أو زوالها والتشريعات المتعلقة بآثار الحقوق ، وكذلك التفرقة التى وضعها لاسال وجابا Lassalle, Gabba وغيرهما بين المراكز العقدية ، والمراكز القانونية . وكذلك استفاد من النقد الشديد الذى وجهه فارى سومير Vareilles-Sommières الى النظرية التقليدية .

ولا بد أن نذكر أيضا أن النظرية الحديثة لم تغلق باب الاجتهاد فى هذا الموضوع . ولكن يبقى بعد ذلك أن فقيها واحدا هو الأستاذ روبييه استطاع أن يشد وراءه جيلا كاملا من الفقهاء والقضاء ، وقلما يحدث مثل هذا النجاح بصدد أية نظرية قانونية أخرى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل السادس

تفسير القانون(٤١٧)

٢٤٨ ـ ارتباط تفسير القانون بمصادر القانون :

تفسير القانون هو تفسير لقواعد القانون . ومن الطبيعي أن تكون القاعدة موجودة قبل أن تعرض مشكلة تفسيرها . ووجود القاعدة مرتبط بوجود سبب منشىء لها ، أى بوجود مصدر لها . ولذلك فان تحديد مصادر القانون يعتبر مسألة أولية question préalable لا بد من الانتهاء منها أو قبل البدء فى تفسير القانون . فمصادر القانون هى التى تحدد القواعد القانونية موضوع التفسير .

ونظرا لهذا الارتباط الوثيق بين المصادر ، والتفسير ، فان كل مدارس تفسير القانون ، هى فى الواقع مدارس فى مصادر القانون أيضا .

ولذلك فلم يكن اعتباطا ، العنوان الذى اختاره فرانسوا جنى ، لمؤلفه الشهير « طريقة تفسير ومصادر القانون الوضعى الخاص » . وقد جاء هذا المؤلف شاهدا على عدم امكان الفصل بين مشكلة تحديد مصادر القانون ، وبين تفسير القانون .

واذا كنا قد خصصنا ، بابا مطولا ، من هذا المؤلف ، هو الباب الثالث منه ، لدراسة مصادر القانون الوضعى المصرى ، فلا شك اننا تعرضنا فى

---

(٤١٧) راجع فى هذا الموضوع بصفة خاصة :

F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol, 2e éd, nouveau tirage, 1954;

J. Bonnecase, L'école de l'exégèse, 2e éd. 1924;

J. Gaudemet, L'interprétation du Code Civile en France depuis 1804, 1935;

H. De Page, L'interprétation des lois, 2 vol., Bruxelles, 1925;

Charmont et Xhaussé, Les interprètes du Code Civil, Livre du Centenaire, T. I, p. 131 et s.;

Cohendy, La méthode d'un artiste au XIXe siècle. : Labbé, thèse, Lyon, 1919, 2e éd., 2 vol. Sirey, 1919.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الباب المذكور للكثير من مسائل تفسير القانون • ولذلك فاذا كنا نعقد الآن فصلا خاصا لدراسة تفسير القانون ، فلا بد أن نبدأ هنا من حيث انتهينا هناك •

ونقسم دراستنا فى هذا الفصل الى ثلاثة مباحث ، الأول فى أنواع التفسير ، والثانى فى مدارس التفسير ، والثالث فى بعض قواعد التفسير •

المبحث الأول

أنـواع التفسـير

الأنواع المعروفة للتفسير ، هى التفسير التشريعى ، والتفسير القضائى، والتفسير الفقهى •

٢٤٩ ـ التفسير التشريعى :

التفسير التشريعى هو التفسير الذى يصدر عن المشرع نفسه • فاذا كان المشرع هو الذى يضع التشريع ، فيكون هو أقدر من غيره على تفسيره ejus est interpretari cujus est condere

والتفسير التشريعى يستند الى فكرة أخرى أيضا ، هى فكرة الفصل بين السلطات • فالقضاة عليهم فقط واجب تطبيق التشريع • فاذا وجدوا غموضا فيه ، فعليهم أن يلجأوا الى المشرع الذى وضعه ليفسر لهم ، لا أن يقوموا هم بتفسيره ، فينحرفوا بمعناه عن المعنى الذى قصده المشرع نفسه •

وهكذا فان التفسير التشريعى ينطوى على قدر من عدم الثقة فى قدرة القضاة على التفسير ، أو فى أمانتهم فيه •

ويرى فرانسوا جنى أن التفسير التشريعى ، ينطوى من ناحية أخرى على الاعتقاد بكمال التشريع ، وكفايته لحسم جميع المنازعات ، بحيث لا يوجد بجانبه مصدر آخر ، يمكن الرجوع اليه ، بل يرجع اليه وحده ، ولو اقتضى الأمر ، الرجوع فى شرحه وتفسيره الى السلطة التى أصدرته(٤١٨) •

---

(٤١٨) F. Gény, Méthode d'interprétation, op. cit., T. 2, p. 83.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وسواء تعلق الأمر بقدرة المشرع على التفسير ، أو بعدم الثقة فى قدرة القضاة أو فى اخلاصهم ، أو بالاعتقاد بكمال التشريع وكفايته ، فان كل هذه الأسباب أو بعضها ، تكون أكثر وضوحا فى الفترات المقترنة باصدار التشريعات الكبرى ، وهى التقنينات ٠

وعلى سبيل المثال فبعد أن وضع الامبراطور جستنيان ، تقنيناته الكبرى ، اعلن أن تشريعاته كاملة ، فلا يجوز للافراد تفسيرها ، ويجب على القضاة تطبيقها بطريقة شبه آلية ٠ واحتفظ الامبراطور لنفسه دون غيره بالحق فى تفسير هذه التشريعات(٤١٩) ٠

ويذكر المؤرخون أيضا انه عندما نشر أول شرح فقهى للتقنين المدنى الفرنسى ، قال نابليون « ان تقنينى قد ضاع » ٠ وهو يقصد بذلك أن الشرح سينحرف بمعنى النصوص(٤٢٠) ٠ وعبارة نابليون هذه تنطوى على كثير من المبالغة ، ليس فقط لأن الشرح لن يؤدى ضرورة الى الانحراف بمعنى التشريع، بل أيضا لأن نابليون لم يضع هو نفسه التقنين ، حتى يستكثر أن يقوم غيره بتفسيره ٠

ولعل ابرز نظم التفسير التشريعى التى عرفت فى التاريخ ، هو نظام التفسير التشريعى الالزامى ، الذى وضع فى فرنسا عقب الثورة الفرنسية مباشرة تحت اسم الرجوع التشريعى référé législatif ، بمقتضى مرسوم ١٦ ـ ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ ، وهو المرسوم الذى أعلن مبدأ الفصل بين السلطات ، واعطى كذلك الوعد باصدار تقنينات شاملة لكل قواعد القانون ٠

وحتى يمكن فهم هذا النظام لا بد أن نربط بينه وبين نظام محكمة النقض التى انشئت بمقتضى تشريع ٢٧ نوفمبر ـ ١ ديسمبر سنة ١٧٩٠ ٠ وقد جاء فى المادة الأولى من هذا التشريع « تنشأ محكمة للنقض الى جوار المجلس

---

(٤١٩) C. 1, 2; C. 2, 21; C. 3, 21; C. 1, 17; C. 1, 1; C. 1, 14; cité par F. Gény, ibid.

(٤٢٠) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, op. cit., p. 23.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التشريعي » . وكانت فكرة واضعي هذا القانون أن محكمة النقض من أجهزة المجلس التشريعي ، وليست من أجهزة السلطة القضائية ، وان وظيفة محكمة النقض هي السهر على حسن تطبيق القانون ، واصدار قرارات بنقض أحكام القضاء المخالفة للتشريع ، وتعتبر قراراتها في حكم المراسيم(٤٢١) .

فاذا أصدرت محكمة النقض قرارا بنقض حكم قضائي ، ثم صدر بعد ذلك حكم قضائي آخر مخالف للتفسير الذي قررته محكمة النقض ، بما يدعو الى نقض هذا الحكم الآخر أيضا ، فمعنى ذلك أن هناك غموضا في التشريع هو الذي أدى الى مقاومة المحاكم للتفسير الذي قررته محكمة النقض . وفي هذه الحالة يجب على محكمة النقض أن تحيل المسألة موضوع الاختلاف في التفسير الى المجلس التشريعي ، ليصدر فيها تشريعا تفسيريا . والرجوع الى المجلس التشريعي هو رجوع الزامي référé obligatoire (٤٢٢) .

وقد أدى هذا النظام الى ارهاق المجلس التشريعي ، والى تعطيل الفصل في المنازعات القضائية . ولذلك الغي بمقتضى تشريع ٣٠ يوليو سنة ١٨٢٨ ، وتشريع أول ابريل سنة ١٨٣٧ .

ولكن الغاء الرجوع الالزامي الى السلطة التشريعية في تفسير القوانين ، لا يمنع هذه السلطة من اصدار تشريعات تفسيرية في أي وقت تشاء .

وقد سبق أن رأينا أن التشريعات التفسيرية ، تسري بأثر رجعي من تاريخ العمل بالتشريع موضوع التفسير(٤٢٣) .

ولعل من أهم أمثلة التشريع التفسيري في القانون المصري ، المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، الذي حسم الخلاف الذي ثار بشأن تفسير المرسوم الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض سعر الزامي للعملة الورقية ، واعتبار الدفع بها مساويا للدفع بالذاهب ، بما يؤدي اليه ذلك من

---

(٤٢١) غني عن الذكر أن نظام محكمة النقض تغير بعد ذلك ، حيث أصبحت المحكمة المذكورة ، ليست فقط من أجهزة السلطة القضائية ، بل في قمة هذه الأجهزة .

(٤٢٢) F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, pp. 80-83.

(٤٢٣) راجع ما سبق ، فقرة ٢١٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بطلان شرط الدفع بالذهب . وقد قرر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، بأن بطلان شرط الدفع بالذهب لا يقتصر فقط على المعاملات الداخلية بل يشمل المعاملات الخارجية أيضا ، وقد كانت هذه هي المسألة موضوع الخلاف في تفسير مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤(٤٢٤) .

ويلاحظ أن المشرع قد يعهد بسلطة اصدار تفسيرات تشريعية الى هيئة خاصة . ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة ١٢ مكررا من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ بشأن الاصلاح الزراعي من اختصاص مجلس ادارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعي باصدار تفسيرات لهذا المرسوم بقانون وللقوانين الأخرى المعدلة له ، تكون لها قوة التشريع . وكذلك فان المادة ٢١ من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦١ الذى حدد ملكية الفرد بما لا يجاوز خمسين فدانا ، نصت على تشكيل لجنة خاصة برئاسة وزير الزراعة والاصلاح الزراعي ، وعضوية رئيس مجلس الدولة ورئيس مجلس ادارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعي ، يكون من اختصاصها اصدار تفسيرات للقانون المذكور ، لها قوة القانون(٤٢٥) .

وغنى عن الذكر أن التفسيرات التى تصدر عن مثل هذه اللجان ، لا تعتبر تشريعات ، ولكنها تعتبر فقط تفسيرات لها قوة التشريع ، وهى تنشر فى الجريدة الرسمية .

وقد سبق أن رأينا أن المشرع المصرى أنشأ فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩ بمقتضى القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ محكمة اطلق عليها اسم المحكمة العليا ، وجعل من اختصاصاتها تفسير النصوص القانونية التى تستدعى ذلك بسبب

---

(٤٢٤) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، فقرة ٢٢٦ ، ص ٤٢٧ وما بعدها ، حسن كيره ، أصول القانون ، ص ٥١٤ . ومن هذا القبيل أيضا الخلاف الذى ثار حول تحديد بدء العمل بالقانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ حيث تأخر ظهور الجريدة الرسمية التى نشر بها هذا القانون ، عن التاريخ المطبوع على هذه الجريدة ، فصدر القانون رقم ٤٨٨ لسنة ١٩٥٣ مقررا بدء العمل بهذا القانون من ١٩٥٣/١١/٥ وهو التاريخ المطبوع على الجريدة الرسمية . ويتعلق القانون موضوع التفسير برسم الأيلولة على التركات . راجع نقض ١٩٦٥/٣/٣١ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٦ ، ص ٤٣٠ .

(٤٢٥) راجع كتابنا ، القانون الزراعى ، ص ٣٠٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

طبيعتها أو أهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القضائى ، وذلك بناء على طلب من وزير العدل ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما (م ٤/٢ من قانون المحكمة العليا) ٠

وسبق أن ذكرنا أن دستور سنة ١٩٧١ ، نص فى المواد ١٧٤ الى ١٧٨ منه على انشاء محكمة عليا جديدة ، أسماها « المحكمة الدستورية العليا » ، لتحل محل المحكمة العليا السابق الاشارة اليها ٠ وتختص المحكمة الدستورية العليا ، بعد تشكيلها وصدور القانون الخاص بها ، بتفسير النصوص التشريعية ، تفسيرا ملزما ، على النحو الذى يحدده القانون الخاص بها (٤٤٦) .

ولعل المشرع المصرى لا يلجأ ، بعد انشاء المحكمة العليا ، الى اصدار تفسيرات تشريعية ، فاصدار مثل هذه التفسيرات كان نادرا قبل وجود المحكمة المذكورة ، وأصبحت لا تدعو الحاجة اليه بعد وجودها ٠ ويبدو هذا جليا بصفة خاصة ، اذا صدق ما يقوله البعض من أن التفسير - بحسب الأصل - ليس من وظيفة المشرع - ولكنه من وظيفة القضاء ، وأن التفسير الذى يصدره المشرع لا يعتبر تشريعا من الناحية الموضوعية ، بل هو يدخل فى نطاق القضاء(٤٢٧) ٠

٢٥٠ - التفسير القضائى :

تفسير القانون هو من صميم عمل القضاة ٠ فوظيفة القضاة تقتصر عادة على تطبيق القانون ٠ ولا يمكن تطبيق القانون قبل تفسيره ٠ وقد سبق أن رأينا أن كل تطبيق للقانون يتحلل الى عنصرين : المعاينة ، والقرار ٠ والمعاينة constatation هى ادخال النزاع المعروض أمام القاضى فى الفرض hypothèse الخاص باحدى القواعد القانونية ٠ أما القرار décision فهو أعمال الحل solution الموجود فى هذه القاعدة على النزاع المذكور(٤٢٨) ٠

---

(٤٤٦) القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ٠ راجع الفقرتين ١٥٩، ١٥٩ مكرر٠

(٤٢٧) P. Roubier, Le droit transitoire, op. cit., p. 248.

(٤٢٨) راجع ما سبق ، فقرة ١٦ ٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والمرحلة الأولى من مرحلتى التطبيق ، وهى مرحلة المعاينة ، لا بد أن تسبقها عملية تفسير interprétation للفروض الخاصة بكل القواعد القانونية ، ولا بد أن تسبقها كذلك عملية تكييف qualification للنزاع المعروض أمام القاضى بما يسمح بادخال هذا النزاع فى الفرض الخاص باحدى القواعد المذكورة بحسب ما انتهى اليه القاضى فى تفسير هذا الفرض أو غيره .

ويلاحظ أن القضاة يتأثرون كثيرا بالظروف الواقعية للمنازعات المعروضة أمامهم ، وقد ينعكس ذلك على التفسير الذى يعطونه للقواعد القانونية الوضعية . بل هم قد يتجاوزون هذه القواعد تحت ستار تفسيرها فى سبيل الوصول الى الحلول العادلة للمنازعات المذكورة . وفى هذه الحالة فان تفسير القانون يختلط مع خلق القانون ، على النحو السابق ذكره فى دراستنا للقضاء كمصدر من مصادر القانون .

بل أكثر من هذا فان القاضى اذا لم يجد حلا للنزاع المعروض امامه فى مصادر القانون الوضعى وهى التشريع ، والعرف ، والقضاء ، فانه يخلق هذا الحل عن طريق الرجوع الى جوهر القانون وهو القانون الطبيعى أو العدل . وفى هذه الحالة فان القاضى يتخطى بعمله تفسير مصادر القانون الوضعى ، ليتصل بتفسير مبادىء العدل المطلق والقانون الطبيعى والاخلاق الطبيعية . ولكن الحل الذى يصل اليه القاضى فى هذه الحالة ، يكون حلا وضعيا من صنع القاضى نفسه ومن خلقه . وقد يؤدى هذا الحل اذا تواترت أحكام القضاء على الأخذ بمثله فى المنازعات المشابهة الى انشاء قاعدة قانونية قضائية ، على النحو السابق ذكره فى دراستنا للقضاء كمصدر من مصادر القانون .

ومن هذا يتضح أن عمل القاضى يقتصر أحيانا على تفسير القانون وتطبيقه ، وهذا هو الغالب ، ولكن فى بعض الحالات يختلط تفسير القانون مع خلقه ، وفى بعض الحالات الأخرى يتمحض عمل القاضى فى خلق الحلول العادلة وفى خلق قواعد القانون .

