

تعريف القانون ووظيفته

يطلق مصطلح القانون على كل قاعدة ثابتة تفيد استمرار أمر معين وفقاً لنظام ثابت ، فهو يستخدم للإشارة إلى العلاقة التي تحكم الظواهر الطبيعية ، أو للإشارة إلى العلاقة التي تحكم قواعد السلوك، فيقال: مثلاً ، قانون الجاذبية ، وقانون الغليان، وقانون العرض والطلب، إلا أنه في مجال العلوم الاجتماعية وخصوصاً في مجال الدراسات القانونية ينصرف اصطلاح القانون عموماً إلى مجموعة القواعد التي تطبق على الأشخاص في علاقاتهم الاجتماعية ، ويفرض عليهم احترامها ومراعاتها في سلوكهم بغية تحقيق النظام في المجتمع .وللقانون معنيان ،أحدهما واسع والآخر ضيق.

1- **فالقانون بمعناه الواسع،** "هو مجموعة القواعد العامة المجردة التي تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، والمقتزنة بجزء توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها".

وهذا التعريف يشمل معه أيضاً القواعد المعمول بها في المجتمع حتى لو كانت من قبيل العرف، أو الدين، أو الفقه، أو القضاء .

2- **أما القانون بمعناه الضيق،** "فهو مجموعة القواعد الملزمة التي تصدرها السلطة التشريعية لتنظيم علاقات الأفراد ببعض أو علاقاتهم بالدولة في أحد مجالات الحياة الاجتماعية"

وكلمة "قانون" كلمة معربة يرجع أصلها إلى اللغة اليونانية فهي مأخوذة من الكلمة اليونانية Kanun ومعناها العصا المستقيمة، وقد انتقلت هذه الكلمة إلى عدة لغات منها، الفرنسية Droit، والإيطالية Diricto، واللاتينية Directus، والإنجليزية Law ،

ويعرف القانون في اللغة العربية بالخط المستقيم الذي هو معيار كل انحراف. فكلمة القانون تستخدم معياراً لقياس مدى احترام الفرد لما تأمر به

القاعدة أو تنهاه عنه، أو انحراف عن ذلك، فإن سار وفقاً لمقتضاه كان سلوكه مستقيماً، وإن تمرد عنه كان سلوكه غير مستقيم. (1).

وتتمثل وظيفة القانون في وضع تنظيم يحقق التوازن بين المصالح الخاصة توازناً يستجيب لمختلف الظروف: الاقتصادية، الاجتماعية، السياسية، الأخلاقية، الدينية. كما أن من وظائفه التوفيق بين المصلحة الخاصة ومصلحة الجماعة بما يوفر علو المصلحة العامة بغير إهدار للمصلحة الخاصة على التفصيل السابق.

المبحث الثاني القاعدة القانونية

أولاً : خصائص القاعدة القانونية

تمتاز القاعدة القانونية بالخصائص الآتية:

1- القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص

القاعدة القانونية هي عبارة عن خطاب موجه إلى الأشخاص، وهذا الخطاب إما أن يتضمن أمراً لهم بالقيام بفعل معين، أو نهياً عن القيام به، أو مجرد إباحة هذا الفعل من دون أمر به أو نهى عنه. ولا يشترط في القاعدة القانونية أن تكون بصيغة الأمر، أو النهي، أو الإباحة والترخيص، لأنها قد تأتي على شكل إنذار موجه إلى الأشخاص بترتيب أثر ما على واقعة معينة ، فيستنتج من هذا الإنذار ما تريد القاعدة أن تأمر أو تلزم به.

1 () سليمان مرقص - الوافي في شرح القانون المدني - ج1-مدخل العلوم القانونية - مطبعة ج القاهرة - ص 586-587

2- القاعدة القانونية قاعدة سلوكية:

القانون هو مجموعة قواعد سلوكية، أي قواعد تقويمية، أي ما يجب أن يكون عليه سلوك الإنسان بمعنى أن المشرع يصوغ القواعد القانونية وفق مثل وقيم ذلك عن طريق تكليف بأمر، أو نهى عنه ، ويتوجه به إلى الأفراد الذين يتعين عليهم طاعته بإخضاع سلوكهم إليه ، والقانون لا ينظم من الإنسان إلا سلوكه الخارجي ، فلا شأن له بنوايا الإنسان، ولا مشاعره النفسية، ولا ما يكنه ضميره. ولذلك فإن القانون لا يعاقب على مجرد التفكير في ارتكاب الجريمة ، إلا إذا اصطحب هذا التفكير بفعل خارجي كشراء الأسلحة اللازمة لتنفيذها ، ففي هذه الحالة فقط يتدخل القانون لمنع هذه الجريمة أو توقيع العقاب على مرتكبيها ، ولكن ما يجب ملاحظته أن مبدأ عدم اعتداد القانون بالنوايا ليس مطلقاً ، إذ توجد قواعد تستوجب لتطبيقها الاعتداد ببعض النوايا، كالقاعدة القانونية التي تنص بأنه يعاقب بالإعدام من يقتل إنساناً عمداً، كنص المادة /230 عقوبات "كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام".

لا تطبق إلا إذا كان القاتل قد تعمد القتل، أي توافرت لديه نية القتل، ولا تطبق هذه القاعدة إذا كان القتل غير متعمد كالقتل الخطأ.

3- : قاعدة عامة مجردة:

بمعنى أنه روعي على مستوى سنّها - وضعها - تحديد مضمونها اعتبارات موضوعية وليس اعتبارات شخصية (هوى). بحيث يتم تحديد مضمونها بما يحقق المصلحة المستهدفة من التنظيم بصرف النظر عن تنطبق عليهم من الأشخاص أو الوقائع. فتكون العبرة بعموم الصفة وليس بخصوص الذات ويتحقق الشروط المتطلبة لتطبيقها.

من حيث الأشخاص.. ما قرره المادة 431 مدني من أنه "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع" .

وما ورد في م21 تجاري "على كل تاجر تجاوز رأس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه أن يمك الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارته..."
فمثلا القاعدة التي تقضي بحرمان طالب جامعي من متابعة امتحانه إذا ارتكب عملية الغش في الامتحان،
والقاعدة التي تقضي بإحالة الموظف الذي يبلغ سن الستين على التقاعد تعدان قواعد قانونية لأنهما لا تخصان طالبًا ، أو موظفًا معينًا بذاته ، وإنما هما قواعد قانونية عامة يمكن تطبيقها على كل طالب يرتكب عملية الغش في الامتحان، وعلى كل موظف يبلغ سن الستين ومن حيث الوقائع.. ما تنص عليه م694 مدني من أنه "ينتهي عقد العمل بانقضاء مدته أو بانجاز العمل الذي أبرم من أجله".
وما تنص عليه م135 مدني في أنه "إذا كان محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلًا".

من جهة أخرى لا يشترط في القاعدة القانونية أن تتناول في حكمها عددًا كبيرًا من الأشخاص، أو أن تشمل المواطنين جميعًا لكي تعدّ قاعدة قانونية توافرت فيها صيغة العموم.
فكثرة الأشخاص الذين تطبق عليهم القاعدة أو قلتهم ليس لها اعتبار، ولكن المعتبر في القاعدة القانونية هو ألا تتناول أشخاصًا معينين بذاتهم، بل أن يعم حكمها الأشخاص الذين تنطبق عليهم الصفات والشروط المحددة فيها.
لذلك فقد تتناول القواعد القانونية في أحكامها فئات من الناس لا يكون عدد أفرادها كبيرًا، كالقواعد المتعلقة بالتجار، أو الموظفين، أو أساتذة الجامعة، أو غيرهم

وأحيانًا قد تتناول القاعدة بحكمها شخصًا واحدًا كالقواعد التي تتضمن تحديد صلاحيات رئيس الجمهورية واختصاصاته مثلاً ، أو رئيس الوزراء، أو الوزير، فهذه القواعد تعدّ قواعد قانونية على الرغم من أن تطبيقها يتعلق بشخص واحد، ذلك

أن الأحكام التي تتضمنها ذات صفة عامة بحيث يمكن تطبيقها بالنسبة إلى أي رئيس للجمهورية يجري انتخابه وليست خاصة برئيس معين بشخصه وذاته.

4- قاعدة ملزمة مقترنة بالجزاء الذي تفرضه السلطة العامة

يقصد بذلك أن تنظيمها ملزم إلزامًا قانونيًا - وليس مجرد إلزامًا أدبيًا. بحيث أنها لا توجه خطابها على سبيل المناشدة أو الندب بل على سبيل الطلب الجازم بالأمر أو النهي أو تقرير الحق الذي يسبغ عليه حمايته.

بحيث يكون لمن قرر له القانون حقًا، أن ينعم بحماية القانون له، فيكون له أن يطلب دعم السلطة العامة دفاعًا عن حقه وردًا لكل اعتداء عليه أو استردادًا أو اقتضاء له؛ بما مقتضاه حمل الجميع على احترام التنظيم القانوني قهرًا وجبرًا.

ذلك ويستند القانون في إضفاء الإلزام على قواعده، إلى الجزاء المادي الذي تفرضه وتوقعه السلطة العامة بما لها من سلطة الأمر والنهي.

هذا الجزاء المادي يقوم من جهة بدور يحمل المخاطبين على عدم مخالفة القانون ومن جهة أخرى بدور إصلاحي يعمد إلى إزالة المخالفة في حالة وقوعها كلما كان ذلك ممكنًا. فإذا تعذر رفع المخالفة اتخذ الجزاء صورة البديل فيما يعرف بالتنفيذ بمقابل في نطاق الجزاء المدني. كما قد يقصد بالجزاء تحقيق الردع الخاص للمخالف بما يحققه من إيلاء له على المستوى الشخصي (بدنيًا أو ماليًا).

ويأخذ الجزاء صورًا مختلفة باختلاف طبيعة العلاقة محل التنظيم كما يتدرج في شدته بحسب القيمة الاجتماعية محل الحماية وبحسب جسامة الاعتداء عليها وكيفية، بما يكفل له الفاعلية والتناسب مع جنس المخالفة بحيث يرد على المخالف قصده ويردعه من تكررها ويزجر غيره.

وقد يجتمع الجزاء الجنائي مع الجزاء المدني أو الإداري إذا كانت القيمة الاجتماعية محل الحماية على درجة عالية من الأهمية بحيث يحتاج الأمر تدعيمًا لحمايتها إلى إحاطتها فضلاً عن الجزاء المدني أو الإداري بعقوبة جنائية.

ثانيا

أنواع القاعدة القانونية

القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة

1- المقصود بالقاعدة الآمرة .

يقصد بالقاعدة الآمرة تلك التي لا يجوز للمخاطبين بها الاتفاق على عكس ما جاءت به من تنظيم، بحيث تنعدم حرية الأفراد في استبعاد أو مخالفة حكمها لاتصاله بمقوم أساسي من مقومات المجتمع وهو ما يعرف بالنظام العام والآداب. ومن أمثلة هذه القواعد:

- القاعدة التي تنهى عن القتل، السرقة، التزوير، الرشوة، أو غير ذلك من الجرائم.

- القاعدة التي تأمر بأداء الضرائب.

- القاعدة التي تضع حداً أقصى لسعر الفائدة وتنتهى عن تجاوزه

- القاعدة التي تنتهى عن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة.

- من قبيل ذلك أيضا في نطاق القانون العام، نجد في مجال القانون الدستوري

أنه يعتبر من النظام العام كل ما يتصل باختصاص السلطات وبتنظيم الحقوق والحريات العامة كحق الترشيح والانتخاب وحرية التنقل وحرية العقيدة وحرية العمل؛ بحيث لا يجوز النزول عن الحرية الشخصية بتأييد عقد العمل أو تأييد شرط عدم المنافسة.

وفي مجال القانون الإداري يتصل بالنظام العام كل ما يتصل بالوظيفة العامة

وكذا في نطاق القانون المالي ما يتعلق بتنظيم النقد وفرض سعر إلزامي للعملة

الورقية بما يترتب عليه من بطلان شرط الدفع بالذهب.

