

برنامج الدراسات القانونية
المدخل للعلوم القانونية
(نظرية القانون)

دكتور / أحمد محمد الرفاعي
أستاذ القانون المدني
وكيل كلية الحقوق
جامعة بنها

جامعة بنها
كلية الحقوق

المدخل للعلوم القانونية

(نظرية القانون)

المستوى الأول - فصل دراسي أول

كود (١١٢)

دكتور

أحمد محمد الرفاعي

أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة بنها

٢٠٠٧/٢٠٠٨ م

القسم الأول

نظرية القانون

تقسيم

سوف نقسم هذا القسم إلى خمسة أبواب وذلك على النحو التالي :

الباب الأول : نخصه لتعريف القانون وتمييزه عن القواعد

والعلوم الاجتماعية الأخرى .

الباب الثاني: نخصه لبيان أقسام القانون وتصنيف القواعد

القانونية .

الباب الثالث: نخصه لبيان مصادر القانون .

الباب الرابع: نخصه لتفسير القانون .

الباب الأول

تعريف القانون وتمييزه عن القواعد والعلوم الاجتماعية الأخرى

ونقسمه إلى ثلاثة فصول :

- الفصل الأول: تعريف القانون وأهميته .
- الفصل الثاني: خصائص القاعدة القانونية .
- الفصل الثالث: القانون والقواعد والعلوم الاجتماعية .

الفصل الأول

تعريف القانون وأهميته

المبحث الأول

تعريف القانون

كلمة القانون لها معنى لغوي ومعنى اصطلاحى :
أولاً: القانون فى اللغة :

القانون يعنى فى اللغة مقياس كل شئ وطريقه^(١) . وكلمة قانون مفرد قوانين وتعنى الأصول ولفظ القانون يفيد النظام، والمقصود به تكرار أمر معين على وتيرة واحدة بحيث يعتبر خاضعاً لنظام ثابت . وبهذا المعنى أطلق لفظ القانون على النظم التى تحكم الظواهر الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية . . . الخ^(٢)، فإذا قلت قانون رد الفعل (قانون نيوتن الثالث) أفاد ذلك أن كل فعل يخضع لرد فعل "مساو له فى المقدار ومضاد له فى الاتجاه" وإذا قلت قانون السكون والحركة أفاد ذلك أن كل شئ ساكن يظل ساكناً وكل شئ متحرك يبقى متحركاً ما لم تؤثر فيه قوة

(١) المعجم الوسيط . طبعة ١٩٨٥ - الجزء الثانى ص ٧٩٣ . وقيل أصلها رومية وقيل فارسية . وورد أيضاً فى الاصطلاح أنه أمر كلى ينطبق على جميع جزئياته التى تتعرف أحكامه منه .
(٢) سليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى - ١ - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة السادسة ١٩٨٧ - رقم ٤ ص ٥ - ٦ .

خارجية "يستمر الجسم على حالته من سكون وحركة منتظمة في خط مستقيم ما لم تؤثر عليه قوة خارجية" (قانون نيوتن الأول) .

وقد كان للعرب السبق إلى استخدام كلمة القانون بمعنى القواعد التنظيمية^(٣) بالرغم من أن كلمة قانون ليست من أصل عربي، فقد قيل أنها رومية وقيل فارسية^(٤) .

وقد انتقلت كلمة "قانون" إلى لغتنا العربية بأصلها اليوناني Kanon، وتفيد مجازاً القاعدة والقدوة والمبدأ وهي تعنى العصا المستقيمة، ويفسر ذلك انتقالها إلى اللغات الأخرى بمعنى "مستقيم" وقد عبرت عنها اللغة الفرنسية بكلمة Droit وتقابلها فى الإيطالية "Diritto" وفى الألمانية "Recht" . الأخ، فيكون بذلك القانون هو الخط الذى يميز بين الاستقامة والانحراف^(٥) .

ثانياً: القانون فى الاصطلاح :

يستعمل لفظ القانون فى الاصطلاح القانونى فى معنى عام وفى معنى خاص .

(٣) فقد أطلق ابن سينا القانون فى الطب على مؤلفه فى الطب ثم تحدث الغزالي فى كتابه المستصفى عن الفن للقوانين وأطلق بن خلدون على أحد فصول مقدمته الشهيرة للاستدلال على ما فى الضمائر الخفية بالقوانين الحرفية: مختار القاضى: أصول القانون-القاهرة عام ١٩٧٣-ص ١٢ .

(٤) انظر هامش رقم (١) .

(٥) ثروت أنيس الأسيوطى: المنهج القانون بين الرأسمالية والاشتراكية-مقال بمجلة مصر المعاصرة-عدد يوليو ١٩٦٨ ص ٦٦٠ وما بعدها .

فالقانون بالمعنى العام Droit هو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع أو هو النظام الذي تجرى وفقاً له علاقات الأشخاص في المجتمع. أو هو مجموعة القواعد التي تجعل هذه العلاقات تسير على منوال واحد وطبقاً لنظام ثابت. وبهذا المعنى يقال أن أمراً معيناً مخالف للقانون أو مطابق له. ومن هذا المعنى العام أطلق لفظ القانون على العلم الذي يبحث في مجموعة تلك القواعد، فيقال كلية القانون وأساتذة القانون، ومجلة القانون.

وبما أن اللغة القانونية قد استحوذت على الاصطلاح في معناه العام بمعنى مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع. ويشمل هذا المعنى العام في ثناياه المعنى الخاص للاصطلاح بمعنى أنه يدخل في مفهوم القانون القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية والتي تسمى Loi (تشريع).

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

وإذا كان مثل هذا الخلط واجب الدفع للتمييز بين هذين المدلولين لاصطلاح "القانون"، وكان المدلول المقصود أصلاً والذي سوف نعنيه في هذا الكتاب بإطلاق هذا الاصطلاح هو المدلول العام الواسع الذى ينصرف إلى مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع، فيراعى أن هذا الاصطلاح ينبثق عنه اصطلاح آخر مركب للدلالة على أن هذه القواعد سائدة ومطبقة فعلاً فى المجتمع، هو اصطلاح "القانون الوضعى" Le droit positif وهو اصطلاح يتحدد بالزمان والمكان على السواء، فيقال "القانون الوضعى المصرى أو الفرنسى الحالى" مثلاً، للدلالة على القانون السائد فى مصر أو فرنسا فى الآونة الحاضرة.

فالمقصود بصفة الوضعية التى تلحق قانون جماعة معينة فى وقت معين، هو توافر الصفة الإيجابية لقواعده عن طريق ما يصحبها ويؤيدها فى التطبيق من إجبار مادي معين تملكه سلطة عامة فى الجماعة^(٦).

(أ) القانون الوضعى والقانون الطبيعى:

تعنى كلمة قانون - وهى مجردة عن الوصف-مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع، فإن وصفت "بوضعى" أو "طبيعى" تخصصت بمعنى معين.

(٦) حسن كيره: المدخل إلى القانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة السادسة ١٩٩٣ - ص ١٢ - الذى يرى أن اللفظ الفرنسى فى هذا الصدد أدق فى التعبير من اللفظ العربى، إذ لفظ Positif يعنى فعال أو إيجابى بالمقابلة للفظ Negatif أى سلبى، أما اللفظ العربى "وضعى" . . .

١ - فيقصد إذن بالقانون الوضعى Droit Positif مجموعة القواعد الملزمة التى توضع سلفاً لتنظيم سلوك الأفراد فى مجتمع معين وفى مكان معين وفى زمان معين • ونتيجة أن هذه القواعد تكون موضوعة سلفاً أن يتمكن الأفراد من معرفتها وأن ينظموا سلوكهم على أساسها • ونتيجة أن هذه القواعد تخصص بمكان معين وبزمان معين أنها تتغير بتغير الظروف الاجتماعية فى بلد معين • وتلك حقيقة يسجلها علم تاريخ القانون • فالقانون الوضعى فى جمهورية مصر العربية غير القانون الوضعى فى الهند مثلاً، وقانوننا الوضعى المعاصر غير القانون الوضعى فى عهد الفراعنة أو فى العصور الوسطى •

٢ - ويقصد بالقانون الطبيعى Droit naturel مجموعة القواعد الدائمة التى لا تتغير بتغير الزمان أو المكان، وتعتبر القواعد المثالية التى توجه القانون الوضعى، والتى يجب أن يتجه إلى الأخذ بها المشرعون فى مختلف البلاد • ولنا عودة إلى مزيد من الإيضاح بالنسبة لهذا القانون الطبيعى •

(ب) القانون المسنون والقانون غير المسنون :

يقصد بالقانون المسنون (Droit ecrit) مجموعة القواعد التى توضع مسطورة أو مكتوبة • ويقصد بالقانون غير المسطور مجموعة القواعد التى توضع دون أن تكون مكتوبة • وإذن فهذه التفرقة تقوم على أساس النظر إلى كيفية مجئ القاعدة وليس على أساس النظر إلى حالتها الراهنة • فإذا فرضنا مثلاً أن شخصاً قد قام بجمع القواعد العرفية فى

كتاب فإن هذه القواعد بحالتها المادية تعتبر مكتوبة، ولكنها بالرغم من ذلك لا يصح أن تسمى بالقانون المكتوب، ذلك أن هذه القواعد حين وضعتها الجماعة لم تكتبها وإنما تناقلتها الأجيال شفاهة أو إحساساً، ومن ثم فهي تعتبر من القانون غير المسنون . وعلى العكس من ذلك فإن مجلس الشعب إذ يضع قانوناً فإنما يضعه مكتوباً . وإذن فحين تجيء هذه القاعدة تكون مكتوبة فتعتبر من القانون المسنون .

ولا شك أن القواعد المسنونة تكون أكثر انضباطاً من القواعد غير المسنونة . كما وأن القانون المسنون هو الذي يمكن أن يكون محلاً للتفسير^(٧) .

القانون، القاعدة القانونية، فروع القانون والنظام القانوني :

القانون هو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم العيش في الجماعة . وهنا نضيف أن هذا هو المعنى الدقيق للكلمة والذي تشمل كل قاعدة بصرف النظر عن مصدرها، فهو إذن المعنى العام لكلمة قانون (Droit) . على أن الاصطلاح قد جرى أيضاً على أن يقصد بهذه الكلمة معنى أضيق من ذلك الذي تقدم، فتعني حينئذ-ليس كل القواعد وإنما نوعاً واحداً منها . وسوف نعرض فيما بعد إلى ما يسمى بمصادر القانون، وسوف نعلم من هذه الدراسة أن هناك أكثر من مصدر للقاعدة، فقد تأتي عن طريق مجلس الشعب أو أية سلطة يعتبرها الدستور في منزلته، وقد تأتي من ضمير الجماعة، وقد تأتي من غير ذلك . والنوع

(٧) أحمد سلامة: السابق ص ١٣ .

الأول أو ما يضعه "البرلمان" يسمى فى الاصطلاح "التشريع" (Loi) وعلى ذلك يكون التشريع نوعاً من القانون . بيد أن التعبير قد جرى على إطلاق تسمية "القانون" على التشريع، وأصبحنا نتحدث عن قانون السلطة القضائية، أو قانون الإصلاح الزراعى، أو قانون الوصية . وهذا الذى درج عليه التعبير صحيح . فالتشريع يعتبر قانوناً، بل هو الصورة الطبيعية والغالبة للقانون . ولكن التشريع لا يستغرق كل صور القاعدة القانونية . فالعرف قانون ولكنه ليس تشريعاً . وبناء على ذلك يمكن القول بأن كل تشريع يعتبر قانوناً ولكن ليس كل قانون يعتبر تشريعاً . ومن ثم يتضح أن لكلمة "قانون" مدلولين أحدهما واسع والآخر ضيق . فيعنى المدلول الأول كل قاعدة عامة ملزمة أياً ما كان مصدرها، ويعنى الثانى القاعدة العامة الملزمة التى تأتى عن طريق السلطة التشريعية .

ونحن فى دراستنا نقصد المدلول الواسع لكلمة قانون وهو يعنى مجموعة القواعد ومفردها قاعدة . وعليه تكون القاعدة القانونية هى الوحدة التى يتكون منها القانون . على أنه ليس معنى أن القاعدة القانونية هى "وحدة" أن تخاطب شخصاً معيناً، فهى عامة كالمجموع الذى تكونه .

وإذا نظرنا إلى نشاط الإنسان فى مجتمع منظم ألفيناه متعدد النواحي متباين الأوجه . فقد يدخل فى علاقة مع السلطة العامة، وقد يدخل فى علاقة مع فرد مثله كأن يبيع أو يتزوج، أو يقتل أو يسرق . والقانون بكل هذه الأوجه من النشاط محيط . وهو فى إحاطته يضع

قواعد شتى تهدف كل منها إلى الوصول إلى غرض معين • ويجتمع كل عدد من القواعد التي تنظم موضوعاً واحداً أو مجموعة من الموضوعات المتقاربة فيما يسمى "بفرع القانون" Droit naturel فيقال القانون المدنى، أو القانون التجارى، أو قانون المرافعات، وكلها أفرع القانون •

مفهوم النظام القانونى :

والأفرع المختلفة للقانون، بما تحويه من قواعد قانونية تكون فى مجموعها ما يسمى بالنظام القانونى (Instiution Juridique) • وإذن فكل القواعد التي يحويها القانون المصرى بجميع فروعته تسمى بالنظام القانونى المصرى • وهكذا يبدو التدرج واضحاً-مجموعة من القواعد تكون فروعاً فى القانون، ومجموعة من فروع القانون تكون النظام القانونى • وإذن فالنظام القانونى هو قانون واحد من الدول، أو هو شريعة واحدة من الدول •

غير أن لاصطلاح النظام القانونى معنيين ثانى وثالث • أما الثانى فكثيراً ما نصادفه فى دراسة القانون المقارن • ويقصد به مجموعة من قوانين الدول مستوحاة من مبادئ مشتركة أو يمكن تقريبها ويسود أحكامها كثير من التشابه • فمثلاً قوانين أوروبا الغربية وتركيا وبعض دول أمريكا اللاتينية تكون ما يسمى بالنظام القانونى اللاتينى •

وأما المعنى الثالث فهو أخص من المعنى الأول والثاني، فهو لا يعنى قانون مجموعة بلدان، أو قانون بلد واحد، وإنما يعنى بعض من قواعد قانون البلد الواحد تنظم مسألة معينة، ولكنها تمتاز بأهمية بالغة. فكافة القواعد التى تنظم الزواج، من مرحلته التمهيدية وهى الخطبة إلى انعقاده إلى آثاره بالنسبة للأولاد وبالنسبة للزوجين، إلى إنهائه، أيا ما كان موضعها، تكون النظام القانونى للزواج. وكذلك كافة القواعد التى تحيط بثتى مشاكل الملكية تكون النظام القانونى للملكية^(٨).

وقد ينتمى القانون إلى أحد النظم القانونية التى يستمد أفكاره الوضعية أو الشرائع الوضعية الأساسية منها، فمن المعروف أن النظم القانونية الوضعية الرئيسية هى النظام اللاتينى والنظام الأنجلو سكسونى أو الأنجلو أمريكى والنظام الجرمانى.

فالقانون المصرى وكذلك الفرنسى-ينتمى إلى النظام اللاتينى، بينما ينتمى القانون الإنجليزى والأمريكى إلى النظام الأنجلو سكسونى وينتمى القانون الألمانى واليابانى للنظام الجرمانى^(٩).

(٨) أحمد سلامة: السابق. ص ١٥.

(٩) ويعتبر لفظ الشرائع الوضعية أدق من النظم الوضعية حيث توجد لكلمة نظام قانونى معانٍ أخرى فهو مجموع القواعد القانونية المطبقة فى بلد معين فيقال النظام القانونى الفرنسى أو المصرى، أو فى مسألة معينة فيقال النظام القانونى للزواج-انظر فى ذلك أحمد سلامة- المدخل لدراسة القانون- دار النهضة العربية ١٩٧٤ رقم ٥ ص ٢٠.

القانون والحق :

يوجد إلى جانب مفهوم القانون مفهوم ينبثق عنه هو مفهوم الحق . فإذا كان القانون يتصدى لحكم سلوك الأفراد في المجتمع حكماً ملزماً فإنه يعمل -أمام تشابك مصالح الأفراد وتعارضها فيما يقوم بينهم من علاقات- على تغليب بعض هذه المصالح على بعض، ووضع أصحاب المصالح المغلبة في مركز ممتاز بالنسبة إلى غيرهم من الأفراد، بحيث يثبت لهم حقوقاً تخولهم الاستئثار بسلطات معينة تلتزم الكافة باحترامها .

فقد يخول لفرد من الأفراد الاستئثار بالتسلط على شئ من الأشياء بإعطائه حقه الملكية عليه، فيضعه بذلك في مركز ممتاز على غيره الكافة باحترام حقه في هذا التسيط .

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

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

المبحث الثاني أهمية القانون

١ - لماذا تقوم الحاجة إلى القانون؟ القانون ظاهرة اجتماعية حتمية:
القانون ظاهرة اجتماعية، بل هو ضرورة اجتماعية، فالقانون
والمجتمع، كما قال الرومان قرينان لا ينفصلان، فلا قانون بلا مجتمع
ولا مجتمع بلا قانون (أو يوجد القانون كلما وجد المجتمع) Ubi
Societas, Ibi Jus

لا قانون بلا مجتمع :

فلأن الواقع يدلنا على أنه لا تقوم الحاجة إلى القانون إلا إذا وجد
مجتمع يهدف القانون إلى تنظيم العلاقات التي تقوم بين أفرادها، فلو
تصورنا مثلاً، مع كتاب الأساطير ومؤلفو الروايات الخيالية (كما فعل
الروائي الإنجليزي دانيال ديفو مبتدع شخصية وربنسون كروز، أم كما
فعل ابن طفيل مخترع شخصية حي بن يقظان) وجود إنسان منعزل في
جزيرة مهجورة، فإن هذا الإنسان الخرافي لن يكون بحاجة إلى قانون
يحكمه، لانعدام المجتمع الذي هو قرين القانون، لأنه لن تكون له علاقة
إلا بالطبيعة والحيوانات والنباتات والجمادات التي تحيط به، ولكن لن
تكون هناك علاقة بينه وبين غيره من الأفراد، فلا يكون هناك محل إذن
لوجود القانون، لعدم تصور وجود نزاع نحتاج القانون لحله.

لا مجتمع بلا قانون :

فلأن هذا هو ما تفرضه، وفرضته، طبائع الأشياء •
فالإنسان، كما يقال، كائن مدنى أو اجتماعى بطبعه فهو يميل
بغريزته، ومنذ أقدم العصور، إلى الحياة مع غيره يتقاسم وإياهم نصيبهم
من الدنيا • وأسطورة الفرد المنعزل خرافة لا وجود لها إلا فى ذهن
رواة القصص والأساطير • فالإنسان ذاته نتيجة اجتماع ذكر وأنثى،
وهذا الاجتماع لم يتم إلا بموافقة أسرتين على إنشاء هذه العلاقة •••
وهكذا فإن الإنسان بفطرته يميل إلى الحياة داخل مجتمع •

وإذا كان مقدراً على الإنسان أن يحيا داخل مجتمع، فإن طبيعة
الأشياء تقتضى أن تقوم علاقات بين أفراد هذا المجتمع، وهذه العلاقات،
سواء أكانت علاقات تنافر أم تعاون، من شأنها أن تؤدى إلى قيام
المنازعات التى تحتاج إلى حل، لأن الإنسان بطبيعته أنانى يؤثر ذاته
ويرغب، قدر طاقته أو قوته، فى إشباع حاجاته اللامتناهية على حساب
الموارد الموجودة والتى هى بطبيعتها محدودة • فهو يريد أن يمتلك كل
شئ، ويستأثر بكل المزايا • وهذا هو أساس قيام الصراع والخلافات،
لأن الفرد قد تتنابه نزوة هوجاء، أو تحدوه أثرة جامحة، أو تغريه قوة
طائشة فتدفعه إلى الاعتداء على ما لغيره، فإذا عزم كل إنسان على
إشباع حاجاته بهذا الشكل الأنانى فإن النتيجة الحتمية لذلك تكون هى
التصارع والتنافر والحرب والخراب ••• فحيث يملك الكل فعل ما

يشاعون لا يملك أحد فعل شيء ٠٠٠ وحيث لا سيد فالكل سيد ٠٠٠ وحيث
الكل سيد فالكل عبيد" (١٠) .

وحيث تسود شريعة الغاب ومنطق القوة الذى لا يأمن فى ظلّه
أحد، مهما بلغت قوته، على شيء، لأن القوة، مهما دامت، زائلة، وظالم
اليوم بقوته سيصير غداً مظلوماً بضعفه .

وتلك حال لا يتصور أن تكون، وإن كانت فهى لا تدوم، فبدأ
الإنسان، الكائن الوحيد الذى زوده الله بعقل دون سائر المخلوقات،
والذى جبل بطبيعته على حب التطوير والارتقاء، يعمل عقله فى كيفية
تفادى هذه الصراعات أو وضع حل لها . وهداه عقله إلى فكرة أنه لن
يستطيع أن يعيش فى سلام مع الآخرين ويأمن على نفسه وعلى
ممتلكاته منهم إلا إذا أمنوا هم جانبه وهو ما لا يتأتى إلا عن طريق
قبول الخضوع لبعض القواعد التى تحد من إطلاق حرية الفرد لصالح
الآخرين كما تحد من إطلاق حريتهم لصالحه (كالقاعدة التى تقضى مثلاً
بالامتناع عن الأضرار بالآخرين بقتلهم أو سرقة أموالهم أو الاعتداء
على حرمتهم) وهذه القواعد تنقص من حرية الفرد لضمان تمتعه
بالباقى له، فهى توفر له نصيباً من الحرية بقدر ما ترفع عنه جزءاً
منها .

(١٠) بوسيه، نقلاً عن حسن كيره، ص ١٨ .

الفصل الثانى

خصائص القاعدة القانونية والجزاء عليها

المبحث الأول

خصائص القاعدة القانونية

تحليل القاعدة القانونية :

سبق أن قلنا أن القانون هو مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع . ويتضح من هذا التعريف أن القاعدة القانونية هى الوحدة التى يتكون منها القانون فى مجموعة، أى أنها بمثابة اللبنة الأولى فى البناء القانونى إذا جاز القول-ذلك أن القانون فى جملته ليس سوى مجموعة من القواعد المنظمة للسلوك .

ويتضح من ذلك التعريف أن للقاعدة القانونية عدة خصائص

تتميز بها وهى :

- ١ - أنها قاعدة اجتماعية .
- ٢ - قاعدة عامة مجردة .
- ٣ - أنها ملزمة .

ويراعى أن تحديد معنى أو خصائص القاعدة القانونية هو بمثابة تحديد معنى أو خصائص القانون لأن القانون هو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية.

ويراعى أيضاً أن هناك إجماع فقهي على الخاصتين الأولى والثانية واختلاف بالنسبة للخاصية الثالثة.

أولاً: القاعدة القانونية عامة ومجردة :

من خصائص القاعدة القانونية أنها عامة مجردة أى أنها تخاطب الأفراد بصيغة العموم سواء أكانت أمراً أم نهياً، بصفاتهم وليس بذواتهم، وأن تحيط بالوقائع بشروطها وأوصافها وليس بذواتها أيضاً. فإذا خاطبت الأفراد، فلا تذكر القاعدة شخصاً معيناً بالاسم، ولا واقعة معينة بالذات، بل بذكر الأوصاف التي يتعين بها الأشخاص المقصودون بهذا الخطاب، والشروط التي يجب توافرها في الوقائع التي ينطبق عليها هذا الخطاب، معنى هذا أن كل شخص توافرت فيه هذه الأوصاف، وكل واقعة توافرت فيها تلك الشروط، تنطبق عليها القاعدة بصيغة التعميم^(١١).

وأيضاً تعنى العمومية أن يكون الخطاب عاماً من حيث المكان بمعنى ألا ينحصر تطبيقه في جزء معين من أجزاء الدولة دون بقية الأجزاء، بل يكون عاماً يشمل كل إقليم الدولة. فهي تتجرد إذن من حيث الأشخاص والوقائع والمكان.

(١١) انظر: سليمان مرقس: السابق - رقم ١٠ ص ١٢ .

ذلك أن القانون باعتباره مجموعة قواعد تضع نظاماً للمجتمع، وباعتباره قواعد سلوك تأمر بأمر أو مسلك معين ينبغي إتباعه. هذه القواعد توضع لحكم فروض أو حالات موجودة أو توجد تالية أى أن هذه القواعد سابقة فى وجودها على ما يواجه من فروض تخضع لحكم القانون. ونظراً لأنه من الصعوبة بمكان حصر كل ما قد يعرض فى المستقبل من مختلف الفروض والحالات الفردية غير المتناهية، وأنه ليس من السهل بالتالى وضع قواعد أمره بشأن كل حالة وعلى كل شخص بذاته. فالنظام والاستقرار، يقتضى تحقيق المساواة بين الأفراد والوقائع وهذه المساواة لا يتيسر إقامتها ابتداء إلا على أساس الوضع الغالب فى الحياة الاجتماعية، وهو ما يحتم أن يؤخذ التكليف المتوجه إلى الأفراد بمعيار موضوعى لا شخصى، أى يلجأ فيه إلى تجريد تكون العبرة فيه بأن يكون صادراً بصيغة عامة.

معنى هذا أن العمومية تقتضى وضع الخطاب فى صيغة مجردة Abstraite، وذلك لأن القاعدة يقصد بها أن تطبق على مجموعة من الوقائع متماثلة أو على جميع الأشخاص الذين يوجدون فى ظروف واحدة. ولأن الواقع فى الحياة أن ظروف الأشخاص والوقائع تتغاير فيما بينها وتتشكل بصور مختلفة حتى أنه ينذر أن يتحد شخصان أو واقعتان فى كل ظروفهما ومن جميع نواحيهما. فإذا أريد تنويع الأحكام بقدر تنوع الظروف واختلافها، وجب وضع حكم خاص لكل حالة على حده.

وظاهر أن هذا يناهى طبيعة القاعدة من حيث أنها تقتضى توجيه لخطاب بصيغة عامة.

لذلك كان لابد فى صياغة القاعدة من الارتفاع عن التفاصيل والتجاوز عن بعض الظروف الثانوية التى لأثر لها فيما يراد ترتيبه على تلك الوقائع من نتائج قانونية، والإكتفاء عند الظروف الجوهرية التى اقتضت ترتيب تلك النتيجة، فيستطاع بذلك رد فئة كبيرة من الوقائع تكون تلك الظروف الجوهرية مشتركة بينها - وإن اختلفت فى غيرها من الظروف - إلى نموذج عام (أى وضعها فى صورة نموذج عام)، ثم يوضع لهذه المجموعة من الوقائع حكماً واحداً ينظر فيه إلى ذلك النموذج العام بقطع النظر عما قد يكون بينها من فروق ثانوية. ويعتبر هذا الحكم الموحد قاعدة عامة لأنه لا يسرى على واقعة معينة بالذات بل على مجموعة من الوقائع يكون القاسم المشترك بينها أنها تشتمل على عناصر ذلك النموذج العام أو ما يعرف بالمعيار الموضوعى. لأن صفات القانون الثبات والدوام بمعنى أنه لا يقتصر على الحال بل يتناول المستقبل ولذلك فهو لا يترصد بشخص بعينه أو واقعة بعينها وإنما صفة الشخص أو نوع الواقعة وهو ما يشمل عدد غير محدود.

مثال ذلك، قانون الخدمة العسكرية، يضع قاعدة قانونية لأن الخطاب فيه عام مجرد يتوجه إلى كل من تتوفر فيه فى الحال أو الإستقبال صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والقدرة البدنية، والموجودين فى إقليم الدولة.

وتهدف هذه الخاصية إلى تحقيق العدل والمساواة بين الأفراد وهذه الصفة فى القانون طبيعية، بمعنى أنه يجب ألا يميز القانون بين شخص وآخر فيخل بالمساواة والعدل وهما أساسان يجب أن تبنى عليهما كل قاعدة قانونية، ولا أن نميز بين مدينة أو أخرى فيلزم الأولى بأوامر بينما يعفى الثانية، ولا أن نميز بين واقعة وأختها، فيرتب على الأولى آثارا معينة بينما يمنعها عن الثانية. تلك هى القاعدة أو الأصل الذى مؤداه أن تكون القاعدة القانونية عامة ومجردة.

مع ذلك قد توجه القاعدة القانونية الخطاب إلى طائفة معينة دون بقية الطوائف أو إلى إقليم معين دون بقية الأقاليم أو إلى شخص بصفته ومع ذلك تبقى القاعدة عامة مجردة. ولا يعد ذلك خروجاً على قاعدة العمومية والتجريد. وذلك كالقاعدة التى تنظم مهنة من المهن كالمحامين أو الأطباء. ذلك أنه لا يشترط فى العمومية، كما قد يتبادر إلى الذهن، أن القاعدة يجب أن تطبق على جميع الناس، بل يكفى أن تنطبق على فئة من الناس معينة بأوصافها لا بذواتها. فالعمومية تتوافر طالما انتفى التخصيص أى طالما لا تخص شخصاً بعينه بالقاعدة القانونية. وكالقاعدة التى تنظم سلطة رئيس الجمهورية تعتبر قاعدة عامة بالرغم من أنه لا يتصور أن يكون هناك أكثر من رئيس للجمهورية فى وقت واحد. فهى قاعدة قانونية لأنها تخاطب الصفة القانونية ولا تخاطب رئيساً بالذات أو فلاناً بالذات كالرئيس زيد أو عبيد. وإنما هى تنظم المركز القانونى لرئيس الجمهورية بصرف النظر عن اسمه أو شكله والقاعدة باقية وعامة بالرغم من تغيير الرؤساء. فهى عامة بالرغم من

مخاطبتها لشخص واحد. ونفس الكلام ينطبق على القاعدة التي تنظم مركز رئيس الجامعة أو عميد الكلية أو رئيس مجلس الوزراء.

ثانياً: قاعدة اجتماعية :

يتضح من التعريف السابق للقانون بأنه مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، أن القانون ظاهرة اجتماعية فلا قانون بلا مجتمع والقاعدة القانونية تنظم علاقات الأفراد داخل المجتمع، فهي تنظم علاقة الإنسان بالإنسان، بما يعنى أنها تستبعد العلاقة بين الإنس والجن أو الشياطين^(١٢) . ولا تنظم العلاقة بين الإنسان والحيوان ولا تنظم العلاقة بين الإنسان وربه. فكل هذه العلاقات لا يعنى القانون (١) بتنظيمها والتدخل فيها إلا إذا تجاوزت الشخص ومست من حوله من الأفراد. هنا يتدخل المشرع لحماية لهذه المخلوقات، فيتدخل ليحمى الحيوان من ظلم الإنسان وتعذيبه له. ويعاقب من يمارس الدجل والشعوذة ويدعى إتصاله بعالم الجن بهدف الكسب والثراء وابتزاز أموال الناس بالباطل أو عندما يمس الفرد عقيدة الآخرين وحرية الاعتقاد والعبادة.

يقصد أيضا بكون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية أن الحاجة لقواعد القانون لا تبدو إلا مع قيام الجماعة، حيث تظهر الحاجة إلى تنظيم علاقات أفراد هذه الجماعة بعضهم ببعض. أما خارج الجماعة أو قبلها، إن أمكن تصور مثل هذه الحال، فلا حاجة إلى نظام وبالتالي لا

(١٢) انظر مختار القاضى: السابق - ص ١٩.

حاجة إلى القانون. فالإنسان مدنى بطبعه، أى هو كائن اجتماعى تدفعه غرائزه نفسها إلى الحياة داخل الجماعة لما تتيحه هذه الحياة الجماعية للإنسان من وسائل الدفاع عن بقائه وإشباع حاجاته المختلفة، ولذا لا يستطيع الفرد أن يعيش منعزلاً عن بنى جنسه، وقد كان هذا سبباً فى أن الحياة الاجتماعية ظهرت ملازمة فى تاريخها لتاريخ الإنسان نفسه. والحياة فى الجماعة تقتضى ضبط علاقات الأفراد وإخضاعها للقيود التى ترمى إلى تحقيق التوازن بين الجانب الفردى (الأنانى) فى طبيعة الإنسان والجانب الغيرى أو الاجتماعى فى هذه الطبيعة، وهذا هو دور القانون^(١٣).

القانون والجماعة إذن لفظان متلازمان، فالقانون ثمرة المجتمع ينشأ تلقائياً من معيشة الناس بعضهم مع بعض، فحيث توجد الجماعة يوجد القانون، فإذا تصورنا مكاناً لا يوجد فيه إلا شخص واحد فلا يكون ثمة قانون. فالقانون يفترض وجود واجبات وحيث لا يكون إلا شخص واحد لا يكون ثمة واجبات ولا يتصور مخالفة واجبات غير موجودة.

القانون إذن ضرورى دائماً للجماعة أياً كان المذهب الذى يتبع فى تأسيس القانون. ففى كل جماعة لابد لإمكان التعايش السلمى أن توجد قواعد تبين ما يجوز فعله وما لا يجوز، وتحدد ما يجب فعله وما يجب ألا يفعل. فلا توجد جماعة بلا قانون، ومن هنا كان القانون عنصراً جوهرياً فى حياة الجماعة فالقانون هو فى جوهره ظاهرة

(١٣) جميل الشرقاوى: السابق - رقم ٧ ص ٩.

اجتماعية، ظاهرة طبيعية أو تلقائية تنشأ من ضرورة ملازمة للجماعة البشرية، فلا يجوز اعتباره واقعة تحكيمية^(١٤).

وبما أن القاعدة القانونية تنظم علاقات الأفراد في المجتمع أيا كان شكل هذه الجماعة أي بصرف النظر عن تقدم هذه الجماعة أو تأخرها^(١٥). على العكس من ذلك يذهب البعض إلى أن القانون لا يوجد إلا في جماعة سياسية، أي جماعة منظمة يخضع أفرادها لسلطة عامة تملك عليهم حق الجبر والقهر^(١٦).

ويترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية النتائج التالية:- أنها لا تهتم - كقاعدة إلا بالسلوك الخارجي للإنسان فقط دون نواياه. فالقانون لا شأن له بالنوايا المحضة- أيا كانت - فالنية المحضة، أو المجردة، التي تبقى كامنة في نفس صاحبها بدون تعبير مباشر أو غير مباشر عنها لا يعتد بها القانون ولا يرتب عليها أي أثر^(١٧).

فالقانون لا ينفذ إلى الضمير، ولا يعنى بمجرد التفكير^(١٨). فهو لا يتعدى إلى هواجس النفس، ولا يسبر أعماق السرائر ولا يتحرى

(١٤) أنظر: عبدالحى حجازى: السابق ص ٢١-٢٢.

(١٥) جميل الشرقاوى: السابق نفس المكان.

(١٦) حسن كيرة: السابق ص ٢٦.

(١٧) المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤. قضية رقم ١٠٥ لسنة

١٢ ق (دستورية) - المحاماة - السنة ٣٣ - ديسمبر ١٩٩٤ - ج ٣

ص ٩٦ رقم ٢٦.

(١٨) محمد على عرفه: السابق ص ٣٠.

خلجات الضمير وما توسوس به الصدور، لتظل بذلك النوايا الخفية المحضنة، مهما انطوت على خبث أو شر، بمنأى عن القانون. فقد تراود الفرد منا أخس الأحاسيس بل وأحقر المقاصد، ولكن طالما أن الأمر لا يتجاوز حيز النفس أو النية، فإن القانون لا يتدخل^(١٩).

وكون القانون لا يهتم بالنوايا، لا يعنى هذا أن القانون لا يعول على الدوافع النفسية عند الأفراد، إذ هو يقدر أفعال الناس وفقاً لإرادتهم ونواياهم. فلا مراة فى أنه عند الحكم على القيمة القانونية لأفعال الفرد تكون الناحية الداخلية لهذه الأفعال ذات أهمية خاصة. أى أن القانون يعتد بالإرادة وبالنوايا التى أدت إلى هذه الأفعال. فالنتائج القانونية التى تترتب على فعل ما تختلف بحسب ما إذا كان هذا الفعل قد وقع بحسن نية أو بسوء نية. فى الناحية الجنائية يختلف أثر الفعل الذى اقترن بسبق الإصرار عن الفعل الذى لم يسبقه إصرار أو فى التمييز بين الخطأ العمدى والخطأ غير العمدى. وفى الناحية المدنية نجد أنه فى مجال الحياة واكتساب الحقوق بوضع اليد تترتب آثار على ما إذا كان وضع اليد قد تم بحسن نية أو بسوء نية^(٢٠). وفى نظرية السبب والغش والتفسير للعقود حيث نص المشرع على أنه يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين^(٢١). وكذلك ما أوجبه المشرع من أنه يجب تنفيذ العقود بحسن نية^(٢٢). وعلى ذلك يكون معنى أن القانون لا يعتد إلا

(١٩) عبدالفتاح عبدالباقي: السابق، رقم ٣ ص ١٠.

(٢٠) مادة ٩٦٨، والمادة ٩٦٩ مدنى.

(٢١) مادة ٢/١٥٠ مدنى.

(٢٢) مادة ١٤٨ مدنى.

بالسلوك الخارجى أن القانون لا يدخل فى اعتباره الدوافع النفسية فى ذاتها، التى تظل كامنة فى ضمير الشخص ولا تظهر إلى الحيز الخارجى. فالشعور والرغبة والعقيدة العلمية والأمانى والميل الدينى، والفكر والشعور الداخلى. فمادام الفرد فى نطاق حياته الداخلية لا يتصور تعارض مصالح أو تصادم نشاط. وبذلك يظل خارج نطاق القانون أفعال الشخص فى مواجهة نفسه مادامت لا تمس الغير ولو بطريق غير مباشر، بمعنى أنه ما تكاد هذه الأعمال تؤثر فى الغير بأية صورة حتى تقع تحت طائلة القانون. فانتحار الشخص يكون الأصل خارج نطاق القانون. ومع ذلك يمكن أن يقع تحت طائلة القانون إذا كان المنتحر مؤمنا على حياته. وكذلك غير معاقب على ما يصنعه الشخص بجسمه من أضرار. ومع ذلك يمكن أن يخضع لحكم القانون الفعل نفسه إذا كان قد تم بقصد التهرب من الخدمة العسكرية لأن الأضرار هنا تمتد إلى الجماعة ولا تقتصر على الشخص خاصة^(٢٣).

لهذا لا يجوز للقانون أن يفرض مشاعر أو آراء فيجعل من الحب أو الميل أو العقيدة محلا لأوامره ونواهيه وأن قواعد يكون لها مثل هذا المضمون تكون غير ذات قيمة قانونية^(٢٤).

ثالثاً: القاعدة القانونية ملزمة :

يجمع الفقه على خاصة الإلزام للقاعدة القانونية على عكس بقية الخصائص. فيجب أن يكون القانون مزودا بالقوة التى تفرض احترامه

(٢٣) انظر: عبدالحى حجازى: السابق - ص ٣٥.

(٢٤) انظر: عبدالحى حجازى: السابق - ص ٢٤.

وتوجب إطاعته. ذلك أن القانون وجد لمنع وقوع الخطأ فيجب أن تكون لديه الوسائل التي تكفل له ذلك. وإن قانونا لا يمكن حمل الناس على احترامه بالقوة لا يعد قانونا إلا من حيث الظاهر فقط، هو - كما يقول ايهرنج - نار لا تحرق ونور لا يضيء^(٢٥).

ذلك أنه ليس من شأن القانون أن يسدى النصح والإرشاد إذا ما وافقت قواعده هواهم أو مصالحهم اتبعوه وإن لم تلق ارتياحهم عدلوا عنه وضربوا بأحكامه عرض الحائط. بل أن قواعده تتخذ شكل الأمر الذى يجب تنفيذه أو النهى التى يجب الانتهاء عنه - وأنه لا يمكن بحال من الأحوال أن يقتصر الجزاء على مجرد السخط أو الاستهجان أو الازدراء. لأن معنى ذلك انتشار الفوضى وشيوع الإدعاء والتحكم وسيادة شريعة الغاب، والقضاء على القانون فى الوقت الذى يجب فيه تأكيد سلطانه. فالقانون الذى يحبب للأفراد اتباع قواعده ولا يلزمهم بها يكون فى ذات الوقت قد أنكر بنفسه علة وجوده. لهذا فإنه يجب أن تصدر القاعدة القانونية - التى تهدف لتنظيم العيش فى الجماعة - فى شكل ملزم حتى يستقيم نظام الجماعة ويستقر حكم العدل فيها. من أجل ذلك تحتم أن توجد سلطة عامة فى الجماعة مختصة يعهد إليها بكفالة احترام القانون، عن طريق احتكار حق توقيع الجزاء بما يخضع لها من قوى مادية قاهرة يستعصى على الأفراد مقاومتها^(٢٦).

