



مبادئ القانون والتشريعات القانونية

القانون - الحق - مصادر الالتزام - أحكام الالتزام

تأليف

الأستاذ الدكتور

محمد علي عمران

أستاذ القانون المدني

وكيل كلية الحقوق - جامعة عين شمس الأسبق

والمحامى بالنقض

مراجعة

الأستاذ الدكتور

فيصل زكي عبد الواحد

أستاذ القانون المدني

بكلية الحقوق - جامعة عين شمس

مقاس الكتاب	٧٠ × ١٠٠ سم
عدد ملازم الكتاب	$\frac{3}{4}$ ١٩ ملزمة
نوعية ورق الغلاف ووزنه	كوشيه ٢٥٠ جم
ألوان الغلاف	٤ لون + UV
نوعية ورق المتن ووزنه	٧٠ جم
ألوان الكتاب	واحد لون
التجليد	خيوط + بشر

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

تهدف دراسة المدخل للعلوم القانونية - كما تدل على ذلك التسمية ذاتها - إلى إعداد الطالب ذهنياً لدراسة القانون وتفهمه، وإمكان الإلمام بعد ذلك بأى فرع من فروعها، وللقانون - شأنه فى ذلك شأن كافة العلوم الأخرى - مصطلحات فنية يجب الوقوف عليها ومعرفة معناها واستخدامها بعد ذلك فى موضوعها. والقاعدة القانونية هى مورد القانون، فليس القانون فى نهاية الأمر سوى مجموعة من القواعد القانونية. والفرع الأساسى للقانون - كما سنبين ذلك فيما بعد - هو تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم بالقدر اللازم لإسعاد الجماعة ولضمان استقرارها وأمنها. وفى سبيل تحقيق هذه الغاية يفاضل القانون بين مصالح الأفراد المتضاربة ويفضل مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر ويسبق عليها حمايته لأنه يراها بجديرة بالحماية.

وبذلك ينشأ الحق لمن اتخذت مصلحته مركزاً ممتازاً ينفرد به دون غيره، فإذا ثار نزاع بين شخصين على ملكية منزل - على سبيل المثال - وقضى فى هذا النزاع لمصلحة أحدهما بشبوت ملكيته، فإن ذلك يعنى اعتباره مالكا، ومن ثم يجب على الكافة احترام حقه فى الملكية وعدم التعرض له. فلا ينشأ الحق إذن إلا مستنداً إلى قاعدة من قواعد القانون تسبق عليه حمايتها وتلزم الكافة باحترامه. ويستعمل الفقه فى مصر كلمة «القانون» للدلالة على مجموعة القواعد التى تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع، والتى يترتب على مخالفتها

توقيع الجزاء على المخالف. وأما كلمة «حق» فإنها تستعمل للدلالة على ما يتمتع به شخص من سلطات تقررت له بناء على قاعدة من قواعد القانون^(١).
لذلك نقسم دراستنا إلى قسمين: ندرس في الأول منهما نظرية القانون،
وفي الثاني نظرية الحق.

(١) وتتميز لغة كلمة «القانون» عن كلمة «الحق» في لغتنا العربية: والأمر على غير ذلك في اللغة الفرنسية، إذ يعبر بكلمة droit عن القانون والحق، لذلك يطلقوا الفقه على القانون le droit objectif في حين أن droit subjectif.

القسم الأول

نظرية القانون

تهديد وتقسيم:

ولد الإنسان اجتماعياً بطبعه . وليس هذا القول بجديد ، فلقد قال به الفلاسفة من قديم الزمن . والإنسان المنعزل الذى يعيش بمفرده هو إنسان خيالى لا وجود له إلى فى عالم الأساطير . وينشأ بين كل فرد من أفراد الجماعة وبين غيره علاقات متعددة ومتنوعة . ولا بد لهذه العلاقات من تنظيم . فلا يمكن أن يتصور مجتمع من المجتمعات الإنسانية بلا قواعد تحدد سلوك أفرادها وتبين ما لهم وما عليهم . والتنظيم فى العلاقات الاجتماعية يعنى وجود ضوابط ترسم للأفراد ما يجب عليهم اتباعه فى علاقاتهم ببعضهم البعض . ولا يكفى وجود هذا التنظيم ، بل لابد من شعور الأفراد بوجوب احترامه ، وإلا وقع عليهم الجزاء المناسب ، وتلك هى إذن فى فكرة القانون: الإنسان لا يعيش بمفرده ، وهذه الحياة الاجتماعية لا تستقيم بغير نظام ، وهذا النظام لا يتحقق بغير قواعد ملزمة ، وهذه القواعد هى القانون .

وبالإضافة إلى القانون - باعتباره وسيلة ضرورية لتنظيم علاقات الأفراد داخل المجتمع - توجد مجموعة من القواعد السلوكية الأخرى كقواعد الأخلاق ، والأوامر الدينية ، وبعض قواعد التقاليد والمجاملات . وتتفق هذه القواعد الاجتماعية مع القاعدة القانونية فى بعض الأمور وتختلف عنها فى أمور أخرى .

وسوف نقسم دراسة «نظرية القانون» إلى أربعة وحدات:

الوحدة الأولى: التعريف بالقاعدة القانونية، وبيان خصائصها، ثم التمييز بينها وبين غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى، وأخيراً بيان وظيفة القانون وأساسه.

الوحدة الثانية: تقسيم القانون، ثم تقسيم القاعدة القانونية من حيث مدى ما لها من قوة ملزمة.

الوحدة الثالثة: مصادر القانون.

الوحدة الرابعة: تفسير القانون وتطبيقه.

الوحدة الأولى
التعريف بالقانون وبيان خصائصه
والتمييز بينه وبين غيره من القواعد الاجتماعية الأخرى
وبيان وظيفته

خطة البحث:

القانون هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد داخل الجماعة .

وإذا كان لكل فرد الحق في التمتع بالحرية إلا أن ذلك يجب ألا يترتب عليه الإضرار بحريات الآخرين . والقانون لا يمثل وحده القواعد المنظمة لنشاط الأفراد داخل الجماعة، بل يشترك معه في ذلك قواعد اجتماعية أخرى كالأخلاق وقواعد الدين، ولا بد من وضع حد فاصل بين كل من هذه القواعد والتمييز بينها .

ونقسم هذه الوحدة إلى فصلين: ندرس في الأول منهما المقصود بالقانون، وخصائصه وكيفية التمييز بينه وبين غيره من القواعد الاجتماعية الأخرى . ونفحص الثاني لدراسة وظيفة القانون .

الفصل الأول

التعريف بالقانون وبيان خصائصه

والتمييز بين القاعدة القانونية وبين غيرها

من القواعد الاجتماعية الأخرى

خطة البحث والهدف من الدراسة:

نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: ندرس في الأول منهما خصائص القاعدة القانونية، وفي الثاني نبين كيفية التمييز بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى. والصلة بين القانون وبين العلوم الاجتماعية الأخرى، وأما عن هدف هذه الدراسة فإنه يقف عند حد التعرف على القاعدة وبيان وظيفة القانون وأساسه.

المبحث الأول

التعريف بالقانون وبيان خصائصه

أولاً - التعريف بالقانون:

لم يصطلح الفقهاء فيما بينهم على تعريف واحد للقانون. ومع تعدد التعريفات وتباينها، إلا أنها تتفق جميعاً فيما بينها على اعتبار القاعدة القانونية قاعدة الغرض منها تنظيم علاقات الأفراد داخل المجتمع. ولعل السبب في تعدد تعريفاته يرجع إلى تنوع الهدف الذي يسعى إليه واضع التعريف، كما يرجع أيضاً إلى تعدد وجهات النظر في بعض المسائل التي يحرص المصنف على إبداء الرأي فيها عندما يعرف القانون. فقد يحرص المصنف للقانون على بيان

الفرض الذى يسعى إليه القانون، وقد لا يحرص باحث آخر على ذلك. ولا يكون من شأن مثل هذا الخلاف فى التعريف اختلافاً فى الرأى، فبينما يصر جانب من الفقه على أن الفرض من القانون هو تنظيم علاقات الأفراد داخل الجماعة يكفل حريات الأفراد وتحقيق الخير العام، نجد جانباً آخر من الفقه وقد أغقل الفرض وركز على أهمية الجزاء فى القاعدة القانونية. ويعيب هذه التعريفات جميعاً أنها لا تحدد المقصود بكلمة «قانون» ويمكن التوصل إلى ذلك عن طريق بيان خصائصه الأساسية.

وفى لغة المنطق والفلسفة والعلوم الطبيعية، فإن كلمة «قانون» تعنى كل ما يترتب على علاقة مطردة بين ظاهرتين، فيقال مثلاً قانون الجاذبية أو قانون الضغط الجوى. ولكل من القانونين معنى محدد ومنضبط فى نطاق العلوم الطبيعية.

وفى مجال الدراسات القانونية، فإن كلمة «قانون» تعنى مجموعة القواعد الاجتماعية الملزمة المنظمة لعلاقات الأفراد داخل الجماعة والتى تستتبع مخالفتها توقيع جزاء^(١) على المخالف تقوم به السلطة العامة.

(١) عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت: المدخل لدراسة القانون طبعة سنة ١٩٣٨
فقرة ١٠، شمس الدين الوكيل: الموجز فى المدخل لدراسة القانون طبعة سنة ١٩٦٥ فقرة ٩،
محمود جمال الدين زكى، دوس فى مقدمة الدراسات القانونية طبعة ١٩٦٩ فقرة ١، حسن
كبيرة، المدخل إلى القانون طبعة سنة ١٩٦٩ فقرة ٧، توفيق فرج: المدخل للعلوم القانونية
طبعة سنة ١٩٧٠ ص ١٧.

وفى الفقه الفرنسى:

Planiol Ripert et Boulanger, Traité de droit civil T.1 édition 1956
pP n 1. Jean Carbonnier droit civil édition 1980 T. 1 p. 5 Marty et
Rayanand. Droit civil T.1 P°. 5. Starck Cours de droit civil 1968-
1969 P. et suivantes.

ثانيًا - خصائص القاعدة القانونية:

من التعريف السابق يمكن إجمال خصائص القاعدة القانونية فيما يلي:

١- القاعدة القانونية قاعدة سلوكية: فهي لا تعنى إلا بتنظيم

علاقات الأفراد وسلوكهم داخل المجتمع وهي في هذا المعنى تتشابه مع غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى، كالقاعدة الأخلاقية والدينية. ومع وجود هذا التشابه إلا أنها تختلف عن هذه القواعد على التفصيل الذي سنبينه فيما بعد.

٢- القاعدة القانونية لا تحكم إلا السلوك الخارجي للإنسان:

فلا تعنى القواعد القانونية بالمشاعر أو الأحاساس التي لا تخرج عن حيز النية أو الضمير. فقد يراود الشخص أحسن الأحاسيس وأحقرها، ومع ذلك فإن القانون لا يعتد بها مادامت كامنة في النفس، ولم يعبر عنها بسلوكه الخارجي، فإذا ما عبر عنها الإنسان بسلوكه الخارجي، يتدخل القانون وقد لا يستبعد في تدخله عامل النية أو الضمير. فإذا ما فكر شخص في قتل آخر وراودته نفسه على ارتكاب هذا الفعل مراراً، دون أن يصدر عنه ما يدل على عزمه على ذلك، فلا شأن للقانون به، وأما إذا ارتكب الفعل، فهنا يتدخل القانون ليوقع عليه الجزاء المناسب. ويدخل في تقدير العقوبة سبق إصراره على ارتكاب القتل، أي النية. فلا يعاقب مثل هذا الشخص عن جرعة القتل العمد فقط، بل يعاقب عن القتل العمد مع سبق الإصرار وتكون عقوبته مشددة.

٣- القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة: فالخطاب في القاعدة

القانونية موجه إلى الأشخاص أو الوقائع بصفة عامة. فليس المخاطب بالقاعدة

القانونية شخصا معينا بذاته، ولا واقعة معينة بل الخطاب فيها موجه إلى من تتوافر فيه الصفات المنصوص عليها في هذه القاعدة، وعمومية والتجريد وجهان لصفة واحدة^(١).

فالقاعدة القانونية إذن عامة ومجردة، وإذا تخلفت عنها هذه الصفة فقدت صفتها كقاعدة قانونية. ومثال القاعدة القانونية ما تنص عليه المادة ٤٤ من القانون المدني المصري من أن «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، ومن الرشد إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة» فليس الخطاب بهذه القاعدة شخصاً معيناً بل الخطاب بها كل من يبلغ سن الرشد ومتمتعاً بكواه العقلية ولم يحجر عليه. فسواء توافرت هذه الشروط في زيد أو في عمرو فإن كلاهما يكون كامل الأهلية. ومن ثم قرنه يكون أهلاً لإبرام كافة التصرفات القانونية. وكذلك أيضاً القاعدة التي تقضى بأن كل من يتسبب بخلطه في إحداث ضرر بالغير يجب عليه تعويضه (المادة ١٦٣ مدني) تعتبر هي الأخرى قاعدة قانونية، فالخطاب فيها موجه إلى الناس جميعاً. فكل من تتوافر في فعله شروط الخطأ المقترن بضرر، يجب عليه تعويض المضرور.

ويمكن القول بأن عمومية القاعدة القانونية وتجريدها ليسا سوى وجهان لفكرة واحدة، ويذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن عموم القاعدة القانونية

(١) ولقد ركز جانب من الفقهاء في مصر في بيان خصائص القاعدة القانونية على التجريد دون العمومية، وفي رأيهم أن العمومية نتيجة لازمة ومترتبة على التجريد. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، طبعة سنة ١٩٧٠، ص ١٠.

فى تطبيقها ليس سوى نتيجة لتجريدھا عند نشوئھا . ويقصد بتجريد القاعدة القانونية أنها تنشئ منذ وجودھا مركزاً أو وضعاً لا يتعلق بشخص معين أو واقعة معينة بذاتها ، ولذلك فإن القاعدة القانونية تنطبق على كل شخص أو واقعة تتوافر فيه أو فيها شروطها ، ومن مراعاة لظروفه أو ظروفها المناسبة .

وإذا كانت القاعدة القانونية هى الأداة اللازمة لتحقيق العدالة بين الناس وإقرارها فإن ذلك لا يتأتى إلا بوضع قواعد عامة تنصرف إلى فئة من الناس متمثلة فى ظروفها ، أو تنطبق على طائفة من العلاقات المتساوية .

ولا يشترط أن يكون الخطاب فى القاعدة القانونية موجهاً إلى الناس جميعاً حتى تعتبر القاعدة قانونية ، بل قد ينصرف الخطاب إلى طائفة معينة من الناس دون أن يؤثر ذلك على ما للقاعدة القانونية من عمومية وتجريد . ومثال ذلك قانون السلطة القضائية ، فهنا القانون وضع قواعد معينة تسرى على طائفة القضاة دون غيرهم ، فالمخاطب هنا بالقاعدة طائفة معينة من الناس لا مجموعهم . ومع ذلك فالقاعدة قانونية نظراً لأن المخاطب بها هو كل من تتوافر فيه صفة القاضى . وليس الأشخاص مخاطبين بذواتهم بل بصفاتهم . وكذلك أيضاً القاعدة الدستورية التى تحدد الشروط الواجب توافرها فى شخص رئيس الجمهورية . فالمخاطب بهذه القاعدة ليس شخصاً معيناً بذاته بل بصفته .

٤- القاعدة القانونية ملزمة : فالإلزام صفة من أهم الصفات المميزة للقاعدة القانونية ، فليس الأفراد أحراراً فى مخالفة القاعدة القانونية أو اتباعها ، بل يجب على المخاطبين بالقاعدة القانونية الخضوع لها واتباعها وإلا تعرض المخالف منهم لتوقيع الجزاء . والسلطة المختصة بتوقيع الجزاء هى السلطة

العامة . فليس لأحد أن يقتصر حقه لنفسه بنفسه ، وإلا سادت الفوضى وعم الاضطراب . فالذى يميز القاعدة القانونية ليس فقط هو كونها ملزمة ، بل أن الذى يميزها أيضا أن الالتزام فى القاعدة القانونية يأتى عن طريق السلطة العامة . فالسلطة العامة هى التى تكفل تطبيق القانون .

ويختلف الجزاء من قاعدة إلى أخرى ، ويتركز هذا الخلاف فى طبيعة الجزاء وقوته . فإذا كانت القاعدة التى خولفت من قواعد القانون المدنى ، فلا يكون الجزاء عادة إلا مدنياً . فإذا امتنع المدين عن الوفاء بدينه فى الميعاد المتفق عليه ، كان للدائن أن يحجز على أموال مدينه للحصول على حقه (وهذا جزاء مدنى) . وأما إذا كانت القاعدة المخالفة من قواعد القانون الجنائى فإن الأمر يختلف . فجزاء القاعدة الجنائية التى تحرم السرقة هو الحبس . بل إن الجزاء يتدرج تبعا لجسامة المخالفة ، فإذا كانت السرقة بالإكراه كانت العقوبة بالسجن .

ويمكن رد الجزاءات جميعا بحسب وقت توقيعها إلى نوعين:

١- جزاء يوقع قبل ارتكاب المخالفة والغرض منه منع وقوعها ، وهذا الجزاء نادر الحدوث فى العمل . ويمثل له عادة بمنع البوليس شخصا من مخالفة قواعد المرور ومنع الأفراد من التجمع .

٢- الجزاء الذى يوقع بعد ارتكاب المخالفة ، وهذا هو الغالب . والغرض منه بطبيعة الحال هو الزجر والتأديب . ومثل ذلك الحبس الذى يوقع على السارق أو الإعدام الذى يوقع على القاتل .

المبحث الثاني

التمييز بين القانون وبعض القواعد الاجتماعية والصلة بين القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى

خطة البحث:

قلنا فيما سبق أن الغرض من القانون هو تنظيم علاقات الأفراد داخل المجتمع . وفى هذا يتشابه القانون أو القاعدة القانونية مع بعض القواعد الاجتماعية الأخرى . فما هو التشابه وكيف يمكن التمييز بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد من جهة، ومن جهة أخرى ما هى صلة القانون ببعض من العلوم الاجتماعية .

أولاً - - - التمييز بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى:

(١) القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية:

يقصد بالقواعد الأخلاقية مجموعة المبادئ التى يتعارف الناس عليها فى مجتمع معين، والتى تهدف إلى تحقيق مثل العليا، ومن هذه القواعد ما يحض على فعل الخير كمساعدة الفقير، ومنها ما ينهى عن الكذب أو الاعتداء على حرمان الناس سواء فى أموالهم أو أعراضهم . وإذا كانت قواعد الأخلاق وقواعد القانون متفقة فى أن الغرض فى كل منها هو تنظيم سلوك الأفراد داخل الجماعة، إلا أنهما مع ذلك تختلفان فى العديد من الصفات، وبالتالى فإنه يمكن بسهولة التمييز بينهما .

(أ) من حيث الجزاء:

تتميز القاعدة القانونية - كما سبق لنا القول - بوجود جزاء منظم توقعه السلطة العامة على من يخالفها، والجزاء هنا مادي وقد يكون الحبس أو السجن أو الزمارة أو الحجز على أموال المدين، في حين أن الجزاء في القاعدة الأخلاقية ليس له نفس الصفة. فالجزاء هنا معنوي لا تباشره السلطة العامة، بل إنه قد ينبع من ضمير المخالف نفسه، وقد يكون الجزاء أيضاً خارجياً ويتمثل هنا في رفض الجماعة لسلوك الشخص المخالف.

(ب) من حيث التحديد والوضوح:

تضم القاعدة القانونية بالانضباط والوضوح حتى يمكن معرفتها وأما في قواعد الأخلاق فإنها ليست سوى أحاسيس داخلية لدى الأفراد، وقد لا يتفق هذا الإحساس العام مع الإحساس الداخلي لكل فرد، وبالتالي فإن مبادئ الأخلاق وتطبيقها، في حين أن القاعدة الأخلاقية غالباً ما تكون غير محددة، فهي غالباً ما تكون منضبطة.

(ج) من حيث الغاية:

القانون يسعى - كما سبق القول - إلى تنظيم علاقات الأفراد داخل المجتمع. ولا يسعى القانون إلى خلق مجتمع من الملائكة الأبرار (المجتمع المثالي) ولكنه يسعى فقط إلى حفظ النظام داخل المجتمع. وأما مبادئ الأخلاق فغايتها مثالية وهي تسعى بالإنسان نحو الكمال، فالقاعدة القانونية تراعى وتنظم ما هو كائن être، بعكس القاعدة الأخلاقية تحاول أن تصل إلى ما يجب.

أن يكون doit etre . لذلك فإن الأخلاق تتخذ من الشخص الكامل نموذجاً لها .
فى حين أن القانون يتخذ من الرجل العادى Le bon pere de famille نموذجاً
ومعياراً له .

وإذا اختلفت القاعدة الأخلاقية عن القاعدة القانونية على النحو السابق
بيانه . فإذ ذلك لا يعنى عدم وجود روابط بينهما . فكلاهما تنظم سلوك الأفراد
داخل الجماعة ، وكثيراً ما تكون الأخلاق هى المصدر الذى منه تنبع القواعد
القانونية ، فإذا ما تبنى المشرع قاعدة من قواعد الأخلاق ونظمها وزادها وضوحاً
وتحديداً وبين الجزاء الذى توقعه السلطة العامة عند مخالفتها فإن هذه القاعدة
تصبح قانونية . ومع ذلك فإن هناك من القواعد القانونية ما ترفضه الأخلاق .
ومثال ذلك القاعدة التى تميز الإقراض بفائدة . فمع أن الإقراض بفائد يعتبر
عملاً لا أخلاقياً ، إلا أن القانون نظم وأجازه (١) .

(٢) القاعدة القانونية وأوامر الدين ونواهيه:

الدين هو مجموعة القواعد التى يسودها أنها من عند الله سبحانه
وتعالى وغالباً ما تشتمل الديانات على قواعد للمعاملات وأخرى للعبادات .
وأما عن قواعد المعاملات فهى التى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم . وفى هذا

(١) فى التفرقة بين القانون الأخلاق: عهد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت . المرجع
السابق فقرة ١٣ ، شمس الدين الوكيل . المرجع السابق فقرة ٢٢ . حسن كبرة المرجع السابق
فقرة ١٢ وما بعدها ، توفيق فرج المرجع السابق ص ٢٣ ، منصور مصطفى منصور المرجع
السابق فقرة ١٦ .

وفى الققد الفرنسى بلاثبول رويبر . المرجع السابق فقرة ٤٣ ، ستارك . المرجع السابق ص ١٤
وما بعدها .

تتفق قواعد المعاملات مع القواعد القانونية . ومع ذلك فهي تختلف عنها فقواعد المعاملات هذه - ذات الأصل الدينى - ليس لها بحسب الأصل جزء تقوم السلطة العامة بتوقيعه . وأما عن قواعد العبادات فهي التى تنظم العلاقات بين المبد وربه وليس لها جزء دنيويا ، بل يوقع فى الأخرة الجزاء على مخالفتها .

ومن القواعد القانونية ما هو مستمد من الدين ، ومنها ما ليس مستمداً منه . ومثال القواعد القانونية ذات الأصل الدينى القواعد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية كالواريث والوصايا والزواج والطلاق . فمثل هذه المسائل تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية بحسب الأصل إذا كان أطرافها من المسلمين ، وإلا فإنها تخضع لقوانين ديانتهم ، وفى حالة اختلاف الدين أو الطائفة أو الملة فإن أحكام الشريعة الإسلامية تكون هى الواجبة التطبيق (١) . وإذا كانت بعض القواعد القانونية مستمدة من الدين ، فإن البعض الآخر منها ليس مستمداً منه ، بل انه قد يتضمن من الأحكام ما يخالفه ، ومثال ذلك القاعدة التى تبيح الإقراض بفائدة (على ألا يتجاوز الفائدة الاتفاقية ٧٪) فمع أن هذه قاعدة قانونية ، إلا أن الدين - والمقصود هنا الشريعة الإسلامية - لا يبيح الإقراض بفائدة ، إعمالاً لقوله سبحانه وتعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » .

(٣) القاعدة القانونية . وقواعد المعاملات . والعقائد :

فى كل مجتمع من المجتمعات قواعد معاملات وتقاليده تعارف الناس

(١) عسام الأهوائى ، شرح مبادئ الأحوال الشخصية فى شريعة الأقطاط الزنوخ كس من ٤٣ وما بعدها . وهذا الحكم - شرط الإجماع فى الملة والطائفة - هو ما نصت عليه المادة السادسة من القانون رقم ٤٩٢ سنة ١٩٥٥ .

عليها ووقر في نفوس الجماعة ضرورة احترامها والالتزام بها، ومثالها السلام والتحية عند اللقاء والعزاء والمواساة في الكوارث أو الموت ومثالها أيضا ارتداء ملابس من شكل معين في البعض من المناسبات.

ولا ترقى قواعد المجاملات والتقاليد إلى مرتبة القواعد القانونية. فالجزء على مخالفة قاعدة من قواعد المجاملات والتقاليد لا يتمثل في جزاء مادي توقعه السلطة العامة على المخالف. بل عادة ما يكون الجزء هو مجرد استنكار الجماعة لسلوك الشخص المخالف وعدم الرضا عنه.

ولعل خير معيار يمكن الاستهداء به لتحديد نطاق كل من قواعد القانون من جهة وقواعد المجاملات من جهة أخرى هو تفاوت المصالح التي ترمى إليها قواعد القانون وقواعد المجاملات والتقاليد. فالقيم التي ترمى إلى تحقيقها قواعد المجاملات والتقاليد أضنف أثراً في إقامة النظام الاجتماعي من قواعد القانون فلا يشترط لكفالة احترامها - قواعد المجاملات والتقاليد - توقيع الجزاء على من يخالفها، بل يكفي في هذا الشأن مجرد استنكار الجماعة لسلوكه (١).

ثانياً - - علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى؛

للنانون صلة لا شك فيها بالعلوم الاجتماعية الأخرى كالقانون والاقتصاد والفلسفة والاجتماع، فالقانون فرع من العلوم الانسانية. لذلك فهو وثيق

(١) - حسن كيرة، المرجع السابق ص ٢٧.

الصلة بغيره من فروع العلوم الإنسانية الأخرى . ولا غنى للباحث المتخصص في القانون عن الإلمام - بالقدر المناسب - بالعلوم الاجتماعية الأخرى . وسنوضح الآن وتبعاً صلة القانون بغيره من العلوم الاجتماعية .

(أ) صلة القانون بالتاريخ:

الذي لا شك فيه أن للدراسات التاريخية أهمية كبيرة بالنسبة للمشتغلين بالقانون، ولا يمكن أبداً القول بانقطاع الصلة بين الأنظمة القانونية المعاصرة وغيرها من الأنظمة القانونية السابقة عليها . بل أنه لا يمكن في كثير من الحالات للباحث في القانون أن يتفهم نظاماً من الأنظمة القانونية إلا إذا رجع إلى أصوله التاريخية . ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ١١٢١ من التقنين المدني الفرنسي من عدم جواز الاشتراط لمصلحة الغير *La Stipulation Pour autrui* إلا إذا تضمن الاشتراط شرطاً لمصلحة المشتراط أو إذا كان مقتضياً به، فلا يمكن للباحث معرفة أسباب هذا المنع إلا إذا رجع للقانون الروماني باعتباره المصدر الرئيسي الذي استقى منه القانون الفرنسي أحكامه (١) .

ومن جهة أخرى فإن الدراسات التاريخية من شأنها أن تعين المشرع وأن تهديه الطريق القويم، فمن التاريخ يستفيد المشرع من تجارب الماضي ولا يقع فيما كان بها من أخطاء، ولا يمكن أيضاً انكار ما في التجارب السابقة من قيم، وإذا ما استندت الأنظمة القانونية الجديدة على ما سبقها مع تطوير

(١) في عرض شامل لهذا الموضوع، راجع للمؤلف الاشتراط لمصلحة الغير، دراسة مقارنة في كلى من القانون الفرنسي والإيطالي والمصري، رسالة مقدمة بالفرنسية إلى جامعة باريس سنة

الأنظمة القديمة بما يتلائم ومتطلبات المجتمع الجديد، فإنها تكون بلا شك ثابتة
الأسس والأركان (١).

(ب) صلة القانون بعلم الاجتماع:

للقانون لا شك صلة وثيقة بعلم الاجتماع، بل يوجد الآن في الدراسات
القانونية ما يسمى بعلم الاجتماع القانوني Sociologie Juridique ويعنى علم
الاجتماع بدراسة الظواهر الاجتماعية ومعرفة سلوك الأفراد . . ولا شك أن معرفة
هذه الظواهر لازم للمشرع، حتى لا يكون ما يضعه من قواعد بعيد الصلة عن
الواقع. فلو كان النص القانوني بعيدا عن الواقع ما اتبعه الأفراد ولأصبح حبرا
على ورق. وكذلك أيضا فإن دراسة الظواهر الاجتماعية تفيد المشرع في معرفة
ما الذي يجب عليه عمله إذا ما . . . فلو أبحاث الدراسات الاجتماعية عن زيادة
عدد السكان، لأدى ذلك إلى تدخل المشرع إما بتنظيم النسل أو بمنع الهجرة أو
بالوسيلتين معا، فعلم الاجتماع إذن يعتبر من العلوم المساعدة بالنسبة لرجل
القانون (٢).

(ج) صلة القانون بالاقتصاد:

لا شك أن للدراسات الاقتصادية صلة وثيقة بالقانون، ولا غنى لرجل
القانون عنها، وكثيراً ما يؤثر الفكر الاقتصادي السائد في مجتمع من
المجتمعات على نظامه القانوني، فالدول الرأسمالية لا يتدخل فيها فيها القانون
- بحسب الأصل - إلا لحماية النشاط الفردي، وبالقدر الضروري لهذه الحماية.

(١) - توفيق فرج، المرجع السابق ص ٢٨.

(٢) - شمس الدين الوكيل المرجع السابق لفرق ٣٠، توفيق فرج، المرجع السابق ص ٣٧.

وأما في الدول الاشتراكية فإن المشرع يتدخل في مجالات عديدة تبعاً لزيادة نشاط الدول، ثم في تدخله كثيراً ما يرمى إلى حماية الطبقات الكادحة. ومع ذلك فلا يمكن القول بأن الاقتصاد هو أساس القانون بمفهومه مطلقاً، فهناك من القواعد القانونية ما لا يعتمد كثيراً على العوامل الاقتصادية بقدر ما يعتمد على القواعد الأخلاقية والدينية ومثالها نظام الأسرة والقواعد الخاصة بالزواج^(١).

(٥) صلة القانون بالسياسة:

لا شك أن للفكر السياسي السائد في مجتمع معين صلة وثيقة بالقانون، وكثيراً ما يكون القانون هو الوسيلة التي يمكن اللجوء إليها لتحقيق ما يصبو إليه المشرع سياسياً وليس المقصود بالسياسة هنا معناها التقليدي، أي النصوص المبينة لنظام الحكم فالقانون هو الذي يتولى ذلك، بل المقصود بها ما يمكن أن يكون له تأثير على النظام الاجتماعي السائد، إلى الحد الذي أدى إلى القول باعتبار النظام الاجتماعي جزءاً من النظام السياسي القائم. أية ذلك ما كان للنظام السياسي الذي تبنته الثورة من أثر على الفكر القانوني السائد الآن في مصر. فبعد أن كانت الملكية حق مطلق، وبعد أن كان للمالك أن يتصرف ويستغل ما يملك على ألا يكون مستغنياً في ذلك، أصبحت الملكية الآن حقاً مشقياً، فلم تعد الملكية كما كانت عليه. بل أصبحت الآن لها وظيفة اجتماعية، بل أن البعض يرى أن يمتد حق الملكية أيضاً هذا المعنى ليصبح وظيفة اجتماعية. وكان من أثر ذلك أيضاً أن تدخل المشرع المصري بعد الثورة

(١) شمس الدين الوكيل المرجع السابق فقرة ٢٨، توفيق فرج، المرجع السابق ص ٧٨.

محددًا الملكية الزراعية. فكان أن صدر القانون رقم ٥٠ سنة ١٩٦٩ محددا الملكية الزراعية للشخص بخمسين فدانًا وملكية الأسرة بمائة فدان وليس هذا القانون سوى حلقة من حلقات التطور التشريعي في مجال الإصلاح الزراعي في مصر والذي بدأ بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ في أعقاب الثورة مباشرة (١).

ومثال ذلك أيضاً ما صدر في مصر في أعقاب الثورة من قوانين خاصة بتنظيم العمل والعمال (القانون رقم ٩١ سنة ١٩٥٩ و ١٣٧ لسنة ١٩٨١ و ٢ لسنة ٢٠٠٠) ولقد تضمن قانون العمل السابق الإشارة إليه نصوص كثيرة تفرض منها حماية العمال كوضع حد أقصى لساعات العمل - وحد أدنى للأجور، كما بين أيضاً القرار الجمهوري بالقانون رقم ١١٤ سنة ١٩٦١ كيفية اشتراك العمال في الإدارة، ثم بين القانون رقم ١١١ سنة ١٩٦١ كيفية اشتراك العمال في أرباح الانتاج (٢).

(١) لا يعتبر القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ سوى حلقة من حلقات التطور التشريعي في مجال الإصلاح الزراعي في مصر. ولقد بدأ هذا الإصلاح بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢. ونص هذا المرسوم في مسدته الأولى على أنه لا يجوز لأي شخص أن يمتلك من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وكل عقد يعرّب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً ولا يجوز تسجيله ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٢٤ سنة ١٩٥٨ والذي نص على أنه لا يجوز أن يزيد جملته ما يملكه شخص هو وزوجته وأولاده القصر إذا آلت اليهم الزيادة بطريق التماكد على ثلثمائة فدان، ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ١٢٧ سنة ١٩٦١ والذي جعل الحد الأقصى للملكية الفرد خمسين فداناً، والملكية الأسرة مائة فدان. راجع أحمد سلامة، القانون الزراعي ص ١٠٩، هامش (١). وللمؤلف عقد البيع في القانون المدني المصري، ص ٥٢.

(٢) محمد علي عمران: شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، طبعة سنة ١٩٧٠ ص ٨ وما بعدها.

الفصل الثاني

وظيفة القانون

للقانون وظيفة يسمى إلى تحقيقها، ألا وهي تحقيق أمن الجماعة ورفاهيتها، وتنظيم العلاقات بين أفرادها بالقدر اللازم لتحقيق ذلك. وتختلف وظيفة القانون بحسب الغاية المقصودة منه، فإذا كانت هذه الغاية هي تحقيق العدل والمساواة بين الأفراد بصفاتهم أفراد فإن النزعة الفردية تكون هي السائدة. وأما إذا كان الغرض منه هو تحقيق أمن الجماعة ورفاهيتها حتى ولو كان من شأن ذلك سيطرة الجماعة على الفرد تحقيقاً للصالح العام، فإن النزعة الاجتماعية أو الاشتراكية تكون هي السائدة. وأهم ما قيل في ذلك نظريتان: النظرية الفردية والنظرية الاشتراكية. وسوف نعرض الآن بإيجاز إلى كل من هاتين النظريتين:

أولاً - النظرية الفردية:

ولقد ظهرت هذه النظرية في خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر وبلغت قممتها على يد فلاسفة الثورة الفرنسية. وتقوم هذه النظرية أساساً على أن الغرض من القانون هو حماية الفرد وتحقيق سعادته، فالفرد هو أسمى ما في الوجود، وليس للقانون من غرض سوى تحقيق المصالح الخاصة للأفراد ضماناً للمصلحة العامة. ونظراً لما قد يترتب على حماية مصلحة الفرد الخاصة من تعارض بينها وبين مصالح الأفراد الأخرى، فإن مهمة الدولة تتلخص في التنسيق بين هذه المصالح وتنظيمها بالقدر الذي لا تتعارض فيه مصلحة الفرد مع مصالح الآخرين، فمهمة القانون ووظيفته إذن سلبية وهي تقتصر على بيان

المساواة أو التمييز التي تحد من حريات الأفراد ، وأما فيهما عدا ذلك فليس للقانون شأن به (١) .

ولقد كان للنظرية الفردية - باعتبارها نظرية فلسفية عامة - انعكاسات على سائر فروع المعرفة الأخرى . ولقد ظهرت هذه الانعكاسات سواء في ميدان السياسة أو في ميدان الاقتصاد أو في ميدان القانون .

وأما عن أثرها في ميدان السياسة ، فقد قيل بأن الأفراد متساوون جميعاً فيما بينهم سواء في الحقوق أو في الواجبات (٢) ، وهذا شعار من أهم ما نادى به الثورة الفرنسية . وحرية الأفراد مطلقة ولا يمكن الحد منها إلا بالقدر اللازم لمنع تعارضها مع حريات الآخرين (فكرة العقد الاجتماعي التي تقول بها كأساس لنشوء الدولة) وفي هذا الحد من الحرية يتساوى الأفراد جميعاً .

وأما عن أثرها في ميدان الاقتصاد ، فإنها أدت إلى إطلاق المنافسة وإلى حرية تداول الأموال دون قيد أو شرط ، ولتت تأثير هذه النظرية قليل ودعه يعمل ، دعه يمر » Laisser faire, laisser passer .

ولقد كان لهذه النظرية أيضاً أثر هام في الميدان القانوني - ولقد ترجم عنها القانونيون بتلك النظرية المعروفة في لغة القانونيين « سلطان

(١) - ضمن الدين الوكيل ، المرجع السابق ، فقرة ٣٢ . تعليق فرج المرجع السابق ص ٤٧ .

(٢) - ولحقق المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات نوعاً من العدل التبادلي بينهم ويتم هذا العدل التبادلي تلقائياً بين الأفراد وبعضهم في مواجهة البعض وفقاً لحرية التبادل والالتزام المتراضي والطلب - ضمن الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

الإرادة L'autonomie de volonté أى أن الإرادة حرة، فهى التى تستطيع أن تصنع بنفسها قانونها وأن الإنسان يلتزم لأنه أراد أن يلتزم، ولا يمكن إجباره على ذلك (١).

نقد النظرية الفردية:

غالت النظرية الفردية فى تقديمها الفرد، فلا يمكن القول بأن مهمة القانون هى مجرد الحد من حرية الفرد حتى يمكن لها أن تتعايش مع حريات الآخرين، فهذا دور سلبى للقانون لا يمكن أن تنحصر فيه وظيفته. فهناك من أوجه الإصلاح المختلفة ما يقف النشاط الفردى بمفرده عاجزاً عن تحقيقه ولا بد فيها من تدخل الدولة لتحقيقاً للصالح العام كالتعليم أو الصحة أو الضمان الاجتماعى.

(١) والجدير بالذكر أن مبدأ سلطان الإرادة l'autonomie de volonté إنما نمنى به أن الإرادة حرة فى أن تلتزم، وفى ألا تلتزم ابتداء - وأما إذا التزمت - فإنك لا تستطيع أن تخرج نفسك بإرادتك وحدها من هذه الصلابة الثنائية (العقد) وهكذا يمكن القول أن هناك ثلاث مبادئ رئيسية تحكم هذه العلاقة:

الحرية العقدية la liberté contractuelle، ثم القوة الملزمة للعقد la force obligatoire وأخيراً الأثر النسبى للعقد l'effect relatif du contrat ولقد كان للأستاذ الفرنسي Gounet فسخل إشهاد هذه العناصر الثلاث التى تتعصف من مبدأ العام l'autonomie de volonté وأما عن مبدأ الحرية العقدية فإن هذه الحرية لا تكون إلا عند توقيع أو إبرام الاتفاق بمعنى أن للإنسان الحرية فى أن يتعاقد وله أيضاً الحرية فى ألا يتعاقد، ومتى تعاقد فإن عليه أن يحترم تعهده وأن يوفى به.

وكذلك فإن مبدأ نسبية العقد يسود فى خط متواز وقاعدة القوة الملزمة للعقد، فالعقد لا يلزم سوى أطرافه وليس لشخص أن يكتسب حقاً عن عقد ليس طرفاً فيه إلا استثناءاً. راجع فى عرض مفصل لهذا الموضوع الاستاذ الفرنسي «جست» فى نظرية العقد ص ٢٨ وما بعدها.

كما أدت النظرية الفردية أيضاً إلى المفالاة في تقديس حريات الأفراد وافترض المساواة بينهم . وهذه المساواة ليست في النهاية سوى ضرب من الخيال . فهل توجد مساواة واقعية بين الفنى والفقير ، وهل توجد مساواة فعلية بين صاحب رأس المال والعامل ، أو بين شركة احتكارية والمتعاقدين معها ؟ ولقد كان من أن إطلاق الحرية على هذا المعنى أن سيطر أرباب الأعمال - فى مجال علاقات العمل - على مقدرات العمال وأرزاقهم بأن استغلوا فقر الطبقة العاملة وحاجة العمل إلى عمل يرتزقون منه ، فكانوا يعطون العامل أقل أجر ممكن ويحصلون منهم على أكبر قيمة انتحائية (١) .

ولقد ترتب على ما وجه إلى هذه النظرية من نقد أن رفضها الفكر المعاصر وظهر منهج آخر يتجه إليها مضافاً للمذهب الفردى ، هو المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى .

ثانياً . - النظرية الاشتراكية :

إذا كانت النظرية الفردية قد اعتبرت أن الفرد هو أسمى ما فى الوجود ، فإن النظرية الاشتراكية قد أعطت الصدارة للجماعة . فالفرد لا يوجد ولا يعيش منفرداً بل يعيش فى الجماعة ، ولذلك فإن ما يدخل فى الاعتبار أولاً هو الجماعة . وإذا تعارضت مصلحة الجماعة مع مصلحة الفرد وجب تفضيل مصلحة الجماعة ، فليست مهمة القانون إذن إسعاد الفرد ، والتدخل تبعاً لذلك بقدر ضئيل فى نطاق حريته ، بل إن غاية القانون إسعاد الجماعة ، ولا يقف موقفاً

(١) فى نقد النظرية الفردية: شمس الدين الوكيل، المرجع السابق فقرة ٣٤ ، جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٢٤ وما بعدها ، توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٤٥ .

سلبياً - كما هو الشأن وفقاً للمذهب الفردى - ويقتصر على مجرد وضع بعض القيود على حريات الأفراد لمنهم من الاعتداء على حريات الآخرين، بل يتدخل القانون فى شئون الأفراد تدخلا ايجابيا، فالصالح العام هو الهدف الذى يسعى إليه.

والأفراد أيضا متساوون - وفقاً للمذهب الاشتراكى - فيما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات، والمساواة هنا حقيقية لا شكلية، فالأفراد متساوون لا باعتبارهم مجرد أفراد فقط، بل ان المساواة تكون بين القيم المتعلقة بهم من حيث القدرة أو الحاجة أو الكفاءة، فلا يمكن أن تتحقق مساواة حقيقية بين الغنى والفقير فيما يتعلق بقدرة كل منهم الشرائية فليست العبرة بالمساواة الحسابية، بل بالمساواة التناسبية.

وللمذهب الاشتراكى انعكاسات فى ميدان السياسة، والاقتصاد، والقانون. ففي السياسة ليست حرية الأفراد مطلقة، بل إن الدولة تتدخل كثيراً فى مجالها بدافع المصلحة العامة. فليس للفرد أن يتمتع بالحرية إلا بالقدر الذى ترضيه الجماعة.

وفى ميدان الاقتصاد، تتدخل الدولة كثيراً فى أوجه النشاط الاقتصادى المختلفة لتشبع بعض الحاجات التى يعجز النشاط الفردى بمفرده عن تحقيقها.

ويختلف مدى تدخل الدولة فى المجالات الاقتصادية المختلفة بحسب مضمون المذهب الاشتراكى الذى يعتنقه حكامها، فإذا كانت الشيوعية هى السائدة، فإن الأمر يصل إلى حد الإلغاء المطلق للملكية الفردية، والاعتراف فقد بالملكية الجماعية، وإذا لم يصل التطرف العقائدى هذا الحد، فإنه يمكن الاعتراف

بالملكية الفردية - حتى فى ظل النظم التى يسيطر عليها الفكر الاشتراكى - مع وضع قيود عليها لتحقيقاً للصالح العام.

ومع هذا، فلا يجب الخلط بين ما يمكن أن يعترف به الفكر الاشتراكى ويقره فيما يتعلق بالملكىة الفردية، وبين المذهب الفردى الذى يعترف للإرادة بسلطات أكبر ويميز بالتالى الملكىة الفردية، بالملكىة العامة هى الأصل وفقاً للفكر الاشتراكى، وإن كان ذلك لا يمنع من الاعتراف بالملكىة الفردية ووضع قيود عليها تحقيقاً للصالح العام، فى حين أن الملكىة الفردية هى الأصل وفقاً للمذهب الفردى، ولا يمكن الحد منها إلا فى أضيق نطاق.

وأما فى ميدان القانون، فلم تعد الإرادة الفردية حرة فى أن تلتزم وفى ألا تلتزم، بل كثيراً ما يتدخل القانون ليفرض على الإرادة الفردية سلوكاً معيناً، وتزداد تبعاً لذلك - فى نطاق القانون - القواعد القانونية الأصره، وهى التى لا يجوز الاتفاق على مخالفة الحكم الوارد فيها. ولقد ظهر أثر ذلك التدخل واضعاً فى بعض أنواع العقود كمقد المل مثلاً. فلا يقف القانون - وفقاً لما يذهب إليه أنصار المذهب الاشتراكى - موقفاً سلبياً، بل يتدخل بطريقة إيجابية فى تنظيم علاقات الأفراد بعضهم فى مواجهة بعض.

نقد المذهب الاشتراكى:

إذا كان المذهب الفردى قد غالى أنصاره فيما للإرادة الفردية من سلطان وفيما للفرد من سلطان باعتباره أسمى ما فى الوجود. فإن المذهب الاشتراكى قد غالى أنصاره أيضاً فيما للجماعة من سلطان، والتضحية بالفرد فى سبيل الجماعة. ولا يمكن التسليم - بلا الوقوع فى خطأ التطرف - بإنكار ما للفرد

من إرادة ذاتية، واعتباره جزءاً صغيراً من آلة تدور عجلاتها دون التفتات إليه، بل ولتطعمه إذا دعت لذلك مصلحة الجماعة. كذلك فإن المخالاة في تقديس الجماعة وقتل الباعث الشخصى لدى الأفراد قد يؤدي إلى الإضرار بالجماعة ذاتها، فكيف يمكن تسخير الفرد للمصلحة الجماعية دون أن يكون لديه باعث يدفع به إلى ذلك، ويتمثل هنا الباعث في الربح الذى يمكن للفرد أن يحققه، والغائه يترتب عليه حتما الإضرار بالجماعة.

موقف القانون المصرى:

فلما الآن أن المخالاة في تقديس الفرد ضارة بالجماعة، وكذلك فإن المخالاة في تقديس الجماعة فيها إضرار للفرد وحريته، ولقد وقف المشرع المصرى موقفاً وسطاً بين المذهبين، وإن كان يميل إلى الأخذ بالمذهب الفردى، ويبين هذا بوضوح فيما تضمنه التقنين المدنى المصرى من نصوص. وأية ذلك ما تنص عليه المادة ٨٠٢ من التقنين المدنى المصرى من أنه «مالك الشئ وحده، فى حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه». وما تنص عليه أيضاً المادة ٨٠٣ مدنى من أنه «مالك الشئ يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير، وملكية الأرض يشمل ما فوقها وما تحتهها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علواً أو عمقاً...» فكل هذه النصوص، ونصوص كثيرة غيرها، تدل دلالة واضحة على عمق المذهب الفردى الذى اعتنقه المشرع المصرى، ولقد كان من الممكن أن يترتب على سيادة المذهب الفردى فى مجال المقرد - على سبيل المثال - الكثير من المساوى، منها سيطرة القوى على الضعيف فى مجال العلاقات التعاقدية، والحماية التى كان يمكن أن يجنبها القانون على هذه السيطرة.

كذلك فقد حاول واضعوا التقنين المدني المصري الحد من هذه السيطرة، وإعطاء القاضى فى بعض الحالات الحق فى التدخل فى العلاقات التعاقدية للحد من سيطرة القوى على الضعيف . ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٩ مدنى من أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . ويتم العقد بطريق الإذعان، إذا ما اقتصر دور أحد عاقديه على مجرد التسليم بشروط الطرف القوى، دون أن يكون له حرية مناقشتها . ومثال ذلك عقود النقل بالسكك الحديدية، وعقود التأمين، فلا يملك الشاحن أو المسافر حرية مناقشة شروط تذكرة الشحن أو النقل، كما لا يملك أيضاً المستأمن حرية مناقشة شركات التأمين فيما تتضمنه وثائق التأمين من شروط قد يترتب عليها فى بعض الحالات سقوط حقهم فى المطالبة بالتعويض، فإذا كان العقد من عقود الإذعان على النحو السابق بيانه جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى منها الطرف المذعن . ولا شك أن فى إعطاء القاضى الحق فى التدخل فى مجال العلاقات التعاقدية لحماية الطرف الضعيف نوع من الأخذ بالذهب الاجتماعى بغية تحقيق قدر معقول من المساواة بين الأفراد فى نطاق العلاقات .

فالأصل أن الإرادة حرة فى انشاء ما تشاء من الروابط التعاقدية، على ألا يكون فى ذلك مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة - وهى حرة أيضاً فى أن تضع من الشروط ما تشاء . فالقاعدة إذن أن الفرد لا يتعاقد إلا لأنه أراد أن يتعاقد، ولا يقبل من الشروط إلا ما يريد، وليس له بعد ذلك أن يطعن فى هذه الشروط بدعوى عدم عدالتها، ومع ذلك فإن هذه الإرادة ليست مطلقة على هذا

النحو، بل أنه يجب الحد منها تحقيقاً للمصالح العام ومقتضياته . فالعقد هو شريعة المتعاقدين، ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسم توقفها وترتب على حدوثها أن أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقاً - لا مستحيلاً - بحيث يؤدي إلى خسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد التزام المرهق إلى الحد المقبول (المادة ١٤٧ مدنى) . وهذا يحقق بلا شك قدر من التكافؤ بين طرفى العقد (المذهب الاشتراكى أو الاجتماعى) .

ولعل أبرز ما يظهر فيه رغبة المشرع المصرى فى الحد من اطلاق المذهب الفردى ما تنص عليه المادة الخامسة من التقنين المدنى المصرى من أنه يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يهيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

فالأصل أن للفرد استعمال حقه كيفما شاء بشرط ألا يخرج عن حدود هذا الحق ومع ذلك فإذا كان من شأن استعمال الفرد لحقه ومباشرة له الإضرار بالغير على النحو السابق أو إذا لم يكن يقصد به صاحبه سوى الإضرار بالغير، أو إذا كانت المصلحة التى يرمى إليها صاحب الحق غير مشروعة، فإنه يكون متعسفاً فى استعماله لحقه، ويجب عليه تهويش من يصبىبه ضرر ناتج عن استعماله هذا

الحق - فليس الفرد حراً تمام الحرية في استعماله لحقه - بل انه مقيد في ذلك بعدم الخروج عن الأغراض التي من أجلها اعترفت الجماعة له بهذا الحق -

أما ما حدث بعد ذلك في أعقاب ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ففيه يظهر أثر الفكر الاشتراكي بشكل واضح، ولقد تأكد ذلك كما سبق لنا القول في مجالات عديدة منها قوانين الإصلاح الزراعي المتعاقبة، وقانون العمل الصادر سنة ١٩٥٩، وقانون التأمينات الاجتماعية الصادر سنة ١٩٦٤، ثم الصادر بعد ذلك سنة ١٩٧٥ والمعدل سنة ١٩٧٧ وقانون ايجار المساكن الذي ينظم العلاقة بين المالك والمستأجرين على نحو يحقق حماية أكبر للمستأجرين الصادر سنة ١٩٦٩، والصادر سنة ١٩٧٧ وفي سنة ١٩٨١.

الوحدة الثانية

تقسيم القانون

تقديم . وتقسيم:

يذهب الفقه التقليدي في عمومته إلى تقسيم القانون إلى عام وخاص .
وينقسم القانون العام إلى قانون خارجي وقانون عام داخلي ، وللقانون العام الداخلي بدوره تقسيمات عديدة . وينقسم القانون الخاص كذلك إلى عدة تقسيمات . وإذا كان القانون ينقسم على هذا النحو إلى عام وخاص ، فإن القاعدة القانونية تنقسم أيضاً من حيث مدى ما لها من قوة إلزامية إلى قاعدة قانونية أمرية وقاعدة مفسرة .

لذلك فإن دراستنا في هذه الوحدة تنقسم فصلين: ندرس في الأول منهما تقسيم القانون إلى عام وخاص . وفي الثاني تقسيم القاعدة القانونية إلى أمرية ومفسرة .

الفصل الأول

تقسيم القانون إلى عام وخاص

خطة البحث:

يجرى الفقه التقليدى على تقسيم القانون عموماً إلى عام وخاص فما هو معيار هذا التقسيم، ومتى تخضع علاقة ما إلى القانون العام ومتى تخضع إلى القانون الخاص؟

المبحث الأول

أساس تقسيم القانون

إلى عام وخاص

ينقسم القانون كما قلنا الآن إلى عام وخاص . ويقوم هذا التقسيم على أساس وجود الدولة أو عدم وجودها فى العلاقة القانونية - المراد معرفة إلى أى تقسيم من تقسيمات القانون تخضع - باعتبارها سلطة صاحبة سيادة . فليس أساس التقسيم إذن هو وجود الدولة أو وجودها كطرف فى العلاقة القانونية، بل إن الأساس يقوم على وجودها أو عدم وجودها باعتبارها سلطة صاحبة سيادة . فإذا وجدت الدولة باعتبارها كذلك، فإن هذا يعنى أنها تسعى للخير العام مما يكون مبرراً لإخضاعها لقواعد خاصة، هى قواعد القانون العام . وأما إذا وجدت الدولة فى العلاقة القانونية لا باعتبارها سلطة صاحبة سيادة بل باعتبارها فرداً من الأفراد . فإنها تخضع لقواعد القانون الخاص لا لقواعد القانون العام، فإذا ما قامت الدولة بنزع ملكية شخص للمنفعة العامة، كما لو كان ذلك لشق طريق

زراعى أو لبناء مدرسة أو مستشفى فإن العلاقة التى تنشأ بين الدولة وبين من نزع ملكيته جبراً عنه تكون خاضعة لقواعد القانون العام . وأما إذا قامت الدولة باستئجار قطعة أرض لإقامة مدرسة عليها أو مستشفى فإنها لا تظهر هنا باعتبارها سلطة صاحبة سيادة ولكنها تتعامل كأحد الناس وبالتالي فإنها تخضع لأحكام وقواعد القانون الخاص، ولا تتمتع بالتالى بأية ميزة فى علاقتها بمن استأجرت منه الأرض (١).

ويترتب على خضوع العلاقة التى تنشأ بين الدولة والفرد إلى القانون العام، اختصاص القضاء الإدارى بنظرها . فالقضاء الإدارى هو المختص وهو الذى يقوم بتطبيق قواعد القانون العام . وتتمتع الدولة فى علاقتها بالمعامل معها فى هذا الفرض بمميزات السلطة العامة التى يمنحها لها القانون العام . فلا يستطيع أحد غير الدولة أن ينزع ملكية الآخر للمنفعة العامة . وكذلك أيضاً فإن تعاقد الدولة مع أحد الأفراد إذا مكوناً لعقد من العقود الإدارية - ويكون العقد إدارياً إذا ظهرت فيه الدولة باعتبارها صاحبة سيادة، ويكون كذلك أيضاً إذا أعطت الدولة نفسها من الحقوق فى هذا العقد ما لا يمكن أن يحصل عليه الفرد العادى - يبيح لها فسخ العقد بلا حاجة إلى موافقة الطرف الآخر أو اعذاره . ولا شك أن فى هذا خروج على ما تقضى به القواعد العامة، فالعقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما، والمصلحة العامة هى التى تبرر فى كل هذه الحالات إخضاع الإدارة فى علاقتها بالمتعاقدين الآخرين إلى قواعد مغايرة لقواعد القانون الخاص .

(١) ولقد تعددت المعايير التى قبل بها للفرقة بين القانون العام والخاص . راجع عبد الفتاح عبدالباقى، المرجع السابق فقرة ٣٧، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٣٢.

ولا ينطبق هذا كله إلا إذا ظهرت الدولة فى العلاقة القانونية باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان، وأما إذا ظهرت الدولة لا باعتبارها كذلك ولكن باعتبارها من آحاد الناس، فلا يكون هناك مبرراً لاختصاصها لقواعد متميزة، ولذلك فإنها تخضع لقواعد القانون الخاص التى تساوى بينها وبين المتعاقدين أو المتعامل معها .

المبحث الثانى

القانون العام

خطة البحث:

ينقسم القانون كما قلنا الآن إلى عام وخاص، وبعد أن درسنا أساس التقسيم، فإنه يكون من الضرورى معرفة تقسيمات القانون العام، وينقسم القانون العام إلى قانون عام خارجى وقانون عام داخلى . فإذا كانت العلاقة القانونية القائمة قد نشأت بين الدولة ودولة أخرى فإنها تخضع لما يسمى بالقانون العام الخارجى . وأما إذا كانت هذه العلاقة قد نشأت وظلت داخل إقليم الدولة نفسها، فإنها تدخل فيما يسمى بالقانون العام الداخلى . وسوف ندرس فى مطلب أول القانون العام الخارجى، وفى القانى القانون العام الداخلى .

المطلب الأول
القانون العام الخارجى
(القانون الدولى العام)

لا يشتمل القانون العام الخارجى فى نهاية الأمر سوى على قواعد القانون الدولى العام . والقانون الدولى العام هو مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الدول بعضها ببعض سواء فى السلم أو فى الحرب .

ففى وقت السلم تنظم قواعد القانون الدولى العام الشروط الواجب توافرها لقيام الدولة والاعتراف بها ، وتنظم قواعده أيضا تقسيم الدولة إلى دول كاملة السيادة وأخرى ناقصة ، وأحكام المعاهدات والطرق التى بها تفض المنازعات بين الدول كالمفاوضات والتحكيم والقضاء الدولى .

وفى وقت الحرب ينظم القانون الدولى العام حقوق وواجبات الدول المتحاربة ، وكيفية معاملة أسرى الحرب ، والأسلحة التى لا يجوز استخدامها ، ومتى تبدأ الحرب ومتى تنتهى .

ولقد اتسع الآن مضمون القانون الدولى فأصبح يشتمل فضلا عن ذلك على القواعد التى تحدد مركز المنظمات الدولية وعلاقاتها ببعضها وعلاقتها بالدول .

مدى اعتبار قواعد القانون الدولى العام قواعد قانونية؛

أثار هذا الموضوع خلافا كبيرا فى الفقه: فمن الفقهاء من ذهب إلى القول

بأن قواعد القانون الدولي العام لا تعتبر قواعد قانونية^(١)، في حين يذهب
الرأى الراجع فى الفقه إلى اعتبارها قواعد قانونية^(٢).

وأما أن قواعد القانون الدولي العام لا تعتبر قواعد قانونية - كما ذهب
إلى ذلك أنصار الرأى الأول - فإن ذلك يرجع إلى عدم وجود سلطة عليا أعلى
من الدول أعضاء الجماعة الدولية تقوم بوضع هذه القواعد من جهة، ومن جهة
أخرى فإن قواعد القانون الدولي العام لا تجد من يتولى سلطة تنفيذها.
وبالتالى فإنها خالية من الجزاء، وهو - كما سبق القول - من خصائص القاعدة
القانونية.

ولقد ذهب أنصار الرأى الثانى - القائلون باعتبار قواعد القانون الدولي
العام قواعد قانونية - إلى القول بأن وجود سلطة عليا تتولى وضع القواعد
ليس بشرط لنشوء القاعدة القانونية. فليس من الفقهاء من ينكر على العرف
صفته كمصدر من مصادر القاعدة القانونية، مع أنه لا توجد تلك السلطة العليا
التي تقوم بوضعه. فالقاعدة العرفية، تنشأ باضطراد سلوك الأفراد على نحو
معين مع اعتقادهم بأنه ملزم دون أن تتولى سلطة عليا وضع هذه القاعدة
العرفية. وهذا القول فى رأينا صحيح. وأما ما يذهب إليه أنصار الرأى الثانى

(١) عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، فقرة ٤٠، جمال الدين زكى، المرجع السابق فقرة
١٠٨.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق فقرة ٢٢. توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية ص
٦٦. سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية فقرة ٣١ ويرى الأستاذ الدكتور سليمان مرقص
أن القانون الدولي العام هو قانون بالمعنى الصحيح وإن كان لم يصل بعد فى تطوره إلى
الدور الذى وصل إليه القانون الداخلى.

- وهم القائلون باعتبار قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية - من أن السلطة التي تملك توقيع الجزاء على من يخالف قاعدة من قواعد القانون الدولي العام هي المجتمع الدولي نفسه، ويقوم هذا المجتمع الدولي بتفويض الدولة صاحبة المصلحة في منع هذه المخالفة وتوقيع الجزاء على المخالف سواء عن طريق الحرب أو المعاملة بالمثل - ويقولون أيضا أن هذه الطريقة في توقيع الجزاء على المخالف هي التي تتفق والحالة الراهنة للمجتمع الدولي - فهذا هو ما لا يسعنا التسليم به. فالجزاء من خصائص القاعدة القانونية، ولا يكفي لوجوده الشعور الجماعي به بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن تتولى سلطة عامة منظمة توقيعه وإلا سادت الفوضى وعم الاضطراب. ولا زالت حتى الآن قواعد القانون الدولي العام خلوا من جزاء منظم تتولى سلطة عليا تنفيذه. وحتى يمكن القول باعتبار قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية، فإنه يجب أن تكون مشتملة على هذا الجزاء المنظم، وبغير ذلك فإنه لا يمكن اعتبارها كذلك، وإلا وجب تغيير مفهوم الجزاء في القاعدة القانونية. ولا يمكن القول بأن ضعف الجزاء لا يعد يعيبا في القاعدة نفسها، وإنما العيب الحقيقي يكمن في عدم الخضوع لتلك القواعد، فالصحيح أن عدم الخضوع لقاعدة ما لا يسلب عنها صفتها كقاعدة قانونية متى وجد الجزاء الذي يوقع عند مخالفة هذه القاعدة والسلطة التي تقوم بتوقيعه. ولا يعني ذلك أن تكتسب قواعد القانون الدولي العام صفة القاعدة القانونية، إذ أن ذلك مشروط بضرورة وجود جزاء منظم تتولى سلطة عليا أعلى من الدول أعضاء الجماعة توقيعه على من يخالف قاعدة من قواعد القانون الدولي. وبذلك تظل قواعد القانون الدولي العام - في نظرنا - في مرحلة وسط بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق^(١).