وفي نطاق القانون الخاص: نجد أن أغلب القواعد المتعلقة بالأحوال

الشخصية المنظمة للأسرة من زواج وطلاق وحضانة يتعلق بالنظام العام وكذا ما يتعلق بأهلية الشخص.

وكذا في مجال المعاملات شأن قواعد التي تكفل حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وما يطرأ من اختلال في التوازن العقدي نتيجة الظروف الطارئة، والأحكام المانعة للمعاملات الربوية والقواعد المناهضة للغش كما هو الحال في عدم جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالي الغش والخطأ الجسيم.

وبالنظر لانعدام حرية الأفراد إزاء ما تتضمنه القاعدة الآمرة من أحكام، يكون الاتفاق على ما يغيرها باطلاً كما هو الحال في الزواج من المحرمة شرعاً والجمع بين أكثر من زوج.

ويلاحظ أن العلة من جعل القاعدة الآمرة قاعدة واجبة الإلتزام إطلاقاً تكمن في أن هذه القاعدة إنما تنظم مسألة تعدد أساسية لإقامة النظام في المجتمع وذلك بالنظر إلى أن هذه المسألة تمس كيان المجتمع.

2- القاعدة المكملّة أو المفسرة

هي التي تسمح للمخاطبين بها بالاتفاق على عكس ما جاءت به جانبهم. فكأن القانون وضع نموذجاً لتنظيم المسألة تاركاً للمخاطبين بها حرية الاحتكام إليه أو استبعاده - كلياً أو جزئياً - أو استبداله بتنظيم اتفاقي أو عرفي. من قبيل ذلك:

- ما هو مقرر من أن نفقات الوفاء بالدين يتحملها المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. أو من أن الثمن يكون مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

- القاعدة التي تفرض على المؤجر التزاماً بصيانة المكان المستأجر ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك.

ومن الجدير بالذكر أن إمكانية استبعاد الحكم الذي جاءت به القاعدة المكملّة لا ينفي عنها خاصية الإلزام التي تتصف به باعتبارها قاعدة قانونية شأنها شأن

القاعدة الآمرة. كل ما في الأمر أن القاعدة الآمرة تكون مطلقة التطبيق بحيث لا يتوقف تطبيقها على شرط، بينما القاعدة المكملة تتجه إلى المخاطبين بها ب خطاب معلق على شرط بحيث لا تكون واجبة التطبيق إلا بتوافر هذا الشرط، و شرط انطباقها هو عدم اتفاق المخاطبين بها على استبعادها أو على عكس ما جاءت به. على أن يكون مفهومًا أن مجرد السكوت عن وضع تنظيم مغاير لما جاء في القاعدة المكملة وعدم الإحالة إليها لا يعتبر استبعادًا لها، في المقابل فإنه يعتبر استبعادًا لها الاتفاق على ما يغيرها أو جريان العرف على غير ما جاءت به من تنظيم.

وتكمن جدوى القواعد القانونية المكملة في النواحي التالية:

الأولى : رغبة المشرع في جعل الأفراد يستغنون عن البحث عن المسائل التفصيلية التي تنظم علاقاتهم.

الثانية : كثيرًا ما يكون الأفراد ليس لديهم خبرة ببعض المسائل القانونية، أو كثيرًا ما لا ينتبهون إلى تنظيم بعض المسائل التفصيلية، أو أنه لا وقت لديهم للبحث عن مثل هذه التفصيلات ،فما عليهم سوى الاتفاق على المسائل الجوهرية وترك ما عداها من مسائل تفصيلية لحكم القواعد القانونية المكملة، فالقاعدة المكملة تطبق حيث لا يوجد اتفاق من الأفراد على مسألة معينة، فمن يبرم عقد بيع مثلاً، ما عليه سوى الاتفاق على المبيع والثلث فقط، أما دون ذلك من بيان لمكان تسليم المبيع ،وزمانه، وكيفية دفع الثمن، والتزامات البائع بضمان الاستحقاق، أو بضمان العيوب الخفية، فكلها أمور وفرت القواعد المكملة على الأفراد مشقة البحث عنها.

والقواعد التكميلية خلافاً للقواعد الآمرة، لا تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية وإنما تتعلق مباشرة بمصالح الأفراد، ولذا يسمح لهؤلاء الأفراد أن يتفقوا على ما يخالف حكمها باستبعاد أحكامها إذا شأوا، والأخذ بأحكام غيرها يختارونها بأنفسهم لأنهم الأولى بتقدير مصالحهم وطرق تحقيقها .

3- معيار التفرقة بين القاعدة الآمرة والمكملة

هناك معياران للتفرقة:

- (1) معيار لفظي.
- (2) معيار معنوي.

1- معيار لفظي (دلالة العبارة):

حيث يستدل بطريقة قاطعة من عبارة النص وألفاظه على طبيعة القاعدة.
(معيار شكلي).

فتكون أمرة حيث يستخدم المشرع عبارات تفيد الأمر (يجب - يتعين - يلزم) أو النهي (لا يحق - ليس لأحد) أو تنص على عدم جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها أو تقرر جزاءً جنائيًا أو مدنيًا في حالة مخالفة التنظيم - الذي جاء به النظام، شأن النص - م131 مدني - على أن "التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه".

على العكس من ذلك تكون القاعدة مكملة إذا صيغ النص بصورة تدل فيها عباراته صراحة على إمكان استبعادها أو الاتفاق على ما يخالفها، بتصريحه أن يجوز الاتفاق على ما يخالفها أو بالنص على أنها تنطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

2- معيار معنوي:

حيث لا تفيدنا عبارة النص في الاستدلال على طبيعة القاعدة، فلا بد من الاحتكام إلى مدى اتصال التنظيم الذي جاءت به القاعدة بالنظام العام والآداب في الجماعة من عدمه، فحيث يتعلق به فإنها تعتبر قاعدة أمرة وحيث لا يتعلق به فإن القاعدة تكون مكملة.

من قبيل ذلك في شأن القاعدة الأمرة ما يقرره النص في شأن تحديد سن الرشد (21 سنة)، فبرغم عدم دلالة عبارة النص على طبيعته، فإن اتصاله بمصلحة أساسية للجماعة على المستوى الاقتصادي، متمثلة في استقرار التعامل، يدل على أنها قاعدة أمرة.

ومن قبيل ذلك في شأن القاعدة المكملّة النص الذي يقرّ بأن: "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع". على اعتبار أن صيغة التوازن التشريعي بين المصالح الخاصة غير متصلة في هذه الحالة بالمصالح الأساسية للجماعة.

فكرة النظام العام تطلق للدلالة على مجموعة المصالح الجوهرية الحيوية في الجماعة: السياسية - الاقتصادية - الاجتماعية - الدينية.

ومن الجدير بالذكر أن فكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف من مجتمع لآخر ومرنة تتطور من زمان لآخر.

مثال: إطلاق حرية التملك في بعض البلاد بلا حدود ووضع حد أقصى للملكية في بلد آخر تعبيراً عن اختلاف المصالح الجوهرية. وتعتبر مرونة النظام العام في الجماعة الواحدة عن تغير المصالح الجوهرية في الجماعة الواحدة من زمن لآخر.

فالرق كان مقبولاً في الجماعة ثم أصبح مخالفاً للنظام العام في ذات الجماعة لتعارضه مع الحرية الشخصية.

كما تغيرت النظرة إلى الطلاق في بعض المجتمعات الغربية من التحريم إلى الإباحة المشروطة.

المبحث الثالث

أقسام القانون

يقسم الفقهاء القانون إلى فرعين أساسيين :القانون العام والقانون الخاص . وهذان الفرعان ينطبقان على القانون الداخلي (الوطني)، وعلى القانون الدولي، والقانون الدولي يُقسم بدوره إلى قانون دولي عام ، وقانون دولي خاص.

وإن معيار التفريق لديهم كان مناطه أن كل ما يتعلق بتنظيم الشيء العام وتحقيق المصلحة العامة للمجتمع يعدّ من قبيل القانون العام، أما القواعد التي تتعلق بتنظيم معاملات الأفراد ومصالحهم فهي من قبيل القانون الخاص. ولكن إلى يومنا هذا لايزال الجدل قائماً حول معيار تقسيم القانون إلى عام وخاص، غير أن معظم الفقهاء متفقون على هذا التقسيم. ومع ذلك فأحياناً تكون قواعد القانون منظمة لعلاقات بين الأفراد والدولة باعتبارها شخصاً اعتبارياً يسعى لتحقيق مصلحة خاصة باعتباره فرداً عادياً . (مثلاً: بيع أملاك الدولة، تأجير عقاراتها)، ففي هذه الحالات لا تمارس الدولة سلطانها لتحقيق مصلحة عامة، بل تتعامل مع الأفراد لتحقيق مصلحة خاصة.

ونستخلص من هذا أن القانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم

العلاقات، أيا كان نوعها، كلما كانت الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة. أما القانون الخاص، فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات أيا كان نوعها فيما بين الأفراد، أو فيما بين الأفراد والدولة باعتبارها شخصاً اعتبارياً لا يمارس سيادة ولا سلطة.

أولاً : فروع القانون العام :

يتضمن القانون العام فروعاً عدة أهمها، القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون المالي، القانون الجنائي، القانون الدولي ، ونعرض لهذه الفروع وفق الآتي:

1-القانون الدستوري:

هو مجموعة القواعد التي تعرّف نظام الدولة السياسي جمهوري، ملكي (وتنظم هيكليّة مؤسسات الدولة) رئاسة الدولة، الحكومة، المجالس التمثيلية أو النيابية)، وتتبع هذا القانون مجموعة القواعد المنظمة لحقوق المواطنين السياسية) الانتخاب والترشيح والطعن بالنتائج أمام الهيئة القضائية المختصة.

2-القانون المالي

:وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المالية العامة للدولة، وميزانيتها السنوية حيث تحدد فيها مسبقاً في بداية العام، مصادر إيرادات الخزينة العامة (ضرائب، رسوم ...) وعلى جانب آخر تبين مصروفاتها، وما يتعلق بها من موارد ونفقات، وينظم هذا القانون كيفية حصول الدولة على هذه الموارد عن طريق الرسوم والضرائب المفروضة على الأفراد والمؤسسات بكل فروعها.

3-قانون العقوبات

:أو القانون الجنائي "هو مجموعة القواعد التي تحدد الأفعال التي جرمها المشرع، والعقوبات والتدابير المقررة لها .وكذلك قواعد ملاحقة المجرم، والتحقيق معه، ومحاكمته، وتنفيذ العقاب فيه".

ويختلف الفقهاء حول تصنيف القانون الجزائي ما بين عام وخاص. فبعض الفقه يضعه في مصاف القانون العام نظرًا إلى أن العقوبات تفرضها الدولة فقط .بينما يضع البعض الآخر من الفقه هذا القانون ضمن الحقوق الخاصة نظرًا إلى أن العقوبات والتجريم تنطبق فقط على الأشخاص الخاصة من طبيعيين واعتباريين من دون أشخاص القانون العام.

4-قانون أصول المحاكمات الجنائية أو الجزائية :

وهو مجموعة القواعد القانونية التي يجب إتباعها من أجل القيام بإثبات الجرائم والبحث عن مرتكبيها، والمتابعات والملاحقات القضائية، والتحقيق في القضايا والحكم فيها "،وهو القانون الذي ينظم كيفية البدء بالدعوى العامة وطرق التحقيق الشرطي والقضائي لمعرفة الجناة واتهامهم، وضمان حقوق الدفاع عن المتهمين بكل مراحل التحقيق والحكم .

5-القانون الإداري:

وهو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد مع الإدارات العامة من خلال استخدام المرافق العامة، وإنشاء العقود الإدارية، ووضع أسس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (القضاء الإداري)، وإرساخ قواعد العمل لدى الإدارة العامة وغيرها من العلاقات.

6-القانون الدولي العام:

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول فيما بينها في السلم والحرب ،وكذلك علاقات الدول بالمنظمات والهيئات الدولية.