ويلاحظ كذلك انه حتى فى الحالات العادية التى يقوم فيها القاضى بتفسير القانون وتطبيقه ، فانه لا يقتصر على تفسير التشريع وحده ، بل يتخطى ذلك الى تفسير العرف والى تفسير القضاء .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وفي هذا يظهر فارق بين التفسير التشريعي ، والتفسير القضـــائى • فالأول لا يحدث الا نادرا • ويقتصر على نصوص التشريع • أما الثـانى فهو يحدث كل يوم ، ويمتد الى كل مصادر القـــانون ، وهى التشريع والعـرف والقضاء •

ولذلك يصح القول بأن التفسير من صميم عمل القضـــاء ، ولكنه ليس من صميم عمل المشرع • ولكن هناك وجوها للشبه بين التفسير التشريعى والتفسير القضائى ، لعل أهمها أن التفسير قد يؤدى فى الحالتين الى انشـــاء قواعد قانونية جديدة ، تحت اسم تفسيرها • كما أن التفســـير فى الحالتين ينطبق بأثر رجعى على جميع المراكز التامة والتى توجد بشـــأنها منـازعات معروضة أمام القضاء • ولعل هذا هو الذى دعا الأستاذ روبييه الى القـــول بأن التفسير التشريعى هو فى حقيقته عمل قضائى كما سبق أن ذكرنا •

واذا أردنا أن نعقد مقارنة بين عمل المشرع وعمل القاضى ، لقلنـــا أن عمل المشرع هو وضع القواعد العامة التى تحقق العدل فى تنظيمها لسـلوك الأشخاص المخاطبين بحكمها • أما عمل القاضى فهو وضع الحلـــول الفردية العادلة التى تحسم المنازعات المعروضة أمامه • وهو يصل الى هذه الحلول عن طريق تطبيق القواعد العامة التى وضعها المشرع أو التى نشأت عن أى مصدر آخر من مصادر القانون الوضعى • فاذا لم يجد قاعدة وضعية يطبقها رجع الى العدل ، أساس القانون وجوهره •

ومن هذا يتبين أن دائرة نشاط القاضى ، أوسع من دائرة نشـــاط المشرع ، وأقرب منها الى واقع الحياة • فالمشرع يضع من عل القواعد العـامة للقانون ليحكم بها سلوك الأفراد • ولكن هذه القواعد لا تأتى كاملة أبدا ، بل هى تتسم بالنقص حتما ، وهو نقص يكتشفه القاضى عندما يباشر وظيفتـه فى الحكم بالعدل بين الناس ، فلا يجد فى التشريع قاعدة ترشده الى الحـــل العادل • بل قد يتخطى القاضى ، نطاق التشريع الى العرف والقضاء ، فلا يجد فيها القاعدة التى يبحث عنها • فيمضى فى طريقه الى أبعد من هـــذا ، متخطيا وظيفته التقليدية فى تفسير وتطبيق قواعد القـــانون الوضعى الى وظيفته الحقيقية وهى الحكم العدل بين الناس • فالقاضى لابد أن يحكم بالعدل

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى كل نزاع يعرض أمامه ، ولا يستطيع أن يتنصل من القيام بذلك بحجة النقص فى التشريع ، أو النقص فى القانون فى كل مصادره .

فالقاضى يحكم دائما بالعدل بين الناس . والعدل الذى يحكم به القاضى، هو العدل المقرر فى قواعد القانون الوضعى ، فاذا لم توجد قواعد فى هذا القانون ، فان القاضى يخلق بمجهوده العقلى الحل العادل الذى يراه أقرب الى مبادىء القانون الطبيعى ، أو الى المبادىء النابعة عن الفكرة العامة للوجود ، السائدة فى المجتمع الذى يوجد فيه هذا القاضى .

والخلاصة أن القاضى لا يستطيع أن يباشر عمله الا عن طريق تفسير قواعد القانون الوضعى ، وان كان يتخطى أحيانا مجال التفسير والتطبيق الى مجال الخلق ، فتفسير القانون هو من صميم عمل القاضى ، ولكنه لا يستنفد كل عمله .

٢٥١ - التفسير الفقهى :

الفقه هو المؤلفات والشروح التى يكتبها أساتذة القانون والقضاة والمحامون وغيرهم من المشتغلين بالقانون .

واصطلاح الفقه يمكن أن يؤخذ كمرادف لاصطلاح شرح القانون أو تفسير القانون . فاذا كنا قد رأينا أن التفسير هو عمل استثنائى نادر بالنسبة للمشرع ، كما أنه عمل مرتبط بتطبيق القانون بالنسبة للقاضى ، فاننا نرى الآن انه العمل الأول والأخير بالنسبة للفقيه . فليست للفقه وظيفة أخرى غير تفسير القانون .

وجدير بالذكر أن الفقه لعب فى بعض مراحل التاريخ دورا أهم من مجرد تفسير القانون . فقد كان الفقه فى القانون الرومانى مصدرا من مصادر القانون . والسبب فى ذلك أن القضاة والمحلفين لم يكونوا من المتخصصين فى القانون ، ومن ثم فقد كانوا فى حاجة الى من يقول لهم حكم القانون . وقد قام الفقهاء بهذه المهمة ، وكانت الفتاوى التى يعطونها للأفراد فى منازعاتهم الخاصة ، تقيد القضاة الذين يفصلون فى هذه المنازعات . ولما كثر الفقهاء واختلفت

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

آراؤهم وتناقضت فتاواهم ، صدر قانون فى عهد Tibère يمنح حق الفتوى Respondendi الى عدد محدود منهم ، وأصبح هؤلاء يصدرون فتاواهم باسم الشعب ، وكانت لهذه الفتاوى نفس درجة الزام التشريعات التى تفسرها(٤٢٩) .

وقد رأى الأباطرة بعد ذلك أن حق الفقهاء فى الفتوى ، يحد من سلطتهم هم فى الحكم . ولذلك أصدر الامبراطور هارديان قانونا ألغى به حق الفتوى الفردية المقرر لبعض الفقهاء ، ونص فيه على أن رأى الفقهاء لا يكون ملزما الا اذا كان بالاجماع . وفى تفسير هذا القانون يقول الفقيه الرومانى جايوس : « اذا كان كل الفقهاء متفقين ، فان رأيهم تكون له نفس قوة التشريع ، أما اذا لم يكونوا متفقين ، فان القاضى يصبح حرا »(٤٣٠) .

ويلاحظ أن الاجماع المطلوب لم يكن هو اجماع كل الفقهاء ، بل كان هو اجماع الفقهاء المختارين الذين لهم الحق فى الفتوى فهذا الحق ألغى بصفة فردية ، ولكنه ظل قائما بصفة جماعية .

واذا كان الامبراطور قسطنطين قد ألغى بعد ذلك القوة الملزمة لفتاوى الفقهاء ، حتى تلك التى تصدر باجماع الآراء ، فان الامبراطور جستنيان ، اعتمد على آراء الفقهاء فى تقنيناته الكبرى ، التى انتقل عن طريقها ، القانون الرومانى الى العصور الحديثة . وفى القرون الوسطى كان اجماع الفقهاء communis opinio doctorum ، من مصادر القانون ، فى أوربا(٤٣١) .

وفى الشريعة الاسلامية يعتبر اجماع الفقهاء ، هو المصدر الثالث للتشريع الاسلامى ، بعد القرآن والسنة(٤٣٢) . بل انه مع اختلاف الفقهاء

---

(٤٢٩) A.E Giffard, Précis de droit romain, 2e éd., T. 1, p. 80.

(٤٣٠) Cité par Giffard, ibid.

(٤٣١) Marty et Raynaud, T. 1, p. 22; J. Carbonnier, T. 1, p. 124.

(٤٣٢) عمر عبد الله ، مسلم الوصول لعلم الأصول ، ١٩٥٩ ، ص ٢٦٤ وما بعدها ، محمد أبو زهره ، أصول الفقه ، ١٩٥٧ ، ص ٢٠٢ وما بعدها ، عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، ١٩٤٢ ، ص ٣٣ وما بعدها ، محمد مصطفى شلبى ، مذكرات عن الأدلة فى أصول الفقه الاسلامى ، ١٩٧١ ، ص ٨٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وانقسامهم الى المذاهب الأربعة المعروفة (الحنفي ، والشافعي ، والمالكي ، والحنبلي) ، وغيرها ، أصبحت لكل مذهب سلطة في اقليم معين ، وأصبحت آراء هذا المذهب هي المعمول بها في هذا الاقليم ، وهي التي يتبعها القضاة في أحكامهم • وعلى سبيل المثال فان أرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، لا زالت حتى الآن هي الواجبة التطبيق في كل المسائل التي يحيل بشأنها المشرع الى الشريعة الاسلامية(٤٣٣) •

أما في العصر الحديث فلا يوجد أدنى شك في أن الفقه لا يعتبر مصدرا من مصادر القانون • بل ينحصر دوره في تفسير القانون •

ويلاحظ أنه عقب صدور التقنينات الكبرى في فرنسا ، في بداية القرن التاسع عشر ، حصر الفقه الفرنسي دائرة نشاطه في التفسير في نطاق هذه التقنينات ، على أساس أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون • ولكن الفقه بدأ يشعر في نهاية القرن التاسع عشر بأهمية أحكام القضاء ، وبما تقوم به هذه الأحكام من خلق قواعد قانونية جديدة ، فاتجه جانب منه الى الاهتمام بالتعليق على هذه الأحكام واستخلاص المبادىء القانونية منها • ومن هذا القبيل تعليقات لابيه Labbé المشهورة(٤٣٤) • وقد لاحظ البعض أن اهتمام الفقه بالتعليق على أحكام القضاء أصبح في القرن العشرين مبالغا فيه الى درجة تدعو الى مقارنته بمسلك الفقه في القرن التاسع عشر تجاه التشريع •

والصحيح أن الفقه أصبح يهتم في العصر الحديث بتفسير القانون في مصادره المختلفة ، التشريع والقضاء والعرف • ولعل أهم ما يقوم به الفقه في هذا الشأن ، هو رد الأحكام التفصيلية الى أصولها العامة ، وتنسيق المبادىء القانونية في طوائف ونظريات ، بحيث تمكن في النهاية معرفة أحكام القانون في سهولة ويسر •

---

(٤٣٣) راجع المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية •

(٤٣٤) Cohendy, La méthode d'un arrêtiste au 19e siècle; Labbé, thèse, Lyon, 1910, 2e éd., 2 vol., Sirey, 1919.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن دور الفقه لا يقتصر فقط على التجميع والتنسيق والتحليل ، بل كثيرا ما يوجه الفقه انتقادات الى التشريع ، أو الى القضاء . وهى انتقادات قد تؤدى الى تعديل فى موقف المشرع ، أو الى رجوع فى أحكام القضاء .

وكذلك فان الفقه يقترح فى بعض الأحيان حلولا للفروض التى ليس لها حلول فى مصادر القانون الوضعى . وكثيرا ما يأخذ القضاء بهذه الحلول . ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك ما سبق أن ذكرناه من أن القضاء المصرى يأخذ فى الوقت الحاضر بفقه النظرية الحديثة فى تنازع القوانين من حيث الزمان(٤٣٥) .

والفقه لا يعتبر مصدرا من مصادر القانون بمعنى انه لا يجوز أن تبنى أحكام القضاء على آراء الفقهاء أيا كانت مكانتهم ، وحتى لو انعقد اجماعهم . بل لابد اذا استشهد حكم بآراء الفقهاء ان يقرن هذا الاستشهاد بأسباب أخرى كافية مستمدة من مصادر القانون الوضعى . وبالتالى فانه لا يجوز الطعن فى حكم أمام محكمة النقض لمجرد انه خالف آراء الفقهاء أو لمجرد انه خرج على اجماعهم .

ولكن رغم هذا ، ونظرا لتفرغ الفقه لتفسير القانون ، ونظرا لتخصص الفقهاء فى فروع القانون المختلفة ، فقلما يخلو دفاع فى قضية من الاستشهاد بآراء الفقهاء ، وقلما يفصل قاض فى نزاع دون الرجوع الى مؤلفات الفقه .

والفقه يشبه القضاء ، من حيث أنهما أقرب الى الواقع من المشرع(٤٣٦) ولذلك فهما يتعاونان معا : الأول فى تفسير القانون فقط ، أما الثانى ففى تفسير القانون وتطبيقه ، بل وخلقه أحيانا .

---

(٤٣٥) راجع ما سبق ، فقرة ٢٣٥ ، فقرة ٢٤٦ .

(٤٣٦) يلاحظ الأستاذ كابتان أن التفسير القضائى يتميز بانه تفسير واقعى يتأثر بظروف النزاع . أما التفسير الفقهى فهو تفسير مجرد لا يتأثر بأى ظرف واقعى
H. Capitant, Introduction, op. cit., p. 101.

ولكن كما يلاحظ البعض الآخر فان الفقه الحديث يراعى بقدر الامكان ألا يبتعد فى تفسيراته عن واقع الحياة الاجتماعية سواء كما يشهدها بنفسه أو كما يستخلصها من أحكام القضاء .
J. Carbonnier, Droit civil, pp. 122 - 124.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الثانى
مدارس التفسير

توجد ثلاث مدارس بارزة فى تفسير القانون • وهى فى نفس الوقت مدارس فى مصادر القانون • ونقصد بذلك مدرسة الشرح على المتون ، والمدرسة التاريخية ، ومدرسة البحث العلمى الحر • ولا زالت هذه المدارس الثلاث تباشر تأثيرها فى تفسير القانون حتى اليوم • ونخصص فيما يلى مطلبا لكل مدرسة من هذه المدارس ، كما نخصص مطلبا رابعا لتأثير هذه المدارس على تفسير القانون المصرى •

المطلب الأول
مدرسة الشرح على المتون L'école de l'exégèse

٢٥٣ ـ نقطة البداية هى أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون :

أحدثت تقنينات نابليون جوا من الانبهار والرهبة فى نفوس الفقهاء الفرنسيين طوال القرن التاسع عشر ، جعلتهم يعتقدون أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون • ومن هذه النقطة بدأت تتكون مدرسة من كبار الشراح ، تقتصر مهمتها على تفسير نصوص التشريع • فتفسير القانون يتلخص فقط فى تفسير التشريع ، أى فى تفسير ارادة المشرع •

وفى خطاب ألقاه بلوندو Blondeau عميد كلية حقوق باريس ، سنة ١٨٤١ ، أمام أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية ، عنوانه « من أى مصدر ينبغى أن تنبع اليوم القرارات القانونية ؟ » أعلن فيه ان التشريع قد أصبح هو المصدر الوحيد للقانون ، وأنه ينبغى التخلص من « المصادر الكاذبة التى كثيرا ما يراد احلالها محل ارادة المشرع ، وهى السوابق القضائية ، والعادات غير المنصوص عليها فى التشريع ، والاحساس بالعدالة ، وفكرة المنفعة العامة ، والمبادىء القانونية »(٤٣٧) • وقد وصل بلوندو فى هذا الخطاب

---

(٤٣٧) Cité par F. Gény, Méthode, T. 1, pp. 24 - 25.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الى حد القول بأن القاضى ينبغى أن يرفض كل طلب لا يستند الى نص صريح فى التشريع .

ويتبنى فقيه آخر مثل فاليت Valette مثل هذا الرأى تقريبا، فهو يعتقد أن تشريعات كثيرة صدرت منذ سبعين سنة ، وسيكون من المدهش أن نجد حالة لا يوجد لها نص يحكمها . ويقول Huc مثل هذا الرأى تقريبا، فهو يعتقد أن الحالات التى ليس لها نص فى التشريع ، هى حالات نادرة للغاية ، وانه يمكن دائما العثور على حل لها عن طريق القياس(٤٣٨) .

أما ديمولومب Demolombe فهو يفخر بأنه يتابع النص خطوة خطوة ، وانه يصل بذلك بسهولة أكبر الى تفكير المشرع ، وهو يستطرد قائلا : « ان شعارى وعقيدتى أيضا هى : النصوص قبل كل شىء »(٤٣٩) .

أما بجنيه Bugnet فهو يقول فى عبارة أكثر وضوحا « أنا لا أعرف القانون المدنى ، ولكنى أدرس فقط تقنين نابليون »(٤٤٠) .

وازاء انكار كل مصادر القانون الأخرى غير التشريع(٤٤١) ، اقتصر شراح القرن التاسع عشر على تفسير النصوص طبقا لقواعد معينة نذكرها فيما يلى .

٢٥٣ ـ طرائق التفسير فى مدرسة الشرح على المتون :

تتبع مدرسة الشرح على المتون(٤٤٢) طرائق التفسير اللغوى أو النحوى grammaticale ou littérale ، على أساس أن المشرع يحسن استخدام اللغة ، وأنه يستخدم الألفاظ فى معانيها الصحيحة .

---

(٤٣٨) Cités par F. Gény, Méthode, T. 1, p. 28.

(٤٣٩) Cité par Gény, op. cit., T. 1, pp. 29-30.

(٤٤٠) Cité par F. Gény, op. cit., p. 30.

(٤٤١) راجع مع ذلك بعض الفقهاء الذين اعترفوا بالعرف كمصدر للقانون ، خلال القرن التاسع عشر : F. Gény, op. cit., p. 37.