(١) عهد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٣.

بين مدى اعتبار قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية:

يقال إن قواعد القانون الدولي هي فرع من فروع القانون العام بل إن القانون العام ينقسم إلى قسمين: قانون عام خارجي وقانون عام داخلي. والقانون العام الخارجي هو الذي ينظم العلاقات بين الدول سواء في وقت السلم أو في وقت الحرب.

وأما عن مدى اعتبار قواعد قواعد قانونية؛ فقد ذهب جانب من الفقه إلى أنها لا تعتبر قواعد قانونية لتخلف صفة الالتزام فيها ولعدم وجود جزاء منظم يوقع عند مخالفة قاعدة من قواعد القانون الدولي العام، ولعدم وجود سلطة عليا تتولى توقيع هذا الجزاء. ويذهب القائلون بأن قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية فإنهم يقولون إن عدم وجود سلطة عليا تتولى توقيع الجزاء ليس شرطاً لازماً لنشوء القاعدة القانونية، وفضلاً عن ذلك فإن المجتمع الدولي نفسه هو الذي يفوض الدولة المعتدى عليها في رد أو دفع هذا العدوان سواء عن طريق الحرب أو المعاملة بالمثل.

ومع ذلك وفي ظل السياسات السائدة الآن وسيطرة قوة واحدة على مقدرات معظم الدول وهذه القوة هي التي تملك كل شيء، وما تراه هذه القوة الكبرى ملزماً فإنه يجب أن يكون كذلك فلها الأمر وعلى كافة أفراد المجتمع الدولي واجب الطاعة، ففي ظل سيادة هذه القوة التي لا راد لإرادتها على المجتمع الدولي، فإنه لا يمكن أن يقال والحال كذلك أن قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية، وبذلك تظل قواعد القانون الدولي العام في مرحلة وسط بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق.

المطلب الثاني

القانون العام الداخلى

خطه البحث:

ينقسم القانون العام كما قلنا الآن إلى قانون عام خارجى وقانون عام داخلى . وأما عن القانون العام الخارجى فهو مقصور على القانون الدولى العام . وأما عن القانون العام الداخلى فإنه يحتوى على مجموعة القواعد التى تحدد كيان الدولة وتنظم علاقاتها بالأفراد باعتبارها سلطة صاحبة سيادة .

ويتفرع القانون العام الداخلى إلى:

- ١- القانون الدستورى .
- ٢- القانون الإدارى .
- ٣- القانون المالى .
- ٤- القانون الجنائى .

وسوف نتكلم بالإيجاز المناسب عن كل من هذه الفروع .

(١) القانون الدستورى:

هو فرع من فروع القانون العام الداخلى . وهو يشتمل على مجموعة من القواعد القانونية التى تبين نظام الحكم فى الدولة . وعلاقات السلطات المختلفة بعضها ببعض الآخر ، وعلاقاتها بالأفراد ، كما تبين أيضا قواعد القانون الدستورى حقوق الأفراد وواجباتهم .

وتعتبر قواعد القانون الدستورى أسى القواعد القانونية وعلى ذلك فلا

يجوز لأى قانون تصدره السلطة التشريعية مخالفة قاعدة من قواعد القانون الدستورى، وإلا حكم بعدم دستوريته (١).

موضوعات القانون الدستورى:

يتناول القانون الدستورى عادة بيان الأمور الآتية:

(أ) شكل الدولة، وما إذا كانت ملكية أم جمهورية، وما إذا كانت الدولة موحدة كما هو الحال فى مصر وفرنسا مثلاً أو متحدة كما هو الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية على سبيل المثال.

(ب) بيان السلطات المختلفة داخل الدولة. والسلطات التى تتكون منها الدولة الحديثة ثلاث: السلطة التشريعية وهى التى تتولى سن التشريعات، ويباشر هذه السلطة فى الدول الديمقراطية الحديثة مجلس شعبى منتخب. وتنص المادة ٨٦ من دستور جمهورية مصر العربية الصادر فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ على أن «يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ويقر السياسة العامة للدولة والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والموازنة العامة للدولة...» والسلطة التنفيذية وهى التى تتولى تنفيذ القوانين وإدارة المرافق

(١) وقد ذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن قواعد القانون الدستورى لا تعتبر قواعد قانونية. إذ ينقصها الجزاء المنظم الذى يوقع عند مخالفة الحكام لها. وهذا القول غير صحيح، فقواعد القانون الدستورى هى أسس القواعد القانونية. ويشمل الجزاء المقرر لمخالفتها فى رفض الرأى العام لهذه المخالفة واستنكاره لها. ويقدر ما يصل إليه الرأى العام من نضج يكون احترام القاعدة الدستورية. راجع: جمال الدين زكى، المرجع السابق فقرة ١٠٠، ومضى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، طبعة سنة ١٩٧٢ ص ٢٦ وما بعدها.

العامة ورئيس الجمهورية هو رئيس السلطة التنفيذية، وهو الذى يتولى هذه السلطة على أن يباشرها على الوجه المبين فى الدستور. والحكومة هى الهيئة التنفيذية والإدارية العليا للدولة، وتتكون من رئيس مجلس الوزراء والوزراء ونوابهم، ويشرف رئيس مجلس الوزراء على أعمال الحكومة (المادة ١٥٣ من دستور جمهورية مصر العربية). والسلطة القضائية وهى التى لها دون غيرها - بحسب الأصل - الفصل بين الناس فيما قد ينشأ بينهم من منازعات وفقاً لما يقضى به القانون.

وبين الدستور - كما قلنا الآن - العلاقات بين هذه السلطات المختلفة. وتسير الدولة الحديثة عموماً على مبدأ الفصل بين السلطات الذى نادى به من وقت طويل العلامة الفرنسى «مونتسكيو» فى كتابه «روح القوانين» وأساس هذا المبدأ أنه إذا تجمعت سلطات الدولة المختلفة من تشريعية وتنفيذية وقضائية فى يد شخص واحد أو هيئة واحدة، فإن ذلك الضرر كل الضرر إذ أنه يستحيل عملاً على أى شخص أو هيئة أن يجمع بين هذه السلطات جميعاً دون أن يترتب على ذلك تعسف واستبداد. لذلك فإنه من الأوفق أن توزع هذه السلطات بين هيئات مختلفة على أن يكون لكل منها الحق فى الاشراف والرقابة على الأخرى. وعلى الدستور أن يحدد طبيعة هذا الاشراف المتبادل ومداه.

(ج) كما بين الدستور أيضاً حقوق الأفراد وواجباتهم وتتمثل حقوق الأفراد فيما له من حق فى الحرية وفى المساواة بينهم، فلا يجب أن يكون هناك تمييز بين شخص وآخر بسبب الجنس أو الدين لذلك تنص المادة ٤٠ من دستور جمهورية مصر العربية على أن «المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون

فى الحقوق والواجبات لا تميز بينهم فى ذلك بسبب الجنس، الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة» وأما عن واجبات الأفراد فإنها تتركز فى أمر واحد هو الضريبة التى يلتزم بها كل مواطن مشاركة منه فى تحمل الأعباء الهامة، وقد تكون هذه الضريبة ضريبة مال أو ضريبة الجهد أو ضريبة الدم.

أنواع الدساتير:

وتنقسم الدساتير عموماً من حيث سهولة أو عدم سهولة تعديل أحكامها إلى دساتير مرنة وأخرى جامدة. والدساتير المرنة هى التى يجوز تعديل أحكامها بقانون عادى ودون حاجة إلى اللجوء إلى إجراءات استثنائية. ولعل أفضل نموذج لذلك هو الدستور الانجليزى إذ أنه يجوز تعديله بلا حاجة إلى أى إجراء غير عادى. والدساتير الجامدة هى التى لا يجوز تعديلها إلا باللجوء إلى إجراءات غير عادية حتى لا يكون من السهل سرعة تعديل ما تتضمنه هذه الدساتير من قواعد، والدستور المصرى نموذج للدساتير الجامدة إذ تنص المادة ١٨٩ منه على إجراءات معقدة لا بد من اللجوء إليها لتعديل بعض أحكامه فلا تكفى الأغلبية المطلقة بل لابد أن يوافق على هذا التعديل ثلثا أعضاء مجلس الشعب ثم يعرض بعد ذلك هذا التعديل على الشعب للاستفتاء بشأنه (١).

نظرة على تاريخ الدستور المصرى:

كان لمصر دستورها الأول سنة ١٩٢٣ والذى كان منحة من الملك، ثم عطل

(١) عهد الفتاح عهد الباقى، المرجع السابق فقرة ٤٣، سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ٣٥.

هذا الدستور أكثر من مرة إلى أن أُلغى سنة ١٩٣٠، ثم استبدل بدستور آخر سنة ١٩٣٠ الذي ظل معمولاً به إلى أن أُلغى سنة ١٨٣٥، وأعيد العمل بدستور سنة ١٩٢٣. وفي أعقاب ثورة ١٩٥٢ أُلغى دستور سنة ١٩٢٣ ثم تألفت لجنة لوضع مشروع الدستور. وفي سنة ١٩٥٦ عرض الدستور الجديد على الشعب للاستفتاء عليه فوافقت عليه الأمة ووضع موضع التنفيذ في ٢٣ يونيو سنة ١٩٥٦، ولما قامت الوحدة بين مصر وسوريا وضع دستور مؤقت للجمهورية العربية المتحدة، واستمر العمل بهذا الدستور المؤقت إلى أن أصدر رئيس الجمهورية دستوراً مؤقتاً آخر سنة ١٩٦٤. وفي ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ أصدر رئيس الجمهورية الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية، وهو المعمول به الآن.

(٢) القانون الإداري:

وهو فرع من فروع القانون العام الداخلي. وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها وهو على هذا النحو شديد الصلة بالقانون الدستوري إلى الحد الذي يصعب معه في بعض الحالات وضع حد فاصل بينهما. فإذا كان القانون الدستوري هو الذي يبين الطريقة التي تشيد بها الإدارة الحكومية، فالقانون الإداري هو الذي يتولى بعد ذلك بيان الكيفية التي تعمل بها هذه الأداة.

موضوعات القانون الإداري:

قلنا الآن أن القانون الإداري هو الذي يبين عمل الأداة الحكومية ويمكن القول بشمول القانون الإداري للموضوعات التالية:

(أ) تنظم الأداة الحكومية من حيث نوع الخدمات التى تؤدى للأمة . فالحكومة هى التى تشرف على تسيير العمل فى كافة المراحل العامة للدولة . فهى التى تتولى تبعاً لذلك تنظيم الجيش باعتباره حامياً للشعب ، وتنظيم كيفية الالتحاق به ويشمل ذلك بالضرورة تحديد المقصود بالخدمة الاجبارية فى الجيش . كما تتولى الحكومة أيضاً تنظيم مرفق البوليس باعتباره المسئول عن حفظ الأمن فى الداخل . وبالإضافة إلى ذلك فإن الحكومة تلتزم أيضاً بتنظيم كافة مرافق الخدمات الأخرى كالصحة أو التعليم على سبيل المثال .

(ب) ويدخل فى صميم القانون الإدارى أيضاً بيان الطريقة التى يتم بها مباشرة السلطة التنفيذية لاختصاصاتها . فقد تخرج السلطة التنفيذية إلى النظام المركزى فى الإدارة وقد قبل على عكس ذلك إلى نظام اللامركزية .

وتأخذ الدول الحديثة عادة بالنظام اللامركزى ، وإن كان ذلك لا يعنى إغفال اللامركزية تماماً ، فلا زالت تأخذ بها الدول - حتى تلك التى اتخذت اللامركزية طريقاً وشعاراً لها - بالنسبة إلى المرافق الهامة وعلى وجه الخصوص تلك التى تقتضى طبيعتها الخاصة الإبقاء على تبعيتها للإدارة المركزية . ومثال ذلك مرفق الدفاع ومرفق التمثيل السياسى الذى تقوم عليه وزارة الخارجية .

ويتميز النظام اللامركزى عن المركزى فيما يعطيه الأول من سلطات واسعة لرجال الإدارة المحلية بحكم اتصالهم المباشر بالمشاكل التى يتصدرون لها . ولقد عنى دستور جمهورية مصر العربية ببيان الأسس التى تقوم عليها الإدارة المحلية فى الفرع الثالث من الفصل الثالث من الدستور . وتنص المادة ١٦٣ من هذا الدستور على أنه « يبين القانون طريقة تشكيل المجال الشعبية

واختصاصاتها ومواردها المالية وضمانات أعضائها وعلاقاتها بمجلس الشعب والحكومة ودورها فى اعداد خطة التنمية وفى الرقابة على أوجه النشاط المختلفة.

(ج) كما ينظم القانون الإدارى أيضا العلاقة بين الدولة وموظفيها وهى علاقة تنظيمية لا تعاقدية، إذ يخضع فيها الموظف لما تصدره الدولة من قوانين ولوائح. ولا شك أن هذه العلاقة من علاقات القانون العام التى لا تقف فيها الدولة مع عمالها على قدم المساواة بل هى الطرف الأقوى الذى يتمتع بامتيازات السلطة باعتبارها ممثلة للمصلحة العامة. ويقوم القانون الإدارى ببيان طبيعة العلاقة التى تنشأ بين الحكومة وموظفيها، كما يبين القواعد التى تحكم هذه العلاقة.

(د) وكذلك ينظم القانون الإدارى كيفية التقاضى أمام المحاكم الإدارية بمختلف درجاتها. ولقد كانت المحاكم العادية تقوم بالفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الدولة وعمالها أو التى تنشأ بين الدولة وأحد الأفراد إلى سنة ١٩٤٦. وفى هذا العام أنشئ مجلس الدولة فى مصر على غرار مجلس الدولة الفرنسى وحدد اختصاصاته بنص القانون على سبيل الحصر، وعهد إلى هذا المجلس بالفصل فى المنازعات التى تكون الدولة طرفا فيها إذا كان ذلك باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان. وبذلك أصبح للمنازعات الإدارية قاضيه الخاص بها وليس للقاضى العادى نظرها.

(٣) القانون المالى:

هو القانون الذى ينظم مالية الدولة من حيث بيان إيراداتها وكيفية

تخصيلها، ثم يبين بعد ذلك كيف يكون الاتفاق فى محاولة دائمة لإيجاد التوازن بين الإيرادات والمصروفات. ولقد كان القانون المالى إلى عهد قريب جزءاً من القانون الإدارى ولكنه انفصل عنه وأصبح مستقلاً بذاته بعد أن ازدادت أهميته. ولا يعتبر هذا القانون الآن جزءاً من القانون الإدارى ولكنه فرع من فروع القانون العام.

(٤) القانون الجنائى:

هو مجموعة القواعد التى تحدد الجرائم المختلفة والعقوبات المقررة لكل منها، وكذلك الإجراءات التى تتبع فى تعقب المتهم ومحاكمته وتوقيع الجزاء عليه.

ولذلك فإن قواعد القانون الجنائى تنقسم إلى نوعين: قواعد موضوعية وهى التى تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لكل منها. وقواعد إجرائية أو شكلية وهى التى تحدد الإجراءات الواجب اتباعها فى التحقيق مع المتهم وفى محاكمته.

(أ) القواعد الموضوعية أو قانون العقوبات:

وهو يتضمن القواعد المحددة للجرائم والعقوبات المقررة لكل منها وهو ينقسم بدوره إلى قسمين:

القسم العام: وفيه يتناول المشرع تحديد الأركان العامة للجريمة وتقسيماتها إلى جنایات وجنح ومخالفات. كما تناول المشرع فيه أيضاً بالتنظيم العقوبة وكيفية توقيعها وحالات تعددها وسقوطها والتخفيف أو الإعفاء منها.

القسم الخاص: إذا كان القانون العام يتناول الجريمة بصفة عامة، فالقسم الخاص يتناول بالدراسة كل جريمة على حدة مبيناً أركانها والعقاب المقرر لها.

(ب) القواعد الشكلية أو قانون الإجراءات الجنائية:

وهو يشتمل على مجموعة القواعد القانونية الواجبة الاتباع من وقوع الجريمة إلى حين توقيع العقوبة على مرتكبها، وترتيباً على ذلك فإن هذا القانون يتناول كافة الإجراءات والقواعد الخاصة بالقبض على المتهم والتحقيق معه ومحاكمته وتنفيذ العقوبة التى يحكم بها عليه.

المبحث الثالث

القانون الخاص

خطة البحث:

قلنا فيما سبق أن القانون ينقسم إلى عام وخاص. والآن وبعد أن بينا الأساس الذى يقوم عليه هذا التقسيم، وما يتفرع عن القانون العام من فروع بقى لنا أن ندرس التقسيمات المختلفة للقانون الخاص. ويذهب الفقه التقليدى عادة إلى تقسيم القانون الخاص إلى:

- ١- القانون المدنى.
- ٢- القانون التجارى.
- ٣- القانون البحرى والجوى.
- ٤- قانون العمل.

٥- قانون المرافعات المدنية والتجارية.

٦- القانون الدولسى الخاص.

وسوف نقوم الآن بعرض موجز لكل من هذه الفروع المختلفة.

١- القانون المدنى:

ويتضمن هذا القانون مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات بين الأفراد عدا ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص. والقانون المدنى هو أصل القانون الخاص وعنه تفرعت باقى فروع القانون الخاص الأخرى. ولقد دعت الحاجة إلى استقلال بعض أوجه نشاط الأفراد بقانون خاص بها تخضع له لاعتبارات تتعلق بملامة هذا القانون لأوجه نشاط الأفراد هذه، ومثال ذلك القانون التجارى الذى نشأ وتطور ليحكم العلاقات بين التجار وليلازم مقتضيات التجارة. ولما كان القانون المدنى هو أصل القانون الخاص فإنه يجب الرجوع إليه فى كل المسائل الخاضعة للقانون الخاص إذا لم يكن لها حكم خاص بها فى فرع آخر من فروع القانون الخاص^(١).

ويتضمن القانون المدنى من الناحية العلمية نوعين من الموضوعات:

(أ) روابط الأحوال الشخصية، وهى كل ما يتعلق بالأسرة، وتسمى بالأحوال الشخصية لأنها تدور حول شخص الإنسان نفسه. وتشمل الأحوال

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق فقرة ٥٥، د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق فقرة

٤٠، سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ٤٥، جمال الدين زكى، المرجع السابق فقرة ١١٩

وما يندرج بها.

الشخصية حالة الشخص وأهليته وثبوت نسبه وما يترتب على ذلك من ثبوت الحق أو عدم ثبوته فى الميراث. والأصل أن يكون القانون المدنى محتوياً على تنظيم متكامل لمسائل الأحوال الشخصية، وهذا هو الحال فى معظم التقنينات المدنية. وأما فى مصر فالأمر على غير ذلك، فلا يشتمل القانون المدنى على تنظيم لمسائل الأحوال الشخصية بل إن ذلك متروك لحكم الشريعة التى ينتسب إليها الشخص، وإذا اختلف الدين أو الملة أو الطائفة فإن الشريعة الإسلامية تكون هى الواجبة التطبيق.

(ب) العلاقات المتعلقة بالمال وتسمى بالأحوال العينية، وهى تشمل كل ما يتصل بشناط الشخص ويكون قابلاً للتقويم بالمال. فتعرف المال، وأنواعه، وتبين الحقوق المالية للشخص وطرق اكتسابها.

ولقد صدر التقنين المدنى المصرى الجديد سنة ١٩٤٨ ليطبق من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩. وقد ألغى هذا التقنين المجموعة المدنية القديمة التى كانت قد صدرت سنة ١٨٨٣ على غرار التقنين المدنى المختلط ولقد أخذت معظم أحكام التقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الفرنسى. وأما بالنسبة للمجموعة المدنية الجديدة - وهى المعمول بها الآن - فإنها لم تتأثر فقط بالتقنين المدنى الفرنسى، بل تأثرت كثيراً بالشريعة الإسلامية وعنهما نقلت البعض من أحكامها. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٤١٩ من التقنين المدنى المصرى من ضرورة أن يكون المشترى على علم بالمبيع وإلا كان له الحق فى المطالبة بالبطالان، فهنا الحكم مستمد من الشريعة الإسلامية. وكذلك فقد تأثر واضعو التقنين المدنى الجديد ببعض التقنينات الأخرى كالتقنين الايطالى

ومشروع الالتزامات الموحد الفرنسى - الايطالى .

٢- القانون التجارى:

وهو فرع من فروع القانون الخاص . ولقد تفرع هذا القانون عن القانون المدنى . فهو يقع بالنسبة له فى منزلة الفرع إلى الأصل . ويشتمل القانون التجارى على مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات بين التجار ، والتى تبين شروط اكتساب الشخص صفة التاجر سواء كان هذا الشخص فرداً أم شركة . كما يبين كذلك الأعمال التجارية ، وما يقع على التجار من واجبات كواجب القيد فى السجل التجارى . وينظم القانون التجارى بالضافة إلى ذلك الشركات التجارية وأنواعها المختلفة وتكوينها وكيف يكون انقضاءها وكذلك العقود التجارية باعتبارها مظهراً من مظاهر النشاط التجارى ، والنقل التجارى والسمسرة والوكالة بالعمولة ، والأوراق التجارية وهى الكمبيالات والشيكات والسندات الاذنية .

والجديد بالذكر أن قواعد القانون التجارى كانت فيما مضى جزءاً من القانون المدنى ، وبعد أن ازدهرت التجارة ظهرت الحاجة ملحة إلى استقلالها بقانون خاص بها لما تتطلبه التجارة من سرعة وثقة فكان أن ظهر إلى الوجود قانون سمي بالقانون التجارى لارتباطه الشديد بالتجارة وبمن يزاولونها ، ولحسن فهم الفرق بين القواعد المدنية والقواعد التجارية نسوق بعض الأمثلة:

(أ) بالنسبة لقواعد الاثبات:

القاعدة فى القانون المدنى أنه إذا زادت قيمة التصرف على عشرين جنيهاً

فلا يجوز اثبات وجوده أو انقضائه إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها كالإقرار^(١). وعلى ذلك فلا يجوز اثبات هذا التصرف بشهادة الشهود. فإذا طلب أحد المتنازعين من القاضي إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات وجوده أو انقضاء تصرف تزيد قيمته على خمسمائة جنيهاً بشهادة الشهود، وجب على المحكمة - بحسب الأصل - ألا تجيبه إلى طلبه. هذا إذا كان التصرف مدنياً وأما إذا كان التصرف تجارياً فإن الأمر يختلف، فالإثبات في القانون التجاري حر من كل قيد ويجوز إثبات مثل هذا التصرف بشهادة الشهود. ولعل السبب في استقلال القانون التجاري بقاعدة خاصة به في هذا الشأن يرجع إلى ما تتطلبه التجارة من سرعة وثقة، فلا يعقل أن يكلف التاجر دائماً بضرورة الحصول على دليل كتابي إذا زادت القيمة التي يعتزل أن يطالب بها على خمسمائة جنيهاً.

(ب) بالنسبة للتضامن:

الأصل المتبع في القانون المدني هو أن التضامن لا يفترض. فإذا تعدد المدينون فإن التضامن لا يفترض بينهم. ولا يكون التضامن إلا بناء على اتفاق أو نص في القانون (المادة ٢٧٩ مدني). وإذا كانت هذه القاعدة هي الواجبة التطبيق في القانون المدني، فإن الأمر مختلف بالنسبة لما هو متبع في القانون التجاري. فإذا تعدد المدينون - إذا كانت للعلاقة الموجودة بينهم وبين الدائن من العلاقات التي تخضع للقانون التجاري - افترض التضامن بينهم إلا إذا كان

(١) وهذا الحكم هو ما نصت عليه المادة ٦٠ من قانون الإثبات بقولها في غير المواد التجارية إذا كان التصرف تزيد قيمته على عشرين جنيهاً أو كان غير مقدر القيمة فلا يجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

هناك اتفاق على غير ذلك لما فى ذلك من تشجيع للائتمان، إذ يستطيع الدائن أن يطالب أى من المدينين بكل ما له من حق قبلهم، وعلى من يدفع من المدينين المتضامنين أن يرجع بعد ذلك على كل منهم بقدر نصيبه فى الدين. وبذلك يتحمل هؤلاء المدينين نصيب المعسر منهم. وهنا يبدو واضحاً الخلاف القائم بين قواعد القانون المدنى وقواعد القانون التجارى.

(ج) بالنسبة لحالة الحق:

لا تسرى حالة الحق فى القانون المدنى فى مواجهة المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها (المادة ٣٠٥ مدنى) إذ يترتب على حالة الحق تغيير شخص الدائن، وبالتالي قبلها لا تكون نافذة فى مواجهة المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها. والأمر غير ذلك بالنسبة لحالة الحقوق الثابتة فى أوراق تجارية كالكمبيالة أو الشيك. فالأصل - وفقاً لقواعد القانون التجارى - هو أن تكون الحالة نافذة فى مواجهة الجميع بمجرد التوقيع على هذه الأوراق بما يفيد الحالة إذ يتجسد فيها الحق فى السند.

(د) بالنسبة لمنح المدين أجلاً للوفاء:

القاعدة فى القانون المدنى أنه يجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً للوفاء بدينه. وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة (المادة ٢/٣٤٦ مدنى) بشرط أن تتوافر الشروط المنصوص عليها فى القانون لإعطاء المدين هذه المهلة. والأمر على غير ذلك تماماً فى القانون التجارى، فلا يجوز فيه للقاضى أن يمنح المدين أجلاً للوفاء لما قد يترتب على ذلك من اضطراب فى المعاملات التجارية. فالطالب أن يكون الدائن قد رتب أعماله مع الغير وفقاً لما توقعه فى علاقته بدينه من حيث

قيام هذا الأخير بالوفاء بدينه في ميعاده.

(هـ) بالنسبة لعقاضي فوائد على معجمد الفوائد:

القاعدة في القانون المدني أنه لا يجوز تقاضي فوائد على معجمد الفوائد، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال (المادة ٢٣٢ مدني) وهذه القاعدة لا يمكن إعمالها في نطاق القانون التجاري، ودليل ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٢ نفسها في فقرتها الأخيرة وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية.

ومع ذلك فلا يزال القانون التجاري مرتبطاً بالقانون المدني ارتباطاً الشرح بالأصل، فإذا كانت العلاقة من علاقات القانون الخاص، ولم يكن لها حكم في القانون التجاري، وجب أن تطبق بشأنها ما هو منصوص عليه في القانون المدني. وينبغي بالرفضاة إلى ذلك أن تطبق قواعد القانون التجاري في الحدود المرسومة لها، فلا يخضع له بالتالي الشجار إلا بالنسبة لمعاملاتهم التجارية، وأما بالنسبة لمعاملاتهم الأخرى فإنهم يخضعون فيها للقانون المدني كما إذا استأجر تاجر منزلاً لسكنه، فالقانون المدني وقواعده تكون هي الواجبة التطبيق (١).

(١) في التفرقة بين القواعد المدنية والقواعد التجارية. راجع عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، الفقرة ٥٧، شمس الدين الزكي، المرجع السابق فقرة ٤١، سليمان مرعش، المرجع السابق، الفقرة ٤٧، جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ١١٥.

٣- القانون البحري والجوى:

والقانون البحري والجوى هما الآخران من فروع القانون الخاص. وينظم القانون البحري العلاقات الخاصة التى تنشأ بضد الملاحة فى أعالى البحار ويدور حول السفينة فينظم بالتالى ما يمكن أن يقع عليها من تصرفات كرهنها أو التأمين عليها. ولعلم من دواعى استقلال القانون البحري عن القانون التجارى هو ما تتميز به العلاقات التى تنشأ وتنفذ فى أعالى البحار من طبيعة خاصة. فلا يمكن أن يتصور - على سبيل المثال - خضوع عقد العمل البحرى لنفس القواعد التى يخضع لها عقد العمل العادى.

والقانون الجوى هو الآخر فرع من فروع القانون الخاص، وهو يشتمل على مجموعة القواعد المتعلقة بالملاحة الجوية. وتتركز العلاقات التى ينظمها القانون الجوى حول الطائرة. ولذلك فإن هذا القانون ينظم القواعد المتعلقة ببيعها أو رهنها أو التأمين عليها. وينظم القانون الجوى أيضا القواعد المتعلقة بمسئولية الناقل الجوى وغالبا ما يتم تنظيم هذه المسائل بواسطة المعاهدات وذلك نظراً للصفة الدولية للنقل الجوى.

٤- قانون العمل:

وقانون العمل هو الآخر فرع من فروع القانون الخاص وينظم قانون العمل العلاقة التى تنشأ بين رب العمل والعامل. فبين الشروط اللازمة لانعقاد عقد العمل، وآثاره، وانتهائه. ويتضمن قانون العمل الكثير من القواعد الآمرة، وهى التى لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها، ومثالها القواعد المحددة لساعات العمل، والقواعد التى تبين الحد الأدنى للأجور والقواعد الخاصة بتحديد الاجازات سواء أكانت أسبوعية أم سنوية، كما يشتمل قانون العمل

أيضا على القواعد المنظمة للنقابات العمالية. ويتميز هذا القانون بطابعه الواقعي الديناميكي وحداثة نشأته.

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن قانون العمل يعتبر فرعاً من فروع القانون العام وذلك لاحتوائه على قدر كبير من القواعد الآمرة. فلم تعد الآن علاقات العمل متروكة لإرادة كل من رب العمل والعامل، بل أخذ المشرع يتدخل فيها تدريجياً بالتنظيم، واشتمل هذا التدخل على الكثير من القواعد التي لا يجوز لطرفي عقد العمل - العامل ورب العمل - الخروج عليها، كما ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن قانون العمل لا يستهدف تحقيق مصلحة العامل أو رب العمل، ولكنه يستهدف المصلحة العامة. ولما كانت المصلحة العامة هي هدفه، لذلك فإنه يدخل في تقسيمات القانون العام.

ولا يسعنا في الواقع أن نسلم بصحة ما ذهب إليه هؤلاء، فليست المصلحة العامة هي الأساس الذي تقوم عليه التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص. ومن جهة أخرى فإن القوانين عموماً تستهدف المصلحة العامة ولا يعنى ذلك اعتبارها جميعاً من فروع القانون العام.

وذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن قانون العمل يعتبر قانوناً مختلطاً. فهو يحتوى على جانب من القواعد من النوع الذي يحتويه عادة القانون الخاص، وبالإضافة إلى هذا النوع من القواعد فإنه يشتمل على قواعد أخرى منبثقة من القانون العام ومثالها نظام التحكيم في منازعات العمل الجماعية.

وإذا كان صحيحاً القول بأن قانون العمل يحتوى على قواعد مستمدة من القانون العام وأخرى من القانون الخاص، إلا أنه ليس معنى ذلك اعتباره قانوناً

مختلطاً، إذ لا يوجد فرع من فروع القانون إلا ويحتوى على قواعد منبثقة من بعض فروع القانون الأخرى. وهذا لا يعنى اعتبار كل قانون قانوناً مختلطاً. فالمناط فى تحديد طبيعة كل قانون من القوانين ينصب على قواعده الأساسية. والراجع بالنسبة لقواعد قانون العمل الأساسية أنها تنظم العلاقات الخاصة التى تنشأ بين كل من العامل ورب العمل. ومن ثم فإن هذا القانون يعتبر فرعاً من فروع القانون الخاص (١).

٥ - قانون المرافعات المدنية والتجارية؛

ويستبر هذا القانون من فروع القانون الخاص. وإذا كان القانون المدنى والقانون التجارى ينظمان العلاقات التى تنشأ بين الأفراد من حيث ما لهم فيها من حقوق وما عليهم فيها من واجبات، فإن قانون المرافعات المدنية والتجارية ينظم الإجراءات الواجبة الاتباع لحماية هذه الحقوق وأداء تلك الواجبات. وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا القانون يشتمل على القواعد المنظمة للمحاكم واختصاصاتها، وطرق الطعن فى الأحكام الصادرة منها، وكيفية تنفيذ هذه الأحكام.

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار قانون المرافعات المدنية والتجارية فرعاً من فروع القانون العام وذلك لأنه يتضمن فى جانب من أحكامه القواعد المنظمة لسلطة من السلطات العامة وهى السلطة القضائية. وهذا القول - فى نظرنا - غير صحيح، فالعلاقات التى يحكمها قانون المرافعات المدنية

(١) راجع فى عرض كامل لهذا الموضوع مؤلفنا فى شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية سنة ١٩٧٠، ص ١٤ وما بعدها.

والتجارية علاقات خاصة، أى هى من النوع الذى يخضع للقانون الخاص .
والصحيح فى نظرنا إذن أن قانون المرافعات لا يعتبر فرعاً من فروع القانون
العام ولكنه يعتبر من فروع القانون الخاص .

٦- القانون الدولى الخاص:

وهذا القانون على الرغم مما قد توحى به تسميته لا يعتبر من فروع
القانون الخارجى، بل هو فرع من فروع القانون الداخلى . غاية ما فى الأمر أنه
يحكم الموضوعات ذات العنصر الأجنبى، فإذا تزوج مصرى بمصرية وعقد الزواج
فى مصر، فإن هذه العلاقة وطنية بحتة، والقانون المصرى هو الواجب التطبيق .
أما إذا تم الزواج فى مصر بين مصرى وأجنبية أو بين اثنين من الأجانب، فلا
تكون العلاقة وطنية بحتة، بل انها تكون ذات عنصر أجنبى . ووظيفة قواعد
القانون الدولى الخاص فى هذا الشأن هى تحديد القانون الواجب التطبيق . وهل
هو القانون المصرى باعتباره قانون جنسية الزوج أو القانون الأجنبى باعتباره
قانون جنسية الزوجة . ومتى حددت قواعد القانون الدولى الخاص القانون
الواجب التطبيق وجب على القاضى إعمال حكمه وتطبيقه على الواقعة موضوع
النزاع، بل ان جانباً كبيراً من القه يوجب على القاضى أن يبحث بنفسه عن
أحكام هذا القانون الأجنبى ليطبقها، وليس له أن ينتظر اثبات المتنازعين لما
يحتويه هذا القانون من أحكام، وبالإضافة إلى هذه القواعد التى يشتمل عليها
القانون الدولى الخاص، فإنه يحتوى أيضاً على الأحكام المنظمة للجنسية
والمواطن ومركز الأجانب .

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن القانون الدولى الخاص يعتبر فى
شق منه - من الخاص بالجنسية والمواطن ومركز الأجانب - من فروع القانون

العام . فالقواعد التى تنظم شروط اكتساب الجنسية لا تعتبر من مكونات القانون الخاص، ولكنها تعتبر جزءاً من القانون العالم، فالعلاقة فيها تنشأ بين الدولة باعتبارها صاحبة سيادة وبين أفراد الناس، والصحيح فى نظرنا أن القانون الدولى الخاص وإن كان الغالب عليه أنه من فروع القانون الخاص، إلا أنه مع ذلك يتضمن فى جانب منه قواعد مستمدة من القانون العام . ولذلك فإنه من هذه الزاوية يعتبر قانوننا مختلطاً^(١١).

٧- القانون الزراعى:

وهو قانون حديث النشأة، ولقد بدأ الاهتمام به بعد أن تعددت القوانين الزراعية فى مصر، وذلك فى أعقاب ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢، ذلك أن المشرع المصرى كان قد أصدر عقب هذه الثورة مباشرة المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ محدداً به، الملكية الزراعية ووضحاً لها حد أقصى ثم تعددت بعد ذلك التشريعات الزراعية التى قرر فيها المشرع حداً أقصى للملكية الفرد والأسرة . وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد عنى بالاضافة إلى ذلك بوضع حد أقصى لأجرة الأراضى الزراعية ولم يعد الأمر متروكاً لإرادة كل من المؤجر والمستأجر حتى لا تجور إرادة الأول على الثانى، وتحددت الأجرة بسبعة أمثال الضريبة العقارية الأصلية.

خلاصة القول أن القانون الزراعى يعنى فيه الفقه بدراسة الملكية الزراعية والاستغلال الزراعى.

(١١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق فقرة ٣٤، تولى حسن فرج، المرجع السابق ص

الفصل الثاني

تقسيم القاعدة القانونية من حيث

مدى ما لها من قوة ملزمة

خطة البحث:

ينقسم القانون كما قلنا الآن إلى عام وإلى خاص، والأساس الذي يقوم عليه هذا التقسيم هو وجود الدولة أو عدم وجودها في العلاقة القانونية بصفتها صاحبة سلطان وسيادة. وإذا كان القانون ينقسم أيضا من حيث مدى ما له من توج ملزمة إلى قاعدة قانونية أمرة، وقاعدة قانونية مفسرة، فما هو المقصود بهذا التقسيم، ومتى تكون القاعدة القانونية أمرة، ومتى تكون مفسرة، وما هو الأساس الذي يقوم عليه هذا التقسيم؟

أولا - - لتحديد المقصود بكل من القاعدة القانونية الأمرة والقاعدة المفسرة:

يقسم الفقه في عموم القاعدة القانونية من حيث مدى ما لها من قوة ملزمة إلى أمرة ومفسرة. والقاعدة القانونية الأمرة هي التي لا يجوز الاتفاق على مخالفة حكمها، والقاعدة القانونية المفسرة أو المكملة هي التي يجوز الاتفاق على مخالفتها. فكأن الفارق بين القاعدة الأمرة والقاعدة المفسرة هو عدم جواز أو جواز الاتفاق على مخالفة الحكم الوارد فيها^(١).

(١) في التفرقة بين القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المفسرة، راجع: عبد الفتاح همد، الباقي، المرجع السابق فقرة ١٨، شمس الدين الركييل، المرجع السابق فقرة ٥٠، سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ٥١، حسن كبرة، المرجع السابق فقرة ١٦.

ومن أمثلة القواعد القانونية الأمرة ما تنص عليه المادة ١٣١ مدنى بقولها «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً، غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه إلا فى الأحوال التى ينص عليها القانون» ومثال ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ٢٣٢ مدنى 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 إخلال بالقواعد والعادات التجارية».

والغالب على القانون العام بتقسيماته المختلفة أن يكون محتويها على الكثير من القواعد الامرة . فقواعد القانون الدستورى فى مجملها قواعد أمرة . وكذلك قواعد القانون الجنائى . فلا يفتقر أبداً أن يميز القانون للأفراد أن يبدلوا قاعدة من قواعد القانون الجنائى، كأن يتفق شخص مع آخر على قتله ليخلصه من العذاب والألم الذى يمانيه من جراء مرضه . وإذا كان الغالب على قواعد القانون العام أنها أمرة، فلا يغلب نفس هذا الطابع على قواعد القانون الخاص الذى يتضمن الكثير من القواعد المفسرة بالإضافة إلى ما يكون به من قواعد أمرة . ومع ذلك، فالقواعد الأمرة تغلب على بعض فروعها ولعل أوضح مثال لذلك هو قانون العمل، إذ أنه يحتوى على الكثير من القواعد الامرة.

وأما عن القواعد المفسرة أو المكملة فمثالها ما تنص عليه المادة ٤٥٦ مدنى من أنه "يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو منظمه يقضى بغير ذلك " وهذا يعنى أنه إذا لم يكن هناك اتفاق على المكان الذى يجب فيه على المشتري الوفاء بالثمن فإن هذا الوفاء يكون

فى المكان الذى يسلم فيه المبيع إليه . فالقاعدة المنصوص عليها إذن فى المادة ٤٥٦ مدنى ليست أمرة، ولكنها مفسرة أو مكملة إذ أنه يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها . وما تنص عليه أيضا المادة ٤٥٧ مدنى من أنه يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع للمشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك» فهذه القاعدة أيضا - وهى المتعلقة بزمان الوفاء بالثمن - قاعدة مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين، آية ذلك ما تنص عليه المادة ٤٥٧ مدنى نفسها من جواز الاتفاق على مخالفة الحكم الوارد فيها (١).

ثانيا: معنى تكون القاعدة القانونية أمرة، ومعنى تكون القاعدة مفسرة، وما هو الأساس الذى يقوم عليه تقسيم القاعدة إلى أمرة ومفسرة:

قلنا الآن أن القاعدة الأمرة هى التى لا يجوز الاتفاق على مخالفة الحكم المنصوص عليه فيها، وتكون القاعدة مفسرة إذا جاز للأفراد الاتفاق على مخالفة الحكم الوارد فيها . ولا يقدح هنا القول فيما للقاعدة القانونية المفسرة أو المكملة من قوة ملزمة . فلا يعنى جواز الاتفاق على مخالفة الحكم المنصوص عليه فيها أنها تكون إذا اتفق الأفراد على مخالفتها غير ملزمة . فالمعروف أن القاعدة القانونية سواء أكانت أمرة أم مفسرة تتكون من فرض وحكم . والفرض هو الواقعة، والحكم هو الأثر الذى يترتب القانون عليها . ومن بين الشروط الواجب توافرها فى الفرض - إذا كانت القاعدة القانونية مفسرة - ألا يتضمن

(١) راجع فى شرح هذا الموضوع كتابنا فى عقد البيع (فى القانون المدنى المصرى) فقرة ١٥٧ ص ٢٠٦ وما بعدها.

الأفراد اتفاقهم على ما يخالفها . فإذا تضمن اتفاق الأفراد على ما يخالف هذه القاعدة، فإن الفرض لا يتحقق لتخلف شرط من شروطه، ومن ثم فلا ينطبق الحكم الوارد في القاعدة . فالقاعدتين الأمرة والمكملة سواء فيما لهما من قوة ملزمة، غاية ما في الأمر أنه يجوز الاتفاق على مخالفة الحكم المنصوص عليه في الثانية دون الأولى .

ولا تقف الصعوبة عند هذا الحد، بل انه يصعب في البعض من الأحوال الوقوف على طبيعة القاعدة ومعرفة ما إذا كانت أمرة أم مفسرة، ويعتمد الفقه في عمومها على معيارين للوقوف على نوع القاعدة:

١- المعيار اللفظي . أو اللفظي: وبه يمكن التعرف على نوع القاعدة من العبارة التي يستخدمها المشرع، فقد يورد المشرع في سياق النص نفسه أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفته، فهنا تكون القاعدة بلا شك أمرة . ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٥١٩ مدني، والتي تنص على أنه «الشركاء غير ممنوعون من الإدارة ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها، وكل اتفاق على غير ذلك باطل» ومثال ذلك أيضا ما تنص عليه المادة ٤٧١ مدني بقولها «لا يجوز للقضاء ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً . فهذه القاعدة أمرة ويبين ذلك مما تنص عليه المادة نفسها من أنه لا يجوز فهذا يعني أنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة الحكم الوارد في هذه المادة .

وتدل العبارة المستخدمة فى النص القانونى نفسه على أن القاعدة مفسرة لا أمرة. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٤٧٦ مدنى وهى واردة فى الفصل الخاص بالبيع (بيع التركة) من أنه «يرد المشرى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره» فهذه القاعدة ولا شك مفسرة كما تدل على ذلك العبارة الواردة فى النص نفسه من جواز الاتفاق على غير الحكم الوارد فيها.

وقد لا يساعد النص على معرفة نوع القاعدة، وهل هى أمرة أم مفسرة. وهنا يجب اللجوء إلى معيار آخر للوقوف على نوع القاعدة.

٢- المعيار المعنوى: إذا كانت العبارة المستخدمة فى النص نفسه واضحة فى الدلالة على نوعه، وهل هو نص أم أمر أم مكل، فلا صعوبة فى الأمر، ولكن الصعوبة تثور إذا لم تكن العبارة المستخدمة مؤدية إلى ذلك وعندئذ يجب الاعتماد على معنى النص أو مضمونه. فإذا أفاد معنى النص أنه يتضمن قاعدة ضرورية لحفظ الأمن والسلام فى الجماعة أو على الأقل لضمان الحد الأدنى اللازمة لحفظ هذا الأمن أو السلام، كانت القاعدة أمرة. وأما إذا أفاد النص أنه ينظم مسألة خاصة بين الأفراد، لا علاقة لها بكيان الجماعة أو أمنها كانت القاعدة مفسرة أو مكملة (١).

ومثال القاعدة الأمرة التى يمكن التعرف عليها عن طريق مضمونها ما تنص عليه المادة ٤٤ مدنى من أنه «سن الرشد هى إحدى وعشرين سنة ميلادية

(١) توفيق فرج، المرجع السابق ص ٩٣.

كاملة» فلا يبين من العبارة المستخدمة فى النص ما إذا كان أمراً أم مفسراً. ومع ذلك فإنه نص أمر. فالقاعدة التى تحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة لا شك أنها من القواعد التى تتعلق بالمصالح الأساسية للجماعة. فهى إذن قاعدة أمرة لا مفسرة. ومثال القواعد المفسرة التى يمكن الوقوف على نوعها مما تتضمنه القاعدة نفسها من معنى ما تنص عليه المادة ٤٦. مدنى بقولها «رذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع فالذى لا شك فيه أن هذه القاعدة تنظم ما قد ينشأ بين الأفراد من علاقات خاصة. وهى غير متعلقة بمصالح المجتمع الأساسية. والأصل أن تقع تبعة الهلاك على البائع قبل التسليم وأما إذا حدث الهلاك بعد التسليم فعلى المشتري تقع تبعة هلاكه. ومع ذلك فإذا وقع الهلاك قبل التسليم وكان البائع حابساً للمبيع وفقاً لما له من ثمن، فعلى المشتري تقع تبعة الهلاك. وواضح أن هذه القاعدة ليست أمرة إذ يجوز للأفراد تبعا لذلك الاتفاق على مخالفتها.

وتتعلق القاعدة الأمرة بالنظام العام أو الآداب العامة، فى حين أن القواعد المكملة أو المفسرة تتعلق بمصالح الأفراد الخاصة ولا تتعلق بالنظام العام ولا بالآداب العامة. وبالتالي فإنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد الأمرة، فى حين أنه يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد المفسرة أو المكملة (١).

(١) كثيراً ما يستخدم الفقهاء فكرة النظام العام والآداب العامة - وهذه الأخيرة لا تعتبر وفقاً لما ينهض إليه جانب من الفقه سوى تعبير عن الجانب الخلقى لفكرة النظام العام - للتمييز بين القواعد القانونية الأمرة وبين القواعد القانونية المكملة. فتكون القاعدة القانونية أمرة إذا كانت متمثلة بالنظام العام، وتكون مفسرة إذا لم تكن كذلك. وأما عن فكرة النظام العام =

سؤال: عرف كل من القاعدة القانونية الأمر والقاعدة المكملّة وبين إلى أي مدى يمكن اعتبار القاعدة القانونية المكملّة قاعدة ملزمة؟

قلنا الآن أن القاعدة القانونية الأمر هي التي لا يجوز الاتفاق على مخالفة الحكم المنصوص عليه فيها، وأما عن القاعدة القانونية المكملّة فهي التي يجوز الاتفاق على مخالفة الحكم الصادر فيها، ويمكن التعرف على نوع القاعدة بمعياريْن اثنين: الأول منهما يسمى المعيار اللفظي والثاني يسمى بالمعيار المعنوي، وأما عن المعيار اللفظي فإن به يتم التعرف على نوع القاعدة مثال ذلك القاعدة القائلة إنه لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ويقع هذا التصرف باطلا، وبهذا المعيار اللفظي يمكن الوقوف على نوع القاعدة وأما عن المعيار المعنوي فيه يمكن التعرف على نوع القاعدة، فإذا كانت القاعدة متعلقة بالنظام العام فإنها تكون قاعدة أمر وأما إذا كان النص القانوني ينظم علاقات خاصة بين الأفراد فإن القاعدة تكون قاعدة مكملّة أو مفسرة.

= نفسها فإنها تستعصى على التعريف. بل إن المعارض لها بالبحث والتحديد مثله كمثّل من يركب جواذا جامعا لا يدرى إلى أي مكان سيذهب به. ويكتفى الشراح بتقريب هذه الفكرة إلى الأذهان بقولهم إن النظام العام يشتمل أكثر مما يهم الأفراد سواء كانت المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية وتتميز فكرة النظام العام بمرونتها مما يعتبر من قواعد النظام العام في مكان ما لا يعتبر كذلك في مكان آخر. فإباحة تعدد الزوجات في مصر يعتبر من النظام العام. ومنع هذا التعدد يعتبر من النظام العام في فرنسا. بل إن ما يعتبر من النظام العام في وقت من الأوقات قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر. والقاضي هو الذي يحدد ما يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر كذلك. ولا يعبر القاضي في ذلك عما يراه هو، بل عما تراه الجماعة. راجع سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ٥٦.

والقاعدة القانونية المكملة شأنها في ذلك شأن القاعدة الأمر قاعدة ملزمة، وكيف يمكن تفسير ذلك علما بأن القانون أجاز مخالفتها.

من المعلوم لدى المشتغلين بالقانون أن كل قاعدة قانونية تتكون من فرض وحكم، والفرض هو الشروط الواجب توافرها لإعمال الحكم أو تطبيقه. وإذا اتفق الأفراد على مخالفة الحكم المنصوص عليه في القاعدة المكملة فإن ذلك يعنى أن شرطاً من شروط الفرض قد تخلف، ومن ثم فلا محل لتطبيق القاعدة المكملة لا لأنها غير ملزمة ولكن لأن شرطاً من شروط تطبيق الحكم قد تخلف.

الوحدة الثالثة

مصادر القانون

تمهيد:

قلنا إن القانون هو مجموعة القواعد الاجتماعية التي تنظم سلوك الأفراد داخل الجماعة، والذي يقترن بجزء تتولى السلطة العامة توقيعه جبراً على من يخالف قاعدة من قواعده. للقانون مصادر التي يستمد منها أحكامه. وقد تكون هذه المصادر مادية أو شكلية وتتكون المصادر المادية للقاعدة القانونية من كل ما يسهم من عوامل في تحديد مضمونها. وأما المصادر الرسمية أو الشكلية فهي ليست في نهاية الأمر سوى الوسيلة التي يتم بها إخراج القاعدة القانونية إلى الناس. والذي يعنينا هو دراسة المصادر الرسمية أو الشكلية.

وتنص المادة الأولى من التقنين المدني المصري على أنه تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فرداً لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا لم توجد فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة» وبين مما تنص عليه هذه المادة وجود تدرج فيما يستقى عنه القانون أحكامه أو بطريقة أخرى يمكن القول بتدرج مصادر القانون، فالتشريع هو المصدر الأصلي الذي يجب أن يبحث فيه القاضي أولاً عن الحل للمشكلة المعروضة أمامه. فإذا أعياه البحث دون أن يصل إلى الحل المنشود رجع إلى العرف، ثم إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وسوف نقسم الدراسة فى هذه الوحدة إلى عدة فصول: ندرس فى الأول
منها التشريع، ثم ندرس فى الثانى العرف، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم
قواعد القانون الطبيعى والعدالة الاحتياطية للقانون.

الفصل الاول

التشريع

يعتبر التشريع من المصادر الأصلية للقانون فى بلاد المجموعة اللاتينية، ومن بينهما مصر، وفى البلاد الأنجلو سكسونية لا يعتبر التشريع من المصادر الأصلية للقانون، بل يترك الصدارة للعرف والسوابق القضائية. فما المقصود بالتشريع، وما هى مزاياه وعيوبه، وهل يتدرج التشريع أم تقف كافة أنواعه على قدم المساواة، وكيف يسن التشريع وكيف ينفذ، ثم ما هو المقصود بتجميع القانون أو تقنينه.

أولاً - التعريف بالتشريع وبيان مزاياه وعيوبه:

التعريف بالتشريع:

التشريع هو كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قواعد عامة ومجردة ومكتوبة، ويكون الغرض منها تنظيم العلاقات بين الناس أو بينهم وبين الدولة. وكثيراً ما يطلق على التشريع «القانون المكتوب» Droit écrit وقد يخلط فى بعض الأذهان معنى كل من التشريع والقانون. فقد يعتقد البعض أن كلا من التعبيرين مرادف للآخر. وهذا غير صحيح. فليس التشريع سوى مصدر من مصادر القانون. ويتميز التشريع عن باقى مصادر القانون الأخرى بأنه المصدر الأصلى للقانون. ويبين ذلك بوضوح مما تنص عليه المادة الأولى من التقنين المدنى التى تقضى بوجوب البحث أولاً فى التشريع لبيان الحكم الواجب التطبيق على المسألة المعروضة. وإذا كان النص التشريعى غامضاً، فإن ذلك لا

ينهض فى حد ذاته مبرراً لطرحه جانباً والبحث فى مصادر القانون الأخرى، بل الواجب هو تفسير النص التشريعى الغامض فى محاولة لإيجاد حل للمسألة المطروحة. فإذا لم يجد القاضى بعد ذلك حكماً وجب عليه اللجوء إلى مصادر القانون الاحتياطية الأخرى.

ولقد اكتسب التشريع هذه الأهمية - باعتباره المصدر الأصلى للقانون - فى الوقت الحاضر نتيجة لتشعب وتنوع العلاقات الاجتماعية، فلم يعد الآن للقاعدة العرفية مكانتها الأولى كما كان الحال فى المجتمعات القديمة، واحتل التشريع مكان الصدارة بين مصادر القانون^(١).

ولم تثبت للتشريع هذه الصدارة عفواً أو بطريق الصدفة بل تركزت هذه السيادة بسبب ما للتشريع من مزايا تسد ما فى العرف من عيوب ظاهرة، ومع ذلك فالتشريع بعض العيوب وإن تضاعفت قيمتها مقارنة بمزاياه.

مزايا التشريع وعيوبه:

للتشريع الكثير من المزايا وله أيضاً بعض العيوب. ويمكن إجمال هذه المزايا والعيوب فيما يلى:

١- لعل أهم ما يميز التشريع هو انضباطه وتحديده. فالقاعدة التشريعية مكتوبة. ولذلك فإنه يسهل الوقوف على مضمونها ومعناها دون عناء كبير. فيكفى المفسر أو المطبق فى الغالب من الأحوال الرجوع إلى النص التشريعى نفسه، وإن لم يسعفه ذلك للوقوف على ما أراده المشرع، ويمكنه اللجوء إلى

(١) عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق فقرة ٩١، حسن كيرة، المرجع السابق فقرة ١٢٢.

الأعمال التحضيرية المصاحبة للنص، على أن يتم ذلك كله فى إطار الغرض الذى أراد المشرع تحقيقه. ولا شك أن ذلك كله ليس بالأمر العسير للوقوف على المعنى المراد بالنص التشريعى، وليتسنى بعد ذلك تطبيقه تطبيقاً صحيحاً على ما قد ينشأ من منازعات.

٢- وما يميز التشريع أيضاً سهولة إصداره، فالأمر فى ذلك متروك للسلطة التشريعية، فقد تدعو الحاجة والمصلحة العامة إلى إجبار الأفراد على سلوك معين، فهناك يكون التشريع خير معين. ولا يمكن أن تحقق القاعدة العرفية هذا الغرض.

٣- ومن مزايا التشريع أيضاً أنه يصدر ليكون سارياً بحسب الأصل فى كل أجزاء الوطن، وهذا يساعد بلا شك على توحيد القانون داخل الدولة الواحدة.

وإذا كان للتشريع كل هذه المزايا، فإن مما يعيبه أنه يعتبر تعبيراً عن إرادة الحاكم، وكما قلنا من قبل فقد لا يكون هذا الحاكم معبراً عن عصره، فيصدر من القوانين ما لا يتلائم وطبيعة الجماعة التى يجب أن ينفذ فيها هذا القانون أو تلك القوانين، وتنشأ تبعاً لذلك هوة عميقة بين ما هو كائن وبين ما يجب أن يكون. وكذلك أيضاً فإن سهولة وضع القاعدة التشريعية قد تكون من مزايا التشريع فى بعض الحالات كما سبق القول، ومع ذلك فإنها قد تكون عيباً لما يترتب على ازدياد التشريعات من صعوبة فى الإلمام بها وبالتالي تصبح المراكز القانونية للأفراد غير مستقرة.

ومع ذلك فلا مناص من القول بغلبة مزاي التشرية على عيوبه، لذلك كان طبيعيا أن يحتل التشرية فى مصر مكان الصدارة بين مصادر القانون المختلفة (١).

ثانيا: التدرج فى التشرية أو أنواعه:

قلنا فيما سبق أن التشرية هو القانون المكتوب، وليست التشريعات جميعاً من نوع واحد، بل تتنوع هذه التشريعات ويختلف مدى ما لها من قوة بحسب أهمية المسألة التى ينظمها التشرية، وتقف قواعد الدستور من حيث ما لها من قوة فى المرتبة الأولى، ويليهما فى القوة التشرية العادى، ثم يلى هذا التشرية الفرعى.

ويترتب على هذا التدرج فى التشرية نتيجة هامة مقتضاها أن لا يجوز لتشرية أدنى مخالفة تشرية أعلى منه، فلا يجوز لتشرية فرعى أن يتضمن حكماً مخالفاً لتشرية عادى، ولا يجوز أيضاً للتشرية العادى أن يخالف قاعدة من قواعد الدستور، وإذا حدث أن خالف تشرية عادى أو فرعى نص من نصوص الدستور، وجب تغليب النص الدستورى، وإذا كانت المخالفة بين التشرية العادى والفرعى وجب تغليب التشرية العادى لأنه أعلى فى المرتبة.

(١) عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق فقرة ١٢٥، عبد الفتاح عبدالباقى، المرجع السابق فقرة ٩٢، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق فقرة ٨٩، توفيق فرج، المرجع السابق ص ١٠٣.

١- الدستور أو التشريع العادى:

ويتناول بالبيان عادة النظام السياسى للدولة، وتوزيع الاختصاصات المختلفة بين سلطات الدولة. ووضع القواعد المنظمة لعلاقة هذه السلطات بعضها البعض الآخر، وقد يكون الدستور منحة من الحاكم كما كان عليه الأمر بالنسبة للدستور الذى صدر فى مصر سنة ١٩٢٣، وقد يصدر الدستور عن جمعية تأسيسية ينتخبها الشعب لهذا الغرض.

٢- الدستور أو التشريع الأساسى:

ويتناول بالبيان عادة النظام السياسى للدولة، وتوزيع الاختصاصات المختلفة بين سلطات الدولة، ووضع القواعد المنظمة لعلاقة هذه السلطات بعضها البعض الآخر، وقد يكون الدستور منحة من الحاكم كما كان عليه الأمر بالنسبة للدستور الذى صدر فى مصر سنة ١٩٢٣، وقد يصدر الدستور نتيجة اتفاق بين الشعب والحاكم، وقد يصدر الدستور عن جمعية تأسيسية ينتخبها الشعب لهذا الغرض.

٣- التشريع العادى:

يلى الدستور من حيث القوة التشريع العادى، والتشريع العادى هو كل ما تصدره السلطة التشريعية وفقا لما خوله لها الدستور، وأحيانا يطلق على التشريع «القانون». ومثال ذلك قانون الاصلاح الزراعى أو قانون المحاماة أو قانون استقلال القضاء أو قانون تنظيم القامعات.

٤- التشريع الفرعى:

وبلى التشريع العادى من حيث القوة التشريع الفرعى، والتشريع الفرعى هو التشريع الذى تصدره السلطة التنفيذية فى الأحوال الاستثنائية التى تقوم فيها بوظيفة التشريع طبقا للاختصاص الذى يخوله لها الدستور، فإذا كان الأصل هو حصر اختصاص السلطة التنفيذية فى مباشرة وإصدار القرارات اللازمة لحسن تسيير المرافق العامة وأجهزة الدولة المختلفة، إلا أنه قد يحدث أن يخول القانون لهذه السلطة فى بعض الحالات سلطة التشريع، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة السابعة من القانون ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الخاص بالمؤسسات العامة من إعطاء رئيس الجمهورية الحق فى إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ هذا القانون فما يصدر من رئيس الجمهورية فى هذا الشأن، يعتبر بمثابة التشريع الفرعى الذى لا يرقى إلى مرتبة التشريع العادى أو «القانون».

الآثار المترتبة على هذا التدرج فى التشريع:

ويتربط على هذا التدرج فى التشريع ألا يكون لتشريع أدنى مخالفة ما منصوص عليه فى تشريع أعلى منه درجة، فلا يجوز لتشريع فرعى مخالفة ما هو منصوص عليه فى التشريع العادى أو فى الدستور، وكذلك فإنه لا يجوز للتشريع العادى أو «القانون» كما يطلق عليه عادة مخالفة حكم منصوص عليه فى الدستور، فإذا حدث وقعت مثل هذه المخالفة، فهل يجوز للمحاكم أن تمتنع عن تطبيقه؟

أثارت هذه المسألة خلافا فى الموقف الذى اتخذته التشريعات المختلفة حول مفهوم الرقابة على صحة التشريعات، فمن قائل أنه لا يجوز للمحاكم مراقبة

التطابق أو عدمه بين التشريع الأدنى والتشريع الأعلى منه، وذلك تأسيساً على مبدأ الفصل بين السلطات والذي يقضى بعدم تدخل سلطة من سلطات الدولة فى الاختصاص المخول لسلطة أخرى، فلا يكون للسلطة القضائية تبعاً لذلك أن تتدخل فى أعمال السلطة التشريعية، ومن قائل بأن للمحاكم الحق فى النظر فى دستورية القوانين فالمحاكم تطبق القوانين بمعناها الواسع، أى بما فيها من تشريعات أعلى وتشريعات أدنى، فإذا حدث وكانت هناك مخالفة بين تشريع أدنى وتشريع أعلى منه وجب على المحاكم الامتناع عن تطبيق التشريع المخالف منها، لما قد يودى إليه التطبيق من تناقض بينهما .