ثانيا : فروع القانون الخاص

القانون الخاص، هو مجموعة القواعد القانونية النازمة لعلاقات الأفراد من أشخاص طبيعيين واعتباريين مع بعضهم البعض .أو بين الأفراد والدولة عندما تتصرف باعتبارها شخصا عاديا لا صاحب سيادة وسلطان، ويحتوي القانون الخاص على فروع عدة نجملها بالآتية:

1-**القانون المدني** : هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد (الأساسية) اسم، عنوان، أهلية، جنسية (والمدنية) التزامات، عقود، مسؤولية مدنية.

وفي بعض القوانين ولاسيما الغربية منها يتسع هذا القانون ليشمل الحقوق العائلية للفرد من زواج وطلاق ونسب وتبني ونظام الزوجية المالي، بينما تعدّ هذه الحقوق في الدول العربية والإسلامية من ضمن قانون الأحوال الشخصية.

2-القانون التجاري

وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأشخاص التجارية من خلال تنظيم العمل التجاري والتجار ووسائل الدفع(شيك،أوكمبيالة، بطاقة مصرفية، حوالات،سنداتتجارية) والشركات التجارية بأنواعها (إنشائها، إدارتها، تنظيم تفليسها). وينظم القانون التجاري البحري العلاقات التجارية الناشئة عن التجارة

البحرية، وتتضمن تلك القواعد الحقوق، والعقود، والبيع، والرهن، والبناء، والتأجير، وما ينشأ عن ذلك النشاط من نقل البضائع، الأشخاص، والتأمين على السفينة وحمولتها، كما تنظم علاقة مالك السفينة بربانها وملاحيها. وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من النقل يهتم بنقل البضائع أكثر من الأشخاص.

أما القانون التجاري الجوي فينظم العلاقات التجارية الناشئة عن التجارة الجوية. وتتضمن ملكية الطائرة، وتجهيزها، واستغلالها، ورهنها، والتأمين عليها، وكذلك كيفية وشروط نقل الأشخاص والأمتعة والبضائع، وبيان مسؤولية الناقل الجوي.

3- قانون العمل

"هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين أصحاب العمل والعمال". فهو ينظم عقود العمل والرواتب والمنازعات، والفصل من العمل. والتعويضات، والتأمين على العامل في حوادث العمل والأمراض الناجمة عنه. وتأتي صعوبة تصنيف هذا القانون ضمن القانون العام أو الخاص من خلال انقسام الفقهاء أنفسهم. فالبعض يلاحظ أن مصدر تشريع العمل لم يأت إلا بفضل تدخل الدولة، وبفرضها لهذا القانون على أصحاب العمل من أجل حماية الطبقة العاملة، خصوصاً في مجال تحسين الرواتب، والتأمين الاجتماعي، والتقاعدي للعمال، وتخفيض حرية التعاقد المعروفة في القانون المدني لصالح التوازن العقدي (حماية العامل باعتباره طرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية) من أجل كل هذه الأسباب يرى بعض الفقهاء أن قانون العمل يتبع للقانون العام. بينما يعارض فقهاء آخرون هذه النظرية ويرون أن قانون العمل، ورغم تدخل الدولة القوي، يخضع للقانون الخاص وذلك لعدة أسباب أهمها:

أ -إن قانون العمل يخص مجموعة العلاقات بين أشخاص القانون الخاص (عمال وأصحاب عمل ممثلين عن طريق الشركات التجارية والصناعية.

ب -إن القضاء المختص للفصل في المنازعات بينهم هو القضاء العادي المحاكم المدنية)، وليس القضاء الإداري) إلا في بعض الاستثناءات.

ج -إن عقود العمل هي عقود مشتقة من العقود المدنية ذاتها وتتضمن النقاء بين التزامات شخصين حرين متعادلين، وهذا بعيد كل البعد عن العقود الإدارية حيث يفرض الشخص العام نفسه على الشخص الخاص .إلا أن هذا التعادل النظري في عقد العمل يعدّ مستبعداً أمام القوة الاقتصادية لصاحب العمل الذي يفرض تبعيته القانونية والاقتصادية على العامل.

4-القانون الدولي الخاص

هو فرع من فروع القانون الخاص الداخلي (ينظم العلاقات القانونية بين الأشخاص المختلفي الجنسية، ويحكمه مفهومي الجنسية وتنازع القوانين من حيث المكان . وهو القانون الذي ينظم العلاقات الخاصة بين أشخاص مع وجود عنصر أجنبي، والعنصر الأجنبي يعني أن أحد الأطراف أجنبي أو موضوع العقد في بلد أجنبي أو أن مكان العقد في بلد أجنبي.

وما يمكن ملاحظته على فروع القانون الخاص عموماً ما يلي:

١ -إن القانون المدني ينظم في الدول الغربية التي تأخذ به نوعين من العلاقات القانونية، العلاقات المالية، أي العلاقات التي يكون موضوعها معاملات مالية، والعلاقات العائلية، أو علاقات الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وما يترتب عنهما.

أما في الدول العربية ومنها مصر فالقانون المدني لا ينظم إلا النوع الأول من هذه العلاقات، تاركاً بذلك تنظيم النوع الثاني من العلاقات إلى فرع آخر من القانون الخاص، وهو قانون الأحوال الشخصية، أو قانون الأسرة، أو قانون العائلة.

2- إن القانون المدني يعدّ أقدم فروع القانون الخاص، ولذلك يعدّ أصل هذه الفروع ، فيسمى بالشرعية العامة ، ولذلك يجب الرجوع إليه (القانون المدني) في جميع الأحوال التي لا يوجد فيها حكم في فروع القانون الخاص الأخرى ، يحكم العلاقة القانونية أو النزاع ،

وترتيباً على ذلك ، فإن القانون المدني لا يطبق إذا وجد حكم يحكم النزاع في أي فرع من فروع القانون الأخرى، بمعنى أن فروع القانون الخاص هذه لا تطبق إلا إذا أتت بأحكام استثنائية عن الأحكام الواردة في القانون المدني، وذلك تطبيقاً لقاعدة (الحكم الخاص يقيد الحكم العام).

وتكمن أهمية التفريق بين القانون العام والقانون الخاص في عدة نواح نجلها بالآتية:

1 - إن جميع قواعد القانون العام قواعد آمرة لأنها وجدت أساساً لتحقيق المصلحة العامة، أما القانون الخاص فيتضمن إلى جانب القواعد الآمرة قواعد مكملة.

2- إن الدولة أو هيئاتها العامة يمكنها بما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة أن تحصل على حقها بذاتها من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء ،كاتخاذ القرار بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة. في حين أن القانون الخاص لا يمنح مثل هذه الامتيازات للشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري الخاص الذي لا يمكنه أن يحصل على حقه إلا باللجوء إلى القضاء .

3 - إن الأشخاص الاعتبارية العامة تهدف في علاقاتها إلى تحقيق المنفعة العامة، وتتمتع الأموال المخصصة لها والتي تسمى بالأموال العامة بحماية لا يتمتع بها المال الخاص، وتتمثل هذه الحماية في أنه لا يجوز التصرف في المال العام ولا الحجز عليه ولا تملكه بالتقادم.

الفصل الثانى

مصادر القانون

تمهيد:

يوجد نوعان أساسيان لمصدر القاعدة القانونية : مصادر أصلية، ومصادر احتياطية أو تفسيرية. إذ لا بد للقاعدة القانونية من مصدر تستمد منه مادتها أو موضوعها، (المصدر المادي) .ومصدر رسمي) وهو المصدر الذي يوفر للقاعدة القانونية قوتها الإلزامية أو صبغتها الرسمية. ولا تكتمل القاعدة القانونية إلا إذا توافر عنصران :مادتها من جهة، وصيغتها الرسمية من جهة أخرى. وهنالك مصدران رئيسيان للقانون تأخذ بهما جميع الدول هما: التشريع والعرف

.ويضاف إلى هذين المصدرين في بعض الدول مثل البلاد العربية مصدران آخران، أو أحدهما وهما :القواعد الدينية من جهة، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من جهة ثانية.

ويتصل بالمصادر الرسمية للقانون مصدران آخران يعدّان بمنزلة مصدرين تفسيريين، هما الاجتهاد القضائي والفقهاء.

ونعرض في هذا الفصل لمصادر القانون في مبحثين إذ نعرض في المبحث الأول : التشريع، ونعرض في المبحث الثاني : للمصادر غير التشريعية. على النحو التالي :

المبحث الأول: التشريع.

المبحث الثاني: المصادر غير التشريعية

المبحث الأول

التشريع

التشريع هو المصدر الأول من مصادر القانون، وأكثرها أهمية ، وانتشاراً ونظراً لأهميته نعرض له من خلال سنه ، ومراحل تكونه ، ثم نعرض للنصوص القانونية الأخرى التي تتصل بالتشريع وتتشابه وإياه (الدستور والأنظمة)، ثم نعرض لتفسير التشريع وتطبيقه من حيث الزمان والمكان، ونعرض كذلك إلغاء القانون .وبناء على ما تقدم نقسم دراستنا لهذا المبحث إلى

أولاً: تعريف التشريع وأهميته

ثانياً :أنواع التشريع

ثالثاً :مراحل سن التشريع

رابعاً : تفسير التشريع

خامساً : تطبيق التشريع من حيث الزمان والمكان

سادساً :إلغاء التشريع

أولاً تعريف التشريع وأهميته

تعريفه:

يمكن تعريف التشريع على أنه "القواعد القانونية المكتوبة والصادرة عن

السلطات المختصة(السلطة التشريعية)

نستنتج من هذا التعريف أن أهم ما يميز التشريع هو صدوره عن السلطة التشريعية

المختصة، وإتباعه أصولاً معينة في تكوينه لا يتم من دونها وجوده واعتباره.

ويعرف أيضاً بأنه " قاعدة مكتوبة تصدرها السلطة العامة وفقاً للقواعد الدستورية في الدولة".

أ - أهمية التشريع:

التشريع هو أهم المصادر الرسمية للقانون، وإن كان العرف هو أقدم

مصادره، إذ كان في المرتبة الأولى باعتباره مصدراً للقانون زمنياً طويلاً، إذ

يمكن القول إن العصور القديمة هي عصور العرف والدين، أما التشريع فكان وجوده

ضئيلاً أو شبه منعدم، إلا أنه في خضم التطورات التي وقعت للمجتمعات، وتقدم

البشرية، واتساع نطاق العلاقات الاجتماعية بينها وكثرتها، وتشابكها، ورسوخ فكرة

الدولة ما يتطلب وفرة في القواعد القانونية التي تحكمها أدى بالتشريع إلى أخذ

الصدارة باعتباره مصدراً سريعاً من حيث الوضع والصياغة يستطيع أن يقوم بالدور

الذي يقوم به العرف وأكثر من ذلك.

ويعود السبب في هذه الأهمية الخاصة للتشريع إلى ما يتمتع به من مزايا عديدة

أهمها:

١-سهولة سنه من قبل السلطة التشريعية المختصة، وسهولة إلغائه، فهذه السلطة

تستطيع كلما دعت الضرورة أو المصلحة أن تسن ما تشاء من التشريعات الصالحة،

وأن تلغي ما يظهر لها فساداً أو عدم صلاحه. أما العرف فهو ينشأ ويزول ببطء،

ومن الصعب تغييره أو تعديله بسرعة لعدم وجود سلطة مختصة بذلك.

٢-سهولة معرفته والرجوع إليه، وتحديد زمن بدايته وزواله، إذ إنه يصدر في

نصوص مكتوبة، بحيث يكون من السهل الرجوع إلى الوثائق والمستندات التي

تتضمن هذه النصوص لمعرفة وتحديد تاريخه. أما العرف فلا بد فيه من إثبات

التعامل الجاري بين الناس والعادات السارية فيهم للتأكد من وجوده، كما لا يمكننا تحديد تاريخ دقيق لبدء انتشار العرف أو لزوالة.