(٤٤٢) راجع فى طرائق مدرسة الشرح على المتون فى التفسير : F. Gény, Méthode, T. 1, pp. 31-36.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويراعى فى التفسير أيضا ، تقريب النصـــوص بعضها من بعض ، فالنصوص يفسر بعضها بعضا • واذا وجد تعارض بين نصين ، فلابد من رفع هذا التعارض ، اما باكتشاف أن كل نص منهما يواجه فرضـــا مختلفا ، أو باكتشاف أن أحد النصين استثناء من النص الآخر • واذا لم تمكن ازالة هذا التعارض ، فلا بد من حسمه بطريقة نهائية ، اذ لا يجـوز أن ينسب الى المشرع تناقض فى ارادته • ويكون الحسم مثلا بتقرير أن النص اللاحق قد ألغى النص السابق • فاذا تعاصر النصان فى الصدور ، وجب القول بأنهما سقطا معا ، لأنه كما يقال فى اللغة العربية تضادا فتهاترا •

واذا كان النص غامضا ، بحيث لا يجدى التفسير اللغوى فى اجـــلاء معناه ، وجب الالتجاء الى ما يسميه اهرنج التفسير المنطقى logique الذى يتمثل فى الارتفاع فوق الألفاظ للبحث عن روح التشريع • فنظرا لأن اللفظ ساكت أو مغلق ، فيجب التوصل بوسائل أخرى الى الارادة التى أوحت بهذا اللفظ ، حتى يمكن عن طريق هذه الارادة اصلاح اللفظ أو تكملته أو تقييده أو بسط نطاقه ، أى انه يجب البحث بأى ثمن ، عن قصد المشرع ، وهو ما قد يمكن العثور عليه فى الظروف التى أحاطت بوضع التشريع • ومن هـذه الظروف الأعمال التحضيرية التى سبقت وضـــع التشريع ، أو الأســـباب التاريخية التى أدت الى صدوره •

واذا لم يكن هناك سبيل الى التعرف على الارادة الحقيقية للمشرع، فيجب البحث عن ارادته المفترضة ، عن طريق الالتجاء الى اعتبارات العدالةوالمصلحة التى تكون قد وجهت هذه الارادة الى اصدار هذا التشريع • والعدالة والمصلحة لا يلجأ اليهما فى ذاتهما ، بل يلجأ اليهما كوسيلة للتعرف على اردة المشرع المفترضة •

وبجانب كل ما سبق فان مدرسة الشرح على المتون تلجأ الى كل قواعد المنطق الشكلى logique formelle لاستخلاص الأحكام من النصوص • ومن هذا القبيل الاستنتاج بمفهوم المخـــالفة a contrario ، وكـــذلك الاستنتاج بطريق القياس par analogie • ويرى البعض أن التوسع فى

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تطبيق النصوص بطريق القياس ، يمثل الدرجة القصوى للجرأة المسموح بها في نظام للتفسير يدعى انه لا يرجع الا الى نصوص التشريع(٤٤٣) .

٢٥٤ - نقد مدرسة الشرح على المتون :

أهم نقد يوجه الى مدرسة الشرح على المتـــون انها تعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون .. ولا نعود هنا الى ذكر ما سبق أن درسناه في باب مصادر القانون ، حيث رأينا انه لا يوجد الآن من يقول ان التشريع هو المصدر الوحيد للقانون . ففي هذه النقطة بالذات تعتبر مدرسة الشرح على المتـون مهجورة تماما . وقد كان فرانسوا جني هو أهم من أعلن نهاية رأى مدرسة الشرح على المتون في مصادر القانون ، في مؤلفه المعروف « طريقة تفسير ومصادر القانون الخاص الوضعي » ، الذي نشره لأول مرة سنة ١٨٩٩ . وهو وقتها لم يعد لفقه هذه المدرسة وجود فيما يتعلق بنقطة البـــداية فيه وهي انكار تعدد مصادر القانون الوضعي .

والنقد الثاني الذي يوجه الى هذه المدرسة انها ، نتيجـة للفكرة التي بدأت منها وهي ان التشريع هو المصدر الوحيد للقانون ، قد حصرت دائرة تفسير القانون ، في حدوده تفسير التشريع وحده . وقد اضطرها ذلك أحيانا الى افتراض ارادة للمشرع غير ارادته الحقيقية . كما اضطر بعض أنصارها الى القول بأنه يجوز للقاضي أن يرفض أي طلب لا يستند الى نص في التشريع .

ولكن اذا أمكن تلافي مثل هذه الانتقادات ، فلا بد أن يبقى شيء صحيح في فقه مدرسة الشرح على المتون . والواقع أن معظم طرائق هذه المدرســـة لا زالت متبعة حتى اليوم في شرح نصوص التشريع . فاذا كان تفســـير القانون لم يعد قاصرا على التشريع ، الا انه لا زال يهتم أساسا بالتشريع ، باعتباره أهم مصادر القانون . فمع الاعتراف بوجود مصادر أخرى للقانون ، فلا زال التشريع هو أهم هذه المصادر . ولذلك فان شراح القانون لا زالوا حتى الآن شراحا للنصوص . وكما يلاحظ الأستاذ كاربونييه ، فان الفقهـاء

---

(٤٤٣) F. Gény, Méthode, T. 1, pp. 35-36.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المحدثين اذا كانوا لا يتبعون طرائق التفسير اللفظي واللغوي لنصوص التقنين المدني الفرنسي باعتبارها نصوصا قديمة ، الا أنهم يتبعون هـذه الطرائق ذاتها في تفسير نصوص التشريع(٤٤٤) . ولذلك لا يمكن القول أن مدرسة الشرح على المتون قد انتهى وجودها تماما ، بل هي لا زالت موجودة في بعض جوانبها الصحيحة في تفسير نصوص التشريع .

المطلب الثاني

المدرسة التاريخية L'école historique

٢٥٥ ـ نقطة البداية هي أن ضمير الشعب هو المصدر الوحيد للقانون :

الفكرة الأساسية في فقه المدرسة التاريخية التي انشأها في المانيـا سافيني وبوخته ، هي أن المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الأمة . أما التشريع فهو لا يعدو أن يكون تعبيرا عن هذه الروح ، وليس عملا ارادياً منشئا صادرا عن المشرع . ومن ثم فان تفسير التشريع لا ينبغي أن يكون تفسيرا لارادة المشرع ، بل يجب أن يستقل التشريع عن المشرع ،ويعيش حياته المستقلة في الجماعة ذاتها ، ويخضع في تفسيره لكل التطورات التي تحدث داخل هذه الجماعة .

وكذلك أبرزت المدرسة التاريخية أهمية العرف كتعبير آخر عن ضمير الشعب ، أقرب الى هذا الضمير من التشريع ذاته .

ويلاحظ أن وجهة نظر المدرسة التاريخية في تفسير التشريع على ضوء التطورات التي تحدث في المجتمع ، لاقت استجابة في فرنسا ، لدى فقهـاء لا ينتمون الى المدرسة التاريخية ، بل ولدى المحاكم أيضا .

فقد ظهر في فرنسا اتجاه تلخصه عبارة شهيرة قالها سالي Saleilles في تقديمه لكتاب جني السابق ذكره . وهي « الى ما وراء التقنين المدني ، ولكن

---

(٤٤٤) J. Carbonnier, Droit civil, T. 5, pp. 123-124.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عن طريق التقنين المدنى ! »(٤٤٥) . أى أن التفسير يبدأ من النصوص ، ولكنه لا يتقيد بالنصوص ، بل يتخطاها بما يتفق مع الحاجات المتطورة للمجتمع .

ويلاحظ أن هذه الطريقة هى ذاتها التى تتبعها المحاكم فى كثير من الاحيان ، عندما تخلق قواعد قانونية جديدة تحت ستار تفسيرها ، استجابة للظروف المتغيرة فى الحياة .

٢٥٦ - نقد المدرسة التاريخية ومن نحا نحوها :

العيب الرئيسى فى فقه المدرسة التاريخية انها لا ترى فى التشريع عملا ارادياً ، وأنها لا ترى فى القانون كله تعبيرا عن ارادة الانسان ، بل ترى فيه تعبيرا جبريا عما تسميه روح الشعب أو ضمير الجماعة . والصحيح ان القانون هو بالدرجة الأولى عمل ارادى ، بل هو نتيجة للصراع الدائم بين الارادات الانسانية النشطة .

فاذا نظرنا الى التشريع بالذات ، وجدناه من ناحية الصياغة القانونية ، تصرفا ارادياً خالصا . ولئن كان من الواجب الفصل بين التشريع وبين الشخص المعين بالذات الذى وضع صياغته ، بحيث لا يحتكر هذا الشخص بمفرده مهمة تفسير التشريع ، بعد صدوره ، الا انه مع هذا الاستقلال والانفصال ، فان التشريع قد خرج فعلا يحمل كل أفكار واضعيه . والقول بغير ذلك يعنى ان التشريع هو وعاء فارغ يمكن لكل شخص أن يملأه بما يشاء وهذا غير صحيح(٤٤٦) .

ولذلك فان ما يقوله سالى عن البدء بالنصوص للخروج منها بعد ذلك ، أو ما تفعله المحاكم من انشاء قواعد جديدة تحت اسم تفسير النصوص القائمة ، لا يعتبر تفسيرا بالمعنى الصحيح لهذا الاصطلاح ، وانما يعتبر خلقا للقانون .

---

(٤٤٥) Saleilles, Préface, F. Gény, Méthode, T. 1, p. XXV.

(٤٤٦) F. Gény, Méthode, T. 1, p. 363

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولهذا يحق للبعض أن يصف هذه الطريقة في التفسير بأنها التفسير المعدل أو المنشىء l'interprétation déformante ou constructive (٤٤٧) والمقصود بذلك هو أن التفسير يختلط في هذه الطريقة بانشاء القانون .

ولكن مهما وجه من نقد الى هذه الطريقة فان المحاكم تتبعها فعلا في كثير من الأحيان .

المطلب الثالث

مدرسة البحث العلمي الحر La libre recherche scientifique

٢٥٧ ـ نقطة البداية هي النقص في التشريع ، وتعدد مصادر القانون :

ترجع مدرسة البحث العلمي الحر الى الفقيه الفرنسي فرانسوا جني . ولسنا في حاجة ، في هذا المقام ، الى استعراض أفكار هذه المدرسة استعراضا كاملا ، فقد سبق أن تعرضنا لها في أكثر من موضع من هذا المؤلف . وقد أصبحت أفكار فرانسوا جني من المسلمات التي يعتمد عليها الفقه الحديث في مجموعه . وقد سبق أن ذكرنا أن أفكار جني ترجع بدورها الى أفكار أرسطو ، وهو لا ينكر ذلك(٤٤٨) .

فالفقه يؤمن الآن في غالبيته بفكرة النقص في التشريع وضرورة اكمال هذا النقص بالرجوع الى مصادر أخرى للقانون الوضعي . والفقه يؤمن الآن أيضا بأن العرف هو في مقدمة هذه المصادر . وكذلك فان الفقه يؤمن الآن بأن القضاء مصدر من مصادر القانون ، حتى وان كان جني نفسه قد أعلن عكس ذلك ، الا أن فكرته عن قدرة القضاء على خلق حلول فردية عادلة في المنازعات التي لا توجد بشأنها قاعدة في مصادر القانون الوضعي ، وذلك عن طريق البحث العلمي الحر ، من شأنها أن تؤدي ضرورة الى الاعتراف بقدرة القضاء على خلق قواعد قانونية عامة مماثلة للحلول الفردية الخاصة .

ولعل أبسط تلخيص لنظرية البحث العلمي الحر ، هو أن تفسير التشريع بالمعنى الحقيقي لكلمة تفسير ، هو تفسير ارادة المشرع كما هي دون أي تحوير

---

(٤٤٧) Marty et Raynaud, T. 1, p. 228.

(٤٤٨) F. Gény, Méthode d'interprétation, op. cit., T. 2, p. 313.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فيها أو تعديل • فالتشريع هو عمل ارادى يشبه التصرف القانونى الرسمى الذى تحمل عباراته كل مضمون الارادة التى صدر عنها • ولذلك ينبغى أن يقتصر التفسير على محاولة التعرف على هذه الارادة وليس اصلاحها أو التطور بها أو اخضاعها لأية ظروف اجتماعية أو أية أفكار مسبقة • فاذا لم يؤد تفسير النص تفسيرا حقيقيا يقوم على احترام ارادة المشرع الى انطباقه على النزاع المعروض ، فيجب التسليم حينئذ بعدم انطباق هذا النص ، وبضرورة البحث عن قاعدة قانونية أخرى فى مصدر آخر من مصادر القانون الوضعى كالعرف مثلا(٤٤٩) •

فاذا لم توجد قاعدة قانونية يمكن تطبيقها فى أى مصدر من مصادر القانون الوضعى • ففى هذه الحالة يجب الاعتراف بالنقص فى مصادر القانون الوضعى ، ويجب اعطاء الحرية للقاضى حتى يؤدى واجبه فى أن يحكم بالعدل بين الناس أى يقوم ببحث علمى حر ، يرجع فيه الى جوهر القانون ، أى الى الحقائق التاريخية والطبيعية والعقلية والمثالية ، ليتوصل عن طريقها الى الحل العادل للنزاع المعروض أمامه • وفى هذه الحالة فان القاضى يكون قد تخطى مرحلة التفسير واستنفذ كل وسائله ، وانتقل الى مرحلة الخلق •

ولكن جنى ينبه الى أن القاضى لا يخلق قاعدة قانونية ، ولكنه يخلق حلا فرديا للنزاع المعروض أمامه فحسب •

والمقصود بخلق الحل العادل عن طريق البحث العلمى الحر هو أن القاضى يصدر قراره بمراعاة نفس الاعتبارات التى كان سيراعيها المشرع لو انه أراد الفصل فى النزاع ، وهذه هى نفس العبارة التى قالها أرسطو(٤٥٠) فى هذا الشأن ، وهى نفس العبارة التى استخدمتها المادة الأولى من القانون المدنى السويسرى •

---

(٤٤٩) راجع بخاصة :
F. Gény, Méthode d'interprétation,, op. cit., T. 1, pp. 263-267.

(٤٥٠) قابل بين :
Aristote, Ethique de Nicomaque, 5, 10.5.

وبين :
F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 2, pp. 77-78.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطلب الرابع

تأثير مدارس التفسير على القانون الوضعى المصرى

٢٥٨ ـ نص المادة الأولى من التقنين المدنى يجمع بين نظرية الشرح على المتون ونظرية البحث العلمى الحر :

تنص المـــادة الأولى من التقنين المدنى المصرى عـــلى أن « (١) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها . (٢) فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

ومن الواضح أن هذا النص يعبر فى فقرته الأولى عن فقه مدرسة الشرح على المتون . فهو يأمر القاضى بأن يفسر نصـوص التشريع تفســيرا لفظيا littérale ، فاذا لم يوصل اللفظ الى معنى النص ، فهو يستخلص هذا المعنى ، من فحوى النص . والمقصود بفحوى النص روح التشريع ، طبقـــا للمعنى الذى قال به اهرنج ، على النحو الذى ذكرناه عند دراستنا لطـرائق التفسير فى مدرسة الشرح على المتون(٤٥) .

ويظهر تأثير المدرسة المذكورة على المشرع المصرى أيضا ، فى انه وان كان لم يعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون ، الا انه اعتبره المصـــدر الأصلى الوحيد للقانون ، أما المصادر الأخرى كالعرف فهى مصادر احتياطية ، لا يرجع اليها الا اذا لم يوجد نص فى التشريع . وقد سبق أن ذكرنا عنـد دراستنا للعرف كمصدر من مصادر القانون ، أن العرف مصـــدر أصـــلى كالتشريع ، وانهما مصدران متكاملان ، وأن التشريع يتقدم على العرف من حيث الكم فقط لا من حيث الكيف ، وأن العرف قد يسمو أحيانا عـــلى التشريع .

---

(٤٥) راجع ما سبق ، فقرة ٢٥٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فالعرف الدستورى يسمو على التشريع العادى أو الفرعى ، وأن العبرة فى قيمة القاعدة القانونية لا تؤخذ من مصدرها ، بل تؤخذ من مكانها فى التدرج الهرمى لقواعد القانون .

أما الفقرة الثانية من المادة الأولى السابق ذكرها ، فهى تعكس تأثر المشرع المصرى بفقه مدرسة البحث العلمى الحر . ويظهر ذلك فى أن هذه الفقرة تعترف بتعدد مصادر القانون ، وهى تضع العرف فى مقدمة هذه المصادر بعد التشريع . ويظهر هذا التاثر كذلك فى أن هذه الفقرة لم تضع القضاء بين مصادر القانون . وقد سبق أن رأينا أن جنى لم يصل هو أيضا الى الاعتراف بالقضاء كمصدر للقانون .

ويظهر تأثر المشرع المصرى بفقه مدرسة البحث العلمى الحر ، بصفة خاصة فى انه يأمر القاضى عندما لا يجد حكما للنزاع فى مصدرى القانون الوضعى وهما التشريع والعرف ، أن يخلق حلا للنزاع يستهدى فيه بنفس الموجهات التى يستهدى بها المشرع نفسه لو أنه أراد الفصل فى النزاع . وهذه الموجهات هى فى القانون المصرى ، وبحسب الفكرة العامة للوجود السائدة فى المجتمع المصرى ، المبادىء الكلية للشريعة الاسلامية ، ومبادىء العدالة والقانون الطبيعى . وقد سبق أن ذكرنا أن هذه المبادىء وتلك لا تعتبر من مصادر القانون ، بل هى المبادىء العامة للقانون النابعة عن جوهره . وهناك فارق بين المصادر الرسمية للقانون من ناحية ، وبين المبادىء العامة للقانون أو جوهر القانون من ناحية أخرى(٤٥٢) .

والخلاصة أن المشرع المصرى أخذ بما رآه صحيحا فى فقه مدرسة الشرح على المتون ، كما انه انحاز انحيازا كبيرا الى مدرسة البحث العلمى الحر . وهو قد اتبع فى هذا ، المنهج الذى يتبعه معظم الشراح المحدثين ، باستثناء اغفاله القضاء كمصدر للقانون .

---

(٤٥٢) راجع ما سبق ، فقرة ٧٨ ، فقرة ٧٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢٥٩ - موقف القضاء المصرى من مدارس التفسير :

لا شك أن القضاء المصرى يتبع المنهج الذى رسمه له المشرع فى استجلاء معنى النصوص من لفظها أو من فحواها . ولا شك أيضا انه يرجع الى العرف كمصدر رسمى من مصادر القانون ، كما انه يقوم بخلق الحلول العادلة فى المنازعات التى لا يجد لها حكما فى مصادر القانون الوضعى .