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أولى الدول التى أخذت بمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين مفضلة هذا النوع من أنواع الرقابة على الرقابة السياسية لدستورية القوانين .

ولقد أعطت دساتير بعض الدول لكل أنواع المحاكم الحق فى القيام بهذا النوع من الرقابة بحيث تستطيع أى محكمة فى السلم القضائى أن تنظر فى دستورية القوانين . وهذه الطريقة تسمى بلامركزية الرقابة .

فى حين ذهبت تشريعات بعض الدول الأخرى إلى إعطاء هذا الحق لمحكمة واحدة والعلة فى ذلك تكمن فيما للفصل فى دستورية القوانين أو عدم دستورتها من أهمية بالغة، ومنعا للتعارض الذى قد يوجد بين الأحكام فى هذه المسألة .

وقد تكون المحكمة التى يعهد بالفصل إليها فى دستورية القوانين محكمة النقض، وهى أعلى درجات المحاكم فى السلم القضائى . وهذا النظام هو

المتبع فى سويسرا، بل وبه أخذت بعض البلاد الاشتراكية ومثال ذلك مشروع دستور يوغوسلافيا الاتحادية الاشتراكية فى سنة ١٩٦٢.

وغالباً ما ينشئ المشرع فى البلاد التى تأخذ بمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين محكمة خاصة لهذا الغرض. ومثال ذلك جمهورية مصر العربية إذ صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٨ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، وعهد إلى هذه المحكمة وحدها الحق فى الرقابة على دستورية القوانين^(١).

ولحسن فهم المسألة نفرق أولاً بين ما إذا كانت المخالفة قد وقعت بين التشريع العادى وبين قاعدة دستورية شكلية أم موضوعية.

ففى الحالة الأولى يجب على المحاكم الامتناع عن تطبيق التشريع الفرعى المخالف وفى الحالة الثانية يجب أن نفرق بين ما إذا كانت هذه المخالفة شكلية أم موضوعية فإذا كانت المخالفة شكلية وجب على المحاكم بإجماع الآراء الامتناع عن تطبيق القانون المخالف أو النص المتعارض. وتكون المخالفة شكلية إذا لم يراع فى القانون المخالف الشرط الضرورى والملازمة لنشوته. ومثال ذلك أن ينشر قانون فى الجريدة الرسمية دون اتباع الإجراءات اللازمة لإصداره، أو أن يطلب من المحكمة تطبيق القانون دون أن يكون قد نشر. وفى هذه الحالات يكون للمحكمة، بل ويجب عليها، الامتناع عن تطبيق القانون المخالف. وأما إذا كانت المخالفة بين التشريع العادى وبين الدستور مخالفة موضوعية، بمعنى أن يتضمن القانون المخالف حكماً مغالفاً للدستور، ومثال ذلك أن يحرم نص

(١) رمزى الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٦٥ وما بعدها.

فى القانون الأفراد من اللجوء إلى القضاء فى مسائل معينة. فالمخالفة للدستور هنا واضحة لما تنص عليه المادة ٦٨ من دستور جمهورية مصر العربية من أن «التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكن مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل فى القضايا». ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء. فإذا تضمن أى قانون نص يمنع الأفراد من اللجوء إلى القضاء كان فى هذا النص مخالفاً للدستور، ويكون النص أيضاً غير دستورى إذا حرم الأفراد بمقتضاه، من اللجوء إلى قاضيه الطبيعى.

ولقد كان للخلاف السابق بين الفقه وبين التشريعات فيما يتعلق بحق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين صدها فى مصر إلى أن أنشئ مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ فاستقرت محكمة القضاء الإدارى على إعطاء المحاكم الحق فى رقابة دستورية القوانين، وبالتالي فإنه يجب على المحاكم الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور. ولقد قررت محكمة القضاء الإدارى أنه يجب على المحاكم عند قيام التعارض أن تطرح القانون العادى جانباً وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه^(١).

(١) ويبدو أن أول حكم قرر بصراحة حق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين هو الحكم الذى أصدرته محكمة مصر الابتدائية الأهلية فى أول مايو سنة ١٩٤١، إذ قضت المحكمة بصراحة بأن للمحاكم الحق فى رقابة دستورية القوانين، كما أن لها - بل عليها - الامتناع عن تطبيق التشريع المخالف للدستور سواء أكانت هذه المخالفة شكلية أم موضوعية. وبعد إنشاء مجلس الدولة فى مصر، قضت محكمة القضاء الإدارى فى ١٠/٢/١٩٤٨ بحق المحاكم فى مراقبة دستورية القوانين. راجع رمزى الشاعر، المرجع السابق ص ٥١٤.

ثم صدر بعد ذلك فى مصر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ وهو الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية العليا . ولقد نص هذا القانون فى مادته الأولى على أن لهذه المحكمة دون غيرها الحق فى الفصل فى دستورية القوانين، فإذا دفع بعدم دستورية قانون أمام محكمة من المحاكم، وجب على المحكمة أن توقف الفصل فى موضوع الدعوى وأن تحدد الخصوم ميعاداً لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا . وإذا لم يرفع الخصوم الدعوى أمام المحكمة فى الميعاد الذى تحدده المحكمة لذلك، اعتبر الدفع المبدى أمام المحكمة كأن لم يكن، ويتوقف مصير الحكم فى الدعوى تبعاً لما تقضى به المحكمة العليا، فإذا قضت هذه المحكمة الأخيرة بعدم الدستورية وجب على المحكمة التى رفع أمامها النزاع الامتناع عن تطبيق هذا القانون، وأما إذا رأت المحكمة تطابق هذا القانون ونصوص الدستور حكمت بدستوريته، ووجب تبعاً لذلك على المحاكم تطبيقه (١) .

(١) ويرى جانب من الفقه فى مصر أنه يجب على المحكمة أن تحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور . انظر فى ذلك عهد الودود يحيى، المدخل لدراسة القانون، ص ٩٨، ٩٩ حيث يقول «فإذا تحققت المحكمة العليا من صحة الدفع، حكمت بإلغاء القانون المخالف للدستور . وبذلك أصبحت رقابة دستورية القوانين فى الجمهورية العربية المتحدة رقابة إلغاء بعد أن كانت رقابة امتناع قبل صدور المحكمة العليا» .

وهذا رأى فى تقديرنا محل نظر، إذ القاعدة أن إلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع آخر مساو له فى القوة أو فى مرتبة أعلى منه . فلا يكون لحكم تصدره أى جهة من جهات القضاء، مهما علت درجتها إلغاء التشريع حتى ولو كان هذا التشريع مخالفاً للدستور . ومع ذلك فقد نصت المادة ٣١ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على اعتبار الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ملزمة لكافة جهات القضاء . وتبعاً لذلك يمكن القول بالتزام كافة المحاكم بالامتناع عن تطبيق التشريع الذى قضى بعدم دستوريته ولكن هذا التشريع يبقى من الناحية النظرية قائماً حتى يلغيه المشرع وغالبا ما يفعل المشرع ذلك .

ولقد أعطى الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ للمحكمة الدستورية العليا الحق فى الرقابة على دستورية القوانين. وهذا الحق مخول لهذه المحكمة دون غيرها من جهات القضاء الأخرى. فتنص المادة ١٧٥ من هذا الدستور على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين فى القانون. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وتنظم الإجراءات التى تتبع أمامها، وبذلك يكون لواء الرقابة على دستورية القوانين أو اللوائح قد أصبح معقوداً الآن فى مصر للمحكمة الدستورية العليا. كما تنص المادة ١٧٨ من الدستور المصرى على أن تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى التفسيرية، وذلك لما يترتب على هذه الأحكام من أثر خاص بوجوب تطبيق القانون أو اللائحة إذا قضت المحكمة بدستوريته أو الامتناع عن تطبيقه إذا قضت المحكمة بعدم الدستورية.

وفى سنة ١٩٧٩ أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا. وفيه أخذ المشرع المصرى أيضاً بمبدأ اللامركزية فى الرقابة على دستورية القوانين، إذ تنص المادة ٢٨ من هذا القانون على ما يأتى «تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى:

(أ) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازمة للفصل فى النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية

العليا للفصل فى المسألة الدستورية.

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن. فالإحالة إذن إلى المحكمة الدستورية العليا للنظر فى دستورية نص فى قانون أو لائحة مقصورة إذن لجهتين:

أولاً: المحكمة أو الجهة ذات الاختصاص القضائى، ذلك أنه قد يتراعى للمحكمة أو الهيئة ذات اختصاص قضائى أن قانوناً ما أو لائحة غير دستورية، فتوقف عندئذ السير فى الدعوى وتحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مسألة الدستورية.

ثانياً: قد يدفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة المختصة بنظرها أن النص الوارد فى قانون أو لائحة غير دستورية، فإذا رأت المحكمة أن الدفع جدى أجلت النظر فى الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، وإلا اعتبر الدفع كأن لم يكن.

والأحكام التى تصدرها المحكمة فى هذا الشأن نهائية وغير قابلة

للطعن.

ثالثاً: سن التشريع:

يتدرج التشريع كما قلنا الآن من حيث قوته إلى الدستور، ثم يليه التشريع العادى، وأخيراً التشريع الفرعى. وتختلف الطريقة التى يسن بها التشريع تبعاً لما إذا كان المراد هو وضع الدستور أو قانون عادى أو تشريع فرعى. وهذا هو ما سنبينه الآن تباعاً.

١- الدستور:

تختلف الطريق التى يتم بها وضع الدستور بحسب ما إذا كان الأمر متعلقاً بخلق دستور جديد كامل أم كان الأمر متعلقاً فقط بتعديل بعض مواد الدستور القائم. فإذا كان الأمر متعلقاً بوضع دستور كامل، فقد يكون هذا الدستور منحة من الحاكم، وقد يصدر عن اتفاق بين الحاكم والشعب وقد يصدر الدستور عن طريق جمعية تأسيسية تنتخب لهذا الغرض، وقد يتم وضع الدستور بواسطة الشعب عن طريق الاستفتاء.

فإذا كان الدستور منحة من الحاكم أو كان نتيجة لاتفاق بينه وبين الشعب، فإن هذا يدل على أن الشعب نفسه لم يبلغ من النضج السياسى قدراً كافياً. وأما إذا وضع الدستور عن طريق جمعية تأسيسية انتخبت لهذا الغرض أو عن طريق الاستفتاء، فإن هذا يدل على بلوغ الشعب قدراً كافياً من الوعى، كما تتسم أيضاً هاتين الطريقتين باحترام القاعدة الديمقراطية التى تقضى بأن الشعب هو مصدر السلطات، وإذا كان دستور مصر الصادر سنة ١٩٢٣ منحة من الملك ولم يستفتى فيه الشعب إلا أن الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ قد تم بطريق الاستفتاء.

وإذا لم يكن الأمر متعلقاً بوضع دستور كامل، بل بتعديل بعض ما هو منصوص عليه في الدستور من أحكام، فتختلف الطريقة التي يجب أن يتم بها هذا التعديل بحسب ما إذا كان الدستور المراد تعديل بعض أحكامه من الدساتير الجامدة أم المرنة، فإذا كان الدستور جامداً، فلا يمكن بقانون عادي تعديل أى من أحكامه، بل يتعين اللجوء في ذلك إلى إجراءات غير عادية^(١)، ومثال ذلك ما نصت عليه صراحة المادة ١٨٩ من دستور جمهورية مصر العربية بقولها «لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل فإذا كان الطلب صادراً من مجلس الشعب وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل».

وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه فإذا رفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل

(١) ولقد ذهب جانب من الفقه - إلى إعطاء الحق في تعديل القاعدة الدستورية إلى الشعب فقط. فحتى تعبدل القاعدة الدستورية يجب أن يوافق على هذا التعديل الشعب بأسره. راجع Vattel في مؤلفه «قانون الشعوب» Droit de gens إذ أنه لا يمكن مطلقاً الحصول على موافقة شعب بأسره، ولذلك فقد اكتفى القائل بهذا الرأي بالأغلبية العددية لأفراد الشعب كشرط لازم لتعديل القاعدة الدستورية.

وذهب آخرون إلى القول بأن القوانين الدستورية تعدلها الأمة متى أرادت دون قيد أو شرط، يراجع في عرض هذا الاتجاه الدكتور السيد صيبرى «مبادئ القانون الدستوري» الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٩، ص ٢٢٤.

في حين يذهب الرأي الغالب في الفقه - وهو ما نفضله - إلى القول بأنه لا يمكن تعديل الدستور إلا بالطريقة التي يتضمنها في نصوصه بواسطة السلطة التي يحددها لذلك.

مضى سنة على هذا الرفض .

وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة المراد المطلوب تعديلها ، فإذا وافق على التعديل ثلثاً أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتائه فى شأنه ، فإذا وافق على التعديل اعتبر نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء .

وبذلك يخضع تعديل أى نص من نصوص الدستور لإجراءات غير عادية ، فإذا كان طلب التعديل مقدماً من أعضاء مجلس الشعب ، وجب أن يكون موقفاً من ثلث أعضائه ، وإذا كان مقدماً من رئيس الجمهورية فإنه يكتفى بذلك دون حاجة إلى الحصول على توقيع آخر . ثم يناقش مجلس الشعب بعد ذلك مبدأ التعديل فى حد ذاته ، وتتم هذه المناقشة سواء كان طلب التعديل مقدماً من ثلث أعضاء مجلس الشعب أم كان مقدماً من رئيس الجمهورية ، فإذا وافق بعد ذلك على مبدأ التعديل فى حد ذاته عرض الأمر على مجلس الشعب بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة لبحث تفصيلات هذا التعديل فإذا وافق على هذا التعديل ثلثاً أعضاء مجلس الشعب ، عرض الأمر بعد ذلك على الشعب للاستفتاء فى شأنه ، فإذا أسفرت نتيجة هذا الاستفتاء على موافقة الشعب عليه اعتبر التعديل نافذاً من تاريخ الاستفتاء دون حاجة إلى أى إجراء آخر ، وإلا اعتبر طلب التعديل كأن لم يكن .

والغرض من كل هذه الضمانات التى تتمتع بها النصوص الدستورية - مع مراعاة أن الدستور المصرى يعتبر من الدساتير الجامدة - هو إعطائها قدر من القدسية حتى لا يسهل تعديلها من وقت إلى آخر .

٢- التشريع العادى:

التشريع العادى هو الذى تقوم بوضعه السلطة التشريعية فى حدود ما يخوله لها الدستور. ولقد كانت السلطة التشريعية موزعة فى مصر فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ بين مجلسين هما: مجلس النواب ومجلس الشيوخ. ولكنها أصبحت الآن مركزة فى مجلس منتخب واحد هو مجلس الشعب.

المراحل التى يمر بها التشريع العادى:

ولقد بين الدستور المراحل المختلفة التى يمر بها التشريع العادى وتبدأ هذه المراحل أولاً بمرحلة الاقتراح Proposition وقد يكون الاقتراح مقدماً من أحد أعضاء مجلس الشعب، كما قد يكون مقدماً من رئيس الجمهورية. ثم تعرض بعد ذلك مشروعات القوانين على مجلس الشعب لمناقشتها والتصويت عليها. ولا يصدر القانون إلا إذا أقره مجلس الشعب. ويتخذ مجلس الشعب قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين وذلك فى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة - مع ملاحظة أن انعقاد المجلس لا يكون صحيحاً إلا بحضور أغلبية أعضائه - ويجرى التصويت على مشروعات القوانين مادة مادة. وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذى حدثت المناقشة فى شأنه مرفوضاً (المادة ١٠٧ من دستور جمهورية مصر العربية).

وقد عرض الدستور لحالة غياب مجلس الشعب فنصت المادة ١٤٧ منه على أنه «إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر

يوماً من تاريخ صدورها ، إذا كان المجلس قائماً وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى اصدار قرار بذلك وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر . فقد يحدث في غيبة مجلس الشعب ما يدعو إلى اتخاذ تدابير عاجلة لا تحتل التأخير . فمنعاً لما قد يترتب من ضرر إذا لم تتخذ هذه التدابير أجاز الدستور لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون ، وذلك مشروط بطبيعة الحال بتوافر حالة من حالات الضرورة التي تدعو لذلك (١) .

واحتراماً لما للسلطة التشريعية من سلطة في التشريع أوجب القانون على رئيس الجمهورية عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً أو في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى بحسب الأصل كل ما كان لها من أثر .

وتخول المادة ١٠٨ من دستور جمهورية مصر العربية لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوج القانون ، على أن يكون

(١) فإذا لم توجد ضرورة تدعو لتدخل رئيس الجمهورية في أثناء غيبة المجلس وإصدار قرارات لها قوة القانون فلا يمكن له هذا التدخل ، وإلا لكان في ذلك اعتداء على عمل السلطة التشريعية .

التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، يجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القوانين. ولقد حرص الدستور المصرى على تقييد التفويض على هذا الوجه. فالأصل أن السلطة التشريعية يزاولها مجلس الشعب وليس له أن يتنازل عنها. وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يمارس هذه السلطة حتى فى أثناء انعقاد البرلمان بقرارات لها قوة القانون فإن ذلك لا يجب أن يتم إلا فى أضيق نطاق.

ويلى إقرار مجلس الشعب لمشروع القانون إصداره. ويقوم بإصدار القانون رئيس الجمهورية باعتباره رئيسا للسلطة التنفيذية. والإصدار عبارة عن أمر من رئيس الجمهورية بتنفيذ القانون الذى أقره مجلس الشعب.

ولرئيس الجمهورية الحق فى الاعتراض على مشروع القانون الذى أقره مجلس الشعب. وتنص المادة ١١٣ من دستور جمهورية مصر على أنه «إذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الشعب رده إليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه، فإذا لم يرد مشروع القانون فى هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدر. وإذا رد فى الميعاد المتقدم إلى المجلس وأقره ثانية بأغلبية ثلثى أعضائه اعتبر قانوناً وأصدر». فإذا كان لرئيس الجمهورية الحق فى الاعتراض على مشروع قانون أقره مجلس الشعب، وجب عليه أن يبلغ هذا الاعتراض إلى مجلس الشعب فى مدة أقصاها ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه. فإذا رد مشروع القانون إلى المجلس فى هذا الميعاد وأقره المجلس

ثانية بأغلبية خاصة وهي ثلثى أعضاء المجلس اعتبر قانونا وأصدر.

ومتى تم إصدار التشريع الجديد على هذا الوجه فإنه يعتبر موجودا من الناحية الرسمية، ومع ذلك فإنه لا يسرى فى مواجهة الكافة ولا يلتزمون به إلا بنشره. فالنشر لازم إذن لتنفاذ القانون وسريانه. فليس من العدل أن يطبق التشريع دون أن يعلم الأفراد بوجوده. والطريقة التى رسمها الدستور لافتراض علم الكافة بالقانون هى نشره فى الجريدة الرسمية. ولا يغنى عن النشر فى الجريدة الرسمية علم الناس به بأية طريقة من الطرق كالتنشر فى الصحف أو الجرائد اليومية. ومتى تم النشر على هذا النحو افترض علم الكافة بالقانون وليس لهم بعد ذلك الاعتذار بجهلهم به. والنشر لازم سواء أكان التشريع هو الدستور أو التشريع العادى أم التشريع الفرعى.

وينشر القانون فى الجريدة الرسمية تكتمل له كل مقوماته سواء من حيث الوجود أو النفاذ، ويلتزم الكافة باتباعه، ويتحقق ذلك حسب الأصل من تاريخ النشر، أو بعبارة أخرى، ومن اليوم التالى له، ما لم ينص القانون نفسه على ميعاد آخر لتنفاذه. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة التاسعة من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر سنة ١٩٦٤ فى شأن تطبيق نظام التأمين ضد البطالة اعتبارا من أول الشهر التالى لاتقضاء ثلاثة أشهر على نشره بالجريدة الرسمية (١).

(١) فالنشر إذن هو الوسيلة القانونية التى بها يفترض علم الناس بالقانون. ويسرى القانون بحسب الأصل من تاريخ نشره - إلا إذا حدد له ميعاد آخر. وإذا كان يفترض فى الكافة العلم بالقانون بنشره. وهذا الافتراض كثيرا ما يأتى مخالفا للواقع - فالعدالة تقتضى فى نظرنا ألا يسرى التشريع فور نشره بل بعد ١٥ أو ثلاثين يوما من هذا التاريخ ولقد كان

٣- التشريع الفرعى:

قلنا فيما سبق أن التشريع الفرعى هو ما تقوم السلطة التنفيذية بسننه من تشريعات فى الحدود التى يكون لها فيه ذلك . ولا محل السلطة التنفيذية فى ذلك - ولو حلولا مؤقتاً - محل السلطة التشريعية بل للسلطة التنفيذية ممارسة هذا الحق حتى مع وجود السلطة التشريعية ويطلق عادة على هذا النوع من التشريع اسم اللائحة . ويقسم الفقه عادة هذه اللوائح إلى أنواع ثلاثة:

(أ) اللوائح التنفيذية Reglements d'organisation:

وهى التى يكون الغرض منها تنفيذ القانون الصادر من السلطة التشريعية . ففى الغالب من الأحوال تكون السلطة التشريعية هى الأقدر على اصدار اللوائح المناسبة لتنفيذ القانون . ويخول لها التشريع العادى هذه السلطة . وعندئذ يجب أن يكون دور اللائحة قاصراً على تنفيذ القانون دون أن تتضمن من الأحكام ما يخالفه، فإذا تضمنت حكماً مخالفاً للقانون وجب على المحاكم الامتناع عن تطبيقه .

والأصل أن لرئيس الجمهورية الحق فى اصدار هذه اللوائح، وله أن يفوض غيره فى اصدارها (المادة ١٤٤ من الدستور) .

« دستور مصر الصادر سنة ١٩٢٣ (المادة ٢٦) ولائحة ترتيب المحاكم الوطنية (المادة الأولى) يتضمنان قاعدة مؤداها أن التشريع لا ينفذ بمجرد نشره فى الجريدة الرسمية بل يلزم لذلك مرور ثلاثين يوماً بعد النشر .
راجع عهد الفتاح عبد الهافى، المرجع السابق، ص ١٢٨ .

(ب) اللوائح التنظيمية :Reglements d'execution

وهى التى يكون الغرض منها تنظيم وانقضاء المرافق العامة. ويبدو مما تنص عليه المادة ١٤٦ من الدستور أن الحق فى إصدار هذه اللوائح معقود لرئيس الجمهورية دون غيره.

(ج) لوائح الضبط أو لوائح البوليس :Reglements relatif à la police

والحق فى إصدار هذه اللوائح معقود أيضا للسلطة التنفيذية، ويقصد منها المحافظة على الأمن والسكينة وحماية المصلحة العامة، ومثال ذلك لوائح المرور، أو اللوائح التى تنظم سير العمل فى المحلات المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة. ولرئيس الجمهورية الحق فى بطبيعة الحال فى إصدار هذه اللوائح، وله أن يفوض غيره فى إصدارها، كما يجوز أن يبين القانون من يصدر هذه اللوائح. ويلاحظ أن إصدار هذه التشريعات لازم أيضا لوجودها، والسلطة التى تقوم بسن التشريع هنا هى التى تقوم بإصداره. ولا تكون هذه التشريعات - التشريعات الفرعية - نافذة فى مواجهة المخاطبين بها إلا بالنشر فى الجريدة الرسمية، شأنها فى ذلك شأن التشريع المادى تماما.

رابعها: تجميع القوانين أو تقنينه :La condification

التقنين هو عبارة عن عمل يقوم به المشرع بغية تجميع القوانين الخاصة بفرع من فروع القانون فى كتاب واحد يطلق عليه كلمة «التقنين» ومثال ذلك، التقنين المدنى أو التقنين التجارى أو تقنين المرافعات المدنية والتجارية. فالتقنين إذن كما يبين من التعريف السابق هو تجميع للقوانين يصدر به قانون

عن السلطة التشريعية . فالتجميع غير الرسمي لا يعتبر تقنيناً ، ومثال ذلك ما يقوم به أى شخص أو هيئة من تجميع لبعض القوانين الخاصة بفرع من فروع القانون ، مثلاً لتجميع الذى وضعه المرحوم قنديل باشا عندما أجمع أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالمعاملات والأحوال الشخصية والوقوف فى كتابه المعروف باسم « مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان » ومثل ذلك أيضاً العقنين الذى وضعه الأقباط الأرثوذكس فى مسائل الأحوال الشخصية سنة ١٩٥٥ . فكل هذه المجموعات غير الرسمية لا تعتبر تقنيناً بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة (١) .

مزايها . التقنين :

للتقنين نفس المزايا التى يتمتع بها التشريع ، فليس التقنين فى نهاية الأمر سوى تشريع يجمع فى صعيد واحد ما يكون متناثراً من قوانين خاصة بفرع واحد من فروع القانون ، فله تبعاً لذلك نفس ما للتشريع من مزايا . ويضاف إليها أنه يساعد الباحث أو القاضى فى سرعة إيجاد الحل المناسب لما قد يعرض له من مشاكل . فإذا ما عرض على القاضى منازعة من تلك التى تخضع للقانون المدنى ، فما عليه إلا أن يلجأ إلى نصوص القانون المدنى وآراء الشراح فيها للوقوف على الحل المناسب لهذه المنازعة ، ولا شك أن ذلك من شأنه تيسير مهمة القاضى أو الباحث على حد سواء .

وبالإضافة إلى ذلك فإن تجميع القواعد المختلفة والخاصة بفرع من فروع القانون يساعد على إزالة ما قد يوجد بينها من تعارض أو تناقض . وذلك كله

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق فقرة ١٠٦ ، حسن كبيرة ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٩ .

نظراً لما يبذل فى إعداد التقنين عادة من جهد كبير يستغرق فى الكثير من الحالات سنوات عدة .

بل أصبح التقنين فى كثير من الحالات مظهراً من مظاهر التحرر الوطنى تستهل به المجتمعات الحديثة حياتها عقب التخلص من الاحتلال (١) .

نقد التقنين:

وبالرغم مما لفكرة التقنين نفسها من مزايا ، فقد وجه إليه الكثير من النقد ، ف قيل إن التقنين يترتب عليه وضع القواعد القانونية فى قوالب صماء جامدة ، وهذا من شأنه ألا تكون القواعد المقننة معبرة عن احتياجات العصر . ولقد أدى هذا النقص ببعض من المفكرين إلى رفض فكرة التقنين ذاتها ، ولقد سبق لنا بيان أن أنصار المدرسة التاريخية كانوا من أعداء فكرة التقنين أو رافضوها . ومع ذلك فإذا كان للتقنينات هذا العيب - وهو عيب الجمود - إلا أنه لو وضع ما لها من مزايا فى كفة ، وما عليها من عيوب فى أخرى لرجحت مزاياها على عيوبها . ولعل أهم هذه المزايا كما سبق لنا القول هو ما تقدمه التقنينات من حلول للقاضى أو الباحث إذا ما تصدى لمشكلة من المشاكل . وإذا كان للتقنين عيب الجمود إلا أن هذا العيب لا يوجد إلا فى الفترة التالية له لما تكون له من قدسية فى النفوس فى أعقاب صدوره . وأما بعد ذلك بفترة طالت أم قصرت يفقد التقنين تلك الهالة ويسعى القضاء جاهداً لتطويره وبث روح الحياة فيه . ولعل ما فعله الفقه الفرنسى فى هذا الصدد خير مثال على

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٢٥٠ .

ذلك (١).

العشار حركة التقنين:

للتقنين مزايا، وله أيضا بعض العيوب. ومع ذلك فإن مزاياه تفوق عيوبه. ولقد كان لذلك أثره في انتشار حركة التقنين في القرن الحاضر ولقد ظهرت أولى بوادر التقنين مع ظهور مجموعة نابليون سنة ١٨٠٤، وما تلاها في فرنسا من تقنيات أخرى خاصة بباقي فروع القانون. ثم ما لبث بعد ذلك أن انتشرت حركة التقنين في باقي الدول الأخرى، فصدر التقنين المدني النمساوي سنة ١٨١١ وتلا ذلك سلسلة من التقنيات في إيطاليا والمانيا ودول كثيرة أخرى.

ولم تعرف التقنيات في مصر إلا سنة ١٨٧٥ وذلك عند انشاء المحاكم المختلطة. فلقد وضع في هذا التاريخ عدد من التقنيات أخذ معظمها عن التقنيات الفرنسية مع شيء من الاختلاف لتطبيقها في مصر، ولما أنشئت في مصر المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٢ وضعت لها ستة تقنيات أخرى نقلت نقلا يكاد يكون حرفياً عن التقنيات المختلفة.

(١) وبما يخلف أيضا مما وجه إلى التقنين من عيوب وخاصة ما يتعلق بجموده أن التقنين لا يحتوى إلا على الكليات من المسائل من جهة، ومن جهة أخرى فليس هناك ما يمنع المشرع من التدخل لتعديل نص من نصوص التقنين كالقانون المدني مثلا - إذا لم يكن هذا النص ملتما لاحتياجات الجماعة وتطورها.

وكثيراً ما يطور الفقه والقضاء بعض نصوص التقنين لجعلها أكثر استجابة لاحتياجات الجماعة، ومثال ذلك ما فعله الفقه والقضاء في فرنسا وهما يصد الماده ١/١٣٨٤ من التقنين المدني الفرنسي.

ولقد أظهر العمل ما فى هذه التقنيات من عيوب، إذ أنها جميعاً قد أخذت من بيئة غير مصرية، فلم يكن من الممكن أن تطبق فى مصر، ويأتى تطبيقها بنتائج طيبة. لذلك سرعان ما أعاد المشرع النظر فيها من جديد وخاصة بعد إلغاء المحاكم المختلطة فاستبدل بالتقنين المدنيين الأهلى والمختلط تقنين جديد صدر بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ فى ١٦ يوليو سنة ١٤٨ على أن يبدأ العمل به من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (١).

(١) حسن كيرة، المرجع السابق فقرة ١٤٢، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق فقرة ٥٩.

الفصل الثانى

العرف

خطة البحث:

العرف هو المصدر الاحتياطى الأول للقانون، ودليل ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى من أنه « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف . . . » فالعرف إذن من مصادر القانون الاحتياطية . ولا يجوز للقاضى اللجوء إليه إلا إذا تكن المسألة المعروضة عليه من تلك التى تتناولها النصوص فى لفظها أو فى فحواها . فما هو المقصود بالعرف وما هى أركانه، وكيف يمكن التمييز بين العرف والعادة، وكيفية اثباته، ثم ما هى مزاياه وما هى عيوبه، وما هو المركز الذى يحتله العرف بالنسبة إلى مصادر القانون الأخرى، وأخيراً ما هو أساس القوة الملزمة للعرف؟

أولاً - أركان العرف:

عرفنا الآن العرف بأنه اعتياد الناس على نوع معين من السلوك مع الاعتقاد بأنه ملزم، وأن مخالفته تستتبع توقيع الجزاء على المخالف . ومن هذا التعريف يمكن القول بأن العرف يقوم على ركنين أساسيين:

- ١- ركن مادى، ويتلخص فى اضطراد سلوك الأفراد على نحو معين .
- ٢- ركن معنوى، ويتلخص فى ضرورة الاعتقاد فى الزامية هذا السلوك .

الركن المادى: اضطراء سلوك الأفراد على نحو معين:

ينشأ العرف كما قلنا الآن باعتياد الأفراد على نوع معين من السلوك ويجب أن تتوافر لهذا الاعتياد عدة شروط لجعلها فيما يلى:

(أ) أن يكون عاما، فلا يكفى أن تكون قاعدة متبعة بين عدد قليل من الناس، بل يجب أن يتبعها معظمهم. وإن كان ذلك لا يعنى ضرورة أن يتبع الكافة هذا السلوك، فالعمومية هنا لا تعنى الشمول (١).

وقد تنشأ القاعدة العرفية باعتياد طائفة من الناس على نوع معين من السلوك، وتحدد هذه الطائفة بصفات أفرادها لا بذواتهم، وهذا هو ما يسمى بالعرف المهنى أو الطائفى.

وينشأ الاعتياد فى بداية الأمر بحل معين فى مسألة معينة، ثم يتكرر هذا الحال إذا ما عرض بعد ذلك نزاع من نفس النوع إلى أن يشبت فى ضمير الجماعة الاعتقاد فى الزاميته.

ويتكون أيضا العرف المحلى أو الاقليمى من اتباع غالبية السكان لاقليم معين قاعدة محددة فى علاقاتهم، ولو كان غالبية السكان من اقليم لاخر لا يتبعون هذه القاعدة وما يعتبر عرفا فى مكان قد لا يعتبر عرفا فى مكان آخر (٢).

(١) حسن كبره، المرجع السابق فقرة ١٤٠.

(٢) محمد لبيب شنبه، المدخل للدراسة القانون لسنة ١٩٦٧، ص ٦٢. منصور مصطفى منصور.

المرجع السابق، فقرة ٦٣.

(ب) أن يكون قديما، ويقصد بذلك، أن يكرر اتباع الأفراد لهذا السلوك مدة كافية لنشوء القاعدة العرفية . . . ولا توجد فترة زمنية معينة يجب أن يستمر فيها الأفراد على مسلك معين، بل إن الأمر في تقديرها مشترك في النهاية إلى ما يراه القاضي . فقد يرى في بعض الحالات أن عشر سنوات مدة كافية لخلق القاعدة العرفية، وقد يرى في حالات أخرى أنها غير كافية .

(ج) أن يكون ثابتا، وهذا يعني أن يتكرر سلوك الأفراد على نحو معين ثابت لا يتغير، وأما إذا سلك الأفراد مسلكا معينا مرة، ثم حادوا عنه أخرى، فإن هذا يتناقض مع ما يجب أن تعسم به القاعدة العرفية من ثبات واستقرار . والأمر مرده أيضا في هذا إلى ما يراه القاضي .

(د) ألا يكون في القاعدة العرفية مخالفة للنظام العام أو الآداب فلا يمكن أن تنشأ قاعدة عرفية تخالف النظام العام أو الآداب الصامة، ولا يمكن للقاضي تطبيقها . فإذا ما اعتاد الناس في معاملاتهم - والفرق هنا جدلي - على الزام المدين بدفع فوائده تأخيرية تزيد عن الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية، فإن هذا الاعتياد حتى مع قدمه وثباته لا يمكن أن ينشئ قاعدة عرفية .

خلاصة القول أنه يلزم في الركن المادي أن يكون عاما وقديما وثابتا وألا يكون فيه مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة .

الركن المعنوي: الاعتقاد في الزامية هذا السلوك:

لا يكفي لتكوين القاعدة العرفية أن يعتاد الناس عليها في معاملاتهم على النحو السابق بيانه، بل يجب بالإضافة إلى ذلك الاعتقاد في وجوب احترام

واتباع هذه القاعدة . وتبعاً لذلك فإنه يجب أن يتولد لدى الأفراد الاعتقاد أنه إذا خولفت هذه القاعدة وقع الجزاء جبراً على المخالف^(١) .

وتحديد ما إذا كانت عادة معينة قد أصبحت عرفاً أم أنها لم تصبح كذلك لا يعتبر من الأمور اليسيرة، وكثيراً ما يختلف القضاة حول هذا التحديد . فمنهم من يرى أن عادة معينة قد أصبحت عرفاً ومنهم من يرى عكس ذلك . والأمرفى النهاية مرده الوقوف على الركن المعنوى، وهو أحد أركان القاعدة العرفية، فإذا تبين للقاضى أن هذه العادة قد وقعت واستقرت فى أذهان الجماعة واقترن هذا الاستقرار بالاعتقاد بوجوب اتباعها وإلا وقع الجزاء على المخالف، فإن هذا يعنى أن هذه العادة قد أصبحت عرفاً، وأما إذا ثبت له عدم توافر الركن المعنوى، فإن هذا يعنى أن القاعدة المتبعة لا تزال عادة ولم تكتسب بعد صفة القاعدة العرفية .

ثانياً : التمييز بين العرف والعادة :

تنشأ العادة من اتباع الناس سلوك معين، وتكرار اتباعهم لهذا السلوك . وتختلف العادة عن العرف فى أن العادة تنشأ دون حاجة إلى اعتقاد الناس فى

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق فقرة ١١٧ . ويرى الأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ضرورة التفرقة بين شعور أفراد الجماعة بالزام العرف وبين كون العرف ملزماً . ويرى أن الشعور بالالزام هو الذى يجب توافره لتكوين القاعدة العرفية . وأما أن يكون العرف ملزماً، بمعنى أن يوقع على مخالف القاعدة العرفية الجزاء المناسب، فهذا هو الأثر المترتب على وجود القاعدة العرفية .

وفى الركن المعنوى فى القاعدة العرفية يراجع حسن كبيرة، المرجع السابق فقرة ١٥٠ . منصور مصطفى منصور، المرجع السابق فقرة ٦٦ .

وجوب اتباعها . بل يلتزم الأفراد باتباعها ووجوب احترامها وبالاتفاق عليها إما صراحة وإما ضمناً . فى حين أن القاعدة العرفية لا تنشأ إلا إذا اعتقد الناس فى وجوب اتباعها واحترامها وإلا وقع على المخالف منهم الجزاء المناسب فتتميز العادة عن العرف إذن فى خلوها من الركن المعنوى الذى هو لازم لتكوين القاعدة العرفية .

ومن أمثلة العادات الاتفاقية^(١) ما يحدث عادة بين تجار الفاكهة عند البيع بسعر المائة حبة مع احتساب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين إلى غير ذلك وحيث يختلف الأمر باختلاف نوع البيع وباختلاف المناطق، ومثال ذلك أيضاً ما تجرى عليه العادة بين التجار من التجاوز عن قدر معين من العجز فى مقدار البيع .

ولا تكون العادة ملزمة إلا بالاتفاق عليها . وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً وقد يكون ضمناً . وفى هذا يختلف العرف عن العادة . فالقاعدة العرفية ملزمة للأفراد سواء انصرفت إلى ذلك إرادتهم أم لم تنصرف . فى حين أن العادة لا تكون ملزمة إلا إذا اتجهت إلى ذلك إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية ومع ذلك فقد يحيل المشرع صراحة على نوع معين من العادات، وفى هذه الحالة يجب إعمال ما تقضى به هذه العادة أو العادات حتى ولو لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على ذلك صراحة أو ضمناً . ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٣ من التقنين

(١) يلاحظ أن هناك نوع آخر من العادات هو العادات الاجتماعية، وهذا النوع من العادات لا صلة له بالعلاقات القانونية، ومثال ذلك ما اعتاد عليه الناس فى مصر من التزاور فى أوقات معينة أو ارتداء ملابس من لون معين فى بعض المناسبات .

المدنى بقولها « 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 إخلال بالقواعد والعادات التجارية ». فالرجوع إلى ما تقضى به هذه العادات التجارية أمر فرضه القانون بغض النظر عن الاتفاق أو عدم الاتفاق عليها .

الآثار المترتبة على التفرقة بين العرف والعادة:

يشترتب على التفرقة بين العرف والعادة على النحو السابق عدة آثار نجملها فيما يلى:

١- العرف قانون وعلى القاضى أن يطبقه سواء وافق الأفراد عليه أم اختلفوا . فإذا كانت الإرادة الجماعية لازمة لنشوء القاعدة العرفية، إلا أنه متى نشأت هذه القاعدة وجب على الأفراد اتباعها حتى ولو لم تتصرف إرادتهم إلى ذلك، فى حين أن القاضى لا يلتزم بتطبيق العادة إلا إذا انجذبت إلى ذلك إرادة ذوى الشأن الصريحة أو الضمنية .

٢- إذا كان القاضى ملتزماً بتطبيق القاعدة العرفية باعتبارها من مصادر القانون، فلا يكلف الأفراد تبعاً لذلك باثباتها، فى حين أنه على من يتمسك بالعادة أن يثبت وجودها، فهى ليست فى نهاية الأمر سوى شرط من شروط العقد الصريحة أو الضمنية .

٣- ومتى كان العرف قانوناً فإنه يطبق على الناس سواء علموا به أم لم يعلموا، وليس لهم الادعاء بعدم العلم بالقانون، فالجهل بالقاعدة القانونية أياً

كان مصدرها لا يغتفر . وإذا كان هذا هو شأن العرف، فالأمر مختلف بالنسبة للعادة . إذ يجوز للأفراد الادعاء بعدم العلم بها إذ أنه لم يتم الاتفاق عليها صراحة أو ضمناً .

٤- وأخيراً فإن القاضى فى تفسيره لقاعدة عرفية وتطبيقها يخضع لرقابة محكمة النقض، فالقاعدة العرفية قاعدة قانونية، فى حين أن الأمر على غير ذلك بالنسبة للعادات الاتفاقية فالعادات الاتفاقية ليست فى نهاية الأمر كما قلنا الآن سوى شرط من شروط العقد، وبذلك فإنها تكون من مسائل الواقع التى لا رقابة فيها لمحكمة النقض على ما ينتهى إليه قاضى الموضوع .

ثالثاً: اثبات العرف ورقابة محكمة النقض على وجوده وتطبيقه:

(أ) اثبات العرف:

قلنا الآن أن العرف ينتج من اتباع الأفراد لسلوك معين مع اعتقادهم فى الزامية هذا السلوك . ومع أن العرف يعتبر من مصادر القانون، وكان المنطق القانونى السليم يقتضى منا القول بوجود علم القاضى به شأنه فى ذلك شأن التشريع تماماً، إلا أنه نظراً لسموية الوقوف على القاعدة العرفية ومعرفته فصحواها، فكثيراً ما يكلف القاضى صاحب المصلحة من أطراف الخصومة فى التمسك بالقاعدة العرفية باثباتها .

وإذا كان العرف محلياً أو طائفيًا، فللقاضى أن يستدل على القاعدة العرفية بالرجوع إلى أهل الاختصاص فى هذه المهنة، فإذا كان العرف تجارياً، فللقاضى أن يستنبر بما تعطيه الغرفة التجارية من شهادات مكتوبة محتوية

على مضمون القاعدة العرفية، وإن كان ذلك لا يعنى وجوب تقيده بها.

(ب) رقابة محكمة النقض على وجود العرف وتطبيقه:

العرف مصدر من مصادر القانون، وهو باعتباره كذلك يفترض علم القاضى والكافة به. ويخضع القاضى فى تطبيقه للعرف لرقابة محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون. وفى هذا المعنى يختلف العرف كما قدمنا عن العادة، إذ لا يخضع القاضى لرقابة محكمة النقض فى تطبيقه للعادة باعتبارها شرطاً من شروط العقد أو مسألة من مسائل الواقع لا القانون.

ومع ما فى هذا رأى من منطق، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قضت بعكسه فى حكم قديم، وشايعها فى ذلك الفقه، بحيث غدا حينئذ ألا رقابة لمحكمة النقض على قضاة الموضوع فيما يقضون به من وجود العرف أو من تطبيقه.

ثم ما لبث القضاء والفقه بعد ذلك أن خففا من حدة ما ذهب إليه الفقه والقضاء قديماً. وقبل بحث محكمة النقض فى الرقابة على تطبيق القاعدة العرفية دون وجودها.

وعيب هذا رأى أنه يفرق بين تطبيق العرف وبين وجوده. والصحيح فى نظرنا هو أن لمحكمة النقض حق الرقابة على تطبيق العرف، وهذه الرقابة تقتضى بدهاة الرقابة على وجوده^(١).

(١) راجع فى عرض هذه الآراء، حسن كبرة، المرجع السابق، فقرة ١٥٢.

رابعاً: مزايا العرف وعيوبه (مقارنة بين العرف والتشريع):

للعرف مزايا وله أيضاً عيوب. ويمكن إجمال مزاياه وعيوبه فيما يلي:

١- مزايا العرف:

ينشأ العرف على ما بينا باطراد اتباع الأفراد لسلوك معين مع اعتقادهم بأنه ملزم. فالقاعدة العرفية تنبع إذن من ضمير الجماعة. ولذلك فإنها تعتبر تعبيراً صادقاً عنها. وترتيباً على ذلك فإن القاعدة العرفية لا تشير في الغالب من الأحوال مشكلة الهوة التي قد تنشأ بين التشريع وبين ما يسير عليه الأفراد في سلوكهم، أو بعبارة أخرى ما قد يحدث من تناقض بين ما يجب أن يكون وبين ما هو كائن فعلاً. فالعرف يعبر عن إرادة الجماعة في رغبتها في الخضوع لقاعدة معينة^(١).

ومن مزايا العرف أنه يتطور ويتغير تبعاً لتغير رغبات الجماعة. فالقاعدة العرفية تسير احتياجات الجماعة ورغباتها دون أن تكون مفروضة عليها؛ وهذا يؤكد بلا شك ملائمتها لظروف الجماعة ورغباتها. وإذا كان للقاعدة العرفية هذه المزايا، إلا أنها لها أيضاً عيوب كان من شأنها أن احتلت القاعدة العرفية المكان الثاني بعد التشريع. فما هي هذه العيوب؟

٢- عيوب العرف:

قلنا الآن أن للقاعدة العرفية مزايا ولها أيضاً عيوب. وتخلص عيوب القاعدة العرفية فيما يلي:

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق فقرة ٦٩.

(أ) عدم الانضباط وعدم التحديد:

تعتبر القاعدة العرفية عن إرادة الجماعة، إلا أنها مع ذلك غير منضبطة، وغير محددة، فهي ليست قاعدة مكتوبة، وتبعاً لذلك فإنه يصعب الوقوف عليها ومعرفتها معرفة جيدة، وفي هذا يتميز بلا شك التشريع عن العرف، فالأول واضح ومحدد، في حين أن الثاني يعوزه هذا التحديد والوضوح.

(ب) صعوبة الاهتداء إليه:

كثيراً ما يصعب على الباحث أو القاضي الاهتداء إلى القاعدة العرفية. ويرجع ذلك إلى امكان تعدد القاعدة العرفية وامكان اختلافها من اقليم إلى اقليم داخل الدولة الواحدة، قد سبق لنا بيان أن العرف قد يكون مهنيًا وقد يكون اقليميًا. ولا شك أن ذلك من شأنه صعوبة معرفته والاهتداء إليه.

(ج) عدم قابلية العرف للتطور السريع:

حقيقة إن القاعدة العرفية تنشأ معبرة عن الجماعة نفسها، ثم أنها تتطور بتطور الجماعة ذاتها. ومع ذلك فإن القاعدة العرفية لا تساعد في إحداث التفسير الاجتماعي، فقد يراد في وقت من الأوقات، وخاصة في أوقات الثورات، إحداث تغير اجتماعي. ولا يمكن للعرف أن يكون عوناً في ذلك، إذ أنه يحكم تكوينه لا ينشأ إلا بتكرار اتباع الأفراد لسلوك معين مع اعتقادهم في وجوبه. وهذا يقتضي زمناً طويلاً، ولا مناص في مثل هذه الحالة من اللجوء إلى التشريع لإحداث هذا التغير.

وبالرغم من هذه العيوب التي أدت - كما سبق لنا بيان ذلك - إلى جعل

العرف فى المرتبة الثانية، وإلى تضائل أهميتها بالنسبة إلى التشريع فى العصر الحديث، إلا أنه مصدر لا غنى عنه إذ أنه يكمل ما يمكن أن يكون فى التشريع من قصور^(١).

خامساً: المكان الذى يحتله العرف بالنسبة إلى مصادر القانون الأخرى:

يحتل العرف بين مصادر القانون المختلفة المرتبة الثانية، فالتشريع هو المصدر الأول، وعلى القاضى إذا لم يجد للمسألة المعروضة عليه حكماً فى التشريع أن يبحث فى العرف. فليس له اللجوء تبعاً لذلك إلى العرف أولاً ليجتنب فيه عن الحل المناسب لما قد يعرض عليه من مسائل، بل عليه أن يلجأ أولاً إلى التشريع ثم إلى العرف بعد ذلك. وتشير دراسة المكان الذى يحتله العرف بين مصادر القانون عدة مسائل نجملها فيما يلى:

المسألة الأولى: العرف مصدر احتياطي:

والمقصود بذلك هو أنه لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا لم يكن فى التشريع

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدنى تعليقا على المادة الأولى التى تجعل العرف مصدراً احتياطياً للقانون. فالعرف هو المصدر الشفيع الأصيل الذى يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها النظرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استحصانها. ولذلك ظل هذا المصدر وسيطاً إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصوصاً لا يتفاد إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التى تسرى فى شأنها قواعد القانون المدنى وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء «مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٨٨».

حكم للمسألة المطروحة، فإذا كان النص التشريعي غامضاً أو معيباً، فلا يقوم ذلك في حد ذاته مبرراً للجوء إلى العرف، بل على القاضى أن يفسر النص الغامض وفقاً لقواعد التفسير التى سنبحثها فيما بعد. فإذا أعوزته الحيل ولم يجد للأمر المطروح عليه حكماً وجب على القاضى اللجوء إلى العرف. والعرف باعتباره كذلك يعتبر من المسائل الشكلية أو الرسمية للقانون، ويجب على القاضى تطبيقه من تلقاء نفسه، ولا يكلفه الأفراد باثباته^(١). وإذا أخطأ القاضى تطبيقه للعرف، كان حكمه عرضة للنقض لخطأ فى تطبيق القانون.

المسألة الثانية: العرف مصدر معاون للتشريع:

ويعتبر العرف فى بعض الأحوال مصدراً معاوناً للتشريع، وهذا يحدث عندما يعرض المشرع لتنظيم موضوع معين ولكنه يحيل فى القاعدة التشريعية نفسها على العرف. فيقوم العرف عندئذ بتحديد ما أحال إليه المشرع، والأمثلة على ذلك كثيرة فى التقنين المدنى وغيره.

ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٠ من القانون المدنى من أنه «إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل، وما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات» ففى هذا النص يحيل المشرع إلى العرف الجارى فى المعاملات عندما يكون هناك محل لتفسير العقد، فالعرف هنا معاون للتشريع، ومثال ذلك أيضاً

(١) راجع ما سبق ص ١١٥.

ما تنص عليه المادة ٩٥ من القانون المدني من أنه «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة» فالعرف معاون هنا للتشريع. على القاضى اللجوء إليه لا باعتباره مصدراً احتياطياً ولكن باعتباره معاوناً للتشريع. فالنص التشريعى هو الذى أحال إليه، ومثال ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ٦٨٢ مدنى من أنه «إذا لم تنص العقود الفردية أو العقود الجماعية أو لوائح المصنع على الأجر الذى يلتزم به صاحب المصنع، أخذ بالسعر المقدر لعمل من ذات النوع إن وجد، وإلا قدر الأجر طبقاً لعرف المهنة وعرف الجهة التى يؤدى فيها العمل، فإن لم يوجد عرف تولى القاضى تقدير الأجر وفقاً لمقتضيات العدالة» والأمثلة على العرف المعاون للتشريع كثيرة، وقد اكتفينا بذكر البعض منها.

ويختلف الدور الذى يقوم به العرف باعتباره معاوناً للتشريع فى كل فرع من فروع القانون عنه فى الآخر.

ففى نطاق القانون الدولى العام: يلعب العرف دوراً أساسياً باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون، بل إن معظم قواعد القانون الدولى العام نشأت فى أول الأمر باعتبارها قواعد عرفية.

وفى نطاق القانون الدستورى يختلف دور العرف بسبب ما إذا كان الدستور مكتوباً أم غير مكتوب. فإذا كان الدستور مكتوباً كما الحال فى مصر تضاملاً دور العرف. وأما إذا كان الدستور غير مكتوب كما هو الحال فى

المجلدات زادت أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون الدستوري^(١).

وفى نطاق القانون الدستوري يختلف دور العرف بحسب ما إذا كان القانون الإداري حيث لا يوجد نص تشريعي، وفى هذا المعنى قضت محكمة القضاء الإداري إذ تقول «إن العرف الإداري الذى استقر العمل عليه واضطره هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع مما تجوز المؤاخذه عليه. فإذا جرت الإدارة فى علاقتها مع الأفراد على سلوك معين وتكرر اتباعه مع الاعتماد بأنه ملزم، نشأت من ذلك قاعدة عرفية وأصبحت واجبة التطبيق والاحترام^(٢).

وأما بالنسبة إلى القانون الجنائي: فليس للقاعدة العرفية فيه دور، فالأصل المتبع فى القانون الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فلا يمكن أن

(١) وإذا كان العرف كمصدر من مصادر القواعد الدستورية لم يشر خلافاً فى بلاد القانون غير المكتوب (بلاد المجموعة الأتليو سكسونية)، إلا أن اعتبار العرف مصدر من مصادر القانون الدستوري فى بلاد القانون المكتوب قد أثار خلافاً بين الفقهاء. فمنهم من ذهب إلى إنكار كل قيمة للعرف الدستوري من الناحية القانونية، ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك. والصحيح فى نظرنا، وكما يذهب إليه جانب كبير من الفقهاء القانونيين الدستوريين أنه - إذا كان هناك خلاف بين الفقهاء حول العرف كمصدر من مصادر القانون الدستوري إلا أن الواقع الصلي يؤكد وجود هذا العرف.

ومثال ذلك تقيد حق رئيس الجمهورية فى حل مجلس الأمة فى ظل دستورنا المؤقت سنة ١٩٦٤، فمع أن الدستور قد أتى خلواً من نص يحدد هذا القيد، إلا أنه يمكن القول بوجود عرف دستوري يؤكد الأخذ به، راجع رمزى الشاعر، المرجع السابق ص ٢٢٢ وما بعدها.

(٢) ولقد قضت محكمة القضاء الإداري فى مصر بأن «العرف الإداري الذى استقر العمل عليه وأطره هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام العام المتبع مما تجوز المؤاخذه عليه». راجع محمد فؤاد مهنا، دروس فى القانون الإداري، ج ١، ص ٧٦.

يكون العرف مصدرا من مصادره.

وإذا اختلف دور العرف المكمل والمعاون للتشريع من فرع من فروع القانون العام إلى آخر على النحو السابق بيانه، فإنه يختلف أيضا في كل فرع من فروع القانون الخاص عنه في الآخر. فبالنسبة للقانون المدني يلعب العرف دورا محدودا. فقواعد القانون المدني في غالبيتها مكتوبة، وأما بالنسبة للقانون التجاري فللعرف فيه دور كبيرا نظراً لقلّة النصوص التشريعية فيه وبالتالي عجزها عن مواجهة مطالب التجارة واحتياجاتها المتطورة المتزايدة، ومن أمثلة العرف التجاري إباحة تعاقد الوكيل مع نفسه لحساب الأصيل، ومن أمثله أيضا افتراض التضامن بين المدينين إذا تعددوا^(١).

المسألة الثالثة: حول جواز أو عدم جواز مخالفة العرف للتشريع؛

قلنا الآن أن العرف مصدر احتياطي للقانون، وإذا كان العرف مصدرا احتياطيا للقانون، فهل يجوز للعرف مخالفة التشريع أم أن ذلك لا يجوز؟ للإجابة على هذا السؤال تنبئ التفرقة بين القواعد التشريعية الأمرة وبين القواعد التشريعية المفسرة. فإذا كانت القاعدة من القواعد الأمرة، فلا يجوز للعرف مخالفتها، وفي هذا إعمال لفكرة التدرج في مصادر القانون. فالتشريع هو المصدر الأصلي والعرف مصدر احتياطي، فلا يجوز للعرف إذن مخالفة نص تشريعي آمر. وأما إذا تعلق الأمر بعرف تجاري، فالذي لا شك فيه أنه يجوز لقاعدة عرفية تجارية مخالفة نص من نصوص القانون المدني الأمر. وليس في

(١) محمد توفيق فرج، المرجع السابق ص ١٤٨ وما بعدها، راجع أيضا ما سبق ص .

هذا خروج على فكرة التدرج فى التشريع، لأن الأمر يتعلق فى هذه الحالة بنطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى . فإذا كان القانون المدنى هو الأصل، وإذا وجب الرجوع إليه دائما، فإن ذلك لا يكون إلا عند عدم وجود أية قواعد قانونية فى القانون التجارى . فمتى وجدت هذه القاعدة وجب الرجوع إليها بغض النظر عن وجود أو عدم وجود نص آخر من نصوص القانون المدنى . ومن أمثلة القواعد العرفية التجارية التى تخالف نص أمر من نصوص القانون المدنى ما تنص عليه المادة ٢٣٢ مدنى 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 إخلال بالقواعد والعادات التجارية وأما إذا كان التعارض فى نطاق القانون التجارى بين قاعدة تشريعية أمر وقاعدة عرفية تجارية فرنه يجب تغليب القاعدة التشريعية، فالتشريع فيه أيضا هو الأصل، وليس لعرف تجارى أن يخالف قاعدة تجارية أمر» .

وأما إذا كانت المخالفة بين قاعدة تشريعية مفسرة أو مكملة وبين قاعدة عرفية، فإن القاعدة العرفية هى التى تنطبق، وبيان ذلك أنه إذا كان للأفراد الاتفاق على مخالفة القاعدة العرفية، فليس هناك إذن ما يمنع من نشوء عرف مخالف لها، ويكون العرف هو الواجب التطبيق . ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٤٥٦ مدنى من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . فالأصل أن لذوى الشأن مطلق الحرية فى تحديد المكان الذى يجب فيه على المشتري الوفاء بالثمن فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف فى هذا الشأن فإن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان الذى يسلم فيه المبيع، فقد يقضى العرف هنا بحكم مخالف للتشريع، ولا يعنى ذلك

أن القاعدة العرفية غير ملزمة، غاية ما فى الأمر أنه إذا كان هناك عرف مخالف فإن هذا يعنى أن شروط انطباق الحكم المنصوص عليه فى القانون غير متوافرة، ويجب عندئذ إعمال ما يقضى به العرف.

سادسا: أساس القوة الملزمة للعرف:

قلنا الآن أن القاعدة العرفية ملزمة شأنها فى ذلك شأن التشريع تماما .
فما هو أساس القوة الملزمة للعرف؟

تعددت الآراء فى هذا الشأن، فمن قائل أن العرف يحدد أساسه الملزم فى رضا المشرع به . ويتحقق ذلك بعدم الغائه بتشريع، فلو أراد المشرع أن يبطل ما للعرف من أثر، فما عليه إلا أن يصدر تشريعا يلغى به هذا العرف^(١)، ومن قائل أن أساس القوة الملزمة هو إرادة الجماعة^(٢)، فالعرف يصدر عنها معبرا عن رغباتها، وفى هذا أساس قوته الملزمة، ويذهب رأى آخر إلى القول بأن أساس القوة الملزمة للعرف يمكن فى تطبيق المحاكم له مدة طويلة، لأن قضاء المحاكم يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة الزامية^(٣).

(١) انظر فى عرض هذا رأى وتطوره، الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ١٤٣ . ولقد راج هذا رأى فى فرنسا فى عهد الملكية المطلقة حيث كان المحاكم يستمد سلطاته من الله سبحانه وتعالى لا من الشعب، والقانون كان يحتقر فى هذه الفترة تعبيراً عن إرادة المحاكم الصريحة أو الضمنية.

(٢) فى عرض هذا رأى، سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ١٤٣ ص ٣٠١، منصور مصطفى منصور، أئرج عالسابق فقرة ٧٢.

(٣) فى عرض هذا رأى، حسن كيرة، المرجع السابق فقرة ١٥٦ والمراجع إليها فيه.

ونرى أنه لا يمكن البحث عن أساس القوة الملزمة للعرف فى تطبيق المحاكم له، لأن فى ذلك مصادرة على المطلوب، فالمحاكم لا تطبقه إلا لأنه ملزم، ولا يمكن أن يسبق المسبب السبب، لذلك نرى أن العرف يستمد قوته الملزمة من إرادة المشرع، ولا يتعارض مع هذا القول ما ذهب إليه البعض الآخر من أن أساس القوة الملزمة للعرف هو إرادة الجماعة. فالأصل أن إرادة المشرع هى المعبرة عن إرادة الجماعة. ولا يكون الالتزام إلا من إرادة قادرة على أمر المخاطبين بالقاعدة، ففى إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية تفسير كاف لما للعرف من قوة ملزمة.

أجب عن السؤال الآتى:

عرف العرف وأذكر أركانه وبين إلى أى مدى يمكن لقاعدة عرفية أن تخالف قاعدة من قواعد التشريع:

العرف: هو مصدر من مصادر القانون ويأتى ترتيبه بين هذه المصادر فى المرتبة الثانية. ويذهب الفقهاء فى تعريفهم للعرف إلى القول بأن العرف هو اضطراد الأفراد إلى اتباع مسلك معين إلى حد الاعتقاد بأنه قد صار ملزماً وأن مخالفته تستتبع توقيع جزاء تتولى السلطة العامة توقيعه. وللقاعدة العرفية ركنان: وأما عن الركن المادى فإنه يتمثل فى اضطراد اتباع الأفراد لمسلك معين، ويجب أن يكون العرف قديماً وثابتاً وأن يكون عاماً وألا يكون فيه مخالفة لقاعدة من النظام العام. والركن المعنوى يتمثل فى الاعتقاد فى إلزامية هذا السلوك وتحديد متى تتحول العادة إلى قاعدة عرفية مسألة غاية فى الدقة والأهمية وكثيراً ما يختلف القضاة حول تحديد هذه المسألة. فإذا تبين للقاضى أن هذه القاعدة العرفية قد وقرت واستقرت فى أذهان الجماعة، واقترن

هذا الاستقرار بالاعتقاد بوجوب اتباعها وإلا وقع الجزاء على المخالف، فإن هذا يعنى أن هذه العادة قد صارت عرف.

هل يجوز لقاعدة عرفية أن تخالف قاعدة من قواعد القانون؟

الاجابة على هذا التساؤل تفتقضى التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، فإذا كانت القاعدة المخالفة قاعدة مكملة، فعندئذ يجوز لقاعدة عرفية مخالفتها. وأما إذا كانت القاعدة أمرة، فلا يجوز لقاعدة عرفية مخالفتها ومع ذلك فإنه يجوز لقاعدة عرفية تجارية مخالفة نص من نصوص القانون المدنى الآمرة، ولا غرابة فى الأمر لأن المسألة تتعلق هنا بنطاق تطبيق كل من القانون المدنى والقانون التجارى. فإذا كان القانون المدنى هو الأصل وجب عندئذ الرجوع إليه، وإذا وجب الرجوع إليه فإن ذلك لا يكون إلا عند عدم وجود أية قواعد قانونية أخرى فى القانون التجارى ومتى وجدت هذه القاعدة فإن ذلك لا يكون إلا عند عدم وجود نص آخر من نصوص القانون^(١).

(١) واستكمالا للإجابة يراجع الكتاب من ص إلى ص

الفصل الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

أولا - لمحة تاريخية:

الشريعة الإسلامية تعتبر من المصادر الاحتياطية للقانون في مصر، وذلك بين مما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدني، فعلى القاضى أن يبحث أولا فى التشريع، فالعرف، فمبادئ الشريعة الإسلامية، والإسلام هو خاتم الرسالات السماوية، لذلك جعله الله تعالى - جلت حكمته - شاملا لكل المسائل سالحا للتطبيق فى كل زمان ومكان بما يتضمنه من قواعد عامة مجردة يمكن للفقهاء وللقاضى الملامة بينها وبين احتياجات الناس فى كل مكان وزمان، وتحتوى الشريعة الإسلامية على قواعد منظمة للعلاقة بين الإنسان وخالقه وهذه هى قواعد العبادات، كما أنها تحتوى على قواعد لتنظيم العلاقة بين الناس بعضهم ببعض. وهذه هى قواعد المعاملات، والذي يعنينا هو هذه القواعد الأخيرة، إذ أنها تشترك مع القواعد القانونية فى أنها تسعى جميعا لتنظيم العلاقات بين الناس وإن اختلف بعد ذلك الأسلوب.

ولقد كانت الشريعة مطبقة فى مصر منذ الفتح الإسلامى لها، وظل الأمر على هذا النحو إلى عهد محمد على حيث بدأ فى اقتباس بعض القوانين الأجنبية، فأتت هذه القوانين لتطبق فى تربة غير تربتها، وفى مناخ اجتماعى يختلف عما أعدت له أصلا، إلى أن عهدت الدولة بعد ذلك إلى محام فرنسى مقيم فى مصر بوضع قوانين تدير عليها المحاكم المختلطة. وقدأت هذه القوانين وكأنها نقلت حرفيا عن القانون الفرنسى لتطبق فى بيئة غير بيئتها. ثم

وضعت بعد ذلك التقنيات الأهلية على غرارها . وكان طبيعيا ألا يكون
للشريعة الإسلامية في هذا الوقت دور يذكر . ولما أعيد تنقيح بعض التقنيات
لما أسفر عنه التطبيق من عيوب ، كان منطقيا أن ينظر المشرع المصرى من جديد
إلى الشريعة الإسلامية ليستقى منها أحكامه . وتعتبر الشريعة الإسلامية
مصدرا أصليا فى البعض من المسائل ، ومصدرا احتياطيا فيما عدا ذلك .

ثانيا - الشريعة الإسلامية مصدر أصلى للقانون:

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأصلى للقانون فى معظم مسائل
الأحوال الشخصية . فإذا عرض على القاضى مسألة منها وجب عليه أن يطبق
الشريعة الإسلامية . ولقد اختلف الفقه حول تحديد المقصود بمسائل الأحوال
الشخصية . ومع ذلك ، يمكن القول أن الأحوال الشخصية هى المسائل المتعلقة
بحالة الأشخاص وأهليتهم والولاية الوصاية والقوامة والحجتر والإذن بالإدارة
والأحكام الخاصة بالقبية . ويدخل أيضا فى مسائل الأحوال الشخصية ما يتعلق
بنظام الأسرة من زواج وطلاق والنسب والالتزام بالفقه بين الأقارب والأصهار
والموارث والوصايا . وإذا كانت الشريعة الإسلامية تعتبر هى المصدر الأصلى
للقانون بالنسبة إلى هذه المسائل جميعا ، إلا أنه يلاحظ أن المشرع قد تدخل
تشريعا ونظم النص من هذه المسائل بقوانين وتشريعات خاصة ويكاد أن تنحصر
الآن مسائل الأحوال الشخصية الغير منظمة تشريعا فيما يسمى بنظام الأسرة .

ويختلف تطبيق الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأصلى للقانون فى
مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين المسلمين عنه بالنسبة إلى المصريين
غير المسلمين .

فالشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق بالنسبة إلى المصريين المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية . فالزواج الذى يتم بين مسلم ومسلمة يخضع من حيث أركانه وشروط صحته إلى قواعد الشريعة الإسلامية . ولا يطبق القاضى من الشريعة الإسلامية فى مسائل الأسرة غير الراجع فى مذهب الإمام أبى حنيفة (وهو أحد الأئمة المسلمين الأربعة) .

ولا يقتصر تطبيق الشريعة الإسلامية على مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمصريين المسلمين . بل إن هذه الشريعة تنطبق أيضا بالنسبة للمصريين غير المسلمين . ويكون ذلك إذا اختلف أحراف المسألة دينا أو ملة أو طائفة . وأما إذا اتحد أطراف العلاقة دينا وملة وطائفة وجب على القاضى أن يطبق شريعتهم الخاصة .

الشريعة الإسلامية مصدر احتياطى للقانون:

إذا كان الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الأصلى للقانون بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية على النحو السابق بيانه، فإنها تعتبر مصدراً احتياطياً فيما عدا ذلك من مسائل . فإذا عرضت على القاضى مسألة - من غير مسائل الأحوال الشخصية - فإنه يطبق أولا التشريع، فإذا لم يجد فيه حكم، وجب عليه اللجوء إلى العرف، فإذا لم يجد فيه أيضا وجب عليه الاستهداء بالشريعة الإسلامية وكتب الفقهاء فيها، بالنسبة له خير معين .

والآن، وبعد أن أصبحت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسى للقانون، فهل يعنى هذا عدم دستورية كافة التشريعات القائمة المخالفة للشريعة الإسلامية؟ أم أنه يتعين على المشرع أن يعدل كافة التشريعات القائمة بهدف

إزالة التناقض القائم بين هذه التشريعات والشرعة الإسلامية؟

الرأى عندى أن اعتبار الشرعة الإسلامية المصدر الرئيسى القانون، لا يعنى مطلقا عدم دستورية التشريعات القائمة، بل انه يجب على المشرع أن يتدخل بهدف إحداث تطابق بين الشرعة الإسلامية وكافة التشريعات الوضعية القائمة. ويتم ذلك بإحدى طريقتين: إما أن يزيل المشرع التعارض القائم بين النصوص التشريعية المطبقة الآن وبين الشرعة الإسلامية، ويكون ذلك بإلغاء النصوص التشريعية المخالفة للشرعة الإسلامية، وإما أن يعيد صياغة كافة التشريعات المطبقة الآن صياغة مستمدة تماما من الشرعة الإسلامية.

وفى إطار القانون المدنى، فالرأى عندى أن السياسة التشريعية السليمة تقتضى من المشرع أن يزيل فقط التناقض القائم بين الشرعة الإسلامية وبعض نصوص القانون المدنى منها - على سبيل المثال لا الحصر - الفائدة، وبيع الحقوق المتنازع فيها، وبيع التركات. وسندنا فى ذلك أنه لا تعارض حقيقة بين نصوص القانون والشرعة الإسلامية، إلا فى قدر محدود من هذه النصوص، ويتعديل هذه النصوص أو إلغاؤها يتم إحداث التطابق المنشود بين الشرعة الإسلامية ونصوص القانون المدنى المصرى.

الفصل الرابع مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

قلنا فيما سبق أنه يجب على القاضى إذا ما عرضت عليه مسألة أن يبحث عن حل فى التشريع، ثم العرف، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة. وفى عبارة موجزة نقول بأن القانون الطبيعى هو مجموعة القواعد الأبدية والتي لا تتغير لا فى الزمان ولا فى المكان. والتي يمكن للعقل السليم استنتاجها والاحاطة بها. وأما العدالة فإنها شعور يختلف بحسب البلاد والأشخاص أكثر منها فكرة ثابتة ومحددة. وبلجوء القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة يفتح أمامه طريق الاجتهاد وبابه. فليس للقاضى أن يمتنع عن الحكم فيما هو معروض عليه من منازعات بدعوى عدم وجود حكم لا فى التشريع ولا فى العرف ولا فى الشريعة، بل يجب عليه دائما أن يفصل فيما يعرض عليه وإلا كان ناكراً للعدالة. وإذ يلجأ القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، فإنه لا يصبغ على هذه المبادئ العامة مفهومه هو، بل يجب عليه أن يتقيد فى ذلك بالمفهوم الاجتماعى لفكرة العدالة. فإذا كان ما يراه القاضى عادلا ولا ترى فيه الجماعة ذلك وجب عليه أن يغلب المفهوم الذي تعطيه الجماعة على مفهومه وإلا كان مخطئاً.

الوحدة الرابعة

تطبيق القانون وتفسيره

تمهيد وتقسيم:

القانون - كما سبق لنا بيان ذلك - هو مجموعة القواعد القانونية الفرض منها تنظيم علاقات الأفراد داخل الجماعة. فهو مرتبط بالوقائع ارتباطاً وثيقاً، وقواعده هي الواجبة التطبيق على ما ينشأ بين أفراد الجماعة من منازعات. وكثيراً ما يشير تطبيق القانون لخلافات كثيرة مردّها عدم الاتفاق على تفسيره.

الفصل الأول

تطبيق القانون

خطة البحث:

ينطبق القانون ويسرى على كافة المخاطبين بأحكامه. ولا يقبل من أحد منهم الادعاء بالجهل به. والمحاكم بمختلف تقسيماتها ودرجاتها هي التي تقوم بتطبيقه. ويشير بعد ذلك تطبيق القانون مشكلتين رئيسيتين هما: تطبيق القانون من حيث المكان وتطبيقه من حيث الزمان.

وسنقوم الآن بدراسة كل موضوع من هذه الموضوعات على التوالي.

المبحث الأول

افتراض العلم بالقانون

خطة البحث:

المحاكم هي السلطة المختصة بتطبيق القانون . كما أنها تقوم مع غيرها بتفسيره، ولا يقبل من الأفراد الادعاء بعدم العلم به . وهذا المبدأ يعتبر من المبادئ الأساسية للقانون . وسوف نبدأ الآن ببيان مضمون هذا المبدأ ثم نبين بعد ذلك ما يرد عليه من استثناء .

أولاً . - مضمون هذا المبدأ :

لا يقبل من أحد الادعاء بعدم العلم بالقانون أو الجهل به . فلو أبيع لأفراد الناس الادعاء بعدم العلم بالقانون أيما كان مصدره لشاعت الفوضى وعم الاضطراب . فإذا كان مصدر القاعدة القانونية هو التشريع، فإنه لا يكون نافذا ولا يلتزم الناس به إلا بنشره، والغرض من النشر هو الإعلام، وإذا كانت القاعدة عرفية قد نشأت من تكرار اتباع أفراد الجماعة لها بحيث وقر في أذهانهم أنها ملزمة، فليس لأحد بعد ذلك من أفراد هذه الجماعة أن يدعى عدم العلم بهذه القاعدة . ولعل قواعد العدل هي خير ما يؤسس عليه هذا المبدأ . فالعدل بين الأفراد يتطلب المساواة التامة في معاملة المخاطبين بالقاعدة القانونية . فلا يعقل أن تطبق القاعدة القانونية على فرد من الأفراد ولا تطبق على الآخر يدعوى عدم علمه بها (١) .

(١) في هذا المعنى «حسن كيرة» المرجع السابق ص ٣٠١ ولقد ذهب البعض الآخر من الفقهاء «

ولقد ذهب البعض من الفقهاء إلى قصر تطبيق المبدأ القائل بأن الجاهل بالقانون ليس بعذر على القواعد القانونية الأمرة دون المكملّة، بل انه حتى في نطاق القواعد الأمرة، فإن هذا المبدأ يقتصر على القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب، ومثال ذلك القوانين الجنائية^(١).

وما يلزم إليه هؤلاء الفقهاء يقيم تفرقة بين القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المفسرة دون مبرر. فالقواعد القانونية سواء أكانت أمرة أم مفسرة هي قواعد ملزمة. غاية ما في الأمر أن القاعدة القانونية المفسرة لا تكون واجبة التطبيق ولا رداً لم يتفق المتعاقدان على مخالفة الحكم الوارد فيها. فهنا فقط تتحقق شروط الفرض وبالتالي يجب تطبيق حكم القاعدة المفسرة. ولا يجوز للأفراد تبعاً لذلك الادعاء بعدم العلم بالقاعدة القانونية أيّاً كان مصدرها. وأياً كان مدى ما لها من قوة ملزمة^(٢).

ثانياً: الاستثناء من هذا المبدأ:

يذهب الفقه في عمومته إلى القول بأنه إذا حال دون وصول القانون إلى

١- إلى القول بأن أساس هذه القاعدة هو وجود قرينة على علم الأفراد بالقانون. راجع هبة الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت فقرة ١٣٣. عهد الفتح عهد الباقي، فقرات ١٠٢، ١٠٣. وهذا الرأي الأخير في تقديرنا محل نظر، فالقرينة لا تكون إلا إذا كانت مطابقة للواقع في الغالب من الأحوال. وهذا الأمر غير متحقق، فالغالب ألا يكون المخاطبون بالقانون على علم بقواعده.

(١) عهد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق فقرة ١٣٣.

(٢) ويذهب الفقه الحديث في مجموعته إلى علم التفرقة بين كل من القواعد القانونية الأمرة والمفسرة فيما يتعلق بوجوب تطبيق قاعدة اقتراض العلم بالقانون. راجع حسن كيرة، المرجع السابق فقرة ١٧٤.

علم المخاطبين به قوة قاهرة كفيضان أو احتلال أجنبي أو إذا عزلت منطقة من مناطق إقليم الدولة لمرض وبائي انتشر فيها، فلأفراد في هذه الحالة التمسك بعدم العلم بأحكام القانون. ويبرر الفقه هنا الحكم عادة بأنه إذا كان التشريع هو مصدر القانون الأصلي وهو الذي يرجع إليه عادة فكيف يمكن للأفراد الموجودين في منطقة معزولة بسبب قوة قاهرة العلم بأحكامه، نظراً لعدم وصول الجريدة الرسمية إليهم، وليس من العدل أيضاً أن يطالب المخاطبين بقاعدة قانونية بالعلم بها إذا لم يكن هذا العلم في استطاعتهم.

ويضيف بعض الفقهاء إلى هذا الاستثناء المسلم به استثنائين آخرين: الأول منهما خاص بحالة الغلط في القانون، والثاني خاص بحالة امتناع المسؤولية الجنائية عند الجهل بقوانين غير جنائية تكون العقوبة الجنائية مؤسسة عليها. فما هو المقصود بكل من هذين الاستثنائين؟

الأول - الغلط في القانون. الغلط عموماً هو توهم غير الحقيقة أو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمراً على غير حقيقته وقد يكون الغلط في الواقع وقد يكون في القانون، ومن شأن الغلط في الواقع أن يكون التصرف قابلاً للإبطال لصلحة التعاقد الذي وقع في الغلط، والأمر كذلك بالنسبة للغلط في القانون. ومثال ذلك أن يبيع الوارث نصيبه في التركة اعتقاداً منه أنه الربع وهو في الواقع له النصف، فهنا يكون للوارث أن يطالب بالإبطال لغلط وقع فيه. ولا تعارض بين هذه النتيجة وبين المبدأ الذي يقضى بأن الجهل بالقانون لا يفتقر، فلا يقصد الوارث مما يدعيه أن يتهرب من القانون، بل انه يرمى إلى العكس من ذلك فهو يرمى إلى حسن تطبيقه، فالوارث لا يرث الربع

ولكنه يرث النصف وهذا هو ما يطالب به . ولا تعارض بين ما يدعيه الوارث وبين المبدأ الذى يقضى بأن الجهل بالقانون ليس بعذر (١) .

الثانى - امتناع المسؤولية الجنائية فى حالة الجهل بقوانين غير جنائية
تكون العقوبة مؤسسة عليها : وهذا هو ما يذهب إليه القضاء والفقه الجنائى فى فرنسا عندما قرر امتناع المسؤولية الجنائية فى حالة الجهل بقوانين غير جنائية إذا كانت العقوبة مؤسسة عليها . وتبعاً لذلك فقد قضى بعدم عقاب من عثر على كنز فى أرض مملوكة للغير فأخذه كله لنفسه إذ أنه كان يجب أن يقسمه مناصفة مع مالك الأرض وإلا كان مختلساً .

وليس فى هذا القول خروج على المبدأ القائل بعدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، فمن عثر على الكنز فى أرض مملوكة لغيره لا يعاقب لانتفاء القصد الجنائى وهو ركن أساسى من أركان الجريمة . وأما إذا تحقق علم من عثر على كنز بالحكم المنصوص عليه فى القاعدة الغير جنائية ، وجب عليه العقاب (٢) .

(١) حسن كبرة ، المرجع السابق ص ٣٠٦ وما بعدها . وهذا المعنى إذا أقدمنا على الزواج ، لم يكونا عالمين بحرم الجمع بين المرأة وإبنة أختها ، شأنهما فى ذلك شأن شاهدى العقد . . . وحيث أنه قد انتفى القصد الجنائى فى جريمة التزوير لما تقدم بيانه ، تكون التهمة على غير أساس ويتعين براءة المتهمين منها . . . نقض ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ بمجموعة خمس جنائى ج ٦ رقم ١٨١ ص ٢٣٧ .

(٢) ولقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن فى إجازة إبطال العقد لغلط فى القانون خروج على قاعدة افتراض العلم بالقانون . ومن هؤلاء الفقهاء محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدى طبعة سنة ١٩٥٤ فقرة ٢٦ عكس ذلك : حسن كبرة ، المرجع السابق فقرة ١٧٥ .

نخلص من هذا إلى القول بأن الاستثناء الحقيقي الذي يرد على المبدأ القائل بأن الجهل بالقانون ليس بعذر هو استحالة العلم بالقانون لقوة قاهرة كحرب أو فيضان، وأما عن هذين الاستثنائين اللذين قيل بهما، فليسا من قبيل الاستثناءات الحقيقية على المبدأ كما بينا الآن.

المبحث الثاني

السلطة التي تقوم بتطبيق القانون

السلطة القضائية هي التي تقوم بتطبيق القانون. ونظراً لخطورة هذا العمل فقد نصت المادة ١٦٥ من دستور جمهورية مصر العربية على أن «السلطة القضائية مستقلة، وتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون، فالسلطة القضائية مستقلة عن باقي السلطات الأخرى، ولا يجوز لسلطة أخرى أن تتدخل فيما هو معقود للسلطة القضائية من اختصاص. والقضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، وهم غير قابلين للعزل (المادة ١٦٨ من الدستور) وإشاعة الشقة بين جمهور المتنازعين أوجب الدستور أيضاً أن تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام أو الآداب (المادة ١٦٩ من الدستور) فالأصل إذن هو العلانية والاستثناء هو سرية الجلسات».

ولقد عرفت مصر في فترة أليمة من تاريخها الحديث ما سمي بالمحاكم المختلطة، أحد الآثار المترتبة على الامتيازات الأجنبية، فكان هناك قضاء أهلي وقضاء مختلط. وكان القضاء المختلط يختص بنظر المنازعات التي يكون أحد أطرافها أجنبياً، ثم توحدت بعد ذلك جهات القضاء سنة ١٩٤٩ عندما ألغيت

المحاكم المختلطة . وفى سنة ١٩٥٥ أُلغيت أيضا المحاكم الشرعية والمجالس المالية التى كانت تختص بنظر المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين .

ويوجد فى الوقت الحاضر فى مصر جهتان رئيسيتان للقضاء : جهة القضاء العادى، وجهة القضاء الإدارى، هذا فضلا عن المحكمة العليا التى أنشأها المشرع بالقانون الصادر سنة ١٩٦٩ .

أولا - - القضاء العادى :

تختص المحاكم العادية بالفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الأفراد . وهذه المحاكم هى صاحبة الولاية العامة فهى المختصة بنظر كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص . وتنقسم المحاكم العادية إلى :

١ - المحاكم المدنية :

تتنوع درجات هذه المحاكم، وفى القاعدة توجد المحاكم الجزئية، ثم تليها المحاكم الابتدائية، ثم محاكم الاستئناف، وفى قمة هذا التدرج توجد محكمة النقض .

(أ) المحاكم الجزئية : فهى تختص بالحكم ابتدائياً فى الدعاوى المدنية والتجارية التى لا تتجاوز قيمتها عشرة آلاف جنيه ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة آلاف جنيه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما للمحكمة الابتدائية من اختصاص شامل فى الإفلاس والصلح الواقى وغير ذلك مما ينص عليه القانون (المادة ٤٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية) .

وتنص أيضاً المادة ٤٣ من قانون المرافعات على أنه: تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائياً مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائياً إذا لم تتجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه فيما يلي:

١- الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والمصارف.

٢- دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمباني والأراضي والمنشآت الضارة إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع.

٣- دعاوى قسمة المال الشائع. فللمحكمة الجزئية إذن بحسب الأصل اختصاص ابتدائي وآخر انتهائي، فإذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز عشرة آلاف جنيه اختصت المحكمة الجزئية ابتداءً بنظرها. وإذا لم تتجاوز قيمة الدعوى خمسة آلاف جنيه اختصت المحكمة الجزئية انتهائياً بنظرها. وهنا يعني أنه لا يجوز بعد ذلك الطعن فيما تصدره المحكمة من حكم، وأما إذا كان الأمر متعلقاً بدعوى قسمة المال الشائع فإن المحكمة الجزئية تختص بنظر الدعوى بالغة ما بلغت قيمتها، ويكون اختصاصها نهائياً إذا لم تتجاوز قيمة الدعوى خمسمائة جنيه.

ولم يرق القانون بتحديد المحاكم الجزئية كما فعل بالنسبة إلى المحاكم الأخرى. ومع ذلك فإن هذه المحاكم تنشأ في عاصمة كل مركز أو قسم وتنعقد برئاسة قاضي فرد، ويكون انشاؤها وتعيين مقرها وتحديد دوائر اختصاصها بقرار من وزير العدل.

(مب) المحاكم الابتدائية: فإنها تنشأ في كل عاصمة من عواصم

المحافظات وتختص هذه المحاكم بالحكم ابتدائياً فى جميع الدعاوى المدنية والتجارية التى ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها انتهايياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة آلاف جنيه. وتختص هذه المحاكم بالحكم فى قضايا الاستئناف التى يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من محكمة المواد الجزئية أو من قاضى الأمور المستعجلة (المادة ٤٧ من قانون المرافعات) فلهذه المحاكم اختصاص انتهايى ويكون إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة آلاف جنيه ولها اختصاص ابتدائى فيما عدا ذلك. ويراعى أن هذه المحاكم تشكل من ثلاثة قضاة، ويكون أحدهم وهو الرئيس بدرجة مستشار.

(جـ) المحاكم الاستئنافية: فإنها توجد فى ست من عواصم محافظات جمهورية مصر فقط: القاهرة، الاسكندرية، طنطا، المنصورة، بنى سويف، أسيوط وتشكل كل من هذه المحاكم من ثلاثة مستشارين.

وتختص محكمة الاستئناف بالحكم فى قضايا الاستئناف التى يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم الابتدائية. وفى قمة هذا التدرج القضائى توجد محكمة النقض. ولا تعتبر هذه المحكمة درجة ثالثة من درجات التقاضى. فليس لمحكمة النقض بحسب الأصل التعقيب على ما ذهب إليه قاضى الموضوع إلا خطأ فى تطبيق القانون أو تفسيره. وهى ليست بمحكمة واقع ولكنها محكمة قانون. وتقوم هذه المحكمة بمهمة توحيد تفسير القانون داخل الدولة الواحدة. وإذا ما طعن أمامها فى حكم ورأت المحكمة قبول الطعن وجب عليها إعادة الموضوع من جديد إلى محكمة الموضوع للفصل فيه، اللهم إلا إذا

كان الطعن بالنقض للمرة الثانية أو كانت الدعوى صالحة للحكم فيها . ويكون الأمر كذلك إذا كان يترتب على تنفيذ الحكم نتائج يتعذر تداركها . ونظراً لعدم اعتبار محكمة النقض درجة من درجات التقاضى فإنه لا يترتب على الطعن بالنقض بحسب الأصل وقف تنفيذ الحكم إلا إذا وجدت المحكمة لذلك مبرراً وطلب منها ذلك فإنها تأمر بوقف التنفيذ (المادة ٢٥١ من قانون المرافعات) .

٢- المحاكم الجنائية:

تتنوع أيضاً هذه المحاكم، وتنقسم إلى محكمة جنح، ومحكمة الجنح المستأنفة، ومحكمة الجنايات:

(أ) محكمة الجنح: هي إحدى دوائر المحكمة الجزئية، وعلى ذلك فإنها توجد فى كل مركز أو قسم . وتتكون من قاضى فرد . وتختص بنظر الجنح والمخالفات .

(ب) محكمة الجنح المستأنفة: وتشكل من ثلاثة من قضاة المحكمة الابتدائية ومقرها عواصم المحافظات وتختص بالنظر فى الطعون المرفوعة إليها عن الأحكام الصادرة من محاكم الجنح التابعة لها .

(ج) محكمة الجنايات: وتشكل من ثلاثة مستشارين وتوجد فى العواصم التى بها محاكم الاستئناف كدائرة من دوائرها . وتختص هذه المحكمة بالنظر فى الجنايات التى تقع فى دائرتها كما تختص بالنظر فى الجنح التى ينص القانون صراحة على اختصاصها بالفصل فيها . ولا تقبل الأحكام التى تصدر من هذه المحاكم الطعن فيها بطريق الاستئناف ولكنها تقبل الطعن فقط بطريق

النقض، ولا يترتب على الطعن بالنقض وقت تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت بذلك محكمة النقض.

ثانياً - المحاكم الإدارية:

المحاكم الإدارية ويضمها مجلس الدولة في مصر. ويتفرع مجلس الدولة في مصر إلى قسمين أساسيين لكل منهما اختصاص مغاير عن الآخر. القسم الأول وهو المختص بالفتوى والتشريع، والقسم الثاني هو المختص بنظر المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها. وأما عن القسم الأول وهو المختص كما بينا بالفتوى والتشريع فإنه يعطى المشورة لجهات الإدارة فيما تطلبه منه، وأحياناً يوجب القانون على جهة الرقابة قبل الإقدام على عمل معين أن تحصل على رأى مجلس الدولة. وإن كان رأى هذا المجلس استشارياً إلا أن الإدارة كثيراً ما تلتزم به ولا تخالفه. ومن جهة أخرى فإن هذا القسم يقوم أيضاً بصياغة مشروعات القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات التي تمحال إلى المجلس. وأما عن القسم الثاني وهو القسم القضائي، فيقوم بالنظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها والتي تظهر فيها الإدارة باعتبارها سلطة صاحبة سيادة، ويقوم بهذا العمل قضاة متخصصون على علم بأن هذه المنازعات لها طابعها الخاص الذي يختلف فيه عن المنازعات التي تنشأ بين أفراد الناس. ويتكون القسم القضائي في مجلس الدولة من عدة طبقات على رأسها المحكمة الإدارية العليا، وتدرج هذه الطبقات على النحو التالي:

١- المحاكم الإدارية:

وتختص هذه المحاكم بالنظر في طعون الموظفين بالنسبة لكل من المستويين

الثانى والثالث . ويشمل اختصاص هذه المحاكم النظر فى الطعون التى ترفع ضد القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين فى الوظائف العامة أو الترقية أو منح علاوات . كما تختص أيضاً هذه المحاكم بالنظر فى الطعون المتعلقة بالاحالة إلى الاستبعاد والمعاش . والفصل بغير الطريق التأديبى . وقد نص القانون على أن يكون لكل وزارة أو مصلحة أو أكثر محكمة إدارية أو أكثر . وتشكل هذه المحاكم من ثلاثة من أعضاء مجلس الدولة اثنين منها بدرجة نائب والآخر وهو الرئيس بدرجة مستشار . ولا توجد هذه المحاكم سوى بالقاهرة والاسكندرية .

٢- محكمة القضاء الإدارى :

ولا توجد هذه المحكمة سوى بالقاهرة . وتختص هذه المحكمة بالنظر فى كل ما يتعلق بالموظفين عدا ما يكون من اختصاص المحاكم الإدارية وتشكل هذه المحكمة من ثلاثة مستشارين . ويرأس هذه المحكمة نائب رئيس مجلس الدولة . كما تختص هذه المحكمة أيضاً بالنظر فى طلبات التعويض عن القرارات الإدارية سواء رفع طلب التعويض بصفة أصلية أو تبعية .

٣- المحكمة الإدارية العليا :

وهى فى قمة تدرج القضاء الإدارى ، وهى تتشابه فى هذا الصدد مع محكمة النقض فى القضاء المدنى . ولا توجد سوى محكمة واحدة مقرها القاهرة وتصدر أحكامها من دوائر تتكون من خمسة مستشارين ويرأسها رئيس مجلس الدولة . وإذا كانت هذه المحكمة تتشابه مع محكمة النقض فى القضاء المدنى فى أن كل منهما تقف فى قمة التدرج القضائى ، إلا أنهما يختلفان بعد ذلك فى شئ آخر . فمحكمة النقض كما سبق لنا أن بينا ليست سوى محكمة قانون

وهى ليست بمحكمة واقع، وأما المحكمة الإدارية العليا فإن اختصاصها لا يقف عند حد مراقبة حسن تطبيق القانون وتفسيره . بل تتعدى ذلك فبالى فحص موضوع الدعوى ووقائعها . وتختص هذه المحكمة بالنظر فى الطعون المرفوعة إليها ضد أحكام المحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية إذا شاب قضاها خطأ فى فهم القانون أو فى تأويله أو تفسيره أو بطلان فى الإجراءات أو فى الحكم أو إذا صدر الحكم خلافا لحكم سابق حائز لقوة الشئ المحكوم فيه .

ثالثا . - المحكمة الدستورية العليا :

سبق لنا القول بأن المشرع قد رأى فى فتارة من فترات تاريخ مصر القضائى أن يتدخل لينشئ محكمة تكون مهمتها الأساسية هى رقابة دستورية القانون . فإذا خالف تشريع عادى قاعدة من قواعد الدستور اعتبر هذا التشريع غير دستورى وتقوم بهذه المهمة المحكمة العليا التى أنشئت بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ الصادر فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩ وأخيراً القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، ولهذه المحكمة عدة اختصاصات نجلها فيما يلى :

١- الفصل فى دستورية القوانين إذا دفع بعدم الدستورية أمام أية جهة من جهات القضاء .

٢- تفسير النصوص القانونية الغامضة التى تستدعى ذلك بسبب أهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القضائى .

٣- الفصل فى مسائل تنازع الاختصاص ، والتى كانت تتولاها قبل ذلك محكمة التنازع التى أنشئت فى مصر بمقتضى قانون السلطة القضائية ، وتؤلف

المحكمة العليا من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس وعدد كاف من المستشارين وتصدر أحكامها من سبعة مستشارين . ويصدر بتعيين الرئيس والنواب والمستشارين قرار من رئيس الجمهورية (١) .

كيفية الطعن على نص يهدم الدستورية:

تنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أنه « تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه الآتي:

(أ) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

(ب) إذا دفع أحد الخصوص أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو

(١) وبإنشاء المحكمة الدستورية العليا فقدت كل المحاكم حقها في رقابة دستورية القوانين وأصبح الاختصاص به مقتصرا فقط للمحكمة الدستورية العليا ، وإن كان ذلك لا يعني أن تفقد جهات القضاء الأخرى حقها في تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية . فإذا ما دفع أمام قضاء الموضوع بعدم دستورية قانون من القوانين ، فإنه لا يأمر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا إلا إذا تبين له جدية الدفع ، وأما إذا كان واضحا أمام القاضي مطابقة القانون للدستور فلا يأمر بالإحالة حتى لا تصل في نهاية الأمر إلى اغراق المحكمة العليا بسيل من الدعاوى قد يكون الهدف منها مجرد التعطيل . رمزي الشاعر ، المرجع السابق ص ٥٢٨ وما بعدها .

الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن. ومن ثم فإنه لا بد من توافر الآتى:

(١) أن يكون هناك نزاعاً مطروحاً أمام القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي كالجنان الطعن الضريبي مثلاً.

(٢) ثم بعد ذلك يرى أحد الخصوم أو المحكمة ذاتها أو الهيئة حسب الأحوال أن أحد النصوص الواجب تطبيقها واللازمة للنصل في الدعوى المنظورة يحتمل مسألة الدستورية يستوى في ذلك أن يكون هذا النص في قانون أو لائحة.

وأما إذا كان أحد الخصوم هو الذى أثار الدفع بعدم الدستورية فإننا نكون أمام أحد فرضين:

الافتراض الأول: أن ترى المحكمة أن هذا الدفع جدى فتؤجل المحكمة الدعوى مع منح الخصم الذى دفع بعدم الدستورية أجلاً لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا لا يتجاوز ثلاثة أشهر، وإذا انقضى هذا الأجل دون رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية، فإن هذا الدفع يعتبر كأن لم يكن ولا يعتد به ويلتفت عنه.

الافتراض الثانى: وهو يكون إذا رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع

بعدم الدستورية الذى أثاره الخصم غير جدى فيستمر نظر الدعوى طبقاً للقانون دون إحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا .

خلاصة القول أنه حتى يطعن بهذا الدفع - الدفع بعدم الدستورية فإنه يجب أن يكون هناك منازعة متداولة أصلاً ومنظورة دفع فيها بعدم دستورية نص، فوجود النص المطعون عليه بعدم الدستورية يعتبر أمراً لازماً وإلا فلا يقبل الدفع بعدم الدستورية .

ولقد تضمن دستور جمهورية مصر العربية الصادر فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ نصوماً خاصة باختصاص المحكمة الدستورية العليا، ولقد سبق لنا بيان ذلك فى موضوع سابق .

المبحث الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

خطة البحث:

قلنا فيما سبق أن القانون هو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم حياة الأفراد داخل الجماعة. ويشور التساؤل حول ما إذا كان القانون واجب التطبيق على كل المقيمين في إقليم الدولة أم أنه لا يكون واجب التطبيق إلا على الوطنيين منهم، فإذا ما قلنا بأن القانون واجب التطبيق على كل المقيمين في إقليم الدولة بغض النظر عن انتمائهم إليها بجنسياتهم أو عدم انتمائهم إليها لكان في ذلك أخذا بإقليمية القانون. ولو قلنا بأن القانون لا يطبق إلا على الوطنيين دون الأجانب لكان في هذا أخذا بشخصية القانون. فما المقصود بإقليمية القانون وشخصيته، وما هي القاعدة في القانون المصرى.

أولا المقصود بإقليمية القانون وشخصيته:

١- إقليمية القانون:

يقصد بإقليمية القانون Territorialite de la loi سريان القانون على كل ما يقع داخل حدود الإقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه. ولقد كان لمبدأ إقليمية القانون صدى فيما مضى إذ كان في تطبيق قانون غير قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة أو على بعض الأشخاص الموجودين فيها اعتداء على سيادتها. فالقانون هو في النهاية أصدق تعبير عن سيادة الدولة، وما كانت الدول لتقبل مثل هذا الاعتداء على سيادتها.

ومع تقدم وسائل المواصلات في العصر الحديث، وازدياد العلاقات التي

تنشأ بين أشخاص منتمين إلى جنسيات مختلفة، ومع انتشار ظاهرة العقود الدولية النموذجية، وكثرة حالات الزواج المختلط، وإلى حد القول بأن العالم يعيش في قرية واحدة لا حدود لأحد فيها، ظهرت الحاجة إلى التخلص ولو إلى حد ما من قاعدة الإقليمية والحد منها، فكان مبدأ شخصية القانون.

٢ - شخصية القانون:

ويقصد بمبدأ شخصية القانون *Personnalité de la loi* تطبيقه على الوطنيين فقط دون الأجانب، ولهذه القاعدة وجه آخر هو امتداد القانون الوطنى ليضم تحت لوائه الوطنيين الذى يتواجدون خارج حدود الاقليم. فلو قلنا إن القانون المصرى يأخذ بمبدأ شخصية القانون لكان معنى هذا أنه لا يطبق فى مصر إلا على المصريين دون الأجانب كما أنه يكون أيضا واجب التطبيق على المصريين الموجودين خارج مصر.

ولقد تفاوت منذ أمد بعيد الأخذ بمبدأ إقليمية القانون أو شخصيته. غير أنه لا يمكن القول بأن دولة من الدول تأخذ بمبدأ الإقليمية على إطلاقه وأن دولة أخرى تأخذ بمبدأ الشخصية دون حدود. فإذا أخذت دولة من الدولة بمبدأ إقليمية القانون، فإنها تورده عليه العديد من الاستثناءات، وكذلك الأمر أيضا إذا كانت هذه الدولة تأخذ بمبدأ الشخصية^(١).

ثانيا - موقف القانون المصرى من المشكلة:

يأخذ القانون المصرى بحسب الأصل بقاعدة الإقليمية، فهو الواجب

(١) حسن كيرة، المرجع السابق فقرة ١٧٧.

التطبيق على الوقائع التي تحدث داخل الاقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه . ومع ذلك فإن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات لمجملها فيما يلي:

١- لعل أهم الاستثناءات التي ترد على قاعدة اقليمية القانون هو ما يترتب على أعمال القواعد الخاصة بتنازع القوانين عندما يكون أحد أطراف العلاقة القانونية أجنبيا، فإذا كان أحد أطراف العلاقة أجنبيا أو إذا كان فيها عنصر أجنبى، فكثيرا ما تحيل قواعد الإسناد الموجودة فى القانون المصرى، القاضى إلى قانون أجنبى وتأمره بتطبيقه . ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ١٢ من القانون المدنى من أنه سيرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين « فلو ثار نزاع بين زوجين فرنسيين حول الشروط الموضوعية لزواجهما لوجب على القاضى أن يطبق القانون الفرنسى دون القانون المصرى، وكذلك أيضا فإنه إذا ثار نزاع بين زوجين مصريين فى خارج مصر حول الشروط الموضوعية لزواجهما لكان القانون المصرى أيضا هو الواجب التطبيق (المادة ١٢ سالفه الذكر) . وقد تتعارض القواعد الخاصة بتنازع القوانين فى أكثر من دولة . وكثيرا ما يترتب على مثل هذا التعارض الإضرار بذوى الشأن أنفسهم، لذلك كثيرا ما تلجأ الدول فيما بينها إلى توحيد القواعد الخاصة بتنازع القوانين عن طريق المعاهدات .

٢- ومن هذه الاستثناءات أيضا بعض القواعد القانونية التى لا يمكن تطبيقها بطبيعتها إلا على المصريين فقط دون الأجانب، ومثالها لا يمكن تطبيقها بطبيعتها إلا على المصريين فقط دون الأجانب، ومثالها ما يقرره الدستور للأفراد من حريات وحقوق وما يلزمهم به من واجبات . فأداء الخدمة العسكرية واجب على المصريين دون الأجانب، وكذلك أيضا الحق فى الانتخاب

أو الترشيع للهيئات النيابية، فهو مقصور أيضا على الوطنيين دون الأجانب.

٣- ويستثنى أيضا من قاعدة إقليمية القانون ما ينص عليه قانون العقوبات من سريانه على بعض الجرائم التي ترتكب في خارج إقليم الدولة، فقد يرتكب بعض الأشخاص الموجودين في الخارج سواء أكانوا مصريين أم أجانب - بعض الجرائم ويقع كلها أو بعضها في مصر (المادة ١/٢ عقوبات) وقد ترتكب في الخارج جرائم يكون من شأنها المساس بأمن الدولة أو الشقة في أوراقها المالية (تزوير الأوراق المالية) أو المساس بأوراقها الرسمية. ففي كل هذه الحالات يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق. ولا شك أن في ذلك خروج على قاعدة الإقليمية التي تعتبر هي الأصل في المسائل الجنائية.

٤- وكذلك فإنه يستثنى من قاعدة الإقليمية ما يقره القانون الدولى العام من حماية قضائية لأعضاء البعثات الدبلوماسية في حدود معينة بشرط المعاملة بالمثل. ولا يخضع بالتالى هؤلاء إلى القضاء الوطنى، وتبعاً لذلك فإنهم لا يخضعون في هذه الحدود للقانون المصرى.

سؤال: تكلم في كل من قاعدتى الإقليمية القانون وشخصيته، وبأى منهما يأخذ القانون المصرى؟

يقصد بإقليمية القانون سريانه على كل ما يقع داخل حدود الإقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه، وأما عن مبدأ الشخصية فيقصد به تطبيق القانون على الوطنيين فقط دون الأجانب ويمتد تطبيق القانون فينتطبق على جميع المصريين الموجودين بالخارج. ومصر تأخذ بمبدأ الإقليمية القانون مع ورود بعض الاستثناءات على هذه القاعدة. انظر في بيان هذه الاستثناءات ص ١٤١، ١٤٢ من هذا المؤلف.

المبحث الرابع

تطبيق القانون من حيث الزمان

تمهيد - وتقسيم:

إذا وجدت القاعدة القانونية أياً كان مصدرها فإنها تظل نافذة إلى أن تنقضى بإلغائها . وليس الإلغاء قاصراً على التشريع، بل انه يرد على كافة القواعد القانونية أياً كان مصدرها . وعندما تلغى قاعدة قانونية فقد تحمل غيرها محلها، وقد تلغى القاعدة ولا يستبدل بها قاعدة أخرى، ويشير إلغاء القانون على هذا النحو المشكلة المعروفة باسم تنازع القوانين من حيث الزمان، فقد يحدث أن تكتمل عناصر مركز قانوني معين في ظل القانون القديم ثم يأتي بعد ذلك القانون الجديد ليحدد شروطاً أخرى تكون لازمة ليكتمل لهذا المركز القانوني وجوده . فهل ينطبق عليها القانون الجديد أم تظل خاضعة للقانون السابق، وهل يطبق هذا القانون الجديد إذا كانت العناصر اللازمة لتكوين المركز القانوني لم تكتمل بعد، بل اكتمل بعضها فقط أم أن القانون القديم يكون هو الواجب التطبيق؟ أثارت هذه المشكلة خلافاً حاداً بين الفقه . وسوف نبدأ أولاً ببيان المقصود بإلغاء القانون ثم نلجأ في ذلك بدراسة المشكلة الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان .

المطلب الأول

إلغاء القانون

القانون شأنه فى هذا شأن كافة الظواهر الاجتماعية الأخرى قابل للتغيير . فليست القواعد القانونية فى نهاية الأمر وأيا كان مصدرها سوى تعبير عن رغبات الجماعة واجتياجاتها . ولما كانت هذه الرغبات عرضة للتغيير والتبدل فكذلك يكون القانون . فما يصلح لمجتمع من المجتمعات من قواعد قانونية فى وقت السلم قل لا يصلح له فى وقت الحرب . وما يصلح له فى وقت الانتماش الاقتصادى قد لا يكون ملائما فى وقت الأزمات الاقتصادية وما كان يصلح للمجتمعات فى القرن التاسع عشر أصبح غير صالح لها فى القرن الواحد وعشرين . فعندما يبين للسلطة القائمة بالتشريع أن قاعدة قانونية معينة أصبحت غير ملائمة للمجتمع وجب عليها الفائها واحلال غيرها محلها . فما هى السلطة التى يكون لها الحق فى الالغاء ، وكيف يكون ؟

أولا - - السلطة التى تقوم بالإلغاء :

القاعدة فى هذا الشأن أن السلطة التى قامت بوضع القاعدة أو سلطة أعلى منها هى التى تملك الفائها . فإذا كان الأمر متعلقا بقاعدة مصدرها التشريع ، فلا يمكن الغاء هذه القاعدة إلا بتشريع آخر . وهذا هو ما نصت عليه صراحة المادة الثانية من القانون المدنى بقولها « لا يجوز الغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم . . . » فلا يمكن إذن الغاء قاعدة تشريعية إلا بقاعدة تشريعية أخرى ، وينطبق هذا الحكم سواء أكانت هذه القاعدة التشريعية أمرة أم

مفسرة . فلا يمكن تبعا لذلك إلغاء قاعدة تشريعية آمرة بقاعدة عرفية . وإذا كنا قد قلنا فيما سبق أنه يجوز للعرف مخالفة قاعدة من قواعد القانون المفسرة فإنه ليس معنى ذلك إلغاؤها . فقد تكون القاعدة العرفية قاصرة على جزء من الإقليم أو على طائفة من الأشخاص وعندئذ تطبق القاعدة التشريعية فى المناطق الأخرى أو على الأشخاص الآخرين . ثم ان العرف وهو تكرار اتباع الأفراد لسلوك معين مع اعتقادهم بأنه ملزم ، قد يكون من شأنه - ونظرا لاعتقاد الأفراد فى الزاميته - أن يوجد بين الأفراد اتفاق ضمنى على الأخذ به فإذا كان فى الأخذ به مخالفة لقاعدة من قواعد القانون المفسرة ، فإن هذا لا يعنى أكثر من أن الشروط اللازمة لتحقيق الغرض تكون غير موجودة ، وبالتالي فإن الحكم الوارد فى القاعدة القانونية المفسرة لا ينطبق ، وليس فى هذا ما يعنى مطلقا إلغاء القاعدة التشريعية المفسرة .

فلا يجوز إذن إلغاء قاعدة تشريعية إلا بتشريع آخر ، من نفس قوتها أو أعلى منها درجة وليس هذا سوى تطبيق للقاعدة المعروفة بتدرج التشريع فلا يمكن إلغاء حكم وارد فى تشريع عادى بحكم آخر منصوص عليه فى تشريع فرعى ، فى حين أن العكس جائز .

ولا يسقط التشريع أيضا أو ينتهى بعدم الاستعمال ، فإذا أهمل تشريع أو جرى العمل على عدم إعماله مدة طويلة ، فلا يعنى ذلك إلغاء هذا التشريع ولا يترتب على ذلك سوى أن ينشأ فقط « عرف سلبى » سببه عدم إعمال هذه القاعدة التشريعية مدة طويلة (١) .

(١) عهد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ٣١٨ ، ضمن كتيبة ،
المرجع السابق ، فقرة ١٨٣ ، منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق فقرة ١٧٤ .

ثانياً - كيف يمكن الإلغاء:

قد يكون الإلغاء صريحاً وقد يكون ضمنياً، ويترتب على الإلغاء بنوعيه زوال ما كان للقاعدة الملغاة من قوة، فما هو المقصود بكل من الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني للقانون؟

١- الإلغاء الصريح:

يكون الإلغاء صريحاً إذا كان الأمر متعلقاً بقاعدة تشريعية، فلا يتصور الإلغاء الصريح إلا بالنسبة لهذه القواعد. ويتحقق الإلغاء الصريح في إحدى صورتين:

(أ) الصورة الأولى: وهي تتحقق إذا نص التشريع الجديد على إلغاء التشريع السابق أو إذا نص هذا التشريع الجديد على إلغاء كل ما يخالفه من قواعد. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الخاص بإصدار القانون المدني المعمول به الآن. إذ تنص على أنه «يلغى القانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادرة في ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥ ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون» ومنها أيضاً ما تنص عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ الخاص بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي تقول «يلغى قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٧٧ سنة ١٩٤٩ عدا الباب السابع من الكتاب الأول...» كما يلغى كل نص آخر يخالف أحكامه. ففي مثل هذه الحالات يكون إلغاء صريحاً، إذ يصرح المشرع نفسه بهذا الإلغاء، وهو صريح لأنه يستدل عليه مباشرة من العبارات المستخدمة في التشريع الجديد.

(ب) الصورة الثانية: ويكون الإلغاء صريحاً أيضاً إذا كان التشريع موقوتاً بحدّة معينة، فبإنتهاؤها يزول ما لهذا التشريع من أثر، ومن التشريعات ما يكون مرتبطاً بتحقيق أمر معين، فإذا تحقق هذا الأمر زال ما لهذا التشريع من أثر، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة الثامنة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ في شأن تنظيم الجامعات في الجمهورية العربية المتحدة من أنه «إلى أن يتم تشكيل مجلس جامعة أسيوط وهيئاتها المختلفة المبينة في القانون المرافق يتولى وزير التربية اختصاص مجلس الجامعة ويتولى مدير الجامعة باقى الاختصاصات» (١).

٧- الإلغاء الضمنى:

ويكون الإلغاء الضمنى إذا لم يستدل عليه بطريق مباشر ويتحقق ذلك فى إحدى صورتين:

(أ) الصورة الأولى: وتتحقق هذه الصورة من صور الإلغاء الضمنى إذا كان التشريع الجديد يتعارض مع نص التشريع القديم، ويكون ذلك إذا كان التشريع القديم ينظم مسألة ما على نحو معين، ثم يأتى بعد ذلك التشريع الجديد لينظم نفس المسألة على نحو آخر، فهنا يكون الإلغاء ضمنياً، إذ أنه لا يتصور وجود حكمان متعارضان فى نفس الوقت لمسألة واحدة.

(١) ومثال ذلك أيضاً ما كان ينص عليه قانون أجور المساكن الصادر سنة ١٩٢١ من أن مفعوله ينتهى فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٢.
راجع سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ٩٤، حسن كبرة، المرجع السابق، فقرة ١٨١.

وحتى يتحقق الالغاء فى هذه الصورة فإنه يجب أن يكون كل من التشريع القديم والجديد على نفس المستوى . فإذا كان التشريع القديم خاصا فإنه لا يلقى إلا بتشريع خاص آخر . وإذا كان التشريع القديم عاما فإنه لا يلقى إلا بتشريع عام مثله .

وأما إذا كان التشريع عاما والجديد خاصا ، فإن التشريع الخاص هنا لا يلقى التشريع العام ولكنه يحد فقط منه ويقيده ، ومثال ذلك ما كان ينص عليه التقنين المدنى القديم من انتقال الملكية فور العقد فى المنقولات والعقارات ، ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ وقانون الشهر العقارى سنة ١٩٤٦ . فقرر أن الملكية الواردة على عقار لا تنتقل بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ، فبعد أن كان العقد كافيا لنقل الملكية سواء فى المنقولات أو العقارات فى ظل التقنين المدنى الملقى ، أصبح الآن التسجيل لازما لنقل الملكية إذا كان التصرف واردا على عقار ، وبذلك يكون قانون الشهر العقارى السابق الاشارة إليه تدأتى فى هذا الشأن بحكم خاص ، أو بمعنى آخر فإن القاعدة التى كان منصوص عليها فى ظل التقنين المدنى الملقى أصبحت الآن مقصورة فقط على المنقولات دون العقارات ، وفى هذا المعنى تقييد لهذه القاعدة فيما يتعلق بالعقارات .

وأما إذا كانت القاعدة الجديدة هى العامة والقديمة هى الخاص ، فتبقى القاعدة القديمة على ما هى عليه ، يقتصر دورها على مجرد الحد من القاعدة الجديدة العامة ، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى من أن «الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا

كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» إذ يعتبر حكم هذه المادة عاماً وشاملاً للعقار والمنقول، ويبين هذا المعنى من الألفاظ المستخدمة فيها، ومع ذلك فإن تطبيق هذه القاعدة لا يجب أن يغفل بالقواعد المتعلقة بالتسجيل. وهذه الأخيرة قواعد خاصة سابقة على العمل بالقانون المدني الجديد، فالخاص يبقى على ما هو عليه ولا يتأثر بالجديد العام^(١). ولو لم يرد في نص المادة نفسه هذه العبارة الأخيرة «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» ما تغير الوضع أبداً. ومع ذلك فقد أثر المشرع إيراد هذه العبارة منعاً لكل لبس أو شك.

(ب) الصورة الغائية: وتتحقق هذه الصورة إذا كان التشريع الجديد ينظم تنظيمًا كاملاً الموضوع الذي سبق أن نظمته تشريع قديم. وعادة ما ينص في مثل هذه الحالة على إلغاء التشريع القديم، ويكون الإلغاء هنا صريحاً. وأما إذا لم ينص صراحة على الإلغاء، وكان التشريع الجديد ينظم بصورة كاملة مسألة سبق أن نظمها تشريع قديم، فإن هذا يدل على اتجاه المشرع إلى إلغاء التشريع القديم. وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني «وأما أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيمًا كاملاً وضماً من الأوضاع أفرد له تشريع سابق ففي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق مفسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتهى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذي تلاه»^(٢). والذي يميز هذه الصورة من صور الإلغاء الضمني أنه لو كان التشريع القديم غير

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ١٧٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ١، ص ١٩٩.

متعارض في البعض من مواده مع التشريع الجديد، فإن التشريع القديم يعتبر مع ذلك ملغياً برمته بما في ذلك النصوص المتعارضة مع التشريع الجديد والغير متعارضة معه.

سؤال: ما المقصود بإلغاء القانون، وما هي صورته؟

القانون - شأنه في ذلك شأن كافة الظواهر الاجتماعية - عرضة للإلغاء والتعديل، وما يصلح لمجتمع في القرن الماضي قد لا يصلح له في القرون المقبلة، وما يصلح لجماعة ما وقت الحرب قد لا يصلح لها وقت السلم.

والقاعدة أن السلطة التي قامت بوضع القاعدة القانونية هي التي تقوم بإلغائها أو سلطة أعلى منها وهذا هو ما نصت عليه صراحة المادة ١٢ من القانون المدني. وقد يكون الإلغاء صريحاً أو ضمنياً. وأما عن الإلغاء الصريح فإنه يتحقق في صورتين: وأما عن الصورة الأولى فإنها تكون عندما ينص المشرع صراحة على الإلغاء، وأما عن الصورة الثانية فإنها تتحقق إذا كان التشريع موقوتاً بمدة معينة فبإنتهاؤها يزول ما لهذا التشريع من أثر؛ ومن التشريعات ما يكون مرتبطاً بواقعة معينة، فإذا زالت هذه الواقعة زال أيضاً ما للقانون من أثر.

وأما عن الإلغاء الضمني فإنه يتحقق أيضاً في صورتين: الأولى منهما تتحقق عندما ينظم المشرع مسألة سبق أن نظمها من قبل على نحو مغاير للأول، وأما عن الصورة الثانية فإنها تتحقق عندما يعيد المشرع تنظيم مسألة سبق أن نظمها من قبل، وبغير من بعض النصوص ويترك الأخرى، فإن ذلك يعتبر إلغاءً ضمناً.

المطلب الثاني

تنازع القوانين من حيث الزمان

خطة البحث:

قلنا فيما سبق أنه إذا إلتقى تشريع قديم فإن غيره قد يحل محله . وهنا تثار المشكلة الخاصة ببيان الحد الفاصل بين كل من القوانين . فغالبا ما توجد بعض المراكز القانونية الحديثة التي يصعب معرفة إلى أى من التشريعين - القديم أو الجديد - يجب إخضاعها . لم يترك الفقه هذه المسألة الهامة دون النظر لها فكان أن ظهرت فى هذا الشأن العديد من النظريات ، كما عنى بها أيضا المشرع فوضع بالنسبة للبعض منها الحلول المناسبة . وتبعاً لذلك سوف نبدأ بدراسة الحلول والنظريات الفقهية التى قيل بها فى هذا الشأن ثم نلى ذلك بدراسة الحلول التشريعية .

أولاً : النظريات الفقهية التى قيل بها فى هذا الخصوص :

عرض المشكلة : كثيراً ما يترتب على إلغاء تشريع وإحلال غيره محله سواء كان هذا الإلغاء صريحاً أو ضمناً صعوبة فى معرفة القانون الواجب التطبيق على بعض المراكز القانونية التى بدأت فى التكوين فى ظل التشريع القديم ولم تكتمل لها كل مقوماتها ثم يصدر بعد ذلك التشريع الجديد معدلاً من الشروط اللازمة كي يكتمل لهذا المركز القانونى كافة عناصره ، فقد يذهب البعض إلى القول بتطبيق القانون القديم لأن بعض عناصر هذا المركز القانونى نشأت وبدأت فى ظله وقد يرى البعض الآخر أن القانون الجديد هو الواجب

التطبيق إذ أن هذا المركز القانوني لم تكتمل له مقوماته إلا في ظل القانون الجديد . ولإيضاح ما نقول نذكر بعض الأمثلة .

١- من القواعد المقررة في القانون المدني أن من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به كان له أن يكتسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة (المادة ٩٦٨ مدني) فالملكية وسائر الحقوق العينية الأخرى تكتسب بالتقادم أو بما يسمى بوضع اليد المدة الطويلة . والمدة اللازمة لاكتساب الحق بالتقادم هي خمس عشرة سنة^(١) . فلو فرض أن وضع (أ) يده على عقار غير مملوك له مدة إحدى عشر سنة في ظل القانون الحالي، ثم صدر بعد ذلك قانون آخر معدل للقانون الحالي، وجعل المدة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم عشرين سنة لا خمس عشرة . فهل يجب على (أ) في هذا الفرض أن يظل واضعا يده على هذا العقار مدة عشرين سنة أم يكفي بالنسبة له أن يضع يده على العقار مدة خمس عشرة سنة مادام أنه كان قد بدأ في وضع يده على هذا العقار في ظل التشريع الذي يحدد المدة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم بخمس عشرة سنة ؟

٢- من القواعد المقررة أيضا في القانون المدني أن الحقوق تتقادم بمضي المدة . فلو فرض أن أقرض (أ) - (ب) مبلغا من المال فالأصل أنه يجب على

(١) وليس الأمر كذلك في القانون الفرنسي إذ أن القاعدة العامة هناك أن المدة اللازمة لاكتساب المدة هي ثلاثين سنة La prescription trentenaire .

(أ) مطالبة (ب) بما له من حق قبله فى مدة أقصاها خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاق هذا الدين، وإلا تعرض (أ) للدفع بالتقادم الذى قد يبيده (ب). فلو صدر قانون جديد مغيراً لمدة التقادم المسقط وجعلها عشرين سنة بدلاً من خمس عشرة، فهل يتقادم حق (أ) قبل (ب) بمضى هذه المدة الجديدة أم أن هذا الحق يتقادم بمضى المدة التى كان منصوصاً عليها فى القانون القديم إذ أن مدة تقادم هذا الحق كانت قد بدأت فى ظل القانون القديم؟

١- النظرية التقليدية

(التفرقة بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل)

وتقوم هذه النظرية أساساً على التفرقة بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل، فإذا كان من شأن تطبيق القانون الجديد على العلاقة القانونية المروضة المساس بحق مكتسب، فإن هذا التطبيق يمتنع إعمالاً للقاعدة التى تقضى بعدم وجود أثر رجعى للقانون. ويكون من شأن القانون الجديد الأضرار بالحقوق المكتسبة إذا كانت العلاقة القانونية قد نشأت ورتبت آثارها فى ظل القانون القديم، فلا يمكن أن يطبق بعد ذلك على مثل هذه العلاقة التشريع الجديد. وأما إذا لم تكن كافية عناصر هذا المركز القانونى قد اكتملت بعد فى ظل القانون القديم ثم صدر بعد ذلك قانون جديد يحدد شروط أخرى لازمة لكى يكتمل لهذا المركز القانونى كافة عناصره ومقوماته، فلا يترتب على تطبيق القانون الجديد فى هذا الفرض إضرار بالحقوق المكتسبة، وبالتالي فإن تطبيقه جائز^(١)

(١) عهد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق فقرة ١٩١، سليمان مرقص، المرجع السابق فقرة ١٠١، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق فقرة ١٣٣.

وإذا كان أنصار المدرسة التقليدية قد اتفقوا فيما بينهم على اعتبار التفرقة بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل معياراً لتطبيق كل من القانونين: القديم والجديد، إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك فى تحديد المقصود بكل من الحق المكتسب ومجرد الأمل، فذهب البعض منهم إلى القول بأن الحق المكتسب هو الذى لا يجوز انتزاعه من صاحبه دون رضاه، فى حين ذهب البعض الآخر إلى تعريف الحق المكتسب بأنه الذى يجوز لصاحبه المطالبة به قضاءً، وأما مجرد الأمل فالمطالبة القضائية به غير ممكنة إذ إنه حق لم يكتسب بعد.

ولإيضاح التفرقة بين كل من الحق المكتسب ومجرد الزمل نسوق بعض الأمثلة:

(أ) من القواعد المقررة فى القانون المدنى المصرى أن الملكية وسائر الحقوق العينية تكتسب بالتقادم. فإذا حاز (أ) قطعة أرض زراعية مملوكة لـ (ب) مدة خمس عشرة سنة، فإنه يكتسب ملكيتها بوضع اليد المدة الطويلة. فإذا صدر بعد ذلك تشريع آخر يجعل المدة اللازمة لاكتساب الملكية بوضع اليد عشرين سنة، فلا يمس هذا القانون الجديد ما نشأ وتكون لـ (أ) من حق فى ظل القانون القديم لأن ذلك يكون من شأنه المساس بما تكون لـ (أ) من حق مكتسب. وأما إذا لم يكن مضى على حيازة (أ) مدة الخمس عشرة سنة، ثم صدر هذا القانون الجديد الذى جعل المدة اللازمة لاكتساب الحق عشرين سنة، فوقت أن صدر هذا القانون لم يكن قد تكون لـ (أ) سوى مجرد أمل أو أمنية فى أن يصبح مالكا إذا ما اكتملت له المدة اللازمة لذلك، وبالتالي فإنه يمكن إخضاع هذه العلاقة إلى القانون الجديد.

(ب) القاعدة المقررة فى الموارىث هى أيلولة أموال المتوفى إلى ورثته عند وفاته. ففى أثناء حياة المورث لا يكون لهؤلاء الورثة سوى مجرد أمل فى الإرث، وأما إذا توفى مورثهم فإن هذا الأمل يتحول إلى حق مكتسب، وعلى ذلك إذا صدر قانون يعدل من أنصبة الإرث بعد وفاة المورث وقبل تقسيم التركة، فإن هذا القانون لا يطبق على تركة المورث لأن فى تطبيقه مساس بما للورثة من حق مكتسب، وأما إذا صدر هذا القانون قبل وفاة المورث ولو بقليل فإنه يكون واجب التطبيق، فهو لا يمس بحق من الحقوق المكتسبة، ولكنه يمس فقط بما كان للورثة من أمل.

(ج) الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، ويمتثلها يتبرع شخص يسمى الموصى لشخص آخر يسمى الموصى له بمال من أمواله، ومن القواعد المقررة فى الوصية أنها لا تنفذ فى حق الورثة إلا فى حدود الثلث، وأما ما يزيد عن ذلك فلا ينفذ فى حقهم إلا إذا أقروه، فلو كان القانون المعمول به وقت إنشاء الوصية يجيزها دون توقف على اقرار الورثة فى حدود نصف تركة الموصى، ثم صدر أثناء حياة الموصى قانون لا يجعل الوصية نافذة فى حق الورثة إلا فى حدود الثلث فقط. فالذى لا شك فيه أن القانون الجديد يكون هو الواجب التطبيق، إذ أن الموصى له لم يكن له وقت صدور هذا القانون سوى مجرد الأمل. وأما إذا كان القانون الجديد قد صدر بعد وفاة الموصى، فيكون القانون القديم هو الواجب التطبيق، إذا لم يكن للموصى له وقت صدور هذا القانون مجرد أمل بل حق مكتسب.

الاستثناءات التي أوردها أنصار المدرسة التقليدية عليها:

يذهب أنصار المدرسة التقليدية كما قلنا الآن إلى التفرقة بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل، ويكون للقانون أثر رجعي إذا كان من شأن تطبيقه المساس بالحقوق المكتسبة، وأما إذا لم يكن من شأنه سوء المساس بمجرد الأمل فإنه يكون ممكن التطبيق، ومع ذلك فهناك من الحالات ما ينطبق عليها القانون الجديد ولو كان في ذلك مساس بالحقوق المكتسبة، ويمكن إجمال هذه الحالات أو الاستثناءات فيما يلي:

١- النص الصريح: الأصل وفقاً لما يذهب إليه أنصار المدرسة التقليدية أنه لا يجب أن يكون للقانون أثر رجعي إذا كان ذلك من شأنه المساس بحق من الحقوق المكتسبة، ومع ذلك فإنه يجوز للمشرع الخروج على هذه القاعدة، وأن يجعل للقانون الجديد أثر رجعي ولو كان ذلك من شأنه المساس بحق من الحقوق المكتسبة.

ولما كان الأصل هو عدم رجعية القانون، والاستثناء هو جواز ذلك بنص خاص، فيجب أن يكون الأثر الرجعي للقوانين مرهوناً بتحقيق مصلحة عامة، ونظراً لذلك فقد قرر دستورنا ضرورة موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب حتى يمكن أن يكون للقانون أثراً رجعياً^(١).

٢- القوانين العنصرية: قد يكون القانون القديم غامضاً، فيأتي

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق فقرة ١٣٤.

القانون الجديد مفسراً له، والقاعدة أن لهذه القوانين التفسيرية أثراً رجعياً، فهي تطبق على ما حدث قبل صدورهما وكان خاضعاً للقانون القديم، وذلك لأن القانون الجديد يعتبر في هذه الحالة جزءاً من القانون السابق، وباعتباره كذلك فإنه يكون له أثراً رجعياً ولو كان ذلك من شأنه المساس بحق من الحقوق المكتسبة.

- ٣- القوانين الجنائية الأصلح للمتهم: إذا حدث أثناء المحاكمة أو تنفيذ العقوبة أن صدر قانون يحوّل الجريمة كلية أو يخفف من العقوبة، فإن هذا القانون يطبق بأثر رجعي ولو كان فيه مساس بحق مكتسب لأنه أصلح للمتهم.
- ٤- القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب: لا يمكن أبداً - وفقاً لما يذهب إليه أنصار المدرسة التقليدية أنفسهم - أن يترتب على الأخذ بقاعدة عدم رجعية القانون مخالفة قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب العامة، فلو فرض أن كانت سن الرشد في القانون الحالي ١٨ سنة، ثم جاء بعد ذلك قانون جديد جعلها ٢١ سنة، فهل يعود من بلغ سنه ١٨ سنة ولم يصل إلى إحدى وعشرين سنة قاصراً من جديد أم أنه يظل كامل الأهلية لما في الأخذ بغير ذلك من إضرار بحق من حقوقه المكتسبة، القاعدة في هذا الخصوص هي وجوب تطبيق القانون الجديد لما في الأخذ بغير ذلك من مخالفة لقاعدة تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام.

ومن ذلك أيضاً القواعد المتعلقة بتنظيم الطلاق، فلو فرض أن صدر قانون جديد لا يجيز الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، بل اشترط لذلك - على

سبيل المثال - صدور حكم من المحكمة، فلا شك أن هذا القانون يكون هو الواجب التطبيق على الزيجات التي تمت في ظل القانون القديم ولا تزال قائمة في الوقت الذي صدر فيه هذا القانون.

ويذهب بعض الفقهاء إلى التضييق من فكرة النظام العام في هذا الصدد، ويقولون أنه ليس المقصود بالنظام العام مجموعة القواعد اللازمة لحفظ السلام والأمن الاجتماعى، بل المقصود به في هذا الصدد مجموعة القوانين ذات الأهمية القصوى والتي لا يتصور مع وجودها قيام وضع قانونى مخالف. والعلة في التفرقة بين قواعد النظام العام وفقا لمفهومها العادى، وبين قواعد النظام العام في هذا الشأن يرجع إلى أن المقصود بها في الحالة الأولى تغليب إرادة الأفراد، في حين أن المقصود بها فيما نحن بشأنه تغليب إرادة المشرع الحالية على إرادته السابقة.

٢- النظرية الحديثة

(التفرقة بين الأثر الرجعى للقانون والأثر المباشر له)

تمرضت النظرية التقليدية للنقد الشديد. وظهر في الأفق نظرية أخرى اصطلح على تسميتها بالنظرية الحديثة، ولم يفرق أصحاب هذه المدرسة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل. ولكنهم يقولون أن حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان على فكرتين أو مبدأين: مبدأ عدم رجعية القانون الجديد ومبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد.

أولاً - - عدم رجعية القانون الجديد:

الأصل أنه ليس للقانون الجديد أثر رجعى، لما يترتب على الأخذ بغير ذلك من إضرار بحقوق الأفراد التى تكونت فى ظل القانون القديم. فالقول برجعية القانون الجديد فيه بلا شك إضرار وإخلال بالثقة الواجب توافرها فى المعاملات. ولقد حرصت الكثير من الدول على النص فى قوانينها الأساسية على عدم رجعية القانون. وإذا كان من الممكن الخروج على هذا الأصل فى المواد المدنية، إلا أن الخروج عليه غير ممكن فى المواد الجنائية. ولقد جاء هذا الحكم فى المادة ٦٦ من الدستور المصرى إذ تنص هذه المادة صراحة على أن «العقوبة شخصية. ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى، ولا عقاب على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون» فلا يجوز مطلقاً لأى نص من نصوص التشريع العادى الخروج على القاعدة التى تقضى بعدم رجعية القانون الجنائى، وإلا كان غير دستورى.

الأصل إذن ألا يكون للقانون الجديد أثر رجعى وأن يكون له أثر مباشر - غير أنه يصعب فى الكثير من الحالات لتحديد الوقت الذى يمكن فيه القول بأنه لو طبق القانون الجديد على وقائع معينة كان فى هذا تطبيق للقانون بأثر رجعى. أو بمعنى آخر، كثيراً ما تصعب التفرقة بين ما يمكن أن يكون تطبيقاً مباشراً للقانون وما يمكن أن يكون تطبيقاً رجعياً له، فالخبط الرفيع الذى يفصل بين الاثنين كثيراً ما يكون غير منضبط.

فالمراكز القانونية لا تنشأ وتنتج كافة آثارها فى لحظة واحدة، بل أنها كثيراً ما تستغرق وقتاً طويلاً. فإذا صدر قانون خلال هذا الوقت فإنه يكون

رجعياً إذا سرى على ما تم فى الماضى . وأما إذا لم يسرى إلا على المستقبل فقط فإنه يكون ذو أثر مباشر . ولبیان هذا يفرق الفقه بين القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية وبين القواعد المتعلقة بآثارها .

الاستثناءات التى أوردتها أنصار المدرسة الحديثة عليها:

أورد أنصار المدرسة الحديثة عليها البعض من الاستثناءات . ومن هذه الاستثناءات ما يرد على المبدأ الخاص بعدم رجعية القانون ، ومنها ما يرد على التطبيق المباشر له . ويمكن اجمال هذه الاستثناءات جميعاً فيما يلى :

(أ) النص الصريح : وفى هذه الاستثناءات يتفق أنصار المدرسة الحديثة وأنصار المدرسة التقليدية فإذا كان الأصل فى القوانين عموماً هو عدم الرجعية ، إلا أن المشرع يجوز له أن يخرج على هذا الأصل فيما عدا المواد الجنائية . وفى هذه الحالة - حالة النص الصريح - يكون للقانون أثر رجعى .

(ب) القوانين التفسيرية : للقوانين التفسيرية أيضاً هذا الأثر الرجعى . وفى هذا يتفق أنصار المدرستين . ولقد لاحظ البعض بحق أن القوانين التفسيرية لا تعتبر استثناء من قاعدة عدم الرجعية . فالأصل أن هذه القوانين متممة للقوانين التى تفسرها . وعلى ذلك فإنها تكون واجبة التطبيق على الوقائع التى شملتها هذه القوانين الأخيرة دون أن يكون فى ذلك خروجاً على قاعدة عدم الرجعية .

(ج) القانون الجنائى الأصحح للمتهم : فإذا صدر أثناء محاكمة المتهم قانون أصحح له فإن هذا القانون هو الواجب التطبيق . وفيه أيضاً استثناء

من قاعدة عدم الرجعية يبرره الرغبة فى التخفيف عن المتهم شريطة أن يكون هذا القانون الجديد - إذا كان مخففاً للعقوبة الجديدة - قد أعفى كلية من العقاب - كأن يصبح الفعل مباحاً - فإنه يكون من الواجب التطبيق حتى ولو كان القانون الجديد قد صدر بعد أن أصبح الحكم نهائياً.

(د) القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب: ولا يرى أنصار المدرسة الحديثة فى هذه القوانين خروج على قاعدة عدم الرجعية، بل إن الأمر يتعلق فقط بتطبيق القانون تطبيقاً مباشراً. ومثل ذلك القوانين الخاصة بالأهلية.

قلنا الآن أن الأصل هو انطباق القانون بأثر مباشر، ومع ذلك فإن القانون القديم يظل مستمراً. وينطبق على بعض الحالات. فما هى هذه الحالات؟

ينطبق القانون الجديد كما نقول الآن بأثر مباشر. ومع ذلك فإن هذا المبدأ يرد عليه استثناء خاص بالعقود، فالمراكز القانونية الجارية - وهى التى تم تكوينها فى ظل القانون القديم مع استمرارها فى إنتاج آثارها كلها أو البعض منها فى ظل التشريع الجديد - تخضع لما كان يقرره القانون القديم من أحكام. وفى ذلك بلا شك خروج على قاعدة الأثر الفورى للقانون.

ويذهب أنصار المدرسة الحديثة فى تبرير لهذا الاستثناء إلى القول بأن العلة فى تطبيق القانون الجديد بأثر فورى تكمن فيما يحققه تطبيق القانون الجديد بأثر فورى من وحدة للقانون داخل الدولة، فلا تخضع بعض العلاقات القانونية للقانون القديم والبعض الآخر للقانون الجديد. وأما بالنسبة للمراكز القانونية المعقدة فالأصل فيها هو الاختلاف نظراً لما ما للأفراد من سلطان فى

انشائها وبيان شروطها . وعلى ذلك إن العلة فى تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر تكون منتفية .

ومع ذلك، فالاستثناء السابق ليس مطلقا، ولكنه يتحدد بقدر تفاوت أو عدم تفاوت المراكز التعاقدية، فإذا كان القانون هو الذى يحدد هذه المراكز التعاقدية، فإن القانون الجديد ينطبق بأثر مباشر . ومثال ذلك الآثار القانونية التى تترتب على عقد الزواج، فمع أن العلاقة بين الزوجين فى نشأتها تعاقدية، إلا أن القانون هو الذى يتولى تحديد الآثار التى تترتب على هذه الرابطة التعاقدية، فإذا صدر قانون يمنع تعدد الزوجات إلا بشروط خاصة أو بمقتضى إذن من القاضى، فإن هذا القانون يسرى على كافة العقود التى تبرم بعد صدوره ويسرى أيضاً على العقود السابقة عليه، فلا يستطيع الزوج أن يستعمل ما له من حق فى التعدد إلا وفقاً للشروط المنصوص عليها فى القانون الجديد . وعلى ذلك فقد قيل بأن أعمال الآثار المباشر للقانون الجديد أو استمرار العمل بالقانون القديم يكون مرهوناً بوجود أو عدم وجود نظام قانونى^(١) . فالزواج وإن كان فى نشأته عقدياً إلا أنه يترتب عليه بعد ذلك خضوع الأفراد بإرادتهم إلى النظام القانونى للزواج . فإذا صدر قانون جديد معدّل للقانون السابق - فى هذا الفرض الأخير - فإن القانون الجديد يكون هو الواجب التطبيق .

ولقد قال بهذا المعيار فى فرنسا الأستاذ Raulier .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بتطبيق القانون الجديد بأثر مباشر

(١) فى عرض المسألة، حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٣٥٦ .

إذا كان هذا القانون متعلقاً بالنظام العام - ولقد اختلف الفقه - كما اختلف فيما سبق - فى تحديد المقصود بالقوانين المتعلقة بالنظام العام، وهى التى تكون واجبة التطبيق بأثر مباشر. فمن الفقهاء من ذهب إلى أن المقصود بها القواعد ذات الأهمية البالغة والخطورة القصوى، والتى يكون فى استمرار تطبيق القوانين القديمة المخالفة لها تقويضاً لما أراده المشرع وخطراً يهدد الجماعة ذاتها (١).

بيد أن التفرقة بين القوانين التى يترتب على مخالفتها إلحاق أذى جسيم بالجماعة وتهديد سلامتها وبين غيرها من القوانين التى تعتبر هى الأخرى متعلقة بالنظام العام أمر فى غاية من الصعوبة.

لذلك فقد ذهب جانب آخر من الفقه - وهو ما نفضله - إلى القول بأن المقصود بفكرة النظام العام فى هذا الشأن هو نفس المقصود بها بمعناها العادى. فالقواعد القانونية الآمرة هى التى تسرى بأثر مباشر ولا يمكن استمرار العمل على غير ما تقضى به هذه القواعد، فى حين أن القواعد المكحلة وهى التى تعرض لمسائل متروكة بحسب الأصل للأفراد ينظمونها على الوجه الذى يرتضونه، يمكن أن تعتمد بشأنها القواعد الممكنة التطبيق، ولا ضرر من ذلك.

(١) حسن كيرة، المرجع السابق ص ٣٥١. ويذهب جانب آخر من الفقه فى مصر إلى القول بأن التفرقة بين المراكز العقدية والنظام القانونى يبدو صعباً فى كثير من الأحوال. فى عرضى هذه المسألة، راجع منصور مصطفى منصور، المرجع السابق فقرة ١٤٣.

ثانها - الحلول التشريعية لبعض مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان:

عنى المشرع بوضع بعض الحلول التشريعية فى مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان، وبذلك يكون المشرع قد أغنى الفقه عن الاجتهاد فيها، وتتميز المسائل التى وضع لها المشرع حلولاً تشريعية بأهميتها، ويمكننا إجمالها فيما يلى:

(١) التنازع الزمانى بين قوانين الأهلية:

الأهلية إما أن تكون أهلية وجوب أو أهلية أداء. وأهلية الوجوب هى صلاحية الشخص لاكتساب الحق، وأما أهلية الأداء فهى صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية. ويؤدى تعاقب قوانين الأهلية إلى قيام التنازع فيما بينها وإذا عدل القانون الجديد السن اللازمة لاكتمال الأهلية والمنصوص عليها فى القانون القديم سواء أكان هذا التعديل بالنقصان أو بالزيادة منها، فإن هذا التعديل يثير تنازعا بين القانون القديم والقانون الجديد. وينحصر هذا التنازع فى مسألتين اثنتين: الأولى، وهى خاصة باعتبار الشخص أو عدم اعتباره كامل الأهلية، وأما الثانية فإنها تتعلق بالتصرفات التى أبرمها الشخص وهل تعتبر هذه التصرفات صحيحة أم أنها لا تعتبر كذلك.

أهلية الشخص: تنص المادة السادسة من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى على أنه: «النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص...» فإذا كان السن اللازمة لاكتمال الأهلية فى ظل القانون القديم هى إحدى وعشرين سنة. ثم أتى بعد ذلك القانون الجديد - على سبيل القرض - لجعل هذه السن ثلاثة وعشرين

سنة، فمن كان كامل الأهلية وفقا للقانون القديم (٢١ سنة) دون أن يصل سنه إلى ٢٣ سنة (وهى السن اللازمة لاكتمال الأهلية وفقا للقانون الجديد) يعود ليصبح ناقص الأهلية من جديد.

وأما إذا كانت السن اللازمة لاكتمال الأهلية وفقا للقانون الجديد أقل منها فى القانون القديم - كأن تكون للسن اللازمة لاكتمال الأهلية فى القانون القديم ٢١ سنة، ثم يأتى القانون الجديد ليجعلها ١٨ سنة، فمن لم يكن من الأشخاص كامل الأهلية وفقا للقانون القديم يصبح وفقا للقانون الجديد ذو أهلية كاملة إذا كان قد بلغ من العمر ثمانية عشر عاما . فالأصل المقرر فى القانون كما قدمنا أن النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص بأثر مباشر.

تصرفات الشخص: قلنا الآن إن القانون الجديد الذى يصدر مصدرا للسن اللازمة لاكتمال الأهلية قد يترتب عليه رفع السن أو النزول بها عما كان مقرراً فى القانون القديم . والسؤال الذى يثور الآن هو أثر هذا التعديل على ما يبرمه الشخص من تصرفات.

القاعدة فى هذا الشأن هى عدم سريان القانون الجديد على ما أبرم فى ظل القانون القديم من تصرفات، وهذا هو ما تنص عليه المادة ٢/٦ مدنى بقولها « . . . وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة، ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة، فإن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة » فإذا كانت السن اللازمة لاكتمال الأهلية فى ظل القانون القديم ١٨ سنة، ثم أتى القانون الجديد فجعلها ٢١ سنة، فما أبرمه الشخص البالغ من العمر ١٨ سنة فى ظل القانون

القديم من تصرفات يكون صحيحا حتى ولو أصبح هذا الشخص ناقص الأهلية وفقا للقانون الجديد . وأما إذا كان ما حدث هو العكس، كأن تكون من الرشد ٢١ سنة فى ظل القانون القديم، ثم يجعلها القانون الجديد ١٨ سنة، فيذ كانت سن المتصرف وقت إبرام العقد ثمانية عشر عاما، وكان التصرف دائرا بين النفع والضرر فإنه يكون قابلا للإبطال لمصلحته، ولا يغير من الأمر شيئا أن يكون القانون الجديد قد عدل من السن اللازمة لكمال الأهلية فجعلها ١٨ سنة بدلا من ٢١ سنة وهى السن التى كانت لازمة لاكتمال الأهلية وفقا للقانون لقديم، وذلك لأن العبرة تكون بتطبيق القانون الذى صدر التصرف فى ظله.

(٢) .التنازع الزمانى بين القوانين المتعلقة بالتقادم:

تكتسب الحقوق وتنقضى بالتقادم وإذا تعاقبت القوانين المتعلقة بالتقادم فإن ذلك من شأنه أن يثير بينها التنازع . والقاعدة فى هذا الشأن، كما تحضى بذلك المادة ١/٧ مدنى هى أن «تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقدم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل فإذا كان القانون الجديد معدلا للمدة اللازمة لاكتساب الحق أو انقضائه بالتقادم، فقد تكون المدة المنصوص عليها فيه أطول من المدة اللازمة لاكتساب الحق بالتقادم هى ١٥ سنة وفقا للقانون لقديم، فيجعلها القانون الجديد عشرين سنة . ولا صعوبة فى هذا الفرض إذ يجب على الحائز - وهو من وضع يده فى ظل القانون القديم دون أن تكتمل له المدة اللازمة لاكتساب الحق - أن يستمر واضعا يده المدة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم وفقا لما هو منصوص عليه فى القانون الجديد . فإذا كان هنا الحائز قد وضع يده على المال المراد تملكه بالتقادم مدة إحدى عشر سنة، فإنه يجب أن يظل واضعا يده بعد ذلك تسع سنوات أخرى .

وأما إذا كان القانون الجديد مقصراً لمدة التقادم لا مطولاً لها، فالأصل أنه يجب إعمالاً لقاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد الأخذ بالمدة المنصوص عليها في القانون الجديد، على أن يبدأ حساب هذه المدة من تاريخ نفاذ القانون الجديد لما قد يترتب على احتساب مدة التقادم المنصرف في ظل القانون القديم من إعطاء القانون الجديد في بعض الحالات أثراً رجعياً. ويكون ذلك إذا كانت المدة المنصوص عليها في القانون الجديد قد اكتملت للحائز في ظل القانون القديم.

لذلك تنص المادة الثامنة من التقنين المدني على أنه: «١- إذا قرر النص الجديد مدة التقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك. ٢- أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي».

ويقتضى إعمال الحكم الوارد في المادة الثامنة من القانون المدني أن نفرق بين فرضين:

الأول: وفيه تكون المدة المنصوص عليها في القانون الجديد كلها أقصر من المدة المتبقية وفقاً للقانون القديم. ومثال ذلك أن تكون المدة اللازمة لاكتساب الحق في ظل القانون القديم عشر سنوات ويبدأ تقادم قمضى منه سنتان، ثم يصدر بعد ذلك قانون جديد يجعل المدة اللازمة لاكتساب الحق بالتقادم خمس سنوات فقط. ففي هذا القرض تكون المدة المنصوص عليها في القانون الجديد كلها أقل من المدة المتبقية وفقاً للقانون القديم. فبصرف النظر عن السنتين، يبدأ تقادم جديد مدته خمس سنوات من تاريخ العمل بالقانون الجديد.

القانى: وفيه تكون مدة القانون الجديد كاملة أطول مما تبقى من مدة فى ظل القانون القديم، ومثال ذلك أن تكون مدة التقادم فى ظل القانون القديم ١٥ سنة مضى منها ثمانى سنوات، ثم يصدر بعد ذلك قانون جديد تكون فيه المدة عشر سنوات، فيكون القانون القديم هو هنا الواجب التطبيق.

(٣) التعارض الزمانى بين القوانين المتعلقة بالاثبات:

تنص المادة التاسعة من التقنين المدنى أنه: «تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل، أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعداده» فإذا كان القانون القديم يتطلب دليلا معيناً للاثبات - بغض النظر عن قيام أية خصومة أو عدم قيامها - ثم أتى بعد ذلك القانون الجديد ليتطلب دليلا آخر، فالقانون الواجب التطبيق يكون إذن هو الذى كان يجب اعداد الدليل فى ظله. فإذا كان القانون الذى كان يجب اعداد الدليل فى ظله يتطلب دليلا معيناً وجب إعمال هذا القانون. وتطبيقاً لذلك فإنه إذا كان التقنين المدنى يتطلب الاثبات بالكتابة إذا كانت قيمة التصرف تزيد على عشر جنيها، وأما إذا قلت قيمته عن ذلك فإنه يجب اثباته بكافة طرق الاثبات، فإذا اقتضى (أ) من (ب) مبلغاً من النقود تزيد قيمته على عشرة جنيها دون أن تتجاوز العشرين جنيها، ولم يحصل (ب) وهو الدائن على دليل كتابى. فإذا صدر بعد ذلك قانون جديد لا يشترط الكتابة فى الاثبات إلا إذا زادت قيمته التصرف على عشرين جنيها وهذا هو ما حدث فعلاً بصدر قانون الاثبات الجديد رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨ (المادة ٦٠ منه) فإن الأمر لا يتغير إذ أن القانون الذى كان يجب اعداد دليل كتابى إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيها

لا على عشرين جنيها، فالعبرة تكون إذن بالقانون الذى كان يجب اعداد الدليل فى ظله، ويكون هذا القانون هو الواجب التطبيق.

(٤) التعارض الزمانى بين قوانين العقوبات:

القاعدة فى القانون الجنائى - كما سبق لنا بيانه - أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص pas d'infraction, pas de peine sans texte وهذا يقتضى مبدأ عدم الرجعية. وإذا كان للمشرع أن يجعل للقانون أثراً رجعياً بنص خاص، إلا أن ذلك ممنوع عليه فى المسائل الجنائية. فلا يجوز للمشرع أو القاضى الخروج على قاعدة عدم الرجعية.

ومع ذلك، تنص المادة ٢/٥ و ٣ من القانون الجنائى على أنه: «إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم، فهو الذى يتبع دون غيره، وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية» ويقتضى إعمال هذا النص أن نفرق بين ما إذا كان القانون الجديد يقتصر فقط على مجرد تخفيف العقوبة لم يصل إلى الغائها أو منعها.

تخفيف العقوبة: إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم، كأن يكون هذا القانون الجديد يقرر للفعل عقوبة أخف عن تلك التى كان منصوصاً عليها فى القانون القديم، فإن الحكم المنصوص عليه فى القانون الجديد يكون هو الواجب التطبيق، على أنه يشترط لذلك أن يصدر هذا الحكم قبل الحكم نهائياً فى الجريمة المنسوبة إلى المتهم، ولا يكون الحكم نهائياً إذا كان قابلاً للطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض، وأما إذا

أصبح الحكم نهائيا فلا يغير من الأمر شيئا أن يصدر بعد ذلك قانون يخفف العقوبة على المتهم، إذ أن التخفيف على المتهم بات مستحيلا لصدور حكم حائز لقوة الأمر المقضى فيه.

إلغاء الجريمة أو منع العقوبة: وينطبق القانون الجديد باعتباره الأصلح للمتهم ولو صدر هذا القانون بعد أن أصبح الحكم نهائيا إذا كان من شأن هذا القانون إلغاء الجريمة أو منع العقوبة، ووضع أن التفرقة في الحكم بين هذه الحالة والسابقة عليها ترجع إلى أنه لا يجوز تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم المخفف للعقوبة متى أصبح الحكم نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضى فيه، وأما في الحالة الثانية فإن القانون الجديد يلغى الجريمة أن يمنع العقوبة وإلغاء الجريمة أو منع العقوبة لا يتوقف على صدور حكم قضائي جديد تقف أمامه عقبة قوة، الأمر المقضى فيه ويكفى عندئذ وقف العقوبة المحكوم بها^(١).

(٥) التعارض الزماني بين القوانين المتعلقة بالمرافعات:

تعالج قوانين المرافعات بصفة أساسية المسائل المتعلقة بإجراءات التقاضى أمام المحاكم وطرق الطعن في الأحكام الصادرة منها، وفي شأن ما ينشأ بين قوانين المرافعات من تنازع، يعمل المشرع المصرى - مبدأين - أساسيين هما: الأثر المباشر للقانون الجديد، وعدم رجعيته.

أولا - الأثر المباشر للقانون الجديد:

وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة الأولى من قانون المرافعات والتي

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٣٦٧.

تنص على أنه: «تسرى قوانين المرافعات على كل ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل...» وهذا يعنى سريان القانون الجديد على ما رفع من الدعاوى فى ظل القانون القديم ولم يفصل فيه بعد، يسرى القانون الجديد أيضا - وبداية - على الدعاوى التى ترفع فى ظله، فإذا ما قرر القانون الجديد نقل الاختصاص من جهة قضائية إلى جهة قضائية أخرى وجب إعمال حكمه فى نقل الاختصاص.

ومع ذلك فليس هذا المبدأ مطلقا، بل ترد عليه عدة استثناءات نصت عليها المادة الأولى من قانون المرافعات نوجزها فيما يلى:

(أ) لا تسرى القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى (المادة الأولى فقرة ١) فإذا كان قد أقفل باب المرافعة فى الدعوى فإن حماية الخصوم، وما توجه المصلحة العامة توجب القول بعدم سريان القانون الجديد متى كان معدلا لقواعد الاختصاص.

(ب) لا تسرى القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها (المادة ٢/١)، والمقصود بالمواعيد هنا بطبيعة الحال مواعيد المرافعات، فإذا كان ميعاد الطعن فى حكم من الأحكام بطريق الاستئناف - على سبيل المثال - قد بدأ، ثم صدر بعد ذلك قانون جديد معدّل له سواء أكان هذا التعديل بالتقصان أو بالزيادة، فإن القانون الجديد لا يسرى، بل يظل ميعاد الطعن فى الحكم بالاستئناف خاضعا للقانون القديم. والمقصود بذلك وضع قاعدة واحدة يقوم على أساسها تحقيق المدة فى بدايتها ونهايتها (١).

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٠٨.

(ج) لا تسرى القوانين المنظمة لطرق الطعن فى الأحكام إذا كانت منشئة أو ملغية لطريق من تلك الطرق (المادة ٣/١)، فإذا كان القانون الجديد منشئاً لطريق من طرق الطعن لم يكون موجوداً، أو ملغياً لقانون كان موجوداً من قبل، فإن هذا القانون الجديد لا يسرى على الأحكام التى تكون قد صدرت قبل نفاذه، وعلى ذلك فالحكم القابل للاستئناف يظل قابلاً له، ولو صدر بعد ذلك قانون جديد لا يجيز الطعن فيه بهذه الطريقة، وإذا كان الحكم غير قابل للطعن فيه بالاستئناف فإنه لا يصبح كذلك بعد صدور قانون جديد يجيز الطعن بالاستئناف فى هذا النوع من الأحكام.

= ويلعب مع ذلك جانب من الفقه إلى القول بأن فى هذه القاعدة مخالفة للقواعد الخاصة بالتنازع الزمانى للقوانين المتعلقة بمدد التقادم، والتى أشرنا إليها فيما سبق.

القسم الثاني

نظرية الحق

تقسيم:

قلنا منذ البداية أن دراسة المدخل للعلوم القانونية تنقسم إلى قسمين:
الأول ويتعلق بنظرية القانون، والثاني يتعلق بنظرية الحق.
والآن وقد انتهينا من دراسة نظرية القانون نتجه إلى بحث نظرية الحق.
وسوف نقسم هذا القسم إلى ثلاثة وحدات:

١- التعريف بالحق وأنواعها وتقسيماتها.

٢- أركان الحق.

٣- مصادر الحق.

الوحدة الاولى

التعريف بالحقوق وبيان

انواعها وتقسيماتها

تمهيد وتقسيم:

احتدم الخلاف والمجدل حول فكرة الحق وتعريفها . فمن الفقهاء من ركز في تعريفه للحق على شخص صاحبه، ومنهم من فضل موضوع الحق على شخصه ومنهم من أراد أن يوفق بين كل من هذه الاتجاهات . وسوف نعرض أولاً للتعريف بالحق وفقاً للترتيب السابق، ثم نبين بعد ذلك أنواع الحقوق وتقسيماتها .

الفصل الاول

التعريف بالحق

خطة البحث:

أثار التعريف بالحق جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون، وظهرت في هذا الصدد مذاهب متعددة، فذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن الحق هو قدرة أو إرادة لصاحب الحق يستلها من القانون، وهذا هو ما يسمى بالمذهب الشخصي، وذهب آخرون إلى القول بأن الحق مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون وأخيراً عرف الأستاذ Dabin الحق بأنه استئثار شخص بميزة ما يعترف له القانون بها ويحميها وفكرة استئثار شخص بمركز قانوني ممتاز ينفرد هو به دون غيره وفكرة الحماية القانونية التي يمنحها القانون لصاحب الحق . وسوف نبين ذلك فيما يلي:

١- الرابطة القانونية: حتى يكون هناك حق لشخص في مواجهة

الأخر، لاهد وأن توجد بينهما رابطة قانونية. ولقد ذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن الرابطة القانونية لا توجد إلا بين شخصين، فلا يتصور أن توجد رابطة قانونية بين شخص وشئ. ويتأسس ذلك القول على أن الرابطة القانونية تنشئ حقا لشخص ويقابله واجب على شخص آخر. وهذا غير متصور وجوده إلا بين أشخاص.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى غير ذلك. فكما توجد العلاقة القانونية بين شخص وآخر، فإنها توجد أيضا بين الشخص والشئ. غاية ما فى الأمر إنها فى الأولى تكون رابطة اقتضاء Ropport d'exigence فى حين تكون فى الثانية رابطة تسلط Pouvoir وتعطى علاقة الاقتضاء لشخص الحق فى مطالبة الآخر بتنفيذ أداء لمصلحته سواء أكان هذا الأداء إعطاء أو عمل أو امتناع عن عمل. فى حين تخول رابطة التسلط لشخص أن يباشر السلطات التى يخولها له القانون على شئ من الأشياء. وتظهر رابطة الاقتضاء واضحة فيما يسمى بالحقوق الشخصية، فى حين تظهر رابطة التسلط فيما يسمى بالحقوق العينية.

٢- الاستثناء عما تخوله رابطة الاقتضاء أو التسلط من حقوق ومزايا: والاستثناء يعنى انفراد شخص دون غيره بمال معين أو بقيمة معينة. وكما يرد هذا الاستثناء على الأشياء المادية فإنه يرد أيضا على الأشياء المعنوية. وتقوم فكرة الاستثناء بحق من الحقوق على أساس عدم التساوى بين مراكز الأفراد. فلمالك الشئ وحده - دون غيره - أن يستعمله أو يستغله وأن يتصرف فيه. وهذا الحق مقرر له هو بمقتضى القانون - فهو يتمتع بهذه المميزات دون غيره من الأفراد. وإذا اعتدى أحد على حق ما كان للمالك المطالبة برد مثل هذا الاعتداء.

ويتيح تعريف الحق على هذا النحو التمييز بينه وبين الرخص . فكثيراً ما يختلط الحق والرخصة . ومثل الرخص أو الحريات: حرية العقيدة، حرية التنقل، وحرية التعاقد . والذي يميز الحقوق بمعناها الدقيق عن الرخص هو أن الأولى تفترض عدم التساوى بين المراكز القانونية للأفراد، فى حين أن الثانية تفترض هذا التساوى فيما بينهم . وتقوم الأولى على فكرة الاستثناء، وهذه الفكرة لا وجود لها بالنسبة للحريات أو الرخص .

ومع ذلك فإذا وقع اعتداء على رخصة من الرخص، نشأ لمن وقع عليه الاعتداء حق فى مطالبة المعتدى بالتعويض .

٣- الحماية القانونية: ولا يكون للحق وجود إلا إذا كان القانون يحميه، فلا يعقل أن يتحرك لكل شخص الوصول إلى حقه بيده، بل لابد وأن تتدخل السلطة العامة بغية تحقيق هذه الحماية .

ولقد ذهب جانب من الفقه فى مصر إلى إغفال فكرة الحماية القانونية وهم بصدد تعريفهم للحق . وحجتهم فى ذلك أن الحماية القانونية - وهى عادة ما تتمثل فى فكرة الدعوى - لا تنأتى للحق إلا بعد أن يكون قد اكتمل له كافة عناصره، والدعوى فى نظرهم لا تعدو أن تكون أثراً من آثار وجود الحق واستناده إلى القانون .

ومع تسليمنا بما فى هذا الرأى من منطق ظاهر، إلا أننا لا نوافق عليه إذ أن الحق لا تكتمل له مقومات وجوده إلا إذا كان القانون يحميه . وأما إذا انعدمت هذه الحماية فلا يكون للحق فى نظرنا وجود .

الحق والواجب:

قلنا الآن فى تعريفنا للحق بأنه استثناء شخص بميزة ما يعترف بها القانون ويحميها . ولا يكون لهذه الميزة قيمة تذكر إلا إذا كان هناك على عاتق الآخرين واجب يتعين عليهم بمقتضاه عدم التعرض لصاحب الحق . وهذا الواجب يقع بطبيعة الحال على عاتق كافة ويفرض عليهم احترام هذا الحق obligation universelle .

وإذا أخذنا على سبيل المثال حق الملكية نقول: أنه لا يكفى المالك أن يخول له القانون الحق فى التمتع بما لديه من حق سواء بالتصرف أو بالاستغلال على النحو الذى يراه ملائماً، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يقع على عاتق كافة واجتب احترام حق هذا المالك وعدم التعرض له فيما يملك ولا يرقى هذا الواجب العام - فى نظرنا - إلى مرتبة الالتزام، إذ أن هذا الأخير لا ينشأ إلا بين دائن محدد أو قابل للتحديد ومدين معين أيضاً.

ويستوى - فيما يتعلق بهذا الواجب العام - الحق العينى والحق الشخصى، وإن كانت صورته أوضح فى الحق العينى عنه فى الحق الشخصى . ومع ذلك فليس الحق الشخصى خلواً من هذا الواجب العام الذى يقع على عاتق كافة . ولو أخذنا على سبيل المثال علاقة دائنية يكون بمقتضاها للدائن أن يطالب مدينه بالوفاء، لقلنا أنه يجب على كافة احترام حق الدائن وعدم مطالبة المدين بشئ إذ أن هذا الحق قاصر فقط - وبحسب الأصل - على الدائن .

الحقوق المطلقة والحقوق النسبية، نقد هذه التسمية:

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بتقسيم الحقوق إلى مطلقة ونسبية. والحق المطلق هو الذى يفرض على الكافة ضرورة احترام هذا الحق وعدم التعرض له فيه. وأما الحقوق النسبية فإنها تفرض بالإضافة إلى هذا الواجب العام واجب خاص يقع على عاتق شخص (الطرف السلبى) فى مواجهة شخص آخر (الطرف الإيجابى). ومثال ذلك حق الدائنية فهو يفرض على المدين التزام بإعطاء شئ أو عمل أو الامتناع عن عمل فى مواجهة شخص آخر.

وواقع الأمر أن تقسيم الحقوق إلى مطلقة ونسبية منتقد، فالحق سواء أكان مطلقاً أو نسبياً يجب على الكافة احترامه وعدم التعرض لصاحبه، ولعل الذى أدى بالبعض من الفقهاء إلى هذا الخطأ هو عدم دقة التفرقة بين الاحتجاج بالحقوق ونسبيتها. فالحقوق جميعاً - ويستوى فى ذلك ما اصطلح على تسميته بالحقوق المطلقة أو النسبية - يحتج بها فى مواجهة الكافة بمعنى أنه يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق وعدم التعرض لصاحبه، وكذلك أيضاً بالنسبة للحقوق النسبية إذ لا يجوز لغير الدائن بالحق مطالبة المدين بالوفاء.

الواجب العام والواجب الخاص:

الواجب العام هو الذى يقارن كل حق، ويفرض هذا الواجب العام على الكافة عدم التعرض لصاحب الحق دون أن يكون لصاحب الحق مطالبتهم بشئ. فعلى الكافة يقع واجب احترام صاحب الحق دون أن يكون له مطالبتهم بشئ إلا إذا حدث له تعرض. وأما الواجب الخاص، فيخول لصاحب الحق مطالبة المدين بتنفيذ أداء معين، ولا يتحقق هذا الواجب الخاص إلا فى نوع معين من الحقوق دون غيره، وقد يكون هذا الواجب إيجابياً وقد يكون سلبياً.

سؤال: عرف الحق، ثم بين أنواع الحقوق وتقسيماتها:

وأما عن الحق فقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الحق بأنه قدرة أو مشيئة لصاحب الحق يستمدّها مباشرة من القانون، ويعيب هذا التعريف أنه يسند الحق إلى الإرادة، وبذلك فإن من لا إرادة له لا حق له. وهذا غير صحيح، فالجنين في بطن أمه يكتسب بعض الحقوق في الوقت الذي لا إرادة له فيها.

في حين ذهب آخرون إلى تعريف الحق بأنه مصلحة مادية أو أدبية للإنسان يحميها القانون، وهذا أيضاً غير صحيح، إذ أن بعض الحقوق لا ترقى المصلحة فيها إلى الحد الذي يتدخل معه المشرع إلى تقرير الحماية القانونية لها أو بعبارة أخرى فإن هذه المصلحة تعطى لصاحب الحق، مطالبة الدولة بحماية ما يعتقد أنه حقاً له.

وذهب آخرون إلى القول، وهو ما نراه صحيحاً، بأن الحق يعطى لصاحب هذا الحق أن يستأثر به دون غيره، وهذا هو التعريف الحديث لفكرة الحق، وإذا كان الحق عينياً فإنه يعطى لصاحبه سلطة التسلط على الشيء، وأما إذا كان مكوناً لحق شخصي فإن رابطة الاقتضاء تنشأ بين صاحب الحق والمدين به يكون لصاحب الحق بموجب هذه الرابطة مطالبة المدين بالوفاء. وهكذا يمكن لنا أن نميز بين الحق والرخصة، فالحق يفترض عدم المساواة بين المراكز القانونية للأفراد، في حين أن الرخصة يتساوى فيها أصحابها، ولا يستأثر أحدهم دون الآخر. ولا يكون للحق وجود إلا إذا كان القانون يحميه. ولقد اعتبر جانب من الفقه أن الحماية القانونية جزء من مكونات الحق في حين يرى آخرون أنها أثر يترتب على وجود الحق وليست عنصراً من عناصره.

والحقوق العينية التبعية هي: الرهن الرسمي وحق الامتياز والرهن الحيازي وحق الاختصاص.

وأما عن حق الملكية فهو أهم الحقوق العينية الأصلية، وتتفرع عنه سائر الحقوق العينية.

ويقال إن الملكية حق جامع ودائم ومطلق. وأما عن دوام الملكية فإنه يعنى أنها غير قابلة للتأقيت. بيد أن التطور الاجتماعى والاقتصادى الآن فرض شكل من أشكال الملكية تكاد أن تكون الملكية فيه مؤقتة مثال ذلك Time chair أو كما يقال مع قدر من التحفظ أن الملكية المعلقة على شرط فاسخ هى ملكية مؤقتة. وإن كان هذا القول محل جدل ولا تسقط الملكية بعدم الاستعمال، وقديماً كان يقال إن حق الملكية حق مطلق، بيد أن هذا القول بات غير صحيح، ذلك لأن لحق الملكية وظيفة اجتماعية وإن لم تكن الملكية بذاتها وظيفة اجتماعية.

(٢) حق الارتفاق: هو تكليف يرد على عقار ليعحد من منفعته لمصلحة عقار آخر شريطة أن يكون العقارين مملوكين لشخصين مختلفين، فلا يتقرر حق ارتفاق لشخص على أرض يملكها هو ويسمى العقار المقرر له حق الارتفاق بالعقار المرتفق أو المخدم، كما يسمى العقار الذى يتقرر عليه الارتفاق بالعقار المرفق به أو العقار الخادم.

(٣) الرهن الرسمي: عقد يرد على العقار وينشأ هذا الحق العينى التبعية لضمان الوفاء بعلاقة شخصية بين الدائن والمدين ويثبت به للدائن المرتهم سلطتى التتبع والتقدم.

(٤) حق الامتياز: إنما يتقرر بنص القانون، وقد يكون عاما وقد يكون خاصا. فقد يرد على جميع أموال المدين وقد يرد على مال معين مملوك للمدين. مثال ذلك امتياز العامل ضماناً للوفاء بما هو مستحق له من أجر، وامتياز بائع المنقول لضمان الوفاء بالثمن.

الفصل الثانى

أنواع الحقوق وتقسيماتها

تمهيد . وتقسيم:

قلنا الآن أن الحق هو استئثار شخص بميزة أو بقيمة ما يعترف له بها القانون ويحميها . وليست الحقوق جميعاً من نوع واحد، بل لها أنواع وتقسيمات متعددة . تنقسم الحقوق إلى سياسية ومدنية . وتتفرع الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة . والذي يعنينا أكثر بطبيعة الحال هو الحقوق الخاصة التى تنقسم إلى غير مالية ومالية . وتتفرع الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية . وسوف نقوم الآن بدراسة كل من هذه التقسيمات على حدة .

أولاً: الحقوق السياسية:

لعل أولى تقسيمات الحقوق هو تقسيمها إلى حقوق سياسية ومدنية . والحقوق السياسية هى التى يقررها القانون للشخص باعتباره متتمياً إلى بلد معين . وترتبط الحقوق السياسية دائماً بالجنسية، فالحقوق السياسية تثبت للوطنيين دون الأجانب . والحق السياسى بقدر ما يكون حقاً فإنه يكون أيضاً واجباً فإذا كان للمصرى فى مصر الحق فى الإدلاء بصوته فى الانتخابات العامة، فإن عليه أيضاً هذا الواجب . ودليل ذلك أنه إذا لم يف به كان عرضة للعقاب . ولا تثبت الحقوق السياسية للوطنيين جميعاً، بل إنها تثبت فقط لمن تتوافر فيه منهم بعض الشروط الخاصة . ومثال ذلك بلوغ سن معينة، فممنوع

مجلس الشعب يجب ألا يقل سنه يوم انتخابه عن ثلاثين سنة ميلادية كاملة
مثلاً .

ثانياً : الحقوق المدنية وتقسيماتها :

وهي التي تهدف إلى حماية الأفراد وحرياتهم، وهي لازمة أيضاً لهم في
مزاوتهم لأوجه نشاطهم المختلفة . وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق عامة وحقوق
خاصة، وتتميز عن الحقوق السياسية في أنها تثبت للجميع وليست قاصرة على
الوطنيين فقط دون الأجانب وتتفرع عن الحقوق المدنية الحقوق الآتية :

الحقوق العامة :

وهي الحقوق التي تثبت للإنسان لمجرد كونه إنساناً *les droits innés* .
فهذه الحقوق تتولد مع الإنسان لصيقة به ولا تنفك عنه . وهذه الحقوق وليدة
مدرسة القانون الطبيعي . فالإنسان يولد بطبيعته حراً ، وليس لأى سلطة أن تحد
من هذه الحرية إلا بالقدر اللازم لإساعده والتوفيق بين حريته وحرية الآخرين .

خصائص هذه الحقوق :

وتتميز الحقوق العامة كما يسميها الفقه الحقوق اللصيقة أو الملازمة
للشخصية، بأنها لا يجوز التنازل عنها، كما أنه لا يرد عليها التقادم .

فهى . أولاً : لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها - بحسب الأصل -
إلى الغير . فهذه الحقوق ترتبط بالإنسان وتلدور مع وجوده، فلا يصح لأحد مثلاً
النزول عن حرمة الشخصية أو التنازل بصفة مطلقة عن حقه في اختيار العمل
الذي يشاء ، وإذا كان الأصل هو بطلان أى تصرف من هذا النوع طوال حياة

الإنسان، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من جواز إيذاء الإنسان بعضو من أعضائه
ليستخدم بعد وفاته في بعض أغراض الطب التجريبية كما سبق لنا بيانه.

وهي ثانياً: لا يرد عليها التقادم سواء تعلق الأمر بالتقادم المكسب أو
المسقط فهي لا تسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن، ولا يمكن أن يكتسب
الشخص حقاً من هذه الحقوق خاصاً بالغير، فإذا استعمل شخص اسم غيره فإنه
لا يكتسبه مهما طال الزمن.

الحقوق الخاصة:

وهي التي تثبت للأفراد في علاقاتهم بعضهم ببعض. ويتولى القانون
بجميع تقسيماته وفروعه تنظيم هذه الحقوق وتنقسم الحقوق الخاصة إلى مالية
غير مالية.

أولاً - الحقوق المالية:

وهي الحقوق التي يكون محلها قابلاً للتقويم بالنقود، وقد ترد هذه
الحقوق على شيء فيما يسمى بالحق العيني، وقد ترد هذه الحقوق على عمل أو
امتناع عن عمل يلتزم به أحد أطراف العلاقة القانونية في مواجهة الآخر فبنشأ
ما يسمى بالحق الشخصي. وقد ترد هذه الحقوق على نتاج ذهن الإنسان وفكره
فينشأ ما يسمى بالحق المعنوي أو الأدبي.

١ - الحقوق العينية:

الحق العيني هو سلطة للإنسان على الشيء، وقد يتكون هذا الحق بصفة
مستقلة، فيكون الحق عينياً أصلياً، وقد يكون هذا الحق تابعاً لعلاقة أخرى بين

الدائن والمدين . بل إن هذا الحق لا ينشأ إلا ضماناً للوفاء بهذا الحق الشخصى ويكون الحق عندئذ حقاً عينياً تبعياً .

(أ) الحقوق العينية الأصلية:

الحق العينى الأصلى هو سلطة مباشرة للإنسان على الشئ . وتشتمل الحقوق العينية الأصلية على حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرعة عنه . وسوف نقوم الآن بدراسة حق الملكية باعتباره أهم الحقوق العينية الأصلية ، ثم نلى بدراسة سائر الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عنه :

حق الملكية:

حق الملكية هو أهم الحقوق العينية الأصلية ، وهو يعتبر أوسع الحقوق من حيث السلطات التى يخولها للمالك . فلمالك الشئ الحق فى استعماله واستغلاله والتصرف فيه . فما هو المقصود بكل من الاستعمال والاستغلال والتصرف ؟

أما عن الاستعمال ، والمقصود منه الاقادة من الشئ مباشرة بغير الحصول على ثماره ، فإذا كان الشئ الذى يرد عليه حق الملكية منزلاً فاستعماله يكون بسكنائه ، وإذا كان أرضاً زراعية فإن استعمالها يتحقق عن طريق زراعتها .

وأما عن الاستغلال ، فالمقصود منه الاقادة من الشئ بالحصول على ثماره ، فإذا كان الشئ الذى يرد عليه حق الملكية منزلاً فإن استغلاله يكون عن طريق تأجيريه والحصول على ثماره ، والثمار هي ما ينتج عن الشئ وتتميز الثمار بأنها دورية ومتجددة ولا يترتب عليها الانتقاص من أصل الشئ نفسه . وفي هذا

تختلف الثمار عن المنتجات . فالمنتجات ليست دورية وترتب عليها الانتقاص من أصل الشئ كالحصول على الفهم من منجم . وقد تكون الثمار - وهى التى يحصل عليها مالك الشئ عن طريق استعماله - طبيعية أو مدنية . والثمار الطبيعية هى ما يتولد عن الشئ بفعل الإنسان كالحاصلات الزراعية ، والثمار المدنية هى ما يقله الشئ من ريع ومثالها أجرة الأراضى الزراعية :

ويجوز لمالك الشئ أن يتنازل عن حقه فى الاستعمال وعن حقه فى الاستغلال ، فله أن يؤجر المنزل الذى يملكه بدلا من أن يخصصه لسكناه ولا يؤثر ذلك على ما له من حق فى الملكية ، فإذا ثبت استعماله أو الاستغلال للشخص غير المالك فإن هذا يعنى أن حق الملكية قد تجزأ . وليس من شأن تجزئة حق الملكية على هذا النحو التأثير فى مضمونه .

وأما عن التصرف ، فالمقصود به التنازل عن كل ما يخوله الحق من مكثات أو قدرات إلى شخص آخر ، ويقال عندئذ أن الملكية قد انتقلت إليه . ومثال ذلك أن يبيع شخص ما يملكه إلى آخر . فيصبح المتصرف إليه هو المالك ويكون له هو بعد ذلك أن يستعمل الشئ وأن يستغله وأن يتصرف فيه . ويختلف الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إلى المتصرف إليه بحسب ما إذا كان المبيع منقولا أم عقارا . فإذا كان المبيع منقولا ومعينا بالذات وملوكا للبائع انتقلت الملكية إلى المشتري فور إبرام العقد مباشرة . وإذا كان المنقول معينا بالنوع انتقلت فيه الملكية بالإفراز وأما إذا كان المبيع عقارا فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل ومن تاريخه .

وإذا كان للمالك أن يتنازل للغير عن حقه فى الاستعمال والاستغلال ،

فإنه لا يجوز له التنازل عن حقه فى التصرف وإلا لكان بذلك متنازلاً عن حقه فى الملكية، فلا يمكن أن توجد الملكية بغير الحق فى التصرف.

ومع ذلك، فليس هناك ما يمنع وفقاً للقانون المدنى المصرى أن يتضمن السند المنشئ للحق شرطاً يمنع بمقتضاه على المالك التصرف، وهذا هو ما يسمى بالشرط المانع من التصرف. ويشترط لجوازه أن يكون مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمانع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. ويجوز أن تستغرق المدة المعقولة مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير (المادة ٨٢٣ مدنى) (١).

حق الانتفاع:

وهو حق متفرع عن حق الملكية، وينتج من تنازل المالك عن حقه فى استعمال الشئ واستغلاله إلى آخر يكون له هذا الحق. فيكون للمتنازل له الحق فى الانتفاع ويظل المتصرف مالكا للرقبة. وينتهى حق الانتفاع بانتهاء مدته أو بوفاة المنتفع إذ أن الحق لا يورث، كما أنه يسقط بعدم الاستعمال، والمدة المقررة لسقوط الحق بعدم الاستعمال هى ١٥ سنة.

حق الاستعمال وحق السكنى:

وهو أيضاً من الحقوق العينية الأصلية. وإذا كان لصاحب الحق فقط الحق

(١) راجع فى شرح المقصود بالشرط المانع من التصرف: أحمد سلامة، الملكية الخاصة فى القانون، طبعة سنة ١٩٦٨ فقرة ٧٨ وما بعدها.

فى الاستعمال، فلا يكون له أن يستغل الشئ الذى يرد عليه الحق بتأجيله مثلاً. وفى هذا يختلف حق الاستعمال عن حق الانتفاع، فمع أن كلا من الحقين يدخل فى عداد الحقوق العينية الأصلية، إلا أن الأول منهما لا يخوله لصاحبه سوى الحق فى استعمال الشئ نفسه. فى حين أن الثانى يعطى له الحق فى استغلاله. وإذا كان الحق حق سكنى وكان وارداً على منزل فإنه لا يخول لصاحبه سوى الحق فى سكنى هذا المنزل دون أن يكون له الحق فى تأجيله. ويختلف حق السكنى عن الحق الذى يخوله القانون للمستأجر والذى ينشأ عن عقد الإيجار. فحق السكنى من الحقوق العينية الأصلية، فى حين أن الإيجار لا يعطى للمستأجر سوى حق شخصى فى مواجهة المؤجر.

حق الحكر:

ولا يرد هذا الحق سوى على الأرض الموقوفة والمال الموقوف لا يكون مملوكاً لأحد، ويقال افتراضاً أنه على ملك الله تعالى. ويخول حق الحكر لصاحبه استعمال الأرض الموقوفة بالفراس أو البناء عليها ويملك المحتكر ما أحدثه من غراس أو بناء على الأرض الموقوفة، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر (المادة ١٠٠٢ مدنى). نظراً لما كان يترتب على الوقف من منع للأموال الموقوفة عن التداول وفى هذا المنع ضرر بالاقتصاد الوطنى. لذلك فقد تدخل المشرع سنة ١٩٥٢ وألغى الوقف الأهلى، ولم يعد الوقف جائزاً إلا على جهات البر. وتبعاً لذلك فلا يمكن أن يوجد الحق فى الحكر إلا على الأرض الموقوفة على جهة من جهات الخير^(١). وينتهى حق الحكر بإنتهاء مدته. وهو

(١) ولقد ألغى المشرع المصرى بالقانون رقم ١٨٠ سنة ١٩٥٢ الوقف الأهلى ولقد أدى ذلك إلى =

على خلاف حق الانتفاع لا ينتهى بوفاء المنتفع، بل يظل حق الحكر قائماً إذا مات المحتكر قبل حلول الأجل وبعد البناء أو الفراس.

حق الارتفاق:

والارتفاق هو الآخر من الحقوق العينية الأصلية، ولقد عرفته المادة ١٠١٥ من التقنين المدني بأنه: «حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره يملكه شخص آخر...». فالارتفاق هو تكليف يرد على عقار لمصلحة عقار آخر، على ألا يكون العقارين مملوكين لشخص واحد. ويسمى العقار المثقل بحق الارتفاق «بالعقار الخادم» والعقار الذى تقرر الحق لمصلحته «بالعقار المخدم» ومثال ذلك حق المرور الذى يتقرر للأرض المحبوسة على الأرض المجاورة لها، وحق المظل الذى يبيع فتح مطلات على ملك الجار.

وهذا الحق لا علاقة له بشخص مالك العقار المخدم أو مالك العقار الخادم، فهو يتقرر على عقار لمصلحة عقار ويظل موجوداً حتى ولو تغير شخص المالك.

وعلى خلاف حق الملكية الذى لا ينتضى بعدم الاستعمال مهما طال مدته اللهم إلا إذا اكتسب الغير هذا الحق وفقاً للأحكام الخاصة بالتقادم المكتسب، تخضع كل الحقوق العينية المتفرعة منه للتقادم المسقط تنقضى بمضى

= انتهاء الأحكام المرتبة على هذه الأرض، ومضى المشرع بعد ذلك فى سياسة تصفية الأحكام على الأوقاف الخيرية فأجاز القانون رقم ٣٤٦ سنة ١٩٥٢ لوزير الأوقاف أنها إذا اقتضت المصلحة ذلك.

المدة القانونية على عدم استعمالها .

أجب عن السؤال الآتى:

عرّف كل من المصطلحات القانونية الآتية:

حق الارتفاق - حق الملكية - حق الانتفاع .

(١) حق الارتفاق: إن هو إلا تكليف يرد على عقار فيحد من منفعة هذا العقار لمصلحة عقار آخر على أن يكون العقارين مملوكين لشخصين مختلفين . ويسمى العقار الذى تقرر له حق الارتفاق بالعقار المخدم والعقار الذى يرد عليه حق الارتفاق بالعقار الخادم وذلك كله شرطية أن يكون العقارين مملوكين لشخصين مختلفين .

وعلى الرغم من أن حق الملكية حق دائم ولا يسقط بعدم الاستعمال إلا أن حق الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال .

(٢) حق الملكية: لم يرد فى التقنين المدنى المصرى تعريف لحق الملكية بل تناول المشرع فى المادة ٨٠٢ مدنى بيان سلطات المالك إذ تنص هذه المادة على أنه لمالك الشئ أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه ، واستعمال الشئ الذى يرد عليه حق الملكية يكون بالانفاذ منه كسكنى المنزل أو فلاحه الأرض . وأما عن استغلال الشئ فإنه يكون بالحصول على عائده ، والتصرف قد يكون بنقل ملكية الشئ المملوك لآخر وقد يتم ذلك بالبيع أو المقايضة أو أى تصرف آخر ناقل للملكية .

(٣) حق الانتفاع: وهو حق عينى أصلى قلت أهميته الآن ذلك لأن

خضوع العلاقة الايجارية لقانون ايجار الأماكن يضع المستأجر فى مرتبة أعلى من المنتفع، وينقض حق الارتفاق بأقرب الأجلين إما نهاية مدته أو وفاة المنتفع. ولمن تقر له حق الانتفاع أن يتصرف فى هذا الحق سواء أكان التصرف بعوض أو بغير عوض وينتقل بذلك حق الانتفاع إلى الملتقى ويظل بقاء أو عدم بقاء حق الانتفاع مرهوناً بوفاء المنتفع الأصل، وأما إذا مات الملتقى وكان المنتفع الأصل لا يزال حياً ومدة حق الانتفاع كانت لا تزال قائمة، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى ورثة الملتقى وهذه هى الحالة الوحيدة التى ينتقل فيها حق الانتفاع إلى ورثة المنتفع.

(ب) الحقوق العينية التبعية:

لا تنشأ الحقوق العينية التبعية بصفة مستقلة، وهى فى هذا المعنى تختلف عن الحقوق العينية الأصلية، بل إنها تنشأ ضماناً للوفاء بحق من الحقوق الشخصية. ويبان ذلك أن للدائن بحسب الأصل ضمان عام يرد على كل أموال مدينه، وقد لا يجد الدائن بالحق الشخصى هذا الضمان العام كافياً، فيحصل من مدينه على ضمان خاص. وقد يكون هذا الضمان الخاص شخصياً وقد يكون عينياً. فإذا كان شخصياً نشأ ما يسمى بالكفالة الشخصية، وقوامها أن يضم المدين إليه كفيلاً يضمنه فى مواجهة الدائن عند عدم الوفاء، والأصل أن الكفالة ليست تضامنية فى المواد المدنية، فلا يكون للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد تجريد المدين. ومع ذلك تصبح الكفالة تضامنية ويكون للدائن أن يطالب الكفيل و المدين إذا اتفق على ذلك. وأما إذا كان الضمان عينياً نشأ ما يسمى بالحقوق العينية التبعية. فلا ينشأ الحق العينى التبعية

استقلالاً ولكنه ينشأ ضماناً للوفاء بحق شخصى أى بحق دائنيه . ويعطى الحق العينى التبعى لصاحبه الحق فى تتبع الشئ الضامن والتنفيذ عليه فى أى يد يكون، كما أنه يعطى لصاحبه أيضاً الحق فى التقدم على غيره من الدائنين العاديين أو حتى على غيره من الدائنين ذوى الضمان الخاص التاليين له فى المرتبة .

وتتنوع الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها إلى أنواع ثلاثة: حق الرهن، وحق الاختصاص، وحق الامتياز .

حق الرهن:

وهو ينشأ بالاتفاق بين المدين والدائن، ويمقتضاه يلتزم المدين بأن يقدم شيئاً (عقار أو منقول) ضماناً للوفاء بما عليه من دين . فالرهن مصدره عقدى، والرهن نوعان: رسمى وحيازى .

الرهن الرسمى:

وينشأ الرهن الرسمى بمقتضى اتفاق بين الدائن والمدين، يخول لصاحبه الحق فى أن يتتبع الشئ المرهون وينفذ عليه، كما يخول له أيضاً الحق فى أن يتقدم على غيره من الدائنين فى سبيل الحصول على ما له من حق . وهو عقد من العقود الشكلية، فلا يكفى لانعقاده رضا الدائن والمدين، بل انه لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية، والمراد بالرسمية هنا تنبيه المدين إلى خطورة ما هو مقدم عليه، فقد تنزع منه ملكية المال المرهون - وهذا هو ما يحدث عادة خلافاً لما يأمل المدين - وفاء لما عليه من دين . ولا يرد الرهن الرسمى إلا على عقار، فلا

يرد تبعاً لذلك على منقول. ولا يترتب على الرهن الرسمى أن يتخلى المدين عن حيازة العقار المرهون، بل تظل حيازته له ولا تنتقل إلى الدائن. وهو غير قابل للتجزئة بمعنى أن كل جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار المرهون. ولا يحتج بالرهن الرسمى فى مواجهة الغير إلا من تاريخ القيد. وإذا تعدد الدائنون المرتهنون، تقدم منهم على غيره الأسبق منهم فى قيد رهنه.

الرهن الحيازى:

وهو لا يرد فقط على العقار بل يرد على المنقول والعقار، وإذا لم يكن من شأن الرهن الرسمى نقل حيازة المال المرهون من المدين إلى الدائن، فإن الرهن الحيازى ينقل هذه الحيازة إلى الدائن. ويجب على الدائن المرتهن تبعاً لذلك أن يحافظ على الشئ المرهون وأن يبذل فى العناية به ما يبذله الرجل العادى. ويخول الرهن الحيازى لصاحبه - شأنه فى هذا شأن الرهن الرسمى تماماً - الحق فى أن يتقدم على غيره من الدائنين العاديين وعلى الدائنين المرتهنين التالين له فى المرتبة.

حق الاختصاص:

وهو أيضاً من الحقوق العينية التبعية، ولا يتقرر هذا الحق بمقتضى عقد بين الدائن والمدين، بل هو يتقرر بناء على أمر من القاضى به وهو لا يتقرر لكل دائن، ولكنه يتقرر فقط للدائن حسن النية الذى بيده حكم واجب النفاذ قبل المدين. ولا يتقرر إلا على العقارات دون المنقولات. وهو يتفق فى هذا الشأن والرهن الرسمى. وتسرى على حق الاختصاص بحسب الأصل كافة القواعد

المتعلقة بالرهن الرسمى فيما عدا ما ورد بشأنه من أحكام خاصة (المادة ١٠٩٥ مدنى).

حق الامتياز:

وهو يختلف عن الرهن وعن الاختصاص فى أنه لا ينشأ بالاتفاق بين الدائن والمدين، أو بأمر من القضاء، ولكنه يتقرر بمقتضى القانون. والقانون يقرره نظراً لاعتبارات خاصة تتوافر فى الدين يرى معها القانون أن يولى هذا الدين حمايته فيقرر لصاحبه امتيازاً على أموال المدين. وقد يرد هذا الحق على كل أموال المدين ومثال ذلك حقوق الامتياز المقررة على كل أموال المدين ضماناً للوفاء بما عليه من أجور ورواتب، وقد يرد هذا الحق على مال معين من أموال المدين ومثال ذلك الامتياز المقرر للمؤجر على ما فى العين المؤجرة من منقولات ضماناً للوفاء بما له من أجره، وامتياز بائع المنقول عليه ضماناً للوفاء بالثمن وملحقاته.

٢- الحقوق الشخصية:

يخول الحق العينى لصاحبه - كما قلنا الآن - سلطة مباشرة على الشئ وقد تنشأ هذه السلطة بصفة مستقلة وقد تنشأ تابعة لحق شخصى أو لعلاقة دائنية، وأما الحق الشخصى فهو لا يخول لصاحبه سلطة على شئ بل هو علاقة اقتضاء بين شخصين أو أكثر يلتزم أحدهما فى مواجهة الآخر بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بإعطاء. ويفضل البعض تسمية هذه العلاقة بحق الدائنية، إذ أن فى هذه التسمية بيان لطبيعة العلاقة التى تنشأ بين الدائن والمدين وذلك منعاً لما يحتمل أن يحدث من لبس بين «الحقوق الشخصية» وبين

« حقوق الشخصية » وهذه الحقوق الأخيرة هي التي سبق لنا أن أسميناها بالحقوق العامة.

فإذا كان محل الحق الشخصى عمل يقوم به المدين، سمي الالتزام فى هذه الحالة التزام بعمل . وهو ينحصر فى عمل ايجابى يقوم به المدين لمصلحة الدائن . ومثال ذلك التزام العامل فى مواجهة رب العمل بأداء ما هو مكلف به من عمل فى الزمان والمكان المتفق عليه . ويكون الالتزام بامتناع عن عمل إذا كان يلتزم به المدين فى مواجهة الدائن هو الامتناع عن عمل شئ، ومثال ذلك الاتفاق بعدم المنافسة وفيه يلزم العامل - مثلاً - بعدم منافسة رب العمل . ولا يجوز أن يكون الالتزام - فى هذا الفرض - مؤبداً من حيث الزمان أو المكان . ويكون الالتزام بإعطاء إذا كان محله نقل حق عينى أو انشائه . ومثال ذلك التزام المشتري بدفع الثمن والتزام المستأجر بدفع الأجرة، فمحل الالتزام فى هذه الحالة يكون نقل ملكية شئ منقول وهو مبلغ من النقود . وفى هذا المعنى يختلف الالتزام بإعطاء عن الالتزام بعمل .

الوحدة الثانية

أركان الحق

تمهيد وتقسيم:

عرفنا الحق بأنه استئثار شخص بشئ أو بقيمة استئثاراً يحميه القانون .
فأركان الحق كما يبين من هذا التعريف الموجز ثلاثة: شخص الحق، ومحل الحق،
وما يسبغه القانون على هذا الاستئثار من حماية .

شخص الحق: هو صاحبه أو من يستأثر به . وقد يكون شخصاً طبيعياً
وقد يكون من الأشخاص الاعتبارية، ومحل الحق: هو ما يرد عليه هذا
الاستئثار، والحماية القانونية للحق تتمثل فيما يقرره القانون لصاحب الحق
من وسائل لحماية حقه . وسوف ندرس الآن كل ركن من هذه الأركان على حدة .

حدد المقصود بكل من المصطلحات الآتية:

الرهن الرسمى - حق الامتياز .

الرهن الرسمى: يندرج الرهن الرسمى تحت مسمى الحقوق العينية
التبعية ولا ينشأ الحق العيني التبعية استقلالاً ولكنه ينشأ مرتبطاً بهلاقة
شخصية أخرى بين الراهن والدائن المرتهن وذلك بضمان الوفاء بها . والرهن
الرسمى عقد من العقود الشكلية ولا بد لانعقاده من توافر شكل خاص وهو
الرسمية . والرسمية المشترطة هنا لانعقاد الرهن الرسمى شكلية حمائية بمعنى
أنها تقررت حماية للمدين الراهن الذى قد يتسرع فى إبرام الرهن اعتقاداً منه
أنه قادر على الوفاء عندما يحل الأجل المضروب للوفاء بالدين المضمون بالرهن .

ولكن قد تأتى الرياح بغير ما يشتهى الرمان، فبيع المال المرهون جبراً عن المدين الرهن وقد يتم ذلك البيع فى وقت غير ملائم . ويخول الحق العينى التبعى (الرهن الرسمى) سلطتى التبعية والتقدم، فيكون للدائن المرتهن أن يتتبع المال المرهون تحت يد الحائز وأن ينفذ عليه استيفاء لدين . كما يفضل الدائن المرتهن عن غيره من الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهين التالين له فى المرتبة .

وأما عن حق الامتياز: فإنه ينشأ بنص القانون وفيه يقرر المشرع لاعتبارات يراها هو أن يكون الدين ممتازاً فيفضل الدائن صاحب حق الامتياز عن غيره من الدائنين العاديين أو حتى الدائنين المرتهين . وقد يرد حق الامتياز على جميع أموال المدين فيكون بذلك الامتياز عاماً مثال ذلك امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة أو امتياز المصروفات القضائية وقد يكون الامتياز خاصاً، من ذلك امتياز بائع المنقول .

الفصل الاول

شخص الحق

خطة البحث:

الشخص فى لغة القانون هو من يتمتع بالشخصية القانونية أى هو من يكون صالحاً لاكتساب الحق والتحمل بالالتزامات وتثبت الشخصية القانونية على هذا النحو للشخص الطبيعى كما تثبت أيضاً للشخص الاعتبارى، وفى دراستنا لشخص الحق سوف نبدأ أولاً بدراسة الشخص الطبيعى ثم نلى ذلك بدراسة الشخص الاعتبارى.

المبحث الاول

الشخص الطبيعى

خطة البحث:

الشخص الطبيعى هو بحسب الأصل شخص القانون، فالشخصية القانونية تثبت للإنسان لكونه إنساناً. ولم يكن الأمر على هذا النحو فى الشرائع القديمة، إذ أن هذه الشرائع لم تكن تعترف لكل إنسان بالشخصية القانونية، فلم يكن للمريق شخصية قانونية، بل إن بعض الشرائع الحديثة قد عرفت إلى عهد قريب نظام الموت المدنى وهو النظام الذى كان يلحق المحكوم عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو النفى ويفقده جميع الحقوق السياسية وكذلك الحقوق المدنية إلا بالقدر اللازم لتنظيم حياته، وقد ألغى هذا النظام فى فرنسا سنة ١٨٥٤ وأصبح من المبادئ الأساسية المقررة الآن أن الشخصية

القانونية تثبت للإنسان بمجرد توافر هذه الصفة فيه، وهذا الثبوت يستتبع أن يكن أهلاً لاكتساب الحق وللتحمل بالواجبات.

فإذا كانت الشخصية القانونية تثبت للإنسان على هذا الوجه، فمتى تبدأ الشخصية القانونية، ومتى تنتهى، وما هى سمات هذه الشخصية، ومتى يكون الإنسان أهلاً لاكتساب الحقوق ومباشرتها.

المطلب الأول

بدء الشخصية القانونية ونهايتها

أولاً - بدء الشخصية:

تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً. ولقد عبرت عن هذا المعنى المادة ٢٩ من التقنين المدنى بقولها: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهى بموته ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون» فثبوت الشخصية القانونية للإنسان يكون إذن بتمام ولادته حياً أو بمعنى آخر تكون بانفصال الجنين عن أمه حياً، ولا يكفى لذلك أن يخرج أكثر المولود حياً، بل يجب أن يتم انفصال الجنين كاملاً عن أمه. فإذا انفصل الجنين ميتاً فلا تثبت له مطلقاً الشخصية القانونية. وتحقق حياة الجنين وقت الولادة ببعض العلامات المميزة كالبكاء.. وللقاضى مع ذلك أن يلجأ إلى رأى الأطباء الشرعيين ليتحقق من تمام ولادة الجنين حياً.

وتثبت واقعة الميلاد بالقيود فى السجلات المعدة لذلك. ويجوز لكل من له مصلحة فى أن يستخرج منها صورة رسمية، ومع ذلك فليس للبيانات الواردة

فى هذه السجلات حجية مطلقة، إذ يقتصر دور الموظف الذى يقوم بتحريرها على مجرد كتابة البيانات التى يذكرها له ذوى الشأن. ولذلك يكون اثبات واقعة الميلاد وهى واقعة مادية جائزاً بكل الطرق. وهذا هو ما قضت به المادة ٣٠ من القانون المدنى إذ تنص على أنه: «تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك، فإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الاثبات بأية طريقة أخرى». وأما اثبات ما يتفرع عن واقعة الميلاد من أثر فإنه يخضع لقواعد الأحوال الشخصية.

سرگاز. الجنين:

تثبت الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً، ومع ذلك فللجنين بعض الحقوق التى يعينها القانون. وهذا هو ما نصت عليه المادة ٢٩ مدنى بقولها «... ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون» ولقد اعترف القانون للجنين ببعض الحقوق بالنسبة لاستحقاقه فى الميراث والوصية.

فبالنسبة للميراث يقضى القانون بأن يحتجز للجنين من تركة مورثه المتوفى بأفضل النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى، فإذا أتى الجنين بعد ذلك ذكراً أخذ ما أوقف له، وأما إذا كان أنثى أخذ نصيبه باعتباره كذلك ويرد القدر الزائد إلى تركة المتوفى ليزرع بعد ذلك على سائر الورثة، وأما إذا ولد ميتاً فما أوقف له يرد إلى تركة مورثه ليتم بعد ذلك توزيعه على ورثة هذا الأخير، وإذا حدث وانفصل الجنين عن أمه لحظة الولادة حياً ولو كان ذلك للحظة ثم مات بعد ذلك، فإن ما أوقف له يكون من نصيبه على التفصيل السابق ثم يوزع بعد ذلك على ورثته بشرط أن تثبت لهم هذه الصفة وقت وفاة هذا الجنين.

وبالنسبة للوصية، فللجنين ما أوصى له بعد وفاة الموصى، واستحقاق الحمل المستكن لما أوصى له به موقوف على تمام ولادته حياً. وأما إذا ولد ميتاً فإن ما أوصى له به يدخل فى تركة الموصى ويعتبر جزءاً منها ويوزع بالتالى على ورثته.

ولقد ذهب جانب فى الفقه المصرى إلى القول بأن الشخصية القانونية للجنين تثبت له بصفة استثنائية. وتبعاً لذلك لأن هذه الشخصية لا تثبت له إلا فيما نص عليها القانون من حالات. وأما فيما عد ذلك - ولو كان فيه مصلحة للجنين - فلا تثبت للجنين شخصية قانونية. وذهب رأى آخر فى الفقه استثنائياً إلى ما ورد فى نصوص القانون من منع الجنين شخصية قانونية بالنسبة للميراث والوصية إلى القول بأن الحقوق التى تثبت للحمل المستكن هى التى لا تتوقف على قبول (الميراث والوصية) ولذلك فقد ذهب هؤلاء الفقهاء إلى القول بعدم جواز الهبة للجنين بأن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول ويستند هؤلاء الفقهاء إلى أن الولاية لا تثبت ولا تبدأ إلا بالولادة وليس للجنين وصى يملك القبول عنه وبما أن المشرع المصرى قرر إقامة وصى على الحمل المستكن فلهذا الوصى أن يقبل الهبة وذهب فقهاء آخرون إلى القول بأن اكتساب الجنين يكون ما ينفعه نفعاً محضاً بلا تمييز بين ما يتطلب من التصرفات والقبول وما لا يتطلب ذلك.

ثانياً - - نهاية الشخصية:

تنتهى شخصية الإنسان بموته، وقد يكون الموت حقيقياً وقد يكون اعتبارياً أو حكماً.

(١) الموت الحقيقى:

يترتب على الموت الحقيقى انتهاء الشخصية القانونية وتنتقل جميع أموال المورث إلى الورثة محملة بما على التركة من ديون وتتحمل مسؤولية الورثة عن ديون التركة بقدر ما انتقل إليهم من أصولها .

(٢) الموت الحكمى أو الاعتبارى:

تنتهى الشخصية القانونية للإنسان بوفاة متى كانت الوفاة يقينية ومؤكدة على التفصيل السابق بيانه . وقد لا تكون الوفاة مؤكدة وإن غلبت . ومثال ذلك المفقود هو الذى لا يعلم على وجه اليقين حياً أو ميت . والمفقود على هذا النحو هو الذى تنقطع أخباره على نحو يرجع معه وفاته، كمن يخرج للسباحة وتنقطع أخباره مدة طويلة أو كمن يفقد فى معركة حربية أو زلزال أو فيضان . ومع أن الوفاة ليست يقينية، إلا أنه لا يعقل أن يظل مصير هذا الشخص معلقاً إلى الأبد . لذلك أجاز القانون للقاضى أن يحكم باعتبار هذا المفقود ميتاً إذا مضى على تغيبه وانقطاع أخباره مدة معينة . وتنص المادة ٣٢ من القانون المدنى على أنه : « يسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية » .

ولقد نظم المرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ الأحكام الخاصة بالمفقود - وهذا القانون مأخوذ عن فقه الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين - وتنص المادة ١١ منه على أنه: « يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده . وأما فى جميع الأحوال الأخرى، فيفرض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى، وذلك كله بعد التحرى عنه

بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً فيمكن
إذن للقاضي أن يحكم بموت المفقود في حالتين:

(أ) حالة الغلبة:

إذا كان الشخص قد فقد في وقت يغلب فيه الهلاك، كمن يفقد في حرب
فلا يحكم باعتباره ميتاً إلا بعد أربع سنوات إذا كان من غير العسكريين، وبعد
التحرى عنه بكافة الطرق الممكنة، ويعتبر هذا الشخص ميتاً في تاريخ الحكم
بذلك.

والأصل أن القاضي هو الذي يحكم بذلك، إلا أنه خروجاً على هذا الأصل
أجاز المشرع لوزير الحربية أن يصدر قراراً باعتبار المفقودين من أفراد القوات
المسلحة أثناء العمليات الحربية موتى بعد مضي سنة على فقدهم. ويقوم هذا
القرار مقام الحكم القضائي بذلك^(١).

(ب) حالة لا يغلب فيها الهلاك:

وأما إذا كان الفقد قد تم في ظروف لا يغلب معها الهلاك، فالأمر في
اعتبار المفقود ميتاً في هذه الأحوال أو في عدم اعتباره كذلك متروك للقاضي
الذي له أن يتحرى بكافة الطرق الممكنة للوقوف على حياة المفقود أو موته.
وواضح هنا - ومن باب أولى - أنه لا يجوز الحكم بوفاة المفقود قبل مضي أربع
سنوات على فقد.

(١) القانون رقم ١٠٣ سنة ١٩٥٨.

الأثار العى ترتب على عدم اعتبار المفقود ميتاً:

قلنا الآن أن الوفاة التى تنتهى بها الشخصية القانونية قد تكون حقيقية وقد تكون اعتبارية أو حكمية . فإذا كانت الوفاة حقيقية فإن الأمر لا يشير صمية، وأما إذا كانت الوفاة اعتبارية، فيجب أولاً معرفة الوقت الذى يعتبر فيه المفقود ميتاً من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا المفقود الذى حكم باعتباره ميتاً قد يظهر من جديد - فالوفاة لم تكن حقيقية - فما هو الحكم فى مثل هذه الحالة .

(١) الوقت الذى يعتبر فيه المفقود ميتاً:

لا يعتبر المفقود ميتاً بحسب الأصل إلا بحكم من القاضى . ويعتبر ميتاً من تاريخ هذا الحكم، فالحكم هنا منشئ لا مقرر إذ أن القاضى لا يحكم به إلا بعد التحرى بكافة الطرق الممكنة عن حياة المفقود أو موته . وهو لا يحكم به إلا بعد مضى مدة معينة من تاريخ الفقد على التفصيل السابق بيانه .

وتختلف النتائج التى يمكن أن تنتهى إليها بحسب اعتبار المفقود ميتاً من وقت الفقد أو من وقت الحكم:

فإذا ما قلنا باعتبار المفقود ميتاً من وقت الفقد، ترتب على ذلك ما يلى:

(أ) أن ما أوقف على ذمته من إرث أو وصية بعد الفقد وقبل الحكم يرتد إلى ذوى الحق فيه وهم الذين كانوا يستحقونه من دونه، أى هم ورثة المتوفى (المورث) أو ورثة الموصى . وهذه نتيجة منطقية لأن شرط الاستحقاق بسبب الإرث أو الوصية أن تثبت حياة الوارث وقت وفاة المورث، وحياة الموصى له وقت وفاة الموصى .

(ب) أن تقسم تركة المفقود الذى حكم باعتباره ميتاً على ورثته الذين كانوا موجودين وقت فقدته حتى من توفى منهم بعد الفقد وقبل الحكم. وهذه النتيجة غير منطقية، لأن شرط استحقاق الإرث هو تحقق موت المورث قبل الوارث. وهذا الشرط قد لا يكون متحققاً بالنسبة إلى من توفى من ورثة المفقود فى الفترة بين الفقد والحكم، لانعدام الدليل على وفاة المفقود فى هذه الفترة.

وأما إذا ما قلنا باعتبار المفقود ميتاً من وقت الحكم لا من وقت الفقد، لترتب على ذلك عدة نتائج عكس السابقة:

(أ) تقسم أموال المفقود على من يوجد من ورثته وقت الحكم بفقده، وأما من توفى منهم فى الفترة بين الفقد والحكم، فلا يرثون شيئاً، وهذه النتيجة لا غبار عليها إذ أن من شروط تحقق الإرث أن تثبت حياة الوارث وقت موت المورث.

(ب) ويستحق ما أوقف على ذمته من إرث أو وصية. فيدخل نصيبه منهما ضمن تركته ويقسم بين ورثته الموجودين وقت الحكم. وهذه النتيجة يعترض عليها لأن من شروط استحقاق الإرث أو الوصية ثبوت حياة الوارث أو الموصى له. وقد لا يكون هذا الشرط متحققاً بالنسبة للمفقود فى الفترة ما بين الفقد والحكم.

ونظراً لاختلاف النتائج التى تترتب على الأخذ بأحد الرأيين السابقين. فقد قرر الفقهاء بأن المفقود، بعد الحكم بثبوت وفاته يعتبر بالنسبة للفترة ما بين الفقد والحكم حياً فيما يتعلق بالأحكام التى تضره، فلا تقسم أمواله على

ورثته ولا تحمل زوجة لغيره من الأزواج إلا من تاريخ الحكم (المادة ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) ويعتبر المفقود ميتاً بالنسبة للأحكام التي تنفعه وتضر غيره. فلا يستحق ما أوقف لأجله من إرث أو وصية، بل يرد نصيبه إلى من كانوا يستحقونه باعتبار المفقود ميتاً من تاريخ فقده، وبعبارة أخرى يعتبر المفقود الذى يحكم بموته ميتاً من تاريخ الفقد بالنسبة إلى إرثه من غيره وما فى حكم ذلك، ويعتبر ميتاً من وقت الحكم بالنسبة إلى إرث غيره منه (١).

(١) ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته:

قلنا الآن أن الموت هنا ليس حقيقياً، ولكنه حكماً. وقد يظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته. فما أثر ذلك الظهور على ما يكون قد تم من وقائع أو تصرفات استناداً إلى الحكم بموت المفقود.

(أ) فى شأن الرابطة الزوجية:

بعد الحكم بموت المفقود، قد تكون زوجته قد تزوجت بآخر، فإذا ما ظهر الزوج الأول حياً من جديد، فما هو أثر ظهوره على العلاقة الجديدة التى تكون قد نشأت بين زوجته وهذا الزوج الثانى. القاعدة فى هذا الشأن هى بقاء الزواج الثانى إذا كان الزوج حسن النية أى لم يكن عالماً ولم يكن فى استطاعته أن يعلم إذا ما بذل جهداً معقولاً فى البحث والتحرى بحياة المفقود، وكان قد دخل بزوجه. وفى هذه الحالة يفضل الزوج الثانى على الأول. وأما إذا كان الزوج الثانى على علم بأن من حكم بموته ليس ميتاً أو كان باستطاعته العلم بذلك

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ٢٧٩.

فهو سئ النية ويفضل عليه الزوج الأول . وينطبق نفس الحكم حتى ولو كان الزوج الثانى حسن النية طالما أنه لم يكن قد دخل بالزوجة وعاشرها ، فالأفضل هنا أن تغلب مصلحة الزوج الأول إذ أن الزواج الثانى لم يترتب عليه بعد كل آثاره . وينطبق الحكم نفسه إذا كان الزواج الثانى قد أبرم قبل أن تعتد الزوجة عدة الوفاة وهى التى تحسب من تاريخ الحكم بموت المفقود إذ أن الزواج الثانى يكون فى هذه الحالة باطلاً ويفضل تبعاً لذلك الزواج الأول .

ويذهب جانب من الفقه إلى المفاضلة بين الزوج الأول والثانى تبعاً لمن يكون له منها أولاد ، فإذا كان للزوج الأول من الزوجة أولاد فضل على الثانى ولو كان قد دخل بها بحسن نية ، وأما إذا كان للزوجة من الاثنين أولاد فضل الزوج الثانى شريطة أن يكون حسن النية .

(ب) فى شأن الأموال:

عند الحكم باعتبار المفقود ميتاً ، توزع أمواله على ورثته وكذلك يرد إلى تركته مورثه ما يكون قد حجز له فى الفترة ما بين فقده وبين الحكم باعتباره ميتاً . فإذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بفقده فإن له أن يسترد ما بقى من أموال تحت يد ورثته . وأما إذا ما تصرفوا فيه فليس له مطالبتهم برده وهذا الحكم هو ما يذهب إليه الفقه فى مجموعه . ومع ذلك فنرى ضرورة التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول:

وفيه يكون الورثة قد تصرفوا فيما آل إليهم من تركته المفقود دون أن تعود عليهم من جراء ذلك منفعة ، وهنا لا يلتزم الورثة بالرد .

الفرض الثاني:

وفيه يتصرف الورثة بعوض فيما آل إليهم من تركة المفقود وتعود عليهم من وراء ذلك منفعة، ومثال ذلك استبدال مال من أموال الشركة بمال آخر على سبيل المقايضة. فلا نرى في هذا الفرض ما يحول بين المفقود - وهو الذي حكم باعتباره ميتاً ثم ظهر - وبين حقه في أن يسترد ما حل من مال محل ما كان في الأصل من مشتملات تركته مادام هذا المال موجوداً تحت يد ورثته إذ لا يوجد ما يدعو في هذا الفرض إلى التضحية بمصلحة المفقود وتغليب مصلحة ورثته عليه.

أجب عن السؤال التالي:

بداية الشخصية ونهايتها.

تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً ومع ذلك فإن حقوق الحمل المستكن يحددها القانون.

وكما تنتهي الشخصية القانونية بالميلاد فإنها تنتهي بالوفاة. والوفاة قد تكون حكمية أو حقيقية. وتكون الوفاة اعتبارية أو حكمية بالنسبة للمفقود الذي لا تعرف حياته من موته، كمن يفادر البلاد سعياً وراء الرزق ويغيب مدة طويلة فلا تعرف حياته من موته، ولا يقضى القاضي باعتبار المفقود ميتاً إلا بعد التحري عنه بكافة الطرق والوسائل الممكنة وأن يكون قد مضى أربع سنوات على تاريخ فقدته. وأما إذا كان المفقود من العسكريين فيصدر قرار من وزير الدفاع باعتبار المفقود ميتاً بعد مضى سنة من فقدته.

والقاعدة أن المفقود يعتبر ميتاً من تاريخ الحكم بالنسبة إلى ميراث غيره منه، ومن تاريخ الفقد بالنسبة إلى ميراثه هو من غيره.

المطلب الأول

مميزات الشخصية

خطة البحث:

تتناول دراسة مميزات الشخصية كل ما يميز شخص عن الآخر. ويتميز الشخص عن الآخر بحالته وباسمه وبموطنه.

أولاً - الحالة:

من أكثر الاصطلاحات القانونية إثارة للغموض اصطلاح «الحالة» فأحيانا يقصد بها حالة الشخص السياسية، وأحيانا حالته الدينية، وأخيراً حالته العائلية.

١ - الحالة السياسية:

ويكون المقصود بها تمييز كل شخص عن الآخر بجنسيته أى بانتمائه إلى دولة معينة، ويحدد القانون في كل دولة الشروط اللازمة لاكتساب الجنسية، وقد تثبت الجنسية للشخص على أساس رابطة الدم فيأخذ الأب جنسية أبيه، وقد تثبت بالميلاد فتثبت للشخص جنسيته بجنسية البلد التي يولد عليها. وقد تثبت الجنسية أيضاً بالزواج فتأخذ الزوجة جنسية زوجها. والقاعدة في القانون المصري هو ثبوت الجنسية على أساس رابطة الدم، وإن كانت هناك بعض حالات خاصة يأخذ فيها المشرع المصري بحق الإقليم.

ويقترّب على انتماء الشخص إلى دولة معينة واكتسابه لجنسيتها عدة آثار من أهمها اكتسابه صفة المواطن وما يستتبع ذلك من تمتعه بالحقوق السياسية وما يقع عليه من واجب أداء الخدمة العسكرية فهذه الحقوق والواجبات لا تثبت إلا لمن له صفة المواطن.

٢- الحالة الدينية:

وبما يميز الشخص أيضاً عن الآخرين انتمائه إلى دين معين، ومع أن الدين لا يعتبر في كثير من الدول من مميزات الشخصية في الوقت الحاضر، إلا أنه يعتبر كذلك في مصر. فتختلف حقوق الشخص عندنا تبعاً لانتمائه إلى دين من الأديان. فإذا كان مسلماً جاز بالنسبة له أن تتعدد الزوجات، وإذا كان غير مسلم فالتعدد لا يجوز. وإذا كان الزوج مسلماً جاز له أن يطلق بإرادته المنفردة، وأما إذا كان مسيحياً فهذا الحق غير جائز. ويختلف أيضاً القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية تبعاً لحالة الشخص الدينية. فإذا كان مسلماً فإن الشريعة الإسلامية تكون هي الواجبة التطبيق، وأما بالنسبة لغير المسلمين إذا تحدوا ديناً وطائفة وملة فإن شريعتهم الخاصة تكون هي الواجبة التطبيق. وتختلف الأحكام الواردة في الشريعة الإسلامية عن الأحكام الواردة في هذه الشرائع الخاصة. وفي غير الحالات التي ينطبق فيها الدين، فالأصل أن الجميع لدى القانون سواء ولا يجوز التفرقة بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو الدين.

٢- الحالة العائلية:

وحالة الشخص العائلية تعتبر من أهم مميزات شخصيته - والمقصود

بالحالة العائلية هو تحديد مركز الشخص من حيث انتمائه إلى أسرة معينة. وينتج بطبيعة الحال عن هذا الانتماء قرابة، وهذه القرابة قد تكون قرابة نسب أو قرابة مصاهرة.

(أ) قرابة النسب:

وهي التي تضمن كل من يجمعهم أصل مشترك واحد، وقد تكون هذه القرابة مباشرة أو قرابة حواشي.

القرابة المباشرة:

أو كما يسميها البعض من الفقهاء بالقرابة الرئيسية أو العمودية هي الصلة التي تجمع بين الأصل والفرع. وفي القرابة المباشرة ينحدر الفرع من الأصل. ومثال ذلك الصلة بين الابن والأب أو بين الحفيد والجدة. وقد تكون هذه القرابة صاعدة أو نازلة. وتكون صاعدة إذا كانت بين الابن وأبيه أو بين ابن الابن والجدة وإن علا. وتكون نازلة حين تنزل من الأب إلى الابن أو من الجد إلى ابن الابن.

الشكل الأول

وللقرابة المباشرة درجات. ويراعى في حساب درجات القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود إلى الأصل بخروج هذا الأصل (المادة ٣٩ مدني). فإذا كان المراد معرفة درجة قرابة الابن لأبيه، فإنها تكون الدرجة

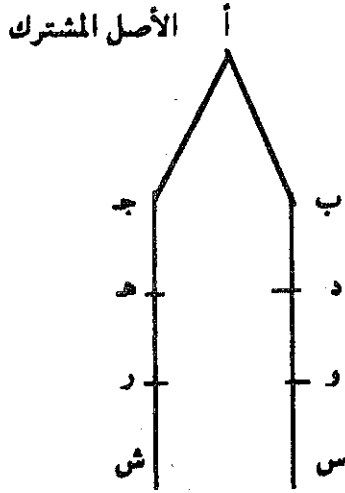
الأولى . وإذا كان المراد هو معرفة درجة القرابة بين ابن ابن الابن والجد حسبت كالاتى: ابن ابن الابن إلى أبيه درجة، وابن الابن إلى أبيه درجة، وأخيراً الابن إلى أبيه (الجد) درجة . فتكون درجة قرابة ابن ابن الابن إلى جده هى الثالثة .

	الجد
الشكل الثانى	درجة أولى
	درجة ثانية
	درجة ثالثة

وأما عن قرابة الحواشى Parentè colla terale ou oblique

فهى الرابطة التى تجمع بين أشخاص متحدين فى الأصل المشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر (المادة ٢/٣٥ مصرى) . فالذين يميز إذن القرابة المباشرة عن قرابة الحواشى هو أن ذوى القربى فى الأولى ينحدر أحدهم من الآخر، فى حين أن ذلك غير متوفر فى الثانية . غاية ما فى الأمر هو وجود أصل مشترك يجمع بينهم .

وتفترض قرابة الحواشى على الأقل خطين يتلاقيان فى أصل مشترك واحد . ويمكن التمثيل لها بزاوية يوجد القريبان فى أسفل ضلعيها ويوجد الأصل المشترك فى رأسها . ويمكن بيان هذه القرابة فى الشكل الآتى:



فالأخوان (ب) و (ج) لا ينحد أحدهما من الآخر، بل يجمعهما فقط أصل واحد مشترك. فالقربة بينهما قرابة حواشي لا قرابة مباشرة. ولا قرابة الموجودة أيضاً بين (د) و (هـ) حواشي لا مباشرة.

وتحسب القرابة بين من يجمعهم أصل مشترك واحد دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر على النحو التالي:

تجمع عدد الدرجات التي تتوسط بين المراد معرفة درجة قرابته بالآخر صعوداً إلى الأصل المشترك، ثم بعد ذلك نزولاً من الأصل المشترك إلى القريب الآخر، مع عدم حساب الأصل المشترك. فالقربة الموجودة بين (ب) و (ج) وهما أخوان تكون في الدرجة الثانية، إذ أنها تحسب صعوداً من (ب) إلى (أ) درجة، ثم نزولاً من (أ) إلى (ج) درجة أخرى. وبين أبناء العمومية (د) و (هـ) تكون القرابة من الدرجة الرابعة. وبين أبناء العمومة تكون القرابة من الدرجة السادسة... الخ.

وكما تكون قرابة الحواشي من جهتين (الأخوة والأشقاء) فإنها يمكن أيضاً أن تكون من جهة واحدة إذا اشترك الفروع في الأب فقط (الأخوة غير الأشقاء) وتبدو أهمية القرابة من جهتين أو من جهة واحدة في تحديد الأنسبة في الميراث^(١).

(ب) قرابة المصاهرة:

يترتب على علاقة المصاهرة نوعين من القرابة:

- الأولى: بين الزوج وزوجته وتسمى بقرابة الزواج. ولا يمكن اعتبارها قرابة نسب مباشرة أو قرابة حواشي إذ قد لا يجمع بين الزوجين أصل واحد مشترك. ومع ذلك فالصلة التي بين الزوج وزوجه أوثق من صلة القرابة، أو على الأقل يجب أن تكون كذلك.

- الثانية: وتنشأ بين كل من الزوجين وأقارب الزوج الآخر. فلا قرابة مصاهرة بين أحد الزوجين وأطهار الزوج الآخر، فلو تزوجت امرأتان أخوين لا يعتبران قريبتين بالمصاهرة ولا قرابة مصاهرة بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر. وتنص المادة ٣٧ من القانون المدني على أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس درجة القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر «فوالد الزوج يعتبر بالنسبة للزوجة قريباً من الدرجة الأولى، وشقيق الزوجة يعتبر بالنسبة للزوج قريباً من الدرجة الثانية».

(١) راجع، عبيد الحى عجمازى، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثانى سنة ١٩٧٠، مطبوعات جامعة الكويت، فقرة ٥٠١ وما بعدها.

أهمية القرابة وآثارها:

تبدو أهمية القرابة فى تحديد مركز الشخص القانونى فى مواجهة أسرته .
فإذا كان أباً وجب عليه الانفاق على أبنائه ، وإذا كان ابناً وجبت عليه الطاعة .
وإذا كان زوجاً وجب عليه الانفاق على زوجته ووجب على الزوجة طاعته .
وتتحدد هذه الحقوق والواجبات تبعاً لحالة الشخص العائلية ومركزه فى مواجهة أسرته .

ولا تقتصر أهمية الحالة العائلية على ذلك فقط ، بل ان لتحديد درجة القرابة أهمية كبيرة فى القانون . فكثيراً ما يعتمد القانون بدرجة القرابة ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة ٩٣٩ مدنى من منع الأخذ بالشفعة إذا كان البيع قد تم بين الزوجين أو بين الأصول والفرع أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار إلى الدرجة الثانية . ومن أمثلة ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ١٤٦ من قانون المرافعات الجديد - وهذه المادة واردة فى الباب الثامن وهو الخاص بعدم صلاحية القضاة وردهم وتنحياتهم - من أنه يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى وممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة ، ومن أهم الآثار التى تترتب أيضاً على القرابة بالنسبة للزواج ما يتعلق بالحرمان من النساء بسبب القرابة سواء أكانت هذه القرابة قرابة نسب أو قرابة مصاهرة .

أجب عن السؤال الآتى:

عرف القرابة وأذكر أنواعها؟

القرابة تنشأ بين أفراد الأسرة الواحدة . وأفراد الأسرة الواحدة هم الذين

يجمعهم أصل مشترك واحد (قربة النسب) . وقد تكون هذه القربة مباشرة وقد تكون غير مباشرة أو قربة الحواشي . وأما عن قربة النسب المباشرة فإنها هي تلك التي تجمع بين شخصين ينحدر أحدهما من الآخر مثال ذلك قربة الابن لأبيه وهو يعتبر قريباً له من الدرجة الأولى . وأما عن قربة الحواشي فإنها توجد بين من يجمعهم أصل مشترك واحد دون أن يكون أحدهما منحدراً من الآخر، من ذلك قربة الأخ لأخيه أو الأخت لأختها أو لأخيها ومحسب هنا درجة القربة صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك ثم هبوطاً من الأصل المشترك إلى الفرع دون حساب الأصل المشترك درجة من ذلك قربة الأخ لأخيه فإنها محسب على النحو التالي صعوداً من الأخ (الابن) لأبيه درجة ثم هبوطاً من الأب لإبنه الآخر وهذه درجة أخرى دون حساب الأصل المشترك درجة وهو بذلك يكون قربة الأخ لأخيه من الدرجة الثانية هذا عن حساب درجات القربة (قربة النسب) .

وأما عن قربة المصاهرة، فهي التي تنشأ بين أقارب كل من الزوجين والزوج الآخر، ولا توجد بين الزوج وزوجته درجة قربة بسبب الزواج ولكن تنشأ درجة قربة بين الزوجة مثلاً ووالد زوجها (الدرجة الأولى) أو بين الزوجة وشقيق زوجها فهي تكون أيضاً من الدرجة الثانية، ولا توجد درجة قربة بسبب المصاهرة بين أقارب كل من الزوجين والزوج الآخر .

أجب عن السؤال الآتي:

«تدرج الأهلية تبعاً للسن» اشرح هذه العبارة ثم بين حكم تصرفات ناقص الأهلية.

الاجابة: يقال إن الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء. وأما عن أهلية الوجوب فإنها تعنى الصلاحية لاكتساب الحق وتحمل الالتزام، وأما عن أهلية الأداء فإنها تعنى الصلاحية لمباشرة التصرفات القانونية والذي يميز أهلية الوجوب عن أهلية الأداء هو أن الأولى تثبت لكل شخص، في حين أن الثانية لا تثبت إلا لمن لديه قدر من الادراك والتمييز.

وأما عن تدرج هذه الأهلية تبعاً للسن فإن الإنسان يكون عديم الأهلية حتى سن ٧ سنوات وتكون جميع تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً سواء أكانت هذه التصرفات نافعة له نفعاً محضاً أو كانت ضارة به ضرراً محضاً أو كانت دائرة بين النفع والضرر، ومن سبع سنوات حتى ٢١ سنة فإن الأهلية تكون ناقصة

ويسمى هذا الشخص ناقص الأهلية أو ناقص التمييز، وتقع تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً صحيحة وأما عن التصارة به ضرراً محضاً فإنها تقع باطلة بطلاناً مطلقاً وأما عن الدائرة بين النفع والضرر كالشراء مثلاً فإنها تقع قابلة للبطلان لمصلحة التعاقد ناقص الأهلية.

ومع ذلك فإنه يرد على هذه القواعد عدة استثناءات من ذلك أنه إذا التزم القاصر ناقص الأهلية في حدود ما اكتسبه من عمله الخاص فإن ما يلتزم به يقع صحيحاً. وإذا أذنت المحكمة للقاصر في تصلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها فإن تصرفاته تقع صحيحة في حدود هذا الإذن الصادر له بالإدارة واستثناءات أخرى نص عليها قانون الولاية على المال الصادر سنة ١٩٥٢.

خصائص الاسم:

الاسم مميز هام من سمات الشخصية، وباعتباره كذلك له عدة خصائص

لحملها فيما يلي:

١- لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه:

فاسم الشخص هو الذي يميزه عن غيره، وهو باعتباره كذلك لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه، ومع ذلك فيجوز التصرف في الاسم التجاري بشرط ألا يكون هذا التصرف مستقلاً عن التصرف في المحل التجاري نفسه وهذا هو ما سبق لنا بيانه. وأما حيث يستعمل الاسم في غير تفريده للشخص ولتحديده فإنه يجوز التصرف فيه.

٢- لا يكتسب الاسم ولا يسقط بالتقادم:

مادام أن الحق في الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فإنه لا يكتسب بالتقادم. وهذا يعنى أنه إذا انتحل شخص اسم الغير واستعماله مدة طويلة فإنه لا يكتسب هذا الاسم بالتقادم. وكذلك فإن عدم استعمال اللقب مهما طال على ذلك الزمن لا يفقد صاحبه الحق فيه.

حماية الاسم:

قلنا الآن أن الاسم يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية وهو يعتبر بالإضافة إلى ذلك واجباً تفرضه ضرورات التنظيم داخل الجماعة. وترتيباً على ذلك فإنه يجوز لكل من يقع على اسمه اعتداء سواء بانتحال هذا الاسم واستعماله يضر بصاحبه أو بأية طريقة أخرى من طرق الاعتداء أن يطالب بوقف هذا الاعتداء، وله بالإضافة إلى ذلك المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

ثالثاً - - الموطن:

تتميز الشخصية بالحالة والاسم والموطن. والحالة قد تكون سياسية أو دينية أو عائلية. وتفيد الحالة العائلية للشخص فى تحديد انتمائه إلى أسرة معينة. ويفيد الاسم فى تفريده وتمييزه عن غيره من أفراد الجماعة. وأما الموطن فإنه يفيد فى معرفة مكانه والعثور عليه.

ويعرف القانون الموطن بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص إقامة مستقرة ويعتبر أنه موجود فيه دائماً ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة. وفى هذا المعنى يختلف الموطن عن محل الإقامة: فالموطن هو الذى يقيم فيه الشخص إقامة

دائمة ومستقرة ولو تغلغل ذلك فترات غياب مؤقتة . وأما محل الإقامة فهو المكان الذى يقيم فيه الشخص ولو كان ذلك بصفة مؤقتة كالإقامة فى فندق أثناء رحلة سياحية أو غير ذلك .

وللمواطن على هذا النحو أهمية كبيرة فى نظر القانون . والغالب أن يكون لكل شخص موطن . وقد يكون للشخص الواحد أكثر من موطن وقد يكون الشخص بلا موطن ، ويتعدد موطن الشخص إذا كانت له إقامة ثابتة ومستقرة فى أكثر من مكان ومثال ذلك من يكون له أكثر من زوجة فيتعدد موطنه بتعدد زوجاته . ولا يكون للشخص موطن إذا لم تكن له إقامة ثابتة ومستقرة فى مكان ما . مثال ذلك البدو الرحل فهؤلاء لا موطن لهم . وتبدو الأهمية العملية للمواطن فى عدة مسائل نجملها فيما يلى :

١- القاعدة فى قانون المرافعات أن تعلن الأوراق القضائية الواجبة الإعلان إلى الأشخاص فى موطنهم . ومثال ذلك صحيفة الدعوى والتنبيه والانتذار ، فكل هذه الأوراق يجب اعلاتها إلى المدعى عليه فى موطنه . فالمواطن هو الذى يحدد بحسب الأصل الاختصاص المحلى للمحاكم المدنية .

٢- فى الشركات أو التفاليس تكون المحكمة المختصة هى التى يقع فى دائرتها موطن المتوفى .

الأنواع المختلفة للمواطن:

المواطن العام هو المكان الذى يعتد به بالنسبة للشخص فى جميع معاملاته . والأصل أن الشخص حر فى اختيار الموطن الذى يشاء . وعلى ذلك

فقد يفرض القانون على بعض الأشخاص موطناً معيناً يسمى بالموطن القانونى أو الالزامى .

والموطن الخاص هو الذى يعتد به بالنسبة لعمل معين أو سلسلة معينة من الإجراءات ، ومثال ذلك الوطن الانتخابى الذى يعين لمباشرة حق الانتخاب . وموطن الأعمال الذى يعتد به لمباشرة نوع من أنواع التجارة أو الأعمال . والوطن الذى يختاره شخص لتوجه إليه فيه الدعاوى ، وغالباً ما يكون هذا الوطن مكتب محاميه .

وسوف نعرض الآن لبيان الوطن العام الاختيارى ، ثم الوطن القانونى ، وأخيراً الأنواع المختلفة للموطن الخاص .

الوطن العام الاختيارى:

قلنا الآن أن موطن الشخص يتحدد بالمكان الذى يقيم فيه بصفة يغب عليها طابع الدوام ، ولقد أخذت الشرائع فى تحديددها للموطن بعدة طرق تختلف باختلاف التشريعات ونعرض لها فيما يلى:

- الشرائع الأنجلو سكسونية وأهمها القانون الأنجلوزى:

تختلف الطريقة التى يتحدد بها الوطن فى الشرائع الأنجلو سكسونية عن الشرائع الأخرى . ففي القانون الأنجلوزى يتحدد الوطن باعتباره صلة ينشئها القاون بين شخص معين وجهة أو منطقة يعتبر هذا الشخص منتسباً لها ، وبذلك يتحدد القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية . ولا بد إذن أن يكون لكل شخص موطن ما إذ لا يمكن ألا يكون للشخص جنسية ينتسب

إليها . ولا يمكن أن يكون للشخص بحسب الأصل غير موطن واحد .

- في القانون الفرنسي :

اهتم القانون الفرنسي أيضاً بموطن الشخص وذلك نظراً لما يترتب على تحديد الموطن من نتائج . ويفرق القانون الفرنسي بين موطن الشخص ومحل سكنه . فالموطن هو المكان الذي يوجد فيه المركز الرئيسي للنشاط الشخصي *Son principal etablissement* ، في حين أن محل سكنه هو المكان الذي يوجد فيه الشخص . وقد يتعدد محل السكن ولا يتعدد الموطن .

ولما كان لتحديد الموطن أهمية كبيرة في توجيه صحف الدعاوى وكثير من الإجراءات القضائية، لذلك فقد ذهب القضاء في فرنسا - نظراً لما ترتب على توحيد الموطن من صعوبات - إلى القول بتعدد الموطن وخاصة بالنسبة للأشخاص المعنوية ثم تطور هذا التعدد ليشمل آحاد الناس - وأظهر القضاء ما سمي بالموطن الظاهر *le domicile apparante* حماية للمدعين حسنى النية .

ولقد أقر الفقه في فرنسا ما ذهب إليه القضاء في هذا الشأن .

- في الشرائع الإسلامية والقانون المدني القديم :

لم تأخذ الشريعة الإسلامية في الموطن بتصوير مجازي له، بل أخذت بتصوير واقعي للموطن . ولقد جاء في كتاب بدائع الصنائع للكاساني « يجوز أن يكون الموطن الأصلي واحداً أكثر من ذلك، بأن كان له أهل ودار في بلدين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها وإن كان هو ينتقل من أهل إلى أهل في السنة . . . » وبناء على ذلك فسقد عرفت المادة ٢١ من لائحة ترتيب المحاكم

الشرعية المواطن بأنه «البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيماً فيه عادة».

- المواطن فى القانون المدنى المصرى:

أخذ المشرع المصرى بما انتهت إليه الشريعة الإسلامية فى تصويرها للمواطن (الموطن الواقعى) . فنصت المادة ٤٠ من القانون المدنى الجديد على أن الوطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة . وتبعاً لذلك فإن المكان الذى يباشر فيه الموظف عمله لا يعتبر موطناً له إذ أنه لا يقيم فيه عادة بصفة مستقرة .

ولا تعنى الإقامة فى مكان ما بصفة مستقرة أن يقيم فيه الشخص مدة معينة، بل قد يقيم شخص فى مكان ما نصف السنة وفى المكان الآخر نصف السنة الآخر . ويعتبر كل من المكاين موطناً له . وتبعاً لذلك فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٠ مدنى على أنه «يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما» .

تغير الوطن:

قلنا الآن أن موطن الشخص هو المكان الذى يقيم فيه بصفة مستقرة فيشترط إذن لاعتبار مكان معين موطناً للشخص شرطان:

١- أن يقيم الشخص فعلاً فى هذا المكان بصفة مستقرة .

٢- وأن تكون عند هذا الشخص نية الاستيطان فيه^(١) . وإذا ترك

(١) سليمان مرقس، المربع السابق، فقرة ٣٣٤ .

الشخص المكان الذى يقيم فيه عادة وأقام فى مكان آخر، فإن ذلك لا يعنى زوال موطنه القديم، بل يكتسب هذا الشخص بالاضافة إلى موطنه القديم موطناً جديداً له، ولا تزول عن الموطن القديم صفته إلا إذا تركه الشخص ليقيم فى مكان آخر.

الموطن العام القانونى:

قلنا الآن أن الموطن العام قد يكون اختيارياً وقد يكون قانونياً. ويكون الموطن قانونياً إذا كان القانون هو الذى يفرضه على الشخص، ولم يكن له حرية فى اختياره. ومثال ذلك موطن القصر والمحجور عليهم، إذ يكون موطنهم هو موطن من يمثلهم قانوناً. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٨ من القانون المدنى، إذ يتحدد موطن القصر والمحجور عليهم وفقاً لما تنص عليه هذه المادة بموطن وليهم أو وصيهم أو القيم عليهم، وموطن الزوجة بموطن زوجها. وهذا هو ما نصت عليه المادة ١/٤٢ مدنى بقولها أن «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً». وفى الموطن القانونى أو الإلزامى خروج على ما تنص عليه المادة ٤٠ مدنى، والتى تحدد موطن الشخص بالمكان الذى يقيم فيه عادة، إذ قد لا يكون القاصر أو المحجور عليه مقيماً فى المكان الذى يقيم فيه ممثله القانونى. ويبرر هذا الخروج رغبة المشرع فى أن يحقق مصلحة القصر والمحجورين.

وستثنى من الخضوع للأحكام الخاصة بالموطن القانونى القاصر الذى يبلغ من العمر ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه كالسفيه وذى الغفلة، حيث أجازت المادة ٤٢ مدنى لكل منهم أن يكون له موطن خاص به بالنسبة للتصرفات التى زعطى له الحق فى مباشرتها.

الموطن الخاص (أنواعه):

عرفنا الآن الموطن العام بنوعيه الاختيارى والقانونى . وأما الموطن الخاص فإن أهم أنواعه موطن الزعمال والموطن المختار .

موطن الأعمال:

عرفت المادة ٤١ مدنى ما اصطلح الفقهاء على تسميته بموطن الأعمال بأنه « المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة . . . » واعتبر القانون هذا المكان موطناً للشخص بالنسبة لما يتعلق بإدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة . فلا يكون هذا الموطن إذن إلا لمن له تجارة أو حرفة . فليس للموظف موطن أعمال . ولا يكون هذا المكان موطناً بالنسبة لمن له تجارة أو حرفة إلا فيما يتعلق بهذه التجارة أو الحرفة ، وفى غيرهما لا يعتد إلا بالموطن العام للشخص .

الموطن المختار:

وهو الموطن الذى يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين ومثال ذلك من يتخذ له موطناً مختاراً مكتب أحد المحامين كي تعلن فيه إليه كافة الأوراق القضائية المتعلقة بمنازعة بينه وبين آخر .

والحكمة من اتخاذ موطن مختار تكمن فى الرغبة فى اختبار مكان يسهل فيه مخاطبة صاحب هذا الموطن المختار بالنسبة لمباشرة أو تنفيذ عمل معين . والأصل أن تحديد الموطن المختار واتخاذ جوازيماً ومع ذلك فقد يكون هذا الاختيار اجبارياً فى بعض الحالات . ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى إذ توجب هذه المادة أن يختار الدائن المرتهن موطناً مختاراً له فى

دائرة المحكمة التى يتبعها العقار وإلا صح اعلاته فى قلم كتاب المحكمة. وإذا ما اتخذ شخص بالنسبة له موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى، فإن هذا الموطن يكون هو المكان الذى يخاطب فيه بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل بما ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى (المادة ٢/٤٣ مدنى)، ولا يجوز اثبات وجود الموطن المختار إلا كتابة (المادة ١/٤٣ مدنى).

أجب عن السؤال الآتى:

عرف الموطن واذكر الأنواع المختلفة للموطن.

الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص اقامة مستقرة ويعتبر موجوداً فيه ولو تغيب عنه بصفة طارئة أو عارضة، والأصل هو أن يكون للشخص موطن واحد، ولكن ذلك لا يحول دون تعدد الموطن كمن يكون متزوجاً من اثنتين، وقد يكون بلا موطن، من ذلك البدو الرحل les nomades وهم لا موطن لهم ولكنهم يسعون وراء الكلاً والرعى.

وأما عن الأنواع المختلفة فهناك ما يسمى بالموطن العام القانونى ويتحقق ذلك عندما يفرضه القانون على شخص دون أن تكون له حرية فى اختياره ولعل مثال ذلك موطن القصر والمحجور عليهم هو موطن من يمثلهم قانوناً من ذلك ما تنص عليه المادة ١/٤٢ مدنى بقولها أن موطن القصر والمحجور عليه هو موطن وليهم. وأما عن الموطن الخاص فإنه إما أن يكون موطن الأعمال وهو يعتبر المكان الذى يمارس فيه شخص تجارته أو حرفته، ويعتد به القانون فى كل ما يتعلق بمراولة التجارة أو الحرفة. وهناك أيضاً الموطن المختار وهو الموطن الذى

يختاره شخص لتنفيذ عمل قانوني معين . ومثال ذلك من يتخذ له موطناً مختاراً لمباشرة قضاياه مكتب محاميه .

المطلب الثاني

الأهلية ((أهلية الأداء))

خطة البحث:

تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بتداع ولادته حياً، ومع ذلك فإن حقوق الحمل المستكن يحددها القانون، وتنتهى شخصية الإنسان بوفاته سواء أكانت هذه الوفاة حقيقية أو حكمية . إلا أن توليد الحق والالتزام ومباشرة وأدائه وتوليد آثاره، قد لا يكون ممكناً إلا إذا كان مرتبطاً بنشاط إرادى للفرد وقدرة معينة على التمييز لديه . وهذه المباشرة أو القدرة هى ما يطلق عليه اصطلاحاً «الأهلية» فما هو المقصود بها، وما هى أحكامها، وهل ترتبط الذمة المالية للشخص بما له من شخصية قانونية؟

أولاً - تحديد معنى الأهلية بنوعيتها:

الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء . وأهلية الوجوب هى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وللتحمل بالالتزامات . وأما أهلية الأداء فهى صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية . فالذى يميز أهلية الوجوب عن أهلية الأداء إذن هى أن الأولى تثبت لكل شخص، فى حين أن الثانية لا تثبت للشخص إلا إذا توافر لديه قدر من الإدراك والتمييز، فأهلية الوجوب تثبت كاملة للإنسان منذ ولادته بل إنها تثبت له أيضاً فى فترة الحمل

المستكن L'enfant Concu فى بعض الحالات التى نص عليها القانون . وأما أهلية الأداء فإنها لا تثبت له إلا إذا بلغ درجة معينة من النضج تسمح له بـالتمييز بين ما يضر وما ينفع .

ويختلف تعيين أهلية الوجوب بالنسبة إلى الأشخاص الطبيعيين عنه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية . وسوف نبين الآن المقصود بأهلية الوجوب بالنسبة إلى الأشخاص الطبيعيين . وأما عن أهلية وجوب الأشخاص الاعتبارية فسوف نعرض لها عند دراسة الأشخاص الاعتبارية .

أهلية وجوب الأشخاص الطبيعية: قلنا الآن أن أهلية الوجوب هى صلاحية الشخص لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام .

ومع ذلك تجب التفرقة بين الحقوق السياسية والحقوق المدنية ، فأما بالنسبة للحقوق السياسية فإن القانون هو الذي يحدد أهلية الأشخاص بالنسبة إلى كل حق من هذه الحقوق . فيبين القانون مثلا الشروط اللازمة لتولى الوظائف العامة وحق الانتخاب وحق الترشيح .

ومن ذلك ما ينص عليه القانون من أن المصريين البالغين من العمر ١٨ سنة يكون لهم دون غيرهم حق تولى الوظائف العامة وأن المصريين البالغين من العمر ١٨ سنة يكون لهم حق انتخاب أعضاء مجلس الشعب .

وأما بالنسبة للحقوق غير السياسية ، فالأصل أنها تثبت بالنسبة للكافة فيما عدا الحالات التى يحد فيها القانون من هذه الأهلية . ومن أمثلة القيود التى تحد من أهلية الوجوب ما يأتى :

١- ما تنص عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه «لا يجوز للقضاء ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا وقع البيع باطلاً».

٢- ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ فى شأن تعيين حد أقصى للملكية الأسرة والفرد من الأراضى الزراعية وما فى حكمها من أنه «لا يجوز لأي فرد أن يمتلك من الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الزراضى البور والأراضى الصحراوية أكثر من خمسين فدانا».

٣- ما تنص عليه المادة الأولى من القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ من أنه «يحظر على غير المصريين سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين اكتساب ملكية الأراضى الزراعية والأراضى القابلة للزراعة والأراضى الصحراوية بالجمهورية العربية المتحدة، ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع».

٤- ومن ذلك أيضاً ما تقرره أحكام الشريعة الفسراء من أن القاتل لا يصلح أن يمتلك بطريق الميراث من تركة مورثه.

وأما بالنسبة لأهلية الأداء، فإنها لا تثبت إلا لمن بلغ درجة معينة من النضج تسمح له بالتمييز بين ما يضر وما ينفع.

ومادام أن أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لابرام التصرفات القانونية

فإنها ترتبط بإرادته . ولا بد أن يتحدد نطاقها بالأعمال الإرادية لا بالأعمال
المادية . والسبب فى ذلك هو أن الآثار القانونية ترتبط بالتصرف القانونى تبعاً
لنشاط الإرادة، فالإرادة هى التى تهدف إلى تحقيق الأثر القانونى وأما بالنسبة
للأعمال المادية التى يترتب عليها القانون آثاراً، فإن هذه الآثار يرتبها القانون
بغض النظر عن انصراف الإرادة إلى إحداثها أو عدم انصرافها إلى ذلك .
وينطبق هذا الحكم حتى ولو كانت الإرادة نفسها هى التى ساهمت فى حدوث
الواقعة المادية .

ثانياً: أحكام الأهلية (أهلية الأداء):

الذى يعنينا هنا بطبيعة الحال هو أهلية الأداء، وأما أهلية الوجوب
فنكتفى فيها بما سبق بيانه . وإذا كانت أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لإبرام
التصرفات القانونية، فإن دراسة أحكامها تثير عدة مسائل . تدرج هذه الأهلية
بحسب السن، عوارض الأهلية، وموانعها .

١- تدرج الأهلية بحسب السن:

ترتبط أهلية الأداء بقدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية . ولا
يكون للشخص هذه القدرة إلا إذا كان أهلاً للتمييز بين ما ينفعه وما يضره، أى
أنه يجب لكمال الأهلية أن يبلغ الشخص درجة معينة من النضوج العقلى تسمح
له بهذا التمييز، غير أنه قبل أن يصل إلى هذه السن يمر بمراحل متعددة سابقة
عليه . ففى مرحلة أولى من مراحل سنه يكون عديم الأهلية أو عديم التمييز،
ثم يصبح بعد ذلك ناقص الأهلية أو ناقص التمييز إلى أن يصير فى نهاية الأمر
كامل الأهلية .

المرحلة الأولى - انعدام التمييز:

قلنا الآن أن أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية. وهذه الصلاحية مناطها التمييز ولا تثبت للجنين أهلية أداء مطلقاً، ولا تقضى الشريعة الإسلامية بتعيين ولي أو وصى له، وإنما تجعل ماله الموقوف له تحت يد أمين فقط. ومع ذلك فقد جعلت المادة ٢٩ من القانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال للجنين وصياً تقيمه المحكمة حتى لا تضيق الغلات. وهذا يعنى أن هذا الوصى هو الذى يباشر حقوق الجنين ويقوم بالتصرفات اللازمة لإدارة أمواله وإذا لم يبلغ الشخص سن السابعة فإنه يكون عديم التمييز. وتنص المادة ٤٥ من القانون المدنى على أنه: «لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون». وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز» ومعنى انعدام أهلية الصغير الذى لم يبلغ السابعة بطلان كل ما يبرمه من تصرفات حتى ولو كان التصرف من التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة، ومن باب أولى فإن التصرفات التى يبرمها والتى تكون ضارة ضرراً محضاً لا تصح، ولا تصح كذلك التصرفات التى يبرمها والتى تدور بين النفع والضرر. والبطلان هنا مطلق بمعنى أن يكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك به من تلقاء نفسه ولا ترد عليه إجازة والمقصود بكل ذى مصلحة الذى يكون له التمسك بالبطلان كل من يؤثر هذا التصرف على حقوقه وجوداً أو عدماً. ويترتب على الحكم بالبطلان إعادة المتعاقدين إلى نفس الحالة التى كانوا عليها قبل إبرام العقد، مع ملاحظة أن القاصر لا يلتزم بالرد إلا فى حدود ما عاد عليه من منفعة.

المرحلة الثانية - نقص التمييز:

وهى المرحلة التى يتجاوز فيها القاصر السن السابعة دون أن يصل سنه إلى ٢١ سنة . ففي هذه المرحلة لا يكون الشخص عديم الأهلية ولا كامل الأهلية ولكنه يكون ناقصها . وتنص المادة ٤٦ من التقنين المدنى على أنه : وكل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون» .

ويختلف حكم ما يرمه الصبى المميز (ناقص الأهلية) من تصرفات بحسب التصرف نفسه . فإذا كان التصرف من التصرفات النافعة له نفعاً محضاً كالقبول فى الهبة فإن التصرف يكون صحيحاً . وأما إذا كان من الضارة به ضرراً محضاً كالتبرع بالنسبة للمتبرع فإن هذا التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تصححه اجازة . وأما إذا كان التصرف من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنه يكون باطلاً بطلاناً نسبياً ، أو بمعنى آخر فإن هذا التصرف يكون قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر . وتقع هذه التصرفات فى بداية الأمر صحيحة وإن أمكن بعد ذلك المطالبة بإبطالها ، والذي يكون له الحق فى المطالبة بذلك يكون إما الوصى أو الولي وإما الصبى المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد . فإذا قضى ببطالان هذه التصرفات اعتبر كأن لم تكن ، وإذا لم يقضى ببطالانها أو أجازها من له الحق فى ذلك ظلت منتجة لآثارها . وهذه الاجازة قد تكون صريحة أو ضمنية ، ويسقط الحق فى التمسك بالبطالان بمضى ثلاث سنوات من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته .

والتصرفات النافعة نفعاً محضاً لناقص الأهلية تكون صحيحة ، وتبطل

بطلاً مطلقاً التصرفات التي تكون ضارة به ضرراً محضاً، وأما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحته، وهذا هو مقتضى القواعد العامة، ولقد خرج المشرع على هذه القواعد في بعض مسائل خاصة نوجزها فيما يلي:

(أ) تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال أن للقاصر الحق في التصرف فيما يعطى إليه من أموال بغرض النفقة، ويقع هذا التصرف صحيحاً، وتتحدد مسئولية القاصر في هذه الحالة بقدر ما أعطى إليه من أموال بقصد النفقة. ويكون للقاصر الذي لم يبلغ سنة ٢١ سنة أهلية أداء كاملة بالنسبة لهذه التصرفات.

(ب) تنص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال على أن «للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقاً لأحكام القانون». فمع أن إبرام هذا العقد يعتبر من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر، إلا أن المشرع خول للقاصر تسهيلات له أن يبرم عقد العمل. فإذا بلغ القاصر السابعة فإنه يكون أهلاً لإبرام عقد العمل، مع مراعاة الأحكام الخاصة بتشغيل الأحداث، ومع ذلك فقد أعطى القانون للمحكمة سلطة خطيرة قوامها إنهاء هذا العقد بناءً على طلب الوصي أو ذوى الشأن إذا كان في قيام القاصر بهذا العمل أضرار به.

(ج) ما تنص عليه المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال من أنه يكون «القاصر الذي بلغ السادسة عشر أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله أجراً أو غيره، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته» فمتى بلغ القاصر السادسة عشر من عمره فإنه يكون أهلاً للتصرف

فيما يكسبه من عمله الخاص، وتكون له في هذه الحلول أهلية أداء كاملة، وتقع تصرفاته - في هذه الحدود - صحيحة.

(د) وللقاصر الذى بلغ الثامنة عشر أن يتجر إذا أذنته المحكمة فى ذلك وتقع تصرفاته التى يبرمها فى حدود هذا الإذن صحيحة (المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال).

(هـ) وتنص المادة ١١٢ من قانون الولاية على المال على أنه: «إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون». فإذا بلغ القاصر الثامنة عشر من عمره وأذنت له المحكمة بتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، فإن أعمال الإدارة التى تصدر منه فى حدود هذا الإذن تكون صحيحة. وتقضى المادة ٥٤ من قانون الولاية على المال بحق الولي فى أن يأذن للقاصر الذى يبلغ الثامنة عشرة من عمره فى أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، فللقاصر فى هذه الحالة أيضاً أن يقوم بأعمال الإدارة بالنسبة لما يسلم إليه من أموال. وتكون له فى هذه الحدود أهلية أداء كاملة.

(و) ومن الاستثناءات التى جاء بها قانون الوصية أنه أجاز وصية القاصر البالغ الثامنة عشرة بشرط حصوله على إذن من المحكمة (المادة الخامسة من قانون الوصية). فمع أن الوصية تعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالموصى، وكان مقتضى القواعد العامة اعتبارها باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كان الموصى ناقص الأهلية. إلا أن المشرع أجازها خروجاً على هذا الأصل تأسيساً

على أن الوصية مضافة إلى ما بعد الموت، فهي لا تلحق بالموصى ضرراً في الحال، ومن جهة أخرى فإنها (الوصية) لا تصح إلا إذا حصل الموصى على إذن سابق من المحكمة.

المرحلة الثالثة: البلوغ:

تكتمل أهلية الشخص ببلوغه إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة (المادة ٢/٥٤ مدنى) وتصح كافة التصرفات التى تصدر منه سواء أكانت هذه التصرفات ضارة به ضرراً محضاً أو نافعة له نفعاً محضاً أو كانت من التصرفات التى تدور بين النفع والضرر. فلمن بلغ سنه إحدى وعشرون سنة أن يتبرع (تصرف ضار ضرراً محضاً) وأن يقبل الهبة (تصرف نافع له نفعاً محضاً) وأن يقبل الهبة (تصرف نافع له نفعاً محضاً) وأن يبيع أن يستأجر (مثل هذه التصرفات وغيرها من التى تدور بين النفع والضرر).

٢- عوارض الأهلية^(١):

تكتمل أهلية الإنسان كما هي الآن ببلوغه إحدى وعشرين سنة ميلادية

(١) أجاب عن السؤال الآتى: وتكلم بإيجاز غير مخل عن عوارض الأهلية: .
تكتمل أهلية الشخص الطبيعي ببلوغه ٢١ سنة ميلادية كاملة (المادة ٤٤ من القانون المدنى). ومع ذلك فقد يكون الإنسان كامل الأهلية لهلوعه ٢١ سنة ميلادية كاملة إلا أنه يكون مع ذلك عديم الأهلية لإصابته بمرض عقلى كالجنون والمعتوه والجنون حالة مرضية تصيب الشخص فتفقده القدرة على التمييز بين مختلف الأمور ويلحق المجنون والمعتوه بالصبي عديم الأهلية أو عديم التمييز. ولا تفرقة بين الجنون والمعتوه سوى فى درجة. وأما عن حكم تصرفات المجنون والمعتوه فإنها تقع جميعها باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كان التصرف قد تم بعد تسجيل قرار الحجر وأما إذا كان التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فإنه يقع باطلاً إذا =

كاملة، ويظل على ذلك كبامل الأهلية إلى أن يموت. وتصح بالتالى كفاءة التصرفات التى تصدر منه. ومع ذلك فقد يطرأ عليه ما يعدم لديه التمييز أو يعيبه. وعوارض الأهلية هما الجنون والعتة، والسفه والغفلة.

(أ) الجنون والعتة:

الجنون هو حالة مرضية تصيب الشخص فتفقده القدرة على التمييز ويصبح حكمه حكم الصبى عديم الأهلية. والعتة هو ذلك الخلل الذى يعترى عقل الإنسان فيفقده أيضاً القدرة على الإدراك والتمييز، فالجنون والعتة من نفس النوع وإن اختلفا فى الدرجة. وقد ساوى القانون بينهما فى الحكم، فلا تصح التصرفات التى تصدر من المجنون أو المعتوه سواء أكانت هذه التصرفات ضارة به ضرراً محضاً أو نافعة له أو كانت دائرة بين النفع والضرر. وهذا هو ما تنص عليه المادة ٤٥ مدنى بقولها «لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون».

وتنص المادة ١١٤ من التقنين المدنى على أنه: «يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر».

= كانت حالة الجنون أو العته شائعة أو كان المتعاقد معه على علم بها. وأما عن السفه وذو الغفلة فإن تصرفاته تأخذ حكم تصرفات ناقص الأهلية، ومن ثم فإن تصرفات السفه وذو الغفلة تقع قابلة للبطلان لمصلحته إذا كانت دائرة بين النفع والضرر. وأما إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً فإنها تكون صحيحة وأما إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً فإنها تقع بالطله بطلاً مطلقاً. وأما إذا كان التصرف قد صدر من السفه أو ذو الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر فإنه لا يكون قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة غش أو تواطؤ (المادة ٢/١٥٥ مدنى).

أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها « فيجب التفرقة بين فرضين:

- الفرض الأول:

وفيه يتم تصرف المجنون أو المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر أو بعد تسجيل طلب الحجر، فهنا يقع هذا التصرف باطلاً حماية للمجنون أو المعتوه، وليس لتعاقد مع أى منها أن يدعى حسن نيته، فالفرض أنه كان يعلم بحالة المجنون أو العته، ويستفاد هذا العلم من تسجيل قرار الحجر أو تسجيل طلب الحجر.

- الفرض الثانى:

وفيه يكون التصرف قد تم قبل تسجيل قرار الحجر أو قبل تسجيل طلب الحجر. فهنا يجب أن نفرق بين حالتين: الحالة الأولى وفيها يكون حالة المجنون أو العته شائعة أو لا تكون هذه الحالة شائعة مع علم المتعاقد مع المجنون أو المعتوه بحالته المرضية، فهنا يقع هذا التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، والحالة الثانية وفيها لا تكون حالة المجنون أو العته شائعة ولم يكن المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على علم بمرضه ولم يكن باستطاعته إذا بذل جهداً معقولاً أن يعلم بذلك، فلا يكون التصرف فى هذه الحالة باطلاً حماية للغير حسن النية. وبعبارة أخرى يمكن القول ببطلان تصرف المجنون أو المعتوه إذا كان المتعاقد معه على علم بحالته أو كان من الواجب عليه العلم بها (شيوع الجنون أو العته).

(ب) السفه والغفلة:

السفه والغفلة عارضان يصيبان أهلية الشخص . ولا يترتب عليهما أن يصبح الشخص عديم الأهلية، ولكنه يصير ناقصها شأنها في هذا شأن الصبي المميز (ناقص الأهلية) . والسفه هو حالة تصيب الشخص تدفع به إلى إنفاق المال بلا طائل ولو كان ذلك على وجه الخير .

ولقد جاد في المذكرة الايضاحية لقانون الولاية علي المال (نبذة ٩٦) ما يأتي . . . والسفه بوجه عام خفة تعتري الإنسان تحمله علي العمل علي خلاف مقتضي العقل والشرع . وقد غلب اصطلاح السفه علي تبذير المال واتلاقه علي خلاف مقتضى العقل والشرع .

وفكرة السفه ليست من قبيل الفكرة المقيدة المنضبطة المضمونة، بل هي فكرة معيارية يرجع فيها إلى التجارب الاجتماعية وما يتعارف عليه الناس في حياتهم . وهي تبني بوجه عام علي إساءة استعمال الحقوق . وقد يستخلص قيام السفه من تصرف الإنسان علي خلاف ما يقتضيه الشرع كالإدمان علي المقامرة وقد يستخلص من اتباع الهوى ومعارضة العقل ولو كان التصرف مشروعاً كالإسراف في التبرعات .

وأما الغفلة فيقصد بها سهولة التردى في الغبن لسلامة النية وطيب القلب، وكثيراً ما لا يهتدى ذو الغفلة إلى خيره إذا تصرف (١) .

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٠٥، حسن كبيرة، المرجع السابق فقرة ٢٩٨.

وشأن السفينة وذی الغفلة شأن ناقص الأهلية، فتقع تصرفاته قابلة للبطلان لمصلحته إذا كانت تدور بين النفع والضرر، وتقع صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، وأما إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً فإنها تقع باطلة بطلاناً مطلقاً. وينطبق هذا الحكم إذا كان التصرف صدر الحجر.

وأما إذا كان التصرف قد صدر من السفينة أو من ذی الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر أو قبل تسجيل طلب الحجر، فإنه لا يكون قابلاً للإبطال إلا إذا كانت نتيجة غش أو تواطؤ (المادة ٢/١٥٥ مدنى) ويختلف حكم تصرفات المجنون والمعتوه فى هذا الشأن عن حكم تصرفات السفينة وذی الغفلة إذا كانت هذه التصرفات قد تمت قبل تسجيل قرار الحجر. فبينما تقع تصرفات المجنون والمعتوه فى هذه الفترة باطلة بطلاناً مطلقاً متى كانت حالة المجنون شائعة قابلة للإبطال إلا إذا كان المتعاقد معه على علم بها، نجد أن تصرفات السفينة وذی الغفلة لا تكون قابلة للإبطال إلا إذا كان المتعاقد معه على علم بحالته وأراد فضلاً عن ذلك استغلال السفينة أو ذی الغفلة أو تواطؤاً معه بقصد تمكينه من التهرب مقدماً من آثار الحجر المتوقع.

٣- موانع الأهلية:

متى اكتملت للإنسان أهليته ولم يعد منها عارض من عوارض الأهلية، فإنه يكون أهلاً لمباشرة كافة التصرفات القانونية، ومع ذلك فقد يجد من الظروف ما يحول بين هذا الشخص وبين مباشرة شئونه بنفسه رغم كمال أهليته. وهذا هو ما يسمى بموانع الأهلية. وقد تكون هذه الموانع مادية أو طبيعية أو قانونية. والمانع المادى هو الغيبة، والمانع الطبيعى هو المرض، والمانع القانونى

هو الحكم على الشخص بعقوبة جنائية.

(أ) المانع المادى:

الغيبه مانع مادي يحول بين الشخص وبين مباشرة شئونه بنفسه . ويقضى قانون الولاية على المال بأن تقيم المحكمة وكيلًا عن الغائب كامل الأهلية أو تثبت وكيله العام القاذم بمباشرة أعماله إذا مضى على بداية تغيبه مدة سنة أو أكثر وترتب على ذلك تعطيل مصالحه . فيجب إذن توافر شرطان: الأول منهما أن يمضي على تغيبه سنة فأكثر . والثانى أن يترتب على هذا التغيب الإضرار بمصلحه ، فإذا تخلف أحد هذان الشرطان فلا ينطبق الحكم السابق . وقد تكون الغيبه مما يرجع معها موت المفقود وقد لا تكون كذلك وتنتهى الغيبه وآثارها إذا مات المفقود أو إذا عاد لمباشرة أعماله .

التفرقة بين المفقود والغائب:

لم تكن الشريعة الإسلامية تنظم سوى الأحكام الخاصة بالمفقود على التفصيل الذى بيناه فيما سبق . وكذلك كانت القوانين الوضعية فى مصر حتى سنة ١٩٢٥ إلى أن صدر قانون المجالس الحسبية ونص فى المادة الثالثة منه على أن المجالس المذكورة تختص بتعيين الوكلاء عن الغائبين . فكان للفقهاء أن يتساءل عما إذا كان المقصود بالغائبين المفقودين فحسب أو غيرهم أيضاً .

ولقد أبان المشرع المصرى عن هذه المسألة فى قانون المحاكم الحسبية الذى صدر سنة ١٩٤٧ فنص فى المادة ٥٠ منه على أن « الغائب هو كل شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أم مماته ، أو تكون حياته محققة ولكنه هجر موطنه

راضياً أكثر من سنة وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه ومصالح غيره» .

ثم عدل المشرع بعد ذلك، عن هذا التعريف فى قانون الولاية على المال الصادر سنة ١٩٥٢ حيث اعتبر الغائب كل مفقود لا تعرف حياته أم مماته سواء كان كامل الأهلية أو ناقصها، وكل من ليس له محل إقامة ولا موطن معلوم ومن يكون له محل خارج البلاد المصرية إذا استحال عليه أن تتولى شئون نفسه أو أن يشرف على من ينوبه فى إدارتها (المادة ٨٤ من القانون المذكور) . فإذا كان الغائب كامل الأهلية وكان قد ترك وكيلًا عنه حكمت المحكمة بتثبيته متى توافرت له الشروط اللازمة لتوافرها للوصى وإلا عينت غيره . وإن لم يكن قد ترك وكيلًا تقيم المحكمة له وكيلًا متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه . وأما إذا كان الغائب ناقص الأهلية سرت فى حقه أحكام الولاية على المال التى سيأتى بيانها فيما بعد .

(ب) المانع الطبيعى:

قد يصاب الشخص بعاهتين كأن يكون أصم أبكم أو أعمى أصم مما يتعذر عليه معه أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً . لذلك أجاز القانون للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى فيها مصلحته ذلك . إذ تنص المادة ١/١١٧ مدنى على أنه: «إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته . جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك . ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقرر المساعدة القضائية فيها، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً

بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة». فيجب إذن لإعمال الحكم الوارد في المادة ١٧ مدني توافر شرطين.

- الشرط الأول:

أن يكون الشخص مصاباً بعاhtين اثنتين من العاهات التي نص عليها القانون وهي الصم والبكم والعمى، وأما إذا كان الشخص مصاباً بعاhtة واحدة فإن المساعدة القضائية لا تتقرر له بحسب الأصل. أو إذا كان مصاباً بغير العاهات المحددة في القانون فلا تقرر له أيضاً المساعدة القضائية.

- الشرط الثاني:

وهو أنه يجب أن يترتب على إصابة الشخص بهاتين العاهتين أن يتعذر عليه التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً، وأما إذا أمكن للشخص مع إصابته بعاhtين من هذه العاهات الثالث أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً فلا تتقرر له مساعدة قضائية.

ولست المساعدة القضائية مقصورة على إصابة الشخص بعاhtين اثنتين، بل ينص أيضاً قانون الولاية على المال في المادة ٢/٧٠ منه على أنه يجوز للمحكمة أن تعين مساعد قضائي «إذا كان يخشى من انفراد الشخص مباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد. فلو لم يكن الشخص مصاباً بعاhtين، ولكن مصاب بعجز جسماني شديد - كالإصابة بالشلل على سبيل المثال - مما يخشى معه انفراده مباشرة التصرف في ماله فإنه يجوز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يساعده في مباشرة تصرفاته، ولا تقرر المساعدة

القضائية فى كل التصرفات، وإنما فحسب فى تلك التصرفات التى تقتضى مصلحة ذى العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها (المادة ١/١١٧ مدنى).

ويختلف المساعد القضائى عن الولى أو الوصى فى أن الأول لا يباشر التصرف نيابة عن ذى العاهتين ولكنه يباشره معه. فهو ليس بنائب ولكنه معاون^(١). فلا تنفذ التصرفات التى يبرمها المساعد القضائى بمفرده فى حق ذى العاهة المزدوجة أو العجز الشديد وتكون التصرفات التى يبرمها ذى العاهتين أو العجز الشديد بمفرده قابلة للإبطال لمصلحته إذا كانت هذه التصرفات قد صدرت منه بعد تسجيل قرار المساعدة، وأما إذا كانت هذه التصرفات قد تمت قبل تسجيل قرار المساعدة فإنها لا تكون قابلة للإبطال إلا إذا كان المتعاقد مع ذى العاهتين أو العجز الشديد سئ النية. وليس المقصود بسوء نية المتعاقد مع ذى العاهتين أو العجز الشديد علمه أو استطاعته العلم بحالته، ولكن المقصود بسوء النية هو الغش أو التواطؤ، أى أن يقصد المتعاقد مع ذى العاهتين أو العجز الشديد الإضرار به أو أن يتواطأ معه بغية التخلص من آثار قرار المساعدة المرتقب.

(ج) المانع القانونى:

ويتحقق المانع القانونى بالنسبة لمن حكم عليه بعقوبة جنائية فلا يجوز له أن يتولى إدارة أمواله مدة اعتقاله، كما لا يجوز له مباشرة أعمال التصرف إلا بإذن من المحكمة، فليس للمحكوم عليه بعقوبة جنائية أن يتولى إدارة أمواله

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٥٧٣.

طالما بقى تنفيذ العقوبة مستمراً، وإنما يتولى ذلك بدلا منه قيم يختاره المحكوم عليه وتقره المحكمة، فإذا لم يختار المحكوم عليه قيماً يقوم نيابة عنه بإدارة أمواله، عينت له المحكمة قيماً بناء على طلب النيابة العامة أو ذوى الشأن، وأما بالنسبة لأعمال التصرف، فإن هذا الحق يظل قائماً بالنسبة لمحكوم عليه ولكنه يتعين عليه الحصول على إذن من المحكمة قبل القيام به وإلا وقع تصرفه باطلاً.

الفصل الثانى

محل الحق

خطة البحث:

سبق أن بينا أننا سندرس الأشياء باعتبارها محلاً مباشراً للحق العيني أو محلاً غير مباشر لبعض الحقوق الشخصية، ويمكن أن نسمى الشيء محل الحق المالى تجاوزاً « مالا » وعلى ذلك فليست كل الأموال أشياء . بل إن الحقوق المالية كلها - وهى ليست أشياء - تعتبر أموالاً فحق الدائن فى مواجهة مدينه متى كان قابلاً للتقويم بالمال - مع أنه ليس شيئاً - إلا أنه يعتبر من الحقوق المالية .

ونبدأ فى مبحث أول بتقسيم الأشياء ، وفى مبحث ثان بتقسيم الأعمال .

المبحث الأول تقسيمات الأشياء

خطة البحث:

تنقسم الأشياء من حيث جواز تملكها إلى أشياء قابلة للتملك وأخرى غير قابلة له. ومن حيث تعيينها إلى أشياء مثلية وأخرى قيميّة، ومن حيث ثباتها إلى أشياء ثابتة وأخرى منقولة، ومن حيث تخصيص منفعتها إلى أشياء مخصصة للمنفعة العامة وأخرى مخصصة للمنفعة الخاصة.

المطلب الأول

تقسيم الأشياء من حيث تعيينها

تنقسم الأشياء من حيث تعيينها إلى مثلية وقيميّة. فما هو المقصود بهذا التقسيم، وما هي الآثار التي تترتب عليه.

أولاً - المقصود بتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيميّة:

عرفت المادة ٨٥ من التقنين المدني الأشياء المثلية بأنها هي التي تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي يوجد لها نظير من جنسها مساو أو مقارب لها في القيمة والتي تقرر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن، فالأشياء المثلية هي التي تتشابه أحادها بحيث يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء. ومثال ذلك أن يلتزم البائع في مواجهة المشتري بأن يسلمه عشرين إردباً من القمح من نوع معين فإنه يستطيع أو يوفى بأى عشرين إردباً من نفس النوع المتفق عليه. فإذا لم يكن هناك اتفاق على درجة جودة

النوع وجب على البائع أن يسلم المشتري نوعاً من جودة متوسطة . . وأما الأشياء القيمية، وتسمى أيضاً الأشياء المعينة بالذات، فهي التي لا يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء وتتفاوت تبعاً لذلك آحادها، ومثال ذلك التزام البائع في مواجهة المشتري بأن ينقل إليه ملكية هذه السيارة، وأن يسلمها له، فلا يرد التزام البائع هنا على شيء معين بالنوع بل يرد على شيء من الأشياء المعينة بذاتها .

ثانيها - الآثار التي تعترى على هذا التقسيم وأهميته:

إذا كان المبيع منقولاً ومعيناً بالذات، انتقلت ملكيته من البائع إلى المشتري فور إبرام البيع شريطة ألا يتفق البائع والمشتري على أرجاء نقل الملكية إلى وقت لاحق . وأما إذا كان المبيع معيناً بالنوع، أي من المثليات، ولو كان منقولاً فإن الملكية لا تنتقل منه إلا بالإفراز .

بالنسبة إلى انقضاء الالتزام بسبب هلاك المحل، إذا كان محل الالتزام من الأشياء المعينة بالنوع، أي كان قيمياً، فإنه لا يهلك، لأن المثليات في نظر القانون لا تهلك . بل يجب على المدين الوفاء بشيء من نفس النوع . وإذا لم يكن هناك اتفاق على الجودة، وجب على المدين الوفاء بشيء من جودة متوسطة . وأما إذا كان محل الالتزام من الأشياء القيمية وهلك في الفترة ما بين الانعقاد والتنفيذ، انفسخ العقد بقوة القانون لاستحالة التنفيذ .

المطلب الثانى

تقسيم الأشياء من حيث ثباتها

وتنقسم الأشياء من حيث ثباتها إلى أشياء ثابتة وأشياء منقولة . ويرجع هذا التقسيم إلى القانون الرومانى . فكانت المنقولات هى الكائنات الحية التى تتحرك بذاتها ، والجمادات التى يمكن نقلها من مكان إلى آخر . وكانت الأشياء الثابتة أو العقارات هى الأراضى والمباني وكل ما يتصل بها بصفة مستقرة والشجر والفراس مادم ملتصقاً بالأرض . ولقد أخذ القانون الفرنسى أيضاً بهذا التقسيم وكذلك أخذ به القانون المدنى المصرى .

تقسيم الأشياء إلى ثابتة ومنقولة وفقاً للقانون المدنى المصرى:

تنص المادة ٨٢ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى:

١- كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول .

٢- ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله .

وبذلك يمكن القول بأن المشرع المصرى قد أخذ بدوره بتقسيم الأشياء من حيث ثباتها وإمكان أو عدم إمكان نقلها من مكانها دون تلف إلى منقول وعقار . ولقد عرفت المادة ٨٢/١ مدنى العقار مباشرة بأنه الشئ الثابت فى حيزه والذى لا يمكن نقله منه دون تلف يصيبه . وأما المنقول فقد عرفه المشرع بطريق الاستبعاد ، فكل ما ليس عقاراً يعتبر منقولاً .

ومع ذلك فمن المنقولات بطبيعتها ما يعتبر عقاراً بالتخصيص إذا خصصه صاحبه لخدمة عقار يملكه.

العقارات بأنواعها:

قد يكون العقار عقاراً بطبيعته، وقد يكون عقاراً بالتخصيص.

العقار بطبيعته:

هو كل شئ ثابت فى حيزه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف يصيبه ومثال ذلك المباني والأراضي الزراعية. وأما الأكشاك التى يمكن حملها ونقلها من مكان إلى آخر فلا تعتبر عقارات.

العقار بالتخصيص:

قد يكون الشئ منقولاً بطبيعته يرصده صاحبه لخدمة عقار بطبيعته مملوك له، عندئذ يسمى هذا المنقول عقاراً بالتخصيص. ولقد عرفت المادة ٨٢/٢ من القانون المدني العقار بالتخصيص بأنه «المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار واستغلاله».

والمقصود بالمنقول فيما تذهب إليه المادة ٨٢ مدنى كلى ما لا يعد عقاراً بطبيعته. فالنوافذ والأبواب التى تعتبر جزءاً من البناء وتعد لهذا السبب عقاراً بطبيعتها لا تعد من المنقولات التى يمكن اعتبارها عقاراً بالتخصيص. وكذلك آلة الرى التى لا يمكن نقلها من مكانها دون تلف^(١).

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٦٧٣.

والمقصود بالعقار فيما تذهب إليه المادة ٢/٨٢ مدنى العقار بطبيعته .
ومثال ذلك الأراضى الزراعية أو المبانى . « وأما إذا كان العقار
عقاراً بالتخصيص ، فإن ما يخص لخدمته لا يعتبر عقاراً بالتخصيص .
ومثال ذلك آلة رى مثبتة فى أرض زراعية بحيث لا يمكن نقلها منها دون تلف
تعتبر عقاراً بطبيعتها ، وما يخص لخدمتها من وقود أو معدات يعتبر
عقاراً بالتخصيص . وأما إذا لم تكن هذه الآلة مثبتة فى الأرض على النحو
السابق فإنها تعتبر منقولة ، وما يخص لخدمتها لا يمكن اعتباره عقاراً
بالتخصيص .

الشروط التى يجب توافرها حتى يعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص :
حتى يكتسب المنقول وصف العقار بالتخصيص يجب أن تتوافر له عدة
شروط نجملها فيما يلى :

- ١- أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد ، فإذا استأجر مالك
الأرض آلة لربها ، فإن هذه الآلة لا تصبى عقاراً بالتخصيص .
- ٢- أن يكون المنقول قد ألحق بالعقار لخدمته ولاستغلاله ، ومثال ذلك
التمائيل التى توضع فى العقار لتجميله والآلات التى تخصص لاستغلال
المصنع . وأما المنقول الذى يضعه صاحبه فى العقار لخدمة نفسه لا لخدمة
العقار ، فإنه لا يعتبر عقاراً بالتخصيص .

ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة ، بل يكفى ألا يكون
عارضاً . وإذا ما زال التخصيص زال عن المنقول وصف العقار بالتخصيص .

المنقولات:

المنقول إما أن يكون منقولاً بطبيعته أو منقولاً بحسب المآل.

المنقول بطبيعته:

عرفت المادة ٨٢ من التقنين المدني فى فقرتها الأولى أولاً العقارات ثم أردفت ذلك بقولها أن «كل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول» فكل ما ليس عقاراً منقول. والمنقول بطبيعته هو كل ما يمكن نقله من مكانه دون تلف يصيبه. ومثال ذلك المحاصلات الزراعية والأبواب والشبابيك إذا فصلت من البناء ولو مؤقتاً.

المنقول بحسب المآل Meubles per anticipation:

ومن الأشياء التى تعتبر عقاراً بطبيعته منقولاً بحسب المآل أن المحكمة المختصة بنظر ما يثور حوله من منازعات لا تكون محكمة العقار بل المحكمة التى يوجد بها موطن المدعى عليه.

أهمية تقسيم الأشياء إلى ثابتة ومنقولة:

تظهر أهمية تقسيم الأشياء إلى ثابتة ومنقولة فيما يلى:

١- من الحقوق ما لا يرد إلا على العقارات كحق الارتفاق. ولقد عرفناه فيما سبق بأنه حق مقرر على عقار لمصلحة عقار آخر، فلا يرد حق الارتفاق على المنقول.

٢- لا تحمى بعض الدعاوى سوى حائر العقار. ومثال ذلك دعاوى الحيازة

يمكن لحائر المنقول الاحتجاج بها .

٣- الأعمال التجارية، وهي التى ينطبق عليها الأحكام المنصوص عليها فى القانون التجارى، يكون محلها المنقولات لا العقارات .
أهمية تقسيم الأموال إلى أموال عقارية وأموال منقولة:

للتفرقة بين الأموال العقارية والأموال المنقولة نتائج هامة نذكر منها ما يلى:

١- من بحث الاختصاص القضائى، جعل القانون الاختصاص فى الدعاوى المتعلقة بحق من الحقوق العينية العقارية للمحكمة التى يقع العقار أو أحد أجزائه فى دائرتها، أما الاختصاص بالنسبة للدعاوى المتعلقة بأموال منقولة فيكون للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه إلا إذا كان موضوع الدعوى من الحقوق الشخصية العقارية كحق المشتري بعقد غير مسجل فيكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو التى يوجد فى دائرتها موطن المدعى عليه .

٢- فيما يتعلق بإجراءات التنفيذ، فرق القانون بين إجراءات التنفيذ على العقار وبين إجراءات التنفيذ على المنقول . فشد فى الأولى وبسط فى الثانية .

٣- من حيث شهر التصرفات، أوجب القانون شهر التصرفات التى يكون من شأنها إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال حق من الحقوق العينية العقارية خلافا لما يرد من تصرفات على منقول . فإذا كان المبيع عقارا، فإن الملكية لا تنتقل

من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل من تاريخ. فإذا باع (أ) عقاراً يملكه لـ (ب) ولم يتم هذا الأخير بالتسجيل ثم باع (أ) مرة ثانية نفس العقار إلى (ج) الذي قام بالتسجيل، انتقلت الملكية إلى هذا الأخير حتى ولو كان متواطئاً مع البائع بقصد الإضرار بالمشتري الأول. وأما إذا كان المبيع منقولاً، فإن الملكية تنتقل بالعقد إلى المشتري إذا كان المبيع معيناً بالذات، وبالإفراز إذا كان معيناً بالنوع.

٤- من حيث الشفعة، فإنها تجوز في بيع بعض الأموال العقارية ولا تجوز في بيع الأموال المنقولة.

المطلب الثالث

تقسيم الأشياء من حيث تخصيص منفعتها

خطة البحث:

تنقسم الأشياء من حيث تخصيص منفعتها إلى أشياء مخصصة للمنفعة الخاصة وأخرى مخصصة للمنفعة العامة. فما هو المقصود بهذا التقسيم، وما هي أهميته.

أولاً - المقصود بالتقسيم:

تنقسم الأشياء من حيث تخصيصها للمنفعة العامة أو للمنفعة الخاصة إلى أشياء ذات نفع عام وأخرى ذات نفع خاص. والأشياء المخصصة للمنفعة العامة هي التي لا يجوز للأفراد تملكها، بل يقتصر ذلك الحق على الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة إذا ما ظهرت باعتبارها سلطة صاحبة سيادة.

ومثال ذلك الشوارع والميادين العامة.

وأما الأشياء المخصصة للمنفعة الخاصة فهي باقى الأشياء التى يجوز للأفراد تملكها، والتي تملكها أيضاً الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة لا بغية تحقيق مصلحة عامة بل خاصة.

ولقد عرفت المادة ٨٧ مدنى المعدلة بالقانون رقم ٣٣١ سنة ١٩٥٤ الأموال العامة بأنها «العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص» فيشترط إذن حتى يعتبر المال من الأموال العامة للدولة توافر عدة شروط:

- ١- أن يكون مملوكاً للدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة.
 - ٢- أن يكون هذا المال مخصصاً للمنفعة العامة. وأما إذا كان مخصصاً لمنفعة خاصة ولو كان مملوكاً للدولة أو، أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، فإنه لا يعتبر من الأموال العامة.
 - ٣- يتم تخصيص المال للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو بقرار من الوزير المختص. فإذا أرادت الدولة أن تخصص للمنفعة العامة أرضاً، يكفى فى ذلك إذا لم تكن هذه الأرض ملكاً لأحد من الناس أن تشق فيها طريقاً أو مصرفاً. وأما إذا كانت مملوكة لأحد من الناس، فلا بد أن يتم التخصيص للمنفعة العامة وفقاً للقواعد التى بينها قانون نزاع الملكية.
- وإذا ما زال عن المال تخصيصه للمنفعة العامة زالت عنه صفة المال العام

وأصبح من الأموال الخاصة المملوكة للدولة.

ثانياً - أهمية هذا التقسيم:

تخضع الأموال الخاصة domaine privé سواء أكانت مملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة لما هو مقرر من قواعد القانون الخاص، فيجوز بيعها والحجز عليها.

وأما الأموال العامة، ونظراً لتخصيصها للمنفعة العامة، فلا يجوز بيعها كما لا يجوز الحجز عليها. ولا يجوز اكتساب ملكيتها بالتقادم. وأما إذا استغني عن تخصيص المال من عام إلى خاص، جاز بيعه والحجز عليه.

المبحث الثاني

الأعمال وتقسيماتها

خطة البحث:

محل الحق هو ما يرد عليه هذا الحق. وقد يكون هذا الحق شيئاً أو عملاً. والآن وقد انتهينا من دراسة الأشياء. نعود الآن إلى دراسة الأعمال باعتبارها أيضاً محلاً للحقوق التي تقوم على رابطة الاقتضاء وأظهرها الحق الشخصي أو حق الدائنية، وعادة ما يخول هذا الحق لصاحبه سلطة اقتضاء عمل معين من المدين. وقد يكون ما يخوله الحق لصاحبه سلطة مطالبة المدين بإعطاء شيء أو عمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء.

الشروط التي يجب أن تتوافر في الأعمال باعتبارها محلاً للحق:

يجب أن يتوافر في الأعمال التي يرد عليها الحق شروط رئيسية ثلاثة:

الإمكان والتعيين والمشروعية.

١- شرط الإمكان:

يجب أن يكون العمل الذى يرد عليه محل الحق ممكناً. فإذا كان مستحيلًا فإنه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً. والاستحالة التى يترتب عليها انعدام المحل هى الاستحالة المطلقة أى استحالة الأداء بالنسبة للكافة، وأما إذا كانت الاستحالة نسبية فقط أى الاستحالة بالنسبة للمدين فقط - فإن هذا لا يترتب عليه بطلان المحل. مثل الاستحالة المطلقة التى يترتب عليها انعدام المحل التزام البائع فى مواجهة المشتري بنقل ملكية شئ هلك وقت نشوء هذا الالتزام. ومثال الاستحالة النسبية التى لا يترتب عليها هذا الانعدام التزام رسام بالانتهاء من عمل لوحة معينة فى وقت معلوم. فإذا لم يقم بعد ذلك - هذا الرسام - بتنفيذ التزامه فى الميعاد المتفق عليه وادعى أن ذلك مرجعه انعدام الالهام الفنى لديه فى هذه الفترة، فإن هذه الاستحالة ليست مطلقة ولكنها نسبية إذ أنه كان باستطاعة رسام غيره أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام. ولقد ذهب جانب من الفقه إلى التفرقة بين الالتزام بإعطاء من جهة، وبين الالتزام بعمل وبامتناع عن عمل من جهة أخرى. واكتفوا بشرط الوجود عن شرط الإمكان إذا كان الالتزام بإعطاء. وبالأمكان عن الوجود إذا كان الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل. وهذا القول غير صحيح. فقد يكون الالتزام بإعطاء ولا يغنى فيه شرط الوجود عن شرط الإمكان، إذ قد يستحيل على البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشئ رغم أن هذا الشئ موجود. ومثال ذلك بيع الحقوق المتنازع فيها إلى القضاء وأعاونهم، فمع أن الشئ موجود، إلا أن البائع لا يستطيع أن ينقل

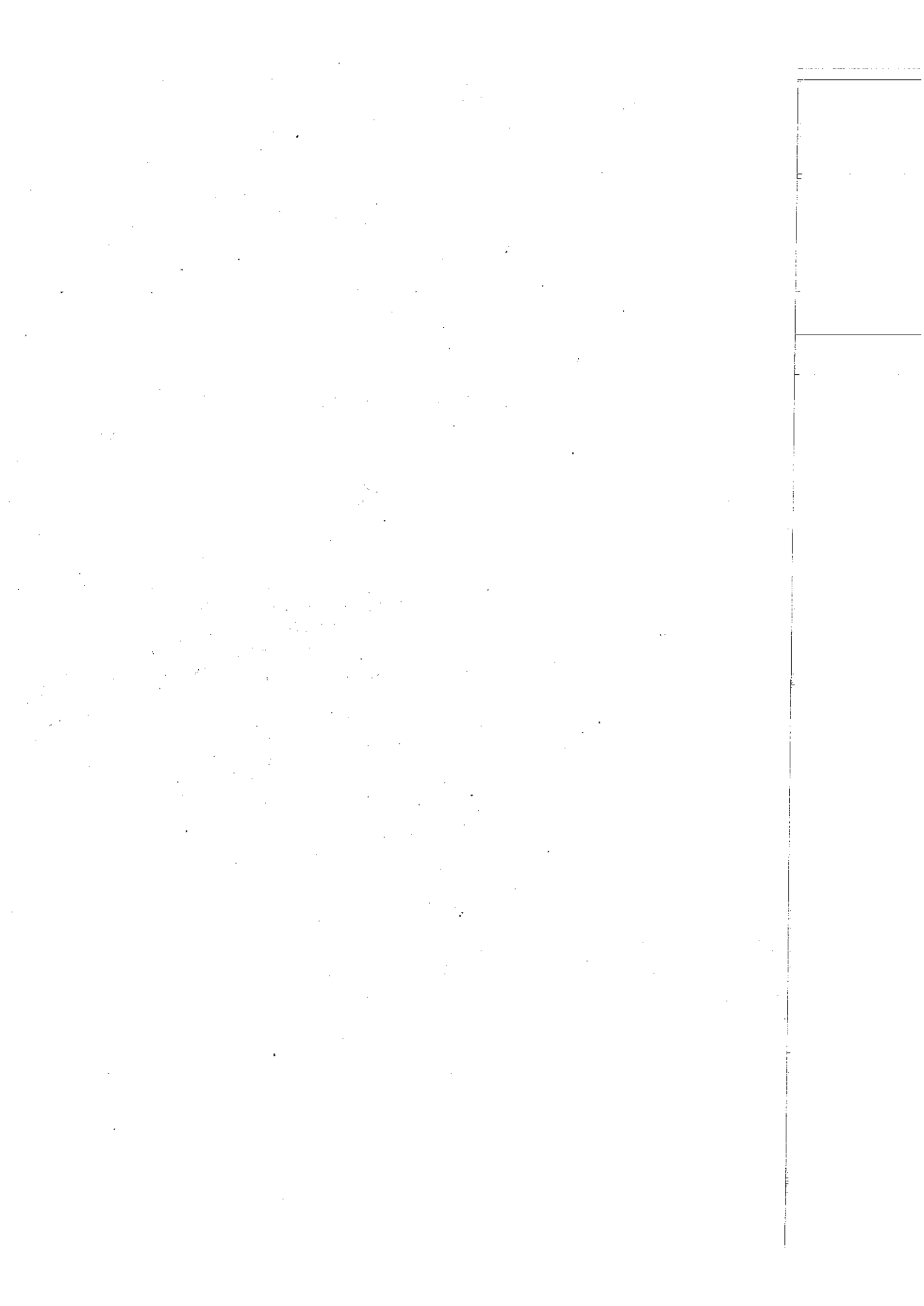
للمشتري ملكيته . وكذلك فى الالتزام بعمل وبامتناع عن عمل إذ لا يغنى شرط الامكان عن شرط الوجود .

٢- شرط التعيين:

يجب أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين، أى أن تبين على الأقل الأسس التى يقوم عليها هذا التعيين . فالتعهد بإقامة بناء يجب أن تحدد فيه مواصفاته أو على الأقل استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وملايساته .

٣- شرط المشروعية:

يجب أن يكون العمل الذى يرد عليه المحل مشروعاً . فإذا كان غير مشروع كان المحل باطلاً، ويكون العمل غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة . ومثال ذلك الالتزام بارتكاب جريمة معينة أو بيع كمية من المخدرات .



المبحث الثالث

إثبات الحق

تمهيد . وتقسيم:

إثبات الحق هو تقديم الدليل على وجوده، وللإثبات من الناحية العملية أهمية بالغة.

فإذا كان للحق وجود وعجز صاحبه عن إثباته فقد ولن يحكم له به . ولا يرد الإثبات على الحق نفسه بل على مصدره بمعنى الواقعة المنشئة له . وعقب الإثبات على المدعى إعمالاً للقاعدة التي تقضى بأن البينة على من ادعى، فعلى من يدعى واقعة أمام القضاء أن يثبتها . والمدعى عليه فى الدعوى يكون مدعيًا فى الدفع .

وللإثبات طرق منها ما يسمى بطرق الإثبات العادية، ومنها ما يسمى بطرق الإثبات الغير عادية .

أولاً - طرق الإثبات العادية:

الطرق العادية للإثبات هى: الكتابة والبينة والقرائن .

١ - الكتابة:

الكتابة طريقة من الطرق العادية للإثبات، بل هى أهم هذه الطرق جميعاً . وإذا زادت قيمة التصرف على خمسمائة جنيه فلا يجوز إثباته إلا كتابة (المادة ٦٠ من قانون الإثبات) .

وقد تكون الكتابة رسمية أو عرفية. فإذا كانت رسمية سميت ورقة رسمية وإذا كانت عرفية سميت بالورقة العرفية.

الورقة الرسمية:

وهي ما يسمى بالمحررات الرسمية، وفيها يثبت موظف عام أو شخص مكلف بأداء خدمة عامة، ما تم على يديه أو تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته (المادة ١٠ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨).

فحتى تكون الورقة رسمية يجب أن تتوافر لها شروط ثلاثة. فيجب أن يقوم بتحريرها موظف عام أو مكلف بأداء خدمة عامة، وأن يكون هذا الموظف مختص بتحريرها، وأن يراعى أخيراً في تحريره لها ما نص عليه القانون من إجراءات.

فإذا كان الورقة رسمية على هذا النحو، فإنها تكون حجة على الكافة في خصوص ما هو مدون فيها من بيانات، وتثبت الحجية أيضاً لما يصدر من ذوى الشأن في حضور الموظف ويقع تحت سمعه أو بصره من أقوال أو أفعال. ومثال ذلك أن يثبت الموظف العام الذي قام بتحرير الورقة وفاء المشتري للبائع بالثمن أمامه. وإذا ما ثبتت الحجية للورقة الرسمية على هذا النحو، فلا يجوز انكار ما فيها إلا بالطعن بطريق التزوير.

وللمحرر الرسمي قوة في التنفيذ، إذ أنه يصلح بذاته أن يكون سنداً تنفيذياً، فيمكن التنفيذ بمقتضاه، دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك.

الورقة العرفية:

تكون الورقة عرفية متى كان موقعاً عليها من تسند إليه. فإذا كانت الورقة بلا توقيع، فإنها لا تعتبر ورقة عرفية، ولا تصلح بمفردها دليلاً للاثبات إذا كانت قيمة التصرف المراد اثباته أكثر من عشرين جنيهاً. ومع ذلك فقد لا تكون الورقة موقعة من تنسب إليه، مع كونها مكتوبة بخطه، وتصلح دليلاً للاثبات باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة.

وتثبت الحجية لما هو مدون بالورقة العرفية من بيانات بين طرفيها، ما لم ينكر التوقيع من هي منسوبة إليه.

تختلف إذن الورقة الرسمية عن الورقة العرفية في هذا الشأن، فبينما لا يكفي بالنسبة للورقة الرسمية مجرد الإنكار، لا يجب الطعن فيها بالتزوير إذ أن الذي قام بتحريرها موظف عام، نجد أن الورقة العرفية تفقد حجيتها بين طرفيها إذا أنكر التوقيع من تنسب إليه، وقضى له بذلك.

والأصل أن تعد الأوراق العرفية لتكون دليلاً في الاثبات. ومع ذلك فمن الأوراق ما لم يعد مقدماً ليكون دليلاً في الاثبات، ومع ذلك يمكن الاعتماد عليها كدليل. ومنها الرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية، والدفاتر والأوراق المنزلية.

وأما عن الرسائل والبرقيات فالأصل فيها أن تكون موقعة من هي صادرة منه، ومع ذلك فكثيراً ما لا يقصد بها أن تكون دليلاً في الاثبات. ولذلك كان الرأي الغالب في ظل التقنين المدني الملقى أن يترك الأمر في تقدير حجيتها

للقاضى، ثم ما لبث المشرع المصرى أن عدل عن ذلك وجعل للرسائل الموقع عليها قيمة فى الاثبات.

وأما عن الدفاتر التجارية، فقد ألزم المشرع بالقانون رقم ٨٨ سنة ١٩٥٣ الذى حل محل المواد من ١١-١٤ من القانون التجارى، كل تاجر يزيد رأس ماله على ٣٠٠ جنيه بإمسك دفاتر منتظمة تكفل ببيان مركزه المالى بالدقة وبيان ما له وما عليه من الديون المتعلقة بتجارته.

والقاعدة أن دفاتر التاجر حجة عليه سواء كانت هذه الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة. فإذا كانت هذه الدفاتر منتظمة، فلا يجوز تجزئتها، بمعنى أنه لا يجوز لمن يريد أن يستخلص لنفسه منها دليلا أن يأخذ جزءا ويترك الجزء الآخر، وأما إذا كانت هذه الدفاتر غير منتظمة فتقدير قيمتها فى الاثبات متروك لقاضى الموضوع.

ولا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لصاحبها إذا لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه. ومع ذلك فإنه يجوز اتخاذها قرينة قضائية فى بعض الحالات، ومع ذلك أن يستخلص منها مديونية المريض بأجر الطبيب^(١).

٢- البينة:

البينة هى شهادة الشهود، ولا شك أنها تخضع لتقدير القاضى عكس الكتابة، فللقاضى أن يأخذ بأقوال الشهود وله ألا يأخذ بها. ومع أنه قد كان

(١) اسماعيل غانم، فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى، طبعة سنة ١٩٦٧، فقرة ٣٧.

للبيينة فى الأزمنة الأولى المقام الأول بين الأدلة، إلا أنها قد فقدت الآن مكان الصدارة، وتركته للكتابة. لذلك فقد أوجب القانون الحصول على دليل كتابى إذا كانت قيمة التصرف المراد اثباته تزيد على عشرين جنيها. مع ذلك فإنه يجوز اثباته بغير الكتابة إذا حالت قوة قاهرة أو حال مانع أدهى دون الحصول عليه، أو إذا فقد الدليل الكتابى لسبب أجنبى لا يد للدائن فيه، أو إذا وجد دليل كتابى ناقص. ففى هذه الحالات يجوز اثبات التصرف التى تزيد قيمتها على عشرين جنيها بالبيينة. والدليل الكتابى الناقص هو ما يسمى ببداية الثبوت بالكتابة. ولقد عرفته المادة ٦٢/٢ من قانون الاثبات بأنه «كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال» فيجب أولا أن توجد كتابة، وأن تكون هذه الكفاية صادرة من الخصم كأن تكون الورقة مكتوبة بخطه، وأن تجعل هذه الكتابة الحق المدعى به قريب الاحتمال. فإذا توافرت هذه الشروط، جاز تكملة هذا الدليل (مبدأ الثبوت بالكتابة) بالبيينة.

٣- القرائن:

القرائن طريقة من طرق الاستدلال الغير مباشر، وهى عبارة عن استنباط واقعة متنازع عليها من واقعة أخرى ثابتة. فتكون الواقعة الثانية قرينة على الأولى. والقرائن نوعان: قضائية وهى التى يستنبطها القاضى من ظروف الدعوى، وقرائن قانونية وهى التى يستنبطها الشارع وينص عليها.

ومثال القرائن القضائية أن يستنبط القاضى من صلة الأبوة (بين الابن وأبيه) قرينة على صورة البيع المبرم بينهما.

ومثال القرائن القانونية ما تنص عليه المادة ٥٨٨ مدنى من أن «الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك» وقد تكون القرائن القانونية قاطعة أو غير قاطعة. والقرينة القاطعة هي التي لا يجوز اثبات ما يخالفها في حين أن القرائن القانونية الغير قاطعة هي التي يجوز اثبات عكس ما هو وارد بها.

ثانياً - طرق الاثبات الغير عادية:

والطرق الغير العادية للاثبات هي: اليمين والإقرار.

١ - اليمين:

طريقة من الطرق الغير عادية للاثبات يحتم فيها موجه اليمين إلى ذمة الطرف الآخر وصفاء نفسه. وقد تكون اليمين حاسمة أو متتمة.

وأما عن اليمين الحاسمة فهي التي يوجهها الخصم إلى خصمه حسماً للنزاع إذا ما أعوزه الدليل. ومثال ذلك أن يقرض (أ) (ب) مبلغ ألفى جنيه ولا يحصل منه على دليل كتابى. فإذا ما امتنع (ب) عن الوفاء بعد مطالبته، وقاضاه دائته (أ)، فليس لهذا الأخير - وهو لم يحصل على دليل كتابى، ولا يوجد لديه مبدأ ثبوت بالكتابة يستند إليه، أو مانع حال دون الحصول على دليل كتابى، ولم يثبت أنه فقد هذا الدليل لسبب أجنبى لا يد له فيه - سوى أن يحتكم إلى ضمير (ب) فيوجه إليه اليمين. وتسمى هذه اليمين باليمين الحاسمة، فإذا نكل من وجهت إليه اليمين حكم عليه وإن حلف حكم له.

ويشترط في الواقعة التي يطلب الحلف عليها عدة شروط: فيجب أن يتوقف الفصل في موضوع الدعوى على الواقعة التي ينصب عليها اليمين، ويجب أن تتعلق الواقعة التي تنصب عليها اليمين بشخص من وجهت إليه اليمين، ويجب أن تكون الواقعة غير مخالفة للنظام العام، وأخيراً فإنه يجب ألا تكون اليمين كيدية.

وأما عن اليمين المتتممة، فهي التي يوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين لكى يستكمل بها الأدلة الأخرى. ويشترط في توجيهه هذه اليمين ألا يكون فى الدعوى دليل كامل وأن تكون أيضاً خالية من الدليل. ففي الأحوال التي يجب فيها الاثبات كتابة (كما لو زادت قيمة التصرف على عشرين جنيهاً، أو إذا كان المراد اثباته مخالفاً أو منجاوزاً لما هو ثابت بالكتابة) لا يجوز للقاضى أن يوجه اليمين المتتممة إلى أحد الخصوم إذا لم يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة.

وتختلف اليمين المتتممة عن اليمين الحاسمة فى أن الأولى غير حاسمة للنزاع، وفى حين أن الثانية حاسمة له. ولا يترتب على نكول من توجه إليه اليمين أو خلفه أو يحكم عليه أو له بخلاف اليمين الحاسمة على ما بينا.

٢- الإقرار:

الإقرار حجة قاطعة على المقر، فلا يجوز اثبات عكسه، ولا يمكن لمن أصدره أن يعدل عنه. ولا يكون للإقرار هذه الحجة إلا إذا كان قضائياً أى صادراً فى مجلس القضاء، وأما عن الإقرار الغير قضائى فإنه يخضع لتقدير القاضى.

الوحدة الثالثة

مصادر الالتزام

تمهيد وتقسيم:

عاجلنا نظرية القانون ونظرية الحق. ونتناول الآن بالدراسة مصادر الالتزام وأحكامه. ونبدأ أولاً بدراسة مصادر الالتزام.

والذي نقصده هنا بمصادر الالتزام هو الواقعة المنشئة له. فمصدر التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري هو عقد البيع، ويكون مصدر التزام المشتري بالوفاء بالثمن هو البيع أيضاً.

وهذه المصادر خمسة وفقاً لما جاء بالقانون المدني المصري:

أولاً: العقد.

ثانياً: الإرادة المنفردة.

ثالثاً: العمل غير المشروع.

رابعاً: الإثراء بلا سبب.

خامساً: القانون.

وسوف ندرس كل من هذه المصادر على التوالي.

الفصل الاول

العقد

خطة البحث:

العقد هو أهم هذه المصادر جميعاً . لذا فقد عنى المشرع فى التقنين المدنى المصرى بتفصيل أحامه وبيانها .

وسوف نبدأ أولاً بالتعريف به وبيان تقسيماته، ثم نلى ذ لك بدراسة كيفية انعقاده، فآثاره، وأخيراً انحلاله .

المبحث الاول

التعريف بالعقد وبيان تقسيماته

المطلب الاول

تعريف العقد

لم يأت المشرع المصرى بتعريف للعقد، والأمر - على غير ذلك فى القانون المدنى - إذ تنص المادة ١١٠١ من القانون المدنى الفرنسى على أن العقد «اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شئ أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل»^(١) . ويبدو تأثير المشرع الفرنسى واضحاً بتقسيم الالتزام إلى التزام بإعطاء أو بعمل أو بامتناع عن عمل . ونرى أنه من الأصوب ألا يتضمن التقنين المدنى تعريفاً للعقد، فالتعريف يجب أن يكون

(١) راجع نص المادة ١١٠١ من القانون المدنى الفرنسى .

عموماً من صنع الفقه والقضاء لا المشرع. والعقد فى نظرنأ تصرف قانونى بل هو أهم التصرفات القانونية. والتصرف القانونى وفقاً لما سبق أن بينأ هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين. والعقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين أو أكثر، فىمكن إذن تعريفه بأنه هو اتجاه إرادتين أو أكثر نحو إحداث أثر قانونى ما. ففى البيع مثلاً تتجه إرادة البائع مع كل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، وفى الجانب الآخر من ذات العقد تتجه إرادة المشتري إلى الشراء، وهذا هو الذى نعينه بقولنا انصرف إرادة البائع والمشتري إلى إحداث أثر قانونى معين.

المطلب الثانى

تقسيمات العقود

للعقود تقسيمات متعددة، وليست هذه التقسيمات من عمل المشرع بل هى من صنع الفقه عادة. ويقسم الفقه عادة العقود إلى مسماة وغير مسماة، وملزمة لجانب واحد وملزمة لجانبين، ورضائية وشكلية، ومعاوضات وتبرعات، وإلى عقود محددة وغير محددة.

أولاً - العقود المسماة وغير المسماة:

يقسم الفقه العقود إلى مسماة وغير مسماة. والعقود المسماة هى التى عنى المشرع بتنظيمها ووضع لها أحكاماً خاصة ويرجع ذلك عادة إلى كثرة تداولها وإلى ما لها من أهمية عملية. ومن هذه العقود ما يرد على الملكية كالبيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض، ومنها ما يرد على الانتفاع بالشئ كالإيجار والعارية. ومن العقود المسماة أيضاً ما يرد على العمل كعقد المقاولة

والعمل . والعقود غير المسماة هي التي لم تحظ بعد بعناية المشرع ولم يضع لها أحكاماً خاصة . وقد يكون السبب في ذلك قلة أهميتها وندرة تداولها . وعلى القاضى فى هذا النوع من أنواع العقود استنتاج الأحكام الخاصة به مراعباً فى ذلك الهدف الذى يسعى إليه المتعاقدون . وقد يكون العقد فى بادئ الزمر غير مسمى ، كمعد التأمين مثلاً ، فإذا كثر بعد ذلك تداوله واستقرت أحكامه عنى به المشرع ونظمه وتحول العقد من غير مسمى إلى مسمى . فلم يكن لعقد التأمين تنظيمًا خاصاً فى المجموعة المدنية الفرنسية الصادرة سنة ١٨٠٤ ، ولما شاع بعد ذلك استعماله تدخل المشرع الفرنسى فى سنة ١٩٣٠ فنظمه ووضع له الأحكام الخاصة به فصار بذلك من العقود المسماة . وأما فى مصر فقد عنى المشرع فى كل من البلدين بتنظيمه وبيان أحكامه عند وضع المجموعة التمدنية ليفقدوا هذا العقد مسمى . ولتنقسم العقود إلى مسماة وغير مسماة أهمية عملية . فإذا كان العقد من العقود المسماة وثار نزاع بشأنه وجب على القاضى أن يطبق عليه أحكام العقد ، وأعنى بذلك القواعد القانونية التى وضعها المشرع لتنظيم هذا النوع من أنواع العقود ، وإن كان ذلك لا يعنى بطبيعة الحال عدم اللجوء إلى القواعد العامة بل إنه يجب اللجوء إليها فيما لا يتعارض مع ما هو منصوص عليه من أحكام خاصة . ولقد ترتب على التنظيم القانونى للعقود ظهور مشكلة التكيف . والتكيف كما يعرفه الفقه عادة هو اعطاء الوصف القانونى الصحيح للعقد حتى يمكن بعد ذلك تحديد القواعد الواجبة التطبيق بشأنه . فعلى القاضى أولاً أن يتعرف على إرادة المتعاقدين لتحديد نوع العقد الذى قصد إبرامه ، ثم عليه بعد ذلك أن يطبق عليه القواعد الخاصة به . فإذا كان العقد الذى أراد الطرفان إبرامه بيعاً وثار نزاع حول زمان الوفاء بالثمن وجب

على القاضى إعمال ما تقضى به المادة ٤٤٦ مدنى، ومن ثم يكون الشمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك (المادة ١/٤٥٦ مدنى). وأما إذا كان العقد من العقود غير المسماة فالأمر فيه يترك للمبادئ العامة فى نظرية الالتزام وإلى ما يبذله الفقه والقضاء من جهد بغية تطبيق تلك المبادئ والمطابقة بينها وبين الغرض الذى يسمى إليه المتعاقدون (١).

(١) تنقسم العقود إلى مسماة وغير مسماة. اشرح هذه العبارة.

العقد المسماة هى تلك التى نظمها المشرع وبين أحكامها ويرجع ذلك إلى كثرة تداولها واستقرار أحكامها مثال ذلك عقد البيع، وعقد الإيجار وغير ذلك الكثير من العقود، ولقد كان عقد التأمين أيضا من العقود غير المسماة إلى أن تولاه المشرع فى فرنسا وزصدر قانونا ينظم به التأمين فى يوليو ١٩٣٠ وأما عن القانون المصرى فلم يكن عقد التأمين فيما مضى من العقود المسماة إلى أن تولاه المشرع بالتنظيم مع صدور التقنين المدنى الحالى إذ نصت المادة ٧٤٧ من هذا التقنين على أن «التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدى إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا من مرتبا أو أى عوض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين فى العقد وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤدونها المؤمن له للمؤمن» ثم صدر بعد ذلك سنة ١٩٥٥ القانون الخاص بالتأمين الاجبارى (تأمين المسؤولية) على ما يسببه مالكي المركبات من أضرار للآخرين.

وإذا تعلق الأمر بعقد من العقود المسماة وثار بشأن هذا العقد نزاع وجب على القاضى أن يطبق عليه أحكام هذا العقد وأعنى بذلك القواعد القانونية التى وضعها المشرع لتنظيم هذا النوع من أنواع العقود، وتصب مهمة القاضى إذا كان العقد من العقود غير المسماة إذ يجب فيه على القاضى أن يكتب هذا العقد ويحدده بعد أن يصل إلى ذلك من خلال الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين مع الاستشهاد فى ذلك بطبيعة التعامل وما يوجهه التعامل من أمانة وثقة بينهما.

ثانيا - العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

وتنقسم العقود أيضاً إلى ملزمة لجانبين وملزمة لجانب واحد، ويكون العقد ملزماً لجانبين إذا كان ينشئ التزامات متبادلة على عاتق طرفيه، فيه يكون كل طرف دائناً ومديناً في نفس الوقت. ومثال النموذجي الذي نقوله في هذا الصدد عادة هو عقد البيع. فالبيع يترتب عليه نقل الملكية من البائع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي. فعلى البائع أن ينقل الملكية للمشتري، وعلى المشتري أن يفي بالثمن. أما العقد الملزم لجانب واحد فهو الذي يترتب التزامات فقط على عاتق أحد طرفيه دون الآخر، ويكون أحد الطرفين بمقتضى هذا العقد دائناً وليس مديناً. ومثال ذلك عقد الهبة، فالموهوب له دائن وليس مدين، والواهب مدين فقط. ولا يجب الخلط بين العقد الملزم لجانب واحد وبين الالتزام الذي يكون مصدره الإرادة المنفردة، فالأول يتم منذ البداية بتوافق إرادتين أو أكثر في حين أن الثاني - على التفصيل التي سنبينه فيما بعد - يتكون بإرادة منفردة ومثال ذلك الوصية أو الوعد بجائزة.

ولتقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة أهمية عملية نبينها فيما يلي:

١- **الفسخ:** الأصل في الالتزامات هو أن تنفذ عيناً، فإذا كان العقد ملزماً لجانبين ولم يتم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر المطالبة بالفسخ (المادة ١٥٧ مدني) وللفسخ أثر رجعي إلا في العقود الزمنية إعمالاً للقاعدة التي تقضي بأن ما مضى من الزمن لا يعود. أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد، فلا يكون أمام الطرف المتضرر سوى المطالبة بالتنفيذ العيني أو بمقابل.

٢- الدفع بعدم التنفيذ: إذا كان العقد ملزماً لجانبين وكانت الالتزامات المتقابلة الناشئة عنه مستحقة الوفاء، ولم يقم أحد طرفيه بتنفيذ التزاماته وطالب مع ذلك الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته، جاز لهذا الأخير أن يمتنع عن التنفيذ مستخدماً في ذلك ما اصطُح على تسميته «الدفع بعدم التنفيذ أو exception non adimpleti contractus» ويبدو استخدام هذا الدفع صعباً إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد.

٣- تبعة الهلاك: في العقود الملزمة لجانبين يكون هلاك الشيء - إذا كان الهلاك بسبب أجنبي - الذي يرد عليه الالتزام معقياً للمدين الذي يستحيل عليه بسبب هذا الهلاك تنفيذ التزامه، أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد فعلى الدائن تقع تبعة الهلاك.

ثالثاً - العقود الرضائية والعقود الشكلية:

وتنقسم العقود أيضاً إلى رضائية وشكلية. ويكون رضائياً إذا كان يكفي لانعقاده توافق الإرادتين دون ما حاجة إلى أى إجراء آخر. ومثال ذلك عقد البيع أو الإيجار، فالإرادة وحدها تكفى للانعقاد. ولا يلزم لإبرام عقد البيع أو الإيجار توافر شكل خاص، وأما العقود الشكلية، فلا بد لانعقادها من توافر شكل خاص. ومثال ذلك عقد الهبة وعقد الرهن الرسمي. فالهبة لا تكون إلا بورقة رسمية ما لم تتم تحت ستار عقد آخر (المادة ٤٧٧/١ مدنى) والهبة فى المنقول تتم بالقبض وهذا نوع آخر من أنواع الشكلية. وتصح الهبة فى المنقول حتى دون قبض إذا تمت بورقة رسمية.

ومع ذلك تجب التفرقة بين هذه الشكلية وبين بعض ما يتطلبه القانون للاثبات، إذ لا يجوز إثبات التصرف إذا زادت قيمته عن خمسمائة جنيهها بغير الكتابة. ولهذه القاعدة بعض الاستثناءات ليس هنا مجال سردها. فالكتابة هنا لا تحول التصرف من رضائي إلى شكلي إذ هي ليست لازمة للاتفاق بل للإثبات فقط وأحياناً أخرى يرتب القانون على عدم تسجيل التصرف عدم إمكان الاحتجاج به، ومن ذلك التصرفات التي من شأنها إنشاء حق عيني أصلي عقاري كالبيع الذي يرد على عقار، وهذا لا يعنى أن البيع الذي يرد على عقار صار من العقود الشكلية بل يظل رضائياً مادام التسجيل ليس لازماً للاتفاق بل يرتب القانون فقط على تخلفه عدم إمكان الاحتجاج بالتصرف.

رابعاً - عقود المعاوضات وعقود التبرع:

وتنقسم العقود أيضاً إلى عقود معاوضات وعقود تبرع. ويكون العقد من عقود المعاوضات إذا كان كل من أطرافه يلتزم بأداء ما يهدف الحصول على أداء آخر مقابل، ومثال ذلك البيع إذ هو عقد يترتب عليه نقل الملكية من البائع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي. فالتزام البائع بنقل الملكية يقابله التزام المشتري بدفع الثمن. فالبيع إذن من عقود المعاوضات وكذلك الإيجار والتأمين. والهيئة من عقود التبرع فهي بحسب تعريف القانون لها عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض (المادة ١/٤٨٦ مدني) والسبب في التزام الواهب هو نية التبرع، وهذا هو الذي يميز عقود المعاوضات عن عقود التبرع.

خامساً - العقود المحددة والعقود الاحتمالية:

وتنقسم العقود أخيراً إلى محددة واحتمالية. ويكون العقد محدداً إذا

عرف كل من طرفيه عند التعاقد مقدار ما هو ملتزم به وما هو مستحق له، أو بمعنى آخر ما يجب عليه الوفاء به، وما له المطالبة به. ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر قطعة أرض مساحتها ٢١٠٠٠ م^٢ - على سبيل المثال مقابل ١٠٠٠ جنيه فالبايع يعلم منذ البداية أنه ملتزم بنقل ملكية قطعة الأرض التي يبيعها فى مقابل حصوله على الثمن المتفق عليه. والمشتري يعلم أيضاً أن عليه الوفاء بهذا المبلغ مقابل أن تنقل إليه ملكية قطعة الأرض. وهذا هو العقد المحدد. ويكون العقد احتمالياً إذا لم يكن يعرف كل من المتعاقدين مدى ما هو ملتزم به وما هو ملتزم به وما هو مستحق له. ويكون ذلك إذا كان تحديد الأداء الواجب الوفاء به يتوقف على تحقيق واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع. ومثال ذلك عقد التأمين، ففي التأمين على الحياة يتوقف تحديد مدى الأقساط التى يوفى بها المؤمن له كافة الأقساط المستحقة عليه ولا يتحقق من ذلك الخطر المؤمن منه، ومن ثم لا يحسم للمؤمن له أو المستفيد على شئ من المؤمن. فعقد التأمين إذن من العقود الاحتمالية. ومنها أيضاً أن يبيع شخص منزلاً يملكه مقابل حصوله من المشتري على إيراد مدى حياته فهنا يتوقف مقدار ما يؤديه المشتري للبائع على مدى حياة هذا الأخير. فالعقد إذن يكون من العقود الاحتمالية.

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الغبن لا يتصور إلا فى العقود المحددة. والذي نقصده بالغبن هو عدم التعادل الكبير - إذا كان العقد بيعاً - بين الأداء الذى يلتزم به البائع وما يلتزم به المشتري. والصحيح فى نظرنا هو إمكان تحقق الغبن حتى فى العقود الاحتمالية ويكون فى العقد الاحتمالى غبن إذا كان عدم التعادل الكبير موجوداً بين احتمال ما يلتزم به المتعاقد وما هو مستحق له.

المبحث الثاني

أركان العقد

خطة البحث:

لا ينعقد العقد إلا إذا توافرت له مقومات ثلاثة: الإرادة والمحل والسبب.
وسوف نبدأ الآن بدراسة كل من هذه الأركان على التوالي.

المطلب الأول

الإرادة

خطة البحث:

يتم العقد وفقاً لما تنص عليه المادة ٨٩ مدنى بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. ولا تظهر الإرادة إلى الحيز الخارجى إلا بالتعبير عنها، وقد يكون هذا التعبير ايجاباً وقد يكون قبولاً. ويجب أن تكون هذه الإرادة سليمة وخالية من العيوب. وسوف نبدأ الآن بعرض موجز لكل من هذه المسائل.

الفرع الأول

التعبير عن الإرادة

الإرادة الكاملة فى النفس لا يعتد بها القانون ولا يترتب عليها آثاراً، فلا بد إذن لهذه الإرادة من الخروج إلى الحيز الخارجى وهذا يتم بالتعبير عنها. وقد يكون هذا التعبير صريحاً وقد يكون ضمناً. والتعبير الصريح هو الذى

يدل بشكل مباشر على ما يرمن يصدر منه هذا التعبير . وقد يكون هذا التعبير بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة . وأما التعبير الضمني فهو الذي يدل على الإرادة بشكل غير مباشر . ومثال ذلك أن يظل المستأجر شاغلا للعين المؤجرة بعد نهاية المدة المحددة للإيجار، إذ يدل هذا المسلك من جانبه على رغبته في أن تظل العلاقة الإيجارية بينه وبين المؤجر قائمة مستمرة . فالتعبير عن الإرادة كما يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، يكون أيضاً باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود (المادة ١/٩٠ مدنى) .

مدى دلالة السكوت فى التعبير عن الإرادة:

ثار تساؤل فى الفقه حول مدى قيمة السكوت فى التعبير عن الإرادة . ويذهب الشرعيون إلى القول بأنه لا ينسب لساكن قول، فالسكوت فى نظرهم بحسب الأصل لا يدل على شئ . وهذا أيضاً هو ما يذهب إليه الفقه المعاصر . فالسكوت لا يدل على القبول إلا فى حالتين:

الحالة الأولى: السكوت الموصوف:

ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ١/٤٢١ مدنى . إذ يقرر المشرع وسمى موصوفاً لأن المشرع وصفه بذلك .

إذا مضت المدة المحددة لتجربة المبيع وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً . فالسكوت هنا يقوم مقام القبول .

الحالة الثانية: السكوت الملايس:

ويكون الزمر كذلك إذا أحاط به ملايسات لا تدع مجالاً للشك فى دلالة

على القبول . ويتحقق ذلك إذا وجد تعامل سابق بين الطرفين ونهج الطرفين فى تنفيذ معاملاتهم على مسلك معين كأن تجرى العادة بين تاجر تجزئة وتاجر جملة على أن يرسل الأول للثانى فى طلب ما يريده من بضائع، ولا يرسل الثانى له قبولاً بل يكتفى بإرسال البضاعة المطلوبة . فإذا سكت مرة أخرى ولم يرد فإن هذا السكوت يقوم مقام القبول . ويقوم أيضاً السكوت مقام القبول إذا كان متمحضاً لمحض منفعة من هو موجه إليه . ومثال ذلك التبرع، فسكوت المتبرع إليه عن الرد يقوم مقام القبول .

معنى ينتج التعبير عن الإرادة أثره:

تنص المادة ٩١ مدنى على ما يأتى «ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» . فالتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره فور صدوره من صاحبه، بل لابد وأن يتصل هذا التعبير بعلم من هو موجه إليه، فلا يكفى صدور التعبير عن الإرادة من صاحبه إيجاباً كان أو قبولاً، ولا يكفى تصديره بل لابد من وصول هذا التعبير إلى علم من هو موجه إليه . فإذا كان هذا التعبير إيجاباً فلا يعتد به إلا إذا وصل إلى علم القابل، وإذا كان هذا التعبير قبولاً فلا بد أيضاً من وصوله إلى علم الموجب . ويقوم وصول التعبير عن الإرادة إلى من هو موجه إليه قرينة على العلم به . وهذه القرينة ليست قاطعة إذ يجوز اثبات عكسها .

استقلال التعبير عن الإرادة عن صاحبه فور صدوره منه:

فور صدور التعبير عن الإرادة من صاحبه يصبح له كيانه المستقل وينتج

أثر لدى وصوله إلى علم من هو موجه إليه . وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٩٢ من القانون المدني على أنه «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل» .

فإذا كان التعبير عن الإرادة ايجابياً، ثم مات الموجب أو فقد أهليته قبل أن يتصل الايجاب بعلم القابل، فالرأى الذى نرجحه والذى نرى فيه الإعمال الصحيح لحكم القانون، هو أن ينتج القبول أثره لدى وصوله إلى علم وريثة الموجب . وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولا ثم مات من صدر منه القبول قبل وصوله إلى علم الموجب، انعقدنا لتصرف من الوقت الذى يصل فيه القول إلى علم الموجب .

الفرع الثانى

الايجاب والقبول

لا ينعقد العقد إلا إذا تبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ويتم ذلك بأن يصدر أولاً الإيجاب من الموجب، وهو عرض كامل وجازم يعبر بمقتضاه من صدر منه عن رغبته فى إبرام عقد معين . ويجب أن يصل هذا الايجاب إلى علم من هو موجه إليه . فإذا صدر من هذا الأخير تعبير عن الإرادة يدل على رغبته فى القبول، واتصل هذا التعبير بعلم الموجب انعقد ونتج آثاره فى الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب .

أولاً - الإيجاب:

الإيجاب تعبير عن الإرادة، وقد يكون هذا التعبير بطبيعة الحال صريحاً أو ضمنياً على ما سبق بيانه. ويجب أن يكون كاملاً وجازماً. وهذا يعنى ضرورة أن يتضمن الإيجاب كافة العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه. فإذا كان العقد بيعاً وجب أن يتضمن العقد بياناً بالمبيع وبالثمن وبغير هذا لا يكون الإيجاب كاملاً. ولا بد أيضاً أن يكون جازماً أى أن يدل الإيجاب دلالة قاطعة ونهائية على رغبة الموجب فى إبرام العقد. وهذا هو الذى يميز الإيجاب عن مجرد المفاوضات التى كثيراً ما تسبق التعاقد.

ثانياً - القبول:

وهو الآخر تعبير عن إرادة من يوجه إليه الإيجاب. ولا بد أن يأتى مطابقاً للإيجاب فى كافة ما يتضمنه من عناصر، وإلا عد إيجاباً جديداً لا بد وأن يصادفه بعد ذلك قبولا. وقد يقوم السكوت فى بعض الأحوال وفقاً لما سبق أن بينا مقام القبول.

القبول فى عقد الإذعان:

يتخذ القبول شكلاً خاصاً فى عقود الإذعان، إذ يقتصر دور القابل فى هذا النوع من أنواع العقود على مجرد الموافقة على شروط هذا العقد. ويعرف الفقه عادة عقد الإذعان بأنه هو الذى يستقل فيه أحد طرفيه بوضع شروطه، ويقتصر دور الطرف الآخر على مجرد القبول. ويقولون عادة أن الطرف الأول هو القوى والثانى هو الضعيف. ويذهب جانب من الفقه إلى نفي الصفة التعاقدية

عن عقود الإذعان. فالتصرف لا يكون عقداً - وفقاً لما يذهب إليه هؤلاء - إلا إذا كان لكل من أطرافه حرية مناقشة ما ورد به من شروط. في حين يذهب جانب آخر من الفقه، وهو الذي أرجحه، إلى القول بأن العبرة هي بتوافق الإرادتين فقط بغض النظر عن القوة الاقتصادية لكل من الطرفين، ومن ثم فالصفة التعاقدية تتوافر في هذا النوع من أنواع العقود شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر.

- حتى يكون العقد من عقود الإذعان يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة:
 - فيجب أولاً أن يتعلق الأمر بسلعة ضرورية.
 - وأن يحتكر الطرف القوي تقديمها ويستوى في ذلك أن يكون الاحتكار قانونياً أو فعلياً.
 - ويجب أخيراً أن يتمثل الإيجاب في عرض عام موجه إلى الجمهور.
- ومثال هذه العقود عقد النقل بالطائرة أو بالسكك الحديدية، وعقود التليفون وعقود التأمين. ففي كل هذه العقود لا يكون أمام من يريد الحصول على هذا النوع من أنواع الأداء سوى الخاضع لما يمليه عليه الطرف القوي والموافقة عليه.

وللتمييز بين عقد الإذعان وبين غيره من العقود أهمية عملية، إذ تنص المادة ١٤٩ من القانون المدني على أنه «إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة». ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». وهكذا تدخل المشرع المصري لحماية الطرف المذعن سواء كان دائناً أم

مديناً في عقود الإذعان . وأجاز للقاضي أن يعدل من الشروط التعسفية - إن كان لها وجود - حماية للطرف المذعن، وللقاضي أن يعفى الطرف المذعن كلية من هذا الشرط التعسفي . فإذا تضمن عقد النقل مثلاً شرطاً يعفى الناقل كلية من المسؤولية الناجمة عن تأخره في إيصال المسافر سليماً معافى إلى جهة الوصول، جاز للقاضي إعفاء المسافر كلية من هذا الشرط التعسفي . وفي عقود الإذعان - إذا كانت ملزمة للجانبين، وهذا هو الغالب - يكون كل طرف دائئاً، وهنا يكون للقاضي إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي أو تعديله حماية له بغض النظر عن كونه مديناً أم دائئاً .

وتنص المادة ١٥١ مدني أيضاً على أنه « ١ - يفسر الشك لمصلحة المدين .
٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بالطرف المذعن » فالقاعدة العامة في التفسير هو أن يفسر الشك لمصلحة المدين، إلا إذا تعلق الأمر بعقد من عقود الإذعان، فعندئذ يجب على القاضي أن يفسر الشك - هذا إذا شاب بطبيعة الحال عبارات العقد غموضاً - لمصلحة الطرف المذعن سواء كان هذا الطرف المذعن مديناً أو دائئاً . وإذا كان عقد الإذعان ملزماً للجانبين فسر فيه الشك لمصلحة المدين بالشرط الذي يشور الشك حوله .

الفرع الثالث

اقتران القبول بالإيجاب

قلنا الآن أن العقد لا ينعقد إلا إذا تبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. وهذا يعنى ضرورة أن يأتى القبول مطابقاً للإيجاب فيما تضمنه الإيجاب من عناصر. فإذا قال محمد لإبراهيم أبيعك هذا المنزل بثمن قدره خمسون ألف جنيه مثلاً، وقال (محمد) قبلت، انعقدا لبيع. أما إذا قال (محمد) قبلت الشراء بأربعين ألف جنيه، فإن البيع لا ينعقد، ويعتبر هذا التعبير عن الإرادة إيجاباً جديداً، يجب أن يصادف قبول. وتثير ضرورة اقتران القبول بالإيجاب مسألتان نوجزهما فيما يلي:

١- التعاقد بين حاضرين: وهو الذى يتم بين طرفين يضمهما مجلس واحد حقيقة أو مجازاً (كما فى التعاقد بطريق الهاتف) ويسمى هذا المجلس بمجلس العقد. والمراد به وجود المتعاقدان فى مكان واحد، وعندئذ يجب أن يصدر القبول من يكون الإيجاب موجهاً إليه فور صدور الإيجاب دون أن يفصل بينهما وقت. بيد أن ذلك فيه عنت كبير إذ كثيراً ما يفكر الإنسان ويقلب الأمر فى عقله ووجدانه قبل أن يعبر عن الإرادة. لذلك ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القول باستمرار مجلس العقد مادام المتعاقدان لم ينصرفا فيه بعد صدور الإيجاب إلى الحديث فى أمر آخر إذ عندئذ يعتبر أن الإيجاب قد سقط ولا يمكن أن يرد عليه بعد ذلك قبول.

٢- التعاقد بين غائبين: وهى الحالة التى لا يجمع المتعاقدان فيها واحد حقيقة أو حكماً كأن يوجد الموجب فى القاهرة والتأجيل فى

الاسكندرية ولا يتصور أن يتم بينهما التعاقد فى هذا الفرض إلا بالبريد أو وسيلة أخرى مماثلة. فيرسل الموجب رسالة أو برقية إلى الموجه إليه هذا الايجاب (القابل)، ثم يقبل هذا الأخير لدى علمه بالايجاب، فهل يعتبر العقد قد تم تكوينه لحظة القبول أم أنه يجب على القابل أن يصدر هذا القبول إلى الموجب، أم لابد من وصول القبول إلى علم الموجب؟ وبعبارة أخرى نتساءل هنا عن الوقت الذى يتم فيه إبرام العقد، ولتحديد هذا الوقت أهمية بالغة إذ به يتحدد القانون الواجب التطبيق.

للإجابة على هذا التساؤل ذهب جانب من الفقه إلى القول بانعقاد العقد فى الوقت الذى يعبر فيه القابل عن رغبته فى القبول وتسمى هذه بنظرية إعلان القبول. ويصيب هذا رأى عدم الانضباط إذ يكون للقابل أن يعدل عن هذا القبول مادام أنه لم يصل إلى الموجب دون أن يرتب القانون على عدوله جزاء. ولذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بتصدير القبول، وهذا يعنى أن العقد ينعقد عندما يصدر القابل القبول، ويصيب هذا الرأى أيضاً أن القابل يكون باستطاعته سحب القبول بعد تصديره. لذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بضرورة وصول القبول إلى الموجب لكي ينعقد العقد. بيد أن المشرع المصرى أخذ بنظرية العلم، أى أن العقد لا ينعقد إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب ويقوم الوصول قرينة على العلم، وهذه القرينة كما قلنا ليست قاطعة إذ يجوز اثبات عكسها. فمتى وصل القبول إلى الموجب افترض علمه به ما لم يثبت الموجب عكس ذلك.

وسواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين وحدد الموجب لنفسه مدة يلتزم

فى خلالها بالبقاء على ايجابه فلا يجوز لموجب العدول عن هذا الايجاب قبل نهاية هذه المدة (١).

الفرع الرابع

بعض صور التعاقد

١- الوعد بالتعاقد:

تنص المادة ١٠١ من القانون المدنى على ما يلى «١- الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو إحداهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التى يجب إبرامه فيها. ٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد». فحتى يكون الوعد بالتعاقد صحيحاً يجب أن يحتوى على العناصر الجوهرية للعقد النهائى المراد إبرامه. فإذا كان الوعد بالتعاقد على سبيل المثال وعدا بالبيع فلا بد من احتوائه على بيان بالمبيع والضمن، فالمبيع والضمن هما العناصر الجوهرية التى يجب أن يتضمنها عقد البيع، ومن ثم يجب أن يشتمل عليها الوعد به. ويجب أن يتضمن الوعد بالتعاقد بالإضافة إلى ذلك المدة التى يجب فيها إبرام العقد الذى كان هذا الوعد ممهداً له. وقد يتفق الطرفان الواعد والموعود له على اتمام العقد المراد إبرامه مستقبلاً فى مدة معقولة، وهنا يتدخل القاضى ليحدد هذه

(١) راجع فى عرض هذه الآراء جميعاً الأستاذ الدكتور اساميل غانم، مصدر الالتزام ص ١٢٣، ثروت حبيب، المصادر الإرادية للالتزام فى القانون اللبنى، ص ٩٤.

المدة . وإذا كان العقد النهائي المراد إبرامه شكلياً كالهبة أو الرهن الرسمي ، فلا بد أن يكون الوعد بالتعاقد شكلياً هو الآخر .

وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزماً لجانب واحد - وهذا هو الغالب - وقد يكون تبادلياً ملزماً للجانبين . ومثال الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد الوعد بالبيع إذا كان ملزماً للبائع أو المشتري . ومثال ذلك أن يعد شخص آخر أن يبيعه هذا المنزل إذا عبر الآخر (الموعد له) عن رغبته في القبول خلال مدة معينة ، أو أن يعد شخص آخر أن يشتري منه هذا المنزل إذا رغب في بيعه في مدة معينة . في كل هذه الفروض يكون الوعد بالتعاقد ملزماً لجانب واحد .

وينعقد العقد النهائي المراد إبرامه بمجرد ما أن يعبر الموعد له عن رغبته في القبول ، فإذا تعلق الأمر مثلاً بوعد بالبيع وكان ملزماً للبائع انعقد البيع فوراً إذا عبر الموعد له عن رغبته في الشراء ، ولا يكون لانعقاده أثراً رجعياً .

وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزماً لجانبين أو بمعنى آخر تبادلياً ، ومثال ذلك أن يعد شخص آخر أن يبيعه منزلاً إذا رغب في شرائه خلال مدة معينة . ثم يعد الموعد له في فرضنا السابق الواعد أن يشتري هذا المنزل إذا رغب الواعد في بيعه في خلال نفس المدة . وبذلك يكون كلا منهما واعداً وموعوداً له في نفس الوقت . ولقد ذهب جانب من الفقه خاصة في فرنسا إلى القول بأن مثل هذا الوعد لا يصح ، بل يكون بيعاً موصوفاً اقترن بأجل . والصحيح في نظرنا أن مثل هذا التصرف يكون وعداً بالبيع وبالشراء لا بيعاً ، فالبيع المزجل هو الذي يتراخى فيه فقط التنفيذ دون الانعقاد ، في حين أن الذي يتراخى هنا هو الانعقاد نفسه . ويصح هذا الوعد إذا توافرت فيه كافة الشروط المنصوص عليها في المادة ١٠١ مدني .

٢- التعاقد بالعربون:

كثيراً ما يتم التعاقد بالعربون، وهذه إحدى صور المعاملات المألوفة لنا في الحياة اليومية. وتنص المادة ١٠٣ مدني على أنه «١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من دفع العربون ففقدته، وإذا عدل من قبضه، رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر» بالعربون إذن له إحدى دالتين:

(أ) العدول: وهذا يعنى أن كلا من المتعاقدين قد اشترى حقه في العدول مقابل فقدان ما دفع من عربون إن كان من يعدل هو الذي دفع العربون. أما إذا عدل من قبض العربون رد ضعفه.

(ب) الهدء في التنفيذ: وأحياناً يفيد العدول تأكيد التعاقد ويكون ما دفع من العربون تنفيذاً جزئياً للعقد يجب استكمالها. وإذا عدل من دفع العربون أن من قبضه عن اتمام التنفيذ التزم بتعويض الطرف الآخر طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.

والأصل في العربون - وفقاً لما يقضى به القانون المدني هو دلالة العدول إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. وعلى القاضي بغية الوقوف على نية المتعاقدين أن يفسر إرادتهما مستعيناً في ذلك بما استخدماه من عبارات دون الوقوف عند معناها الحرفي وفقاً للقواعد العامة في التفسير.

٣- التعاقد بطريق النيابة:

النيابة صورة هامة من صور التعاقد . وسوف نبدأ أولاً بتعريفها ، ثم نبين بعد ذلك شروطها ، وأخيراً الآثار التى تترتب عليها .

١- تعريف النيابة:

النيابة وفقاً لما يذهب إليه الفقه فى مجموعه هى ابرام شخص يسمى النائب عملاً قانونياً لحساب شخص آخر يسمى الأصيل بحيث ينتج التصرف المبرم أثره فى ذمة الأصيل مباشرة . وقد يستمد النائب سلطته من الأصيل وهذه هى النيابة الاتفاقية ، وقد يستمدها من القانون ، وهذه هى النيابة القانونية ، ومنها نيابة الدائن عن مدينه فى استعمال حقوقه عن طريق الدعوى غير المباشرة ونيابة الولى عن أموال القاصر ، وقد تكون النيابة قضائية ويتحقق ذلك عندم ا يستمد النائب سلطته من القاضى ، ومثال ذلك الحارس القضائى .

٢- شروط النيابة:

لقيام النيابة لابد من توافر شروط ثلاثة:

(١) النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل: فالتعبير عن الإرادة الذى يصدر عن النائب هو تعبير عن إرادته هو ، وهذا هو الذى يميز النائب عن الرسول ، فالرسول يعبر عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو ، فى حين يعبر النائب عن إرادته . وإذا شاب إرادة النائب تبعاً لذلك عيب من عيوب الإرادة كأن يقع النائب فى غلط أو أن يكون ضحية تدليس أو استغلال ، وجب عندئذ الاعتداد بهذا العيب وجاز للنائب المطالبة بالبطلان . وإذا كان النائب قد

تصرف تنفيذاً لتعليمات صادرة إليه مباشرة من الأصيل، وجب هنا الاعتداد بإرادة الأصيل بالقدر الذى تساهم فيه هذه الإرادة فى توجيه إرادة النائب. فإذا كانت إرادة الأصيل معيبة بعيب من عيوب الإرادة أمكن إبطال التصرف الذى أبرمه النائب. ولقد أشارت إلى هذا المعنى المادة ٢/١٠٤ مدنى بقولها «ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها».

(ب) إبرام التعاقد باسم الأصيل: ويقصد بهذا الشرط ضرورة انصراف إرادة كل من النائب والمتعاقد معه إلى توجه آثار التصرف الذى يبرمه النائب إلى ذمة الأصيل مباشرة. ويتحقق ذلك إذا كان الغير المتعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة أو إذا كان من المفروض حتماً أنى علم بذلك. بيد أن المادة ١٠٦ مدنى أوردت على هذه القاعدة استثناءً إذ تقضى بأنه «إذا لم يعلن التعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب» ففى البيوع الفورية فى المحلات التجارية يستوى لدى البائع أن يكون المشتري قد أراد الشراء لنفسه أو أن يكون نائباً عن غيره. فإذا ظهر فى المبيع بعد ذلك عيب خفى كان للأصيل الرجوع على البائع مباشرة بدعوى الضمان، ولا يكون لهذا الأخير دفع الدعوى بأنه لم يكن باستطاعته أن يعلم بوجود النيابة.

(ج) أن يتعاقد النائب فى حدود نيابته: فحتى تصرف آثار العقد الذى يبرمه النائب إلى ذمة الأصيل، يجب على النائب أن يتعاقد فى حدود نيابته. فإذا حدث غير هذا وتجاوز النائب حدود النيابة - ويكون ذلك إذا باع النائب بثمن أقل من الذى حدده له الأصيل مثلاً - كان التصرف غير نافذ فى مواجهة الأصيل. وعدم النفاذ لا يعنى أبداً البطلان ولا القابلية للبطلان. ولا ينصرف أيضاً إلى ذمة النائب فهو لم يقصد إبرام التصرف لحسابه هو. وإذا أقر الأصيل التصرف الذى تجاوز فيه النائب حدود نيابته انصرفت إليه آثاره، وللإقرار أثر رجعى فينتج العقد كافة آثاره من وقت إبرامه لا من وقت الإقرار. ولا ينشئ الإقرار عقداً جديداً بين الأصيل والمتعاقد الآخر، بل يرد على العقد الذى تم إبرامه من قبل بإرادة النائب. وفى غير الحالة التى يقر فيها الأصيل هذا التصرف لا يكون أمام الغير المتعاقد مع النائب سوى الرجوع عليه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب عدم نفاذ التصرف.

وقد يتجاوز النائب حدود نيابته، ومع ذلك ينتج التصرف الذى يبرمه هذا النائب آثاره فى ذمة الأصيل مباشرة، ويتحقق هذا المعنى فيما يسمى بالنيابة الظاهرة. وتتحقق النيابة الظاهرة إذا وجدت ظروف من شأنها أن توحى بأن حدود النيابة الاتفاقية أوسع من حقيقتها، فيتعاقد الغير بحسن نية مع النائب على هذا الأساس، عندئذ ينفذ هذا التصرف فى حق الأصيل.

ولا يقف تطبيق نظرية النيابة الظاهرة على الحالة السابقة فقط بل يسرى أيضاً إذا كانت المدة المحددة للنيابة الاتفاقية قد انتهت وأبرم مع ذلك النائب عقداً مع الغير حسن النية. وهذا هو ما تنص عليه المادة ١٠٧ مدنى بقولها

« إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذى يبرمه حقاً كان أو التزاماً يضاف إلى الأصل أو خلفائه ».

٣- آثار النيابة:

يترتب على النيابة وفقاً لما سبق لنا بيانه نشوء العلاقة مباشرة بين الأصل والغير المتعاقد مع النائب ويستطيع كل منهما الرجوع على الآخر لمطالبته بتنفيذ كافة الالتزامات المترتبة على العقد.

الفرع الخامس

عييوب الإرادة

خطة البحث:

قلنا الآن أن العقد ينعقد فور أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. ويجب أن يكون كل من المتعاقدين أهلاً لإبرام العقد. وتحدد الأهلية وتدرج بتدرج السن وتختلف تبعاً للتصرف المبرم. ولقد سبق لنا بيان ذلك. ويجب أن تكون إرادة كل متعاقد سليمة صحيحة خالية من العيوب.

ولقد تناول القانون المدنى بالتحديد عيوب الإرادة وهى: القلط، والتدليس، والاكراه، والاستغلال^(١).

وسوف نبدأ الآن بدراستها على التوالى:

(١) راجع فى كافة عيوب الإرادة - عهد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، طبعة سنة ١٩٦٦، رقم ١٦٦ ص ٣١٤ وما بعدها. اسماعيل غانم: المرجع السابق، ص ١٧٥ وما بعدها. ثروت حبيب: المصادر الإرادية للالتزام، المرجع السابق ص ١٧٩ وما بعدها.

١- الغلط:

والغلط كما يذهب إليه الفقه هو توهم غير الحقيقة أو هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيدفع به إلى تصور أمر ما على غير حقيقته.

ولا يدخل في نطاق دراستنا الغلط المادى وهو الذى لا يكون له دور فى تكوين الإرادة. ومثال ذلك أن يشتري شخص عدداً معيناً من الوحدات بسعر ما للوحدة، ثم يحدث بعد ذلك غلط فى حساب الثمن الاجمالى، فمثل هذا الغلط لا يعيب الإرادة وإذا ثار فى الأمر نزاع فما على القاضى إلا أن يصحح هذا الغلط الحسابى. كما لا يدخل فى نطاق هذه الدراسة الغلط المانع ومنه الغلط فى ماهية العقد كأن يقصد شخص البيع فيعتقد من وجه إليه الإيجاب أن الذى يرمى إليه هذا الشخص هو الإيجار لا البيع فلا ينعقد عندئذ هذا العقد، ومنه أيضاً الغلط فى محل الالتزام، ومثال ذلك أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه منزلاً فيعتقد الطرف الآخر أن الأمر يتعلق ببيع هذا المنزل وما يلحق به من أرض فضاء. فهنا أيضاً لا ينعقد العقد.

ويرتب القانون على الغلط قابلية العقد للبطلان لمصلحة المتعاقدين الذى عيبت إرادته، وحتى يمكن إيقاع هذا الجزاء، يجب توافر عدة شروط:

الشرط الأول: أن يكون الغلط جوهرياً:

والغلط الجوهري هو الذى يبلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط (المادة ١٢١/مدنى). ولم يقف المشرع فى بيانه للغلط الجوهري عند هذا الحد، بل تنص المادة ١٢١/٢ مدنى أيضاً على

أنه «ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص: إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهريه فى اعتبار المتعاقدين، أو اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن نية. ب- إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد». فالغلط الذى يعيب الإرادة ويرتب عليه القانون أثراً هو الغلط فى صفة جوهريه من صفات الشئ أو الشخص. ويكون الغلط جوهرياً، إذا ورد على صفة من صفات الشئ متى - على سبيل المثال - اشترى شخص آنية على أنها أثرية ثم اتضح بعد ذلك أنها ليست كذلك أو أن يشتري شخص لوحة على أنها من عمل فنان مشهور من فنانى العصور الوسطى مثلاً ثم يتضح له بعد ذلك أنها مقلدة. والمعيار الذى يعتد به ذاتى أو بعبارة أخرى شخصى لا موضوعى. فما اعتبره أنا جوهرياً قد لا يعتبره غيرى كذلك. وببطل العقد أيضاً للغلط فى صفة جوهريه من صفات الشخص وتكون الصفة جوهريه إذا كانت هى محل اعتبار فى العقد. ولا ينظر إلى طبيعة العقد فى ذاته بل إلى ظروفه. وغالباً ما تكون صفة الشخص محل اعتبار فى عقود التبرع ولا تكون كذلك فى أغلب عقود المعاوضات، بيد أن ذلك لا يمنع من اعتبار بعض الصفات جوهريه فى نظر المتعاقد كأن يؤجر شخص منزلاً لسيدة ثم يتضح له بعد ذلك أنها سيئة السلوك، أو أن يؤجر شخص منزلاً لرجل وسيدة معتقد زن الزواج يجمع بينهما ثم يتضح له فيما بعد غير ذلك.

وأما عن الغلط فى القيمة - وهو الذى يتمثل فى عدم التعادل القيمى بين مختلف الأداءات بسبب جهل البائع، على سبيل المثال، القيمة الحقيقية لما يرد عليه البيع - فلا يترتب عليه فى نظرنا إبطال العقد إلا اتسعت حالات

الطعن بالغبن فى العقد فى القانون . ولا يجب أن يترتب على الغلط فى القيمة أثر إلا إذا كان ناجماً عن غلط فى صفة جوهرية من صفات الشئ أو الشخص .

والغلط فى الباعث لا يجب أن يترتب عليه هو الآخر إبطال العقد . والأصل أن الباعث يتصل بأمور شخصية ونفسية خاصة بالمتعاقد وغير متصلة بصفة من صفات الشئ الجوهرية ، ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر سيارته معتقداً أنها غير قابلة للإصلاح ثم يتبين له بعد ذلك قابليتها لذلك ، فلا يكون لهذا المتعاقد التمسك بهذا الغلط لإبطال العقد . أو أن يشتري شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة لا يمكن العثور عليها ، فإن وجدها بعد ذلك لا يكون له أيضاً التمسك بالبطلان .

فالغلط فى القيمة والغلط فى الباعث كلاهما لا يجب أن يترتب عليه فى نظرنا بطلان العقد .

الشرط الثانى : ضرورة اتصال الغلط بعلم المتعاقد الآخر :

لا يكفى أن يكون الغلط جوهرياً ، بل يجب أن يكون المتعاقد الآخر على علم أو على الأقل كان فى استطاعته أن يعلم بأن هذه الصفة الجوهرية التى توهم وجودها هى التى دفعت به إلى التعاقد . وهذا هو ما تقضى به المادة ١٢٠ مدنى ونصها كالاتى : « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه » فالغلط الفردى لا يكفى للتمسك بالبطلان ، بل يجب أن يكون الطرف الذى يتم التمسك بالبطلان فى مواجهته على علم بهذه الصفة الدافعة إلى التعاقد حماية للاستقرار الواجب توافره فى المعاملات .

فإذا اشترى شخص آنية يعتقد أنها أثرية من تاجر عاديّات ثم اتضح له بعد ذلك غير ما اعتقد، فله التمسك بالبطلان شريطة أن يكون البائع على علم بهذه الصفة الدافعة إلى التعاقد أو كان في استطاعته على الأقل أن يعلم بذلك.

لا يجوز التمسك بالبطلان خلافاً لما يقضى به حسن النية:

للمتعاقد الذي وقع في غلط الحق في التمسك بالبطلان، ولكن ليس له التمسك بالبطلان على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية، وهذا هو ما تنص عليه المادة ١٢٤ مدني بقولها «١- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية. ٢- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد» فإذا اشترى شخص من تاجر عاديّات لوحة زيتية على أنها من عمل فنان مشهور ثم اتضح له بعد ذلك عكس ما توقع، فله أن يتمسك بالبطلان متى توافرت باقي الشروط الأخرى وفقاً لما سبق لنا بيانه. ولا يكون له مع ذلك التمسك بالبطلان إذا أبان البائع عن استعداده اعطاء المشتري اللوحة التي قصد شرائها. ويذهب الفقه في عمومها إلى القول بأن نص المادة ١/١٢٤ مدني يعتبر تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضى بعدم جواز التعسف في استعمال الحقوق.

٢- التدليس:

والتدليس هو الآخر عيب الإرادة، وسوف نبدأ أولاً بتعريفه، ثم نلّى ذلك بيان شروطه، وأخيراً الجزاء الذي يترتب القانون حماية للمتعاقد الذي كان ضحية له:

التعريف بالتدليس وبينان عناصره:

يذهب الفقه فى عمومہ إلى تعريف التدليس بأنه إيهام شخص بغير الحقيقة لحمله على التعاقد . وهذا هو الذى يميز الغلط عن التدليس ، فالغلط لا يكون إلا تلقائياً ، فى حين أن التدليس هو فى نهاية الأمر غلط مستشار . وللتدليس عنصران :

١- عنصر نفسى : ويتمثل العنصر النفسى فى نية التضليل ، فالتدليس لا يكون إلا عمدياً ، وتبعاً لذلك ، لا يعتبر تدليساً انخداع المتعاقد بظاهر الشراء التى تحيط بمن يتعاقد معه .

٢- عنصر موضوعى : أو مادى : ولا يكفى العنصر النفسى ، بل لابد من أن يستخدم المتعاقد المدلس بعض الطرق الاحتيالية التى يترتب عليها إيهام المدلس عليه بغير الحقيقة . ويجب أن تخرج هذه الطرق الاحتيالية عن المألوف فى التعامل وإلا فإنها لا تعتبر حيلة . وتبعاً لذلك نقول أن امتداح التاجر لبضاعته بما لا يخرج عن حدود المألوف فى التعامل بين التجار لا يعتبر تدليساً ، أما إذا خرج ذلك عن حدود المألوف فى المعاملات التجارية كأن يضع عليها علامات تدل على صناعتها فى بلد غير الذى صنعت فيه أو على توافر مواصفات فيها على خلاف الحقيقة ، فإن ذلك يعد تدليساً . ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملائمة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم تلك الواقعة أو هذه الملائمة (المادة ٢/١٢٥ مدنى) . فغشى عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له أن يذكر فى وثيقة التأمين البيانات الخاصة بحالته الصحية ، فإذا سكت عن ذكر بعض هذه البيانات عمداً كأن لا

يذكر مثلاً سبق إصابته بمرض السكر أو بمرض قلبي عد هذا منه تدليساً وجاز للمتعاقد معه (المؤمن) أن يطالب بالبطلان.

شروط الإبطال للتدليس:

فرق بين عناصر التدليس وشروطه، فالتدليس وفقاً لما أسلفنا عنصراً: عنصر نفسي وعنصر موضوعي. وأما عن شروط التدليس فإننا نوجزها فيما يلي:

- الشرط الأول - يجب أن يكون التدليس دافعاً إلى التعاقد: فالتدليس المبطل للعقد هو الذي يكون دافعاً إلى التعاقد بحيث لولاه ما أبرم المدلس عليه العقد. والمعيار شخصي لا موضوعي، فلا ينظر إلا إلى ظروف المتعاقد المدلس عليه ودرجة ثقافته وذكائه وخبرته مثلاً، فما قد يكون دافعاً بالنسبة إلى شخص قليل الخبرة والذكاء قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص مجرب شديد الذكاء.

- الشرط الثاني - يجب اتصال التدليس بعلم المتعاقد الآخر: الغالب هو صدور التدليس ممن يتعاقد مع المتعاقد المدلس عليه. والتدليس وفقاً لما أسلفنا لا يكون إلا عمدياً، ومن ثم فلا بد أن يكون التدليس قد اتصل بعلم المتعاقد المدلس، ومع ذلك فليس هناك ما يمنع صدور التدليس - أو بمعنى آخر هذه الطرق الاحتيالية - من الغير. وهنا يوجب القانون ضرورة اتصال علم المتعاقد الآخر بهذا التدليس الصادر من الغير حتى يكون المدلس عليه الحق في التمسك بالبطلان.

الجزء الذى يرتبه القانون إذا توافرت شروط التدليس:

متى كان التدليس جوهرياً، واتصل بعلم المتعاقد الآخر، جاز لمن كان ضحية للتدليس أن يطالب بالبطلان، ولا يكون له التمسك به خلافاً لما يقضى به حسن النية.

٣- الاكراه:

والاكراه هو الآخر عيب من عيوب الإرادة، و هو رهبة تقوم لدى الشخص فتدفعه إلى إبرام العقد، وقد يصل الاكراه إلى حد اعدام الإرادة الكلية، وهنا لا يكون العقد قابلاً للبطلان فقط، بل يبطل بطلاناً مطلقاً. وقد يكون الإكراه جسمانياً وقد يكون معنوياً ويتحقق الإكراه الجسماني إذا وقع فعلاً على جسم المكره بالضرب مثلاً مما يضطره إلى إبرام العقد، ويتحقق الإكراه المعنوي إذا هدد شخص آخر بإيقاع الأذى على جسمه أو ماله أو سمعته مما يضطر المكره إلى إبرام العقد. ولا يكون الاكراه مبطلاً للعقد إلا إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، ولا بد لقيام الاكراه من توافر عدة شروط:

- الشرط الأول - يجب أن يكون الإكراه دافعاً إلى التعاقد:

ويكون الإكراه كذلك إذا كانت الرهبة التي قامت لدى الشخص هي التي دفعت به إلى التعاقد. والمعيار الذي يجب الاعتداد به ذاتي لا موضوعي، فما يكون اكراهاً بالنسبة إلى شخص لا يكون بالنسبة لآخر. وتكون الرهبة المتولدة عن الاكراه قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال (المادة ٢/١٢٧ مدنى). وأما إذا لم يكن الاكراه دافعاً للتعاقد فلا يمكن علو

أساسه المطالبة بالبطلان.

- الشرط الثاني - اتصال الاكراه بعلم المتعاقد الاخر: ويجب

بالإضافة إلى ما سبق اتصال الاكراه بعلم المتعاقد الآخر أو أن يكون المتعاقد الآخر على الأقل على علم به ولا تتور مشكلة إذا كان الاكراه صادراً من المتعاقد المكره، أما إذا صدر الاكراه من الغير فلا يكون للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الاكراه (المادة ١٢٨ مدني).

- الشرط الثالث - يجب أن يكون الإكراه غير مشروع:

فالأكراه غير المشروع هو الذي يجيز المطالبة بالبطلان، وأما إذا كان مشروعاً فلا يجيزها. وهذا هو ما عبرت عنه المادة ١/١٢٧ مدني بقولها «يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس «فإذا هدد الدائن مدينه طالباً منه الوفاء بالدين وإلا نفذ على أمواله قضاء جبراً عنه، لا يعد ذلك اكراها، وكذلك إذا كان التعاقد واقعاً فقط تحت تأثير المتعاقد الآخر أو نفوذه الأدبي فإن ذلك لا يعد أيضاً اكراها، ومع ذلك فإن إساءة استعمال مثل هذا النفوذ الأدبي تعد اكراها ويكون العقد تبعا لذلك قابلاً للبطلان».

٤- الاستغلال:

والاستغلال هو الآخر عيب من عيوب الإرادة، له عناصر وشروط ويرتب

عليه القانون إن وجد آثاراً، نوجز كل ذلك فيما يلي:

١- عناصر الاستغلال:

تنص المادة ١/١٢٩ مدنى على أنه «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، ويتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو طوى، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد».

فللاستغلال إذن عنصران:

(أ) العنصر النفسى: وهو استغلال الحالة التى تنتاب المتعاقد المستغل ولقد عبر عنها القانون بالطيش أو الهوى. والطيش وهو حالة من يقدم على العمل غير مكترث بما يترتب عليه من نتائجة فيشمل التسرع وسوء التقدير. وقد توجد هذه الحالة لدى الشباب كما قد توجد لدى الشيوخ. والمثال التقليدى عليها الوارث الذى يريد نقوداً سريعة فيقع فريسة سهلة لمن يستغل طيشه فيشتري منه بضمن بخس. وأما الهوى الجامح فهو الرغبة التى تقوم لدى الشخص فتدفع به إلى التعلق بأمر معين دون مراعاة لعواقب الأمور. ومثال ذلك رجل كهل يتزوج من فتاة أصغر منه سناً بكثير ويبيعها أمواله بضمن بخس، أو المرأة المتزوجة الكارهة لزوجها مما يولد لديها رغبة جامحة فى الطلاق منه فيستغل الزوج هذه الحالة ليحصل منها على مبالغ طائلة من المال مقابل طلاقها.

(ب) **العنصر الموضوعي:** ويتمثل في عدم التعادل الكبير بين الأداءات بسبب هذا الغبن. ولا يوجد في القانون المدني المصري نظرية عامة للغبن في العقود. ولا يمكن إبطال عقد من العقود بسبب الغبن إلا إذا اقترن به استغلال. ولقد عبر المشرع المصري عن عدم التعادل بين الأداءات بقوله «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة - أى لا تتعادل مطلقاً. وتقدير فداحة اختلال التعادل متروك لقاضى الموضوع.

٢- شروط إبطال العقد بسبب الاستغلال:

- **الشرط الأول** - أن يكون مراد الغبن أو عدم التعادل بين الأداءات هو استغلال حالة الطيش أو الهوى لدى المتعاقدين المغبين، أو بمعنى آخر لا بد وأن يتبين أن المتعاقدين المغبين لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقدين الآخرين قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى.

- **الشرط الثانى** - يجب على المتعاقدين المغبين أن يرفع دعوى الإبطال فى خلال سنة من تاريخ العقد، فلا تبدأ مدة السنة إذن من الوقت الذى يعلم فيه المتعاقدين المغبين بأنه كان ضحية استغلال، ولكنها تبدأ من الوقت الذى أبرم فيه العقد. وهذه السنة مدة سقوط لا تقادم، فلا تقبل تبعاً لذلك لا الوقف ولا الانتقاع.

٣- جزاء الاستغلال:

للمتعاقدين المغبين - هذا إذا اقترن بالغبن استغلال بطبيعة الحال - المطالبة بالبطلان، ويجوز مع ذلك فى عقود المعاوضات للطرف الآخر أن يتوقى دعوى

الابطال إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن . فإذا كان قد اشترك بضمن يقل كثيرا عن ثمن المثل وعرض ما يكفى لدفع هذا الغبن ، فلا يقضى القاضى بالبطلان .

المطلب الثاني

المحل

المحل هو الأداء الذي يلتزم به المدين . ويفرق الفقه عادة بين محل الالتزام ومحل العقد ، فإذا كان محل الالتزام هو ما يلتزم به المدين ، فإن محل العقد هو العملية القانونية المراد تحقيقها . ويجب أن تتوافر فى المحل عدة شروط نوجزها فيما يلى :

الشرط الأول: أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود فى المستقبل:

فإذا كان العقد بيعاً وجب أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود على الأقل فى المستقبل ، وإلا فإن البيع لا يصح . وقد تنصرف إرادة المتعاقدين إلى اعتبار المحل موجوداً وقت إبرام العقد ، فإذا اتضح بعد ذلك غير ما التجهت إليه هذه الإرادة فإن العقد لا ينعقد . أما إذا انصرفت الإرادة إلى التعاقد على شئ قابل للوجود فى المستقبل صنع هذا العقد ، ومثال ذلك أن يبيع (أ) لـ (ب) محصول القطن أو الشعير الذى ستنجعه الأرض هذا العام . واستثناء من جواز التعاقد على أشياء مستقبلية تنص المادة ١٣١/٢ مدنى على أنه «غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاء ، إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون» فالتعامل على تركة إنسان على قيد الحياة لا يجوز لما

يتضمنه هذا التعامل من مضاربة على حياة الإنسان ولما يتسم به هذا التعاقد من منافاة للأخلاق.

الشرط الثاني: يجب أن يكون المحل ممكناً:

لا يكفي وجود المحل بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون ممكناً. وهذا ما تنص عليه المادة ١٣٢ مدنى بقولها «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلاً والاستحالة قد تكون نسبية وقد تكون مطلقة. والاستحالة المطلقة هى التى تؤدى إلى بطلان العقد. ويقصد بها الاستحالة التى تقوم بالنسبة إلى الكافة فتجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، وأما إذا كانت الاستحالة نسبية أى كانت بالنسبة إليالمدين فقط فى حين يمكن لغيره أن ينفذ الالتزامات التى تتولد عن العقد، فمثل هذه الاستحالة لا تؤدى إلى بطلان العقد.

وحتى يترتب على هذه الاستحالة بطلان، فبانه يجب تعاصرها مع وقت ابرام العقد. وأما إذا كانت الاستحالة لاحقة على الانعقاد فليس من شأنها أن تؤدى إلى البطلان، بل أنها تؤدى إلى انقضاء العقد بعد وجوده إذا كانت ناتجة عن سبب أجنبى لا يد للمدين فيه، وأما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين نفسه فإن العقد لا ينقضى، غير أنه لا يمكن إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً. ولا يكون للدائن سوى المطالبة بالتعويض.

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى التفرقة بين الالتزام بإعطاء من جهة والالتزام بعمل وبامتناع عن عمل من جهة أخرى. يرى هؤلاء الشراح أن شرط الامكان ضرورى بالنسبة فقط للالتزام بعمل وبامتناع عن عمل. وأما بالنسبة

للاتزام بإعطاء فإن شرط الوجود يفنى عن شرط الإمكان. بيد أن هذا الرأي غير صحيح، فيشترط الامكان لازم أيضا بالنسبة للاتزام بإعطاء، إذ يستحيل على البائع - على سبيل المثال - نقل ملكية الحق المتنازع فيه إلى المشتري رغم وجود هذا الحق.

الشرط الثالث: يجب أن يكون المحل مشروعاً:

لا يكفي أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود، ويمكننا، بل يجب بالاضافة إلى ذلك أن يكون مشروعاً. وليس هذا سوى تطبيق لما تنص عليه المادة ١٣٥ مدنى والتي تقضى بأنه «رذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا، والبطلان هنا مطلق - على التفصيل الذى سنبينه فيما بعد - لتعلقه بالنظام العام. وقد يرجع عدم المشروعية إلى خروج المحل عن دائرة التعامل بطبيعته أو إلى خروجه عن دائرة التعامل بحكم القانون. ومن الأشياء التى تخرج عن دائرة التعامل الماء والهواء رذ أنها لا تصلح فى ذاتها أن تكون محلاً للتعاقد، ويرجع ذلك إلى استحالة تملكها. ومع ذلك إذا حاز شخص جزءاً من هذه الأشياء، كالهواء المضغوط أو حاز من ماء البحر، جاز له فى هذه الحالة بيعها والتصرف فيها. وقد يخرج الشئ - وهو المحل - عن دائرة التعامل بحكم القانون ومثال ذلك منع بيع الأموال الموقوفة أو المخدرات إلا إذا كان البيع بقصد استخدامها فى غرض مشروع كغرض طبي مثلاً.

فالذى يخرج عن دائرة التعامل ليس هو الشئ فى حد ذاته، بل إن الذى يخرج عن دائرة التعامل هو بعض ما يتعلق بهذا الشئ من تصرفات.

فهرس الكتاب

الصفحة

الموضوع

٣	 مقدمة
	القسم الاول
٥	نظرية القانون
	الوحدة الاولى - التعريف بالقانون وبيان خصائصه والتميز بينه وبين
٧	غيره من القواعد الاجتماعية الأخرى وبيان وظيفته.....
	الفصل الاول - التعريف بالقانون وبيان خصائصه والتميز بينه وبين
٨	القواعد الاجتماعية الأخرى.....
٨	المبحث الأول - التعريف بالقانون وبيان خصائصه.....
٨	أولا - التعريف بالقانون.....
١٠	ثانيا - خصائص القاعدة القانونية.....
	المبحث الثاني - التمييز بين القانون وبعض القواعد الاجتماعية
١٤	والصلة بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى.....
	أولا - التمييز بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد
١٤	الاجتماعية الأخرى.....
١٨	ثانيا - علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى.....
٢٣	الفصل الثاني - وظيفة القانون.....
٢٣	أولا - النظرية الفردية.....
٢٦	ثانيا - النظرية الاشتراكية.....

٣٣	 الوحدة الثانية - تقسيم القانون
٣٤	 الفصل الأول - تقسيم القانون - إلى عام وخاص
٤٤	 المبحث الأول - أساس تقسيم القانون إلى عام وخاص
٣٦	 المبحث الثاني - القانون العام
٣٧	 المطلب الأول - القانون العام الخارجى (القانون الدولى العام) ...
٤١	 المطلب الثانى - القانون العام الداخلى
٤١	 ١- القانون الدستورى
٤٥	 ٢- القانون الإدارى
٤٨	 ٣- القانون الجنائى
٤٩	 المبحث الثالث - القانون الخاص
٥٠	 ١- القانون المدنى
٥٢	 ٢- القانون التجارى
٥٦	 ٣- القانون البحرى والجوى
٥٦	 ٤- قانون العمل
٥٨	 ٥- قانون المرافعات المدنية والتجارية
٥٩	 ٦- القانون الدولى الخاص
٦٠	 ٧- القانون الزراعى
	 الفصل الثانى - تقسيم القاعدة القانونية من حيث مدى ما لها من قوة
٦١	 ملزمة

٦١	أولا - تحديد المقصود بكل من القاعدة الآمرة والقاعدة المفسرة
	ثانيا - متى تكون القاعدة القانونية آمرة ومتى تكون القاعدة
٦٣	مفسرة.....
٦٩	الوحدة الثالثة - مصادر القانون.....
٧١	الفصل الأول - التشريع.....
٧١	أولا - التعريف بالتشريع وبيان مزاياه وعيوبه.....
٧٤	ثانيا - التدرج فى التشريع وأنواعه.....
٧٥	١- الدستور.....
٧٥	٢- التشريع العادى.....
٧٦	٣- التشريع الفرعى.....
٨٣	ثالثا - سن التشريع.....
٩١	رابعا - تجميع القانون La codification.....
٩٧	الفصل الثانى - العرف.....
٩٧	أولا - أركان العرف.....
١٠٠	ثانيا - التمييز بين العرف والعادة.....
١٠٣	ثالثا - اثبات العرف ورقابة محكمة النقض عليه.....
١٠٥	رابعا - مزايا العرف وعيوبه.....
	خامسا - المكان الذى يحتله العرف بالنسبة إلى مصادر القانون
١٠٧	الأخرى.....
١١٣	سادسا - أساس القوة الملزمة للعرف.....

الموضوع	الصفحة
الفصل الثالث - مبادئ الشريعة الإسلامية	١١٧
أولا - لمحة تاريخية	١١٧
ثانيا - الشريعة الإسلامية مصدر أصلى للقانون فى مصر	١١٨
ثالثا - الشريعة الإسلامية مصدر احتياطى للقانون	١١٩
الفصل الرابع - مبادئ القانون الطبيعى قواعد العدالة	١٢١
الوحدة الرابعة - تطبيق القانون وتفسيره	١٢٣
الفصل الاول - تطبيق القانون	١٢٣
المبحث الأول - افغراض العلم بالقانون	١٢٤
أولا - مضمون هذا المبدأ	١٢٤
ثانيا - الاستثناء من هذا المبدأ	١٢٥
المبحث الثانى - السلطة التى تقوم بتطبيق القانون	١٢٨
أولا - القضاء العادى	١٢٩
١- القضاء المدنى	١٢٩
٢- المحاكم الجنائية	١٣٢
ثانيا - المحاكم الإدارية	١٣٣
١- المحاكم الإدارية	١٣٣
٢- محكمة القضاء الإدارى	١٣٤
٣- المحكمة الإدارية العليا	١٣٤
ثالثا - المحكمة الدستورية العليا	١٣٥
المبحث الثالث - نطاق تطبيق القانون من حيث المكان	١٣٩

الموضوع	الصفحة
أولا - المقصود باقليمية القانون وشخصيته.....	١٣٩
١- اقليمية القانون.....	١٣٩
٢- شخصية القانون.....	١٤٠
ثانيا - موقف القانون المصرى من المشكلة.....	١٤٠
المبحث الرابع - تطبيق القانون من حيث الزمان.....	١٤٣
المطلب الأول - الفناء القانون.....	١٤٤
أولا - السلطة التى تقوم بالإلغاء.....	١٤٤
ثانيا - كيف يكون الالغاء.....	١٤٦
المطلب الثانى - تنازع القوانين من حيث الزمان.....	١٥١
أولا - النظريات الفقهية التى قيل بها فى هذا الشأن.....	١٥١
١- النظرية التقليدية.....	١٥٣
٢- النظرية الحديثة.....	١٥٨
ثانيا- الحلول التشريعية لبعض مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان.....	١٦٤

القسم الثاني

نظرية الحق

١٧٣	الوحدة الأولى - التعريف بالحق وبيان أنواعها وتقسيماتها.....
١٧٥	الفصل الأول - التعريف بالحق.....
١٧٥	الفصل الثاني - أنواع الحقوق وتقسيماتها.....
١٨٣	أولا - الحقوق المالية.....
١٨٥	أ - الحقوق العينية الأصلية.....
١٨٦	ب - الحقوق العينية التبعية.....
١٩٢	الوحدة الثانية - أركان الحق.....
١٩٧	الفصل الأول - شخص الحق.....
١٩٩	المبحث الأول - الشخص الطبيعي.....
١٩٩	المطلب الأول - محيزات الشخصية.....
٢١٠	أولا - الحالة.....
٢١٠	١- الحالة السياسية.....
٢١١	٢- الحالة الدينية.....
٢١١	٣- الحالة العائلية.....
٢١٩	ثانيا - الاسم.....
٢٢٠	ثالثا - الوطن.....
٢٢٨	المطلب الثاني - الأهلية.....
٢٢٨	أولا - تعدد معنى الأهلية بنوعيتها.....

الموضوع	الصفحة
ثانيا - أحكام الأهلية	٢٣١
الفصل الثاني - محل الحق	٢٤٧
المبحث الأول - تقسيمات الأشياء	٢٤٨
المطلب الأول - تقسيم الأشياء من حيث تعيينها	٢٤٨
المطلب الثاني - تقسيم الأشياء من حيث ثباتها	٢٥٠
المطلب الثالث - تقسيم الأشياء من حيث تخصيص منفعتها	٢٥٥
المبحث الثاني - الأعمال وتقسيماتها	٢٥٧
المبحث الثالث - إثبات الحق	٢٦١
أولا - طرق الإثبات العادية	٢٦١
ثانيا - طرق الإثبات غير العادية	٢٦٦
الوحدة الثالثة - مصادر الالتزام	٢٦٩
الفصل الأول - العقد	٢٧١
المبحث الأول - التعريف بالعقد وبيان تقسيماته	٢٧١
المطلب الأول - تعريف العقد	٢٧١
المطلب الثاني - تقسيمات العقود	٢٧٢
المبحث الثاني - أركان العقد	٢٧٩
المطلب الأول - الإرادة	٢٧٩
الفرع الأول - التعبير عن الإرادة	٢٧٩
الفرع الثاني - الإيجاب والقبول	٢٨٢
الفرع الثالث - اقتران القبول بالإيجاب	٢٨٦
الفرع الرابع - بعض صور التعاقد	٢٨٨
(١) الوعد بالتعاقد	٢٨٨

الصفحة

٢٩٠	 (٢) التعاقد بالعربون
٢٩١	 (٣) التعاقد بطريق النيابة
٢٩٤	 الفرع الخامس - عيوب الإرادة
٢٩٥	 (١) الغلط
٢٩٨	 (٢) التدليس
٣٠١	 (٣) الإكراه
٣٠٢	 (٤) الاستغلال
٣٠٥	 المطلب الثاني - المخل
٣٠٩	 الفهرس