٣-يساعد التشريع على حماية حريات الأفراد وحفظ حقوقهم، فهو يحدد حقوقهم وواجباتهم.

٤-يساعد التشريع على توحيد النظام القانوني في البلد الواحد ،ووضع قواعد قانونية عامة تطبق على جميع المواطنين في مختلف مناطقهم، وذلك خلافاً للعرف أو الاجتهاد القضائي اللذين يؤديان لإيجاد قواعد قانونية تختلف في بعض المناطق عن بعضها الآخر.

ب- عوامل انتشار التشريع:

هناك عوامل عديدة تساعد على انتشار التشريع أهمها :

- ١-توطد سلطة الدولة وتمركزها، مما أدى إلى أن تجمع الدولة في يدها سلطة التشريع، وأن تسن القواعد القانونية التي تطبق في جميع أنحاء البلاد.
- ٢-قيام سلطة مختصة تتولى أمر التشريع في النظم الديمقراطية التي أخذت بمبدأ فصل السلطات، مما ساعد على أن تتصرف هذه السلطة إلى عملها في سن التشريعات.

٣-انتشار النزعة الاشتراكية في عصرنا الحاضر التي تدعو إلى تدخل الدولة في شؤون الأفراد، وتوليها أمر تنظيمها عندما تقضي بذلك الضرورة ومصلحة المجتمع.

ج-عيوب التشريع:

هناك عدة عيوب للتشريع نجملها بالآتي:

- ١-بما أن التشريع يصدر عن سلطة عليا مختصة فقد يتحول في بعض الأحيان إلى وسيلة تحكمية في يدها تجعله يخدم مصالحها الخاصة (الشخصية) على حساب المصالح العامة، وهذا غير ملائم لظروف المجتمع، كما أنه قد يصدر كذلك أحياناً تحت ضغوط سياسية.

٢ -اتصاف التشريع بالجمود ،ذلك أنه يعتمد على عملية التقنين ، وكذلك سهولة تعديله التي تخل باستقرار المعاملات، وكذلك هناك صعوبة تواجه الأفراد في الاطلاع على كل القوانين مما يؤدي إلى فقدان الثقة بالقانون.

ثانيا: أنواع التشريع وتدرجه

ينقسم التشريع إلى ثلاثة أنواع:-

(1) التشريع الدستوري

(2) التشريع العادي

(3) التشريع الفرعي

(1) التشريع الدستوري:

يطلق عليه التشريع الأساسي وهو مجموعة القواعد التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتنظم السلطات العامة من حيث تكوينها واختصاصاتها وعلاقتها بعضها ببعض، فالدستور هو الذي يضع الأساس الذي يقوم عليه نظام الدولة، وتختلف طريقة وضع الدستور من دولة لأخرى حسب الظروف السياسية فقد يصدر من الحاكم صاحب السلطات في الدولة، وقد تسنه جمعية تأسيسية أو يصدر من الشعب، وقد يصدر بطريق الاستفتاء الشعبي - كما في جمهورية مصر العربية حيث صدر دستورها الدائم في عام 1971، وتعديل الدستور يكون بنفس الطريقة التي نص عليها الدستور نفسه.

(2) التشريع العادي:

هو التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور، ويطلق عليه اسم (القانون).. وفي مصر يصدر التشريع العادي

عن طريق السلطة التشريعية وهي مجلس الشعب.. فالمادة 86 من الدستور تنص على أنه (يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع).

* ولكن الدستور أباح لرئيس الجمهورية الاشتراك في سن التشريع مع مجلس الشعب بما يعطيه من حق إصدار القانون العادي أو الاعتراض عليه مادة 112 من الدستور وحق رئيس الجمهورية في إصدار تشريعات تسمى قرارات بقوانين وذلك في حالتين:-

(1) حالة التفويض: أن يفوض مجلس الشعب رئيس الجمهورية في إصدار تشريعات بقوة القانون وذلك عند الضرورة وفي أحوال استثنائية يقرها مجلس الشعب.

(2) حالة الضرورة: وفقاً لنص المادة 147 من الدستور (إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون.

(3) التشريع الفرعي (اللوائح)

تعريف اللائحة: القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية متضمنة قواعد عامة مكتوبة، وفي الغالب تصدرها الهيئات الإدارية التي تملك سلطة التنظيم. مقارنة اللائحة بالقانون.

وجه التشابه: 1- تحتوي على قواعد عامة ومجردة.

أوجه الاختلاف:-

1- اللائحة تصدر عن السلطات الإدارية بينما القانون يصدر عن السلطة التشريعية.

2- ضرورة خضوع اللائحة لأحكام القانون فهي أقل منه في التدرج التشريعي.

3- هناك مجالات لا تستطيع اللائحة اختراقها حيث يحتفظ التشريع بمطلق السلطة.

4- الهدف منها ليس إصدار قاعدة جربت بل إتاحة الفرصة للسلطة التنفيذية لتنظيم ما يدخل في اختصاصاتها.

مثال: قانون الجامعات يتضمن تعيين عميد ووكيل للكلية.. الكلية تصدر لوائح بتحديد من الوكيل والعميد واختصاصات كل منهم في إطار القانون العام.
ملحوظة: اللائحة يمكن تغييرها لمواجهة متطلبات الحياة الاجتماعية من إقليم لآخر ومن وجهة لأخرى بينما صعب على القانون ذلك أي أنها أكثر مرونة من التشريع.
أنواع اللوائح

1- اللوائح التنفيذية (مجموعة القواعد التي تنظم المسائل التفصيلية اللازمة لتنفيذ التشريع العادي)

- هي تفصيلات لتنفيذ القانون.
 - الأصل أن إصدار اللوائح يكون منوط برئيس الجمهورية (144 من الدستور) وله أن يفوض غيره.
 - يمكن إصدار اللوائح التنفيذية بدون نص صريح في القانون.
- وظيفة اللائحة:** وضع التفصيلات اللازمة لتنفيذ التشريعات العادية بما ليس فيه تعديل بالإضافة أو بالحذف ومن المقرر أنه لا يجوز لللائحة أن تضيف للتشريع أحكاماً جديدة.

ولكن فيما عدا ذلك يمكن تنفيذ القانون بدون إصدار لائحة تنفيذية.

2- لوائح البوليس أو الضبط: (مجموعة القواعد التي تضعها السلطة التنفيذية بقصد حفظ الأمن العام وتوفير السكينة العامة)

مثال: **1- اللوائح التي تصدر لحماية الأمن العام والصحة العامة.**

2- لوائح المرور 3 - المحلات المضرة بالصحة

تعتبر هذه اللوائح أخطر أنواعها لأنها توجد قيود على حريات

الأفراد وحقوقهم .

أما التشريعات الفرعية فإنه استنادًا للمادة 24 من قانون مجلس الدولة، فإنها تنفذ فور نشرها في الجريدة الرسمية أو الوقائع المصرية أو النشرات المصلحية بحسب الأحوال ما لم يحدد التشريع موعدًا آخر لنفاذها.

ثالثًا: تدرج التشريعات:-

مبدأ التدرج بين التشريعات (الأساسي - العادي - الفرعي) مبدأ أساسي في الأنظمة ذات الدستور الجامد كالدستور المصري الصادر عام 1971م. ومضمونة ترتيب التشريعات بطريقة تنازلية، بحيث نجد في قمة الهرم الدستور الذي يتضمن المبادئ الأساسية للتنظيم القانوني في الدولة يليه التشريع العادي ثم التشريع الفرعي. ومقتضاه وجوب احترام الأدنى للأعلى بحيث لا يجوز له مخالفته بالإلغاء أو التعديل أو بالإضافة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا. وفي ذلك تقرر محكمة النقض "التشريع لا يلغي إلا بتشريع لا حق مماثل له أو أقوى منه فلا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغي أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكامًا جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون" والتدرج على هذا النحو له نتيجتان:

النتيجة الأولى: قانونية اللوائح:

مقتضى علو التشريع العادي أنه يتمتع على اللوائح أن تأتي بما يتضمن تعديلًا لأحكامه أو تعطيلًا لها أو ما يؤدي إلى الإعفاء من تنفيذها، فإذا خرجت اللائحة عن هذا الضابط كان للمحاكم العادية أن تمتنع عن تطبيق اللائحة فيما تتضمنه من مجاوزة أو مخالفة لأحكام القانون، كما أن لمحاكم مجلس الدولة إلغاء تلك اللائحة والقضاء للمضروور منها بالتعويض، أخذًا من محاكم مجلس الدولة بالمعيار الشكلي أو العضوي في اختصاصها بنظر الطعون على القرارات الإدارية التنظيمية.

النتيجة الثانية: دستورية القوانين واللوائح:

تتولى المحكمة الدستورية العليا في مصر دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح سواء من حيث الشكل أو الموضوع من خلال أسلوب الدفع الفرعي أو عن طريق الإحالة من المحكمة الموضوعية نفسها إذا تراءى لها أثناء نظر إحدى الدعاوي عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع؛ حيث توقف الدعوى وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

وأحكام المحكمة الدستورية في الدعاوي الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة وهي نهائية غير قابلة للطعن فيها وتنتشر أحكامها خلال 15 يومًا على الأكثر في الجريدة الرسمية.

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر أسبق فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة لهذا النص كأن لم تكن.

ثالثا : مراحل سن التشريع القانوني ونفاذه

(1) مرحلة الاقتراح:-

- حين تلتزم الحكومة الحاجة إلى قانون تتقدم بمشروع تعرضه على السلطة التشريعية سواء من جانب عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الشعب ويثبت كذلك لرئيس الجمهورية.
- يحال إلى إحدى اللجان المختصة لفحصه وكتابة تقرير عنه.
-

(2) مرحلة المناقشة والتصويب:-

- بعد أن تقدم اللجنة المختصة تقريرها يعرض على مجلس الشعب لمناقشته ولا يتخذ القرار إلا بحضور أغلبية أعضاء المجلس ويصدر القانون بالأغلبية المطلقة، إذا تساوت الأصوات يرفض القانون (يمكن للحكومة أن تقدمه مرة أخرى للمجلس في حالة رفضه.. أما إذا كان المشروع مقدم من جانب أعضاء مجلس الشعب لا يجوز إعادته مرة أخرى).

(3) مرحلة الإصدار:

هو عمل تنفيذي وليس تشريعي ويقصد بالإصدار صدور أمر من رئيس الجمهورية إلى السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون الذي وافق عليه مجلس الشعب وهذا في حالة موافقته هو على القانون ولرئيس الجمهورية الحق في الاعتراض على القانون في خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه به وهنا يرد إلى المجلس مرة أخرى خلال 30 يوم وإذا تم الموافقة عليه من قبل المجلس في أقرب جلسة اعتبر المشروع قانون وأصدر.

4) مرحلة النشر (نفاذ التشريع)

النشر هو إجراء يقصد به إعلان التشريع للناس وتحديد موعد العمل به ولا يصبح ملزماً إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية.. والأصل أن يلزم تنفيذه بعد شهر من اليوم التالي لنشره ما لم يحدد التشريع تاريخاً آخر لسريانه ونفاذه.

رابعاً: تفسير التشريع

لا تحتاج القواعد القانونية الواضحة المعنى إلى تفسير ، ولكن قد يوجد في بعض النصوص القانونية عدم وضوح في المعنى أو نقصاً أو غموضاً يستحيل فيها تطبيق هذه الحالات المبهمة من القواعد القانونية مما يتطلب تفسيراً لها لتحديد المعنى، وهذا التفسير له قواعد وأسس يبنى عليها. والتفسير هو بيان الحكم القانوني الأمثل الذي يفهم من النص لتطبيقه على الأفراد. وهناك اتجاهان فقهيان في تفسير التشريع: الأول موسع والثاني مضيق

الاتجاه الفقهي الموسع:

ويذهب أنصاره إلى ضرورة معرفة المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية، وبالتالي يطبق هذا المعنى على جميع القواعد القانونية مهما كان مصدرها سواء أكان تشريعاً أو شريعة إسلامية، أو عرفاً.