ولكن بجانب ذلك فان المحاكم فى مصر تعترف بقضائها كمصدر رسمى من مصادر القانون . وقد سبق أن ذكرنا أن أكثر من نصف قواعد القانون المدنى الجديد ، هى قواعد خلقها القضاء المصرى فى ظل القانون المدنى القديم، كما سبق أن ذكرنا أن القضاء الادارى يعتبر هو المصدر الأول من مصادر القانون الادارى ، وأنه يلعب نفس الدور الذى يلعبه التشريع فى نطاق القانون الخاص . كما سبق أن ذكرنا أن محكمة النقض المصرية تشير الى ما جرى عليه قضاؤها على انه هو حكم القانون .

ولذلك فان المحاكم المصرية قبل أن ترجع الى المبادىء العامة للقانون ، أو الى جوهر القانون ، فهى ترجع الى القضاء كمصدر رسمى أصلى من مصادر القانون . وهو مصدر أصلى كالتشريع سواء بسواء ، وهنا أيضا نلاحظ أن قيمة القاعدة لا تتحدد على أساس مصدرها بل على أساس مكانها فى التدرج الهرمى لقواعد القانون .

وتنبغى ملاحظة أن القضاء المصرى لا يخلق قواعد القانون ، عند وجود نقص فى المصادر الوضعية فحسب ، بل هو يخلق القانون أحيانا وهو يفسر التشريع ، وتحت ستار هذا التفسير . وهو يفعل فى ذلك ما يفعله القضاء الفرنسى ، وما تنادى به المدرسة التاريخية ومن نحا نحوها من الفقهاء الفرنسيين أو المصريين(٤٥٥) .

وجدير بالذكر أن التفسير المقبول فى مصر ، لا يقتصر فقط على التشريع والعرف ، بل يمتد الى القضاء أيضا .

---

(٤٥٥) جاء فى التقرير الذى أدلى به الدكتور عبد الرزاق السنهورى أمام اللجنة التشريعية بمجلس النواب عند مناقشة مشروع القانون المدنى ما يأتى : ... وقد جاء الوقت الذى يكون لمصر فيه قضاء دائم وفقه مستقل . ولكل من القضاء والفقه . بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائما بذاته ، منفصلا عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعا لما

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢٦٠ - تأثر تفسير القانون في مصر بكل مدارس التفسير :

يتضح مما سبق أن المشرع المصرى ، ويتابعه الفقه والقضاء ، يأخذ بمدرسة الشرح على المتون فى تفسير نصوص التشريع بحسب لفظها أو بحسب فحواها .

ويتضح كذلك أن التفسير فى مصر يأخذ بمبدأ تعدد مصادر القانون ، وهو يتابع فى هذا فقه مدرسة البحث العلمى الحر .

ويتضح كذلك أن القضاء المصرى يقوم أحيانا بخلق قواعد القانون تحت ستار تفسير نصوص التشريع ، وهو يتابع فى ذلك فقه المدرسة التاريخية ومن نحا نحوها .

ويخلص من كل ما سبق أن مصادر القانون الوضعى فى مصر هى التشريع والعرف والقضاء ، وأنه اذا لم يوجد حكم للنزاع المعروض أمام القاضى فى أى من هذه المصادر ، فان القاضى يخلق الحل العادل لهذا النزاع عن طريق الاستهداء بما يستهدى به المشرع نفسه فى وضع نصوص التشريع ، أى الاستهداء بالمبادىء الكلية للشريعة الاسلامية ، ومبادىء العدالة والقانون الطبيعى .

المبحث الثالث
بعض قواعد التفسير

٢٦١ - ازالة التعارض بين قواعد القانون :

من أهم قواعد التفسير ، ازالة التعارض الذى قد يوجد فى الظاهر بين قواعد القانون المختلفة . ونقول ان التعارض قد يوجد فى الظاهر ، لأنه من غير المقبول أن يوجد تعارض حقيقى بين قواعد القانون . بل لابد من ازالة هذا التعارض ، بحيث لا تبقى الا قاعدة قانونية واحدة واجبة الاتباع(٤٥٤) .

تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفى بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص فى صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ... » . يشار اليه ، فى عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، الطبعة الثانية . ص ٩ .

(٤٥٤) قارب : H. Kelson, Théorie pure, op. cit., p. 355.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وأهم قواعد ازالة هذا التعارض هى أن القاعدة الأعلى تبطل القاعدة الأدنى المخالفة لها • فقواعد القانون الدستورى لا تتصور مخالفتها من قواعد القانون العادى أو قواعد القانون الفرعى • وكذلك فان قواعد القانون العادى لا تتصور مخالفتها من قواعد القانون الفرعى • ولا أهمية فى ذلك لمصدر القاعدة • فكل مصادر القانون قادرة على خلق قواعد من درجات مختلفة • فقواعد القانون الدستورى قد تنشأ عن التشريع أو عن العرف أو عن القضاء• ويكفى بالنسبة للقضاء أن نذكر أن قاعدة رقابة القضاء لدستورية القوانين ، وهى فى ذاتها قاعدة دستورية ، هى من خلق القضاء ذاته •

والقاعدة الثانية ان القاعدة اللاحقة تلغى القاعدة السابقة المساوية أو الأدنى منها فى القوة • ولا أهمية لمصدر القاعدة اللاحقة ، أو مصدر القاعدة السابقة • وتسرى فى هذا الشأن قواعد تنازع القوانين فى الزمان ، من حيث انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد ، واعمال الأثر المباشر لهذا القانون على النحو السابق دراسته •

والقاعدة الثالثة ان القاعدة الخاصة تقيد القاعدة العامة ، المساوية أو الأدنى منها فى القوة ، دون نظر الى مصدر أى من هاتين القاعدتين ، ودون نظر الى تاريخ العمل بأى منهما •

أما اذا لم تمكن ازالة هذا التعارض ، بأن كانت كل من القاعدتين مساوية للأخرى فى الدرجة ، ومعاصرة لها فى النشأة ، ومطابقة لها فى المعنى ، فلا يكون هناك بد من اطراح هاتين القاعدتين معا ، اذ لا يمكن تطبيقهما فى نفس الوقت • وهذا فرض نادر للغاية •

٢٦٣ ـ بعض قواعد تفسير التشريع :

لا زال التفسير فى أعم جوانبه ، هو تفسير نصوص التشريع ، بحسب ما تدل عليه هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها • فالتشريع هو بحسب تعريفه قانون مكتوب ، أو تعبير موضوع • والمشرع يعبر فى هذا النص عن

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ارادته تعبيرا يرتجى فيه المقصود بألفاظ هذا النص سواء فى اللغة العادية أو فى لغة القانون(٤٥٥) .

واذا كان فقهاء مدرسة الشرح على المتون قد اتبعوا طريقة التفسير اللغوى أو اللفظى فى فهم نصوص التشريع الفرنسى طوال القرن التاسع عشر ، واذا كان الفقه الحديث كله لا زال يتبع هذه الطريقة فى تفسير نصوص التشريعات الكثيرة المتلاحقة ، فان أعظم من برع فى التاريخ فى استخدام قواعد التفسير اللفظى هم فقهاء الشريعة الاسلامية(٤٥٦) .

وتعتبر القواعد التى يستخدمونها فى هذا الشأن من أهم مباحث علم أصول الفقه ، وهى قواعد جديرة بالاتباع والمراعاة حتى الآن . وسنذكر بعض هذه القواعد فيما يلى ، نقلا عن مؤلفات علماء أصول الفقه ، وفى مقدمتها مؤلف المغفور له الاستاذ عبد الوهاب خلاف(٤٥٧) .

القاعدة الأولى : « النص يستدل به على ما يفهم من عبارته ، أو اشارته ، أو دلالته ، أو اقتضائه . وهذه الطرق متفاوتة فى قوة دلالتها . فعند التعارض يرجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالاشارة . ويرجح المفهوم بأحدهما على المفهوم بالدلالة » .

وعبارة النص هى صيغته المكونة من مفرداته وجملة وهى تؤدى الى المعنى الذى يتبادر فهمه من هذه الصيغة ويكون هو المقصود من سياقها .

---

(٤٥٥) طابق فى هذا الشأن بين ما يقوله الأستاذ جنى عن التفسير اللغوى أو اللفظى عند مدرسة الشرح على المتون ، وبين ما يقوله الأستاذ عبد الوهاب خلاف عن القواعد الأصولية اللغوية فى التفسير .

عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ١٩٤٢ ، ص ١٠٢ .

F. Gény, Méthode d'interprétation, T. 1, p. 31.

(٤٥٦) يتميز فقهاء الشريعة الاسلامية على فقهاء مدرسة الشرح على المتون ، فى انهم فضلا عن اتقانهم البالغ لقواعد التفسير اللفظى ، فانهم يأخذون فى نفس الوقت بتعدد مصادر التفسير .

(٤٥٧) عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى ، ١٩٤٢ ، الطبعة الثانية ، ص ١٠٢ - ص ١٥٣ ، وراجع أيضا : عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ١٩٥٩ ، ص ١٦٧ - ص ٢٥٠ ، محمد أبو زهره ، أصول الفقه ، ١٩٥٧ ، ص ١٣٩ - ص ١٨٢ ، محمد مصطفى شلبى ، مقارنة فى أصول الفقه [illegible] ، ١٩٧١ ، ص ٢٠٧ - ص ٢٧٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما اشارة النص فهى تدل على المعنى الذى لا يتبادر فهمه من ألفاظه ، ولكن يكون لازما لمعنى متبادر من ألفاظه وغير مقصود من سياقه .

أما دلالة النص فهى تفيد المعنى الذى يفهم من روحه ومعقوله . فاذا وجدت واقعة لها حكم لعلة اقتضت هذا الحكم ، ووجدت واقعة أخرى تساويها فى علة الحكم أو أولى منها ، بحيث تتبادر هذه المساواة أو الاولوية الى الفهم والعقل بمجرد فهم اللغة من غير حاجة الى اجتهاد أو قياس ، فانه يفهم لغة أن النص يتناول الواقعتين معا .

ودلالة النص يطلق عليها أحيانا اسم القياس الجلى لظهور فهم المساواة أو الاولوية بين علة المنطوق وعلة المفهوم الموافق له بمجرد فهم اللغة . ويطلق على دلالة النص أيضا مفهوم الموافقة أى المفهوم الذى وافق المنطوق فى علة حكمه موافقة تفهم بمجرد فهم اللغة . ويطلق على دلالة النص أيضا فحوى الخطاب أى روحه وما يعقل منه . لأن كل نص دل على حكم لعلة معينة يدل على نفس الحكم بالنسبة لواقعة أخرى تحققت فيها نفس العلة أو علة أولى منها ، بمجرد تبادر الفهم والعقل .

أما اقتضاء النص فهو المعنى الذى لا يستقيم الكلام الا بتقديره وان كانت صيغة النص ليس فيها ما يدل عليه ولكن صحتها واستقامة معناها تقتضيه .

القاعدة الثانية : « النص لا يستدل به على حكم من مفهوم المخالفة » . ومعنى هذه القاعدة ، انه اذا دل نص على حكم لواقعة معينة ، وكانت هذه الواقعة مقيدة بقيد أو موصوفة بوصف . فان انتفاء هذا القيد أو هذا الوصف فى واقعة أخرى ، لا يدل بذاته على حكم مخالف للحكم المنصوص عليه بالنسبة للواقعة الأولى ، بل يكون حكم هذه الواقعة الأخرى مسكوتا عنه ، فيستدل عليه بأى دليل آخر وفى مقدمة الادلة الأخرى ، أن الأصل فى الأفعال الاباحة .

القاعدة الثالثة : « ما دل على المراد منه بنفس حقيقته من غير توقف على أمر خارجى فهو الواضح الدلالة . فان كان يحتمل التأويل فهو الظاهر أو النص

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وان كان لا يحتمل التأويل فهو المفسر أو المحكم ، وكل من الظاهر والنص يجب العمل بما وضحت دلالته عليه مع احتمال أو يؤول ، وكل من المفسر والمحكم يجب العمل بما وضحت دلالته عليه حتما من غير احتمال تأويل » .

القاعدة الرابعة : « اذا ورد فى النص لفظ مشترك ، فان كان مشتركا بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى قانونى وجب حمله على المعنى الاصطلاحى . وان كان مشتركا بين معنيين أو أكثر من المعانى اللغوية وجب حمله على معنى واحد منها بدليل يعينه ، ولا يصح أن يراد به معنيان ، أو معانيه معا » .

القاعدة الخامسة : « اذا ورد فى النص لفظ عام لم يقم دليل على تخصيصه . وجب حمله على عمومه واثبات الحكم لجميع أفراده قطعا . فان دل دليل على تخصيصه ، وجب حمله على ما بقى من أفراده بعد التخصيص واثبات الحكم لهذه الأفراد ، ظنا لا قطعا . ولا يخصص العام الا بدليل مساو له أو أعلى منه فى القطعية والظنية والدرجة » .

القاعدة السادسة : « اذا ورد فى النص لفظ خاص دل دلالة قطعية على معناه الحقيقى الذى وضع للدلالة عليه ، ما لم يقم دليل على صرفه من معناه الحقيقى وارادة معنى آخر منه . فان ورد مطلقا أفاد ثبوت الحكم على الاطلاق ما لم يوجد دليل يقيده » .

٢٦٣ - القياس :

القياس هو اعطاء واقعة مسكوت عنها ، حكم واقعة أخرى منصوص عليها لاتحاد العلة فى الواقعتين(٤٥٨) .

واركان القياس أربعة : الواقعة المنصوص عليها وهى الأصل أو المقيس عليه ، والواقعة المسكوت عنها وهى الفرع أو المقيس ، والعلة وهى الوصف الموجود فى كل من الأصل والفرع .

---

(٤٥٨) عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، ص ٤٢ - ص ٥٩ ، محمد أبو زهره ، أصول الفقه ، ص ٢١٨ - ص ٢٦٧ ، د. عبد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ص ٢٧٣ - ص ٢٩٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والقياس نوعان : الأول هو القياس العادي ، وهو الذي تتساوى فيه العلة ما بين المقيس والمقيس عليه ، والثاني هو القياس من باب أولى ، وهو الذي توجد فيه العلة في المقيس بشكل أوضح مما هي موجودة في المقيس عليه .

والعلة هي الوصف الظاهر المنضبط المتحقق في الواقعة الأصلية ، والذي يربط المشرع بينه وبين حكم هذه الواقعة وجودا وعدما .

والعلة هي أيضا وصف مناسب للحكم المقرر للواقعة . ووجه المناسبة أن العقل يستطيع ادراك أن الارتباط بين الحكم وعلته يحقق الحكمة من الحكم ، أي ما شرع الحكم لأجله من مصلحة أريد به تحقيقها أو مفسدة أريد به دفعها . والحكم يدور وجودا وعدما مع علته لا مع حكمته . أي أنه يوجد حيث توجد علته ولو تخلفت حكمته ، وينتفي حيث تنتفي علته ولو وجدت حكمته(٤٥٩) .

والسبب في ذلك أن العلة هي وصف ظاهر منضبط يمكن التحقق من وجوده أو عدمه . أما الحكمة فهي أمر تقديري خفي غير منضبط فلا يمكن التحقق من وجوده حتى يوجد الحكم ، أو من انتفائه حتى ينتفي الحكم ، لأن ما يحقق مصلحة لشخص ، قد يجلب ضررا لشخص آخر ، وبالتالي فلا يمكن أن يدور الحكم مع الحكمة منه وجودا وعدما .

وعلى سبيل المثال فان علة كمال الاهلية هي بلوغ الحادية والعشرين من العمر . وهذه العلة مناسبة للحكم ، لأنها فيها مظنة ادراك الحكمة منه وهي بلوغ الادراك والتمييز — . ومع ذلك فان الحكم وهو كمال الاهلية يرتبط بالعلة منه وهي بلوغ السن ، لا بالحكمة منه وهي بلوغ الادراك .

---

(٤٥٩) تقضت محكمة النقض بأنه « متى كان النص واضحا جلي المعنى قاطعا في الدلالة على المراد منه فانه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملته لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه انما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضي مضطرا في سبيل تعرف الحكم الصحيح الى تقصي الغرض الذي يرمي اليه والقصد الذي أملاه ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها ومن ثم لا يجوز اهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم » (نقض ١٩٦١/١٢/٢ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٦ ، ص ١١٩٠) . قارن : سليمان مرقس ، هيبت يذهب ان فقه القانون الحديث يكتفي بتوافر الحكمة . المدخل ، ص ٢٨٠ ، الهامش .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومن أهم شروط القياس أن تكون العلة التى يستقل العقل بادراكها ، غير خاصة بالواقعة الأصلية ، بل يمكن تحققها فى غيرها .

ومن أهم شروط القياس أيضا الا يكون حكم الواقعة الاصلية خاصا بها ، لأنه اذا كان كذلك فلا يجوز نقله الى غيرها . وعلى سبيل المثال فان الحكم الاستثنائى لا يقاس عليه ، لانه حكم خاص بالواقعة الأصلية على سبيل الاستثناء .

وكذلك فان الاحكام الجنائية لا يقاس عليها ، مراعاة للمبدأ الدستورى فى ألا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص . وهو ما يعنى أن الاحكام الجنائية خاصة بالوقائع المتعلقة بها لا تتعداها الى غيرها بطريق القياس .

ويذهب فضيلة الأستاذ محمد أبو زهرة الى أن تعرف العلة فى القوانين الوضعية يكون بمعرفة المصدر التاريخى للقانون ، وبمعرفة البواعث التى من أجلها وضع القانون ، وهو ما يأتى عن طريق الرجوع الى الأعمال التحضيرية(٤٦٠) .