(٢٥) عبدالحى حجازى: السابق - رقم ١٢ ص ٢٥.
(٢٦) فى هذا المعنى: حسن كيرة: السابق - رقم ١٣ ص ٣٦.

والمشرع الحصيف هو من يتبع القول المأثور: إذا أردت أن تطاع فمر بما يستطاع.

فهذا القول يملى على المشرع منهجا معقولا ويحذره من المغالاة فى الأمر فتكثر بالتبعية مظاهر عدم طاعته^(٢٧)، فالمشرع النابه هو الذى يأخذ فى اعتباره أن القاعدة القانونية وضعت لتواجه مشكلة اجتماعية، فيجب أن تتفق مع ظروف المجتمع الاقتصادية والاجتماعية والحضارية وغيرها^(٢٨).

فكرة الجزاء تعنى إذن إمكان حمل الأفراد جبرا على طاعة القواعد القانونية إن لم يطيعوها اختيارا، وهو مايعطى للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون. فالإجبار الذى يصحب القواعد القانونية يتميز إذن بأنه ماضى محسوس أى بأنه خارجى ظاهر - وبأنه دنيوى يوقع فى الحياة الدنيا لافى الآخرة ويتميز كذلك بأنه إجبار منظم تتولى سلطة عامة مختصة توقيعه بإسم الجماعة، وهى عادة السلطة التنفيذية فى الدولة، وذلك بعد التثبت من وقوع المخالفة بواسطة سلطة أخرى مختصة هى السلطة القضائية. ومن ثم فالإجبار الذى يكفل احترام القواعد القانونية إنما تختص به السلطات العامة فى الجماعة وتحتمل توقيعه بإسم هذه الجماعة دون أن يستقل بتوقيعه الأفراد أنفسهم. ولذلك عرف هذا الإجبار بإسم الإجبار العام أو الجماعى. ذلك أنه قد اندثر منذ

(٢٧) أحمد سلامة: السابق - ص ٢٤.

(٢٨) نعمان جمعة: السابق - ص ٤٦.

قديم عهد القصاص الفردى حيث كان يأخذ الفرد العدل لنفسه بنفسه فيحتكر حق ممارسة الإيجاب وتوقيعه لحسابه الخاص^(٢٩).

وإذا كان الأصل أن تتولى السلطة العامة المختصة والتي نيط بها توقيع الجزاء احتراماً للقانون وأنه لا يجوز للفرد أن يقوم هو بتوقيع الجزاء لمصلحته إلا أن هناك حالات يجوز للفرد فيها أن يتولى تطبيق الجزاء بنفسه على سبيل الاستثناء. كما هو الحال فى حالة الدفاع الشرعى. حيث يجوز للشخص الدفاع عن نفسه أو ماله بالقوة ضد أى اعتداء يقع على النفس أو المال إذا توافرت شروط الدفاع الشرعى وحدوده دون مجاوزة. وكذلك الحق فى الحبس، أى حق كل من يكون دائماً أو مديناً، أن يتمتع عن تنفيذ التزامه طالما لم يعرض الطرف الآخر الوفاء بما عليه من التزام، مادام توافر الترابط بين الالتزامين^(٣٠). فمثلاً إذا قمت بإصلاح السيارة لدى ورشة ميكانيكا وقام العامل بإصلاح العطل ولكنك امتنعت عن دفع أجرة الإصلاح فمن حق العامل حبس السيارة وعدم تسليمها إليك حتى تدفع له أجرة الإصلاح. أو إذا اشتريت شيئاً، ولم يقد البائع بتسليمه إليك كان لك أن تمتنع عن دفع الثمن وهو مايسمى بالدفع بعدم التنفيذ.

(٢٩) حسن كيرة: السابق - ص ٣٧.

(٣٠) مادة ٢٤٦ مدنى.

المبحث الثاني

مسؤولية الجـزاء

الجزاء هو الأثر الذي يترتب وفقا للقانون على مخالفة القاعدة القانونية^(٣١)، وهو، بهذا الاعتبار يتمثل في "كافة الوسائل والإجراءات التي تتخذها الدولة - ممثلة في سلطاتها المختلفة - لضمان نفاذ القاعدة القانونية وفعاليتها، وسواء أكان ذلك عن طريق منع وقوع المخالفة أصلا، أو عن طريق معالجة الوضع الذي أدت إليه المخالفة، أو عن طريق ردع من قام بمخالفة القانون وإعادة إصلاحه"^(٣٢).

(٣١) سليمان مرقس: السابق - رقم ١١ ص ١٧، أحمد سلامة: السابق - رقم ١٥ ص ٢٦.
(٣٢) نور فرحات: ص ٤١ - أشار إليه جلال إبراهيم: السابق - ص ٤٥. وكان بنتمام يرى أنجزاء القاعدة القانونية لايشترط أن يكون أثرا يترتب على مخالفتها= كالعقوبة أو البطلان، بل يجوز أن يكون أثرا يترتب على اتباعها كالمكافأة، لأن الرغبة في الحصول على المكافأة تكفي إلى حد ما لحمل الناس على اتباع القاعدة والسير على النظام الذي قصد المشرع تحقيقه. غير أن الرأي السائد الآن أن الجزاء لا يكون إلا أثرا يترتب على مخالفة القاعدة، وأنه لا يكفي فيه ترتيب أثر على اتباعها، لأن الغرض منه ضمان عدم مخالفة القاعدة بردع المخالف وزجر غيره، ولأنه لو اقتصر الجزاء على مكافأة من يتبع القاعدة فإن ذلك يترك للمخاطب حرية عدم اتباعها ويجعل الخطاب غير ملزم للمخاطب ولا يتحقق معه النظام المقصود من وضع القاعدة. سليمان مرقس: السابق - ص ١٧ - هامش رقم ٢٦. وكذلك على هذا الرأي أحمد سلامة: السابق - رقم ١٥ ص ٢٥.

وتتمثل صور الجزاء فى :

١ - الجزاء الجنائى:

هو العقوبة التى توقع على من يخالف قواعد قانون العقوبات وتتمثل فى جزاء ماضى يلحق بالشخص أو بحريته أو بدمته المالية. ومثال الأولى الإعدام ومثال الثانية الحبس والسجن، ومثال الثالثة الغرامة والمصادرة.

فالمخالفة لأحكام قانون العقوبات^(٣٣) تشكل جريمة وهذه الجرائم تنقسم إلى جنائيات وجنح ومخالفات وتدرج عقوباتها حسب تدرج خطورة الفعل.

فالجنايات^(٣٤) هى الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية:

- الإعدام.

- السجن المؤبد.

- السجن المشدد.

الجنح^(٣٥) هى الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية:

- الحبس.

- الغرامة التى يزيد أقصى مقدارها مائة جنيه.

(٣٣) قانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ بإصدار قانون العقوبات - الوقائع المصرية - العدد ٧١ الصادر فى ٥ أغسطس ١٩٣٧ - معدل بالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٦.

(٣٤) مادة ١٠ من قانون العقوبات - معدلة بالقانون رقم ١٣٩ لسنة ٢٠٠٣ (الجريدة الرسمية فى ١٩/٦/٢٠٠٣).

(٣٥) مادة ١١ معدلة بالقرار بقانون ١٦٩ لسنة ١٩٨١ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٤ الصادر فى ٤ نوفمبر لسنة ١٩٨١.

المخالفات^(٣٦) . هي الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التي لايزيد مقدارها على مائة جنيه.

ويرجع السبب في أن هذه العقوبات تعتبر أشد العقوبات لأن هذه الجرائم تمثل اعتداء على حق المجتمع كله في الأمن والسلامة. فقواعد القانون الجنائي تحمي إذن مصلحة عامة.

ونظرا لشدة هذا الجزاء الجنائي فإنه من المقرر أنه لايمكن تطبيق عقوبة أو جريمة غير منصوص عليها في قانون العقوبات وهو المبدأ المعروف بمبدأ "لاجرمة ولاعقوبة بدون نص" والذي نص عليه في القرآن الكريم قال تعالى "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا".

وتسمى هذه العقوبات بالعقوبات الأصلية، ولكن يوجد إلى جانبها عقوبات تبعية وتتمثل هذه العقوبات التبعية في :
أولاً: الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة ٢٥ .
ثانياً: العزل من الوظائف الأميرية.
ثالثاً: وضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس.
رابعاً: المصادرة.

حيث تقضى المادة ٢٥ على الحقوق والمزايا التي يحرم منها الجانى المحكوم عليه بعقوبة جنائية فقد نصت على أنه

(٣٦) مادة ١٢ معدلة بالقرار بقانون ١٦٩ لسنة ١٩٨١ - الجريدة الرسمية العدد ٤٤ الصادر في ٤ نوفمبر لسنة ١٩٨١ .

كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية:
أولاً: القبول فى أية خدمة فى الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أيا كانت أهمية الخدمة.
ثانياً: التحدى برتبة أو نيشان.
ثالثاً: الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الإستدلال.

٢ - الجزاء المدنى:

فهو الذى يوقع على من يخالف قاعدة تحمى مصلحة خاصة أو حقا خاصاً^(٣٧)، أو الجزاء الذى يوقع فى حالة مخالفة القواعد المدنية^(٣٨)، فهو كل أثر آخر - بخلاف العقوبة الجنائية - يرتبه القانون على مخالفة القاعدة القانونية^(٣٩).

وقد يجتمع هذا الجزاء المدنى مع الجزاء الجنائى وقد يكون مستقلا عنه وهذا هو الأصل. فقد يجتمع الجزاء الجنائى والمدنى فى نفس الصورة. عندما يحكم بالتعويض إلى جانب العقوبة الجنائية، فمن يقتل شخصا عمدا مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام، وقد يلزم فوق ذلك بأن يدفع إلى ورثة القتيل مبلغا من المال على سبيل التعويض. ومن اختلس مالا مملوكا لغيره يعاقب بالحبس مع

(٣٧) أحمد سلامة: السابق - نفس المكان.

(٣٨) حسام الأهوانى: السابق - ص ١٨.

(٣٩) سليمان مرقس: السابق - رقم ١٤ ص ٢٦.

الشغل، ويلزم فوق ذلك برد الشيء المسروق أو التعويض عنه أن تعذر الرد. ومن قذف في حق آخر ينال العقاب الجنائي، وقد يلزم بتعويض المقذوف في حقه تعويضا ماليا.

صور الجزاء المدني:

من صور الجزاء التنفيذ العيني والتعويض والبطلان والفسخ والغرامة التهديدية.

١ - التنفيذ الجبري:

المفروض أن يقوم المدين بتنفيذ الإلتزام طواعية واختيارا، فإذا لم يقم المدين بالتنفيذ باختياره استطاع الدائن، متى كان دائنا بالالتزام مدنى الطبيعي، أن يجبره على التنفيذ. وهذا هو التنفيذ الجبرى أو القهرى.

ويتميز التنفيذ الجبرى بخصائص ثلاث: فهو عام ومدنى ويقع على مال المدين لا جسمه.

فالتنفيذ القهرى هو عام، بمعنى أن الذى يملك القهر هى السلطة العامة. فليس للدائن أن يأخذ حقه بيده، بل أن السلطات العامة هى التى تستطيع جبر المدين على الوفاء. وتتدخل السلطات العامة إما عن طريق القضاء، أو عن طريق الموثق الرسمى للعقود. فإذا لم يكن فى يد الدائن سند رسمى محرر أمام موثق عام Notaire كان عليه أن يلجأ إلى القضاء ليستصدر حكما يستطيع التنفيذ به. أما السندات الرسمية الموثقة

فيوضع عليها أمر التنفيذ دون حاجة إلى حكم. وبدون هذا لا يستطيع الدائن قهر المدين على الوفاء، سواء أكان يطلب التنفيذ العيني أم التنفيذ عن طريق التعويض. وضرورة اللجوء إلى السلطة العامة لاقتضاء التنفيذ القهرى قاعدة من قواعد النظام العام التى لايجوز الخروج عليها، ويبطل كل اتفاق على ما يخالفها.

والتنفيذ القهرى هو من ناحية أخرى تنفيذ أو قهر مدنى Civil ذلك أن الإخلال بالالتزام لاينشئ جريمة ولايرتب جزاء جنائيا. فالمدين الذى لاينفذ التزامه لايمكن عقابه، إلا فى حالات استثنائية اعتبر فيها عدم تنفيذ الالتزام المدنى جريمة فى نفس الوقت^(٤٠)، فى غير هذه الحالات الخاصة فإن القهر La Contrainte هو قهر مدنى بحت.

والتنفيذ القهرى يقع على أموال المدين لاشخصه. فالإكراه البدنى، أى الإكراه الواقع على جسم المدين لم يعد هو الوسيلة إلى إجبار المدين على الوفاء. بعكس الحال فى المجتمعات القديمة. ففى المجتمعات القديمة كانت الجزاءات تتسم بالشدة، وكانت أغلبها فى صورة العقوبة، ولم يكن هناك فصل بين جسم الشخص وأمواله، ولذا كان القانون الرومانى، مثلا، يبيح تسليم المدين الذى لايدفع دينه إلى دائنه ليحبسه أو لبيعه رقيقا أو حتى ليقتله، ثم بدأ الفصل بين جسم المدين

(٤٠) عبدالمنعم البدرأوى: النظرية العامة للالتزامات - الجزء الثانى - أحكام الالتزام ١٩٩٣ - بدون ناشر - رقم ٢ ص ٨.

وأمواله (ذمته) حتى انتهى الأمر إلى حصر مسؤولية المدين عن ديونه في أمواله وحدها^(٤١).

يجب ملاحظة أن هناك بعض الجزاءات الجنائية تطبق في صدق بعض المسائل المدنية التي يجب أن تحكم أصلاً بجزاء مدني مثال ذلك الإكراه البدني في دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن:

فالأصل أن الإكراه البدني غير جائز في القانون المدني المصري. فالمدين يلتزم في ماله لا في شخصه. فلا يجوز الإكراه البدني في المواد المدنية والتجارية. ولكنه يجوز في بعض مسائل الأحوال الشخصية.

ولقد نصت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. ونصها كالآتي "إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجره الحضانة أو الرضاع أو المسكن، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي بدائرتها محل التنفيذ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به، وأمرته ولم يمثل حكمت بحبسه، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً...". وقد قدر القانون مالدين النفقة من أهمية خاصة ولذا إذا امتنع المحكوم عليه عن الوفاء

(٤١) جميل الشرقاوى: السابق - ص ١٩.

وكان قادرا عليه - حكم عليه بالحبس - وهذه استثناءات محددة.
فالقاعدة العامة أن الإكراه البدنى غير جائز فى القانون المدنى.

٢ - التنفيذ العينى:

ويتمثل ذلك فى الزام المدين بتنفيذ عين ما التزم به. فمن يلتزم بتوريد كمية من الحبوب إلى الغير وينكل عن الوفاء بالتزامه يمكن للقاضى أن يلزمه بتوريد هذه الكمية المتفق عليها. ومن يلتزم بتسليم عين معينة ولايسلمها. يلزم بتسليم العين كالزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر.

٣ - التعويض:

ويسمى أيضا بالتنفيذ بمقابل، ويقصد به إلزام المسئول بدفع مبلغ من المال للمضرور يعادل قيمة الضرر الذى ألحقه به. فكما سبق القول أن الأصل هو التنفيذ العينى، أى أن الأصل أن المدين يلتزم بتنفيذ التزامه عينا. ولايجوز للدائن مطالبة المدين أو لا بغير التنفيذ العينى وأن عرض المدين التنفيذ العينى فليس للدائن أن يطالبه بالتنفيذ بمقابل (أى التنفيذ بطريق التعويض).

ولكن قد يكون التنفيذ العينى مستحيلا أو قد يكون فيه إرهاب للمدين أو قد يكون فى التنفيذ العينى مساس بالحرية الشخصية للمدين. فى هذه الحالات لايمكن التنفيذ العينى ولذلك يلجأ للتنفيذ بمقابل أو التنفيذ

بطريق التعويض أى بدفع مبلغ من المال للمضرور يعادل قيمة الضرر الذى لحق بالمضرور.

والتعويض قد يكون قضائياً، يقدره القاضى ويحكم به، وقد يكون قانونياً ينص عليه المشرع نفسه، كما فى دعوى ضمان الإستحقاق مادة ٤٤٣ مدنى، فيحدد عناصره التى يحسب على أساسها. وقد يكون التعويض اتفاقياً، وهو مايسمى بالشرط الجزائى، حيث يتفق عليه الطرفان ويقدران مقدار التعويض الواجب مقدما. والأصل أن يكون مقدار التعويض متناسبا مع الضرر الذى يصيب الطرف الآخر.

٤ - الغرامة التهديدية:

هى وسيلة غير مباشرة يقصد منها حث المدين وإجباره على تنفيذ التزامه عيناً^(٤٢). قد يتمثل الجزاء المدنى فى اتخاذ إجراء من شأنه أن يحمل الشخص على أن يتراجع فى مخالفته. فإذا تعاقدت مع فنان لكى يغنى فى ملهى كل ليلة ولكنه امتنع فهنا لايعقل أن نكره المغنى على الغناء بالقوة، ولكن يمكن أن نقول له: إذا لم تغن تلتزم بأن تدفع مبلغ كذا كل ليلة على سبيل التعويض. وكثيرا ما تنجح هذه الوسيلة - التى تسمى بالغرامة التهديدية فى حملة على الغناء. ويشترط لهذه الغرامة التهديدية أنه يجب أن يكون التنفيذ العينى للالتزام لا يزال

(٤٢) محمد عمران: الوجيز فى آثار الالتزام - مكتبة سعيد رأفت ١٩٨٤. ص ٢٠.
بإلزامه بأن يدفع مبلغا من المال يقابل مالق المتعاقد الآخر من خسارة وما فاته من كسب، وهو مايسمى بالتعويض كما سبق أن قلنا.

ممكنا، ويجب أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين، أى يجب أن يكون تدخل المدين شخصيا لأجل تنفيذ الإلتزام.

وقد نصت المادة ٢١٣ مدنى على أنه:

- ١- إذا كان تنفيذ الإلتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك.
- ٢- وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا لذلك.

٥ - إزالة المخالفة:

فقد يتخذ الجراء المدنى صورة محو أثر المخالفة أى إزالة كل أثر ترتب على مخالفة القانون إن كانت الإزالة تدخل فى حيز الإمكان. مما يستتبع إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع هذه المخالفة. كسد المطلات المفتوحة على مسافة تقل عن المسافة القانونية المسموح بها، أو هدم الأبنية المقامة خارج خط التنظيم.

٦ - البطلان Nullite:

يقصد بالبطلان اعتبار التصرف الصادر بالمخالفة لنص القانون كأن لم يكن، وإعادة الحال إلى ما كان عليه. فهو جزاء على عدم توافر أركان العقد من محل وسبب، أو مخالفة العقد للنظام العام والآداب

العامة. فإذا لم تتوافر في التصرف أركانه كما لو تخلف ركن المحل في العقد، أو أبرم عقد بالمخالفة للنظام العام، كان يشتري شخص منزلا أو يستأجره بقصد إدارته أو استغلاله في الدعارة. أو عدم اتباع شكلية معينة نص عليها القانون، كما لو تمت هبة العقار بشكل غير رسمي فيكون التصرف باطلا لأن المادة ٤٨٨ تستلزم أن تتم الهبة في هذه الحالة بورقة رسمية. وكذلك بطلان تصرفات الصغير غير المميز (م ١١٠ مدنى). وهذا البطلان يستوجب اعتبار التصرف كأن لم يكن ويتعين إعادة الحال إلى ما كان عليه. هذا البطلان لا ترد عليه الإجازة ويستطيع كل ذو مصلحة أن يطلب الحكم به وللقاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه ويسمى هذا البطلان بالبطلان المطلق.

على أن هناك نوع آخر من البطلان هو البطلان النسبى، وفيه يكون العقد قابلا للإبطال ولا يقضى به إلا إذا طلب صاحب المصلحة هذا البطلان ولا يستطيع أحد غيره أن يطلبه. وإذا طلبه صاحب المصلحة يقضى به القاضى بناء على هذا الطلب، حيث لا يستطيع القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه، وإذا لم يطلب البطلان فالعقد يكون صحيحا، أما إذا طلب وقضى به يتعين إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وإزالة كل أثر للتصرف المقضى ببطلانه. ويتقرر هذا البطلان النسبى كجزاء لنقص أهلية أحد المتعاقدين أو بسبب توافر عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو بنص خاص فى القانون كبطلان بيع ملك الغير.

٧ - الفسخ:

وهو جزاء يترتب على إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية وهو جزاء يرد على التصرف أو عقد استكمل أركانه وشروطه فهو صحيح، ولكن وفي أثناء التنفيذ للعقد أخل أحد الأطراف بتنفيذ الالتزامات الملقاه على عاتقه، فيكون من حق الطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد كجزاء على عدم التنفيذ والفسخ قد يكون قضائياً أى لا بد أن يحكم به القضاء، وقد يكون اتفاقياً فيفسخ العقد بدون حاجة لطلبه من القضاء ولكن يجب إعدار الطرف الآخر، وقد يفسخ العقد تلقائياً بمجرد الإخلال دون حاجة إلى حكم أو أعدار. وقد يكون الفسخ قانونياً حيث ينص عليه المشرع نفسه.

ولفسخ كقاعدة عامة أثر رجعي بمقتضاه يجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، فيلتزم كل طرف بأن يرد للآخر ما حصل عليه منه بمقتضى العقد، وهناك استثناء على هذه القاعدة.

٣ - الجزاء الإداري:

يوجد إلى جانب الجزاء الجنائي والجزاء المدني نوع آخر من الجزاءات هو الجزاء الإداري وهو عبارة عن جزاء يوقع عند مخالفة أحكام القانون الإداري. كما لو تغيب العامل (كالعاملون في الحكومة) عن العمل أو قصر في القيام بأعمال وظيفته. وتتنوع هذه الجزاءات في صور متعددة، فقد تكون اللوم أو الإنذار أو الحرمان من جزء من الراتب أو من الترقية أو العلاوة أو تأجيلها، أو الحرمان من المكافأة.

هذا وقد تجتمع صور الجزاء السابقة معا وقد تجتمع صورتان أو صورة واحدة، فقد يترتب على ارتكاب فعل واحد توقيع أكثر من جزاء، فالموظف الذى يختلس أموال الدولة يوقع عليه جزاء جنائى (السجن مثلا) وقد يفصل من وظيفته (جزاء إدارى).

الفصل الثالث

القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى

يتدخل القانون، بوصفه مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع، في الحياة الاجتماعية وينتشر في كافة أرجاء الحياة في المجتمع لدرجة أنه يبسط نطاقه على أغلب مظاهرها ومعالمها، بل أنه مائل حاضر في أكثر مناحي النشاط اليومي بحكم ما يصدر عنها من تصرفات تبدو من التكرار آلية كسراء الغذاء والحاجات المنزلية وكسراء الجرائد وهو ما يعد بيعا وركوب وسائل المواصلات وغيرها.

وبالرغم من سيطرة القانون على أغلب مظاهر الحياة الاجتماعية، فإن قواعده ليست هي الوحيدة التي تعمل في ساحة الحياة في المجتمع دائما توجد قواعد أخرى تنظم بعض نواحي الحياة في المجتمع، وتشاركه أو تكون هي مصدره بحسب نوع هذه القواعد. وهذا يقتضى التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى على النحو التالي:

المبحث الأول القانون والقواعد الاجتماعية

أولاً: القانون والدين:

يعرف الدين بأنه "مجموعة الأوامر والنواهي التي أوحى بها الله سبحانه وتعالى إلى رسله وأنبيائه ليبلغونها إلى الناس ليعملوا بها لصالحهم في الدنيا والآخرة^(١). أو هو مجموعة القواعد الإلهية التي تنظم حياة الفرد في معاشه ومياعده، فتبين سلوكه نحو نفسه، وسلوكه نحو غيره من الناس، وسلوكه نحو ربه، وتحثه على إتقان هذا السلوك، وتضع جزاء يوقع على من يخالف الأمر أو النهي. ولكن هذا الجزاء ليس دنيوياً في غالب الأحوال بل هو أخروي يحاسب المخالف عليه في الدار الآخرة. بيد أنه قد يتفق أن تكون الدولة دينية، فتنطبق الجزاءات التي وضعتها الأديان تطبيقاً مادياً محسوساً. ولكن الغالبية العظمى من الدول قد أصبحت دولاً علمانية، بمعنى أنها تترك القواعد الدينية لحسابه الإله في الدار الآخرة ولا شأن لها إلا بقواعدها القانونية التي تحكم المجتمع، فالدولة العلمانية تفصل بين الدين والدولة من هذا يتبين الفرق بين الدين والقانون من ناحية الجزاء ومن ناحية النطاق:

(١) أنظر جميل الشرقاوي: مبادئ القانون - دار النهضة العربية - بدون

سنة نشرة رقم ١٠ ص ٢٣.

فمن حيث الجزاء:

فمن سلطة توقيع الجزاء نجد أن القانون يوكل هذه المهمة

للسلطة

العامة وهم بشر بينما فى الدين فهى سلطة إلهية.

ومن ناحية وقت توقيع الجزاء:

ففى القانون يوقع الجزاء السلطة العامة حالا وفور وقوع المخالفة للقانون واكتمال عناصرها وثبوتها أى الجزاء دنيوى يوقع حال الحياة ومن المسلم به أن العقوبة تتقضى إذا ما توفى المخالف المستحق للعقوبة لأن العقوبة شخصية.

بعكس الدين:

الجزاء ليس دنيويا فى الغالب بل هو أخرى يحاسب المخالف عليه فى الدار الآخرة. فقواعد الدين تقرر جزاءات عاجلة وأخرى آجلة تنتظر المرأ فى العالم الآخر ففى حكم الدين للفعل أو القول أثر أن أولهما يماثل ما يترتب عليه من أثر فى نظر القانون الوضعى والثانى كونه يستوجب عقاب أو ثواب الآخرة ومن الخطأ القول بأن القواعد الدينية تختلف عن القواعد القانونية بأن الجزاء فى الأولى مؤجل إلى الآخرة وأنه فى الثانية معجل فى الدنيا، إذ الحقيقة أن أفعال الإنسان لها فى الدين

الجزاءان معا فى الدنيا والآخرة^(١).

ومن الأمثلة على الجزاءات الدينية الدنيوية الحالة الحدود كقطع يد السارق والقصاص فى القتل وهذة تقوم السلطة العامة بتطبيقها.

من حيث النطاق:

يهدف كل من الدين والقانون إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع فغاية الدين مثالية، حيث يهدف إلى تربية الإنسان الكامل الطاهر السيرة النقى السريرة، أما القانون فغايته واقعية نفعية، فهو يهدف أساسا إلى المحافظة على النظام فى المجتمع وتحقيق العدل والمساواة بين الناس. وليس معنى ذلك أن الدين لا يهدف إلى تحقيق العدل والمساواة بين الناس، بل أن الدين يهدف إلى ذلك، فالدين الإسلامى يهدف للمساواة والعدل فالرسول الكريم صلى الله عليه وسلم يقول لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى.

ويترتب على إختلاف نطاق كل منهما عن الآخر، أن القانون الوضعى لا يحاسب الفرد على نواياه الباطنة، فكل ما يختلج فى ضمير

(١) أنظر البدرأوى: مبادئ القانون - ط ١٩٧٥ - ص ٤٤. سليمان مرقس:

السابق- ص ٤١. أحمد سلامة: السابق - ص ٨ الذى أن جزاء

القاعدة الدينية أخرى، ولئن كان لها جزاء دنيوى، فهو غير محسوس، يتخذ مظهرا ماديا وتقوم السلطة الحاكمة بتوقيعه.

الإنسان وما تحدثه به نفسه لايحاسب عليه، وحين يعتد القانون الوضعى بالنوايا والمقاصد فإن ذلك يكون بالقدر الذى كشف عنه الملك المادى للشخص، أى يقتصر على ما يطفو على السطح فى صورة مادية ملموسة.

بينما الدين يحاسب على النوايا والمقاصد الداخلية إن خيرا فخير وإن شرا فشر، بل أن الدين الإسلامى يحاسب على مايدور برأس الإنسان من خير وأفضل فالحسنة بعشرة أمثالها إلى مائة ضعف والله يضاعف لمن يشاء، ويحاسب على الشر إذا لم يفعل أى إذا لم يرتكب بالحسنة.

لاجرم أن الدين يحاسب من باب أولى على السلوك الخارجى ويحكم العلاقة بين الإنسان وغيره والعلاقة بينه وبين غيره من البشر بل أنه كما فى الدين الإسلامى يحاسب على العلاقة بينه وبين الحيوان والجماد.

القانون والأخلاق:

الأخلاق هى عبارة عن مجموعة القواعد التى تهدف إلى بلوغ الفرد درجة الكمال عن طريق حثه على فعل الخير، ونهيه عن فعل الشر، وأمره بالتزام سلوك معين فى مواجهة نفسه وفى

مواجهة غيره، ويسمى سلوكه فى مواجهة نفسه بالأخلاق الفردية ويسمى سلوكه فى مواجهة غيره بالأخلاق الاجتماعية.

توجد منطقة مشتركة يلتقى فيها القانون مع الأخلاق فى كثير من القواعد، كذلك التى تحرم الإعتداء على النفس أو المال أو العرض، أو التى تدعو إلى الوفاء بالعهد، أو التى تحرم الإثراء بغير سبب مشروع. ولكن دون أن يجر هذا الإلتقاء إلى اختلاط القانون بالأخلاق، إذ يظل لكل منهما نطاقه وغايته.

فكثيرا ما يتبسط سلطان القانون على ما تنفض الأخلاق يدها منه لأنه ما تقتضيه ضرورات الحياة فى الجماعة دون أن يثير مآلة أخلاقية، كتتظيم المرور فى الطرق العامة، وتحديد مواعيد للطعن فى الأحكام، واشتراط الرسمية فى بعض التصرفات، فهذه أمور تنظيمية بحث تحتمها فكرة النفع الاجتماعى. ويقابل ذلك أن القانون يقصر بدوره عن تناول كل ما تقضى به الأخلاق، فهو لايهتم فى الأصل بما قد تأمر به من بعض الفضائل كالصدق والشجاعة والشهامة والترفع عن الزلفى والنفاق.

بينما هناك اختلاف بينهما ولذلك يلزم البحث عن معيار للتفرقة بينهما، ويفرق الفقه بينهما من ناحيتين، من ناحية غرض كل منهما ومن ناحية نطاق كل منهما.

فمن ناحية النطاق:

يرى الفلاسفة من أمثال كانت Kant وفيشت Fichette ومن قبلهم توماسيوس Thomasius، أن الأخلاق تقتصر على حكم الحياة الباطنة في الضمير التي مازالت في النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج إلى الوجود في صورة أفعال، واقتصر القانون على المحسوس بين الأفعال دون الوقوف على ما يستتر وراءها في الضمير من دوافع خفية^(١).

فالأخلاق إذن تتناول سلوك الفرد نحو نفسه ونحو غيره من أفراد المجتمع. وهذه هي الأخلاق الاجتماعية *Morale sociale* وتشمل أعمال الناس الباطنة (كالمقاصد والنوايا) وأعمالهم الظاهرة. أما القانون فلا شأن له بالنوع الأول من السلوك إلا في أضيق الحدود^(٢)،

(١) حسن كبيرة: السابق ص ٣٠، سليمان مرقس: السابق - ص ٤٢.
(٢) فالقانون لا يتدخل لفرض واجبات على الشخص نحو نفسه إلا حيث يترتب على إخلال الشخص بهذه الواجبات لا الإضرار بالشخص وحده بل إلحاق الضرر بالمجتمع أيضا. فعندئذ يتدخل القانون ويفرض بعض الواجبات على الشخص تجاه نفسه فيمنعه مثلا من الإقدام على الإنتحار أو بتر أعضاء جسمه أو تشويهها أو يمنعه من ممارسة البغاء. ففي هذه الحالات حين يتدخل القانون ليحمى هؤلاء الذين يلحقون الضرر بأنفسهم لا يتدخل لمجرد حماية فرد بذاته =

وهو لا يتناول من النوع الثانى إلا الأعمال الظاهرة إذ أنه لا يحفل بالمقاصد والنوايا طالما بقيت فى باطن النفس ولم تخرج إلى حيز العمل. فمن اشتهت نفسه مال غيره أو امرأة قريبة ولم يجد عنده الجرأة لتحقيق شهوته أو حتى لمحاولة تحقيقها يرتكب إثما أخلاقيا ولكنه لا يقع تحت طائلة القانون. بل إن الأعمال الظاهرة ذاتها لا يتناول القانون منها إلا ما يقع فى علاقات الإنسان بغيره. مما يتصل منها بتحقيق العدل أو إستقرار النظام. فالكذب البسيط والبخل وارتكاب الفحشاء مخالفات لقواعد الأخلاق لانقع تحت طائلة القانون. أما شهادة الزور أو تزوير المحررات والزنا.... مخالفات أخلاقية ويعاقب عليها القانون.

= من شر نفسه وإنما يتدخل ليحمى أولا وقبل كل شئ الآخرين لو لمجتمع بأسره (أنظر دابان ص ٩١، وبصفة خاصة قوله:

“En les protégeant ainsi surtout s’ils sont faibles, le droit profége avant tout les autres, la société, non l’individu isolé.

أنظر أيضا مارتى ورينو نبذة ٣٧، ٣١ أشار إليه مرقس: ص ٤٣.

وترى النظرية التقليدية أن تحقيق النظام فى المجتمع قد يقتضى من القانون تنظيم بعض العلاقات التى لادخل فيها للأخلاق كلوائح المرور وإجراءات التقاضى، فىأمر القانون بأفعال ليست خيرا فى ذاتها وينهى عن أمور ليست شرا فى ذاتها Mala in se لأنه يرى أن مخالفة هذه الأوامر والنواهى تخل بالنظام الذى يهدف إليه، فتعتبر هذه المخالفة شرا ممنوعا Mala prohibata ويتكون من هذا البعض من العلاقات منطقة ينفرد بتنظيمها القانون فى مقابل المنطقة التى تنفرد بها الأخلاق، وتوجد منطقة مشتركة هى منطقة علاقات الإنسان بغيره فيما يتصل منها بتحقيق العدالة واستقرار النظام^(١).

بإختصار فإن الاختلاف بينهما يتمثل فى أن القاعدة الخلقية تنزع بالإنسان إلى درجة السمو والمثالية، فهى لاتحاسبه كما هو، بأنانيته وطموحه وغروره، وإنما تحاسبه عن كل حيدة عن الطريق السوى، وعن كل هفوة لاتتفق مع كونه أرقى المخلوقات. أما القاعدة القانونية فهى تحاسب الإنسان حسابا أكثر يسرا. تنظر إليه

(١) مرقس: السابق ص ٤٤ .

مدخلة فى اعتبارها ما تتطوى عليه النفس البشرية فى حد ذاتها من هفوات وآثام.

بل هى لاتحاسبه على أساس مارزقه الله بالفعل من تقدير بالغ

وتشبت بالمثالية، وإنما على أساس أنه رجل متوسط التقدير له هفواته أيضا. هى إذن تغض النظر عن ذاتية الشخص حتى ولو كان شديد الحرص، وتحاسبه على أساس الرجل العادى، متوسط الحرص متوسط الفهم متوسط الذكاء. وينبنى على ذلك أن الأخلاق تحاسب الشخص على خلجات فؤاده وخطرات عقله وما يكفه من تفكير. أما القانون فهو لايقسو إلى هذا الحد. فليس له، كقاعدة عامة، شأن بالنوايا والخلجات؛ إنما يهتم بما يظهر من الأفعال. فهذه الأفعال هى التى تعد ظاهرة اجتماعية محسوسة تدخل فى نطاق القاعدة القانونية^(١).

وكذلك القانون، فإنه إن كان فى الأصل يحكم ما يخرج إلى الوجود من أفعال، فهو لا يغفل عما يستخفى وراء هذه الأفعال فى النفس من دوافع. وفى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى سبب

(١) أحمد سلامة: السابق - ص ٩.

العقد خير دليل على ذلك. فالمالك الذى يقيم على حدود ملكه سورا يرتفع ارتفاعا شاهقا يحجب الضوء والهواء عن ملك الجار يؤمر بهدم السور إلى الحد المعقول إذا ثبت أن نيته لم تتصرف إلا إلى الإضرار بالجار دون نفع ظاهر لنفسه. إذ تؤخذ نية الإضرار المتحمضة عنده دليلا على تعسفه فى استعمال حقه فى الملكية. واستئجار منزل بقصد إدارته للدعارة يبطل الإيجار، لأن الباعث على التعاقد أمر مخالف للأداب مما يصبح معه سبب العقد غير مشروع^(١).

(١) حسن كيرة: السابق - نفس المكان.

(٢) روبييه، دى باسكييه، مشار إليهم فى مرقس السابق. وريبير Ripert القوة المنشئة للقانون رقم ٦٩ ص ١٦٢ أشار إليه حسن كيرة السابق. إن جزء القانون ماضى محسوس تطبقه السلطة العامة قهرا، بينما جزء الأخلاق، معنوى عبارة عن وخز الضمير وازدراء المجتمع.

أما من ناحية الجزاء:

فجزاء القاعدة الأخلاقية أدبي ينحصر فى تبكيت الضمير الإنسانى^(٢)، أوفى استهجان المجتمع للفعل المنافى للأخلاق ونفوره من مرتكب ذلك الفعل، بينما فى القانون تطبق السلطة العامة عن طريق الإيجار والإلزام بالوسائل المادية.

ينبنى على اختلاف الجزاء بين القانون والأخلاق أنه يتم تنفيذ الجزاء القانونى جبرا أو قهرا فإذا ما نقد الشخص المخالف الجزاء طواعية واختيارا كان بها وإن لم ينفذ يكون لصاحب الحق أن يطالب بهذا التنفيذ، بينما فى الأخلاق ليست للقاعدة الخلقية قوة القاعدة القانونية تلك، لأنها تخاطب ضمير الشخص، فإن نفذ كان بها وإن لم ينفذ فليس بالإمكان إلزامه على التنفيذ، وتبقى ذمته مشغولة بهذا الجزاء.

كذلك فإن الجزاء القانونى يتسم بالدقة والانضباط والأحكام والتحديد حيث أنه مكتوب ومصاغ بشكل محدد يسهل معرفته والإمام به بدقة بمجرد قراءة النص القانونى، أما القاعدة الخلفية فجزاؤها غير منضبط وغير محدد لاختلاف الأخلاق بحسب الزمان والمكان. ونوعية المخالفة ومرتكبها.. إلخ.

تقييم معيار الجزاء:

والحق أن الجزاء كما قالوا مختلف في القانون عنه في الأخلاق، ولكنه لا يكفي بمفرده كمعيار فاصل للتفرقة بينهما، إذ يبقى التساؤل عن مبعث هذا الاختلاف في الجزاء. والواقع أن اختلاف الجزاء ليس إلا وليد اختلاف في الغاية والهدف بين القانون والأخلاق. فغاية الأخلاق مثالية هي السمو بالإنسان. وغاية القانون واقعية نفعية هي إقامة نظام في المجتمع. ولذلك كانت قواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة إلى الفرد بقصد تطهير النفس والعروج بها إلى مراقى السمو والكمال الإنساني. وكانت قواعد القانون متوجهة إلى الفرد بقصد تحقيق صالح الجماعة. ذلك الصالح المشترك الذي يربط بين أفرادها ويقوم عليه نظامها.

فالأخلاق إذن إنما تضع من القواعد ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر إلى ذاته، أي بالنظر إلى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة إلى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده إلى ما ينبغي لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلي. أما القانون، فلا يضع من القواعد إلا ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر إلى المجتمع، أي بالنظر إلى عواقب هذا السلوك وآثاره

بالنسبة إلى المجتمع نفسه من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع ونفعه وأمنه.

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

والنظامان - وإن كانا يختلطان في الظاهر - إلا إنهما يفترقان في الواقع حتى في الصورة التي يجمعان فيها على قواعد واحدة. فكل من الأخلاق والقانون يحرم القتل مثلاً، ولكن لكل منهما هدفاً متبايناً من وراء هذا التحريم، فالقانون إنما ينظر إلى عواقب القتل الاجتماعية وما لها من أثر وخيم في أمن المجتمع واستقراره، بينما تنظر الأخلاق إلى ما تنحدر إليه نفس

(١) وربيته، كايبتان، لوفير - مشار إليهم في حسن كيرة - ص ٣٢.

(٢) كايبتان، مازو - أنظر حسن كيرة - السابق.

القاتل من درك سحيق في الشر وانغماس في الرذيلة. فالقانون حين يحرم القتل إذن إنما يحرمه باعتباره حارس المجتمع من كل ما يخل بأمنه واستقراره، بينما الأخلاق حينما تحرمه إنما تحرمه باعتبارها حارسة الفرد ضد ما تحدثه به النفس من شر وخطيئة. فمحكمة الأخلاق إذن هي محكمة الضمير حيث تدور معركة الخير والشر في ذاته، ومحكمة القانون هي محكمة المجتمع حيث يصطرع النفع والضرر الاجتماعي^(١).

القانون والعادات الاجتماعية:

يقصد بالعادات الاجتماعية ما يتواضع الناس في جماعة من الجماعات على اتباعه من تقاليد في أمور حياتهم كطريقتهم في الملابس أو الطعام أو عاداتهم في حالات الوفاة أو الزواج أو قواعد التحية والتهنئة، وهذه العادات تعتبر جزءا من النظام الاجتماعي، ويحرص أغلب الناس على اتباعها، بل أن من يخرج عليها

(١) حسن كيرة - السابق. نفس المكان.

يتعرض لاستهجان سلوكه والنظر إليه كخارج على التقاليد، ولكن هذا هو كل ما تقترن به من جزاء، فالجماعة لاتحرص على احترام هذه العادات حرصها على ما تجعله من قواعد القانون، ولا تنشط إلى ردع مخالفتها بجزاء وضعى كما هى الحال فى قواعد القانون، نظرا إلى أن هذه العادات تتعلق بمسائل ثانوية الأهمية فى الحياة الاجتماعية لا تستأهل أن تتحمل الجماعة عبء كفالة تنظيمها بقواعد القانون ، ففرق هذه العادات عن القانون هو فى نوع الجزاء الذى تقرن به الجماعة قواعد كل منهما: فهى كالقانون تتعلق بسلوك الأفراد فى بعض

المسائل ولكن الجزاء على مخالفة العادات الاجتماعية مقصور على الاستهجان أو الإنكار، أما مخالفة القانون فيترتب عليها جزاء وضعى تتدخل الجماعة، أو السلطة العامة، لتوقيعه على مخالف قواعد. هذا ويلاحظ أن من الممكن أن تتأصل بعض العادات الاجتماعية فى نفوس الأفراد فتصبح ذات دور هام فى التنظيم الاجتماعى، ويتولد الشعور العام بضرورة التزامها، وعندئذ تتحول إلى قاعدة قانونية، وعلى العكس قد يثبت ضرر عادة من العادات

(١) جميل الشرقاوى: السابق - ص ٢٨-٢٩.

فينشأ الشعور باستنكارها وضرورة القضاء عليها، فتمنعها الجماعة، وتصبح سلوكا مخالفا للقانون^(١).

المبحث الثانى

علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى

توجد علاقة بين القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى كالتاريخ والاقتصاد والفلسفة والاجتماع والاقتصاد، ذلك أن القانون يعد فرعا من العلوم الإنسانية، لذلك توجد صلة وثيقة بينه وبين تلك العلوم، ولا غنى لدارس القانون من الإلمام بتلك الصلة.

أولا: علاقة القانون بالتاريخ:

إن دراسة التاريخ لازمة لبحث الظواهر الاجتماعية، فهي من العلوم الاجتماعية بمنزلة معمل تجارب حقيقى. وأهمية الطريقة التاريخية

فى دراسة القانون أمر مسلم من الجميع. ويكفى فى هذا أن نقول إن العلم الحديث فى القانون إنما ظهر بفضل المدرسة التاريخية التى أنشأها سافيني فى منتصف القرن الماضى، والتى استطاعت، بفضل ما قامت به من أبحاث فى ماضى القانون، أن تعطى نتائج ضخمة واسعة المدى وخاصة فى دراسة القانون الرومانى.

وتبدو أهمية الدراسة التاريخية للقانون فيما يلي:

(أ) أنها تساعد على بيان قابلية القانون للتطور فتثبت استحالة

اعتبار نظام قانونى معين أمرا مجمدا، صلدا، لايقبل التغيير.

(ب) أنها تلقى الضوء على نظم القانون الحالى التى يغلب أن تكون

مستمدة - بطريق مباشر أو غير مباشر - من قانون القرون

الغابرة.

بل إن الإلمام بالماضى الحديث يمكن للفقير أن يكون فكرة

عما كان عليه الأمر فى الماضى البعيد وعما سيكون عليه

الأمر فى المستقبل القريب. والفقير فى هذا الصدد

كالجيولوجى: فكما يستطيع الجيولوجى من خلال دراسته

طبقات الأرض والحفريات أن يدرك مدى التغييرات التى

أصابت الكرة الأرضية، فكذلك الفقير يتيح له علمه بالماضى

القريب جدا أن يكون فكرة عن النظم القانونية البعيدة جدا.

وكما يتسنى للجيولوجى، على فرض استمرار فعل القوى التى

قامت بعملها فى الماضى استمرارا متواصلا لانقطاع فيه، أن

يتكهن بما يمكن أن يحدث فى المستقبل من تغييرات فكذلك

الفقير يستطيع من خلال مشاهدته التطور المتصل فى مسألة

معينة أن يتتبا بما سيؤل إليه أمر تلك المسألة فى المستقبل القريب.

(جـ) وهذا كما يفيد الفقيه الذى تتكون لديه بسبب دراسته التاريخية حصيلة غنية من الملاحظات والتأملات يفيد المشرع عند وضعه قواعد قانونية جديدة، إذ يستطيع فى ضوء ما أفاده من الإلمام بماضى القانون أن يحدد السبيل الذى يسلكه حيال التشريع الجديد^(١).

العلاقة بين القانون وعلم الاجتماع:

لاشك فى قيام صلة بين علم الاجتماع والقانون، فعلم الاجتماع هو ذلك العلم الذى يدرس الوقائع الاجتماعية من حيث أسبابها ونتائجها ويستخلص منها قوانين علمية فحواها أنه كلما توافرت شروط واحدة ترتبت نتائج واحدة.

(١) عبدالحى حجازى: محاضرات فى المدخل لدراسة العلوم القانونية - مكتبة عبدالله وهبه - بدون سنة نشر - رقم ٥ ص ٣.

وهناك صلة بين علم القانون وعلم الاجتماع مظهرها قيام علماء الاجتماع. بأبحاث هامة فى القانون وتسليم علماء القانون أن الدراسة القانونية يجب أن تكملها دراسة فى علم الاجتماع، تدرس فيها القاعدة القانونية لا فى قالبها المجرى باعتبارها مظهرا لإرادة الدولة، بل فى تطبيقها الفعلى باعتبارها ظاهرة اجتماعية لها أسبابها وآثارها. ومن هنا نشأ علم الاجتماع القانونى الذى يدرس الظواهر فى الجماعات القديمة تساعد على استخلاص قوانين عامة فى التطور.

أما دراستها فى الجماعات المعاصرة فيساعد على توجيه السياسة التشريعية: فظاهرة زيادة عدد السكان مثلا يمكن أن توجه المشرع إلى تنظيم النسل، كذلك ظاهرة ازدياد نسبة الطلاق قد تهيب بالمشرع إلى الحد من استعمال هذا الحق.

إذن فإن معرفة الظواهر الاجتماعية أمر لازم للمشرع، حتى لا يكون ما يضعه من قواعد منبت الصلة عن الواقع، فإذا حدث ذلك كان النص القانونى بعيدا عن ما اتبعه الأفراد ولأصبح حبرا على ورق لأن القانون يكون حينئذ فى واد والواقع الاجتماعى فى واد آخر

العلاقة بين القانون والاقتصاد:

توجد صلة وثيقة بين القانون والاقتصاد، وغالبا ما يؤثر الفكر الاقتصادي السائد في مجتمع معين من المجتمعات على نظامه القانوني. وتختلف تلك الصلة بحسب النظام الاقتصادي الذي تنتهجه وما إذا كان نظام الاقتصاد الحر أو الاشتراكي.

فالدول الرأسمالية لا يتدخل فيها القانون - بحسب الأصل - إلا لحماية النشاط الفردي، وبالقدر الضروري لهذه الحماية. وأما في الدول الاشتراكية فإن المشرع يتدخل في مجالات عديدة تبعا لزيادة نشاط الدولة، وهو في تدخله كثيرا ما يرمى إلى حماية الطبقات الكادحة.

أولا: القانون يؤثر في الاقتصاد:

ومن مظاهر ذلك:

١- تدخل القانون - وخاصة إذا كان ذا نزعة اشتراكية في تنظيم الانتاج مستهدفا توفير السلع الضرورية وإعطائها الأولوية على غيرها.

٢- تدخل القانون في تنظيم الاستهلاك بالحد من استهلاك بعض السلع، وذلك برفع أسعارها أو بوضع حد أقصى لاستهلاك

الفرد منها، ويحدث ذلك لمواجهة الأزمات الاقتصادية وخاصة في أعقاب الحروب.

٣- تدخل القانون في تنظيم التوزيع عن طريق رفع الأجور مستهدفاً بذلك نقل قيمة من طبقة إلى أخرى.

ثانياً: القانون يتأثر بالاقتصاد:

- فالقانون يتأثر بحجم النشاط الاقتصادي، ذلك أن اتباع نطاق هذا النشاط وتنوعه بفضل التقدم العلمي والتكنولوجي في شتى المجالات يحتم تدخل القانون لمواجهته وتنظيمه. ويؤدي ذلك إلى المزيد من القواعد القانونية، واستحداث فروع جديدة. ومن أمثلة ذلك ازدهار نشاط النقل الجوي الذي أدى إلى نشأة فرع جديد من فروع القانون هو القانون الجوي.

- والقانون يتأثر أيضاً بنوع النظام الاقتصادي السائد: فلا يتصور بدهاءة في بلد يأخذ بالنظام الاشتراكي أن يصطبغ قانونه بالنزعة الفردية ولا بد من أن يعكس النظام الاقتصادي القائم ملامحه وسماته على القواعد القانونية. ففي ظل النظام الاشتراكي الذي يسوده التوجيه الاقتصادي لم تعد حرية التعاقد مطلقة وتعرضت للكثير من القيود، فعرف القانون "نظام العقد المفروض"

Contrat imposé حيث يفرض القانون الالتزام ببيع سلع معينة، بل ويعتبر الامتناع عن بيعها جريمة معاقبا عليها. ونظام العقد الموجه Contrat dirigé حيث يقيد القانون حرية التعاقد بضرورة الحصول على ترخيص سابق من جهة الإدارة. كما تتبدل المفاهيم القانونية للتوافق مع النظام الاشتراكي السائد، فلا تعود الملكية الفردية (مثلا) حقا مطلقا بل تتحول إلى وظيفة اجتماعية بالصبغة الجماعية^(١).

ومع ذلك فلا يمكن القول بأن الاقتصاد هو أساس القانون بصفة مطلقة، فهناك من القواعد ما لا يعتمد كثيرا على العوامل الاقتصادية بقدر ما يعتمد على القواعد الأخلاقية الدينية ومثالها نظام الأسرة والقواعد الخاصة بالزواج.

العلاقة بين القانون والسياسة:

تقوم العلاقة بين القانون والسياسة بشكل واضح، فالقانون يخصص جانبا من قواعده يتناول فيها النظام السياسي،

(١) سليمان مرقس: السابق - ص ٥٣.

فهو الذى يحدد شكل الحكم فى الدولة وما إذا كان ملكيا أو جمهوريا، ويحدد السلطات فى الدولة وينظم اختصاص كل منها والعلاقة بين هذه السلطات. وكذلك ينظم شئون الحكم المختلفة، ونشاط الهيئات العامة التى تتولى إدارة وتسيير مرافق الدولة المختلفة والعلاقة بين هذه الهيئات بعضها ببعض وبينها وبين الأفراد.

كذلك يتحقق إتصال القانون بالسياسة عن طريق تأثر القانون بالتيارات السياسية التى يضع المشرع قوانينه أو يصدر القاضى أحكامه

فى ظلها. ففى الحالتين كثيرا ما تملى السياسة توجيهاتها وتستقطب القانون لخدمة أهدافها.

لاشك أن خضوع القانون للتيارات السياسية خضوعا مطلقا له مخاطره. ولهذا يمكن أن يكون لفقهاء القانون دور إيجابى مؤثر فى هذا الصدد، حيث يتصدون لنقد القوانين والكشف عما وقعت فيه من أخطاء، فيدفعون المشرع بذلك إلى إعادة النظر فيها وتعديلها بما يحقق الخير العام للمواطنين.

ومع ذلك لايزال هناك فرق بين القانون والسياسة: ففى عالم السياسة تعمل قوى معينة كالرأى العام والمطالب الاقتصادية

للأفراد والهيئات، ومقتضيات العدل التي يجب تحقيقها. هذه القوى وغيرها تشكل عوامل تخطط سير الحوادث السياسية، ومن هذا الوجه كان لها (أو يمكن أن يكون لها) تأثيرها الفعال. أما عالم القانون فتعمل فيه قوى أخرى هي القاعدة التي تفرض الواجبات وتمنح الحقوق.

ويتصل بهذه المسألة الدور السياسي الذي يضطلع به الفقيه، وهو من يدرس الناحية النظرية من القانون. أصحح أنه يجب على الفقيه ألا يكون بمعزل عن البيئة السياسية التي يعيش ويعمل فيها؟ الجواب على هذا السؤال يتوقف على الدور الذي يقوم به الفقيه: فلا يجوز أن يكون الفقيه بمنأى عن الوسط السياسي الذي يزاول عمله فيه إذا كان يقوم بدور المشرع وذلك عندما يوكل إليه وضع تشريع جديد أو تعديل تشريع قائم، أعنى عندما يقوم بعمل سياسي، فهذه حقيقة لا تحتاج إلى بيان، ذلك إلى أن المشرع لايجوز له أن يخون واجبه فيشرع على نقيض ما يقتضيه الوعي الاجتماعي^(١).

(١) عبدالحى حجازى: السابق - ص ٩.

العلاقة بين القانون والفلسفة:

الفلسفة فى أصل معناها هى حب المعرفة. فالفلسفة تبحث فى جوهر الأشياء وتأصيلها، وهذا هو الحال أيضا فى صدد القانون فهناك فلسفة القانون التى تقوم على تأصيل الأحكام القانونية ومنطقها، أى أنها تبحث عن الحقيقة القانونية.

الباب الثانى
أقسام القانون
وتصنيف القاعدة القانونية

الفصل الأول

تقسيم القانون إلى خاص وعام

قسم الرومان القانون إلى قانون عام وقانون خاص. ومنذ عهد الرومان إلى الآن لا تزال الغلبة لهذا التقسيم إلى حد شبه الإجماع الفقهي على هذا التقسيم.

وبالرغم من ذلك فإن ثمة خلاف حول معيار تقسيم القانون إلى عام وخاص وبالتالي تحديد ما إذا كانت قاعدة معينة من قواعد القانون العام أو من قواعد القانون الخاص. وبدون الدخول في تفاصيل هذا الخلاف، يمكن القول بأن تنظيم الجماعة قد اقتضى أن تقوم سلطة حاكمة ترعى شؤون الأفراد وتحقق التعايش بينهم وتمنع التصادم بين مصالحهم. وقد أطلق على هذه السلطة تسمية الدولة، ولكي تتمكن الدولة من القيام بهذه المهمة اعترف لها الأفراد بنوع من الخضوع حيث تخاطبهم أو تدخل معهم في علاقة بقصد تحقيق المهمة التي وكلت إليها.

أما حيث تدخل معهم في علاقة خارج هذه المهمة فإنها تنزل منزل أي فرد عادي، فلا خضوع من جانب الأفراد ولا سيادة من جانب الدولة. فمثلا حين تنزع الدولة ملكية أرض للمنفعة العامة تقوم بذلك لتحقيق الهدف الذي قامت من أجله ومن ثم يكون لها سيادة ويكون على الأفراد الخضوع. أما حيث تقوم بتأجير أرض تملكها فهذا النشاط لا

يدخل فى دائرة مهمتها ومن ثم لا يكون لها سيادة، بل تكون على قدم المساواة مع طرف العلاقة الأخر، شأنها شأن أى فرد عادى. وإذا نحن تركنا دائرة علاقة الدولة بالأفراد وجدنا أنها قد تدخل مع غيرها من الدول فى علاقة أيضا، وهى هنا تمثل مجموع الشعب وتعمل باعتبارها ذات سيادة. وبناء عليه يمكن الوصول إلى تحديد بين القانون العام والقانون الخاص.

فالقانون العام :

هو مجموعة القواعد القانونية التى تبين نظام الدولة الأساسى وتنظيم العلاقات التى تنشأ بين الدولة وغيرها من الدول أو بين الدولة أو أحد فروعها وأى فرد من الأفراد العاديين وتتعامل الدولة باعتبارها صاحبة سيادة.

أما القانون الخاص :

فهو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم علاقات الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة فيما بينهم، أو بعبارة أدق هو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات التى لا تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة.

والأصل أن القانون الخاص هو الذى يرتب المصالح الخاصة وأن القانون العام يعنى قبل كل شئ بالمصلحة العامة. ومن هنا تظهر أهمية التفرقة بينهما إذ يعتبر الأصل فى قواعد القانون الخاص أنه

يجوز لذوى الشأن عند التعامل فيما يتعلق بمصالحهم الخاصة أن يتفقوا على ما يخالف تلك القواعد. أما قواعد القانون العام فالأصل فيها عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها لأنها موضوعه للمصلحة العامة وهي فوق المصالح الخاصة ولا يجوز المساس بها^(٤٣).

المبحث الأول

أولاً: فروع القانون العام

جرى الفقه على تجميع الفروع التي تحكم علاقة الدولة بالأفراد أو التي تبين تكوينها تحت تسمية واحدة هي القانون العام الداخلى باعتبار أن موضوع القاعدة القانونية هنا أمر داخلى. يقابلها القانون الدولى العام باعتبار أن أطراف العلاقة هما الدولة ودولة أو دول أخرى.

أولاً: القانون الدولى العام

هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم علاقة الدول بعضها ببعض، أو مع المنظمات الدولية سواء فى وقت السلم أو فى وقت الحرب. فىشمل عدة مسائل أهمها: تحديد معيار اكتساب الدول للشخصية القانونية ومدى اعتبارها كاملة السيادة أو ناقصة السيادة، والعلاقات بين الدول فىنظم مسائل التمثيل الدبلوماسى والقنصلى، وإبرام المعاهدات والاتفاقيات بين الدول وتشكيل الأجهزة الدولية

(٤٣) سليمان مرقس: السابق رقم ٢٧ ص ٦٦-٦٧.

الرئيسية وبيان اختصاصاتها، كالأمن المتحدة وهيئاتها المتخصصة كمجلس الأمن ومحكمة العدل الدولية.. وغيرها.

مدى اعتبار قواعد القانون الدولي قواعد قانونية:

وقد ثار خلاف فقهي بشأن مدى اعتبار قواعد القانون الدولي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وسبب الخلاف يرجع إلى عدم وجود هيئة تشريعية عليا تسن قواعده وعدم وجود سلطة عليا توقع الجزاء عند مخالفة أحكامه.

فذهب البعض إلى عدم اعتبار قواعد القانون الدولي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح لغيبة الهيئة التشريعية العليا التي تسن القوانين الملزمة والسلطة العامة الموقعة للجزاء. ذلك أن هيئة الأمم المتحدة لاتصدر إلا مجرد توصيات غير ملزمة تتمتع الدولة بحرية الخروج عليها. كما أن قواعد القانون الدولي العام تفتقد ركن العموم فهي ملزمة حين يكون الحق في جانب الدولة القوية، وغير ملزمة حين يكون الحق ثابت للدولة الضعيفة^(١).

بينما يرى فريق آخر هو الرأي الغالب أن القانون الدولي العام يعد تشريعا عرفيا - بحسب الأصل - ملزما، رغم عدم وجود هيئة تشريعية ملزمة. فكما أن القانون ضرورة اجتماعية ينشأ

(١) أنظر مختار القاضى: السابق ص ٢٣.

بنشوء المجتمع وأنه فى المجتمعات البدائية يقتصر على بضع قواعد بسيطة يتعارف عليها أفراد تلك المجتمعات، وأن هذه القواعد التى تنشأ فى كل مجتمع عن طريق العرف تعتبر قواعد قانونية بالرغم من عدم وجود هيئة تشريعية عليا قامت بإصداره فكما أن العرف يكفى لتكوين القانون الداخلى فى المجتمعات الأولية، فإنه يكفى لتكوين القانون الذى ينظم علاقات الدول فى المجتمع الدولى.

وفىما يتعلق بالجزاء، فإنه كذلك الحال فى المجتمع الدولى بحالته الحاضرة تنشأ فيه القواعد القانونية عن طريق العرف ويكون توقيع الجزاء على المعتدى متروكا للمعتدى عليه بوقعه بنفسه ويستعين فى ذلك بحلفائه^(١).

كما أنه يوجد فارق ما بين وجود القاعدة القانونية وتطبيق جزاء القاعدة، فتطبيق الجزاء أو وجود عقبات فى تنفيذ الجزاء لايعنى عدم وجود القاعدة القانونية، أو كما يقول البعض أن وجود السلطة المختصة بتوقيع الجزاء على مخالف القانون ليس أمرا جوهريا لوجود القانون، فالجوهرى هو توافر الإلزام، أو الإلزام

(١) سليمان مرقس: السابق - ص٧٢ - حسن كيرة - السابق - رقم ٣٠ ص٦٤.

(٢) جميل الشرقاوى: السابق - ص٣٧ - أحمد سلامة: السابق - ص٣٧.

فى القاعدة حتى تكتسب وصف القانونية، أما تنظيم هذا الإلبار بتحديد دقيق لجزاء كل مخالفة وتنظيم سلطة تختص بتوقيع هذه الجزاءات وفقا لنظام إجرائى محكم، فلا يعنى إلا كمال صورة القاعدة القانونية، وتخلف هذا التنظيم إن كان يعنى أنها غير كاملة، فلا يمكن أن يعنى أنها غير موجودة^(٢) إذن فالقانون الدولى قانون ناقص.

إضافة إلى ماسبق فإنه توجد جزاءات فى القانون الدولى تجد مجالا لتطبيقها مثل اللوم والمقاطعة الاقتصادية وقطع العلاقات الدبلوماسية والمعاملة بالمثل. وتوصيات تصدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة وما تتمتع به من قيمة أدبية كبيرة.

كذلك وجود محكمة العدل الدولية التى تتولى تطبيق أحكام القانون الدولى ومحاكمة مجرمى الحرب من شأنها فرص احترام قواعد القانون الدولى. هذا وقد أقر المجتمع الدولى أخيرا دور محكمة العدل الدولية....

ثم أن المساعى الدولية مستمرة فى سبيل تطبيق قواعد القانون الدولى بدءا من إنشاء عصبة الأمم ثم إلغائها وإنشاء الأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولى، ونصت على تخصيص جيش دولى

تساهم فيه جميع الأمم المتحدة لتنفيذ قرارات مجلس الأمن وأحكامه على الدول التي تخرج على نظام الأمم المتحدة.

وصحيح أنه توجد عقبات تحول دون تكوين هذه القوة الدولية، تتمثل في عقبات سياسية في المقام الأول ثم اعتبارات تمويل هذه القوة وغيرها.

إلا أنه ثمة أحداث أتيح فيها لمنظمة الأمم المتحدة تشكيل قوات دولية مؤقتة لمهام خاصة، كإنهاء حرب السويس عام ١٩٥٦ ورعاية استقلال الكونغو وحدثته عام ١٩٦٠.

لكن يجب ألا نغفل ما يطرأ على قواعد القانون الدولي من تغير من قبيل فقدان منظمة الأمم المتحدة لمصداقيتها الدولية وخاصة لدى دول العالم الثالث لما لوحظ من أنها تكيل بمكيالين وما هو مشاهد من استخدام الدول العظمى للأمم المتحدة في فرض سيطرتها وهيمنتها على الدول التي تعارض سياستها ومصالحها الاقتصادية.

وخاصة بعد انهيار الإتحاد السوفيتي وبقاء الولايات المتحدة الأمريكية كقوة عظمى وحيدة مسيطرة على العالم. واستخدامها الأمم المتحدة ومجلس الأمن كغطاء لإضفاء المشروعية على هيمنتها وتدخلها في شئون الدول وليس استصدار قرارات باستخدام القوة ضد العراق وأزمة لوكيربي كلها أحداث ليست بعيدة.

ولا يجب أن نفقد الأمل فى تطبيق قواعد القانون الدولى بمكيال واحد ولعل التطور الأخير فى صدد دور محكمة العدل الدولية تكون بمثابة خطوة فى الاتجاه الصحيح.

ثانياً: القانون العام الداخلى:

١ - القانون الدستورى.

٢ - القانون الإدارى.

٣ - القانون المالى.

١ - القانون الدستورى **Droit constitutionnel**:

هو مجموعة القواعد التى تنظم شكل الدولة وتبين السلطات التى تقوم فيها ومدى مساهمة الأفراد فى هذه السلطات، ومدى ما يتمتعون به من الحريات.

فالقانون الدستورى يبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها أى ما إذا كانت ملكية أو جمهورية، نظام الحكم ديمقراطى أو ديكتاتورى أو نيابى أو برلمانى.

وقد يكون الدستور جامداً أو مرناً، فالدستور الجامد هو الذى لا يمكن تعديله فى الغالب، إلا بإتباع إجراءات معقدة طويلة ولا يتم ذلك بمقتضى القوانين العادية، ويكون الدستور مرناً إذا كان يمكن تعديل أحكامه بمقتضى القوانين العادية.

وتقسم الدساتير من حيث مصدرها إلى دستور يصدر في شكل منحه من المحاكم، ودستور يأتي نتيجة تعاقد بين الحاكم والشعب، ودستور تضعه جمعية تأسيسية، ودستور يضعه الحاكم ويقره الشعب في استفتاء عام. وقد يطلق على الدستور وصف القانون الأساسي^(٤٤).

٢ - القانون الإدارى **Droit administratif**:

يقصد بالقانون الإدارى مجموع القواعد التى تحكم تكوين السلطة الإدارية ونشاطها فى أداء وظيفتها من القيام على أمر المرافق العامة تحقيقا للصالح العام، وتمكيننا للإدارة لأداء رسالتها تلك تتمتع الإدارة بسلطات وامتيازات لا يتمتع بها الأفراد. وبمقتضى هذه الحقوق والامتيازات، تمارس السلطة الإدارية نشاطها عادة عن طريق ما تصدره من أوامر وقرارات إدارية.

و ضمانا لحقوق الأفراد، وكفالة لحسن قيام السلطة التنفيذية بوظيفتها دون انحراف أو خروج على القانون، كان لابد من إيجاد وسيلة فعالة للرقابة على أعمال الإدارة، بما يمكن معه إلغائها أو وقف تنفيذها أو التعويض عن الأضرار الناشئة عنها، كل ذلك فى حالة عدم مشروعية أو انحراف الإدارة فى أعمالها.

وقد قرر المشرع المصرى فى أول الأمر اسناد مهمة الرقابة على أعمال الإدارة إلى القضاء العادى. ولكنه عدل عن ذلك وأسند هذه المهنة إلى القضاء الإدارى إذ أنشأ مجلس الدولة

(٤٤) وذلك كما حدث فى رومانيا للرئيس نيقولاى شاوسسكو.

بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وعدل هذا القانون عدة مرات آخر القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤. ويتألف هذا المجلس من ثلاثة أقسام هي قسمى الفتوى والتشريع والقسم القضائى الذى ضم ما يعرف بإسم المحاكم الإدارية على اختلاف درجاتها ويأتى فى قمتها المحكمة الإدارية العليا. وهى محاكم تراقب انحراف الإدارة. وكذلك هناك هيئة الرقابة الإدارية التى تتبع رئيس مجلس الوزراء وكذلك الجهاز المركزى للمحاسبات ويتبع مجلس الشعب. وكلها تراقب انحراف الإدارة ومقاومة الفساد الإدارى.

٣ - القانون المالى:

كان القانون المالى داخلا فى نطاق القانون الإدارى ثم انفصل عنه وأصبح ضمن القانون العام الداخلى وهو عبارة عن مجموعة القواعد التى تنظم مالية الدولة، فيبين مصادر دخل الدولة من ضرائب ورسوم، ويبين أوجه إنفاق هذه الأموال وكيفيته والرقابة على النقد والصرف، أى ميزانية الدولة.

٤ - القانون الجنائى:

يقصد بالقانون الجنائى، بمعناه العام، القواعد القانونية التى تحدد الأفعال المعتبرة كجرائم يعاقب عليها قانونا، والعقوبات المقررة لها،

والإجراءات التي تتبع فى تعقب المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه إذا ثبت إجرامه^(٤٥).

وهو بذلك ينقسم إلى قسمين:

١ - القانون الجنائى أو قانون العقوبات وينقسم بدوره إلى قسمين:

(أ) القسم العام وهو الذى يبين القواعد العامة للمسئولية الجنائية وتقسيم الجرائم وأنواعها والظروف المخففة والمشددة للمسئولية.
(ب) القسم الخاص وهو يبين كل جريمة على حده ويبين أركانها وصورها والعقوبة المقررة على كل منها.
وقانون العقوبات قانون موضوعى.

٢ - قانون الإجراءات الجنائية:

وهو قانون شكلى ينظم الإجراءات التي تتبع عند وقوع الجريمة من ضبط وتفتيش وتحقيق ومحاكمة والطعن على الأحكام وصوره ومواعيده وتنفيذ العقوبة.

^(٤٥) عبدالفتاح عبدالباقي: نظرية القانون، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر وبدون ناشر - فقرة ٥٩.

المبحث الثانى

فروع القانون الخاص

يذهب الفقه التقليدى 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 الدولى الخاص.
- وهذا ما نعرضه :

١ - القانون المدنى **Droit civil**:

أول فروع القانون الخاص وأهمها هو القانون المدنى، بل لقد استعملت عبارة القانون المدنى كمرداف للقانون الخاص ويضم القانون المدنى القواعد القانونية التى تنظم علاقات الحياة العادية بين الأفراد^(٤٦)، فيما بينهم أو بين الأفراد والدولة حيث لا تعمل هذه بمقتضى مالها من سيادة^(٤٧)، والواقع أن هذا التعريف لا يصح إلا لمقابلة القانون الخاص بالقانون العام. أما إذا نظرنا إلى القانون الخاص فى حد ذاته فإن هذا التعريف لا يقتصر - على الأقل فى الوقت

(٤٦) عبدالحى حجازى: السابق - رقم ١٢٤ ص ١٢٦.

(٤٧) أحمد سلامة: السابق - رقم ٢٧ ص ٤٣.

الحاضر - على محتويات هذا القانون، بل إنه يتسع عنها بكثير ويصدق على فروع لا يسلم الفقه الحديث بدخولها في دائرة القانون الخاص.

وتفصيل الأمر أن القانون الخاص بدأ مستجمعا لكل أركان التعريف السابق، ثم بدأت تتسلخ مجموعات فرعية من قواعده لتكون فروعاً مستقلة. وبالنظر إلى علاقة الأبوة هذه وضعت تلك الفروع ضمن الفروع التي يحتويها القانون الخاص. ولكن هذه النسبة لم تمنع من مضي تلك الفروع في استقلالها، بل وفي ابتعادها عن نطاق هذا القانون. وبالفعل تجمعت في هذه الفروع بعض خصائص القانون العام بجانب البقية من خصائص القانون الخاص. أما التعريف فقد بقي كما هو دون أن يحور ليضيق نطاق انطباقه.

وعلى ضوء التحليل المتقدم لم يبق من فروع القانون الخاص إلا القانون المدني، وهو بعد ليس بالفرع الهين. بل يمكن وضعه في كفة ووضع سائر الفروع في كفة أخرى. وليست أهميته براجعة فقط إلى أنه أقدم القوانين ويمثل الصورة الأولى للحياة المنظمة في الجماعة، وأن الفروع الأخرى تالية عليه في التاريخ وأن معظمها عاش في كنفه قبل أن يستقل، ولكن هذه الأهمية تتمثل أيضا في أنه لا يزال القانون الأصل أو الشريعة العامة Le Droit commun يلجأ إليه للعثور على حل للمشكلة التي تنثور في داخل فرع آخر دون أن يوضع لها فيه أي حل.

هذا بجانب أنه قانون الحياة الجارية، والحياة الجارية لا يمكن أن تتوقف^(٤٨).

والقانون المدنى إذا هو الجزع الأصلى للقانون الخاص^(٤٩)، ويتناول تنظيم نوعين من الروابط ويشمل تبعا لذلك مجموعتين متميزين من القواعد:

أولاً: مجموعة قواعد الأحوال الشخصية أو قانون الأحوال الشخصية وهى تنظم الروابط الناشئة من صلة الشخص بأسرته وتشمل تعيين حالة الأشخاص وأهليتهم سواء أهلية الأداء أم أهلية الوجوب. والحالة الأسرية من زواج وطلاق ونسب والحضانة والميراث والوصية... الخ

٢ - القانون التجارى **Droit commercial** ق. ٠ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

هو مجموعة القواعد التى تنظم نشاط من يمتنون التجارة^(٥٠). أو مجموعة القواعد المنظمة للأعمال التجارية أو المعاملات التجارية^(٥١). فهو يبين تعريف التاجر وشروط اكتساب الشخص صفة التاجر فردا كان أم شركة، كما يبين الأعمال التجارية أى متى يعتبر العمل عملا تجاريا، وواجبات التاجر، كواجب إمساك الدفاتر التجارية والقيد فى السجل التجارى، كذلك ينظم القانون التجارى الشركات فيبين تعريف الشركة وشروطها وأنواع الشركات وتكوينها وإنقضائها. وكذلك

^(٤٨) أحمد سلامة: السابق - ص ٤٤.

^(٤٩) سليمان مرقس: السابق - ص ١٠٠.

^(٥٠) أحمد سلامة: السابق - ص ٤٥.

^(٥١) منصور مصطفى منصور: السابق - ص ٥٧.

العقود التجارية والنقل التجارى والسمسرة والوكالة بالعمولة، والأوراق التجارية، كالكمبيالة والشيك والسندات الإذنية.

وفى البداية كانت مهنة التجارة خاضعة لقواعد القانون المدنى ينظمها، ولكن العمل أثبت أن قواعد القانون المدنى تعيق مهنة التجارة. ولم يكن فى الإمكان أن تظل مهنة التجارة خاضعة لقواعد القانون المدنى، وكان لابد من استقلال قواعدها. ذلك أن التجارة تقوم على السرعة والائتمان. فالسرعة ضرورة فى التجارة إذ الأسعار تتغير والبضائع معرضة للتلف، والسرعة تتطلب تبسيط الإجراءات أى تكون الإجراءات بدورها سريعة تسعف المتعاملين. وكذلك فإن من طابع التجارة أنها تقوم على الائتمان والثقة، وهو تقديم مال عاجل ترقبا لمال آجل، فقلما يدفع التاجر ثمن البضاعة التى يتسلمها فورا وإنما يغلب أن يمنحه صاحب البضائع آجلا للدفع. والائتمان يتطلب ضمانات تقدم للمقرض ضمانا للوفاء فى الموعد المضروب لأنه إذا لم توجد الضمانات، فليس هناك من ضامن للوفاء أى يحدث توقف عن الدفع، مما يضره بالائتمان وهو بدوره ما يضر أيضا ضرر بالاقتصاد القومى فى مجموعة لما للائتمان عن أهمية فى الاقتصاد القومى. لكل هذا ثبت عدم ملاءمة قواعد القانون المدنى التى تنسم بالبطء فى الإجراءات والتعقيد ومراعاة جانب المدين المقترض بإعطائه مهلة أو ما يسمى بنظرة الميسرة. وهذا كله لا يتماشى مع متطلبات التجارة هذه لذلك ظهرت الحاجة لقواعد خاصة لمهنة التجارة يتوافر فيها أساس السرعة

والالتئمان والتبسيط فى الإجراءات والإثبات، وهذا ما يتوافر فى قواعد القانون التجارى التى تختلف عن قواعد القانون المدنى فى عدة نقاط.

٣ - القانون البحرى **Droit maritime**:

يقصد بالقانون البحرى مجموع القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية. فيتناول السفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة، وللملاحين القائمين على أمرها وما يحكمهم من عقد العمل البحرى بقواعده الخاصة، ولمسئولية مالك السفينة، وللالتئمان البحرى من رهن وامتياز، وللنقل البحرى وما يتصل به من مسئولية الناقل، وللتأمين البحرى.

أغلب الفقه يعتبر القانون البحرى فرع من فروع القانون الخاص، ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من محاولة النظر إليه كقانون مختلط، باعتبار أن ثمة أنظمة وقواعد خاصة بالملاحة تتصل بالقانون العام كذلك، مثل مايتعلق بجنسية السفن وتنظيم الموانى والإرشاد فيها وحرية الملاحة البحرية وسلامتها^(٥٢). ولذا يعتبر البعض أن القانون البحرى قانون مهنى مختلط^(٥٣).

(٥٢) مارتى ورينو رقم ٤٤ ص ٦٨ - مشار إليه فى حسن كيرة ص ٧٤.

(٥٣) أحمد سلامة: السابق رقم ٣٠ ص ٤٨، حسن كيرة: السابق رقم ٣٩ ص ٧٤.

٤ - القانون الجوى Droit Airien:

يتناول هذا القانون مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات التى تنشأ بمناسبة الملاحة الجوية، فينظم كل مايتعلق بالطائرة من تسجيل وجنسية وعلاقة مالكيها بقائدها والركاب والمسئولية عن النقل الجوى أى عن الركاب والبضائع وما تسببه الطائرة للغير من أضرار على السطح.

٥ - قانون العمل Droit du travail ق ٠ رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣

يقصد بقانون العمل، مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات القانونية المتعلقة بالعمل التابع للمأجور أى بالعمل الذى يقوم به أشخاص مقابل أجر لحساب أشخاص آخرين وتحت توجيههم ورقابتهم^(٥٤).

ويعتبر قانون العمل من القوانين حديثة العهد حيث أنه مر بمراحل فى تطوره. وقد نشأ نتيجة لظهور الخلل فى التوازن الاقتصادى بين العمال وأرباب العمل وذلك بهدف إضفاء نوع من الحماية للطبقة العاملة. ذلك أن أحوال العمال ساءت للغاية فى ظل المذهب الفردى الذى يقوم على مبادئ الحرية والمساواة فى التعاقد بما يفترضه من مساواة اقتصادية بين طرفى العقد. ومن هنا ظهرت المذاهب الاجتماعية التى دعت إلى ضرورة تدخل الدولة فى العلاقة بين العمال وأرباب العمل لإعادة التوازن المفقود إلى هذه العلاقة، وتدخلت

(٥٤) حسن كيرة: السابق - رقم ٤٠ ص ٧٥.

الدولة بالفعل فى صورة تشريعات جزئية لتضمن للعمال حداً أدنى من الحقوق، كالحدا الأدنى للأجور أو الحدا الأقصى لساعات العمل، وحق العمال فى الإجازة والراحة الأسبوعية. ثم زاد هذا التدخل إلى أن أصبح لهم قانونهم الخاص، وهو قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣^(٥٥). وسوف يناقش مجلس الشعب مشروع قانون العمل الموحد الجديد المقدم من الحكومة ليحل محل القانون الحالى.

٦ - قانون المرافعات المدنية والتجارية:

Droit de procédure civile et commerciale:

وهو يشمل مجموعة القواعد التى تعين الإجراءات واجبة الاتباع أمام المحاكم التى تطبق القانون المدنى والتجارى.

فهو الذى يبين طريقة رفع الدعوى ووسائل تحقيقها ومايجوز إبداءه فيها من دفع، وكيفية الحكم فيها، وطرق الطعن فى الأحكام ومواعيدها، سواء فى ذلك المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر. فإذا صار الحكم نهائياً، رسم قانون المرافعات إجراءات تنفيذه، من حجز مال المدين وبيعه إلى توزيع الثمن بين الدائنين حسب الأحوال.

^(٥٥) الجريدة الرسمية العدد ١٤ (مكرر) ٧ أبريل سنة ٢٠٠٣ وحل محل قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ وذلك حتى يتمشى مع المتغيرات الاقتصادية الحالية.

ويتضح من ذلك أن قانون المرافعات قانون إجراءات أو قانون شكلى لا موضوعى^(٥٦).

ويشتمل على قسمين الأول قسم ينظم السلطة القضائية، فيعين جهات القضاء المختلفة ويبين اختصاص كل منها، ويحدد المحاكم التى تضمها كل جهة، ويرسم حدود اختصاص هذه المحاكم.

أما القسم الثانى، فينظم إجراءات التقاضى، أى تلك التى يجب اتباعها للالتجاء إلى المحاكم مثل كيفية رفع الدعوى وكيفية نظرها وكيفية إصدار الحكم، والطعن عليه وكذلك كيفية تنفيذه.

بعض الفقه يرى أن قانون المرافعات ينتسب إلى القانون الخاص باعتبار أنه ينظم حماية العلاقات القانونية الخاصة^(٥٧).

ولكن هناك بعض الفقه يعتبره ينتسب إلى القانون العام باعتبار أنه ينظم إحدى السلطات فى الدولة وهى السلطة القضائية وكيفية الالتجاء إلى هذه السلطة وأن هذه السلطة هى التى تتولى التنفيذ الجبرى.

^(٥٦) سليمان مرقس: السابق - رقم ٤٨ ص ١٠٨.

^(٥٧) حسام الأهوانى: رقم ١٠٥ ص ٨٨.

بينما يعتبره البعض الآخر أنه قانون مختلط يضم قواعد من القانون الخاص فالدعوى التي يرفعها شخص عادى ليحمى بها حقا خاصا والأدلة التي تقدم يحكمها القانون المدنى أو التجارى^(٥٨).

٧- القانون الدولى الخاص **Droit international privé**:

وهو يتكون بحسب الأصل من مجموع القواعد التي تبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في علاقة تنشأ بين الأفراد يكون أحد عناصرها ذا صفة أجنبية. كأن يكون أحد أشخاص العلاقة أجنبيا، أو يكون موضوعها موجودا في بلد أجنبى، أو تنشأ العلاقة نفسها في بلد أجنبى^(٥٩). مثال ذلك علاقة بيع لعقار موجود في مصر ويبرم العقد في مصر بين شخصين البائع فرنسى والمشتري إنجليزى، أو أن يتزوج مصرى مصرية ويتم الزواج في فرنسا.

وإذا ما ثار خلاف من هذا النوع أى منازعات ذات عنصر أجنبى، فإن المشكلة تثور بشأن تحديد الاختصاص للمحاكم وهل هى محكمة هذه الدولة أو تلك أو يثور النزاع بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات ذات العنصر الأجنبى وهل هو قانون هذه الدولة أو تلك أو غيرهما وهو ما يعرف بإسم تنازع القوانين،

(٥٨) أحمد سلامة: السابق - ص ٥٥، حسن كيرة: السابق - رقم ٤٣ ص ٨٢.
سمير تناغو: السابق - رقم ١٧٧ ص ٥٨٨.
(٥٩) عبدالحى حجازى: السابق - رقم ١٣٠ ص ١٣٢.

وهذان الموضوعان تتنازع الاختصاص وتنازع القوانين هما من أهم الموضوعات التي يتولى تنظيمها وتحديد القانون الدولي الخاص.

كذلك ينظم القانون الدولي الخاص مسائل أخرى، وهي الجنسية والمواطن وحالة الأجانب ومركز الأجانب.

واختلف الفقه أيضا في صدد اعتبار قواعد القانون الدولي الخاص تنتمي للقانون الخاص أو للقانون العام، والرأى الغالب أنه قانون مختلط فهو فرع من القانون العام فيما يتعلق بالجنسية ومركز الأجانب ويعتبر فرع من القانون الخاص فيما يتعلق بتحديد الاختصاص القضائي وتنازع القوانين^(٦٠).

٨ - القانون الزراعى **Droit rural**:

وهو مجموعة القواعد التي تنظم ملكية الأراضى الزراعية، والعلاقة بين ملاكها وبين مستأجرى هذه الأراضى، وبين هؤلاء جميعا وبين عمال الزراعة^(٦١).

(٦٠) جميل الشرقاوى: السابق - رقم ٢٣ ص ٥١، حسن كيرة: السابق - رقم ٤٢ ص ٧٧، سمير تناغو: السابق - رقم ١٧٨ ص ٥٩٢ - أحمد سلامة: السابق - رقم ٣٦ ص ٥٥ - عبدالحى حجازى: السابق - رقم ١٣١ ص ١٣٣.
(٦١) أحمد سلامة: القانون الزراعى - الطبعة الثانية - ق ١٩٧.

ويكاد هذا الفرع يعتبر أحدث فروع القانون قاطبة، فهو وإن كان ينظم ملكية الأراضى الزراعية وما يرد عليها من تعاقد، فهو ينظم أيضا الاستغلال الزراعى والجمعيات التعاونية الزراعية والائتمان الزراعي.

وقد صدر قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ سنة ١٩٥٢ فى سبتمبر ١٩٥٢ وكان بمثابة بداية لسلسلة مستقلة من التشريعات الخاصة بالقانون الزراعي.

صياغة القاعدة القانونية

تعني صياغة القاعدة القانونية التعبير عن مضمون القاعدة القانونية او اخراج القاعدة الى الوجود بما يحقق الهدف منها. ومن الطبيعي ان تتنوع الصياغة وتختلف ادواتها باختلاف الغرض من القاعدة القانونية فهناك اذن انواع للصياغة القانونية وهناك طرق للصياغة وهو ما يتناوله على النحو التالي :-

اولا :- انواع الصياغة القانونية :-

وقد تكون صياغة القاعدة القانونية جامدة وقد تكون مرنة

- الصياغة الجامدة :-

تكون صياغة القاعدة القانونية جامدة عندما تعطى هذه صياغة فرضا معيناً حكماً او حلاً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تتدرج تحت هذا الفرض ، بما يحقق ثبات القاعدة القانونية سواء من ناحية الوقائع الخاضعة لها او الحل المطبق عليها ، ومثال ذلك القاعدة التي تحدد سن الرشد باحدى وعشرين سنة ميلادية متمتعا بقواه العقلية غير محجورا عليه (مادة ٤٤ مدني) ، وكذلك القاعدة التي تحدد مواعيد الطعن في الاحكام فكلها صياغات جامدة .

ومن شان هذه الطريقة ان تحقق الاستقرار وسهولة التطبيق اذ انها لا تعطي مجالاً للشك حول كيفية تطبيقها وتقيد عمل القاضي الذي يطبقها.

ومع ذلك يؤخذ على الصياغة الجامدة مجافاتها للعدالة لأنها لا تأخذ في الاعتبار الخصوصيات الفردية واختلاف الظروف والملابسات ، عندما تعطي حلا موحدًا ينطبق على كل الحالات .

- الصياغة المرنة :-

تعني الصياغة المرنة عدم اعطاء القاعدة (الفرض والحكم) حكما واحدا ثابتا لا يتغير وانما تعطيها نوعا من المرونة واخذ الملابس الخاصة بكل حالة فردية في الاعتبار ، أي تواجه الفرض بطريقه معيارية تسمح للقاضي بتقدير الحكم حسب الظروف والملابسات ، ومن امثلة هذه الصياغة ما ورد بالمادة ٢/٨٠٧ مديني صدد مضار الجوار ، حيث تنص على انه " وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفه التي لا يمكن تجنبها وانما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف - على ان يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للأخر والغرض الذي خصصت له ، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق .

فهذه الصياغة لا تقيد القاضي في صدد مضار الجوار غير المألوفه " بصياغة جامدة بل بصياغة مرنة لأنها تسمح للقاضي بحرية تقدير واسعه لهذه الاضرار من خلال معيار مرن مستهدفا بعوامل منها العرف وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها والغرض الذي خصصت له وغيرها ، وبما يعني الاخذ في الاعتبارات للخصوصيات الفردية .

تمتاز هذه الصياغة بأنها تحقق العدل الواقعي او الفعلي^{٦٢} لآخذها الخصوصيات الفردية في الاعتبار بما يحقق الاستقرار والثبات في المعاملات ولكنها لا تحقق كل العدل فهي احد وسائل تحقيق العدالة بعكس الصياغة الجامدة التي تهدف لتحقيق العدل المجرد .

طرق الصياغة القانونية

تنقسم طرق الصياغة القانونية إلى نوعين (طرق مادية بحلال الكم محل الكيف واستخدام شكلية معينة ، وطرق معنوية كالفرائن والحيل) وذلك على النحو التالي :-

أولاً :- الطرق المادية :-

يمكن تقسيم الطرق المادية لصياغة القاعدة القانونية بصفه أساسية الى نوعين وهما إحلال الكم محل الكيف واستخدام الشكليات . وذلك على النحو التالي :-

١ - إحلال الكم محل الكيف (التعبير بالأرقام) :-

في هذه الطريقة يتم التعبير عن مضمون القاعدة في صورة الكم بدلا من الكيف بشكل محكم برقم عددي ، وبما يحسم الخلاف ويمنع خلاف المحاكم وتحكم القضاة ، وذلك بدلا من التعبير عن مضمون القاعدة بعبارات او الفاظ مبهمه او تحتل اختلاف التاويل .

مثال ذلك المادة ٢/٤٤ مدني بتحديد سن الرشد باحدة وعشرين سنة وجعلها سن التمييز والعقل والادراك ما لم يكن قد صدر حكم

^{٦٢} حسن كبيرة : السابق - رقم ١٠١ ، ص ١٨٥

بالحجر على هذا الشخص ، فهذه قاعدة لا يختلف حول مضمونها
القضاة لانها تعطي مضمونا محددًا ثابتًا لا يختلف من شخص لآخر او
حسب تفسير قاض عن آخر .

وكذلك تحديد أنصبة الورثة بنسب معينة ، وتحديد الغبن في بيع
عقار مملوك للقاصر بما يزيد على خمس وثمان المثل (م ٤٢٥ مدني)
وتحديد سعر الفائدة الاتفاقي بسقف أعلى لا يجاوز ٧ % وتحديد مدة
التقادم بخمس عشرة سنة .

٢- تطلب شكلية معينة :-

أي استلزام القاعدة لأوضاع أو مظاهر خارجية تفرض على
الأفراد لتحقيق آثار قانونية معينة ، ويختلف هذه الأوضاع أو المظاهر
الخارجية باختلاف الغرض من القاعدة ، فقد يكون هدف فرض الشكلية
تنبيه احد الأطراف لجسامة تصرف معين قبل الإقدام عليه أو تيسير
الاثبات او امكان الاحتجاج بها على الغير .

ومثال النوع الاول المتعلق بالتنبيه لخطورة بعض التصرفات
اشتراط الرسمية في بعض التصرفات أي كتابتها على موظف عام
رسمي يكون مختصا بكتابتها طبقا لأوضاع واجراءات نص عليها
المشرع ، كالمادة ٤٨٨ مدني التي تشترط ان تتم هبة العقار بورقة
رسمية والا وقعت باطله ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .
واشتراط التسجيل لنقل ملكية العقار المبيع في قانون الشهر
العقاري .

ومثال الشكلية المطلوبة بهدف تيسير الاثبات ما اشترطه
المشرع من ضرورة الكتابة لاثبات التصرفات المدنية التي تجاوز

قيمتها خمسمائة جنيه او غير محددة القيمة (مادة ٦٠ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) .

ومثال الشكلية المطلوبة لامكان الاحتجاج بالتصرف على الغير عقد الشركة المدنية ، وتعتبر شخصا اعتباريا بمجرد تكوينها ، ولكن يجوز الاحتجاج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقررها القانون (م١/٥٠٦ مدني) وكذلك المادة ١٠٥٣ مدني في صدد الرهن الرسمي والتي تنص على انه " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير الا اذا قيد العقد او الحكم المثبت للرهن قبل ان يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار وذلك دون اخلال بالاحكام المقررة في الافلاس " .

ثانيا : - الطرق المعنوية

تتميز هذه الطرق بانها تستخدم المنطق والفكر حيث يلجا لاستخدام العمل الذهني في التعبير عن القاعدة القانونية وتنقسم هذه الطرق بصفة اساسية الى نوعين القائن القانونية والحيل وذلك على النحو التالي :-

١ - القرائن القانونية :-

القرائن هي استخلاص امر مجهول من امر معلوم تبعا للغالب في العمل ، فهي عملية ذهنية تتلخص في أخذ أمر مشكوك فيه على انه أمر مؤكد وفقا للغالب الراجح والمألوف في العمل ، والهدف من ذلك هو تحويل الشك إلى يقين لأن تحقيق العدل يتطلب دقة وأحكاما واستقرارا معنيا ، ويتم ذلك من خلال القرينة القانونية .

وتستخدم هذه الطريقة في مجال الإثبات وفي مجال القواعد الموضوعية وذلك على النحو التالي :-

**** القرائن القانونية في مجال الإثبات :-**

ففي مجال الإثبات تعتبر القرينة أحد أدلة الإثبات وقد تكون القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ، وقد تكون قاطعه لا تقبل إثبات العكس .

ففي القرينة نكون بصدد أمر يصعب إثباته فيسهل المشرع طريق إثباته باعتباره المؤلف والغالب الراجح في العمل في شأن هذه المسألة المراد اثباتها هو الواقع فيفترض ذلك ويعتبره ثابتاً بذاته ويعفي الطرف المكلف بالإثبات من عبء إثباته والقرينه قد تكون بسيطه وقد تكون قاطعه .

فالقرينة البسيطة تقبل إثبات العكس ومثال ذلك ما ورد بالمادة ٥٨٧ مدني في شأن اثبات الوفاء بالأجرة ، فنص على ان " الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك " ، فوفاء المؤجر بأحد الاقساط قرينه على وفائه بالأقساط السابقة على هذا القسط كما هو الحاصل في غالب الأحوال ، ولذلك أخذ المشرع هذا الغالب في العمل ونص عليه واعتبره قرينه نص عليها ، وأعفى المستاجر من عبء إثبات الوفاء بالقسط السابق المتنازع عليه .

لكن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها أي يجوز هدمها ونقضها بنعتهبات أن المستأجر رغم وفائه بالقسط الأخير إلا أنه لم يوف بالقسط السابق^(٦٣) .

اما القرينة القاطعه فهي استتباط امر مجهول من أمر معلوم وفقا للغالب الراجح في العمل ولا يسمح بإثبات عكسها كإفترض خطأ حارس الحيوان (م ١٧٦ مدني) وحارس الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة (م ١٧٨ ٠ مدني) .

**** القرينه القانونية في مجال القواعد الموضوعية :-**

أبرز مثال لها نص المادة ٤٤ مدني التي تحدد سن الرشد بإحدى وعشرين عاما ، فافترض المشرع أن كل من بلغ هذه السن يعتبر راشدا واكمل تمييزه وإدراكه ما لم يحجر عليه وهذا بحسب الراجح الغالب والمألوف في العمل ، ونص على ذلك واعتبرها قرينه قانونية قاطعه . وتعتبر القرينه في مجال القواعد الموضوعية هي محل القاعدة القانونية بعكس القرينه في مجال الإثبات حيث تكون هدفها هو اعضاء من تقررت لمصلحته من عبء الإثبات فهي تغنيه عن أية طريقة من طرق الإثبات (مادة ٩٩ مدني) .

٢ - الحيل القانونية :-

يقصد بالحيل القانونية إعطاء وضع من الأوضاع محكما يخالف الحقيقة بهدف ترتيب أثر قانوني معين ، فهي عمل ذهني يتم احتيالا

(٦٣) انظر للمؤلف قانون الإثبات - السابق - ص ٢٦٧ وما بعدها وكذلك احكام عقد الإيجار ، ط ٢٠٠٥ ، ص ١٢٤ ، و ص ٣٠٤ .

على الواقع بتصويره على خلاف طبيعته بقصد ترتيب أثر قانوني معين يصعب الوصول اليه إذا ما أخذ على حقيقته أو صورته الطبيعية^{٦٤} .

ومثال الحيل العقارات بالتخصيص والمنقول بحسب المآل ، فالعقار بالتخصيص هو أصلا بطبيعته منقول يرصد لخدمة العقار أو استغلاله كالألات الزراعية والآلات في المصنع واعتبرها المشرع عقار على خلاف الواقع ، حتى يتوصل الى تحقيق استمرار عملية الاستغلال وحمايتها فيسري على المنقول ما يسري على العقار .

وكذلك المنقول بحسب المآل فهو وإن كان يعد عقارا في الواقع إلا أنه اعتبر منقولا طالما أن مصيره الانفصال ، ولذلك أخذ حكم المنقول من حيث البيع والرهن والحجز ، مثال ذلك أنقاض المنزل التي تباع وهي قائمة .

ونظرا لأن الحيل تعتبر مخالفة للواقع بهدف ترتيب أثر قانوني معين إلا أنه ينبغي الحذر والتصديق من نطاق استخدامها وعدم التوسع في تفسيرها وقصره في حدود الغرض منها .

^{٦٤} - انظر حسن كيرة : السابق ، رقم ١٠٥ ، ص ٢٠١ .

الفصل الثانى

تقسيم القواعد القانونية من حيث قوتها

يهدف القانون إلى تنظيم نشاط الأفراد فى المجتمع، أى إلى إيجاد قدر من التنظيم الاجتماعى بما يتفق مع العدالة وتحقيق الخير للجميع، ولأجل تنظيمه لنشاط الأفراد وحررياتهم يسن العديد من القواعد، التى تنظم كل منها أو كل مجموعة منها ناحية معينة من نواحي الحياة. هذه القواعد تأتى فى صورة أمر أو نهى يتضمن فرض قيود على حررياتهم ووضع حدود لنشاطهم. لكن ذلك لا يعنى أن تأتى قواعد القانون كالقدر المحتوم الذى لا يملك الأفراد وسيلة للخلاص منه. ولذلك فهناك بعض القواعد القانونية يكون الهدف منها وضع تنظيم أفضل للأفراد بوضع أفضل الحلول لمشاكلهم. وهذا التنظيم يكون هدفه التيسير على الأفراد وهو يكون أفضل لأنه إنما وضعه المشرع بناء على خبرته وتجربته وتصور أنها كذلك، فإذا ما وجدها الأفراد كذلك وعن لهم إتباعها ويوفقوا سلوكهم على هديها كان لهم ذلك. وأما إذا عن لهم وضع تنظيم خاص من جانبهم يناسبهم فلهم ذلك أيضا دون أن يشكل ذلك أدنى مخالفة للقانون وعلى ذلك يسمى النوع الأول من القواعد القانونية التى تتضمن الأمر بالقواعد القانونية الآمرة والنوع الثانى يسمى القواعد القانونية المكملة.

المبحث الأول تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكملة

القواعد الآمرة *Les règles impératives*

هى تلك التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها. وإذن فوصفها بأنها أمرية لا يفيد أنها تأمر أو تنهى، فكل القواعد القانونية تأمر أو تنهى ولا تنصح أو تستحسن، وإنما يفيد أن حكمها لا يمكن تحاشيه أو الفكاه منه. ولئن حاول الأفراد الاتفاق على شئ من ذلك كان اتفاقهم باطلا وترتب الحكم الذى أريد استبعاده. فإرادة الأفراد هنا لا يعتد بها، لأن المنطقة التى تنظها تلك القواعد تبلغ من الأهمية لاستقرار النظام فى المجتمع درجة لاتطبيق أى تنظيم آخر يأتى من جانبهم.

ومثال القواعد الآمرة:

القوانين التى تفرض الضرائب والخدمة العسكرية والقوانين التى تحرم المقامرة والرهان كنص المادة ٧٣٩ مدنى "يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان - والقواعد التى تضع حد أقصى لسعر الفوائد الاتفاقيه والتى تقضى عدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد.

القواعد المكملة *Les règles supplétives*:

يقصد بالقواعد المكملة القواعد غير الآمرة على المعنى المتقدم، أو تلك التى يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها. وحكمة

وجودها أنها تسهل الحياة القانونية للأفراد عن طريق أيسر الحلول. إذ دلت الوقائع في العمل على أن الأفراد لا يتناولون بالتنظيم كل دقائق علاقاتهم وتفصيلاتها، وإنما يقتصرون على تنظيم المهم منها. ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة، منها عدم الخبرة التي تمكنهم من حصر كافة التفاصيل وتنظيمها، ومنها ضيق الوقت أو قصور المجهود عن هذا الحصر، ومنها أخيراً عدم إدراك أن جزئية معينة تؤدي فيما بعد إلى الخلاف، فلا يقطعونه بالاتفاق سلفاً. ولما كانت مهمة القانون تنظيم الحياة في الجماعة وجب أن يهتم بما دلت الوقائع على إهمال الأفراد له وأن يضع له التنظيم المناسب حتى إذا ثارت منازعة بمناسبة جزئية من الجزئيات طبق هذا التنظيم. وهذا الذي درج عليه القانون إنما يقوم على افتراض أن الأفراد لم يضعوا تنظيماً معيناً. أما إذا وضعه الأفراد فإن كان تنظيمهم يتفق مع تنظيم القانون كان بها، وإن كان يخرج عنه فضل تنظيمهم وكانت له الأولوية في التطبيق. فالقانون ليس حريصاً على أن يؤخذ بتنظيمه في هذا النطاق، لأنه يتناول مسألة لا تتصل بكيان الجماعة فقواعده هنا إنما وضعت أخذاً بالأحوط. وبديهي أنه متى كان الأفراد يملكون استبعاد حكم هذه القواعد فإنهم يملكون بالأولى عدم وضع أنفسهم في الفرض الذي تتضمنه^(٦٥).

(٦٥) أحمد سلامة: السابق - ص ٥٩-٦٠.

ومثال القواعد المكملة:

اتفاق البائع والمشتري على المبيع والتمن، حيث يكون للبائع والمشتري حرية تحديد مكان التسليم للمبيع وحرية تحديد مكان دفع الثمن. فالمادة ٤٥٦ مدنى تنص على أنه:

- ١- "يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك".
- ٢- "فإذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع - وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن".

فهذه المادة تضع قاعدة مكملة تتعلق بمكان دفع الثمن. وقضت بأن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع. وهذا التحديد ليس إلزامى من قبل القاعدة وإنما متروك لإرادة الأطراف، فإذا ما حدد الأطراف وقتاً آخر غير وقت التسليم كاتفاقهم على أن يدفع الثمن بعد التسليم كان اتفاقهم صحيحاً. وليس فى ذلك أدنى مخالفة. وكذلك النص الذى يقضى بتحديد مكان الوفاء بالثمن وقضى بأنه يكون فى موطن المشتري. ولكن الطرفان قد يتفقا على أن يكون مكان الوفاء بالثمن هو موطن البائع وليس المشتري، ولن يكون فى ذلك أدنى مخالفة للقواعد القانونية التى تحدده بموطن المشتري، وذلك لأنها قواعد موضوعية لمصلحة الأطراف وليست ملزمة لهم وكذلك الأمر بالنسبة لتحديد مكان الوفاء بالأجرة فى عقد الإيجار، حيث تنص المادة ٢/٥٨٦ على أنه يكون الوفاء فى موطن المستأجر مالم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك وكافة أحكام العجز والزيادة فى الشئ المؤجر، والترميمات الضرورية والتأجيرية للمعين المؤجرة.

المبحث الثاني

التمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة

يفرق الفقه عادة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة بمعيار شكلي وآخر موضوعي.

المعيار الشكلي:

يتم التمييز - وفقا لهذا المعيار - بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة على أساس النظر إلى ألفاظ القاعدة ذاتها^(٦٦). فقد تفيد صراحة أو ضمنا أنها أمرية أو مكملة. فإذا استخدمت القاعدة ألفاظ من قبيل "لا يجوز" أو "باطل" أو "عدم جواز" .. إلخ فإن معنى ذلك أنها قاعدة أمرية، أما إذا وردت عبارات مثل "يجوز" أو "مالم يقضى بالاتفاق بغير ذلك" أو "مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك" .. إلخ فيفهم من ذلك أنها قاعدة مكملة وهذا مايمكن أن يفهمه بسهولة الشخص العادي وللتدليل على ذلك نسوق الأمثلة التالية:

- ١- تنص المادة ٢/١٣١ مدنى على أن "التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه".
- ٢- مادة ٥١٥ مدنى تنص على أنه "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لايساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها كان عقد الشركة باطلا".

(٦٦) لذلك يسميه البعض بالمعيار اللفظي - سليمان مرقس: السابق - رقم ٥٣ ص ١٢٨.

- ٣ - لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية: مادة ١٠٣١ مدنى.
- ٤ - لا يجوز للسماسرة ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم بإسم مستعار "مادة ٤٨٠ مدنى.
- ٥ - لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع عليها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو بإسم مستعار وإلا كان العقد باطلا.
- فهى قواعد آمرة كما يتضح من ألفاظ النص القانونى.

أما القواعد المكملة فيمكن أن نورد بعض الأمثلة عليها:

- ١ - تنص المادة ١٠٣ على أنه "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك".
- ٢ - تنص المادة ٨٢٧ مدنى على أنه "تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك".
- ٣ - مادة ١٠٨ تنص على أنه "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل. على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة".

وبنظرة فاحصة للنصوص الأخيرة نجد أن المعيار الشكلى غير حاسم فى ذاته للتمييز بين القواعد الآمرة والمكاملة فهو إن صح ووضح فى أغلب الحالات إلا إنه ليس حاسما فى حالات أخرى وليس أدل على ذلك من النظر للنصوص الأخيرة التى سقناها فنجد أن بعضها يوقع فى الخلط أكثر من التمييز لأن بعضها يستخدم ألفاظ مثل لا، ولايجوز، وهى أصلا من المفروض أنها آمرة وفقا للمعيار الشكلى مع أن هذه النصوص مكاملة مثال ذلك نص المادة ١٠٨، المادة ٤٥٨.. ولذلك لزم البحث عن معيار آخر للترقية ألا وهو المعيار الموضوعى.

المعيار الموضوعى:

مضمون هذا المعيار أنه ينظر إلى الموضوع الذى تنظمه القاعدة القانونية، فإذا كان وثيق الصلة بكيان المجتمع كانت القاعدة آمرة إذ لايعقل أن يترك المشرع موضوعا على هذه الدرجة من الأهمية لهوى الأفراد وحررياتهم. أما إذا لم يكن الموضوع كذلك بمعنى أنه لايتعلق بمصلحة الجماعة ولايرتبط بكيان المجتمع بل يتعلق بمصلحة خاصة كانت القاعدة مكاملة. والمعروف أن الموضوعات التى تتعلق بكيان المجتمع تتعلق بالنظام العام والآداب. وبناء عليه يكون بحث أو تحديد معنى النظام العام والآداب هوم بمثابة تحديد لموضوع القاعدة الآمرة. ولذلك لزم تعريف النظام العام والآداب.

مفهوم النظام العام والآداب Ordre public et bonnes moeurs:
اتخذ المشرع من النظام العام معياراً للتفرقة بين القواعد الآمرة
وغيرها، ولكنه لم يعرف النظام العام ولم يحدد فكرته.

وقد حاول الفقه والقضاء ما أغفله المشرع ولكن فكرة النظام
العام كانت تستعصى دائماً على التعريف. فاكتفى الشراح بتقريبها من
الأذهان بقولهم.

إن النظام العام هو الأساس السياسى والاجتماعى والاقتصادى
والخلقى الذى يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها،
وهى تعبر بصفة عامة عن الأسس أو المصالح الاقتصادية
والاجتماعية والأخلاقية التى يقوم عليها نظام المجتمع^(٦٧).

وحاولت **محكمة النقض** حديثاً تعريف النظام العام إذ قررت أنه
يشمل القواعد التى ترعى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من

(٦٧) سليمان مرقس: السابق - رقم ٥٦ ص ١٣٧ - سمير تناغو: السابق - رقم
٣١ ص ٨٩. أحمد سلامة: السابق - رقم ٤٢ ص ٦٣. حسن كيرة: السابق -
رقم ٢٠ ص ٤٧. هذا وقد رأى المشرع العراقى ضرورة تقريب فكرة النظام
العام إلى الأذهان بالنص على بعض المسائل التى تعتبر داخلية فيها، فقال فى
المادة ١٣٠ فقرة ثانية من التقنين المدنى؛ "ويعتبر من النظام العام بوجه خاص
الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة
بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف فى الوقف وفى العقار والتصرف فى مال
الحجور ومال الدولة وقوانين التسعير الجبرى وسائر القوانين التى تصدر لحاجة
المستهلكين فى الظروف الاستثنائية" أورده سليمان مرقس السابق نفس المكان.

الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادى والمعنوى لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد وتقوم فكرته على أساس مذهب علمانى بحث يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها^(٦٨).

الآداب العامة Bonnes moeurs:

يقصد بالآداب العامة، فى أمة معينة وفى جيل معين، مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبى يسود علاقاتهم الاجتماعية. وهذا الناموس الأدبى هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس^(٦٩). فالآداب العامة هى تعبير عن الجانب المعنوى لفكرة النظام العام وتشمل ما يهيمن على الجماعة من عقائد راسخة ومبادئ أخلاقية واقتصادية. إذن فمن بين أوجه الوضع المعنوى: الأسس الخلقية التى

^(٦٨) نقض مدن ١٧ يناير ١٩٧٩ - مجموعة أحكام النقض - ١٣٠ - رقم ٦٠ ص ٢٧٦ وأنظر فى تحديد القواعد القانونية التى تعتبر من النظام العام - نقض مدن ٢٣ أبريل ١٩٨٠ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٣١ - رقم ٢٣٠ ص ١١٩٣ حيث حددتها محكمة النقض بأنها تلك القواعد التى يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، لأن المصالح الفردية لاتقوم أمام المصلحة العامة.

^(٦٩) عبدالرازق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى (١) نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - المجلد الأول - العقد - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - ١٩٨١ - رقم ٢٢٨ ص ٥٣٤.

يقوم عليها المجتمع والتي يعتبر الخروج عليها مظهرا من مظاهر الإنحلال^(٧٠).

وللدين أثر كبير فى تكييف الناموس الأدبى. وكلما اقترب الدين من الحضارة كلما ارتفع المعيار الخلقى، وزاد التشدد فيه. ومن هنا نرى أن العوامل التى تكيف الناموس الأدبى كثيرة مختلفة. فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك، بل فى الصميم منه، ميزان إنسانى يزن الحسن والقبح، ونوع من الإلهام البشرى يميز بين الخير والشر، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبى الذى يخضع الناس له، ولو لم يأمرهم القانون بذلك.

ومعيار الآداب أو "الناموس الأدبى" ليس معيارا ذاتيا يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتى، بل هو معيار اجتماعى يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس. وهو فى ذات الوقت معيار غير ثابت، يتطور تبعا لتطور الفكرة الأدبية فى حضارة معينة^(٧١).

(٧٠) أحمد سلامة: السابق - رقم ٤٣ ص ٦٣.
(٧١) السنهورى: السابق - ص ٥٣٦. ونرى أن للحضارة تأثيرها على وضع الآداب العامة فى المجتمع. فإذا كان المفروض أنه كلما تقدمت حضارة مجتمع معين كلما تقدم مفهوم الآداب العامة فيه وازداد المفهوم الأخلاقى، لكن الملاحظ أنه يصاحب التقدم الحضارى الإنحلال الخلقى وخاصة فى ظل المذهب الرأسمالى.

الباب الثالث

مصادر القانون

مصادر القانون

المصادر الرسمية للقانون المصري :

المصدر هو وسيلة إخراج القاعدة القانونية إلى الأفراد، أو الطريق المعتمد الذي تنفذ منه قاعدة من قواعد السلوك إلى دائرة القانون الوضعي وتكتسب بمرورها منه عنصر الإلزام، أى أنها تصبح بمرورها منه ملزمة للجميع. والنظام القانوني هو الذى يحدد على سبيل الحصر الطرق التى تمر بها مادة القاعدة حتى تنتقل من نطاق قواعد السلوك العادى إلى نطاق القانون الوضعي. بل إن القانون لا يورد هذه الطرق فقط وإنما يوردها بالترتيب، ويحدد قوة كل منها الإلزامية وبديهي أنه فى هذا أن يكون ترتيبها حسب قوتها الملزمة. وكذلك فإن القانون حينما يحدد مصادر القاعدة القانونية فإنه يوردها على سبيل الحصر وهذا ما فعله القانون المصري.

فقد حددت المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى هذه المصادر، فنص فى المادة الأولى منه على أن "تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها، فإن لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، يحكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة".

ومن هذا النص يتبين أن مصادر القانون المصرى هى التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية - مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، وترتيبها بهذا الشكل يحدد دورها فى اعتبارها مصادر للقانون، أى أن التشريع هو المصدر الذى يأتى فى الصدارة، أو هو المصدر الأسمى، يليه بعد ذلك العرف الذى لايلتجأ إليه لمعرفة حكم القانون فى أى مسألة إلا إن لم يوجد لها تنظيم فى التشريع، فإن لم يسعنا العرف بحكم، إنتقلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وإن لم نجد فيها، نبحت فى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى وهو أمر نادر.

لكن هذا التعداد لهذه المصادر بهذا الترتيب لايسرى بالنسبة لقواعد القانون التى تحكم مسائل الأحوال الشخصية أى علاقات الأسرة من زواج وطلاق، وما يترتب على الزواج من نسب وقرابة وكافة الحقوق الأخرى، فهذه المسائل تستمد القواعد التى تنظمها أولا من التشريع، فإن لم يوجد فى التشريع حكم لها، نرجع فى القواعد التى تحكمها إلى الشرائع الدينية للمسلمين أو المسيحيين أو اليهود، بحسب عقيدة أطراف علاقة الأحوال الشخصية، والشريعة الدينية، هى التى تحدد عندئذ المصادر التى تستمد منها قواعدها الدينية. فالدين إذن مصدر تالى للتشريع، بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية أى هو مصدر رسمى للقانون المصرى فى هذه المسائل.

بخلاف ذلك يبقى ترتيب مصادر القانون المصرى مترتبة على النحو التالى:

- ١ - التشريع.
- ٢ - العرف.
- ٣ - مبادئ الشريعة الإسلامية.
- ٤ - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفصل الأول

أولاً: التشريع LOI OU LÉGISLATION

المبحث الأول

سن التشريع

قبل أن نبحث في كيفية سن التشريع ينبغي أولاً بيان مفهوم التشريع وأنواعه وخصائصه.

معنى التشريع :

يقصد بالتشريع أحد معنيين:

الأول: كل قاعدة من القانون المكتوب، **والثاني:** وضع القواعد المكتوبة عن طريق السلطة التي يعطيها الدستور هذا الاختصاص.

فالمقصود بالتشريع، كمصدر رسمي للقانون، سن القواعد القانونية، وإخراجها محددة بألفاظ معينة بواسطة سلطة مختصة بذلك، فكل سلطة يحق لها أن تصدر قواعد عامة مجردة ملزمة للأفراد يكون عملها في ذلك تشريعاً، والسلطة التي تختص أساساً بهذا العمل تسمى "السلطة التشريعية" وبهذا المعنى يكون معنى التشريع هو قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد عامة ملزمة لتنظيم العلاقات في المجتمع طبقاً للإجراءات المقررة.

كما يطلق لفظ التشريع على ذات القاعدة التي تصدر عن هذه السلطة بهذه الطريقة^(٧٢).

خصائص التشريع :

والتشريع بهذا المعنى يتضمن قاعدة قانونية، ويتضمن قاعدة مكتوبة، ويصدر التشريع عن سلطة عامة مختصة^(٧٣).

التشريع يضع قاعدة قانونية:

معنى ذلك أن التشريع يضع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة. ولذلك لا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة فى الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا برابطة أو واقعة معينة بذاتها. لأن مثل هذا الأمر - بالرغم من صدوره عن سلطة عامة مختصة بإصداره - لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك. إذ لا يتوجه إلى طائفة غير محدودة من الأفراد بخطاب موجه إليهم بصفاتهم لا بذاتهم، فالتشريع إذن - حتى يعتبر كذلك - ينبغي أن تتوفر فيه خصائص القاعدة القانونية السابق ذكرها من العمومية والتجريد وغيرها. لذلك يذهب الفقه لتقسيم التشريع إلى تشريع بالمعنى الشكلى وتشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى.

(٧٢) أنظر: أحمد سلامة: السابق - ص ٦٨، حسن كيرة: السابق - رقم ١٢٣ ص ٢٢٨. جميل الشوقوى: السابق - رقم ٣٧ ص ٨٨ - سليمان مرقس: السابق - رقم ٧٠ ص ١١٩. سمير تناغو: السابق - رقم ٨٩ ص ٢٩٣.
(٧٣) أنظر حسن كيرة: السابق - سمير تناغو: السابق - نفس المكان.

فالتشريع بالمعنى الشكلى هو عبارة عن النص أو الحكم الذى يصدر فى صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية يعتبر تشريعا من الناحية الشكلية، بينما لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التى لا تتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية. وبهذا فإن التشريع الذى هو مصدر رسمى للقاعدة القانونية لا يمكن أن يكون كذلك إلا بمعناه الشكلى والموضوعى معا. وعلى ذلك، فإذا كان الدستور يقضى بأنه لا يجوز عقد قرض عمومى إلا بموجب قانون، ولإمّح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود، فإن القانون أو التشريع الصادر بعقد القرض أو بمنح الاحتكار لا يعتبر قانونا بالمعنى الموضوعى لتخلف صفة العموم والتجريد فيه وهى من خصائص القاعدة القانونية الرئيسية، وإن كان يعتبر قانونا بالمعنى الشكلى لصدوره عن السلطة التشريعية العادية. وكذلك فإذا كانت ميزانية الدولة تصدر فى صورة قانون أو تشريع، فإن هذا الوصف صحيح من الناحية الشكلية وحدها دون الناحية الموضوعية.

التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة :

من أهم مميزات التشريع أنه يصدر فى صورة مكتوبة فى وثيقة رسمية. وصدور التشريع فى صورة مكتوبة يتضمن له مزايا كثيرة هذه المزايا جعلته يتفوق على سائر مصادر القانون وخاصة العرف.

فصدور التشريع فى صورة مكتوبة يجعل القاعدة القانونية محددة وثابتة وواضحة بما ينفى عنها الغموض والإبهام، بما لا يدع مجالاً للشك حول إثبات وجودها أو تاريخ نشأتها، وتحديد نطاق سريانها المكانى والزمانى بشكل يقينى.

أيضاً كتابة التشريع تسمح للقانون بالتطور ومسايرة حاجات الجماعة وتتفى عنه الجمود والتخلف، لأن المشرع يستطيع تعديل التشريع المكتوب أو إلغاؤه وإصدار تشريع جديد بعبارات مكتوبة تتفق مع المستجدات وحاجات الجماعة. وإن كان العرف يتميز عن التشريع من هذه الناحية فالعرف يتسم بالمرونة والاستجابة التلقائية لحاجات المجتمع.

التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة:

بمعنى أن الذى يتولى وضع التشريع أى كتابته بألفاظ فنية قانونية دقيقة محددته سلطة عامة مختصة بذلك، ولا يحق لأى جهة أو سلطة غير مختصة وضع التشريع. وهذه السلطة المختصة بإصدار التشريع هى أساس السلطة التشريعية التى تتولى وضع التشريع العادى، ولكن إذا كانت مهمة وضع التشريع موكولة للسلطة التشريعية، فإن ذلك ليس الشكل الوحيد لإصدار التشريع.

فالتشريع قد يصدر أيضاً عن السلطة التنفيذية ممثلة فى رئيس الجمهورية أو من ينيبه فى ذلك.

بالإضافة إلى ذلك فإن هناك ما يسمى بالدستور وهو يأتي في قمة الهرم التشريعي حيث يعلو الدستور على كل من التشريع العادي الذي يصدر مجلس الشعب والتشريع الفرعي الذي يصدر عن السلطة التنفيذية.

والدستور قد يوضع من قبل الحاكم أو عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب أو في صورة تعاقد بين الحاكم والشعب أو قد يوضع عن طريق استفتاء شعبي مباشر.

أنواع التشريع

توجد ثلاثة أنواع من التشريع هي:

- ١ - التشريع الدستوري.
- ٢ - التشريع العادي أو الرئيسي.
- ٣ - التشريع الفرعي.

أولاً: سن التشريع الدستوري

التشريع الدستوري أو الدستور :

ويطلق عليه أيضا القانون الأساسي، ويقصد به مجموعة القواعد التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها والتي تبين حقوق الأفراد الأساسية وحررياتهم. وهو يمثل قمة التشريعات

بمعنى أنه يعلو على جميع التشريعات وهذا يقتضى أنه يجب أن تصدر جميع التشريعات فى إطاره ولا تخالفه وإلا كانت باطلة وغير دستورية.

طريقة وضع الدستور:

تختلف طريقة وضع الدستور من دولة إلى أخرى ومن نظام حكم إلى آخر. وهناك أربعة طرق أساسية لوضع الدستور:

الطريقة الأولى: المنحة :

وفىها يقوم الحاكم بإصدار الدستور فى صورة منحة منه إلى الشعب. وهو تعبير عن نظام الحكم المطلق الذى يملك فيه الحاكم (الملك) كل شئ، ولكن وتحت ضغط شعبى ونزولا على إرادة الشعب فإن الحاكم يتنازل عن جزء من سلطاته وبعد أن كان حكمه مطلقا فإنه ينتقل إلى تقييد حكمه فيتصالح مع شعبه بإصدار أو بمنح الدستور لهم ومثال ذلك دستور ١٩٢٣ فى مصر ودستور فرنسا عام ١٨١٤.

الطريقة الثانية: طريقة التعاقد:

وهى عبارة عن اتفاق أو تعاقد بين إرادة الحاكم وممثلى الشعب، ومثالها دستور فرنسا الصادر عام ١٨٣٠ وأحدثها دستور الكويت الصادر سنة ١٩٦٢.

الطريقة الثالثة: طريقة الجمعية التأسيسية:

وهي تمثل الطريقة الديمقراطية في إصدار الدستور، ويتم عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب، تكون مهمتها وضع الدستور فقط أي تنتخب لهذا الغرض وحده وينتهي وجودها بانتهاء مهمتها، وأما أن تكون هذه الجمعية هي ذاتها الجمعية التشريعية التي تباشر بصفة مؤقتة وظيفة الجمعية التأسيسية، فتجمع بذلك بين الوظيفة التأسيسية والتشريعية في نفس الوقت. ولعل وضع الدستور عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة لهذا الغرض وحده أفضل من وضعه عن طريق جمعية تأسيسية تباشر في نفس الوقت السلطة التشريعية العادية، وذلك حتى لا يقع أي لبس حول الطبيعة التأسيسية للعمل الذي تقوم به السلطة التي تضع الدستور. وهذه إحدى الطرق الديمقراطية في وضع الدساتير. حيث أن وجود جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب لتتولى وضع الدستور يعني أن الجمعية إنما تعبر عن إرادة الشعب عند وضعها للدستور.

ومثال هذه الطريقة دساتير الولايات المتحدة الأمريكية والدستور الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية عام ١٧٧٨ ودساتير فرنسا عام ١٧٩١، ١٨٤٨، ١٨٧٥.

الطريقة الرابعة: طريقة الاستفتاء :

وذلك بطرح الدستور على الشعب في استفتاء عام، بعد وضعه من قبل لجنة خاصة أو أحد الأفراد المعنيين من قبل الحكومة^(٧٤) . أو

(٧٤) سمير تناغو: السابق - رقم ٩٤ ص ٣٠٥.

جمعية منتخبة من أفراد الشعب، ومثال هذه الطريقة دستور ١٩٥٦ الذى أعدته الحكومة وطرحته للاستفتاء الشعبى العام فحصل على موافقة الأمة، وكذلك تم وضع دستور مصر الدائم عام ١٩٧١ بطريق الاستفتاء الشعبى العام يوم ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ حيث حصل على موافقة الأمة.

وتعتبر طريقة الجمعية التأسيسية أفضل طرق وضع الدستور حيث يفسح المجال لتمحيص أحكامه تفصيلا، وهو ما يستحيل تحقيقه فى الاستفتاء حيث يجب إما قبول مشروع الدستور المعروض برمته أو رفضه كاملا، وهو ما لا يترك فرصة حقيقية للاختيار. إذ قد يضطر الشعب إلى تفضيل الموافقة على دستور لا يقر بعض أحكامه لتجنب البلاد عواقب رفضه من تركها محكومة لفترة أخرى - حتى يوضع مشروع آخر يرتضيه - كما استثنائيا دون دستور. ولا بأس على أى حال - بل قد يكون أفضل - سن الدستور بشكل يجمع بين طريقة الاستفتاء وطريقة الجمعية التأسيسية، بأن تتولى جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة أحكامه مناقشة كاملة تفصيلية، على أن يطرح من بعد للاستفتاء الشعبى^(٧٥).

فقد نصت المادة ١٩٣ من دستور ١٩٧١ على أنه "يعمل بهذا الدستور من تاريخ إعلان موافقة الشعب عليه فى الاستفتاء" وهو بهذا الشكل يختلف عن التشريع العادى. فلا يشترط فى التشريع الدستورى

(٧٥) حسن كيرة: السابق رقم ١٢٨ ص ٢٣٢.

لنفاذه أن تقوم السلطة التنفيذية بإصداره ونشره، بل يعتبر نافذا بمجرد إعلان موافقة الشعب عليه، هذا بعكس التشريع العادى - كما سنرى - يلزم لنفاذه إصداره ونشره من قبل السلطة التنفيذية.

كيفية تعديل التشريع الدستورى أو الدستور:

تختلف كيفية تعديل الدستور بحسب ما إذا كان الدستور جامدا أو مرنا، فالدستور الجامد لا يمكن تعديل أحكامه أو إلغاؤه إلا باتباع إجراءات وشروط خاصة تختلف عن تلك الإجراءات التى تتبع فى إصدار التشريعات العادية.

أما الدستور المرن فيكفى لتعديل أحكامه أو إلغاؤها صدور قانون أو تشريع عادى عن السلطة التشريعية كما هو الشأن فى تعديل أو إلغاء القوانين العادية.

(١) الدستور المصرى الدائم دستور سنة ١٩٧١ يعتبر من الدساتير الجامدة ويلزم لتعديله إجراءات خاصة نصت عليها المادة ١٨٩ منه وهى:

- ١- تقديم طلب بالتعديل. ويقدم الطلب إما من رئيس الجمهورية وإما من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل. ويذكر فيه المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل.
- ٢- موافقة مجلس الشعب على مبدأ التعديل، أى أن طلب التعديل سواء قدمه رئيس الجمهورية أو من أعضاء مجلس الشعب يتعين عرضه على هذا المجلس لمناقشة مبدأ التعديل. ويصدر المجلس قراره فى

- هذا الشأن بأغلبية أعضائه. فإذا رفض المبدأ فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. أما إذا وافق المجلس على مبدأ التعديل بقی أن یوافق بعد ذلك على التعديل ذاته.
- ٣- موافقة مجلس الشعب على صيغة التعديل. يعرض التعديل على مجلس الشعب لمناقشته بعد شهرين من تاريخ الموافقة على مبدأ التعديل. ويشترط فی الموافقة على التعديل المطلوب أغلبية ثلثی عدد أعضاء المجلس. ومتى تمت هذه الموافقة اعتبر التعديل نافذا من تاريخ الموافقة.
- ٤- موافقة الشعب فی استفتاء عام. بعد أن یوافق مجلس الشعب على صيغة التعديل تعرض هذه الصيغة على الشعب فی استفتاء عام، فإذا أقرها أصبحت نافذة من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

ثانيا: سن التشريع العادی (أو القانون بالمعنى الضيق)

يقصد بـ "سن التشريع وإصداره" الخطوات التي تتخذ حتى تصبح له قوة التنفيذ. ذلك أن سن التشريع بالمعنى الدقيق يفيد الخطوات التي تقوم بها السلطة التشريعية، أما إصداره فيعني الخطوات التي يقوم بها رئيس الجمهورية^(٧٦) لجعله نافذا.

ويقصد بالتشريع العادی، مجموعة القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية فی الدولة وفقا للإجراءات المنصوص عليها

(٧٦) أحمد سلامة: السابق - رقم ٥١ ص ٧٥. وأنظر: جميل الشرفاوى: السابق - رقم ٤٠ ص ٩٨.

فى الدستور ففى مصر ىختص مجلس الشعب بإصدار التشريع ووفقا لما هو مبين فى الدستور المصرى. فقد بين الدستور المصرى كيفية سن التشريع العادى عن طريق مجلس الشعب. وبين الدستور مراحلہ وإجراءاته فى المواد من ١٠٩ إلى ١١٣ منه.

مراحل سن التشريع العادى ونفاذه

يمر سن التشريع العادى ونفاذه بخمس مراحل حتى ىصبح نافذا

ملزما وهى:

- ١- اقتراح التشريع.
- ٢- الموافقة عليه من مجلس الشعب.
- ٣- تصديق رئيس الجمهورية عليه.
- ٤- إصدار رئيس الجمهورية للتشريع.
- ٥- نشر التشريع.

١ - اقتراح التشريع Proposition de la loi:

أولى مراحل سن التشريع هى مرحلة الاقتراح، أى عرض مشروع القانون المراد على مجلس الشعب. وحق اقتراح القوانين ىثبت لرئيس الجمهورية، وكذلك لأى عضو من أعضاء مجلس الشعب، وفقا للمادة ١٠٩ من الدستور.

وإذا قدم الاقتراح من رئيس الجمهورية أو من أحد الوزراء سى مشروع بقانون، وإذا قدم الاقتراح من أحد أعضاء مجلس الشعب سى اقتراح بقانون.

١ - الاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية أو أحد الوزراء (المشروع بقانون): فيه يستعين رئيس الجمهورية في ممارسة هذا الحق بوزرائه، فتبدأ الفكرة في دواوين الحكومة وتصل إلى الوزير المختص بعد فحصها من أخصائيين في موضوعها وعرضها على هيئات فنية مختلفة. فإذا أقرها الوزير أحالها إلى قسم التشريع بمجلس الدولة لمراجعتها من حيث الصياغة القانونية^(٧٧). ثم تعرض هذه الصيغة على رئيس الجمهورية، فإذا أقرها أرسلها إلى مجلس الشعب، الذي يحيلها بدوره إلى اللجنة المختصة بفحص الموضوع لتقديم تقريرها عنه.

٢ - الاقتراح المقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب (الاقتراح بقانون) حيث لأعضاء مجلس الشعب الحق في اقتراح القوانين، ويقدم الاقتراح إلى مكتب المجلس. ويحال الاقتراح إلى لجنة خاصة لتبدي رأيها فيه قبل عرضه على المجلس حيث تقرر اللجنة مدى صلاحيته للعرض على المجلس. فإن وجد صالحاً لذلك يعرض على المجلس.

٢ - موافقة مجلس الشعب على الاقتراح أو المشروع:

سواء قدم الاقتراح من رئيس الجمهورية أو أحد وزرائه أو قدم من أحد أعضاء مجلس الشعب على النحو السابق، فإنه يعرض

(٧٧) حيث يوجد بمجلس الدولة قسم للفتوى والتشريع، أنظر المادة ٦٣ من قانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة.

الاقتراح على مجلس الشعب لمناقشته ثم يؤخذ الرأى عليه، أى يتم التصويت عليه مادة مادة وذلك كما تنص المادة ١٠٧/٢ من الدستور.

ووفقا للمادة ١٠٧ يلزم حضور أغلبية أعضاء مجلس الشعب حتى يكون انعقاده صحيحا، وأن يصدر المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين (النصف + واحد) وعند تساوى الأصوات يعد الموضوع الذى جرت مناقشته مرفوضا. فإذا كان عدد أعضاء المجلس أربعمئة عضو. لاينظر عند التصويت وحساب الأغلبية إلى هذا العدد (٤٢٠) وإنما تحسب الأغلبية بحسب الحاضرين، فإذا كان عدد الحاضرين بالجلسة ثلثمائة عضو، فإنه يلزم أن يحصل الاقتراح على موافقة ١٥١ عضو أما إذا حصل على موافقة ١٥٠ عضو، فإن الاقتراح يعد مرفوضا.

ووفقا للمادة ١١١ من الدستور فإن كل اقتراح بقانون قدمه أحد أعضاء مجلس الشعب ورفضه المجلس، لايجوز تقديمه ثانية فى دور الانعقاد ذاته.

٣ - تصديق رئيس الجمهورية:

بعد موافقة مجلس الشعب على مشروع القانون بحصوله على الأغلبية المطلوبة، يرسل المجلس المشروع إلى رئيس الجمهورية للموافقة عليه. ولرئيس الجمهورية حق إصدار القانون أو الاعتراض عليه وفقا للمادة ١١٢ من الدستور. فإذا ما رفع المشروع لرئيس

الجمهورية فالأمر لا يخلو من أحد فرضين: أن يصدر الرئيس القانون، أو أن يعترض عليه ويرده إلى المجلس. وهو يصدره إذا لم يكن لديه اعتراض على أن يكون المشروع قانونا. والإصدار يفيد أمرين: الأول أنه يعتبر شهادة ميلاد بالنسبة للقانون الجديد ويثبت أن السلطة التشريعية قد وضعت قانونا وفق أحكام الدستور، والثاني أنه يتضمن أمرا إلى أعضاء السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون الجديد.

أما الفرض الثاني فهو أن يعترض رئيس الجمهورية على المشروع. وحينئذ يجب عليه أن يرد المشروع إلى المجلس في خلال ثلاثين يوما من تاريخ رفع المجلس للمشروع إليه، وهنا تكون أيضا أمام فرضين الأول: ألا يرد رئيس الجمهورية المشروع إلى المجلس في خلال هذه المدة (٣٠ يوم)، فهنا يعتبر ذلك بمثابة عدم اعتراض من جانب رئيس الجمهورية وأصبح المشروع قانونا من قوانين الدولة، أي أنه بعدم الرد في خلال المدة يصير المشروع قانونا ويلتزم رئيس الجمهورية بإصداره. أما الفرض الثاني: إرسال رئيس الجمهورية للمشروع إلى المجلس في خلال مدة الثلاثين يوما (بعدم الموافقة) فإنه يجب على المجلس إعادة مناقشة المشروع ثانية ثم التصويت عليه من جديد. وهنا يلزم أن يوافق المجلس عليه بأغلبية جديدة تختلف عن الأغلبية السابقة، حيث يلزم أن يوافق عليه المجلس بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس كله الغائب والحاضر، فإذا حصل المشروع على أغلبية الثلثين هذه اعتبر قانونا والتزم رئيس الجمهورية بإصداره، ونلاحظ أن الأغلبية في هذه الحالة أكبر من الأغلبية في الحالة الأولى حيث تحتسب

أغلبية العدد كله أى أغلبية الـ (٤٢٠ عضو) مثلا حيث يلزم أغلبية ثلثى هذا العدد.

ولا يجوز لرئيس الجمهورية فى هذه الحالة رده مرة ثانية لمجلس الشعب. أما إذا لم يحصل المشروع على أغلبية الثلثين هذه سقط مشروع القانون.

٤ - إصدار التشريع:

هو عبارة عن عمل يقصد به تسجيل الوجود القانونى للتشريع بعد انتهاء مراحل التشريعية، والإصدار يقوم به رئيس الدولة باعتباره رأس السلطة التنفيذية، وهو يتضمن أمرا موجهها لعمال السلطة التنفيذية باعتماده ضمن قوانين الدولة النافذة.

وفى جميع الأحوال التى يصدر فيها التشريع فإنه يعطى رقما مسلسلا خلال السنة التى يصدر فيها ويؤرخ بتاريخ إصداره من رئيس الجمهورية.

٥ - نشر التشريع:

فهو إجراء لاحق للإصدار، يقصد منه حمل التشريع إلى علم الكافة، وهو إجراء لا بد منه لكى يعتبر الناس قد خوطبوا بالتشريع، بحيث إذا لم يقع فإن التشريع بالرغم من وجوده ونفاذه فإنه لا يلزمهم. لأن النشر إعلان للكافة، وهو أمر لازم يفرضه المنطق والعدالة. إذ من

غير المعقول أن يؤخذ الناس بأحكام التشريع من دون إعلامهم به لأن هذا ظلم ياباه القانون بل والمنطق.

وسيلة النشر:

لم يترك الدستور وسيلة إعلام الناس بالقانون من دون تحديد، بل نص الدستور على وجوب نشر القوانين الجديدة فى الجريدة الرسمية^(٧٨).

(٧٨) أحمد سلامة: السابق - ص ٧٧ - جميل الشرقاوى: السابق - ص ١٠٣. كانت الجريدة الرسمية تسمى قبل ١٣ من مارس سنة ١٩٥٨ بالوقائع المصرية، وبعد قيام الجمهورية العربية المتحدة صدر قرارا جمهوريا بإنشاء الجريدة الرسمية (صدر هذا القرار فى ١٣ من مارس سنة ١٩٥٨ وعدل بالقرار رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٩ الصادر فى ٨ من فبراير سنة ١٩٥٩). فبات لدى مصر جريدتان: الأولى الوقائع المصرية والثانية الجريدة الرسمية وخصص المشرع الأولى لنشر الإعلانات الحكومية والقضائية وغير ذلك مما تقضى القوانين بضرورة نشرها. أما الثانية (الجريدة الرسمية) فهى التى تنشر بها القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ونوابه والقرارات الوزارية. وفى ٢ أبريل سنة ١٩٦٧ صدر قرار جمهورى جديد خصص الجريدة الرسمية لنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ونوابه. مما يختصون أو يفوضون فيه من الرئيس وقرارات رئيس مجلس الوزراء وأحكام كل من المحاكم الدستورية العليا ومحكمة القيم وذلك أسبوعيا مع جواز إصدار أعداد غير عادية منها فى غير المواعيد المقررة فى الحالات العاجلة. وبمقتضى هذا القرار أصبح للجريدة الرسمية ملحقا مستقلا يوميا يسمى الوقائع المصرية يختص بنشر جميع القرارات عدا ما ذكر فى المادة الأولى وغير ذلك مما تقضى القوانين والقرارات بضرورة نشره (المادة ٣). ونصت المادة ٤ على أن تصدر الوقائع المصرية يومية.

أنظر: برهام محمد عطاالله، أساسيات القانون الوضعى. مدخل إلى الدراسات القانونية - طبعة ١٩٦٨ ص ٣٥ هامش رقم (١). سليمان مرقس: السابق - ص ١٩٢ هامش ٤٨ - حسام لطفى: ص ٩٩.

خلال أسبوعين من يوم إصدارها (مادة ١٨٨). بحيث لا يغنى عن النشر في الجريدة الرسمية أى طريق آخر، حتى ولو كان أكثر فاعلية فى إعلام الناس، كالإذاعة أو الصحف اليومية مثلا، ولا يكفى مجرد النشر بالجريدة الرسمية وإنما لابد من أن توزع أعداد هذه الجريدة، بحيث إذا طبع التشريع بها ولم توزع فإن إجراء النشر يعتبر لم يتم ولا يحاسب الناس بأحكام التشريع ذلك أن من شأن النشر أن يعلم الناس ولا يتحقق ذلك بمجرد الطبع^(٧٩).

(٧٩) إن النشر فى الجريدة الرسمية هو السبيل الوحيد لإعلام الناس بالقانون، فلا تغنى عنه وسيلة أخرى مثل اللصق على الجدران أو التوزيع على الأفراد. كذلك حتى لو كان المطالب بتطبيق القانون يعمل برياسة الجمهورية مختص بعرض القوانين لإصدارها. فمثل هذا الموظف لا يؤخذ بالقانون مجرد علمه به فعلا قبل نشره فى الجريدة الرسمية فلا بد من النشر فى الجريدة الرسمية. (أنظر: عبدالحى حجازى رقم ١٦٠ ص ١٥٦).

مؤدى ذلك أنه إذا حالت ظروف قاهرة مثل نشوب حرب، أو وقوع فيضان أو زلزال، أو تأخر توزيع الجريدة الرسمية عن تاريخ طبعها لعدة أيام، دون علم الشخص امتنع تنفيذ القانون عليه طالما بقى الظرف القاهر قائما.

أنظر فى صدد تأخر توزيع الجريدة الرسمية نقض مدني ٦٥/٤/٨ - مجموعة المكتب الفني. السنة ١٦ رقم ٧٧ ص ٤٧٦ وإذا كان تاريخ طبع الجريدة الرسمية التى نشر فيها القانون مختلفا عن التاريخ الذى خرجت فيه الجريدة من المطبعة لتوزيعها كانت العبرة بتاريخ التوزيع لا بتاريخ الطبع (نقض مدني جلسة ٢٤ يونيو ١٩٥٨، مجموعة الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية - السنة التاسعة العدد الثاني رقم ٨١ ص ٦٣٩ أشار إليه حجازى ص ١٥٦ - نقلا عن شمس الدين الوكيل).

وأنظر: لا يعد كذلك الإقامة خارج البلاد طوال المدة التى حددها القانون لتقدم طلب الحصول على المعاش (محكمة القضاء الإدارى - القضية رقم ٨٣٦ س ٥ رقم ٢٨ من مايو ١٩٥٣ - مجموعة أحكام المحكمة، رقم ٦٩٨ ص ١٣٤١.

والتوزيع المقصود به وضع أعداد كافية من الجريدة الرسمية تحت تصرف العامة. فقد حكم بأن تأخر وزارة العدل فى إبلاغ المحاكم بالقانون الجديد لا يعادل عدم توزيعها ومن ثم لا أثر له على بدء سريان القانون، نقض مدني ٢٨ يونيو ١٩٧٨ - مجموعة المكتب الفني - س ٢٩ رقم ٣٠٩ ص ١٥٩٩.

وأنظر الشرقاوى - السابق ص ١٠٣.

ولكن لا يكون الشتريع نافذا بمجرد النشر، وذلك أن تحقيق الغاية من النشر، وهى علم الأفراد بالتشريع، وتأهبهم للخضوع لأحكامه، يقتضى أن تترك مدة بعد النشر قبل نفاذ القانون أى قبل أن يصبح ملزما هذا هو الأصل. ولذلك نص الدستور على أن القانون يعتبر معلوما فى جميع أنحاء الدولة بعد انقضاء شهر من نشره مالم ينقض هذا الميعاد أو يمد بنص صريح فى التشريع الصادر. وعلى ذلك فإن إزام التشريع الجديد يبدأ عند انتهاء اليوم الأخير من مدة الشهر إلا إذا نص فيه على غير ذلك. فقد يحدث أن تطول المدة عن شهر فقد تكون شهرين أو ثلاثة. وقد يحدث أن تقصر المدة إلى أسبوعين أو عشرة أيام أو أسبوع. وقد يحدث أن لاتحدد مدة نهائيا وإنما يكون التشريع نافذا أى ملزما بمجرد نشره إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة.

فإن لم يتضمن التشريع تحديدا لموعد نفاذ القانون كان العمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ النشر (مادة ١٨٨ من الدستور).

إذن وبالنشر فى الجريدة الرسمية - يفترض علم الناس بأحكام التشريع ولايستطيع أحد أن يدعى عدم علمه بالقانون، حتى ولو كانت ظروفه الخاصة تؤدى إلى إثبات صدق هذا الإدعاء، كما لو كان عاجزا عن القراءة.

فبمجرد مضى المدة المحددة يطبق التشريع حتى ولو تصادف أن الكثيرين لم يعلموا به. فليس المقصود بالنشر إعلام الناس إعلاما فعليا بل اتخاذ ما من شأنه أن يعلمهم.

أخيرا يجب ملاحظة أنه وفقا لنص المادة ١٨٨ من الدستور يعمل بالقانون بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ النشر بمعنى أن بداية الشهر تحسب من اليوم التالى لتاريخ النشر ولا يحسب يوم النشر هذا ما لم ينص القانون على غير ذلك.

والنشر إجراء ضرورى لنفاذ القانون سواء كنا بصدد تشريع أساسى (دستورى) أو تشريع عادى أو تشريع فرعى أى النشر لازم لنفاذ التشريع أيا كان نوعه^(٨٠).

(٨٠) سليمان مرقس: السابق - رقم ٨٦ ص ١٩٠.

مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (*)

سبق القول بأن الوسيلة الوحيدة التي تحمل علم الناس بالتشريع هي نشرة في الجريدة الرسمية فإذا ما نشر التشريع في الجريدة الرسمية ومرت المدة المحددة فيه لنفاده دخل التشريع حيز التنفيذ، وأصبح ملزماً للكافة سواء علموا به أم لم يعلموا به، بحيث أنه لا يقبل من أحد الادعاء بعدم تطبيق القانون عليه بدعوى عدم علمه به . أى لا يستطيع أحد أن يطالب بعدم تطبيق القانون عليه بدعوى عدم علمه به . وهذا تطبيقاً لمبدأ يعد من أكثر المبادئ القانونية استقراراً . على الرغم من أن القانون المصرى الحالى لم ينص عليه صراحة، بعكس الدستور المصرى السابق دستور ١٩٢٣ ولائحة ترتيب المحاكم الوطنية، حيث كان ينص كل منهما على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون^(٨١)،

(*) انظر فى هذا الموضوع :

Gillien. R : Nul n'est Cense ignorer la loi, mélange Rouber. T. P. 253-
Terre : Le role actuel de la maxime : Mul n' est censer ignorer la
loi : Travaux de l'institute de droit compare de l' universite de
paris T. xxx. P.91.

مصطفى الجمال: الجهل بأحكام القانون-مجلة الحقوق س١٦-١٩٧١ العدد الأول
والثاني .

محمد وجدى عبدالصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون عالم الكتب ط١-١٩٧٣ .
(٨١) فقد كانت المادة الثانية من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية التي استبدل بها
قانون نظام القضاء تنص على أنه "لا يقبل من أحد أن يدعى بجهله القانون:
كذلك كانت المادة ٣/٢٦ من دستور ١٩٢٣ تنص على أنه "يعتبر إصدار تلك
القوانين معلوماً في جميع القطر المصرى بعد نشرها بثلاثين يوماً، ويجوز قصر
الميعاد أو مده بنص صريح في تلك القوانين" وكان مؤدى هذا أنه متى تم نشره
ومضت عليه مدة الثلاثين يوماً المذكورة في الأحوال العادية، أو المدة التي نص

على الرغم من ذلك استقر المبدأ، منذ القدم، فى الوجدان القانون، وأصبح من الأصول القانونية أو من مبادئ القانون العليا، التى يجب العمل بها حتى ولو لم يفرضها نص قانونى محدد. هذه القاعدة هى عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، أو أن الجهل بالقانون ليس بعذر، أو لا يقبل من أحد جهله بالقانون^(٨٢) أو مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون.

ويقضى هذا المبدأ بأنه لا يعذر أحد بجهل القانون أو بعبارة أخرى الجهل بالقانون ليس بعذر يعفى من تطبيقه، بمعنى أنه لا يفترض فى الكافة العلم بالقانون وأن العلم بالقانون ليس شرطاً لتطبيقه^(٨٣) لذلك فإن الجهل لا يمنع من انطباقه "فعدم العلم بالقانون لا يعوق تنفيذه، وليس الجهل عذراً يعفى من تطبيقه"^(٨٤).

عليها التشريع الجديد أن كانت أطول أو أقصر من المدة المعتادة، اعتبر الناس جميعاً عالمين بصدور هذا التشريع، وأصبح لا يقبل من أحد أن يدعى بجهله بالقانون. وكان دستور ١٩٥٦، دستور ٥٨ يشتملان ضمناً على هذا المبدأ حيث نصت المادة ١٨٧ من دستور ١٩٥٦، والمادة ٦٧ من دستور ١٩٥٨ على أنه عمل بالقوانين بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها، أى أنها اعتبرت علم الناس بدور القوانين حاصلاً بمجرد انقضاء عشرة أيام على نشرها وإذا كان دستور ١٩٦٤ لم يورد مقابلاً لهاتين المادتين، فإن مؤدى ذلك فقط أن القوانين يعمل بمجرد نشرها، ويترتب على ذلك اعتبار علم الناس بصدورها حاصلاً. انظر سليمان مرقس: السابق-ص ١٩٥ هامش رقم ٥٥.

(٨٢) أحمد سلامة: السابق- رقم ٦٢ ص ٩٦، حسن كبيرة: رقم ١٧٢ ص ٣١٦.
(٨٣) يرى البعض إلى أن هذا التسميات بالرغم من شيوعها فإنه تنطوى على خطأ لأنها تفيد إن الأصل هو أن القانون لا يطبق إلا على من يعلم به، ثم تفترض هذا العلم. انظر منصور مصطفى منصور: السابق ٣١٧.
(٨٤) محمود جمال الدين ذكى رقم ٤٧ ص ٨٨.

ويؤدى هذا المبدأ إلى أن القانون متى دخل حيز التنفيذ انطبق على كل الناس سواء علموا به فعلاً، أو لم يعلموا به، ولا يسمح لأحدهم بأن يقدم الدليل على أنه لم يعلم فعلاً بالقانون، باعتبار أن مثل هذا الأمر غير منتج لأنه حتى بفرض ثبوت هذا الجهل ثبوتاً قطعياً فإنه لن يحول دون تطبيق القانون الذى "يفترض" علم الكافة به وعلى ذلك لا يقبل من أمى أن يعتذر بجهل القوانين التى صدرت فى غيبته، كذلك لا يجوز لأجنبى إذا خالف لوائح المرور مثلاً، أن يحتج بجهله بقواعد المرور، ولا لأجنبى أقرض نقوداً برّبا فاحش أن يحتج بجهل الحد الأقصى لسعر الفائدة للحصول على الفوائد المتفق عليها^(٨٥) ومثل ذلك يقال عمن يسرق مال مدينه وفاءً للدين معتقداً بأن هذا الأمر لا يشكل جريمة .

وتتطبق هذه القاعدة أيضاً على السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، فنفس ما يرفض قبوله من الأفراد يرفض أيضاً بالنسبة لهذه السلطات إذ يفترض فى القاضى العلم بالقانون، ويجب على السلطة التنفيذية أن تصدر قراراتها متفقة مع القانون وإلا إذا كانت قابلة للإلغاء، ولا يصح لها أن تدعى بأنها تجهل قيامه^(٨٦) .

ويسرى هذا المبدأ أيضاً، مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، على القواعد القانونية أياً كان مصدرها سواء التشريع أم العرف أم الشريعة الإسلامية أم لقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى،

(٨٥) محمود جمال الدين ذكى - السابق .
(٨٦) انظر أحمد سلامة: السابق نفس المكان .

فالعرف يتكون من سلوك الناس وإذن فالمفروض علم الناس بما يصنعون أما القواعد الأخرى فلا يعلموها ولا تنتشر ومع ذلك يؤخذون بأحكامه . ولعل هذه الملاحظة توضح الاختلاف الأساسي الذي بنيت عليه القاعدة بالنسبة لنوع المصدر، فهي في التشريع افتراض إمكان العلم، وهي في العرف وفي الشريعة الإسلامية أو في الدين بشكل عام، وفي مبادئ العدالة والقانون الطبيعي-افتراض العلم في حد ذاته . وهذا ما ينقلنا إلى أساس هذا المبدأ .

أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

قيل إن أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو افتراض علم الأفراد بالقانون، وقيل إن الأساس هو كفالة النظام .

١- قرينة افتراض العلم بالقانون :

ذهب بعض الفقه إلى أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يجد أساسه في قرينة أقامها المشرع تفترض علم الأفراد بالقانون بمجرد نشره في الجريدة الرسمية ودخوله حيز التنفيذ بمرور الفترة المحددة فيه أو بمجرد نشره إذا لم تحدد مدة^(٨٧) .

(٨٧) على هذا الرأي عبدالرزاق النهوري وحشمت أبو ستيت : السابق فقرة ١٣٣ .

-عبدالفتاح عبدالباقي السابق: فقرة ١٠٢- سليمان مرقس: السابق: فقرة ٨٨ مكرر-ص ١٩٩ .

-Marty et Raynaud : Droit civil. T. 1.2^e ed. 1972. p.172.

والقرينة القانونية هي افتراض قانونى يجعل الشئ المحتمل أو الممكن صحيحاً، وفقاً لما هو مألوف فى الحياة وفقاً لما يرجحه العقل^(٨٨).

ولم يأخذ المشروع فى إقامة هذه القرينة بالغالب ولكنه أخذ بالنادر إذ فى الحقيقة يندر أو يتتبع الشخص كافة التشريعات أو يندر أن يحيط بكافة القواعد العرفية أو بمبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة^(٨٩).

وهناك صلة بين عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وبين افتراض العلم به وتظهر هذه الصلة فى أمور كثيرة منها :

١ - من المقرر فقهاً وقانوناً أنه يجب نشر التشريع حتى يصبح ملزماً للمخاطبين بأحكامه . والمقصود بالنشر هو الإعلان عن وجود التشريع حتى يتأتى العلم به . فالنشر يصبح نافذاً *executoire* بعد إصداره، ولكنه لا يصبح ملزماً *obligatoire* إلا بعد نشره فالنشر لا يستمد قوته الملزمة من ذاته . ولكنه يستمد من نشره . أى من الواقعة التى تجعل العلم به ممكناً^(٩٠) . فهناك تلازم حتمى بين الالتزام بالقانون وبين إمكان العلم به . ومن غير المتصور فى دولة حديثة أن يكون القانون سراً خافياً على الملزمين بأحكامه^(٩١).

(٨٨) سمير تناغو: السابق - رقم ١١٦ - ص ٣٨٧ .

(٨٩) أحمد سلامة: السابق - ص ٩٧ .

(٩٠) نقض ١٧/٥/١٩٥٦، مجموعة المكتب الفنى، ص ٧، ص ٦٠٧ .

(٩١) R. Guillien, Nul n'est censé ignorer la loi Melanges p. Roubier T.1, p.253.

٢ - كنتيجة منطقية للفكرة السابقة فإنه إذا استحال العلم بالقانون بسبب قوة قاهرة كفيضان أو حرب أو غير ذلك، فلا يكون القانون ملزماً بالنسبة لمن استحال عليهم العلم به . وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية: "ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو إثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلى . . وإنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة قاهرة دون دخول الجريدة الرسمية بتاتا إلى منطقة من مناطق الجمهورية"^(٩٢) .

٣ - وما يرتبط بالفكرتين السابقتين أيضاً أن سريان القانون لا يحسب على أساس التاريخ المطبوع على الجريدة الرسمية، ولكن على أساس التاريخ الحقيقى لنشر وتوزيع هذه الجريدة . وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض . "أن افتراض علم الكافة بالإجراءات التى أوجبها ذلك القانون (رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات) مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض، فإذا كان المستأنف قد دفع بأنه قد استحال العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف إلى قلم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية التى نشر فيها القانون وإن كانت قد طبعت فى ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ إلا أنها لم توزع وتنتشر فعلاً إلا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف، فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع، فإنه يكون مشوباً بالقصور"^(٩٣) .

(٩٢) نقض ١٩٦٥/٤/٨، مجموعة المكتب الفنى، من ١٦، ص ٤٧٦ .

(٩٣) نقض ١٩٥٨/٦/٢٤، مجموعة المكتب الفنى، ص ٩، ص ٦٣٩ .

٤ - رغم الأهمية البالغة لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، إلا أنه ليس مبدأ مطلقاً، بل هو مبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات التي سندرسها فيما بعد. ومرد هذه الاستثناءات غالباً هو انتفاء قرينة العلم بالقانون انتفاء يبرر في بعض الظروف الخاصة التمسك بالجهل بالقانون.

وهكذا تقوم صلة تلازم حتمى بين عدم جواز الاعتذار بالقانون، وبين مبدأ افتراض العلم به، بحيث يمكن اعتبارهما مبدئين مترادفين. مع ملاحظة أن الترادف بين هذين المبدئين لا يجعل من أحدهما مبرراً للآخر، بل هما يحتاجان معاً إلى مبرر يستندان إليه. ولا يوجد مبرر أفضل من فكرة النظام التي يستند إليها القانون ذاته.

نقد قرينة افتراض العلم كأساس للمبدأ :

انتقد البعض القول بأن أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يتمثل في قرينة أقامها النظام القانونى مردها افتراض علم الكافة بالتشريع بنشرة ودخوله حيز التنفيذ. وقالوا بأن هذا الأساس غير مقبول، لأن القرينة بحسب تعريفها إنما تقول على حمل الأمر المشكوك فيه محمل الغالب والمألوف فى العمل بشأنه، وليس الغالب فى العمل ولا المؤلف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية بل الغالب هو جهلهم بها^(٩٤) ولا شك أن إقامة القرينة بهذا الشكل أمر غير عادل^(٩٥).

(٩٤) حسن كبره: السابق - رقم ١٧٣ ص ٣١٦ .

(٩٥) أحمد سلامة: السابق - ص ٩٧ .

٢- كفالة النظام وتحقيق المساواة :

يحتّم بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ضرورة اجتماعية وعملية تقتضى فرض سلطان القانون على الكافة تحقيقاً للعدل وإقراراً للنظام فى المجتمع ذلك أن كفالة النظام فى المجتمع هى علة وجود القانون وغايته، فإذا لم تتحقق فإنه لن يكون لوجود القانون معنى . فمن ناحية لو أجاز للشخص أن يدعى جهله بقيام القاعدة القانونية لفتح الباب على مصراعيه أمام مثل هذا الادعاء، فكل من يرى أن القانون يقف ضده يدعى هذا الجهل ليتهرب من حكمة، وهيئات أن ينجح خصمه فى إثبات علمه . ذلك أن واقعة الجهل أمرها سلبى لا يثبت عكسه إلا بإقامة الدليل على العلم . ولو تصورنا جريان ذلك فى المجتمع لأنهار من أساسه ولما أمكن تطبيقه ولما تيسر تحقيق الخير العام . وإذن فنحن أمام مصليتين متعارضتين، مصلحة الشخص الذى يجهل القانون، ومصلحة الجماعة التى تتطلب تطبيق القانون تطبيقاً عاماً . ولا شك أنه عند تعارض مصليتين فإنه يضحى بالمصلحة الأقل أهمية ولا شك أنها المصلحة الفردية . ثم ما هو ذنب الآخر فى علاقة معينة، لقد رتب أموره على قيام القاعدة القانونية فإذا بخصمه يدعى جهله بها، ولو قبل ادعاؤه لضاعت حقوق هذا الطرف دون أن يكون له ذنب اللهم إلا إذا كان العلم بالقانون وترتيب أموره على أساسه يعتبر بمثابة ذنب .

ولعل قواعد العدل هى خير ما يؤسس عليه هذا المبدأ . فالعدل الخاص يتطلب المساواة التامة فى معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية: فلا يفرق بينهم فى وجوب الخضوع لها أو يعفى بعضهم من

التقيد بها . وهذه المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما يؤكد من سيادة النظام والقانون في المجتمع . . . فضلاً عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفى لصفة الإلزام عنها، إذا يجعل إلزامها هو توافر العلم بها، بينما القاعدة القانونية تتميز قبل كل شيء بما لها من إلزام ذاتي ينبعث منها ومن وجودها هي لا من عامل خارجي عنها كالعلم بها^(٩٦) .

نقد فكرة المساواة كأساس للمبدأ^(*) :

ذهب بعض الفقه إلى انتقاد فكرة المساواة كأساس لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ورأى أن فكرة المساواة هذه ليست متحققة بصفة مطلقة لا في القانون الروماني ولا حتى في القانون في العصر الحديث .

ففي القانون الروماني، كان يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون من البعض مثل الجنود الغائبين، أو بعض الأشخاص الآخرين الذين ينقصهم الإدراك السليم أو الخبرة بالحياة . وهم من كان يطلق عليهم اصطلاح الضعفاء في نظر القانون . وبعد مناقشات طويلة في القانون الفرنسي القديم، لم تنتقل إلى تقنين نابليون الاستثناءات الخاصة بهؤلاء الأشخاص، وأصبح من المقرر أنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون من أى شخص تحقيقاً لفكرة المساواة أمام القانون .

(٩٦) Riepert et poul Baulanger : T.i.V : 12- Decattignies : & erreur de droit : Rev. Trim. Dr. civ. 1951. p.309.

(*) سمير تناغو: السابق - ص ٦٠٦ وما بعدها .

وفى العصر الحديث أيضاً لا تتحقق فكرة المساواة فى الخضوع للقانون على الوجه الأكمل • بل من المدهش أن الجهل بالقانون إذا جاء من شخص متخصص فى القانون، فلا جزاء عليه فى بعض الأحيان، بينما إذا جاء الجهل بالقانون من شخص غير متخصص فى القانون فلا مغفرة له^(٩٧) •

فأول شخص كان ينبغى ألا يجهل بالقانون هو المشرع نفسه، الذى تصدر عن إرادته القوانين • ومع ذلك فإنه يحدث فى بعض الأحيان أن يصدر المشرع قانوناً جديداً، عن جهل منه بوجود قوانين سابقة، لو علم بها لما أصدر القانون الجديد، أو لما أصدره فى الصورة التى خرج بها • ومع ذلك فإن هذا الجهل لا جزاء عليه^(٩٨) • بل لا يقال حتى فى هذه الحالة أن المشرع قد خدع، بل يقال أن القانون السابق قد ألغى أو عدل •

وكذلك فإن مستشارى محكمة النقض الذين من واجبهم العمل على رقابة تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً بواسطة المحاكم على اختلاف درجاتها، قد يصدر عن أحكامهم عن جهل بالقانون، وهم غير معصومين عن مثل هذا الجهل، بل أن بعض أساتذة علم الاجتماع القانونى مثل الأستاذ كاربونييه، لم يفنهم تسجيل ظاهرة جهل مستشارى محكمة

(٩٧) F. Terre : Precire, p.91-98.

(٩٨) مثال ذلك عدم إلمام المشرع بفن التشريع •

النقض بالقانون، ضمن الظاهرة العامة للجهل بالقانون • ومع ذلك فلا جزاء يطبق عليهم •

نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

- ١- يسرى هذا المبدأ على جميع القوانين الوطنية والأجنبية سواء أكانت هذه القوانين تنتمى إلى القانون العام أم القانون الخاص •
- ٢- يسرى على جميع القواعد القانونية أياً كان مصدرها أى التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية والدين عموماً، ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة • وكما سبق القول فإن الأساس الذى يستند إليه المبدأ يختلف فى التشريع عنه فى غيره من المصادر • ففى التشريع الأساسى هو افتراض إمكان العلم، وفى بقية المصادر افتراض العلم^(٩٩) •

ويسرى المبدأ على التشريع- أياً كان نوعه سواء كان تشريع أساسى أم عادى أم فرعى •

- ٣- ووفقاً للرأى الراجح فى الفقه، يسرى المبدأ على جميع القواعد القانونية سواء الأمرة أم المكلمة • وهذا أمر واضح ولا خلاف عليه فى الفقه، بينما خلاف حدث بالنسبة للقواعد المكلمة وأن الرأى الراجح هو أن المبدأ يسرى عليها أيضاً •
- ٤- يسرى المبدأ على الأفراد- كما قلنا- كما يسرى على جميع سلطات الدولة خاصة السلطة القضائية والسلطة التنفيذية •

(٩٩) أحمد سلامة: السابق ص ٥٦ •

وبالنسبة للأفراد فهو يسرى على جميع الأفراد ووطنيين وأجانب
غائبين أو مقيمين، كاملى الأهلية أو ناقصيها أو حتى عديمى الأهلية .

الاستثناء من المبدأ :

هناك استثناء حقيقى مسلم به من جميع الفقه وهو حالة القوة
القاهرة^(١٠٠) حيث يجوز الاعتذار بجهل القانون فى حالة استحالة علم
الأفراد بالقانون بالوسيلة المخصصة لذلك، أى عن طريق الإطلاع على
الجريدة الرسمية، وتتحقق هذه الاستحالة بفعل قوة قاهرة تحول دون
وصول الجريدة إلى بعض مناطق الدولة، وذلك كحرب أو الزلازل أو
الفيضان أو عصيان، بحيث تعزل هذه المنطقة نهائياً ويستحيل الوصول
إليها ففى هذه الحالة لا يؤخذ سكان هذه المنطقة بحكم القانون ذلك أنهم
يؤخذون به تأسيساً على قرينة العلم، فإذا استحال هذا العلم فإنه يقبل
منهم هذا الاعتذار . وذلك بالنسبة للمدة التى حدث العزل فيها، وبحيث
يؤخذون بأحكام القانون بمجرد عودة الاتصال . وواضح أن هذا
الاستثناء يقوم بالنسبة للتشريع فقط . أما بالنسبة لبقية مصادر القانون

(١٠٠) وقد قضت محكمة النقض بأن أى ظرف لا يرقى إلى مرتبة القوة القاهرة لا
يقوم مبرراً للاعتذار بجهل القانون . ففى حكم نقض بتاريخ ١٨ أبريل
سنة ١٩٦٥ قررت أنه (إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قبول اعتذار
المطعون ضده بجهله بنص المادة ٢٥ من قانون المحاماة (الذى يرجى توقيع محام
على صحف الدعاوى) إلى ما قرره الطاعنة فى مذكرتها من أن المدة التى
مضت بين تنفيذ القانون وبين إعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليعلم
المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور) مجموعة أحكام النقض س ١٦ ع،
رقم ٧٧ ص ٤٧٦ . انظر سليمان مرقس: السابق، ص ٢٠١ هامش رقم ٦٩ .

فإن هذا الاستثناء لا يقوم • ولعل السبب في هذه التفرقة بين التشريع وبقية المصادر، هو اختلاف الأساس الذى يبنى عليه المبدأ فى التشريع عنه فى بقية مصادر القانون كما سبق أن قلنا ففى التشريع أساس المبدأ هو يفترض إمكان العلم بالقانون فإذا لم يمكن هذا العلم أى إذا استحال العلم لقوة القاهرة، فلا يطبق المبدأ، بينما فى بقية مصادر القانون فإن أساس المبدأ هو افتراض العلم ذاته بالقانون • وما دام المفترض هو العلم فى حد ذاته، فإنه لا يمكن إثبات هذا الافتراض •

وقد قضت محكمة النقض بأنه يعد من قبيل القوة القاهرة التى تجيز الاعتذار بجهل القانون تأخر توزيع الجريدة الرسمية ستة أيام عن التاريخ المطبوع عليها^(١٠١)، كما قضت بأنه لا يعد من قبيل القوة القاهرة فى هذا الصدد قصر المدة المتاحة ما بين نفاذ القانون وتطبيقه على الشخص^(١٠٢)، ولا إقامة الشخص خارج البلاد طوال المدة التى حددها القانون لتقديم طلب الحصول على المعاش، ولا عدم قيام الجهة الإدارية، جرياً على سنة اتبعتها بسؤال موظفيها عن رغبتهم فى الانتفاع بأحكام القانون^(١٠٣) •

(١٠١) نقض مدنى ٢٤ يونيه ١٩٥٨، مجموعة أحكام النقض س٩ رقم ١١ ص٦٣٩، المحاماة س٣٩ ص٤١٧١ رقم ٢٦٤ أشار إليه لبيب شنب: السابق- ص١٠٣ •

(١٠٢) نقض ١٨ أبريل ١٩٦٥- السابق •

(١٠٣) محكمة القضاء الإدارى فى ٢٨ مايو ١٩٥٣ مجموعة أحكام المحكمة رقم ٦٩٨ ص١٣٤١ أشار إليه حسام لطفى- السابق ص١٠٢ هامش ١٠٢ •

حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع على سبيل الاستثناء

الأصل كما قلنا- هو أن السلطة التشريعية هى التى تقوم بسن التشريع العادى، وهى صاحبة الاختصاص الأصيل فى هذا، ولكن فى أحوال استثنائية تحل السلطة التنفيذية فى كثير من الدساتير محل السلطة التشريعية فى عملية سن التشريع العادى، ويكون ذلك بالتحديد فى حالتين هما حالة الضرورة وحالة التفويض .

الحالة الأولى : تشريع الضرورة :

فى حالة الضرورة نكون بصدد قيام حالة من حالات الضرورة التى تستدعى الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، أى فى حالة الاستعجال، اتخاذ التدابير عن طريق التشريع الذى يصدر أصلاً عن طريق السلطة التشريعية، ولكن السلطة التشريعية، تكون منعومة نظراً لحل المجلس النيابى (مجلس الشعب) أو تخلفها نظراً للعطلة ما بين أدوار الانعقاد، فهنا لابد من مواجهة حالة الضرورة أو الاستعجال بتشريع عادى ولذلك حول الدستور السلطة التنفيذية الحق فى الحلول محل السلطة التشريعية مؤقتاً فى هذا الاختصاص عن طريق سن قرارات تكون لها قوة القانون أى قوة التشريع العادى . ولذلك نصت المادة ١٤٧ من الدستور الحالى على أنه "إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب، ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القانون "إن

وفقاً للدستور فإن رئيس الجمهورية هو المختص بإصدار قرارات لها قوة القانون^(١٠٤).

ولكن ونظراً لأن السلطة التنفيذية تملك هذا الاختصاص على سبيل الاستثناء فقد أعطت الدساتير المصرية لها هذا الحق وقيدته بقيود معينة أو بمعنى أصح ضمانات معينة. أهم هذه الضمانات ضرورة وجود حالة ضرورة أي:

١- أن يكون هناك أمر عاجل يلزم علاجه دون إبطاء، وتقدير الضرورة متروك لرئيس الجمهورية نفسه^(١٠٥).

(١٠٤) هذا وقد أعطت الدساتير المختلفة رئيس الجمهورية هذا الحق بدءاً من دستور ١٩٢٣، ديتوسر ١٩٥٦، دستور ١٩٦٤ إضافة للدستور الحالي.

(١٠٥) من هذا المعنى نقض جنائي ١٧ أبريل ١٩٥١ التشريع والقضاء ٣-٤٨١-١٤١، محكمة القضاء الإداري ٢٢ مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام مجلس الدولة ٥-٧٣٧-١٧٨ أشار إليه مرقس-السابق ص ٢١٠ هامش ٩٠، وقد رأَت المحكمة الدستورية العليا أن الأسباب التي استندت إليها الحكومة في التعجيل بإصدار القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية لا تعد كافية للقول بانعقاد رخصة التشريع الاستثنائي لرئيس الجمهورية، وحكمت بعدم دستورية هذا القرار بقانون: طعن رقم ٢٨ س ٢ قضائية، ٤ مايو سنة ١٩٨٥ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج ٣ رقم ٢٩ ص ١٩٥ على العكس حكمت المحكمة بأن هذه الأسباب كافية لإصدار القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ الخاصة بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة لوجوب الإسراع في مواجهة ما قد يترتب على استرداد بعض الأموال والممتلكات عينا من الحائزين لها من آثار خطيرة تمس بعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية (طعن رقم ١٣٩، ١٤٠ س ٥ قضائية في ٢١ يونيو سنة ١٩٨٦، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، المجلد الثالث رقم ٥٠ ص ٣٣٦. انظر حسام لطفى ص ٩٠ هامش رقم ٥٢.

٢- أن يكون مجلس الشعب فى عطلة ما بين أدوار الانعقاد أو فى فترة حلة أو وقف جلساته .

٣- أن لا يكون القرار الذى يصدر بناء على هذه المادة مخالفاً للدستور .

٤- أن تعرض هذه القرارات على مجلس الشعب فوراً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وفى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك . أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال ما كان لها من قوة القانون بأثر رجعى أيضاً، إلا إذا رأى المجلس اعتماد آثارها السابقة أو قرر تسوية تلك الآثار بوجه آخر^(١٠٦) .

الحالة الثانية: تشريع التفويض :

تنص المادة ١٠٨ من الدستور على أنه: "الرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون-ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق عليها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون".

(١٠٦) مادة ٢/١٤ من الدستور الحالى .

وبذلك حسم الدستور الخلاف الدائر حول ما إذا كان يجوز أو لا يجوز للسلطة التشريعية أن تفوض غيرها في اختصاصها بسن القوانين، باعتبار أن هناك مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث وهذا المبدأ من النظام العام-وانتهى إلى حسم المسألة بجواز هذا التفويض^(١٠٧).

وتكمن العلة في إجازة صدور تفويض لرئيس الجمهورية بأن يصدر قرارات لها قوة القانون أن بعض القوانين تحتاج إلى توفير الدقة أو السرعة أو السرية في إصدارها وهو ما لا يتوافر إذا ترك أمر إصدارها لمجلس الشعب كما هو الحال في شأن القوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم^(١٠٨). فيفاجئ بها الخاصة والعامة عندما يصدرها رئيس الجمهورية بناء على تفويض أما إذا تركت للإجراءات العادية تنبه إليها الجميع وتلاعبوا بشأنها أو أن طبيعة بعض الموضوعات تقتضى بعض السرية وتلاعبوا بشأنها أو أن طبيعة بعض الموضوعات تقتضى بعض السرية كما هو الحال في شأن اعتمادات القوات المسلحة وغيرها.

على أنه ينبغي توافر شروط في صدور القرارات بقوانين من رئيس الجمهورية بناء على تفويض تشريعي :

(١٠٧) نلاحظ أن دستور ١٩٢٣ لم يكن يتضمن مثل هذا النص ولذلك أثير الخلاف في شأنه انظر حسن كيده- ص٢٣٨، سليمان مرقس: رقم ٨٨م (٢) ص٢٠٧ أما دستور ١٩٥٦ فقد نص على جواز التفويض في المادة ١٣٦، وكذلك دستور ١٩٦٤ في المادة ١٠ منه.

(١٠٨) خميس حضر: السابق- رقم ١٣٠ ص١٥٢، وحسن كيده: السابق- ص٢٣٨.

١- أن يكون ذلك من أحوال استثنائية تبرره، كأزمة سياسية أو اقتصادية.

٢- وأن يقتصر التفويض فى التشريع على موضوعات معينة.

٣- أن تعين فيه الأسس التى يقوم عليها^(١٠٩).

٤- أن يؤقت بمدة محددة.

والقرار الصادر بناء على تفويض تشريعى يسمى قرار بقانون، وبما أنه قرار بقانون يتعين نشره-كغيره من القوانين- فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشره ما لم ينص فيه على العمل به بعد فوات مدة معينة.

ويلاحظ أن هذه التشريعات يكون لها بالرغم من صدورها من رئيس الجمهورية وحده، قوة التشريعات العادية السابقة ولو كانت صادرة بموافقة مجلس الشعب فيجوز لها تعديلها أو إلغاؤها صراحة أو ضمناً ولكنها تنقيد بأحكام الدستور، فلا يجوز لها مخالفته، وتلغى أو تعدل أحكامها بقانون لاحق.

(١٠٩) قضت محكمة النقض فى ٢١ ديسمبر ١٩٧٢ بأن القرارات التى تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية، وإن كان لها فى موضوعها قوة القانون التى تمكنها من إلغاء وتعديل القوانين القائمة إلا أنها تعتبر قرارات إدارية لا تبلغ مرتبة القوانين فى حجية التشريع فىكون للقضاء الإدارى أن يحكم بإلغائها إذا تجاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التى يقوم عليها ولا تحوز هذه القرارات حجية التشريع إلا إذا أقرها المجلس النيابى.

نقض ٢١ ديسمبر ١٩٧٢- مجلة المحاماة س٥٦ العدد ٣، ٤ ص٤٦ رقم ٣٩.

وقضت المحكمة الدستورية العليا للسبب ذاته بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية وقد سبق الإشارة إليه.

ثالثاً: سن التشريع الفرعى اللائحة Rglement

اختصاص السلطة التنفيذية بسن التشريع الفرعى(اللوائح) :
بخلاف القرار بقانون الذى تصدره السلطة التنفيذية، كما فى
قرارات حالة الضرورة وحالة تشريع التفويض، فإنها تصدر أحياناً
قواعد عامة مجردة • وهى ما يسمى باللوائح • وهذه القرارات تصدرها
السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص أصيل فى هذا الشأن تستمد
مباشرة من الدستور •

واختصاص السلطة التنفيذية بإصدار اللوائح هو اختصاص
عادى تباشره بصفة دائمة وفى الظروف العادية •

واللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى هذا
الاختصاص العادى، ليس لها قوة التشريعات التى تصدرها فى الحالات
الاستثنائية السابق ذكرها، والتى تعادل قوة القانون، أى قوة التشريع
الصادر عن السلطة التشريعية أما اللوائح فهى لا تعادل التشريع العادى
فى القوة، بل هى أقل منه فى الدرجة ولذلك يطلق عليها اسم التشريع
الفرعى أو اللائحة بالمقابلة للتشريع العادى أو الرئيسى وهو ما يسمى
أحياناً بالقانون •

فالسطة التشريعية تضع التشريع العادى وهو القانون، وقد تحمل محلها فى ذلك السطة التنفيذية بصفة استثنائية فتضع تشريعات فى حكم القانون، وهو القرار بقانون أما السطة التنفيذية فهى عندما تباشر اختصاصها الأصى، تضع ما يسمى بالتشريع الفرعى أو اللائحة وهو أقل درجة من القانون، وأقل درجة كذلك من القرار بقانون واللوائح ثلاثة أنواع :

- أ- اللوائح التنفيذية •
- ب- اللوائح التنظيمية •
- ج- لوائح الضبط أو البوليس •

أ- اللوائح التنفيذية :

وهى اللوائح التى تتضمن القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين الصادرة عن السطة التشريعية^(١١٠)، وهى تصدر من رئيس الجمهورية أو من يفوضه فى ذلك لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها حتى لا يعثرها البطلان^(١١١) فهى قواعد يكون الغرض منها وضع القوانين الصادرة عن السطة التشريعية موضع التنفيذ، أى عرضها تنفيذ أو تطبيق القانون أو التشريع العادى الصادر عن السطة التنفيذية •

(١١٠) سميح تناغو: السابق- رقم ١٠٠ ص ٣٣١ •
(١١١) منصور مصطفى منصور: السابق رقم ٥٤ ص ١٠٥ •

فالأصل هو أن كل أعمال التشريع تعتبر من اختصاص السلطة التشريعية دون غيرها . فإذا وضعت هذه السلطة تشريعاً متعلقاً بموضوع معين وجب بحسب الأصل أن تضمنه جميع القواعد التفصيلية التي تنظم طريقة تنفيذه، وأن توالى هذه القواعد بالتعديل والتحوير فيها على ضوء ما يتكشف للسلطة التنفيذية عند تطبيق التشريع .

لكن الناحية العملية أوضحت أن تنظيم التشريع يقتضى الإحاطة بجميع الظروف المختلفة التي يراد تطبيقه فيها والدخول فى تفاصيل دقيقة، ويصطدم بصعوبات عملية لا تتضح إلا للسلطة التنفيذية عند التطبيق ويستحيل على السلطة التشريعية أن تحيط بكل تلك الظروف المتباينة ووضعها فى التشريع ذاته . فلا بد إذن من إتباع إحدى طريقتين: إما أن تكلف السلطة القائمة على تنفيذ التشريع الالتجاء إلى السلطة التشريعية لتستصدر منها تشريعات تتضمن القواعد التفصيلية التي يكشف العمل أولاً فأولاً عن ضرورتها لإمكان تنفيذ التشريع . وأما أن يوكل إلى السلطة التنفيذية ذاتها وضع هذه التشريعات التفصيلية .

ويترتب على الطريقة الأولى إنتقال كاهل السلطة التشريعية بعدد ضخم من التشريعات الثانوية، وتعطيل العمل الإدارى والتنفيذى، فى انتظار صدور تلك التشريعات، تعطيلاً قد يفوت المصلحة التى قصد إليها من التشريع الرئيسى . أما الطريقة الثانية فإنها تتميز بأن من شأنها سرعة تنفيذ التشريع وسهولته وتوفير وقت السلطة التشريعية ذلك أن

السلطة التنفيذية أقدر على مواجهة هذه التفاصيل وحل ما يواجهها من صعوبات عن طريق إصدار اللوائح فى شأنها.

وقد نص الدستور على أن "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره فى إصدارها، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه"^(١١٢).

وقد أكدت محكمة النقض ذلك فقضت بأنه "إن كان من المقرر أن من حق السلطة التنفيذية طبقاً للمبادئ الدستورية المتواضع عليها أن تتولى أعمالاً تشريعية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها، فليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها فى سن القوانين إلى السلطة التنفيذية، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها فى وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئاً أو تعدل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تعفى من هذا التنفيذ"^(١١٣).

(١١٢) مادة ١٤٤ من الدستور الحالى .
(١١٣) نقض مدنى ١٨ مارس ١٩٨٥ - مجموعة المكتب الفنى - س ٣٦ رقم ٨٩
ص ٤١٣ .

فذلك فيما يتعلق بالسلطات الإدارية المختلفة فيما يصدر من لوائح أو قرارات تنفيذية، فإن السلطة الأدنى لا يجوز لها أن تعدل فيما تصدره من قرارات ما تكون السلطة الأعلى قد وضعتة.

وتقيد السلطة التي تضع القرارات التنفيذية بما يقضى به التشريع الرئيسى، وعدم وضع ما يتعارض معه ولا ما يعدل فيه أو يعطله أو يعفى أحد من تنفيذه، لأنها إن فعلت ذلك تخرج بذلك عن حدودها وتكون قراراتها باطلة لا يعمل بها^(١١٤).

ولضمان مراعاة ذلك ينص القانون رقم ٤٧ لسنة ٧٢ بشأن مجلس الدولة فى المادة ٦٣ منه على أن يتولى قسم التشريع مراجعة صياغة مشروعات اللوائح والقوانين وقرارات رئيس الجمهورية ذات الصفة التشريعية ويعتبر ذلك إجراءً جوهرياً يترتب على إهماله بطلان اللائحة أو القرار^(١١٥).

إصدار اللائحة التنفيذية :

يتولى رئيس الجمهورية إصدار اللائحة التنفيذية بصفته رئيس السلطة التنفيذية، ويصدرها فى شكل قرارات بناء على عرض الوزير المختص وبعد أن يقوم مجلس الدولة بمراجعة صياغتها^(١١٦)، وقد

(١١٤) انظر: سليمان مرقس: ص ١٨٠.

(١١٥) قرب مجلس الدولة ٢٦ فبراير ١٩٥٢ المحاماة ٢٣-١٠٦٦-٤٦٧ والمحاماة ٣٤-١٠٠-٤٧، وقد كانت المادة ٤٥ من قانون مجلس الدولة السابق

ينص على مثل ذلك. مرقس: السابق ص ١٨١.

وكذلك انظر نقض ١٩٦٧/٥/٢ - مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٩٣١.

(١١٦) مادة ٦٣ من قانون مجلس الدولة - رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

يتولى إصدارها الوزراء المعنيون بقرارات وزارية، وذلك إذا نص التشريع الرئيسي على ذلك، فغالباً ما يصدر القانون أو التشريع العادى وينص فيه على أن يتولى الوزير المختص بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون^(١١٧).

وإذا لم ينص على ذلك جاز للرئيس أن يفوض غيره فى وضع القواعد التنفيذية اللازمة. وقد ينص على التفويض فى القرار الصادر بوضع لائحة تنفيذية لتشريع رئيسى^(١١٨). أو فى أى قرار لاحق. أما إذا لم يرد نص على ذلك، فلا يجوز وضع لوائح تنفيذية بقرارات وزارية، وتعتبر هذه اللوائح باطلة لصدورها من جهة لا تملك إصدارها^(١١٩).

ب- اللوائح التنظيمية :

وهى عبارة عن ما تصدره السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم وترتيب المصالح والمرافق العامة-فهذا نوع آخر من اللوائح تضعه

(١١٧) مثال ذلك اللائحة التنفيذية لقانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ٧٧ والقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المعدل له.
(١١٨) انظر المادتين ٦، ٣٢ من المرسوم الصادر فى ١٤ أغسطس ١٩٤٦ باللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى.
(١١٩) مثال ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا حين قضت بعد دستورية قرار محافظ المنيا رقم ١٥٣ لسنة ١٩٨٢ الصادر بوصفه لائحة تنفيذية لتنفيذ القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر المعدل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١. وذلك لأن المشرع حدد مصدر اللائحة التنفيذية بأنه وزير الإسكان والتعمير. حكم ١٧ مايو سنة ١٩٨٦ - مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا- طعن رقم ٥ س ق ٥٥. الجزء الثالث رقم ٤٩ ص ٣٢٧.

السلطة التنفيذية لا لتنفيذ تشريع معين، بل لتنظيم المصالح العامة. وذلك أن عملية تنظيم وترتيب المصالح والمرافق العامة هي اختصاص أصيل للسلطة التنفيذية فهي المهيمنة على إدارتها. وفي سبيل إدارتها تلك تصدر لوائح لتسيير وترتيب تلك المصالح والمرافق العامة.

وتستمد السلطة التنفيذية هذه السلطة من الدستور نفسه فقد نصت المادة ١٤٦ منه على أن "يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة" وبما أن السلطة التنفيذية هي المسؤولة عن هذه الإدارة، فهي أقدر من غيرها على إدراك مقتضيات هذه المرافق والمصالح وعلى اختيار أصلح النظم لها وأنسبها.

وقد جعل الدستور الحالي عملية إصدار هذا النوع من اللوائح من اختصاص رئيس الجمهورية وحده، ولم يخوله أن يفوض غيره في ذلك كما فعل بالنسبة إلى إصدار اللوائح التنفيذية.

نص الدستور الحالي دستور ١٩٧١ والدستور السابق صراحة على أن إنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة يكون بقرارات من رئيس الجمهورية^(١٢٠).

ج-لوائح الضبط أو البوليس :

(١٢٠) مادة ١٤٦ من الدستور الحالي ومادة ١٢١ من الدستور السابق.

يقصد بها ما تضعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الضبط أو البوليس بمعناه العام، أى لحفظ الأمن وتوفير السكنية والطمأنينة وحماية الصحة العامة^(١٢١) . فهى اللائحة التى تصدر عن رئيس الجمهورية وفقاً للدستور للمحافظة على النظام العام بعناصره الثلاث وهى الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة^(١٢٢) ، ومن أمثلتها لوائح المرور ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ولوائح مراقبة الأغذية والباعة الجائلين .

وقد خول الدستور الحالى بنص صريح رئيس الجمهورية سلطة إصدار لوائح الضبط، وسوى بين هذه اللوائح واللوائح التنظيمية من حيث أنه لم يخول رئيس الجمهورية الحق فى أن يفوض غيره فى إصدارها .

(١٢١) حسن كيره: السابق ص ٢٤١ .
(١٢٢) المادة ١٤٥ من دستور ١٩٧١ الحالى .

تجميع التشريع أو التقنين La codification

تعريف التقنين وتطور التقنين (*)

تجميع التشريع أو التقنين هو اصطلاح يقصد به جمع غالبية القواعد-إن لم يكن جميعها-التي تتعلق بفرع من فروع القانون فى تشريع واحد، بعد تنسيقها ورفع ما بينها من تناقض، وبعد ترتيبها بحسب المسائل التي تنظمها، وإيرادها فى صورة مواد يحمل كل منها رقماً مسلسلاً .

وإن فالتقنين تشريع، والتشريع لآبد وأن يصدر عن السلطة التشريعية ومن هنا فإن أى تجميع للقواعد القانونية يقوم به فرد أو هيئة أو سلطة غير السلطة التشريعية لا يصح أن يطلق عليه تسمية التقنين، حتى ولو استوفى بقية خصائص التعريف المتقدم . فما يطلق عليها "التقنيات غير الرسمية" ليست فى الحقيقة تقنيات بالمعنى المقصود . فلو أن شخص أو هيئة قامت بتجميع القواعد العرفية التي تحكم موضوعاً معيناً، أو بتجميع قواعد القانون الإدارى-وهو لم يقن رسمياً- فإن هذا العمل لن يكون مقصوداً فى حديثنا عن التقنين . ومثل هذا العمل نصادفه كثيراً فى مسائل الأحوال الشخصية فأقد قامت كل طائفة من طوائف غير المسلمين بتجميع قواعدها وتنسيقها وترتيبها فى صورة

(*) انظر أحمد حشمت أبو ستيت: أبحاث فى أصول القوانين-التجميع وموقف

الفقه إزاء المجموعات-مجلة القانون والاقتصاد-السنة الخامسة-ص ٦٤٧ .

مواد متسلسلة وأسمنت عليها قانوناً، والواقع أن ما عملته ليس قانوناً وليس تقنياً وإنما هو تجميع غير رسمي لبعض القواعد.

مزايا التقنين :

- عملية التقنين ضرورة يقتضيها تقدم المدنية ونشاط حركة التشريع نشاطاً كبيراً لا يؤمن مع وفرته التعارض والتضارب بين نصوص التشريع المتناثرة، فيحتاج الأمر إلى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون في وثيقة واحدة جامعة تحقق التماسق بين النصوص وترفع التعارض بينها.
- والتقنين إذ يضم القواعد المتعلقة بفرع معين من فروع القانون، وينسقها ويرتبها في وضوح وإيجاز وبساطة يجعل من الميسور معرفة حكم القانون في مسألة معينة بأسرع ما يمكن وبأقل مجهود ممكن. فمن يبغى حلاً لمسألة لا يكون عليه إلا أن يستشير المجموعة التي ينظمها ويتيسر معرفة حكم القانون فيه تمكين للقاضي من سرعة الفصل في المنازعات، وفيه إشاعة للنقطة في النفوس، وفيه أيضاً ضمان هام لتحاشي إغفال قاعدة قانونية. ولا شك أن الإحاطة بكافة القواعد القانونية التي تتعلق بمسألة معينة تتأتى لو أن هذه القواعد القانونية كانت مجمعة في كتاب واحد.
- والتقنين بحسبانه تشريعاً ضخماً يحقق من باب أولى مزايا التشريع بالمعنى العادي. فهو من ناحية وحدة القانون في البلد الواحد، وهو من ناحية ثانية يكون أداة لدفع المجتمع إلى الأمام

وإدخال الأنظمة والأفكار المناسبة فى النظام القانونى . وقد أصبح التقنين اليوم فى العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبغفه الجماعة من وحدة سياسية . بل لقد أصبح كذلك مظهراً للاستقلال الوطنى تفتتح به الجماعات المتحررة حياتها عقب التخلص من الاستعمار .

عيوب التقنين :

لقت فكرة التقنين مهاجمة شديدة من أنصار المذهب التاريخى وعلى رأسهم سافينى . ومن تعاليم هذا المذهب أن القانون كائن حى يساير الجماعة فى تطورها، وليس من المصلحة أن يصب فى نصوص تشريعية تطبعه بطابع الجمود أو تعوق مسيرته حاجات المجتمع، وأنه إذا كان هذا العيب يخفف منه فى التشريع العادى افتراض موالاته المشرع له بالتعديل كلما دعت الحاجة إلى ذلك فإن احتمال هذا التخفيف منعدم فى حالة التقنين أو هو جد ضعيف .

وذلك لأن التقنين- نظراً إلى ضخامة المجهود الذى يبذل فيه وعلى الفائدة الكبرى التى يحققها للروابط القانونية تركيزه قواعد القانون فى مواد مختصرة- يكسب بمجرد نشره شيئاً من المهابة والتقدير يبهز الإبصار ويحجب عنها تطور القانون ويحمل الناس على أن ينظروا إليه باعتباره عملاً نهائياً يجب احترامه وعدم المساس به أو تناوله بالتعديل إلا عند الضرورة القصوى وفى غاية الحذر . وهذا فوق ما يقوم فى ذهن الناس من الاعتقاد بأن التقنين الجديد، وقد ألغى القديم دفعة واحدة

وحل مكانه فى تنظيم علاقات الناس وأحاط بكل ما يلزم لهذا التنظيم من حلول واختار من القواعد أصلحها وأوفاهها بالعرض، يعتبر هو المصدر الوحيد لكل قواعد القانون، مما يجعل الشراح يقصرون جهدهم على البحث عن نية واضعى التقنين وراء كل نص من نصوصه مع التقيد فى هذا البحث بالتفسير اللفظى الدقيق . وبذلك يصيب التقنين فوق جمود نصوصه جموداً فى تفسيره وهذا يتعارض وما ينبغى للقانون من مرونة ومن مسابرة لتطور المجتمع^(١٢٣) .

(١٢٣) كابتان فى مقدمة القانون ص ٩٥ نبذة ٥٦ وما بعدها-مشار إليه لى-
سليمان مرقس- ص ١٦١ .

الفصل الثانى

المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون

المبحث الأول

العرف : La Coutume

تعريف العرف :

العرف هو عبارة عن "اعتیاد الناس أو إطرادهم على سلوك معين مع شعورهم بالزام هذا السلوك" فهو عبارة عن عادة يتبعها الناس مع شعورهم بالزامها إلزاماً قانونياً فالعرف هو إطراد العمل بين الناس وفقاً لسلوك معين: إطراداً مقترناً بإحساسهم بوجود جزاء قانونى يكفل احترام هذا السلوك^(١٢٤).

فقد يحدث أن يسلك شخص مسلماً معيناً إزاء مناسبة معينة ويقلده غيره فى هذا السلوك حين تعرض له نفس المناسبة، وهكذا حتى يعتاد المجموع هذا السلوك ثم يصح فى الأذهان أن هذا السلوك أمر لا خيار فيه وحينئذ يتكون العرف، الذى هو اعتیاد ملزم-وهو بهذه المثابة يدخل الجماعة غير مكتوب ومن ثم فقواعده تعتبر من قواعد القانون غير المكتوب. وقد ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى بأن

(١٢٤) انظر أحمد سلامة: السابق- رقم ٥٤ ص ٨٢، سمير تناغو: السابق- رقم ١٢٧ ص ٤٢٣. حسن كيرة: السابق- رقم ١٤٨ ص ٢٧٢. سليمان مرقس السابق- رقم ١٤١ ص ٣٨٦.

العرف هو "المصدر الشعبي الأصيل الذى يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر إلى جانب التشريع مصدر تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التى تسرى فى شأنها قواعد القانون المدنى وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء"^(١٢٥) .

ولفظ العرف له معنيان: الأول يدل على القاعدة القانونية غير المكتوبة أو غير المسنونة التى تنشأ من إطراد سلوك الناس فى مسألة معينة على وجه معين أى أنه ينصب على المصدر .

والثانى: فيعنى القاعدة غير المكتوبة فى حد ذاتها التى تولدت من هذا المصدر، وهذا المعنى ينصب على النتيجة .

وتعريف العرف بأنه قانون غير مكتوب هو تعريف يتميز بالسهولة واليسر، ويؤدى فى نفس الوقت إلى تفرقة واضحة بين العرف والتشريع .

والعرف من ناحية الوجود التاريخى يعد من أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، فقد كان العرف هو المصدر الوحيد فى

(١٢٥) مجموعة العمال التحضيرية للقانون المدنى-الجزء الأول- ص ١٨٨ .

الأنظمة القانونية القديمة، ثم أصبح المصدر الرئيسي وكان التشريع بجانبه بمثابة استثناء • ومرد ذلك إلى أنه يتكون آلياً مما تمليه ضرورات العمل بمعزل عن تدخل السلطة الحاكمة في الجماعة • فهو مصدر رسمي فطري وضروري يعطى القاعدة القانونية قوة ملزمة في العمل • خاصة حيث الحياة بدانية، والمحافظة على التقاليد شديدة والسلطة في الجماعة ضعيفة أو غير متركرة في يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الأمر بالقواعد القانونية والجبر على طاعتها •

ثم تبدل الأمر وأصبح التشريع هو المصدر الرئيسي وغدا العرف في معظم البلاد مصدراً من الدرجة الثانية لا يلجأ إلى تطبيق أحكامه إلا عند عدم وجود نص تشريعي، أي عند وجود نقص في التشريع •

وذلك هو دور العرف اليوم في أغلب الدول الحديثة • ولا ينفى ذلك أن العرف ما زال في بعض الدول كإنجلترا، محتفظاً بمكانه كمصدر أصيل للقانون، وأن يكن يختلط فيها بأحكام القضاء حيث السوابق القضائية ملزمة، مما يطويه تحت راية القضاء ويجعل الإلزام به على أساس اضطراد المحاكم على الحكم بقواعده، أي يجعل القضاء هو المصدر الرسمي للقانون • وأن يكن القضاء هناك - نظراً لما للسوابق

القضائية من إزام-يكاد يرد بدوره إلى نوع من العرف هو العرف
القضائي^(١٢٦) .

أركان العرف

كما قلنا - فإن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين
واعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم من خلال هذا التعريف-يتضح أن
للعرف ركناً الأول هو الاعتياد أو ما يعرف بالركن المادى والثانى
الشعور بالإلزام أو ما يعرف بالركن المعنوى^(١٢٧) .

الركن المادى : الاعتياد على سلوك معين :

يعنى اعتياد الأفراد على سلوك معين أى إطرادهم على سلوك
معين أو تواتر^(١٢٨) هذا السلوك، ويجب أن يتوافر الاعتياد عدة شروط
حتى يكتمل الركن الأول للعرف . فيجب أن يكون قديماً وأن يكون عاماً
وثابتاً .

القدم : فهو من مستلزمات الإطراد، فلا يقال أن الناس قد
أطردوا على مسلك معين إلا إذا كانت قد مضت مدة طويلة على
إتباعهم هذا المسلك أى على اعتيادهم عليهم . وأول ما يثور فى الذهن
هو هل هناك مدة معينة يجب مرورها حتى يمكن القول بأن هذا الاعتياد

(١٢٦) انظر حسن كيرة-السابق- ص٢٧٣، سمير تناغو: السابق- نفس المكان .
(١٢٧) أحمد حشمت أبو ستيت: السابق- ص٦٣٧ .
(١٢٨) يستخدم لفظ تواتر وسنة بعض الفقه مثال ذلك حسن كيرة: ص٢٧٤،
سمير: ص٤٢٧ .

أو الإطار قديم . الإجابة على ذلك أنه ليس هناك حد أدنى يجب أن تبلغه هذه المدة، بل يكفي إلا يتذكر جيل معين متى نبت هذا المسلك والأمر متروك تقديره للقاضي، فهو الذى يقرر مسلكاً معيناً قد استقر فى المجتمع، وأنه ليس ندوة عابرة^(١٢٩).

هذا يعنى أنه لا يمكن تحديد المدة التى يتوافر بها القدم، لأن هذه المدة تختلف فى كل نوع من العادات عنه فى غيره بحسب طبيعة المعاملات التى تنشأ منها هذه العادات، فالعادات الزراعية تحتاج فى تكوينها إلى مدة أطول مما تحتاج إليه العادات التجارية^(١٣٠).

وفى إنجلترا صدر قانون فى سنة ١٢٧٥ اشترط لاعتبار العادة قديمة أن ترجع إلى عهد بعيد جداً لا يذكره أحد ونص على أنها لا تعتبر كذلك إلا إذا ثبت أنها كانت موجودة فى سنة ١١٨٩، ولا يزال هذا القانون نافذاً أى أنه لم يلحقه تعديل أو إلغاء، ولكن القضاة يكتفون فى تطبيقه بأن تثبت لديهم بأن أحداً من المعاصرين لم يشهد نشوء العادة المتمسك بها، أى أن وجودها سابق على ميلاد أى شخص لا يزال موجوداً على قيد الحياة، فيعتبر ذلك قرينة على أنها كانت موجودة فى سنة ١١٨٩^(١٣١).

(١٢٩) انظر أحمد سلامة: السابق - ص ٨٣ .
(١٣٠) انظر جيني فى طريقة التفسير ج١ - نبذة ١١٩ : مشار إليه لدى سليمان مرقس - السابق - ص ٣٨٨ هامش رقم ٢٠ .
(١٣١) الهامش السابق - نفس المكان .

العموم : ويتحدد معنى العموم فى الاعتياد هنا فى العرف على نفس المنوال كما حددنا العمومية فى القاعدة القانونية، بمعنى أنه يجب أن يكون الاعتياد أو الإطراد عاماً أى يكون قد اعتاد جميع الأشخاص سواء فى سائر أنحاء الدولة أو فى إقليم معين من أقاليمها أو فى وسط اجتماعى معين أتباع هذا المسلك . ولكن يجب مراعاة أن العموم هنا- كما هو فى التشريع- لا يعنى الإجماع، وإنما يكفى الشيوع، بمعنى أنه يعتبر متوافراً حتى ولو شذ عن إتباع العادة فرد أو بعض الأفراد . إذ قد تكون العادة خاصة بإقليم معين أو مدينة واحدة أو حى واحد أو بطائفة من الأشخاص أو بأهل حرفة أو مهنة .

هذا وتعتبر العادة عامة حتى ولو سار عليها شخص واحد، فمثلاً حين يعتاد رئيس الجمهورية إصدار قرار معين فى مناسبة معينة، فإن العادة باعتبارها ركناً فى العرف تتوافر متى توافرت لها بقية الشروط الأخرى وحين يخالفها بعد ذلك يعتبر قد خالف قاعدة قانونية^(١٣٢) .

الثبات : والمقصود بالثبات الاستقرار على مضمون المسلك أو العادة يعنى أن يجرى الناس على إتباع مسلك معين دون انقطاع وبشكل واضح ظاهر للعيان . ولا يؤثر فى ثباتها خروج بعض الأشخاص عليها فى فترات متباعدة، فيكفى أتباعها من قبل الغالبية بانتظام معين .

(١٣٢) أحمد سلامة: السابق- ص ٨٤، سليمان مرقس: ص ٣٨٨ .

تلك هي الأمور التي يجب توافرها في الاعتياد حتى يتوافر الركن الأول للعرف ولكن البعض يضيف إلى ذلك أنه لا يكفي توافر العموم والقدم والثبات، وإنما يجب أن يكون هذا المسلك أو الإطراد غير مخالف للنظام العام والآداب، بمعنى أن يجب ألا يكون في إتباع هذا السلوك مساساً بالأسس الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع^(١٣٣)، يستوى في ذلك أن يكون العرف إقليمياً أو محلياً أو مهنيّاً أو حتى شاملاً. فشمول العرف لسائر البلاد لا يعطيه الأولوية في التطبيق على حساب النظام العام والآداب هذا في حين يتطلب البعض هذا الشرط فقد إذا كان العرف محلياً أو مهنيّاً أو طائفيّاً حيث قد يتصادم مثل هذا العرف مع ما يستقر في الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والآداب فيها^(١٣٤) وبشرط ألا تكون القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب مقررة بنصوص تشريعية أمرّة وحينئذ لا تجوز مخالفتها بعرف شامل، لأن العرف أدنى من التشريع في المرتبة.

الركن المعنوي: الشعور بالإلزام :

يعنى ذلك أن يسود الشعور لدى الناس بأنهم ملزمون بإتباع هذا السلوك المطرد بشأن مسألة معينة، ويعتقدون بأنه ملزم بمعنى أنهم يتعرضون للجزاء إذا ما خالفوه باعتباره قاعدة قانونية وهذا الاعتقاد لا

(١٣٣) السنهورى وحشمت أبو ستيت: السابق- فقرة ٧٢- عبدالفتاح عبدالباقي-

السابق- فقرة ١١٧- محمد على إمام: فقرة ١١٥- سليمان مرقس: ص ٤٠٦ حسام

لطفى: السابق- ص ١٦ .

(١٣٤) حسن كيرة: السابق- ص ٢٧٥ .

ويضيف بعض الشراح شرطين آخرين هما أن تكون العادة قد جرى عليها الناس بمحض اختبارهم دون أى ضغط أو إكراه وأن لا تكون مخالفة للمعقول .

ينكون طفرة وإنما يأتي بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس، ثم يرسخ، فإذا بغالبية الناس تدركه وهذا ما يبرر اختلاف وجهات النظر حول ما إذا كان هذا الاعتقاد متوافراً أو غير متوافر، فالمسألة إحساس وليست مسألة مادية تلمس أو ترى، كما يبرر من ناحية أخرى القول فى وقت معين بأن هذا الاعتقاد متوافر وحينئذ فإنه لا يكون هناك جدال حول قيام قاعدة عرفية^(١٣٥).

وهذا الركن المعنوى هو الذى يميز العرف عن غيره من العادات التى لا تعتبر عرفاً.

فهناك عادات لا تمت إلى القانون بصلة كالعادات المتعلقة بالزيارات والاستقبالات والولائم وعادات تبادل الهدايا فى الأعياد والمواسم المختلفة. فهذه لا يتوافر لها مطلقاً الاعتقاد بأن لها حرمة القواعد القانونية، ولا يمكن أن تكون عرفاً بمعنى الكلمة بل تعد من قبيل المجاملات فقط^(١٣٦).

ويلاحظ بأنه ليس هناك ما يمنع من أن تتحول عادة اجتماعية إلى عرف بمرور الوقت وهذا هو ما انتهت إليه محكمة ملوى الجزئية،

(١٣٥) انظر أحمد سلامة - ص ٨٤ - حسن كيره: ص ٢٧٦ .
(١٣٦) سليمان مرقس - السابق - نفس المكان .

فحكمت بأن تقديم نقطة "الزواج" تعد عرفاً وأجازت مطالبة المهدى لها
برد مقابل ما أهدى إليه في مثل هذه الظروف^(١٣٧).

وبديهي أنه إذا فقد أى ركن من هذين الركنين لا نكون بصدد
عرف فحتى يمكن القول بوجود عرف كمصدر للقانون ينبغى توافر
ركنيه معاً.

مزايا العرف وعيوبه

من مزايا العرف أنه :

- يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة وهذا يعنى أنه يطابق حاجات
الجماعة، وأنه يتطور معها . فهو إذ يتكون مما يعتاده الناس فإنه
يأتى على قدر واقعهم، ولا يزيد ولا ينقص، الأمر الذى يعطيه
قدراً كبيراً من الملاءمة للظروف الاجتماعية .
- إذ يرتبط بما ترضيه الجماعة يتطور تلقائياً معها، فتزول
قواعده التى تخطاها التطور، وتثبت بدلاً منها قواعد أخرى
تستجيب للجديد من المشاكل .

(١٣٧) محكمة ملوى الجزئية الأهلية ٥٢ من أكتوبر سنة ١٩٤١ - مجلة المحاماة،
العدوان الأول والثاني - السنة الثانية والعشرون رقم ٦٨ ص ١٨٣ - ١٨٤ . حيث
أجازت لمن أهدى فى حالة غرس ومأتم شيئاً ما أن يطالب من أهدها إليه برد
مقابل له فى مثل هذه الظروف وأوضحت المحكمة ذلك بقولها حيث أن نية من
قدم الهدية لم تكن منصرفه إلى الخروج عن ماله (مائة قرش) مجرد الإحسان أو
العطاء بل أنه تقم ليحامل صاحبه وما كان يدور بخلده وقت تقديم الهدية أنه
يهب ماله للمهدى بدون أن ينتظر مقابله وإلا لما أقدم على ذلك .

إذن يتميز العرف بارتباطه بالمجتمع وحاجاته وتستجيب تلقائياً لمقتضيات التطور والمستجدات • فهو يتميز بالمرونة • غير أن للعرف عيوباً تتمثل في :

عيوب العرف :

- يعاب على العرف أن يتكون ببطء حيث كمننا قلنا أنه يجب أن يكون الاعتياد قديماً وثابتاً بما يعنى أنه لا بد من مرور فترة كبيرة حتى يتكون العرف ومن شأن هذا العيب أن العرف لا يستطيع أن يدفع بالمجتمع للتطور ولا يصلح لعلاج المشاكل التى تحتاج إلى علاج سريع بعكس التشريع الذى يمكنه مواجهة مثل تلك المشاكل بسرعة من خلال السلطة التشريعية الذى يمكنه مواجهة مثل تلك المشاكل بسرعة من خلال السلطة التشريعية أو على الأقل عن طريق تشريعات الضرورة •
- العرف بوصفه قاعدة غير مكتوبة يثير مشاكل عديدة مثل صعوبة التحقق من مضمون القاعدة العرفية وصعوبة التحقق من قيام القاعدة العرفية ذاتها -ومتى بدأت - وهل استقرت أو لم تستقر بما لا يضمن استقرار المعاملات بعكس التشريع الذى يمكن التحقق من وجود القاعدة القانونية فيه بسهولة إثباتها بالرجوع للنصوص أو بالأدق الرجوع للتقنين -بمضمون القاعدة القانونية والعلم بها وبالتالي بإمكانهم أن يوفقوا أمورهم وتعاملاتهم على ضوءها • بل أن التشريع فى سبيل استقرار المعاملات يضع قواعد قد يكون فيها افتتات على حقوق الغير مثال ذلك إجازة وضع اليد أو التقادم الذى بمقتضاه يمكن كسب

الملكية إذا استمر وضع اليد لفترة معينة وبشروط معينة وغيرها من الاعتداد بالوضع الظاهر وما ذلك كله وإلا في سبيل استقرار المعاملات .

- وكذلك فإن العرف لا يسمح بتبني أو اعتماد أفكار ثبت نجاحها في مجتمع آخر، أو نادى بها مصلح أو مجدد مع أن المجتمع قد يكون في أمس الحاجة لها . وذلك لأن العرف ينبع من واقع الجماعة فقط .

- يفقد العرف مزية وحدة النظام القانوني التي يتميز بها التشريع فالعرف قد يكون محلياً أو إقليمياً أو مهنيًا، مما يؤدي إلى تعداد القواعد العرفية . بل أن العرف المحلي قد يتعدد بتعدد المناطق مع أن القواعد تكون ذات مضمون واحد وهذا التعدد لا يساعد على التقدم بل التأخر لعدم وحدة النظام القانوني في المجتمع .

- باختصار فإن ما سبق قوله في صدد مزايا التشريع وعيوبه نجد نفس الكلام هنا في صدد العرف ولكن بصورة عكسية ذلك أن مزايا التشريع تعتبر عيوب للعرف وعيوب التشريع هي مزايا العرف .

التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية:

سبق القول بأنه لكي يوجد عرف فلا بد من ركنين هما الاعتياد والإلزام توافر . فالعرف يتميز بأنه يتسم بكونه ملزم لاعتقاد الناس اعتقاداً راسخاً في أنهم ملزمين بإتباعه وأنهم يتعرضون لجزاء . فالجزاء يكفل احترام العرف . وعلى هذا النحو يتميز العرف Coutume عن مجرد العادة .

المبحث الثانى مبادئ الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية مصدر رسمى أصلى فى مسائل الأحوال الشخصية: سبق القول بأن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى فى نطاق محدود يتمثل فى بعض مسائل الأحوال الشخصية والوقف. وهى تعتبر مصدرا رسميا أصليا فى هذا النطاق المحدود، حيث تعتبر الشريعة ذات الولاية العامة فى هذا النطاق وبالنسبة إلى المصريين جميعا على إختلاف عقائدهم الدينية، فلا يخرج عن ولايتها العامة فى هذا الشأن إلا بعض مسائل محدودة تدخل إستثناء فى ولاية الشرائع الدينية الأخرى.

موضوع الأحوال الشخصية :

فالشريعة الإسلامية تعتبر مصدر رسمى أصلى فى مسائل الأحوال الشخصية، والمقصود بمسائل الأحوال الشخصية وفقا لقضاء محكمة النقض هى مجموعة ما يميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليه أثرا قانونيا فى حياته الإجتماعية. ككون الإنسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو إينا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية بالمقابلة للأحوال العينية فتشمل كل الأمور المتعلقة بالمسائل المالية

بحسب الأصل....^(١٣٨) وقد عرف المشرع الأحوال الشخصية بأنها تشمل "المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجية وواجباتها المتبادلة، المهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالإبوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع. والإلتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقيامه والحجر والإذن بالإدارة والغيبة وإعتبار المفقود ميتا، وكذلك المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت....^(١٣٩)

وتضيف المادة ١٤ هذه إلى أنه تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية الهبة بالنسبة إلى غير المسلمين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك.

فالشريعة الإسلامية تعتبر مصدر رسمي أصلى فى هذه المسائل وكذلك الوقف بالنسبة للمسلمين.

أما بالنسبة لغير المسلمين فلا تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين حيث ترك

^(١٣٨) نقض مدنى فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ - مجموعة عمر - ج١، رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤.
^(١٣٩) المادة ١٤ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ وقد ألغى هذا القانون وحل محله القرار بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٤٠ فى ٥ أكتوبر سنة ١٩٧٢.

المشرع هذه المسائل لأحكام شرائعهم الخاصة بهم ولا تطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسائل بشرط أن يكونوا (أى غير المسلمين المصريين) متحدى الطائفة والملة والديانة وأن يكون لهم جهات قضائية منظمة (مجالس ملية) وقت صدور القانون رقم ٦ لسنة ١٩٥٥ - بمعنى أنه إذا تخلفت هذه الشروط أو أحدها لا تطبق على غير المسلمين شرائعهم الخاصة وإنما تطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية وتكون مصدرا رسميا أصليا أيضا.

بإختصار تطبق الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية وتكون مصدرا رسميا أصليا وذلك بالنسبة للمسلمين وكذلك غير المسلمين إذا لم يتحدوا في الديانة والملة والطائفة أولم يكن لهم جهات قضائية منظمة أو ما يعرف بالمجالس الملية أو إذا تعارضت أحكامهم مع النظام العام بخلاف ذلك تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا للقانون يلى التشريع والعرف. وذلك على النحو التالى:

مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمى احتياطى:

وفقا لنص المادة الأولى من التقنين المدنى، تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا ثانيا يلجأ إليه القاضى إذا لم يجد حلا للنزاع فى التشريع والعرف - فقد نصت المادة ٢/١ على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية....".

فلم يكن للشريعة الإسلامية إعتبار آخر بين المصادر الرسمية للقانون المصرى فيما عدا النطاق السابق (بعض مسائل الأحوال الشخصية والوقف). غير أن المشرع المصرى وفاء منه بحق هذه الشريعة التى ظلت قرون عديدة شريعة البلاد الأولى - إنتهى إلى إعتبارها فى التقنين المدنى الحالى ضمن المصادر الرسمية الإحتياطية التى تكمل نقص التشريع ووضعها فى المرتبة الثانية من هذه المصادر بعد العرف^(١٤٠).

(١٤٠) حسن كيرة: السابق - رقم ١٦٥ ص ٢٩٨. هذا رغم أن التقنين المدنى السورى أخذ عن التقنين المدنى المصرى إعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية ضمن المصادر الرسمية الإحتياطية، إلا أنه خالفه فى تحديد مكانها بين هذه المصادر إذ جعلها مقدمة على العرف لا تالية له (م/٢). ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء السوريين إلى أن ذلك لا يؤثر على قيمة العرف ومكانته كمصدر رسمى.

المبحث الثالث مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة آخر مصدر من مصادر القانون الرسمية الإحتياطية وذلك وفق نص المادة ٢/١ من القانون المدني حيث نصت أنه "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

معنى ذلك أن القاضى قد لا يجد نصا تشريعيا يحكم النزاع المعروف عليه، ولا فى العرف، ولا فى مبادئ الشريعة الإسلامية، فما هو الحل إذا؟ الإجابة على هذا التساؤل تتمثل فى فرضين لا ثالث لهما وفى كل فرض تترتب عليه نتائج، فإما ألا يحكم فى النزاع وهو يرتكب جريمة إنكار العدالة وإما أن يقضى فى النزاع باجتهاده وهذا يعنى خلق قاعدة قانونية وهى ليست وظيفته .

ومن تطبيقات فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

تنظيم المشرع للملكية الأدبية والفنية والصناعية، ونظرية التعسف فى إستعمال الحق، وتحمل التبعية، ونظرية الحوادث الطارئة وقاعدة الغش يبطل التصرفات ومبدأ الغش يفسد التصرفات وفى التزامات رب العمل والدولة ومسئولية عديم التمييز.

القانون الطبيعي وقواعد العدالة بمثابة دعوة للقاضي للاجتهاد:

وإذا فوضع مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من بين المصادر الرسمية للقانون ليس إلا من قبيل إنقاذ المظهر، فبدلاً من أن يقول المشرع للقاضي: اجتهد في حل النزاع، فيؤخذ على قوله أنه يعطى القاضي سلطة التشريع مع أن وظيفته هي تطبيق القانون وليس خلقه - قال: يحكم القاضي وفق القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليصل إلى نفس النتيجة ويعطى للقاضي ستاراً يستتر به حين يجتهد، فهو يجتهد للكشف عن القانون الطبيعي مع أنه لن يصل إليه . وكل ما يطلب منه حين يجتهد ان يصدر عن اعتبارات موضوعية لاعن تفكير ذاتي خاص.

المبحث الرابع المصادر التفسيرية الفقه والقضاء

الفقه والقضاء مصادر تفسيرية للقانون غير ملزمة:

يعتبر الفقه والقضاء مصدرين تفسيريين للتشريع، غير ملزمين لا للمشرع ولا للقاضي ولا يلزمان أحدا بحسب الأصل. وبالرغم من ذلك فإن لهما دورا كبيرا حيث يستهدى المشرع بأراء الفقه والقضاء عند وضعه للتشريعات، وإن كان لكل منهما تأثير فهو نفوذ أدبي فقط.

لا يمكن أن يعتبر عمل كل من القضاء والفقه من المصادر الرسمية للقانون فوظيفة القضاء هي تطبيق قواعد القانون على مايعرض عليه من منازعات، لا خلق هذه القواعد، كما أن عمل الفقه هو دراسة أحكام القانون وأعداد شروطه لمعاونة القضاة وكل المشتغلين بالقانون أو المعنيين بدراسته، ولكن مع ذلك، فإن نشاط القضاء والفقه قد يكون له أثر فى نشوء قواعد القانون أو تطويرها، ولذا نتعرض لكل منهما بكلمة موجزة فيما يلى:

القضاء :

لفظة القضاء تطلق فى عدة معان، فهى أولاً، تعنى عمل المحاكم فى الفل فى الخصومات التى ترفع إليها، فهذه المحاكم تقوم بالقضاء بين المتنازعين وهى تعنى مجموع المحاكم التى تكون السلطة القضائية

وبهذا المعنى يكون الكلام عن استقلال القضاء، كما تعنى أخيراً، وهذا هو المعنى الذى يهمننا فى الكلام عن مصادر القانون، الأحكام التى تصدرها المحاكم فى الفصل فى الخصومات، وعلى هذا المعنى يقال، استقر القضاء على مبدأ من المبادئ أو أن رأياً معيناً يؤخذ به فى القضاء .

الفقه :

يقصد بالفقه مجموعة الشروح والآراء التى يصدرها علماء القانون فيما يقومون به من تفسير التشريعات وإيداء الرأى فى مطابقة أحكامها للحاجات الاجتماعية أو عدم مطابقتها لها، وما يقومون به من تقصى قواعد العرف فى الأحوال التى يلزم فيها استمداد قواعد القانون من العرف، وما يحاولون من استنباط القواعد التى تؤخذ من مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

فالفقه لا يقتصر على شرح القوانين بقصد تحديد أحكامها وبيان حدود تطبيقها فى الفروض المختلفة، بل يعنى برد القواعد التفصيلية إلى أصولها لإقامة النظريات العامة للقانون، كما يبحث عن أفضل القواعد، فى ضوء الظروف الاجتماعية، ويدعو الشارع إلى الأخذ فيما يصدره من تشريعات .

الباب الرابع

تطبيق القانون وتفسيره

نقسم هذا الباب إلى فصلين :

- الفصل الأول: نطاق تطبيق القانون .
- الفصل الثاني: تفسير القانون .

الفصل الأول

تطبيق القانون

المقصود بتطبيق القانون هو معرفة حكمه بالنسبة لمسألة معينة، فالقانون ينظم سلوك الأفراد في المجتمع، وعلى الأفراد أن يوفقوا سلوكهم وفقا له، فالقانون أداة لحل مشاكل الأفراد في المجتمع وتطبيق القانون يقتضى تحديد مجال تطبيق من حيث الزمان ومن حيث المكان، أى تحديد نطاق القانون الزمنى والمكانى. وهذا ما ندرسه تحت مسمى نطاق القانون. وهذا ما نبخته:

المبحث الأول

نطاق تطبيق القانون

ندرس فيه النطاق المكانى لتطبيق القانون والنطاق الزمانى لتطبيقه.

أولاً: النطاق المكانى للقانون

مبدأ إقليمية القوانين :

يوجد مبدأ عام معترف به بـ بين جميع الدول والمجتمعات يقضى بأن سلطان الدولة التشريعى ينحصر داخل حدودها، أى داخل إقليمها.. فالمعروف أن أهم عناصر الدولة الإقليم والشعب، أى أن لكل دولة إقليمها أو أرضها التى توجد عليها. وكذلك الشعب أى الأفراد الذين يعيشون داخل هذه الدولة وينتمون إليها بجنسيتهم.

والقانون يصدر عن إرادة الدولة ويتحدد نطاقه بالنطاق الذى تسود فيه هذه الإرادة. والدولة لها حق فى السيادة على كل إقليمها، وعلى كل من يوجد وكل ما يقع على هذا الإقليم، ولها كذلك حق السيادة على كل الأشخاص الذين ينتمون إليها بجنسيتهم.

والدولة تصدر التشريعات التى تحكم كل ما يقع على إقليمها سواء أكانت أطرافه وطنيين أم أجانب، ولكن ليس لها أن تضع تشريعا لدولة أخرى أو أن تترك قانونها يطبق فى إقليم أجنبى وإلا كان فى ذلك

اعتداء على سيادة الدولة الأخرى. وهذا المبدأ يعرف بمبدأ إقليمية القوانين.

ويمكن أيضا أن يطلق مبدأ شخصية القوانين حينما نتحدث عن سريان القانون في دولة معينة على الأشخاص التابعين لها حتى ولو كانوا خارج حدودها^(١٤١).

استثناء على مبدأ الإقليمية :

لا يتفق تطبيق مبدأ الإقليمية بحذافيره مع واقع الحياة الحديثة، بل أنه لا يمكن تطبيقه تطبيقا صارما اليوم. ولذلك سمحت الدول بسريان القانون الأجنبي على إقليمها حيث تركت له بعض المسائل ليتمد فيحكيها. وأول ما يثور في الذهن هنا هو التساؤل عما إذا كان في هذا السماح انتقاص من سيادة الدولة على إقليمها؟

نجد أنه قد اجتهد الفقه في تبرير الخروج على مبدأ الإقليمية. فقد قال البعض بأن أساسه مجاملة الدول بعضها البعض الآخر، ومن قائل بأن هذا الإنتقاص تقتضيه طبيعة الأمور بل ويفرضه العرف الدولي ولولاه لصعب إنتقال الأفراد من دولة إلى أخرى، لاسيما وأنه إنتقاص متبادل، بمعنى أن كل دولة تقره وتطبقه، وبهذه المثابة فإنه لا يعد إنتقاصا. ويرى البعض، دون الدخول في تفاصيل هذه التبريرات، أن هذا الإنتقاص حقيقة واقعة في كافة الدول. ذلك أن المراعاة الصارمة

(١٤١) أنظر حسن كبيرة: السابق - رقم ٥٥ ص ٣٢٥، سمي تناعو - السابق - رقم ١٩٤ ص ٦٣٥.

لمبدأ الإقليمية يفترض أن الدولة تغلق نفسها على أفرادها فلا تسمح لهم بالخروج منها ولا تسمح لغيرهم بالدخول فيها. وإذن فقد يجتاز القانون حدود دولته ويدخل حدود دولة أخرى ليحكم بعض المسائل التي تتعلق برعاياه، وإذن فهو ينتبع أشخاصه، ومن هنا سمي تنتبعه بشخصية القانون^(١٤٢).

ونرى أن الإستثناء على مبدأ الإقليمية بامتداد نطاق تطبيق القانون إلى خارج حدود دولته أو تطبيق قانون أجنبي داخل حدود الدولة إن كان يعد خروجاً على سيادة الدولة من الناحية الشكلية فهو ليس كذلك من الناحية الموضوعية، فالحقيقة أنه لاغضاضة في السماح بأعمال قانون أجنبي داخل الدولة أو العكس مادام ذلك يتم بإتفاق بين الدول سواء إتفاقات ثنائية أو إتفاقات دولية كما هو الحال في شأن اختصاص محكمة العدل الدولية والسماح لها بعقد محاكمات لأفراد من دول شتى. وإتفاقات تسليم المجرمين بين الدول وغيرها.

لكن من المهم ومن المتفق عليه دولياً أنه يجب ألا يترتب على تلك الإستثناءات الإخلال أو الإصطدام بالنظام العام والآداب العامة في الدولة التي يطبق فيها القانون الأجنبي وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة ٢٨ من القانون المدني حيث نصت على أنه "لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة (المواد من ١٠ إلى ٢٧) إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر". وعلى ذلك فإنه لو تبين للقاضي المصري عند تطبيقه للقانون

(١٤٢) أنظر أحمد سلامة: السابق: ص ١١٢.

الأجنبي أن هذا القانون يصطدم مع النظام العام فإنه يستبعده ويطبق أحكام القانون المصرى على النزاع.

ثانياً: النطاق الزمنى للقانون

نعنى بالنطاق الزمنى للقانون تحديد الفترة التى يطبق فيها، أو عمر القانون فالقانون ليس مؤبداً، وإذا كان من صفات القانون الدوام، بمعنى الإستقرار والثبات، وعدم التغيير والتعديل بين عشية وضحاها، وذلك من أجل مبدأ إستقرار المعاملات. فإنه ليس معنى ذلك أن يوضع ليكون مؤبداً. وإنما يكون له وقت يطبق فيه أو يسرى فيه وتكون أحكامه نافذة فيه وتبدأ هذه الفترة من الوقت المحدد لنفاذه أى لدخوله حيز التنفيذ إما بمجرد نشره أو بإنقضاء المهلة المحددة للعمل به وفى خلال فترة نفاذ القانون ما يطبق على ما يحدث قبل هذه الفترة أو بعد إنقضاء هذه الفترة، فإنه لايسرى أو لايطبق عليها هذا بحسب الأصل.

لكن الأمور لاتسير دائماً على هذا النحو من السهولة ذلك أننا نواجه بعقبات سواء من الناحية الواقعية أم من الناحية القانونية تجعل من المناسب أو من العدل أن يسرى القانون على وقائع أو علاقات حدثت قبل نفاذه. وهو مايعرف بالإسم الأثر الرجعى للقانون، لأنه يسرى على الماضى أو أرجعت على الماضى. كما أن الوقائع قد لاتحدث أو تنشأ وتنتج كل آثارها، دائماً، فى ظل قانون معين، أو قاعدة قانونية وهنا لاتكون ثمة مشكلة لكن المشكلة تتأتى من أن نشوء الواقعة قد يحدث فى ظل قانون أو قاعدة معينة وتنتج آثارها فى ظل قانون آخر

يحل محله. فهنا تتمثل الصعوبة في نشوء الواقعة في النطاق الزمني لقانون معين وتنتج آثارها في النطاق الزمني لقانون آخر. وهناك نكون بصدد تحديد ماهو القانون الذى يحكم هذه الوقائع والمعاملات وآثارها هل هو القانون القديم أم الجديد؟.

الإجابة على هذا السؤال ليست سهلة وللتدليل على ذلك نضرب المثال التالى :

- **الأهلية** : كانت سن الرشد المالى قبل سنة ١٩٢٥ ثمانى عشرة سنة، ثم رفعها قانون المجالس الحسبية الصادر فى تلك السنة إلى إحدى وعشرين. فما حكم الأشخاص الذين بلغوا الثامنة عشرة قبل صدور التشريع الجديد؛ أيستمر اعتبارهم بالغين طبقا للقانون القديم أو يعودون قصرا عملا بالتشريع الجديد؛ وإذا كان التشريع الجديد هو الواجب تطبيقه عليهم، فماذا يكون حكم التصرفات التى عقدها فيما بين بلوغهم الثامنة عشرة وتاريخ العمل بالتشريع الجديد.

إستثناءات مبدأ عدم الرجعية :

بالرغم من أهمية مبدأ عدم رجعية القانون إلا أنه توجد اعتبارات تبرر الرجعية، أى أن هناك إستثناءات على مبدأ الرجعية هى:

أولاً: النص الصريح على رجعية القانون الجديد.

وثانياً: القوانين الأصلح للمتهم.

وثالثاً: التشريعات التفسيرية.

إستثناءات متفق عليهما: وهما حالة النص صراحة على الرجعية وحالة القانون الأصلح للمتهم.

١ - النص صراحة على الرجعية :

سبق القول بأن مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضى والسلطة التنفيذية فى إصدارها للوائح، وأنه لا يقيد المشرع إلا فى مجال القانون الجنائى. ومن ثم فهو لا يقيد إرادة المشرع، الذى يستطيع أن يصدر قانونا ينطبق على الماضى بأثر رجعى^(١٤٣). وهذا الإستثناء تنص عليه صراحة الدساتير المصرية المتعاقبة كما سبق القول وهو إستثناء مبرر حينما يتطلب الصالح العام الرجوع إلى الماضى ونقض ما اكتسب فيه من حقوق أو تكون من مراكز قانونية أو ترتب عليها من آثار، أى حينما تصبح الرجعية ضرورة تفوق ضرورة الإستقرار فى المعاملات.. ومن هنا ينبغى على المشرع القصد فى إستعمال ماله من حق النص على رجعية القوانين، إلا فيما يحقق مصلحة للجماعة يهون فى سبيلها الإخلال باستقرار المعاملات^(١٤٤). فهناك حالات كثيرة تكون الرجعية فيها ليست فقط أمرا مقبولا بل وأمرا مرغوبا فيه. ومن هذا القبيل التشريعات التى تصح تصرفات وقعت باطلة طبقا للقانون القديم، لتخلف شرط من الشروط التى يتطلبها هذا القانون. فالمشرع

^(١٤٣) نقض ١٩٦٥/٣/٣١، مجموعة المكتب الفنى، س١٦، ص٤٢٠.

^(١٤٤) حسن كيرة: السابق - ص٣٤٦. مارتى ورينو: ص١٩١، ويل Weill ص١١٤، كاريونيه: ص١٣٢. مشار إليهم فى مرقس. ص٣١١.

يصدر تشريعاً جديداً يقرر فيه صحة التصرفات المذكورة، ويطلق على هذا النوع من التشريعات إسم التشريعات المقررة أو المصححة^(١٤٥).

ومن قبيل التشريعات الرجعية المرغوب فيها، التشريع الذى ينشئ لأول مرة نظاماً لشهر الحقوق العينية الأصلية أو التبعية كالملكية ومايتفرع عنها أو الرهن أو غيرها. فمن الواجب أن يسرى هذا القانون على جميع الحقوق القائمة، لأنه يهدف إلى تحقيق الإستقرار والثقة فى المعاملات، وكذلك التشريعات التى تحارب الغش نحو القانون أو التحايل على القانون، ومن هذا القبيل أن المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى المعمول به منذ ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والذى حدد ملكية الفرد بما لايجاوز مائتى فدان نص فى المادة ٣/٣ منه على عدم الإعتداد بتصرفات المالك التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢، وهو يوم قيام الثورة التى أصبح متوقفاً بعدها صدور قانون بتحديد الملكية الزراعية مما دفع بعض الناس إلى التهرب والغش والتحايل قبل صدور القانون فقاموا بإبرام تصرفات صورية فى أراضيهم فرد عليهم المشرع قصدهم وذلك بأن قضى بالرجوع بأثر القانون إلى اليوم الذى يتصور أن يكون بداية لمثل هذا التحايل، أى لم يسر القانون بأثر فوري وإنما بأثر رجعى. والقول بضرورة النص الصريح على الرجعية يعنى أنه لايكفى أن تستفاد الرجعية بطريقة ضمنية، وإنما يجب أن ينص صراحة على الرجعية.

(١٤٥) سمير تناغو: السابق.

٢ - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم:

نصت المادة الخامسة من قانون العقوبات على أنه "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها. ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره....".

معنى ذلك أنه إذا كان الأصل هو مبدأ عدم رجعية القوانين وأن هذا المبدأ لا يقيد المشرع كقاعدة عامة. فللمشرع إذا أراد أن تسرى القوانين على الماضى فله ذلك بالنص الصريح على تلك الرجعية. غير أن سلطة المشرع فى هذا الشأن فى مسائل العقوبات تعتبر معدومة. فالمبدأ هو عدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية أى تلك التى تبين الجرائم وتقرر العقوبات عليها. وهو مبدأ يقيد المشرع كما يقيد القاضى، فلا يملك المشرع - حتى بنص صريح فيه - الخروج عليه.. والواقع أن هذا المبدأ ألزم ما يكون فى قوانين العقوبات بخاصة، وذلك كفالة للحريات الفردية ومنعا من التوصل إلى أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها.

ولكن إستثناء من مبدأ عدم الرجعية ورد هذا النص (م. ٥ عقوبات) يقرر رجعية القوانين الجنائية الأصلح للمتهم. فيكون للمتهم الإستفادة من القوانين التى تصدر بعد ارتكاب الجريمة إذا كانت أصلح له من القوانين التى ارتكب الجريمة فى ظلها. وحكمة هذا الإستثناء ظاهرة- إذ يقضى الصالح العام - وهو الذى تتكيف به الجريمة والعقوبة على السواء - بعدم أخذ المتهمين بجرائم قد غدت معتبرة أفعالا مباحة، أو بعقوبات قد ظهرت شدتها فانتهى الأمر إلى

تخفيفها^(١٤٦) . ويتضح من نص المادة الخامسة من قانون العقوبات السابق ذكرها أن مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم يسرى سواء كان القانون الجديد يخفف العقوبة أو يلغى الجريمة تماما بجعله الفعل مباحا بعد أن كان مجرما أو يمنع العقوبة فقط أو ما يعرف بموانع العقاب .

ويستفيد المتهم من القانون الجديد الأصلح له حتى ولو كان قد صدر ضده حكم نهائى، بل حتى ولو كان قد بدأ تنفيذ الحكم، وهنا يوقف تنفيذ الحكم وانتهاء آثاره الجنائية.

لكن يلاحظ أنه فى حالة تخفيف العقوبة أى حالة ما إذا كان القانون الجديد الأصلح يخفف العقوبة فقط عما كانت عليه فى القانون السابق، فيسرى القانون الجديد على الجرائم التى ارتكبت فى ظل القانون القديم مادام لم يصدر حكم نهائى بشأنها (م.٣/٥)، بمعنى أن شرط إستفادة المتهم فى هذه الحالة هو ألا يكون قد صدر ضده حكم نهائى، أما إذا كان قد صدر ضده حكم نهائى أى استنفذ الحكم كافة طرق الطعن فإنه لا يستفيد من القانون الجديد الأصلح له. لأن الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى.

إستثناءات محل خلاف :

اختلف الفقه بشأن القوانين التفسيرية والقانون الجديد المتعلق بالنظام العام والآداب.

المبحث الثانى

(١٤٦) حسن كيرة: السابق - رقم ١٩٠ ص ٣٤٦، رقم ٢٠٩ ص ٣٩٢.

إلغاء القانون

الإلغاء L'abrogation هو تجريد القاعدة القانونية من كل قوة ملزمة سواء بإصدار تشريع آخر بدلاً منه أو بدون إصدار تشريع آخر، وسواء أكانت القاعدة الملغاة قاعدة تشريعية أم قاعدة عرفية. فالإلغاء يعنى إنهاء سريان القاعدة القانونية ومنع العمل بها ابتداء من هذا الإنهاء. والأصل أن القاعدة القانونية إذا صدرت صحيحة وصارت نافذة، فهي سارية معمول بها حتى يحصل إلغاؤها قانوناً، ويترتب على إلغاء القاعدة القانونية إما إحلال قاعدة قانونية جديدة محلها وإما الاستغناء عنها بعدم استبدال غيرها^(١٤٧).

فالقاعدة القانونية لها بداية ونهاية، فالقاعدة القانونية، كما سبق القول، ليست موضوعة لتكون مؤبدة. لأن القاعدة القانونية تعبير عن رغبات الجماعة واحتياجاتها. ولما كانت هذه الرغبات عرضة للتغير والتبدل فكذلك القانون. فما يصلح لمجتمع من المجتمعات من قواعد قانونية فى وقت السلم قد لا يصلح فى وقت الحرب. وما يصلح له فى وقت الانتعاش الاقتصادى قد لا يكون ملائماً فى وقت الأزمات الاقتصادية وما كان يصلح فى القرون الماضية لم يعد يصلح فى الوقت الحالى. وعندما يتبين للسلطة القائمة على التشريع بأن قاعدة قانونية معينة أصبحت غير ملائمة للمجتمع وجب عليه إلغاؤها وإحلال محلها. وكذلك القاعدة العرفية إذا اتضح أنها لم تعد تستجيب لحاجة الجماعة، فإنه سرعان ما يظهر محلها قاعدة عرفية أخرى.

وقد نصت المادة الثانية من التقنين المدنى على أنه "لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو

(١٤٧) انظر عبدالحى حجازى: السابق- رقم ٢٧٨ ص ٢٣٩، حسن كيرة- رقم ١٨٠ ص ٣٣١.

يشتمل على نص يتعارض مع نص صراحة على هذا الإلغاء، يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن يقر قواعده ذلك التشريع".

وحسبما يستفاد من هذا النص فإنه إلغاء القاعدة القانونية قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً. وصحح أن النص يتكلم عن إلغاء القاعدة القانونية التشريعية، ومع ذلك فالرأى متفق على أن الإلغاء قد يكون صريحاً أو ضمناً أياً كان نوع القاعدة القانونية أى سواء أكانت قاعدة تشريعية أم قاعدة عرفية.

ووفقاً لمبدأ التدرج التشريعى فإنه لا تلغى القاعدة التشريعية إلا بقاعدة تشريعية مثلها فى نفس قوتها أو أقوى منها: فالتشريع الدستورى لا يلغيه إلا تشريع دستورى، والتشريع العادى لا يلغيه إلا تشريع عادى أو تشريع دستورى. والتشريع الفرعى لا يلغيه إلا تشريع فرعى أو تشريع عادى، والقاعدة العرفية لا تلغى إلا بمقتضى قاعدة عرفية أو بمقتضى تشريع عادى. وهكذا.

كيف يتم الإلغاء :

الإلغاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً: ويترتب على الإلغاء فى الحالتين إنهاء القاعدة القانونية الملغاة وتجريدها من قوتها الملزمة وتقسيم الإلغاء إلى الإلغاء الصريح والإلغاء الضمنى لا يبرز إلا بالنسبة للقواعد التشريعية مأخوذة بالمعنى الواسع.

أولاً: الإلغاء الصريح Abrogation expresse

ويتخذ الإلغاء الصريح إحدى صورتين: الأولى وردت فى نص المادة الثانية من التقنين المدنى والثانية أجمع عليها الفقه .

الصورة الأولى :

وهى تتحقق حين يصدر تشريع جديد ينص على إلغاء قاعدة أو قواعد معينة من القواعد القائمة وقت صدوره . وقد يعين القانون الجديد ما يلغيه من قواعد على سبيل التخصيص، وقد ينص على إلغاء كل قاعدة مخالفة لحكمه، وقد يجمع بين الطريقتين^(١٤٨) ويمكن أن نضرب أمثلة لذلك:

- ١- القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى الذى نص فيه على إلغاء القانون رقم ١٨، والقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٣ من قانون التسجيل .
- ٢- القانون المدنى الحالى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الذى نص فى المادة .

الصورة الثانية: إلغاء القوانين المؤقتة :

(١٤٨) أحمد سلامة: السابق- رقم ٧٩ ص ١٢٠ .

بالرغم من أن نص المادة الثانية من القانون المدني قد جرى على أنه "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء"٠٠٠ وبالرغم من أن هذه الصياغة تفيد قصر الإلغاء الصريح على حالة صدور تشريع لاحق، إلا أنه من المتفق عليه أن للإلغاء صورة أخرى هي صورة القوانين المؤقتة، وهي تشريعات تصدر متضمنة أجلاً يعمل بها خلاله أو تعين واقعة متى تحققت انتهى العمل بها، ويغلب أن يصدر هذه التشريعات في فترات الأزمات كحالة الحرب أو أزمة اقتصادية معينة^(١٤٩) . مثال ذلك قوانين التسعيرة الجبرية لبعض السلع . فقوانين التسعيرة الجبرية تكون في الغالب محددة بأجل معين تطبق خلاله ومن ثم فهي قوانين مؤقتة تتضمن أجلاً للعمل بها متى انتهى هذا الأجل ألغى وكان إلغاؤها صريحاً بالرغم من عدم استعمال لفظ إلغاء أو انتهاء صراحة . ومن الأمثلة على هذا النوع من الإلغاء :

- ١- ما كان ينص عليه قانون أجور المساكن الصادر سنة ١٩٢١ من أن ينتهي مفعوله في ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٢ .
- ٢- ما كانت 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 اختصاصات مجلس الجامعة ويتولى مدير

(١٤٩) أحمد سلامة: السابق ص ١٢١، محمد عمران: السابق-ص ١٢٨، جميل الشرقاوي: السابق-رقم ٧٢، حسن كيرة: السابق- رقم ١٨١ ص ٣٣٢ .

الجامعة باقى الاختصاصات • معنى ذلك أنه عندما يتم تشكيل مجلس جامعة أسيوط وهيئاتها المختلفة ينتهى العمل بالمادة الثامنة من القرار بقانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ •

ويلاحظ أنه لما كان من صفات القانون الدوام، وبالتالي فإن القوانين المؤقتة نادرة فإن معنى ذلك أن هذه الصورة الثانية من الإلغاء الصريح تعتبر بالتالى نادرة أو قليلة •

ثانياً: الإلغاء الضمنى **Abrogation tacite** :

لا يشترط أن يكون الإلغاء صريحاً بل يمكن أن يكون ضمناً وهذا ما يستفاد من نص المادة الثانية حيث نصت على أنه "لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع "فيكون الإلغاء ضمناً إذا لم ينص عليه صراحة وإنما يستفاد أو يستخلص بطريقة ضمنية أو يفهم أمره ضمناً من التعارض مع نص التشريع القديم، أو من تنظيم نفس موضوع القانون القديم من جديد •

الصورة الأولى: التعارض بين القانون القديم والجديد :

تتحقق هذه الصورة الأولى من صور الإلغاء الضمنى بصدور تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضاً تاماً مع نص فى التشريع السابق • فهنا يقوم تعارض بين قاعدتان إحدهما فى قانون

سابق والأخرى فى قانون لاحق بشكل لا يمكن الجمع بين تطبيق حكميهما، فإن هذا المسلك يفيد أن المشرع قد غير رأيه الذى تتضمنه القاعدة السابقة أى ألغاه، ووجب الاقتصار على تطبيق القاعدة اللاحقة تأسيساً على المبدأ القائل: أن القانون اللاحق يلغى القانون السابق^(١٥٠). بمعنى أنه يفهم ضمناً من صدور التشريع الجديد وتنظيمه نفس موضوع القانون القديم، واستحالة تطبيقهما معاً، أن القانون الجديد قد نسخ وألغى القانون القديم، وبديهي أن الإلغاء الضمنى فى هذه الصورة لا يكون إلا فى حدود التعارض والتنافر بين القواعد القديمة الحديثة^(١٥١) أى يقتصر إلغاء التشريع السابق إلغاءً ضمناً على القدر اللازم لرفع التضارب بينه وبين التشريع الجديد^(١٥٢). فإذا صدر قانونان متعاقبان فى الزمان ومتناقضان فى الأحكام، اعتبر القانون القديم منسوخاً ضمناً بالقانون الحديث إذا كان التعارض بين أحكامهما تاماً وكلياً، أما إذا كان التعارض جزئياً بأن كان واقعاً بين أحكامهما فحسب، فلا ينسحب أو الإلغاء الضمنى منطوقاً إلا على ما ثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون القديم مع القانون الحديث^(١٥٣).

(١٥٠) انظر: أحمد سلامة: السابق - ص ١٢٢. سليمان مرقس: السابق - ص ٢٢٨،

محمد عمران: السابق - ص ١٢٩. حسن كيره: السابق - ص ٣٣٣.

(١٥١) حسن كيره: السابق - نفس المكان.

(١٥٢) نقض مدنى فى ١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض من ١٥ - رقم ٧٧ ص ٤٨٢

(١٥٣) انظر نقض مدنى ١٥ ديسمبر ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض - س ١٧ - ٢٧٩

ص ١٩٣٢ نقض ١٠ مايو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ج - ١٧ - رقم ١٤٢

ص ١٠٥٠ نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٧٢ - مجموعة أحكام النقض ج - ٢٣ -

رقم ٨٨ ص ٥٦٤.

ومثال ذلك فى المادة ٤٥ من التقنين المدنى الملغى كانت تنص على أن الملكية فى الأموال منقولة كانت أو ثابتة، تنتقل بمجرد حصول العقد المتضمن التمليك متى كان المال ملكاً للملك"، فلما صدر قانوننة ١٩٢٣، ونص فيه على أن ملكية الأموال الثابتة لا تنتقل إلا بالتسجيل، أى أنها لا تنتقل بمجرد العقد، وقع التضارب بين المادة ٤٥ مدنى قديم وقانون التسجيل المذكور فيما يتعلق بانتقال ملكية الأموال الثابتة وحدها ولم ينص قانون التسجيل على إلغاء هذه المادة ضمن ما نص على إلغائه صراحة • وتعتبر هذه المادة ملغية ضمناً فيما يتعلق بانتقال ملكية الأموال الثابتة فقط دون حكمها المتعلق بانتقال ملكية الأموال المنقولة فهذه الأخيرة تنتقل ملكيتها بمجرد العقد كما كان الوضع القانون المدنى السابق •

ولا توجد مشكلة فى التعارض بين القانون القديم والجديد إذا كان تعارضاً تاماً أو كلياً أو كان تعارضاً جزئياً • لكن المشكلة تتمثل فى أن هناك فروض عديدة للتعارض فقد يكون التعارض بين حكم عام قديم وبين حكم خاص جديد أو العكس أو بين حكم عام قديم وحكم عام جديد • • • وهكذا • وقد اتفق الفقه على ضوابط لحل هذه الصور على النحو التالى :

١ - التعارض بين حكم عام قديم وحكم عام جديد: فإذا كان القانون القديم يتضمن حكماً عاماً وصدر قانون جديد يتضمن حكماً عاماً يناقض الحكم الأول • فإن القانون القديم يعتبر ملغياً برمته، إذ لا يمكن الجمع فى التطبيق بين حكمين عامين متعارضين •

٢- التعارض بين حكم خاص قديم وحكم خاص جديد: فإذا كان القانون القديم يتضمن حكماً خاصاً ثم صدر قانون جديد يتضمن حكماً خاصاً يناقض الحكم الأول فإن القانون القديم يعتبر ملغياً بطريقة ضمنية لا يمكن الجمع بين حكمين خاصين متعارضين .

ولا توجد صعوبة في هاتين الصورتين من التعارض ولكن المشكلة الحقيقية في إثبات التعارض بين أحكام ليست من صفة واحدة بمعنى أن أحدهما عام والآخر خاص أو العكس وذلك على النحو التالي:

٣- التعارض بين حكم قديم عام وحكم جديد خاص: فإذا كان التعارض قائماً بين قواعد قانونية قديمة تضع حكماً عاماً وبين قواعد قانون حديثة تأتي بحكم خاص، يتعارض مع ما يتضمنه القانون القديم، فإن القانون الجديد يلغى من القانون السابق الحكم الخاص فقط، أى أن القانون السابق يلغى فقط بالنسبة لهذا الحكم الخاص، أما بالنسبة لبقية قواعد أو أحكامه فيبقى سارى المفعول، أو بعبارة أخرى فإنه يستخلص من القانون الجديد أن الحكم الجديد قد نسخ ضمناً الحكم العام القديم فى شأن ما جاء بتخصيصه فقط . وبذلك يجد الحكم الخاص من مدى عموم الحكم القديم العام فيقتطع بعض ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة^(١٥٤) أو يعتبر القانون الجديد قد أتى باستثناء على ما يتضمنه القانون السابق من حكم عام . ويعبر عن ذلك

(١٥٤) حسن كيره: السابق - ص ٣٣٤ .

بقاعدة: أن الحكم "الخاص" يلغى الحكم "العام" بقدر ما يقوم بينهما من تعارض^(١٥٥).

مثال ذلك الحكم الوارد بالقانون المدنى القديم فى المادة ٤٥٥ منه كانت تقضى بأن الملكية تنتقل فى المنقول والعقار بمجرد العقد، وثم صدر قانون التسجيل سنة ١٩٢٣، ثم قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ وقد أتيا بحكم جديد يختلف عن القانون المدنى السابق، حيث قد اشترطا لنقل الملكية فى العقار أن يتم تسجيله أى أنها قضيا بأن الملكية فى العقار وكافة الحقوق العينية العقارية لا تنتقل إلا بالتسجيل، أى لا تنتقل الملكية هنا بمجرد العقد. ووجه الاختلاف أو التعارض هنا تتعلق فقط بنوع واحد من الأول هو العقارات أما المنقولات فبقيت كما هى فى القانون القديم- إذن فوجه التعارض أن حكم القانون القديم هو حكم عام لأن يشمل المنقول والعقار بصفة عامة دون تمييز بينهما، وبينما الحكم الجديد الوارد بقانون التسجيل والشهر العقارى هو حكم خاص لأنه يتعلق أو يختص بالعقار وحده دون المنقول. ويكون من شأن هذا التعارض إلغاء حكم القانون القديم فيما يتعلق بالعقار فقط. ويصبح من ثم التسجيل شرطاً لنقل ملكية العقارات فقط. ويكون نقل الملكية فى المنقول بمجرد العقد وفق ما يقضى به القانون القديم.

٤ - التعارض بين حكم قديم خاص وحكم جديد عام: على عكس الصورة السابقة فإن التعارض يقوم فى هذه الصورة بين قانون قديم يتضمن حكماً خاصاً وقانون جديد يتضمن حكماً عاماً فإن

(١٥٥) محمد سلامة: السابق - ص ١٢٣ .

ما يتضمنه القانون القديم لا يعتبر ملغياً حتى ولو تأكد التعارض بين القانون، أى أن الحكم الخاص القديم يبقى ولا يلغى. وذلك على أساس القاعدة القائلة: بأن الحكم العام لا يلغى الحكم الخاص ولو كان لاحقاً عليه فيسرى الحكم الخاص باعتباره استثناء يرد على الحكم العام الذى وضعه القانون الجديد العام ولذلك لا يلغى الحكم الخاص ضمناً إلا بحكم خاص مثله متعارض معه^(١٥٦).

ومثال ذلك قانون إيجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ الذى صدر بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية والذى يعد تشريعاً استثنائياً- يتضمن أحكام خاصة فى تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين وبعد صدوره صدر القانون المدنى الحالى ق. ٠ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ليسرى ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ وهو عبارة عن تشريع عام نظم أحكام عقد الإيجار فى المواد من ٥٥٨ إلى ٦٣٤. ونظراً لأنه تشريع عام يتضمن نصوصاً عامة فى صدد تنظيم أحكام عقد الإيجار، فإنه لا يلغى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لأنه قانون خاص بالرغم من التعارض بينهما فالعام لا ينسخ الخاص. ويظل القانون ١٢١ لسنة ٤٧ تشريعاً خاصاً ببعض الأماكن وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية^(١٥٧).

(١٥٦) سليمان مرقس: السابق- رقم ٩٤ ص ٢٣٠- عبدالمعزم البدرأوى: السابق ص ١٣٧- حسن كبره: السابق- ص ٣٣٤- أحمد سلامة: السابق: ص ١٢٤. حكم محكمة مصر الابتدائية ٣ نوفمبر ١٩٤٩- المحاماة- لسنة ٢٩- رقم ٤٣٠ ص ٧٩١.

(١٥٧) نقض ١٩٨٧/٦/٧- مجموعة أحكام النقض- س ٢٩. ص ١٤٢٨. انظر- مؤلفنا: عقد الإيجار- دار النهضة العربية- ١٩٩٨- ص ٢٩.

الصورة الثانية للإلغاء الضمني :

صدور تشريع جديد ينظم نفس الموضوع من جديد :

وتتحقق هذه الصورة إذا صدر تشريع جديد ينظم تنظيمًا كاملاً موضوعاً سبق أن نظمه تشريع سابق . في هذه الحالة فإن التشريع السابق يعتبر منسوخاً جملة وتفصيلاً حتى ولو لم يكن هناك تعارض مع التشريع الجديد أو كان هناك تعارض، وسواء اقتصر التعارض على بعض الأجزاء أم شملها كلها، وسواء تعارض حكم خاص مع عام، أم خاص مع خاص أم عام مع عام .

ولكن يشترط لذلك أن يغير المشرع (في التشريع الجديد) المبدأ ذاته^(١٥٨) الذي أسس عليه التشريع السابق . ذلك أنه حين يعيد المشرع تنظيم موضوع تنظيمًا كاملاً فمعنى ذلك أنه يريد تغيير المبدأ الذي انبنى عليه التشريع السابق، وتغيير المبدأ يقتضى تغيير كل ما يترتب عليه من تفاصيل .

ومن ثم فإن معيار قيام هذه الصورة الثانية أن يغير المشرع المبدأ ذاته^(١٥٩) فإذا لم يغيره بل غير بعض أحكام تفصيلية له فإن الإلغاء في هذه الحالة تحكمه حلول الصورة الأولى وليس حلول الصورة الثانية . فالفرق إذن بين الصورة الأولى والصورة الثانية أنه في الأولى لا يعيد المشرع تنظيم موضوع كامل، أما في الصورة الثانية فإنه يقوم بهذا التنظيم .

(١٥٨) الإدارية العليا ٥ نوفمبر ١٩٥٥ - المحاماة - السنة ٢٦ - رقم ٥٠٦ ص ١٠٥٦ .
(١٥٩) أحمد سلامة: السابق . ص ١٢٥ - سليمان مرقس: السابق - ص ٢٣٣ .

ولا يشترط لقيام هذا الحكم الذى يقضى بإلغاء القانون السابق الذى أعيد تنظيم موضوعه بقانون جديد أن ينص القانون الجديد صراحة على نسخ القديم وإلا كنا بصدد الإلغاء الصريح . فالنسخ للقانون القديم يقوم دون حاجة إلى أن ينص القانون الجديد على هذا النسخ^(١٦٠) .
ومن الأمثلة على هذه الصورة من الإلغاء موضوع قيد الحقوق العينية التبعية، فقد كان القانون المدنى القديم وكذلك قانون التسجيل سنة ١٩٣٢ كانا ينظمان قيد الحقوق العينية التبعية وقد نظم قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ نفس الموضوع . فيعتبر القانون الأخير ناسخاً لقانون التسجيل ونصوص التقنين المدنى القديم المتعلقة بهذا الموضوع ولو لم يكن قد نص فيه صراحة على إلغائها .

وكذلك قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ بالنسبة إلى قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ ، وقانون نظام القضاء الصادر فى سنة ١٩٤٩ بالنسبة إلى لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادرة فى سنة ١٨٨٣ وإلى قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٦ . فإن هذه القوانين الجديدة كان صدورها كافياً لإلغاء القوانين السابقة إلغاءً ضمناً لو أنه لمي نص فيها على الإلغاء الصريح .

الصورة الثالثة للإلغاء الضمنى :

(١٦٠) نقض مدن ١٧ ديسمبر ١٩٥٩ - مجموعة أحكام النقض س ١٠ رقم ١٢٤ ص ٨٢٠ .

إلغاء التشريع لإلغاء النظام القانونى الذى ينظمه :

وتتأنى إذا كان هناك نظام قانونى معين ينظمه تشريع أو تشريعات قائمة ثميلغى هذا النظام فإن كل القواعد المنظمة له تعتبر ملغاة. ومثال ذلك النظام الملكى قبل الثورة فقد كانت هناك قوانين متعددة تحميه. وبمجرد أن ألقى فإن كافة هذه القوانين تعتبر ملغاة، إذ هى كانت تستند على النظام الملكى، فإذا انهار هذا النظام انهارت بدورها، فهى تابعة له^(١٦١) مثل القوانين المنظمة لوراثة العرش وجريمة العيب فى الذات الملكية وغيرها.

ومثل ذلك قانون سنة ١٨١٦ الذى ألقى الطلاق فى فرنسا، فإنه قد ترتب على إلغاء جميع نصوص قانون نابليون التى كانت تنظم أحكام الطلاق. وقد ظلت هذه النصوص ملغاة حتى بعد صدور قانون سنة ١٨٨٤ الذى أعاد مكنة الطلاق، واقتضى الأمر وضع أحكام جديدة للطلاق.

(١٦١) فقضت محكمة النقض بأن صدور قانون بلدية الإسكندرية رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ المعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٥٦ الذى ألقى الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٠ لا يستتبع إلغاء لوائح الإدارة العامة السابق صدورهما فى ظل الأمر العالى الملغى.

نقض مدنى ٢ يونيو ١٩٧٠ - مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ٢١ - رقم ١٥٣ ص ٩٥٦. نقض مدنى ٢٦/٤/١٩٧٣ - مجموعة أحكام النقض ١ - لسنة ٢٤ - رقم ١٢٠ ص ٦٨٢.

لكن إلغاء التشريع لإلغاء النظام القانونى الذى ينظمه لا يؤثر على اللوائح المنفذة للتشريع القديم، بمعنى أن إلغاء نظام قانونى معين يستبدل به نظام قانونى جديد وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة، فإن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذاً للقانون القديم وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التى لا تتعارض مع القانون الجديد، فإنها تبقى نافذة المفعول إلى ما بعد صدور القانون الجديد، ما لم ينص صراحة على إلغاء مثل هذه اللوائح.

عدم استعمال التشريع مدة طويلة لا يلغيه :

أثير التساؤل حول ما إذا كان هناك قانون أو تشريع صدر ودخل حيز التنفيذ بمجرد نشره أو بانتهاء المدة المحددة للنشر . ولكن هذا التشريع ظل مدة طويلة لم يستعمل أى لم يطبق فيها فما أدى إلى وجود عرف بعدم تطبيقه . فهل يفسر عدم الاستعمال بأنه إلغاء للتشريع أم أنه لا يعتبر إلغاء له ويظل باقياً إلى حين أن يلغيه المشرع أو أن يطبق من جديد .

الفصل الثانى تفسير القانون

الأصل فى نصوص التشريع أن تكون واضحة محددة ومفهومة بأن تكون موضوعة بصيغة لاثثير لابس أو غموض أو عدم تحديد فى شأن إنطباقها على الوقائع أو الفروض التى تنظمها. لكن يحدث أن لا تكون نصوص القانون على هذه الدرجة من الوضوح والتحديد. فيكشف الجانب العملى عن مشاكل فى تطبيق النص القانونى، ولذا يلزم تفسيرها. فما هو التفسير، الإجابة على هذا السؤال تقتضى البحث فى المسائل التالية:

المبحث الأول: تعريف التفسير.

المبحث الثانى: أنواع التفسير.

المبحث الثالث: طرق وقواعد التفسير.

المبحث الرابع: مدارس أو مذاهب التفسير.

وهذا ما ننتقل إليه.

تعريف التفسير

يقصد بالتفسير بيان حقيقة معنى قاعدة تشريعية مكتوبة صادرة من سلطة مختصة^(١٦٢)، وتفسير القانون أى تحديد المعنى الحقيقى

(١٦٢) منصور مصطفى منصور: السابق - رقم ١٥٧ ص ٢٨١ - جميل الشرقاوى: مبادئ القانون - دار النهضة العربية - رقم ٥٧ ص ١٥٦. أحمد سلامة: السابق - رقم ٨٤ ص ١٨٧.

لمضمون القاعدة التي وضعها المشرع^(١٦٣)، فهو تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداه^(١٦٤).

التفسير لا يتصور إلا بالنسبة للقواعد المكتوبة، أي القواعد التي تستمد من مصادرها الرسمية في ألفاظ معينة، وهذا ينطبق على القواعد التشريعية كما ينطبق على القواعد التي تستمد من نصوص الكتب السماوية. فحاجة قواعد القانون إلى التفسير تقتضي أن تكون هذه القواعد مصاغة في عبارات وألفاظ معينة، يقوم التفسير على تحديد مدلولها^(١٦٥)، باختيار معنى معين للنص من بين مختلف المعاني الممكنة التي يحتملها^(١٦٦).

وهو ما يتم عن طريق توضيح ماأبهم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج مانقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة^(١٦٧).

(١٦٣) كابتان: مقدمة لدراسة القانون المدني - ط٤ - ١٩٢١ - رقم ٦١ ص ١٠٠.
(١٦٤) عبدالحى حجازى: السابق - رقم ٢٣٧ ص ٢١٠.
(١٦٥) أنظر: جميل الشرقاوى: السابق - ص ١٥٦.
(١٦٦) كورنى: القانون المدني - الطبعة السادسة - ١٩٩٣ - رقم ٣٨٦ ص ١٣٠.

(١٦٧) السنهورى وأبو ستيت: السابق - رقم ١٧٧ ص ٢٣٥ التفسير هو الإستدلال على الحكم القانونى وعلى الحالة النموذجية التى وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التى عبر بها المشرع عن ذلك (سليمان مرقس: السابق - رقم ١٢٠ ص ٣٢٨).

- ذلك أنه إذا تعين نطاق القاعدة القانونية أو مدى سريانها لم يبق لإمكان تطبيق القاعدة القانونية على فروض الواقع - إلا تفسيرها، أى الوقوف على معنى ما تتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب إعطاؤه لما قد يعرض فى العمل

أما بالنسبة للقواعد غير المكتوبة كالعرف أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فإن تحديد مضمونها لا يكون تفسيراً لها وإنما يتخذ شكل التثبت من وجودها أى إثباتها بمضمون معين، أى أن البحث عن معناها هو فى نفس الوقت إثبات لوجودها من عدمه^(١٦٨).

فالتفسير ينصب أساساً على التشريع، باعتباره الصورة المعتادة للقواعد القانونية المكتوبة فى الوقت الحاضر، ولذلك، فإن الكلام عن تفسير القانون، يكون القصد منه الكلام عن تفسير التشريع لأنه يحتل مكان الصدارة بين القواعد القانونية كافة.

أنواع التفسير

ويقوم بالتفسير فى الغالب القاضى والفقهاء، بينما يندر أن يقوم به المشرع، ويطلق على التفسير الذى يقوم به المشرع التفسير التشريعى، وحينما يقوم به القاضى يسمى التفسير القضائى وإذا قام به الفقهاء عرف بالتفسير الفقهى وهذه هى أنواع التفسير الثلاثة.

من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية - وحسن كيره - السابق - رقم ٢١٠ ص ٣٩٧.

(١٦٨) يرى البعض أن التفسير ينصب على التشريع فقط ولا ينصب على بقية مصادر القانون كالعرف والدين ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (السنهورى وأبوستيت: السابق).

١ - التفسير التشريعى

تعريفه :

التفسير التشريعى هو التفسير الذى يضعه المشرع نفسه ليبين به حقيقة ماقصده من تشريع سابق، إذا ظهر له أن المحاكم لم تهتد إلى هذا القصد^(١٦٩)، ويسمى تفسيراً تشريعياً لأن تشريعاً يصدر به فهو يصدر فى الغالب عندما تلاحظ السلطة التشريعية أن خلافاً حاداً قد ثار فى المحاكم (١) حول تحديد المعنى الذى قصده من تشريع سابق، أو حين تلاحظ أن المحاكم قد فهمت هذا التشريع بشكل يتضاد مع المعنى المقصود منه، أو بشكل يسلبه جوهر المعنى الذى يقصده. ولو ترك الأمر هكذا لضاعفت كل قيمة من إصدار التشريع، أو لكانت نتائج إصداره وبالأحرار المشرع أن يتحاشاه منذ البداية. ومن ثم تتدخل السلطة التشريعية لتعيد الأمر إلى نصابه وتبين حقيقة قصدها من هذا التشريع^(١٧٠).

كذلك تقوم الحاجة إلى التفسير التشريعى فى الأحوال التى يسبب فيها تشريعاً على وجه السرعة، إذ يفترض فى هذه الحالة أن نصوص التشريع لن تكون متضمنة لكل الحلول التى تظهر الحاجة إليها عند تطبيق أحكامه.

(١٦٩) سليمان مرقس: السابق - رقم ١٢٢ ص ٣٣١.

(١٧٠) والتفسير التشريعى بالمعنى الذى حددناه يعتبر بقية من بقايا مبدأ عام ساد فى القوانين القديمة. ففيها كان التفسير التشريعى هو الأصل، على أساس أن من يملك إصدار التشريع هو الذى يملك تحديد مضمونه. غير أن هذا المبدأ قد ضاق إلى أبعد حد، بحيث يندر أن يلجأ المشرع إلى التفسير بل يتركه للفقهاء والقضاء. أحمد سلامة: ص ١٠٠.

ويتميز التفسير التشريعي بخاصيتين هامتين: أنه تفسير ملزم وأن له أثر رجعي.. فكونه ملزماً فلأنه يصدر في صورة تشريع، والتشريع يلزم دائماً. وإما كونه له أثر رجعي، أي أنه يسرى على الماضي، فينطبق على الوقائع التي حدثت قبل صدوره أي قبل صدور التفسير أو القانون المفسر أو التفسيري، بل ويسرى على القضايا المنظورة التي لم يتم الفصل فيها. فكما سبق القول أن التشريع المفسر يعتبر قد صدر مع التشريع المفسر.

إختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير:

أسند المشرع المصري للمحكمة الدستورية العليا مهمة تفسير القانون وذلك في القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا^(١٧١). فنص في المادة ٢٦ من هذا القانون على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى وحدة تفسيرها".

(١٧١) وقد حل هذا القانون محل القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩، الذي أنشأ المحكمة العليا التي كانت تختص بالتفسير، وبالتالي فإن المحكمة الدستورية العليا قد حلت محل هذه المحكمة.

وقد نشر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا في الجريدة الرسمية العدد ٣٦ الصادر في ٦ سبتمبر ١٩٧٩.

أنظر في إختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية - مجلة القضاة ١٩٨٢ - عدد يوليو - ديسمبر - ص ٤٨.

كما نصت المادة ٣٣ على أنه:

"يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية. ويجب أن يبين في طلب التفسير النص التشريعي المطلوب تفسيره وما أثاره من خلاف في التطبيق ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه".

كما نصت المادة ٤٩ على أن:

"أحكام المحكمة في دعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة. وتنتشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها".

وتطبيقاً لهذه النصوص يتضح مايلي:

- فإن المحكمة الدستورية العليا تتولى مهمة تفسير النصوص التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية وتمتد لتشمل كذلك تفسير القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً للدستور. ولكنه لايمتد إلى تفسير الدستور ذاته^(١٧٢)، ومع ذلك فللمحكمة الدستورية العليا أن

(١٧٢) المحكمة الدستورية العليا: ٤ يناير ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية - ع ٤٤. في ٢٣ يناير ١٩٩٢ ص ٢٦٢.

تعرض لبيان مفهوم النصوص الدستورية عند تعرضها لمدى دستورية نص قانونى معين^(١٧٣).

- يشترط لقيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير لنصوص القانون أن تكون هذه النصوص قد أثارت خلافا فى التطبيق وأن يكون لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها وفقا للمادة ٢٦ سالفه الذكر فقد قالت المحكمة.... "ومؤدى ذلك أن يكون النص المطلوب تفسيره علاوة على أهميته، قد اختلف فى تطبيقه على نحو لالتحقق معه المساواة أمام القانون بين المخاطبين بأحكامه رغم تماثل مراكزهم وظروفهم، بحيث يستوجب الأمر طلب إصدار قرار من المحكمة الدستورية العليا بتفسير هذا النص تفسيراً ملزماً، إرساء لمدلوله القانونى السليم وتحقيقاً لوحدة تطبيقه"^(٢).

- أنه لكى تباشر المحكمة إختصاصها بالتفسير يجب أن يقدم لها طلب بالتفسير من جانب وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية. فلايحق لأى شخص تقديم طلب تفسير للمحكمة الدستورية العليا^(١٧٤). وكذلك لايحق للمحكمة أن تقوم بالتفسير من تلقاء نفسها^(١٧٥).

(١٧٣) المحكمة الدستورية العليا: ٥ ديسمبر ١٩٨١، المحاماه س٦٢ ع١٠٢٤ (يناير وفبراير ١٩٨٢ ص٧٦ رقم ١٩. وذلك فى صدر تفسير المادة الخامسة من الفصل الثانى من الجدول رقم (٢) الملحق بالقانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بتقرير رسم دمعّة.
(١٧٤) المحكمة الدستورية العليا: ٦ فبراير ١٩٩٣ - قضية رقم ٤٠ لسنة ١٣ق. دستورية - المحاماه - س٧٣ - ١٩٩٤ عدد ديسمبر - ح٣ - ص١٩ رقم ٤.
(١٧٥) نقض ١٩٨١/٣/٢٤ فى الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٩ق. مجموعة أحكام النقض - رقم ١٧٤ ص٩٣٩. فلايجوز لأحد الخصوم فى نزاع معين معروض أمام القضاء أن

- التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا ملزم لجميع سلطات الدولة وللکافة (م.٤٩)، فهو تفسير ملزم للمحاكم بإعتباره تفسير تشريعى طالما التزم حدود التفسير ولايتجاوزه. وشأن التفسير فى ذلك شأن أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية.

- كذلك يجب نشر القرار الصادر بالتفسير فى الجريدة الرسمية فى خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها. ويسرى هذا التفسير اعتبارا من تاريخ نفاذ النص محل التفسير، فيسرى على المنازعات محل التفسير والمنازعات السابقة على صدور قرار التفسير وقد قالت المحكمة فى هذا الصدد بأن "الاختصاص بالتفسير التشريعى المخول لهذه المحكمة لاينشئ حكما جديدا، بل يعتبر قرارها بالتفسير مندمجا فى النص موضوعه وجزءا منه لايتجزأ وساريا بالتالى منذ نفاذه، ومن ثم يعتبر النص محل التفسير وكأنه صدر إبتداء بالمعنى الذى تضمنه قرار التفسير وليس ذلك إجراء لأثر رجعى لهذا القرار، بل هى إرادة المشرع التى حمل النص القانونى عليها منذ صدوره بعد تجلية المحكمة لدلالاتها ضمانا لوحدة تطبيقه^(١٧٦)."

الخلاصة أن المحكمة الدستورية العليا تتولى مهمة إصدار تفسير تشريعى لنصوص القوانين والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس

يطلب من المحكمة وقف الدعوى حتى يلجأ إلى المحكمة الدستورية العليا طالبا منها تفسير القانون أنظر - حسام الأهوانى: السابق - ص٢٤٨.
(١٧٦) أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا ١٩٩٣/١/٣٠ - طلب التفسير رقم (١) لسنة ١٥ق. المحاماة - أغسطس ١٩٩٤ - ح٢ - رقم ٢ ص١٦٩.
طلب تفسير المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية.

الجمهورية. بشرط أن تثير هذه القوانين والقرارات بقوانين خلافاً في التطبيق ويكون لها من الأهمية ما يقتضى وحدة تفسيرها. ويقدم طلب التفسير من وزير العدل ويجب أن يبين فيه النص التشريعي المطلوب تفسيره وما أثاره من خلاف في التطبيق ومدى أهميته وينشر قرار التفسير بالجريدة الرسمية ويسرى من تاريخ نفاذ النص المفسر.

٢ - التفسير القضائي

يقصد بالتفسير القضائي ذلك التفسير الذي تتولاه المحاكم حينما تدعى إلى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة إليها^(١٧٧). فهو التفسير الذي يقوم به القاضى عند نظر النزاع المعروض عليه للفصل فيه. وتفسير القانون هو من صميم عمل القضاة^(١٧٨). والقاضى يقوم بالتفسير من تلقاء نفسه، دونما حاجة لأن يطلب الخصوم منه ذلك. لأن من صميم عمله بيان حكم القانون فى النزاع المعروض عليه، والذي لا يستطيع عدم الفصل فيه بحجة غموض أو إبهام النصوص أو عدم وضوحها أو عدم وجود حكم فى القانون للنزاع وإلا عد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة وفقاً للمادة ١٢٢ عقوبات كما سبق القول. ولهذا فهو ملزم بتفسير القانون حتى ينزل حكمه الصحيح على النزاع الذى يفصل فيه.

(١٧٧) حسن كيره: السابق - رقم ٢١٢ ص ٤٠٠.

(١٧٨) سمير تناغو: السابق - رقم ٢٥٠ ص ٧٤٢.

والتفسير الذى يقوم به القاضى ليس تفسيراً نظرياً وإنما هو تفسير له أساس عملى فهو يكون بمناسبة نزاع قضائى معين مدعو للفصل فيه.

ولذلك فهو يأتى متأثراً بهذا الأساس ويستجيب للضرورات العملية حتى ولو لم يتسق تمام الإتساق مع ما يقضى به المنطق. فالتفسير القضائى لا يقع لذاته وإنما يقع تمهيداً لتطبيق نص قانونى فى دعوى مرفوعة فعلاً، أى على نزاع يطلب تطبيق حكم القانون عليه. ولهذا لا يجوز للأفراد أن يرفعوا دعوى أمام القاضى يطلبون منه فقط تفسير حكم القانون ليتولوا تطبيقه على ما عسى أن يكون بينهم من علاقات، وأن يحلوا على هديه منازعاتهم، فهذه الدعوى تكون مرفوضة، لأن هذا ليس من عمل القاضى⁽¹⁾.

والتفسير القضائى ملزم لطرفى النزاع الذى حصل التفسير بصدده، بناء على حجية الأمر المحكوم فيه التى تثبت للحكم. فلا يجوز للطرفين أن يرفعا الدعوى مرة ثانية لنفس السبب ولنفس الموضوع. ولكن لا تتجاوز قوة هذا التفسير الإلزامية حدود هذا النزاع. بمعنى أنه إذا كان هذا التفسير ملزماً لأطراف النزاع، فإن هذا الإلزام يقف عند حد هذا النزاع، ولا يمتد إلى منازعات أخرى أو محاكم أخرى، إذ يجوز لمحكمة أخرى أن تعطى تفسيراً لنفس القاعدة مخالفاً للتفسير الذى أعطته المحكمة الأولى، بل أنه يجوز لنفس المحكمة التى فسرت القاعدة القانونية •

التفسير الفقهي

تعريف التفسير الفقهي:

والفقه هو المؤلفات والشروح التي يكتبها أساتذة القانون والقضاة والمحامون وغيرهم من المشتغلين بالقانون. وقد أصبح الفقه يهتم في العصر الحديث بتفسير القانون في مصادرة المختلفة، التشريع والقضاء والفقه. ولعل أهم مايقوم به الفقه في هذا الشأن، هو رد الأحكام التفصيلية إلى أصولها العامة، وتنسيق المبادئ القانونية في طوائف ونظريات، بحيث تمكن في النهاية معرفة أحكام القانون في سهولة ويسر. ولا يقتصر دور الفقه فقط على التجميع والتنسيق والتحليل، بل كثيرا ما يوجه الفقه إنتقادات قد تؤدي إلى تعديل في موقف المشرع، أو إلى رجوع في أحكام القضاء. وكذلك فإن الفقه يقترح في بعض الأحيان حلولاً للفروض التي ليس لها حلول في مصادر القانون الوضعي. وكثيرا ما يأخذ القضاء بهذه الحلول^(١٧٩).

والتفسير الفقهي: هو التفسير الذي يقوم به الفقهاء في مؤلفاتهم وأبحاثهم أو فتاواهم^(١٨٠). وبصفة عامة بصدد دراستهم للقانون^(١٨١). وينتم هذا التفسير بأنه نظري بحت، إذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون في تجريدها، لافي تطبيقها الفردي بصدد منازعات خاصة

(١٧٩) سمير تناغو: السابق - رقم ٢٥١ ص ٧٥٤.

(١٨٠) عبدالحى حجازى: السابق - رقم ٢٣٨ ص ٢١٠.

(١٨١) حسن كيره: السابق - رقم ٢١٢ ص ٤٠٠.

معينة. فهو لايهمه كثيرا مقتضيات الضرورات العملية وإنما يهمله أكثر أعمال المنطق السليم والقواعد النظرية. فهو يتصف بالمنطق والتدليل المرهف والحجج البالغة والأقيسة المحكمة والأبحاث التاريخية المستفيضة. فهو مجرد وجهة نظر، مجرد فكرة ليست لها أية قوة ملزمة وليس لهذا التفسير الفقهي أية قوة ملزمة للقاضي مهما بلغت الثقة بصاحب هذا التفسير وأيا كانت شهرته العلمية في حد ذاتها أية قوة إلزامية^(١٨٢).

وإذا قارنا بين التفسير القضائي والتفسير الفقهي نجد بينهما الفروق التالية:

- ١ - التفسير الفقهي يقوم به الفقه بينما القضائي يقوم به القضاة.
- ٢ - التفسير الفقهي هو تفسير نظري بينما القضائي هو تفسير عملي يقوم بمناسبة نظر النزاع المعروض على القاضي أى يقوم بمناسبة حالة واقعية معروضة عليه للفصل فيها.

ولذلك يتأثر التفسير القضائي إلى حد بعيد بالإعتبارات والظروف العملية والتفسير عند القاضي ليس غاية في حد ذاته، بل

(١٨٢) عبدالحى حجازى: السابق - نفس المكان، أحمد سلامة: السابق. نفس المكان.

للفصل في تلك الحالة. وهو لذلك يتأثر في تفسير التشريع بالنتائج العملية التي يؤدي إليها تطبيق الرأى الذى يهتم باعتماده في الحالات الواقعية، ولا يرى حرجا في أن يجيد أحيانا عن قواعد المنطق إذا وجد أن اتباع هذه القواعد يؤدي إلى نتائج عملية لاتتفق مع العدالة ولايستريح إليها ضميره.

وسيلة بينما التفسير الفقهي يعد التفسير عنده غاية لاوسيلة فهو لا يبدأ من مشكلة عملية محددة وإنما يتصور بعض المشاكل التي قد تطابق الواقع وقد لا تطابقه، ومن ثم يأتي تفسيره مصطنعا بالصبغة النظرية المجردة، فما يهمله أكثر هو أعمال المنطق السليم والقواعد النظرية.

٣- التفسير الفقهي ليست له أية قوة إلزامية، بينما التفسير القضائي ملزم لأطراف النزاع الذي تم بمناسبةه فقط. وينفذ بالقوة الجبرية عند تنفيذ الحكم إذا دعت لذلك ضرورة.

ولا تعنى هذه الفروق وجود تعارض تام بين الفقه والقضاء - فهما على العكس من ذلك - يحرصان على التعاون فيما بينهما في تفسير القانون بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء. فالتفسير الفقهي يسبق عادة التفسير القضائي ويعين عليه. وهو يضطر القضاء على أى حال - أمام تداول الخصوم مختلف التفسيرات الفقهية - إلى إتخاذ موقف منها بالإلتياز إلى بعضها دون البعض الآخر. والتفسير القضائي كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقه، فيحاول - عن طريق الوصل بين مختلف الأحكام - إستخلاص الإتجاهات العامة للقضاء. وقد تمد الأحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها فى المجال التجريدى البحث، مما قد يدعو إلى إعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو إلى تضيق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية. ولكن قد يدعو إنتقاد الفقه إتجاهها معينة للقضاء إلى حمل المحاكم على العدول عما استقرت عليه من قبل من

تفسير^(١٨٣) . فالفوارق بينهما لاتعنى أن التفسير القضائى يكون فى واد
والتفسير الفقهى يكون فى واد آخر وإن الإثنان يختلفان من حيث
الجوهر . فهما فى الحقيقة يتفقان فى هذا الجوهر وإن اختلفا من حيث
الدرجة أو المدى فمن ناحية يلتزم كل من الفقيه والقاضى عند التفسير
أساليب علمية واحدة، ومن ناحية أخرى فإن لكل منهما تأثير متبادل
على الآخر^(١٨٤) . على نحو ما وضحناه.

(١٨٣) حسن كيره: السابق - ص ٤٠١ .
(١٨٤) أحمد سلامة: السابق - ص ١٠٣ .