أما الاتجاه الفقهي المضيق:

ويذهب أنصاره إلى وجوب الاختصار في التفسير على القواعد القانونية التشريعية فقط، لأن التشريع يرد في مواد مختصرة يصعب معرفة حكم النص القانوني.

وتفسير التشريع هو تحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتبين نطاقها ٨٥ ، والكثير من الفقهاء يفرّق من حيث طريقة التفسير إذ يعطي القاضي حرية التفسير في نصوص القانون الخاص، بينما يضيق في سلطات القاضي في تفسير نصوص القانون العام وعلى الخصوص في القوانين الجنائية.

أ - ماهية التفسير:

يتناول التفسير ما يأتي:

- ١ - تحديد معنى القاعدة القانونية إذا شابها الغموض، أو وردت بها ألفاظ في حاجة إلى بيان أو حاجة إلى ضبط المراد منها كلفظ الغش أو لفظ سوء

النية...الخ.

٢-تكميل القاعدة القانونية إذا عابها الاقتضاب والإيجاز.

٣ -رفع التناقض الموجود بين قاعدتين قانونيتين بالتوفيق بينهما، أو بترجيح إحداهما على الأخرى إذا لزم الأمر.

٤ -الإسهام في تطبيق القواعد القانونية على الواقع المتغير بجزئياته وتفاصيله.

ب - أنواع التفسير:

التفسير هو بيان المعنى الحقيقي الذي تدل عليه القاعدة التشريعية وإيضاحه، واستنتاج الحكم الذي تنص عليه ليتمكن تطبيقه تطبيقاً صحيحاً.

ويمكن إجمال أنواع التفسير بالآتية:

١-التفسير التشريعي:

يصدر هذا النوع من التفسير عن المشرع حين وجود نصوص قانونية غامضة المدلول لا يستدل القضاء إلى مدلولها الحقيقي ويسمى هذا النوع من التفسير بالقانون التفسيري ٨٦ . ويعدّ القانون التفسيري الصادر عن المشرع بمنزلة التشريع ذاته الذي يراد تفسيره، ولذلك فإن هذا التفسير من أهم أنواع التفسير وأقواها من الوجهة القانونية.

والقانون التفسيري الذي يصدره المشرع لا يطبق فقط منذ صدوره، وإنما منذ صدور التشريع الأصلي الذي جاء ليفسره لأن القانون التفسيري لا يعدّ تشريعاً جديداً وإنما هو إيضاح لتشريع سابق.

٢-التفسير القضائي:

هو التفسير الذي يقوم به القاضي عند تطبيق نص قانوني يتخلله غموض أو إبهام على دعوى مرفوعة أمامه حتى يسهل فهمه وبيان أحكامه. ويكون هذا التفسير ملزماً فقط في الدعوى التي صدر بشأنها في المحكمة ذاتها، ويجوز للقاضي مخالفته في دعوى مماثلة، وهذا التفسير غير ملزم للمحاكم الأخرى،

وتكون المحكمة ملزمة بالتفسير من دون طلب الخصوم. ومن مزايا التفسير القضائي أنه ذو طابع عملي لأن القاضي إنما يعتمد إليه بمناسبة قضية أو قضايا معينة يطلب إليه الحكم فيها، فيحاول جهده أن يفسر التشريع في ضوء ظروف هذه القضية أو القضايا وملابساتها، ويكون تفسيره أشد صلة بالحياة العملية وأكثر ملائمة لضرورات الواقع من أي تفسير غيره.

٣- التفسير الفقهي:

هو التفسير الذي يصدر عن فقهاء القانون في أبحاثهم القانونية حيث يقومون بتفسير واستخلاص الأحكام من خلال التعليق عليها، وهذا تفسير لا يرتبط بنزاع قضائي قائم بل يكون نظرياً ، وبالتالي لا يكون ملزماً للقضاء لأنه مجرد رأي فالقاضي له الاختيار في الأخذ به أو تركه، ولا يمكننا التقليل من أهمية التفسير الفقهي لإسهامه في تطوير القانون.

٤- التفسير الإداري:

ويتمثل عادة في البلاغات والتعليمات التي تصدرها الإدارات العامة المختصة إلى موظفيها تفسر لهم فيها أحكام التشريعات التي يكلفون بتطبيقها، وتبين كيفية هذا التطبيق، وتكون هذه التفسيرات ملزمة للموظفين الصادرة لهم فقط.

ثالثاً- ضرورة التفسير:

يتألف التشريع من قواعد عامة ومجردة توضع من قبل المشرع . فإذا عرضت قضية ما على قاض يكون من واجب هذا القاضي البحث في نصوص التشريع أولاً عن القاعدة الممكن تطبيقها على القضية، ثم يصدر حكمه بمقتضى هذه القاعدة بعد أن يتثبت من صحة انطباق القاعدة على القضية. ولكن عمل

القاضي ليس بهذه السهولة إذ عليه أن يتثبت من مضمون القاعدة التشريعية ويفسرها ويوضح معناها ويستخلص الحكم المطلوب تطبيقه على القضية.

رابعاً: حالات التفسير:

يقصد بحالات التفسير الأسباب إلى أدت بالقاضي أو الفقيه للبحث عن تفسير للقانون من أجل الإيضاح، وتسهيل فهم النص القانوني، ويمكن إجمال هذه الحالات بالآتية

أ- الخطأ المادي:

يكون هناك خطأ مادي في النص القانوني إذا كانت عبارة النص تتضمن خطأً فادحاً في بعض ألفاظه بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيحها، وهذا النوع من الخطأ لفظي لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيح ذلك اللفظ أو تلك العبارة ، وهذا الخطأ ليس بحاجة إلى تفسير وإنما إلى تصحيح فقط حتى يستقيم المعنى .وهو أبسطها وأقلها شأنًا لأنه في الواقع لا يستوجب تفسير النص المعيب وإنما تصحيحه فقط.

ب- الغموض أو الإبهام:

يعدّ النص القانوني غامضاً أو مبهمًا إذا كانت عباراته غير واضحة، بحيث تحتل التفسير أو التأويل، وبحيث يمكن أن نستنتج منها أكثر من معنى. واحد، ومهمة القاضي في هذه الحالة هي أن يختار من بين المعاني المختلفة التي يحتملها النص المعنى الأكثر صحة.

ج- النقص أو السكوت:

يكون هنالك نقص في النص إذا جاءت عبارته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها، أو إذا أغفل النص التعرض لبعض

(الحالات التي كان يفترض أن ينص عليها. مثال ذلك ورد في المادة (١٥١ من القانون المدني المصري القديم أنه":

"كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر"، فهذه المادة قد يفهم منها أن كل فعل للإنسان أيًا كان نوعه يستوجب إلزام هذا الإنسان بالتعويض عما ينشأ عنه من ضرر للآخرين، ولكن الواقع أن المرء لا يلزم بالتعويض إلا عن الأضرار التي تتجم عن أفعاله غير المشروعة ، أما أفعاله المشروعة التي لا يتعدى فيها على غيره فإنه لا يسأل عنها ولو سببت بعض الأضرار. ويتعين أن يكون نص المادة " كل فعل غير مشروع نشأ عنه ضرر للغير يلزم مرتكبه بالتعويض."

د-التناقض أو التعارض:

يكون هنالك تناقض أو تعارض بين نصين قانونيين إذا كان الحكم الذي يدل عليه أحدهما يخالف تمامًا الحكم الذي يستنتج من الآخر، ومهمة القاضي في هذه الحالة التوفيق بقدر الإمكان بين النصين، فيسعى إلى أن يطبق كلا منهما في نوع معين من الحالات.

خامسا : تطبيق القانون

وفقاً لنص المادة 72 من الدستور، تتولى السلطة القضائية مهمة تطبيق القانون وهي سلطة مستقلة من سلطات الدولة، وتتألف السلطة القضائية من المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون (المادة 72 من الدستور) وتصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب.

ونتكلم بإيجاز عن جهة القضاء العادي، ثم جهة القضاء الإداري، ثم للجهات القضائية ذات الولاية المحددة.

أولاً: جهة القضاء العادي:

هو الجهة التي تختص بالنظر في جميع المنازعات إلا ما استثني بنص خاص (المادة 15 من قانون السلطة القضائية) ومعنى ذلك أن جهة القضاء العادي هي السلطة القضائية العامة في مصر، فهذه الجهة هي التي تختص بالفصل في كافة المنازعات والجرائم طالما لم يوجد نص قانوني يخرجها من اختصاصها. وتشكل جهة القضاء العادي من عدة محاكم تتنوع تبعاً لطبيعة المنازعات، فهناك المحاكم المدنية التي تقضي في المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصي، وهناك المحاكم الجنائية التي تفصل في الدعاوى الجنائية التي تحيلها إليها النيابة العامة، وتأتي في القمة محكمة النقض.

1- محاكم الدرجة الأولى:

يقصد بمحاكم الدرجة الأولى المحاكم التي تنتظر الدعوى ابتداء أي دون أن يكون قد سبق نظر هذه الدعوى بواسطة محكمة أخرى، وتشمل محاكم الدرجة الأولى المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية (أو الكلية).

(أ) الدعاوى المدنية والتجارية: التي لا تزيد قيمتها على عشرة آلاف جنيه، وتختص كذلك بالحكم في الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى

والمصارف، وكذلك دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمباني والأراضي والمنشآت إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع، كما تختص بدعاوى قسمة المال الشائع، والدعاوى المتعلقة بالمطالبة بالأجور والمرتببات وتحديدها.

ب) دعاوى المخالفات والجنح: ويقصد بالمخالفة الجريمة التي يعاقب عليها القانون بالغرامة التي لا يزيد مقدارها على مائة جنيه، أما الجنحة، فهي الجريمة المعاقب عليها بالحبس أو بالغرامة التي يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه.

المحاكم الابتدائية: تنشأ المحكمة الابتدائية بقانون، وتوجد محكمة ابتدائية في عاصمة كل محافظة الجمهورية، وتضم القاهرة محكمتين ابتدائيتين، محكمة الشمال ومحكمة الجنوب.

وتشتمل كل محكمة ابتدائية على عدد من الدوائر بقدر حاجة العمل بها، وتشكل الدائرة من ثلاثة قضاة أحدهم بدرجة مستشار أو رئيس محكمة ويرأس الدائرة.

وتختص كل دائرة بنوع معين من الدعاوى فهناك دائرة لدعاوى الإيجارات، ودائرة للدعاوى التجارية، ودائرة لدعوى التعويضات وهكذا وتختص المحكمة الابتدائية باعتبارها محكمة أول درجة بالدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص المحكمة أول درجة بالدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص المحكمة الجزئية ومن ثم فهي تختص بالدعاوى التي تزيد قيمتها على عشرة آلاف جنيه ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز عشرة آلاف جنيه.

محكمة الجنايات: تشكل دائرة أو أكثر في كل محكمة الاستئناف للنظر في الجنايات وتتكون هذه الدائرة من ثلاثة من مستشاري محكمة استئناف ويرأسها رئيس المحكمة أو أحد نوابه أو أحد رؤساء الدوائر وعند الضرورة يجوز أن يرأسها أحد المستشارين بها، وتنفذ محكمة الجنايات في كل جهة بها محكمة ابتدائية.

2- محاكم الدرجة الثانية:

وهي المحاكم التي تنتظر دعاوى سبق الحكم فيها من إحدى محاكم الدرجة الأولى ولم يرض الخصوم بهذا الحكم فقاموا بالطعن فيه بالاستئناف، والمحكمة التي يعرض عليها الاستئناف هي محكمة الدرجة الثانية، ومحاكم الدرجة الثانية هي:-

(1) المحكمة الابتدائية الاستئنافية: وهي دائرة من دوائر المحكمة الابتدائية لا تختص بالفصل في الدعوى ابتداء بل تنتظر استئناف الحكم الصادر من المحكمة الجزئية في الدعاوى المدنية أو التجارية التي تزيد قيمتها على ألفي جنيه، كذلك تخصص دائرة من دوائر المحكمة الابتدائية لفصل في استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية التي تقع في دائرة اختصاصها في اجنح والمخالفات، وتسمى هذه الدائرة محكمة الجنح والمخالفات المستأنفة.