٣٦٤ ـ الرجوع الى الأعمال التحضيرية والسوابق التاريخية :

الأعمال التحضيرية هى مجموعة التقارير والمذكرات والمناقشات التى سبقت أو اقترنت بوضع التشريع . وتعتبر المذكرة الايضاحية للتشريع ، فى حكم الأعمال التحضيرية أيضا . وقد يكون من المفيد الرجوع الى الأعمال التحضيرية للتعرف على ارادة المشرع . ومع ذلك ينبغى الحذر من الالتجاء هذه الطريقة ، لأن ما يرد فى هذه الأعمال قد يعبر عن رأى شخصى أو اجتهاد فردى لأحد المشتركين فى وضع التشريع . ومن الملاحظ أن التشريعات توضع فى الدول الحديثة عن طريق أكثر من هيئة دستورية ، ولذلك يصعب اعتبار المناقشات التى تدور اثناء اعدادها معبرة عن ارادة المشرع(٤٦١) .

ومن ناحية أخرى فانه حتى مع التسليم بأن الأعمال التحضيرية تعكس ارادة المشرع ، فانه لا يجوز الاعتداد بها الا فى الحدود التى لا تتعارض فيها

---

(٤٦٠) معمر [illegible] ، أصول القانون ، ١٩٦١ ـ ص ٢٦٢ .

(٤٦١) H. Capitant, Introduction, [illegible]

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مع التشريع ذاته • فالعبرة بالارادة المعلنة فى التشريع لا بارادة واضع التشريع •

أما السوابق التاريخية ، التى يطلق عليها أحيانا فى اصطلاح غير دقيق اسم المصادر التاريخية ، فهى تعبر عن حالة القانون l'Etat du Droit فى الوقت الذى تم فيه وضع التشريع • ومعرفة حالة القانون هذه لها أهمية كبرى عندما لا يكون المشرع قد استحدث أحكاما جديدة ، بل اقتصر على تقنين الاحكام القائمة • ويحدث ذلك عند وضع التقنينات • ويمكن عندئذ الاستعانة فى تفسير القانون الجديد ، بكل ما كان مقررا فى القانون القديم من تفسيرات فقهية أو قضائية(٤٦٢) •

تم بحمد الله

---

(٤٦٢) H. Capitant, Introduction, op. cit., p. 108.

وفى هذا المعنى يقول الدكتور عبد الرزاق السنهورى « ويعنينا أن نبين هنا فى وضوح ان النصوص التى استقيت من هذا المصدر (القضاء المصرى والتقنين المدنى القديم) يجب أن تفسر فى ضوء القضاء والفقه اللذين نشآ فى مصر فى ظل التقنين القديم ، وبذلك يتصل الحاضر بالماضى ، ولا تنقطع سلسلة التطور • وسيرى القارىء اننا نشير فى هذا الكتاب الى القضاء المصرى الذى نبت فى عهد التقنين القديم ، استئناسا به فى تفسير النصوص الجديدة ، كما لو كان هذا القضاء قد صدر فى عهد التقنين الجديد مفسرا لهذه النصوص • بل ولا نتكلف عناء التنبيه الى أن القضاء الذى نستشهد به انما هو قضاء قد صدر تطبيقا للنصوص القديمة • فمال هذا الحد انعدمت المغايرة بين القديم والجديد » • (عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، جـ ١ ، ص ٤٧) •

ولكن الدكتور السنهورى يأخذ بعكس هذا الرأى بالنسبة للمصادر التاريخية الأجنبية ، حيث يرى الفصل فصلا كاملا بين التقنين المدنى ، وبين التقنينات الأجنبية التى استقيت منها أحكامه •

راجع : الوسيط ، جـ ١ ، ص ٩ •

ولا يمكن تفسير هذا التعارض إلا على أساس الاحساس الوطنى ، وهذا الاحساس قد يكون موضع اعتبار فى تحديد مصادر القانون ، لا فى تقدير وسائل تفسيره ، الا أن يكون من الصعب الفصل بين خلق القانون وبين تفسيره على النحو الذى يقول به أنصار التفسير المنشىء ، وهو ما يبدو أن الدكتور السنهورى يعتنقه فعلا • راجع : الوسيط ، جـ ١ ، ص ٩ •

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المراجـــع

مراجع باللغة العربية :

(أ) كتب ومؤلفات :

احمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة العاشرة ، ١٩٧٠ .

احمد كمال أبو المجد : الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحـــدة الامريكية والاقليم المصرى ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

اسكندر غطاس : أسس التنظيم السياسى فى الدول الاشتراكية ، رسالة ، القاهرة ، ١٩٧٢ .

اسماعيل غانم : قانون العمل ، ١٩٦٢ .

اكثم الخولى : الوجيز فى القانون التجارى ، ١٩٧٠ .

برهام محمد عطا الله : أساسيات القانون الوضعى ، ١٩٦٨ .

توفيق فرج : المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ - ١٩٦٧ .

ثروت بدوى : القانون الدستورى وتطور الأنظمة الدستورية فى مصر ، ١٩٧١ .

حسام الدين كامل الاهوانى : النظرية الماركسية للقـــانون وتطبيقها فى الاتحـاد السوفييتى ، دروس للدكتوراه ، بحلوم القانون المقارن ، جامعة عين شمس ، على الآلة الكاتبة .

حسن كيره : المدخل الى القانون ، ١٩٧٠ . - اصول القانون ، ١٩٥٨ .

رمزى الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستورى ، ١٩٧٠ .

رمزى سيف : الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثامنة ، ١٩٦٩ .

رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائى ، ١٩٧١

رؤوف عبيد : مبادئ الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى ، ١٩٤٩ .

زكى حراته : العمل الادارى ورقابة المحاكم الادارية عليه ، رسالة ، ١٩٣٥ .

سليمان محمد الطماوى : النظرية العامة للقرارات الادارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٩ .

سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٩ .

سمير عبد السيد تناغو : احكام [illegible] ، ١٩٦٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

- عقد الايجار ، ١٩٧٠ .
- التأمينات الشخصية والعينية ، ١٩٧٠ .
- القانون الزراعى ، ١٩٧٠ .
- نظام التأمينات الاجتماعية ، ١٩٧١ .
- القرار الادارى مصدر للحق ، ١٩٧٢ .
- النظرية العامة للاثبات ، ١٩٧٣ .
- عقد البيع ، ١٩٧٣ .

شمس الدين الوكيل : النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ .

عبد الحميد متولى : القانون الدستورى والأنظمة السياسية ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦٦ .

عبد الحى حجازى : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ١٩٦٦ .

- عقد المدة ، أو العقد المستمر والمدوى التنفيذ ، رسالة ، القاهرة ، ١٩٦٦ .

عبد الرزاق السنهورى واحمد حشمت ابو ستيت : اصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٣٨ .

عبد الرزاق أحمد السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ، والجزء الثانى ، ١٩٥٦ ، والجزء التاسع ، ١٩٦٨ .

عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية القانون ، ١٩٦٦ .

عبد المنعم البدراوى : المدخل للعلوم القانونية ، بيروت ، ١٩٦٦ .

عبد المنعم فرج الصدة : اصول القانون ، ١٩٦٦ .

- الاثبات فى المواد المدنية ، ١٩٥٥ .

عبد الوهاب خلاف : أصول الفقه ، طبعة سنة ١٩٤٢ ، وطبعة سنة ١٩٤٧ .

على البارودى : مبادىء القانون البحرى ، ١٩٧٠ .

عمر عبد الله : سلم الوصول لعلم الأصول ، ١٩٥٩ .

محسن خليل : النظم السياسية والقانون الدستورى ، ١٩٧١ .

محمد ابو زهرة : أصول الفقه ، ١٩٥٧ .

محمد على امام : محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ .

محمد على عرفة : مبادىء العلوم القانونية ، سنة ١٤٩٢ ، وسنة ١٩٥٦ .

محمد فؤاد مهنا : القانون الادارى العربى ، ج ١ ، ١٩٦٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

- حقوق الأفراد ازاء المرافق العامة والمشروعات العامة ، ١٩٧٠ .

محمد كامل ليله : القانون الدستورى ، ١٩٦٣ .

محمد كامل مرسى : شرح القانون المدنى الجديد - الباب التمهيدى ، ١٩٥٤ .

محمد لبيب شنب : شرح قانون العمل ، ١٩٦٦ .

محمد مصطفى شلبى : مذكرات فى اصول الفقه الاسلامى ، على الآلة الكاتبة ، ١٩٧١ .

محمد وجدى عبد الصمد : الاعتذار بالجهل بالقانون ، ١٩٧٢ - ١٩٧٣ .

محمود جمال الدين زكى : دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ، ١٩٦٩ .

محمود رياض عطية : الوسيط فى تشريع الضرائب ، ١٩٦٥

مصطفى ابو زيد فهمى : النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٦ .

مصطفى كمال طه : الوجيز فى القانون التجارى ، ١٩٧١ .

- الوجيز فى القانون البحرى ، ١٩٧١ .

منصور مصطفى منصور : نظرية القانون ، ١٩٥٩ .

هشام على صادق : مركز القانون الأجنبى امام القضاء الوطنى ، رسالة ، الاسكندرية ، ١٩٦٨ .

- تنازع القوانين ، الطبعة الثانية .

- تنازع الاختصاص القضائى الدولى ، الطبعة الأولى .

(ب) ابحاث ومقالات :

احمد ابو الوفا : التنازع الزمنى لقوانين المرافعات ، مجلة الحقوق ، السنة الخامسة عشر (١٩٧٠) تاريخ النشر ١٩٧١ ، ص ٣١ - ص ١١٠ .

السيد محمد ابراهيم : مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية ، مجلة الحقوق ، س ١٥ ، عدد ٢ ، ١٩٧٠ ، تاريخ النشر ١٩٧٣ .

جلال العدوى : القانون والاجتماع الانسانى ، مجلة الحقوق ، العددان الثالث والرابع ، السنة الخامسة عشر ١٩٧٠ ، تاريخ نشر العدد ١٩٧٢ ، ص ٢٠١ وما بعدها .

جمال العطيفى : ملاحظات حول المحكمة العليا ، المحاماة ، س ٥٠ ، اول يناير ١٩٧٠ ، ص١٩ .

حسن كيره : مشكلة التنازع بين القوانين من حيث الزمان ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٥٨ ، ص ١ - ص ١٨٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

سمير عبد السيد تناغو : اصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الامتيازات الأجنبية بمصر جهات القضاء ، مجلة الحقوق للعام الجامعي ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ، منشورة سنة ١٩٧٠ ، ص ١٧٣ وما بعدها .

شمس الدين الوكيل : نظرات في فلسفة القانون ، مجلة الحقوق ، العدد الأول والثاني ١٩٦٤ - ١٩٦٥ ، ص ٣٣ - ص ١٥٥ .

عبد الرزاق السنهوري : مخالفة التشريع الدستوري والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مجلة مجلس الدولة ، س ٣ ، يناير ١٩٥٢ ، ص ١ وما بعدها .

مصطفى الجمال : الجهل بالأحكام المدنية ، مجلة الحقوق ، عدد ١ - ٢ ، س ١٦ ، ١٩٧١ ، تاريخ النشر ، ١٩٧٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مراجع باللغة الفرنسية :

(a) Ouvrages :

Aritstote — Politique, Texte Français présenté et annoté par M. Prolot, Bibliothèque de la Science Politique, P.U.F., 1950.

Aristote — Ethique de Nicomque, Trad. par J. Vailquin, 1940.

Batiffol (H) : Droit international privé, 2 vol. Paris, 1970.

Bergson (H) : Le deux sources de la morale et de la religion, 100éd. R.U.F., 1960.

Bochenski (I.-M.) : La philosophie contemporaine en Europe, Trad. par F. Vaudou, P.B. Paris, 1962.

Capitant (H.) : Introduction à l'étude du droit civil, 4e éd., paris, 1921.

Carbonnier (J.) : Le procès et le jugement, Paris, 1961 - 1962.

Droit civil, Thémis, T. 1 et 2; Paris, 1959 - 1960.

Carré de Malberg (R.) : Contribution à la théorie générale de l'Etta, 2 vol., 1920 - 1922.

Comte (Aug.) : Cours de philo. phie positive, T. 1, 5e éd., 1892, identique à la première, parue au commencement de Juillet 1830.

Comte (Aug.) : Système de politique positive, T. 1 et 2, 4e éd., 1912, identique à la première, parue en 1854, Paris, Georges Crès et Cie.

Dabin (J.) : La philosophie de l'ordre juridique positif, Paris, 1929.

Dabin (J.) : La technique de l'élaboration du droit positif, Bruxelles, Paris, 1955.

Dabin (J.) : Théorie générale du Droit 1944.

Dabin (J.) : L'Etat ou le politique. Dalloz, Paris, 1957.

Dabin (J.) : Le droit subjectif Dalloz, Paris, 1952.

Davy (G.) : La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat, la formation du lien contractuel, Thèse de lettres, Paris 1923.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Del Vecchio (G.) : Philosophie du droit, Trad, par J.-A. d'Aynac, Dalloz, Paris, 1953.

Demogue : Les notions fondamentales du droit privé, 1911.

De Scartes (Em.) : Discours de la méthode, Union générale d'éditions, Paris, 1962.

Duguit (L.) : Traité de droit constitutionnel, 3e éd., 2 vol., 1927-1928.

Duguit (L.) : Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris, 1912.

Du Pasquier (CL) : Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Neuchatel, Paris, 1967.

Dupeyroux (J.-J.) : Sécurité sociale, 1969.

Durkheim (Em.) : Leçons de sociologie, Physique des moeurs et du droit, P.U.F., 1950.

Durkheim (Em.) : De la division du travail social, 7e éd., P.U.F., Paris, 1960.

Duverger (M.) : De la dictature, Juillar, Paris, 1962.

Gény (F.) : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2e éd., nouveau tirage, Paris, 1954.

Gény (F.) : Science et technique en droit privé positif, 4 vol., Sirey, 1913-1924.

Giffard (A.-E.) : Précis de droit romain, 2 vol., T. 1, 2e éd., 1934, et T. 2, 3e éd., 1951.

Girard (P.-F.) : Manuel élémentaire de droit romain, 2e éd., Paris, 1929.

Guillien (R.) : L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, Thèse, Bordeaux, 1931.

Gurvith (G.) : Morale théorique et science des moeurs, P.U.F., 1960.

Gurvith (G.) : Dialectique et sociologique, Paris, 1962.

Haesaert (J.) : Théorie générale du droit, Bruxelles, 1948.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Hauriou (A.) : Droit constitutionnel et institutions politiques, 3e éd., 1968.

Hauriou (M.) : Précis de droit constitutionnel, 2e éd., 1929.

Hegel : Principes de la philosophie du droit, Trad. par A. Kann, Gallimard, Paris, 1940.

Heidegger (M.) : Le principe de raison, Trad., par A. Préau, Gallimard, 1962.

Ihering : La lutte pour le droit, Trad. par Meulenaire, Paris, 1890.

Jaspers (K.) : Liberté et réunification, Trad. par H. Naef, Gallimard, Paris, 1962.

Jaspers (K.) : Introduction à la philosophie, Trad., par J. Hesch, Plon, 1962.

JEAN XXIII : Mater et Magistra, 1961, in Les Encycliques sociales, éditions Bonne Presse, 1962, pp. 239 - 409.

JEAN XXIII : Pacem in Terris. Texte intégral, Journal la Croix du 11 avril, 1963, p. 5 - 8.

Kant (Em.) : Elements metaphysiques de la doctrine du droit, Trad. par J. Barni, Paris, 1854.

Kant (Em.) : Fondements de la métaphysique des moeurs, Traduction nouvelle et notes par Victor Dellos, Paris, Delagrave, 1962.

Kelsen (H.) : Théorie pure du droit, Trad. par Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

Khalil (M.S.) : Le dirigisme économique et les contrats, Paris, 1967.

Lalande (A.) : La raison et les normes, Hachette, 1948.

LEON XIII : Rerum Novarum, 1891, in : Les encycliques sociales, éditions Bonne presse, 1936, pp. 79 - 127.

Mabilleau (J.) : De la distinction des actes d'administration active et des actes administratifs juridictionnels, Thèse, Paris, 1943.

Marty (G.) : La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges de faits, Thèse, Toulouse, 1929.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Montagne (H.) : De l'effet declaratif ou constitutif des jugements en matière civile, thèse, Paris, 1912.

Locke (De J.) : Essai sur le pouvoir civil, Trad. par J. - L. Fyot, Bibliothèque de la science politique, P.U.F., 1953.

Machiavel : Le Prince, Union générale d'éditions, Paris, 1962.

Mann (Th.) : Goethe et Tolstoi, Trad. par A. Vilatte, éditions V. Attinger, Paris, 1947.

Marcel (G.) : Les hommes contre l'humain, 28e éd., La Colombe, Paris, 1962.

Marty (G.) et Raynaud (P.) : Droit civil, T. 1 et 2, Sirey, Paris, 1961 - 1962.

Merle (R.) : Essai de contribution à la théorie de l'acte déclaratif, Thèse, Toulouse, 1948.

Marx (K.) : Oeuvres philosophique, Trad. par Molitor, Paris, 1926, T. 1 : Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel; le manifeste philosophique de l'école de droit historique; différence de la philosophie de la nature chez Democrites et chez Epicure, pp. 1 - 120.

Marx (K.) : Contribution à la critique de l'économie politique, Londres, 1859, Trad. par M. Husson et G. Badia, Editions sociales, Paris, 1857.

Marx (K.) et Engles (F.) : Manifeste du parti communiste, Editions sociales, 1962.

Marx (K.) et Engles (F.) : L'idéologie allemande, Editions sociales, 1962.

Mauss (M.) : Sociologie et anthropologie, P.U.F., 1960.

Mendès-France (P.) : La république moderne, Gallimard, 1962.

Monier (R.) : Manuel élémentaire de droit romain, 2 vol., T. 1, 6e éd., 1947, et T. 2, 5e éd., 1954.

Montesquieu : De l'esprit [illegible] Classiques Garnier, 1956.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Nietzsche : La volonté du puissance, Trad. par G. Bianquis, 3° éd., T. 1, Gallimard, 1948.

Page (H.) : A propos du gouvernement des juges, 1931.

Pascal : Pensées, Présenté par J. Guitton, L.P.C., 1962.

Perreau (E.H.) : Technique de la jurisprudence en droit privé, 2 vol., 1923.

PIE XI : Quadragesimo Anno, 1931, in Les Encycliques sociales, Editions Bonne presse, 1962, pp. 129 - 199.

PIE XII : La question sociale aujourd'hui, 1941, les éléments fondamentaux de la vie sociale, 1942, in Le Encycliques sociales, Editions Bonnes Presse, 1962, pp. 201 - 237.

Platon : Le lois, in Oeuvres complètes, T. 11 et 12, Les Belles Lettres, Paris, 1951 - 1956.

Platon : La République, Trad. par R. Baccou, Classiques Garnier, Paris, 1963.

Prélot (M.) : Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 1962.

Ripert (G.) : Le Régime démocratique et le droit civil moderne, Paris, 1935.

Ripert (G.) : La règle morale dans les obligations civiles, 4° éd., 1949.

Ripert (G.) : Le déclin du droit. Etudes sur les législations contemporaines, Paris, 1949.

Ripert (G.) : Les forces crétrices du droit, Paris, 1955.

Roland (H.) : Chose jugé et tierce opposition, Thèse, Lyon, 1958.

Roubier (P.) : Théorie générale du droit, 2° éd., 1951.

Roubier (P.) : Le droit transitoire, 2° éd., 1960.

Roubier (P.) : Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963.

Rouseau (J.-J.) : Du contrat social, Présenté par H. Guillemin, Union générale d'Editions, Paris, 1963.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Saint Thomas D'Aquin : La justice, in somme théologique, Qu. 57 - 62, Trad. par M. - S. Gillet, O.P., 1932.

Saint Thomas D'Aquin : Le justice, in Somme théologique, Qu. 57 - 62, Trad. par M. - S. Gillet, O.P., 1932.

Saint Thomas D'Aquin : Le gouvernement divin, in Somme théologique, Qu: 103 - 109, Trad. par Ch. — V. Heris, Op. P., 1959.

Sartre (J. - P.) : Critique de la raison dialectique, Paris, Gallimard, 1960.

Sartre (J. - P.) : L'existentialisme est un humanisme, Nagel, 1961.

Savatier (R.) : Du droit civil au droit public, 2° éd., 1950.

Savatier (R.) : Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, T. 1 et 3, 1952 - 1959.

Scheler (M.) : Le formalisme en éthique et l'éthique materiales des valeurs. Trad. par M. Gandillac, Paris, Gallimard, 1955.

Stati (M.O.) : Le standard juridique, Paris, 1927.

Tanagho (S.) : De l'obligation judiciaire, L.G.D.J., Paris, 1965.

Teilhard De Chardin : La place de l'homme dans la nature, 1950, Union générae d'éditions, 1962.

Waline (M.) : L'individualisme et le droit, 2° éd., 1949.

Waline (M.) : Droit administratif, Paris, 1959.

Weil (R.) : Contribution à l'étude de l'effet déclaratif des jugements. Thèse, Dijon, 1926.

Villey (M.) : Leçons d'histoire de la philosophie du d it, Dalloz, Paris, 1962.

Vizioz (H.) : Les notions fondamentales de la pro dure et la doctrine française de droit public, 1931.

Werner (Ch.) : La philosophie grecque, P.B., Payot, 1962.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

(b) **Articles :**

Aillet (G.) : De la signification méthodolique de l'idée du droit naturel, in Acrh. de Phil. du dr. et de soc. jur., No. 3 - 4, 1933, pp. 29 - 54.

Al Sanhoury (A. - A.) : Le standard juridique, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny, T. 2, 1935, pp. 144 - 156.

Artur : Séperation des pouvoirs et séparations des fonctions, in Revue de droit public, 1900, 1er. art., T. 13, pp. 214 - 246; 2° art. T. 13, pp. 470 - 496; 3e art., T. 14; pp. 34 - 64, 4e art., T. 14, pp. 236 - 280.

Bach (L.) : Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps, Rev. Trim. de dr. civ., 1969, No. 3, p. 405 et s.

Bonnard (R.) : La conception matérielle de la fonction juridictionnelle, in Mélanges Carré de Malberg, 1973, pp. 3 - 29.

Boulanger : Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi. in Travaux de l'association Henri Capitant, T. 2, 1949, Dalloz, 1950, pp. 61 - 73.

Boulanger : Notations sur le pouvoirs créateur de la jurisprudence civile in Rev. Trim. de dr. civ., 1961, pp. 417 - 441.

Boyer (L.) Les effets des jugements à l'égard des tiers, Rev. Trim. de dr. civ., 1951, pp. 163 - 207.

Brèthe De La Gressaye : Droit administratif et droit privé, mélanges Ripert, p. 304 et s.

Brimo (A.) : De la notion de forme et de contenu du droit dans la théorie générale du droit, in Mélanges offerts à J. Maury, 1960, T. 2, pp. 283 - 298.

Capitant (H.) : Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans (Extrait du livre cinquantenaire de la Société de législation comparé, 1922).

Cassin (R.) : Déclaration universelle des droits de l'homme, Encyclopédie Dalloz, Droit international, T. 1. p. 597 et s.

Chaumont : Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel, Rev. de dr. public, 1942, pp. 93 - 126.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Chevrier (G.) : Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du "jus privatum" et "jus publicum" dans les oeuvres des anciens juristes français, in Arch. de phil. du droit, 1952, pp. 5 - 77.

Dabin (J.) : La difinition du droit à propos d'une étude récente, in Mélanges en l'honneur de P. Roubier, 1961, T. 1, pp. 199 - 219.

Decottignies (R.) : L'erreur de droit, Rev. Trim. de dr. civ., 1951, pp. 309 - 330.

De Laubadère : Réflexions sur la crise du droit administratif français, D. 1952, Ch. p. 5.

Del Vecchio (G.) : Mutabilité et éternité du droit, in : Arch. de phil. du droit, 1957, pp. 137 - 152.

Dereux (M. G.) : Etude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi", Rev. Trim. de dr. civ., 1907, pp. 517 - 554.

Duguit (L.) : L'acte administratif et l'acte juridictionnel, in : Revue de droit public, 1906, pp. 411 - 471.

Dupeyroux (O.) : La jurisprudence, source abusive de droit, in : Mélanges offerts à J. Maury, T. 2, 1960, pp. 221 - 232.

Eisenmann (Ch.) : Droit public, Droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX° siècle au XXe siècle), Rev. du dr. public, 1952, pp. 903 - 979.

Eisenmann (Ch.) : Le juriste et le droit naturel, in : Le droit naturel, P.U.F., 1959, pp. 205 - 229.

Allul (J.) : Quelle est la signification de la révélation chrétienne pour le droit positif, in : La Révélation Chrétienne et le droit, Dalloz, Paris, 1961, pp. 39 - 49.

Ellul (P.) : La loi et la jurisprudence, Rev. Trim. de Droit Civil., 1952, pp. 17 - 23.

Gény (F.) : La Laicité du droit naturel, in : Arch. de Phil du Droit et de Soc., Jur., No. 3 - 4, 1935, pp. 7 - 27.

Giverdon (C.) : Contrat judiciaire, in : Encyclopédie Dalloz, Procédure Civ. et Commerciale.

Guillien : Nul n'est censé ignorer la loi, in : Mélanges P. Roubier, T. 1, 1961, pp. 253 - 269.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Gurvitch (G.) : Droit naturel ou droit positif intuitif? in : Arch. de phil. du droit et de soc. jur., No. 3 - 4, 1933, pp. 55 - 90.

Haesert (J.-P.) : Fondement du droit naturel, Arch. de phil. du droit, No. 3 - 4, 1933, pp. 197 - 226.

Hauriou (M.) : Police juridique et fond du droit, in : Rev. Trim. du droit civ., 1926, pp. 256 - 312.

Hauriou (M.) : Les éléments du contentieux, in : Recueil de législation de Toulouse, 1905, pp. 1 - 98.

Hebraud (P.) : L'acte juridictionnel et la classification des contentieux à propos de la condamnation pénale, in : Recueil de l'académie de législation de Toulouse, 1949, pp. 667 - 695.

Houin (R.) : De lege ferenda, in : Mélanges en l'honneur de P. Roubier, T. 1, 1961, pp. 283 - 294.

Houin (R.) : La gestion des entreprises publiques et les méthodes du droit commercial, in : Arch. de phil. du droit, 1952, pp. 79 - 107.

Hubert (R.) : Contribution à l'étude sociologique des origines de la notion de droit naturel, in : Arch. de phil. du droit, No. 3 - 4, 1933, pp. 91 - 158.

Josserand (L.) : Comment les textes de la loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques, in : Etudes du droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1939, pp. 369 - 380.

Jèze (G.) : L'acte juridictionnel et la classification de recours contentieux, Revue de droit public, 1909, pp. 667 - 695.

Kelsen (H.) : Justice et droit naturel, in : Le droit naturel, P.U.F., 1959, pp. 1 - 123.

Lalou (H.) : Déclaratif ou constitutif? (Caractère des jugements rendus en matière de responsabilité civile), D. Ch. 1936, 69.

Lampué (P.) : La notion d'acte juridictionnel, Revue du droit public, 1946, pp. 84 - 48.

Malaurie : La jurisprudence contrôlée par la loi, Mélanges Savatier, 1965, p. 604 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Marty (G.) : Progrès ou déclin de droit, in: Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 5e série, T. 2, 1953, pp. 66-72.

Maury (J.) : Observations sur les expressions du droit : règles et directives, in : Mélanges Ed. Lambert, T. 1, 1938, pp. 421-433.

Maury (J.) : Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, in : Etudes offerts à G. Ripert, 1950. T., 1, pp. 28-50.

Maury (J.) : Observations sur les "Aspects philosophiques, du droit international privé, 1957,. pp. 227-272.

Mazeaud (H.) : La Maxime error communis facit jus, Rev.. Trim. de droit civ., 1924, pp. 929-964.

Mazeaud (H.) : De la distinction des jugements déclaratifs et jugements constitutifs du droit, Rev., Trim. de Droit Civ., 1929, pp. 17-56.

Mignon (M.) : Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, Dalloz, 1952, Ch., p. 45 et s.

Morin (G.) : Vers la révision de la technique juridique, in : Arch. de phil. du droit, No. 1-2, 1931, pp. 73-85.

Morellet (J.) : L'interpénétration du droit public et du droit privé, Mélanges Lambert, 3, p. 138 et s.

Raynaud (P.) : La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs, In : Etudes de droit contemporain, Sirey, 1959, T. 2, pp. 377-392.

Richard (G.) : Le positivisme juridique et la loi des trois états. in : Arch. de Phil du Droit, 1931, pp. 311-340.

Rivero (J.) : Le juge administratif français, un Juge qui gouverne. D. Ch. 1951, 21.

Rivero (J.) : Le régime des Entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif, in : Arch. de phil. du droit, 1952, pp. 147-171.

Sotto (J.) : La notion de juridiction, D. Ch., 1959, 45.

Terré (F.) : Le Rôle actuel de la maxime "nul n'est censé ignorer la loi", in : Etudes de droit contemporain, nouvelle série, 1966, pp. 91-[illegible].

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Waline (M.) : Du critère des actes juridictionnels, in. Revue du Droit Public, 1933, pp. 465 - 472.

Waline (M.) : Situation actuelle du droit administratif en France, Préface au Juris-Classeur Administratif, 1952.

Vareilles-Sommières (De) : Une Théorie nouvelle sur la retreactivité des lois, Rev. Crit., 1893, pp . 444 - 468; 492 - 519.

Villey (M.) : Essor et décadence du volontarisme juridique, in : Arch. de Phil. du droit, 1957, pp. 87 - 98.

Villey (M.) : L'écriture Sainte comme source du droit dans la somme théologique de Saint Thomas d'Aquin, in. La révélation chrétienne et le droit, Dalloz, 196, pp. 63 - 85.

Waline (M.) : Positivisme philosophique, juridique, et sociologique, in Mélanges Carré de Malberg, 1933, pp. 519 - 534.

Waline (M.) : Le pouvoir normatif de la jurisprudence, in : Etudes en l'honneur de G. Scelle, T. 2, 1950, pp. 613 - 632.

مراجع باللغة الانجليزية :

Bertrand Russel : Authority and the individual, Beacon Press, Beacon-Hill, Boston, U.S.A., 1949.

Hobbes (Th.) : Leviathan, 1651, Introduction by A. D. Lindsay, London, T.M. Dent & Sons, Ltd., New York; E. P. Dutton et Coing 1959.

Roscoe Pound : An introduction to the philosophie of law, Oxford University Press, 1922.

Aldous Huxley; Jacques Maritain, Mahatma Ghandi, Teilhard de Chardin, Comments and interpretations, in : Human Rights, edited by UNESCO, Allan Wingate, London, New York, 1948.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفهرس

رقم الصفحة

١ ـ تعريف القانون ٧
٢ ـ خطة الدراسة ٩

الباب الأول

قواعد القانون

الفصل الأول

قواعد القانون وتطبيقاتها

٣ ـ الثنائية والأحدية ١٠
٤ ـ الأحدية البدائية ١٤
٥ ـ ظهور النظرية الثنائية : القانون والحق ١٥
٦ ـ النظرية الوسطية الحديثة : (كلسن) ١٧
٧ ـ النظرية الثنائية الحديثة : القانون والمراكز القانونية ٢٣

الفصل الثاني

خصائص القاعدة القانونية

٨ ـ تحديد خصائص القاعدة القانونية ٢٩

المبحث الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

٩ ـ القواعد العلمية وقواعد السلوك ٣١
١٠ ـ قواعد السلوك الاجتماعي ٣٤
١١ ـ قواعد القانون تنظم المجتمع السياسي ٣٥

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

المبحث الثانى
العمومية والتجريد

١٢ - قواعد القانون عامة مجردة ٣٨
١٣ - العمومية والتجريد تتراوح بين المرونة والجمود ٤٣
١٤ - القاعدة القانونية المرنة ٤٤
١٥ - القاعدة القانونية الجامدة ٤٧
١٦ - كيفية تطبيق القاعدة القانونية المرنة والقاعدة القانونية الجامدة ٤٩
١٧ - مقارنة بين القواعد الجامدة والقواعد المرنة ٥١
١٨ - مرونة القاعدة لا تتعارض مع عموميتها وتجريدها ٥٥
١٩ - السلطة التقديرية فى حدود سيادة القانون ٥٦
٢٠ - مقارنة السلطة التقديرية بفكرة القانون الحر ٥٧

المبحث الثالث
الالزام والجزاء والقهر
المطلب الأول
تحديد مفاهيم الالزام والجزاء والقهر

٢١ - ضبط الاصطلاحات ٥٩
٢٢ - القهر هو اجبار عام بواسطة السلطة العامة ٦١
٢٣ - التفرقة بين القهر وبين الاتجاه الى القهر ٦٣
٢٤ - القهر ما بين التنفيذ الاختيارى وعدم التنفيذ ٦٥
٢٥ - تالى عدم الالتجاء الى القهر على وجود القاعدة ٦٧
٢٦ - الأنواع المختلفة للجزاء فى القاعدة القانونية ٧٤
٢٧ - مشكلة الجزاء فى القانون الدستورى والقانون الدولى العام ٧٨

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

المطلب الثانى

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٢٨ - درجة الالزام فى القاعدة القانونية ٨٤

٢٩ - صفة الالزام فى القواعد المكملة أو المقررة ٨٦

٣٠ - المعيار الجامد للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ٨٧

٣١ - المعيار المرن : فكرة النظام العام والآداب ٨٩

٣٢ - تحديد فكرة النظام العام والآداب فى ضوء النظرة العامة للوجود السائد فى المجتمع ٩٣

٣٣ - النظام العام الاشتراكى ٩٩

٣٤ - تطبيقات فكرة النظام العام ١٠٢

٣٥ - تطبيقات فكرة الآداب ١٠٤

٣٦ - آثار تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام والآداب ١٠٦

٣٧ - نظرة عامة ١٠٧

الفصل الثالث

العلاقة بين القانون والدولة

٣٨ - القانون الوضعى ١٠٩

٣٩ - الوضعية الفلسفية والوضعية القانونية ١١٠

٤٠ - معيار الوضعية القانونية ١١٣

٤١ - الوضعية القانونية من خلق فلاسفة القانون الطبيعى ١١٣

٤٢ - تعدد اتجاهات الوضعية القانونية ١١٤

٤٣ - الاتجاهات غير الوضعية فى القانون ١٣٠

٤٤ - تأييد الوضعية القانونية ١٣٣

٤٥ - أساس الالتزام بالقانون الوضعى ١٣٤

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

الباب الثانى

جوهر القانون

٤٦ - القانون والارادة ١٢٥

الفصل الأول

نظرية أرسطو فى القانون الطبيعى

٤٧ - الانسان حيوان اجتماعى ١٣٠
٤٧ - الهدف من الدولة ١٣١
٤٨ - العدل أساس الدولة ١٣٣
٤٩ - خضوع الأفراد لأحكام القانون ١٣٤
٥٠ - خضوع القانون الوضعى للقانون الطبيعى (القانون العقل) ١٣٦
٥١ - القانون الطبيعى ذو التعبير المتغير ١٣٩
٥١ - العدل التوزيعى والعدل التبادلى ١٤١
٥٢ - العدل التبادلى والعقد ١٤٣
٥٣ - العدل التوزيعى والملكية الخاصة (مهاجمة الشيوعية) ١٤٥
٥٤ - تحديد الملكية الخاصة ١٤٧
٥٥ - العدل العام والعدل الخاص (مبدأ سيادة القانون) ١٤٩
٥٦ - الصراع الطبقى ونظرية القانون الظالم ١٥٤
٥٧ - نظرية الصراع الطبقى فى العصر الحديث ١٥٧
٥٨ - نظرة عامة على نظرية القانون الطبيعى ١٦١