(2) محاكم الاستئناف: وهي محاكم تنشأ بقانون وتتألف من عدة دوائر وتتشكل كل دائرة من ثلاثة مستشارين، ويطلق على محكمة الاستئناف أحياناً "محكمة الاستئناف العليا" تمييزاً لها عن المحكمة ابتدائية الاستئنافية، ويوجد في الوقت الحاضر ثمان لها عن المحكمة الابتدائية الاستئنافية، ويوجد في الوقت والمنصورة والإسماعيلية وبني سويف وأسيوط وقنا، وتخص محكمة الاستئناف بالحكم في قضايا استئناف الذي يرفعه إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم ابتدائياً من المحاكم ابتدائية التي تتجاوز قيمتها عشرة آلاف جنيه.

(3) محكمة النقض: وهي محكمة واحدة على رأس القضاء العادي ومقرها مدينة القاهرة ويشمل اختصاصها جميع أنحاء الجمهورية، وتتكون محكمة النقض من دوائر متعدد بحيث تختص دائرة أو أكثر بنظر نوع معين الدعوى.

ومحكمة النقض لا تعتبر درجة من درجات التقاضي، ذلك لأنها لا تنتظر في موضوع الدعوى من جديد وإنما تقتصر على مراقبة ما إذا كان الحكم المطعون فيه طبق القانون تطبيقاً سليماً من عدمه، فإذا وجدت أن الحكم قد طبق القانون تطبيقاً سليماً قضت برفض الطعن، أما إذا وجدت أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ في

تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله أو خالف القانون قضت بنقض الحكم أي إلغائه وإعادة الدعوى إلى محكمة الموضوع.

ثانيًا: جهة القضاء الإداري:

لم تعرف مصر القضاء الإداري كجهة قضائية مستقلة ابتداء من سنة 1946 حيث أنشئ مجلس الدولة المصري، ونص قانونه على أنه هيئة قضائية مستقلة، وتتص المادة 172 من الدستور على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى، ويقصد بالمنازعات الإدارية المنازعات التي تكون الإدارة طرفًا فيها بوصفها سلطة عامة مثل المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات المستحقة للموظفين العموميين والطعون التي يقدمها ذو الشأن في القرارات الإدارية والدعاوى التأديبية.

ويمثل القضاء الإداري الركيزة الأساسية لمجلس الدولة وإلى جانبه يوجد قسم الفتوى والتشريع وهيئة مفوضي للدولة ولكل منها اختصاصه المبين بالقانون وتتكون جهة القضاء الإداري من أربعة أنواع من المحاكم هي:-

- 1- المحكمة الإدارية العليا وهي تتشابه في وظيفتها مع محكمة النقض.
- 2- محكمة القضاء الإداري.
- 3- المحاكم الإدارية.
- 4- المحاكم التأديبية.
- 5- هيئة مفوضي الدولة.

ثالثًا: جهات القضاء ذات الولاية المحددة:

إلى جانب جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري توجد محاكم خاصة أو هيئات قضائية تمارس اختصاصًا محددًا وأهم هذه المحاكم هي:-

أولاً: المحكمة الدستورية العليا:

ولقد حدد القانون اختصاصها على النحو التالي:-

- 1- الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.
 - 2- الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحدهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها.
 - 3- الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر من جهتين قضائيتين مختلفتين.
 - 4- تفسير النصوص ذات الأهمية التي أثارت خلافاً في التطبيق.
- هذا التنوع في التنظيم للسلطة القضائية لا يمنع من أن هناك قواعد موحدة تنطبق في النظامين بخصوص كيفية مباشرة السلطة القضائية لوظيفتها بما يضمن استقلال القضاة في أدائهم لوظيفتهم وبما يضمن توفير الثقة للمتقاضين وتحقيق الحق في الدفاع.

ثانياً: محكمة القيم:

أنشئت هذه المحكمة بالقانون رقم 95 لسنة 1980 الخاصة بحماية القيم من العيب، وتتكون هذه المحكمة من درجتين تتشكل درجتها الأولى من سبعة أعضاء برئاسة أحد نواب محكمة النقض وعضوية ثلاثة من مستشاري محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وثلاث من الشخصيات العامة، أما درجتها الثانية تتكون من تسعة أعضاء برئاسة أحد نواب رئيس محكمة النقض وعضوية أربعة من مستشاري محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وأربع من الشخصيات العامة، ويصدر وزير العدل قراراً بهذا التشكيل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية.

ثالثاً: المحاكم العسكرية:

وهي المحاكم المشكلة وفقاً لقانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم 127 لسنة 1980 وهي تتكون من ثلاثة أنواع من المحاكم هي:-

1- المحكمة العسكرية المركزية:- وهي تشكل من قاضي تقل رتبته عن نقيب وممثل للنيابة العسكرية وكاتب الجلسة.

2- المحكمة العسكرية لها سلطة عليا:- وتشكل من قاضي منفرد تقل رتبته عن مقدم وممثل لنيابة العسكرية وكاتب الجلسة.

3- المحكمة العسكرية العليا:- وتشكل من ثلاث ضباط قضاة برئاسة أقدمهم على ألا تقل رتبته في جميع الأحوال عن مقدم، وممثل لنيابة العسكرية، وكاتب الجلسة، ويجوز محاكمة أحد العسكريين أمام محكمة يكون رئيسها أحدث منه رتبة، وتختص المحكمة العسكرية العليا بالنظر في كافة الجرائم التي يرتكبها أو يساهم فيها الضابط كذلك الجنايات الداخلية في اختصاص القضاء العسكري طبقاً لقانون الخدمة العسكرية.

تطبيق القانون من حيث الأشخاص

مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون

إذا تم نشر القانون بالجريدة الرسمية كوسيلة وحيدة لعلم الناس بصدور القانون ومرت المدة المحددة فيه لنفاذه 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 . هذه القاعدة هي عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، أو أن الجهل بالقانون ليس بعذر ولا يقبل من أحد جهله بالقانون () أو مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون . ويقضى هذا المبدأ بأنه لا يعذر أحد بجهل القانون أو بعقوبة أخرى الجهل بالقانون ليس بعذر يعفى من تطبيقه، بمعنى أنه لا يفترض في الكافة العلم بالقانون وأن العلم بالقانون ليس شرطاً لتطبيقه (لذلك فإن الجهل لا يمنع من انطباقه" فعدم العلم بالقانون لا يعوق تنفيذه،

وليس الجهل عذراً يعفى من تطبيقه)

أساس المبدأ:-

القانون هو " افتراض علم الأفراد بالقانون، وقيل إن الأساس هو كفالة النظام " .
وذلك توفيقاً بين اعتبار العدالة بما يوجبه من ضرورة إحاطة المخاطبين علماً
أو في الأقل تمكينهم من العلم بالقانون قبل مخاطبتهم به. وبين الاعتبار العملي
القائم على ضرورة تثبيت دعائم الأمن والنظام في المجتمع والحفاظ على استقرار
المعاملات وفكرة الإلزام الذاتي للقانون، مقتضاها عدم تعليق تطبيق القانون على
العلم الفعلي أسس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على افتراض العلم به
الذي يقوم بدوره على دعامتين:

الأولى: توفير وسيلة منضبطة تمكن المخاطبين من العلم بالقانون.

الثانية: التزام المخاطب بالقانون باعتباره عضواً في مجتمع مدني بالسعي

للعلم به من وسائله المتاحة.

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.

والقرينة القانونية هي افتراض قانوني يجعل الشيء المحتمل أو
الممكن صحيحاً، وفقاً لما هو مألوف في الحياة وفقاً لما يرجحه.

نقد قرينة افتراض العلم كأساس للمبدأ:

انتقد البعض القول بأن أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل
القانون يتمثل في قرينة أقامها النظام القانوني مردداً 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 المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية بل الغالب هو جهلهم . بها ، ولا شك أن إقامة القرينة بهذا الشكل أمر غير عادل.

٢- كفالة النظام وتحقيق المساواة:

يحتم 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 مصلحتين متعارضتين، مصلحة الشخص الذى يجهل القانون، ومصلحة الجماعة التى تتطلب تطبيق القانون تطبيقاً عاماً . ولا شك أنه عند تعارض مصلحتين فإنه يضحى بالمصلحة الأقل أهمية ولا شك أنها المصلحة الفردية . ثم ما هو ذنب الآخر فى علاقة معينة، لقد رتب

أمره 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

نطاق المبدأ:

القواعد القانونية على اختلاف مصادرها واختلاف أنواعها ينطبق عليها مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهلها وافترض العلم بها سواء كان التشريع أو العرف أو مبادئ شريعة وقواعد العدالة.

١-يسرى هذا المبدأ على جميع القوانين الوطنية والأجنبية سواء أكانت هذه القوانين تنتمي إلى القانون العام أم القانون الخاص •

٢-يسرى على جميع القواعد القانونية أيّاً كان مصدرها أي التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية والدين عموماً، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

• وكما سبق القول فإن الأساس الذي يستند إليه المبدأ يختلف في التشريع عنه في غيره من المصادر • ففي التشريع الأساسي هو افتراض إمكان العلم، وفي بقية المصادر افتراض العلم.

ويسرى المبدأ على التشريع-أيّاً كان نوعه سواء كان تشريع أساسي أم عادي أم فرعي •

٣ -ووفقاً للرأي الراجح في الفقه، يسرى المبدأ على جميع القواعد

القانونية سواء الأمرة أم المكملة • وهذا أمر واضح ولا خلاف عليه في الفقه، بينما خلاف حدث بالنسبة للقواعد المكملة وأن الرأي 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

الاستثناء من القاعدة:

- وقوع ظروف قهرية تمنع وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة حيث في الدولة كوقوع زلزال أو حرب أو فيضان وهذا الاستثناء خاص بالتشريع فقط ولا ينطبق على المصادر الأخرى.

• عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون والغلط في القانون.

وفقاً لنص المادة 122 من القانون المدني يكون العقد قابلاً للإبطال للغلط في القانون إذا توافر فيه شروط الغلط في الواقع ويقصد بالغلط في القانون العام الخاطئ بحكم القانون.

مثال: الوارث الذي يبيع حصته في التركة معتقداً أنه يرث ربع التركة ثم يظهر له بعد البيع أن نصيبه النصف لا الربع طبقاً لقواعد قانون الميراث فيكون لهذا الوارث أن يطالب بإبطال البيع لوقوعه في غلط القانون.

وهذه الحالة بإجماع الفقه ليست استثناء على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، لأنهما مختلفان فبينما يهدف من تمسك بجهله بالقانون استبعاد تطبيقه، فإن من يتمسك بالإبطال للغلط في القانون يهدف إلى تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً.

في المقابل فإنه لا يقبل عذرًا للاحتجاج بجهل القانون أي ظرف شخصي يعود للمخاطب شأن مرضه أو جهله بالقراءة أو سفرة للخارج أو انشغاله لغير ذلك من الأسباب.

نقصد بتطبيق القانون تحديد المجال الذي يطبق فيه القانون، بالنظر إلى:

١ - الحيز المكاني أو الإقليمي الذي يطبق فيه القانون (تطبيق القانون من حيث المكان).

٢ - الفترة الزمنية التي يعمل خلالها بالقانون (تطبيق القانون من حيث الزمان).

أولاً - تطبيق القانون من حيث المكان:

تفيد دراسة تطبيق القانون من حيث المكان بيان الحدود المكانية أو الإقليمية التي يطبق فيها قانون كل دولة تجنبًا لوقوع أي تنازع بين قوانين الدول. ويعني مبدأ إقليمية القوانين أن قانون الدولة إنما يطبق على كل الأفراد الذين يقيمون داخل إقليمها سواءً أكانوا من رعاياها ممن يحملون جنسيتها أم من الأجانب ، وأن قانون هذه الدولة لا يطبق على من يقيم خارج حدود إقليمها، ولو كان من رعاياها ، وتطبيقًا لذلك وأخذًا بمبدأ إقليمية القانون، فإن القانون المصري يطبق فقط على الأفراد الذين يقيمون داخل حدود الإقليم المصري حتى ولو كانوا لا يحملون جنسيتها ، ولا يطبق القانون المصري خارج حدود الإقليم المصري .

أما مبدأ شخصية القوانين:

فيعني أن قانون الدولة يطبق على رعاياها الذين يحملون جنسيتها سواءً أكانوا يقيمون على إقليمها أم خارجه ، ولا يطبق على الأجانب الذين لا يحملون جنسيتها ولو كانوا يقيمون على إقليمها. وتطبيقًا لذلك وأخذًا بمبدأ شخصية القانون فإن القانون المصري يطبق على الرعايا المصريين بصرف النظر عما إذا كانوا يقيمون داخل الإقليم المصري أم خارجه ، ولا يطبق القانون السوري على الأجانب الذين لا يحملون الجنسية المصرية حتى ولو كانوا يقيمون داخل الإقليم المصري .

وترد استثناءات على هذا الشق نجملها بالآتية:

١ - إن قانون الأحوال الشخصية يطبق تطبيقاً شخصياً، بمعنى أنه يعدّ استثناء لمبدأ إقليمية القانون، وتطبيقاً لذلك فإن القانون المصري لا يطبق على الأجانب الذين يقيمون داخل الإقليم المصري فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية من زواج وطلاق ونسب وميراث ..الخ، بل يطبق بشأن هذه العلاقات القانون الشخصي لأطراف هذه العلاقة شرط ألا يكون هذا القانون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في مصر. والعلة في ذلك اتصال الأحوال الشخصية بمعتقدات الشخص ودينه، ومن الضروري احترام هذه المعتقدات.

- إن القوانين المتعلقة بالحقوق السياسية تطبق هي الأخرى تطبيقاً شخصياً إذ لا يجوز لغير رعايا الدولة ممارسة هذه الحقوق ، والعلة في ذلك أن الحقوق السياسية لا يتمتع بها إلا من كان يكن للدولة الولاء والإخلاص ، وهما صفتان لا تتأكدان إلا بقيام رابطة العلاقة السياسية بين الفرد والدولة المتمثلة في الجنسية . وتطبيقاً لذلك لا يجوز لغير المصري أن يترشح لتولي مناصب في الدولة المصرية، ولا الترشح للانتخابات.

٣ - إن القوانين المتعلقة بالنشاط الدبلوماسي تطبق هي أيضاً تطبيقاً شخصياً، ومن ثم لا يخضع الدبلوماسيون لقانون الدولة التي يوجدون دون داخل إقليمها بالنظر إلى ما يتمتعون به من حصانة. والعلة في ذلك أن منح الحصانة الدبلوماسية يعبر عن الرغبة في تمكينهم من أداء مهامهم بعيداً عن مضايقات سلطة الدولة الأجنبية التي يعملون فيها.

ويتمثل الشق السلبي في مبدأ إقليمية القانون أن قانون الدولة لا يطبق خارج حدود إقليمها، وتطبيقاً لذلك لا يطبق القانون المصري خارج الحدود الإقليمية لمصر، ويرجع ذلك إلى أمرين وهما:

أ - أن الشخص الذي يقيم خارج إقليم الدولة يكون في الواقع في نطاق السيادة الإقليمية لدولة أخرى تخضعه لقانونها، ولا تسمح بتطبيق قانون أجنبي عليه.

ب - صعوبة متابعة تطبيق القانون خارج إقليم الدولة الذي أصدرته،

وأغلب النظم القانونية في وقتنا الحاضر ومنها النظام القانوني المصري

تأخذ بالمبدأين معاً، فهي تطبق كل منهما بحسب نوع العلاقات التي يراد تطبيق التشريع عليها.

ومبدأ إقليمية القوانين هو الغالب بالنسبة إلى النظام القانوني المصري.

ثانياً - تطبيق التشريع من حيث الزمان:

يقضي المبدأ العام في هذا الموضوع بأن يطبق التشريع منذ صدوره ونفاذه إلى حين إلغائه، فهو لا يسري على ما تم من أفعال وتصرفات قبل نفاذه، وهو لا يتناول في حكمه ما ينشأ عن هذه الأفعال والتصرفات بعد زواله، وإنما ينحصر تأثيره ومفعوله فيما بين هاتين النقطتين نقطة مبدئه ونقطة منتهاه . وينتج عن هذا أن التشريع الجديد يطبق فوراً منذ نفاذه بالنسبة إلى المستقبل ولكنه لا يسري على الماضي.

ويسمى التطبيق الفوري للتشريع بالأثر المباشر له، أما عدم سريانه على الماضي فيسمى بعدم رجعية التشريع.

مبدأ عدم رجعية القوانين

ويقوم هذا المبدأ على فكرتين،

الأولى، الأثر المباشر للتشريع

وهذا يقتضي تطبيق التشريع الجديد فوراً، ووقف العمل بالتشريع السابق

أما الفكرة الثانية، فهي عدم رجعية التشريع

وهذا يقتضي عدم سريان التشريع الجديد على الماضي بل تطبيق التشريع القديم على ما تم من أفعال وتصرفات قبل نفاذ التشريع الجديد ، فلو صدر تشريع يمنع تهريب الذهب خارج البلاد فإنه يطبق فوراً بالنسبة إلى جميع الأفعال التي ترتكب بعد نفاذه، ولكنه لا يطبق على الأفعال التي تمت قبله

يستخلص من النصوص الدستورية ، أنه بخصوص المواد الجنائية فإن مبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي جاء على إطلاقه ولا يجوز الخروج عنه ولو بنص من السلطة التشريعية نفسها. بحيث يكون تطبيق القانون في المواد

الجنائية بأثر فوري على الوقائع التي تجد بعد العمل به. وفي ذلك ضمانه لحريات الأفراد واستجابة لاعتبار العدل الذي يقتضي أن تسبق المؤاخذه، الإنذار. حتى لا يعاقبوا بمقتضى القانون الجديد على ما سبق أن أتوه مباحًا في ظل القانون السابق أو حتى لا يعاقبوا بعقوبة أشد مما كان مقررًا في ظل القانون الذي ارتكبت الجريمة في ظله.

وتطبيق التشريع الجديد فورًا ضرورة لا تحتاج إلى تسويق لأن التشريع الجديد يصدر ليلغي التشريع القديم، ويحل محله.

أما ضرورة عدم سريان التشريع الجديد على الماضي أو عدم رجعية التشريع فمبدأ مهم يستند إلى مسوغات كثيرة من المنطق والعدل والمصلحة. ولكن هنالك حالات كثيرة لا تتقضي فيها الوقائع والتصرفات دفعة واحدة، وإنما هي تمتد فترة من الزمن بحيث تبدأ في ظل التشريع القديم، ثم تستمر إلى ما بعد نفاذ التشريع الجديد.

فلو أن شخصًا أوصى بثلث ماله في ظل تشريع يجيز الوصية بالثلث، ثم صدر بعد ذلك تشريع يحرم الوصية بأكثر من الربع، فأى تشريع يطبق بالنسبة إلى هذه الوصية.

كذلك لو أن شخصًا بلغ سن الأهلية في ظل تشريع يعدّ سن الأهلية عامًا، ثم بعد بلوغه سن الأهلية بعام صدر تشريع يجعل سن الأهلية ٢٣ عامًا.

هل يعدّ هذا الشخص ناقص الأهلية أم كامل الأهلية ؟

استثناء على مبدأ عدم الرجعية:-

حينما يكون القانون الجديد أصحح للمتهم بأن كان ينشأ له مركزًا أفضل من القانون السابق الذي ارتكب الفعل في ظله سواء بأن يبيح الفعل المنسوب للمتهم أو يستلزم لقيام الجريمة ركنًا لم يكن متطلبًا في القانون السابق أو كان يتضمن تخفياً

للعقوبة المقررة. إذ الرجعية في هذا المقام تنفيذ الصالح الفردي - لا تمثل هضماً لحقوق المتهم - بغير الأضرار بصالح الجماعة.

أما بخصوص المواد غير الجنائية فالشق الأول من المبدأ: هو عدم رجعية القانون الجديد سواء بخصوص المراكز القانوني التي تتكون وترتب آثارها وتتقضي في لحظة واحدة أو تستغرق فترة من الزمن بحيث لا يسري على ما تكون أو انقضى من مراكز في ظل قانون سابق. ولا على ما تم من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء إذا كان لهذه العناصر قيمة قانونية خاصة. ولا على ما تم من آثار للمركز القانوني. اللهم أن ينص المشرع صراحة على رجعية القانون الجديد. وعلى ذلك فإن الوقت الذي يصير فيه القانون الجديد نافذاً يمثل الحد الفاصل بين نهاية سريان القانون القديم وبدء سريان القانون الجديد.

والحكمة من تبني بمبدأ عدم رجعية القوانين أن الرجعية تتعارض مع مناه تطبيق القانون من حيث الأشخاص ألا وهو عدم التكليف إلا بعد توافر إمكانية العلم بمضمون التكليف. كما أنه يستجيب لاعتبار استقرار المعاملات، حيث أن رجعية القانون قد تؤدي إلى أن تصرفات كانت تعتبر صحيحة، تصبح غير صحيحة في ظل القانون الجديد وهو ما يشيع الاضطراب في المعاملات.

سادساً : إلغاء القاعدة القانونية:

"يقصد بالإلغاء إنهاء العمل بالقاعدة القانونية وتجريدها من قوتها الملزمة."

السلطة التي تملك الإلغاء:

تظل القاعدة القانونية من تاريخ سنّها واستيفاء إجراءات نفاذها معمولاً بها إلى حين إلغائها وإنهاء العمل بها.

ذلك وتتحدد السلطة التي تملك الإلغاء على هدي من مبدأ تدرج المصادر الرسمية وعلى ما هو معلوم من التدرج الهرمي للتشريعات (أساسي - عادي -

فرعي). بحيث أن القاعدة القانونية لا تلغي إلا بقاعدة من نفس قوتها أو أعلى منها في الدرجة.

طرق الإلغاء:

يأخذ الإلغاء صورتان:

أولاً: الإلغاء الصريح:

يأخذ الإلغاء الصريح بدوره صورتان:

الصورة الأولى:

أن تنص القاعدة الجديدة صراحة على إلغاء القاعدة السابقة وإنهاء العمل بها. سواء أنهى العمل بالقانون السابق دون إحلاله بآخر سواء تضمن التشريع الناسخ تنظيمًا بديلاً للتنظيم المنسوخ.

الصورة الثانية:-

أن ينص القانون نفسه على توقيت العمل به لمدة معينة فيصبح النظام ملغاً بانقضاء تلك المدة.

ثانياً: الإلغاء الضمني:

يأخذ الإلغاء الضمني صورتان:

1) الإلغاء بطريق التعارض:

إذا صدرت قاعدة جديدة متعارضة مع قاعدة قديمة بحيث لا يمكن إعمال الحكمين معاً، فإنه يستفاد من هذا التعارض إلغاء القاعدة القديمة في حدود التعارض متى كانا متحدين في النطاق والمحل.

فإذا كان التعارض كلياً ألغي الحكم القديم تماماً، وإذا كان التعارض جزئياً ألغي الحكم القديم في الجزئية المتعارضة مع الحكم الجديد.

علمًا أنه يشترط لتحقيق الإلغاء بطريق التعارض، اتحاد وصف الحكمين القديم والجديد بأن يكون كلاهما عام أو خاص. أما إذا اختلف وصف الحكمين فإن العلاقة بينهما لدى التعارض تكون على النحو التالي:

أ) الحكم الجديد الخاص يخصص الحكم القديم العام.

ب) الحكم القديم الخاص يظل استثناء على الحكم الجديد العام.

(2) الإلغاء عن طريق تنظيم نفس الموضوع من جديد:

يفهم من إعادة تنظيم السلطة التشريعية لنفس الموضوع المنظم سلفًا، رغبته في إحلال التنظيم الجديد، القائم على أسس جديدة، محل التنظيم السابق. لذلك يشترط لتحقيق الإلغاء بهذه الطريقة أن يكون التعارض بين التشريعين المتعاقبين في الأسس وليس مجرد تعارضًا في الأحكام التفصيلية، مع اتحادهما في نطاق التطبيق.

المبحث الثاني

المصادر الغير تشريعية

نعرض في هذا الفصل للمصادر غير التشريعية،

وهي العرف، الشريعة الإسلامية، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ونفرد

لكل مصدر منها مطلبًا

المطلب الأول - العرف

المطلب الثاني - الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث - مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

أولاً : ماهية العرف

1- المقصود بالعرف:

"هو مجموع القواعد القانونية التي تنشأ من اعتياد عموم أفراد الجماعة على إتباع سلوك معين مع الاعتقاد في إلزامه قانوناً."

2- أنواع العرف

يتنوع العرف إلى:

أ - عرف شامل ساهم في إنشائه أفراد الجماعة في عمومها بصرف النظر عن طوائفهم أو مهنتهم أو حرفتهم كما أنه ينطبق على عموم المخاطبين داخل الدولة في كل إقليمها الجغرافي بصرف النظر عن التقسيم الجغرافي الإداري أو الطائفة التي ينتمون إليها.
والى:

ب- عرف الإقليمي أو المحلي الذي ساهم في إنشائه أفراد هذا الإقليم وينحصر تطبيقه في حدوده الجغرافية.

ج- العرف المهني أو الحرفي أو الطائفي بحسب تعلقه بأصحاب مهنة أو حرفة أو طائفة معينة كالعرف التجاري أو بين الأطباء أو المحامين.

كما يتنوع العرف بحسب شروط أعماله ومدى اتصاله بالنظام العام إلى:

د- عرف آمر وعرف مكمل. فمن الأعراف الآمرة تلك المنظمة للاختصاص بين السلطات السياسية في الدولة والأعراف الدولية المنظمة لحقوق الأسرى في وقت الحرب.

هـ- الأعراف المكملة: تلك المنظمة للأعباء المالية بين الزوجين وكثير من الأعراف التجارية.

كما ينقسم العرف بحسب طبيعة العلاقة محل التنظيم إلى:

و- عرف عام من إنشاء أشخاص القانون العام - بوصفهم سلطة ذات سيادة - تنظيمًا لعلاقتها فيما بينها ومباشرة لوظائفها أو تنظيمًا للمرافق العامة التي تقوم عليها وفي علاقتها بالأفراد.

ي - وإلى عرف خاص من إنشاء أشخاص القانون الخاص لتنظيم عموم علاقاتهم الخاصة المدنية والتجارية.

3- أركانه:

يقوم العرف على ركنين: مادي ومعنوي.

1- الركن المادي: (العادة المستقرة):-

وهو ما يتحقق من خلال الاعتياد والتواتر على إتباع سلوك معين - إيجابي أو سلبي - على نحو مستقر وثابت.

أما ما هو اعتياد وتواتر - غير منقطع - "وهو ما شاع وصفه بالقدم" فإنه ذو مضمون مرن. بمعنى أنه لا يوجد عدد محدد من مرات التكرار يتعين استيفائه لتحقيقه. إذ العبرة بأثر التكرار وليس بعدد مراته. كما هو الحال في الأعراف الدستورية والدولية.

2- الركن المعنوي (الاعتقاد العام بالإلزام):

حيث يتحقق الاعتياد على إتباع سلوك معين على نحو مستقر وثابت، فإن من شأن ذلك أن يتولد اعتقادًا عامًا لدى عموم أفراد الجماعة بأنه صار قانونًا ملزمًا، بغير توقف على تحري الاعتقاد الخاص بالالتزام به من جانب صاحب المصلحة. باكتمال هذين الركنين يتحقق للعرف إلزامه بالنسبة لجميع أفراد الجماعة ولو كان من بينهم من لم يشارك في انشائه.

4- التمييز بين العرف وبين العادات الاتفاقية:

أ) معيار التمييز:

بينما العرف يكتمل له الركن المادي والمعنوي جميعًا بالمفهوم السابق فينطبق باعتباره قاعدة قانونية، فإن العادة الاتفاقية، كتنظيم يحتكم إليه المتعاملون لتنظيم معاملاتهم، ذات ركن مادي مبتسر ويتخلف فيها الركن المعنوي بالمعنى السالف،

بحيث يتمثل أساس الالتزام بالعادة في ارتضاءها من جانب ذوي الشأن في التصرفات الإرادية ذات الجانب الواحد (الوصية - الوقف) أو ذات الجانبين (العقود) باعتبارها شرطاً حاز رضاء أصحاب المصلحة، وبالتالي فالالتزام بالعادة الاتفاقية مرهون بالعلم والرضاء بها والاحتكام إليها. سواء كان هذا الرضاء صريحاً أم ضمناً مستخلصاً من ظروف التعاقد (المركز الشخصي للمتعاقدين ومهنتهما - معاملتهما السابقة - الغرض من العقد - مكان العقد وزمانه). لذلك فإن قوتها القانونية لا تختلف عن الشرط الاتفاقي بين طرفي المعاملة.

ومن أمثلتها جريان العادة في بعض الجهات عند بيع بعض أنواع الفاكهة على أساس سعر المائة حبة، في احتساب المائة من مائة وعشرة إلى مائة وثلاثون بحسب نوع الفاكهة وعادة الجهة. ومن جريان العادة في بعض البلدان على تحديد نسبة توزيع الربح بين المشارك بالعمل والمشارك برأس المال على أساس المناصفة بينهما.

والعادة الاتفاقية لا تكون واجبة الإلتباع إلا إذا كانت موافقة للنظام العام والآداب كقيد علم على مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية.

ب - نتائج التمييز:

- دور العلم:

لا يتوقف الإلزام بالعرف على إثبات العلم الحقيقي به؛ بل أن الجهل به لا يحول دون الالتزام به لأنه كقاعدة قانونية يفترض العلم به افتراضاً غير قابل لإثبات العكس. ولا يعذر أحد بجهله. أما العادة وأساس الالتزام بها هو الرضاء بها فإنه لا بد من إثبات علم الطرف الآخر بها من جانب المتمسك بتطبيقها.

- دور الرضاء:

العرف كقاعدة قانونية لا يتوقف وجوب تطبيقه على ارتضاءه والإحالة إليه في شأن كل حالة على حده. بل إنه ينطبق ما لم يستبعده المخاطبون أو يتوقفوا على خلافة حيث يصح هذا الاستبعاد. لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

في المقابل فإن مجرد عدم الاستبعاد لا يكفي أساساً للالتزام بالعادة الاتفاقية التي لا بد من ارتضاءها صراحة أو ضمناً. بمعنى أنها لا تلزم طرفا العقد إلا إذا تبين

قصدتهما في الأخذ بها وبالتالي فإنه لا محل للاحتجاج بالعادة، إذا تضمن العقد شرطاً مخالفاً لها، لأن أساس الالتزام بها هو ارتضاءها من جانب طرفي العقد. اللهم إذا استفيد من احترامها بين طرفي العقد - لاحقاً على التعاقد - تعديلاً للعقد وعدولاً من جانبهم عن الشرط الاتفاقي.

- سلطة القاضي في تطبيق العرف

القاضي باعتباره مكلفاً بتطبيق القانون من مصادره الرسمية المختلفة فإنه ملزم بتطبيق العرف من تلقاء نفسه دون توقف على التمسك به من ذي المصلحة بينما العادة الاتفاقية وأساس الالتزام بها ارتضاءها كشرط اتفاقي فإنه لا بد من التمسك بها أمام القاضي.

إثبات العرف:

بينما العادة الاتفاقية كتنظيم يحتكم إليه المتعاملون يتمثل أساس الالتزام بها، في غياب الاعتقاد العام بإلزامها، في ارتضاءها من جانب ذوي الشأن في التصرفات ذات الجانب الواحد (الوصية) أو ذات الجانبين (العقود) باعتبارها شرطاً مفترضاً لا حاجة إلى التصريح به. بحيث يكون الالتزام بها مرهون بالعلم والرضاء بها الصريح أو الضمني المستفاد من ظروف التعاقد. ومن ثم فإنها تعامل في شأن إثباتها معاملة سائر شروط التصرف القانوني، بحيث يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بها عبء إثباتها. ولا يفترض علم القاضي بها.

أما العرف فيعامل معاملة القانون من حيث افتراض علم القاضي بأحكامه وكذا علم الكافة به ولا يظهر بالجهل به رقابة لها على محكمة الموضوع إلا إذا حادت عن تطبيق عرف ثبت وجوده.

1- الدين كمصدر رسمي لقواعد الأحوال الشخصية:

لم تذكر المادة الأولى الدين كمصدر من مصادر القانون إلا أنه يعتبر مصدرًا رسميًا أصليًا في مسائل الأحوال الشخصية بمعنى أنه إذا لم يوجد نص في التشريع فإن الدين هو الذي يطبق، ويقصد بالأحوال الشخصية مسائل الأسرة مثل الخطبة والزوج والطلاق والبنوة والنفقة والميراث والوصية والأهلية والهبة والحضانة، وقد تدخل المشرع المصري وأخرج بعض مسائل الأحوال الشخصية من ولاية الشرائع الدينية وأصبحت هذه المسائل محكومة بقواعد موحدة لجميع المصريين أيًا كانت ديانتهم.

وهذه المسائل هي:- (المواريث - الوصية - الهبة - الأهلية - الفقد وأثره على الشخصية القانونية) كما وحدت المحكمة الدستورية العليا سن الحضانة، أما مسائل الأحوال الشخصية التي مازالت محكومة بالشرائع الدينية هي المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهم المتبادلة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني.

وتطبيقًا لذلك:-

تنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قواعد إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 الخاص بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه "ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى 31 ديسمبر 1955 - طبقًا لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام".

ويظهر من هذا النص أنه يشترط ثلاثة شروط حتى تنطبق الشريعة الخاصة وهي:-

أولاً: الاتحاد في الملة والطائفة:-

استلزم المشرع لتطبيق شريعة غير المسلمين اتحاد المتقاضين في الملة والطائفة معاً ومعنى لك ضرورة انتماء المتقاضين على نفس الملة أو المذهب ونفس الطائفة وهذا يقتضي أيضاً أن يدين المتقاضين بنفس الديانة، فإذا كانا من ديانتين مختلفتين أحدهما مسيحي والآخر يهودي فلا اختصاص لشريعة أي منهما، وإنما يكون الاختصاص في هذه الحالة للشريعة الإسلامية.

ثانياً: أن يكون أطراف النزاع تابعين لطائفة كان لها قضاء ملي منظم وقت صدور القانون 462 لسنة 1955:-

وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 يشترط لتطبيق الشريعة الخاصة على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة أن تكون لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى 31 ديسمبر 1955، وهذا التاريخ هو الذي صدر فيه القانون رقم 462 لسنة 1955، الذي وحد جهات القضاء والذي نص في مادته السادسة على نفس الشرط.

وعلى ذلك لو اتحد أطراف النزاع في الملة والطائفة ولكن لم تكن لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون 462 في 31 ديسمبر 1955 فلا تطبق شريعتهم الخاصة بل تطبق عليهم الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: عدم تعارض الشريعة الخاصة مع النظام العام:

وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قواعد إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدين في الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى 31 ديسمبر 1955 طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام، وعلى ذلك لا يكفي لتطبيق الشريعة الخاصة اتحاد طرفي النزاع في الملة والطائفة وأن تكون للطائفة وأن تكون للطائفة التابعان لها قضاء منظم قبل صدور القانون رقم 462 لسنة 1955 بل يشترط أيضاً ألا تكون الشريعة الخاصة مخالفة للنظام العام.