الفصل الثانى

نظرية العقد الاجتماعى ونظرية سلطان الارادة

٥٩ - الشهرة الارادية الزائفة للنظريتين ١٦٤
٦٠ - نظرية العقد الاجتماعى (أفلاطون ، هوبز ، لوك ، جان جاك روسو) ١٦٦
٦١ - نظرية سلطان الارادة (كانت) ١٧٣

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

الفصل الثالث

الانحراف فى نظرية القانون الطبيعى

او

الخلط بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى

(هوبز وهيجل)

٦٢ — ازدواج القانون الطبيعى والقانون الوضعى ١٧٩

٦٣ — نظرية عقل الكومنولث (هوبز) ١٨٤

٦٤ — فلسفة الفكرة (هيجل) ١٨٦

الفصل الرابع

نظرية ارادة القوة

(نيتشه)

٦٥ — الفلسفة اللاعقلية او العدمية ١٩١

الفصل السادس

الفلسفات المادية للارادة

(فلسفة الشك والمادية التاريخية)

٦٦ — فلسفة الشك (باسكال) ١٩٦

٦٧ — المادية التاريخية (ماركس وانجلز) ١٩٨

الفصل السادس

الاتجاهات المعاصرة

٦٨ — التقرير بالفلسفات المعاصرة ٢٠٣

٦٩ — فلسفة الحياة ٢٠٣

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

٧٠ - فلسفة الجوهر ٢٠٧
٧١ - فلسفة الوجود ٢١٠
٧٢ - علوم الاجتماع والأنتروبولجيا والتاريخ ٢١٦
٧٣ - نظرية القانون الطبيعي في القرن العشرين ٢٢١
٧٤ - نظرة عامة ٢٢٥

الباب الثالث

مصادر القانون

٧٥ - تمهيد ٢٣١

الفصل الأول

مصادر القانون بوجه عام

المبحث الأول

تعريف مصادر القانون

٧٦ - تحديد مصادر القانون طبقا لمبدأ السبب المنشىء ٢٣٤
٧٧ - اصطلاح المصدر له مدلول واحد ٢٣٧

المبحث الثاني

التفرقة بين مصادر القانون وجوهر القانون

٧٨ - معيار واسباب التفرقة بين مصادر القانون وجوهر القانون ٢٤٠

المبحث الثالث

التفرقة بين مصادر القانون والمبادىء العامة للقانون

٧٩ - المبادىء العامة للقانون ٢٤٦
٨٠ - الاعلان العالمي لحقوق الانسان كتعبير عن المبادىء العامة للقانون ٢٤٩
٨١ - معيار التفرقة بين مصادر القانون والمبادىء العامة للقانون ٢٥٣
٨٢ - مبادىء الشريعة الاسلامية [illegible] القانون المصري ٢٦١

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

المبحث الرابع

التفرقة بين مصادر القانون والقوى الملزمة للقانون

٨٣ - معيار التفرقة ٢٦٧

المبحث الخامس

التفرقة بين مصادر القانون ومضمون القانون

مع تطبيق التفرقة على ما يسمى بالأحوال الشخصية

٨٤ - وضع المشكلة ٢٧٢
٨٥ - المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية ٢٧٣
٨٦ - عدم وجود فائدة لاصطلاح الأحوال الشخصية ٢٧٧
٨٧ - المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ..... ٢٨٧
٨٨ - الشرائع المتعددة تصدر عن سلطة الدولة ٢٩٠

الفصل الثاني

التشريع

المبحث الأول

تعريف التشريع وتحديد خصائصه

٨٩ - تعريف ٢٩٣
٩٠ - التشريع يتضمن قاعدة قانونية ٢٩٤
٩١ - التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة ٢٩٦
٩٢ - التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة ٢٩٨

المبحث الثاني

سن التشريع ونفاذه

٩٣ - السلطة المختصة بسن التشريع ٣٠٤
٩٤ - سن التشريع الأساسي ونفاذه ٣٠٥

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

٩٥ - سن التشريع العادى ٣٠٨

٩٦ - اصدار التشريع العادى ٣١١

٩٧ - نشر التشريع العادى ٣١٤

٩٨ - الأخطاء فى سن التشريع واصداره ونشره ٣١٩

٩٩ - حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى ٣٢٢

(١) تشريع السلطة الفعلية ٣٢٢

(٢) تشريع الضرورة ٣٢٣

(٣) تشريع التفويض ٣٢٥

١٠٠ - اختصاص السلطة التنفيذية بسن التشريع الفرعى (اللوائح) ٣٣١

(١) اللوائح التنفيذية ٣٣٢

(٢) اللوائح التنظيمية ٣٣٤

(٣) لوائح البوليس ٣٣٥

المبحث الثالث

خضوع التشريع لمبدأ سيادة القانون

أو

رقابة صحة التشريع العادى والتشريع الفرعى

١٠١ - مبدأ تدرج التشريع ٣٤٨

١٠٢ - مبدأ رقابة صحة التشريع من حيث الشكل ٣٤٠

١٠٣ - التجربة الامريكية الرائدة فى رقابة دستورية القوانين من حيث الموضوع : ٣٤١

١ - حجج الاتجاه المؤيد للرقابة القضائية لدستورية القوانين ٣٤٢

٢ - حجج الاتجاه المعارض للرقابة القضائية لدستورية القوانين ٣٤٤

١٠٤ - القضاء الفرنسى لا يفرض رقابته على دستورية القوانين : التجديد الذى استحدثه دستور سنة ١٩٥٨ ٣٤٥

١٠٥ - رقابة دستورية القوانين فى مصر قبل انشاء المحكمة العليا ٣٤٧

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

١٠٦ - رقابة دستورية القوانين في مصر بعد انشاء المحكمة العليا سنة ١٩٦٩ ..... ٣٥١

١٠٧ - رقابة دستورية القرارات بقوانين قبل وبعد انشاء المحكمة العليا ٣٥٦

١٠٨ - رقابة دستورية اللوائح وقانونيتها قبل وبعد انشاء المحكمة العليا ٣٥٩

٣٦٠ ٠٨ مكرر - انشاء المحكمة الدستورية العليا

المبحث الرابع

صياغة التشريع

١٠٩ - انتقاء بعض أساليب الصياغة ٣٦٢

المطلب الأول

الصياغة العامة للتشريع

(التجميع أو التقنين)

١١٠ - التقنين قمة الصياغة القانونية ٣٦٣

١١١ - مزايا التقنين ٣٦٥

١١٢ - تقنين نابليون ٣٦٦

١١٣ - أنصار التقنين وخصومه ٣٦٨

١١٤ - حركة التقنين في مصر ٣٧٤

المطلب الثاني

بعض وسائل الصياغة الخاصة للتشريع

١ - الشكلية

١١٥ - تعريف الشكلية وأنواعها ٣٧٨

١ - الرسمية ٣٨١

٢ - أشكال الاثبات ٣٨٢

٣ - أشكال الشهر ٣٨٣

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

٤ - أشكال الولاية على المال ٣٨٤

٥ - أشكال المرافعات والتنفيذ ٣٨٥

٦ - الأشكال الضريبية ٣٨٦

٣ - القرائن القانونية

١١٦- تعريف ٣٨٧

١١٧- دور القرائن القانونية في الإثبات ٣٨٩

أولا : نظام الإثبات في مجموعه يقوم على الافتراض : نقل محل الإثبات ٣٨٩

ثانيا : القرينة القانونية كوسيلة من وسائل الإثبات ٣٩٠

١١٨ - دور القرائن القانونية في صياغة القواعد القانونية الموضوعية ٣٩٦

أولا : دخول القرينة في مضمون القاعدة : احلال فكرة محل أخرى ، وبصفة خاصة احلال الكم محل الكيف ٣٩٦

ثانيا : القرينة القانونية كأساس لتبرير القاعدة ٣٩٨

٣ - الحيل القانونية

١١٩- تعريف ومقارنة ٤٠٠

١٢٠ - نسبية فكرة الحيلة ٤٠٤

١٢١- دور الحيلة في الصياغة القانونية ٤٠٦

أولا : استخدام الحيلة في خلق قواعد قانونية جديدة ٤٠٧

ثانيا : استخدام الحيلة في توسيع نطاق تطبيق القواعد القائمة ٤٠٨

ثالثا : استخدام الحيلة في تبرير القواعد القائمة ٤١٠

رابعا : استخدام الحيلة في عنوان القاعدة ٤١١

المبحث الخامس

الغاء التشريع

١٢٢ - التفرقة بين الغاء التشريع وابطاله ٤١٢

١٢٣ - سلطة الغاء التشريع وانواع الالغاء ٤١٤

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

١٢٤ - الالغاء الصريح ٤١٥
١٢٥ - الالغاء الضمني ٤١٦
اولا : التعارض الكامل : تنظيم نفس الموضوع من جديد ٤١٦
ثانيا : التعارض الجزئي ٤١٨
ثالثا : التعارض بين حكم عام وحكم خاص ٤١٨
(١) الحكم الحديث الخاص يقيد الحكم القديم العام ولا يلغيه ٤١٨
(٢) الحكم الحديث العام يتقيد بالحكم القديم الخاص ولا يلغيه ٤١٩
١٢٦ - مشكلة التشريعات المحيلة ٤٢١

الفصل الثالث

العـــرف

المبحث الأول

تعريف العرف وتحديد أركانه وأثباته

١ - تعريف العرف

١٢٧ - العرف قانون غير مكتوب ٤٢٣
١٢٨ - أنواع العرف ٤٢٥

٢ - أركان العرف

١٢٩ - الركن المادي ٤٢٧
١٣٠ - الركن المعنوي ٤٣٠
١٣١ - العادات الاتفاقية ٤٣٢
١٣٢ - تحول العادة الى عرف ٤٣٨
١٣٣ - هل يشترط عدم مخالفة العرف للنظام العام والآداب ؟ الوضع الصحيح للمسألة ٤٤٠

٣ - اثبات العرف

١٣٤ - تطبيق قاعدة ان القانون ليس معلوما للقاضي ، على العرف ٤٤٣
١٣٥ - رقابة محكمة النقض ٤٤٦

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

المبحث الثانى
طبيعة العرف وأساس قوته الملزمة

١٣٦ - رفض فكرة الارادة الضمنية للسلطة التشريعية ٤٤٩

١٣٧ - رفض فكرة الارادة الصريحة للسلطة التشريعية ٤٥١

١٣٨ - رفض فكرة العرف القضائي ٤٥٣

١٣٩ - رفض اعتبار العرف كاشفا للقانون وغير خالق له : نقد المذهب التاريخى ٤٥٧

١٤٠ - العرف تعبير ارادى مستقل عن سلطة الدولة ٤٦٠

١٤١ - الأساس الفلسفى للعرف ٤٦٥

المبحث الثالث
دور العرف بين مصادر القانون

١٤٢ - ليس للتشريع ان يحدد دوره او دور غيره من مصادر القانون ٤٦٦

١٤٣ - نص المادة الأولى من القانون المدنى لا يكفى لجعل العرف مصدرا احتياطيا ٤٧٠

١٤٤ - تفوق التشريع على العرف من حيث الواقع يقتصر على الحكم لا على الكيف ٤٧٢

١٤٥ - وجود عرف دستورى يعنى ان العرف قد يسمو على التشريع ٤٧٣

١٤٦ - العرف الخاص يقيد التشريع العام ٤٧٦

١٤٧ - العرف اللاحق يعدل أو يلغى التشريع السابق المساوى له فى الدرجة ٤٧٩

١٤٨ - نظرة عامة ٤٨١

الفصل الرابع
القضـــــاء

١٤٩ - مشكلة النقص فى التشريع ٤٨٣

١٥٠ - مبدأ الفصل بين السلطات ٤٩٢

١٥١ - الاعتراف بالقضاء كمصدر للقانون هو تقرير لأمر واقع ٤٩٨

١٥٢ - رفض فكرة حكومة القضاة وفكرة السلطة البريتورية ٥٠٣

١٥٣ - مركز القضاء من مصادر القانون الأخرى ٥٠٦

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

الباب الرابع

تطبيق القانون

الفصل الأول

دور السلطة القضائية فى تطبيق القانون

١٥٤ - اكتمال الصفة الوطنية للسلطة القضائية فى مصر فى ١٤ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ..... ٥١٣

١٥٥ - مركز القضاء الادارى بين السلطتين الادارية والقضائية ٥١٥

١٥٦ - فقه القانون الادارى فى فرنسا يسبب الاضطراب فى مفهوم العمل القضائى ٥٢٢

١٥٧ - معيار العمل القضائى ٥٢٧

١٥٨ - محاكم السلطة القضائية فى القانون المصرى ٥٣٣

١٥٩ - انشاء المحكمة العليا بمقتضى القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩، وتحولها الى محكمة دستورية عليا بمقتضى الدستور ٥٣٨

١ - الفصل فى دستورية القوانين ٥٣٨

٢ - تفسير النصوص القانونية ٥٣٨

٣ - رقابة الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم ٥٤٠

٤ - الفصل فى مسائل تنازع الاختصاص ٥٤٢

١٥٩ - اختصاصات المحكمة الدستورية العليا ٥٤٣

١٦٠ - وضع القضاء العسكرى ٥٤٤

١٦١ - نظرة عامة ٥٤٩

الفصل الثانى

نطاق تطبيق القانون من حيث الموضوع

أو

فروع القانون

١٦٢ - القانون العام والقانون الخاص ٥٥١

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

المبحث الأول

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

١٦٣ ـ تاريخ التفرقة ٥٥٣
١٦٤ ـ فائدة التفرقة ٥٥٥
١٦٥ ـ معيار التفرقة ٥٥٨

المبحث الثاني

فروع القانون العام

١٦٦ ـ القانون الدستورى ٥٦٥
١٦٧ ـ القانون الادارى ٥٦٧
١٦٨ ـ القانون المالى ٥٦٨
١٦٩ ـ قانون التأمينات الإجتماعية ٥٦٩
١٧٠ ـ القانون الجنائى ٥٧٠
١ ـ قانون العقوبات ٥٧٢
٢ ـ قانون الاجراءات الجنائية ٥٧٣
١٧١ ـ القانون الدولى العام ٥٧٤

المبحث الثالث

فروع القانون الخاص

١٧٢ ـ القانون المدنى ٥٧٦
١٧٣ ـ القانون التجارى التقليدى ٥٧٨
١٧٤ ـ قانون التجارة البحرى ٥٨٠
١٧٥ ـ القانون الزراعى ٥٨٣

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

المبحث الرابع

فروع القانون المختلطة

١٧٦ ـ قانون العمل ٥٨٣
١٧٧ ـ قانون المرافعات المدنية والتجارية ٥٨٦
١٧٨ ـ القانون الدولى الخاص ٥٨٨

الفصل الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

أو

قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

المبحث الأول

أساس قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

١٧٩ ـ الأشخاص المخاطبون بحكم القانون ٥٩٣
١٨٠ ـ الصلة بين قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وقاعدة افتراض العلم به ٥٩٤
١٨١ ـ افتراض العلم بالقانون : قرينة أم حيلة ؟ ٥٩٧
١٨٢ ـ قاعدة افتراض العلم بالقانون فى مواجهة ظاهرة انجهـل به ٥٩٩
١٨٣ ـ رفض فكرة الالتزام بالعلم بالقانون باعتبارهـا حيلة قانونية ٦٠١
١٨٤ ـ مناقشة فكرة المساواة أمام القانون كاساس لعدم جواز الاعتذار بالجهل به ٦٠٦

المبحث الثانى

الاستثناءات على قاعدة عدم جواز الاعتراف بالجهل بالقانون

١٨٥ ـ قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون قاعدة اساسية ولكنها ليست مطلقة ٦٠٩
١٨٥ ـ جواز الاعتذار بالجهل بالقانون عند استحالة العلم به ٦١٠
١٨٦ ـ قاعدة الغلط الشائع يولد الحق تسمح احيانا بالافلات من حكم القانون ٦١١
١٨٦ ـ توافر حسن النية قد يجيز الاعتذار بالجهل بالقانون او الافلات من حكم القانون ٦١٧

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

١٨٧ ـ توافر عيب من عيوب الارادة قد يجيز الاعتذار بالجهل بالقانون .....

١٨٨ ـ جواز الاعتذار بالجهل ببعض القيود القانونية الواردة على العقار المبيع .....

١٨٩ ـ جواز دفع المسئولية الجنائية بسبب الجهل بقوانين غير جنائية ٦٢٥

المبحث الثالث

امتداد قاعدة جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

الى مصادر القانون المختلفة

١٩٠ ـ امتداد قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الى القواعد المكملة او المفسرة

١٩١ ـ امتداد قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الى القواعد العرفية والقضائية

١٩٢ ـ امتداد قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الى القانون الأجنبى ٦٢٩

١٩٣ ـ نظرة عـــامة ....

الفصل الرابع

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

١٩٤ ـ مبدأ اقليمية القـــوانين ومبدأ شخصية القـوانين ....

١٩٥ ـ انتصار مبدأ الاقليمية باستثناء بعض التطبيقات الخاصة ....

١٩٦ ـ تطبيق القوانين الأجنبية وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص هـــو ابرز استثناء من مبدأ الاقليميـــة ....

١٩٧ ـ الاستثناءات من مبدأ الاقليمية فى نطاق القانون الجنائى ....

١٩٨ ـ الاستثناءات من مبدأ الاقليمية فى نطاق القانون العـام ٦٤٤

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

الفصل الخامس

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

أو

تنازع القوانين فى الزمان

المبحث الأول

المبادىء النظرية فى تنازع القوانين من حيث الزمان

١٩٩ - تنازع القوانين من حيث الزمان هو نتيجة لتعاقب القوانين ٦٤٦
٢٠٠ - التفرقة بين قواعد تنازع القوانين فى الزمان والقواعد الانتقالية ٦٤٨
٢٠١ - متى يبدأ تطبيق القانون الجديد ؟ ٦٤٩

المطلب الأول

مبدأ عدم رجعية القانون فى ذاته

٢٠٢ - تاريخ المبدأ ٦٥٣
٢٠٣ - أهمية المبدأ ٦٥٥
٢٠٤ - هل يكفى مبدأ عدم الرجعية لحل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان ؟ ٦٥٨

المطلب الثانى

النظرية التقليدية فى تفسير عدم الرجعية

٢٠٥ - نظرية الحق المكتسب ٦٥٩
٢٠٦ - التفرقة بين الحق والمصلحة كتعبير جديد عن النظرية التقليدية ٦٦١
٢٠٧ - نقد النظرية التقليدية ٦٦٣
٢٠٨ - قصور النظرية التقليدية فى التعبير عن مبدأ عدم الرجعية ٦٦٥
٢٠٩ - اغفال النظرية التقليدية مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ٦٦٧

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

المطلب الثالث

النظرية الحديثة فى التفرقة بين مبدأ عدم الرجعية ومبدأ الأثر المباشر

٢١٠ ـ الأفكار الموجهة للنظرية الحديثة ٦٧٠

١ ـ مبدأ عدم رجعية القانون

٢١١ ـ معيار التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون ٦٧١
٢١٢ ـ عدم رجعية القوانين على الوقائع التامة ٦٧٤
٢١٣ ـ المراكز القانونية التابعة ٦٧٦
٢١٤ ـ الاستثناءات على مبدأ عدم رجعية القانون ٦٧٧
٢١٥ ـ الاستثناء الأول : النص صراحة على الرجعية ٦٧٧
رفض فكرة الرجعية الضمنية ٦٧٩
رفض فكرة الرجعية الفطرية أو الطبيعية ٦٧٩
٢١٦ ـ الاستثناء الثانى : التشريعات التفسيرية ٦٨١
٢١٧ ـ القوانين الجنائية الأصلح للمتهم بين الأثر المباشر والأثر الرجعى ٦٨٥
٢١٨ ـ عدم استثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام من مبدأ عدم الرجعية ٦٨٧

٢ ـ مبدأ الأثر المباشر للقانون

٢١٩ ـ انطباق القانون الجديد على المراكز الجارية ٦٨٨
٢٢٠ ـ المراكز القانونية التى فى سبيل التكوين أو الانقضاء ٦٨٨
١ ـ المراكز ذات التكوين أو الانقضاء المستمر : التقادم المكسب أو المسقط ٦٨٩
٢ ـ المراكز ذات التكوين المتسلسل أو المتتابع ٦٩٢
٢٢١ ـ الآثار الجارية للمراكز القانونية ٦٩٢
٢٢٢ ـ استثناء الآثار الجارية للمراكز العقدية من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ٦٩٣
٢٢٣ ـ الحد من الاستثناء السابق ٦٩٧
٢٢٤ ـ أساس مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد ٧٠٠
٢٢٥ ـ الخطوط العامة فى النظرية الحديثة ٧٠١

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

المبحث الثانى

الحلول المقررة فى القانون المصرى

لتنازع القوانين من حيث الزمان

أولا ـ الحلول المقررة فى التشريع

٢٣٦ ـ الأهلية ٧٠٤

٢٣٧ ـ التقادم ٧٠٧

٢٣٨ ـ الاثبات ٧١٢

٢٣٩ ـ المرافعات ٧١٥

٢٤٠ ـ الجرائم والعقوبات ٧٢٠

ثانيا ـ الحلول المستخلصة من الفقه والقضاء

٢٤١ ـ آثار العقود ٧٢٢

٢٤٢ ـ علاقات العمل ٧٢٥

٢٤٣ ـ الحقوق العينية ٧٢٦

٢٤٤ ـ الشفعة ٧٢٨

٢٤٥ ـ الوصية ٧٣٠

٢٤٦ ـ مراكز القانون العام : ٧٣١

الجنسية ٧٣٢

الضرائب ٧٣٣

نزع الملكية للمنفعة العامة ٧٣٥

٢٤٧ ـ نظرة عامة ٧٣٥

الفصل السادس

تفسير القانون

٢٤٨ ـ ارتباط تفسير القانون بمصادر القانون ٧٣٧

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

المبحث الأول

أنواع التفسير

٢٤٩ - التفسير التشريعي ٧٣٨
٢٥٠ - التفسير القضائي ٧٤٢
٢٥١ - التفسير الفقهي ٧٤٥

المبحث الثاني

مدارس التفسير

المطلب الأول

مدرسة الشرح على المتون

٢٥٢ - نقطة البداية هى أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون ٧٤٩
٢٥٣ - طرائق التفسير فى مدرسة الشرح على المتون ٧٥٠
٢٥٤ - نقد مدرسة الشرح على المتون ٧٥٢

المطلب الثاني

المدرسة التاريخية

٢٥٥ - نقطة البداية هى أن ضمير الشعب هو المصدر الوحيد للقانون ٧٥٣
٢٥٦ - نقد المدرسة التاريخية ومن نحا نحوها ٧٥٤

المطلب الثالث

مدرسة البحث العلمى الحر

٢٥٧ - نقطة البداية هى النقص فى التشريع ، وتعدد مصادر القانون ٧٥٥

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

رقم الصفحة

المطلب الرابع

تأثير مدارس التفسير على القانون الوضعي المصرى

٢٥٨ - نص المادة الاولى من المشروع الذى يجمع بين نظرية الشرح على المتون ونظرية البحث العلمى الحر ٧٥٧

٢٥٩ - موقف القضاء المصرى من مدارس التفسير ٧٥٩

٢٦٠ - تأثير تفسير القانون فى مصر بكل مدارس التفسير ٧٦٠

المبحث الثالث

بعض قواعد التفسير

٢٦١ - ازالة التعارض بين قواعد القانون ٧٦٠

٢٦٢ - بعض قواعد تفسير النصوص ٧٦١

٢٦٣ - القياس ٧٦٤

٢٦٤ - الرجوع الى الاعمال التحضيرية والسوابق التاريخية ٧٦٦

فهرس ٧٨٥

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الأدوار المختلفة للمحاكم العليا فى مصر*
الدستورية والادارية والنقض

بقلم
دكتور سمير تناغو
استاذ القانون المدنى

تساؤلات الرأى العام :

توجد فى مصر ثلاث محاكم عليا رئيسية هى المحكمة الدستورية العليا والمحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض .

وبقدر ما توجيء الرأى العام فى مصر بالحكم الذي أصدرته المحكمة الدستورية العليا فى ٢٢ فبراير ١٩٩٧ الذى قرر عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فيما نصت عليه من استمرار الاجارة التى عقدها المستأجر فى شأن العين التى استأجرها لمزاولة نشاط حرفى أو تجارى لصالح ورثته بعد وفاته ، فان مفاجأته كانت اكبر عندما أصدرت محكمة النقض بعد ذلك بايام حكمها فى الطعن رقم ٢٧٠٥ لسنة ٦٦ قضائية الذى قررت فيه ان «ما قضت به المحكمة الدستورية فى ٢٢ فبراير ١٩٩٧ من عدم دستورية بعض ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٩) ولا يمنع فى الواقع تطبيق ما جرى عليه قضاء محكمة النقض قبل صدور القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى استمرار عقد الايجار لمصلحة ورثة المستأجر بوجه عام طبقا للمادة (١/٦٠١) من القانون المدنى ، دون اشتراط أن تكون قرابتهم من درجة معينة ولا احتراف أى منهم لمهنة المستأجر».

وقد تساءل الرأى العام وقتها عن معنى وأسباب هذا التناقض بين حكم المحكمة الدستورية العليا وحكم محكمة النقض ، ووجه الرأى العام سؤالا أكثر أهمية من الناحية العملية وهو : هل أفرغت محكمة النقض حكم المحكمة الدستورية من مضمونه وأزالت آثاره؟ أم أن حكم المحكمة الدستورية هو الذى سيغلب ويسود؟

وللاجابة على هذا السؤال نقول أنه لولا تدخل المشرع لتنظيم هذه المسألة بمقتضى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ لأصبح حكم محكمة النقض هو حكم القانون فى هذه المسألة.

---

* مقال منشور فى جريدة الأهرام فى ١٧ ديسمبر ١٩٩٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن بعد صدور القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ فقد أصبح حكم القانون هو حكم هذا التشريع الجديد، لا حكم المحكمة الدستورية العليا ولا حكم محكمة النقض .

لا تعلو احداها على الاخرى :

ولتوضيح الأمور للرأى العام ولرجال القانون نلاحظ ما يأتى :

١ - المحاكم العليا فى مصر لا تعلو احداها على الأخرى ، ولا تخضع احداها للأخرى فكل منها محكمة عليا فى حدود اختصاصها ، ولا يوجد تداخل بين اختصاص كل منها .

٢ - من المعروف أن اصطلاح القانون أوسع من اصطلاح التشريع ، فالتشريع جزء من القانون ولكن القانون يتكون أيضا من القضاء والعرف . والقضاء يقوم بدور لا يقل كثيرا عن دور التشريع فى خلق القواعد القانونية.

٣ - محكمة النقض هى قمة محاكم السلطة القضائية، وهى تعمل على توحيد تفسير القانون وتطبيقه، وتقوم كثيرا بخلق القواعد القانونية الجديدة، إما لسد النقص فى التشريع، أو لتطوير التشريع تحت ستار تفسيره وتطبيقه .

٤ - المحكمة الادارية العليا هى قمة محاكم القضاء الادارى ، وقد قام القضاء الادارى منذ انشائه عام ١٩٤٦ بخلق القانون الادارى الذى يعتبر قانونا قضائيا فى مصدره الغالب.

٥ - المحكمة الدستورية العليا ليست من محاكم السلطة القضائية وبالتالى فهى لا تعلو على محاكم هذه السلطة . وقد نص الدستور على السلطة القضائية في الفصل الرابع من الباب الخامس ، ونص على المحكمة الدستورية فى فصل مستقل هو الفصل الخامس من الباب الخامس، ونصت المادة ١٧٤ من الدستور على أن « المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها... ».

٦ - اختصاص المحكمة الدستورية العليا قاصر على مصدر واحد من مصادر القانون هو التشريع. ولكن ليس لها اختصاص بمصادر القانون الاخرى وأهمها القضاء .

٧ - المحكمة الدستورية تملك الغاء او ابطال أو اعدام التشريع أو اللائحة، ولكنها لا تملك الغاء القضاء المستقر لمحكمة النقض أو المحكمة الادارية العليا .

٨ - اذا أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكما بإبطال نص تشريعى ، فإن هذا الحكم يلزم محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا ، ولكن هذا الالزام لا يعنى الخضوع أو التبعية، ولا يزيد بأى حال عن التزام المحاكم بما يصدر عن السلطة التشريعية . ولم يقل أحد بخضوع السلطة القضائية للسلطة التشريعية ، وبالتالى فلا يمكن القول أبدا بخضوع السلطة القضائية لأحكام المحكمة الدستورية العليا .

٩ - وجوهر القول فى هذا المقال أن السلطة القضائية وفى قمتها محكمة النقض ، وكذلك فان القضاء

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الادارى وفى قمتها المحكمة الادارية العليا تلتزم بأحكام المحكمة الدستورية العليا بما لا يزيد عن التزامها بما يصدر عن السلطة التشريعية . ويبقى بعد ذلك لمحكمة النقض ومحاكم القضاء الادارى اختصاص أصيل بالغ الأهمية والخطورة لا يتداخل مع اختصاص المحكمة الدستورية العليا ، ولا تباشر عليه هذه المحكمة أية سلطة من أى نوع، وهو الاختصاص بخلق القواعد القانونية القضائية، وهو ما نزيده ايضاحها فيما يلى :

القضاء مصدر للقانون :

الاعتراف بالقضاء كمصدر للقانون هو تقرير لأمر واقع، وفى نطاق النظرية العامة للقانون التى لا تقتصر على القانون المدنى وحده، فإن الواقع يشهد على أن القضاء هو مصدر رسمى من مصادر القانون الادارى ، بل يكاد القضاء يغلب فى هذا الفرع من فروع القانون على التشريع لدرجة تسمح للبعض باعتبار القانون الادارى قانونا قضائيا بصفة أساسيه. وكما يقول الدكتور محمد فؤاد مهنا أحد أكبر أساتذه القانون فى مصر «يعتبر القضاء أهم مصادر القانون الادارى، فهو يشغل بين هذه المصادر المركز الممتاز الذى يشغله التشريع بالنسبة للقانون المدنى» . وفى فرنسا يتحدث أساتذه القانون العام عن «حكومة القضاة» للتعبير عن مدى أهمية القضاء فى خلق قواعد القانون الادارى .

وفى نطاق القانون المدنى فان الاستاذ موري يقرر أن «واقعة كون القضاء مصدرا للقانون أصبح معترفا بها اليوم بالاجماع . وحتى هؤلاء الذين يرون فى القضاء «مصدرا تعسفيا للقانون» ، ويرون فيه «خميرة جديدة للانهيار الشكلى والموضوعى للديمقراطية» ، لا ينكرون مع ذلك واقعة كون القضاء مصدرا للقانون، ولكنهم يرجون فقط لو أنه لم يكن كذلك» .

وفى مصر ورغم موقف عدد كبير من الفقهاء، فان الدكتور السنهورى يقرر «أن أكثر من نصف قواعد التقنين المدنى الجديد هى من خلق القضاء فى ظل التقنين المدنى القديم» .

وفى فرنسا لا يكاد يسمع صوت واحد ينكر أن القضاء مصدر من مصادر القانون. واذا كان الاستاذ كاربونييه يرى أن القضاء هو «ظاهرة نفوذ» وليس «ظاهرة خلق للقاعدة القانونية» فهو يبنى رأيه على أساس أن «القاضى لا يكتفى ، وليس له الحق فى أن يكتفى بأن يسبب حكمه بالاشارة إلى قضاء محكمة النقض دون اعطاء أسباب أخرى ». ومع ذلك فان هذه الملاحظة ينكرها فقهاء اخرون . وكما يقول الاستاذ بيرو، فان «الاحكام» تشير فى تسبيب حلولها الى القضاء المستقر، كما تشير إلى التشريع .. ومحكمة النقض ذاتها لا تمنع نفسها من الالتجاء إلى هذه الطريقة، بل أن لها صيغة معروفة للاستناد الى قضائها المستقر وهى صيغة " «انه من المقرر أن ....» والأستاذ بولانجيه يزيد هذه الملاحظة التى أبداها الاستاذ بيرو .

ونحن نضيف إلى ذلك فيما يتعلق بمصر أن محكمة النقض المصرية لها عبارة تستند فيها إلى قضائها المستقر ، أكثر وضوحا من عبارة محكمة النقض الفرنسية. وعبارة محكمة النقض المصرية الواضحة هى : «وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ..» . فمحكمة النقض المصرية لا تخفى أن ما

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

جرى عليه قضاؤها هو حكم القانون الواجب التطبيق .

فاذا تجاوزنا رأى الاستاذ كاربونييه ، وجدنا اجماع الفقه الفرنسى منعقدا على الاعتراف بواقعة أن القضاء مصدر من مصادر القانون .(راجع عشرات المراجع المشار اليها فى كتابنا النظرية العامة للقانون).

ولذلك فانه عندما قررت محكمة النقض فى حكمها المشار اليه فى بداية هذا المقال ، أن حكم المحكمة الدستورية العليا بابطال نص تشريعى «لا يمنع فى الواقع تطبيق ما جرى على قضاء محكمة النقض ..» فهى تريد بذلك أن تقول ان اختصاص المحكمة الدستورية العليا قاصر فقط على ابطال التشريع ، دون أن يمتد الى ابطال القواعد القانونية القضائية التى خلقتها محكمة النقض ، فليس هذا من اختصاص المحكمة الدستورية .

خلاصة القول أن المحاكم العليا فى مصر تقوم بأدوار مختلفة، ولا تعلو احداها على الاخرى، وان اختصاص المحكمة الدستورية العليا قاصر على مصدر واحد من مصادر القانون هو التشريع. فهى تقوم بابطال التشريع أحيانا كما تقوم بتفسير التشريع فى حالات محدودة للغاية. أما محاكم السلطة القضائية وفى قمتها محكمة النقض، ومحاكم القضاء الادارى وفى قمتها المحكمة الادارية العليا ، فتقوم بتطبيق القانون وتفسيره فى كل مصادره المختلفة ، كما تقوم بخلق قواعد قانونية جديدة. فالقضاء مصدر من مصادر القانون ، والمحكمة الدستورية لا تراقب دستورية القواعد القانونية القضائية. واذا قامت المحكمة الدستورية العليا بابطال نص تشريعى بما يؤدى إلى وجود نقص فى التشريع فان محاكم السلطة القضائية ومحاكم القضاء الادارى تقوم بسد هذا النقص ولو أدى ذلك إلى خلق قواعد قانونية جديدة. فالقاضى لا يملك الامتناع عن الفصل فى النزاع بحجة النقص فى التشريع والا فانه يرتكب جريمة انكار العدالة . واذا كان النقص فى التشريع يحدث كثيرا ، فانه لا يوجد نقص فى القانون فى مصادره المختلفة التى يحتل فيها القضاء مكانا بارزاً .

سمير تناغو

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria