المدخل للعلوم القانونية

أ.د/شحاتة غريب شلقامي

أستاذ القانون المدني ونائب رئيس الجامعة

لشئون التعليم والطلاب

أ.د/ خالد جمال أحمد حسن

أستاذ القانون المني

بكلية الحقوق جامعة أسيوط

طبعة عام ٢٠١٩/٢٠٢٠م

الجزء الأول

نظرية القانون

أ.د/ شحاتة غريب شلقامي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

كما هو واضح من التسمية المدخل لدراسة القانون أو مبادئ القانون تعنى دراسة مجموعة من المبادئ الأولية والأسس القانونية العامة التي لا نستطيع الاستغناء عنها عند دراسة فروع القانون المختلفة ، فمبادئ القانون تنير لنا السبل لتفهم الموضوعات القانونية المفصلة ، فالقانون كسائر العلوم الأخرى له مصطلحاته الفنية التي يجب الإلمام بها ومعرفتها ، ولا نتمكن من معرفة هذه المصطلحات إلا من خلال هذا الكتاب عن المدخل لدراسة القانون .

وكتاب المدخل لدراسة القانون يهدف إلى تمكين طلاب الفرقة الأولى بكليات الحقوق من أخذ فكرة واضحة ومبسطة عن المبادئ الأساسية والمعلومات الأولية التي لا غنى عنها في دراسة فروع القانون المختلفة.

ويمكننا القول أن مادة مبادئ القانون تعتبر من أهم المواد المقررة على طلاب الفرقة الأولى بكليات الحقوق لأنها تنير لهم الطريق لفهم فروع القانون المختلفة وأساس هام لبناء وتكوين العقلية القانونية التي تستطيع دراسة وتحليل الموضوعات القانونية المتعمقة .

والقانون ضرورة اجتماعية ، ومما يؤكد ذلك أن الإنسان بطبعه كائن اجتماعي يميل إلى الدخول في علاقات مع باقي أفراد المجتمع ، فلن يستطيع الإنسان أن يعيش في عزلة عن المجتمع بل يسعى دائما إلى الدخول في روابط وعلاقات مع معظم أفراد المجتمع، وإذا كان الإنسان اجتماعي الطبع فهو أناني الطبع أيضا يميل إلى إشباع رغباته وحاجاته دون النظر إلى رغبات وحاجات الآخرين من حوله .

من هنا يمكننا القول أن اجتماعية الإنسان وأنانيته في نفس الوقت قد تؤدى إلى وجود بعض التعارض بين المصالح المختلفة وإلى حدوث منازعات ، محاولا كل إنسان أن ينتصر تحقيقا لرغباته واحتياجاته ضاربا بعرض الحائط رغبات ومصالح الآخرين .

وإذا تركنا مسألة تسوية المنازعات إلى الأفراد لسادت الفوضى ولعم الظلم ولأضحت المساواة ضحية لأنانية الإنسان ، ولأصبح العدل مصطلحا يُعرّفه كل إنسان طبقا لرغباته وميوله !

لذلك كان لابد من وجود القانون للقضاء على شريعة الغاب وتحقيق الاستقرار في المجتمع ، فمن خلال مجموعة من القواعد القانونية نتمكن من تنظيم

العلاقات بين الأفراد في شتى المجالات لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة ، فالقانون إذن لازمة من لوازم الحياة في المجتمع ، فهو الذي يكفل تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، ويوفر الحد الأدنى من الأمن والنظام اللازمين لبقاء المجتمع وتطوره[١].

والقانون كما سنعرف يهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، وبيان ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات والتزامات ، فالقانون يرجح من بين المصالح المتعارضة بين الأفراد مصلحة أحدهم ويقرر له حقا ما في مواجهة الطرف الآخر ، وعلى هذا الأخير أن يحترم هذا الحكم وينفذ ما عليه من التزامات ، فالحق لا يوجد ولا يتقرر إلا من خلال القانون ، لذلك نرى أنه من المناسب في هذا الكتاب أن ندرس نظرية القانون ونظرية الحق ، ومن خلال نظرية القانون سنوضح ماهية القانون وأقسامه ومصادره وتطبيقه وتفسيره ، أما من خلال نظرية الحق سنوضح ما هو الحق وتقسيمات الحقوق وأنواعها ومصادرها وأصحاب الحق ومحل الحق وحمايته .

خطة الدراسة :

سنقسم هذه الدراسة إلى جزئين :

الجزء الأول : نظرية القانون .

الجزء الثاني : نظرية الحق .

---

[١] د. محمود سلام زناتى ، مدخل إلى العلوم القانونية ، ١٩٨٦ ، ص ٦ وما بعدها .

الجزء الأول

نظريـــــة القانـــــون

الباب الأول : ماهيـــــــة القانـــــــون .

الباب الثاني : أقسام القانــون وفروعه .

الباب الثالث : مصـــــــادر القانـــــــون .

الباب الرابع : تطبيق القانون وتفسيره .

الباب الأول

ماهيـة القانــون

القواعد القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع من أجل تحقيق الاستقرار وهي مصحوبة بجزاء لإلزام المخاطبين بأحكامها أن ينصاعوا إلى مفهومها ، وهي في ذلك تختلف عن قواعد اجتماعية أخرى غير مقترنة بجزاء ، فمن يخالفها يواجه استنكار المجتمع أو يكتفي بتأنيب الضمير ، لكل ما سبق نرى أن ندرس هذه الموضوعات كى نوضح ماهية القانون في الفصول التالية :

<u>الفصل الأول :</u> التعريف بالقاعدة القانونية وبيان خصائصها .

<u>الفصل الثانى :</u> التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى .

<u>الفصل الثالث :</u> دور القانون ووظيفته .

الفصل الأول

تعريف القاعدة القانونية وبيان خصائصها

سوف نتناول في هذا الفصل تعريف القاعدة القانونية وخصائصها لنوضح ما تتمتع به من عمومية والزام وأنها قاعدة سلوك من خلال المبحثين التاليين :

<u>المبحث الأول :</u> تعريف القاعدة القانونية من الناحية اللغوية والاصطلاحية.

<u>المبحث الثانى :</u> خصائص القاعدة القانونية .

المبحث الأول

تعريف القاعدة القانونية

لتعريف القانون لابد من تناول التعريف اللغوى ثم التعريف الاصطلاحي .

التعريف اللغوى للقانون :

يستخدم لفظ القانون للدلالة على كل قاعدة ثابتة ومستقرة وتؤدى إلى نتائج معينة ، ومن هذا المنطلق العام يستخدم لفظ القانون في مجالات شتى كمجال

العلوم الطبيعية والرياضية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها من المجالات الأخرى ، فعلى سبيل المثال نقول قانون الكون والذي يعنى النظام الفريد الذي وضعه المولى . سبحانه وتعالى . والمتصف بالثبات والانتظام كدوران الأرض حول الشمس ، وكتعاقب الليل والنهار ، ويمكننا أيضا أن نقول قانون الجاذبية الأرضية ، وقانون العرض والطلب في مجال علم الاقتصاد .

وكلمة قانون استخدمها العرب بمعنى القواعد التنظيمية على الرغم من أن هذه الكلمة ليست عربية الأصل بل هي مشتقة من أصل لاتينى والكلمة في اللاتينية هي KANON ومعناها القاعدة أو التنظيم ، وقد استخدم اليونانيون هذه الكلمة بمعنى العصا المستقيمة وهو المعنى الحرفي لكلمة KANON باليونانية[١].

التعريف الاصطلاحي للقانون :

أساتذة القانون يستخدمون مصطلح القانون للدلالة على معاني متعددة ، فعلى سبيل المثال يقصد بالقانون هو مجموعة القواعد التي تنظم بصورة ملزمة سلوك الأفراد في المجتمع وهذا هو المعنى الواسع لمصطلح القانون.

أما المعنى الضيق لمصطلح القانون يمكن أن يدل على عدة معاني :

١ . القانون هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم على سبيل الإلزام سلوك الأفراد في بلد معين أو زمن معين فيقال مثلا القانون المصري ، أو القانون الفرنسي للدلالة على مجموعة القواعد القانونية السائدة في مصر أو في فرنسا .

٢ . قد يستخدم مصطلح القانون للدلالة على فرع معين من فروع القانون ، كالقانون المدني ، والقانون التجاري ، والقانون الدولي ، وغيرهم من

---

[١] انظر أ.د محمد حسام لطفي ، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، القاهرة ٩٣ . ١٩٩٤م ، ص ٩ وما بعدها .

فروع القانون لتنظيم سلوك الأفراد ونشاطهم في مجال معين[١] .

٣ . قد يستخدم لفظ القانون للدلالة على القواعد القانونية التي تنظم مسألة معينة ، فيقال مثلا قانون المرور أو قانون تنظيم الجامعات وقانون الشهر العقاري ، وقانون الجوازات ، وقانون المحاماة وقانون الإصلاح الزراعي وغير ذلك

ويمكننا أن نشير إلى أن مصطلح القانون قد يستخدم للدلالة على القواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية وبالتالي يعبر القانون عن التشريع بالرغم من أن هذا الأخير يعتبر أحد مصادر القانون وليس المصدر الرسمي الوحيد للقانون ، ولكن كما قال البعض هذا يعد من باب إطلاق الكل على الجزء ونظرا للأهمية العظمى التي يتمتع بها التشريع كأحد مصادر القانون[٢] .

ويجب التنويه إلى أن القاعدة القانونية تختلف عن الحق ، فالحق عبارة عن سلطة لشخص معين تخول له القيام بأعمال معينة لتحقيق مصلحة يحميها القانون ، أما القاعدة القانونية هي التي تمنح هذه السلطة ، فالقاعدة القانونية تقوم بتنظيم الروابط الاجتماعية عن طريق إنشاء الحقوق وفرض الواجبات ، فالقاعدة القانونية التي تقضى بأن "لمالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله ، واستغلاله والتصرف فيه" ، هذه القاعدة تعطى للمالك عدة حقوق في حدود القانون وعلى الغير احترام هذه الحقوق ، فالقاعدة القانونية إذن تنشأ الحق .

---

[١] انظر أ.د محمد حسام لطفي ، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، القاهرة ٩٣ . ١٩٩٤م ، ص ٩ وما بعدها.

[٢] انظر أ.د . أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، نظرية القاعدة القانونية ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، ص ١٦ .

المبحث الثانى

خصائص القاعدة القانونية

من التعريف السابق للقانون يمكننا القول بأن القانون عبارة عن مجموعة قواعد تتعلق بالسلوك الخارجي للأفراد في المجتمع والمنظمة لهذا السلوك على وجه من الإلزام .

لذلك القاعدة القانونية تتمتع بالخصائص الآتية :

١ . القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي .

٢ . القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة .

٣ . القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية .

٤ . القاعدة القانونية قاعدة ملزمة .

وفيما يلي نتناول كل خاصية من الخصائص آنفة الذكر في مطلب مستقل :

المطلب الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

كما سبق الذكر عن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع ، فالقانون عبارة عن مجموعة قواعد تتعلق بالسلوك فهو يهدف أولا وأخيرا إلى تنظيم هذا السلوك سواء بين الأفراد بعضهم البعض أو فيما بين الدول بعضها البعض ، فالقاعدة القانونية تخاطب الأشخاص الطبيعية وهم الأفراد والأشخاص الاعتباريين كالشركات والمؤسسات والهيئات والنقابات والجمعيات .

وبذلك يمكننا القول بأن القاعدة القانونية لا تخاطب إلا هؤلاء الأشخاص ، فهي لا تخاطب الحيوانات أو الطيور والحشرات ، ولا يعنى ذلك أن القانون يتجاهل تماما وجود هذه الكائنات أو ما قد تحتاجه من حماية ورعاية ، فالقانون ينظم على سبيل المثال ملكية الإنسان للحيوانات ، وينظم أيضا المسئولية عن الأضرار التي قد تسببها الحيوانات للإنسان أو لحيوانات أخرى ، والقاعدة القانونية هنا لا تخاطب الحيوان بل تخاطب الشخص الذي يملكه[١] .

وفي شأن الأشخاص الاعتباريين يجب التنويه إلى أن القانون استوجب ضرورة وجود شخص طبيعى يمثل الشخص الاعتبارى ويوجه إليه خطاب المشرع الوارد في القاعدة القانونية كمدير الشركة أو رئيس مجلس الإدارة لمؤسسة ما أو هيئة ما ، ولا شك أن هذا يعتبر نتيجة حتمية ومنطقية لعدم قدرة الشخص الاعتبارى على فهم أو إدراك خطاب المشرع[٢] .

والقانون عندما يخاطب الأشخاص يهدف إلى تنظيم السلوك ببيان الحقوق والالتزامات ، فعند قيام أ ببيع شيئا من الأشياء إلى ب ، فإن القانون يحدد حقوق كل من الطرفين والتزاماتهم وعلى كل طرف أن يحترم تنفيذ الالتزامات المفروضة على عاتقه كما أن لكل طرف المطالبة بحقوقه التي حددها له القانون.

والقانون لا يهتم إلا بالسلوك الخارجى للأفراد ، فالقانون ينظم العلاقات بين الأفراد لتوفيق المصالح بينهم وإزالة ما بينهم من تعارض ، أما النواحى والمسائل الداخلية فلا يهتم بها القانون إنما هي أمور باطنية لا يعلمها إلا المولى . سبحانه

---

[١] أ.د. محمد حسين عبد العال ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص ٢٤

[٢] أ.د. محمد سعد خليفة ، د. حمدى محمد عطيفي ، المدخل لدراسة القانون ، ٢٠٠٢ ، ص ١٣ .

وتعالى . وبالتالى قد تهتم بهذه الأمور الداخلية قواعد الدين أو الأخلاق وليس القانون.

لكن هذا لا يعنى أن القانون يستبعد النوايا تماما بل قد يدخل القانون نوايا وبواعث الأفراد الداخلية في الاعتبار وذلك إذا اقترنت بسلوك خارجى يدل عليها ، فالقانون يعتد بالنية في تكييف الجريمة الجنائية فلو أن شخصا عقد النية على قتل إنسان آخر وظلت هذه النية حبيسة في صدره لم تخرج للوجود فإن القانون لا يعاقب عليها ، وفي حالة قيام هذا الشخص بقتل إنسان بناء على هذه النية الكامنة في داخله فإن القانون يعامل الجانى عندئذ معاملة شديدة وتختلف عن الذي قتل بدون قصد .

وقد نصت المادة ٢٣٠ من قانون العقوبات المصري على أن "كل من قتل نفسا عمدا مع سبق الاصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالاعدام".فهذا النص يوضح لنا مدى اعتداد المشرع بالنية ، ففي حالة قتل شخص بدون قصد وبدون نية كامنة بالقتل العقوبة ستكون أخف بلا شك من الاعدام .

وإذا كانت النية لها أهميتها كما سبق في مجال قانون العقوبات فإن لها أهمية أيضا في مجال المعاملات المدنية،فالقانون المدني ينص في المادة١/١٤٨على ضرورة تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية،كما أن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير طبقا لنص المادة الخامسة من القانون المدني .

المطلب الثانى

القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة

تتميز القاعدة القانونية بأنها عامة ومجردة بمعنى أن يكون الخطاب موجها إلى جميع الأشخاص وإلى جميع الوقائع التي يمكن أن ينطبق عليها ، فيجب أن

يكون الخطاب موجها إلى الكافة لا إلى شخص بعينه أو أشخاص بذواتهم ويجب إلا يخص القانون واقعة بعينها أو وقائع محددة بالذات ، فالعمومية تعنى أن يتوجه خطاب المشرع إلى الكافة ، والتجريد يعنى عدم أخذ في الاعتبار الظروف الخاصة أو الداخلية للأشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية أو الوقائع المقصودة بها

فالقاعدة القانونية تتكون من فرض وحكم والمقصود بالفرض هو المشكلة أو الواقعة التي تعالجها القاعدة القانونية ، أما الحكم فهو الحل الذي تضعه القاعدة القانونية للمشكلة ، والقاعدة القانونية تكون دائما مجردة من حيث الفرض أو المشكلة التي تعالجها ، وتكون عامة من حيث الحكم أو الحل الذي تضعه للمشكلة ، فالحكم ينطبق على الجميع وليس على أشخاص معينين بذواتهم[١] .

وفي الواقع عمومية الحكم يعتبر النتيجة المنطقية لتجريد الفرض لأن التجريد يعنى عدم مخاطبة القاعدة القانونية لشخص معين بالذات أو مواجهة واقعة محددة بعينها .

وعمومية وتجريد القاعدة القانونية يعنى أن القاعدة تتجه بخطابها إلى كل من تتوافر منهم شروط تطبيقها ، فالقاعدة القانونية تتوجه بالخطاب إلى جميع المواطنين أو إلى طائفة منهم كالتجار أو الأطباء ، كما أن القاعدة القانونية يمكن أن تتوجه إلى شخص واحد بصفته وليس بذاته كشخص رئيس الدولة ، أو رئيس

---

[١] أ.د/محمد حسين عبد العال،المرجع السابق ، ص ٢٨ ، على سبيل المثال تنص المادة ١٦٣ على أن"كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"فالفرض هنا هو ارتكاب خطأ يسبب ضررا للغير أما==الحكم فهو التزام مرتكب الخطأ بالتعويض ، فالفرض في هذه الحالة مجرد لا يخص شخص معين بالذات منى أو محمد أو على،وبالتالى الحكم عاما وهو دفع التعويض والذي يكون على عاتق مرتكب الخطأ .

الوزراء ، فصفة العمومية والتجريد التي تتميز بها القاعدة القانونية تختلف عن الأوامر والقرارات الفردية الخاصة بفرد معين كقرار تعيين موظف أو قرار منح الجنسية لشخص معين لتوافر شروط اكتسابها ، كل هذه القرارات ينتفي عنها صفة العمومية والتجريد .

ويجب التأكيد على أن خاصية العمومية والتجريد التي تتمتع بها القاعدة القانونية لا تقتصر في عموميتها وتجريدها على الأشخاص الذين تتوجه بالخطاب إليهم بل يجب أن تكون القاعدة القانونية عامة ومجردة بالنسبة لموضوعها وهذا يعنى أنها تنطبق على عدد لا متناه من العلاقات المتماثلة التي تتوافر فيها شروط ومحددات معينة كالقواعد الخاصة بالبيع أو الإيجار أو المقاولة ، فكل علاقة من هذه العلاقات تقوم بين الأشخاص بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة تسرى عليها القواعد القانونية الخاصة بها مرتبة آثارها[١] .وصفة العمومية التي تتمتع بها القاعدة القانونية لا تعنى وجوب وضع القاعدة لزمن غير محدد أو أنها واجبة التطبيق في كل إقليم الدولة ، فالقواعد القانونية التي توضع لتطبق خلال مدة معينة كالقوانين الخاصة بالأحكام العرفية تعتبر عامة ، وأيضا القوانين الخاصة بجزء معين من إقليم الدولة لتعويض سكان في حالة الكوارث تعتبر عامة ولا ينفي عنها صفة العمومية كونها خاص بجزء معين من إقليم الدولة .

وقد ذهب البعض إلى أن صفة العمومية والتجريد والتي تتمتع بها القاعدة القانونية تعتبر عاملا جوهريا من عوامل المساواة السياسية بين أفراد المجتمع ، فتوجيه خطاب المشرع إلى عامة الناس دون تحديد شخص ما يؤكد مبدأ المساواة بين الجميع ويساعد على تحقيق مبدأ سيادة القانون ، ولا شك أن كل هذا سيؤدى

---

[١] د. عبد الرازق يس ، الوجيز في مبادئ القانون ، ٢٠٠٠ . ٢٠٠١ ، ص ١١ وما بعدها .

حتما إلى تحقيق العدل ، فيمكننا القول حينئذ أن صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية هي وسيلة تحقيق العدل ودعم مبدأ سيادة القانون وضمان للأفراد ضد جميع أشكال التمييز والتفرقة[١] .

المطلب الثالث

القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية

الإنسان بطبعه كائن اجتماعي لا يستطيع العيش بمفرده ، ولا يستطيع أن يكون في عزلة تامة عن أفراد المجتمع ، بل نجد الإنسان يرغب دائما في الدخول في علاقات مع باقي أفراد المجتمع ، وهذه العلاقات لابد وأن تكون منظمة ومحكومة بقواعد معينة ، والقانون هو الذي ينظم هذه العلاقات من أجل تحقيق الاستقرار للمجتمع وتوفير الأمن ومنعا لتفشى الفوضى والاستبداد .

لذلك يمكننا القول أن المجتمع لا غنى له عن القانون وإلا سادت الفوضى جميع ربوع المجتمع ، ويمكننا أيضا القول بأن القانون لا غنى له عن المجتمع ، فما الفائدة من القانون إذا لم يوجد مجتمع ، فبدون وجود المجتمع لا يوجد القانون.

وفي غيبة القانون تسود المجتمع وتسيطر عليه ما يطلق عليه شريعة الغابة ، أى أن القوى يأكل الضعيف والبقاء دائما له ، وأن الغنى يسلب حقوق الفقير ويستخدمه في أعمال السخرية دون مقابل ودون مراعاة لآدميته وحقوقه ، من هنا كان لابد من وجود نظام قانونى عادل يحقق التوازن في المجتمع.

ومما يؤكد غلبة الطبيعة الاجتماعية على القواعد القانونية نجد دائما أن القانون يعبر عن ظروف المجتمع سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية

---

[١] أ.د. محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٣٣ .

كما نجد القانون يتطور بتطور المجتمع حتى لا يفقد مصداقيته ، فعلى سبيل المثال في هذا العصر المتقدم تقدما هائلا في مجال المعلوماتية وتكنولوجيا برامج الحاسب الآلى وجدنا واضعى القانون يتدخلون لتعديل بعض قواعد القانون لمسايرة هذا التطور التكنولوجى العظيم ولا أدل على ذلك من قانون الملكية الفكرية الجديد[١] والذي يحمى مبتكرى برامج الحاسب الآلى ضد الاعتداءات القاتلة لإبداعهم الفكرى كنسخ البرامج مثلا[٢] .

ويمكننا أن نضيف أيضا لبيان غلبة الصفة الاجتماعية على القاعدة القانونية أن القانون في مجتمع ما قد تختلف قواعده عن قواعد القانون في مجتمع آخر لأن لكل مجتمع عاداته وقيمه وتقاليده والتي لابد من احترامها وأخذها في الاعتبار عند وضع القانون .

وقد ذهب البعض وبحق إلى أن القانون أصبح أحد العلوم الاجتماعية الهامة نظرا لصلته الوثيقة بالمجتمع ، فالقانون يهتم بالسياسة وذلك من خلال تنظيمه للدولة وبيان سلطاتها وأنظمة الحكم فيها وبيان أفضل طرق الحكم ، كما أن القانون يهتم بالاقتصاد وذلك من خلال تنظيمه لكيفية تداول الأموال وتوزيع الثروات ، والقانون يهتم أيضا ببواعث السلوك الاجتماعي ومظاهره ، ومن هنا نستطيع القول بأن القانون وثيق الصلة بعلوم النفس والاجتماع والأخلاق .

المطلب الرابع

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

---

[١] أنظر : القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية .

[٢] د. شحاته غريب شلقامى ، برامج الحاسب الآلى والقانون ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣م ، ص ٨٤ وما بعدها .

كما نعرف القانون هو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلوك الخارجى للأفراد على سبيل الإلزام ، فالقاعدة القانونية تعتبر قاعدة ملزمة بمعنى أن الأفراد إذا لم ينصاعوا إلى العمل وفقا لمضمون هذه القاعدة اختيارا ، أكرهوا على ذلك جبرا ، ولإحترام قواعد القانون لابد من وجود جزاء رادع يحمل الأفراد المخاطبين بأحكام القواعد القانونية على تنفيذها والعمل وفقا لمضمونها ، وبالطبع السلطة العامة في الدولة هي التي تتولى توقيع وتنفيذ الجزاءات بما لها من وسائل تساعدها على ملاحقة الخارجين والمخالفين لقواعد القانون .

ولا شك أن اقتران القواعد القانونية بجزاءات يعتبر أمر ضرورى وحتمى لحمل الأفراد المخاطبين بأحكامها على احترام هذه القواعد ضمانا لتحقيق الاستقرار في المجتمع وتتويجا لمبدأ سيادة القانون ، ذلك أن ترك القواعد القانونية دون جزاء يكفل احترام مضمونها سيؤدى بالضرورة إلى انتشار الفوضى وعدم الاستقرار وضياع الحقوق ، ومن هنا يؤكد الجميع أن احترام قواعد القانون هي سمة من سمات المجتمعات المتقدمة والراقية لأن الأفراد كلما ازداد تقدمهم ورقيهم الفكرى كلما ازداد الاحساس بالحاجة إلى احترام قواعد القانون لتحقيق غاية أسمى ألا وهي إقامة النظام .

ويجب التنويه إلى أنه رغم رقى بعض الأفراد وسعيهم نحو احترام قواعد القانون من أجل إقامة النظام يوجد العديد من أفراد المجتمع الذين يميلون إلى خرق هذه القواعد ، وعدم احترام أحكامها ، فكان لابد من اقتران هذه القواعد بجزاءات رادعة ضمانا لاحترامها وتحقيق العدل في المجتمع ، فالجزاء أمر ضرورى تقتضيه صفة الإلزام في القاعدة القانونية ، وفيما يلى سنوضح ماهية الجزاء والمقصود به وخصائصه وأنواعه .

في الواقع الجزاء هو عبارة عن النتيجة المترتبة على عدم احترام ومخالفة

القاعدة القانونية ، ويتضح لنا من هذا التعريف أن الجزاء يتمتع بالخصائص التالية :

خصائص الجزاء في القاعدة القانونية وتطوره :

من خلال التعريف السابق للجزاء نجد أنه يتمتع بالخصائص التالية :

- الجزاء حال غير مؤجل ، ومعنى ذلك هو وجوب أن يكون الجزاء فوريا ومباشرا بحيث يوقع على المخالف في الحال ، عند ثبوت مخالفته لمضمون وأحكام القاعدة القانونية ، وهذه الخاصية تميز القواعد القانونية عن قواعد الأخلاق أو القواعد الدينية والتي يؤجل فيها الجزاء للآخرة .

- الجزاء مادى ومحسوس ، ومعنى ذلك هو ضرورة أن يتخذ الجزاء مظهرا خارجيا ملموسا يتمثل في الاجبار الذي تباشره السلطة العامة بالقوة المادية ، فالجزاء يوقع على المخالف لأحكام القاعدة القانونية في نفسه أو في ماله حسب الأحوال ، فالجزاء المقترن بالقاعدة القانونية يختلف عن الجزاء الأخلاقى المتمثل في تأنيب الضمير أو استنكار الناس لسلوك المخالف للقواعد الأخلاقية .

- الجزاء منظم قانونا بحيث تتولى السلطة العامة في الدولة مهمة تنفيذه وتطبيقه على كل من يخالف أو يخترق أحكام القاعدة القانونية ، فلا يجوز للأفراد من غير السلطة العامة القيام بتنفيذ الجزاء أو تطبيقه تحاشيا ومنعا لانتشار الفوضى وعدم الاستقرار في المجتمع .

وقد مر الجزاء من حيث تنظيمه وتطوره بمراحل مختلفة ، ففي المجتمعات القديمة كان توقيع الجزاء موكولا إلى الفرد الذي وقع عليه الاعتداء ، فقد كان هذا الفرد هو الذي يتولى بنفسه توقيع الجزاء أو تتولاه عائلته أو قبيلته ، فقد كان أقارب القتيل أو عائلته يقتصون من القاتل على مرأى ومسمع من جميع أفراد القبيلة على

أساس أن هذا القصاص هو الجزاء المناسب لما أقترفه القاتل في حق أهل القتيل بصفة خاصة وفي حق المجتمع بصفة عامة .

وقد عرفت المجتمعات القديمة نظاما آخر بديلا للقصاص وهو نظام الدية ، حيث يتحمل القاتل دفع مبلغ من المال كدية عن القتل بمفرده أو بالاشتراك مع أقاربه ، ودفع هذه الدية كان يتم في حضور البعض من أفراد القبيلة ، وفي حالة عدم قبول المعتدى عليه للدية كان يلجأ إلى القوة للحصول على حقه .

وفي المعاملات المدنية نجد أن القانون الرومانى كان يعطى للدائن الحق في المساس بحرية المدين كحبسه أو بيعه استيفاء لدينه ، فقد كان الجزاء بدنيا ، وتطور حتى أصبح يتعلق بأموال المدين[١] .

ومع تطور المجتمعات وظهور الدولة الحديثة انتهي عصر القصاص أو القضاء الخاص والذي كان يتولى فيه الفرد توقيع الجزاء بنفسه ، فقد ظهرت الدولة الحديثة بمقوماتها وسلطاتها المختلفة بما لها من نفوذ وسلطان وصلاحيات ، لتوقيع الجزاء على المخالف لأحكام القانون تحقيقا للعدل ، وبالتالى أصبحت الدولة هي المحتكرة لسلطة توقيع الجزاءات ولم يبق في عصر الدولة الحديثة من آثار القضاء الخاص إلا بعض الحالات الاستثنائية كحالة الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، فيجوز للأفراد الدفاع عن أنفسهم وعن أموالهم في حالة الاعتداء عليهم ولكن بالقوة المناسبة وبشروط معينة ، وإلا تعرضوا للعقوبة وفقا لأحكام القانون .

صـــور الـجزاء :

---

[١] لقد ظل الجزاء البدنى سارى العمل به في القانون االفرنسي على أن تم إلغائه بقانون ٢٢ يوليو ، ١٨٦٧ والذي بدوره ألغى الاكراه البدنى في المعاملات المدنية إلا في أحوال استثنائية .

الجزاء الذي تقوم بتوقيعه السلطة العامة في الدولة لا يتخذ شكلا واحدا وإنما يختلف باختلاف فروع القانون التي وقعت المخالفة بشأنها ، لذلك يمكننا القول أن الجزاء يتنوع إلى عدة صور منها :

١ ـ الجزاء الجنائـــى .

٢ ـ الجزاء المدني .

٣ ـ الجزاء الإدارى .

٤ ـ الجزاء السياسى .

وفيمـــا يلـــى سنوضـــح المقصـــود بكـــل صـــورة مـــن صـــور الجـــزاء آنفة الذكر .

١ ـ الجزاء الجنائى :

يعتبر الجزاء الجنائى أشد صور الجزاء المقرر عند مخالفة القاعدة القانونية وهو عبارة عن العقوبة المقررة عند ارتكاب جريمة معينة مكتملة الأوصاف ومستوفية الشروط كما حدد ذلك قانون العقوبات ، فالجزاء الجنائى يعتبر عقوبة وهذه العقوبة قد تمس الشخص في نفسه وحياته كالإعدام ، أو في حريته الشخصية كالسجن المؤبد أو المشدد والسجن والحبس أو في ذمته المالية كالغرامة والمصادرة .

وكما قلنا منذ قليل الجزاء الجنائى يعتبر أشد صور الجزاء خاصة وأن العقوبة تهدف إلى تحقيق الردع العام والردع الخاص ، فمن حيث الردع العام ، العقوبة تهدد كل من تسول له نفسه ارتكاب جريمة ، أما من حيث الردع الخاص نجد أن العقوبة تهدد مرتكب الفعل المحظور من العودة لإرتكاب مثل هذا الفعل مرة أخرى

والعقوبة تختلف من حيث جسامتها وشدتها تبعا لاختلاف طبيعة الجريمة

المرتكبة وما إذا كانت جناية أو جنحة أو مخالفة ، فالقانون قد قسم الجرائم إلى صور مختلفة كما سبق ونجد أن أشدها وأبشعها هي الجنايات .

والجنايات طبقا لنص المادة ١٠ من قانون العقوبات المصري هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية :

الإعدام : هي أقصى العقوبات المقررة في القانون الجنائى لأنها تنطوى على حرمان الجانى من حياته ، وهذه العقوبة تنفذ عن طريق الشنق وفقا للمادة ١٣ من قانون العقوبات المصري ، وهذه العقوبة لا تطبق إلا على نوعية خاصة من الجرائم التي تمثل إخلالا فادحا بأمن المجتمع ونظامه وحياة أفراده .

السجن المؤبد : هذه العقوبة تستغرق حياة المحكومة عليه كلها ، ويجوز الإفراج عن المحكوم عليه بعد مضى ٢٠ سنة إذا أثبت خلالها أنه حسن السيرة والسلوك .

السجن المشدد : هذه العقوبة لا يجوز أن تنقص عن ثلاث سنين ولا أن تزيد على خمسة عشر سنة .

السجن : هذه العقوبة لا تنقص عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمسة عشر سنة وطبقا لهذه العقوبة يودع المحكوم عليه أحد السجون العمومية ويتم تشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة طوال المدة المحكوم بها عليه (مادة ١٦ عقوبات)

مما سبق يتضح لنا أن الجنايات وهي أشد الجرائم خطورة يعاقب مرتكبها بالإعدام أو السجن المؤبد أو المشدد أو السجن حسب الأحوال .

أما الجنح فهي الجرائم التي يعاقب عليها بالعقوبات الآتية (مادة ١١ عقوبات):

الحبس : لا يجوز أن تنقص مدته عن أربع وعشرين ساعة ولا أن تزيد

على ثلاث سنوات بحسب الأصل (مادة ١٨ عقوبات) ، ويتم تنفيذ الحبس بوضع المحكوم عليه أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم عليه بها ، وعقوبة الحبس نوعان الحبس البسيط ، والحبس مع الشغل ، والحبس البسيط عبارة عن أن المحكوم عليه يقضيه دون أن يكلف بشغل داخل السجن ، أما الحبس مع الشغل هو تشغيل المحكوم عليه داخل السجن أو خارجه طبقا لما تقتضيه المادة ١٩ عقوبات .

ويجب التنويه إلى أن كل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر له الحق في أن يطلب تشغيله خارج السجن طبقا لما هو مقرر بدلا من تنفيذ عقوبة الحبس عليه ، وهذا الأمر لا يمكن تحقيقه إذا نص الحكم على حرمان المحكوم عليه من هذا الخيار (مادة ١٨ عقوبات) .

الغرامة : تتمثل في الزام المحكوم عليه بدفع مبلغ معين من المال إلى خزينة المحكمة.وإذا كانت الجنح معاقب عليها بالحبس أو الغرامة ، نجد أن المخالفات معاقب عليها بالغرامة .

وجدير بالذكر أنه نظرا لخطورة التجريم والعقاب نجد معظم الدساتير تنص على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، وإذا كانت العقوبات سالفة الذكر هي العقوبات الأصلية نجد أن هناك عقوبات تبعية تطبق بقوة القانون إلى جانب العقوبات الأصلية ، كما أن هناك عقوبات أخرى تكميلية لا تطبق إلا إذا قررها القاضى في حكمه .

٢ ـ الجزاء المدني :

هو الجزاء الذي يوقع عند الاعتداء على حق خاص أو إنكاره أو هو الأثر الذي يرتبه القانون على مخالفة قاعدة تحمى مصلحة خاصة أو حقا خاصا ، ويمكننا أيضا القول بأن الجزاء المدني هو الجزاء الذي يوقع عند ثبوت المسئولية

المدنية . والجزاء المدني يأخذ صور متعددة :

البطلان : الذي يترتب في حالة إبرام التصرفات القانونية بطريقة مخالفة لما ينص عليه القانون كبطلان تصرفات الصبى غير المميز واعتبارها في حكم العدم طبقا لنص المادة ١١٠ من القانون المدني المصري ، كما أن العقد يكون باطلا وفي حكم العدم إذا كان محله مخالفا للنظام العام والآداب العامة ، وبالإضافة إلى البطلان يوجد القابلية للإبطال في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد مثلا كتوافر عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال ، ويكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة من شاب إرادته عيب من العيوب السابقة ، ويجوز له وحده التمسك ببطلان العقد وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد .

إجبار الشخص على القيام بما لم يقم به طواعية واختيارا :كإلزام المؤجر بتمكين المستأجر من العين المؤجرة طالما أنه وفي بكل التزاماته

الفسخ : والذي يترتب عليه أيضا إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ، والفسخ يفترض أن العقد المبرم بين الطرفين نشأ صحيحا لكن هناك استحالة في تنفيذه كعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات أو تأخر في تنفيذه أو نفذه بطريقة معيبة ، هنا يجوز طلب الفسخ لحل الرابطة التعاقدية .

التعويض : الجزاء المدني قد يتخذ صورة التعويض وذلك لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور ، وكما ورد في المادة ١٦٣ مدنى "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" .

والتعويض قد يكون هو الجزاء الأصلى للمخالفة كالتعويض الذي يلتزم به

صاحب سيارة عن الإصابة التي تسبب فيها للغير ، وقد يكون التعويض ليس أصليا للمخالفة ولكن لتعذر واستحالة تطبيق الجزاء الأصلى يكون التعويض ، وذلك في حالة تعذر تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا لما فيه من مساس بحرية المدين الشخصية ، كتعهد رسام برسم لوحة أو فنان بإحياء حفلة ، هنا نلزمه بالتعويض في حالة عدم تنفيذ التزامه لأن اجباره على تنفيذ التزامه عينيا فيه مساس بحريته الشخصية .

والتعويض ثلاثة أنواع : إتفاقى وقضائى وقانونى ، الاتفاقى يكون نتيجة اتفاق الأطراف مقدما على مقداره وشروطه ، أما التعويض القضائى يحكم به القاضى ويقدره بحسب ما لحق الشخص من خسارة وما فاته من كسب ، وأخيرا التعويض القانونى وهو عبارة عن الفوائد الربوية وهي ٤% في المسائل المدنية ، و ٥% في المسائل التجارية ، ويجوز الاتفاق على سعر آخر للفوائد لا يزيد على ٧% وفقا للمادتين ٢٢٦ ، ٢٢٧ من القانون المدني المصري .

٣ ـ الجـزاء الإدارى :

هو الجزاء الذي يوقع على العاملين بالجهاز الإدارى بالدولة ووحدات الحكم المحلى والهيئات العامة في حالة ارتكاب مخالفات تتعلق بالوظيفة العامة .

وصور الجزاء الإدارى متعددة فمنها الإنذار أو لفت النظر أو اللوم ، أو تأجيل منح العلاوة ، وقد يصل الجزاء إلى حد الفصل من الوظيفة العامة .

٤ ـ الجـزاء السياسى :

هو الجزاء الذي يوقع عند الإخلال وانتهاك أحكام الدستور ، كإعمال المسئولية الوزارية للحكومة أمام البرلمان ، وحق رئيس الدولة في حل مجلس النواب ، وللجزاء السياسى صورة أخرى تتمثل في ثورة الرأى العام وإثارة الاضطرابات والتظاهرات .

الفصل الثانى

التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى

من خلال ما سبق دراسته تبين لنا أن القواعد القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع على سبيل الإلزام تحقيقا للإستقرار وترسيخا لمبدأ سيادة القانون ، لكن ليس معنى ذلك أن القواعد القانونية هي القواعد الوحيدة الموجودة بالمجتمع والتي تنظم سلوك أفراده ، فالواقع يوضح لنا ويكشف عن وجود قواعد أخرى اجتماعية تنظم أيضا سلوك الأفراد في المجتمع ، فعلى سبيل المثال نجد قواعد الأخلاق والقواعد الدينية وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد ، فكل هذه القواعد تحتوى على مبادئ ومثل عليا وتدعو الأفراد إلى إتباعها والعمل بمقتضاها ، وفي الحقيقة هذه القواعد وإن كانت تنظم سلوك الأفراد كالقواعد القانونية إلا أنها تختلف عنها من حيث المصدر والغاية والنطاق .

لذلك نرى دراسة التفرقة بين القواعد القانونية والقواعد الاجتماعية الأخرى في المباحث التالية :

المبحث الأول : التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الدين .

المبحث الثانى : التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق .

المبحث الثالث : التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد المجاملات .

وفيما يلى سنتناول بالشرح كل مبحث من المباحث آنفة الذكر .

المبحث الأول

التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الدين

القواعد الدينية هي عبارة عن مجموعة الأوامر والنواهي التي يؤمن بها الناس نظرا لأنها منزلة من الله . سبحانه وتعالى . عن طريق رسله ، وهذه الأوامر والنواهي تنظم سلوك الأفراد في الحياة ، وتدعوا الجميع إلى الامتثال لتعاليم الله . سبحانه وتعالى . تحقيقا للعدل والمساواة بين جميع الناس .

والقواعد الدينية تتفق مع القواعد القانونية في أنها :

- تنظم سلوك الأفراد في المجتمع .
- عامة ومجردة لأنها لا تخاطب شخص معين بالذات إنما هي موجهة لجميع الناس ، وتدعوهم إلى اتباع أوامر الله سبحانه وتعالى واجتناب نواهيه .

والقواعد الدينية تنظم سلوك الإنسان في تعامله مع غيره من أفراد المجتمع ، وأيضا علاقة الإنسان بنفسه ، كما أن هذه القواعد تنظم علاقة الإنسان بربه من حيث الإيمان به وعبادته ، وفي هذا تختلف القواعد الدينية عن القواعد القانونية ، وقبل أن نوضح هذا الاختلاف يجب التنويه إلى أن قواعد الدين لها صلة وثيقة بالقانون خاصة وأنها تعتبر مصدرا احتياطيا وتاريخيا للقاعدة القانونية ، وحتى في البلاد الإسلامية والتي تأخذ بالقوانين الوضعية نجد أنها تطبق أحكام الدين في مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنفقات[١] .

ويمكننا التأكيد على أن الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ نص في مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسى للتشريع ، وبالتالى أية قوانين تصدر لابد وأن تكون متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وينبغى على السلطة التشريعية مراجعة كافة القوانين التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية لأنها

---

[١] يجب معرفة أن قواعد الدين في هذه المسائل "مسائل الأحوال الشخصية" تعتبراً مصدراً أصلياً للقانون .

في هذه الحالة ستكون قوانين غير دستورية .

ورغم الصلات بين القواعد الدينية والقواعد القانونية كما ذكرنا ، إلا أنه يوجد اختلاف بينهم من عدة وجوه :

من حيث المصـــدر :

القواعد الدينية مصدرها المولى سبحانه وتعالى ، فهي منزلة من عنده عن طريق رسله لتنظيم الحياة ، أما القواعد القانونية قام بوضعها البشر (البرلمان) ويترتب على هذه التفرقة نقطة هامة وهي أن القواعد الدينية لا تتغير فهي صالحة لكل زمان ومكان لأنها منزلة من الله سبحانه وتعالى ، أما القواعد القانونية قابلة دائما للتعديل والتغيير لأن واضعها هم البشر لا حول لهم ولا قوة .

من حيث المضمـون :

القواعد الدينية أوسع نطاقا من القواعد القانونية لأنها تنظم علاقة الفرد بنفسه وبغيره من الأفراد ، وأيضا علاقته بربه سبحانه وتعالى ، كما أن القواعد الدينية تضع تنظيما للدنيا والآخرة أيضا ، وبالإضافة إلى ذلك نجد أن القواعد الدينية تهتم بالبواعث والنوايا في حين أن القواعد القانونية لا تهتم إلا بالسلوك الخارجى للأفراد

من حيث الغايــة :

في الواقع كل من القواعد الدينية والقانونية تهدف إلى تحقيق الخير والسلام في المجتمع ، لكن نجد أن غاية القواعد الدينية هي المثالية والسمو بالنفس البشرية تحقيقا للاستقرار وتدعيما للروابط الاجتماعية ، في حين نجد القواعد القانونية هدفها وغايتها نفعية فقط من أجل الرقى بالمجتمع وتتغاضى بعض الأحيان عن المثل والقيم ، وعلى سبيل المثال نجد القواعد القانونية تقر الغاصب على ما أغتصبه دون وجه حق إذا وضع يده عليه مدة معينة .

من حيث الجــزاء :

القواعد القانونية لها جزاء دنيوى فقط ، فمن يخالف أحكامها يعاقب حسب ما اقترفه من مخالفة ، أما القواعد الدينية نجد أن الجزاء المقترن بها دنيوى وأخروى ، فهناك عقوبة في الدنيا وجزاء في الآخرة حيث يحاسب المولى سبحانه كل غير متبع لأوامره وكل منفذ لنواهيه .

المبحث الثانى

التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الاخلاق

يقصد بقواعد الأخلاق مجموع المبادئ والأنماط السلوكية المقرة من قبل غالبية الناس والمستقرة في وجدانهم بهدف تحقيق المثل العليا والعمل على نشر الخير والفضيلة كمساعدة الضعفاء واجتناب الشر وعدم الاعتداء على النفس أو على المال.

ومن خلال هذا التعريف آنف البيان يتضح لنا أن قواعد الأخلاق مثلها مثل القواعد القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع ، وأنها عامة وموجهة لكافة الناس ، فهي لا تخاطب شخص معين بذاته إنما تخاطب جميع أفراد المجتمع ، ورغم هذا الاتفاق يمكننا القول أن قواعد الأخلاق تفترق عن القواعد القانونية من عدة وجوه :

من حيث الغايــة :

تهدف القواعد القانونية إلى حفظ النظام في المجتمع وتحقيق الاستقرار ، لكن قواعد الأخلاق نجد أن غايتها مثالية ، فهي تهدف إلى تحقيق الكمال ، وتأخذ من الشخص الكامل نموذجا لها بينما القواعد القانونية تأخذ من الشخص العادى نموذجا لها ، فيمكننا القول أن قواعد الأخلاق تحاول خلق مجتمع من الملائكة ، أما القانون فلا ينشد سوى إقرار النظام داخل المجتمع .

من حيث الجـــزاء :

كما سبق الحديث وجدنا أن القاعدة القانونية تكون مقترنة بجزاء ومن يخالفها يقع تحت طائلة القانون ، وقد بينا آنفا أن الجزاءات متعددة فمنها مدنى أو جنائى أو إدارى ، أما فيما يتعلق بقواعد الأخلاق فهي لا تقترن بجزاء مادى ملموس كالحبس أو الغرامة عند مخالفتها إنما تكون مقترنة بتأنيب الضمير أو استنكار الناس لمن يخالفها ، فلا توجد سلطة عليا تجبر الأفراد على احترام القواعد الخلقية بعكس الحال عند انتهاك القواعد القانونية حيث توجد سلطة عليا تعاقب من يخالف القاعدة القانونية .

من حيث الوضوح والتحديد :

القاعدة القانونية تصاغ في عبارات واضحة ومحددة قبل أن تصبح نصوصا في تشريع معين ، لذلك تتسم القواعد القانونية بالدقة والوضوح والتحديد ، وعند التعرف على حكم قاعدة قانونية نجد أنه يكفي مطابقة النص لفهم الحكم الذي تنطوى عليه هذه القاعدة ، أما قواعد الأخلاق نجدها غامضة وغير منضبطة لأنها أحاسيس داخلية موجودة في وجدان الأفراد وقد تتفاوت هذه الأحاسيس من جهة وقد تتعارض مع شعور الجماعة من جهة أخرى .

وجدير بالذكر أن هذا الاختلاف يرجع إلى أن المصدر مختلف ، فمصدر القاعدة القانونية هو التشريع والعرف ، أما مصدر قواعد الأخلاق متعدد كالتاريخ والتراث والمعتقدات الدينية السائدة والأفكار السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في مجتمع ما .

من حيث المجال :

قواعد الأخلاق أوسع نطاقا ومجالا من القواعد القانونية لأنها لا تهتم فقط بالسلوك الخارجى للأفراد إنما تهتم بالبواعث والنوايا الداخلية ، فقواعد الأخلاق لا تكتفي بالحكم على التصرفات الظاهرة فقط إنما تهتم بالمقاصد خاصة وأنها تبتغى

تحقيق الكمال .

أما القواعد القانونية لا تهتم إلا بالسلوك الخارجى للأفراد ، وإذا أخذت أحيانا بالنوايا فهي لا تهتم بها إلا من أجل الحكم على السلوك الخارجى للأفراد .

الصلة بين القانون والأخلاق :

لقد أوضحنا أن هناك اختلافات بين القواعد القانونية وقواعد الأخلاق ، لكن هذه الفروق لا تعنى انعدام الصلة بينهم ، فكثير من قواعد القانون تعتبر قواعد أخلاقية أو تطبيقا لمبادئ ومثل عليا ، فالقواعد القانونية التي تحرم الاعتداء على جسم الإنسان وعلى ماله تعتبر قواعد أخلاقية ، والقواعد القانونية التي تمنع التعسف في استعمال الحق تعتبر أيضا قواعد خلقية .

ورغم هذه الصلة بين القواعد القانونية وقواعد الأخلاق إلا أنه توجد اختلافات بينهم ، فنجد أن هناك العديد من المبادئ الأخلاقية كالدعوة إلى الخير ونبذ الحقد والكراهية تكون بعيدة عن التنظيم القانونى ، وبالإضافة إلى ذلك نجد بعض القواعد القانونية التي تتعارض مع المثل العليا والمبادئ الأخلاقية وعلى سبيل المثال القاعدة القانونية التي تحمى الحائز سيئ النية إذا وضع يده على أرض ما مدة طويلة تكون متناقضة مع مبادئ الأخلاق والمثل العليا .

المبحث الثالث

التمييـز بين القاعدة القانونية وقواعد المجاملات

يقصد بقواعد المجاملات هي القواعد التي يستقر الناس في المجتمع على اتباعها من عادات وتقاليد ، وهذه القواعد لا يفرضها قانون أو دين معين ، إنما هي نابعة من عادات وتقاليد الشعب ، ومن أمثلة هذه القواعد زيارة المريض ، والتهنئة في المناسبات السعيدة كالزواج والأعياد ، والعزاء في المآتم والكوارث .

وقواعد المجاملات تتفق مع القواعد القانونية في أنها تنظم سلوك الأفراد ، وأنها عامة مجردة ، ولكنها غير مقترنة بجزاء فمن يخالفها لا يجد سوى جزاء معنوى يوقع على المخالف كاستنكار الناس له .

ويجب التنويه إلى أن قواعد المجاملات قد تتحول إلى قواعد قانونية عند تزايد قيمتها الاجتماعية ، فالقواعد الخاصة بمعاملة السلك الدبلوماسى هي في الأصل قواعد مجاملات ، لكن نظرا لتزايد أهميتها أصبحت قواعد قانونية معترف بها في القانون الدولي العام .

الباب الثانى

أقسام القانون وفروعه

هناك تقسيمات عدة للقانون بحسب الزاوية المنظور منها ، فقد قسم الفقهاء القواعد القانونية إلى قواعد قانون عام ، وقواعد قانون خاص ، وذلك بالنظر إلى طبيعة الأشخاص المخاطبين بهذه القواعد ، ويقسم البعض قواعد القانون إلى قواعد موضوعية ، وقواعد اجرائية ، موضوعية لأنها تحدد الحقوق والواجبات ، واجرائية لأنها تبين الاجراءات المتبعة للحصول على هذه الحقوق .

وهناك فريق آخر قد قسم قواعد القانون إلى قواعد خارجية تهتم بالعلاقات بين الدول أو الهيئات الدولية ، وأخرى داخلية تختص بتنظيم العلاقات في الداخل ، أما بالنظر إلى إمكانية مخالفة القواعد القانونية أو عدم إمكانية مخالفتها ، قد قسم الفقهاء القواعد القانونية إلى قواعد قانونية آمره لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، وقواعد قانونية مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها .ولعل أكثر هذه التقسيمات ذيوعا هو التقسيم الرومانى لقواعد القانون ، وهذا التقسيم يشمل نوعين من القواعد هي قواعد القانون العام ، وقواعد القانون الخاص ، والتقسيم الآخر الذي له أيضا الغلبة هو تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد آمره وقواعد مكملة ، وبناء على ما سبق ، تكون الدراسة في هذا الباب منصبة على فصلين :

<u>الفصل الأول :</u> تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص .

<u>الفصل الثانى :</u> القواعد القانونية الآمرة ، والقواعد القانونية المكملة .

الفصل الأول

تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص

يعد تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص أقدم التقسيمات ، فقد نادى به الفقهاء في ظل القانون الروماني ، ولا يزال له الغلبة حتى عصرنا هذا ، ومعظم فقهاء القانون في هذا العصر تتبنى هذا التقسيم .

هذا التقسيم من قبل فقهاء الرومان اعتمد على التفرقة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، وساد الاعتقاد بأن القانون العام هو الذي يهدف إلى المصلحة العامة ، أما القانون الخاص يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة ، لذلك يجب علينا أن نوضح المقصود بكل من القانون العام والقانون الخاص ، ومعايير التفرقة بينهما ، والفروع المختلفة لكل قسم من هذين القسمين الأساسيين لقواعد القانون .

ولتناول كل هذه المسائل آنفة البيان ، سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى المبحثين التاليين :

المبحث الأول :التعريف بالقانون العام والقانون الخاص والتفرقة بينهما.

المبحث الثاني : فروع القانون العام والقانون الخاص .

المبحث الأول

التعريف بالقانون العام والقانون الخاص والتفرقة بينهما

القانون العام عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطة أو سيادة ، ويهتم القانون العام أيضا بتنظيم العلاقات التي يكون أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها .

والمقصود بالقانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد بعضهم البعض ، أو بين الأفراد والدولة ، أو أحد أشخاصها الاعتبارية لا بوصفهم أشخاص معنوية عامة ذات سيادة أو سلطة ولكن بوصفهم أشخاص معنوية خاصة .

معايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

لقد عرفنا آنفا القانون العام والقانون الخاص ، لكن هذا التعريف اعتمد على معيار معين من المعايير المختلفة للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص ، فما هو المعيار الذي تم التعويل عليه حتى وصلنا إلى التعريف سابق الذكر لكل من قواعد القانون العام ، وقواعد القانون الخاص؟

معيار القهر والسيطرة :

أنصار هذا المعيار يرون أن القانون العام مرادف للخضوع والقهر ، وقدرة السلطة العامة على تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية[١] ، فالقانون العام قانون سيطرة ويضع تنظيما آمرا لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه ، أما فيما يتعلق بالقانون الخاص فهو قانون الحرية وسلطان الإرادة لأن قواعده مكملة ويجوز الاتفاق بحرية

---

[١] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

تامة على ما يخالفها .

ولكن قد تعرض هذا المعيار للنقد على أساس أن كل قواعد القانون العام أو الخاص تشتمل على قواعد آمره ومكملة في نفس الوقت ، فالقواعد التي تتطلب أشكالاً معينة للعقود أو القواعد المتعلقة بالأهلية كلها آمره رغم أنها من قواعد القانون الخاص

معيار المصلحة المبتغـــاة :

أساس هذا المعيار هو الغاية من القواعد القانونية ، فإذا كانت القواعد القانونية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة تكون من قواعد القانون العام ، أما إذا كانت المصلحة المبتغاة هي المصلحة الخاصة فإن القواعد القانونية تكون قواعد القانون الخاص ، فطبيعة المصلحة المحمية هي التي تحدد قواعد القانون العام من قواعد القانون الخاص .

ولكن قد وجهت سهام النقد إلى هذا المعيار على أساس أن جميع قواعد القانون تهدف إلى المصلحة العامة ، فقواعد القانون الخاص لا تهدف إلى المصلحة الخاصة فقط ، ولكنها أيضا تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، وعلى سبيل المثال البطلان المقرر للعقود عند مخالفة النظام العام والآداب العامة يكون محققا للمصلحة العامة ، فقواعد القانون كلها عبارة عن مزيج من الرغبة في التوفيق بين الصالح العام والصالح الخاص .

معيـــار أطراف العلاقة :

مضمون هذا المعيار يتمثل في اعتبار قواعد القانون من القانون العام إذا كانت تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها ، أما إذا كانت العلاقات بين الأفراد بعضهم البعض تكون القواعد المطبقة من قواعد القانون الخاص .

وقد تعرض هذا المعيار كغيره من المعايير السابقة إلى النقد لأن الدولة قد تدخل العلاقات بوصفها شخص عادى لا بوصفها شخص معنوى عام ذات سلطة أو سيادة ، فأحيانا الدولة قد تبيع عقارا من أموالها أو إجرائها لعقد الإيجار بوصفها شخص معنوى خاص ، فهنا ليس من المنطقى تطبيق قواعد القانون العام ، فقواعد القانون الخاص هي الأحرى بالتطبيق .

ولما كانت كل هذه المعايير آنفة الذكر معرضة لسهام النقد ، عارية من الحجج والأسانيد التي تدعمها ، أصبحت في رأينا خليقة بالرفض وعدم الاتباع ، وكان حتما البحث عن معيار آخر لتوضيح التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص

معيار صفة أطراف العلاقة :

المعول عليه في هذا المعيار ليس مسألة أن الدولة طرف في العلاقة أم لا ، ولكن المعول عليه الصفة التي تتصف بها الدولة عند دخولها هذه العلاقة ، فهل الدولة تدخل العلاقة بصفتها شخص معنوى عام ذات سيادة أم أنها تدخل العلاقة بصفتها شخص معنوى خاص غير صاحب سلطة ؟

فللدولة حينما تدخل في العلاقات القانونية صفتين طبقا لهذا المعيار ، إما أنها تدخل العلاقة باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان ، وإما أنها تدخل العلاقة بوصفها شخصا عاديا لا سيادة له ولا سلطان ، وخير مثال على ذلك أنه إذا قامت الدولة بنزع ملكية أرض للمنفعة العامة أو قامت بفرض ضريبة ستخضع العلاقة هنا والتي تكون الدولة طرفا فيها لقواعد القانون العام لأن الدولة في هذه العلاقة صاحبة سيادة وسلطان ، أما إذا أجرت الدولة قطعة أرض تملكها أو قامت بإستئجار منزلا لاستخدامه كمدرسة ، هنا ستدخل العلاقة في نطاق قواعد القانون الخاص لأن الدولة دخلت العلاقة بوصفها شخصا معنويا خاصا[1] .

---

[1] د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية

ويعد وبحق هذا المعيار هو أقرب المعايير إلى المنطق والصواب لأنه فصل العلاقات التي تدخل الدولة فيها ، وبيّن النتيجة التي تترتب على دخول الدولة هذه العلاقات بصفة شخص معنوى عام ، وعند دخولها بصفة شخص معنوى خاص ، فالقانون العام طبقا لهذا المعيار هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ، أما القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد أو التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها بوصفها شخصا معنويا خاصا.

وجدير بالذكر أن للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص أهمية قصوى في العديد من المجالات .

أهمية التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص :

نظرا لاختلاف نوع وطبيعة العلاقات التي تنظمها كل من قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص ، نجد أن التفرقة بينهم ذات أهمية بالغة القيمة في العديد من المجالات .

فيما يخص المنازعات : مما لا ريب فيه أن المنازعات التي تقوم بين الأفراد بعضهم البعض لا يختص بها سوى القضاء العادى ، أما المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها شخص معنوى عام ذات سيادة ، يكون الاختصاص القضائى لمحاكم القضاء الإدارى "محاكم مجلس الدولة"[١] .

فيما يخص انشاء العلاقة القانونية أو تنظيمها : في الحقيقة قواعد

، ١٩٩٢ ، ص ٣٠ .

[١] مجلس الدولة هو الذي يمثل جهة القضاء الإدراى في مصر ، وهو لا يشتمل على القسم القضائى فقط ، بل يشمل أيضا قسمى الفتوى والتشريع .

القانون العام تخول الدولة بوصفها شخص معنوى عام سلطات واسعة عند الدخول في علاقات تعاقدية ، ففي العقود الإدارية نجد الدولة تستطيع تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة مع تعويض الطرف الآخر ، فالدولة لا تقف موقف المساواة مع الأفراد العاديين ، فهؤلاء الأفراد تحكمهم قواعد القانون الخاص لا قواعد القانون العام .

ومن السلطات المخولة للدولة أيضا باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام نزع ملكية الأفراد للمصلحة العامة ، وهذا يختلف عن قواعد القانون الخاص التي لا يتيح للأفراد الاستيلاء على ممتلكات الآخرين بدون اتفاق معهم .

حتى في مجالات العمل ، نجد أن علاقة الدولة مع موظفيها تختلف عن علاقة الأفراد بعضهم ببعض في نطاق القانون الخاص ، فالموظف العام يخضع لما يكلف به من قبل الدولة دون إرادة منه ، ولا يجوز له التوقف عن العمل أو الإضراب عنه لأن ذلك فيه تعطيل لسير المرفق العام بانتظام واضطراد ، أما علاقة الشخص العادى كصاحب العمل مع شخص آخر كالعامل نجد أن هناك قدر من الحرية عند التعاقد مكفول للعامل حتى ولو كان يمثل الطرف الضعيف في عقد العمل .

فيما يخص الملكية : الأموال التي تملكها الدولة تعتبر أموالا عامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عيها أو اكتساب ملكيتها بالتقادم المكسب ، فهي لا تسقط مهما طال الزمن ، أما الملكية الخاصة وهي ملكية الأفراد يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو كسبها بالتقادم .

فيما يخص طبيعة قواعد القانون العام والقانون الخاص : معظم قواعد القانون العام تعتبر قواعد آمره لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، أما قواعد القانون الخاص تشتمل على النوعيين القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها ،

والقواعد المكملة التي يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها .وهكذا التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص لها أهميتها في العديد من المجالات .وبالإضافة إلى ذلك نجد أن مسئولية الدولة عند انتهاكها لأحد قواعد القانون العام تختلف عن مسئولية الأفراد عند مخالفة قواعد القانون الخاص ، فمسئولية الدولة أو أحد أشخاصها تخضع لاعتبارات وأسس مغايرة عن تلك التي يخضع لها الأفراد العاديين .

وبعد أن درسنا التعريف بالقانون العام والقانون الخاص ، ومعايير التفرقة بينهما ، ثم أهمية التمييز بين كل من قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص ، يجب علينا حتى نكون نسيجا متكاملا عن هذا الموضوع أن نبين فروع كل من القانون العام والقانون الخاص .

المبحث الثانى

فروع القانون العام والقانون الخاص

أوضحنا فيما سبق أن القانون العام يختلف عن القانون الخاص ، ولكل قسم من هذين القسمين فروعه المستقلة ، فما هي فروع القانون العام وفروع القانون الخاص؟

للإجابة على هذا التساؤل نقسم الدراسة هنا إلى مطلبين :

المطلــب الأول : فروع القانون العام .

المطلب الثانى : فروع القانون الخاص .

المطلب الأول

فروع القانون العام

المقصود بفروع القانون العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفا فيها بإعتبارهم ذات سيادة أو سلطان ، والقانون العام يتفرع إلى قانون عام خارجى وهو القانون الدولي العام ، وإلى قانون عام داخلى ويشمل القانون الجنائى ، القانون الدستوى ، القانون الإدارى ، والقانون المالى .

وسنعرض فميا يلى المقصود بالقانون العام الخارجى (القانون الدولي العام) ، ثم القانون العام الداخلى .

الفرع الأول : القانون العام الخارجى (القانون الدولي العام) :

يقصد بقواعد القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم

العلاقات بين الدول بعضها البعض ، أو بين المنظمات الدولية ، أو بين الدول وهذه المنظمات الدولية . طبقا لهذا التعريف نجد أن القانون الدولي العام يعالج موضوعات مختلفة ، وهو لا يقتصر على زمن السلم فقط ، بل أيضا وقت الحرب ، ولكن قد شكك البعض في توافر الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام ، لذلك يجب علينا معالجة المسائل الآتية :

أولا : موضوعات القانون الدولي العام .

ثانيا : مصادر القانون الدولي العام .

ثالثا : مدى توافر الصفة القانونية في قواعد القانون الدولي العام .

أولا : موضوعات القانون الدولي العام :

تتباين موضوعات القانون الدولي العام في وقت السلم عنها في وقت الحرب ، بالإضافة إلى أن نطاق قواعد القانون الدولي العام قد اتسع ليشمل تحديد مراكز المنظمات الدولية وعلاقاتها الدولية .

في زمن السلم :

يهتم القانون الدولي العام بتحديد أشخاص المجتمع الدولي ، وما هي الشروط الواجب توافرها لنشأة الدولة ، وحقوقها وواجباتها في مواجهة الدول الأخرى ، كما تختص قواعد القانون الدولي العام بتحديد طرق إبرام المعاهدات الدولية والآثار المترتبة عليها ، كما أنها تهتم بتنظيم طرق التمثيل الدبلوماسى والقنصلى بين الدول ، وتعتنى أيضا قواعد القانون الدولي العام ببيان الطرق السلمية التي يجب اللجوء إليها لفض المنازعات بين الدول ، سواء عن طريق المفاوضات أو التحكيم أو الوساطة الدولية .

في زمن الحرب :

يقوم القانون الدولي العام بدور هام في زمن الحرب ، حيث أن قواعد

القانون الدولي العام هي التي تحدد متى تبدأ الحرب ومتى تنتهي ، والأسلحة التي يجوز استخدامها في الحرب ، والأخرى التي لا تجوز ، ومن الموضوعات الهامة أيضا في زمن الحرب كيفية معاملة أسرى الحرب وما هي حقوقهم وواجباتهم ، وفيما يخص الدول المحايدة ، تحدد أيضا قواعد القانون الدولي العام حقوقها وواجباتها في زمن الحرب وموقفها بالنسبة للدولة المتحاربة ، وضرورة عدم تقديم المساعدات لأى من أطراف النزاع ، لأن ذلك قد يخرجها عن حيادها[١] .

مراكز المنظمات الدولية وعلاقاتهـا :

لقد اتسع نطاق القانون الدولي العام ليشمل تحديد مراكز المنظمات الدولية واختصاصاتها وأجهزتها ، كما يهتم القانون الدولي العام ببيان علاقات هذه المنظمات ببعضها البعض ، وعلاقاتها بالدول ، ومن المنظمات الدولية نجد منظمة الأمم المتحدة وهي منظمة عامة ، وجامعة الدول العربية وهي منظمة إقليمية خاصة بالدول العربية فقط[٢] .

ثانيا : مصادر القانون الدولي العام :

قواعد القانون الدولي العام مستقاة ومستمدة من ثلاث مصادر رئيسية: العرف الدولي ، المعاهدات الدولية ، والمبادئ العامة للقانون .

العرف الدولي : يكتسب العرف الدولي أهمية قصوى كمصدر من مصادر القانون الدولي العام ، لأن القانون الدولي العام يفتقر إلى وجود سلطة عليا تملك إصدار أوامر أو تشريعات تلتزم بها الدول ، والعرف الدولي يكون كالعرف الداخلى

---

[١] د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٢ .

[٢] يوجد منظمات إقلمية أخرى ، كمنظمة الوحدة الافريقية ، ومنظمة السوق الأوربية المشتركة ، وتوجد منظمات تقتصر عضويتها على دول معينة يجمعها رباط واحد كمنظمة الدول الإسلامية

، فهو عبارة عن اعتياد الدول في علاقاتها على سلوك معين لمدة طويلة مع الاعتقاد بإلزامية هذا السلوك وسريانه واجبا لدول المجتمع الدولي ، فمع مرور مدة طويلة من الزمن ، واعتقاد الدول بوجوبية القاعدة العرفية ، تصبح الأخيرة جزءا من قواعد القانون الدولي العام .

وجدير بالذكر أن ننوه إلى أن العرف الدولي قد يكون عاما ، وقد يكون إقليميا ، والعرف الإقليمى يختص بجماعة معينة من الدول ، كالعرف السائد في المنطقة العربية فقط ، أما العرف العام يقصد به العرف الذي يخص الدول جميعها[١] .

المعاهدات الدولية : يقصد بالمعاهدات الدولية بصفة عامة الاتفاقات التي تبرم بين الدول في شأن من الشئون الدولية ، والمعاهدات الدولية تعد المصدر الثانى لقواعد القانون الدولي العام بعد العرف الدولي .ويوجد نوعين من المعاهدات الدولية : المعاهدات الدولية العامة والمعاهدات الدولية الخاصة ، ويقصد بالمعاهدات العام الاتفاقات التي تبرم بين عدد غير محدود من الدول في مسألة تهم الدول جميعها ، وينتج من هذه المعاهدات قواعد عامة مجردة تلزم الدول جميعها ، وخير مثال على ذلك هو معاهدة سان فرنسيسكو عام ١٩٤٥م والتي صدر بمقتضاها ميثاق الأمم المتحدة ، أما المقصود بالمعاهدات الخاصة هي الاتفاقات التي تبرم بين دولتين أو بين عدد محدود من الدول لتنظيم مسألة معينة ، فهذا النوع من المعاهدات لا يلزم إلا الدول الأطراف في المعاهدة فقط ، فهو لا يعد مصدرا من مصادر القانون الدولي العام ، ولكن قد تصبح هذه المعاهدات مصدرا للقانون الدولي العام إذا أقرت قواعد واستقر المجتمع الدولي على اتباعها ، والاعتقاد بإلزاميتها ، ففي هذه الحالة ستكون عرفا دوليا واجب الاتباع ، ويصبح

---

[١] د. محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٧٠ .

جزءا من قواعد القانون الدولي العام .

المبادئ العامة للقانون : عند عدم وجود قاعدة عرفية دولية أصبحت جزء من قواعد القانون الدولي العام ، أو عند غياب معاهدة عامة للفصل في مسألة معينة ، يكون الاحتكام إلى المصدر الثالث من مصادر القانون الدولي العام ، وهو المبادئ العامة للقانون .

ويقصد بالمبادئ العامة للقانون مجموعة المبادئ الأساسية التي تقررها النظم القانونية المختلفة ، فمبدأ المسئولية عن الفعل الضار ، وقاعدة احترام الأطراف لما يبرمونه من عقود ، كلها مبادئ عامة تحترمها كل القوانين الوضعية في الأمم المتمدينة ، ويجب على المجتمع الدولي احترام هذه المبادئ الأساسية المقررة في القوانين الداخلية للأمم المختلفة .

ثالثا : مدى توافر الصفة القانونية في قواعد القانون الدولي العام :

لقد أنكر البعض توافر الصفة القانونية في قواعد القانون الدولي العام ، وأيد البعض الآخر توافر هذه الصفة في قواعد القانون الدولي العام ، وسنعرض فيما يلى للحجج والأسانيد التي قال بها كل اتجاه .

الاتجاه الأول: انكار الصفة القانونية في قواعد القانون الدولي العام :

لقد ذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن قواعد القانون الدولي العام ليس لها صفة القواعد القانونية وذلك للأسباب التالية :

١ . عدم وجود هيئة تشريعية عليا تكون مختصة باصدار قواعد القانون الدولي العام ، وتسهر على احترام هذه القواعد من قبل المخاطبين بها.

٢ . عدم وجود سلطة عليا تراقب مدى تطبيق قواعد القانون الدولي العام، وتوقيع الجزاء على من يخالف أو ينتهك هذه القواعد ، لذلك كل من يخالف أحكام القانون الدولي العام لا يخشى الوقوع تحت طائلة العقاب لعدم وجود من يوقع الجزاء .

الاتجاه الثاني: توافر الصفة القانونية في قواعد القانون الدولي العام:

غالبية الفقه تتجه إلى عكس ونقيض الاتجاه الأول وتؤكد توافر الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام ، وقد فند أنصار هذا الاتجاه حجج الاتجاه الأول ، وقاموا بدحضها وهدمها كالآتى :

١ . فيما يخص حجة عدم وجود سلطة عليا تقوم بإصدار قواعد القانون الدولي العام ، تعتبر حجة واهية ومن السهل هدمها لأنه ليس من الضرورى وجود هيئة تشريعية عليا لإصدار قواعد القانون الدولي العام ، وأن القواعد القانونية الداخلية لا يكون مصدرها التشريع فقط بل أيضا العرف ، وهذا الأخير لا تضعه هيئة عليا ، ولكنه نتيجة اعتياد الناس على سلوك معين لمدة طويلة واعتقادهم بإلزامية هذا السلوك ، فهناك من القواعد القانونية ما ينشأ دون الحاجة إلى سلطة عليا تضعها ، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد القانونية التي مصدرها العرف ، والعرف ينشأ في ضمير الجماعة ، وفي المجال الدولي يعتبر من أهم مصادر القانون الدولي العام[١] .

٢ . فيما يخص عدم وجود سلطة عليا مهمتها توقيع الجزاء على من ينتهك قواعد القانون الدولي العام ، نجد أيضا أن هذه الحجة ضعيفة ، ولا تعد دليلا على إنكار الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام ، فالمجتمع الدولي نفسه هو الذي يوقع الجزاء ، وذلك عن طريق تفويض الدولة التي وقع عليها الاعتداء في توقيع الجزاء باسم المجتمع الدولي ، ومن صور الجزاء هنا يمكن أن نذكر المقاطعة الاقتصادية والسياسية والمعاملة بالمثل ، وقد يصل الأمر إلى حد التدخل العسكرى[٢] .

---

[١] د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٣ .

[٢] د. محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٧٣ ؛ انظر أيضا :محمد سعد

وقد ذهب البعض إلى القول بأنه "وإذا كان الجزاء يترك للافراد على هذا النحو ، يوقعونه بأنفسهم ، فإن هذا هو ما يتفق والمرحلة التي يمر بها القانون الدولي العام ، لأنه قانون حديث النشأة ولا يزال في مراحل تطوره الأولى"[١] ولكن قد ذهب رأى آخر إلى أن التفويض في توقيع الجزاء يعتبر أمرا غير مرغوب فيه ويضعف من قواعد القانون الدولي العام ويجعلها من قبيل القواعد القانونية الناقصة ، فالتفويض في توقيع الجزاء إذا تصورناه في المجتمع الداخلى وتركنا توقيع الجزاء في يد الأفراد لأدى ذلك إلى عدم الاستقرار وذيوع الفوضى والاضطراب[٢] .

ورغم أن القانون الدولي العام لم يبلغ بعد نهاية التطور ، إلا أن وجود محكمة العدل الدولية ، وما تتمتع به الجميعة العامة من قيمة أدبية عظيمة ، وما تتصف به قرارات مجلس الأمن من قوة وصرامة إلى حد إعلان الحرب المشروعة على الدولة المعتدية ، يجعلنا نؤكد اعتبار القانون الدولي العام قانونا بالمعنى الصحيح[٣] ، ولذلك نرى من جانبنا عدم الاتفاق مع الرأى القائل بأن قواعد القانون الدولي العام لا تتوافر لها الصفة القانونية لأن قواعده غير مكفول احترامها بقوة الاجبار الجماعى ، ولا توجد في المجتمع الدولي هيئة تترك الدول منها منزلة الأفراد من الحكومات ، حتى بعد وجود الأمم المتحدة ، نجد أن قراراتها قد تكون معطلة لأنها خاضعة لبعض الدول بما لها من قوة وهيمنة في المجتمع الدولى[٤] ،

خليفه ،

حمدى محمد عطيفي ، ص ٨٩ .

[١] د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٣ .

[٢] د. محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٧٣ .

[٣] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ٥٥ .

[٤] د. حسن كيره ، المرجع السابق ، صـ ٦٥ وما بعدها ، ولكن يؤكد البعض أن ضعف

وعدم اتفاقنا مع هذا الرأى آنف الذكر يرجع إلى أن احترام أو عدم احترام قواعد القانون الدولي العام لا يرجع إلى توافر أو عدم توافر الصفة القانونية في قواعده ، ولكن يرجع إلى مدى خضوعنا إلى هذه القواعد ، وعلى سبيل المثال عدم احترام قاعدة قانونية داخلية لا ينفي عنها الصفة القانونية ولكن المخالف يوقع عليه الجزاء ، وهكذا الحال بالنسبة لقواعد القانون الدولي العام ، فعدم احترام بعض قواعده لا يعنى فقدان الصفة القانونية ، ولكن فقدان المصداقية ، فقواعد القانون الدولي العام التي طبقت على العراق عند غزو الكويت هي نفس القواعد التي لم تطبق على العدو الإسرائيلى نتيجة عدم احترامه للشرعية الدولية وانتهاكه لحقوق الشعب الفلسطينى ، فليس العيب في قواعد القانون الدولي العام ، ولكن العيب في عدم احترامها والخضوع لها ، ونخلص مما سبق إلى أن القانون الدولي العام يعتبر وبحق قانونا بالمعنى الصحيح

الفرع الثانى : القانون العام الداخلى :

القانون العام الداخلى هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات في الداخل ، والتي تكون الدولة طرفا فيها أو أحد أشخاصها العامة بوصفهم أصحاب سيادة وسلطان ، و القانون العام الداخلى يتفرع إلى عدة فروع منها القانون الدستورى ، القانون الجنائى ، القانون الإدارى ، والقانون المالى ، وسنعرض فيما يلى لكل فرع من فروع القانون العام الداخلى :

أولا : القانون الدستورى :

الجزاء لا يعد عيبا في قواعد القانون الدولي العام نفسها ، وإنما العيب الحقيقى يكمن في عدم الخضوع لتلك القواعد ، وأن ضعف الجزاء أو شدته لها يعد مانا أو حائلا دون مخالفة القواعد القانونية ، فالأفراد يرتكبون القتل رغم علمهم بشدة وصرامة الجزاء الذي سيوقع عليهم ؛ انظر د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٤ .

لتناول القانون الدستور بالشرح لابد من دراسة النقاط التالية : التعريف بالقانون الدستورى ، موضوعات القانون الدستورى ، ومدى توافر الصفة القانونية في قواعد القانون الدستورى .

١ . التعريف بالقانون الدستورى :

القانون الدستورى هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد وتبين نظام الحكم في الدولة ، والسلطات المختلفة الموجودة في الدولة ، واختصاصاتها والعلاقات التي تدور بينهم ، كما يحدد القانون الدستورى الحقوق والحريات العامة .

والقانون الدستورى يعتبر القانون الأساسى في الدولة أو دستور الدولة ، وطرق اصدار الدساتير عديدة ، فقد يصدر الدستور عن طريق منحه من الحاكم ، كما قد يصدر نتيجة اتفاق بين الحاكم والمحكومين ، وقد يصدر من قبل جميعة وطنية تأسيسية ، وفي هذه الطريقة الأخيرة قد يسلتزم الأمر عرض الدستور على الاستفتاء الشعبى ، فإما الاكتفاء بأن يصدر الدستور من قبل الجمعية الوطنية التأسيسية ، وإما الجمع بين ذلك وبين عرض الدستور على الشعب "الاستفتاء الشعبى" وهذه الطريقة الأخيرة هي التي تم بها إصدار دستور مصر في عام ١٩٧١ و ٢٠١٤م.

ويوجد نوعين من الدساتير ، الدساتير المرنة والدساتير الجامدة ، ويقصد بالدساتير المرنة هي التي يمكن تعديلها بسهولة ، دون اتباع اجراءات خاصة ، أما الدساتير الجامدة هي التي لا يمكن تعديلها سوى بإتباع اجراءات خاصة مثل الاستفتاء الشعبى .

وجدير بالذكر أن القانون الدستورى باعتباره القانون الأساسى في الدولة ، يجب أن يصدر أى قانون متفقا مع أحكامه ، فلا يجوز اصدار قوانين مخالفة لأحكام الدستور ، وإلا تم نعتها بعدم الدستورية ، فيقال هذا القانون غير دستورى ،

أى أنه مخالف لقواعد الدستور والتي تعد أسس القواعد القانونية في الدولة .

٢ . موضوعات القانون الدستورى :

بناء على التعريف سالف الذكر لقواعد القانون الدستورى ، يمكننا أن نعرض للموضوعات والمسائل التي يهتم بها هذا القانون ، والموضوعات التي ينظمها القانون الدستورى هي كالآتى :

أ . بيان شكل الدولة ونظام الحكم فيها : يهتم القانون الدستورى ببيان شكل الدولة وما إذا كانت دولة موحدة كمصر ، أو اتحادية كالولايات المتحدة الامريكية وسويسرا ، كما يهتم بتحديد ما إذا كانت الدولة ملكية أم جمهورية ، وفيما يتعلق بنظام الحكم في الدولة توضح قواعد القانون الدستورى ، ما إذا كان الحكم ديمقراطيا أم ديكتاتوريا ، وما إذا كانت الدولة تأخذ بنظام الحكومة البرلمانية أم غير ذلك .

ب . تحديد السلطات العامة في الدولة : تختص قواعد القانون الدستورى ببيان السلطات العامة في الدولة ، وهي ثلاث سلطات تشريعية ، قضائية ، وتنفيذية ، فالدستور هو الذي يحدد اختصاصات هذه السلطات الثلاث وعلاقاتها ببعضها البعض .

جـ . بيان الحقوق والحريات العامة : يوضح القانون الدستورى الحقوق والحريات العامة في الدولة ، كحق المساواة أمام القانون ، وحرية الاعتقاد ، وحرية الرأى ، وحرية البحث العلمى ، كما يحدد الدستور الواجبات العامة المفروضة على المواطنين كأداء الخدمة العسكرية وأداء الضرائب ، ومن أمثلة حرص الدستور على صيانة الحرية الشخصية نجد أن المادة ٥٤ من دستور ٢٠١٤ تؤكد على أن الحرية الشخصية حق طبيعى لا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس ، لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر

يستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، والمادة ٦٤ من الدستور تؤكد أن الدولة تكفل حرية العقيدة ، وحرية الرأى مكفولة طبقا للمادة ٦٥ من الدستور ، وفيما يتعلق بالواجبات نجد أن المادة ٨٦ من الدستور تؤكد أن الدفاع عن الوطن واجب مقدس وأن التجنيد إجبارى.

٣ . مدى توافر الصفة القانونية في قواعد القانون الدستورى :

لقد شكك البعض في توافر الصفة القانونية في قواعد القانون الدستورى على أساس أن قواعده تفتقر إلى الجزاء عند مخالفة هذه القواعد ، كما أنه لا يتصور توقيع الدولة الجزاء على نفسها[١] .فالدولة هي التي تملك وتحتكر سلطات الجزاء والاجبار ، ولا يتصور أن تشرعه في وجه نفسها عند مخالفة قواعد القانون الدستورى ، والتزام الدولة باحترام الدستور ليس التزاما قانونيا بل التزاما أدبيا لا يترتب عليه عند المخالفة سوى جزاء أدبى[٢] .

ولكن قد اعترض البعض على ذلك حيث أن قواعد القانون الدستورى يتوافر فيها الصفة القانونية ، وأن الجزاء عند مخالفتها يختلف عن صور الجزاء في فروع القانون الأخرى ، وذلك لما للقانون الدستورى من طبيعة خاصة ، فالقانون الدستورى كما سبق أن أوضحنا يبين السلطات الموجودة في الدولة ، ويحدد اختصاصاتها ، ومن تحليل قواعد القانون الدستورى نجد أن السلطات الثلاث الموجودة في الدولة تراقب كل منها الأخرى ، فالرقابة المتبادلة تعد وبحق الجزاء عند مخالفة قواعد القانون الدستورى ، فمن حق السلطة التشريعية سحب الثقة من الحكومة ، كما أنه من حق رئيس الجمهورية حل مجلس الشعب ، بالإضافة إلى

---

[١] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

[٢] سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستورى ، ص ٩ مشار إليه عند د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .

ذلك نجد أن السلطة القضائية تراقب مدى دستورية القوانين واللوائح ، فعند مخالفة أحكام الدستور ، يوصم القانون المخالف بعدم الدستورية ، وبالتالى يجب على المحاكم إلغائه[١] .

ويجوز للشعب بإعتباره مصدر السلطات أن يتدخل لفرض احترام الدستور سواء بالطرق السلمية أو الثورية[٢] .

وفضلا عما سلف بيانه ، يجب التنويه إلى أن النظر إلى الدولة بإعتبارها جهاز جبر وقوة يشوه وظيفتها المتمثلة في خدمة القانون وإعمال حكمه ، فاحترام القانون يعتبر أول واجبات الدولة ، فليس القانون هو قانون الدولة تتحلل من احترامه بحسب رغبتها ، بل الدولة هي دولة القانون التي ينبغى عليها احترامه والتقيد بأحكامه ، وعند خرق السلطات العامة للقانون يجوز للأفراد مقاضاتها ، ومطالبة إهدار تصرفاتها غير المشروعة[٣] .

والخلاصة هي أن النتيجة المنطقية لما سبق ذكره هي الاعتراف بتوافر الصفة القانونية لقواعد القانون الدستورى .

ثانيا : القانون الجنائـــى :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الأفعال التي تعتبر جريمة ، والعقوبات المقررة لهذه الجريمة ، وبيان الاجراءات الواجب اتباعها في تعقب المتهم والقبض عليه ، وكيفية محاكمته ، ومن هذا التعريف يتضح لنا أن القانون الجنائى يشتمل على نوعين من القواعد : قواعد موضوعية وقواعد اجرائية أو شكلية ، وعلى

---

[١] د. خالد جمال أحمد ، المرجع السابق ، ص ٩٧ .

[٢] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

[٣] د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

هذا يتفرع القانون الجنائى إلى فرعين :

١ . قانون العقوبات :

هو عبارة عن مجموعة القواعد الموضوعية التي تحدد الأفعال التي تعد جرائم ، والعقوبات المقررة على هذه الجرائم .

وإذا كان قانون العقوبات أحد فروع القانون العام الداخلى ، إلا أن بعض الفقهاء اعتبره قانونا مختلطا يدخل في نطاق القانونين العام والخاص على السواء ، فهو يقوم على فكرة الدفاع عن المجتمع لكنه في نفس الوقت يعاقب على جرائم تقع على الأفراد وتضر بمصالحهم الخاصة.

والواقع أن قانون العقوبات إنما يمس في الصميم حق السيادة في الجماعة ، إذ هو بتصديه لتحديد الجرائم وتعيين العقوبات إنما يضع أسس الأمن في الجماعة وعلاقة الفرد بالدولة الممثلة للجماعة عند خرق هذه الأسس ، وليس أوثق من هذه الأسس ولا من تلك العلاقة اتصالا بحق السيادة الداخلية ، فيكون هذا القانون بهذه المثابة فرعا من فروع القانون العام[١] .

ومع ذلك فإن الفقه السائد في فرنسا هو اعتبار قانون العقوبات أحد فروع القانون الخاص على أساس أن الجرائم ترتكب ضد مصالح وحقوق الأفراد ، كما أن للأفراد في بعض الأحوال تحريك الدعوى العمومية أو عدم تحريكها كما هو الأمر في جرائم الزنا والسب والقذف ، ولكن هذا الاتجاه يغفل الوضع في القوانين الحديثة ، وأن الجريمة موجهة ضد أمن المجتمع واستقراره ، وأن العقاب حق مقرر للمجتمع[٢] ، وبالتالى يعتبر قانون العقوبات وبحق أحد فروع القانون العام ، وإذا كانت هناك بعض الجرائم التي لا يجوز تحريك الدعوى العمومية فيها إلا بعد إذن

---

[١] د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٧١ .

[٢] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ٥٣ .

الأفراد ، فإن هذه الحالات نادرة واستثنائية لا يقاس عليها ، فأغلبية الجرائم لا يتم تحريك الدعوى العمومية بشأنها إلا من قبل النيابة العامة ولا شأن للأفراد بذلك .

وقانون العقوبات بوصفه أحد فروع القانون العام ينقسم إلى قسمين : القسم العام والقسم الخاص ، والمقصود بالقسم العام في قانون العقوبات هو مجموعة القواعد العامة التي تتناول المسئولية الجنائية وتقسيم الجرائم بوجه عام،والعقوبات المقررة لهذه الجرائم وحسب وصفها،فعقوبة الجناية تختلفعن عقوبةالجنحة أو المخالفة،والقسم العام يهتم أيضا بتحديد الظروف المخففة والمشددة للمسئولية الجنائية،وموانع المسئولية

وفيما يتعلق بالقسم الخاص في قانون العقوبات ، هو مجموعة القواعد التي تتولى بيان كل جريمة على حدة ، وأركانها والعقوبة المقررة لها ، والجرائم مختلفة فمنها ما يقع على الدولة من حيث الأمن في الخارج كجرائم التجسس والخيانة العظمى ، ومنها ما يقع على الدولة من حيث الأمن في الداخل كجرائم تزييف النقود واختلاس الأموال العامة ، ومن الجرائم أيضا ما يقع على حياة الإنسان أو جسمه كالقتل والضرب ، ومنها ما يقع على عرضه أو شرفه كالزنا وهتك العرض ، ومنها أيضا ما يقع على ماله كالسرقة .

٢ . قانون الاجراءات الجنائية :

هو مجموعة القواعد القانونية التي يجب اتباعها لضبط الجانى ، وتفتيشه ، وكيفية التحقيق معه ، والسلطات المختصة بضبط الجريمة والتحقيق فيها وأحوال الحبس الاحتياطى ، كما أن هذا القانون يهتم ببيان كيفية المحاكمة الجنائية ، وتحديد المحاكم الجنائية ، وكيفية الطعن في الأحكام ، وكيفية تنفيذها .

ثالثا : القانون الإدارى :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وعلاقاتها

بالأفراد وكيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها الإدارية .

فالسلطة التنفيذية تمارس نوعين من الأنشطة : نشاط سياسى ، ونشاط إدارى ، والمقصود بالنشاط السياسى هو أعمال السيادة كإعلان الحرب والدخول في معاهدات وحل البرلمان وتشكيله ، والقانون الدستورى هو الذي يختص بتنظيم ممارسة السلطة التنفيذية لأعمال السيادة ، أما فيما يخص النشاط الإدارى ، يقصد به نشاط السلطة التنفيذية في حفظ الأمن والنظام ، وإدارة المرافق العامة بانتظام واضطراد كمرفق الكهرباء والمياه والمواصلات والصحة والتعليم ، فهذه الأنشطة الإدارية ينظمها القانون الإدارى أى أن هذا الأخير لا ينظم من أعمال السلطة التنفيذية إلا ما يتعلق بوظيفتها أو أعمالها الإدارية ، والقانون الإدارى طبقا لما سبق ذكره يكون وثيق الصلة بالقانون الدستورى حيث أن هذا الأخير يوضح كيفية إنشاء تشكيل السلطة التنفيذية وممارستها لأعمال السيادة ، والقانون الإدارى يهتم أيضا بالسلطة التنفيذية لكن بنشاطها الإدارى فقط[١] .

<u>الموضوعات التي يهتم بها القانون الإدارى :</u>

تهتم قواعد القانون الإدارى بالموضوعات الآتية :

١ . أنواع الخدمات التي تؤديها السلطة التنفيذية والمرافق التي تقوم بأداء هذه الخدمات ، كمرفق التعليم ، والكهرباء والمياه والصحة والشرطة.

٢ . التنظيم الداخلى للسلطة التنفيذية ، وعلاقة الحكومة المركزية بالإدارات الإقليمية ، وجدير بالذكر أنه توجد طريقتان لتنظيم العلاقة بين الحكومة المركزية والهيئات الإقليمية : طريقة المركزية ، وطريقة اللامركزية ، والمقصود بالمركزية هو ضرورة رجوع الإدارات والهيئات الإقليمية إلى الحكومة المركزية في معظم المسائل التي تتولاها ، أما المقصود باللامركزية هو اعطاء

---

[١] د. عبد الرازق ياسين ، المرجع السابق ، ص ٣٥ .

قدر من الحرية والاستقلال للإدارات الإقليمية في مباشرة مصالحها وعدم الرجوع على الحكومة المركزية إلا في مسائل محددة .

٣ . بيان علاقة الدولة بموظفيها ، وذلك بتحديد كيفية تعيينهم ، وترقيتهم ، والإجراءات المتبعة لتأديبهم .

٤ . تحديد الجهة المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد ، وتعتبر جهة القضاء الإدارى الممثلة في مجلس الدولة هي المختصة بذلك .

٥ . بيان الأموال العامة المملوكة للدولة والمخصصة للمنفعة العامة ، وتوضيح كيفية إدراتها ، وأوجه الحماية المقررة لها .

٦ . تنظيم التصرفات الإدارية ، وذلك كتحديد القرارات الإدارية وشروطها وآثارها ، وأيضا بيان العقود الإدارية وكيفية انعقادها والالتزامات الناشئة عنها .

رابعا : القانون المالى :

هو عبارة عن مجموعة القواعد التي تختص بتنظيم مالية الدولة ، وكيفية الحصول علي الإيرادات ، وكيفية إنفاقها ، ويتولى القانون المالى أيضا بيان القواعد المتبعة في تنظيم ميزانية الدولة ، ولذلك نجد أن علم المالية العامة يهتم بدراسة النفقات العامة ، الإيرادات العامة ، القروض العامة والميزانية .

وقد كان القانون المالى أحد فروع القانون الإدراى ، لكنه استقل الآن وأصبح قانونا قائما بذاته وذلك نظرا لتعدد وتشعب موضوعاته .

فالقانون المالى يتولى تحديد موارد الدولة من ضرائب ورسوم ، والأحكام المتعلقة بتحصيل هذه الضرائب والرسوم ومصروفات المصالح الحكومية المختلفة ، كما أنه ينظم المصروفات العامة للدولة والطرق الواجب اتباعها للإنفاق على المرافق العامة ، وأخيرا يتولى القانون المالى تنظيم الميزانية ، وكيفية الموازنة بين الإيرادات والمصروفات .

المطلب الثانى

فروع القانون الخاص

القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد بعضهم البعض ، كما أنها تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفا فيها لا بإعتبارها صاحبة سيادة وسلطان ، ولكن بوصفها شخص معنوى خاص .

والقانون الخاص يعتبر أكثر قدما من القانون العام خاصة وأن هذا الأخير ارتبط وجوده بوجود الدولة بمعناها الحديث ، فمع ظهور الحياة المدنية في الجماعة ظهرت قواعد القانون الخاص لتنظم العلاقات والمعاملات سواء في البيع

أو الشراء أو المقايضة .

وقد كان القانون المدني لفترات طويلة هو القانون الأوحد الذي ينظم مختلف علاقات الأفراد سواء في المجال المدني ، التجاري ، أو الزراعى ، ولكن مع تطور النشاط الإنسانى وتنوعه ليقتحم كافة أو شتى جوانب الحياة ، بدأت تظهر الفروع الأخرى للقانون الخاص ، خاصة وأن القانون المدني أصبح غير منسجما مع بعض العلاقات الأخرى الناشئة في غير المجال المدني .

ويمكننا أن نقسم فروع القانون الخاص إلى الفروع الآتية :

١ ـ القانون المدني . **٢ ـ القانون التجاري .**

٣ ـ القانون البحرى . **٤ ـ القانون الجوى .**

٥ ـ القانون الزراعى **٦ ـ قانون العمل .**

٧ ـ قانون المرافعات المدنية والتجارية .٨ ـ القانون الدولي الخاص .

وفيما يلى سنعرض لكل فرع من فروع القانون الخاص آنفة الذكر :

١ ـ القانون المدني :

لقد كان القانون المدني كما سبق الحديث يمثل القانون الأوحد ، وكان يطبق على معظم الروابط والعلاقات بين الأفراد ، ولكن ظهرت فروع أخرى للقانون الخاص،ورغم ذلك ظل القانون المدني الشريعة العامة لكل فروع القانونالخاص

والقانون المدني ينظم العلاقات بين الأفراد عدا ما يتناوله بالتنظيم أحد الفروع الأخرى للقانون الخاص ، والقانون المدني ينظم نوعين من الروابط أو العلاقات : روابط الأحوال الشخصية ، وروابط الأحوال العينية.

ويقصد بروابط الأحوال الشخصية كل ما يتصل بالأسرة من زواج وطلاق وقرابة وعلاقة الفرد بأسرته ، وأيضا تنظيم المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية ، أما

المقصود بالروابط العينية هو كل ما يتعلق بنشاط الشخص بالنسبة إلىالأموال ، لبيان التعريف بالمال وأنواعه ، والحقوق المالية للشخص وطرق كسبها وانقضائها .

وجدير بالذكر أن القانون المدني في معظم دول العالم يهتم بتنظيم النوعين معا من الروابط سواء الروابط الشخصية أو الروابط العينية ، لكن الأمر يختلف بالنسبة للقانون المدني المصري ، فهو يقتصر على تنظيم الأحوال العينية فقط ، أما فيما يخص الأحوال الشخصية ، فقد تم تركها لقواعد الدين لتنظمها حسب الديانة التي يدين بها الأفراد في المجتمع ، فالشريعة الإسلامية تنظم الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين ، أما الشريعة الطائفية سواء اليهودية أو المسيحية تنظم مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين[١] .

والقانون المدني المصري صدر في ١٩٤٨م لكن لم يكن ساريا إلا من ١٥ اكتوبر ١٩٤٩م ، ويتناول هذا القانون العديد من الموضوعات ، منها مصادر القانون المدني ، وتطبيقه من حيث الزمان والمكان وبيان الأشخاص والأموال ويهتم القانون المدني أيضا بدراسة الحقوق الشخصية أو الالتزامات في قسم معين ، أما الحقوق العينية سواء كانت حقوق عينية أصلية كحق الملكية أم حقوق عينية تبعية كالرهن الرسمى ، فقد تم دراسة هذه الحقوق في قسم آخر .

٢ ـ القانون التجاري :

لقد كان القانون المدني هو المطبق أو الذي ينظم العلاقات ذات الطابع التجاري ، ولكن مع التطور الإنسانى وضرورة وجود قواعد خاصة لتنظيم العلاقات

---

[١] يجب التنويع إلى أنه هناك شروط معينة لتطبيق الشريعة الطائفية كالاتحاد في الملة والطائفة ، ووجود قضاء ملى منظم قبل ٣١ ديسمبر ١٩٥٥م ، وعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة ، فإذا تخلف شرط من الشروط السابقة تطق قواعد الشريعة الإسلامية على غير المسلمين .

التجارية ظهر القانون التجاري ، والمقصود بالقانون التجاري هو مجموعة القواعد القانونية التي تنطبق على الأشخاص الذين يتمتعون بصفة التاجر وعلى الأعمال التجارية ، فالقانون التجاري هو الذي يحدد الأعمال التي تعتبر تجارية ، كما أن هذا القانون يختص بتنظيم الشركات التجارية بمختلف أنواعها ، وأوجه النشاط التجاري المختلفة من عقود تجارية وملكية تجارية وصناعية ، ومن موضوعات القانون التجاري أيضا القواعد الخاصة بالأوراق التجارية كالكمبيالة والشيك والسند الاذنى ، والقواعد الخاصة بعمليات البنوك .

ونظرا لتزايد النشاط التجاري أو ضرورة أن يكون هناك ثقة متبادلة بين المتعاقدين ، استقل القانون التجاري عن القانون المدني بقواعد مختلفة عن تلك السائدة في المعاملات المدنية ، وذلك حتى تلائم هذه القواعد العلاقات التجارية ، ومن القواعد الموضوعية التي يختلف فيها القانون التجاري عن القانون المدني :

- في حوالة الحق بالنسبة للقانون المدني لا يجوز أن تتم هذه الحوالة إلا بشروط معقدة ، ولا تكون نافذة قبل المدين إلا إذا قبلها أو تم إعلانه بها ، أما في القانون التجاري يكفي التظهير لنقل الحق في الأوراق التجارية .
- فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين ، نجد أن القاعدة في القانون المدني هي أن التضامن لا يفترض ، فالتضامن بين المدينين لا يكون إلا بناء على نص في القانون أو بناء على اتفاق ، أما في حالة القانون التجاري نجد أن الأمر يختلف حيث يجوز التضامن بين المدينين ، فالتضامن بينهم مفترض ، ويجوز للدائن أن يرجع على أحدهم لإستيفاء دينه كاملا ، وهذا بالطبع يقوى ويدعم ائتمان الدائن لأنه واثق من إمكانية الحصول على حقه من أى من المدينين[١] .

---

[١] د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

- فيما يتعلق بإثبات التصرفات القانونية التجارية ، نظرا للثقة وعامل السرعة في العلاقات التجارية ، القاعدة هي أن اثبات التصرفات التجارية يجوز بكافة طرق الاثبات ، ولا يشترط التقييد بالكتابة ، فيمكن الاثبات بالبينة أو بالقرائن ، لكن نجد أن الأمر يختلف في القانون المدني حيث أن الاثبات لابد أن يكون بالكتابة في التصرفات التي تزيد قيمتها على قدر معين[١] .

- ومن الموضوعات الأخرى التي يختلف فيها القانون التجاري عن القانون المدني هي أن القانون المدني يجيز للقاضى أن يمنح المدين أجلا للوفاء بدينه إذا حل ميعاد الوفاء ، وذلك بالطبع إذا وجد القاضى أن هناك ظروفا معينة تقتضى هذا التأجيل ، أما في مجال القانون التجاري لا يجوز للقاضى منح المدين هذه الميزة ، وذلك لأن المعاملات التجارية تقتضى ضرورة الوفاء بالدين في الميعاد حتى يستطيع الدائن أن يسير في أعماله ، خاصة وأنه قد رتب مشروعاته على هذا الميعاد[٢] .

---

[١] د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٧٣ .

[٢] انظر شرحا لهذا الأمر ، د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

٣ ـ القانون البحرى :

المقصود بالقانون البحرى هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة بمناسبة الملاحة البحرية ، وتعتبر السفينة هي الأساس الذي تدور حوله قواعد القانون البحرى ، من تحديد اسمها وجنسيتها والعقود التي يمكن أن ترد عليها من بيع أو إيجار .

ويهتم القانون البحرى أيضا بتحديد مسئولية مالك السفينة والربان وطاقم السفينة والعلاقات الناشئة بينهم جميعا ، ومن الموضوعات الهامة أيضا في القانون البحرى ، عقود النقل البحرى والرهن البحرى والتأمين البحرى .

ويجب التنويه إلى أن القانون البحرى قد كان جزءا من القانونى التجاري ، ولكن لإعتبارات معينة كإزدياد حركة التجارة الدولية ، أدت إلى استقلال القانون البحرى عن التجاري .

٤ ـ القانون الجـــوى :

إذا كانت السفينة هي محل القانون البحرى ، تكون الطائرة هي محل القانون الجوى ، فيدور هنا القانون حول الطائرة دوران القانون البحرى حول السفينة ، فقواعد القانون الجوى تبين كيفية تسجيل الطائرة ، وجنسيتها ، ومسئوليات طاقم الطائرة ، والعقود التي تنشأ كعقود نقل الركاب أو البضائع عن طريق الجو ، ومن الموضوعات التي يهتم بها أيضا القانون الجوى هي التأمين على الطائرة والمسئولية عن حوادثها .

٥ ـ القانون الزراعى :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تهتم بالنشاط الزراعى ، كملكية الأرض الزراعية ، والاستغلال الزراعى لهذه الأرض ، فالقانون الزراعى يهتم بتنظيم ملكية الأراضى الزراعية ، وكيفية استغلالها سواء عن طريق زراعة المالك لها بنفسه ، أو عن طريق المزارعة ، بمعنى إشراك الغير في استغلال الأرض الزراعية .

ويهتم القانون الزراعى أيضا بتنظيم الجمعيات التعاونية الزراعية بإعتبارها أداة من أدوات النشاط الزراعى ، والاهتمام بالمؤسسات الائتمانية والتي تمنح القروض للمزارعين ، وتنظيم الثروة الزراعية الحيوانية وتطويرها[١] .

ويجب التنويه إلى أن القانون الزراعى حديث النشأة ، فهو لم يظهر إلا بعد صدور قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، أى يمكننا القول أن هذا القانون نشأ بعد ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢، فهذه الثورة هي السبب الرئيسى لنشوء مثل هذا القانون ، وقد صدر حديثاً القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢م لإعادة تنظيم العلاقة بين ملاك ومستأجرى الأراضى الزراعية من خلال العودة إلى أحكام القانون المدني دون قانون الإصلاح الزراعى .

---

[١] انظر أكثر تفصيلا : محمد سعد خليفة،حمدى محمد عطيفي ، المرجع السابق ، ص ١٠١

٦ ـ قانون العمل :

نظرا لإنتشار الصناعة وتقدمها ، كانت الضرورة تقتضى تنظيم العلاقات الناشئة بين أصحاب الأعمال والعمال ، من هنا نشأ قانون العمل وهو عبارة عن مجموعة القواعدالقانونية التي تنظم العلاقات الناشئة بين أصحاب الأعمالوالعمال .

وقد كان الغرض من تنظيم قواعد قانون العمل لهذه العلاقات هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة وهو العامل .

ويمكننا القول بأن السبب الرئيسى لاصدار قانون العمل هو تزايد الفكر الاشتراكى ، ففي ظل المذهب الفردى كانت الغلبة دائما لأصحاب الأعمال باعتبارهم الطرف القوى يتحكمون في العمال كما يريدون ، فالمبدأ السائد هو مبدأ سلطان الإرادة ، ونظرا لتحكم الأقوياء في الضعفاء واستغلال أرباب الأعمال للعمال بدأ يظهر المذهب الاشتراكى والذي يدعو إلى المساواة والتضامن الاجتماعي ، وضرورة حماية الطبقات الضعيفة من تعسف وبطش الطبقات القوية ، فقد كان الفكر الاشتراكى مقيدا بسلطان الإرادة والذي كان سلاحا يشهرونه أرباب الأعمال في وجه العمال اعتمادا على قوتهم الاقتصادية[١] .

ونظرا لهذا التدخل المتزايد للدولة في علاقات العمل ، أدى إلى دعوة البعض إلى إنتماء هذا القانون إلى قواعد القانون العام لا إلى قواعد القانون الخاص ، ولكن في الحقيقة قواعد هذا القانون تنتمى إلى القانون الخاص لا إلى القانون العام فهي لا تهتم بسيادة الدولة ولا بتنظيم السلطات العامة فيها ، إنما يهتم هذا القانون بعلاقات العمل الخاصة بين أصحاب الأعمال والعمال .

وقد كان قانون العمل يتضمن أيضا القواعد الخاصة بالتأمينات الاجتماعية

---

[١] د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٧٥ .

كحماية العامل من إصابات العمل والمرض والشيخوخة ، ولكن استقل حاليا قانون التأمينات الاجتماعية عن قانون العمل ، وبعض كليات الحقوق تجعل لقسم التشريعات الاجتماعية قسما مستقلا عن قسم القانون المدني .

٧ ـ قانون المرافعات المدنية والتجارية :

قانون المرافعات المدنية والتجارية يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية ، والاجراءات المتبعة أمام المحاكم للحصول على الحقوق وحمايتها .

وقانون المرافعات المدنية والتجارية يعد وبحق الشريعة العامة لكافة القوانين الإجرائية سواء الجنائية أو الإدارية ، فإذا لم يوجد نص في قانون الاجراءات الجنائية أو الإدارية لبيان كيفية عمل إجراء معين ، لابد من الرجوع إلى قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية .

ومن التعريف السابق لقانون المرافعات المدنية والتجارية يتضح لنا أنه يتولى بالتنظيم الموضوعات التالية :

- تنظيم السلطة القضائية ، وذلك عن طريق بيان جهات القضاء الموجودة في الدولة ، وأنواع المحاكم ودرجات القضاء ، والاختصاص المحلى والنوعى للمحاكم .
- بيان الاجراءات المتبعة أمام المحاكم ، ككيفية رفع الدعوى ، والمراحل التي تمر بها ، والحكم الصادر في الدعوى ، وكيفية الطعن فيه وطرق تنفيذه .

وقد شكك البعض في انتماء قانون المرافعات المدنية والتجارية لقواعد القانون الخاص ، وأكد هذا الاتجاه على ضرورة اعتبار قانون المرافعات من أحد فروع القانون العام على أساس أنه يتولى تنظيم أحد سلطات الدولة ، وهي السلطة

القضائية[١] ، ولكن البعض الآخر أيد إنتماء قواعد قانون المرافعات إلى فروع القانون الخاص ، وذلك على أساس أنه يتعلق بحقوق وواجبات أطراف النزاع[٢] .

ومن جانبنا لا نؤيد هذين الاتجاهين ، فقانون المرافعات لا ينتمى إلى قواعد القانون العام فقط ، ولا ينتمى إلى قواعد القانون الخاص فقط ، فهو وبحق يعتبر قانونا مختلطا يتعلق بالقانون العام فيما يخص تنظيمه للسلطة القضائية ، ويتعلق بالقانون الخاص فيا يتضمنه من اجراءات للحصول على حقوق الأفراد[٣] .

٨ ـ القانون الدولي الخاص :

القانون الدولي الخاص هو عبارة عن مجموعة القواعد التي تختص بتحديد الاختصاص القضائى والقانون الواجب التطبيق في العلاقات التي يكون أحد أطرافها عنصرا أجنبيا ، كما أن القانون الدولي الخاص يهتم بدراسة الجنسية ، ويكفية اكتسابها ، وحالات سقوطها أو سحبها ، وبيان المركز القانونى للأجانب ، وحقوقهم وواجباتهم ، فالقانون الدولي الخاص لا ينظم العلاقات بين دول ذات سيادة كما هو الوضع في القانون الدولي العام ، ولكنه ينظم العلاقات الناشئة بين الأفراد من دول مختلفة أو العلاقات ذات العنصر الأجنبى .

وعلى سبيل المثال ، إذا باع مصريا عقارا مملوكا له إلى فرنسيا ، فهل القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة هو القانون المصري ، أم القانون االفرنسي ؟ وما هي المحكمة المختصة بنظر النزاع عند حدوثه ؟ هل هي المحكمة المصرية أم أن الاختصاص سيكون منعقدا للقضاء االفرنسي ؟ أما إذا باع هذا

---

[١] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ٦٢ .

[٢] د. محمد سعد خليفة ؛ د. حمدى محمد عطيفي ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ .

[٣] تدعيما لوجهة نظرنا نجد أن بعض فقهاء القانون يقسمون قانون المرافعات تحت فروع القانون المختلطة ، انظر د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٨٢ .

المصري عقاره الموجود في مصر إلى مصريا آخر ، فهنا العلاقة تكون وطنية في كافة جوانبها ، وفي هذه الحالة لا يجوز الاعتداد بقواعد القانون الدولي الخاص .

ومن التعريف السابق للقانون الدولي الخاص يتضح لنا أنه يهتم بالموضوعات التالية :

- بيان وتعيين المحكمة المختصة ، وتعيين المحكمة المختصة يكون عن طريق قواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولي ، وهذه القواعد تحدد فقط ما إذا كانت المحاكم الوطنية مختصة أم لا ، فهي لا تتولى تعيين المحكمة الأجنبية المختصة إذا كانت المحاكم الوطنية غير مختصة .
- بيان القانون واجب التطبيق ، ويتولى تحديد هذا القانون قواعد تنازع القوانين ، وتسمى بقواعد الاسناد ، أى اسناد النزاع إلى قانون معين بإعتباره القانون الواجب التطبيق .
- تحديد الجنسية وهي علاقة تبعية الفرد لدولة ، وبيان الموطن أى علاقة الفرد بالدولة ، وتحديد مركز الأجانب من خلال بيان حقوقهم وواجباتهم .

وجدير بالذكر أن القانون الدولي الخاص يعد قانونا مختلطا ، وذلك لأن شق من قواعده يهتم بالجنسية ومركز الأجانب وهي تدخل في نطاق القانون العام ، والشق الآخر خاص بقواعد الاسناد وهي شكلية أى لا تقدم حلولا موضوعية في النزاع ، وتحدد القانون الواجب التطبيق على علاقات الأفراد ، فهي حينئذ من علاقات القانون الخاص .

ويجب التنويه أيضا إلى أن قواعد القانون الدولي الخاص موزعة بين القانون المدني وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، فهذه القواعد لا يجمعها تقنين واحد كالتقنين المدني مثلا .

الفصل الثانـــى

القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة

القانون كما نعرف هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم على سبيل الإلزام السلوك الخارجى للأفراد في المجتمع ، من هذا التعريف يتبين لنا أن قواعد القانون ملزمة ، ولكن ليس معنى ذلك أنه لا مجال لسلطان الإرادة إزاء القانون ، وأنه لا يتصور وجود اتفاقات مشروعة على خلاف ما يقرره القانون .

ففي الواقع القواعد القانونية ليست نوعا واحدا ، ولكن منها ما يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، ومنها ما لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، فمن حيث القوة والإلزام تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد آمره وقواعد مكملة ، فما هو مفهوم هذين النوعين من القواعد ؟ وما هي معايير التفرقة بين القواعد الآمره والقواعد المكملة ؟ للإجابة على تلكم التساؤلات سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين :

<u>المبحث الأول :</u> مفهوم القواعد الآمره والقواعد المكملة .

<u>المبحث الثانى :</u> معايير التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة .

المبحث الأول

مفهوم القواعد الآمرة والقواعد المكملة

من حيث مدى قوة وإلزام القواعد القانونية تنقسم هذه الأخيرة إلى قواعد آمره لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، وقواعد مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها .

وفيما يتعلق بالقواعد المكملة ، كيف نصفها بصفة القاعدة القانونية الملزمة وفي نفس الوقت يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ؟!

لدراسة كل هذه الموضوعات نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

<u>المطلب الأول :</u> التعريف بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة .

<u>المطلب الثاني :</u> مدى توافر صفة الإلزام في القواعد المكملة .

المطلب الأول

التعريف بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة

القواعد الآمرة هي تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها ، ويتعين عليهم الانصياع لها وعدم الخروج عليها ، ويعتبر باطلا الاتفاق على مخالفة أحكام هذه القواعد ، حيث أن سلطان الإرادة ينعدم تجاه هذه القواعد الآمره ، والحكمة من بطلان الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد هي تعلق واتصال هذه القواعد بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، فالقاعدة الآمره تمثل إرادة المجتمع

العليا التي رأت تنظيم موضوع معين تنظيما حاسما لا مجال فيه لحرية الأفراد ولا يجوز لهم مخالفة ذلك حفاظا على مصلحة المجتمع .

والقواعد الآمرة تنتشر في كل فروع القانون ، سواء القانون العام أو القانون الخاص ، وجدير بالذكر أن جميع قواعد القانون العام تكون قواعد آمره ، أما في مجال القانون الخاص فهناك من القواعد ما يكون آمرا ، ومنها ما يكون مكملا ، فعلى سبيل المثال معظم قواعد قانون العقوبات تكون آمره ، كالقواعد التي تنهي عن القتل خاصة وأنها تعالج سلوكا أساسيا في المجتمع ، والقواعد المتعلقة بجريمة السرقة أيضا تعتبر قواعد آمره حيث لا يجوز الاتفاق على سرقة شخص ، والقواعد المتعلقة بالقانون الدستورى أو الإدارى أو المالى تكون أيضا آمره ، ولا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها .

أما في مجال القانون الخاص هناك من القواعد ما يكون آمرا ، ومنها ما يكون مكملا أى يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها ، فالقواعد المتعلقة بتنظيم الأسرة من زواج وطلاق وحقوق للأولاد كلها آمره ، والقواعد التي تحدد أن سن الرشد القانونى هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة تكون أيضا آمره ، والقاعدة التي بين أنه لا يجوز لأحد النزول عن أهليته أو التعديل في أحكامها تكون أيضا آمره ، وكذلك القاعدة التي تضع حداً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية بحيث لا يزيد على ٧ % تكون قاعدة آمره .

أما المقصود بالقواعد المكملة هي القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها ، فالقانون عندما ينظم علاقات الأفراد يترك لهم الحرية في تنظيم علاقاتهم على الوجه الذي يرونه محققا لمصالحهم الخاصة خاصة وأنه لا يعود من جراء ذلك ضررا على المجتمع .

والقواعد المكملة لا مجال لها في فروع القانون العام سواء كان قانون

العقوبات أو القانون الدستورى ، أو القانون الإدارى ، أو القانون المالى ، أما في مجال القانون الخاص نجد العديد من قواعده يكون مكملا .

وعلى سبيل المثال المادة ٤٥٥ مدنى تنص على "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره" .

فمن خلال نص هذه المادة يتبين لنا أنه يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكام هذه المادة ، ومن القواعد المكملة أيضا ما تقضى به المادة ٤٦٢ مدنى من "أن المشترى يتحمل نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل ونفقات تسليم المبيع ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك" ، وما تقضى به المادة ٤٥٦ على أن "يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك" .

المطلب الثانـــى

مدى توافر صفة الإلزام فما لقواعد المكملة

لقد عرفنا أن من خصائص القاعدة القانونية أنها قاعدة ملزمة بمعنى أنه يجب على الأفراد الخضوع لأحكام القاعدة القانونية ، والقواعد المكملة يقصد بها القواعد التي يجوز للافراد الاتفاق على مخالفتها ، ومن هنا يتجلى لنا التعارض بين صفة الإلزام في القاعدة القانونية وبين قدرة الأفراد على مخالفة أحكام القواعد المكملة ، فهل نستطيع وصف هذه القواعد بأنها غير قانونية لإنتفاء صفة الإلزام ؟!

في الواقع هناك اجماعا فقهيا على أن القواعد المكملة تعتبر قواعد ملزمة ، ولكن اختلف الفقهاء في التوفيق بين توافر صفة الإلزام في القاعدة المكملة وبين السماح لهم بالخروج على أحكامها :

- فمن الفقهاء من رأى أن الزام القواعد المكلمة يستند إلى الإرادة الضمنية للأفراد ، فالمشرع قد افترض انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بحكمها ، فإذا كانت إرادة الأفراد الصريحة لا نريد الأخذ بحكمها ، أخذنا بهذه الإرادة الصريحة ، ولكن قد تعرض هذا الرأى لسهام النقد على أساس أن الأفراد يخضعون لحكم القاعدة المكملة حتى ولو يجهلون حكمها .
- ورأى آخر قد اتجه إلى أن القاعدة المكملة تمر بمرحلتين فهي غير ملزمة واختيارية ابتداء ، وملزمة واجبارية انتهاء ، فهي غير ملزمة قبل إبرام الاتفاق ولكن بعد الاتفاق تكون ملزمة ، ولا يجوز للأفراد الخروج على أحكامها ، ولكن هذا الرأى غير سديد لأنه يغير من الحكم على القاعدة القانونية ، فهي غير

ملزمة قبل الاتفاق ، وملزمة بعده ، فكيف يستقيم ذلك؟[١]

ولكن الرأى الغالب في الفقه يؤكد أن القواعد المكملة ملزمة كالقواعد الآمرة تماما ، ولكن كل ما في الأمر أن تطبيق القاعدة القانونية المكملة معقود بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها ، فإذا تخلف هذا الشرط بأن تم الاتفاق بين الأفراد على مخالفة أحكام هذه القاعدة القانونية المكملة ، وجب الامتناع عن تطبيقها[٢] ، وعدم تطبيقها هنا لا يرجع إلى أنها غير ملزمة ، ولكن يرجع إلى عدم توافر أحد شروط تطبيقها .

---

[١] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .

[٢] د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٤٥ .

المبحث الثانى

معايير التفرقة بين القواعد الآمره والقواعد المكملة

لقد رأينا أن القواعد الآمرة هي التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، أما القواعد المكملة فهي القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها والخروج على أحكامها .

ورأينا أن القواعد الآمرة تعمل في مجال يتعلق بكيان الدولة والمصلحة العامة للمجتمع ، أما القواعد المكملة غالبا ما تعمل في المجال الذي يتعلق بمصالح الأفراد وليس بمصالح عليا للمجتمع ، ويترتب على التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أن مخالفة القواعد الآمرة والخروج على أحكامها يعتبر باطلا ، فكيف نتعرف إذن على القواعد الآمرة والقواعد المكملة ؟ وما هي معايير التفرقة بين هذين النوعين من القواعد ؟

للتمييز بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد المكملة يستعين الفقه بالمعيارين التاليين :

أولا : المعيار الشكلـى .

ثانيا : المعيار الموضوعى .

وفيما يلى سنعرض كل معيار على حده :

أولا : المعيار الشكلى :

يقوم هذا المعيار على الأخذ بألفاظ النص ودلالة عباراته ، فإذا كان مفهوما من ألفاظ النص النهي وعدم المخالفة ، كانت القاعدة آمره ، أما إذا كان مفهوما من عبارات النص السماح بالمخالفة ، كانت القاعدة مكملة .

بعض أمثلة للقواعد الآمره طبقا لهذا المعيار :

- ما تنص عليه المادة ٤٩ مدنى من أنه "ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية"
- المادة ٤٨ مدنى "ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها" .
- المادة ٤٦٥ مدنى "إذا احتفظ البائع عن البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا " .
- المادة ٤٧١ مدنى "لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا وقع البيع باطلا " .
- المادة ١١٠ مدنى "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة" .
- المادة ٥١٥ مدنى "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا" .
- المادة ٢/١٣١ مدنى "التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه" .
- المادة ١٠٣١ مدنى "لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية" .

بعض أمثلة للقواعد المكملة طبقا لهذا المعيار :

- المادة ١/١٠٣ مدنى "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك" .
- المادة ٣٤٦ مدنى "يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك" .
- المادة ١/٤٥٦ مدنى "يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم في المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك" .

- المادة ٨٢٧ مدنى "تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك" .
- المادة ٤٦٢ مدنى "نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك" .

من خلال الاطلاع على ألفاظ وعبارات النصوص سالفة الذكر يتبين لنا أنها قواعد مكملة حيث يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، وهذا واضح من عبارات يجوز ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

ثانيا : المعيار الموضوعى :

كما سبق المعيار الشكلى يقوم على البحث في عبارات وألفاظ النص للتعرف على نوع القاعدة القانونية ، وبيان ما إذا كانت آمره أم مكملة ، أما فيما يتعلق بالمعيار الموضوعى ، فهو لا يعتمد على ألفاظ النص وعباراته ، ولكنه يعتمد على موضوع القاعدة القانونية ، ففي الكثير من الأحيان نجد أن ألفاظ النص قد لا تسعفنا في معرفة نوع القاعدة القانونية ، فالعديد من النصوص لا تسمح عباراتها في التعرف على نوع القاعدة ، فالمادة ٢/٤٤ مدنى والتي تنص على أنه "سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة" ، لا توضح الألفاظ هنا ما إذا كانت القاعدة آمره أم مكملة .

وقد أضاف البعض القول بأنه حتى ولو كان المعيار الشكلى مجديا فهو لا يكون كذلك إلا بالنسبة للقواعد التشريعية فقط أما القواعد العرفية تكون غير مكتوبة ولا تصاغ في ألفاظ معينة ، وبالتالى لا يمكننا استخدام المعيار الشكلى[١].

---

[١] د. محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ .

لكل ما سبق ذكره ، كان من الضرورى البحث عن معيارا آخر لا يعتمد على الألفاظ ولكن على موضوع القاعدة .

والمعيار الموضوعى يقوم على النظر إلى مضمون النص وفحواه ، فإذا كانت القاعدة القانونية تهدف إلى المحافظة على المصالح الحيوية والأساسية للمجتمع كانت قاعدة آمره ، إما إذا كانت تهدف إلى الحفاظ على مصالح الأفراد الخاصة كانت قاعدة مكملة ، والمقصود بالمصالح الأساسية والحيوية للمجتمع هو النظام العام والآداب العامة ، فالنظام العام عبارة عن مجموعة المبادئ والمصالح الرئيسية والجوهرية التي يقوم عليها المجتمع سياسيا واقتصاديا واجتماعيا وخلقيا ، ولا يتصور وجود المجتمع بدون هذه المبادئ والمصالح .

وعلى ذلك تكون القاعدة القانونية آمره إذا كانت تتعلق بالنظام العام والآداب العامة ، أما إذا كانت عديمة الصلة بالنظام العام والآداب العامة كانت القاعدة مكملة ويجوز الاتفاق على مخالفتها .

ماهية فكرة النظام العام :

فكرة النظام العام تقوم على الحفاظ على المصالح الجوهرية والأساسية للمجتمع سواء من الناحية السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية ، ولا يكون كيان المجتمع باقيا بدون هذه المجموعة من المصالح الحيوية والجوهرية .

وفكرة النظام العامة مرنة ونسبية ، فهي تتأثر بالزمان والمكان وبالفكر السائد في المجتمع ، فهي تختلف من دولة إلى دولة ، ومن زمن إلى زمن ، فما يعد من النظام العام في زمن ما قد لا يعد من النظام العام في زمن آخر وفي نفس البلد ، وعلى سبيل المثال قد تحرم الدولة التعامل الربوى وتربطه بالنظام العام بحيث يبطل أى اتفاق يبيح الربا ، ولكن قد تعدل الدولة عن اتجاهها في زمن آخر وتتيح التعامل الربوى .

وفيما يتعلق بمرونة فكرة النظام العام من حيث المكان ، نجد ان ما يعد من النظام العام في دولة ما قد لا يعد من النظام العام في دولة أخرى ، فعلى سبيل المثال تعدد الزوجات وقاعدة أن للذكر مثل حظ الأنثيين تعتبر من النظام العام في مصر ، أما في فرنسا لا تعتبر من النظام العام .

وفكرة النظام العام تتأثر أيضا بالفكر السائد في المجتمع ، فإذا كن الفكر السائد في المجتمع فكراً فرديا تنكمش فكرة النظام العام حيث أن تقديس مصالح الأفراد هي روح المذهب الفردى ، أما إذا كان الفكر السائد هو الفكر الاشتراكى ، فإن فكرة النظام العام تزدهر خاصة وإن نشاط الدولة يزداد وتتدخل في كافة المجالات حيث أن مصالح الجماعة هي روح المذهب الاشتراكى .

وجدير بالذكر أن فكرة النظام العام تكون منتشرة بين فروع القانون ، فجميع قواعد القانون العام تكون متعلقة بالنظام العام نظرا لارتباطها بالمصالح الجوهرية للمجتمع ، فقواعد قانون العقوبات تكون متعلقة بالنظام العام نظرا لأنها تحافظ على حماية المجتمع ، ويبطل أى اتفاق على ارتكاب جريمة أو أن يحل شخص ما محل شخص آخر في تنفيذ العقوبة .

كما أن قواعد القانون الدستورى تتعلق بالنظام العام حيث أنها تهتم بتحديد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وبيان اختصاصات السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية ، وأيضا قواعد القانون الإدارى تتعلق بالنظام العام حيث أنها تنظم نشاط السلطة التنفيذية ومدى علاقتها بالأفراد ، والقانون المالى أيضا يرتبط بالنظام العام حيث أن قواعده تتصل بالكيان الاقتصادى للدولة .

أما في مجال القانون الخاص ، نجد أن هناك من القواعد ما يتعلق بالنظام العام ، ومنها ما لا يتعلق بالنظام العام ، فالقواعد الشكلية كقواعد قانون المرافعات أو قواعد القانون الدولي الخاص تكون في معظمها متعلقة بالنظام العام ، أما

القواعد الموضوعية فمنها ما يتعلق بالنظام العام كقواعد الأحوال الشخصية ، ومنها ما لا يتعلق بالنظام العام كقواعد المعاملات ، ولكن في هذه الأخيرة قد توجد بعض القواعد التي تتعلق بالنظام العام ، فأحيانا يتدخل المشرع وينظم بعض المسائل بقواعد آمره لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، كتدخله في مجال قانون العمل وتحديد حد أقصى لساعات العمل ، فهنا لا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك ، وأيضا القواعد التي تضع حدا أقصى لملكية الأراضى الزراعية تكون متعلقة بالنظام العام.

ماهيـة فكرة الآداب العامة :

قد يدمج البعض فكرة الآداب العامة مع فكرة النظام العام ، ويتم تعريف فكرة النظام العام والآداب العامة بأنها مجموعة المبادئ والمصالح الجوهرية التي يتأسس عليها المجتمع سياسيا واقتصاديا واجتماعيا وخلقيا ، فالأسس الخلقية هي فكرة الآداب العامة ، فإذا أردنا تعريف فكرة الآداب العامة بمفردها يمكننا القول بأنها مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لقيام المجتمع والحفاظ عليه من الانحلال .

والقواعد القانونية التي تتعلق بهذه الفكرة تكون آمره ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وفكرة الآداب العامة مرنة كفكرة النظام العام ، فهي تتأثر بالزمان والمكان ، فما يعد من الآداب العامة في زمن ما قد لا يعد منها في زمن آخر ، فعقد التأمين على الحياة كان من العقود المخالفة للآداب العامة في مصر في وقت معين ، ولكن تغير الوضع حاليا وأصبحت من العقود المشروعة ، ومن حيث المكان فما يعد من الآداب العامة في دولة قد لا يعد منها في دولة أخرى ، فالزواج بين من هم من جنس واحد يعد من الآداب العامة في أماكن معينة لكنه باطل في مصر لمخالفته الآداب العامة .

ويجب التنويه إلى أن المشرع المصري قد جمع بين فكرتى النظام العام والآداب العامة ، والمادة ١٣٥ مدنى تنص على أنه "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا".

فالعقد المبرم بين شخصين لاستئجار منزل معين لممارسة الدعارة أو القمار يكون باطلا لمخالفته النظام العام والآداب العامة .

وتقديرها ما إذا كانت المسألة المعروضة تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة يكون من اختصاص قاضى الموضوع وتحت رقابة محكمة النقض ، فمسألة توافر النظام العام والآداب العامة من عدمه مسألة قانون لا واقع وتخضع لرقابة محكمة النقض .

الباب الثالث

مصادر القانــون

المقصود بكلمة مصدر من الناحية اللغوية أصل الشئ أو منبعه ، فنقول مصدر نهر النيل أى منبع نهر النيل ، فمصادر القانون تعنى الأصول والمنابع التي تستقى منها هذا القانون ، ومصادر القانون متعددة فمنها المصادر المادية أو الموضوعية والمصادر التاريخية والمصادر الرسمية والمصادر التفسيرية .

والمصادر المادية أو الموضوعية تعنى الظروف والعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية السائدة في المجتمع ، وضرورة مراعاة كل هذه الظروف عند سن القوانين والتشريعات ، فالقانون يستمد موضوعه من واقع وظروف المجتمع الذي يطبق فيه ، فالقانون وبحق يعتبر مرآة وترجمة لواقع المجتمع السياسى والاقتصادى والاجتماعي والخلقى ، وعلى سبيل المثال نجد أن قانون الإصلاح الزراعى الصادر بالقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢م قد صدر معبرا عن واقع المجتمع المصري قبل ثورة يوليو ١٩٥٢م ، فقد كان الإقطاع مسيطرا على كل شئ مما نتج عنه شيوع الغضب بين أفراد المجتمع ، فجاءت ثورة يوليو لتعبر عن هذا الواقع المرير الذي عاشه الشعب المصري ، وأصدرت قانون الإصلاح الزراعى الذي قضى على الإقطاع ووضع حدا أقصى لتملك الأراضى الزراعية .

ويقصد بالمصادر التاريخية الجذور التاريخية التي ينتسب إليها القانون ، فعندما يريد المشرع في بلد معين إصدار قوانين معينة لابد أن ينظر إلى القوانين السابقة للإستفادة منها عن طريق اقتباس الأحكام لتنظيم موضوعات القانون الجديد ، فإذا لم يجد المشرع في قوانين بلده ما يساعده على تنظيم الموضوع الجديد ، فلا ضرر من اللجوء إلى قوانين بعض الدول الأخرى للإستفادة منها ، ومثالاً لذلك نجد

أن القانون المدني المصري قد استفاد من القانون المدني القديم ومن الشريعة الإسلامية ومن القانون االفرنسي ، فكل هذه القوانين تمثل الجذور التاريخية للقانون المدني المصري .

وفيما يتعلق بالمصادر الرسمية ، هي تلك المصادر التي يستمد منها القانون قوته الملزمة ، فالمصدر الرسمى للقانون يعنى الطريقة المعتمدة التي تمر منها القاعدة القانونية وتكتسب من خلالها صفة القاعدة القانونية وتصبح ملزمة وواجبة التطبيق على جميع المخاطبين بأحكامها ، فلا يكفي معرفة المصادر الموضوعية أو التاريخية للقانون بل يجب معرفة الشكل الذي خرج من خلاله القانون ، فالقاعدة القانونية قد ترد في تشريع أو في عرف ، لذلك يقال أن التشريع أو العرف هما الطريق أو الأسلوب الذي عبر عن هذه القاعدة القانونية .

أما المصادر التفسيرية للقانون فيقصد بها المرجع الذي يستعان به عند تفسير القاعدة القانونية لبيان مضمونها وتوضيح الغموض الذي يعتريها ويعتبر كل من الفقه والقضاء مصدرين تفسيرين في القانون المصري واالفرنسي ، فدورهما يقتصر على تفسير القاعدة القانونية أما في بعض الدول الأخرى نجد أن القضاء يمثل مصدراً رسميا للقانون كما في انجلترا ، هذا مع التحفظ على أن القضاء الإدارى في مصر وفرنسا له دور هام في خلق قواعد القانون الإدارى .

وما يهمنا من كل هذه المصادر آنفة الذكر هو المصادر الرسمية والمصادر التفسيرية للقانون ، وفيما يلى سنعرض لهذه المصادر على أن نخصص الفصل الأول لدراسة المصادر الرسمية أما الفصل الثانى سنخصصه لدراسة المصادر التفسيرية :

<u>الفصل الأول :</u> المصادر الرسمية .

<u>الفصل الثانى :</u> المصادر التفسيرية .

الفصل الأول

المصـــادر الرسميـــة

لقد نصت المادة الأولى من القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والمعمول به ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩م على أن "تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ، فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمتقضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة" .

طبقا لنص هذه المادة يتضح لنا أن المصادر الرسمية للقانون المصري هي :

١ . التشريع .

٢ . العرف .

٣ . مبادئ الشريعة الإسلامية .

٤ . مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وهذه المصادر مرتبة ترتيبا تدريجيا ومقصودا من المشرع المصري بحيث يتعين على القاضى الالتزام بهذا التدرج عندما يكون بصدد الفصل في مسألة معينة ، فيجب عليه اللجوء أولاً للتشريع ، فإذا لم يجد الحل كان له اللجوء إلى العرف ، لكنه إذا وجد الحل في التشريع وهو المصدر الأول ، كان عليه الالتزام بذلك ، وتطبيق هذا التشريع على الواقعة المثارة أمامه ، وإذا لم يجد القاضى الحل لا في التشريع ولا في العرف كان عليه الالتجاء إلى المصادر الأخرى كمبادئ الشريعة الإسلامية ثم مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

وهذه المصادر الرسمية للقانون المصري إما أن تكون مصادر رسمية أصلية وإما أن تكون مصادر رسمية احتياطية ، فالمصادر الرسمية الأصلية هي التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية في بعض المسائل كمسائل الأحوال الشخصية ، أما المصادر الاحتياطية فهي العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية في غير مسائل الأحوال الشخصية وأخيرا مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وسنعرض للمصادر الرسمية الأصلية والمصادر الرسمية الاحتياطية فيما يلى :

المبحث الأول : المصادر الرسمية الأصلية .

المبحث الثانى : المصادر الرسمية الاحتياطية .

المبحث الأول

المصادر الرسمية الأصلية

هناك مصدرين رسميين أصليين للقانون هما التشريع وقواعد الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، فالتشريع هو المصدر الرسمى للقانون في كل المسائل بوجه عام ، سواء المعاملات المالية أو حتى بعض مسائل الأحوال الشخصية التي ورد في شأنها تشريعات خاصة ، أما مسائل الأحوال الشخصية الأخرى التي لم يرد بشأنها تشريع خاص تخضع لقواعد الدين سواء كان دينا إسلاميا أو مسيحيا أو يهوديا ، فقواعد الدين إذن المصدر الرسمى الأصلى لمسائل الأحوال الشخصية .

وسنتناول في مطلب مستقل كل مصدر من هذين المصدرين الرسميين الأصليين للقانون :

المطلب الأول : التشريع .

المطلب الثانى:قواعد الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية .

المطلب الأول

التشريـــــع

المقصود بكلمة التشريع هو وضع القواعد القانونية وإخراجها في صورة مكتوبة ، وبناءً على اتباع اجراءات معينة بواسطة السلطة المختصة في الدولة ، والسلطة المختصة بالتشريع هي مجلس النواب طبقا لنص المادة ١٠١من الدستور المصري الصادر في عام ٢٠١٤م ، وقد ينصرف معنى التشريع إلى المصدر بإعتباره هو المصدر المستمد منه القاعدة القانونية ، وقد يراد أيضا بكلمة التشريع هي مجموعة القواعد التشريعية التي تنظم موضوعا معينا أو تتولى تنظيم نشاط معين ، فيقال مثلا تشريع العمل ، تشريع التأمنيات الاجتماعية ، تشريع الضرائب ، التشريع المدني ، التشريع التجاري .

ولدراسة التشريع كمصدر رسمى أصلى للقانون دراسة وافية لابد من تناول الموضوعات التالية :

<u>الفرع الأول :</u> أنواع التشريـع .

<u>الفرع الثانـى:</u> سن التشريع ونفاذه .

<u>الفرع الثالث :</u> الرقابة على صحة التشريع .

<u>الفرع الرابـع :</u> الغـاء التشريع .

<u>الفرع الخامس :</u> تقييم وتقدير التشريع .

الفرع الأول

أنـواع التشريـــع

يوجد ثلاثة أنوع للتشريع ، وهذه الأنواع الثلاثة مرتبة ترتيبا هرميا ، وتختلف قوة كل نوع بحسب الموضوعات التي ينظمها ويعالجها ، ففي المرتبة الأولى يكون التشريع الأساسى أو الدستورى أو الأسمى ، ويأتى في المرتبة الثانية التشريع العادى أو الرئيسى ، وفي المرتبة الأخيرة يأتى التشريع الفرعى أو اللائحى .

فالتشريع ينقسم إلى ثلاثة أنواع :

أولا : التشريع الأساسى أو الدستورى .

ثانيا : التشريع العادى أو الرئيسى .

ثالثا : التشريع الفرعى أو اللائحى .

وسنتناول فيما يلى كل نوع من هذه الأنواع الثلاثة .

أولا : التشريع الأساسى أو الدستورى :

يقصد بالتشريع الدستورى هو مجموعة القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة ، ونظام الحكم فيها ، كما أنه يحدد السلطات العامة في الدولة ، موضحا اختصاصاتها وعلاقاتها ببعضها البعض ، كما أنه أيضا يوضح مقومات المجتمع الأساسية ، ويبين الحقوق والحريات العامة للأفراد في المجتمع .

ويعتبر التشريع الدستورى أو الأساسى أسمى أنواع التشريع ، ولابد من احترام كل من التشريع العادى أو الرئيسى والتشريع الفرعى أو اللائحى للدستور ، وإذا لم يتفق أحد هذين النوعيين مع أحكام الدستور ، وصف بعدم الدستورية ، فإذا خالف التشريع العادى الدستور كان تشريعا غير دستوريا ، وإذا خالفت اللائحة

الدستور كانت لائحة غير دستورية ، وتعين عدم الأخذ بها .

وهناك طرق معينة لنشأة الدساتير ، فسن الدستور قد يكون عن طريق المنحة أو عن طريق الاتفاق بين الحاكم وشعبه أو عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة لوضع الدستور ، والمقصود بنشأة الدستور عن طريق المنحة هو أن يصدر الحاكم قرار المنح ليتنازل فيه عن بعض حقوقه وسلطاته من أجل عدم ثورة الشعب ، ويعتبر الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٢٣م منحة من الملك للشعب ، فقد أصدره الملك فؤاد ليقيد به بعض سلطاته تجنبا لغضب وثورة الشعب ، أما سن الدستور عن طريق الاتفاق هو أن يصدر الدستور في شكل عقد أو اتفاق بين الحاكم وبين الشعب أو ممثلى الشعب ، ومن أمثلة ذلك دستور فرنسا سنة ١٨٣٠م ، ودستور الكويت سنة ١٩٦٢م .

أما الطريقة الثالثة لنشأة الدستور فهي عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من قبل الشعب ، وهذا كما حدث في دستور ليبيا سنة ١٩٥١، وقد لا يقتصر الأمر على هذا النحو بل يجب اتباع إجراء آخر بعد وضع الدستور من قبل الجمعية التأسيسية ، كضرورة عرض الدستور على الشعب لأخذ رأيه ، وهو ما يسمى بالاستفتاء الدستورى ، ومثال هذه الطريقة الأخيرة هو دستور مصر سنة ١٩٧١م ودستور ٢٠١٤م .

فقد صدر دستور مصر عام ٢٠١٤م عن طريق لجنة الخمسين برئاسة السيد عمرو موسى وبعد موافقة الشعب المصري عن طريق الاستفتاء الشعبى ، وقد تم إصدار هذا الدستور في عهد الرئيس المؤقت المستشار عدلي منصور .

وفيما يتعلق بتعديل الدستور ، فالأمر يختلف بحسب نوع الدستور ، فهناك فرق بين الدستور المرن وبين الدستور الجامد ، فالدستور المرن يقبل التعديل بقانون يصدر عن السلطة التشريعية بنفس الاجراءات المقررة لوضع وتعديل

القوانين العادية ، ومثل هذا النوع هو الدستور الإيطالى سنة ١٩٤٨م ، أما الدستور الجامد لا يمكن تعديله إلا بإتباع إجراءات مغايرة لتلك التي تتبع في وضع القوانين العادية ، ومن أمثلة هذا النوع هو الدستور المصري الصادر في سنة ٢٠١٤م .

ثانيا : التشريع العادى أو الرئيسى :

التشريع العادى أو الرئيسى هو التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية في الدولة ، وطبقا لأحكام الدستور المصري الصادر في سنة ٢٠١٤م يكون سن التشريع من اختصاص مجلس النواب المصرى[١] .

ومن الناحية العملية يطلق على التشريع الصادر من مجلس النواب لفظ القانون ، وهذا التشريع الصادر من مجلس النواب يسمى بالتشريع الرئيسى ، وأن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في إصداره إلا أنه يكون من حق السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين لها نفس قوة القوانين الصادرة من مجلس النواب في حالات استثنائية ، لذلك تسمى هذه التشريعات بالتشريعات الاستثنائية .

التشريعات الاستثنائية :

يمكننا الإشارة إلى حالة يجوز فيهما لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين لها نفس قوة التشريعات الصادرة من مجلس النواب، هي حالة الضرورة،وهو ما يسمى بتشريع الضرورة .

تشريع الضرورة :

لقد خول الدستور المصري الصادر في سنة ٢٠١٤م لرئيس الجمهورية الحق في إصدار قرارات بقوانين لها نفس قوة التشريع الصادر من مجلس النواب

---

[١] مادة ١٠١ من دستور مصر ، سنة ٢٠١٤م .

وذلك في حالة الضرورة .

فالمادة ١٥٦من هذا الدستور تنص على أنه "إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم يجوزلرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين ، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوما من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب عليها من آثار".

ويتضح لنا من خلال تحليل نص المادة ١٥٦ سالفة الذكر أن رئيس الجمهورية له الحق في إصدار قرارات بقانون في حالة الضرورة ، ولكن يجب توافر الشروط والقيود التالية :

أ . أن تكون هناك ضرورة تتطلب إتخاذ تدابير لا تتحمل التأخير ، كحدوث أمر عاجل يقتضى السرعة في اتخاذ القرارات المناسبة دون تأخير ، لأن هذا الأمر العاجل لا يحتمل الانتظار حتى انعقاد مجلس النواب لإصدار القوانين المناسبة ، ولكن إذا كان الأمر ليس عاجلا لا يجوز لرئيس الجمهورية إصدار هذه القرارات بقوانين .

ب . ألا يكون مجلس النواب قائما ، أى ضرورة أن تكون حالة الضرورة قد توافرت في غيبة مجلس النواب كأن كان منحلاً أو انقضى الفصل التشريعي ، فإذا لم يكن المجلس في غيبة ، فيجب على رئيس الجمهورية دعوته لانعقاد طارئ لمواجهة حالة الضرورة بإصدار القوانين المناسبة .

جـ . يجب أن تكون القرارات بقوانين صادرة من رئيس الجمهورية متفقة مع أحكام الدستور ، وهذا أمر بديهي ومسلم به ، فإذا كانت القوانين الصادرة من السلطة الأصيلة وهي مجلس النواب يجب أن تكون غير مخالفة للدستور ، فإنه من باب أولى عدم مخالفة القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية للدستور .

د . ضرورة عرض القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية على مجلس النواب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انعقاده إذا لم يكن المجلس قائما ، والحكمة من ذلك هي منع تعسف السلطة التنفيذية في استخدام حقها ، فعن طريق رقابة المجلس على هذه القرارات بقوانين لا تستطيع السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية تجاوز الحدود المحددة لها .

وإذا لم تعرض القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية على مجلس النواب خلال المدة المحددة زال ما كان لها من قوة القانون بأثر رجعى ، أما إذا تم عرض هذه القرارات بقوانين على مجلس النواب خلال المدة المحددة ، فهذا الأمر لا يخرج عن فرضين : الموافقة على هذه القرارات وفي هذه الحالة تحتفظ بقوتها في مواجهة المخاطبين بأحكامها ، وإما يكون الرفض هو مصير هذه القرارات ، وفي هذه الحالة يزول بأثر رجعى ما كان لها من قوة من وقت إصدارها وليس من وقت رفضها ، ولكن من حق مجلس النواب أن يقصر آثار هذا الزوال على المستقبل فقط دون الماضى ، فللمجلس الحق في معالجة هذا الأمر بالطريقة التي يراها مناسبة ومحققة للصالح العام .

ثالثا : التشريع الفرعى أو اللائحى :

يقصد بالتشريع الفرعى هو اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية وهي صاحبة الاختصاص الأصيل في إصدارها بنص الدستور ، فالسلطة التنفيذية لا

تحل محل السلطة التشريعية في إصدار هذه اللوائح كما هو الوضع بالنسبة لتشريع الضرورة ، ومعنى ذلك أن حق السلطة التنفيذية في إصدار هذه اللوائح لا يتوقف على توافر حالة الضرورة.

والتشريع الفرعى يصدر في صورة لوائح تحتوى على قواعد عامة مجردة تختلف عن القرارات الإدارية الفردية التي تخاطب أشخاص معينين بالذات ، فالتشريع الفرعى يعد قانونا من حيث الموضوع وليس الشكل وذلك لأنه يصدر من السلطة التنفيذية[١] ، وجدير بالذكر أن التشريع الفرعى أو اللائحى يصدر من أجل تنفيذ القوانين أو من أجل إنشاء وتنظيم المرافق العامة أو بغرض الحفاظ على الأمن والسكينة العامة ، وترتيبا على ذلك يمكننا تقسيم التشريع الفرعى إلى ثلاث أنواع :

١ . اللوائح التنفيذية :

يقصد باللوائح التنفيذية هي تلك الصادرة من السلطة التنفيذية بغرض تنفيذ القوانين ، فإذا كانت السلطة التشريعية هي المختصة بوضع القانون ، فإن السلطة التنفيذية هي المختصة بإصدار اللوائح بهدف تنفيذ القوانين لا سيما أنها السلطة الأقرب للأفراد في المجتمع ، وتعلم بالمشاكل التي يمكن أن تثور عند تنفيذ القوانين ، لذلك كان الدستور محقا عندما أعطى للسلطة التنفيذية الحق في إصدار اللوائح التنفيذية .

وقد كان الوضع في ظل المادة ١٤٤ من الدستور المصري الملغي الصادر في ١٩٧١ أن رئيس الجمهورية يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها وله أن يفوض غيره في إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه.

---

[١] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ٩٢ .

ولكن تغير الوضع في ظل دستور ٢٠١٤م حيث نصت المادة ١٧٠ منه على أن رئيس مجلس الوزراء هو الذي يملك الحق في إصدار اللوائح التنفيذية بهدف تنفيذ القوانين ، كما أنه يجوز له تفويض غيره كأحد الوزراء أو المحافظين في إصدار هذه اللوائح ، كما أنه يجوز للقانون أن يعين من الذي يتولى إصدار القرارات اللازمة لتنفيذه .

ويجب التنويه إلى أن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تتعدى الغرض من إصدار هذه اللوائح ، فعلى سبيل المثال لا يجوز لها أن تتعرض للقانون المراد تنفيذه بالتعديل أو بالتغيير ، وإذا فعلت ذلك يكون مصير هذه الأفعال هو البطلان ، فقد نصت المادة ١٧٠ من الدستور صراحة على عدم تجاوز الهدف من إصدار اللوائح التنفيذية .

٢ . اللوائح التنظيمية :

هي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية مشتملة على القواعد اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق العامة في الدولة، وتصدر هذه اللوائح مستقلة عن أي قانون معين بالذات، أي أنها تصدر قائمة بذاتها دون أن تستند إلى قانون معين كما هو الشأن بالنسبة للوائح التنفيذية.

وقد كان الحق في إصدار هذه اللوائح مخولا لرئيس الجمهورية طبقا لدستور ١٩٧١ الملغي، ولكن تغير الوضع في دستور ٢٠١٤ حيث نصت المادة ١٧١ منه أنه "يصدر رئيس مجلس الوزراء القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها، بعد موافقة مجلس الوزراء".

من خلال الإطلاع على نص هذه المادة يتبين لنا أن رئيس مجلس الوزراء له الحق بنص الدستور في إصدار اللوائح التنظيمية بغرض إنشاء وتنظيم المرافق العامة ، فالهدف الأساسى من هذه اللوائح هو إنشاء وتنظيم المرافق العامة عن

طريق ترتيب وتنسيق العمل في الإدارات والمصالح الحكومية ، ويجب التنوية إلى أن هذه اللوائح لا ترتبط بقانون معين قد صدر ويجب تنفيذه ، إنما هي مستقلة بذاتها ولا تكون من أجل تنفيذ القوانين ، إنما هي من أجل إنشاء وتنظيم المرافق العامة ، كمرفق المياه أو الكهرباء أو الصحة أو التعليم على سبيل المثال .

وبالإطلاع على نص المادة ١٧١ آنفة الذكر يمكننا أن نستنبط أن رئيس مجلس الوزراء وحده الذي يملك الحق في إصدار اللوائح التنظيمية ولا يجوز له أن يفوض غيره كأحد الوزراء في إصدار هذه اللوائح ، خصوصا وأن هذه اللوائح تتولى تنظيم مسائل في غاية الأهمية وهي إنشاء وتنظيم المرافق العامة ، وهذا على النقيض من اللوائح التنفيذية التي يجوز لرئيس مجلس الوزراء تفويض غيره في إصدارها .

٣ . لوائح الضبط :

لوائح الضبط تعنى تلك اللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية بغرض تحقيق الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة ، وقد نصت المادة ١٧٢ من الدستور المصري الصادر في ٢٠١٤ على أنه "يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط، بعد موافقة مجلس الوزراء" ، ومن أمثلة لوائح الضبط لوائح المرور ولوائح المحلات المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ولوائح الباعة الجائلين ولوائح مراقبة التغذية .

وبالنظر الفاحص لنص المادة ١٧٢ سالفة الذكر يتضح لنا أن رئيس مجلس الوزراء وحده الذي يملك إصدار هذه اللوائح ، ولا يجوز له تفويض غيره في إصدارها ، وهذا كما هو الوضع تماما بالنسبة للوائح التنظيمية التي تصدر من قبل رئيس مجلس الوزراء وحده ، فلوائح الضبط تتعرض لمسائل هامة وغاية في الحيوية لتعلقها بالأمن العام ، لذلك كان منطقيا تخويل الحق في إصدارها لرئيس مجلس الوزراء فقط .

الفرع الثانى

سن التشريع ونفاذه

لقد تناولنا في الدراسات السابقة التشريع الدستورى أو الأساسى ، وبينا كيفية إصداره أو سنه سواء عن طريق المنحة أو الاتفاق أو الجمعية التأسيسية أو الاستفتاء الدستورى ، أما بالنسبة للتشريع العادى الصادر من مجلس النواب فهو محل دراسة هذا الفرع لنبين مراحل سن هذا التشريع ونفاذه حتى يكون ساريا على كافة المخاطبين بأحكامه .

أولا : سن التشريع العادى :

لوضع وسن التشريع العادى يجب المرور بمرحلتين هما مرحلة الاقتراح ثم مرحلة المناقشة والتصويت ، فالسلطة التشريعية ممثلة في مجلس النواب في مصر ، يجب لسن القانون اتباع هاتين المرحلتين :

١ . مرحلة الاقتراح :

طبقا لأحكام الدستور المصري الصادر في ٢٠١٤ يكون حق تقديم الاقتراح بقانون لكل من رئيس الجمهورية ولمجلس الوزراء وأعضاء السلطة التشريعية[١] ، والإقتراح المقدم من رئيس الجمهورية والحكومة أو من عشر أعضاء مجلس النواب يطلق عليه اصطلاح "مشروع قانون"، أما الاقتراح المقدم من أحد أعضاء مجلس النواب يطلق عليه اصطلاح "اقتراح بقانون"[٢] .

ورغم أن الحق في اقتراح القانون يكون لكل من رئيس الجمهورية، ومجلس الوزراء ولكل عضو من أعضاء مجلس النواب ، إلا أن الدستور فرق بينهما في

---

[١] مادة ١٢٢ من الدستور المصري الصادر في سنة ٢٠١٤م .

[٢] د. محمد سعد خليفة ؛ د. حمدى محمد عطيفي ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ .

خصوص المراحل التي يمر بها الاقتراح ، وهذه التفرقة تتجلى مظاهرها فيما يلى :

أ . مشروع القانون المقدم من الحكومة أو عشر أعضاء مجلس النواب يحال مباشرة إلى اللجنة النوعية المختصة لفحصه ودراسته بهدف تقديم تقرير عنه ، فإذا كان مشروع القانون المقدم يتعلق بالزراعة أو بالصناعة مثلا ، يحال الأمر إلى اللجنة النوعية المختصة بدراسة موضوع المشروع بقانون ، أما فيما يتعلق باقتراح القانون المقدم من أحد أعضاء مجلس النواب ، فإنه يقدم أولا إلى لجنة الاقتراحات لتوضيح مدى جديته ومدى جواز عرضه على المجلس من عدمه ، فإذا وافقت عليه لجنة الاقتراحات يحال إلى اللجنة النوعية المختصة ليأخذ نفس مراحل المشروع بقانون المقدم من الحكومة أو عشر أعضاء مجلس النواب.

والحكمة من المغايرة بين المشروع بقانون المقدم من الحكومة أو عشر أعضاء مجلس النواب والمشروع بقانون المقدم من أحد أعضاء مجلس النواب هو أن المشروع بقانون المقدم من الحكومة يخضع لدراسات وافية فيما يتعلق بالموضوع أو بكيفية الصياغة ، فيتولى المتخصصون والخبراء من الأجهزة الحكومية المختلفة دراسة هذا المشروع وصياغته صياغة قانونية سليمة ، هذا وقد نص قانون مجلس الدولة المصري على ضرورة قيام كل وزارة أو مصلحة قبل اصدار أى قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذى صفة تشريعية بعرض الأمر على قسم التشريع لمراجعة الصياغة حتى نصل إلى صياغة قانونية سليمة تعبر عن حقيقة المقصود من اصدار هذا المشروع بقانون[1]، كما أن المشروع بقانون المقدم من عشر أعضاء مجلس النواب يدل على جديته والرغبة الحقيقية لعدد كبير من النواب في إصدار قانون معبر عن الشعب، أما المشروع بقانون المقدم من أحد أعضاء

---

[1] مادة ٦٣ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة .

مجلس النواب لا يخضع لنفس درجات ومراحل العناية التي يمر بها المشروع بقانون المقدم من الحكومة أو عشر أعضاء مجلس النواب.

ب . قد ساوى الدستور الحالي الصادر في ٢٠١٤ بين المشروع بقانون أو الاقتراح بقانون في حالة رفضه من مجلس النواب، حيث لا يجوز تقديمه ثانية في نفس دور الانعقاد طبقا لما جاء في نص المادة ١٢٢ من الدستور، وهذا على عكس ما كان عليه الوضع في ظل دستور ١٩٧١ الملغي، حيث توجد تفرقة بين المشروع بقانون المقدم من رئيس الجمهورية والمشروع بقانون المقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب ، فقد جاء في نص المادة ١١١ من الدستور الملغي أن المشروع بقانون المقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب يعتبر كأن لم يكن إذا رفضته لجنة الاقتراحات ، ولا يجوز تقديمه مرة ثانية في نفس دورة الانعقاد ، أما فيما يخص المشروع بقانون المقدم من رئيس الجمهورية لم يتضمن الدستور في مادته ١١١ شيئا من ذلك ، وترتيبا على ذلك أنه إذا حدث خلافا حول المشروع بقانون المقدم من رئيس الجمهورية أو تم رفضه، فإنه يجوز عرضه مرة ثانية في نفس دورة الانعقاد .

٢ . مرحلة المناقشة والتصويت :

بعد انتهاء اللجنة النوعية المختصة من دراسة مشروع القانون وفحصه ، فإنها تعد تقريرا للعرض على مجلس النواب مرفقا به مشروع القانون من أجل مناقشته والتصويت عليه ، وأولا يجب على المجلس مناقشة مشروع القانون بصفة إجمالية لمعرفة مدى الموافقة عليه من حيث المبدأ ، فإذا تمت الموافق عليه من حيث المبدأ ، يجب مناقشة مواده ، كل مادة على حدة وأخيرا تؤخذ الأصوات على المشروع في مجموعة ، وطبقا لما ورد في المادة ١٢١ من دستور ٢٠١٤م لا يكون انعقاد المجلس صحيحا ولا تتخذ قراراته إلا بحضور أغلبية أعضائه، وتصدر

القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وعند تساوى الآراء يعتبر الأمر الذي جرت المداولة بشأنه مرفوضا، وتصدر الموافقة على القوانين بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين وبما لا يقل عن ثلث أعضاء المجلس.

أما فيما يتعلق بالقوانين المكملة للدستور، فإنها تصدر بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس، وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية والنيابية والمحلية والأحزاب السياسية والسلطة القضائية والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور، مكملة له.

وخلاصة القول أنه يشترط لصحة انعقاد المجلس حضور الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس جميعا حتى يتسنى لهم مناقشة مشروع القانون والتصويت عليه ، وإذا توافرت هذه الأغلبية المطلقة لصحة انعقاد المجلس ، يكون المشروع بقانون قد تم الموافقة عليه إذا وافقت عليه الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين وهي النصف زائد واحد ، ويجب التنويه إلى أن مشروع القانون إذا تمت الموافقة علية من قبل الأغلبية المطلوبة يكون قانونا موجودا بالفعل ، لكنه لا يصبح ساريا ونافذا في حق المخاطبين بأحكامه إلا بعد اتباع اجراءات معينة لنفاذه .

ثانيا : نفــاذ التشريع العادى :

بعد التصويت على مشروع القانون بالموافقة ، أى بعد تحقق الأغلبية المطلوبة يكون مشروع القانون قانونا موجودا بالفعل ، وحتى يكون نافذا في حق كافة المخاطبين بأحكامه ، لابد من إصداره من قبل رئيس الجمهورية حتى يتسنى لرجال السلطة التنفيذية تنفيذه ، ولابد أيضا من نشره حتى يعلم به الأفراد في المجتمع .

فلنفاذ التشريع العادى يشترط المرور بمرحلتين هما مرحلة الإصدار ثم

مرحلة النشر .

١ . مرحلة الإصدار :

يقصد بالإصدار هو العمل التنفيذى الذي يتولاه رئيس الجمهورية من خلال توجيه الأمر إلى رجال السلطة التنفيذية ليقوموا بتنفيذ القانون والإلتزام بذلك شأنه شأن القوانين المعمول بها والنافذة في الدولة ، فالإصدار إذن يكون بمثابة شهادة ميلاد للتشريع ، فبعد موافقة مجلس النواب على القانون يتم إرساله إلى رئيس الجمهورية لإصداره ، فإعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، لا يملك مجلس النواب سلطة اصدار القانون وتوجيه الأمر إلى السلطة التنفيذية لتنفيذه .

وقد نصت المادة ١٢٣ من الدستور الحالي ٢٠١٤م على أن "لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها" ويتضح لنا من هذه المادة أن رئيس الجمهورية هو الذي يملك الحق في إصدار القانون ، ويجب التنويه إلى أن ذلك يكون منطقيا بالنسبة للتشريع العادى الذي تم وضعه من قبل مجلس النواب ، أما بالنسبة للتشريعات الاستثنائية التي توضع في حالة الضرورة، فلا حاجة إلى إصدارها ، لأن السلطة التي لها حق الإصدار هي نفس السلطة التي سنت هذه التشريعات فليس من المنطقى أن توجه السلطة التي وضعت التشريع أمراً إلى نفسها بتنفيذ هذا التشريع .

ويتضح لنا أيضا من الاطلاع على نص المادة ١٢٣ آنفة البيان أن رئيس الجمهورية قد يعترض على إصدار القانون المرسل إليه من مجلس النواب ، ولدراسة هذه المسألة يجب أن نفرق بين الفرضين التاليين :

الفرض الأول :

حالة عدم اعتراض رئيس الجمهورية على القانون ، وهنا عليه أن يقوم بإصداره حتى يتسنى نشره بعد ذلك في الجريدة الرسمية لإعلام الكافة به .

الفرض الثانى :

حالة اعتراض رئيس الجمهورية على القانون ، وهذا حق دستورى خولته المادة ١٢٣ من الدستور لرئيس الجمهورية ، ولكن يجب أن يتم هذا الاعتراض خلال مدة ثلاثين يوما من ابلاغه بالقانون من قبل مجلس النواب ، فإذا لم يعترض خلال هذه المدة ، يعتبر عدم الرد قبولاً منه بإصداره ، وهذا ما يسميه البعض بالإصدار المفترض[١] ، أى أننا نفترض قبول رئيس الجمهورية إصدار القانون طالما أنه لم يعترض عليه خلال مدة الثلاثين يوما .

ولكن إذا اعترض رئيس الجمهورية على القانون في المدة المحددة ، فإننا نكون إزاء أحد الموقفين التاليين :

الموقف الأول :

هو قبول مجلس النواب لإعتراض رئيس الجمهورية ، وذلك بإعادة مناقشة نصوص المواد التي تم الاعتراض عليها ، ومراعاة الاعتبارات المحددة من قبل رئيس الجمهورية عند إعادة النظر في القانون المعترض عليه .

---

[١] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ٩٧ .

الموقف الثانى :

هو إصرار مجلس النواب على القانون ، وإصداره كما هو بكل مواده ، ولكن الأمر هنا يتطلب أغلبية خاصة ، وهي موافقة ثلثى أعضاء المجلس جميعا وليس الحاضرين فقط على البقاء على هذا القانون ، وفي هذه الحالة يجب على رئيس الجمهورية إصداره رغم اعتراضه عليه ، وهذا هو ما يسمى بالإصدار المفروض ، أى يجب على رئيس الجمهورية إصدار القانون ولا يجوز له الاعتراض عليه .

٢ . مرحلـة النشـر :

بعد إصدار القانون من قبل رئيس الجمهورية يجب علم الكافة به ، ولا يتحقق هذا العلم إلا بنشر القانون ، فبالنشر يكون التشريع ملزما للناس، فالمنطق والعدالة يفرضان ضرورة علم الناس بالقانون الذي ينظم سلوكهم في المجتمع ، وجدير بالذكر أن إعلام كافة الناس بالقانون يعد أمراً مستحيلاً ، لذلك العلم المقصود هو العلم الافتراضى ، بمجرد نشر القانون يفترض أن الجميع قد علموا به ، وهذا العلم الافتراضى يتحقق بنشر القانون في الجريدة الرسمية.

وقد نصت المادة ٢٢٥ من الدستور الحالي على أنه "تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إصدارها، ويعمل بها بعد ثلاثين يوما من اليوم التالى لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعادا آخر" ، ويتبين لنا من نص هذه المادة أنه من اللازم نشر التشريع في الجريدة الرسمية حتى يكون ملزما للأفراد المخاطبين بأحكامه.

والجريدة الرسمية كانت تسمى قبل ١٣ من مارس سنة ١٩٥٨ بالوقائع المصرية ، وبعد قيام الجمهورية العربية المتحدة صدر قرارا جمهوريا ، بإنشاء الجريدة الرسمية ، وقد تم تخصيص جريدة الوقائع المصرية لنشر الإعلانات

الحكومية والقضائية ، أما الجريدة الرسمية فهي التي تنشر فيها القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ، وفي سنة ١٩٦٧م صدر قرار جمهورى لتخصيص الجريدة الرسمية لنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ومن رئيس مجلس الوزراء ، وأحكام المحكمة الدستورية العليا وأحكام محكمة القيم ، وتصدر هذه الجريدة أسبوعيا ما لم يكن هناك أمرا عاجلا لإصدار أعداد غير عادية ، وأصبح للجريدة الرسمية ملحقا يصدر يوميا يسمى بالوقائع المصرية لنشر القرارات الوزارية[١] .

فالنشر في الجريدة الرسمية هو الوسيلة المعتمدة قانونا حتى يتحقق العلم الافتراضى بالقانون ، فلا يغنى عن الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى ، كنشر القانون في التليفزيون أو الإذاعة ، ولا يعتبر أيضا نشرا قانونيا بالمعنى الصحيح تعليق صور من القانون في أماكن بارزة على الحوائط في الشوارع والميادين العامة الرئيسية ، فالنشر عن طريق هذه الوسائل لا يكون كافيا لنفاذ التشريع في حق جميع المخاطبين بأحكامه[٢] .

ونشر القانون في الجريدة الرسمية يقتضى طبع هذه الجريدة بأعداد كافية حتى يتسنى للجمهور الحصول عليها ، وضرورة أن توضع الأعداد الصادرة من الجريدة الرسمية موضع التوزيع الفعلى ، فمجرد النشر في الجريدة الرسمية لا يكفي لتحقق علم الناس بالقانون ، بل يجب أن يتبع ذلك توزيع الجريدة .

ومن الناحية العملية يتعذر علم كافة الناس بالقانون فور نشره ، لذلك لا يكون القانون نافذا إلا بعد مضى مدة معينة من تاريخ النشر ، وهذا ما حددته المادة ٢٢٥ من الدستور آنفة البيان ، فالقوانين لا تكون نافذة في مواجهة

---

[١] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ٩٩ .

[٢] د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٢٤٥ .

المخاطبين بأحكامها إلا بعد مرور ثلاثين يوما من اليوم التالى لتاريخ نشرها في الجريدة الرسمية ، فاليوم الذي تم النشر فيه لا يحسب ، وهذا ما لم يتم تحديد تاريخ آخر لنفاذ القوانين المنشورة ، فقد تحدد هذه القوانين ميعاد آخر أطول أو أقصر لنفاذها ، ومثال ذلك أن المادة الثانية من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م بإصدار القانون المدني قد نصت على أن يعمل بهذا القانون ابتداء من ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩م ، رغم أن هذا القانون قد صدر في ١٦ يولية سنة ١٩٤٨م وتم نشره في ٢٩ يوليه سنة ١٩٤٨م ، ويتضح لنا من مضمون المادة الثانية أن هناك مدة أطول من مدة الثلاثين يوما لنفاذ القانون المدني .

وخلاصة القول أن القانون يكون نافذا في حق المخاطبين بأحكامه بعد نشره في الجريدة الرسمية ، ومراعاة الشروط المقررة لهذا النشر طبقا لنص المادة ٢٢٥ من الدستور المصري ، وطالما تم نشر القانون وتحققت شروط النشر ، لا يجوز لأحد أن يتذرع بالجهل بالقانون الجديد الذي تم نشره ، ولكن يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون في حالة القوة القاهرة ، فالقاعدة هي عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، والاستثناء هو جواز ذلك الاعتذار في حالة القوة القاهرة .

قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون :

مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يقصد به أن القانون طالما تم نشره في الجريدة الرسمية ، وتحققت شروط هذا النشر طبقا لنص المادة ٢٢٥ من الدستور ، فلا يجوز لأحد الاعتذار بجهله بالقانون ، ويكون هذا الأخير نافذا في حق كافة المخاطبين بأحكامه ، فإنه غير مقبول إدعاء البعض بأنه غير مسئول عن المخالفة التي تمت لأنه لا يعلم بالقانون الذي خالف قواعده ، كما أنه أيضا غير مقبول القول بعدم العلم بالقانون نظرا لعدم معرفة القراءة ، أو للوجود خارج البلاد وقت نشر القانون وبالتالى لا يمكن العلم به .

ومبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يجد الكثير من المبررات التي يقوم عليها ، ويمكننا ذكر المبررات التالية :

١ . مراعاة الضرورة العملية :

قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون تقتضيها الضرورات العملية ، فالدستور جعل نفاذ التشريع متوقفا على النشر في الجريدة الرسمية ومراعاة المدة المحددة بعد النشر لنفاذ القانون ، وأساس العلم بالقانون هو العلم الافتراض لأنه من المستحيل اشتراط العلم اليقينى ، والواقع العملى يتطلب الأخذ بنظرية العلم الافتراضى .

٢ . المساواة بين العالم بالقاعدة القانونية والجاهل بها :

إذا أخذنا بقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، فإننا لن نحقق المساواة بين من علم بالقانون وبين من لا يعلم به ، لأننا لو أعفينا الجاهل بالقانون من أحكامه ، فإننا في هذه الحالة نقدم مكافأة لهذا الشخص المهمل ، وعلى النقيض من ذلك فإننا نلزم من علم بالقانون بأحكام هذا القانون وقواعده ، فكيف نلزم العالم بالقانون ونستثنى الجاهل به غير الحريص على متابعة قوانين بلاده ؟! لذلك نجد أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون تحقق المساواة ، ويكون الجميع ملزما بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية .

٣ . عدم مراعاة الظروف الشخصية :

الأخذ بالاعتذار بالجهل بالقانون يؤدى إلى نتيجة خطيرة وهي رهن تطبيق القانون بالظروف الشخصية ، فالشخص الذي يجد في تطبيق القانون تعارضا مع مصالحه يدعى بعدم علمه بهذا القانون لتجنب أحكامه ، وهذا سيؤدى إلى الأخذ بالظروف الخاصة بكل شخص مما يؤدى إلى إهمال المصلحة العامة .

٤ . تحقيق غايات القانون :

لا شك أن الأخذ بقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يؤدى إلى تحقيق غايات القانون ، فالأخذ بنظرية العلم الافتراضى يؤدى إلى تحقيق الاستقرار داخل المجتمع ، وإقامة النظام ، وتحقيق العدل ، وكل هذا هو غايات القانون .

نطاق تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون :

مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لا يقتصر على القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع ، بل يشمل كافة القواعد القانونية أيا كانت مصادرها ، ولكن أهمية هذا المبدأ تظهر بالنسبة للقواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع خاصة وأن هذا الأخير يصدر ويتغير بسرعة بحيث يتصور عدم إحاطة الكافة به[١] ، فكما لا يقبل من القاضى النكول عن الحكم بحجة عدم وجود حل في التشريع ، بل يجب عليه البحث عن الحل في المصادر الأخرى ، لا يمكن أيضا لأحد الاعتذار بالجهل بالقانون أيا كان مصدره .

ويمتد أيضا مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون إلى الأجانب المقيمين على إقليم الدولة ، فلا يجوز لهم الاعتذار بالجهل بالقانون إذا صدرت منهم مخالفة لأحكامه وقواعده ، وهذا فيه تأكيد لسيادة الدولة على إقليمها .

وقد حدث خلافا فقهيا حول إطلاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بالنسبة إلى القواعد الآمره والقواعد المكملة ، فالبعض يقصر العمل بهذا المبدأ على القواعد الآمره المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة ، ولكن في الحقيقة هذا المبدأ لا يقتصر على نوع معين من القواعد القانونية ، فهو يشمل القواعد الآمرة وأيضا المكملة ، فكلاهما له صفة الإلزام ، والإلزام يعنى العلم بمضمونها ولا

---

[١] د. محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

يستطيع أحد التذرع بالجهل بهما .

هذا وقد أضاف البعض أن "القول بإباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملة لا يستقيم مع طبيعة هذه القواعد من كونها لا تطبق إلا في حال سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، إذ قد يكون سكوتهما عن جهل منهما بأحكامها ، ومع ذلك تلزمهما هذه الأحكام ، لأنه بهذا السكوت يتحقق شرط انطباقها في حقهما[1] .

فالقواعد المكملة ملزمة تماما كالقواعد الآمره ، وكل ما في الأمر أن تطبيقها يتوقف على شرط عدم الاتفاق على مخالفتها ، فإذا تحقق هذا الشرط تكون ملزمة ولا يجوز لأحد أن يدعى الجهل بأحكامها .

الاستثناء : جواز الاعتذار بالجهل بالقانون في حالة القوة القاهرة :

في الواقع لا يوجد نص يقرر هذا الاستثناء ، إنما الفقه والقضاء مستقر على جواز الاعتذار بالجهل بالقانون في حالة القوة القاهرة ، وهذا الاستثناء لا يخص أشخاص معينين بالذات ، إنما هو وضع عام يخص كافة الناس ولأسباب عامة ، ويمكننا أن نذكر لتوضيح حالة القوة القاهرة مثال عزل جزء من الدولة عن باقي الأجزاء ، كعزل إقليم معين عن باقي الأقاليم الأخرى بسبب حدوث كارثة معينة كما لو حدثت ثورة أو حدوث حرب أو تحقق كارثة طبيعية كالفيضانات ، فبسبب هذه الكوارث قد يتعذر وصول الجريدة الرسمية إلى هذا الجزء من أجزاء الدولة.

ففي هذه الحالة يجوز لسكان هذا الإقليم أن يتذرعوا بعدم العلم بالقانون ، خاصة وأن نشر القانون في الجريدة الرسمية وتوزيعها فعليا هو شرط أساسى لنفاذ القانون في حق المخاطبين بأحكامه ، ويجب أن ننوه إلى أن التذرع بالجهل

---

[1] د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ .

بالقانون استنادا إلى القوة القاهرة يقتصر على القواعد التشريعية فقط سواء كان تشريع دستورى أو عادى أو فرعى ، وسبب ذلك أن النشر في الجريدة الرسمية هو الوسيلة الوحيدة للعلم بهذه القواعد ، كما أن التذرع بالجهل بالقانون مقيد بأسباب قيامه، فإذا زالت هذه الأسباب فلا وجود للاستثناء ، وعلينا تطبيق المبدأ.

وجدير بالذكر أن الجهل بالقانون يختلف عن الغلط في القانون فالجهل لا يعتبر عذرا كقاعدة ، بينما الغلط في القانون يمكن أن يؤدى إلى الحق في طلب البطلان .

جهل القانون والغلط في القانون :

يقصد بالغلط هو توهم غير الحقيقة أو غير الواقع ، فهو تصور شئ على غير حقيقته ، كأن يتصور أحد المتعاقدين شيئا معينا على غير حقيقته بسبب الوهم الذي قام في ذهنه ، وقد نصت المادة ١٢٠ من القانون المدني على أنه "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له إبطال العقد ..." فلصحة العقود يشترط القانون أن تكون الإرادة خالية من العيوب ، ومعنى ذلك عدم تعاقد الشخص تحت تأثير وهم يتعلق بمسألة جوهرية في العقد ، فإذا تعاقد الشخص تحت تأثير الغلط الجوهرى كان العقد باطلا .

والغلط ينقسم إلى نوعين : الغلط في الواقع والغلط في القانون ، والغلط في الواقع كأن يشترى شخص تمثالا على أنه أثرى وله قيمة حضارية لكنه غير ذلك وحديث الصنع ، أو أن يشترى شخص قطعة معينة على أنها ذهبية لكنها في حقيقة الأمر نحاسية ، وفيما يتعلق بالغلط في القانون هو أن يبيع شخص نصيبه في التركة على أنه الربع لكنه وفقا للقانون يكون النصف وليس الربع .

وسواء كان الغلط في الواقع أو في القانون ، فقد سوى القانون بينهما ، وأجاز للمتعاقد الذي وقع في الغلط أن يطلب إبطال العقد ، ولكن يجب توافر عدة

شروط في هذا الغلط حتى يتسنى للمتعاقد طلب إبطال العقد ، فيشترط أن يكون الغلط جوهريا ، وأن يكون دافعا إلى التعاقد بمعنى أن المتعاقد كان سيمتنع عن التعاقد إذا لم يقع فيه ، ويجب أيضا أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط ، أو كان سهلا عليه أن يكتشفه .

ويجب التنويه إلى أن بعض الفقهاء قد ذهب إلى أن جواز إبطال العقد للغلط في القانون يمثل استثناءاً من مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، لكن في الحقيقة مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لا يمنع المتعاقد الذي وقع في الغلط من طلب إبطال العقد ، كما أن المقصود من عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون هو منع الاعتذار الذي يرمى إلى التهرب من أحكام القانون ، بينما الأمر على خلاف ذلك في حالة التمسك بالغلط في القانون ، لأن المتعاقد لا يسعى إلى التهرب من حكم القانون لكنه يسعى إلى تطبيق حكم القانون الصحيح ، ففي المثال آنف الذكر والخاص بمن اعتقد أن نصيبه في التركة هو الربع لكنه طبقا لقانون المواريث يكون النصف ، هذا الشخص لا يطلب الإفلات من حكم القانون ، لكنه يريد التطبيق السليم للقانون ، بأن يأخذ حقه وهو النصف بدلا من الربع طبقا للقانون ، وهذا في الحقيقة يمثل تأكيدا لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وليس استثناءاً عليه .

الفرع الثالث

الرقابة على صحة التشريع

طبقا لمبدأ تدرج التشريع يتبين لنا أن الأنواع الثلاثة للتشريع تتدرج فيما بينها بحسب أهميتها ، فالتشريع الدستورى يكون في القمة ، ويأتى بعده في المرتبة التشريع العادى ، وأخيراً التشريع الفرعى يكون في المرتبة الأخيرة ، ويترتب على هذا التدرج نتيجة هامة ولا تجانب المنطق وفحواها هو عدم مخالفة تشريع أدنى

تشريعا أسمى منه مرتبة ، ولا يجوز أن يتعارض تشريع أدنى مرتبة مع تشريع أعلى منه مرتبة ، ومثالا لذلك لا يجوز أن تخالف لائحة قانون أو دستور ، وإلا كانت غير قانونية أو غير دستورية ، وأيضا لا يجوز للتشريع العادى مخالفة التشريع الدستورى وإلا كان غير دستوريا .

من هنا كانت الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، وضرورة عدم الأخذ باللوائح أو القوانين المخالفة للدستور .

أولا : الرقابة على قانونية اللوائح ودستوريتها :

مما لا شك فيه أن اللائحة إذا خالفت تشريعا عاديا تكون غير قانونية ، وإذا خالفت الدستور ، تكون غير دستورية ، ويجمع الفقه على ضرورة عدم الأخذ بهذه اللائحة ، فللقضاء الحق في الرقابة على قانونية ودستورية اللوائح ، ويمكنه عدم تطبيق هذه اللوائح سواء طلب الخصوم ذلك أم لا ، وسواء كانت المخالفة شكلية أو موضوعية ، فقانونية اللوائح ودستوريتها أمر متعلق بالنظام العام ، وبالتالى يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها التصدى لمسألة عدم دستورية اللائحة[١].

وجدير بالذكر أن جهتى القضاء العادى والإدارى تملك الحق في الامتناع عن تطبيق اللوائح غير القانونية أو غير الدستورية ، وإذا كانت جهة القضاء العادى تقف عند حد الامتناع عن تطبيق اللائحة غير القانونية أو غير الدستورية ، فإن جهة القضاء الإدارى لا تقف عند هذا الحد ولكنها تملك الحق في إلغاء اللائحة المعيبة ، وهذا الإلغاء يتم سواء عن طريق دعوى مستقلة يرفعها الأفراد يطلبون فيها الغاء اللائحة أو عن طريق الغاء هذه اللائحة بمناسبة طعن منظور أمام المحكمة في القرار الإدارى الصادر تأسيسا على هذه اللائحة .

---

[١] د. محمد سعد ؛ د. حمدى عطيفي ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ وما بعدها .

ثانيا : الرقابة القضائية على دستورية القوانين :

لقد تناولنا فيما سبق ضرورة احترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى أو مطابقة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، والتحقق من هذه المطابقة يدعونا إلى بحث مدى الرقابة القضائية على صحة التشريع المخالف للدستور من حيث الشكل أو من حيث الموضوع ، فأحيانا تصدر قوانين لا تتفق وأحكام الدستور سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع ، وعلى ذلك لتناول الرقابة القضائية على صحة التشريع العادى لابد من دراسة المسائل الآتية :

١ . الرقابة القضائية على صحة التشريع العادى من حيث الشكل .

٢ . الخلاف حول الرقابة القضائية على صحة التشريع من حيث الموضوع .

٣ . الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية .

٤ . الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا .

٥ . الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر .

وفيما يلى سنعرض لكل مسألة من المسائل آنفة الذكر :

١ . الرقابة القضائية على صحة التشريع العادى من حيث الشكل :

إذا صدر قانون غير مستوف للإجراءات والمراحل المنصوص عليها لسنه إو اصداره أو نفاذه يكون قانونا معيبا من حيث الشكل ، وفي هذه الحالة لا خلاف على أحقية القضاء في الرقابة على صحة التشريع من حيث الشكل ، وبناء عليه يجوز للمحاكم الامتناع عن تطبيق هذا التشريع على النزاع المعروض عليها .

ومن العيوب الشكلية التي تعترى التشريع صدوره من هيئة غير مختصة باصداره، كأن يصدر وزير قرارا بقانون جاهلا أن هذا الأمر يقتصر فقط على رئيس الجمهورية ، فعلى المحاكم الامتناع عن تطبيق القانون الذي لم يسنه مجلس النواب، أو غير الصادر من رئيس الجمهورية في أحوال الضرورة.

ومن العيوب الشكلية أيضا صدور القانون دون مراعاة الأغلبية المطلوبة من أعضاء مجلس النواب ، ومثال ذلك صدور قانون اعترض عليه رئيس الجمهورية، وتم رده إلى مجلس النواب، ووافقت عليه أغلبية ثلثى الأعضاء الحاضرين وليس ثلثى أعضاء المجلس جميعا ، كما أن التشريع الصادر من مجلس النواب، ولم ينشر في الجريدة الرسمية أو الذي تم تطبيقه قبل انقضاء المدة المحددة لدخوله حيز العمل يعتبر معيبا من حيث الشكل ، ويجب الامتناع عن تطبيقه ، والحكمة من ذلك أن هذا القانون ليس له وجود قانونى لصدوره دون مراعاة الاجراءات والمراحل المنصوص عليها لسنه أو إصداره أو نفاذه .

٢ . الخلاف حول الرقابة القضائية على صحة التشريع من حيث الموضوع :

المقصود بالرقابة القضائية على صحة التشريع من حيث الموضوع هو بحث مدى تعارض حكماً تضمنه القانون مع حكم موضوعى منصوص عليه في الدستور ، فطبقا لمبدأ تدرج التشريع يجب أن يحترم التشريع الأدنى التشريع الأعلى ، وترتيبا على ذلك يجب أن يحترم التشريع العادى التشريع الدستورى وأن يصدر وفقا له ، فإذا خرق المشرع أحكام الدستور الموضوعية كان مرتكبا لمخالفة موضوعية .

وإذا كان لا خلاف حول أحقية المحاكم في الرقابة على صحة اللوائح من الناحية الموضوعية للتثبت من مدى مطابقتها للتشريع العادى أو الدستورى ، إلا أن هناك خلافا حول أحقية المحاكم في الرقابة على صحة التشريع من حيث الموضوع ، فمسألة الرقابة القضائية على دستورية القوانين كانت وما زالت محل خلاف في الفقه ، فهناك المؤيد للرقابة القضائية على دستورية القوانين ، وهناك أيضا المعارض لهذه

الرقابة .

وجدير بالذكر أن هذا الخلاف لا يثور في الدول ذات الدساتير المرنة التي يمكن تعديلها بتشريع عادى ، فإذا صدر قانون مخالف لأحكام الدستور اعتبر تعديلا له ما دام أنه صدر صحيحا من الناحية الشكلية ، وعلى النقيض من ذلك في الدول ذات الدساتير الجامدة التي لا يمكن تعديلها بتشريع عادى، لا خلاف حول أحقية المحاكم في الرقابة على التشريع العادى من حيث الشكل ، لكن ثار الخلاف حول أحقية المحاكم في الرقابة على صحة التشريع من حيث الموضوع.

فالمعارضين للرقابة على التشريع من حيث الموضوع يرون ضرورة احترام مبدأ الفصل بين السلطات الذي يتطلب عدم السماح للمحاكمبرقابة دستورية القوانين ، لأنه طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات يجب عدم اعتداء سلطة على سلطة أخرى ، والسلطة القضائية وظيفتها تطبيق القانون ، وعليها تطبيقه فقط ، ولا يجوز لها التدخل في اختصاصات السلطة التشريعية التي أصدرت القانون بحجة أن القانون مخالف للدستور .

أما المؤيدين للرقابة القضائية على صحة التشريع من حيث الموضوع يرون ضرورة الاعتراف للمحاكم بالحق في الرقابة على دستورية القوانين لأن ذلك لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ، فالرقابة حق للقضاء الذي يتعين عليه تطبيق التشريع بمعناه الواسع ، سواء كان تشريعا دستوريا أو عاديا أو فرعيا ، وفي حالة تعارض تشريعا عاديا مع تشريعا دستوريا ، فمن حق القضاء الاختيار بينهما ، أى أن يطبق التشريع العادى أو التشريع الدستورى ، ولكنه يلتزم بمبدأ تدرج التشريع ، الذي يفرض عليه الأخذ بالتشريع الدستورى لأنه الأسمى وترك التشريع العادى المخالف لأنه الأدنى ، فالرقابة القضائية على دستورية القوانين حق للقضاء

استنادا إلى مبدأ تدرج التشريع[١] .

ونضيف إلى ما سبق أنه إذا كان هناك إجماعا فقهيا على أحقية المحاكم في الرقابة على صحة اللوائح من حيث الشكل أو الموضوع ، فما المانع من إقرار هذه الرقابة على التشريع العادى أيضا ، فهل الرقابة القضائية على صحة اللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية لا تمثل اهداراً لمبدأ الفصل بين السلطات بينما الرقابة على صحة التشريع العادى الصادر من السلطة التشريعية تمثل إهدار لمبدأ الفصل بين السلطات .

والإجابة بالنفي ، فإذا أخذنا بحجة المعارضين للرقابة على دستورية القوانين من حيث الموضوع بأن ذلك إهدار لمبدأ الفصل بين السلطات ، فإن الرقابة القضائية على صحة اللوائح يمثل أيضا اهداراً لمبدأ الفصل بين السلطات ، ولكننا نرى أنه في الحالتين ، أى سواء الرقابة على اللوائح أو الرقابة على صحة التشريع من حيث الموضوع ليس هناك إهدارا لمبدأ الفصل بين السلطات ، فصميم عمل القضاء هو الرقابة على صحة التشريعات وفقا لمبدأ تدرج التشريع.

وإذا أثبتنا فيما سبق أحقية القضاء في الرقابة على دستورية القوانين من حيث الموضوع ، فإن طرق الرقابة تتعدد في التشريعات المختلفة ، سواء التشريعات الأنجلوأمريكية ، أو اللاتينية ، وعلى ذلك سنتناول الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ، ثم ندرس الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا وفي مصر واللذان يعتبران من النظم اللاتينية .

٣ . الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية :

---

[١] د. محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص ١٦٤ .

لا يوجد في الدستور الأمريكى نصا صريحا يعطى للمحاكم الحق في الرقابة على دستورية القوانين ، وترتيبا على ذلك ثار الخلاف الفقهي والقضائى حول مدى أحقية المحاكم الأمريكية في الرقابة على دستورية القوانين ، فهناك رأى يعارض بشدة السماح للمحاكم بالرقابة على دستورية القوانين لأن ذلك يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقضى بإستقلال السلطة التشريعية عن السلطة القضائية ، ولكن الرأى الآخر يؤيد الرقابة على دستورية القوانين تأسيسا على مبدأ تدرج التشريع والذي يقضى بسمو الدستور وضرورة احترام التشريعات الدنيا له .وقد انحسم الخلاف لصالح الرأى المؤيد للرقابة القضائية على دستورية القوانين ، ويرجع الفضل في ذلك إلى مارشال رئيس المحكمة العليا ، فقد أعلن في عام ١٧٨٥ أن القضاة لهم أن ينظروا إلى التشريعات الصادرة من الكونجرس والتي تجاوز السلطة المخولة له من قبل الدستور ، وأن هذا التشريع المخالف للدستور يكون باطلا ، وعلى القضاة التصدى إلى هذه الاعتداءات لأنه يجب عليهم حراسة والدفاع عن نصوص الدستور ، هذا وقد أصدرت المحكمة العليا في عام ١٨٠٣ حكما تاريخيا قضت فيه بأن مهمة السلطة القضائية هي بيان القانون ، وعند تعارض القوانين عليها أن تحدد الأولى بالتطبيق ، فعند تعارض القانون مع الدستور ، يجب الأخذ بحكم الدستور لأنه التشريع الأسمى .

٤ . الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا :

لم يعرف النظام االفرنسي الرقابة القضائية على دستورية القوانين احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات ، كما أن رجال الثورة الفرنسية التي قامت في سنة ١٧٨٩م ، حذروا تدخل القضاة لفحص المخالفات الموضوعية للدستور لأن دورهم قاصر على بحث المخالفات الشكلية فقط[١] .

---

[١] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

وقد نص الدستور االفرنسي الصادر في عام ١٧٩١م في مادته الثالثة على أنه "ليس للمحاكم أن تتدخل في اختصاصات السلطة التشريعية ، وليس لها أن توقف تنفيذا لقوانين" ، حتى بعد إلغاء دستور ١٧٩١م استمر العمل بنص مادته الثالثة ، فالمادة ١٢٧ من قانون العقوبات تنص على "معاقبة القضاة في حالة تدخلهم في أعمال السلطة التشريعية كتعطيل القوانين أو وقف العمل بها"[١] .

وليس معنى ما سبق هو عدم وجود الرقابة القضائية على دستورية القوانين على إطلاقها ، فقد انتقد جانب كبير من الفقه عدم أحقية القضاء في الرقابة على دستورية القوانين ، فالمشرع االفرنسي أخذ بأسلوب بديل لرقابة القضاء وهو رقابة الأمة عن طريق مجلس الشيوخ المحافظ على الدستور ، والذي كان يشكل من أعضاء يختارهم الإمبراطور ، وكانت مهمة هذا المجلس هي إلغاء القوانين المخالفة للدستور قبل إصدارها[٢] .

وتطور الأمر بعد ذلك إلى أن صدر دستور الجمهورية الخاصة في عام ١٩٥٨م والذي أنشأ نظام للرقابة على دستورية القوانين عن طريق مجلس خاص يسمى بالمجلس الدستورى ، ويشكل أعضاء هذا المجلس من جميع رؤساء الجمهورية الفرنسية السابقين بالإضافة إلى تسعة أعضاء معينين يتم اختيارهم بمعرفة رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ، فكل رئيس من هؤلاء يختار ثلاثة أعضاء ، على أن يتولى رئيس الجمهورية مهمة تعيين رئيس المجلس الدستورى .

والمجلس الدستورى يباشر رقابة سابقة على دستورية القوانين وليست رقابة لاحقة ، فبعد موافقة البرلمان على القوانين يتولى المجلس الدستورى فحص مدى

---

[١] د. خالد جمال أحمد ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ .

[٢] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

دستوريتها قبل إصدارها من قبل رئيس الجمهورية ، فإذا كانت مطابقة لأحكام الدستور تولى رئيس الجمهورية إصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية ، أما إذا كانت مخالفة للدستور تم إعادتها إلى البرلمان لإعادة النظر فيها وضرورة اتفاقها مع أحكام الدستور ، فالرقابة على دستورية القوانين في فرنسا تكون رقابة سابقة بعكس الوضع في مصر حيث تكون الرقابة على دستورية القوانين رقابة لاحقة أى بعد إصدار القانون .

٥ . الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر :

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر مرت بمراحل متعددة ، فقد كانت المحاكم العادية ومحاكم القضاء الإدارى على حد سواء تباشر هذه الرقابة ، وبعدها صدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء المحكمة العليا ، وقد نصت المادة الرابعة من هذا القانون على أن هذه المحكمة تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين إذا ما تم الدفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم .

ولكن يجب التنويه إلى أن قانون المحكمة العليا اقتصر على الفصل في دستورية القوانين فقط ، فليس للمحكمة العليا الفصل في دستورية اللوائح ، وبالتالى ظلت المحاكم العادية ومحاكم القضاء الإدارى تملك الحق في الرقابة على دستورية اللوائح وقانونيتها ، وإذا تبين عدم قانونية اللوائح أو عدم دستوريتها يجوز للمحاكم العادية الامتناع عن تطبيقها لكنها لم تملك الحق في تعديلها أو إلغائها ، فهذا مقصور فقط على محاكم القضاء الإدارى[١] .

وعندما صدر الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية في ١١ سبتمبر ١٩٧١ والذي تم الغائه تم إنشاء المحكمة الدستورية العليا ، وقد نصت المادة ١٧٤

---

[١] د. خالد جمال أحمد ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ .

من هذا الدستور على أن "المحكمة الدستورية العليا تعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية ومقرها مدينة القاهرة" ، والمادة ١٧٥ من الدستور نصت على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين
واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون ، ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها" .

فطبقا لدستور ١٩٧١م تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وتتولى أيضا تفسير النصوص التشريعية ، ولكن ظلت المحكمة العليا تمارس اختصاصاتها على الرغم من النص على المحكمة الدستورية العليا في دستور ١٩٧١م ، واستمر هذا الأمر حتى صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م في ٢٩ أغسطس ١٩٧٩ بتشكيل المحكمة الدستورية العليا وبيان اختصاصاتها وكيفية أدائها لعملها والإجراءات المتبعة أمامها.

وبعد إلغاء دستور ١٩٧١، وتم إعداد دستور ٢٠١٤م الذي وافق عليه الشعب، قد سلك هذا الدستور نفس مسلك دستور ١٩٧١ ونص على سلطة المحكمة الدستورية في الرقابة على دستورية القوانين.

وقد أكدت المادة ١٩٢ من الدستور الحالي على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح وتفسير النصوص التشريعية وغير ذلك من الاختصاصات .

والمحكمة الدستورية العليا طبقا للمادة ٢٥ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م تختص بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، كما أنها تتولى الفصل في تنازع الاختصاص وذلك بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات

ذات الاختصاص القضائى ، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخلى إحداها عن نظرها أو تخلت كلاهما عنها ، وتختص أيضا المحكمةالدستورية العليا بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضينصادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى والآخر من جهة أخرى منها .

ومن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا أيضا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها .

حالات الرقابة على دستورية القوانين :

نصت المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م على أن "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى :

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

ب . إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع معياداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية ، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن" .

هذا وقد تناولت أيضا المادة ٢٧ من هذا القانون أن المحكمة الدستورية

العليا يجوز لها أن تقضى بعدم دستورية أى نص أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ، ويتصل بالنزاع المطروح عليها بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية .وهكذا يوجد ثلاث حالات يجوز فيهم للمحكمة الدستورية العليا أن تباشر الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، وهذه الحالات هي حالة الدفع الفردى أى دفع أثاره أحد الخصوم في دعوى منظورة أمام محكمة أخرى ، وحالة الإحالة من محكمة الموضوع أى بناء على طلب محكمة أخرى ، وأخيرا حالة التصدى من قبل المحكمة الدستورية العليا نفسها أى أنها تباشر الرقابة من تلقاء نفسها دون طلب من أحد أو من محكمة أخرى .

ويجب التنويه إلى أن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية وقراراتها التفسيرية تكون ملزمة لجميع السلطات في الدولة ، ويجب نشر الحكم الصادر في الجريدة الرسمية بغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدوره ، ويجب عدم جواز تطبيق النص الذي حكم بعدم دستوريته من اليوم التالى للنشر[١] .

الفرع الرابع

إلغاء التشريع

الغاء التشريع يعنى وقف العمل به ابتداء من هذا الإلغاء أو الإنهاء ، ويجب التنويه إلى أن الإلغاء ليس قاصرا على التشريع فقط كأحد مصادر القانون بل يسرى على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، فالقاعدة القانونية التي يكون مصدرها العرف يمكن أيضا إلغاؤها .

ولتناول موضوع إلغاء التشريع يجب التعرض إلى النقاط التالية :

---

[١] المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا .

أولا : السلطة التي تملك الإلغاء .

ثانيا : صور الإلغاء .

وفيما يلى سنعرض لكل نقطة من النقاط آنفة البيان .

أولا : السلطة التي تملك الإلغاء :

القاعدة أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع في نفس قوته ومرتبته ، فوفقا لمبدأ التدرج التشريعى لا تلغى القاعدة القانونية إلا بقاعدة أخرى في نفس قوتها أو أعلى منها .

وتوضيحا لذلك ، الدستور لا يلغيه إلا دستور ، والقانون لا يلغيه إلا دستور أو قانون ، واللائحة لا تلغيها إلا لائحة أو قانون أو دستور ، فالأعلى مرتبة يمكنه أن يلغى الأدنى ، فلا يستطيع على سبيل المثال التشريع العادى الغاء الدستور بينما العكس صحيح،والعرف لا يمكنه الغاء التشريع لأنه أقل منه مرتبة بينما التشريع يمكنه إلغاء العرف كما القاعدة العرفية الجديدة يمكنها الغاء قاعدة عرفية أخرى إذاكانت مخالفة لها

ثانيا : صور الإلغاء :

تنص المادة الثانية من القانون المدني على أنه "لا يجوز الغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع".

يتضح لنا من مطالعة هذا النص أن المشرع المصري يعرف صورتين للإلغاء هما الإلغاء الصريح والإلغاء الضمنى ، كما يمكننا معرفة أن المشرع المصري لم يعرف الصور الأخرى لإلغاء التشريع كإلغائه بالانعكاس أو بعدم الاستعمال .

وسنتعرض بالشرح للصور التي عرفها المشرع المصري للإلغاء وأيضا الصور الأخرى التي لم يقرها المشرع المصري .

١ . الصور التي عرفها المشرع المصري للإلغاء :

من خلال الإطلاع على نص المادة الثانية من القانون المدني يتبين لنا أن المشرع المصري تعرض لصورتين للإلغاء هما :

أ . الإلغاء الصريح .

ب . الإلغاء الضمنى .

وسنوضح المقصود بكل صورة من الصور سالفة الذكر :

أ . الإلغاء الصريح :

يقصد بالإلغاء الصريح للتشريع هو صدور تشريع ينص فيه صراحة على إلغاء قاعدة أو قواعد معينة من القواعد الموجودة وقت صدوره ، والإلغاءالصريح للتشريع يشمل الإلغاء المجرد والإلغاء المصحوب بتشريع جديد .

ويقصد بالإلغاء المجرد هو إلغاء تشريع دون إصدار تشريع جديد يحل محله ، ويأخذ حكم الإلغاء المجرد الحالة التي يصدر فيها التشريع لمواجهة ظروف مؤقتة ، وبقائه مرهون بوجود هذه الظروف ، وهو ما يعبر عنه بقاعدة انتهاء التشريع بزوال سبب وجوده[١] .

ومن أمثلة الإلغاء المجرد إنهاء تشريع بإنتهاء مدته كالتشريع الصادر للعمل به مدة الحرب فقط ، وأيضا التشريع الذي يلغى بزوال المركز القانونى الذي ينظمه كسقوط النصوص التشريعية التي تنظم مسألة وراثة العرش وحرية العيب في الذات الملكية بعد إعلان الجمهورية في مصر بعد ثورة يوليو ١٩٥٢م .

أما المقصود بالإلغاء المصحوب بتشريع جديد هو أن إلغاء التشريع ليس قاصرا فقط على مجرد الإلغاء بل أن هناك تشريع جديد يحل محل التشريع الملغى

---

[١] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ١٣٦ وما بعدها .

، ومثال لذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الخاص بإصدار القانون المدني الجديد من أنه "يلغى القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥ ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون" .

ومثال آخر للإلغاء المصحوب بتشريع جديد هو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بشأن المحكمة الدستورية العليا الذي نصت مادته التاسعة على إلغاء قانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ وقد حل محل هذا القانون قانونا جديدا ينظم المحكمة الدستورية العليا .

ب . الإلغاء الضمنى :

يقصد بالإلغاء الضمنى أن المشرع لم يصرح به ولكنه يستخلص أو يستفاد من التعارض بين القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة أو من قيام المشرع بتنظيم موضوع سبق أن نظمه من قبل .

التعارض بين القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة :

إذا صدرت قاعدة جديدة متعارضة مع القاعدة القديمة فإن القاعدة القديمة تكون ملغية ضمنيا وذلك لتعذر تطبيق القاعدتين معا في وقت واحد ، وحتى يتحقق الإلغاء الضمنى في حالة التعارض بين القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة يجب أن يكون التعارض تاما أو كليا بين أحكامها وأن تكون الأحكام المتعارضة في القانونين القديم والجديد ذات طبيعة واحدة وذلك بأن تكون أحكام القانونين عامة أو خاصة ، فالحكم العام في القانون الجديد يلغى ضمنيا الحكم العام في القانون القديم ، وكذلك الأمر بالنسبة للحكم الخاص .

ولكن يبق الأمر في حالة التعارض التعارض بين أحكام مختلفة الطبيعة أى ليست من طبيعة واحدة كحالة التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص أو التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام.

حالة التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص :

في هذه الحالة لا يترتب إلغاء أثر الحكم القديم كلية إنما يترتب على ذلك تخصيص الحكم العام أى تقييد عمومه بهذا الحكم الحديث الخاص ، أى أن الحكم يظل ساريا إلا في خصوص ما جاء به الحكم الحديث الخاص .

فإذا صدر تشريع يشترط فيمن يشغل الوظيفة العامة ألا يقل عمره عن ثمانى عشرة سنة ، ثم بعد ذلك يصدر تشريعا جديدا يحدد سن من يشغل وظيفة القضاء بثلاثين عاما ، فإن هذا الحكم الحديث الخاص يقيد عموم الحكم القديم في خصوص وظيفة القضاء فقط ، أما ما عدا ذلك من وظائف فإن الحكم العام يظل ساريا وهو ألا يقل السن عن ثمانى عشرة سنة .

حالة التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام :

في هذه الحالة يظل العمل بالحكم القديم الخاص لأنه لم يرد حكما خاصا

ألغى العمل بالحكم القديم ، فالحكم الحديث العام لا يلغى الحكم القديم الخاص ، فهذا الأخير لا يتم إلغائه إلا بحكم خاص جديد يتعارض معه .

٢ . الصور التي لم يعرفها المشرع المصري للإلغاء :

عرفنا أن المشرع المصري أقر صورتين لإلغاء التشريع هما الإلغاء الصريح والإلغاء الضمنى ، ولكن هنا صور أخرى للإلغاء تسبب بعض المشاكل في الواقع الذي نعيشه ومثال ذلك حالة الإلغاء بالانعكاس والذي تعرضت لها محكمة النقض المصرية وحالة الإلغاء بعدم الاستعمال أو الترك .

ففيما يتعلق بصورة الإلغاء بالانعكاس :

يمكننا تعريف الإلغاء بالانعكاس بقيام المشرع عند وضعه لتشريع جديد بالإحالة إلى أحكام تشريع سابق في شأن شروط انطباق أو آثار أو الاجراءات المتبعة بالنسبة للتشريع الجديد ، ثم يتدخل المشرع بعد ذلك ويلغى التشريع السابق الذي أحال التشريع الجديد إليه ، فهل يتم إلغاء التشريع الجديد بالانعكاس خاصة بعد إلغاء النصوص السابقة التي كانت تنظم شروط انطباق وآثار واجراءات هذا التشريع الجديد ؟

وقد تعرض الفقه إلى هذه المسألة وعرض مثالا واقعيا في هذا الخصوص ، فقد صدر القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى على المسئولية المدنية المترتبة على حوادث السيارات ، وقد تضمن هذا القانون في مادته الخامسة إحالة صريحة إلى نص المادة السادسة من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بصدد تحديد المستفيدين من التأمين عند الإصابة البدنية للمؤمن عليه أو وفاته بسبب حادث سيارة ، ففي هذه الحالة إذا تم إلغاء قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ سيؤدى ذلك إلى إلغاء المادة الخامسة من قانون ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥

الخاص بحوادث السيارات الغاء انعكاسيا أم لا يسرى هذا الإلغاء[١] .

لقد تعرضت محكمة النقض المصرية لهذا الأمر وفرقت بين الإحالة المطلقة والإحالة المقيدة ، فإذا كانت الإحالة مطلقة لما يقررها قانون آخر دون تحديد لبيان معين بالذات فإن ذلك يعنى أن القانون المحيل قد ترك للقانون المحال إليه تنظيم كل الأحكام بما يطرأ عليها من تعديل أو تغيير ، أما الإحالة المقيدة تعنى أن القانون المحيل أحال إلى القانون المحال إليه تنظيم أمر محدد معين بالذات وأصبح هذا الأمر المحدد جزءا من القانون المحيل لا ينفصم عنه[٢] .

وترتيبا على ذلك ، فإن نص المادة الخامسة من قانون حوادث السيارات لا يلغى إلغاءاً انعاكسيا لإلغاء قانون المرور ، كما أن نص المادة السادسة من قانون المرور أصبح جزءا من قانون التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات ولا يلغى بإلغاء قانون المرور .

وفيما يخص إلغاء التشريع بعدم الاستعمال ، يمكننا توضيح أن القاعدة التشريعية لا تلغى بعدم الاستعمال أو الترك ، فعدم العمل بالتشريع لا يؤدى على الإطلاق إلى إلغائه خاصة وأن إلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع جديد ينص على ذلك صراحة أو ضمنا ، كما أن عدم استعمال التشريع لمدة طويلة والاعتياد على ذلك يمكننا اعتباره قاعدة عرفية ، والعرف لا يمكنه على الإطلاق إلغاء نصا تشريعيا حتى ولو لم يستعمل لعلو مرتبة التشريع على مرتبة العرف .

الفرع الخامس

---

[١] د. محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ وما بعدها .

[٢] نقض مدنى ٢٧٢ ديسمبر ١٩٧٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٣٠ رقم ١٤ ، ص ٤٠٣ .

تقييم وتقدير التشريع

لتقييم التشريع يجب أن نتعرض لمزاياه وعيوبه :

أولا : مزايا التشريع :

١ . سرعة وضعه وتعديله والغائه : فالتشريع لا يأخذ مدة طويلة لوضعه وتكوينه على عكس القاعدة العرفية التي تحتاج إلى مدة طويلة كى ترسخ ويتم الاعتقاد بإلزاميتها .

٢ . عمومية التشريع : فهو عكس العرف يطبق على جميع الناس أو على جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامه ، أما العرف الطائفي أو المهنى أو الإقليمى فلا يكون عاماً بل يطبق على أبناء الطائفة أو الحرفة أو الإقليم فقط .

٣ . الدقة والوضوح : من أهم مزايا التشريع الدقة في الصياغة والوضوح ، فهو يعد من قبل خبراء ويتم دراسته في مراحل إعداده المختلفة ، وهو واضحا لأنه مكتوبا ، ويمكن بيسر معرفة مضمونه بالإطلاع على نصوصه.

وإذا كان للتشريع هذه المزايا فإن له عيوبا متعددة أيضا .

ثانيا : عيوب التشريع :

١ . جمود الصياغة : فكما هو معروف يكتب التشريع أو توضع النصوص التشريعية في عبارات محكمة الصياغة محددة المضمون مما يجعلها جامدة ، ولكن يمكننا الرد على هذا العيب بأن السلطة القائمة على تطبيق التشريع تقلل من جموده وتجعله مرنا يتفق وظروف المجتمع ، وهذا بالطبع يتوقف على خبرة وذكاء وعلم وحكمة المفسر والمحلل للنصوص

التشريعية .

٢ . عدم التعبير عن حاجات المجتمع : أحيانا قد يعبر التشريع عن مصالح واضعيه فقط ولا يعبر عن حاجات وظروف المجتمع ، وبذلك يفقد التشريع عنصر التلقائية الاجتماعية على العكس من القاعدة العرفية التي تعبر عن حاجات ورغبات المجتمع.

٣ . وجود المشاكل والمتاعب عندما تكون صياغة التشريع معيبة وغير دقيقة ، لأن ذلك قد يؤدى إلى حيرة عند تفسيره وتحليل النص التشريعى .

ونحن نرى أن كل هذه العيوب آنفة الذكر لا تقلل من أهمية التشريع في العمل على استقرار التعامل ، وأن كل هذه العيوب يمكن التغلب عليها بالدقة عند صياغة التشريع وأخذ رأى أهل الخبرة والفن القانونى في الصياغة ، كما أن مسألة تعبير التشريع في بعض الأحيان عن حاجات واضعيه تعتبر غير دائمة لأنها تتوقف على مدى وجود أو عدم وجود الديمقراطية في المجتمع .

المطلب الثانى

قواعد الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية

لقد كانت الشريعة الإسلامية هي المطبقة منذ الفتح الإسلامى لمصر ، ولكن بعد دخول التقنينات الحديثة وازدياد النفوذ الأجنبى في مصر بدأ البعد عن تطبيق الشريعة الإسلامية ليحل محلها قوانين وضعية ، وبالتالى احتل التشريع المصدر الأول لكن قواعد الدين ظلت المصدر الرسمى الأصلى في مسائل الأحوال الشخصية .

ويقصد بقواعد الدين هو مجموعة الأحكام المستنبطة من أصول الأديان السماوية الثلاثة ، ويجب التنويه إلى أن قواعد الدين كمصدر رسمى أصلى في مسائل الأحوال الشخصية تختلف حسب الديانة التي يعتنقها أطراف النزاع ، فالشريعة الإسلامية تطبق على المسلمين والشريعة المسيحية تطبق على المسيحين والشريعة اليهودية تطبق على اليهوديين مع مراعاة أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة بمعنى أنه في حالة عدم وجود شروط انطباق الشرائع الأخرى فإن الشريعة الإسلامية تكون واجبة التطبيق .

فشرائع غير المسلمين تكون واجبة التطبيق إذا توافرت شروط ثلاثة الأول هو أن يكون هناك اتحاد في الملة والطائفة والثانى أن تكون هناك جهات ملية منظمة حتى ديسمبر ١٩٥٤م والثالث هو عدم تعارض تطبيق الشريعة الطائفية مع النظام العام ، فإذا لم تتوافر هذه الشروط الثلاثة تكون الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق على أطراف النزاع.

هذا وقد حددت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الصادر في ١٩٤٩م والذي ألغى بقانون السلطة القضائية في ١٩٦٥م المقصود بماهية الأحوال الشخصية ، فهي تشمل الحالة والأهلية والولاية والوصاية والحجر والمواريث ونظام

الأسرة من خطبة وزواج ، وطلاق ، ونفقات ، ولكن أصبح بعد ذلك المقصود بمسائل الأحوال الشخصية لتطبق فيها قواعد موحدة على المسلمين وغير المسلمين .

وقد كانت المحاكم الشرعية المنوط بها تطبيق الشريعة الإسلامية ، والمجالس الملية كانت تطبق الشرائع الطائفية ، ولكن في عام ١٩٥٥م تم إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وأصبح الاختصاص للمحاكم العادية لتطبق قواعد الدين كمصدر رسمى أصلى إذا كان النزاع خاصا بأحد مسائل الأحوال الشخصية ، ولتطبق المصادر الأخرى للقانون في غير مسائل الأحوال الشخصية بما فيها مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطى وليس أصلى في غير مسائل الأحوال الشخصية .

المبحث الثانـــى

المصادر الرسمية الاحتياطية

لقد حدد المشرع المصري في المادة الأولى من القانون المدني مصادر القانون ، وأن النصوص التشريعية تطبق على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ، فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة والقانون الطبيعى .

وعلى ذلك فقد تجنب المشرع المصري مشكلة القصور في النصوص التشريعية عند حل نزاع معين ، فنص على مصادر أخرى احتياطية في حالة عدم وجود تشريع ينطبق على النزاع المعروض على القاضى ، وعلى ذلك فمن الممكن لهذا الأخير أن يرجع إلى المصادر الاحتياطية الآتية في حالة عدم وجود تشريع :

أولا : العرف .

ثانيا : مبادئ الشريعة الإسلامية في غير مسائل الأحوال الشخصية .

ثالثا : مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وسنعرض لكل مصدر من المصادر الاحتياطية آنفة البيان في مطلب مستقل.

المطلب الأول

العـــــرف

يقصد بالعرف هو اعتياد الناس على اتباع سلوك معين في مسألة معينة لمدة طويلة مع اعتقادهم بالزامية هذا السلوك .

ولقد كانت للعرف أهمية كبيرة كمصدر للقانون في المجتمعات القديمة نظرا لبساطة الحياة وقلة المعاملات ولعدم وجود سلطة عليا تقوم بتنظيم شئون الجماعة عن طريق وضع قواعد قانونية لتنظيم العلاقات بين أفرادها مع إجبارهم على احترام هذه القواعد بالنص على عقوبات أو جزاءات معينة عند مخالفتها .

وتطور القواعد العرفية يتم تلقائيا بمجرد حدوث تغير في العلاقات الاجتماعية التي تحكمها .

ويجب التنويه إلى أنه إذا كان العرف يناسب المجتمعات البدائية فإنه مع تطور المجتمع ، وزيادة أوجه النشاط ، وتنوع العلاقات أصبح العرف مقتصرا على مواجهة كل ما تحتاجه الجماعة ، لأنه يحتاج إلى وقت طويل حتى ينشأ عند الجماعة شعور بأن هذه القواعد ملزمة وأن من يخرج عليها لابد وأن يوقع عليه جزاء[1] ولذلك نجد أن العرف لم يلق الأهمية في العصر الحديث لسرعة تغير ظروف المجتمع اقتصاديا واجتماعيا وغير ذلك .

ولتناول العرف يجب التعرض للنقاط التالية :

<u>أولا :</u> أركان العرف .

---

[1] د. حمدى محمد عطيفي ، مدخل في القانون ، أسيوط ، ٢٠٠٣ ، ص ١٧٢ وما بعدها

ثانيا : مزايا العرف وعيوبه .

ثالثا : أهمية العرف في القانون المصري .

رابعا : القوة الملزمة للعرف .

خامسا : العرف والعادة الاتفاقية .

وسنوالى بالشرح كل نقطة من النقاط سالفة الذكر .

أولا : أركان العرف :

يقصد بالعرف كما سبق هو اعتياد الأفراد على اتباع سلوك معين في مسألة معينة ، مع توافر العقيدة لديهم على إلزامية هذا السلوك بحيث يتعرض من يخالف هذا السلوك لجزاء مناسب .

ويتضح لنا من التعريف السابق للعرف أنه له ركنين اثنين :

١ . الركن المادى للعرف .

٢ . الركن المعنوى للعرف .

١ . الركن المادى للعرف :

الركن المادى للعرف هو اعتياد الأفراد على اتباع سلوك معين في مسألة معينة أو تواتر اتباعهم لهذا السلوك بصورة منتظمة.

ولا يكفي أن يتحقق الاعتياد بمجرد توافر الركن المادى للعرف ، بل يلزم أيضا أن تتوافر في الاعتياد أوصاف وشروط محددة تتمثل فيما يلى :

أ . صفة العمومية :

تناولنا آنفا أن صفة العمومية تعد من أهم وأبرز سمات القاعدة القانونية وخصائصها أيا كان مصدرها . أى سواء كان مصدرها التشريع أو العرف أو

غيرهما . بحيث يجرى تطبيق تلك القاعدة على الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم .

"ويقصد بصفة العموم في الاعتياد كركن مادى للعرف أن تكون العادة أو السنة متبعة من أغلبية أفراد الجماعة ، بحيث لا يقتصر اتباعها على شخص معين بذاته أو أشخاص معينين بذواتهم ، فلا يكفي مثلا لتكوين قاعدة عرفية بين الطلاب أو الأساتذة أن يعتاد طالب معين أو قلة من الطلاب على سلوك معين في مسألة معينة أو أن يعتاد أستاذ معين أو عدد من الأساتذة على نهج محدد بشأن مسألة محددة ولكن ينبغى أن يدرج على اتباع هذا السلوك أو ذاك غالبية الطلاب أو الأساتذة حتى يمكننا القول بأن ثمة قاعدة عرفية تحقق لها ركنها المادى بين طائفة الطلاب أو الأساتذة"[١] .

ولا يقصد من وصف العموم استلزام إجماع الناس كافة على اتباع السنة أو العادة حتى تكتسب صفة القاعدة العرفية بل يكفي أن يدرج على اتباعها غالبية الأشخاص الذين تعنيهم أو تتعلق بشئونهم ومصالحهم .

ويرجع ذلك إلى أن العرف قد يكون عاما يجرى اتباعه في كل أرجاء الدولة ، فيسمى بالعرف العام أو الشامل ، ، وقد يكون تطبيقه مقصورا على إقليم معين دون غيره من أقاليم الدولة ، فيسمى بالعرف المحلى أو يكون متعلقا بطائفة معينة دون سواها من طوائف المجتمع (كالأعراف السائدة بين التجار أو الصناع أو الزارع أو غيرهم من الطوائف الأخرى) فيسمى بالعرف الطائفي ، وقد يكون العرف خاصا بأصحاب مهنة معينة أو حرفة محددة كالأعراف الشائعة في مهنة المحاماة أو الطب أو الصيدلة أو التجارة أو السباكة فيسمى بالعرف المهنى أو الحرفي .

وقد يكون العرف خاص بشخص واحد معين بصفته لا بذاته واسمه ،

---

[١] د. خالد جمال أحمد ، مبادئ القانون ، أسيوط ، ١٩٩٨ ، ص ١٧٩ .

كالعرف الذي ينشأ من اعتياد ملك أو رئيس دولة أو وزير أو غيرهم من الأشخاص الذين يشغلون مناصب قيادية ، على اتباع سلوك معين في مجال محدد من المجالات ، ويتكرر منه هذا السلوك حتى يعتقد بإلزاميته ، فيصير سلوكه هذا بمرور الوقت عرفا لمن يخلفه .

ب . صفة القدم :

ينبغى في الاعتياد أن يكون قديما ، بمعنى أن يرتد اعتياد الأفراد على ممارسة العادة إلى زمن بعيد بحيث يستفاد من هذا القدم رسوخها واستقرارها في وجدانهم ، وأنها ليست مجرد سلوك عابر .

ولا يوجد معيار محدد يمكن الاستناد إليه في تحديد المدة الزمنية اللازمة لاكتساب السلوك أو العادة لوصف القدم ، فالأمر يختلف باختلاف العادات وباختلاف ظروف الجماعة التي نشأت فيها ، ولذلك تترك هذه المسألة لتقدير القاضى فهو الذي يقدر كفاية أو عدم كفاية المدة التي اعتاد الأفراد خلالها على اتباع هذه العادات لوصفها بطابع القدم ، باعتبارها من مسائل الواقع التي يستقل القاضى بتقديرها دون رقابة عليه من محكمة النقض .

جـ . صفة الثبات والاستقرار :

وصف الثبات والاستقرار يعد أكثر أوصاف الاعتياد التصاقا وارتباطا بوصف القدم ، فلا اعتبار لقدم عادة أو سلوك لم يتسم اتباع الافراد له بالثبات والاستقرار .

فالعادة المنقطعة أو السلوك المتأرجح بين الأخذ والترك من جانب أفراد المجتمع لا يكون عرفا مهما توغل في القدم ، فلابد أن يكون اعتياد الناس على الأخذ بالعادة أو السنة القديمة متصفا بالثبات والاستقرار بمعنى أن يتواصل الأفراد في اتباعها جيلا بعد جيل فتحظى بالاتباع المستمر منذ بداية نشأتها وتكوينها دون

توقف أو انقطاع أو حتى مجرد التردد في سلوك سبيل تلك العادة أو سبيل غيرها من العادات المخالفة لها[١] .

فإتباع الأفراد لعادة من العادات لفترة طويلة ثم تراجعهم عنها ثم عودتهم إليها مرة أخرى يتنافي مع الثبات والاستقرار أحد شروط الركن المادى للعرف .

"فالاعتياد الذي يفتقر إلى وصف الثبات والاستقرار لا يمكن أن يحقق الركن المادى اللازم لتكوين العرف ، وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يوجد في مصر عرف يقضى بأن الزوج هو وكيل عن زوجته في معاملاتها المالية لمجرد أنه زوج لها إذ ليس ثابتا وجود عرف مستقر في هذا الخصوص" .

ولاشك أن مسألة ثبات العادة كمسألة القدم تعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فيها من محكمة النقض ، طالما أن استخلاصه لها سائغا ومقبولا[٢]" .

د . عدم مخالفة النظام العام والآداب :

يجب ألا ينطوى الاعتياد على مخالفة للنظام العام أو الآداب ، وهذا شرط منطقى لا سيما في الأعراف المحلية أو الطائفية أو المهنية التي قد تخالف الأسس الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية التي تقوم عليها فكرة النظام العام أو الآداب في المجتمع ، إذ لا يتصور نشأة عرف عام في المجتمع على نحو مخالف لفكرة النظام العام والآداب العامة .

"فالعرف الذي يناهض المبادئ الأساسية في المجتمع يعد عرفا فاسدا ، لا

---

[١] د. خالد جمال أحمد ، المرجع السابق ، ص ١٨١ .

[٢] د. خالد جمال أحمد ، المرجع السابق ، ص ١٨١ .

يعتد به قانونا ولا يمكن أن تتولد عنه قاعدة قانونية ، حتى وإن توافرت فيه أوصاف الاعتياد اللازمة للركن المادى في العرف ورسخ في نفوس بعض الأفراد الاعتقاد بإلزاميته فتحقق له العنصر المعنوى للعرف ، فعلى سبيل المثال يشيع في بعض أقاليم الدولة عادة الأخذ بالثأر وهي عادة عامة في هذه الأقاليم وتتسم بالثبات والقدم ، فضلا عن استقرارها في نفوس أفراد هذه الأقاليم ، ومع ذلك لا يمكن أن يتولد عنها عرف واجب الاحترام قانونا ، لمخالفتها للنظام العام والآداب في المجتمع الذي يجعل سلطة الثواب والعقاب من اختصاص الدولة فقط ، وإلا شاعت الفوضى والاضطراب في المجتمع إذا ما ترك للأفراد مزاحمة الدولة في مباشرة هذه السلطة"[١] .

ويجب الإشارة إلى أن فكرة النظام العام أو الآداب فكرة مرنة قابلة للتغيير ، وأن العرف العام قد يسهم في تعديلها أو تغييرها في بعض جوانبها ، فمن المتصور أن ينشأ عرف مخالف لهذه الفكرة في بعض مبادئها . في بادئ الأمر . ثم يشيع هذا العرف في المجتمع بأسره فيساهم ذلك في تعديل هذه الفكرة ، فكم من عادة كانت في مطلع ظهورها ونشأتها مناهضة لجانب ما من جوانب فكرة النظام العام أو الآداب ، ثم استمرت نتيجة لتغير مفهوم النظام العام أو الآداب بشأنها ، مثال ذلك عادة الوساطة في عقد الزواج والتي كان ينظر إليها في بادئ الأمر على أنها عادة تتجافي مع مبادئ الأخلاق في المجتمع ، ثم ما لبثت أن استقرت كعرف واجب الاحترام قانونا بعد أن تغير مفهوم النظام العام بالنسبة لها بسبب شيوع هذه العادة في كل أرجاء الدولة حتى صارت عرفا عاما أسهم في تعديل فكرة النظام العام أو الآداب العامة .

٢ . الركن المعنـوى للعرف :

---

[١] د. خالد جمال أحمد ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ .

العرف لا يولد لمجرد توافر ركنه المادى . المتمثل في اعتياد غالبية الأفراد على اتباع عادة معينة في مجال معين بصورة منتظمة منذ فترة طويلة . بل ينبغى أيضا أن يتوافر له ركنه المعنوى المتمثل في الشعور بإلزامية هذه العادة وضروريتها بالنسبة لأفراد المجتمع .

فالركن المعنوى في العرف هو الذي يميزه عن مجرد العادة ، ففي أى مجتمع من المجتمعات تشيع فيه كثير من العادات والتقاليد التي يدرج الأفراد على اتباعها صورة منتظمة ولفترات زمنية طويلة ، ومع ذلك لا ترقى إلى مرتبة الأعراف لافتقارها إلى الركن المعنوى المتمثل في توافر الاعتقاد في إلزاميتها من جانب الأفراد ، حيث لا يشعرون بأن هذه العادات تحظى في نفوسهم بطابع الإلزام الذي تحظى به القواعد القانونية العرفية ، مثل تبادل الزيارات لتقديم التهانى أو التعزية في المناسبات السارة وغير السارة .

فبدون هذا الركن المعنوى لا ينشأ العرف ويظل السلوك المعتاد مجرد عادة أو سنة غير ملزمة للأفراد ، لهم الحرية في الأخذ بها أو التخلى عنها .

وينبغى أن يكون واضحا أن هناك فرقا بين الشعور بالإلزام كشرط لازم لقيام العرف ، وبين الإلزام كخاصية يكتسبها العرف بعد قيامه بتوافر ركنيه المادى والمعنوى ، بإعتباره قاعدة قانونية واجبة الإتباع من جانب الأفراد من خلال فرض جزاء مادى خارجى يوقعه المجتمع على من يخالف مقتضى العرف.

"فالشعور بالإلزام هو مظهر داخلى كامن في النفس ينبئ عن إحساس الأفراد بأهمية إحدى العادات وضروريتها في تنظيم أحد جوانب حياتهم ، وهذا الشعور بالإلزام يمثل الركن المعنوى اللازم لاكتساب هذه العادة صفة العرف ، فيساهم بذلك في نشأة العرف وقيامه إلى جوار ركن الاعتياد الذي يمثل العنصر المادى في العرف ، دون أن يفيد الحكم بأن هذه العادة أصبحت ملزمة للأفراد

بحيث يوقع جزاء مادى على من يخالفها ، فمثل هذا الأثر الخارجى لا يحققه الشعور بالإلزام ولكن يحققه الإلزام ذاته الذي يفرضه المجتمع"[١] .

أما الإلزام في ذاته فهو مظهر خارجى ملموس يتحقق للعادة بعد صيرورتها عرفا مكتمل العناصر والأركان من خلال قيام المجتمع بفرض جزاء مادى معين يقترن بالقاعدة العرفية ليوقع على من يخالفها مضمونها ، فيحمل الأفراد على مراعاتها واحترامها جبرا عنهم ، بحيث لا يترك أمر تنفيذها لإرادة الأفراد وشعورهم الذاتى بمراعاتها واحترامها من تلقاء أنفسهم .

ثانيا : مزايا العرف وعيوبه :

١ ـ مزايا العرف :

أ . التعبير عن حاجات وظروف الجماعة :

لما كان العرف هو اعتياد الناس على اتباع سلوك معين في مسألة معينة ، فإن العرف يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ولذلك جاءت قواعد معبرة عن حاجة هذه الجماعة خلافا للتشريع الذي تصدره سلطة عامة ، ومن ثم قد لا يأتى معبرا تعبيرا صادقا عن رغبات وحاجات الجماعة بالرغم مما قد يبذل من جهد في وضع التشريع حتى يأتى معبرا عن هذه الحاجات .

ب . تلقائية تطور العرف :

ينشأ العرف بطريقة تلقائية ليعبر عن رغبات وحاجات هذه الجماعة فعندما يتبع الناس قاعدة في تنظيمها لمسألة معينة حتى يعتقدون في إلزامية هذه القاعدة فإن هذه القاعدة تأتى معبرة عن إرادة هؤلاء الناس .

ويتطور العرف أيضا بصورة تلقائية وذلك بمجرد أن تتغير العلاقات التي

---

[١] د. خالد جمال أحمد ، المرجع السابق ، ص ١٨٤ .

ينظمها وذلك بتغير عادة الناس إلى ما يناسب المتطلبات الجديدة .

٢ـ عيـــوب العـــــرف :

أ . الغموض وعدم الدقة :

يختلف التشريع عن العرف في أنه لا يصاغ في نصوص دقيقة واضحة ولذلك نجد أن قواعد العرف تثير الكثير من المنازعات حول وجودها ونطاقها فضلا عن غموضها وصعوبة إثباتها .

ب . عدم السرعة في نشأة العرف وتطوره :

لكى يوجد العرف فلابد من إطراد سلوك الأفراد على قاعدة معينة في مسألة معينة وقت طويل حتى يعتقدون في إلزامية هذه القاعدة ، ولذلك يعجز عن معالجة المسائل التي تحتاج إلى علاج سريع ، كما أن العرف بطئ في تطوره ، أيضا حيث لابد من أن يعتاد الناس على إتباع سلوك جديد في تنظيمه المسألة مما يجعله عاجزا عن تلبية حاجات الجماعة المتطورة .

جـ . الإخلال بوحدة النظام القانونى للدولة :

نظرا لأن العرف ينشأ وفقا لحاجات الجماعة وظروفها ، فإن ذلك قد يؤدى إلى تنوعه بين أقاليم الدولة الواحدة ، ومن شأن هذا التنوع اختلاف القواعد القانونية ، مما يؤدى إلى الإخلال بوحدة النظام القانونى.

ثالثا : أهمية العرف في القانون المصري :

قلنا أنه وفقا لنص المادة الأولى من القانون المدني يعتبر العرف مصدرا احتياطيا من مصادر القانون المصري ، بمعنى أن القاضى يطبق النصوص التشريعية على ما يعرض عليه من نزاع فإذا لم يجد فإنه يبحث عن الحل في القواعد العرفية .

تبدو أهمية العرف في القانون المصري من كونه مكملا للتشريع أو معاونا ، بل أنه قد يخالف التشريع أحيانا .

١ . العرف مكمل للتشريع :

قلنا فيما سبق أن العرف مصدر احتياطى للقانون يطبق إذا لم يوجد نص في التشريع ، ولذلك فإن العرف يكمل التشريع ويسد ما فيه من نقص بمعنى آخر أن العرف يستطيع أن يلعب دورا هاما في سد النقص وذلك حين يتخلف تشريع عن تنظيم مسألة ما ، ومن الأمثلة على ذلك أن العرف يلعب دورا هاما في القانون الدولي العام بإعتباره مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين أشخاص القانون الدولي ، ويرجع ذلك إلى عدم وجود سلطة عليا فوق الدول تصدر قواعد قانونية لتنظيم العلاقات فيما بينها ، ومن ثم فإن العرف الدولي يعتبر المصدر الأصلى للقواعد التي تنظم العلاقات بين هذه الدول .

كذلك يلعب العرف دورا هاما في نطاق القانون التجاري ، فغالبا ما يعمد المشرع إلى ترك كثير من المسائل التجارية لحكم العرف .

مثال ذلك . افتراض التضامن بين المدينين بدين تجارى ، جواز تقاضى فوائد على متجمد فوائد في الحساب الجارى ، جواز زيادة الفوائد على رأس المال ، أيضا تسرى فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها...الخ.

٢ . العرف المعاون للتشريـع :

يعتبر العرف معاونا للتشريع عندما تحيل النصوص التشريعية إليه لتحديد مضمون فكرة معينة أو لتفسير قصد المتعاقدين أو التعرف على نيتهما ، ومن الأمثلة على ذلك ما تنص عليه المادة ٩٥ من القانون المدني من أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم ، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى

فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة " ، وهذا معناه أنه يستعان بالعرف لتحديد المسائل التفصيلية التي لم يتفق عليها أطراف العقد .

من ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٤٦٤ من أن "نفقات تسلم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك" ، ومن ثم لو أن هناك عرف يقضى بأن يتحمل البائع نفقات تسلم الشئ المبيع طبق هذا العرف بالرغم من مخالفته للنص .

نخلص من هذا إلى أن العرف باعتباره مصدرا احتياطيا للقانون ، يلى التشريع في المرتبة ، فلا يجوز أن يخالف نصا تشريعيا آمرا لتعلق ذلك بالنظام العام ، أما فيما يتعلق بالقواعد المكملة فإن العرف قد يحل محلها وإن كان مخالفها لها .

رابعا : القوة الملزمة للعرف :

تنشأ القاعدة العرفية من إطراد سلوك الناس ، في مجتمع ما ، على نحو معين في مسألة من المسائل وألا تعرضوا للجزاء ، فما هو أساس القوة الملزمة للقاعدة العرفية ؟ بمعنى آخر لماذا هي ـ القاعدة العرفية ـ ملزمة بحيث لا يجوز الخروج عليها ؟

ذهب رأى في الفقه إلى أن العرف ملزم لأنه وليد إرادة الحاكم الضمنية ، فالعرف وفقا لهذا الرأى لا يستمد قوته الملزمة من إطراد سلوك الناس على نحو معين ، مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم ، وإنما يستمدها من الموافقة الضمنية للسلطة العامة على كفالة احترام العرف وعدم الإعتراض عليه .

ويؤكد على هذا الرأى أنه يتعارض والواقع التاريخى حيث كان العرف أسبق في وجوده من التشريع ، بمعنى انه كان المصدر الوحيد للقانون قبل وجود السلطة العامة ، وكانت قواعدة ملزمة ، فمن أين أتاها هذا الإلزام ؟؟

ذهب رأى آخر إلى أن العرف ملزم ، ويستمد هذا الإلزام من إرادة المشرع الصريحة ، فقد أحال المشرع صراحة إلى العرف واعتبره مصدرا من مصادر القانون وذلك في المادة الأولى من القانون المدني عندما نصت على أنه إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف .

إذاً ، العرف لا يستمد . وفقا لهذا الرأى . قوته الملزمة لا من إطراد سلوك الناس على نحو معين مع الاعتقاد في إلزامية هذا السلوك ولا من الإرادة الضمنية للمشرع ، وإنما يستمد هذه القوة الملزمة من الإرادة الصريحة للمشرع والمتمثلة في النص صراحة على اعتبار العرف من مصادر القانون .

ويعيب هذا الرأى ما عاب الرأى السابق ، فالعرف باعتباره مصدرا للقانون

أسبق في وجوده من السلطة العامة التي لم توجد إلا بوجود الدولة الحديثة ، فما أساس القوة الملزمة للعرف قبل وجود السلطة العامة ؟

ذهب رأى ثالث إلى أن أساس القوة الملزمة للعرف يكمن في تطبيق المحاكم له بمناسبة الدعاوى التي تعرض عليها .

فالقضاء . وفقا لهذا الرأى . هو الذي خلق القواعد العرفية ، وذلك باستقراره على تطبيق قواعد معينة ، مع تكرار الأخذ بها في القضايا المماثلة .

ويعيب هذا الرأى ما عاب سابقه ، فالعرف ، تاريخيا ، أسبق في الوجود من القضاء ، فكيف يكون القضاء أساس القوة الملزمة للعرف .

يتعارض هذا الرأى أيضا مع وظيفة القضاء ، فالقاضى في الدولة الحديثة يطبق القواعد القانونية ولا يخلقها ، والقاضى عندما يطبق العرف على النزاع ، إنما يطبقه لأنه ملزم ، ومن ثم فإن تطبيق القاضى إياه ، لا يسبغ عليه صفة الإلزام ، لأنه كان ملزما قبل تطبيقه ، وإلا لما طبقه القاضى .

أساس القوة الملزمة للعرف هو ضرورته لتنظيم العلاقات في المجتمع:

ونحن نعتقد أن العرف إنما يجد قوته الملزمة في كونه تعبيرا عن ضمير الجماعة وحاجاتها ، فالقاعدة العرفية تنشأ تلقائيا عندما يكون هناك حاجة إلى تنظيم مسائل معينة لا يوجد ما ينظمها .

ففي هذه الحالة يتبع الناس قواعد معينة ، وتكتسب هذه القواعد القوة الملزمة بمرور الزمن من شعور الناس بإلزاميتها وضرورتها لتنظيم العلاقات فيما بينهم.

نخلص إلى أن العرف يستمد القوة الملزمة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده ، سواء في الحالات التي لا يوجد فيها تشريع ينظم المسألة أو

في الحالات التي يوجد فيها تشريع ويأتى العرف ، ليطبق على المسائل التي لم يتناولها التشريع بالتنظيم .

خامسا : العرف والعادة الاتفاقية :

قلنا أن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم ، ومن ثم فإن العرف ينشأ بتوافر الركن المادى المتمثل في إطراد سلوك الناس على نحو معين فترة من الزمن،والركن المعنوى الذي يتمثل في الشعور بإلزاميةهذا السلوك .

وقد يحدث أن يتوافر الركن المادى . إطراد سلوك الناس على نحو معين . دون أن يصل الأمر إلى حد الاعتقاد ، بأن هذا السلوك ملزم ، بمعنى أنه قد يتوافر الركن المادى في العرف دون الركن المعنوى ، وعندئذ لا يمكن القول بوجود العرف ، وإن أمكن القول بوجود العادة ويطلق الفقه عليها "العادة الاتفاقية L'usage conventionelle فالعادة تتمثل في إطراد سلوك الناس في مجتمع ما على نحو معين في تنظيم مسألة معينة دون أن يقترن بالاعتقاد في صفته الملزمة ، ومن ثم لا تعتبر العادة مصدرا للقواعد القانونية ، ولكى تكون ملزمة لابد من أن يتفق المتعاقدان على الأخذ بها لتنظيم مسألة معينة .

ومن هنا جاءت التسمية الشائعة لمثل هذه العادة "العادة الاتفاقية" فهي عادة لأن سلوك الناس قد درج على اتباعها ، وهي اتفاقية لأنها لا تلزم الأفراد في تعاملهم إلا إذا اتفقنا على الأخذ بها .

فالعادة الاتفاقية لا تطبق على النزاع لكونها ملزمة ، وإنما تطبق لأن ذلك هو ما أراده الأفراد ، فهي إذاً تستمد قوتها الملزمة من اتفاق الأفراد على تطبيقها صراحة أو ضمنا ، ومن ذلك قواعد سوق لندن للحبوب أو قواعد سوق البرازيل لتجارة البن ، فإذا أشار المتعاقدان بمناسبة صفقة بن إلى القواعد البرازيلية ، فإن

هذا الاتفاق يكون ملزما ويتعين الرجوع إلى هذه القواعد لمعرفة موعد التسليم ، وطريقة التعبئة ونفقاتها ونسبة العجز والزيادة ونسبة الشوائب المسموح بها ودرجة الرطوبة ... الخ .

ومن الأمثلة على ذلك أيضا ما يجرى عليه العمل في البيوع المتعلقة بثمار معينة على أساس بيعها بالمائة ، لكن يتم التسليم على أساس مائة وعشرة أو مائة وعشرين حبة عن كل مائة ، وما يجرى عليه العمل في الفنادق والمطاعم من إضافة نسبة مئوية إلى الحساب كوهبة . بقشيش . لمن يقومون بالخدمة .

نخلص إلى أن العادة الاتفاقية هي إطراد سلوك الناس على نحو معين بالنسبة لمسألة معينة دون الاعتقاد في أن هذا السلوك ملزم ، فالعرف قانون والعادة ليست كذلك ، ويترتب على هذا الفارق الجوهرى النتائج التالية :

أ . العرف كقانون ملزم للناس كافة ، سواء علم به أطراف النزاع أم لم يعلموا ، شأنه شأن التشريع ، ومن ثم لا يقبل من أحد أن يتمسك بالجهل بوجوده ، وفقا للقاعدة "لا يعذر أحد بجهله القانون" والقاضى ملزم بتطبيق العرف إذا لم يوجد نص تشريعى ولو أثبت أحد الخصوم أنه يجهل العرف ، فالجهل بالعرف كالجهل بالتشريع لا يقبل عذرا .

أما العادة فهي واقعة مادية غير ملزمة في الأصل إلا إذا اتفق أطراف العقد على الأخذ بها ، الأمر الذي يفترض ، بالضرورة ، علمهم بها ، فالعادة إذاً لا تلزم أطراف العقد إلا إذا علموا بها ، فإذا ثبت أن أحدهم يجهلها ، فلا تطبق .

ب . يطبق القاضى العرف على النزاع المعروض عليه ، باعتباره قانونا ومن تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك بتطبيقه أحد الخصوم ، أما العادة فهي شرط . صريح أو ضمنى . من شروط العقد ، ومن ثم فلا يملك القاضى أن يطبقها من تلقاء نفسه ، فلابد من أن يتمسك بها من له مصلحة

في تطبيقها .

جـ . يفترض علم القاضى بالعرف ، وبالتالى لا يكلف الخصوم بإثباته ، أما العادة الاتفاقية ، فيجب على من يدعى وجودها أن يقيم الدليل على وجود هذه العادة وعلى إنصراف إرادته وإرادة من تعاقد معه إلى تطبيقها عند حدوث نزاع بينهما

د . عندما يطبق القاضى القواعد العرفية،فهو يخضع لرقابة محكمة النقض لأنه يطبق قواعد قانونية،ووظيفة محكمة النقض هي رقابةصحة تطبيق القانون،أما إذا طبق القاضى العادة،لأن أحد الأفراد تمسك بها،فإنه لا يخضعبالنسبةلهالرقابة محكمة النقض ، لأنها من مسائل الواقع التي يستقل بالفصل فيها قاضى الموضوع.

المطلب الثانى

مبادئ الشريعة الإسلامية في غير مسائل الأحوال الشخصية

تعتبر الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة الأولى من القانون المدني مصدرا احتياطيا للقانون ، وإذا كان المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية الرأى الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان ، فإن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية بوصفها مصدرا احتياطيا للقانون وفقا لنص المادة الأولى . سابق الإشارة إليها . هي المبادئ العامة الكلية دون التقيد بالأحكام التفصيلية ، ودون التقيد بمذهب معين ، ومن ذلك مثلا ، لا ضرر ولا ضرار ، والضرورات تبيح المحظورات ، ودفع المضار مقدم على جلب المنافع ... الخ .

وبمعنى آخر أن القاضى عندما لا يجد نصا تشريعيا أو قاعدة عرفية تطبق على النزاع المعروض أمامه ، فإنه يلجأ إلى المبادئ الكلية التي لا تختلف من مذهب إلى مذهب ليأخذ منها ما يراه أكثر ملاءمة للتطبيق ، وتجدر الإشارة إلى أن مبادئ الشريعة هنا تطبق بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين وفي جميع المسائل إلا ما تعلق منها بالأحوال الشخصية .

الشريعة الإسلامية في ظل دستور عام ٢٠١٤م :

حرص دستور ٢٠١٤م على أن ينص في المادة الثانية على أن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع .

وقد اختلفت الآراء في تحديد مركز الشريعة الإسلامية في ظل دستور ١٩٧١م الملغي، حيث كانت المادة الثانية تنص على أن الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع ، وذهب الرأى الغالب إلى أن النص على أن الشريعة

الإسلامية "مصدر رئيسى للتشريع" يمثل توجيها للسلطة التشريعية في أن تعتمد بصفة رئيسية على مبادئ الشريعة الإسلامية فيما تسنه من تشريعات جديدة ، أما على مستوى التطبيق القانونى فإن دور الشريعة الإسلامية مقتصر على ما جاء في المادة الأولى من القانون المدني من أنها مصدر احتياطى للقواعد القانونية ، لا يلجأ إليها القاضى إلا عند عدم وجود نص تشريعى أو قاعدة عرفية[١] .

مركز الشريعة الإسلامية بعد تعديل المادة الثانية من الدستور :

عدلت المادة الثانية من دستور ١٩٧١م الملغي بالاستفتاء على تعديل الدستور يوم ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ . وأصبحت تنص على أن "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع". وهذا هو نفس مسلك المشرع الدستوري في دستور ٢٠١٤م.

وقد اختلف الرأى في تفسيره "المصدر الرئيسى للتشريع"[٢] ، فذهب رأى إلى أن المادة الثانية من الدستور سواء قبل التعديل أو بعد التعديل، تتضمن توجيها للمشرع المصري (مجلس النواب) بالاهتمام بالشريعة الإسلامية كمصدر للقانون ، فإذا أراد تنظيم مسألة معينة عليه أن يبحث في الشريعة الإسلامية لمعرفة ما إذا كانت قد تعرضت لهذه المسألة بالتنظيم ، فعليه عندئذ أن يصوغ أحكامها في نصوص تشريعية محددة يلتزم القضاء بالحكم بمقتضاها ، وحتى تتم صياغة أحكام الشريعة الإسلامية ، وتصدر في صور تشريع ، فإن هذا التعديل لا يترتب عليه

---

[١] راجع : توفيق حسن فرج ؛ محمد يحيى مطر ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٩٠ ، الدار الجامعية ، ص ٢٧٥ وما بعدها .

[٢] راجع في ذلك : عبد الناصر العطار ، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ، ص ١٦٢ وما بعدها .

أى إخلال بالترتيب السابق للمصادر الرسمية للقانون[١] .

وذهب رأى إلى أن هذا التعديل يحمل أمرا للمشرع المصري بتطبيق الشريعة الإسلامية وليس فقط الاهتمام بها كمصدر للقانون .

وترتيبا على ذلك ، فإن المشرع المصري ملزم بأن يستمد التشريع الوضعى من الشريعة الإسلامية بحيث يعتبر النص المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية نصا غير دستورى لا يجوز العمل به ، ويستوى في ذلك أن يكون هذا التشريع المخالف لأحكام الشريعة قد نفذ بعد نفاذ الدستور أو كان قائما وقت نفاذ الدستور.

ويتفق رأى ثالث مع الرأى سابق الإشارة إليه في أنه يجوز الطعن بعدم دستورية التشريعات التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، يستوى في ذلك أن يكون التشريع عاديا أو فرعيا ، لكن هذا الطعن لا يجوز إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على تعديل المادة الثانية من الدستور .

أما التشريعات السابقة على تعديل هذه المادة ، فإنها تظل قائمة ونافذة ، بمعنى أن التعديل الدستورى لسنة ١٩٨٠ لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد هذا التاريخ ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فإنها تكون بمنأى عن الرقابة الدستورية[٢] .

---

[١] راجع المادة الأولى من القانون المدني .

[٢] راجع : حكم المادة الدستورية العليا في ١٩٩٢/٩/٥ ، محمد إبراهيم دسوقى ، نظرية القانون ، ١٩٩٥ ، ص ١٧٥ .

المبحث الرابع

مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

اعتبرت المادة الأولى من القانون المدني ، مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة مصدرا رسميا للقانون حيث نصت على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة" .

ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ليست قواعد محددة ، يلجأ إليها القاضى كما هو الحال في قواعد التشريع أو العرف ، وإنما مجرد مبادئ عامة يستخلص منها القاضى ، وفقا للظروف وطبيعة العلاقات ما يراه مناسبا من الأحكام للفصل فيما يعرض عليه من نزاع ، مسترشدا بالشرائع الأجنبية وأحكام القضاء ، والمبادئ العامة التي يقوم عليها النظام القانونى ككل .

إذاً يمكن القول بأن مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ليست مصدرا قانونياً قادرا على التعبير عن إرادة الجماعة وإنما هي دعوى للاجتهاد في استخلاص القواعد القانونية من المبادئ القانونية العامة وفي الحالات التي لا يوجد فيها قاعدة قانونية مستمدة من التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية .

وعلى القاضى في هذه الحالة أن يجتهد رأيه للتوصل إلى حل النزاع المعروض حيث لا يجوز له أن يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانونى ، وحتى لا يعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة[١] .

---

[١] مادة ١٢٢ مدنى .

ولذا قيل بأن المشرع قد أراد أن يهيئ للقاضى مصدرا مرنا طيعا ، يتيح له فرصة الاجتهاد بغية الوصول إلى الحل العادل للنزاع ، وهكذا ، فإن مهمة القاضى قد تقترب من مهمة المشرع في هذه الحالة لأن القاضى يبحث ويجتهد ليصل إلى القاعدة واجبة التطبيق ، لكن اجتهاده هنا ، مؤسس على اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص ، فيرجع إلى القواعد الكلية التي تستمد من القانون الطبيعى أو قواعد العدالة مسترشدا . كما قلنا . بالقانون المقارن وأحكام القضاء والمبادئ العامة للقانون .

ويقصد الفقه بالقانون الطبيعى ، مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشرى من طبيعة الروابط الاجتماعية باعتبارها المثل الأعلى الذي يهتدى به المشرع عند وضعه القانون .

بمعنى آخر هو مجموعة القواعد الجوهرية العامة التي يقوم عليها النظام القانونى ، وهذه المبادئ يكشف عنها ضمير الإنسان ، وعقله وهي تكون في مجموعها المثل الأعلى الذي يهتدى به المشرع عند وضعه القانون الوضعى ليصل إلى درجة الكمال[١] .

أما العدالة . كما يقول الفقه . فهي الشعور الكامن في النفس والذي يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستتر ويهدف إلى إعطاء كل ذكى حق حقه .

وبمعنى آخر . وكما سبق القول . فالعدالة هي المساواة في المعاملة في الحالات المتماثلة ، فلا يكون هناك أفضلية لشخص على آخر أو محاباة لطائفة على أخرى ، بحيث يشعر كل فرد من أفراد المجتمع بالإنصاف .

---

[١] راجع الجزء الخاص بالقانون الطبيعى .

ومن الحالات التي طبق فيها القضاء مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة تلك التي قررها في شأن الملكية الأدبية والصناعية (كحماية حق المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصناعية) ، وكذلك ما قرره بشأن التعسف في استعمال الحق ، وتحمل التبعة ... الخ .

وبعد أن تعرضنا في عجالة لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، كمصدر رسمى من مصادر القانون المصري ، فإن لنا أن نسأل الآن ، هل نحن في حاجة إلى جعل مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة مصدرا رسميا من مصادر القانون ؟

في الحقيقة أننا في حاجة إلى إعادة النظر في هذا المصدر من مصادر القانون ، فلم نكن بحاجة إلى إضافته إلى المصادر الأخرى ، وكان يكفي حصر المصادر في التشريع ، العرف ، مبادئ الشريعة الإسلامية ، وذلك للأسباب الآتية :

١ . أن هناك خلافا لم يحسم بعد ، حول فكرة القانون الطبيعى ، فهو فكرة غير محددة ، غامضة ، بل أن البعض قد تساءل عما إذا كان هناك حقا ما يسمى بالقانون الطبيعى ، أما العدالة فهي شعور يختلف باختلاف البلاد والأشخاص أكثر منها فكرة ثابتة محددة ، وهذا الشعور ، وإن خفف من عدم مرونة القانون في حالة معينة ، فإنه لا ينهض لإكمال نصوصه .

٢ . عندما نسأل عن المقصود بالإحالة إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، فماذا يقصد ؟ نقول أنه وفقا لما صرحت به المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ، نجد أن المشرع لم يقصد رد القاضى إلى ضابط يقينى ، وإنما هي دعوة للاجتهاد ، بمعنى أن القاضى أن يجتهد رأيه ليحسم النزاع المعروض ، حتى لا يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانونى ، كل ما في الأمر ، أن اجتهاده يجب أن

يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص ، فالإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة إذاً ، لا تمدنا بقواعد قانونية ، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الرسمية الأخرى ، فكيف يكون مصدرا رسميا للقانون ؟

٣ . وعند وضع القانون المدني الجديد فقد كان من الواضح عند مناقشة هذا الموضوع . فكرة القانون الطبيعى وقواعد العدالة . أن هناك خلافا عليها ، فقد رأى البعض استبعادها ، ورأى البعض استبدالها بفكرة أخرى إيجابية موضوعية ، ولتوضيح ذلك نجد أنه لما أنشئت المحاكم المختلطة ، فقد جاء في المادة ٥٢ من اللائحة . لائحة ترتيب المحاكم المختلطة . أنه "إذا لم يوجد في القانون نص ينطبق على الحالة المعروضة أو كان النص قاصرا أو غامضا يتبع القاضى مبادئ القانون الطبيعى كمصدر ، فإن هذا لم يتكرر فيما بعد" ، فعندما أنشئت المحاكم الأهلية جاء في المادة ٢٩ من لائحة ترتيبها أنه ان لم يوجد نص صريح في القانون يحكم بمقتضى قواعد العدالة ، فلم يشر المشرع هنا إلى القانون الطبيعى .

أما عند وضع القانون المدني الجديد ، فقد رأى البعض استبدالها واقترح أن تحل محلها فكرة أخرى هي "المبادئ العامة المشتركة بين الدول"[١] ، ثم توقفت اللجنة التي بحثت الموضوع ، وعند بحثه من جديد ، وضعت الصيغة الحالية ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على هذا النص ، أن المشرع لم يشأ أن يجارى التقنين المدني السويسرى فيأذن القاضى بأن يطبق في هذه الحالة ما كان يضع هو من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع (فقرة ٢ من المادة ١) بعد أن أخذ على هذه الصيغة من ناحية الشكل أنها تخول القضاء حق

---

[١] انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، جـ ١ ، ص ١٨٣ وما بعدها .

إنشاء القواعد القانونية ، مع أن عمله ينحصر في تطبيق هذه القواعد فحسب ، ولم يشأ المشرع كذلك أن يحيل القاضى إلى المبادئ العامة في قانون الدولة (م ٣ من التقنين المدني الإيطالى الجديد) أو إلى مبادئ القانون العامة فحسب (م ١ من القانون الصينى) ، بل احتفظ بعبارتى القانون الطبيعى وقواعد العدالة[١] .

لكن ما الذي أضافه المشرع باختياره هذا ؟ نجد أن المذكرة الإيضاحية ، عندما تحدثت عن المجال الذي أعملت فيه فكرة القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، قالت أنه في كنف مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادئ العامة في القانون المصري وأخذت ببعض أحكام الشريعة الإسلامية ، واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية ، بل وعمدت إلى استحداث أحكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند في سوابق التشريع أو العرف ، وعلى هذا النحو لم يتقيد القضاء بضرورة التزام المبادئ العامة في القانون المصري فحسب وإنما استعان بهذه المبادئ كما استعان بغيرها ، متوخيا اختيار أصلح القواعد وأكثرها ملائمة لطبيعة الأوضاع التي قصر القانون عن تنظيمها .

هل معنى هذا أن المشرع قد اعتنق فكرة القانون الطبيعى الذي هو مجموعة المبادئ والقواعد التي تقوم عليها القوانين ؟ وهل معنى ذلك أن يندمج في القانون الوضعى ذاته ؟ وإذا كان كذلك فهل يمكن القول بأن للقانون الطبيعى وجود مستقل ؟ أو هل هناك حقا ما يسمى بالقانون الطبيعى ؟ أن المشرع . في رأينا . قد استخدم مصطلح مبادئ القانون وقواعد العدالة ، دون أن يحدد معناه ، وما ذلك إلا لأن فكرة القانون الطبيعى ، فكرة غامضة ، غير محددة ، وكان أجدر بالمشرع أن يتخلص منها .

---

[١] المرجع السابق ، ص ١٨٨ .

٤ . أن ما يدعونا إلى طرح فكرة القانون الطبيعى جانبا ، ليس فقط لأنها فكرة غامضة ، تستعصى على التحديد ، ولكن لأننا . حقا . لسنا بحاجة إليها ، فمبادئ الشريعة الإسلامية والتي أحالت إليها المادة الأولى من القانون المدني ، تستغرق . في رأينا . فكرة القانون الطبيعى ، لأن ما أوحى به الله عز وجل ، إنما يمثل العدل المطلق ، والكمال المطلق ، والمثالية المطلقة ، فكيف نترك ما هو يقينى ومنضبط ، ونلجأ إلى فكرة غيبية ، غير محددة ، نلتمس فيها قواعد العدل والانصاف ، وننسى أن الدين السماوى . مطلق الدين ، به من القواعد ما يصلح حال البشر ، الآن وإلى أن يرث الله ، عز وجل الأرض ومن عليها .

٥ . أنه حتى . وإن كان غير صحيح . وإن كنا في حاجة إلى فكرة القانون الطبيعى أن وجدت يجب أن توضع في موضعها الصحيح فيجب أن يدرس القانون الطبيعى بمناسبة البحث عن أساس للقانون ، أى العوامل الجوهرية التي منها يتكون القانون أو المادة الأولية للقانون ، ولا يكون محل دراسته المصادر الرسمية للقانون ، بمعنى آخر ، إذا أردنا الدقة فيمكن أن يسمى بالمصدر المادى أو الموضوعى للقانون ، لا المصدر الرسمى ، كما فعلت المادة الأولى من القانون المدني المصري .

الفصل الثانى

المصادر التفسيرية

لقد عرفنا أن المادة الأولى من القانون المدني قد حددت المصادر الرسمية للقانون ، وبالإضافة إلى ذلك يوجد مصدران آخران هما الفقه والقضاء ، وهما مصدران تفسيريان للقانون ، ونقصد بالمصدر التفسيرى ، الوسائل التي تحدد المقصود من القانون الوضعى وكشف وإزالة اللبس والغموض الذي يعتريه[١] .

المبحث الأول

الفقـــــه

الفقه في اللغة هو العلم بالشئ والفهم له ، وفي الاصطلاح القدرة على فهم واستنباط الأحكام من أصولها ومصادرها ، ولفظ الفقه في الدراسات القانونية قد يعنى علماء القانون أو مجموعة الآراء التي تصدر عن فقهاء القانون ، فالفقه عبارة عن مجموعة الآراء التي يبديها علماء القانون بهدف شرح القانون وتفسيره ونقده في مؤلفاتهم أو في بحوثهم أو في فتاواهم أو في تعليقاتهم على أحكام القضاء[٢] ويمكننا ملاحظة أهمية الفقه فيما يتعلق بالقاضى والمشرع ، فكثيرا ما يسترشد القاضى ، بآراء الفقه ، لمعرفة حكم القانون لأن الفقه يكشف غموض القواعد القانونية بما يقوم به من شرح وتحليل ونقد ومقارنة المواد مع بعضها والرجوع إلى

---

[١] عبد المنعم البدراوى ، المدخل للعلوم القانونية ، دار الكتب العربية ، ١٩٦٢ ، ص ١٥٦ وما بعدها .

[٢] د. خالد جمال أحمد ، مبادئ القانون ، ١٩٩٨ ، ص ٢٤٢ وما بعدها .

مصادرها التاريخية ، وترتيبا على ذلك يتضح للقاضى غموض النصوص القانونية ، فيتمكن بذلك من تطبيقها التطبيق السليم .

لكن يجب التنويه إلى أن هذه الآراء التي يسترشد بها القاضى غير ملزمة له ، فهو غير ملزم بالأخذ برأى الفقه في المسألة المعروضة عليه ، بل له مطلق الحرية في الأخذ بها أو طرحها .

"ويؤثر رأى الفقه على المشرع ، لما يقومون به من تحليل ونقد للقوانين القائمة ، وما يستنبطونه من آراء علمية تبين ما يجب أن يكون عليه القانون ، كل ذلك يساعد المشرع على تعديل القانون القائم أو وضع قانون جديد أكثر ملائمة ، فهو إذاً يعاون في إنشاء أو تعديل قواعد قانونية جديدة دون أن يقوم بخلقها"[١] .

وتاريخيا نجد أن الفقه قد لعب دورا هاما في القانون الرومانى ، بل أكثر من هذا فقد كان لبعض الفقهاء الحق في إصدار فتاوى ملزمة للقاضى وقد اعترف بالفقه كمصدر رسمى للقانون الرومانى في بعض مراحل تطوره .

كذلك لعب الفقه دورا هاما في الشريعة الإسلامية ، وذلك بعد وفاة الرسول . صلى الله عليه وسلم . فقد قام الفقه بتفسير القرآن الكريم وبيان أحكام الشريعة الإسلامية فيما يصدره من فتاوى للناس ، وأيضا حاليا نجد أن الفقه يلعب دورا هاما ومحوريا فيما يتعلق بالقوانين الحديثة ومسألة تطور الفكر القانونى ، فالفقه يتصدى للمشاكل القانونية الجديدة كما هو الحال في مجال المعلوماتية ، ويقدم آراء عظيمة يسترشد بها لوضع القوانين الجديدة .

المبحث الثانى

القضـــــــاء

---

[١] د. حمدى محمد عطيفي ، مدخل في القانون ، أسيوط ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٢٦ .

يطلق لفظ القضاء ويراد به أحد المعانى الآتية :

الأول : مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة والتي يمكن أن نطلق عليها السلطة القضائية ، والتي تقابل السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات .

الثانى : قد يطلق لفظ القضاء على الحكم الصادر في خصومه معينة أو مجموعة الأحكام التي تصدرها هذه المحاكم وسواء كانت محاكم عادية أو محاكم القضاء الإدارى .

الثالث : يطلق لفظ القضاء على ما استقرت عليه المحاكم في مسألة معينة واطراد قضائها طبقا لهذا المسألة ، فعندما يعرض نزاع معين ، على القضاء ، فيفصل فيه ويضع مبدأ يسير عليه ، يقال بأن القضاء قد استقر على الأخذ بمبدأ قانونى معين في مسألة معينة .

والقضاء بهذا المعنى الأخير يلعب دورا هاما كمصدر رسمى للقانون في البلاد التي تأخذ بمبدأ السوابق القضائية ، بمعنى أن المحاكم عندما تقرر مبدأ معينا بصدد مسألة معينة فإنها تلتزم في قضائها بهذا المبدأ القانونى الذي قررته وذلك في القضايا اللاحقة كما أنها تكون ملزمة بالأحكام التي أصدرتها المحاكم الأعلى درجة ففي بلد كإنجلترا يبحث القاضى في السوابق القضائية ليتعرف على القاعدة التي حكم فيها القضاء في الحالات المشابهة .

أما في البلاد التي لا تأخذ بالسوابق القضائية كفرنسا ومصر فإن المحكمة لا تلتزم بما تصدره من أحكام إلا في القضايا التي صدر فيها أما في غيرها من القضايا فلا تكون ملزمة ، لا للمحكمة التي أصدرت الحكم ولا لغيرها من المحاكم حتى ولو كان مصدر الحكم هي محكمة أعلى درجة "محكمة النقض" هذا من الناحية القانونية ، وإن كان من الناحية العملية فإن المحاكم تتبع قضاء محكمة

النقض باعتبارها المحكمة الأعلى درجة ، فالقضاء إذاً مصدر تفسيرى للقانون ، وأحكام المحاكم مهما علت درجتها لا تقيد المحاكم التي أصدرتها ولا المحاكم الأدنى درجة .

وبالرغم من أن مهمة القضاء هي تطبيق القانون لا خلقه إلا أنه في بعض الحالات قد يصعب التعرف على مضمون القاعدة المراد تطبيقها على النزاع لغموضها ، ولذا يجد القاضى نفسه ملزما بالبحث والاجتهاد في تفسير هذه القاعدة مستعينا بذلك بألفاظ عبارات النص وظروف المجتمع ولما كان من شأن تفسير القواعد القانونية أن يؤدى إلى اختلاف المحاكم ، فقد عهد إلى محكمة النقض بمهمة الرقابة على تفسير القانون وتطبيقه من قبل المحاكم الأدنى .

ويذهب بعض الفقه إلى أن القضاء قد يلعب من الناحية العملية دورا في خلق القواعد القانونية ، وذلك بحكم صلته بالحياة الاجتماعية وظروف المجتمع المتغيرة فإنه قد يسلك مسلكا معينا ، في تفسير القاعدة القانونية ويطرد على هذا المسلك فتظهر بذلك قاعدة قانونية جديدة تختلف عن القاعدة التي جرى العمل بها ، مثال ذلك ما أخذه القانون المدني الجديد عن القضاء المصري كأحكامه في التعسف في استعمال الحق ، والملكية الشائعة ، والتزامات الجوار ... الخ .

الباب الرابـــع

تطبيق القانون وتفسيره

قلنا أن الدولة الحديثة تقوم على مبدأ الفصل بين السلطات، ومن ثم فقد جعل الدستور للسلطة التشريعية (مجلس النواب) الاختصاص الأصيل في سن القوانين في الدولة ، أما السلطة التنفيذية فقد أناط بها سلطة تنفيذها ، وعهد أخيرا إلى السلطة القضائية مهمة تطبيقها.

فالقانون إذاً ، يصدر من السلطة التشريعية ، لتطبقه السلطة القضائية وهي سلطة مستقلة تتكون من قضاة مستقلون ، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ، كما أنه يمتنع على أية سلطة أن تتدخل في أعمال السلطة القضائية حتى تتحقق العدالة، والتي لا يمكن أن تتحقق إلا بتوفير الاستقلال الكامل في العمل القضائى ، ولذلك فالقضاة غير قابلين للعزل وينظم القانون مسآلتهم تأديبيا[١] .

ولكى يطبق القاضى القانون ، لابد له من تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض وما ترتبه من آثار وفقا لظروف وملابسات كل حالة على حدة ، ووسيلة القاضى في ذلك هي التفسير .

فتفسير القانون ، يعنى الكشف عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، وتحديد مضمونها وشروط انطباقها على الواقعة المعروضة أمام القضاء ، ومن المسائل التي تدرس في هذه المناسبة التعريف بالجهاز الذي يتولى تطبيق القانون ، ونطاق تطبيق القانون من حيث الزمان والمكان ، ثم أخيرا مشكلة تفسير القانون ونتناولها في ثلاثة فصول :

خطة البحث :

---

[١] مادة ١٨٦ من دستور ٢٠١٤م .

<u>الفصل الأول :</u> الجهاز القضائى في مصر .

<u>الفصل الثانى :</u> نطاق تطبيق القانون .

<u>الفصل الثالث :</u> تفسير القانون .

الفصل الأول

الجهاز القضائى في مصر

ينقسم الجهاز القضائى (المحاكم) في مصر إلى جهتين :

<u>الأولى :</u> جهة القضاء العادى .

<u>الثانية :</u> جهة القضاء الإدارى .

وقبل أن نعرض بإيجاز للقضاء العادى والإدارى ونخصص لهما مبحثين يجب أن نشير إلى أن الدستور قد اعتبر المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة .

المبحث الأول

القضـاء العـادى

وجهة القضاء العادى هي الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل والعام أى أنها تختص بكافة المنازعات إلا ما يجعله القانون من اختصاص جهة أخرى .

وتتكون جهة القضاء العادى من محاكم تتدرج فيما بينها بحسب الاختصاص المحلى والنوعى لكل منها.

وعلى قمة القضاء العادى توجد محكمة النقض، وتختص بالنظر في الأحكام التي يطعن فيها بسبب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ، أو إذا وقع بطلان في الحكم أو في الاجراءات أثر في الحكم .

فمحكمة النقض تسهر على صحة تطبيق القانون ولا شأن لها بمسائل الواقع ، أى لا تنظر وقائع الدعوى ، ولذلك فهي ليست درجة من درجات التقاضى ، لإنحصار مهمتها في مراقبة تطبيق المحاكم العادية للقانون ، فهي إذاً محكمة قانون.

وقد نص دستور ٢٠١٤م على اختصاص محكمة النقض بالفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس النواب، حيث نصت المادة ١٠٧ على أنه " تختص محكمة النقض بالفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس النواب، وتقدم اليها الطعون خلال مدة لا تجاوز ثلاثين يوما من تاريخ إعلان النتيجة النهائية للانتخاب، وتفصل في الطعن خلال ستين يوما من تاريخ وروده اليها. وفي حالة الحكم ببطلان العضوية، تبطل من تاريخ ابلاغ المجلس بالحكم".

وتنعقد محكمة النقض في هيئة دوائر ، دائرة للمسائل المدنية والتجارية ، ودائرة للمسائل الجنائية ، ودائرة لمسائل الأحوال الشخصية ، وتتكون كل دائرة من خمسة مستشارين ، ومقرها مدينة القاهرة .

وينقسم القضاء العادى إلى قضاء مدنى وقضاء جنائى .

القضاء المدني :

القضاء المدني درجات ، فالنزاع يعرض على محكمة أول درجة فإذا فصلت فيه أمكن للخصوم استئناف الحكم أمام محكمة أعلى .

المحاكم الجزئية :

وتوجد في دائرة كل مركز أو قسم ، وتشكل من قاضى فرد ، وتختص بالحكم ابتدائيا في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تجاوز قيمتها أربعون ألف جنيه ، والحكم هنا ابتدائى ويمكن استئنافه .

أما إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة الاف جنيه[١] ، فإن حكمها

---

[١] مادة ٤٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية (معدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، والمادة ١١ ، ١٣ ، من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

يكون انتهائيا أى لا يستأنف ، وقد أسند لها المشرع بجانب ذلك الفصل في بعض الدعاوى كدعاوى القسمة ووضع اليد ومنازعات الرى والصرف[١] .

المحاكم الابتدائية أو الكلية :

وتوجد في كل عاصمة من عواصم المحافظات ، وتشكل من ثلاثة قضاءة ، وتختص بالحكم ابتدائيا بصفتها محكمة أول درجة في الدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ، وفي الدعاوى التي تزيد قيمتها عن أربعين ألف جنيه ، والحكم هنا يمكن استئنافه .

أما إذا لم تتجاوز قيمة الدعوى أربعون ألف جنيه ، فإن حكم المحكمة الابتدائية يكون انتهائيا .

كما تختص المحكمة الابتدائية . بصفتها محكمة استئنافية أى محكمة ثانى درجة . بالنظر في الطعون المرفوعة إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية[٢] .

محاكم الاستئناف :

وتوجد في بعض عواصم محافظات الجمهورية كالقاهرة . الاسكندرية . أسيوط . بنى سويف . طنطا . المنصورة . الإسماعيلية .

وتشكل كل محكمة من ثلاث من المستشارين ، وتختص باعتبارها محكمة ثانى درجة ، بالنظر في الطعون المرفوعة إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائيا من

---

[١] المادة ٤٣ من قانون المرافعات (معدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) .

[٢] راجع المادة ٩ وما بعدها من قانون السلطة القضائية ، المادة ٤٧ من قانون المرافعات (معدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) .

المحاكم الابتدائية[1] .

القضاء الجنائى :

محاكم الجنح :

تختص إحدى دوائر المحكمة الجزئية التي توجد في دائرة كل مركز أو قسم ، بالنظر في المخالفات والجنح ، فمحكمة الجنح إذاً هي إحدى دوائر المحكمة الجزئية .

محاكم الجنح المستأنفة :

تختص المحكمة الابتدائية بجانب اختصاصها السابق بنظر الطعون التي ترفع أمامها في الأحكام الصادرة من محكمة الجنح ، ويصدر الحكم من ثلاثة قضاة وتسمى بمحكمة الجنح المستأنفة فهي هنا محكمة ثانى درجة .

محاكم الجنايـات :

وتوجد في العواصم التي يوجد بها محاكم استئنافية ، فهي دائرة من دوائرها ، وتشكل من ثلاثة مستشارين ، وتختص بالفصل في الجرائم التي يعتبرها القانون جنايات وبعض الجنح التي نص عليها القانون ، وأحكام محكمة الجنايات . التي هي دائرة من دوائر محكمة الاستئناف . لا تستأنف أمام محكمة أخرى أعلى منها درجة ، فهي تعتبر في نفس الوقت محكمة أول درجة ومحكمة ثانى درجة .

ولكن يجوز فقط الطعن في هذه الأحكام بطريق النقض أمام محكمة النقض ، ومحكمة النقض . كما سبق القول . لا تنظر من جديد في الوقائع ، وإنما تراقب فقط تفسير القانون وتطبيقه أى تنظر المسائل القانونية التي تتعلق بتطبيق القانون على الوقائع الثابتة بالدعوى .

---

[1] مادة ٤٨ من قانوان المرافعات ، المادة ٦ من قانون السلطة القضائية .

المبحث الثانى

القضـــاء الإدارى

يختص القضاء الإدارى بالفصل في جميع المنازعات الإدارية كالمنازعات الخاصة بالموظفين العموميين ، والمنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية ، والعقود الإدارية ودعاوى الجنسية ، ويتكون القضاء الإدارى من المحاكم التأديبية والمحاكم الإدارية ، ومحكمة القضاء الإدارى ، والمحكمة الإدارية العليا ، والقضاء الإدارى يمثل القسم القضائى بمجلس الدولة[1] ، بجانب قسمي الفتوى والتشريع به .

والمحكمة الإدارية العليا ، توجد على رأس محاكم القسم القضائى ، وقد أسند إليها مهمة التعقيب على جميع الأحكام ، فهي كمحكمة النقض بالنسبة للقضاء العادى ، ويقع مقرها في مدينة القاهرة ، ويرأسها رئيس مجلس الدولة ، وتتكون من عدة دوائر ، أما محكمة القضاء الإدارى وتختص كقاضى أول درجة بنظر المنازعات الإدارية ، وكقاضى استئناف بالنسبة لأحكام المحاكم الإدارية ، ويقع مقرها في مدينة القاهرة ، ويجوز بقرار من رئيس مجلس الدولة إنشاء دوائر لها في المحافظات ، وقد صدرت قرارات بالفعل بإنشاء دوائر لها في الأسكندرية ، المنصورة ، أسيوط ، بورسعيد ، الإسماعيلية ، طنطا ، قنا ، وتصدر أحكامها من دوائر تشكل من ثلاثة مستشارين ، أما المحاكم الإدارية ، فهي بمثابة محاكم أول درجة من درجات التقاضى ، ويتم إنشاؤها بقرار من رئيس مجلس الدولة ، وتصدر أحكامها من دوائر تشكل من مستشار مساعد رئيسا ، واثنين من النواب كأعضاء ويمكن استئناف أحكامها أمام محكمة القضاء الإدارى .

---

[1] القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ ، راجع مصطفي أبو زيد فهمى ، القضاء الإدارى ومجلس الدولة ، ١٩٧٩ ، منشأة المعارف .

وأخيرا المحاكم التأديبية ، وتختص بمحاكمة الموظفين عن المخالفات المالية والإدارية[١] .

[١] وبجانب القضاء العادى والقضاء الإدارى توجد هيئات قضائية مستقلة ، ومن ذلك المحكمة الدستورية العليا ، ومحكمة القيم (القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٥) ، والقضاء العسكرى (القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٦ المعدل) كما توجد هيئات لها سلطة الحكم مثال ذلك : اللجان القضائية للإصلاح الزراعى ، لجان الطعون الضريبية ، لجان القسمة القضائية ، مجالس التأديب ، وتوجد هيئات قضائية ليس لها سلطة الحكم مثال ذلك : هيئة قضايا الدولة ، هيئة النيابة الإدراية ، وهيئة مفوض الدولي لدى المحكمة الدستورية العليا والمحاكم الإدارية .

الفصل الثانى

نطاق تطبيق القانون

إذا وجدت القاعدة القانونية ، كانت واجبة التطبيق ، وأصبح واجبا على كل فرد من أفراد المجتمع توجيه سلوكه على مقتضاها ، وإذا ثار النزاع بين الأفراد ، فلابد من اللجوء إلى السلطة المختصة بفض المنازعات وهي السلطة القضائية ، فهي وحدها صاحبة الحق . كما سبق القول . في فحص الوقائع المعروضة عليها ، وتطبيق القاعدة القانونية الملائمة ، واختيار الجزاء الذي تراه مناسبا .

فإذا ما صدر الحكم ، أصبح واجب التنفيذ ، وتتولى هذا الأمر السلطة التنفيذية .

وقد قلنا فيما سبق ، أن القاعدة القانونية ملزمة للكافة ، ولا يجوز لأحد أفراد المجتمع ، أن يتذرع بجهل القاعدة القانونية ، ليفلت من إنطباقها عليه ، ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف لا يفترض في أحد الجهل بالقانون أو مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

فجهل القاعدة القانونية لا يصلح إذاً عذرا ، وتسرى القاعدة القانونية في حق جميع المخاطبين بأحكامها ، من علم بها ومن جهلها على السواء .

ومع ذلك فإن سريان القاعدة القانونية يتحدد من زاويتين ، أولهما مكانية ، والثانية زمانية ، فنعرض أولا لنطاق تطبيق القانون من حيث المكان ، ثم نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان وذلك في مبحثين :

<u>المبحث الأول :</u> نطاق تطبيق القانون من حيث المكان .

<u>المبحث الثانى :</u> نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان .

المبحث الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

مبدأ إقليمية القوانين :

لكل دولة الحق في السيادة على كل إقليمها[1] ، ولها كذلك الحق في السيادة على كل من يقيمون على هذا الإقليم ، وطنيين وأجانب ، وترتيبا على ذلك فإن قانون كل دولة يتناول بالتنظيم كل نشاط يحدث على هذا الإقليم ولا يتعداه ، احتراما لسيادة الدولة الأخرى وقوانينها ، وهو ما يسمى بمبدأ إقليمية القوانين.

مبدأ شخصية القوانين :

لما كان وجود أى دولة مرتبط بشعب يقوم على إقليمها ، وأن القوانين إنما توضع لتنظيم العلاقات بين هؤلاء الناس ، فإن المصلحة تقتضى أن يطبق قانون الدولة على جميع الأشخاص الذين ينتسبون إليها في أى مكان يوجدون ، أى سواء أكانوا موجودين في داخل إقليمها أم كانوا خارج هذا الإقليم ، وهو ما يسمى بمبدأ شخصية القوانين.

نخلص إلى أنه إذا كان من نتائج الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين ، امتداد تطبيق قانون دولة معينة على كل ما يوجد من أشخاص وأشياء على إقليمها ، وعدم امتداد تطبيقه خارج حدود إقليم هذه الدولة ، فإن مبدأ شخصية القوانين يسمح . على العكس . بتطبيق قانون الدولة على جميع رعاياها سواء كانوا موجودين على إقليمها أم على إقاليم دول أخرى.

التعارض بين مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية :

---

[1] عبد الناصر العطار ، المرجع السابق ، ص ٢٣٤ وما بعدها والفقه المشار إليه بالهامش .

ويترتب على الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين ، تطبيق قانون الدولة على كل المقيمين على إقليمها ، بغض النظر عن جنسيتهم ، وهذه النتيجة تتعارض مع مبدأ شخصية القوانين ، الذي يقضى بتطبيق قانون الدولة على رعاياها فقط ، فالأجانب لا يخضعون إلا لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم .

كما يترتب على الأخذ بمبدأ شخصية القوانين . كما قلنا . تطبيق قانون الدولة على جميع رعاياها ، حتى ولو كانوا خارج حدود إقليمها ، وهو ما يتعارض مع مبدأ الإقليمية ، الذي لا يسمح بسريان القانون خارج إقليم الدولة .

إذاً ، الأخذ بالمبدئين "إقليمية القوانين " ، "شخصية القوانين" ، يؤدى إلى وجود تعارض صارخ يحول دون تطبيقهما معا في نفس الوقت ، لذلك فإن الدول تأخذ بكل من المبدئين في حدود متفاوتة متغيرة حسب ما تقتضيه ظروف ومصالح كل دولة[١] .

الأصل هو مبدأ إقليمية القوانين :

نظرا لأن الدولة لا تملك سلطة حقيقة إلا على إقليمها ، بما يسمح لها بممارسة سيادتها على كافة الأفراد الموجودين عليه سواء أكانوا وطنيين أم أجانب ، ونظرا لأن الدولة لا تملك حق ممارسة سلطتها هذه خارج إقليمها ، وإلا اصطدم ذلك بحق دولة أخرى في السيادة على إقليمها ، مما يجعل سلطة الدولة غير فعالة في السيطرة على مواطنيها بسبب وجودهم خارج إقليمها ، فإنه كان من الطبيعى أن يسود مبدأ إقليمية القوانين ، ألا أن هذا المبدأ لا يصلح إلا في المجتمعات البسيطة . كالمجتمعات البدائية . حيث لا يوجد أى تعاون أو تبادل أو انتقال فيما بينها ، لذلك كان لظهور التعاون بين الدول ، وانتشار التجارة الدولية ، وتقدم المواصلات

---

[١] عبد الناصر العطار ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥ وما بعدها .

مع ما ترتب عليه من انتقال الأفراد بين الدول أثره في التخفيف من غلواء التمسك بمبدأ السيادة من جانب كل دولة ، فقد رؤى أن تطبيق الدولة لقوانينها ، تطبيقا شاملا ومطلقا على كل من يوجد على أرضها ، قد يمس في بعض الأحيان الرعايا الأجانب المقيمين على أرضها ، لإختلاف العقائد أحيانا ، ولإختلاف الأعراف والتقاليد أحيانا أخرى وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية .

أدت هذه الاعتبارات ، إلى ظهور مبدأ الشخصية بجانب مبدأ الإقليمية ، فسمح ذلك بقبول بعض الاستثناءات المستمدة من مبدأ الشخصية .

فمبدأ إقليمية القانون يمثل القاعدة العامة ، حيث أن لكل دولة حق كامل في ممارسة سيادتها على إقليمها ، لذلك نجد أن الغالبية العظمى من القواعد القانونية في كل دولة ، تسرى على كل المقيمين على أرضها مهما اختلفت جنسياتهم ، ويجد مبدأ إقليمية القوانين تطبيقه الطبيعى في قواعد القانون العام ، لأنها . كما قلنا . قواعد تمس بالدرجة الأولى سيادة الدولة واستقلالها .

فالأصل أن يسرى قانون العقوبات سريانا إقليميا ، فنصت المادة الأولى عقوبات مصرى مثلا على أن "تسرى أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه" ، فقواعد قانون العقوبات تطبق على كل من يرتكب ، في مصر جريمة ولو كان أجنبيا ، والعكس فمن سيرتكب جريمة في الخارج ، لا يطبق عليه القانون المصري ولو كان مصريا .

كذلك يسرى القانون الإدارى سريانا إقليميا ، فالقانون الإدارى . كما قلنا . هو مجموعة القواعد التي تبين كيفية قيام السلطة التنفيذية بوظيفتها الإدارية ، فإذا عهد إلى أجنبى بوظيفة من الوظائف العامة في مصر ، فإن القانون المصري هو الذي يحكم علاقته بالجهة التي يعمل بها .

كذلك يسرى القانون المالى سريانا إقليميا ، فإذا مارس أجنبى نشاطا في

مصر ، فإنه يخضع في نشاطه للقانون المصري ، فيلتزم مثلا بأداء الضريبة المقررة إذا كان هذا النشاط مما يخضع للضريبة .

لكن مبدأ مصلحة الدولة والأفراد ، اقتضت الأخذ بمبدأ شخصية القوانين إلى جانب مبدأ إقليمية القوانين ، فإذا كان الأصل أن نطاق تطبيق قانون ما ، طبقا لمبدأ إقليمية القوانين ، هو إقليم الدولة التي سنت هذا القانون دون أن يتجاوزه إلى إقليم دولة أخرى ، فإن الأخذ بمبدأ شخصية القوانين يؤدى إلى سريان القانون على رعايا هذه الدولة حتى ولو كانوا على إقليم دولة أخرى .

يؤدى الأخذ بمبدأ الشخصية إذاً ، إلى تنوع القوانين المعمول بها داخل إقليم كل دولة ، وذلك حسب تعدد جنسيات الأشخاص المقيمين داخل هذا الإقليم ، مما يتصور معه قيام تنازع بين القوانين ، الأمر الذي يدعو إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالة .

وتطبيقا لذلك ، يوجد جزء هام من قواعد القانون الدولي الخاص ، يطلق عليها قواعد تنازع القوانين ، وظيفتها بيان القانون الواجب التطبيق عندما توجد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبى من علاقات القانون الخاص .

وقد وضع المشرع المصري ، قواعد تنازع القوانين من حيث المكان في المواد ١٠ . ٢٨ من القانون المدني الجديد ، وهذه القواعد تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض فقد يفضى إعمالها إلى تطبيق القانون المصري ، وقد يفضى إلى تطبيق القانون الأجنبى ، فمثلا تقضى المادة ١٧ من القانون المدني على أنه "يسرى على الميراث قانون المورث" ، وإعمالا لهذه القاعدة . قاعدة إسناد . إذا توفي أجنبى في مصر وترك أموالا فالقانون الذي يطبق هو القانون الأجنبى الذي ينتمى إليه المورث بجنسيته وبالعكس ، إذا توفي مصرى في الخارج وترك أموالا ، طبق القانون المصري لأنه قانون المورث .

وتجدر الإشارة إلى أن الوضع في مصر بالنسبة لتطبيق القانون من حيث المكان ، لا يختلف عما هو عليه في غيرها من الدول الأخرى ، فالقاعدة هي سريان القانون سريانا إقليميا ، وتجد هذه القاعدة مجالها الطبيعى في فروع القانون العام . كما قلنا . بالإضافة إلى مسائل العقارات والاختصاص والاجراءات ، وإذا كانت القاعدة هي إقليمية القانون ، إلا أنه توجد استثناءات تؤدى إما إلى عدم تطبيق القانون المصري داخل الإقليم المصري أو تؤدى إلى تطبيقه خارج الإقليم المصري .

المبحث الثانى

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

(تنازع القواعد القانونية في الزمان)

مشكلة التنازع بين القوانين المتعاقبة في الزمان :

الغاية من القانون هي تنظيم الروابط والعلاقات داخل المجتمع ، وهذه العلاقات وتلك الروابط دائمة التغيير والتطور بحسب الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والفلسفية التي يمر بها المجتمع ، ومن ثم يجب أن يواكب القانون هذه التطورات ، وهذا الأمر يحتم على المشرع ضرورة التدخل من حين لآخر ، لإلغاء القواعد القانونية التي لم تعد تلائم ظروف المجتمع وإبدالها بقواعد قانونية أخرى أكثر ملائمة وأصدق تعبيرا عن حاجات الناس ومصالحهم .

ولكن التغير المستمر لقواعد القانون ، وإن كان ضروريا وحتميا ، إلا أنه يطرح مشكلة دقيقة وشائكة ، إذ يتعين عندئذ تحديد التاريخ الذي ينتهي عنده سريان القواعد القانونية الملغية ، ويبدأ ، إعتبارا منه ، سريان القواعد القانونية الجديدة ، وهو ما يعرف بمشكلة التنازع بين القوانين المتعاقبة في الزمان .

ولبيان هذه المشكلة وإلقاء الضوء على معالمها ، إليك بعض الأمثلة[١] :

١ . إذا صدر قانون جديد يقرر أن الطلاق لا يجوز إلا بإذن القاضى ، وللأسباب التي بينها القانون ، فهل يقتصر سريان هذا القانون على عقود

---

[١] هذه الأمثلة مأخوذة من كتاب الأستاذ الدكتور / شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٨ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بند ١٣٦ ، ص ٢٢٦ . ٢٢٧

الزواج التي تمت بعد نفاذه ، أم يخضع من تزوج في ظل القانون القديم الذي كان لا يشترط هذا الشرط ، للقيود الواردة في القانون الجديد .

٢ . الحد الأقصى للفائدة الإتفاقية في ظل القانون المدني الحالى هي ٧% (المادة ١/٢٢٧ مدنى) ، فإذا صدر قانون جديد يجعل هذا الحد ٦% ، فما أثر هذا الحكم على عقود القرض بفائدة التي أبرمت في ظل القانون القديم ؟ وهل ينطبق هذا الحكم على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون الجديد ؟ وإذا إفترضنا سريانه ، فهل يقصتر ذلك على تخفيض سعر الفائدة بالنسبة للآثار المستقبلة ، أم يجب خصم الفائدة الزائدة عن السعر الجديد والتي تقاضها الدائن في الفترة الماضية منذ نشأة العقد ؟

٣ . يعتبر الشخص كامل الأهلية ، في ظل القانون الحالى ، إذا بلغ إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ، فإذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى ٢٣ سنة ، فما أثر هذا الحكم الجديد على الأشخاص الذين اعتبروا راشدين وفقا للقانون الحالى ، إذا لم يكونوا قد بلغوا السن المقررة في القانون الجديد هل يعودون قاصرين مرة أخرى ؟ وإذا افترضنا عودتهم قاصرين فهل تتأثر تصرفاتهم التي أبرموها في ظل القانون القديم ، وتصبح باطلة على أساس اعتبارهم قاصرين وفقا للقانون الجديد .

تلكم كانت أمثلة قليلة لتعاقب القوانين في الزمان وتزاحمها في التطبيق على الأوضاع والعلاقات القانونية الخاضعة لها .

ولا مشكلة في الأمر إذا كانت الأوضاع والعلاقات القانونية قد نشأت ورتبت كل آثارها في ظل القانون القديم ، إذ لا مناص عندئذ من القول بخضوعها لهذا القانون ، ولا محل للقول على الإطلاق بخضوعها للقانون الجديد الذي لم يبدأ في السريان إلا بعد أن اكتملت وانتجت جميع آثارها ، والقول بغير ذلك يعنى

حدوث قلاقل وإضطرابات في المعاملات بين الناس لا مبرر لها .

مثال ذلك ، إذا أبرم عقد بيع ، وهو عقد فورى ، وأنتج كافة آثاره في ظل القانون المدني القديم ، وقبل نفاذ القانون المدني الجديد في ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ، فهذا العقد ، يخضع بلا شك ، لأحكام القانون المدني القديم وليس القانون المدني الجديد ، وذلك بالنسبة لجميع المنازعات المتعلقة به ، بما في ذلك المنازعات التي تعرض بعد العمل بالقانون المدني الجديد .

ولكن المشكلة تثور بالنسبة للأوضاع والوقائع والأعمال القانونية التي نشأت في ظل قانون قديم وظلت تنتج بعض آثارها في ظل قانون جديد ، إذ يثور سؤال ، في هذه الحالة ، بالنسبة للآثار المستقبلة ، أى التي ترتبت بعد إلغاء القانون القديم وسريان القانون الجديد ، وهل ستخضع للقانون الجديد أم يحكمها القانون القديم ، مثال ذلك شخص وضع يده على عقار مملوك للغير بنية تملكه بالتقادم ، فهذا الأمر يستلزم مرور مدة معينة ليعتبر واضح اليد مالكا بالتقادم ، فإذا صدر قانون جديد ، بعد بدء وضع اليد وقبل اكتمال المدة المقررة في القانون القديم لإكتساب الملكية ، فأى من القانونين يسرى على هذه المسألة ؟ هل هو القانون القديم أم القانون الجديد ؟

لقد أسفرت جهود الفقه ، في البحث عن حل لمشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان عن بلورة نظريتين هامتين هما : نظرية عدم رجعية القانون الجديد ، ونظرية الأثر الفورى أو المباشر للقانون الجديد .ودراستنا في هذا المبحث تنصب على إلقاء الضوء على كل نظرية منهما .

وعلى ذلك ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتى :

<u>المطلب الأول :</u> مبدأ عدم رجعية القانون الجديد .

<u>المطلب الثانى :</u> مبدأ الأثر الفورى أو المباشر للقانون الجديد .

المطلب الأول

مبدأ عدم رجعية القانون الجديد

المقصود بالمبـــدأ :

يقصد بمبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، عدم سريانه على الأوضاع القانونية التي نشأت وإنقضت وأنتجت كافة آثارها في ظل قانون سابق ، ويقتصر تطبيق هذا القانون على الأوضاع التي تتكون أو تنقضى أو تنتج كل آثارها بعد نفاذه .

ويفترض هذا المبدأ ، بداهة ، أن تكون هناك وقائع قانونية معينة قد نشأت أو إنقضت ورتبت كل آثارها في ظل قانون قديم ، ثم صدر بعد ذلك قانون جديد يعدل من شروط نشوء أو إنقضاء هذه الوقائع أو يعدل في آثارها ، وهنا لا يطبق القانون الجديد على هذه الوقائع ، لا من حيث نشوئها ، ولا من حيث إنقضائها ، ولا من حيث آثارها ، طالما تمت في ظل القانون القديم الذي تظل خاضعة له[١].

وقد أكدت دساتير مصر مبدأ عدم سريان القانون الجديد على الماضى ، وهو ما يعرف بمبدأ عدم رجعية القانون ، فقد نص عليه الدستور المؤقت في المادة ٦٦ منه ، كما تضمنت نفس المبدأ المادة ١٧٨ من الدستور الملغي الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١م ، وذلك بنصها على أن "لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب". وقد سلك الدستور الحالي ٢٠١٤م نفس المسلك وأكدت ذلك المادة

---

[١] عبد المنعم البدراوى ، مبادئ القانون ، الكتاب الأول ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٨١ ، ص ١٦٠ .

٢٢٥ منه.

المبررات التي يستند إليها مبدأ عدم رجعية القانون :

يستند مبدأ عدم رجعية القانون إلى عدة مبررات توجبه أهمها:

١. العدالـة : فالعدالة تأبى أن تحاسب الناس في سلوكهم وتصرفاتهم وفقا لقانون لم يكون ساريا وقت قيامهم بفعل أو تصرف معين[١] ، فإذا كان القانون هو مجموعة قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع ، وهذه القواعد مكفولة بجزاء يوقع على المخالف ، فإن العدالة تقتضى أن يحاسب الناس وفقا للقانون السارى وقت وقوع المخالفة ، وليس وفقا لقانون جديد يصدر بعد ذلك .

٢ . استقرار المعاملات : فإستقرار المعاملات بين الناس يوجب ألا يسرى القانون الجديد على العلاقات القانونية التي نشأت وإنقضت وترتيب آثارها في ظل قانون سابق ، والقول بغير ذلك يجعل الناس حيارى لا يعرفون القانون الذي تخضع له علاقاتهم ، مما يؤدى إلى اضطراب المعاملات وإهدار ثقة الناس في القانون[٢]

٣ . المنطق : يقضى المنطق بألا يكون للقانون الجديد أثر على التصرفات التي نشأت وأنتجت كل آثارها وإنقضت قبل نفاذه والعلم به فالتشريع لا يسرى في مواجهة الأفراد إلا بعد نفاذه ونشره في الجريدة الرسمية ومضى مدة معينة بعد تاريخ النشر ، وذلك لكى يتحقق العلم الإفتراضى به ، ذلك العلم الذي يجعل الإعتذار بالجهل بالقانون غير مقبول كعذر ، فكيف يؤاخذ الناس بالقانون الجديد ، والفرض أنهم لم يعلموا به ولم يكن له وجود

---

[١] شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ .

[٢] شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ ؛ البدرواى ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ .

مادى أو قانونى عندما أقدموا على تصرفاتهم ومعاملاتهم ، إن المنطق يقضى بقصر تطبيق القانون الجديد على الوقائع التي تنشأ بعد العمل به ، وعلى آثار هذه الوقائع ، دون أن يكون له أثر رجعى على ما تم قبل نفاذه من تصرفات .

حدود مبدأ عدم رجعية القانون الجديد :

مبدأ عدم رجعية القانون هو مبدأ يقيد القاضى وليس المشرع ، فالمشرع يستطيع . في غير المسائل الجنائية والضريبية الخروج على هذا المبدأ وتقرير رجعية قانون ما ، أى يسمح بسريانه على الماضى ، وذلك بالنص على ذلك صراحة في التشريع ، وبشرط موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب طبقا لنص المادة ٢٢٥ من الدستور الحالي ٢٠١٤م، والأغلبية المطلوبة هنا هي أغلبية خاصة ، فلا تكفي الأغلبية العادية اللازمة لسن التشريعات وهي نصف عدد الحاضرين +١ ، وينبغى أن يكون للخروج على مبدأ عدم الرجعية من قبل المشرع مبررات قوية تقتضيها المصلحة العامة[١] ، كما ينبغى الاعتدال وعدم الإفراط في تقريره ، لأنه يهدر الثقة في القوانين بوجه عام ويغرى الناس على الإحجام والتحفظ في التعامل[٢] .

أما القاضى ، فلا يجوز له أن يطبق قانون جديد بأثر رجعى ، ما دام هذا القانون لم يقرر صراحة سريانه على الماضى .

الإستثناءات من مبدأ عدم رجعية القانون :

هل توجد استثناءات على مبدأ عدم رجعية القانون ؟ الواقع أن هناك

---

[١] البدراوى ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ .

[٢] شمس الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٢٣١ .

استثناءات متفق عليها ، وهناك استثناءات محل خلاف في الفقه ، وذلك على النحو التالى :

١ . النص الصريح : فمبدأ عدم الرجعية . كما سبق أن ذكرنا . يقيد القاضى الذي يطبق القانون ، ولا يقيد المشرع ، فالمشرع إذن يستطيع ، إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك ، أن ينص في التشريع الجديد ، في غير المواد الجنائية والضريبية ، على سريانه على الماضى ، بشرط أن تكون إرادة المشرع صريحة ، فلا تكفي الإرادة الضمنية[١] ، وبشرط موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب جميعا .

٢ . القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب : فهذه القوانين تطبق بأثر رجعى وتعتبر إستثناءا من مبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، حتى لو كان في تطبيقها مساس بالحقوق المكتسبة للأفراد ، وتبرير ذلك أنه لا يجوز لشخص أن يتمسك بحق إكتسبه في ظل قانون قديم متى أصبح هذا الحق مخالفا للنظام العام والآداب وفقا للقانون الجديد ، فإذا بلغ شخص سن الرشد وهو ١٨ سنة في ظل قانون قديم ، ثم صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى ٢١ سنة ، فهذا الشخص يعود قاصرا تطبيقا لأحكام القانون الجديد ، بالرغم من أنه قد صار رشيدا في ظل القانون القديم ، لتعلق قواعد الأهلية بالنظام العام .

٣ . القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : فالقاعدة أن القوانين الجنائية لا تسرى بأثر رجعى ، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون، وتقضى المادة الخامسة من قانون العقوبات بأن يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت إرتكابها ، ومع ذلك يجوز أن تسرى القوانين الجنائية الجديدة بأثر رجعى إذا كانت أصلح للمتهم بأن كانت تبيح الفعل أو

---

[١] في هذا المعنى ، شمس الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ .

تخفض العقوبة المقررة في القانون القديم ، ولا يعد ذلك مساسا بالمصلحة العامة ، بل على العكس ، هذا الإستثناء له ما يبرره من الناحية الاجتماعية ومن ناحية العدالة ، إذ من الظلم والتناقض أن تطبق على المتهم عقوبة في الوقت الذي يعترف فيه الشارع بعدم فائدتها أو بزيادتها على الحد اللازم ، وليس من حق الجماعة أن توقع عقوبة ظهر أن توقيعها ليس في مصلحتها ، إذ العقوبة تقدر بالقدر اللازم لتحقيق هذه المصلحة[١] ، وقد تقرر هذا الاستثناء في المادة الخامسة من قانون العقوبات حيث جاء بها ... ومع ذلك إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره ، ولنا عودة إلى هذا الموضوع عند دراسة الحلول التشريعية لمشكلة التنازع الزمانى للقوانين في القانون المصري .

٤ . **القوانين المفسرة** : وهي القوانين التي تهدف إلى تفسير ما غمض وإيضاح ما إستشكل من ألفاظ وعبارات النصوص التشريعية القائمة ، ويذهب بعض الفقهاء إلى أن القوانين المفسرة يكون لها أثر رجعى ، ومن ثم تنسحب إلى الماضى منذ تاريخ صدور القانون الذي تفسره ، وتعتبر جزءا منه ، ويتعين على القاضى أن يطبق هذه القوانين على القضايا المنظورة أمامه طالما لم يفصل فيها بعد بحكم قضائى ، ولكننا نرى مع البعض الآخر[٢] ، أن هذه القوانين لا تعتبر استثناءاً حقيقيا على مبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، لأنها لا تتضمن حكما جديدا ، وإنما قصد منها مجرد الإفصاح عن إرادة المشرع ، ولذلك تنطبق قواعدها من تاريخ نفاذ القانون القديم ، أى القانون الذي صدرت تفسيرا له

---

[١] البدراوى ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .

[٢] شمس الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ . ٢٣٣ ؛ البدراوى ، المرجع السابق ، ص ١٦٤ .

المطلب الثانى

مبدأ الأثر الفورى أو المباشر للقانون

تقرير المبدأ ومبرراته :

يقصد بهذا المبدأ وجوب تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر وفورى على الوقائع والأعمال القانونية التي تقع بعد نفاذه والعمل به .

ويعتبر هذا المبدأ من إبداعات الفقه الفرنسى[١] ، واعتنقه الفقه المصري بعد ذلك ، وليس له سند تشريعى ، كما هو الحال بالنسبة لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، وقد قام هذا المبدأ إلى جانب مبدأ عدم رجعية القانون كمكمل ومعضد له.

ويقوم مبدأ الأثر الفورى أو المباشر للقانون الجديد على عدة مبررات أهمها:

أولا : إن المشرع حينما يقوم بتعديل قانون قديم أو إلغاءه وإبداله بقانون جديد ، يفترض أن القانون الجديد يكون أكثر إستجابة للظروف المستحدثة في المجتمع ، وأصدق تعبيرا عن حاجات الناس ومصالحهم ، وإلا لما كان هناك داع للتغيير ، وطالما كان الأمر كذلك ، فإن القانون الجديد يجب أن يسرى على كل ما يقع من أعمال بعد نفاذه .

ثانيا : وفي تطبيق القانون الجديد بأثر فورى على كافة الأوضاع القانونية ، سواء كانت أوضاعا جديدة نشأت بعد نفاذه ، أم كانت أوضاعا قديمة لم تستكمل تكوينها ، أو لم ترتب كافة آثارها ، ما يعزز وحدة القانون المطبق في الدولة[٢] .

النتائج التي تترتب على مبدأ الأثر الفورى للقانون :

---

[١] شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥ .

[٢] شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥ . ٢٣٦ .

يترتب على تطبيق القانون بأثر فورى أن يسرى القانون الجديد على ما يأتى:

١ . كافة الأوضاع القانونية الجديدة التي تطرأ بعد نفاذه : ويسرى القانون الجديد على إنشاء هذه الأوضاع وعلى إنقضائها وعلى آثارها .

٢ . الأوضاع القانونية الناقصة ، وذلك بالنسبة للعناصر التي تتم بعد نفاذ القانون الجديد ، أما العناصر التي إكتملت في ظل القانون القديم فتظل خاضعة له ، فإذا صدر قانون جديد يعدل من شروط التعيين في الوظيفة العامة ، فإنه يسرى بأثر مباشر على كل شخص لم يكن قد تم تعيينه وفقا للقانون القديم ، حتى لو كان قد تقدم بطلب التعيين في ظل هذا القانون ، لأن التعيين لا يتم بمجرد تقديم الطلب ، بل بصدور قرار من السلطة المختصة بذلك ، وهذا القرار لم يصدر في ظل تطبيق القانون القديم ، فيسرى عليه القانون الجديد .

٣ . إنقضاء الأوضاع القانونية التي لم تتحقق في ظل القانون الجديد ، فإذا صدر قانون جديد يطيل مدة سقوط حق المطالبة بحق معين ، فإن المدة الجديدة تسرى على كل الحقوق التي لم تنقض بالتقادم في ظل تطبيق القانون القديم .

٤ . الآثار المستقبلة للأوضاع القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ، ويحدث ذلك بالنسبة للعقود الزمنية أو المستمرة ، كعقد الإيجار وعقد العمل ، فإذا صدر قانون جديد يعدل من آثار هذه العقود ، فإنه يسرى على آثارها الممتدة في الزمن ، ما دامت القواعد الجديدة هي قواعد قانونية آمره ، دون أن يعد ذلك تطبيقا للقانون بأثر رجعى .

الفصل الثالث

تفسيـــر القانـون

لا يتمكن القاضى من إعمال حكم القاعدة القانونية على الحالات التي تتناولها القاعدة بالتنظيم ، إلا بعد تحديد معناها ، حتى يستطيع أن يتبين مدى انطباقها على الحالة المعروضة عليه ، وسبيل القاضى إلى ذلك هو التفسير .

يقصد إذاً بالتفسير ، إزالة الغموض وما قد يوجد من لبس في حكم القاعدة القانونية ، ودراسة هذا الموضوع ، تقتضى التعرض لأنواعه والاتجاهات العامة فيه ، وطرقه ، وذلك في ثلاثة مباحث :

خطة البحث :

المبحث الأول : أنواع التفسير .

المبحث الثانى : الاتجاهات العامة للتفسير .

المبحث الثالث : طرق التفسير .

المبحث الأول

أنــواع التفسيــر

يتنوع التفسير بحسب الجهة التي أصدرته إلى تفسير تشريعى وتفسير قضائى وتفسير فقهي ، فإذا تولى المشرع نفسه تفسير ما أصدره من تشريع أو فوض سلطة معينة في ذلك ، كان التفسير تشريعيا ، وإذا قام به القضاء عند تطبيق التشريع على الوقائع المعروضة ، كان التفسير قضائيا ، وأخيرا إذا انصرف إلى ما يقوم به الفقهاء عند شرحهم لنصوص التشريع ، كان التشريع فقهيا .

أولا : التفسير التشريعــى:

هو التفسير الذي تقوم به السلطة التشريعية التي أصدرت التشريع أو سلطة أخرى يتم تفويضها في ذلك[١] ، ويحدث هذا . في الغالب . عندما تختلف المحاكم اختلافا بينا في فهم تشريع معين ، إلى حد يهدد بعدم الاستقرار في التعامل ، مما يتطلب حسم الخلاف على وجه قاطع ، والسبيل إلى ذلك أن يتدخل المشرع نفسه فيصدر تشريعا يفسر التشريع الذي أثير بشأنه الخلاف ، وقد يقدر المشرع ، عند وضع تشريع معين ينظم مسألة معينة ، أن هذا التشريع سوف يثير خلافا في التفسير ، وأنه من الأفضل حسم ما ينشأ بمناسبة تطبيقه من خلاف في الرأى ، فيفوض سلطة معينة بتفسير هذا التشريع .

الأصل إذاً ، أن يصدر التفسير التشريعى من ذات السلطة التي أصدرت التشريع ، لكن لهذه السلطة أن تفوض جهة أخرى غيرها للقيام بهذه المهمة .

ومن أمثلة التفسير التشريعى[٢] ، الذي صدر من المشرع نفسه ، المرسوم

---

[١] توفيق حسن فرج ؛ ويحيى مطر ، المرجع السابق ، ص ٣٩٢ وما بعدها .

[٢] عبد الناصر العطار ، ص ٢٤٨ .

بقانون الذي أصدره المشرع المصري بتاريخ ٢ مايو ١٩٣٥ بتفسير مرسوم ، أغسطس ١٩١٤م ، فبعد صدور مرسوم ١٩١٤ الخاص بتقرير السعر الإلزامى لأوراق البنكنوت ، وتقرير بطلان الدفع بالذهب ، فسرت المحاكم المختلطة ، النص الذي يقرر بطلان شرط الدفع بالذهب ، بأن المقصود به هو بطلان شرط الدفع بالذهب في المعاملات الداخلية فقط ، أما شرط الدفع بالذهب فيبقى صحيحا في المعاملات الدولية ، فتدخل المشرع وأصدر مرسوما بتاريخ ٢ مايو سنة ١٩٣٥ يفسر به مرسوم ١٩١٤ وقرر أن البطلان المنصوص عليه في مرسوم ١٩١٤ ، عام ومطلق ، وأنه لا يقتصر على المعاملات الداخلية ، بل يشمل كذلك المعاملات الدولية .

ومن الأمثلة على التفسير الذي يصدر من سلطة مفوضة في تفسير تشريع معين ، التفسيرات العديدة التي أصدرتها اللجنة العليا للإصلاح الزراعى لتفسير قوانين الإصلاح الزراعى ، فقد نصت المادة ١٢ مكررة من قانون الإصلاح الزراعى . التي أضيفت إلى هذا القانون بالمرسوم بقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢ . على أنه "للجنة العليا تفسير أحكام هذا القانون ، وتعتبر قراراتها في هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما وتنشر في الجريدة الرسمية" .

وقد تعطى هذه السلطة تفويضا مطلقا ، ولا يقتصر على تفسير تشريع معين . كما في الحالة السابقة . ولكن يكون لها حق تفسير القوانين بوجه عام ومن ذلك ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، بإصدار قانون المحكمة العليا من أن تختص المحكمة العليا "بتفسير النصوص القانونية التي تستدعى ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القضائى وذلك بناء على طلب وزير العدل ، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما" .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحق اصبح للمحكمة الدستورية العليا التي

حلت محل المحكمة العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

وسواء صدر التفسير من المشرع نفسه ، أو من سلطة مفوضة في تفسير المشرع ، فهو ملزم ، ومن ثم وجب على القاضى أن يتقيد به عند تطبيق النصوص القانونية التي فسرت .

ولكن ماذا لو تجاوز المفسر نطاق سلطته في التفسير فوضع قواعد جديدة لا تحتملها النصوص التي يقوم بتفسيرها ؟ لمعرفة القوة الملزمة لما يصدر من تفسيرات في هذه الحالة ، يجب أن نفرق بين التفسير الذي يصدر من المشرع نفسه ، والتفسير الذي يصدر من سلطة فوضت فيه .

فإذا كان المشرع نفسه هو الذي تولى التفسير ، فإن التفسير الذي أصدره ، يعتبر ملزما سواء كان التفسير مستفيداً بالمعنى الحقيقى للنص ، أو خرج عن نطاق التفسير بأن تضمن مالا تحتمله النصوص المفسرة ، إذ تكون . في هذه الحالة . بصدد تعديل في التشريع والمشرع يملك تعديل ما سبق أن أصدره من تشريعات ولو كان ذلك في صورة تفسير .

أما إذا صدر التفسير من سلطة مفوضة ، فإن التفسير الصادر عنها يلزم القاضى إذا لم يتجاوز نطاق التفسير الصحيح ، أما إذا تجاوزت السلطة المفسرة حدود اختصاصاتها وحملت نصوص التشريع الذي تفسره مالا يحتمله ، فيعتبر عملها تعديلا للتشريع وليس تفسيرا له ، وهذا الأمر لا يملكه غير المشرع ، وبالتالى يكون من حق المحاكم ألا تلتزم به .

ثانيا : التفسير القضائى :

يطلق التفسير القضائى على ما يقوم به القاضى من تفسير للقواعد

القانونية بمناسبة تطبيقه لها على الأقضية المطروحة أمامه[1] .

والقاضى وهو يفسر القانون بمناسبة الفصل فيما يعرض عليه من منازعات ، يتأثر إلى حد كبير بالإعتبارات العملية والظروف الواقعية المحيطة بالمنازعات التي تثير التفسير عند الفصل فيها ، وقد يميل القاضى إلى دواعى العدالة والاعتبارات العملية ، فيهدر نصا تشريعيا تحت ستار تفسيره ، فيكون الحكم ملائما ومتمشيا مع تلك الاعتبارات .

وما تتوصل إليه المحاكم من تفسيرات بمناسبة تطبيق القانون ، ليس ملزما لها ، كما أنه لا يلزم المحاكم الأخرى ولو كانت أدنى منها درجة ، وذلك لأن المحاكم لا تضع . بمناسبة تطبيقها للقانون . قواعد قانونية عامة مجردة ، وإنما تعطى تفسيرا جزئيا ، وحلا نسبيا لحالة معينة .

ومع ذلك فقد نصت المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن هذه المحكمة تتولى تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها .

وقد اعتبرت المادة ٤٩ من قانون المحكمة ، أن ما يصدر من تفسيرات من هذه المحكمة يعد ملزما لجميع المحاكم .

ثالثا : التفسير الفقهى:

يطلق التفسير الفقهي على ما يقوم به الفقه من دراسة وتحليل وتعليق وشرح للنصوص القانونية .

---

[1] توفيق حسن فرج ؛ يحيى مطر ، المرجع السابق ، ص ٣٩٧ ، والفقه المشار إليه بالهامش .

ويغلب على التفسير الفقهي . على خلاف التفسير القضائى . الطابع النظرى الذي تغلب فيه اعتبارات المنطق ، فالفقه يهمه معرفة حكم القانون ، وأوجه القصور فيه ، وقد يؤدى ذلك إلى تدخل المشرع . لتعديل التشريع أو إلغائه . إذا كان ما شابه من نقص أو عيب يبرر هذا التدخل مسترشدا في ذلك برأى الفقهاء .

وتناول الفقيه للتشريع في مجموعة وأصوله ونظرياته العامة قد يؤدى إلى تفاوت في الرأى بينه وبين القاضى ، لكن لا يوجد تعارض تام بين الفقه والقضاء ، فهما . على العكس من ذلك . يحرصان على التعاون فيما بينهما بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء .

فلا يقتصر دور الفقه على تناول النصوص القانونية بالشرح والتحليل ، وإنما يتناول أيضا أحكام المحاكم ، مبينا ما فيها من جوانب الخلل والصواب .

ويفضل القضاة الرجوع إلى تفسيرات الفقه ، كما أن الفقه يضع دائما في اعتباره وهو يتناول النصوص القانونية بالتفسير ما تسير عليه المحاكم ، فهذه الأحكام تمده بفروض عملية .

المبحث الثانى

الاتجاهات العامة للتفسير

يهدف التفسير إلى التعرف على المعنى الذي تدل عليه النصوص ، وذلك بالبحث والوقوف على مقصود المشرع من عباراته ، فالنصوص ليست إلا تعبيرا عن إرادة واضعها ، وقد أدى ذلك إلى اختلاف وجهات النظر في حقيقة دور المشرع في وضع القاعدة القانونية ، وتبعا لذلك اختلفت المذاهب في التفسير ، وأهم الاتجاهات العامة في التفسير :

أولا : مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص .

ثانيا : المدرسة التاريخية أو الاجتماعية .

ثالثا : المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمى الحر .

أولا : مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص :

ظهرت مدرسة الشرح على المتون في أعقاب التقنينات الفرنسية التي وضعت على أثر الثورة حتى أواخر القرن التاسع عشر ، وقد أحيطت هذه التقنينات بقدر كبير من التقديس كما ساد الاعتقاد بأنها حوت كل ما يلزم من قواعد لمواجهة مشاكل الحياة ، كما أنها تنبأت بكل ما قد يعرض في المستقبل من فروض[١] .

ونظرا إلى أن القواعد التشريعية ليست إلا تعبيرا عن إرادة المشرع ، وأن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون ، فيجب أن ينصرف التفسير إلى التعرف على إرادة المشرع وقت وضع التشريع .

وليست هناك مشكلة ، إذا كانت عبارات النص واضحة الدلالة ، بحيث

---

[١] توفيق حسن فرج ؛ ويحيى مطر ، المرجع السابق ، ص ٤٠١ ، والفقه المشار إليه بالهامش .

تكشف بسهولة عن الإرادة الحقيقية للمشرع وحيث تستخلص هذه الإرادة من التفسير اللفظى أو اللغوى للنصوص ، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الآلى للنص دون تعديل أو تأويل ، فلا اجتهاد مع النص .

أما المشكلة فتثور ، إذا كان النص غامضاً أو مبهماً بحيث لا يكشف عن الإرادة الحقيقية للمشرع ، وفي هذه الحالة يجب البحث عما كان يقصده المشرع من استعمال هذه الألفاظ وذلك بتقريب الألفاظ بعضها للبعض الآخر ، وبتقريب النصوص المختلفة ، وكذلك بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للنص ومصادره التاريخية .

وإذا استحال الوقوف على الإرادة الحقيقية للمشرع ، فنلجأ إلى ما يسمى بالإرادة المفترضة ، أى الإرادة التي يفترض المفسر أن المشرع لو عرض للمسألة التي يبحث فيها ليعبر عنها ، وتستخلص هذه الإرادة المفترضة عن طريق الاستنتاج المنطقى ، فعلى المفسر أن يعتمد على بعض الإمارات ، كمسلك المشرع في مسألة أخرى ، والسوابق التاريخية ، ومبادئ التشريع ونظرياته العامة.

ويؤخذ على هذه المدرسة ، تطرفها في التعلق بنصوص التشريع مما أدى إلى وقف جهد التفسير على نصوص التشريع بإعتباره المصدر الوحيد للقانون ، والإسراف في استعمال طرق التفسير اللفظى أو اللغوى بشأنها . وقد أخذ عليها إسرافها في التمسك بحرفية النصوص لإستخلاص إرادة المشرع ومن ثم يفترض أن للمشرع إرادة حيث لا توجد إرادة حقيقية .

ثانيا : المدرسة التاريخية أو الاجتماعية :

ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا ، وتعتبر صدى لتعاليم المذهب التاريخى في تصور القانون بإعتباره خلقا ذاتيا ينبعث من ضمير الجماعة ، أى أن القانون حدث اجتماعي ينشأ تلقائيا نتيجة تفاعل للعوامل المختلفة التي تؤثر في المجتمع

ويتطور بتطور الظروف الاجتماعية .

فالقانون ليس تعبيرا عن إرادة المشرع ، وليس لهذه الإرادة قيمة في ذاتها ، وإنما قيمتها في كونها تعبيرا عن حاجات الجماعة المتطورة[1].

فدور المشرع ليس صنع القانون . كما تذهب مدرسة الشرح على المتون . وإنما تسجيل للقانون الذي خلقته البيئة ، فإذا عبر المشرع عن هذه القواعد بنصوص تشريعية ، انفصلت هذه النصوص عن إرادة واضعيها ، ويكون لها حياتها الخاصة المستقلة والمتصلة بالحياة الاجتماعية .

ونظرا لارتباط القانون وتفاعله مع الظروف الاجتماعية ، فإن قواعده يتغير معناها من وقت لآخر لتكون ملائمة للظروف الاجتماعية السائدة وقت التفسير .

نخلص إلى أن النصوص التشريعية لا تفسر . وفقا لهذا الاتجاه . وفقا لإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة لأنها انفصلت منذ وضعها عن هذه الإرادة ، بل وفقا للإرادة المحتملة للمشرع ، أى الإرادة التي كان يتجه إليها المشرع ، لو أنه وجد في الظروف الاجتماعية والاقتصادية الموجودة عند تطبيق النص ، وبهذا تتحقق للتشريع المرونة التي تجعله يساير الظروف الاجتماعية .

ولكن يؤخذ عليها أنها تفتح الباب ليدلى كل برأيه ، مما يؤدى إلى الخروج بالتفسير عن وظيفته وتحويله إلى خلق للقواعد القانونية كما أن فيه توسيع غير مأمون لسلطة المفسر ، فيفقد التشريع بهذا ما يميزه من انضباط يؤدى إلى استقرار المعاملات .

ثالثا : المدرسة العلمية

وزعيم هذه المدرسة هو الفقيه االفرنسي Gény ويأخذ البحث عن إرادة

---

[1] المرجع السابق ، ص ٤٠٢ والفقه المشار إليه بالهامش .

المشرع الحقيقية وقت التشريع ، وذلك في حالة وجود نص تشريعى.

أما إذا لم يوجد نص تشريعى ، فلا يجب البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع وقت صدور التشريع، وإنما يجب الرجوع إلى جوهر القانون ومجموعة الحقائق . الطبيعية أو الواقعية . والحقائق التاريخية والحقائق العقلية والحقائق المثالية التي تتكون منها مادة القانون لتستلهم منها حل المسألة المعروضة وهي ما يسمى بالبحث العلمى الحر .

فتفسير النصوص إذا ، يتطلب الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية وقصده من النصوص وقت وضعها ، دون أن نلجأ إلى ما يسمى بالإرادة المفترضة ، فلا يجوز أن نفترض أمراً وننسبه إلى المشرع.

فإذا لم توجد للمشرع في المسألة المعروضة إرادة حقيقية ، لعدم وجود نص في التشريع يواجه ما يعرض في العمل من فروض ، فعندئذ نتلمس الحل في المصادر الرسمية الأخرى للقانون وأهمها العرف ، فإن عجزت كل المصادر الرسمية عن إعطاء الحلول اللازمة فلا يكون أمامنا إلا ما يسمى بالبحث العلمى الحر .

فمدرسة البحث الحر تخالف مدرسة الشرح على المتون فيما يدعيه أنصارها من حصر مصادر القانون في التشريع ، كما تخالف المدرسة التاريخية فيما تذهب إليه من تفسير التشريع وفقاً للظروف السائدة وقت التفسير للوصول إلى ما يسمى بالإرادة المحتملة للمشرع .

رابعا : التفسير في القانون المصري :

يبدو من نص المادة الأولى . والتي تنص على أنه "تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها" أن المشرع المصري لم يأخذ بفقه مدرسة الشرح على المتون على إطلاقه ،

كما أنه تأثر بفقه المدرسة التاريخية أو الإجتماعية ، وبفقه مدرسة البحث العلمى الحر .

فالتشريع ليس المصدر الوحيد للقانون كما يقول فقه مدرسة الشرح على المتون ، فعلى العكس يحيل القانون المصري القاضى إلى العرف عند عدم وجود نص تشريعى ، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة[١]. والمشرع المصري هنا تأثر بفقه المدرسة التاريخية أو الإجتماعية .

كما يجب . وفقاً للقانون المصري . الوقوف على الإرادة الحقيقية للمشرع متى وجد نص تشريعى دون اصطناع إرادة مفترضة له حتى في حالة غياب النص ، وإنما يجب البحث عن حل للمسألة المعروضة في مصادر القانون الأخرى فإذا لم يجد فعليه أن يجتهد رأيه وفقاً لاعتبارات موضوعية عامة ، لا عن تفكير ذاتى خاص ، والقاضى يستعين في هذه الحالة بمبادئ العدالة والقانون الطبيعى ، ومبادئ القانون بوجه عام ، وهذا يتفق مع فقه مدرسة البحث العلمى الحر .

---

[١] المرجع السابق ، ص ٤٠٢ والفقه المشار إليه بالهامش .

خامسا : طرق التفسيـــر :

لكن ما هي الوسائل الفنية التي يهتدى بها المفسر في سبيل التعرف على معنى النص القانونى ؟

للإجابة على هذا السؤال نفرق بين حالتين : الحالة الأولى حالة وجود نص صريح ، والحالة الثانية حالة عدم وجود نص صريح .

١. حالة النص الصريح :

يلجأ المفسر لإستخلاص معانى النصوص القانونية إلى ألفاظ النص أو ما يشير إليه عن طريق دلالته ، أو يلجأ إلى فحوى النص وروحه .

ويقتضى هذا الوقوف على معنى كل لفظ وتقريب الألفاظ بعضها من البعض الآخر ، فالألفاظ يفسر بعضها البعض ، والعبرة بمجموعة العبارات وليس بكل لفظ على حده .

على المفسر إذا متى كان النص واضحاً ، أن يستخلص معناه من ألفاظه . وهو ما يسمى بالمعنى الحرفي للنص . أى من عباراته ومفرداته ، وإذا كان للفظ معنيان ، معنى لغوى ، وأخر اصطلاحى تعين الأخذ بالمعنى الاصطلاحي إلا إذا تبين أن المقصود هو المعنى اللغوى.

فلفظ الزنا ، يطلق ويراد به لغة ، كل علاقة جنسية غير مشروعة بين رجل وامرأة ، أما في معناه الاصطلاحي ، فيطلق ويراد به معنى أضيق ، إذا لا يستخدم إلا إذا كان أحد طرفي العلاقة الجنسية غير المشروعة متزوجاً .

وقد يستفاد الحكم القانونى من إشارة النص ، ويقصد به المعنى الذي وإن كان لا يتبادر فهمه من ألفاظ النص ، إلا أنه يعتبر نتيجة حتمية لها ، أى هو المعنى اللازم للمعنى المستفاد من عبارة النص .

مثال ذلك ، ما تنص عليه المادة ١٠٣٣ مدنى من أنه "إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا اقره المالك الحقيقى بورقة رسمية" إذا نظرنا إلى نص هذه المادة ، نجد أنه يدل بعبارته على أن إقرار المالك يصحح عقد الرهن ، ويدل بإشارته على أن عقد الرهن إذا صدر من غير مالك يعتبر قبل إقرار المالك موجوداً ، فلا يتصور أن يرد الإقرار على شئ غير موجود .

وكما يستفاد الحكم من دلالة اللفظ ، فإنه يستفاد من فحواه وروحه ، تطبيقاً لنص المادة الأولى مدنى "تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها" .

وللمفسر أن يستعين . في حالة ما إذا كان النص مشوباً بخطأ مادى أو معنوى ، أو بغموض أو نقص أو كان متعارضاً مع نص آخر ، بالغاية التي يهدف النص إلى تحقيقها ، وبالأعمال التحضيرية وهي مجموعة الوثائق والمستندات التي توضح الخطوات التي مر بها النص عند وضعه وله أن يرجع إلى المصادر التاريخية ، فإذا كان النص مأخوذاً من قانون دولة أخرى ، فإن الرجوع إلى أقوال الفقهاء ، وأحكام المحاكم في تلك الدولة تساعد المفسر في الكشف عن المعنى المقصود

وإذا لم يستطيع المفسر . قاضياً كان أم فقيهاً . الوصول إلى المعنى المقصود للنص أو الحكم المطلوب للحالة المعروضة بإستخدام الاستنتاج المنطقى . سالفة الذكر . كان عليه أن يلجأ إلى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية . العرف . الشريعة الإسلامية . فإذا لم يوجد لم يكن أمامه إلا الإجتهاد من خلال مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

<u>٢. حالة عدم وجود نص :</u>

وفي هذه الحالة يتم الكشف عن حكم الحالة المعروضة بطريق المنطق والاستنتاج ، وقد يتم الاستنتاج بطريق مفهوم الموافقة . القياس ، وقد يكون بطريق مفهوم المخالفة .

مفهوم الموافقة أو القيـاس :

ومعناه إعطاء حالة غير منصوص عليها ، حكم حالة منصوص عليها ، لإتحاد العلة بالنسبة لهما ، والقياس على نوعين القياس العادى والقياس من باب أولى .

القياس العادى : هو إعطاء حالة لم يصرح المشرع بحكمها ، حكم حالة منصوص عليها ، لإتحاد علة الحكم وتساويها في الحالتين ، ومن الأمثلة على ذلك ما تنص عليه المادة ٣١٢ عقوبات مصرى من أنه " لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجنى عليه ..." .

فقيس النصب وخيانة الأمانة على السرقة من حيث الإعفاء من العقاب ، لأن علة الإعفاء وهي المحافظة على كيان الأسرة وتدعيم العلاقات بين أفرادها متوفرة في الحالات الثلاث .

القياس من باب أولى : هي اعطاء حالة لم يصرح المشرع بحكمها حكم حالة منصوص عليها ، لأن علة الحكم في الحالة الأولى أظهر وأقوى منها في الحالة الثانية ، ومن الأمثلة على ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٧ عقوبات مصرى من أن "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن زننى بها يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦ ، أى أن الزوج القاتل يعاقب هنا بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية ، فلو أن الزوج في مثل هذه الحالة . ضرب زوجته ومن زنى بها ، فأحدث عاهة مستديمة . وهي في

الأصل جناية . فيجب أن تقاس هذه الحالة على حالة القتل ، وتخفف العقوبة لأن الزوج أولى بالتخفيف منه في الحالة المنصوص عليها .

مفهوم المخالفـــة :

هو اعطاء حالة لم ينص المشرع على حكمها عكس الحكم المنصوص عليه في حالة أخرى ، لإختلاف العلة أو تخلفها ، ومن الأمثلة ما تنص عليه المادة الرابعة من القانون المدني من أن "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأن من ضرر " فيستنتج من هذا النص بمفهوم المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسئولاً عما ينشأ عن هذا الاستعمال من ضرر .

وإذا لم يستطيع المفسر ، التوصل إلى حل للحالة المعروضة عليه ، بإستخدام طرق الاستنتاج المنطقى السابقة ، كان عليه أن يلجأ إلى مصادر القانون الأخرى كالعرف ، والشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد اجتهد رأيه من خلال مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

بمعنى أن المفسر لا يلجأ إلى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية بحثاً عن المعنى المقصود والحل المنشود ، إلا إذا استنفذ سبيل الوصول إلى ما ينشده من المصدر الأول للقاعدة القانونية . التشريع . وذلك بكل وسائل التفسير التي تكلمنا عنها بما فيها القياس .

نظـــــــرية الحـــــــــق

دكتـــــــــور

محمد سعد خليفة

أستاذ القانون المدني

وعميد كلية الحقوق جامعة أسيوط سابقاً

بسم الله الرحمن الرحيم

وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة
قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء
ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إني أعلم ما لا
تعلمون .

صدق الله العظيم

المقدمة

إذا كان القانون هو مجموعة القواعد un ensemble des régles التي تنظم العلاقة بين أفراد المجتمع ، فإن وسيلته في ذلك هي تحديد ما للأفراد من حقوق وما عليهم من واجبات ، أي أن القانون يعترف بأن لكل فرد حقوق معينة، تثبت له سواء في مواجهة غيره من أفراد المجتمع أم في مواجهة السلطة الحاكمة ، فالدولة L'Etat – كما قلنا – تخضع للقانون (١).

والحق le droit يقابله الواجب le devoir ، فكما تثبت للإنسان حقوق معينة فهو يتحمل بالواجبات ، سواء في مواجهة غيره من أفراد المجتمع ، أم في مواجهة السلطة الحاكمة .

ودراسة الحقوق ، هي دراسة – في نفس الوقت – للواجبات (٢)، ولذا اهتم الفقه القانوني بتحليل فكرة الحق ، فاهتم في المقام الأول بتعريفه ، ثم بين أنواعه، وعناصره .... إلخ ، وقد صاغ الفقه من مجموع هذه المبادئ والأفكار نظرية ، سميت في فقه القانون بنظرية الحق ، وهي تقابل نظرية القانون وليست هذه دعوة لفصل نظرية الحق عن نظرية القانون لأن العلاقة بينهما علاقة وثيقة ، لكن قصدنا بذلك التركيز علي فكرة أساسية – مع أنها محل خلاف الفقهاء – مؤداها أن فكرة الحق من الأفكار الأساسية الهامة والتي لا غني عنها ، فهي واحدة من الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني .

---

(١) مادة ٦٥ من دستور والمادة ٩٤ من دستور ٢٠١٤ وانظر١٩٧١ في ذلك المراجع الآتية :

فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، ١٩٦٨ ، محمد كامل ليلة ، الرقابة علي أعمال الإدارة – الرقابة القضائية ، بيروت ، ١٩٧٠ ، محمود حلمي ، القضاء الإداري ، ١٩٧٥ ؛ أحمد مدحت ، نظرية الظروف الاستثنائية ، ١٩٧٨ .

(٢) عبد الناصر توفيق العطار ، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية ص ٤٢٠ وما بعدها ، فقرة ٢٠٣ .

ونظراً لهذه الأهمية ، سوف نخصص هذا الكتاب لنظرية الحق ، بعد أن خصصنا الكتاب الأول لنظرية القانون ، وسنحاول – بإذنه تعالى – أن نتعرض لأهم موضوعات ، فنعرف الحق ونبين أنواعه ومن يثبت له الحق وعلي ماذا يرد الحق وما هي مصادره وما هي وسائل حمايته ، وذلك بأسلوب سهل وعبارات واضحة ليتمكن القارئ من الإلمام بمصطلحاته الدقيقة ، طامعين أن يكون هذا الجهد مقبولاً إن شاء الله .

خطة البحث :

نقسم الخطة إلي عدة أبواب :

الباب الأول : فكرة الحق .

الباب الثاني : أنواع الحق .

الباب الثالث: صاحب الحق .

الباب الرابع : محل الحق .

الباب الخامس : مصادر الحقوق .

الباب السادس : الحماية القانونية للحق .

البـــــاب الأول

فكرة الحـــــق

اختلف الفقهاء حول العلاقة بين القـــانون Le droit objectif والحـــق Le droit subjectif ، بل ذهب البعض إلي حد إنكار فكرة الحـــق مـــن أساســـها ووصفها بأنها فكرة فلسفية لا قيمة لها ولا فائدة .

وإذا كانت الغالبية تري أن فكرة الحق من أساسيات النظام القانوني ، فـــإنهم اختلفوا حول وضع تعريف جامع مانع للحق . ما سبق يدعونا إلي عرض وجهة نظر كل فريق ، ولذلك سنقسم هذا الباب إلي فصلين ، الأول ، نخصصه للعلاقة بين القانون والحق ، والثاني ، سيكون محله تعريف الحق .

خطة البحث :

الفصل الأول : العلاقة بين القانون والحق .

الفصل الثاني : تعريف الحق .

الفصل الأول

العلاقة بين القانون والحق

Le rapport entre le droit objectif Et Le droit subjectif

جد الفقه في البحث عن أساس لفكرة الحق ، ونجمع آراء الفقهاء في **اتجاهين :**

الاتجاه الأول : ويري أن الحقوق تجد أصلها في الإنسان ، فهي تثبت للإنسان بوصفه إنساناً ، فهي إذا حقوق طبيعية des droits naturels ولدت مع الإنسان ، ودون حاجة إلي قانون ينص عليها . وتستند هذه الوجهة من النظر إلي نظريات القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي والتي قامت علي أساس تقديس الفرد ، وجعلته غاية كل تنظيم قانوني (١).

فالأفراد يستمدون حقوقهم وحرياتهم من القانون الطبيعي وهو مجموعة من القواعد والمثل العليا التي تنبع من طبيعة الإنسان وهي قواعد مثالية ، تسمو علي قواعد القانون الوضعي .

ثم ظهرت نظريات العقد الاجتماعي les théories du contrat social والذي بمقتضاه يتنازل الأفراد عن بعض حقوقهم وحرياتهم للحاكم في مقابل التزامه بحماية ما تبقي لهم من حقوق وحريات، فهو إذا قد فوض في ممارسة السلطة ، فإذا أخل بالتزامه جاز لهم عزله (٢).

---

(1) M. Villey , La genése du droit subjectif chez guillaume d'occam , Arch , philosophie du droit 1964 , pp. 97 et s., J. Ghestin et G.oubeaux, lntroduction générale , 1, 2e éd..G.D.J. 1983 , P. 126 et s.

(2) Vil ' v, Le droit de l'individu chez Hobbez , in swize essais de philosopbie du droit, p. 179 et s.

ويلخص الفقه هذه الوجهة من النظر :

الاتجاه الثاني : ويري أنصاره أن الحقوق تجد أصلها في القانون ، فهي تثبت للإنسان باعتباره أحد أفراد المجتمع ، ولا توجد حقوق من عدم فالقانون مصدر للحقوقوكما لا يتصور وجود حقوق خارج نطاق القانون (١).

فالقانون إذا ، هو الذى ينشئ الحقوق ، ويحدد مداها ويبين شروط التمتع بها ، فهو الذي يحدد مثلاً متى يعتبر شخص ما دون غيره من أفراد المجتمع مالكاً لشئ معين . وذلك عن طريق تحديد الشروط الواجب توافرها لاكتساب صفة المالك ، فإذا توافرات هذه الشروط في شخص معين، كان له وحده الحق في أن يستأثر بسلطة استعمال الشئ المملوك له أو استغلاله أو التصرف فيه ، وبناء علي ذلك فإنه يجب علي غيره من أفراد المجتمع احترام الحق ، ولا يسمح لهم بالاعتداء عليه فهو في نظر القانون مالك ومن ثم وجبت حمايته .

الصلة إذاً وثيقة بين الحق والقانون ، فكلاهما من لوازم الحياة في المجتمع، وكلاهما تعبير عن أوجه العلاقات السائدة بين أفراده (٢). وإذا كانت كانت القاعدة القانونية هي التي تنشئ الحقوق وتحدد مداها وتكفل احترامها،

Selon cette doctrine , les homes à I'état de nature on T une liberté, des pouvoirs illimités mais concurrents …, par . le pacte social, les homes cédent leur droit primitive, impracticable parce qu'indéfini à L 'Etat: Léviathan , En échange , celui – ci attribute aux individus des droits précis qui n' empiétent plus les uns sur les autres ;voir Ghestin et Goubeaux, op. cit., 126 et 127 .

(1) Les droits subjectifs n'existent pas par aux – memes , ils ne sont pas de generation spontanée , issus du néant, ce ne sont pas des droits "naturels ' , les droits subjectivs.. n'existent que dans les limites qui sont traces par les différentes régles de droits et sous les conditions posées par ces régles. Voir starck introduction , nº 146, cite par Ghestin , op cit., p. 128 .

(٢) حمدي عبد الرحمن ، فكرة الحق ، دار الفكر العربي ، طبعة ١٩٧٩ ، ص ٣ وما بعدها .

فإن هذه القاعدة لا تحقق غايتها وترتب آثارها إلا بفضل ما تخوله للأفراد من حقوق تنظم بها علاقاتهم (١).

ونحن نذهب مع الفقه الغالب إلي أن هدف القانون هو حماية الحقوق ، فهو الذي ينشئها ولا توجد خارج نطاقه هذا من ناحية ، ومن ناحية أخري فإنه يصعب من الناحية العملية ، تصور وجود الحق خارج نطاق القانون ، فهل حدث مثلاً ، أن ادعي شخص ما حقاً أمام المحاكم إلا إذا كان هذا الحق معترفاً به قانوناً ، وحتى بفرض وجود حقوق طبيعية للإنسان ، فهذه الحقوق ليست لها قيمة قانونية إلا لأن النصوص هي تحددها وتعترف بها .

وإذا كنا قد انتهينا ، من الخلاف حول العلاقة بين الحق والقانون ، فإننا لم ننته بعد ، فهناك خلاف بين الفقهاء لا يقل أهمية حول فكرة الحق ذاتها .

فقد أنكر بعض الفقه فكرة الحق من أساسها ، فهي حسب رأي هذا الفقه فكرة فلسفية لا فائدة منها ودخيلة علي النظام القانوني . وقد كان علي رأس من أنكر فكرة الحق الفقيه الكبير العميد ديجي Duguit ، لذا نفضل عرض وجهة نظره هذه ، وهي تتلخص في أنه وفقاً لما يراه لا توجد حقوق، لأن الحق يقتضى وجوده إرادة لصاحب الحق ، هذا الإرادة تعلو بالضرورة وتسمو علي إرادات الآخرين ، بمعني آخر ، فإن الحق يفترض وجود تدرج في المرتبة بين الإرادات الدنيا ، فلا يتصور – وفقاً لرأيه – وجود حق إلا إذا كان هناك تسلط لإرادة شخص – صاحب الحق – علي إرادة شخص آخر – المكلف باحترام الحق – ولما كانت الإرادات متساوية في جوهرها ، ولما كان من الصعب إيجاد تفسير علمي ، يبرر هذه الأفضلية لإرادة علي إرادة أخرى ، ولما كان القانون لا يسمح بوجود هذا التدرج في المرتبة بين الإرادات ، فإن فكرة الحق فكرة غير مؤيدة بالواقع ، مما يستوجب طرحها وتطهير الفكر القانوني منها .

---

(١) توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للحق ، طبعة ١٩٧٠ ، ص ٦ .

والصحيح من وجهة نظر ديجي ، أنه توجد قواعد قانونية هذه القواعد القانونية لا تنشئ حقوقاً وواجبات ، وإنما تحدد للأفراد مراكزهم القانونية ، فلا يصح من ثم الكلام عن الحقوق ولكن عن المراكز القانونية .

وقد تكون المراكز القانونية إيجابية أو سلبية،لأنه بالنظر إلي القواعد القانونية فإن الفرد قد يوجد إما في مركز إيجابي أو في مركز سلبي .

وتفسير ذلك أن القواعد القانونية إنما تضع الفرد في مركز يرتبط فيه بالأفراد الآخرين ، وعند تطبيق القاعدة القانونية ، نجد أن أحد الأفراد يتحمل بواجب وفي المقابل يستفيد من هذا الواجب شخص آخر دون أن تتضمن العلاقة بينهما أي خضوع لإرادة من تحمل بالواجب لصالح إرادة المستفيد ، فالجميع يجمعها المركز القانوني المستند إلي القانون ، والذي يترتب عليه إما التحمل بواجب أو الاستفادة منه (١) .

نخلص من ذلك إلي أنه وفقاً لوجهة نظر ديجي هذه ، فإن الأفراد يوجدون في مركز سواء في الخضوع لحكم القاعدة القانونية ، هو مركز الخضوع لحكمها دون أن ينقص ذلك من إرادات أصحاب المركز القانوني(٢).

وتطبيقاً لذلك ، إذا كلف القانون شخصاً بشي معين لمصلحة شخص آخر، كان الأول في مركز قانوني سلبي والثاني في مركز قانوني إيجابي دون أن تتضمن هذه العلاقة تسلط إرادة من استفاد علي إرادة من تحمل بالتكليف

---

(١) يقول في ذلك :

Le probleme du droit subjectif se raméne toujours à ceci; Y a t-il certaines volontés qui ont , d'une maniére permanente ou temporaire , une qualité proper qui leur donne le pouvoir de s'imposer comme tells à d'autres volontés ? La reponse ne peut qu ' etre negative car il est impossible d'expliquer scientifiquement d'ou procéderait une telle hiérarchie .

Duguit, Traite de droit consitutionnel , T. I. paris, 1927 , p. 15 , 127 et s.,Ghestin et Goubeaux , op. cit ., p. 122 , nº 168 .

(٢) حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ١٩ .

وعندما يقال أن شخصاً ما يملك منزلاً ، فلا يقال أنه صاحب حق ملكية ، له أن يتصرف في المنزل أو يستغله أو يستعمله ، وإنما يقال أن المالك هنا في مركز قانوني إيجابي يخوله سلطات معينة ، هي التصرف في الشئ المملوك له ، واستغلاله واستعماله (١).

والحقيقة أن مهاجمة ديجي لفكرة الحق ، إنما ترجع إلي منهجه العلمي فهو لا يسلم إلا بما تؤيده التجربة ، مما جعله يهاجم المذهب الفردي ، الذي غالي في تقديس الحقوق الفردية علي حساب الصالح العام للمجتمع .

كما أنه أنكر الحقوق الطبيعية والتي قبل أنها ولدت مع الإنسان ، وتثبت له بوصفه إنساناً ، لأنه وفقاً لرأي ديجي ، فإن الحق يثبت لشخص في مواجهة أشخاص آخرين ، أي أنه يقتضى الغيرية ، ولا يتحقق ذلك إلا بوجود مجتمع من الناس ، وهذا ما تؤيده التجربة ، وتسجله المشاهدة .

وقد يفهم من هذا ، أن ديجي يسعي إلي القول بأن القانون وحده هو الذي ينشئ الحقوق ، إلا أنه علي العكس ، بني مذهبه علي هدم فكرة الحق ، فهو كما ينكر وجود حقوق طبيعية ، فهو أيضاً ينكر وجود حقوق ينشئها القانون للأفراد في المجتمع .

وإذا كنا نسلم بأن الإنسان لم يوجد أبداً منعزلاً ، فهو كائن اجتماعي بطبعه، يميل إلي العيش في جماعة ، وإذا كنا نسلم أيضاً بأن وجود الحق يفترض وجود شخصين أو أكثر ، صاحب الحق من ناحية ، ومن يتحمل الواجب من ناحية أخري ، فإننا – علي العكس – لا نسلم بتعريفه للحق بأنه سلطة تخول للفرد مكنة فرض إرادته علي إرادة الآخرين ، فهذا التعريف لم يقل به أحد ، وأنه مبنى علي تصور خاطئ عند ديجي عن فكرة الحق .

والصحيح ، أن إرادة صاحب الحق لا تلزم الغير بنفسها ، لأن الإرادات متساوية في جوهرها ، وإنما توجد وقائع قد تكون مادية ، وقد تكون قانونية ، سابقة علي وجود إرادات ، وخارجة عنها ، تحدث ، فيرتب عليها القانون

---

(١) عبد الناصر العطار ، المرجع السابق ، ص ٤٢٠ ، فقرة ٢٠٢ .

أثراً معيناً ، دون أن يتضمن ذلك تغليب لإرادة شخص علـــي إرادة شـــخص آخر (١).

وتطبيقاً لذلك ، فإن صاحب حق الملكية ، لم يكتسب حقه هذا ، يفـــرض إرادته علي إرادة الآخرين ، أو لأن إرادته تتسلط علي إرادة الآخرين – كما يتصور ديجي – ولكن لأنه قد توافر سبب من أسباب كسب الملكية ، قد يكون العقد وقد يكون الميراث ... إلخ ، ولأنه مالك ، فيكون له دون غيـــره مـــن أفراد المجتمع ، الحق في أن يستأثر بمحل الحق ، وله وحده أن يمارس عليه سلطاته التي منحها له القانون .

وإذا ارتكب شخص ما خطأ سبب ضرراً للغير ، كان ملزماً بالتعويض ، فالحق في التعويض تقرر هنا للمضرور ، ليس لأن إرادته تسمو علـــي إرادة محدث الضرر ولكن لأن الأخير قد ارتكب خطأ ، هذا الخطأ واقعـــة رتـــب عليها القانون أثراً معيناً هو التزام محـــدث الضـــرر بـــالتعويض لمصـــلحة المضرور .

خلاصة ما تقدم ، أن فكرة الحق من الأفكار الأساسية التـــي تستعصـــي علي الرفض أو الإنكار ، وأنها من الحقائق المسلم بها في الفقه القانوني ولها مكان هام في نظامنا القانوني (٢).

---

(١) حسن كبرة ، المدخل إلي القانون ، المعارف ، ١٩٧١ ، ص ٤٢٧ .

(٢) يقول جستان في هذا الشأن :

II n'ya pas lieu d'éliminer purement et simplement cette notion qui occupe une place importate sans pour autant constituer la base de tout l'ordre juridique , voir , op. cit ., p.132, nº 177; Coing, Signification de la nation de droit subjectif, Arch . ph. Du, droit, 1964 , p. 1 et s; Michae Lides – Nouaros, L'évolution récente de la nation de droit subjectif , revtrim – dr . cit . 1966 , p. 216 et s .

الفصل الثاني

تعريف الحق

رغم التسليم بأن فكرة الحق من الأفكار الأساسية في النظام القانوني ، إلا أن التعرض لتعريفه قد أثار العديد من المشاكل ، فقد اختلف الفقهاء اختلافاً بيناً ، صحيح أن هذا الخلاف قد أثري الفقه القانوني لكنه لم ينجح في وضع تعريف جامع مانع للحق ، رغم ما قد يبدو لأول وهله من سهولة وإعطاء تعريف للحق ، يحدد ماهيته ، ويكشف عن جوهره وخصائصه .

ودون الدخول في تفصيل كل ما قيل من تعريفات ، فإننا نفضل أن نتعرض لأهم النظريات ، والتي تركت أثراً ملموساً في فقه القانون ، وذلك بشئ من الإيجاز ، **وأهم هذه النظريات :**

المبحث الأول : نظرية سافيني ووندشايد .

المبحث الثاني : نظرية اهرنج .

المبحث الثالث : نظرية دابان .

ونخصص لكل نظرية مبحثاً مستقلاً .

المبحث الأول

نظرية سافيني ووندشايد (١)

ويطلق عليها نظرية الإرادة Ia these volontariste، وينظر أنصار هذا الاتجاه إلي الحق من خلال صاحبه ، فقد عرفوا الحق بأنـــه قـــدرة أو إرادة لصاحب الحق ، يستمدها من القانون

un pouvoir de volonté par le droit concédé objectif

ويؤخذ علي هذه النظرية ما يلي :

---

(١) قال بهذه الوجهة من النظر سافيني ، أما صياغتها ووضوحها فكان علي يد ووندشايد .

١-أن تعريف الحق بأنه إرادة أو سلطة لصاحب الحـــق ، يفتـــرض وجـــود الإرادة ليوجد الحق مع أن الإرادة ليست شرطاً لازماً لثبوت الحقوق ، بدليل أن الحقوق تثبت لعديمي الإرادة ، كالصبي غير المميز والمجنون(١).

٢- أن هذا التعريف يخلط بين وجود الحق ومباشرته .

Cette definition semble bien confodre le droit lui – meme et son exercice(٢)

فوجود الحق لا يتطلب وجود الإرادة ، وعلى العكس فإن صاحب الحق لا يستطيع مباشرة حقوقه إلا إذا كان متمتعاً بالإرادة الواعية ، وإلا عين له نائباً ليباشر هذه الحقوق نيابة عنه .

٣- يؤدي الأخذ بهذا التعريف إلى حرمان الشخص كالشركات من اكتساب الحقوق ، لانعدام الإرادة الحقيقية مع أن الثابت قانوناً أن الحقوق تثبت للشخص المعنوي كما تثبت للشخص الطبيعي .

٤-يؤدي الأخذ بهذا التعريف إلى عدم ثبوت الحق لشخص دون علمه ، مع أن الثابت أن الشخص قد يثبت له الحق دون علمه كالوارث الذي لا يعلم بوفاة مورثه وكالغائب والمستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير (٣).

---

(١) انظر في تقييم النظرية :

Babin , Le droit subjectiif ,1952 ,p.56 ets.
Ghestin et Goubeaux, op . cit., p. 132 et s .,n˚179.
(2) Ghestin et Goubeaux, op . cit., p. 133.
(3) Dabin, op.cit.,p.59 et s.

المبحث الثاني

نظرية اهرنج

Théorie de Ihéring

على عكس النظرية السابقة فإن اهرنج (١) ، ينظر إلى الحق من ناحية موضوعه opjet ، ولذلك عرف الحق بأنه " مصلحة يحميها القانون "un intérêt protégé par la loi " ، فعرفت نظريته بنظرية المصلحة ، فقد رأى اهرنج أن الإرادة الواعية ليست شرطاً لثبوت الحقوق ، فالحقوق – كما سبق القول – تثبت لعديمي الإرادة كالصبي غير المميز والمجنون ، رغم انعدام الإرادة الواعية عندهما ، وذلك لأن لكل منهما مصلحة يحميها القانون، فالمصلحة هي جوهر الحق وليست الإرادة ، ولا يهم بعد ذلك أن تكون المصلحة مادية أو معنوية .

ومع ذلك ، فإن المصلحة التي هي جوهر الحق لا تعتبر – عند اهرنج – حقاً ، إلا إذا كان القانون يحميها ، ولذلك قيل بأن الحق مصلحة يحميها القانون ، فالحق وفقاً لهذا الاتجاه لا يكون حقاً إلا بتوافر عنصرين :

العنصر الأول : المصلحة .

العنصر الثاني : الحماية القانونية ، المتمثلة في رفع الدعوي القضائية.

وقد تعرضت نظرية اهرنج بدورها للنقد ، فيؤخذ عليها :

١- أن المصلحة التي هي جوهر الحق ، لا تصلح دائماً معياراً للحق ، فقد يوجد الحق ولا توجد المصلحة ، كأن يتلقى الموهوب له مالاً محملاً بعبء يستغرق كل منافعه .

كذلك فقد توجد المصلحة ، ولا يستتبع هذا بالضرورة وجود حق يحميه القانون ، لأن هناك مصالح لا ترقي إلى مرتبة الحقوق ، كما لو صدر قانون

---

(١) اهرنج ، فقيه ألماني ، ونظريته تعد من أشهر النظريات ، وقد عرض لها في كتابه :
L'esprit du droit romain trad .De Meulenaere, T.111, 3Éd, 1888, p.326 ets.

، يفرض رسوماً جمركية على السلع الأجنبية المستوردة حماية للمنتجات الوطنية المماثلة ، فإن هذا القانون يحقق مصلحة – بلا شك – لأصحاب المصانع الوطنية ، فيكون لهم إذاً مصلحة في فرض هذه الرسوم وكذا في استمرارها ، لكن هذا لا يثبت لهم حقاً في فرض هذه الرسوم أو في استمرارها.

٢- أن هذه النظرية تعتبر الحماية القانونية ، ركناً في الحق مع أن الحماية القانونية وسيلة لاحقة لوجود الحق ، فالحق ليس حقاً لأن القانون يحميه ولكن لأنه حق فالقانون يحميه .

L'intérêt n'est pas un droit parcequ'il est protégé, il est , au contraire , protégé parce qu'il est reconnu être un droit , méritant comme droit cette protection(1)

فالحماية القانونية إذاً، ليست ركناً في الحق ولا تدخل في جوهره ، فيبقى السؤال مما يتكون الحق ؟

والحقيقة ان تحليل إهرنج السابق يدور حول فكرة الحق ، دون أن يحدد لنا جوهره فبقيت الفكرة غامضة (٢)، لذلك اتجه بعض الفقه إلى البحث عن

---

(1) Ghestin et Goubeaux, op . cit., p. 134 , Dabin, op.cit., p.68 ets.

توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص١٦.

(1) وفي تعليقه على النظرية يقول جستان :

" En somme, on a le sentiment que l'analyse d'ihering tourney autour de la notion de droit sans parvenir á en saisir l'essence. Cette théorie precise le but , ou plutôt un des buts du droit , la satisfaction d'un intérêt ; elle indique", comment , par la protection de l'etat , ce but peut être attaint , la notion elle- meme reste assez mystérieuse .op.cit., p.134.

وقد حاول بعض الفقهاء الجمع بين النظريتين السابقتين ، نظرية الإرادة ونظرية المصلحة ، وقد عرفت بالنظرية المختلطة، وقد عرفت الحق بالعناصر المميزة له في كل نظرية خاصة " الإرادة – المصلحة " ، فالحق عندهم :

" Le droit est L'intérêt d'un moyen de la puissance reconne á une volonté de la représenter et de le defender ".Voir , Michoud, la théoire de la personnalité morale , 2e éd, T.1, 1924,P.103.

تعريف آخر للحق ، يراه أكثر تعبيراً عن جوهره وخصائصه وهذا ما فعلـــه الفقيه دابان Dabin .

المبحث الثالث

نظرية دابان

Théorie de Dabin

بعد أن تناول دابان التعريفات السابقة بالنقد والتحليـــل ، حـــاول إعطـــاء تعريف جديد ، وخلص إلي أن الحق هو في الأساس استئثار وتسلط ، وهـــذا الاستئثار سبب التسلط ويؤدي إليه (١)، فالحق عنده ميـــزة يمنحهـــا القـــانون لشخص وتحميها طرق قانونية ، فيكون لذلك الشخص أن يتصرف في مـــال أقر القانون باستئثاره به باعتباره مالكاً له أو باعتباره مستحقاً لـــه فـــي ذمـــة الغير .

وبتحليل أفكار دابان ، خلص الفقه إلى أن فكرة الحق تتحلل عنده– إلى العناصر الآتية :

١– الاستئثار.

٢– التسلط.

٣– حجية الحق في مواجهة الغير .

٤– الحماية القانونية .

---

(٢) وهو فقيه بلجيكي ، قد عرض لهذه النظريات في كتابه الذي ظهر عام ١٩٥٢ ، فيقول ص ٨٠.

" Le droit subjectif est éssntiellement appartenance maitrise, l'appartenance causant et determinant la maitrise '.

ويضيف ص ٨١ :

" Ainsi le droit subjectif se présente d'emblée comme une relation d'appartence entre le sujet et une chose, d'une part, l'idée de droit ne nait qu'avec cette appartenance , d'autre part, cette appartenance est au principe de tout ce qui constitue et caractérise le droit' .

١- الاستئثار L'apparténance :

ويقصد به انفراد صاحب الحق بالميزات التي يخولها الحق ، فالحق يفترض وجود شخص يسند إليه ، ويسمى بصاحب الحق وصاحب الحق هو الذي ينفرد دون غيره من أفراد المجتمع بموضوع الحق – مال أو قيمة معينة(١)– فيكون له دون غيره كافة السلطات بما يسمح له بالتصرف فيه واستعماله واستغلاله .

٢- التسلط La maitrise :

La maitrie est le corollaire de I'apparlénance.

ويقصد به القدرة على التصرف بحرية في المال أو القيمة التي يستأثر بها.

Le pouvoir de libre disposition de chose , objet du droit.

صاحب الحق دون غيره ، فمالك الشئ له الحرية في أن يفعل ما يشاء بما يملكه ، فيستطيع أن يتصرف فيه تصرفاً قانونياً ، فله أن ينقل ملكيته إلى شخص آخر سواء تم ذلك بمقابل أو بدون مقابل ، كما له أن يستعمله أو يستغله .

٣- حجية الحق في مواجهة الغير :

L’opposabilité du droit aux tiers

إذا كان الحق ميزة يختص بها صاحب الحق ، فيكون له وحده دون غيره أن يتصرف فيه بحرية ، فالحق يكون حقاً في مواجهة الآخرين

II n’y de droit subjectif que par rapport aux autres individus.

أي أن الحق يقتضي الغيرية ، لأنه يثبت لشخص في مواجهة أشخاص آخرين (٢) ، ويلتزم الغير باحترام الحق ويمتنع عليه المساس به ، فإذا لم يحترم الحق طواعية واختياراً فإنه يجبر على احترام الحق .

---

(1) ll s'agit non seulement des biens matériels, mais, aussi des " biens ou valeurs in hérents à la personne , physique ou morale , du sujes. Vie, intégrite du corps, libertés, op. cit., p. 83.

(٢) فكأن الحق يتضمن نوعين من العلاقات :

٤- الحماية القانونية La protection juridique :

لا يكتمل الحق بتوافر العناصر الثلاثة السابقة ، الاستئثار والتسلط وحجية الحق على الغير ، ولكن لابد من تدخل الدولة لحماية الحق ، فالحماية القانونية هي الوسيلة التي تكفل احترام الحق (١) ، ورفع الدعوى أمام القضاء هو الإجراء الذي يستطيع به صاحب الحق الدفاع عن حقه .

Toute droit véritable est muni d'une action.

نخلص إلى أن الفقه لم يتفق بعد على تعريف جامع مانع للحق، ومع ذلك يمكن القول بأن التعريف الذي يلقي قبول غالبية الفقه المصري(٢) هو التعريف الآتي: الحق هو" إستئثار شخص بمال أو بقيمة معينة استئثاراً يحميه القانون ". **ويتميز هذا التعريف بالخصائص الآتية :**

١-الحق يعبر عن علاقة اختصاص واستئثار ، فهو يفترض وجود علاقة بين شخص وشئ معين وسواء أكان هذا الشخص شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً، وسواء أكانت هذه العلاقة ، مباشرة – كحق ملكية – أم غير مباشرة(٣)- الحق الشخصي –وسواء أكان محل الحق شيئاً مادياً – كعقار أم منقول، أم عملاً أم امتناعاً عن عمل أم قيمة معنوية .

١- علاقة اختصاص وتسلط لصاحب الحق على محل الحق .

٢- علاقة صاحب الحق بالآخرين ، ويقول دابان في ذلك :

A la rélation d'apparténance de l'objet au sujet , s'ajoute donc une séconde relation du sujet á autrui…", op.cit.p.94.

(1) Dabin, op.cit., p.97.

(٢) شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ، ١٩٦٨ ، ص ٣٠١ وما بعدها ، فقرة ١٨٤ وما بعدها ، حسن كيرة، المرجع السابق ، ص٤٣٦ وما بعدها ؛ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص٣٣ وما بعدها.

(٣) ولذلك رأى بعض الفقه أن تعريف دابان للحق ، وإن يبدو واضحاً وقوياً بالنسبة لحق الملكية – لأنه علاقة مباشرة بين صاحب الحق ومحل الحق – فأنه ليس كذلك في الحقوق الشخصية، لأن هذا النوع من الحقوق يتطلب تدخل المدين ، مما يعني أن الاستئثار هنا ليس L'apparténance- maitrise أي استئثار مباشر ، ولكن هناك استئثار غير مباشر

٢-أنه وإن كان الغالب ، أن يحصل صاحب الحق على منافعه، فإن هـذا لا يعني أن من يثبت له الاستئثار ، يحصل دائماً على هذه المنافع ، لأنـه فـي بعض الحالات قد يثبت الانتفاع لغير من يثبت له الاستئثار ، فالمغتصـب أو السارق ينتفع بالشئ الذي تحت يده ، لكنه ليس بصـاحب حـق ولا يحميـه القانون ، فالحماية القانونية لا تتقرر إلا لصاحب حق ..

٣-الحق لا يرتبط بالإرادة ، فقد يثبت لأشخاص قد لا تتوافر فـيهم الإرادة ، كفاقدي التمييز ،وقد يثبت لأشخاص ليس لهـم إرادة حقيقيـة – كالشـخص المعنوي – أو لأشخاص دون علمهم – كالغائب .

٤-يرد الاستئثار على شئ أو قيمة ، وتسمى بمحل الحـق ، ومحـل الحـق يتنوع – كما سبق القول –لأنه قد يرد على أشياء غير مادية ، كالقيم اللصيقة بشخص الإنسان كسلامة الجسم ،والشرف ، والمصنفات الذهنية .

٥-كذلك فإن أسباب الاختصاص أو الاستئثار تتعدد ، فقد تعـود إلـى فعـل الطبيعة ، كالحق في الحياة ، وقد تعود لأسباب صناعية كالحقوق الناشئة عن اتفاق الأفراد فيما بينهم .

٦-وأخيراً ، يجب أن يتمتع صاحب الحق بالحماية القانونية ، حتى يتحقق له الانفراد بميزات الحق ، والذي نقصده بالحماية هنا ، إقرار القانون لاسـتئثار صاحب الحق بحقه ، فقد رأينا أنه قد يستأثر شخص ما بشئ معين ، ومع هذا لا يحميه القانون كالسارق .

L'apparténance indirecte . أي قد تكون العلاقة أيضاً بين شخصين ، ولذا تعرضت نظرية دابان للنقد أيضاً .

وتطبيقاً لذلك :

إذا وقع اعتداء على صاحب الحق ، ولأن القانون يقر هذا الحـــق (١)، فقد أعطى لصاحبه وسيلة دفاع، هي الدعوى أمام القضاء لـــرد الاعتـــداء ، وهذه الدعوى ليست إلا أثراً مترتباً على إقرار القانون للحق .

نخلص من ذلك ، إلي القول ، بأن الحق لا يتصور وجوده إلا بتوافر ثلاثـــة عناصر هي :

١-شخص الحق ، وهو من ينسب إليه الحق ويستأثر به .

٢-محل الحق ، أي ما يرد عليه الحق من أشياء مادية أو معنوية .

٣-الحماية القانونية .

---

(١) وإقرار القانون لاستئثار صاحب الحق بحقه ، وما يتبعه من حماية قانونية ، يترتب ما دام هناك تطابق بين المصلحة الخاصة ، مصلحة صاحب الحق ، والمصلحة العامة ، مصلحة المجتمع ككل .

البـــــاب الثـــــــاني

أنواع الحقوق

يقسم الفقه الحقوق – بحسب الزاوية التي ينظر إليها – عدة تقسيمات وبصفة عامة ، تنقسم الحقوق إلى : حقوق سياسية وحقوق مدنية ، حقوق عامة وحقوق خاصة ، حقوق مالية وحقوق غير مالية .

الحقوق السياسية droits politiques : فهي تلك الحقوق التي تثبت للإنسان باعتباره عضواً في دولة ما ، فيكون له حق المشاركة في شئون الحكم، وحق المشاركة في إقامة النظام السياسي لهذه الدولة ، مثال ذلك ، حق الإنسان في ترشيح نفسه للمجالس النيابية ، وحق الانتخاب وكذلك تولي الوظائف العامة .

ولما كان تقرير هذه الحقوق يهدف إلى ، حماية المصالح السياسية للدولة، فهي تثبت – كقاعدة عامة – للمواطنين وحدهم ، ولا تمنح للأجانب(١) . كماأن دراستها – الحقوق السياسية – تعتبر من الموضوعات الأساسية للقانون العام ، خاصة القانون الدستوري والقانون الإداري .

الحقوق المدنية droits civils : ويقصد بها مجموعة الحقوق غير السياسية ، والتي تثبت للإنسان ، ليتمكن من ممارسة نشاطه العادي ، ولذلك فهي أوسع نطاقاً وأكثر تنوعاً من الحقوق السياسية .

---

(١) ويرى الفقه ، أن السبب في عدم ثبوت هذه الحقوق للأجنبي ، أن هذا الأخير يدين بالولاء لوطنه ، مما قد يضر بمصالح الدولة ، ويعرضها للخطر ، ومع ذلك ، قد لا يتمتع بهذه الحقوق الوطني إلا إذا توافرت فيه شروط معينة كالسن ، والعلم مثلاً ، كما أن القانون يجيز الاستعانة – في حالة الضرورة – بالأجانب ، لنستفيد بخبراتهم في مجالات معينة وقد يكون ذلك بسبب المعاملة بالمثل . عبد االناصر العطار ، المدخل ، ص ٤٢٤ .

والأصل ، أن هذه الحقوق ، تثبت لجميع الأفـــراد ، ومثـــال ذلـــك حـــق الإنسان في التملك ، وحقه في التعاقد ، وحقه في ممارسة مهنة معينة ، كمـــا قد تثبت هذه الحقوق للأجانب بشروط معينة (١).

الحقوق العامة droits publics : ويقصد بها تلك الحقوق التي تثبـــت للإنسان في مواجهة الدولة ، ويقررها القانون العام ، وتهدف إلي حماية حياة الأفراد وحريتهم وأموالهم ، وقد نظم الدستور هذه الحقوق في الباب الثالـــث تحت عنوان الحقوق والحريات والواجبات العامة (٢).

وتتنوع الحقوق العامة ، لأن منها ما يهدف إلى حماية الكيـــان المـــادي للإنسان ،ومنها ما يهدف إلى حماية كيانه المعنوي ، فللإنســـان الحـــق فـــي الحياة، وفي سلامة الجسد ، كما أن للإنسان الحق فـــي أن يكـــون لـــه اســـم معين،والحق في احترام حياته الخاصة ، والحق في التنقل ، والحق في إبـــداء رأيه، والحق في نسبه أفكاره ومؤلفاته إلى نفسه ، والحق في المحافظة علـــى سمعته وشرفه .. إلخ .

الحقوق الخاصة droits privés : لا تثبت الحقوق الخاصة للإنسان ،إلا إذا توافر سبب خاص لاكتسابها وفقاً لقواعد القـــانون الخـــاص ، باعتبـــاره القانون الذى يتكون من مجموعة القواعد التي تنظم العلاقـــات بـــين الأفـــراد العاديين (٣) ، وتنقسم بدورها إلي حقوق مالية وحقوق غير مالية .

الحقوق المالية droits patrimonaux : ويقصد بها ، تلك الحقـــوق التي يمكن تقويمها بالمال ، كحق الملكية ، وتدخل هذه الحقـــوق فـــي الذمـــة المالية ، ويجوز التصرف فيها والحجز عليها ، وتنتقل بالميراث ، وتنقضـــي بالتقادم .

---

(١) انظر مثلاً ، حق الأجنبي في تملك الأراضي الزراعية ، حمدي محمد عطيفي ، دروس في القانون الزراعي ، ١٩٩٢ ، ١٩٩٣ ، ص ٢٥ وما بعدها .

(٢) دستور ٢٠١٤ .

(٣) أحمد شرف الدين ، نظرية الحق ، ١٩٨٧ م ، ص ٢٥ .

الحقوق غير المالية droits éxtra – patrimoniaux : فهي تلك الحقوق التي لا تقوم بمال ، بمعني آخر ، لا يمكن الاعتياض عنها بالمال ، ولذلك فهي تخرج من دائرة التعامل ، ولا يجوز التصرف فيها والحجز عليها، ولا تنتقل بالميراث .

ومن أهم هذه الحقوق ما يطلق عليه حقوق الأسرة Droits de famillie ويقصد بها ، الحقوق التي تثبت للفرد باعتباره عضواً في أسرة ، مثال ذلك ، ولاية الأب على ابنه ، وحقوق الزوج في مواجهة زوجته ، وحق الأولاد في رعاية والديهم لهم ... إلخ ، ومع ذلك ، فإن بعض الحقوق غير المالية يستتبع آثاراً مالية ، فحق البنوة يستتبع الحق في الإرث ، وحق الطلاق يستتبع الحق في النفقة (١).

وبعد أن استعرضنا ، التقسيمات المختلفة للحقوق ، سوف نتبع مع الفقه تقسيماً آخر لها، يؤسس على محل الحق ، فهي تنقسم إلى :

حقوق الشخصية .

الحقوق العينية.

الحقوق الشخصية .

الحقوق الذهنية .

وسوف نخصص لكل منها فصلاً مستقلاً وفقاً لخطة البحث الآتية :

خطة البحث :

الفصل الأول : حقوق الشخصية (الحقوق اللصيقة بالشخصية)

الفصل الثاني : الحقوق العينية .

الفصل الثالث : الحقوق الشخصية .

الفصل الرابع : الحقوق الذهنية .

---

(١) انظر في التقسيمات المختلفة للحقوق :

Weill (A.) et Terré(F) : Introduction genérale , 4e éd Dalloz, 1979 , p.253 ets.

الفصل الأول

حقوق الشخصية (الحقوق اللصيقة بالشخصية)

Droits de la personnalité

يقصد بحقوق الشخصية ، مجموعة الحقوق التي تنصب علـــي مقومـــات وعناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة الماديـــة والمعنويـــة (١)، وهـــذه الحقوق لصيقة بشخص الإنسان ، وبعضها يهدف إلي حماية الإنســـان فـــي كيانه المادي، وبعضها يثبت له لحماية كيانه المعنوي .

فللإنسان الحق في أن يكون جسده معصوماً من اعتداء الآخرين ، وهو ما يعرف بمبدأ معصومية الجسد ، كما أن للإنسان الحق في الحفاظ علي شرفه وأسراره وفكره ... إلخ .

لذلك كانت حماية الإنسان في كيانه المادي – حماية جسده – وفي كيانـــه المعنوي ، من أساسيات النظام القانوني علي اعتبار أن الإنسان هو غاية كل تنظيم قانوني ، وأن الحماية القانونية هنا ، إنما ترد علي قيم وعناصر لازمة لوجود الإنسان واستمرار تقدمه في المجتمع (٢).

ولأن هذه الحقوق تثبت للإنسان بمجرد وجوده ولمجرد كونه إنساناً ،فقـــد أطلق عليها الحقوق الطبيعية Droit naturéls كما أطلـــق عليهـــا حقـــوق الإنسان droits de I'homme ، وهذه الحقوق قد تقـــررت فـــي الإعـــلان العالمي لحقوق الإنسان La declaration des drois de I'homme الذي أصدرته الجمعية العامة بالأمم المتحدة سنة ١٩٤٨ ، وهـــي ثـــلاث فئـــات : الحقوق المدنية والسياسية (وتسمي الجيل الأول من الحقـــوق) ، والحقـــوق الاقتصادية والاجتماعية (وتسمي الجيل الثاني مـــن الحقـــوق) ، وأخيـــراً ،

---

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨ .

(٢) حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

الحقوق البيئية والثقافية والتنموية (وتسمي الجيل الثالث من الحقوق) ، كما اعترف الإسلام بها (١).

ومما ساعد علي بلورة فكرة حقوق الإنسان هذه ، عاملان : -

الأول : علي الصعيد النظري والفلسفي ، فمنذ القرن السابع عشر الميلادي كان لكتابات المفكرين والفلاسفة ما يبرر الثورة علي الظلم والاستبداد ، فجاءت الثورة الإنجليزية ١٦٨٨ م والأمريكية ١٧٧٦ م ثم الفرنسية ١٧٨٩م(٢).

الثاني : يكمن في الظروف المحيطة ، حيث اعتبرت فكرة حقوق الإنسان وسيلة من وسائل مقاومة الظلم والطغيان ، وخاصة في عهود الاستبداد السياسي ، مما جعل لها طابعاً سياسياً في أول الأمر ، حيث كان الهدف حماية المحكومين من عسف وجور الحاكم المستبد ، ثم اتسعت شيئاً فشيئاً ليضاف إلي الحقوق السياسية والمدنية ، حقوقاً اقتصادية واجتماعية وثقافية .

وبعد أن كانت محددة المكان انجلترا وأمريكا وفرنسا ، بدأت تنتشر فكرة حقوق الإنسان في كل أنحاء العالم .

بعد أن كان الهدف حماية الإنسان عن طريق القوانين والدساتير الداخلية لكل دولة ، أصبحت فكرة حقوق الإنسان ذات طابع دولي ، تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الأنسان عام ١٩٤٨ ، كما أصبحت محل اهتمام القانون الدولي العام .وإذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ذا طابع أدبي، إلا أن

---

(١) عبد الواحد الفار ، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية ١٩٩٠؛ محمد الغزالي ، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة ، دار الدعوة .

(٢) ويري الفقه ، أن أول ما ظهر كتجسيد للفكرة ، صدرت (الماغنا كارتا) Magna carta عام ١٢١٥ ، وهي العهد الكبير وأصدرها ملك إنجلترا Jean Sans terre حيث منح شعبه بعض الحقوق ، وفي عام ١٧٧٦ جاءت وثيقة إعلان الاستقلال بعد حرب التحرير الأمريكية ، ثم بعد ذلك الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩ ثم الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨ .

الأمر تطور وبات الإلزام القانوني ضرورياً ، وظهر هذا واضحاً في العهدين الدوليين لعام ١٩٦٦ م والخاصين بالحقوق السياسية والمدنية ، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

ورغم هذا التطور ، إلا أن الأمر مختلف من حيث التطبيق العملي ، ففكرة حقوق الإنسان مازالت تواجه صعوبات جمة ، ومازالت أنواعها ومداها ومحتواها مختلف من دولة إلي دولة أخري ، بل إنها تختلف في الدولة الواحدة من زمن إلي زمن .

ظهرت إذاً ، فكرة حقوق الإنسان في أوربا ، وكان الهدف مقاومة الظلم واستبداد الحكام ، ولذلك فقد ارتبطت بمعاداة الحكومات ، مما أدي إلي تفجر الثورات ، كما مهدت لظهور الفكر الفردي ، الذى يعلي من قيمة الإنسان ، ويجعل وظيفة الدولة الدفاع وحفظ الأمن .

ومع مرور الوقت وظهور مساوئ الفكر الفردي ، وبات واضحاً أن هذه الحقوق والحريات المطلقة صارت هي نفسها ،وسيلة من وسائل الاستبداد والظلم ، الذي اتصفت به الحكومات في عصر الاستبداد السياسي ، وهو هنا ظلم واستبداد الأفراد للأفراد وبمعني آخر ، ظلم واستبداد الأقوياء للضعفاء والأغنياء للفقراء ، وهو ما حدث بالفعل ، ولذلك ظهر فكر جديد ، ينظر إلي الإنسان ككائن اجتماعي ، وينظر إلي الدولة نظرة جديدة ، فالدولة ليست في كل الأحوال عدواً للحرية وحقوق الإنسان ، بل إنها من الممكن أن تكون دولة عادلة إذا كانت كذلك، فسوف تكون حكماً عادلاً بين الأفراد والجماعات المتصارعة فترد الظلم والعدوان وتحمي الفقراء والضعفاء ، مما يجلها بذلك حامية للحرية وحقوق الإنسان .

كما نادي هذا التيار ، بضرورة الاهتمام بالحقوق الأخري ، وهي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، وكان لهذا تأثير واضح ،فقد اشتمل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، علي الحقوق السياسية والمدنية (١)، كما

---

(١) المواد من ٢: ٢١

اشتمل علي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافيـــة.(ب[1]) وتأكيـــداً لهـــذا الاهتمام المتزايد عالمياً بحقوق الإنسان ، صـــدرت الاتفاقيتـــان المتعلقتـــان بالحقوق السياسية والمدنية ، والاجتماعية والاقتصادية والثقافية عـــام ١٩٦٦ ليتأكد التكامل بين هاتين المجموعتين من الحقـــوق ، وتـــأثرت التشـــريعات الداخلية ، فبجانب الحقوق المدنية والسياســـية، ظهـــرت تشـــريعات لحمايـــة المـــواطنين مـــن البطالـــة ، والمـــرض ، والرعايـــة الصـــحية والضـــمان الاجتماعي.... إلخ .

يري البعض إذاً ، أن فكرة حقوق الإنسان إنما هي نتاج الفكر الغربـــي ، وإذا كانت هذه الفكرة هي الشائعة الآن ، وإذا كانت كل أمة تحاول أن تنسب إلي نفسها شرف تقرير حقوق الإنسان ، إلا أنه من حقنـــا أن ننبـــه إلـــي أن الديانات السماوية كان لها فضل السبق في هذا المجال ، فقد أقـــرت حقـــوق الإنسان منذ زمن بعيد ، وقبل أن تظهر الفكرة أصلاً في أوربـــا، وقبـــل أن تتضمنها التشريعات الداخلية والاتفاقات الدولية ، فالديانات كرمت الإنســـان ، كما أنها جاءت لتحقيق السعادة له ، وطالبت الإنسان أن يكون رحيمـــاً محبـــاً لأخيه الإنسان .

أما عن دور الإسلام في هذا المجال ، فليس خفياً علي كل منصف ، فقـــد قرر هذه الحقوق بكل وضوح بالغ الدقة .

أما علي المستوي الوطني والداخلي ، فإذا كان شراح القانون يتبارون في الدفاع عن حقوق الإنسان ، ويحاول المتخصصون في كل فرع من فروعـــه نسبة حقوق الإنسان إليه ، إلا أنه بنظره منصفة ، يقرر أن القـــانون المـــدني وهو الشريعة العامة وأقدم القوانين جميعاً كان سباقاً في تقرير هذه الحقوق ، كما أنه لعب دوراً هاما في تأكيدها وحمايتها ، لذلك رأيت أنه من الأهميـــة ، أن أبرز دور القانون المدني في هذا المجال ، خاصة وأن فروعاً أخري ، قد برز دورها كالقانون الدولي والقانون الجنائي والقانون العام .

---

(١) المواد ٢٢-٢٧

حقوق الإنسان إذاً ، هي الحقوق التي تستمد أصلها من الشخصية ، فهي تكفل – كما يقول الفقه – لكل إنسان الاقتناع بنفسه وبكل ما هو مرتبط بنفسه ارتباطاً وثيقاً ، أي بكل قواه الجسدية والفكرية ، وهي الحقوق التي تنصب علي المقومات الشخصية في مظاهرها المادية والمعنوية (١). وهي حقوق لازمة لوجود الإنسان لإستمرار تقدمه في المجتمع (٢).

ونظراً لأهمية هذه الحقوق ، فإننا نفضل التعرض أولاً للحقوق التي تثبت للإنسان بالنسبة لكيانه المادي – مبدأ معصومية الجسد – ثم تلك التي تثبت للإنسان بالنسبة لكيانه المعنوي ، وذلك في مبحثين :

المبحث الأول : حقوق الإنسان بالنسبة لكيانه المادي .

المبحث الثاني : حقوق الإنسان بالنسبة لكيانه المعنوي .

المبحث الأول

حقوق الإنسان بالنسبة لكيانه المادي

(مبدأ معصومية الجسد)

Droit à l'intégrité physique

يقصد بمبدأ المعصومية أن لكل فرد حق يرد علي جسده يخول له حمايته من أي اعتداء يقع عليه ، كما أن كل تعامل محله جسد الإنسان يقع باطلاً ، والتعرض لهذا الموضوع يثير التساؤل عن :

طبيعة حق الإنسان علي جسده ؟ صور الرضاء في الاتفاقات التي يكون محلها التعامل علي جسد الإنسان ؟

---

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨

(٢) حمدي عبد الرحمن ، فكرة الحق ، دار الفكر العربي ١٩٧٩ م ، ص ٤٣.

المطلب الأول

طبيعة حق الإنسان على جسده

اختلف الرأي حول طبيعة حق الإنسان على جسدة نحصرها في ثلاثـــة آراء:

١- الرأي الأول :

ويذهب إلي أن جسد الإنسان مقدس ويخرج عن دائرة التعامل ، فهو خـــارج عن كل اتفاق وحرمته تقتضي حمايته من أي اعتداء يقع من الغير ، ومن أي تصرف يقع – ولو من الإنسان نفسه ، وجسد الإنسان لا يقيم بمال ولا يمكن معاملته كأحد الأشياء التي يجوز التعامل فيها (١).

وهذا يقتضى عدم جواز إجبار الإنسان علي الخضوع لأي تجارب طبية ، أو فحوص أو عمليات جراحية إلا بالشروط التي يقررها القانون ، فكل تصرف يتضمن مساساً بجسم الإنسان – ولو كان بسيطاً – يقع باطلاً .

فالجسد ليس مملوكاً للإنسان La personne n'aucun droit sur son corpe ولكنه ملك لله الذي خلقه ، وعليه أن يعيده لله بالحالة التي تلقاه بها، وكل ماله مجرد حق انتفاع .

٢- الرأي الثاني :

---

(١) انظر في هذا الخلاف .. محمد سعد خليفة ، الحق في الحياة وسلامة الجسد ، دار النهضة ، ٢٠٠٤ م ، ص ٥٣ وما بعدها .

J. L. Edee, Les droits extra – contractuels relatif au corps humain, thése paris , 1954, p. 3 et 22; A. Decoco, Essai d'une théorie genérale des droits sur la personne, thése paris, 1957, L.G.D.J., 1960 P. 190, nº285.

ويذهب إلي أن للإنسان حق ملكية علي جسده ، مما يعكس للإنسان سلطات مطلقة علي هذا الجسد باعتباره مالكاً له ، فهو يملك التصرف فيه أو في جزء منه ويقع تصرفه صحيحاً (١).

٣-الرأي الثالث :

ويذهب إلي أن حق الإنسان علي جسده من الحقوق اللصيقة بالشخصية. وهذه الحقوق ، تخرج عن دائرة التعامل ، ولا يجوز التصرف فيها وكل اتفاق يخالف هذا الحظر أي كل اتفاق يتضمن المساس بجسد الإنسان يقع باطلاً لتعلق ذلك بالنظام العام (٢) . ونحن مع الرأي الأخير ، ونشير إلى أن هذا الخطر – عدم المساس بجسد الإنسان – ليس مطلقاً ، فهناك تصرفات ترد على جسد الإنسان وله فيها مصلحة ، فهي من وجهه نظرنا صحيحة كما سنرى .

ونشير أيضاً إلى أن المحافظة علي حياة الإنسان وعلي كيانه المادي والمعنوي تقتضيه المصلحة العامة للمجتمع باعتباره عضواً فيه ، لذلك يلعب القانون الجنائي دوراً هاماً في تقرير الحماية القانونية للإنسان وذلك بتحريمه كل اعتداء يقع علي جسده ، كالقتل والضرب المفضي إلي الموت المفضي إلي الموت أو الضرب المفضي إلي العاهة المستديمة ، والضرب البسيط والقذف والسب والإهانة . .. الخ .

---

(١) انظر :

Perreau, Eléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins, paris 1980 , p. 271.

هناك بعض الأحكام القضائية التي تساند هذه الوجه من النظر :

Tri- Civ. Lennion , 19 déc , 1932, Gaz. Pal, 1933 339 , Douai, 26 oet., 1948 , D. 1949 , 98 .

أنظر رسالتنا، ص ٣٥٢ .

(2) F. Cabrillac, Le droit civil et le corps humain thése Montpellier , 1962 , p. 268 et s.

أما القانون المدني ، فيحرم الاتفاقات التي يكون محلها المساس بجسم الإنسان ، كما يرتب للمضرور حقاً في التعويض عما يصيبه من أضرار مادية ومعنوية.

المطلب الثاني

دور رضاء المجني عليه

Rôle du consentement de la vietime

يعتبر الكيان الجسدي للإنسان محلاً للحماية القانونية ، تلك الحماية التي تحول دون المساس به ، وتفرض العقاب رداً علي كل اعتداء يقع عليه ، إلا أن التطورات الاجتماعية والعلمية والطبية في الوقت الحاضر ، قد ضعفت من مبدأ معصومية الجسد ، فلم يعد مطلقاً إما لأسباب تقتضيها المصلحة العامة L ' intérêt public أو لأسباب تقتضيها المصلحة الخاصة L'intérêt privé للفرد ذاته ، لكن يثار التساؤل عن مدي جواز المساس بجسم الإنسان بناء علي رضاءه ، بمعني آخر ، هل يعتبر الرضاء سبباً من أسباب إباحة الفعل الماس بكيان الإنسان بحيث لا يعاقب الفاعل ؟ .

للإجابة علي هذا التساؤل نفرق بين حالتين :

١- حالة ما إذا كان محل الاتفاق حياة الإنسان ، أو جزء حيوي يلزم لبقاء الإنسان حياً ، كاتفاق المريض مع الطبيب علي التخلص من حياته نظراً لاستحالة الشفاء وهي ما تسمى بمشكلة القتل بدافع الشفقة أو القتل الرحيم أي بدون ألم .

٢- حالة ما إذا كان محل الاتفاق المساس بجزء من الجسد بما لا يعرض الحياة للخطر ، وهي ما يطلق عليها بعمليات نقل الأعضاء من شخص إلي آخر .

أولاً مدي مشروعية القتل بدافع الشفقة L'euthanasie

من المسلم به أن قانون العقوبات في الدولة الحديثة ، يعاقب من يعتدي علي حياة آخر أو يعتدي علي جسده ، ولا عبرة برضاء المجني عليه في هذه الحالة، فرضاء صاحب الشأن لا يعد سبباً لإباحة الفعل المجرم ولا حتي مانعاً من موانع المسئولية .

لكن قد يحدث عملاً ، أن يتفق مريض يعاني من آلام مبرحة مع طبيبه أو شخص آخر ، علي أن يخلصه من حياته ، فإذا قام الطبيب بدافع الرحمة والشفقة، بقتل المريض ليخلصه من آلامه ، فهل يعتبر الطبيب قاتلاً ؟

أثارت هذه المشكلة جدلاً كبيراً (١) ، ودون الدخول في تفاصيل هذا الخلاف، ذهب البعض إلي القول بأن لكل شخص الحق في الموت كما له الحق في الحياة ، وكما أن وظيفة الطبيب شفاء المريض فمن واجبه أيضاً تخفيف آلامه ، حتي ولو كانت النتيجة هي الموت الهادئ والسهل ، وهو هنا لا يعتبر

---

(١) انظر في هذا الخلاف .. محمد سعد خليفة ، الحق في سلامة الجسد ، المرجع السابق ص ٨٣ وما بعدها . ويبدو أن الرأي العام مع الرأي الذي يعطي المريض الحق في أن يموت بطريقة هادئة بدون ألم ، وأن الطبيب لا يعتبر مسئولاً في هذه الحالة ، ففي استطلاع الرأي في فرنسا ، تبين أن ٨٠% من الفرنسيين يؤيدون حق المريض ، بمرض لا يشفي . منه أن يطلب من آخر أن يخلصه من حياته ، ليضع حداً لآلامه (جريدة الفيجارو الفرنسية، الخميس ١٩نوفمبر ١٩٨٧) .

وأنظر عكس ذلك في رسالتنا ، ص ٣٦٠ وما بعدها .

قاتلاً لعدم توافر نية القتل ، وليس لديه دافع سوي دافع الخير والرحمة والشفقة، وكلها دوافع إنسانية تتعارض مع نية إيذاء الغير ، فكيف إذا يمكن معاقبته ؟ .

وذهب البعض الآخر إلي القول بأن الطبيب لا يعاقب إذا توافرت شروط معينة، منها : أن يكون المرض عضالاً لا شفاء منه ، وأن يكون الموت آت لا محالة ، وأن يطلبه المريض .

وأخيراً ، ذهب فريق إلي القول بأن رضاء المريض لا يمكن أن يكون سبباً لإباحة القتل مهما كان الدافع إليه ، وتأييداً لهذا الرأي يعتبر الإجهاض جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات المصري (١) ، وقانون العقوبات الفرنسي (٢) ، ويعاقب القانون الإنجليزي والإيطالي والأسباني علي الشروع في الانتحار La tentative de de suicide .

ثانياً مدي مشروعية نقل الأعضاء Transplantation d' organes

يبدو أن التقدم العلمي – وخاصة في مجال الطب – قد خفف من مبدأ معصومية الجسد فلم يعد مطلقاً ، إما لأسباب تقتضيها المصلحة العامة أو لأسباب تقتضيها المصلحة الخاصة لصاحب الشأن ، ففي أيامنا هذه ، أصبح من المقبول ، أن يبرم الإنسان اتفاقات تتضمن المساس بجسده في حدود معينة، ومن أمثلة هذه الاتفاقات ، العقد الطبي ، وعقد العمل ، وعقد الرضاعة ، وعقود الألعاب الرياضية .

وإذا كان من المتفق عليه أنه لا يجوز للشخص أن يتصرف في كامل جسده، أو في جزء حيوي يؤدي وظائف هامة لازمة لبقاء الإنسان علي قيد الحياة ، كالتصرف في القلب أو الكبد ، فإن التساؤل يثور عن مدي مشروعية التصرف

---

(١) مادة ٢٦٠ .

(٢) مادة ٣١٧ .

في جزء من الجسد بما لا يعرض الحياة للخطر ، ولا يؤدي إلي تعطيل نهائي لوظيفة من وظائف الجسم ، كأن يتصرف الإنسان في أحد الأعضاء المزدوجة – كالعين أو الكلية (١) .

وتبدو أهمية الإجابة علي هذا التساؤل في : ١- صدور القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ ، بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية ٢- نجاح عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية (٢) ، ومع ذلك تختلف الإجابة باختلاف وجهة نظر الفقهاء ، للطبيعة القانونية لحق الإنسان علي جسده ، ونلخصها في الآراء الآتية :

---

(١) أنظر .. محمد سعد خليفة أحكام قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٦ ، ص ٣٥ وما بعدها ؛ حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٤٠٣ وما بعدها ؛ رسالتنا ، ص ٣٦٢ وما بعدها ؛ حسام الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ، دراسة مقارنة ، طبعة جامعة عيد شمس ، ١٩٧٥ م ؛ أحمد شرف الدين ، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ، ١٩٨٦ م . الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، طبعة الكويت ، ١٩٨٣ ؛ أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الخطر والإباحة ، ط أولي ١٩٨٦ ، دار النهضة العربية .

Ahmed Charaf E-l Din , Droit de la transplantation d'organes these paris, 1975 , L . Juridique , D. H. 1932, chr . p . l, JJ. Pache , la responsabilite civile en matiére de sports, iauranne , 1951, A. Jack, les conventions relatives à la personne physique, rev. crit, 1933, p. 365; R. Savatier, le problem juridique des transplantions . d'organes humans, J.C. P. 1969 , 1, 2247 .

(٢) نقصد وجود تشريع متكامل ينظم عمليات زرع الأعضاء ولا يمنع من ذلك وجود بعض القوانين المتعلقة بالموضوع ، ففي مصر يوجد القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠والخاص بتنظيم بنوك الدم ، والقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ والذي نص في المادة الثانية فيه علي أن يتلقي بنك العيون رصيده من مصدرين هما :

١- عيون الأشخاص الدين يوصون أو يتبرعون بها .

٢- عيون الأشخاص التي يتقرر استئصالها عليها .

الرأي الأول :

ويذهب إلي عدم جواز نقل الأعضاء بين الأحياء ، فالإنسان لا يملك علي جسده حقاً يخوله سلطة التصرف في جزء منه ، وكل ما له علي جسده حق انتفاع ، أما الجسد فمملوك لله سبحانه وتعالي ، وعليه أن يعيده لله بالحالة التي تلقاه بها .

ويري بعض هذا الفقه ، أنه حتي ولو اعتبرنا حق الإنسان علي جسده من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، فإن من خواص هذه الحقوق أنها غير مالية ، فلا يجوز أن تكون محلاً للتصرف ، فهي تخرج عن دائرة المعاملات المالية .

وبالإضافة إلي ذلك ، فعملية نقل الأعضاء تتم بين طرفين ، الطرف المعطي – الذي تنازل عن أحد أعضاء جسده – والطرف الآخذ – المريض الذي هو في حاجة لعضو بشرى إما لإنقاذ حياته وإما ليكون قادراً علي أداء وظيفته الاجتماعية ، ويترتب عليها وجود شخصان مريضان في المجتمع ، بدلاً من شخص واحد ، لأن انتزاع عضو من الجسد يؤدي إلي وهن يؤدي إلي عدم قدرة الجسم علي إداء وظيفته كما يجب ، كما أن عملية النقل قد تؤدي إلي متاعب نفسية لدي المعطي إذ تجعله يعيش في قلق دائم بالنسبة لمستقبل صحته، فكيف يعيش هادئ البال من أصبح يعيش بكلية واحدة أو عين واحدة(١).

وأيضاً ، فإن إباحة عمليات نقل الأعضاء ، يؤدي إلي انهيار قيمة الإنسان في المجتمع ، إما لأن هذه الإباحة قد تستغل في خلق نوع من الطبقية ومفاضلة حياة شخص علي آخر، لاسيما إذا كان المعطي فقيراً والآخذ من الشخصيات

---

(١) انظر ، حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٤٧ ؛ أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص ٢٢ وما بعدها .

المرموقة ، وإما لأنه قد يدفع الأطباء – تحت شهوة الانتصار العلمي – إلي استغلال الفقراء أو المعدومين ، فبدلاً من أن يهتم الطبيب بإنقاذ حياة المريض يكون دوره انتظار انتهاء حياته بأسرع ما يمكن ليحصل علي عضو من جسده لنقله إلى شخص آخر (١) ، وإما – أخيراً – قد تؤدي إلي خلق نوع جديد من التعامل هو التجارة في الأعضاء البشرية (٢) .

٢-الرأي الثاني :

ويذهب إلي القول بأنه إذا كان لا يجوز لإنسان أن يتصرف في جميع جسمه أو في جزء حيوي لازم لبقائه حياً فإنه علي العكس يستطيع أن يتصرف في جزء من أجزاء جسمه في حدود معينة ويستند أنصار هذا الرأي إلي :

– أنه يجوز أن يكون الجسم محلاً للتعامل وقد أجاز القانون الاتفاق علي حضانة الطفل وعقد العمل والعقد الطبي ونقل الدم وعقود الألعاب الرياضية ، فالعبرة بأن يكون ذلك بقصد تحقيق مصلحة مشروعة ، ونقل عضو من إنسان إلي آخر لإنقاذ حياته أو لدفع ضرر أكبر عنه يتجاوز الضرر الذي يلحق بالمعطي – نتيجة لاستئصال جزء من جسده – يعتبر من المصالح المشروعة التي يترتب عليها صحة الاتفاق .

– إن المصلحة الاجتماعية ، تقتضي إجازة التصرف في جزء من جسد الإنسان ، فإذا كان استئصال أحد أعضاء المعطي لا يترتب عليها تهديد الوظيفة الاجتماعية للجسد إلا بقدر محدود ، فإنه لا مانع من الاستئصال لزيادة النفع الاجتماعي بإنقاذ حياة شخص آخر كان سيفقده المجتمع .

---

(١) أحمد محمود سعد ، ص ٢٧ وما بعدها .

(٢) وكثيراً ما نسمع اليوم عن وجود عصابات دولية تخصصت في خطف الأطفال بقصد بيع أعضائهم ، وكثيراً ما نجد في الصحف من إعلانات " كلية للبيع بـــــ ..... إلخ " ألا يهدر ذلك آدمية الإنسان الذي خلقه الله مكرماً .

وهذا معناه أن ننظر إلي عملية نقل الأعضاء من زاوية المنفعة التي تعود علي المجتمع ، وبالتالي يجوز نقل الأعضاء في كل حالة يترتب علي الاستئصال نقص محدود في الوظيفة الاجتماعية لجسم المعطي يقابلها فائدة اجتماعية محققة لمن أنقذت حياته ، وعلي المتنازل أن يتحمل تلك المخاطر المحدودة باسم التضامن الاجتماعي .

- أنه يمكن تأسيس إباحة عمليات نقل الأعضاء ، علي حالة الضرورة ومن ثم يجوز نقل الأعضاء إذا كان الخطر الذي يتعرض له الآخذ - المريض - محدقاً، بحيث يكون نقل العضو هو الطريق الوحيد لإنقاذ حياته ، فلا تتوافر حالة الضرورة - مثلاً - إذا استأصل طبيب إحدى كليتي شخص سليم ليضعها لشخص آخر ، يعيش بكلية واحدة مادامت تقوم بوظائفها علي نحو يحفظ عليه حياته .

ولا تتوافر حالة الضرورة ، إذا كان الاستئصال يؤدي إلي تهديد صحة المعطي بخطر جسيم ، فمصلحة المعطي هنا أولي بالرعاية (١) .

ونحن من جانبنا ، مع الرأي القائل بجواز عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء بشروط معينة ، بقصد المحافظة علي كرامة الإنسان وحرمته ، وقد صدر بالفعل القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، وقد تضمن ولائحته التنفيذية ، شروطاً لاستقطاع الأعضاء البشرية ونقلها بين الأحياء ، وأيضاً من الموتى . ومن هذه الشروط (٢) :

---

(١) حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٤٧ ما بعدها : أحمد محمود سعد ، ص ٣٠ وما بعدها .

(٢) وقد اختلف الفقه المصري حول ما إذا كان القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ - بشأن تنظيم تلقي العيون من الأحياء - يمتد حكمه علي سائر عمليات زرع الأعضاء بين الأحياء. انظر .. محمد سعد خليفة ، الحق في الحياة وسلامه الجسد ، دار النهضة ، ٢٠٠٤ ، ص

-رضاء المعطي رضاءً حراً مستنيراً ، وأن يكـون الرضـاء ثابتـاً بالكتابـة وصادراً من شخص متمتع بالأهلية .

- أن تتوافر حالة الضرورة بالنسبة للمريض ، بمعني أن يكون نقل العضو هو الطريق الوحيد لإنقاذ حياjه ، أو علاجه من مرض جسيم وأن يكون المـريض قريباً للمتبرع وكلاهما مصرياً .

- أن يكون التنازل عن العضو بدون مقابل - أي علي سبيل التبـرع - وقـد أجاز دستور ج . م . ع ، التبرع بالأنسجة والأعضاء ، فقد نصت المـادة ٦١ علي أنه " التبرع بالأنسجة والأعضاء هبة للحياة ، ولكل إنسـان الحـق فـي التبرع بأعضاء جسده أثناء حياته أو بعد مماته بموجـب موافقـة أو وصـية موثقة، وتلتزم الدولة بإنشاء آلية لتنظيم قواعد التبرع بالأعضاء وفقاً للقانون .

- ألا يكون الاستقطاع مفضياً إلي موت المتبرع أو تعريضه لخطر جسيم (١)

---

١٢٧ وما بعدها ، وأيضاً أحكام قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية المرجع السابق ، ص ٧٠ وما بعدها ؛ وانظر .. أحمد محمود سعد ، من ص ٣٨ .

(١) راجع .. محمد سعد خليفة ، أحكام قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص ٧٦ وما بعدها .

وتجدر الإشارة أنه توجد فتوي من الأزهر بجواز نقل الأعضاء من أجسام الأحياء لي المرضي ، إذا كان هناك ضرورة ، وعلي أن تتم علي سبيل التبرع ، أنظر .. أحمد محمود سعد ، ص ٨٠ . وفي خلاف حول مشروعية نقل وزراعة الأعضاء في الفقه الإسلامي ، راجع .. محمد سعد خليفة الحق في الحياة وسلامة الجسد ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ وما بعدها .

أما بالنسبة لاستقطاع الأعضاء البشرية من جثة المتوفي ، فقد نظمها القانون أيضاً ، واشترط ، تحقق الوفاة ، ووجود الوصية بالعضو قبل الموت ، وأن المنقول منه والمنقول إليه مصرياً (١).

ويثور التساؤل حول ما إذا كان من الممكن أن يكون جسم الإنسان محلاً لإجراء التجارب الطبية ؟

ولقد نصت المادة ٦٠ من الدستور علي أنه " لجسد الإنسان حرمة ، والاعتداء عليه أو تشويهه أو التمثيل به جريمة يعاقب عليها القانون ، ويحظر الاتجار بأعضائه ولا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق ، ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية ، علي النحو الذي ينظمه القانون .

وقد يفهم من النص جواز إخضاع جسم الإنسان للتجارب الطبية والعلمية، بشرط رضاء صاحب الشأن إلا أن الفقه استقر علي أن شرط الرضاء ليس هو الشرط الوحيد ولكن لابد من توافر شروط أخري هي :

- أن يكون للشخص مصلحة في إجراء التجربة عليه ، كأن تكون وسيلة لعلاجه من مرض لا يوجد له دواء معروف .
- أن تكون احتمالات نجاح التجربة أكبر من إحتمال فشلها حتي لا يتحول المريض إلي حقل تجارب .

٣- أن تكون التجربة قائمة علي أسس علمية متعرف بها (٢) .

---

(١) راجع.. محمد سعد خليفة ، أحكام قانون نقل وزراعة الأعضاء ، المرجع السابق ، ص١٢١ وما بعدها .

(٢) حمدي عبد الرحمن ، ص ٥٤ ؛ أحمد شرف الدين ، نظرية الحق ، ص ١٧٦ .

لكن ماذا عن تدخل الطبيب بقصد علاج المـــريض أو إجـــراء عمليـــة جراحية له ؟

أجاز القانون للطبيب أن يتدخل بقصد عـــلاج المـــريض أو إجـــراء عمليـــات جراحية لازمة لإنقاذ حياته أو لصحته وفي ذلك تحقيق لمصلحة خاصة بالفرد- المريض - ومصلحة عامة للمجتمع .

ولما كان هذا التدخل يمس جسم الإنسان بما يتعارض مـــع مبـــدأ معصـــومية الجسد، فقد أجيز بشروط معينة :

أن يكون هناك مصلحة مشروعة تبرر التدخل الجراحي والعلاجي .

أن يحمل الطبيب ترخيصاً بمزاولة المهنة .

أن يكون تدخله بقصد العلاج وأن يتم ذلك وفقاً للأصول العلمية .

رضاء المريض ، فإذا لم يكن المريض في حالة تسمح له بالتعبير عن إرادتـــه يتعين الحصول علي موافقة ذوي قرباه ، ويشترط في الرضاء أن يكون حـــراً مستنيراً ، أي يصدر من صاحبه وهو علي بينة من أمـــره ، ومـــع ذلـــك لا يشترط الحصول علي رضاء المريض أو أقاربـــه فـــي حالـــة الضـــرورة أو الاستعجال ، كما لو أصيب شخص في حادثة واقتضي الأمر التدخل الســـريع لإنقاذ حياته .

وقد تقتضي المصلحة العامة المساس بجسم الإنسان - ولو بدون رضـــاه- كما في التطعيم الإلزامي والعلاج الوقائي من الأمراض المعدية .

المبحث الثاني

حقوق الإنسان بالنسبة لكيانه المعنوي

تقوم شخصية الإنسان علي مجموعة من القيم المعنوية تتصل بإحساسه ومشاعره وشرفه وافكاره وحياته الخاصة (١) . وتتطلب حماية هذه القيم ، الاعتراف للإنسان بحقوق عليها ، كحقه في أن يتسمي باسم معين ، وحقه فيه بالمحافظة علي سمعته وشرفه ، وحقه في المحافظة علي أسراره ، وحقه علي نتاج ذهنه ، وحقه في الانتقال والتملك وحرمة مسكنه ... إلخ (٢).

- وللإنسان الحق في الاسم ، والاسم حق من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان ، وهذا الحق يحميه القانون ، وفي هذا نصت المادة ٥١ من القانون المدني علي أن " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء ، مع التعويض عما يكون لحقه من ضرر " .
- كما أن للإنسان حق بالنسبة لشرفه ، فيمتنع علي أي شخص المساس بسمعة غيره واعتباره ، فإذا وجه شخص إلي آخر عبارات نابية أو اتهم آخر بارتكاب إحدي الجرائم دون وجه حق ، خضع للعقوبات المقررة في القانون الجنائي (٣)، كما أن للمعتدي عليه أن يطالب المعتدي ، بتعويض عن الأضرار التي أصابته .
- وللإنسان حق علي نتاج ذهنه ، فللمؤلف مثلاً ، حق علي مؤلفه وهو ما يخوله نسبته إليه وحده ونشره وتعديله وسحبه من التداول .

---

(١) أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ .

(٢) وأشرنا إلي بعض هذه الحقوق ، وتوجد حقوق أخري ، كالحق في الاعتقاد حرية الرأي التعليم ، المساواة ، العدالة . راجع ... مصطفي محمد عفيفي ، الحقوق المعنوية للإنسان المرجع السابق ، وعبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، محمود سلام زناتي ، المرجع السابق، محمد الغرالي ، المرجع السابق .

(٣) مواد ٣٠٢ وما بعدها ، وهي المواد الخاصة بالقذف والسب .

- وللإنسان حق في عدم المساس بحرمة مسكنه ، فإليه يركن الإنسان إلي الراحة والطمأنينة وفيه يمارس حياته بكل ما فيها من خصوصيات ، وللمسكن حرمة خاصة ، لذلك نصت المادة ٥٨ من الدستور علي أن " للمنازل حرمة ، وفيما عدا حالات الخطر أو الاستغاثة ، فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها ولا مراقبتها أو التنصت عليها إلا بأمر قضائي مسبب يحدد المكان ، والتوقيت ، والغرض منه ، وذلك كله في الأحوال المبينة في القانون ، وبالكيفية التي ينص عليها ، ويجب تنبيه من في المنازل عند دخولها أو تفتيشها ، واطلاعهم علي الأمر الصادر في هذا الشأن .

وترتيباً علي ذلك ، لشاغل المسكن سواء أكان مالكاً أم مستأجراً أم مستعيراً حق الدفاع عن حرمة مسكنه وأن يتخذ ما يراه مناسباً من وسائل، كعوائق أو موانع لحماية مسكنه ، بشرط أن تكون هذه الوسيلة مألوفة وجري بها العرف (١) .

- للإنسان كذلك ، الحق في أن يحتفظ بحياته الخاصة بعيداً عن تدخل الآخرين ، وهو ما يعرف بحق الخصوصية ، وبمقتضاه يكون للإنسان الحق في أن يعيش حياة هادئة بغير إزعاج ، ومن ثم لا يجوز لشخص أن ينشر أخباراً أو معلومات عن الحياة الخاصة للغير إلا بإذنه ، فذكريات الحياة الخاصة لكل فرد هي جزء من كيانه المعنوي ، فلا يجوز لأحد أن ينشر عنها شيئاً بغير إذنه الصريح والواضح (٢).

---

(١) ويثور التساؤل حول مدي مشروعية وضع أجهزة كهربائية أو ميكانيكية لحماية المسكن من دخول شخص بغير مبرر مقبول ، والرأي علي حرمة استخدام هذه الوسائل لأنها تتضمن تجاوزاً لحق شاغل المسكن في الدفاع عنه ، كما أنها وسائل غير مألوفة ولم يجربها العرف . انظر .. حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٦٣ وما بعدها .

(٢) انظر الأحكام المشار إليه ، حمدي عبد الرحمن ، هامش رقم ٣ ، ص ٦٧ .

وتمتد الحماية القانونية ، لتشمل مراسلات الشخص البريدية والبرقية ومحادثاته التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال (١) .

وقد يختلف الأمر بالنسبة للشخصيات العامة ، فإذا كانت الحياة الخاصة للفرد العادي جزءا من كيانه المعنوي ، فإن للحياة العامة – بالنسبة للشخصيات المشهورة – ثمن يدفعه الفرد من حياته الخاصة ، ومع ذلك فإن نشر بعض معلومات أو أخبار عن شخص يشغل منصباً عاماً ، يجب أن يقتصر علي الحدود المؤثرة علي عمله أو نشاطه العام ، فلا تعد – مثلاً – العلاقة بين شخصية عسكرية وسيدة أجنبية من قبيل الخصوصيات ، فبقدر ضخامة المسئولية بقدر ما يجب ألا يكون لدي الشخص ما يخفيه عن الناس(٢).

- كذلك للإنسان حق في عدم إفشاء أسراره ، ويقع واجب عدم إفشاء الأسرار علي من يكون في وضع يمكنه معرفة أسرار الناس بحكم مهنته كالطبيب أو المحامي ، لذلك يضع القانون علي عاتق هؤلاء التزاماً بعدم إفشاء أسرار الآخرين وإلا تعرض لجزاء جنائي (٣) مع الالتزام بتعويض الضرر الذي تسبب فيه لمن أفشي سره .

وتتميز حقوق الشخصية – حقوق الإنسان – بأنها من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان ، كما أنها حقوق غير مالية ، لذلك فهي تنقضي بوفاة صاحبها ، ولا تنتقل من بعده إلي ورثته ، كما أنها تخرج عن دائرة التعامل ،

---

(١) تنص المادة ٥٧ من الدستور علي أن " للحياة الخاصة حرمة وهي مصونة لا تمس ، وللمراسلات البريدية والبرقية والالكترونية والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة ، وسريتها مكفولة ، ولا تجوز مصادرتها ، أو الاطلاع عليها ، أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محدودة وفي الأحوال التي يبينها القانون " .

(٢) انظر في الفرق بين الحياة الخاصة والحياة العامة ، حمدي عبد الرحمن ، ص ٦٧ وما بعدها .

(٣) مادة ٣١٠ جنائي .

فلا يجوز لصاحبها ، التصرف فيها أو التنازل عنهـا (١) ولا يـرد عليهـا التقادم، فلا تسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن ، كما أن مرور الزمن لا يكسب الشخص حقاً من هذه الحقوق الخاصة بغيره من الناس .

ولكن هذا لا يحول دون حصول الشخص علي التعويض عن كل اعتـداء يقع علي حق من حقوقه اللصيقة بشخصيته إذا ترتب علي الاعتداء ضـرر ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٥٠ من القانون المدني علي أن " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلـب وقـف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " .

---

(١) لكن لا يوجد ما يمنع من أن يوصي الشخص بجسده أو بجزء منه لمعاهد الأبحاث الطبية، أو يوصي بعينه لبنك من بنوك العيون ، كما يجوز أن يتنازل الشخص لآخر أثناء حياته عن أحد أعضائه بالشروط التي تكلمنا عنها ، راجع ص ٣٧ وما بعدها .

الفصل الثاني

الحقوق الشخصية

Droits pérsonnéls

قد تنشأ رابطة قانونية بين شخصين ، يصبح بمقتضاها لأحدهما الدائن الحق في اقتضاء أداء معين من الآخر المدين وتسمي هذه الرابطة بحق الدائنية أو الحق الشخصي ، فالحق الشخصي إذاً هو رابطة قانونية بين دائن ومدين يلتزم بمقتضاها المدين بأداء معين نحو الدائن ، فالدائن هو صاحب الحق والمدين هو من يتحمل الالتزام .

واصطلاح الحق الشخصي يطلق علي هذه الرابطة بوجهيها السلبي والإيجابي ، فالحق الشخصي يعتبر حقا (droit) إذا نظرنا إليه من زاوية الدائن ، ويعتبر التزاماً (obligation) إذا نظرنا إليه من زاوية المدين .

والحق الشخصي – كما قلنا – من الحقوق المالية ، أي التي تقدر بمال وهو يقابل الحق العيني الذي هو سلطة مباشرة علي شئ معين .

ويغلب الفقه الجانب السلبي لهذه الرابطة – وهو الالتزام – علي الجانب الايجابي – وهو الحق – ، وذلك علي أساس أن الجانب السلبي هو الأكثر وضوحاً في الحق الشخصي من جانبه الإيجابي ، ومن هنا جاءت تسمية نظرية الالتزام .

والحقوق الشخصية لا تقع تحت حصر – كما هو الحال في الحقوق العينية – فكل عمل أو امتناع يصلح أن يكون محلاً للحق الشخصي ، متي توافرت فيه الشروط القانونية .

ونخلص إلي أن محل الحق الشخصي ، هو أداء معين لمصلحة الدائن والأداء المطلوب من المدين لمصلحة الدائن ، قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل أو إعطاء شئ وتتنوع تبعاً لذلك الحقوق الشخصية إلي : الالتزام بعمل،

الالتزام بامتناع عن عمل ، الالتزام بإعطاء ، ونحن سنخصص لكل نوع منها مبحثاً مستقلاً

خطة البحث :

المبحث الأول : الالتزام بعمل .

المبحث الثاني : الالتزام بامتناع عن عمل .

المبحث الثالث : الالتزام بإعطاء شئ .

المبحث الأول

الالتـــــــــزام بعمـــــل

L'oligation de faite

يكون الالتزام بعمل ، إذ تعهد المدين بالقيام بعمـــل إيجـــابي لمصـــلحة الدائن ، كالتزام المقاول ببناء عمارة لشخص معين في مدة معينة ، وكـــالتزام فنان بالتمثيل في رواية معينة ، والتزام الطبيب بعلاج المريض .

وقد يكون التزام المدين بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية ، فإذا التزام المـــدين بتحقيق نتيجة معينة كالتزام المقاول ببناء عمارة ، أو الطبيب بإجراء جراحة معينة أو الناقل بتوصيل الركاب إلي مكان معين ، فإن المدين يعتبر قد وفـــي بالتزامه متي تحققت النتيجة المطلوبة .

أما إذا كان الالتزام ببذل عناية ، كأن يلتزم الطبيب بعلاج المـــريض أو يلتزم محام بالدفاع عن موكله ، فكلاهما يعتبر قد نفذ التزامه تنفيـــذاً عينيـــاً ، متي بذل الجهد المعقول وفقاً لأصول مهنته ولو لم تتحقق النتيجة ، كشـــفاء المريض أو كسب القضية .

والأصل أن يقوم المدين شخصياً بتنفيذ التزامه ، خاصة إذا كـــان هنـــاك اتفاق علي أن يقول المدين بالعمل بنفسه ، أو كانت طبيعة الالتزام تقتضي أن يقوم به ، وللدائن الحق في رفض التنفيذ إلا من المدين نفسه(١) .

---

(١) مادة ٢٠٨ مدني .

وهذا لا يمنع من أن يعهد المدين – في غير الحالتين السابقتين – بتنفيذ الالتزام إلي الغير ، كأن يعهد مقاول إلي آخر بالقيام بإتمام البناء المتفق عليه(١).

المبحث الثاني

الالتزام بامتناع عن عمل

L'o bligation de ne pas faire

إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، فإنه يعتبر قد نفذ التزامه تنفيذا عينياً متى امتنع عن اتيان الفعل ، فإذا باع تاجر متجره إلي تاجر آخر ، واشترط عليه هذا الأخير بألا يفتح محلاً منافساً في نفس المنطقة – وهو ما يسمي بالالتزام بعدم المنافسة – فيعتبر المدين – البائع – قد وفي بالالتزام إذا لم يفتح محلاً منافساً ، ويكون هذا هو التنفيذ العيني المطلوب من المدين .

ويكون المدين – علي العكس – مخلاً بالتزامه ، إذا قام بالعمل المنهي عنه كأن يقوم – في المثال المتقدم – بفتح محل منافس ، ففي هذه للحالة ، لا يكون أما الدائن – المشتري – إلا أن ويطالب بإغلاق المحل المنافس مع التعويض

وقد يتخذ التعويض إحدي صورتين :

إما تعويض تقدي ، أي مبلغ من المال لتعويض كل ما ينتج عن المخالفة من أضرار وإما أن يكون تعويضاً عينياً فيكون للدائن الحق في أن يطلب إلي القضاء الحكم بإزالة ما تم خلافاً للالتزام ، وله أن يقوم بهذه الإزالة بترخيص من القضاء علي نفقة المدين (٢) .

وتطبيقاً لذلك ، إذا كان الإخلال بالالتزام هو فتح محل منافس فللدائن أن يحصل علي حكم بإغلاق المحل ، وإذا كان هو بناء حائط يتجاوز الارتفاع

---

(١) انظر للمؤلف . الوجيز في أحكام الالتزام والإثبات ،ص١٩ وما بعدها ص .

(٢) مادة ٢١٢ مدني .

الجائز ، كان للدائن أن يطلب من القضاء الترخيص له بهدم الحائط إلي الارتفاع المسموح به .

المبحث الثالث

الالتزام بإعطاء

L'obligation de dommer

يكون الالتزام بإعطاء عندما يلتزم المدين بنقل حق عيني أو بإنشائه سواء تم ذلك بمقابل أم بدون مقابل ، ويتم تنفيذ الالتزام – في هذه الحالة ، متي قام المدين بالأعمال اللازمة لتحقيقه .

وفي ذلك تنص المادة ٢٠٤ مدني علي أن " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " .

وفي هذا الصدد ، إذا تعلق الأمر بنقل أو إنشاء حق عيني علي عقار – منزل أو قطعة أرض – فإن الملكية لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام ولا ينفذ الالتزام تنفيذاً عينياً إلا بعد استيفاء إجراءات التسجيل ، وفقاً لأحكام قوانين الشهر العقاري .

فإذا امتنع البائع عن القيام بالأعمال اللازمة لنقل الملكية – كتقديم المستندات وجميع البيانات اللازمة – كان للمشتري الحق في أن يلجأ إلي القضاء ، ليحصل علي حكم بصحة ونفاذ عقد البيع المبرم بينه وبين البائع ، ووفقاً للإجراءات القانونية ، وبعد الحصول علي الحكم يقوم بتسجيله ، فيرتب عليه القانون نفس الآثار التي تترتب علي تسجيل عقد البيع (١) .

---

(١) يلاحظ أنه قبل تنفيذ البائع لإلتزامه ، يكون للمشتري في مواجهة البائع مجرد حق شخصي يتمثل في التزام البائع – المدين – بالقيام بعمل لمصلحة المشتري – الدائن – فإذا قام البائع باتخاذ ما يلزم من إجراءات لنقل الملكية ، فإن المشتري يصبح مالكاً للشئ المبيع ويصبح له بالتالي حق عيني علي الشئ المبيع. أنظر ، عبد المنعم البدراوي ، الوجيز في

والشؤال ما هي الفروق بين

*** الحق الشخصي والحق العيني؟**

يوصف الحق بأنه شخصي ، إذا كان الدائن لا يستطيع الحصول عليه إلا إذا تدخل المدين ، ويوصف بأنه عيني ، إذا استطاع صاحبه أن يحصل علي مزاياه التي ينطوي عليها بصورة مباشرة دون حاجة إلي تدخل شخص آخر ، هذا الاختلاف في الطبيعة بين الحق الشخصي والحق العيني يؤدي إلي اختلاف النتائج علي النحو الآتي :-

-الحق العيني حق مطلق حيث يحتج به في مواجهة الكافة ، فعلي الغير ولو لم تربطه بصاحب الحق رابطة قانونية ، احترام الحق وعدم التعرض لصاحبه.

-لا ينشأ الحق العيني إلا إذا ورد علي شئ محدد بالذات ، فإذا باع شخص لآخر كمية من الغلال – مائة إردب من القمح مثلاً – فإن ملكيتها لا تنقل إلي المشتري إلا بإفرازها وتجنيبها ، فبالإفراز يصبح المبيع معيناً بذاته فتنتقل ملكيته (١) . ولا يترتب للمشتري قبل الإفراز سوي حق شخصي علي المبيع بمقتضاه يلتزم البائع بنقل ملكية الكمية المبيعة من القمح للمشتري .

-يخول الحق العيني – باعتباره سلطة مباشرة علي الشئ – صاحبه سلطة تتبع الشئ في أي يد يكون ، إذا ما انتقل إلي الغير بدون موافقة صاحب الحق، وبمقتضي هذه السلطة – كما سبق القول – يكون لصاحب الحق أن يتتبع الشئ تحت يد الغير وينفذ عليه ، كما يكون لصاحب الحق العيني التبعي – الدائن المرتهن – حق اقتضاء حقه متقدماً علي غيره من الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة . أما الحق الشخصي فلا يخول صاحبه سلطة

عقد البيع ، ط ١٩٧٠ ، ص ٢٢٥ وما بعدها ، بند ٢٣٦ وما بعده ؛ ومحمد سعد خليفة ، محاضرات في عقد البيع ، ٩٣/ ١٩٩٤ ، ص ١٦٩ وما بعدها .

(١) مادة ٢٠٥ مدني وانظر .. محمد سعد خليفة ، عقد البيع ،دار النهضة العربية، ص ٩٤ وما بعدها .

التتبع ، حتى في الحالات التي يتعلق فيها بنقل حق عيني علي شئ يرد علـــي عمل المدين .

-تتنوع الحقوق الشخصية وتتعدد ، فلم يحددها القانون علي سبيل الحصـــر، ويكون للأفراد الحق في إنشاء ما يشاؤون من حقوق شخصـــية ، بشـــرط ألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب ، أما الحقوق العينية ، فقد أوردها المشرع علي سبيل الحصر ، ونظم أحكامها ، ومن ثم لا يكون للأفراد الحق في إنشاء حقوق عينية غير تلك التي نظمها القانون ، ولذلك يقال أن الحـــق الشخصـــي ينشأ إرادياً ، ولا ينشأ الحق العيني إلا وفقاً للقانون وبمقتضاه (١).

---

(١) أنظر ، حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٨٩ وما بعدها ؛ محمد علي عمران ، المرجع السابق ، ص ١٤ وما بعدها ؛ ولمحاولات التقريب بين الحقين الشخصي والعيني ، توفيق حسن فرج ، نظرية الحق ، ص ٨٠ وما بعدها ، وكذلك رسالتنا بالفرنسية ، ص ١٧٧ وما بعدها ؛ المراجع المشار إليها في هذا الصدد .

الفصل الثالث

الحقوق العينية

Les droits réels

يعرف الحق العيني بأنه سلطة مباشرة لشخص علي شئ معين بالـذات ، بحيث يتمكن من مباشرة حقه علي هذا الشئ – حقه فـي التصـرف ، فـي الاستعمال ، في الاستغلال – دون حاجة إلي تدخل شخص آخر يمكنه مـن ممارسة هذا الحق . وفي هذا يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي – كما سبق وأن بينا – حيث لا يتمكن صاحب الحق الشخصـي –الـدائن – مـن الحصول علي حقه إلا إذا تدخل طرف آخر هو المدين (١).

وتطبيقاً لذلك ، إذا كان زيد مالكاً لمنزل مثلاً ، فإن حق الملكية وهو حـق عيني يخول زيد سلطة مباشرة عليه ، تمكنه من أن يستعمل المنـزل بنفسـه كأن يسكنه – ، كما له أن يؤجره لغيره من الناس أو يرهنه أو يتصرف فيـه بكافة التصرفات القانونية .

وتنقسم الحقوق العينية إلي : حقوق عينية أصلية ، وحقوق عينية تبعيـة ، ونحن سنخصص لكل منها مبحثاً مستقلاً .

خطة البحث :

المبحث الأول : الحقوق العينية الأصلية .

المبحث الثالث : الحقوق العينية التبعية .

---

(١) راجع ، ص ٦٠ وما بعدها .

المبحث الأول

الحقوق العينية الأصلية

Les droits réels prinicipaux

يعرف الحق العيني الأصلي بأنه سلطة لشخص علي شئ معين تمكنه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، وينشأ هذا الحق بصفة أصلية مستقلة ويكون مقصوداً لذاته ، وهذا معناه ، أن الحق العيني الأصلي لا يوجد – عكس الحق العيني التبعي – لضمان حق آخر ، ويشمل حق الملكية وما يتفرع عنها .

وقد حدد المشرع المصري علي سبيل الحصر ، وتشمل الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية وما يتفرع عنه ، وتخصص لها عدة مطالب :

المطلب الأول : حق الملكية .

المطلب الثاني : حق الانتفاع .

المطلب الثالث : حق الاستعمال وحق السكني

المطلب الرابع: حق الحكر .

المطلب الخامس : حق الارتفاق .

المطلب الأول

حق الملكية

Droits de propiété

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية وأوسعها نطاقاً ، ومع أن المشرع المصري لم يضع له تعريفاً ، إلا أنه يؤخذ من نص المادة ٨٠٢ مدني والتي تنص علي أن :" لمالك الشئ وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " ، أن حق الملكية هو سلطة مباشرة لشخص علي شئ معين تخوله استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، ولذلك قيل بأن حق الملكية أوسع الحقوق العينية نطاقاً وأقواها جميعاً (١)، لأنه يمنح المالك كافة السلطات التي يمكن أن تكون لشخص علي شئ معين .

ويقصد بالاستعمال usage ، استخدام الشئ فيما أعد له ، ويتم ذلك بالقيام بالأعمال التي تتفق مع طبيعة الشئ المملوك والتي تمكن المالك من الحصول علي المنفعة المادية له دون الحصول علي ثماره ، فاستعمال الأرض يكون بزراعتها والمنزل بسكناه والسيارة بركوبها ... إلخ (٢).

وأما الاستغلال jouissance فيكون بالإفادة من الشئ بطريق غير مباشر وذلك بالحصول علي ثماره، وهي ما يتولد عن الشئ وتتميز بدوريتها وتحددها – وقد تكون فوائد أو منافع – دون أن يترتب عليها المساس بأصل الشئ ، وقد تكون الثمار طبيعية أو مدنية . والثمار الطبيعية قد تتولد بفعل الطبيعة مثل نتاج الحيوان ، وصوف الأغنام . وقد تتولد بفعل الإنسان كالحاصلات الزراعية وعسل النحل، وتسمي بالثمار الصناعية أو المستحدثة، أما الثمار المدنية ، فهي ما يغله الشئ من ربح ومثالها ما يحصل

---

(١) ومن أسباب الملكية : الاستيلاء ، والميراث ، والوصية ، والالتصاق ، والعقد ، والشفعة، والحيازة . انظر .. محمد علي عمران ، ص ٣١ وما بعدها .

(٢) توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٥٨ وما بعدها .

عليه المالك من أجرة نظير تأجيره لملكه ، وفوائد السندات وأرباح الأسهم وفوائد النقود المقرضة (١).

أما التصرف disposition فيقصد بع استخدام المالك لملكه استخداماً يستنفذه كلاً أو بعضاً (٢) . والتصرف قد يكون مادياً وقد يكون قانونياً .

والتصرف المادي ، يكون بإجراء أعمال مادية علي الشئ المملوك يكون من شأنها القضاء علي مادته كهدم البناء ، أو بإحداث تغيير جوهري فيه كإقامة مبني علي قطعة أرض أو شق ترعة أو طريق فيها ، أو بتحويله من شئ إلي شئ آخر مختلف ، كتحويل القمح إلي دقيق وتحويل الدقيق إلي خبز.

وأما التصرف القانوني ، فيكون بنقل سلطات المالك كلها أو بعضها إلي الغير ، سواء أكان ذلك بمقابل كأن يبيعه ، أو بدون مقابل كأن يهبه ، كما له أن يرتب علي الشئ المملوك حق ارتفاق أو انتفاع أو رهن .

ويلاحظ أنه لا ملكية بدون حق التصرف ، والتصرف لا يثبت إلا للمالك أما حق الاستعمال أو الاستغلال ، فقد يثبتا للمالك أو لغيره من الناس ومع ذلك ، فليس هناك ما يمنع – وفقاً للقانون – أن يتضمن السند المنشئ للحق شرطاً يمتنع بمقتضاء علي المالك التصرف، وهو ما يعرف بالشرط المانع من التصرف (٣).

---

(١) وتختلف الثمار بذلك عن المنتجات ، فهذه الأخيرة تطلق علي ما ينتج عن الشئ في مواعيد غير دورية ، ويترتب عليها الانتقاص من أصل الشئ ، ومثالها الأحجار التي تستخرج من المحاجر ، والأتربة التي تستخرج من الأرض ، والمياه التي تؤخذ من الآبار.

(٢) فرج ، المرجع السابق .

(٢) مادة ٨٢٣ مدني ، وتنص علي أنه : " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً علي باعث مشروع ، ومقصوراً علي مدة معقولة " .

ويكون الباعث مشروعاً متي كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروع للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير .

والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدي حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير .

المطلب الثاني

حق الانتفـــــاع

Droit deL'usufruit

يتفرع حق الانتفاع عن حق الملكية ، ويليه في الأهمية ، ويقصـــد بـــه السلطة المباشرة التي يمنحها القانون لشخص علي شئ معين تخوله استعمال هذا الشئ أو استغلاله مدة معينة ، ويقوم حق الانتفاع علي عنصـــرين مـــن عناصر حق الملكية ، هما الاستعمال والاستغلال ، إذ يبقي حق التصرف في الشئ للمالك ويسمي في هذه الحالة بمالك الرقبة .

وترتيباً علي ذلك ، للمنتفع أن يستعمل الشئ فيما أعد لـــه ، كـــأن يســـكن المنزل، أو أن يحصل علي ثماره كأن يمنح سلطة إســـتغلاله لآخـــر مقابـــل الأجرة وعليه أن يبذل في المحافظة علي الشئ عناية الرجل المعتـــاد ، كمـــا يلتزم أن يرده عندما ينتهي حقه في الانتفاع (١).

وحق الانتفاع حق مؤقت ، فهو ينتهي بانقضاء المدة المحددة في العقـــد الذي يرتبه أو في الوصية به ، فإذا لم تحدد مدة معينة ينتهي بانتهائهـــا حـــق الانتفاع ، يعد مقرراً لمدي حياة المنتفع ، كما ينتهي حـــق الانتفـــاع بمـــوت المنتفع ولو كان الموت قد حدث قبل انتهاء المدة المحددة لهذا الحق ، وينتهي حق الانتفاع أيضاً بهلاك الشئ محل الحق ، أو بعدم استعماله لمـــدة خمســـة عشر سنة أو بالنزول عنه ، أو باجتماع صفتي المالك والمنتفع في شـــخص واحد .

انظر نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ ، س ١٩ ، ص ١٢٢٤ ؛ محمد علي عمران ، المرجع السابق ص ٢٥٧ وما بعدها .

(١) توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٦٠ .

وحق الانتفاع – كحق متفرع عن الملكية – هو حق عيني ، وهـذا مـا يميزه عن حق المستأجر ، لأن حق المستأجر حق شخصي ، فالمسـتأجر لا يستطيع الانتفاع بالشئ المؤجر إلا إذا مكنه المؤجر من ذلك (١).

المطلب الثالث

حق الاستعمال وحق السكني

Droit de L'usage et I'habitation

يعرف حق الاستعمال بأن سلطة مباشرة لشخص علي شئ معين تخولـه حق استعمال هذا الشئ لمدة معينة ، وذلك بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم (٢). وحق الاستعمال بهذا المعني أضـيق نطاقـاً من حق الانتفاع ، فإذا كان للمنتفع الحق في استعمال الشئ أو استغلاله ، فإن حق الاستعمال لا يخول صاحبه سوى استعمال الشئ فقـط دون اسـتغلاله ، فلمن له حق استعمال حديقة مثلاً ، أن يحصل علي ثمارهـا بالقـدر الـذي يحتاجه هو وأسرته ، وليس له – علي العكس – أن يبيـع هـذه الثمـار أو يعطيها للغير .

أما حق السكني ، فهو أضيق نطاقاً من حق الاستعمال ، فهو لا يخـول صاحبه إلا نوعاً من الاستعمال وهو استعمال الشئ كمسكن فقـط ، فهـو إذاً سلطة مباشرة لشخص علي مسكن تخوله سكناه مدة معينة .

وترتيباً علي ذلك ، لا يجوز لصاحب حق السكني أن يستعمل المنزل في غير السكني ، ومن ثم ليس له أن يفتح فيه متجراً أو أن يؤجره إلـي الغيـر

---

(١) انظر :

Alex Weill , Les biens, zéme edition , Dalloz, 1974, pp. 474 ets .

وكذلك المواد ٩٨٥: ٩٩٥ مدني مصري ، ويري البعض ، أن حق الانتفاع يمكن أن يرد علي حق شخصي ، كأن يقرر الدائن – حالة ما إذا كان الدين منتجاً لفوائد – للغير الانتفاع بحقه قبل المدين ، راجع .. حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٨٤ .

(٢) انظر المادة ٩٩٦ مدني .

ويحصل علي الأجرة ، أما صاحب حق الاستعمال فيستطيع أن يستعمل المنزل في هذا الغرض أو في غيره ، كأن يتخذه مكتباً أو مخزناً مثلاً .

ويسري علي حق الاستعمال والسكني ، أحكام حق الانتفاع ، إلا ما تعارض منها مع طبيعة هذين الحقين أو مع ما أتي به القانون من أحكام (١).

ومن هذا يتبين لنا ، أن حق الاستعمال وحق السكني من الحقوق المؤقتة، ويراعي فيها شخصية من تقررت له ، ويترتب علي هذه الطبيعة الشخصية أو العائلية لهذه الحقوق ، أنه لا يجوز النزول عن أي منهما إلا بناء علي شرط صريح أو مبرر قوي (٢).

المطلب الرابع

حق الحكـــر

يقصد بحق الحكر ، تسليم أرض في حاجة إلي إصلاح ، لشخص يقوم بإصلاحها وتعميرها بالبناء عليها أو الغراس فيها ، ويكون لمن تسلم الأرض ويسمي المحتكر – حق عيني عليها يخوله الانتفاع بها في مقابل دفع أجرة المثل ، ويكون للمحتكر حق تملك ما يحدثه علي الأرض من بناء أو غراس وله أن يتصرف فيه وحده ، أو مع حقه في الحكر .

والحكر نظام مستمد من الشريعة الإسلامية ، وهو لا يجوز إلا لضرورة أو مصلحة (٣). وقد نظمه القانون المدني المصري في المواد ٩٩٩ وما بعدها و**طبقاً لأحكام هذه المواد :**

لا يجوز الحكر إلا علي الأراضي الموقوفة (١)، وبإذن من المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة .

---

(١) مادة ٩٩٨ مدني .

(٢) مادة ٩٩٧ مدني ، وانظر ، حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٨٤ ، ٨٥ .

(٣) كأن تكون الأرض الموقوفة خربة تحتاج إلي التعمير أو الإصلاح ولا يكفي ريعها للقيام به ، فيكون في تحكيره إصلاحاً له .

-أن يصدر به عقد رسمي يتم شهره وفقاً لأحكام قانون الشهر العقاري .
-هو حق مؤقت فلا يجوز التحكير لمدة تزيد علي ستين سنة .

المطلب الخامس

حق الارتفاق

La servitude

تنص المادة ١٠١٥ مدني علي أن " الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق علي مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال " (٢).

يتبين من هذا أن حق الارتفاق لا يقوم إلا علي عقار لصالح عقار أخر ، علي يكون العقار أن مملوكين لشخصين مختلفين ، ويسمي العقار الذي تقرر لصالحه الارتفاق بالعقار المخدوم ، أما العقار الذي يقع عليه الاتفاق فيسمي بالعقار الخادم ، ومن أمثلة ذلك ، حق الارتفاق بالمرور ومضمونه ، أن يقوم مالك العقار المخدوم بالمرور في العقار الخادم للوصول إلي مكان معين ، أما الارتفاق بالمطل فمضمونه ، أن يكون لمالك العقار المخدوم حق فتح مطلات أو نوافذ علي ملك الجار علي أقل من المسافة القانونية .

والأصل أن حقوق الارتفاق غير مؤقتة ، حيث تبقي ما بقي العقاران فتنتقل إلي الورثة مع انتقال الملكية ، وذلك ما لم يتفق علي إنشاء ارتفاق ينقضي بمدة معينة (٣).

---

(٢) ومع ذلك ، فقد نصت المادة ١٠١٢ صراحة علي أنه يظل سارياً ما كان مرتباً من قبل من إحكار علي أرض غير موقوفة .

(١) وحق الاتفاق باعتباره تكليفاً أو عبئاً ، يتقرر علي عقار لمصلحة آخر ، يتميز عن حق الانتفاع، إذ أن الأخير يرد علي العقار وعلي المنقول .

(٢) راجع المواد ١٠١٥ وما بعدها .

المبحث الثاني

الحقوق العينية التبعية

Les Droits rêels accéssories

تنص المادة ٢٣٤ مدني علي أن " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه " وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون .

طبقاً لنص المادة سابق الإشارة إليها ، فإن حقوق الدائن قبل المدين مضمونة بكل أموال هذا المدين ، ويسمي هذا الضمان بالضمان العام .

فالضمان العام إذاً ، يشمل جميع أموال المدين التي تكون مملوكة له وقت مطالبة الدائن للمدين بتنفيذ التزامه ، ومن ثم فهو لا يتعلق بمال معين أو عين معينة بل للدائن أو يستوفي حقه من جميع أموال المدين

وفقاً للنص أيضاً ، فإن كل الدائنين لهم نفس الحقوق ، فهم جميعاً في مرتبة واحدة في استيفاء حقوقهم من أموال المدين ، إلا إذا كان لأحدهم حق التقدم علي الآخرين (١).

ونخلص إلي أن نص ٢٣٤ سابق الإشارة إليها يضع القواعد الآتية:

١-يشمل الضمان العام جميع أموال المدين ، ولو كان المدين اكتسبها في تاريخ لاحق لتاريخ نشوء حق الدائن ، فيكفي لكي ينفذ الدائن بحقه علي هذه الأموال جبراً عن المدين ، أن يكون المال محل التنفيذ مملوكاً لهذا المدين وقت التنفيذ بصرف النظر عن تاريخ اكتسابه .

ويخرج من الضمان العام للدائنين ، ما كان مملوكاً للمدين من أموال وقت نشوء حق الدائن ، ثم خرج من ملكه وقت التنفيذ ، كذلك الأموال التي نص المشرع علي عدم جواز الحجز عليها ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٤٨٤ مرافعات من أنه " لا يجوز الحجز علي الفراش اللازم للمدين وزوجه

---

(١) مادة ٢٣٤ ، الفقرة الثانية .

وأقاربه وأصهاره علي عمود النسب المقيمين معه في معيشة واحدة ولا علي ما يرتدونه من الثياب .

٢-الضمان العام مقرر لجميع الدائنين ، فجميع الدائنين متساوون في اقتضاء ديونهم من أموال المدين ، وليست هناك مشكلة إذا اشترك عدة دائنين في التنفيذ علي أموال المدين وكانت أمواله كافية للوفاء بديونه .

وتبدو أهمية القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٢٣٤ ، عندما يشترك عدة دائنين في التنفيذ علي أموال المدين ، ولم تكن هذه الأموال كافية لسداد ديونهم جميعاً ، وفي هذه الحالة تقسم هذه الأموال فيما بينهم قسمة غرماء ، أي كل بنسبة دينه ، لأنهم جميعاً في مرتبة واحدة ، دون تفرقة بينهم بسبب أسبقية نشوء الدين أو حتي أسبقية تاريخ حلوله .

ويستثني من هذه القاعدة من كان له حق التقدم طبقاً للقانون ، وذلك بمقتضي رهن أو اختصاص أو امتياز ، أي من كان له من الدائنين حق عيني تبعي علي عين من الأعيان المملوكة للمدين .

وعندما يكون حق الدائن مضموناً بعين معينة ، فإن لهذا الدائن الحق في تتبع هذه العين ولو خرجت من ملك المدين ، كما يجعل له حق استيفاء حقه من قيمتها متقدماً علي سائر الدائنين ويسمي الدائن هنا " الدائن الممتاز " كما يسمي ضمان الدائن في هذه الحالة " بالضمان الخاص " .

أما الدائن الذي لا يكون له مثل هذا التأمين العيني – الضمان الخاص– فيسمي الدائن العادي ، وحقه مضمون بكل أموال المدين كما سبق وأن قلنا ، وإذا كان الضمان العام يعطي للدائن الحق في التنفيذ علي أموال المدين وبيعها، جبراً عنه ليستوفي حقه ، فإن ذلك لا يكفي لحماية الدائن .

حيث تظل للمدين حريته في التصرف في أمواله رغم ما عليه من ديون، كما أنه قد يهمل في اتخاذ ما يلزم للمحافظة علي حقوقه قبل الآخرين، ومن هذا يظهر أن الضمان العام للدائنين يتأثر بتصرفات المدين التي يقصد

بها إضعاف الضمان العام لهؤلاء الدائنين ، وقبل التنفيذ بحقوقهم علي الأموال التي توجد في ذمة هذا المدين (١) .

من هذا يتبين أهمية حصول الدائن علي ضمان خاص يمكنه من استيفاء حقه مفضلاً علي غيره من الدائنين الآخرين ، هذا الضمان هو ما يسمي بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات ، والتأمينات إما شخصية وإما عينية (٢).

فقد يطلب الدائن من المدين تخصيص مال معين كتأمين للوفاء بالدين ، بالأفضلية علي غيره من الدائنين ودون التعرض لقسمة الغرماء ، وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يتتبع الشئ في أي يد كان ليستوفي حقه منه مباشرة .

وقد يطلب الدائن – علي العكس – من المدين تقديم شخص آخر يوافق علي ضمان الوفاء ، فيضاف بذلك مدين آخر أو أكثر إلي المدين الأصلي ، فإذا أعسر أحدهم كان أمام الدائن فرصة الرجوع علي الآخرين .

إذا ، إذا كانت التأمينات العينية تقوم علي تخصيص مال معين للوفاء بالدين، فإن التأمينات الشخصية تعتمد علي إضافة مدينين آخرين إلي المدين الأصلي (٣).

وصور الحقوق العينية التبعية ، وفقاً للقانون المصري هي :

-الرهن الرسمي .

-الرهن الحيازي .

-حق الاختصاص .

---

(١) انظر للمؤلف ، دروس في أحكام الالتزام والإثبات ، ص٦٣ وما بعدها .

(٢) هناك تقسيمات أخري ،فمن حيث المصدر ، تنقسم إلي تأمينات اتفاقية وتأمينات قانونية وتأمينات قضائية ، وتنقسم أيضاً إلي تأمينات عامة ، وتأمينات خاصة بحسب ما إذا كانت واردة علي مال معين أو واردة علي جميع أموال المدين . راجع .. توفيق حسن فرج ، التأمينات الشخصية والعينية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٤ م ، ص ٤ .

(٣) ومن الأفضل للدائن الالتجاء إلي التأمينات العينية ، حيث تعطي للدائن حقاً علي شئ معين يكون له عليه ميزتا التتبع والأفضلية أما التأمينات الشخصية فلا تخلو من مخاطر ، لأنه من المتصور أن يسعر المدينون جميعاً ، أنظر المرجع السابق .

-حقوق الامتياز (١).

المطلب الأول

الرهن الرسمي

L' hypothéque

يعرف الرهن الرسمي بأنه عقد به يكسب الدائن علي عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، ويكون له بمقتضاه أن يتقدم علي الدائنين العاديين ، والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون(٢).

يتقرر الرهن الرسمي إذاً بمقتضي عقد بين الدائن والمدين ، ويجب أن يحرره الموظف المختص بمكتب التوثيق ، فلا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية (٣). ولا يرد الرهن الرسمي إلا علي العقارات ، وفيه تبقي حيازة العقار المرهون للمالك الراهن ، وهذا الأخير قد يكون هو نفس المدين ، كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين .

ولا يحتج بالرهن علي الغير ، إلا إذا تم شهره عن طريق القيد في مكتب الشهر العقاري ، ويكون للدائن المرتهن الحق في استيفاء دينه من ثمن العقار، بالأفضلية علي غيره من الدائنين العاديين أو التالين له في المرتبة ،

---

(١) وتنظيم التأمينات العينية جميعاً فكرة واحدة ، هي فكرة الرهن ضماناً لوفاء الدين فيكون الرهن بمقتضي اتفاق في الرهن الرسمي ورهن لحيازة ، وبمقتضي أمر من القاضي في حق الاختصاص ، وبمقتضي نص في القانون في حقوق الامتياز ، وقد قدم المشرع الرهن الرسمي علي غيره من الرهون لأنه أوسعها انتشاراً وأكبرها خطراً ، ثم أعقب الرهن الرسمي بحق الاختصاص لأنه حق مصوغ علي غرار الرهن الرسمي والأحكام بينهما مشتركة ، وتلا ذلك رهن الحيازة وهو رهن واسع الانتشار في البيئات الزراعية ثم ختم بحقوق الامتياز ، انظر الأعمال التحضيرية ، ج٧ ، ص٢ .

(٢) مادة ١٠٣٠ مدني .

(٣) مادة ١٠٣١ مدني .

كما يكون له أن يتتبع العقار المرهون – إذا تصرف فيه المالك – في يد من انتقلت إليه ملكيته ، ليتخذ إجراءات التنفيذ عليه .

المطلب الثاني

الرهن الحيازي

Droit de gage

ويعرف الرهن الحيازي بأنه ، عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو علي غيره ، أن يسلم إلي الدائن أو إلي أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشي لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ في أي يد يكون .

ولا يتطلب القانون أن يكون عقد الرهن الحيازي رسمياً كعقد الرهن الرسمي ، ويرد الرهن الحيازى علي العقار أو المنقول ، وبه تنتقل حيازة الشئ المرهون إلي الدائن المرتهن مع بقاء ملكيته للراهن ، فيجوز لهذا الأخير ، أن يتصرف فيه دون إخلال بحق الدائن المرتهن في تتبعه للتنفيذ عليه .

ولا يجوز للدائن المرتهن الانتفاع بالشئ المرهون أو استعماله دون مقابل، وما يحصل عليه من هذا الطريق يخصم من الدين المضمون بالرهن ، فالدائن المرتهن إذاً ، يلتزم بإدارة الشئ المرهون والمحافظة عليه واستثمار لحساب المالك .

ولا يحتج بالرهن الحيازي علي الغير ، إلا إذا تم قيده في الشهر العقاري إذا كان المرهون عقاراً ، أو تحريره في ورقة ثابتة التاريخ إذا كان المرهون منقولاً ، ويخول الرهن الحيازي – كالرهن الرسمي – للدائن سلطة تتبع الشئ المرهون تحت يد الغير ليستوفي دينه من ثمنه ، متقدماً علي غيره من الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة .

المطلب الثالث

حق الاختصاص

Droit d' affectation

ويتقرر حق الاختصاص – علي عكس الرهن – بأمر من القضاء ، حيث يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوي يلزم المدين بشئ معين أن يحصل ، متى كان حسن النية ، علي اختصاص بعقارات مدينه ضماناً للدين والفوائد والمصروفات (١).

ولا يرد حق الاختصاص ، كما هو واضح ، إلا علي عقارات المدين وذلك بمقتضي أمر يصدره القاضي ، بناء علي طلب الدائن الذي بيده حكم واجب النفاذ ضد المدين ، وتبقي حيازة العقار المقرر عليه حق الاختصاص في يد مالكه ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي .

ويصدر القاضي أمره بالاختصاص ويدونه في ذيل العريضة المقدمة من الدائن ، وهو يراعي في ذلك التناسب بين مقدار ما للدائن وقيمة العقارات التي يطالب بتقرير حق اختصاص عليها . فإذا ما تقرر له حق اختصاص ، كان له من الحقوق ما للدائن المرتهن رهنا رسمياً ، فيكون له تتبع العقار في أي يد كان ، ويكون له اقتضاء دينه من المقابل النقدي للعقار متقدماً علي غيره من الدائنين .

ولا يحتج بحق الاختصاص علي الغير ، إلا بقيد الأمر القضائي بالطريقة التي يقيد بها الرهن الرسمي (٢).

---

(١) مادة ١٠٨٥ مدني .

(٢) مادة ١٠٩٥ مدني .

المطلب الرابع

حقـــوق الامتيـــاز

Lés privileges

قد يكون هناك من الديون ما يحتاج إلي رعاية خاصة لصفة فيـه كـدين النفقة، فجعل له القانون أولوية علي غيره من الحقوق ، فالامتياز إذاً ، أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ، ولا يكون للحـق امتيـاز إلا بمقتضي نص في القانون (١).

وحق الامتياز لا يتقرر إلا بنص القانون، فلا اميتاز بغيـر نـص ، وإذا تقرر لحق ، صار هذا الحق مقدماً علي غيره من الحقوق .

وتنقسم حقوق الامتياز إلي حقوق الامتياز العامـة ، وحقـوق الامتيـاز الخاصة.

وترد حقوق الامتياز العامة ، علي جميع أموال المـدين مـن منقـول وعقار وهي لا تخضع لنظام القيد ولا تتضمن مكنة التتبع ، ومثالهـا النفقـة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة (٢). أمـا حقـوق الامتياز الخاصة ، فهي ترد علي مال معين من أموال المدين وتخول صاحبها مكنة التقدم والتتبع .

ولا يحتج بالامتياز الخاص علي عقار علي الغير ، إلا إذا تم شهره بطريق القيد ، كامتياز المبالغ المستحقة للمقـاولين والمهندسـين المعمـاريين علـي المنشآت التي قاموا بتشييدها أو ترميمها أو صيانتها . أما إذا تقرر الامتيـاز علي منقول فإنه لا يحتج به علي الغير الذي انتقلت إليه حيازة المنقول وهـو حسن النية ، أي يجهل وجود الامتياز (٣) . كامتياز أجرة المباني والأراضي

---

(١) مادة ١١٣٠ مدني .

(٢) مادة ١١٤١ مدني .

(٣) مادة ١١٣٣ مدني .

الزراعية علي ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول ومن محصول(١).

---

(١) مادة ١١٤٣ مدني .

الفصل الرابع

الحقوق الذهنية

Droit intéllectuals

يقصد بالحقوق الذهنية ، الحقوق التي ترد علي قيم غير مادية ، كتلك الحقوق التي تثبت للشخص علي نتاج الذهن ، سواء في مجال العلوم أو الآداب أو الفنون وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والاسم التجاري .

ويخول هذا الحق لصاحبه سلطة الاستئثار بما يرد عليه حقه ، كما تجعل له الحق في أن يستغل ما أنتجه ، أو ما يرد عليه حقه استغلالاً مالياً (١).

ويمكن تقسيم الحقوق المعنوية إلي :

١-حقوق الملكية الصناعية والتجارية ، ويقصد بها الحقوق التي تكفل للصانع أو التاجر حماية العناصر الأساسية في منشأته الصناعية أو التجارية ، ومن أمثلة هذه الحقوق ، الحق في الاحتفاظ بالعملاء ، والحق في براءات الاختراع والنماذج الصناعية ، والعلامات التجارية والاسم التجاري ، وتدخل دراستها في نطاق القانون التجاري .

٢-حقوق الملكية الأدبية والفنية حقوق المؤلف ويقصد بها الحقوق التي ترد علي النتاج المبتكر للذهن في المجالات المختلفة – العلوم – الآداب – الفنون

---

(١) تنص المادة ٨٦ مدني علي أن " الحقوق التي ترد علي شئ غير مادي تنظمها قوانين خاصة " . ومن هذه القوانين الخاصة ، القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية ، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ الخاص بالموافقة علي الاتفاقات الدولية المتعلقة بحماية الملكية الصناعية ، والقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحق المؤلف ، والذي حل محله القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ والخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية .

– وهي ما تهمنا في هذه الدراسة الوجيزة (١). وتقتضي الدراسة تقسيم هـذا الفصل علي عدة مباحث .

خطة البحث :

المبحث الأول : المقصود بحق المؤلف .

المبحث الثاني : تحديد شخص المؤلف .

المبحث الثالث : مضمون حق المؤلف .

المبحث الأول

المقصود بحق المؤلف

يقصد بحق المؤلف ، الحق الذي يثبت لكل مؤلف علي مصنفه الذي سواء كان مصنفاً عامياً أم أدبياً أم فنياً ، وقد حددت المادة الأولي من القانون رقـم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ والمادة ١٣٨ من القانون رقم ٨٢ لسـنة ٢٠٠٤ م ، هـذا المعني بنصها علي أن " يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكره في الآداب والفنون والعلوم أياً كان نوع هذه المصنفات أو بطريقـة التعبيـر عنها أو أهميتها أو الغرض منها ... " (٢) .

ولكي يثبت هذا الحق لابد وأن يكون المصنف منطوياً علـي قـدر مـن الابتكار ، ويكون المصنف مبتكراً إذا انطوي علي طابع أصيل يبرز شخصية

---

(١) أنظر .. حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ ، وفي حق المؤلف انظـر المراجع الآتية : مختار القاضي ، حق المؤلف ١٩٥٨ ، عبد المنعم الصدة ، حق المؤلـف في القانون المصري ، ١٩٦٧ ، عبد الرشيد مأمون شـديد ، الحـق الأدبـي للمؤلـف ، ١٩٧٨م.

Olangier , Le droit d'auteur, 2vol ., 1938 , 1978 ; Désbois, Le droit d'auteur , 1950 , Roubler, Le droit de la propriété intellecutuels , T.l. 1950 .

وانظر السنهوري ، الوسيط ، حق الملكية ، ج٨ ، ص ٣٥٤ وما بعدها ، والمراجع المشار إليها بالهامش .

(٢) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٣٦٤ وما بعدها .

صاحبه ، وسواء تعلق هذا الطابع بجوهر الفكرة المعروضة أم بالوسيلة التي اتبعت في عرضها أو في التعبير أو الترتيب أو التبويب أو الأسلوب .

ولا يشترط لثبوت الحماية القانونية للمصنف أن يكون قد أتي بفكرة لم يسبقه إليها أحد من قبل ، وإنما يكفي أن يكون قد أضاف شيئاً جديداً ، فالابتكار إذاً يتراوح بين الإبتكار الجديد بصفة كاملة أو مجرد التجديد في طريقة العرض والتأليف أو الأسلوب (١).

وترتيباً علي ذلك ، يتمتع بحقوق المؤلف من قام بترجمة المصنف من لغة إلي أخري ، أو بتخويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلي لون آخر ، أو قام بتلخيصه أو بتحريره أو تعديله أو التعليق عليه بأي صورة نظهره في شكل جديد (٢).

ولا يقتصر الابتكار علي موضوع المؤلف بل يمتد إلي عنوانه أيضاً فيخضع من ثم ، هذا العنوان للحماية المقررة قانوناً ، إذا كان متميزاً بطابع ابتكاري ، ولم يكن لفظاً جارياً للدلالة علي موضوع المصنف (٣).

ومتى توافرت شروط الابتكار في المصنف ، ثبتت له الحماية القانونية، بغض النظر عن أهميته أو الغرض منه أو طريقة التعبير عنه .

ولا تعتبر المجموعات التي تنظم مصنفات عدة ، كمختارات الشعر والنثر والموسيقي وغيرها من المجموعات ، مصنفات قائمة بذاتها تستحق حماية

---

(١) حمدي عبد الرحمن ، ص ١٠٤ وما بعدها ؛ عبد الناصر العطار ، المدخل السابق ص٤٥٦ ، فقرة ٢٣٤ .

(٢) راجع شحاتة غريب شلقامي ، الملكية الفكرية في القوانين العربية ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨ ، ص ٨٠ وما بعدها .

(٣) انظر المادة ١٤٠ من القانون والتي حددت أنواع المصنفات ، وقد ذكرت هذه المادة أنواع المصنفات التي اعترف القانون لمؤلفيها بحقوق المؤلف لتوافر عنصر الابتكار ، وتشمل ، المصنفات المكتوبة والمصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة ، والمصنفات التي تلقي شفوياً كالمحاضرات والخطب والمواعظ وما يماثلها ، والمصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية ... إلخ .

خاصة من القانون ، غير الحماية التي يسبغها القانون علي مؤلف كل من المصنفات التي تنظمها تلك المجموعات ، ومع ذلك تثبت الحماية القانونية لها ما دامت متميزة لسبب يرجع إلي الابتكار أو الترتيب أو أي مجهود شخصي يستحق الحماية (١)

وكذلك لا تثبت الحماية القانونية لمجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية (٢) .

المبحث الثاني

تحديد شخص المؤلف

يطلق علي واضع المصنف مؤلفاً وهو يتمتع بحماية القانون ، كما تثبت له السلطات التي يخولها له حق المؤلف علي مصنفه ، وقد يكون المؤلف فرداً واحداً وقد يشترك شخصان أو أكثر في تأليف مصنف ، كما في حالتي المصنف المشترك والمصنف الجماعي ، **فيكف يمكن تحديد شخص المؤلف في هذه الحالات ؟**

المطلب الأول

المصنف الفردي

يعتبر نشر المصنف منسوباً إلي شخص معين ، سواء أكان ذلك بذكر اسمه علي المصنف أم بأي طريقة أخري قرينة علي أنه صاحب المصنف، ويتمتع من ثم بحماية القانون ، وهذه القرينة تقبل إثبات العكس ، بمعني أن نشر المصنف منسوباً إلي شخص معين لا يدل دلالة قاطعة علي أنه صاحبه، فيجوز بالتالي لمن له مصلحة أن يقيم الدليل بكل الطرق علي أن من نسب

---

(١) المادة ١٤٠ – البند ١٣ ، نقض ١٩٦٤/٧/٧ ، مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ، ص ٩٢٠ .

(٢) المادة ١٤١ من القانون

المصنف إليه ليس هو المؤلف في حقيقة الأمر ، أو أن مؤلفه شخص آخـــر . والأصل أن يوضع اسم المؤلف الحقيقي علي المصنف ، وقد أجاز المشـــرع أن ينشر المصنف تحت اسم مستعار ، كما أجاز أن ينشر المصـــنف تحـــت علامة أو رمز معين ، فإذا ثار نزاع حول صاحب المؤلف فعلي صاحبه يقع عبء الإثبات أي يثبت أنه صاحب المنصف ، وأن الاسم المستعار أو العلامة له (١).

المطلب الثاني

المصنف المشترك

المصنف المشترك ، هو المصنف الذي يشترك في تأليفه أكثر من شخص ويكون ذلك لحسابهم ودون توجيه من أحد . **والمصنف المشترك نوعان :**

١-المصنف غير القابل للانقسام ، وفيه يساهم عدة أشخاص في تأليفه بحيـــث لا يمكن فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك .

ويعتبر الجميع – في هذه الحالة – أصاحب المصنف بالتساوي فيما بينهم، إلا إذا اتفق علي غير ذلك ، وطبقاً لنص المادة ١٧٤ ، " إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فـــي العمـــل المشترك اعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوي فيما بينهم مـــا لـــم يتفق كتابة علي غير ذلك " ، وقد يتفق المؤلفون علي تخويل واحد مـــنهم أو أغلبهم ، سلطة استغلال المصنف ، أما في حالة عدم الاتفـــاق ، فإنـــه يلـــزم لمباشرة حقوق المؤلف اتفاق جميع المؤلفين المشتركين ، ومن ثـــم لا يجـــوز لأحدهم ، منفرداً أو لبعضهم مباشرة هذه الحقوق ، وإذا وقع اعتداء علـــي أي حق من حقوق المؤلف جاز لكل من المشتركين في التأليف ، الحق في رفـــع الدعوي والمطالبة بما له من حقوق .

---

(١) راجع المادة ١٣٨ من القانون .

٢-المصنف الذي يقبل الانقسام ، وفيه يساهم عدة أشخاص في تأليفه ويكون من الممكن فصل نصيب كل منهم (١)، والقاعدة ، أن لكل منهم الحق في استغلال الجزء الذي ساهم به علي حدة ، بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق علي غير ذلك . ولا تكون هناك صعوبة إذا وجد اتفاق بين المؤلفين المشتركين ، أما إذا لم يوجد اتفاق فيثبت لكل منهم الحق – كما قلنا – في استغلال الجزء الذي يخصه ، ويجوز لكل منهم رفع الدعوي أمام القضاء والمطالبة بحقوقه عند وقوع اعتداء (٢).

المطلب الثالث

المصنف الجماعي

المصنف الجماعي ، هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي (٣) يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه علي حده .

إذاً ، المصنف الجماعي – كالمصنف المشترك – ما هو إلا ثمرة لاشترك عدة أشخاص ، لكنه يفترض أن وضعه يتم بتوجيه من شخص آخر طبيعياً كان أم معنوياً يتكفل بنشره تحدت إدارته وباسمه ، مثال ذلك : دوائر المعارف والموسوعات العلمية .

ويثبت حق المؤلف علي المصنف الجماعي ، للشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وضع هذا المصنف بتوجيه منه والذي تكفل بنشره تحت إدارته

---

(١) العطار ، ص ٢٦٨ ؛ السنهوري ، ص ٤١٨ وما بعدها .

(٢) انظر المادة ١٧٤ من القانون ، وفي تفصيل ذلك أنظر ، حمدي عبد الرحمن ، من ص ١٢١ ؛ شحاتة غريب شلقامي ، ص ١٢٦ وما بعدها .

(٣) فقد تكون الدولة أو شخص عام آخر ، انظر حكم لمحكمة استئناف مصر المحاماة ٢٢، رقم ٢٣١ ، ص ٦٦٧ ؛ شحاته غريب ، ص ١١٥ وما بعدها .

وباسمه ، وله من ثم ، وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف ، وأكدت المادة ١٧٥ هذا الحكم ، فنصت علي" يكون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه إلي ابتكار المصنف الجماعي ، التمتع وحده بالحق في مباشرة حقوق المؤلف عليه . وقد خرج المشرع بهذا الحكم عن القواعد العامة ، والتي تقضي بثبوت حق المؤلف للأشخاص الذين ألغوا بالفعل هذا المصنف ،أي أنه نتاج ذهنهم وجهدهم (١).

المبحث الثالث

مضمون حق المؤلف

تنص المادة الخامسة من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، والمعدلة بالقانون رقم ٣٨ لسنة ٩٢ علي أنه " للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة هذا النشر ، وله وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً ، وله حق الاستغلال المالي للمصنف الأصلي أو خلفائه ، ويتضمن الإذن طريقة ونوع ومدة الاستغلال " ، وأكدت هذا الحكم المادتان ١٤٣ ، ١٤٧ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ م .

ويستخلص من هذه المادة أن للمؤلف علي مصنفه نوعين من الحقوق حق أدبي وحق مالي ، ويرجع ذلك إلي الصلة الوثيقة بين المؤلف ومصنفه الذي هو نتاج فكره وذهنه ، هذه الصلة تجعل من المصنف تعبيراً عن شخصية صاحبه ، فهو ينم عن ثقافته وعلمه ومواهبه ، ويكشف عن ميوله ومذاهبه .

---

(١) انظر المادة (١) من القانون .

المطلب الأول

الجانب الأدبي لحق المؤلف

قلنا أن المصنف نتاج الذهن الذي يعبر به المؤلف عن شخصيته وثقافته ومبوله ومذاهبه ، ولذلك قرر القانون للمؤلف بعض السلطات يحافظ بها علي كيانه الأدبي (١) ، فطبقاً لنص المادة ١٤٣ من القانون ، يتمتع المؤلف وخلفه – علي المصنف – بحقوق أدبية غير قابلة للتقادم أو للتنازل عنها ، **وتشمل هذه الحقوق ما يلي :-**

-الحق في إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة .

-الحق في نسبة المصنف إلي مؤلفه .

-الحق في منع تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له .... إلخ .

ويتضح من هذا النص ، أن للمؤلف علي مصنفه مجموعة من الحقوق الأدبية وهي :

١-تقرير نشر مصنفه وتحديد طريقة هذا النشر :

فللمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه من عدمه ، وله في ذلك سلطة تقديرية مطلقة ، فإذا ما قرر عدم نشر مصنفه فلا يجوز إجباره علي ذلك وإلا كان في هذا اعتداء علي حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية . ويظل للمؤلف هذه السلطة في الامتناع ولو كان قد سبق وأن تعاقد مع إحدى دور النشر علي نشر هذا المصنف إذا قدر أن مصلحته تقتضي عدم نشره(٢).

---

(١) العطار ، المرجع السابق ، ص ٤٨ وما بعدها ؛ السنهوري ، ص ٥٠٣ وما بعدها .

(٢) راجع المادة ١٤٣ من القانون . ومع ذلك فقد أورد المشرع بعض القيود علي هذه السلطة المطلقة التي للمؤلف ، فقد نصت المادة ١٧١ من القانون علي أنه " مع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأدبية طبقاً لأحكام هذا القانون ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع الغير من القيام بأي عمل من الأعمال الآتية :

١- فليس للمؤلف ، بعد نشر مصنفه ، أن يمنع إيقاعه أو تمثيله أو إلقاءه في اجتماع عائلي أو في جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة مادام لا يحصل في نظير ذلك = رسم أو مقابل

٢-نسبة المصنف إلي مؤلفه :

للمؤلف وحده الحق في أن ينسب إليه مصنفه وفي أن يدفع أي اعتداء علي هذا الحق " .

وترتيبا علي ذلك ، للمؤلف الحق في أن ينشر مصنفه حاملاً اسمه ، وله أن ينشره – كما سبق القول – تحت اسم مستعار وله أن ينشره دون اسم ، ولا يكون لأي شخص آخر الحق في أن ينسب ذلك المصنف إلي نفسه ، ويكون للمؤلف الحق في دفع أي اعتداء من هذا النوع (١) .

مالي ، ولموسيقي القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخري الحق في إيقاع المصنفات من غير أن تلزم بدفع أي مقابل عن حق المؤلف مادام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مالي .

٢- ليس للمؤلف أن يمنع شخصاً من عمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره ، وذلك لاستعماله الشخصي المحض .

٣- لا يجوز للمؤلف – بعد نشر المصنف – حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة إذا قصد بها النقد أو المناقشة أو الأخبار مادامت تشير إلي المصنف واسم المؤلف إذا كان معروفاً .

٤- يجوز في الكتب الدراسية وفي كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التي سبق نشرها ، كما يجوز نقل المصنفات التي سبق نشرها في الفنون التخطيطية أو المجسمة أو الفوتوغرافية بشرط أن يقتصر النقل علي ما يلزم لتوضيح المكتوب ، ويجب في جميع الأحوال أن يذكر بوضوح المصادر المنقول عنها وأسماء المؤلفين .

٥- يجوز للصحف أو النشرات الدولية أن تنشر مقتبساً أو مختصراً أو بياناً موجزاً من المصنفات بإذن من مؤلفيها (مادة ١٧٢) .

٦- للهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية الحق في إذاعة المصنفات التي تعرض أو توقع في المسارح أو أي مكان عام آخر وعلي مديري هذه الأمكنة تمكين هذه الهيئات إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ودفع تعويض للمؤلف أو خلفه ولمستغل المكان إذا كان لذلك مقتضي . راجع ... شحاته غريب ، المرجع السابق ، ص ١٥٣ وما بعدها .

(١) راجع المادة ١٣٨ من القانون.

٣-إدخال ما يراه المؤلف من تعديل أو تحوير علي مصنفه :

تنص المادة السابعة من القانون ، علي أن " للمؤلف وحده إدخال ما يري من التعديل أو التحوير علي مصنفه ، وله وحده الحق في ترجمته إلي لغة أخري . ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك إلا بإذن كتابي منه أو ممن يخلفه " . وللمؤلف أن يمنع أي حذف أو تغيير في مصنفه .

ومع ذلك ، أجاز المشرع للمترجم أن يلجأ إلي الحذف والتغيير في الأصل بشرط الإشارة إليهما في الترجمة ، ولا يجوز للمؤلف الاعتراض علي ذلك إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلي مواطن الحذف أو التغيير أو ترتب علي الترجمة مساس بسمعة المؤلف ومكانته الأدبية (١).

٤-سحب المصنف من التداول .

ونظراً لأن المصنف وثيق الصلة بشخصية مؤلفه ، كان للمؤلف وحده إذا قدر بعد فترة من الزمن أن هناك من الأسباب ما يجعله غير راغب في استمرار تداول مؤلفه ، سحب مصنفه من التداول . كما له هذا الحق إذا ما تغيرت آرائه أو ميوله أو إذا وجده غير متفق ومكانته العلمية .

وقد رأي المشرع تقييد حق المؤلف في سحب مؤلفه من التداول وذلك في الحالة التي سبق وأن تنازل فيها المؤلف عن حقه في استغلال مصنفه إلي آخر، لما قد يؤدي إليه سحب المؤلف لمصنفه من أضرار بمن انتقل إليه حق

---

(١) وتشجيعاً من المشرع المصري لحركة الترجمة للكتب والمصنفات الأجنبية بقصد إثراء الثقافة والمعرفة ، فإنه أعطي لأن شخص الحق في ترجمة مصنف أجنبي عن لغته الأصلية أو عن إحدي اللغات الأجنبية التي ترجم إليها ، وذلك إلي اللغة العربية ، شرط الحصول علي إذن المؤلف الأصلي أو صاحب الترجمة الأجنبية (مادة ١٤٧) ، وحق المؤلف – في هذه الحالة – ينتهي بمرور ثلاث سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم (مادة ١٤٨).

الاستغلال المالي للمصنف ، وتطلب المشرع أن يستعمل المؤلف حقه هذا عن طريق المحكمة (١).

ويعتبر الحق الأدبي للمؤلف ، لصقاً بشخصية المؤلف ، فهو بذلك يدخل ضمن حقوق الشخصية ، ومن ثم ، لا يجوز التصرف فيه ، ولا الحجز عليه ولا يسقط بالتقادم ، فهو لا يقوم بمال .

---

(١) وطبقاً للمادة ١٤٤ " للمؤلف وحده إذا طرأت أسباب جدية ، أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مصنفه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه ، برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي ، ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعوض مقدماً من آلت حقوق الاستغلال المالي إليه تعويضاً عادلاً في غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم".

ويلاحظ أن هذا الحكم وإن كان الهدف منه حماية من آلت إليه حقوق استغلال المصنف استغلالاً مالياً – من تعسف المؤلف ، فإنه قد يؤدي – علي العكس – إلي تقييد حق المؤلف في تقديره لمدي صلاحية مصنفه للبقاء في التداول مما قد يجعله يتردد في سحبه ، بالإضافة إلي أن المشرع قد قيد حق المؤلف في سحب مؤلفه من التداول بإذن مسبق من القضاء ، وللقضاء سلطة تقديرية ، وهو ما يؤدي – من وجهة نظرنا – إلي تفريغ حق المؤلف من مضمونه . راجع الخلاف الفقهي حول هذه المسألة ... شحاته غريب ، ص ١٩٨ وما بعدها .

المطلب الثاني

الجانب المالي لحق المؤلف

تنص المادة ١٤٧ من القانون علي أنه : يتمتع المؤلف وخلفه العام من بعده بحق استئثاري في الترخيص أو المنع لأي استغلال لمصنفه بأي وجه من الوجوه ... إلخ ، أو للمؤلف الحق في استغلال مصنفه استغلالاً مالياً ولا يجوز للغير أن يباشر حتى الاستغلال المالي إلا بإذن مكتوب من المؤلف .

وتنص المادة ١٤٩ علي أن " للمؤلف أن ينقل إلي الغير كل أو بعض حقوقه المالية المبينة في هذا القانون .

ومفاد هذه النصوص أن لصاحب الإنتاج الفكري الحق في الحصول علي المزايا المالية التي قد يحققها هذا الإنتاج الفكري ، فمن ناحية ، لتعويضه عما أنفق في سبيل هذا الإنتاج ، ومن ناحية أخري لتشجيعه علي مواصلة إنتاجه ، مما يتيح لغيره فرصة الانتفاع بثمرات مواهبه (١).

---

(١) ويتم استغلال المؤلف لمصنفه ، بطريقتين ، إما أن بعرضه مباشراً وذلك بتلاوته علناً أو بالتوزيع الموسيقي أو التمثيل المسرحي أو العرض العلني أو الإذاعة للاسلكية اللاسلكية للتكلم أو للصوت أو للصور أو العرض بواسطة القانون المصري أو للسينما أو نقل الإذاعة للاسلكية بواسطة مكبرات الصوت أو بواسطة شاشة التليفزيون بعد وضعها في مكان عام ، ويسمي هذا الحق ، بحق الأداء العلني ، وقد يتقاضي المؤلف = عن هذا الأداء مقابلاً وقد يؤديه مجاناً وفي جميع الحالات يعتبر الأداء المذكور من حقوقه التي يستأثر بها ، ولا يجوز لغيره مباشرته بغير إذنه الكتابي . وإما أن يتم ذلك بطريق غير مباشر ، وذلك عن طريق نسخ المصنف بواسطة الطباعة أو الرسم أو الحفر والتصوير أو الصب في قوالب أو التسجيل أو النسخ أو التثبيت علي اسطوانات أو أشرطة مسموعة أو مرئية أو بأية طريقة أخري من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفرتوغرافي أو السينمائي ، ويسمي بحق النشر . راجع المادة ١٤٧ من القانون . السنهوري ، ص ٤٤٧ ؛ حمدي عبد الرحمن ، من ص ١٤٤ ؛ العطار ، ص ٤٦٤ .

وقد يقوم المؤلف باستغلال مصنفه – استغلالاً مالياً – بنفسه أو بأن يتنازل عن هذا الحق لغيره ، كتابة نظير مقابل معين أو في مقابل نسبة محددة من ناتج الاستغلال .

والحق المالي للمؤلف مؤقت ، ويبقي له طيلة حياته وينتقل إلي خلفه ، ويستمر لهم هذا الحق ، ولا ينقضي إلا بمضي خمسين سنة – كقاعدة عامة من وقت وفاة المؤلف أو آخر من بقي حياً منهم . وبعد هذه المدة يكون لأي شخص أن يقوم باستغلال المؤلف دون حاجة إلي إذن من الورثة ودون مقابل(١).

ولا يجوز الحجز علي حق المؤلف في استغلال مصنفه ، ومع ذلك يجوز الحجز علي ما يكون متبقياً من نسخ المصنف الذي تم نشره ، فالحجز – في هذه الحالة – لا يرد علي حق الاستغلال الذي يملكه المؤلف وحده ، وإنما يرد علي النسخ بوصفها أشياء ذات قيمة مالية .

وقد وضع المشرع تنظيماً خاصاً لحماية حقوق المؤلف ، فبالإضافة إلي ما تقتضيه القواعد العامة في المسئولية التقصيرية ، فقد وضع القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية ، مجموعة من الإجراءات التحفظية لحماية حق المؤلف حالة الاعتداء علي حقه ، وهي تستهدف الحفاظ علي حق المؤلف إلي حين الفصل في موضوع الدعوي ، وذلك بمقتضي المادة ١٧٩ ، ومن ناحية أخري يتعرض من يعتدي علي حق المؤلف لجزاء مدني وآخر جنائي (٢) .

---

(١) راجع المادة ١٦٠ وما بعدها .

(٢) وقد تضمنت هذه الجزاءات المادة ٤٧ من قانون ١٩٥٤ والمعدل بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ . وتتمثل في الحبس والغرامة وبينت حالات الاعتداء ، راجع الفصل الثاني – في الجزاءات من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بإصدار قانون حماية حق المؤلف ، وفي طريق حماية حقوق المؤلف ، كما نصت عليها المادة ١٨١ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ، حيث قضت بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدي هاتين العقوبتين ، ثم عددت الأفعال التي تشكل

الباب الثالث

صاحب الحق

Le sujet de droit

صاحب الحق هو الشخص الذي يستأثر – دون غيره – بالمزايا التي يخولها الحق ، والشخص في لغة القانون ، يراد به كل كائن تتوافر فيه الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات .

ولا يقصد بالشخص الإنسان فقط ، فقد يطلق علي غير البشر كمجموعات معينة من الناس ، مثل الجمعيات والشركات ، أو مجموعات الأموال مثل المؤسسات ، وتسمي بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ، وهي تقابل الشخص الطبيعي – الإنسان – مما يقتضينا الحديث عن نوعين من الأشخاص : الشخص الطبيعي ، الشخص المعنوي .

وذلك في فصلين :

خطة البحث :

الفصل الأول : الشخص الطبيعي .

الفصل الثاني : الشخص المعنوي أو الاعتباري .

اعتداء علي حقوق المؤلف . انظر السنهوري ، ص ٥١٨ وما بعدها ، نقض مدني ١٩٦٤/٧/٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٥ ، رقم ١٤٢ ، ص ٩٣٧ ، نقض جنائي ١٩٨٥/٣/٤ ، المرجع السابقة، س ٣٦ ، ص ٣٢٩ .

الفصل الأول

الشخص الطبيعي

La personne physique

والشخص الطبيعي هو الإنسان ، وكل إنسان يتمتع بالشخصية القانونية ، التي هي الصفة القانونية التي تثبت للإنسان ، وتعني صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، ومع ذلك ، فقد حرمت الشرائع القديمة بعض أفراد المجتمع من الشخصية القانونية ، كالأرقاء ، فقد كإن الرقيق مملوكاً لسيده ، وكان يعتبر محلاً للحقوق ، شأنه في ذلك شأن الجماد والحيوان .

وفي الوقت الحاضر ، تثبت الشخصية القانونية للناس كافة وعلي قدم المساواة ، ودون توقف علي وجود إرادة واعية ، فتثبت للمجنون أو الصغير غير المميز ، كما تثبت للعاقل البالغ سواء بسواء .

ومع ذلك ، يتفاوت الناس في مدي ما لكل منهم من حقوق وما عليه من التزامات ، فيكون لبعضهم الصلاحية الكاملة لاكتساب كل الحقوق وتحمل كل لالتزامات ، ويكون للبعض الآخر ، صلاحية ناقصة تقتصر علي بعض الحقوق والالتزامات .

ودراستنا للشخص الطبيعي ، تقتضي ، التعرض للمسائل الآتية ، بداية الشخصية القانونية ونهايتها ، ثم مميزات الشخصية ، وأخيراً أهلية الآداء ، وذلك في ثلاثة مباحث .

خطة البحث :

المبحث الأول : بداية الشخصية ونهايتها .

المبحث الثاني : مميزات الشخصية .

المبحث الثالث : أهلية الأداء .

المبحث الأول
بداية الشخصية ونهايتها

تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهي بموته ، ونخصص لبدايه الشخصية ونهايتها مطلبين ، ثم نختم بمطلب ثالث عن الوضع القانوني للمفقود .

المطلب الأول
بداية الشخصية القانونية

تنص المادة ٢٩ من القانون المدني علي أن :

١- تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهي بموته .

٢- ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون " .

وطبقاً لنص المادة السابقة ، فإن شخصية الإنسان تبدأ – كقاعدة عامة – بتمام ولادته حياً ، فيشترط إذاً لثبوت الشخصية القانونية ، تمام ولادته من ناحية ، وتحقق حياته لحظة تمام ولادته من ناحية أخري ، ويستلزم لتحقق الشرط الأول تمام انفصال الجنين عن أمه ولا يكفي خروج أكثر المولود من أمه كما يقول الأحناف ، وقد تأكد هذا الشرط بنص المادة ٤٣ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، والمادة ٣٥ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وهو حكم مأخوذ عن باقي المذاهب الإسلامية الأخرى .

ويشترط أيضاً ، تحقق حياة المولود لحظة انفصاله عن أمه ولو مات عقب ذلك مباشرة ، فلا يكتسب الشخصية القانونية الأطفال الذين يولدون أمواتاً ولو ثبت أنهم كانوا أحياء وهم أجنة في بطون أمهاتهم ، كذلك الأطفال الذين يموتون قبل تمام ولادتهم. وعلي العكس ، إذا ثبتت حياة الطفل لحظة تمام ولادته، تثبت له الشخصية القانونية ، حتي ولو توفي بعد ذلك مباشرة .

ويستدل علي حياة المولود بأي العلامات التي قد تفيد توافرها كـالتنفس والحركة والبكاء أو الصراخ أو الشهيق ، فإن لم يظهـر شـئ مـن هـذه الأعراض، وجب الرجوع إلي أهل الخبرة من الأطباء .

وتثبت واقعة الميلاد بالقيد في السجلات الرسمية المعدة لذلك ، وفقاً للقانون رقم ٣٦٠ لسنة ١٩٦٠ ، الصادر في شأن الأحوال المدنيـة ، ولـيس لهـذه السجلات أو الشهادات المستخرجه منها حجية مطلقة حيـث يمكـن إثبـات عكسها ، كما يجوز إثبات واقعة الميلاد بكافة الطرق .

وإذا كانت القاعدة أن الشخصية القانونية لا تبدأ إلا بتمـام ولادة المولـود حياً، فإن المشرع قد اعترف – علي سبيل الاستثناء – بالشخصـية القانونيـة للجنين ، وهي تثبت للجنين في بعض الأحوال وتكون شخصية تقديرية معلقة علي شرط واقن هو ولادته حياً ، وثبوت الشخصية القانونية للجنين ، تجعـل له في أثناء مدة الحمل أهلية وجوب محدودة وصـلاحية لاكتسـاب بعـض الحقوق ، ومن الحقوق التي يتعرف بها القانون للحمل المستكن ما يأتي:

-الحق في ثبوت نسبه من أبيه .

-الحق في اكتساب جنسية والده .

-الحق في الإرث (١).

-الحق في أن يوصي له (٢).

-الحق في الاستفادة من الاشتراط لمصلحته .

وفي حالة الميراث ، يوقف له من التركة أوفر النصيبين علي تقدير أنـه ذكر أو أنثي ، ولما كانت الشخصية القانونية للجنين تتأكد بتمام ولادته حيـاً ، فإن هذه الحقوق تثبت له من وقت الحمل ولو مات بعد ذلك مباشرة ، أمـا إذا ولد ميتاً ، فإن شخصيته تزول ، وتزول تبعاً لذلك هذه الحقوق وبأثر رجعي،

---

(١) وفي حالة الميراث مادة ٤٢ من قانون المواريث ، يوقف للجنين من التركة أوفر النصيبين علي تقدير أنه ذكر أو أنثي .

(٢) المادتان ٣٥- ٣٦ من قانون الوصية .

ويرد الموقوف له من الإرث والوصية إلي التركة ويقسم بين ورثة المـــورث الأصلي ، أو الموصي كما يرد الشئ الموهوب إلي الواهب (١).

المطلب الثاني

نهائية الشخصية القانونية

تنتهي الشخصية القانونية للإنسان بموته والموت الذي يؤدي إلي انقضاء الشخصية القانونية للإنسان هو الموت الحقيقي (٢).

وتثبت الوفاة كما يثبت الميلاد بشهادة مستخرجة من سجل إثبات الحالـــة المدنية (١). ويجوز إثبات عدم صحة ما أدرج فيه ، كما يجوز إثبات واقعـــة الوفاة – في حالة عدم قيدها في السجل – بكل طرق الإثبات .

---

(١) راجع .. حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٢٥٢ ، ٥٢٦ ؛ سليمان مرقس ، المدخل ط١٩٨٧، ص ٦٥٨ وما بعدها .

(٢) ويثير التساؤل عن اللحظة التي يقال فيها بحدوث الوفاة قانوناً ، وقد ذهب البعض إلي القول ، بأن هذه اللحظة تحدد بتوقف القلب عن العمل ، وذهب البعض الآخر إلي القـــول ، بأن الشخص يعتبر ميتاً من اللحظة التي تتوقف فيها خلايا المخ عن العمل .

وقد ساد المعيار الأول فترة طويلة ، وتحول الفقه إلي الأخذ بالمعيار الثـــاني ، وذلـــك للنجاح الباهر لعمليات زرع القلب وغيره من الأعضاء البشرية ، فالأخـــذ بالمعيـــار الأول يؤدي إلي عدم إمكانية إجراء هذه العمليات لأن الانتظار حتي يتوقف القلب وباقي الأعضاء سيؤدي إلي موت خلاياها ، وبالتالي لا يمكن نقلها أو الاستفادة منها . أما الأخذ بالمعيـــار الثاني ، فلا يمنع توقف خلايا المخ عن العمل ، استمرار عمل القلب أو غيره من الأعضاء لفترة وجيزة ، وخلال هذه الفترة يمكن نقل القلب أو غيره لمريض في حاجة إليها . ومـــن الناحية العملية ، يمكن الاستدلال علي توقف خلايا المخ بعدم إعطاء رسام المخ الكهربـــائي لأية إشارات . أنظر: محمد سعد خليفة ، أحكام القانون رقـــم ٥ لســـنة ٢٠١٠ ، المرجـــع السابق ، ص ١٢٢ وما بعدها .

Belthazard précis de medicine légale , paris, 1928 , p. 491 P; Timbal , La condition juridique de la mort , thése . Toulouse , 1903 ; Raymondis (L.M.) . probléme juridique d'une definition de la mort (à propos des greffes d'organes) rev. trim . Dr . in 1969 . p. 29 et s .

ومع ذلك ، توجد أحوال ، يثور فيها الشك حول حياة الإنسان مـن عدمـه ، بحيث لا يمكن الجزم بوفاته ولا بحياته ، كما هو الشأن في حالـة المفقـود ، فالمفقود هو من انقطعت أخباره فلا تعرف حياته من موته ، وكان مقتضـي القاعدة العامة " لا تنتهي شخصية الإنسان إلا بالموت الحقيقي " هو اسـتمرار الشخصية القانونية له لعدم ثبوت وفاته . ومع ذلك قد يطول الزمن علي فقده فإذا غلب احتمال موته علي احتمال حياته ، جاز – رغم عدم التأكد من وفاته – الحكم باعتباره ميتاً ، فتنتهي بذلك شخصيته القانونية . يمكن القول إذاً ، أن شخصية الإنسان تنتهي وفقاً لنص القانون بالموت الحقيقي كقاعـدة عامـة ، وكذلك بالموت الحكمي أو التقديري علي سبيل الاستثناء ، **فما هو الوضـع القانوني للمفقود ؟**

المطلب الثالث

الوضع القانوني للمفقود

المفقود – كما قلنا – هو الغائب الذي انقطعت أخباره ، فلا تعلم حياته من مماته ، وقد أحال المشرع المصري في شأنه (٢) . إلي الأحكام المقررة فـي قوانين خاصة (٣)، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية .

وقد نصت المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسـنة ١٩٢٩ علـي أن " يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقـده ، وأما في جميع الأحوال الأخري ، فيترك أمر المدة التي يحكم بموت المفقـود

---

(١) انظر المادة ٢٩ وما بعدها من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ العدل بالقانونين رقمـي ١١ لسنة ١٩٦٥ ، ١٥٨ لسنة ١٩٨٠ بشأن الأحوال المدنية (السجل المدني) .

(٢) مادة ٣٢ مدني

(٣) ويقصد بالقوانين الخاصة ، القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل بالقانون رقـم ١٠٢ لسنة ١٩٥٨ ، والقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢) وقانون الولاية علي المال رقم ١١٩ لسـنة ١٩٥٢ .

بعدها إلي القاضي ، وذلك كله بعد التحري عنـــه بجميـــع الطـــرق الممكنـــة الموصلة إلي معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً .

وقد فرق هذا النص بين حالتين :

-حالة الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك .

-حالة الفقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك .

١-حالة غلبة الهلاك :

قد يختفي المفقود في ظروف يغلب علي الظن فيها هلاكه ، كمن يفقد فـــي حرب أو كارثة ، كحريق أو فيضان أو زلزال أو بركان ....إلخ ، ففي هـــذه الحالة ، يحكم القاضي بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات علـــي فقـــده . فمرور هذه المدة ، يعتبر قرينه علي وفاة المفقود ، ومع ذلك توجد استثناءات علي هذه القاعدة :

* يعتبر المفقود ميتا بعد مضي ثلاثين يوما علي الأقل من تاريخ فقده فـــي حالة ما إذا ثبت أنه كان علي ظهر سفينه غرقت أو كان في طائره ســـقطت.

*يعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنه من تاريخ فقده إذا كان من افراد القـــوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثنـــاء العمليات الأمنية .

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع أو وزير الداخلية بحسب الأحوال وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب فيها الهلاك قرارا باسماء المفقودين الذين اعتبروا امواتا في حكم الفقرة السابقة ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود

وعند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قـــرار وزير الدفاع أو وزير الداخليه باعتباره ميتا ... تعتد الزوجـــة عـــدة الوفـــاة

وتقسم التركة بين الورثة الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية (١).

٢-حالة عدم غلبة الهلاك :

قد يختفي المفقود في ظروف لا يغلب عليه فيه الهلاك ، كما إذا سافر للسياحة أو طلب العلم أو لأي أمر آخر ظاهره السلامة ، ثم تنقطع أخباره فلا وتعلم حياته من مماته ، وفي هذه الحالة ، يترك الأمر للقاضي في شأن تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها ، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلي معرفة ما إذا كان المفقود حياً أم ميتاً ، ولا يجوز بحال من الأحوال أن تقل هذه المدة عن المدة المحددة لاعتبار المفقود ميتاً في حالة غلبة الهلاك ، وهي أربع سنوات .

٣-أثر الحكم باعتبار المفقود ميتاً :

وإذا أصدر القاضي حكماً باعتبار المفقود ميتاً ، فإن المفقود كأنه مات موتاً حقيقياً ، وتنتهي بهذا الحكم شخصيته القانونية ، وتنقضي بذلك الرابطة الزوجية التي تربطه بزوجته ، فيجوز لها أن تتزوج بغيره بعد أن تعتد عدة الوفاة ، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام ، تبدأ من تاريخ الحكم بالوفاة (٢)،كما

---

(١) القانون رقم ١٤٠ لسنة ٢٠١٧ المعدل للمواد ٢١، ٢٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(٢) مادة ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ولا تنتهي الرابطة الزوجية إلا بصدور الحكم باعتبار المفقود ميتاً ، أما قبل هذا الحكم فإن زوجته تبقي علي ذمته فترة الفقد، ومع ذلك ، فقد نصت المادة ١٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ علي أنه " إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلي القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " .

تفتح تركته وتوزع أمواله علي ورثته الموجودين وقت صدور الحكم (١)، ولا شئ لمن مات منهم قبل صدور هذا الحكم .

وإذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم عليه بالموت ، عادت إليه شخصيته القانونية ، التي زالت عنه بصدور الحكم باعتباره ميتاً ، ويسترد في هذه الحالة أمواله التي وزعت علي ورثته أو ما بقي منها ، أما ما دامت تصرفوا فيه فلا يسألون عنه ، أما بالنسبة لزوجته فهي زوجته طالما أنها لم تتزوج زواجاً صحيحاً ، أما إذا كانت قد تزوجت فهي للزوج الثاني (٢)، **إذا توافرت الشروط الآتية :** ١-أن يكون الزوج الثاني قد عقد عليها فعلاً .

١- أن يتم العقد بعد انقضاء العدة (٣).

٢- أن يكون الزوج الثاني قد دخل بها .

٣- أن يكون الزوج الثاني حسن النية أي لا يعلم بحياة المفقود .

---

(١) كذلك لا تورث أمواله إلا بعد صدور حكم القاضي باعتباره ميتاً ، أما طوال فترة الفقد، فتبقي أمواله علي ملكه ، وهذا الحكم لا يمنع من أن يعين علي أمواله وكيلا يقوم بإدارتها والمحافظة عليها طبقاً للمواد ٧٤- ٧٦ من قانون الولاية علي المال .

ونظراً لعدم التأكد من حياة المفقود أو مماته فإنه من قبيل الاحتياط يوقف له من نصيبه من الميراث إذا مات من يرثه المفقود ، وكذا يحفظ له ما أوصي له به ، وذلك لحين التأكد من حياته بعودته أو من مماته بصدور حكم بموته ، وفي هذه الحالة الأخيرة ، يعاد المال إلي ورثة المورث الأصلي أو الموصي علي أساس اعتبار المفقود ميتاً من وقت فقده لا من وقت الحكم بموته .

(٣) المادة ٨ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(٣)وهي أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ صدور الحكم باعتبار المفقود ميتاً .

المبحث الثاني

مميزات الشخصية

ويقصد بمميزات الشخصية ، ما يتميز به كل شخص عن غيره ، فلكل شخص حالة تحدد مركزه بالنسبة إلي المجتمع والأسرة ولكل شخص اسم يسمح بتفريده عن غيره ، ولكل شخص موطن يمكن العثور عليه ومخاطبته فيه ، ولكل شخص أهلية يباشر بمقتضاها حقوقه ويفي بالتزاماته ، فالحالة والاسم والموطن والأهلية من مميزات الشخصية ، مما يقتضينا التعرض لها بشئ من التفصيل في عدة مطالب :

المطلب الأول

الحـــــالـــــة

Létat

ويقصد بالحالة مجموع الصفات التي تحدد مركز الشخص من حيث كونه منتمياً إلي دولة معينة أو أسرة أو دين معين (١)، ودراسة الحالة تقتضي منا التعرض لبعض المسائل منها ، دراسة مركز الشخص من حيث كونه منتسباً إلي دولة معينه وهي ما تسمي بالحالة السياسية أو الجنسية ، ومركزه من حيث كونه منتسباً إلي أسرة معينة وهي ما تسمي بالحالة العائلية أو القرابة ، ثم مركز الشخص من حيث كونه منتسباً إلي ديانة معينة وهي ما تسمي بالحالة الدينية .

---

(١) إسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ١٧٧ ، وقد عرفت محكمة النقض المصرية الحالة ، بأنها مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات التي يرتب القانون عليها أثراً في حياته الاجتماعية ، هذه الصفات قد تكون ، طبيعية – ذكورة وأنوثة – أو عائلية ، – كون الإنسان زوجاً أو أرملاً أو أباً أو ابناً – أو مدنية – من حيث اكتمال الأهلية أو نقصانها أو تقييدها – أو دينية – ككون الإنسان مسلماً أو مسيحياً أو يهودياً – أو سياسية – الجنسية والتوطن – أو حرفية – ككونه محامياً أو موظفاً أو عاملاً – نقض ١٠٣٤/٦/٣١ مجموعة القواعد القانونية ، ج١ ، ص ١١٧٧ .

١- الحالة السياسية أو الجنسية La nationalité .

قلنا أن الحالة السياسية تعني ، انتساب الشخص إلي دولة معينة وارتباطه بها برابط التبعية والولاء (١) ، ويعبر عن هذه الرابطة بين الشخص والدولة باسم الجنسية ، فالجنسية إذاً هي رابطة بين الشخص ودولة معينة بمقتضاها يعتبر هذا الشخص وطنياً له ما للمواطنين من حقوق وعليه ما عليهم من واجبات .

وتبدو أهمية الجنسية في تحديد حقوق الشخص وواجباته ، فالأجنبي وهو لا يحمل جنسية الدولة ، لا يتساوي مع المواطن الذي يحمل جنسيتها ، بمعني أن الأجنبي يحرم من العديد من الحقوق التي يتمتع بها المواطن ، كالحقوق السياسية كحق الترشح أو الانتخاب للمجالس النيابية ، وحق تولي الوظائف العامة ، كما قد ويحرم الأجانب من بعض الحقوق المالية كحق تملك العقارات أو الأراضي الزراعية كما يحظر عليه العمل ببعض المهن كالطب والمحاماة ، وبالمقابل ويعفي الأجنبي من واجب أداء الخدمة العسكرية. والجنسية قد تكون أصلية وقد تكون مكتسبة .

*** الجنسية الأصلية La nationalité d' origine.**

وهي تثبت للشخص بمجرد ميلاده ومنذ هذا الميلاد ، وهي تثبت للشخص إما علي أساس النسب ، وهو ما يعرف بحق الدم jussaguinis وبمقتضاه يكتسب الولد جنسية أبيه أساساً وأمه أحياناً .

وإما علي أساس مكان الميلاد ، وهو ما يعرف " بحق الإقليم " Jus sloi وبمقتضاه يكتسب جنسية الدولة من يولد علي إقليمها ، والأساس الأول وهو منح الجنسية بناء علي " حق الدم " أقوي من إعطاء الجنسية بناء علي " حق

---

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٥٣٩ ، وانظر في الجنسية فؤاد رياض ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ج١ ، الجنسية ومركز الأجانب ، طبعة ٧، ١٩٩٢ م ، دار النهضة العربية ؛ عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج١ ، طبعة ١١، ١٩٨٦ ، الهيئة المصرية للكتاب .

الإقليم " لأن الميلاد علي إقليم الدولة قد يأتي مصادفة ، ومع ذلك ، فإن الدول تأخذ بالأساسين معاً ، والغالب أن تأخذ بحق الدم كأساس لمنح الجنسية ، وتأخذ بحق الإقليم بصفة استثنائية .

أما المشرع المصري ، فقد أخذ كقاعدة عامة – بحق الدم في منحه الجنسية المصرية (١) ، فقضي بأن يعتبر مصرياً كل من ولد لأب مصري ولو ولد خارج مصر وسواء كانت أمه مصرية أم أجنبية . كما يكتسب الجنسية المصرية كل من ولد لأم مصرية شرط أن تكون الأم مصرية وقت ميلاد لطفل، وثبوت واقعة الميلاد في وثيقة رسمية (٢) ، ومع ذلك فقد اعتد المشرع المصري بحق الإقليم في حالات معينة وفيها يمنح الجنسية المصرية من يولد علي إقليم جمهورية مصر العربية . فقد نصت المادة الثانية من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ علي أن يكون مصرياً من ولد في مصر من أبوين مجهولين ، ويعتبر اللقيط مولوداً فيها ما لم يثبت العكس " ،وطبقاً لهذا النص تطلب المشرع توافر شرطين :

١- تحقق واقعة الميلاد في مصر .

٢- أن يولد من أبوين مجهولين الجنسية أو لقيطاً .

-الجنسية المكتسبة La nationalité acquise وقد تمنح الجنسية بعد الميلاد ولسبب طارئ كالزواج (٣) أو التجنس (٤)فمثلاً تمنح المرأة الأجنبية التي تتزوج من مصري جنسية زوجها بشروط وإجراءات خاصة(١) . كما يجوز منح الجنسية للأجانب بناء علي طلبهم وبشروط معينة،

---

(١) القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ المعدل لقانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ .

(٢) المادة ½ من القانون ٢٦ لسنة ١٩٧٥

(٣) نظم المشرع المصري الزواج المختلط في المواد ٧، ١٤ من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٧٥ ، ونظم التجنس في المواد ٣، ٤، ٥.

(٤) كأن تعلن رغتها في الحصول علي الجنسية إلي وزير الداخلية ، وأن تستمر الزوجية لمدة سنتين من تاريخ الإعلان ، وعدم اعتراض وزير الداخلية . راجع المادة ٧ .

وفي هذه الحالة – التجنس – يكتسب الأجنبي الجنسية باختياره وموافقة الدولة المانحة ، وعموماً يحدد قانون كل دولة الكيفية والشروط التي يمكن بمقتضاها اكتساب هذه الجنسية سواء بسبب الزواج أو بسبب التجنس ، وفقاً لظروف كل دولة علي حدة (٢) .

٢- الحالة العائلية أو القرابة :

ويقصد بالحالة العائلية ، مجموع الصفات التي تحدد مركز الشخص في أسرة معينة ، ككونه عضواً فيها تربطه بباقي أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل ، وقد يرتبط بأعضاء أسر أخري برابطة من قرابة المصاهرة (٣).

وهذا يعني ، أن الأسرة هي التنظيم القانوني الذي يجمع ذوي القربي فأسرة الشخص – وفقاً لنص المادة ١/٣٤ مدني – تتكون من ذوي قرابه ، والقرابة نوعان (٤): قرابة النسب أو الدم ، وقرابة المصاهرة .

---

(١) وعلي سبيل الاستثناء ، يعفي الأجنبية ذات الأصل المصري بين هذه الشروط تطبيقاً لنص المادة١٤ من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ " للزوجة التي كانت مصرية الجنسية ثم فقدت هذه الجنسية وكذلك التي من أصل مصري تكتسب الجنسية المصرية بمجرد منحها لزوجها أو بمجرد زواجها أو بمجرد زواجها من مصري متي أعلنت وزير الداخلية برغبتها في ذلك . راجع تفصيلاً د. ناصر عثمان ، الوجيز في القانون الدولي الخاص المصري الكتاب الأول ، الجنسية ومركز الأجانب ، مؤسسة بداري ، أسيوط ، ص ٥٩ وما بعدها .

(٢) ومن المنصور أن يكون للشخص أكثر من جنسية ، وقد يكون عديم الجنسية ، وقد يفقد الشخص جنسيته الأصلية بجنسية جديدة ، وقد يفقدها ايضاً بحسبها أو بإسقاطها عنه بقرار من السلطة المختصة (وزير الداخلية) .

(٣) حسن كيرة ، ص ٥٤١ .

(٤) هناك أنواع أخري للقرابة كالقرابة الطبيعية أو القانونية ، والقرابة المترتبة علي التبني . والقرابة الطبيعية هي تلك التي تربط الأبناء غير الشرعيين بأبائهم وأمهاتهم ، وفي الشريعة الإسلامية لا يثبت نسب الولد غير الشرعي من أبيه فلا يرث أحدهما الآخر ، وبالعكس ، يثبت نسب الأم لابنها غير الشرعي ، ويرث كل منهما الآخر ، أما التبني وهو

*** قرابة النسب أو الدم :**

ويقصد بها الصلة التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك (١) ، كالأخوة حيث يجمعهم أصل مشترك هو الأب ، وأبناء العم حيث يجمعهم أصل مشترك هو الجد لأب .... إلخ . وهذه القرابة إما أن تكون قرابة مباشرة وإما أن تكون غير مباشرة .

والقرابة المباشرة ، هي القرابة القائمة بين الأشخاص الذين نزل بعضهم من بعض ، فهي تقوم علي تسلسل عمودي أو علي خط مستقيم ، بين من تجمعهم وحدة الدم والأصل ، أي هي الصلة بين الأصول والفروع (٢) . ومثالها القرابة بين الابن وأبيه وأمه وجده وجدته .

وأما القرابة غير المباشرة – قرابة الحواشي – فهي الصلة التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ، دون تسلسل عمودي بينهم ، أي دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر (٣) . ومثالها القرابة بين الشخص وأخيه وعمه وعمته وخاله وخالته أو بينه وبين أبناء عمه أو عمته أو أبناء خاله أو خالته ، فكل هؤلاء يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً أو أصلاً للآخر.

احتساب درجة القرابة :

تنص المادة ٢٦ مدني علي أن ، " يراعي في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل وعند حساب درجة الحواشي ، تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه علي الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة " .

نسب شخص معروف نسبه إلي شخص آخر غير أبيه ، وهو غير جائز في الشريعة الإسلامية ، وإن كان موجوداً كظام في بعض الشرائع الآخري . انظر .. أحمد شرف الدين ، نظرية الحق ، ص ٨٧ ، هامش رقم .

(١) المادة ٢/٣٤ مدني .

(٢) المادة ١/٣٥ مدني .

(٣) المادة ٢/٣٥مدني .

وتطبيقاً لذلك ، يكون احتساب القرابة المباشرة صعوداً من الفـــروع إلـــي الأصل ، ويجب إسقاط الأصل دائماً ، واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجـــة فقرابة الابن لأبيه أو أمه قرابة من الدرجة الأولي ، فالابن فرع ، فيحتســـب درجة ، والاب أو الأم أصل فلا يحتسب درجة ، أما قرابة الحفيد – ابن الابن لجده ، فهي قرابة من الدرجة الثانية ، فابن الابن فرع ، فيحتسب درجة ، ثم أبيه وهو فرع فيعتبر درجة ثانية ، أما الجد فهو أصل فلا يحتسب . وإليـــك هذا الرسم التوضيحي لبيان ما تقدم من أمثلة :

حساب القرابة المباشرة

المثال الأول	المثال الثاني
قرابة الابن لأبيه	قرابة الحفيد لجده
الأب أصل (فلايحسب) ←	جد ← أصل (فلا يحسب)
الابنفرع(فيحسب درجة) ←	أب ← فرع (درجة الثانية)
فتكون القرابة بين الأب وإبنه قرابة من الدرجة الأولى، كذلك في علاقته بأمه	ابن ← فرع (فهذه الدرجة الثانية) فتكون القرابة بين ابن الأبن (الحفيد) وجده قرابة من الدرجة الثانية ، كذلك في علاقته بجدته

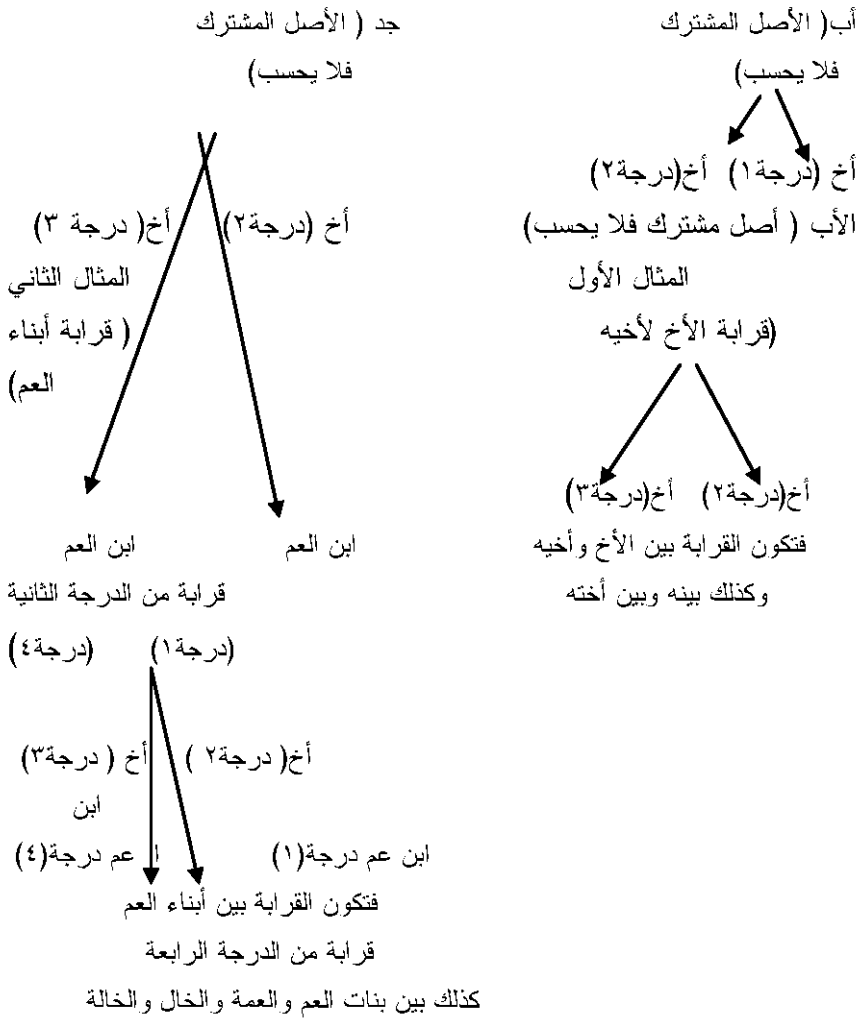
وأما القرابة غير المباشرة – قرابة الحواشي – فيـــتم احتســـاب درجـــة القرابة، صعوداً من الفرع إلي الأصل المشترك ، ثم نزولاً منه إلـــي الفـــرع الآخر ، مع احتساب كل فرع درجة ولا يحسب الأصل المشترك .

ويلاحظ أن طريقة احتساب درجة القرابة غير المباشرة – قرابة الحواشي – لا تختلف عن طريقة احتساب درجة القرابة المباشرة ، فقط في القرابة المباشرة نكون بصدد عمود نسب واحد نجري عليه الحساب ، أما في القرابة غير المباشرة فنكون بصدد عمودين للنسب نجري الحساب علي العمود الأول صعوداً إلي الأصل المشترك ، ثم نزولاً علي العمود الثاني مع عدم احتساب الأصل المشترك .

وبناء علي ذلك ، نجد أن قرابة الأخ لأخيه ، قرابة من الدرجة الثانية فمن الأخ إلي الأب – الأصل – درجة ، ثم من الأب – الأصل – إلي الأخ فتحسب درجة ، ولا يحسب الأصل المشترك – الأب – .

كذلك فإن القرابة بين أبناء العم ، قرابة من الدرجة الرابعة ، حيث يحتسب ابن العم – المراد حساب درجة قرابته – درجة ، ومنه إلي أبيه درجة ، ثم لا يحتسب الجد درجة ، لأنه الأصل المشترك ، ثم ننزل من الجد إلي العم درجة، وأخيراً من العم إلي ابن العم درجة ، فيكون المجموع أربع درجات ، وإليك هذا الرسم التوضيحي لبيان ما تقدم من أمثلة :

حساب القرابة غير المباشرة



***قرابة المصاهرة :**

ويقصد بها القرابة التي تقوم بين كل من الـزوجين وأقـارب الـزوج الآخر، وقد بينت المادة ٣٧ مدني ، كيفية حساب درجتها بنصـها علـي أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلـي الـزوج الآخر ، فالعبرة إذا ، في احتساب درجة قرابة المصاهرة ، بدرجـة قرابـة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه ، فقرابة الزوج من والد زوجته ، قرابة من الدرجة الأولي لأن قرابة الزوجة لأبيها – قرابة مباشرة – هي قرابـة مـن

الدرجة الأولي ، فكذلك تكون درجة قرابة الزوج من والد زوجته والعكس . أما أخت الزوج – قرابة حواشي – فتعتبر قريبة لزوجته – بالمصاهرة – قرابة من الدرجة الثانية، لأن قرابة الأخت لأخيها – قرابة حواشي – من الدرجة الثانية .

وتؤثر درجة القرابة علي ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات سواء في نطاق الأحوال الشخصية أم في مجال الأحوال العينية ومن أمثلة ذلك حق النفقة والميراث ، والولاية علي النفس والمال ، والحضانة والطاعة والتأديب ، والشفعة ... إلخ .

٣-الحالة الدينية :

ويقصد بالحالة الدينية ، مجموع الصفات التي تلحق بالإنسان نتيجة لاعتناقه دين معين ، وإذا كان من المسلم به إختلاف مراكز الأشخاص من الناحية القانونية بسبب حالة الشخص السياسية والعائلية ، فإن القاعدة في القانون الحديث هي عدم اختلاف الأشخاص من الناحية القانونية بسبب يرجع إلي اختلاف الدين .

ومع ذلك ، فإن بعض القوانين الحديثة ومنها القانون المصري (١) ، مازالت تجعل من اختلاف الدين بين الأشخاص ، سبباً لاختلاف مراكزهم القانونية ، ففي مجال الأحوال الشخصية ، يخضع الأفراد لشرائعهم الدينية ويخضع المسلمون للشريعة الإسلامية ، ويخضع غير المسلمين متى توافرت شروط معينة لأحكام شرائعهم الخاصة .

وتطبيقاً لذلك ، يخضع المسيحيين في مصر لأحكام الشريعة المسيحية ، كما يخضع اليهود لأحكام الشريعة اليهودية . فإختلاف الأديان هنا ، استتبع اختلاف الأشخاص في المراكز القانونية ، مما يؤدي إلي تفاوت تمتعهم

---

(١) وقد نصت علي مبدأ المساواة المادة ٣٥ من الدستور ، فقررت المساواة بين المصريي، ن في التمتع بالحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو العقيدة .

بالحقوق والواجبات ، فللمسلم الحق في أن يتزوج بأكثر من واحدة ، وله أن يطلق زوجته بمحض إرادته ، بينما لا يتمتع المسيحي بأي من هذين الحقين ... إلخ.

المطلب الثاني

الاسم

Le nom

يجب أن يتميز كل فرد من الأفراد بعلامة أو وسيلة ، تميزه عن غيره من أفراد المجتمع الذي يعيش فيه ، والإسم هو هذه العلامة التي يتميز به شخص عن غيره من الأشخاص ، فيجب أن يكون لكل شخص اسم يعرف به ويميزه عن غيره ، .وبما يمنع اختلاطه أو اشتباهه بغيره . كما أن تحقيق النظام والأمن في المجتمع يتطلب أن يكون لكل فرد من أفراده اسم يعرف به ويميزه عن غيره ، فبجانب أن لكل فرد مصلحة أن يكون له اسم يتميز به، فإن الاسم يعتبر ضرورة من ضرورات الحياة الاجتماعية إذ تقتضيه المصلحة العامة أيضاً .

وقد يقصد بالاسم الاسم الشخصي للإنسان prénom ، وقد يقصد به الاسم الشخصي مضافاً إليه اللقب أي اسم الأسرة ، التي ينتسب إليها الإنسان (nom de famille) والذي يشترك في حمله جميع أفراد الأسرة ، فيكون الاسم بهدا المعني الواسع علامة علي الشخص وعلي الأسرة التي ينتمي إليها(١).

وإذا كان من الشائع في البلاد الأجنبية أن يكون للشخص لقب ، فإن العادة قد جرت في مصر – علي العكس – علي أن يكون للشخص اسم خاص يعرف به ، مضافاً إليه اسم أبيه وجده ، وعلي ذلك فإن المقصود بالاسم في القانون المصري – عند إطلاقه – الاسم الشخصي مضافاً إليه اسم

---

(١) حسن كيرة ، ص ٥٤٧ .

الأب واسم الجد ، ومع ذلك فقد نصت المادة ٣٨ مدني علي أن " يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده " ، ثم نصت المادة ٣٩ مدني علي أن " تنظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها " (١) .

ويكتسب الشخص اسمه عادة منذ ولادته ، فيقوم أهل المولود باختيار اسم له عند ولادته ، والأصل أن للأب أو الأم أو من يقوم مقامهما مطلق الحرية في هذا الاختيار ، مع مراعاة عدم جواز تضمين الاسم ما يخالف النظام العام أو الآداب ، ومع ذلك فإن القانون يجيز للشخص أن يغير اسمه باتباع الإجراءات التي رسمها القانون (٢).

---

(١) وقد كانت المادة ٦٩ من المشروع التمهيدي للقانون المدني تنص علي أن لقب الشخص يلحق بحكم القانون أولاده ، كما يلحق زوجته في حياته وكذلك بعد مماته إلا إذا انقضت الزوجية قبل الوفاء فعندئذ تسترد الزوجة لقب أسرتها . ولكن هذا الحكم قد حذف باعتباره انعكاساً لنظام أروابي لم يتعوده المصريين . انظر .. الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص ٣٣٨، ٣٣٩ .

(٢) أما إجراءات تغيير الاسم طبقاً لنص المادة ٣٢ من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالمواليد والوفيات (والمعدلة بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٥١ ، فتتمثل في أن يتقدم طالب التغيير بطلبه إلي المديرية أو المحافظة التي ولد بدائرتها مشفوعاً بالمستندات المؤيدة لأقواله ، ثم تقوم المحافظة بالتحريات اللازمة ثم تحيل الأوراق إلي وزارة الصحة ثم يتم الإعلان بهذا الطلب بتعليق إعلان عنه علي باب القسم أو المركز أو باب العمدة وبإعلان ينشره طالب التغيير في إحدى الجرائد اليومية ، وذلك لإعلام الكافة حتي يتمكن من له اعتراض علي التغيير من تقدم اعتراضه ، ومدة الاعتراض ١٥ يوم من تاريخ النشر .

ثم يعرض الأمر بعد ذلك على لجنة إدارية خاصة بوزارة الصحة ، فإذا وافقت اللجنة، أجرى التغيير المطلوب في دفاتر المواليد .

ثم صدر قانون الأحوال المدنية ، القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٥ ، وبوجه عام ، لم يلغ هذا القانون أحكام القانون السابق – رقم ٣٠ لسنة ١٩٣٦، كما لم يتضمن أية تفصيلات خاصة بتغيير الاسم .

ومع ذلك فقد تضمنت المادة ٣٦ منه حكماً جديداً يتمثل في ضرورة استصدار حكم قضائي حتي يمكن تغيير بيانات السجل ، فأصبح – وفقاً لغالبية الفقه – لازماً لتغيير الاسم

ولكن ما هي الطبيعة القانونية للاسم ؟ هل هو حق للشخص أم واجب عليه؟ اختلف الفقه ، في الإجابة علي هذا السؤال ، ودون الدخول في تفصيل هذا الخلاف يري البعض أن للإنسان علي اسمه حق ملكية ، وقد انتقد هذا الرأي لأن الحق علي الاسم يختلف عن حق الملكية من نواحي عدة ، فحق الملكية من الحقوق المالية ومن ثم فهو يدخل في دائرة التعامل ، فيجوز التصرف فيه واكتسابه بالتقادم ، أما الحق في الاسم فهو من الحقوق غير المالية فلا يدخل في دائرة التعامل ، ولا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز اكتسابه بالتقادم، ولهذه الفروق الجوهرية اتجه الرأي السائد إلي النظر إلي الحق في الاسم علي أنه حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية .

وذهب البعض الآخر من الفقه أن بأن الاسم واجب ، تقتضيه المصلحة العامة للدولة ، الغرض منه تمييز الأشخاص بعضهم من بعض ، تحقيقاً للأمن والاستقرار في المجتمع (١) .

ومع ذلك ، يذهب الرأي الغالب إلي إعطاء الاسم طبيعة مزدوجة ، فهو حق وواجب ، ويترتب علي كونه واجبا أن يكون لكل شخص اسم ويعرف به ، ولا يجوز تغييره أو تصحيحه بمحض إرادة صاحبه بل لابد من اتباع الإجراءات التي نص عليها القانون والاسم حق للشخص وهو من الحقوق اللصيقة بشخصه ، فلا يجوز له التصرف فيه أو النزول عنه كما لا يكتسب بالتقادم ، وللشخص أن يدفع الاعتداء الواقع عليه ، سواء اتخذ هذا الاعتداء صورة منازعة الغير له في اسمه دون مبرر أم اتخذ صورة إنتحاله إياه ،

ضرورة صدور هذا الحكم ، أما المحكمة المختصة فهي المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها مكتب السجل المدني المقيد فيه الاسم .

أما إذا كان المطلوب هو مجرد تصحيح الاسم لخطأ مادي فيه أثناء قيده فإن أمره متروك لأمين السجل المدني مع اعتماده من نفس السجل المختص (مادة ٣/٣٦ من قانون الأحوال المدنية) .

(١)حسن كيرة ، ص ٥٤٧ وما بعدها ؛ أحمد شرف الدين ، ص ٦٠ وما بعدها .

ولصاحب الاسم أن يطلب وقف الاعتداء ، وله أن يطالب بتعويض عن الضرر الذي يصيبه من جراء هذه الاعتداء (١).

المطلب الثالث

الموطن

Le domicile

يقصد بالموطن المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقاته مع غيره من الأشخاص بحيث يعتبر موجوداً فيه علي الدوام ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة (٢) .

وتبدو أهمية الموطن ، عندما يتعلق الأمر بضرورة إعلان الأوراق القضائية للشخص أو بتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع بينه وبين غيره،

---

(١)وفي هذا تنص المادة ٥١ من القانون المدني علي أن " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء ، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " ولا تقتصر الحماية القانونية علي الاسم الحقيقي ، لكنها تمتد إلي اسم الشهرة أو الاسم المستعار أو الاسم التجاري ، واسم الشهرة ، هو الاسم الذي يشتهر به الشخص بين الناس ، أما الاسم المستعار ، فهو الاسم الذي يطلقه الشخص علي نفسه لأغراض عديدة ، فلكل شخص أن يتخذ لنفسه اسماً غير اسمه المعروف به ويذيعه في الناس بالطريقة التي يراها كفيلة بذلك مادام هذا الاسم لم يكن اسماً معروفاً ولم يكن قد انتحله قصداً لغرض خاص ، فانتحال الشخص اسماً غير اسمه يجعله مسئولاً قبل من يعترض بحق علي انتحال اسمه (نقض ٣٨/٢/٢٤ مجموعة القواعد ، ج١ ، ص ٢١٧) ، أما الاسم التجاري فهو الاسم الذي يتخذه التاجر ليمارس تحته نشاطه التجاري ، ويعتبر عنصراً من عناصر المحل التجاري ويمثل معه قيمه مالية يمكن أن يجري عليها التعامل ، فيجوز التصرف في الاسم التجاري تبعاً للتصرف في المحل نفسه الذي يحمل هذا الاسم (مادة ٨ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ ، الخاص بالأسماء التجارية) . انظر .. حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ٥٥٦ وما بعدها .

Nepveu. Du pseudonym, J.C. p. 1961 , 1 , 1662 ; Le loup. Le pseudonym . Rev. trim . Dr. civ. 1963 , p. 449 et s .

(٢) حسن كيرة ، ص ٥٦٠ .

فهذه الأوراق المطلوب إعلانها إليه ، والتي من شأنها أن ترتب أثراً قانونياً ، كإنذاره بالوفاء إن كان مديناً وتكليفه بالحضور إلي المحكمة إن ورفعت عليه دعوي ، تسلم إليه شخصياً أو تسلم في موطنه (١) ، ولو لم يكن هو المستلم كما إن إعلان الحكم يكون لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي (٢).

أما بالنسبة للمحكمة المختصة ، فإن ذلك يتوقف علي طبيعة النزاع ، فإذا تعلق النزاع بحق شخصي ، فإن المحكمة المختصة بنظر النزاع تكون تلك التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه (٣)، أما إذا كانت الدعوي تتعلق بحق عيني عقاري كملكية عقار ، فإن المحكمة المختصة هي تلك التي يقع في دائرتها العقار (٤)، كذلك فإن المحكمة التي تتخذ أمامها إجراءات الإفلاس هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن التاجر (٥).

وقد يكون الموطن عاماً ، وقد يكون خاصاً والموطن العام Le domicile géneral هو المقر الذي يعتد به القانون بالنسبة إلي نشاط الشخص وأعماله وعلاقاته بوجه عام ، أما الموطن الخاص Le domicile special فهو المقر الذي يعتد به القانون بالنسبة لبعض علاقات الشخص دون غيرها .

١- الموطن العام :

تنص المادة ١/٤٠ مدني علي أن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن كما يجوز ألا يكون له موطناً ما .

---

(١) المادة ١٠ من قانون المرافعات .

(٢) المادة ١٣ من قانون المرافعات .

(٣) المادة ١/٤٩ من قانون المرافعات .

(٤) المادة ١/٥٠ من قانون المرافعات .

(٥) المادة ١٩٧ من قانون المرافعات .

ويؤخذ من هذا النص أن المقر لا يعتبر موطناً للشخص إلا إذا أقام فيه إقامة فعلية ، ولا يكفي لوجود الموطن الإقامة فقط بل يجب أن تكون إقامته فيه مستقرة ، فالمعول عليه إذاً في تعيين الموطن هو الإقامة الفعلية المستقرة ولو لم تكن مستمرة ، فمن الممكن أن تتوافر في الإقامة صفة الاستقرار ولو تخللتها فترات انقطاع متقاربة أو متباعدة ، ومن ثم ، فإن مجرد الوجود أو السكن في مكان ما لا يجعل منه موطناً . كما أن استئجار شخص لمكان ما لإعداده مسكناً لا يكفي بذاته لجعله موطناً ، أيضا فإن استئجاره للمكان لاتخاذه مخزناً أو مصنعاً لا يكفي لتكوين موطن ، كما أن مكان تلقي العلم دون إقامة مستقرة فيه لا يعد موطناً (١). كذلك لا يعد المكان الذي يباشر فيه الموظف عمله موطناً له، مادام لا يقيم فيه بصفة مستقرة (٢).

فالعبرة إذاً ، ليست بالإقامة في مكان ما ، ولكن باستقرارها على وجه يتحقق فيه شرط الاعتياد (٣).

وطبقاً لنص المادة ٤٠ مدني ، يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطناً ما .

وترتيباً علي ذلك :

قد ينعدم الموطن ، وذلك إذا لم يتوافر للشخص مكان يقيم فيه بصفة معتادة كالبدو الرحل ، وفي هذه الحالة لا يعتد إلا بمكان التواجد .

تعدد الموطن، من الممكن أن يتعدد الموطن ، بقدر تعدد مكان الإقامة المعتادة ، كما هو الحال بالنسبة للشخص الذي يقيم إقامة معتادة في الريف ،

---

(١) نقض ١٩٦٩/٥/٢٧ ، مجموعة س ٧٠ رقم ١٢٧ ، ص ٨٠٢ .

(٢) نقض ١٩٥٢/٢/٧ ، التشريع والقضاء ، ٥ مدني ١٩٨ – ١٤٤ .

انظر في ذلك ... سليمان مرقس ، ص ٨٠٢ وما بعدها ، ونقض ١٩٥٥/٣/٣ ، المجموعة س٦ ، ص ٨٧٨ .

(٣) نقض ١٩٦٧/٥/١٦ ، المجموعة س ١٨ ، ص ٦٨٤ .

وفي إحدى المدن في نفس الوقت ، ويصح هنا إعلانه بالأوراق القضائية في أي من مواطنه المتعددة .

تغيير الموطن؛ إذا كان القانون قد ربط بين موطن الشخص ومحل إقامته المعتادة ، فإنه يجوز للشخص أن يغير موطنه وذلك بتغيير محل إقامته المعتادة.

وينقسم الموطن العام إلي : موطن عام إرادي ، وموطن عام إلزامي .

فإذا كانت القاعدة ، أن الشخص يختار المكان الذي يقيم فيه عادة ، أي موطنه العام ، فإن القانون قد حدد هذا الموطن بالنسبة لبعض الأشخاص ، وفي هذا تنص المادة ١/٤٢ مدني علي أن " موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً " .

وتبدو الحكمة من القاعدة السابقة واضحة ، فإذا كان الشخص قادراً علي مباشرة نشاطه القانوني بنفسه ، فإنه يخاطب في كل ما يتصل بشئونه القانونية، في المكان الذي اتخذه بإرادته موطناً عاماً .

وأما إذا كان الشخص غير قادر علي مباشرة نشاطه القانوني بنفسه ، فإن المنطق يقتضي مخاطبته بما يتعلق بها في موطن النائب القانوني عنه ، لأن هذا الأخير ، هو الذي يباشر نيابة عنه شئونه القانونية ، ويطلق علي الموطن في الحالة الأولي ، الموطن العام الإرادي ، أما في الحالة الثانية فيسمي بالموطن القانوني أو الإلزامي (١).

٢- الموطن الخاص :

والموطن الخاص هو المقر الذي يجعل منه القانون أو الاتفاق موطناً للشخص ، بالنسبة لقطاع محدد من علاقاته القانونية ، وقد بين القانون المدني

---

(١) وبناء علي ذلك يكون موطن القاصر عند أبيه أو وصية ، أما موطن المجنون أو المعتوه أو السفيه أو ذي الغفلة عند وليه أو القيم عليه ، انظر مجموعة الإعمال التحضيرية ج١ ، ص ٣٤٤ .

أنواعاً من الموطن الخاص هي : موطن الأعمال ، وموطن ناقص الأهلية بالنسبة لما يعتبر أهلاً لمباشرته من تصرفات ، والموطن المختار .

*** موطن الأعمال (الموطن التجاري أو الحرفي) :**

تنص المادة ٤١ مدني علي أن " يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلي إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة " .

يبين من هذا النص ، أن الموطن قد يتعدد ، فيجانب الموطن العام – الذي قد يتعدد بدوره – يكون للشخص الذي يمارس تجارة أو حرفة ، موطن خاص، يتمثل في المكان الذي يمارس فيه أعمال نشاطه التجاري أو الحرفي، وهذا المكان يتجدد بهذه الأعمال ، أما فيما عداها فإنه يرجع في تحديد موطن الشخص ، إلي القاعدة العامة أي بالموطن العام المعتاد .

وفي هذه الحالة ، يكون للتاجر أو صاحب الحرفة ، موطن خاص بأعمال مهنته يجوز لعملائه أن يعلنوه فيه بكل ما يتعلق بهذه المهنة (١).

*** موطن القاصر المأذون :**

رأينا أن موطن القاصر والمحجور عليه لسفه أو غفلة هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً (٢) . ويسمي هذا الموطن بالموطن الإلزامي ، ومع ذلك فقد نصت المادة ٢/٤٢ مدني ، علي أنه يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة

---

(٢) وقد قضي بأن مكتب المحامي يعتبر موطن أعمال له بوصفه المكان الذي يباشر فيه مهنته ، علي أن . يقتصر ذلك علي الأعمال المتعلقة بها . ومن ثم فلا يتعداها إلي ما يتعلق بغيرها من الأعمال أو بغيره من الأشخاص . نقض ١٩٧٩/١/٣٠ ، مجموعة أحكام النقض – ٢٩٩ – ٦٢ ، انظر أحكام أخري في سليمان مرقس ، هاش ، ص ٨١٥ ، وعلي العكس، لا يعتبر المكان الذي يباشر فيه الموظف الحكومي مثلاً أعمال وظيفته موطناً خاصاً له فيما يتعلق بهذه الأعمال ، انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص ٣٤٤، نقض مدني ١٩٧٢/٢/٧ ، المجموعة س٣ ، ص ٤٤٤ . وتوفيق حسن فرج ، ص ١٨٩.

(١) المادة ١/٤٢ مدني .

سنة ومن في حكمة موطن خاص ، بالنسبة إلي الأعمال والتصـــرفات التـــي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها " .

ويبين من هذا النص ، أنه في الحالات التي يبيح فيها القـــانون لنـــاقص الأهلية، ومن في حكمة – كالسفيه وذي الغفلة – مباشرة بعـــض التصـــرفات القانونية ، علي سبيل الاستثناء ، فإن القانون يعتبر هـــؤلاء ، بالنســـبة لهـــذه التصرفات ، كاملي الأهلية ، فيكون لهم موطن خاص ، بالنسبة لهذه الأعمال والتصرفات بجانب الموطن الإلزامي .

وقد يتحدد الموطن الخاص ، بمحل إقامة القاصر المعتادة أو بالمحل الذي يباشر فيه ما يكون مأذوناً فيه من تجارة أو حرفة أو بمحله المختـــار لتنفيـــذ عمل أو تصرف قانوني يكون أهلاً لمباشرته . وفيما عدا ذلك يكون موطنـــه الأصلي – الذي يعتد به القانون – هو موطن من ينوب عنه (١).

*** الموطن المختار Le domicile élu :**

هو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين ، ويهدف اتخاذ موطن مختار التيسير علي الغير وضمان حسن تنفيذ عمل قـــانوني معـــين ، حيث يتركز كل ما يتعلق به في مكان محدد لا يتغير محل إقامة ذوي الشأن ، ومن أمثلة ذلك ، أن يختار الشخص – بإرادته المنفردة– مكتب محام معـــين كموطن مختار له ، يعلن فيه بكل ما يتعلق بما يثار مـــن منازعـــات حـــول

---

(٢) وإذا كان القانون (مادة ١/٤٢ مدني) ، قد أجاز للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ، اتخاذ موطن خاص له ، ولم يتكلم عن القاصر الذي لم يبلغ هذه السن بالرغم من أن قانون الولاية علي المال يعتبره كامل الأهلية أيضاً ، بالنسبة لبعض التصرفات ، فإننا نري مع بعض الفقه أن الحكمة التي من أجلها جعل القانون للقاصر موطناً خاصاً والتي تتمثل في كونه أهلاً لمباشرة بعض التصرفات نجدها تقوم في كل حالة يعترف فيها القانون للقاصر بأهلية كاملة في مباشرة بعض التصرفات ولو كان دون الثامنة عشرة . أنظر .. حسن كيرة ، ص ٥٦٩ .

موضوع معين . وكما لو اتفق البائع والمشتري ، بمناسبة عقد بيـــع عقـــار ، علي أن يتخذ المشتري موطناً مختاراً قريباً من موقع العقار المبيع (١).

المطلب الرابع

الأهلية

La capacite

يطلق لفظ الأهلية لغة ويراد به الصلاحية ، فيقال مثلاً زيد أهل للعمـــل في هذا المجال ، إذا كان صالحاً للقيام بهذا العمل فيه .. إلخ .

ولا يختلف المعني القانوني عن المعني اللغوي السابق ، فلفظ الأهلية يراد به – من الناحية القانونية – الصلاحية أيضاً .

وتنقسم الأهلية إلي أهلية وجوب وأهلية أداء ، ويقصد بأهلية الوجـــوب ، صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، والقاعدة العامة أن كل إنسان حي يتمتع بأهلية الوجوب ، فهي تثبت للشخص منذ ميلاده ، وتظل ملازمة له ولا تزول عنه إلا بالموت .

أما أهلية الأداء ، فيقصد بها صلاحية أو قدرة الشـــخص علـــي مباشـــرة التصرفات القانونية ، وهي تدور مع التمييز وجوداً وعدماً وفي ذلـــك تـــنص المادة ٤٥ مدني علي أنه :

---

(١) والأصل أن يتم اتخاذ موطن مختار بإرادة الشخص ، ومع ذلك قد يفرضه القانون في بعض الحالات ، من ذلك ما تنص عليه المادة ٣٠ من قانون الشهر العقاري من أنه يتعـــين علي الدائن المرتهن أن يتخذ موطناً مختاراً في دائرة المحكمة الواقع في دائرتهـــا العقـــار محل حقه عند قيد الرهن.

ويقتصر اعتبار المكان الذي اختير كموطن مختار للشخص علي عمل معين ، فإذا اختير مكتب محام محلاً مختاراً لشخص معين بالنسبة لدعوي القسمة ، فإن هذا المكتب لا يعتبـــر كذلك بالنسبة لدعوي شفعة لاحقة لدعوي القسمة بين نفس طرفيها . (نقض ١٩٥٢/٣/٦ ، س ٣ ، ص ٥٧٢ ؛ حسن كيرة ، ص ٥٧٠ ، ٥٧١ ، توفيق حسن فرج ص ١٩١ ، ١٩٢ .

١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز .

أما المادة ٤٦ مدني ، فقد نصت علي أن " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون " .

ومن المعلوم أن سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ، كما أن الأصل أن يكون الشخص كامل الأهلية متى بلغ هذه السن ، ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون (١).

فإذا كانت أهلية الوجوب ، تتعلق بمدي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق وتحمل الالتزامات (٢)، فإن أهلية الأداء تتعلق بقدرة الشخص علي مباشرة التصرفات القانونية المنشئة للحقوق والالتزامات لذلك فإن أهلية الأداء – علي عكس أهلية الوجوب – تتطلب توافر قدر من التمييز والإدراك ، يجعل لمن يقوم بها إرادة يعتد بها القانون في ترتيب الآثار القانونية لهذه التصرفات .

وتوافر هذه الإرادة La Volonté لدي من يباشر هذه التصرفات القانونية، يجعله كاملاً لأهلية الأداء ، أما التمييز فهو مناط أهلية الأداء ، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن كان ناقص التمييز ، كان ناقص الأهلية ، ومن انعدم التمييز لديه ، كان عديم الأهلية ، هذا الاختلاف يؤدي بالضرورة إلي اختلاف حكم التصرفات ، وكذلك يتأثر تمييز الشخص بسنه ،

---

(١) مادة ١٠٩ مدني .

(٢) ويتحدد مدي هذه الصلاحية ، بحالة الشخص السياسية والقانونية والدينية ، وهي تتفاوت بين الأشخاص بقدر اختلاف حالة كل منهم ، ويفرق بعض الفقه بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب ، وإن كان الفقه الغالب يستخدم أهلية الوجوب كمرادف للشخصية . انظر في هذا الخلاف .. حسن كيرة ، ص ٥١٧ وما بعدها ؛ سليمان مرقس ، ص ٧٤٤ وما بعدها ، وهامش رقم ١١٠ ؛ وفرج ، ص ١٤٩ هامش رقم ٢ .

فالتمييز لديه يتدرج بتدرج سنه ، كما أن التمييز يتأثر بحالة الشخص العقلية أو الصحية .

وإذا لم تكتمل أهلية الأداء ، لا يكون الشخص قادراً علي مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، مما يقتضي إيجاد من يقوم بهذه التصرفات نيابة عنه ولذلك شرع نظام الولاية علي المال . فما هي أحكام أهلية الأداء ، وما هي أحكام نظام الولاية علي المال ؟ .

١- أهلية الأداء Lacapacité d' exercice :

قلنا أن أهلية الأداء ، تتطلب توافر قدر من التمييز والإدراك ، بمعني أن الأهلية هنا تدور مع التمييز وجوداً وعدماً ، كما يتأثر تمييز الشخص وإدراكه بسنه ، فالتمييز لدية يتدرج بتدرج سنه ، كما أن التمييز يتأثر – أيضاً – بحالة الشخص العقلية أو الصحية .

*** تدرج الأهلية مع تدرج السن :**

يتفاوت نصيب الشخص من التمييز والإدراك ، تبعاً لمراحل سنه ، لذلك اعتبر المشرع المصري أن من تقل سنه عن السابعة يعتبر فاقداً للتمييز وبالتالي عديم الأهلية ، أما من بلغ الحادية والعشرون من العمر ، فإنه يعتبر كامل الأهلية ، أما من يتراوح سنه بين السابعة والحادية والعشرون فإنه يعتبر ناقص التمييز أي ناقص الأهلية .

وترتيباً علي ذلك فإن حياة الإنسان في ضوء هذا التدرج تنقسم إلي ثلاثة مراحل :

-المرحلة الأولي : انعدام الأهلية .

-المرحلة الثانية : نقص الأهلية .

-المرحلة الثالثة : اكتمال الأهلية .

- انعدام الأهلية :

وتبدأ هذه المرحلة بالميلاد وتمتد حتي سن السابعة ، وقد اعتبر المشرع المصري ، أن الإنسان يعتبر في هذه المرحلة عديم التمييز ، أي عديم

الأهلية(١)، فلا يستطيع من ثم أن يجري التصرفات القانونية بنفسه ، ولو كان هذا التصرف نافعاً له نفعاً محضاً كالهبة له مثلاً . وإذا حدث وأن أبرم عديم الأهلية تصرفاً قانونياً ، كان هذا التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً ، فلا يرتب أثراً قانونياً ، فهو كالعدم سواء بسواء ، ولابد أن ينوب عنه في ذلك وليه أو وصيه(٢).

- **نقص الأهلية :**

نصت المادة ٤٦ علي أن " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون " ، وتبدأ هذه المرحلة من سن السابعة إلي الواحدة والعشرين ، وفي هذه المرحلة يكتسب الإنسان قدراً من الإدراك والتمييز ، يجعل له إرادة وإن كانت ناقصة ، مما يجعلنا نميز بين نوعية التصرفات التي يقوم بمباشرتها بنفسه .

---

(١) انظر المادة ٤٥ مدني .

(٢) تنقسم التصرفات القانونية إلي ثلاثة أقسام هي :

- التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، هي تلك التصرفات التي يترتب عليها إدخال حق في ذمة الشخص دون أن يتحمل بالتزام مقابل ، كقبول الهبة .

- التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، هي تلك التي يترتب عليها خروج حق من ذمة الشخص دون أن يكون هناك مقابل يدخل فيها كأن يهب هذا الشخص لآخر مالاً معيناً .

- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، هي تلك التي تتضمن إخراج حق من ذمة الشخص ولكن في مقابل ذلك يدخل ذمته حق آخر ، كأن يبيع مالاً معيناً فهو هنا يأخذ الثمن والعبرة هنا بطبيعة التصرف لا بالنتيجة ، فعقد البيع يعتبر تصرفاً دائراً بين النفع والضرر، ولا يهم بعد ذلك مقدار ما حصل عليه البائع من المشتري ، فقد يكون الثمن أقل من قيمة المبيع أو أكثر . (نقض ١٩٥١/٢/١) ، مجموعة القواعد القانونية ، ج١ ، ص ٢٣ رقم ٥٧ ، انظر المادة ١١٠ مدني ، حيث نصت علي أن " ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة " . بمهني أنها تتم بإرادة الموصي وحدة دون حاجة لقبول الموصي له – عديم الأهلية – انظر .. حسن كيرة ، ص ٥٧٧ ؛ وفرج ، ص ٢٠١ .

وترتيباً علي ذلك ، تقع تصرفات الصبي المميز صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً ، فهو هنا يستطيع بنفسه مباشرة هذه التصرفات كأن يقبل هبة له.

أما التصرفات الضارة له ضرراً محضاً ، فتأخذ حكم تصرفات عديم الأهلية، ومن ثم إذا أجراها ناقص الأهلية بنفسه تقع باطلة بطلاناً مطاقاً ، ولا يستطيع القاصر إجازتها بعد بلوغ سن الرشد ، ولا يستطيع وليه أو وصيه – حال كونه قاصراً – أن يصحح هذا البطلان بإجازة التصرف .

وأما إذا باشر ناقص الأهلية تصرفاً من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع ، فالأصل فيها أنه ليس لناقص الأهلية مباشرتها بنفسه وإنما يباشرها نيابة عنه وليه أو وصيه ، ومع ذلك ، إذا باشر ناقص الأهلية تصرفاً من هذه التصرفات بنفسه ودون إجازة وليه أو وصيه ، كان التصرف صحيحاً منتجاً لآثاره ، لكنه قابلاً للبطلان لمصلحته (مادة ٢/١١١ مدني)، ومعني ذلك أن هذا البطلان يزول بإجازة القاصر للتصرف بعد بلوغة سن الرشد ، كما يزول بإجازة وليه أو وصيه أو بإجازة المحكمة تبعاً للظروف ، وإذا حكم بإبطال التصرف اعتبر كأن لم يكن .

نخلص إذا ، إلي أن الصبي يستطيع متى كان مميزاً إجراء التصرفات القانونية متى كانت نافعة له نفعاً محضاً ، أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فتقع باطلة بطلاناً مطلقاً ، وتكون التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، قابلة للإبطال لمصلحة القاصر (١) .

وإذا كانت القاعدة ، أن من بلغ سن السابعة ولم يصل بعد إلي سن الرشد ، يعتبر ناقص الأهلية ، فقد منحه القانون علي سبيل الاستثناء ، الحق في مباشرة تصرفات معينة ، تعتبر بحسب القاعدة العامة باطلة أو قابلة للإبطال القاصر إذاً، **يكون أهلاً لمباشرة التصرفات الآتية :**

---

(١) مادة ١١١ مدني .

١-للقاصر أهلية التصرف في الأموال المخصصة لأغراض نفقته :

فقد نصت المادة ٦١ من قانون الولاية علي المال(١)علي أن " للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم إليه أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط " .

ومعني هذا أن للقاصر أهلية التصرف في الأموال المشار إليها ، بكافة أنواع التصرفات ، فيصح بيعه وتبرعه ، كما يصح التزامه الناتج بمناسبة إنفاقه لهذا المال بشرط ألا يتجاوز التزامه ، قيمة الأموال التي تعطي له للنفقة.

*** -أهلية القاصر لإبرام عقد العمل :**

وتنص المادة ٦٢ مدني علي أن " للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي ، وفقاً لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء علي طلب الوصي أو ذي شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبلة أو لمصلحة أخري ظاهرة .

ويذهب جمهور فقه القانون المدني إلي أن للقاصر إبرام عقد العمل ، فعقد العمل من العقود الدائرة بين النفع والضرر، والنص لم يحدد سناً معينة ومن ثم ، فإن لمطلق القاصر ابتداء من سن السابعة أهلية إبرام عقد العمل، وإذا كان قانون العمل واتفاقية الطفل يحظران حظراً باتاً تشغيل الأحداث إلا إذا بلغوا سناً معينة ، فإنه يمكن التوفيق بين هذه الأحكام المتعارضة ، ففي رأينا ، إذا كان القاصر ممن يخضع في عمله لقانون العمل فإن عقد العمل لا يكون صحيحاً – باعتبار القاصر طرفاً فيه – إلا إذا بلغ السن التي تطلبها قانون العمل واتفاقية الطفل ، أما إذا كان القاصر لا يخضع لقانون العمل – كخدم المنازل وعمال الزراعة – فإن العقد يكون صحيحاً وفقاً لأحكام

---

(١) المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

القانون المدني ، استثناء علي القاعدة العامة التي تجعل هذا العقد قابلاً للإبطال (١) .

***- أهلية من بلغ الثامنة عشرة من عمره :**

تنص المادة ١١٢ مدني علي أنه " إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها . أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادر منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون " .

وجاءت المادة ٥٤ من قانون الولاية علي المال لتقضي بأن ، للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك لدي الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يجرمنه بإشهاد آخر ، مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات .

أما المادة ٥٥ من نفس القانون فقد قضت بأن ، للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي ، أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض .

واستناداً إلي هذه النصوص ، يكون للقاصر بشرط أن يبلغ الثامنة عشرة الحق في إدارة أمواله ، متي أذن له في تسلمها .

والأصل أن أعمال الإدارة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وقد أراد المشرع الخروج علي القاعدة العامة ، في قابلية تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر للإبطال ، أن يتيح للقاصر الفرصة للتمرن علي إدارة أمواله قبل أن تكتمل أهليته ، ويصبح من حقه التصرف فيها ، خاصة وأن أعمال الإدارة أقل خطورة من أعمال التصرف ، فهي لا تتناول أصل الحق كما هو الحال في أعمال التصرف ، بل ترد علي منفعته فقط .

---

(١) جلال العدوي وآخرون ، الحقوق وغيرها من المرتكز القانونية ، ١٩٩٦ ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

وبناء علي ذلك ، يكون للقاصر قبض الدخل مدة الإدارة ، وقبض فائـــدة الدين وزراعة الأرض وإجراء أعمال الصيانة الضرورية لأمواله وتأجيرها (١)، كما له أن يقوم بأعمال التصرف اللازمة لإدارة هذه الأموال ، فلـــه أن يبيع ما نتج عن هذه الأموال – كبيع الحاصلات الزراعية – وله أن يشـــتري كل ما يلزم لإدارة هذه الأموال كشراء آلات ري وأسمدة (٢).

*** القاصر المأذون له بالاتجار :**

تنص المادة ٥٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ علي أنـــه ، لا يجوز للقاصر ، سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية ، أن يتجـــر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمرة وأذنته المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً " .

ويلاحظ هنا أنه لما كانت التجارة لا تعتبر من قبيل أعمال الإدارة ، ولما قد تؤدي إليه من ضياع المال بأسره ، فإن الإذن بالاتجار للقاصر الذي بلـــغ الثامنة عشر من عمره لا يصدر إلا من المحكمة ، وقد أتاح المشرع بهـــذا النص للقاصر فرصة التدريب علي أعمال التجارة ، ليطمـــئن عليـــه إذا مـــا زاول هذه المهنة بعد بلوغ سن الرشد . وقد يكون إذن المحكمة مطلقاً ، فـــلا يتحدد بنوع معين من التجارة ولا بمبلغ معين وقد يكون مقيـــداً . وإذا أذنـــت المحكمة للقاصر فإنه يكون أهلاً للاتجار ، فيكون لـــه أن يبيـــع ويشـــتري ويقرض ويقترض ويتقاضي ويتصالح .... إلخ (٣).

---

(١) ولأن المادة ١١ مدني قد قضت أيضاً بأن : تصرفات القاصر هنا تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون ، فقد وضعت المادة ١/٥٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية علي المال ، قيداً فلا يجوز للقاصر أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد عن سنة.

(٢) مادة ٧٠١ /٢ مدني ، وراجع .. جلال العدوي ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ وما بعدها .

(٣) راجع ... جلال العدوي ، المرجع السابق ، ص ١٣٦ ، ١٣٧ .

***-القاصر المأذون له بالزواج :**

تنص المادة ٦٠ من المرسوم المشار إليه علي أنه " إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إذناً له في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق .

ويؤخذ من هذا النص أنه ، إذا أذنت المحكمة للقاصر بالزواج ، فإن هذا الإذن بالزواج يكون في نفس الوقت إذناً له بالتصرف في ماله وذلك في حدود المهر والنفقة ، ويقصد بالصداق المال الذي يؤديه الزوج إلي زوجته ، ويقصد بالنفقة ما يؤدي من أحد الزوجين للآخر .

ويترتب علي ذلك ، أن للزوج الحق في أن يعطي زوجته المهر والنفقة ، وللزوجة حق التصرف في هذه الأموال ، دون حاجة إلي الرجوع إلي الولي أو الوصي ، أي لهما أهلية التصرف في هذه الأموال بيعاً أو شراءً .

*** أهلية من بلغ السادسة عشر من عمره :**

تنص المادة ٦٣ من المرسوم المشار إليه علي أن " يكون للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسب من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدي أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبة من مهنته أو صناعته ..." .

واستناداً إلي هذا النص ، فإن للقاصر متي بلغ السادسة عشرة من عمره كانت له أهلية كاملة في التصرف بيعاً أو شراء ، فيما يكسبه من عمله وفي حدود هذا الكسب ، أي أن الالتزامات التي تنتج من أعمال التصرف هذه لا تكون مضمونة ، إلا بالأموال الناشئة عن كسب العمل فقط دون غيرها .

*** اكتمال الأهلية :**

إذا بلغ الشخص سن الرشد ، وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه أصبح كامل الأهلية ، فيكون له الحق في مباشرة

كل أنواع التصرفات القانونية ، سواء أكانت نافعة له نفعاً محضاً أم ضـــارة ضرراً محضاً أم دائرة بين النفع والضرر (١).

وإذا بلغ الشخص سن الرشد متمتعاً بكامل قواه العقلية – كما قلنا – أصـــبح متمتعاً بأهلية أداء كاملة ويكون كذلك منذ بلوغه هذه السن وحتـــي وفاتـــه ، فيكون له إجراء التصرفات القانونية بنفسه ، وتكون هذه التصرفات صحيحة، ومع ذلك ، قد يطرأ علي عقل الشخص عارض ما ، يؤثر في إدراكه وتمييزه فيعدمه أو ينقصه ، **وتسمي بعوارض الأهلية** ، وهي الجنـــون والعتـــه مـــن ناحية، والسفه والغفلة من ناحية أخري وفي الحالتين يحجر عليه (٢).

- الجنون والعته :

الجنون هو مرض يصيب العقل فيؤدي إلي فقدانه ، أما العته فهـــو آفـــة تصيب العقل أيضاً فيحدث خللاً به دون أن يذهبه كلية ، فيجعل صاحبة قليل الفهم مختلط الكلام وفاسد التدبير .

ومن الناحية القانونية ، ليس هناك خلاف في الأثر بين الجنـــون والعتـــه فكلاهما مرض يصيب العقل وكلاهما يعدم الأهلية . ويعامل القانون المصري المجنون والمعتوه معاملة الصغير غير المميز ، تنص المـــادة ١/٤٥ مـــدني علي أنه : " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون " وتكون تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً ، ولو كانت من التصرفات النافعة نفعاً محضاً .

وتطبيقاً لذلك ، نصت المادة ١١٤ علي أن :

١-يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

---

(١) مادة ٤٤ مدني .

(٢) تنص المادة ٦٥ من قانون الولاية علي المال ، علي أن : " يحكم بالحجر علي البالغ للجنون أو العته أو السفه أو الغفلة ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم ، وتقيم المحكمة علي من يحجر عليه قيماً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا ديون " .

٢-أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكـون بـاطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخـر علـي بينة منها .

ويستفاد من هذا النص ، أن انعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، لا تتحقـق إلا بناء علي قرار يصدر من المحكمة بالحجر عليه ، والقرار الصادر بـالحجر يتم تسجيله لإعلام الناس بما حدث من تغيير في أهلية مـن صـدر القـرار بالحجر عليه ، وابتداء من تاريخ تسجيل قرار الحجر ، يقع بـاطلاً بطلانـاً مطلقاً كل تصرف يجريه المجنون أو المعتوه .

أما قبل تسجيل قرار الحجر ، فإن تصرفات المجنون أو المعتـوه تعتبـر صحيحة كقاعدة عامة ، **لكنها باطلة في حالتين :**

-حالة ما إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت إجراء التصرف .

-حالة ما إذا كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه علي بينة من حالته ولو لـم تكون هذه الحالة شائعة (١).

- السفه والغفلة :

يعرف السفه بأنه تبذير المال وصرفه في غير موضعه علي غير مقتضي العقل والشرع ، أما الغفلة ، فهي عدم الاهتداء إلي التصرفات الرابحة بسبب البساطة وسلامة القلب فيغبن في تصرفاته .

فالسفه والغفلة إذاً ، يصيب الشخص في سلامة التقدير والإدراك ، أو فـي حسن التدبير دون أن تخل بالعقل (١)، ولهذا السبب فإن كلا من السـفيه وذا

---

(١) ويكفي لبطلان التصرف توافر حالة من الحالتين السابقتين ، انظر نقض ١٩٧٧/٤/٥ ، المجموعة س٢٨ ، ص ٨٩٧ ، ٧١/١٢/٧ ، س ٢٢- ص ١٨٤ . وطبقاً للمادة ١٠٢٦ مرافعات ، فإن طلب توقيع الحجر يسجل ، وذلك بأمر من قاضي الأمر الوقتية ، يصدر علي ذات الطلب بعد التحقق من جديته وأخذ رأي النيابة كتابة . كما أوجبت علي قلم الكتاب أن يؤشر علي هامش تسجيل الطلبات بمضمون القرارات النهائية الصادرة فيها راجع ... جلال العدوي ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ وما بعدها .

الغفلة في حاجة إلي حماية القانون ، لأن تركهما دون حماية يؤدي إلي الإضرار بمصالحهما المالية ، ومن أجل ذلك ، تطلب القانون الحجر عليهما، واشترط لذلك ، صدور قرار من المحكمة بتوقيع الحجر عليهما ، وتسجيل هذا القرار ، حتي يعلم الكافة بما طرأ من تغيير علي أهلية الشخص المحجور عليه.

وطبقاً لنص المادة ١١٥ مدني :

١-إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سري علي هذا التصرف ما يسري علي تصرفات الصبي المميز من أحكام .

٢-أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

يتعين إذا ، التفرقة بين التصرفات التي تقع قبل تسجيل قرار الحجر ، وتلك التي تقع بعد تسجيل قرار الحجر .

فالتصرفات اللاحقة لتسجيل قرار الحجر ، يسري عليها ما يسري علي تصرفات ناقص الأهلية فتكون صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة إذا كانت ضارة ضرراً محضاً ، وقابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

أما بالنسبة للتصرفات السابقة علي تسجيل قرار الحجر ، فالقاعدة أنها صحيحة ومع ذلك ، فإنها تكون باطلة أو قبالة للإبطال بحسب نوع التصرف في حالتين :

---

(١) ومن أحكام محكمة النقض ، والتي تحدد المقصود بالسفه والغفلة ، ما قضت به من أن، السفه والغفلة ، وعلي ما جري قضاء هذا المحكمة ، يشتركان في معني عام واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس إلا أن ذا الغفلة يختلف عن السفيه في أن الأول ضعيف الإدراك لا يقدر علي التمييز الكافي بين النافع والضار ، فيغبن في معاملاته ويسير في فساده عن طوية وحسن نية . بينما الثاني كامل الإرادة ، مبصر بعواقب فساده ولكنه يتعمده ويقدم عليه غير آبه بنتيجته نظراً لتسلط شهوة الإتلاف علي إرادته . راجع نقض ١٩٧٥/٥/١٤ ، جلال العدوى ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ وما بعدها .

-حالة ما إذا كان الهدف من إجراء هذه التصرفات ، التهرب من آثار قرار الحجر .

-حالة ما إذا كانت تنطوي علي استغلال من جانب المتعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة لما بهما من ضعف متمثلاً في السفة أو الغفلة (١). وكما هو الحال بالنسبة لناقصي الأهلية ، يجوز للمحكمة أن تأذن للسفيه أو ذي الغفلة بتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها (٢). وإذا كان الحجر لا يتقرر إلا بحكم قضائي فإنه لا يرفع إلا بحكم قضائي ، وحينئذ يسترد المحجور عليه كامل أهليته .

و قد يكون الشخص كامل الأهلية ، ومع ذلك يقوم به مانع ، وإن كان لا يؤثر علي إدراكه وتمييزه ، إلا أنه يمنعه من مباشرة التصرفات القانونية ، **وتسمي بموانع الاهلية** وموانع الأهلية ، وفقاً لأحكام القانون المصري ،

---

(١) قد يثار التساؤل عن الفرق بين التصرفات الصادر من المجنون أو المعتوه وتلك التي تصدر من السفيه أو ذي الغفلة ، وهنا يمكن القول بأنه إذا كان في الحالتين نفرق بين التصرفات التي تسبق قرار الحجر وتلك اللاحقة له فإن الفروق بين تصرفات المجنون أو المعتوه من ناحية والسفيه وذي الغفلة من ناحية أخري تتمثل في الأتي :

- يكفي لتقدير بطلان تصرفات المجنون أو المعتوه أن تكون حالته شائعة وقت التعاقد ولو لم يكن المتعاقد معه عالماً بها ، أما في حالة صدور التصرف من السفيه أو ذي الغفله فإنه لا يكفي علم المتصرف إليه بقيام حالة السفه أو الغفلة في المتصرف ، بل يجب اتجاه قصده إلي استغلال هذا الضعف في السفيه أو ذي الغفلة ، بأن يحصل علي فوائد تجاوز الحد المعقول ، أو يتواطأ معه .

- أن الجزاء المترتب علي تصرفات المجنون أو المعتوه هو البطلان المطلق في جميع الأحوال ، أما في حالة السفه أو الغفلة فإن الجزاء يختلف بحسب نوع التصرف ، فقد يكون البطلان المطلق أو القابلية للإبطال . انظر ..انقض ١٩٦٤/٥/٢١ المجموعة س١٥، ص ١٧٠٦ ؛ نقض ١٩٧٠/٤/٢٠ ، س ٢٢ ، ص ٥٠٦ ؛ ونقض ١٩٥٧/٤/١١ ، المجموعة س٨ ، ص ٤٠٤ .

(٢) انظر المادة ١١٦ مدني .

تتمثل في ثلاثة ، الغيبة ، الحكم علي الشخص بعقوبة جنائيـــة ، ثـــم أخيـــراً إصابة الشخص بعاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد .

- الغيبة :

تنص المادة ٧٤ من قانون الولاية علي المال علي أن ، " تقـــيم المحكمـــة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية : متي كان قد انقضت مـــدة سنة أو أكثر علي غيابه وترتب علي ذلك تعطيل مصالحه .

* إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته .

* إذا لم يكن له محل إقامة أو موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو مـــوطن معلوم خارج المملكة المصرية واستحال عليه أن يتولي شئونه بنفســـه أو أن يشرف علي من ينيبه في إدارتها .

يبين من هذا النص ، أن المشرع قد أعطي للمحكمة سلطة إقامـــة وكيـــل عن الغائب حتي لا تتعطل مصالحه والمصالح المرتبطة به ، وتعيين المحكمة وكيلاً للغائب في مثل هذه الأحوال ، لا يعني أن الغائب ناقص الأهلية ، ولكن لأن هناك ظروفاً مادية ، حالت بينه وبين تولي شئونه ومصالحه .

وإذا كان الغائب قد ترك وكيلاً عامـــاً ، حكمـــت المحكمـــة بتثبيتـــه ، إذا توافرت فيه الشروط اللازم توافرها في الوصي ، وإلا عينت غيره . وتنتهي الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو الحكم بموته (١).

- الحكم بعقوبة جنائية :

تنص المادة ٤/٢٥ عقوبات ، علي أنه : " كل حكم بعقوبة جنايـــة يســـتلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكـــه مـــدة اعتقاله وبعين قيماً لهذه الإدارة تقره المحكمة ، فإذا لم يعنيه عينته المحكمـــة المدنية التابع لها محل إقامته في غرفة مشورتها بناء علـــي طلـــب النيابـــة العمومية أو ذي مصلحة في ذلك . ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذي تنصبه بتقديم كفالة ، ويكون القيم الذي تقره أو تنصبه تابعاً لها في جميع ما يتعلـــق

---

(١) مادة ٧٥ ، ٧٦ من قانون الولاية علي المال .

بقوامته – ولا يجوز للمحكوم عليه أن يتصرف في أمواله إلا بناء علـــي إذن من المحكمة المدنية المذكورة – وكل الالتزام يتعهد به مع عدم مراعـــاة مـــا تقدم يكون ملغي في ذاته ، وترد أموال المحكوم عليه إليه بعد انقضـــاء مـــدة عقوبته أو الإفراج عنه ، ويقدم له حساباً عن إدارته " .

يستلزم الحكم بعقوبة جنائية إذاً ، حرمان المحكوم عليه من إدارة أشـــغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ، ورغبة في المحافظة علـــي مصـــالح المحكوم عليه ، سمح له القانون باختيار قيم تقره المحكمة ، يتولي إدارة هـــذه الأموال ، فإذا لم يقم بهذا الاختيار ، عينته المحكمة المدنية التابع لهـــا محـــل إقامته .

أما فيما يتعلق بالتصرف في هذه الأموال ، فيتولاها المحكوم عليه بنفســـه بعد الحصول علي إذن المحكمة .

هذا المانع القانوني ، ليس له علاقة بأهلية المحكوم عليه ، فالمحكوم عليه يظل كامل الأهلية بعد الحكم كما كان قبله ، ويعتبر هذا المنع من العقوبـــات التبعية التي يحكم به القانون عليه .

ويظل هذا المانع القانوني قائماً ولا ينتهي ، إلا بانتهاء تنفيذ العقوبة فهـــو موقوت بمدة الاعتقال تنفيذاً للعقوبة المقضي بها ، ومن ثم ينقضي بانقضاء العقوبة الأصلية ، سواء أكان ذلك بسبب حصول التنفيذ أم بالإفراج الشـــرطي أم بالعفو عنها أم بسقوطها بالتقادم ، وفي هذه الحالة ترد إليه أمواله ويستطيع أن يقوم بمباشرة التصرفات القانونية بنفسه (١).

---

(١) ويلاحظ أن المشرع تطلب لقيام هذا المانع الحكم بعقوبة الجناية وهي : الإعدام والشحن والأشغال الشاقة المؤبدة والمشدد والسجن – ، وبالتالي إذا حكم علي الشخص بعقوبة الجنحة أو المخالفة فلا يوجد هذا المانع . وإذا ارتكب الشخص جنحة وحكم عليه بعقوبة الجناية – كما في المادة ٥١ عقوبات – وجد المانع أيضاً ، انظر .. حسن كيرة ، ص ٥٩٢ ؛ فرج ، ص ٢٣١ .

- العاهة المزدوجة والعجز الجسماني الشديد :

قد يكون الشخص كامل الأهلية ، ومع ذلك يقوم به عائق جسماني يتعذر عليه بسببه التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً أو يحول دونه والإلمام الكافي بعناصر الواقع المحيط به ، فلا يمكنه تقدير مصلحته تقديراً سليماً ، ولحماية هذا الشخص أجاز القانون للمحكمة أن تعين له مساعداً يعاونه في إجراء التصرفات القانونية ، وهذا الحكم تطبيق للمادة ١١٧ مدني، والتي تقضي بأنه:" إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمي أصم ، أو أعمي أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك . ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة " . كما يعتبر هذا الحكم تطبيقاً للمادة ٧٠ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية علي المال ، والتي تنص علي أنه : إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمي أصم ، أو أعمي أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩" .

ويتم ذلك في حالتين :

الحالة الأولي : وجود عاهة مزدوجة بالشخص ، كأن يكون أصم أبكم ، أو أعمي أبكم أو أعمي أصم ، فالعاهة المزدوجة هي إذاً ، أن يصاب الشخص بعاهتين علي الأقل من ثلاث عاهات ، بحيث يتعذر عليه بسبب هذه العاهات، أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً .

الحالة الثانية : وجود عجز جسماني شديد ، كأن يصاب الشخص بشلل نصفي، أو يكون به ضعف شديد في السمع والبصر ، المهم أن يكون هذا

العجز شديداً ، لدرجة أنه يحول دون الشخص والإلمام بظروف الواقع ، بما يمكنه من سلامة تقدير مصلحته (١).

ونشير إلي أنه ، يجب تسجيل القرار الصادر بالمساعدة القضائية ، ولا يكون قرار المساعدة القضائية حجة علي الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها ، فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل الحكم(٢).

ويقتضي صدور قرار المساعدة القضائية اشتراك المساعد القضائي ومن تقررت المساعدة القضائية لصالحه ، في إجراء التصرفات القانونية (٣) ، فلا يجوز من ثم ، انفراد أحدهما بإجراء هذه التصرفات ، فإذا حدث وأن باشر المساعد القضائي هذه التصرفات بنفسه ، اعتبرت غير نافذة في حق من تقررت المساعدة من أجله ، أما إذا انفرد من تقررت المساعدة لأجله بإجراء هذه التصرفات اعتبرت قابلة للإبطال (٤).

---

(١) قضت بذلك ، المادة ٢/٧٠ من قانون الولاية علي المال " ويجوز – للمحكمة – ذلك أيضاً ، إذا كان يخشي من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد " .

(٢) مادة ١٠٢٦ مرافعات .

(٣) أنظر المادة ١١٧ مدني ، ٧٠ ، ٧١ من قانون الولاية علي المال .

(٤) وعلي هذا تنص المادة ٢/١١٧ مدني من أنه " يكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها متي صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة " ، ويلاحظ من هذا النص أن القرار الصادر من المحكمة بتقرير المساعدة القضائية لا ينتج أثرة إلا بعد تسجيله ، كما أنه لا ينتهي إلا بصدور قرار من المحكمة برفعها . انظر .. حسن كيرة ، ص ٥٩٣ .

٢- الولاية علي المال (١):

ويهدف نظام الولاية بوجه عام إلي رعاية مصالح الأشخاص الذين يعجزون عن رعاية مصالحهم بأنفسهم ، فقد قلنا أن هناك أشخاصا عديمي الأهلية وناقصيها إما لصغر في السن أو لعارض من العوارض التي تعدم الإرادة أو تنقص منها ، وأشخاص كاملي الأهلية، ولكن هناك مانع مادي أو قانوني أو طبيعي يمنعهم من مباشرة التصرفات القانونية لذلك يجعل القانون لغيرهم ولاية مباشرة هذه التصرفات نيابة عنهم ولحسابهم .

ويطلق علي الشخص الذي يعهد إليه بالولاية علي القاصر ، اصطلاح " الولي أو الوصي " ، أما بالنسبة للمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة والمحكوم عليه بعقوبة جنائية ، فيطلق عليه اصطلاح " القيم " ، وبالنسبة للغائب " وكيل " ، أما من به عاهة مزدوجة أو به عجز جسماني شديد فيسمي " مساعد قضائي " .

ونحن سنكتفي هنا ، بدراسة الولاية علي الصغير ، والتي قد يباشرها الأب أو الجد لأب – الجد الصحيح – وقد يباشرها شخص آخر ، وفي الحالة الأولي، يسمي الولي ، وفي الحالة الثانية ، يسمي الوصي .

*** الولي :**

الأصل ثبوت الولاية علي مال الصغير القاصر للأب ، وإذا لم يكن الأب موجوداً ، ولم يكن قد اختار لولده وصياً ، تثبت الولاية للجد الصحيح أي الجد لأب ، وتثبت ولاية الأب أو الجد بقوة القانون ، دون حاجة إلي صدور قرار من المحكمة بتعيينه أو تثبيته ، فهي ولاية طبيعية ، تفرضها صلة الدم

---

(١) قد تكون الولاية علي المال ، وقد تكون علي النفس ، وتكون الولاية علي المال ، إذا كانت في الأمور المتعلقة بمال الخاضع لها – المولي عليه – ، وتكون علي النفس ، إذا كانت في الأمور المتعلقة بشخص المولي عليه كتعليمه ، وحضانته وتزويجه ، وغالباً ما تدخل في مسائل الأحوال الشخصية . أما أحكام الولاية علي المال ، فهي تخضع لقوانين خاصة ، أحال عليها القانون المدني (مادة ٤٧) وهي تخضع الآن لأحكام المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

التي تربطهما بالولد أو الحفيد ، وليس للأب أو الجد أن يتنحي عن الولاية ، إلا بإذن المحكمة (١).

ولا تثبت الولاية علي مال الصغير القاصر للأب أو الجد إلا إذا كان كل منهما كامل الأهلية بالنسبة للتصرفات التي يباشرها نيابة عن القاصر ، فلا يجوز من ثم – طبقاً لأحكام قانون الولاية علي المال – للولي مباشرة حق من حقوق الولاية ، إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بمال هو (٢).

ونظراً لصلة القرابة التي تربط بين الولي – الأب أو الجد – والقاصر والتي تحمله علي مزيد من الاهتمام بشئون القاصر ورعايته ، فإن القانون قد قرر له سلطات أوسع من تلك المقررة للوصي ، ولما كان الأب أشفق علي الابن من جده ، فإن القانون قد أعطي له سلطات أوسع من سلطات الجد .

وبوجه عام ، للولي سلطة مباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً ومع ذلك لا يجوز له قبول هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة(٣) .

وعلي العكس ، ليس للولي مباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالقاصر ، ولا يستثني من هذه القاعدة سوي التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي وبشرط استئذان المحكمة (٤).

---

(١) المادة ١ من قانون الولاية علي المال .

(٢) المادة ٢ ، وتثبت ولاية الأب أو الجد – كقاعدة عامة – علي كل أموال القاصر ، ومع ذلك فإن المشرع يستثني من ذلك ما يتبرع به للقاصر من مال إذا رغب المتبرع في إخراجه من ولاية الولي ، وفي هذا تنص المادة الثالثة علي أنه : " لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك " وفي هذه الحالة للمحكمة أن تقيم وصياً خاصاً للولاية علي هذا المال وإدارته (مادة ٣/د) .

(٣) مادة ١٢ .

(٤) مادة ٥ .

وأما إذا تعلق الأمر بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فإن الأمر يقتضي تحديد من يقوم بمباشرة هذه التصرفات هل هو الأب أم الجد ؟

وترتيباً علي ذلك ، للأب سلطة إجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كقاعدة عامة ، ولا يستثني من ذلك سوي التصرفات التي تتعلق بعقار أو محل تجاري أو أوراق مالية تزيد قيمتها علي ثلاثمائة جنيه ، حيث يشترط بالنسبة لها الحصول علي إذن المحكمة (١). أما الجد فلا يستطيع إجراء هذه التصرفات أياً كانت قيمتها إلا بإذن المحكمة .

وإذا تعلق الأمر بعمل من أعمال الإدارة فإن الأب أو الجد علي السواء، يستطيع القيام بها كقاعدة عامة ، إلا إذا تعلقت بتأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلي ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة (٢). ففي هذه الحالة يلزم الحصول علي إذن المحكمة .

وتنتهي الولاية ببلوغ القاصر الحادية والعشرين من العمر ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه (٣)، ومع ذلك للمحكمة أن تسلب الأب أو الجد الولاية قبل انتهائها إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي ولأي سبب آخر ، كما لها أن تحد من هذه الولاية دون سلبها تماماً (٤).

---

(١) المادة ١/٧ .

(٢) المادة ١٠ .

(٣) المادة ١٨ .

(٤) المادة ٢٠ ، ويلاحظ أن الولاية قد توقف فقط ولا تنقضي ، فقد نصت المادة ٢١ علي أن " تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولي غائباً ، اعتقل تنفيذاً لحكم بعقوبة جنائية ، أو بالحبس مدة لا تزيد عن سنة . وإذا ما حكم بوقف الولاية تقيم المحكمة وصياً مؤقتاً إذا لم يكن للقاصر ولي آخر (مادة ٣٢) وهذا معناه أنه في حالة وقف الولاية ، فإنها تنتقل لمن تثبت له شرعاً وإلا تولت المحكمة تعيين وصي . انظر .. حسن كيرة من ص ٥٩٦ ؛ فرج ، من ص ٢٣٦ .

الوصي :

الوصي هو كل شخص غير الأب أو الجد تثبت له الولاية علي مال الصغير القاصر ، وسواء تم ذلك بالاختيار من قبل الأب أم تم بالتعيين من قبل المحكمة. فللأب أن يختار وصياً علي ولده القاصر (١)، وإذا فعل تثبت الولاية للوصي مفضلاً علي الجد ، وإذا لم يفعل تثبت الولاية للجد ، وإذا لم يكن الجد موجوداً عينت المحكمة للقاصر وصياً .

وإذا تم اختيار الوصي من قبل الأب ، فإن الولاية للوصي لا تثبت إلا بعد تثبيت اختياره من قبل المحكمة ، والمحكمة بطبيعة الحال – توافق علي تثبيت الوصي المختار إذا توافرت فيه الشروط التي تطلبها القانون ، وتشترط المادة ٢٧ من قانون الولاية علي المال أن يكون الوصي عدلا وكفؤاً وذا أهلية كاملة(٢) .

وقد بين القانون سلطات الوصي ، والأصل أو ولاية الوصي عامة علي كل أموال القاصر ومع ذلك ، فللمحكمة أن تعين وصياً خاصاً تقتصر ولايته علي بعض الأموال أو بالنسبة لبعض التصرفات (٣).

وبوجه عام ، فإن سلطات الوصي أضيق من سلطات الولي ، فإذا تعلق الأمر بتصرف من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فإن الوصي لا يملك إجراء التصرف أو أي عمل من أعمال الإدارة إلا بعد استئذان المحكمة، في الوقت الذي يجيز فيه القانون للأب إجراء أعمال التصرف

---

(٢) ويشترط أن يثبت الاختيار هذا بورقة رسمية أو عرفية يصدق علي توقيع الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه ويجوز للأب – في أي وقت – أن يعدل عن اختياره (مادة ٢٨/٣،٢) .

(٣) وقد نص القانون علي طائفة من الأشخاص لا يجوز أن يعين منهم وصي . كما لا يجوز للمحكمة أن توافق علي تثبيت أحدهم كوصي إذا ما اختاره الأب فلا يعين وصياً مثلاً المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو العامة بالشرف أو النزاهة ، أو من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعايش .

(١) حسن كيرة ، ص ٦٠٥ .

والإدارة علي حد سواء ودون استئذان المحكمة ، وللجد إجراء أعمال الإدارة فقط ، دون استئذان المحكمة . ومع ذلك يجوز للوصي القيام ببعض أعمال الإدارة البسيطة دون استئذان المحكمة ، مثال ذلك تأجير عقار القاصر مدة لا تجاوز ثلاث سنوات في الأرض الزراعية ، وسنه في المباني والصلح والتحكيم فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

أما فيما يتعلق بالتصرفات الضارة ضرراً محضاً أو النافعة نفعاً محضاً فإن الوصي يتساوي فيها مع الولي فيجوز له إجراء التصرفات النافعة ، وعلي العكس لا يجوز له مباشرة التصرفات الضارة إلا إذا كان ذلك لأداء واجب إنساني أو عائلي وبشرط الحصول علي إذن المحكمة .

وعلي الوصي أن يتسلم أموال القاصر ويقوم علي رعايتها وعليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد ، سواء أكان يحصل علي إجر أم كان يقوم به متبرعاً .

ويخضع الوصي لرقابة المحكمة ، فلابد من حصوله علي إذن المحكمة حتي يتمكن من إجراء التصرفات الخاصة بأموال القاصر ، وإذا أخل بالتزاماته كان للمحكمة أن توقع عليه جزاءات جنائية ، كما أن للمحكمة أن تعين مشرفاً علي الوصي يراقب تصرفاته وأداءه لواجباته ، وعليه أن يبلغ المحكمة أو النيابة بكل أمر تقتضي المصلحة رفعه إليهما ، وعلي الوصي أن يقدم حساباً عن إدارته مؤيداً بالمستندات .

وتنتهي الوصاية نهاية طبيعية ببلوغ القاصر سن الرشد ، ما لم تقرر المحكمة استمرارها إلي ما بعد بلوغ هذه السن ، كما تنتهي بسبب طارئ ، كما هو الحال إذا استقال الوصي وقبلت استقالته ، أو عزل بقرار من المحكمة إما لأنه أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح في بقائه خطر علي مصلحة القاصر . وتوقف الوصاية – أخيراً – إذا ما أمرت بذلك المحكمة وإذا ما توافرت أسباب جدية تدعو للنظر في عزل الوصي أو في قيام عارض من العوارض التي تزيل أهليته ، وفي جميع الأحوال ، إذا ما انتهت الوصاية ، كان علي الوصي أن يسلم أموال القاصر إليه في حالة بلوغه سن

الرشد ، أو إلي الولي أو الوصي الذي يحل محله في مهمته أو إلي ورثته في حال موته .

الفصل الثاني

الشخص المعنوي أو الاعتباري

La personne morale

يعترف القانون بالشخصية القانونية لغير الإنسان ، فهي تثبت لجماعات البشر ، كما تثبت لمجموعات من الأموال ، لم تعد إذاً ، الشخصية القانونية قاصرة علي الشخص الطبيعي – الإنسان – بل تثبت أيضاً لغيره من جماعات أو مجموعات ، يكون لها كيانها المستقل ، وتسمي بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية تمييزاً لها عن الأشخاص الطبيعية (١).

وفكر الشخص المعنوي أو الاعتباري ، تقوم علي ضرورات عملية ، تستلزم الاعتراف له بحياة مستقلة ، عن حياة المكونين له ، تجعله أهلاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فيصير دائناً أو مديناً ، له ذمة مالية مستقلة عن ذمة المكونين له ، كما يكون له الحق في رفع الدعاوي أمام المحاكم، ويكتسب الجنسية ، ويكون له اسم وموطن .

نخلص من هذا إلي ، أن الشخص الاعتباري هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال ترمي إلي تحقيق غرض معين ، ويمنح الشخصية القانونية ، بالقدر الذي يلزم لتحقيق هذا الغرض .

أما الضرورات العملية التي تستلزم الاعتراف للشخص الاعتباري بالشخصية القانونية ، فتتمثل في أن هناك من المشروعات التي تحتاج إلي أموال كثيرة ، لا يقوي الفرد علي توفيرها بمفرده ، الأمر الذي يقتضي ضم

---

(١) انظر :

Saleilles , De la personnalité juridique 2 éd- 1922 ; Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit francais , 3e éd, partrotabas , 2 vol. 1932 ; Sébag, La condion juridique des personnes physiques et des personnes morale savant leue naissance, these paris 1938 ; Coulombel (p) , Le partioularism de la condition juridique des personnes morales de droit privé, these nancy, 1949 .

رؤوس الأموال اللازمة ، لعدد كبير من الأفراد للقيام بهذا المشروع ، ولكي يتحقق الغرض ، لابد من الاعتراف لهذه الجماعة بالشخصية القانونية .

كذلك قد يرغب شخص في تحقيق هدف معين ، ولما كان تحقيق الأهداف يحتاج إلي فترة من الوقت تتجاوز عمر الإنسان ، كان من الضروري أن يلتقي بعض الأفراد لتحقيق هذا الغرض ، ويتكون بالتالي من مجموعهم شخص قانوني مستقل عن كل منهم ، يكون له حياة مستقلة ، بحيث لا يؤثر موت بعض هؤلاء الأفراد أو كلهم علي بقائه ، يمارس نشاطه لتحقيق الهدف المطلوب . لهذه الضرورات العملية ، ولتيسير المعاملات ، ظهر إلي جانب الإنسان كشخص قانوني ، أشخاص قانونية اعتبارية ، ليس لها وجود مادي محسوس ، ولكن لها فقط وجود معنوي .

والمشرع المصري ، كغيره من مشرعي العالم ، اعترف بالشخص المعنوي، مما يقتضينا التعرض له ، وذلك في مبحثين ، نخصص الأول لدراسة النظرية العامة للشخص الاعتباري ، والثاني لدراسة الأشخاص الاعتبارية في القانون المصري .

خطة البحث :

المبحث الأول : النظرية العامة للشخص الاعتباري .

المبحث الثاني : الأشخاص الاعتبارية في القانون المصري .

المبحث الأول
النظرية العامة للشخص الاعتباري

نتناول في هذا المبحث مسألتين ، الأولـــي ، تتعلــق ببدايـــة الشخصـــية الاعتبارية ونهايتها ، والثانية تتعلق بمميزات الشخصية الاعتبارية .

المطلب الأول
بداية الشخصية الاعتبارية ونهايتها

١- بداية الشخصية الاعتبارية :

تبدأ الشخصية القانونية للشخص الاعتبـــاري بـــاعتراف المشـــرع بـــه ، واعتراف المشرع بالشخصية القانونيـــة للشـــخص الاعتبـــاري – جماعـــات الأشخاص أو مجموعة الأموال – قد يكون عاماً أو خاصاً، ويكون الاعتراف عاماً إذا كان القانون يقتصر علي تحديد الشروط التي يجب أن تتـــوافر فـــي جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال حتي تثبت لها الشخصية القانونية ، فيكون لكل كائن مستجمع لهذه الشروط الشخصية القانونية دون حاجـــة إلـــي صدور ترخيص خاص يمنح الشخصية القانونية ، فهي هنا تثبت بقوة القانون وبمجرد تكوينها وتوافر شروطها .

ويكون الاعتراف خاصاً ، إذا تطلب القانون فضلاً عن توافر الشروط التي يضعها لاكتساب الشخصية القانونية صدور ترخيص خاص في كل حالة علي حدة ، فلا يثبت الشخصية القانونية لجماعة الأشخاص أو مجموعة الأمـــوال بتوافر الشروط المطلوبة وبمجرد تكوينها – كما في الحالة الأولي – ولكـــن من وقت صدور ترخيص خاص بذلك .

والقاعدة العامة في القانون المصري هي منح الشخصية القانونية للشخص الاعتباري بطريق الاعتراف العام ، فتثبت الشخصية الاعتبارية(١)للدولة وفروعها بالشروط التي يحددها القانون ، وكذلك الأوقاف والشركات والجمعيات والمؤسسات . وعلي العكس اشترط المشرع (٢) اعترافاً خاصاً لثبوت الشخصية القانونية للبعض الآخر ، كالهيئات والطوائف الدينية .

٢- نهاية الشخصية الاعتبارية :

وتنتهي الشخصية الاعتبارية بأسباب متعددة ، وتختلف هذه الأسباب باختلاف الأشخاص الاعتبارية ، وبوجه عام ، ينتهي الشخص الاعتباري بأحد الأسباب الآتية :

-انتهاء الأجل الذي حدد له في سند إنشائه .

-تحقيق الغرض الذي تكون من أجله أو إذا تأكد استحالة تحققه.

-الحل سواء أكان هذا الحل اختيارياً أم إجبارياً بحكم القضاء.

---

(١) مادة ٥٢ مدني .

(٢) مادة ٦/٥٢ مدني .

المطلب الثاني

مميزات الشخصية الاعتبارية

للشخص الاعتباري عدة مميزات وهي :

١- اسم الشخص الاعتباري :

للشخص الاعتباري اسم خاص به يميزه عن غيره من بقية الأشخاص الاعتبارية الأخرى ، والاسم ليس مجرد حق للشخص الاعتباري ، ففي كثير من الحالات يتطلب القانون أن يكون للشخص الاعتباري اسم ، مثال ذلك ، ما يتطلبه قانون الجمعيات والمؤسسات من أن يكون اسم الجمعية مدوناً في نظامها المكتوب ، وأن يكون اسم المؤسسة مثبتاً أيضاً في سند إنشائها .ولاسم الشخص الاعتباري قيمة تجارية ، فيجوز من ثم التصرف فيه – كقاعدة عامة– كما يمكن أن يرد عليه التقادم المكسب والمسقط ، أما الجمعيات والمؤسسات فلا يكون لها علي اسمها إلا حق أدبي بحيث لا يجوز التصرف فيه .

٢- موطن الشخص الاعتباري :

لكن شخص اعتباري موطن ، حيث تنص المادة ٥٣/د مدني علي أنه يكون للشخص الاعتباري موطن مستقل ، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته ، والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلي القانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية .

وإذا كان للشخص الاعتباري عدة فروع يباشر فيها نشاطه فإن المكان الذي يوجد فيه الفرع يعتبر موطناً عاماً بالنسبة لهذا الفرع ، فيجوز رفع الدعاوي المتعلقة بهذا الفرع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مركز إدارته(١).

---

(١) مادة ٥٨ مرافعات .

٣- جنسية الشخص الاعتباري :

ويقصد بجنسية الشخص الاعتباري ، تلك العلاقة التي تربطه بدولة معينة، والتي تجعله بالتالي خاضعاً لقانونها من حيث قيامه واستمراره وانقضائه ، وفي تحديد الجنسية للشخص الاعتباري ، يمكن الأخذ بأحد معيارين الأول ، هو محل التكوين والثاني ، هو محل مركز الإدارة الرئيسي .

ويبدو أن المشرع المصري قد أخذ بالمعيار الثاني ، وذلك يفهم من نص المادة ٢/١١ مدني مع أنها تخص بالذكر الأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسري عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي ، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فإن القانون المصري هو الذي يطبق .

ومعني ذلك أن جنسية الشخص الاعتباري هي جنسية البلد الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيسي ، ومع ذلك ، فقد أخضع المشرع المصري الشخص الاعتباري الأجنبي للقانون المصري ، إذا كان نشاطه الرئيسي في مصر ولو كان مركز إدارته الرئيسي في الخارج ، وقد قصد المشرع بهذا الحكم الأخير التوسع في حدود الاختصاص لمصلحة القانون المصري .

٤- الذمة المالية للشخص الاعتباري :

تنص المادة ٢/٥٣ علي أن ، للشخص الاعتباري ذمة مالية مستقلة ، وتعتبر الذمة المالية للشخص الاعتباري منفصلة ومستقلة عن ذمة كل من الأعضاء المكونين له أو الأشخاص الذين يتولون إدارته . ومن ثم فإن حقوق الشخص الاعتباري تكون ضامنة لديونه هو فقط ، كما أن ديونه تكون مضمونة بحقوقه فقط .

وبناء علي ذلك ، لا يجوز لدائني الأعضاء أو المديرين التنفيذ علي الأموال المملوكة للشخص الاعتباري ، كما لا يجوز لدائني الشخص الاعتباري أن ينفذوا علي أموال أعضائه المملوكة لهم بصفة شخصية .

٥- أهلية الشخص الاعتباري :

يتمتع الشخص الاعتباري بأهلية وجوب وأهلية أداء ، ومع ذلك فإن أهلية الوجوب **تتقيد بقيدين :**

الأول : بالنسبة للحقوق التي تثبت للإنسان لكونه إنساناً ، فهذه الحقوق لا تثبت للشخص الاعتباري ، فلا تثبت له مثلاً حقوق الأسرة الناشئة عن الزواج ، كالنسب والطلاق والنفقة ... إلخ . كما لا يثبت للشخص الاعتباري الحقوق المتصلة بالكيان الجسدي للإنسان ، كالحق في الحياة وفي سلامة الجسد ، وهذه الأحكام تؤخذ من طبيعة الأشياء ذاتها ، ومن نص المادة ١/٥٣ مدني حيث تقضي بأن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منه ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية (١).

الثاني : أن الشخص الاعتباري محدد بالغرض من إنشائه ، ومن ثم وجب أن يلتزم بهذا الغرض ولا يتعداه إلي غيره من الأغراض ، ويكون له اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات اللازمة لتحقيق هذا الغرض ، ويسمي هذا بمبدأ التخصص ، وتطبيقاً لذلك لا يجوز للجمعية التي أنشئت لتحقيق أغراض علمية أو إنسانية أن تباشر نشاطاً تجارياً وهي إن فعلت ذلك تعتبر قد تجاوزت مبدأ التخصص الذي يخضع له الشخص الاعتباري .

وفي هذه الحدود التي قررها القانون ، يباشر الشخص الاعتباري التصرفات القانونية عن طريق نائب يعبر عن إرادته .

---

(١) المادة ٣٥/ ١ من القانون المدني .

المبحث الثاني

الأشخاص الاعتبارية في القانون المصري

حددت المادة ٥٢ مدني ، الأشخاص الاعتبارية في القانون المصري وهي:

١-الدولة وكذلك المديريات والمدن والقري بالشروط التي يحددها القانون ، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢-الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية.

٣-الأوقاف .

٤-الشركات المدنية والتجارية .

٥-كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضي نص في القانون .

والمادة السابقة ، جمعت بين نوعين من الأشخاص الاعتبارية ، بعضها يخضع لأحكام القانون العام ، وتسمي بالأشخاص الاعتبارية العامة ، كالدولة والمحافظات والمدن والقرى والإدارات والمصالح العامة ، وبعضها يخضع للقانون الخاص – القانون المدني والتجاري – وتسمي بالأشخاص الاعتبارية الخاصة ، كالأوقاف والشركات التجارية والمدنية ، والجمعيات والمؤسسات الخاصة (١).

وأشخاص القانون الخاص تنقسم إلي نوعين : جماعات الأشخاص كالشركات والجمعيات ، ومجموعات الأموال ، كالمؤسسات والأوقاف .

---

(١) انظر .. حسن كيرة ، من ص ٦٩٩ ؛ فرد ، من ص ٣٨٧ ؛ وسليمان مرقس ، من ص ٦٧٢ .

والشركة قد تكون مدنية أو تجارية ، والشركة التجارية هي التي تقوم بممارسة الأعمال التجارية ، وقد تكون شركة تضامن أو مساهمة أو توصية بالأسهم أو ذات المسئولية المحدودة ..إلخ ، وهي تخضع للقانون التجاري .

أما الشركة المدنية ، فهي التي تقوم بممارسة الأعمال المدنية ، كشركات استصلاح الأراضي التي تقوم بشراء العقارات وإعادة بيعها أو التي تقوم باستغلال المناجم .

أما الأوقاف فمحل دراستها الشريعة الإسلامية ،و تبقي الجمعيات كمجموعة من مجموعات الأشخاص ، والمؤسسات كمجموعة من مجموعات الأموال ، فيكتفي فيما يلي بحديث موجز عن كل منهما وذلك في مطلبين :-

المطلب الأول

الجمعيات

والجمعية هي " كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة أو من أشخاص اعتبارية، لغرض غير الحصول علي الربح المادي " (١).

ويشترط في إنشاء الجمعية أن يوضع لها نظام مكتوب موقع عليه من المؤسسين ، كما يتطلب القانون أن يشتمل هذا النظام علي عدد من البيانات ، كاسم الجمعية ونوع وميدان نشاطها ، ونطاق عملها الجغرافي ومركز إدارتها علي أن يكون هذا المركز في مصر ، وكذلك اسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وجنسيته ومهنته وموطنه ، وموارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها (٢).

---

(١) المادة الأولي من القانون الخاص بالجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤.

(٢) مادة ٣ .

ولا تثبت الشخصية القانونية للجمعية بمجرد إنشائها ، وإنما لابد من شهرها، ويتم شهر الجمعية بقيد نظامها في السجل المعد لذلك في وزارة الشئون الاجتماعية ، ونشر ملخص القيد في الجريدة الرسمية (١).

وتنقضي الجمعية بالأسباب العامة ، لانقضاء الأشخاص الاعتبارية – انتهاء الأجل – تحقق الغرض .. إلخ – وقد تنقضي بحلها ، وحل الجمعية قد يكون اختيارياً أو إجبارياً ، والحل الاختياري ، هو الذي تقرره الجمعية العمومية ، ويصدر القرار بموافقة ثلثي أعضاء الجمعية العمومية ، ما لم يرد في نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر من ذلك (٢).

أما حل الجمعية إجبارياً ، فيتم بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية، وذلك إذا ما تحققت حالة من الحالات التي نص عليها القانون (٣)منها مثلاً، عجز الجمعية عن تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله ، أو إذا تصرفت في أموالها في غير الأوجه المحددة لها ، أو إذا ارتكبت مخالفة جسيمة ، أو خالفت النظام العام أو الآداب ، وقد أعطي القانون للجمعية ، ولكل ذو شأن حق الطعن في قرار الحل ، أمام محكمة القضاء الإداري ، ويفصل في الطعن علي وجه الاستعجال وبدون مصروفات (٤).

---

(١) مادة ٨ ، ١٠ .

(٢) مادة ٤٢ .

(٣) مادة ٥٧ .

(٤) مادة ٣/٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة

المطلب الثاني

المؤسسات الخاصة

والمؤسسة الخاصة ، شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية ، أو لأي عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية والنفع العام ، دون قصد إلي ربح مادي (١) .

فإذا كانت الجمعية ، هي مجموعة من الأشخاص ، فالمؤسسة ، هي مجموعة من الأموال ، ومع ذلك ، تسعي المؤسسة أو الجمعية إلي تحقيق هدف غير مادي .

وتنشأ المؤسسة ، بمقتضي سند رسمي أو وصية ، وفي الحالة الأولي ، تنشأ المؤسسة فوراً ، وفي الحالة الثانية ، تقوم بعد وفاة منشئها ، ويجب أن يشتمل السند الرسمي أو الوصية ، المنشئة للمؤسسة علي عدد من البيانات ، كاسم المؤسسة ، وميدان نشاطها ، ونطاق عملها الجغرافي ، ومركز إدارتها، والغرض الذي أنشئت لتحقيقه ، والأموال المخصصة لها ، ولابد من شهر نظامها كالجمعية تماماً ، حتي تثبت لها الشخصية القانونية (٢).

ولا تنقضي المؤسسة إلا بالحل الإجباري ، وفي هذه الحالة ، لابد من صدور قرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية ، وذلك إذا ما توافرت حالة من الحالات التي تقتضي حل الجمعية ، كما لو ثبت عجز المؤسسة عن تحقيق الغرض .... (٣).

---

(١) مادة ٦٩ .

(٢) مادة ٧٠ ، ٧٣ .

(٣) مادة ٨١ .

الباب الرابع
محل الحق

تنص المادة ٨١ مدني علي ، أن " كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية " .

ويؤخذ من النص أن الأشياء هي التى تصلح أن تكون محلاً للحقوق المالية، والأشياء أكثر التصاقاً وأشد ارتباطاً بالحق العيني منه بالحق الشخصي ، علي اعتبار أن الحق العيني ، هو سلطة مباشرة لصاحبه علي الشئ محل الحق ، فصاحب الحق ، يمارس سلطاته مباشرة علي الشئ محل الحق دون وسيط ، أما في الحق الشخصي ، فهو علاقة بين دائن ومدين ، أي أنه سلطة غير مباشرة ، لابد من تدخل المدين ، ليستطيع الدائن اقتضاء حقه .

الأشياء إذاً لا تختلط بالأموال ، والأموال متنوعة ، فقد تكون عينية أصلية كالملكية أو تبعية ، كالرهن ، وقد تكون شخصية ، كحق المشتري في انتقال ملكية المبيع إليه ، وحق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة ، وقد تكون معنوية ، كحق المؤلف . وقد تكون الأشياء مادية ، أي بها حيز مادي ، كالأرض والمأكولات ، وقد تكون غير مادية ، أي ليس لها حيز مادي ، كنتاج الذهن بالنسبة للمؤلف أو المخترع (١).

والمال في القانون ، هو الحق ذو القيمة المالية ، أياً كان ذلك الحق ، سواء أكان عينياً أو شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، أما الشئ ، سواء أكان مادياً أو غير مادي ، فهو محل ذلك الحق (٢).

---

(١) السنهوري ، الوسيط حق الملكية ، ج ٨ ، طبعة ثانية ، ١٩٩١ م ، ص ٩ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص ٤٥٧ .

وإذا كانت الأشياء ، تصلح لأن تكون محلاً للحقوق المالية وهـــي أكثـــر ارتباطاً بالحقوق العينية ، فإن الأعمال ، تصلح لأن تكـــون محـــلاً للحقـــوق المالية وهي أكثر ارتباطاً ، بالحقوق الشخصية ، لذلك سنفرد لكل منها فصلاً مستقلاً نخصص الأول للأشياء والثاني للأعمال .

خطة البحث :

الفصل الأول : الأشياء .

الفصل الثاني : الأعمال .

الفصل الأول

الأشياء

تنقسم الأشياء عدة تقسيمات ، مما يقتضينا التعرض لها ، مخصصين لكل تقسيم ، مبحثاً مستقلاً .

خطة البحث :

المبحث الأول : أشياء يرد عليها التعامل وأخري تخرج عن دائرة التعامل .

المبحث الثاني : العقارات والمنقولات .

المبحث الثالث : أشياء مثلية وأخري قيمية .

المبحث الرابع : أشياء قابلة للاستهلاك وأخري غير قابلة للاستهلاك .

المبحث الأول

أشياء التي يرد عليها التعامل

والأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل

بعد أن نصت المادة ٨١ مدني ، في الفقرة الأولي علي ، أن " كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية " جاءت الفقرة الثانية ، لتؤكد أن " الأشياء التي تخرج عن التعامل ، بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون ، فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية " .

ويؤخذ من النص ، أن بعض الأشياء تخرج عن دائرة التعامل ، ومن ثم لا يصح أن تكون محلاً للحقوق المالية . وتخرج الأشياء عن دائرة التعامل إما بطبيعتها ، وهي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بها والتي يمكن أن

ينتفع بها كل الناس ، بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر مثال ذلك : الهواء أشعة الشمس ، ماء البحار .... إلخ (١).

فإذا استطاع الإنسان الاستئثار بجزء منها ، كما لو عبأ الهواء في أنابيب الأكسجين ، أو عبأ ماء البحر في خزانات ، ففي هذه الحالة ، يصح أن تكون محلاً للحقوق (٢).

أما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون ، فهي التي ينص القانون علي عدم جواز التعامل فيها بوجه عام ، كالحشيش والأفيون والأشياء المملوكة للدولة ملكية ولا يغير من هذا الوصف إجازة التعامل في بعض الاشياء كاستخدام المخدرات . لأغراض طبية ، وإعطاء رخص لإستعمال بعض الأموال العامة .... إلخ (٣).

وتعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضي قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص. وهذه الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (٤).

وتفقد الأموال العامة صفتها العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهي التخصيص بمقتضي قانون أو قرار جمهوري أو قرار الوزير المختص أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة (٥).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص ٤٦٠ .

(٢) العطار ، المرجع السابق ، ص ٤٧٩ ؛ توفيق حسن فرج ، ومحمد يحي مطر ، المدخل للعلوم القانونية ، طبعة ١٩٩٠ ، الدار الجامعية ، ص ٥١٨ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص ٤٦٠ .

(٤) انظر المادة ٨٧ مدني ، نقض ١٩٦٨/٤/٢٣ ، س ١٩ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٨٦ ، وشرحاً مفصلاً ، في السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١١٠ وما بعدها ، والأحكام المشار إليها .

(٥) مادة ٨٨ مدني ، نقض ١٩٦٧/٦/٨ ، المرجع السابق ، س ١٨ ، ص ١٢١٩ .

وتطبيقاً لذلك ، جاء في حكم لمحكمة النقض أنه ، لما كان الغرض الـذي من أجله خصصت الجبانات للمنفعة العامة ليس مقصوراً علي الدفن وحـده ، بل يشمل أيضاً حفظ رفات الموتي ، وينبني علي ذلك أن الجبانـات لا تفقـد صفتها كمال عام بمجرد إبطال الدفن فيها وإنما بانتهاء تخصيصـها للمنفعـة العامة واندثار معالمها وآثارها كجبانة ومن تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل في عداد الأملاك العامة ، فإن الحكم المطعون فيه اعتبر أرض الجبانة قد فقـدت صفتها كمال عام من تاريخ إبطال الدفن فيها وجعل هذا التاريخ بداية لجـواز تملكها بوضع اليد ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (١).

---

(١)نقض ١٩٦٥/٦/١٠ ، المرجع السابق ، س١٦ ، ص ٢٤٨ . وقد قضي بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تحويل المال المملوك لأحد الأفراد إلي مال عام يقتضي إما إدخاله في الملكية الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخري بطريق من طرق كسب الملكية المبينة في القانون المدني ثم نقله بعد ذلك إلي الملك العام بتخصيصه للمنفعة العامة ، وإما بنزع ملكيته للمنفعة العامة فينتقل فوراً من ملكية صاحبه إلي الملكية العامة علي نحو ما بينه القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة ، وأن تخصيص الدولة العقار المملوك لأحد الأفراد للمنفعة العامة بالفعل دون اتباع الإجراءات التي رسمها القانون المذكور وذلك باستيلائها عليه ونقل حيازته إليها وإدخاله في المال العام، يتفق في غايته مع نزع الملكية باتخاذ إجراءاته القانونية ومن ثم يستحق ذوو الشأن جميع ما يرتبه قانون نزع الملكية من حقوق بما في ذلك الحق في تعويض يعادل الثمن ، نقض مدني ١٩٨١/٦/١٠ ، مجموعة أحكام النقض ، للمنفعة العامة ، رسالة عين شمس ، ١٩٨٨.

المبحث الثاني

العقارات والمنقولات

Imméubles et méubles

تقسم الأشياء إلي عقارات ومنقولات ، فكل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من أشياء فهو منقول(١).

وإذا كان المشرع قد عرف العقار بأنه الشئ الثابت المستقر بحيزه بحيث لا يمكن نقله من مكان إلي آخر إلا بتلف ، فإنه اعتبر أن ما عدا ذلك من أشياء منقول ، وبطريق الاستنتاج المنطقي – مفهوم المخالفة – يمكن تعريف المنقول بأنه ، الشئ غير المستقر في حيزه وغير الثابت فيه ، أو هو الشئ الذي يمكن نقله من مكان إلي مكان آخر دون تلف (٢).

ويشمل العقار كل شئ مستقر وثابت ، أي له صفة الاستقرار سواء أكان ذلك من أصل خلقته أم بصنع صانع ، ومن ذلك الأراضي والمناجم والأشجار والنباتات المتأصلة في الأراضي واللاصقة بها والمباني والمخازن والمصانع والخزانات والجسور والآبار .. إلخ ، فهذه الأشياء جميعاً ، لا يمكن نقلها من مكان إلي مكان إلا بالهدم أو بالاقتلاع ، ومن ثم لا يمكن نقلها بدون تلف(٣). ويشمل المنقول كل شئ يمكن نقله وتحويله دون تلف ، ومن ذلك النقود والملابس والحيوانات ، والسيارات .

ويري الفقه ، أن التفرقة بين العقار والمنقول ترجع إلي طبيعة الشئ ذاته، فإن كان بطبيعته لا يقبل النقل دون تلف فهو عقار ، وإن كان بطبيعته يقبل النقل دون تلف ، فهو منقول (٤).

---

(١) مادة ٨٢ مدني .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص ٤٦٦ .

(١) المرجع السابق .

(٢) السنوري ، المرجع السابق ، ص ٢١ .

المطلب الأول

العقـــــــــــار

Immeuble

العقار – كما عرفته المادة ٨٢ – هو كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيـــه لا يمكن نقله منه دون تلف ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني بأن : الشئ لا يعتبر ذات مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله دون تلف ، فالأكشاك التي يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر لا تعتبر أشـــياء ثابتة، أما المباني التي لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر ثابتة ومن ثـــم عقـــاراً، حتى ولو كانت معدة لتبقي مدة قصيرة (١).

ومع ذلك ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدني ، علي أنه :

" .... يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقـــار يملكه رصداً علي خدمة هذا العقار أو استغلاله " .

يؤخذ إذاً من نص المادة ٨٢ بفقرتيها الأولي والثانية أن العقار قد يكـــون عقاراً بطبيعته وقد يكون عقاراً بالتخصيص ، والعقار بطبيعتـــه هـــو الـــذي عرفناه بأنه الشئ الثابت والمستقر في حيزه ولا يمكن نقله مـــن مكـــان إلـــي مكان دون تلف ، أما العقار بالتخصيص فهو في حقيقته منقول بطبيعته ولكنه ألحق بالعقار ورصد لخدمته أو استغلاله ، فهو بهذا أصبح عقـــاراً بالتبعيـــة والتخصيص (٢).

وإذا كان هذا التقسيم أي تقسيم العقـــار إلـــي عقـــار بطبيعتـــه وعقـــار بالتخصيص هو ما استقر عليه الفقه إلا أن رأياً آخر يفضل تقسيم العقار إلي: عقار حقيقي – بطبيعته – وعقار حكمي ، ويذهب هذا الرأي إلي، أن العقـــار الحقيقي يقتصر علي الأرض فقط ، وسواء أكانت أرضاً فضاء أم كانت معدة

---

(٣) الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق .

(١) العطار ، المرجع السابق ، ص ٤٨٢ .

للزراعة أو للبناء ، وتتفق هذه الوجهة من النظر مع ما ذهب إليه جمهور فقهاء المسلمين من أن العقار هو الأرض وما عداها فهو منقول .

وأما العقار الحكمي فهو كل ما اتصل بالعقار الحقيقي اتصال ثبات وقرار، فيشمل الأشجار والنباتات المغروسة في الأرض وثمارها ، كما يشمل المباني وأجزائها المتصلة بها كالأبواب والشبابيك لأن هذه الأجزاء تتصل بالأرض عن طريق المباني اتصال ثبات وقرار (١) .

وأياً كان التقسيم المتبع فإنه لا خلاف علي أن الأرض هي الأصل في كل عقار بطبيعته ، أما الخلاف فهو يدور حول ما إذا أنبتت الأرض ثماراً أو غرست فيها أشجاراً أو أقيمت فيها منشآت ، فالفقه الغالب علي أن هذه النباتات وهذه المنشآت ، إنما تتصل بالأرض اتصال ثبات وقرار وقد اندمجت فيها ، فلا يمكن نقلها من مكان إلي مكان آخر إلا إذا اقتلعت أو إذا هدمت ومن ثم ، فهي عقار بطبيعته (٢). والبعض يعتبرها عقاراً حكماً (٣)، وعلي كل حال فهي عقار وتأخذ حكمه ، ولذلك لن يتغير الحال .

وبالرغم من دقة هذا التقسيم إلا أننا نتبع التقسيم التقليدي الذي جري عليه الفقه ، فنقسم العقار إلي عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص .

١- العقار بطبيعته Immeuble par nature .

العقار بطبيعته إما أن يكون الأرض أو النبات أو المنشآت ، فالأرض سواء أكانت أرضاً معدة للزراعة أو للبناء أو أرضاً فضاء فهي عقار بطبيعته، وإذا نقل شئ من الأرض كأن تقتلع بعض صخورها أو تأخذ بعض أتربتها، فهذه الصخور وهذه الأتربة تعتبر أجزاء من الأرض وليست الأرض ذاتها، فتتحول هذه الأجزاء إلي منقول بينما تبقي الأرض – وبعد أن تنزع منها هذه الأتربة أو الصخور – ثابتة في مكانها .

---

(٢) المرجع السابق ، ص ٤٨٤ – ٤٨٥ .

(٣) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٧ .

(٤) العطار ، المرجع السابق .

وتشمل الأرض سطحها وما في باطنها ، فالمناجم والمحاجر جـزء مـن الأرض ، فإذا استخرجت من الأرض وانفصلت عنها أصـبحت منقـولاً(١). وعلي العكس ، لا تعتبر الكنوز المدفونة في باطن الأرض جزءاً من الأرض لأنه يمكن نقلها دون تلف ، فهي إذاً منقولات بطبيعتها (٢).

ومن العقارات أيضاً النباتات والأشجار فهي تتصل بالأرض فتندمج فيهـا وتأخذ نفس الحكم الثمار والمحصولات والفاكهة ، فإذا اقتلعت أو فصلت مـن الأرض زالت عنها صفة العقار .

وتعتبر منقولات النباتات التي توضع في الأوعية أو القصـاري لأنهـا لا تندمج في الأرض ، وتبقى جذورها تبقي محتواه في هذه الأوعية والقصاري، كذلك النباتات التي توضع مؤقتاً في الأرض حتي لا تجف انتظاراً لبيعهـا أو لنقها ، إلي مكان آخر لغرسها فهي أيضاً لا تنـدمج فـي الأرض ولا تمتـد جذورها فيها .

القاعدة إذاً ، أن ما تنبته الأرض من نباتات وغيرها يكون عقاراً بطبيعتـه مادامت جذوره ممتدة في باطن الأرض والأرض تغذيه فإذا زال اندماجه في الأرض بأن قطع أو فصل زالت عنه صفة العقار(٣).

وتعتبر المباني والمنشآت عقاراً بطبيعته ، فهي وإن كانـت مـن صـنع الإنسان إلا أنها تندمج في الأرض وتتصل بها اتصال قرار ، ولا يهـم بعـد ذلك من أنشأ هذه المباني أو المنشآت هل هو مالك الأرض أو شخص آخر .

ولا يعتبر الشئ ذا مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكـن نقلـه دون تلـف ، فالأكشاك التي يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر أو خيام البـدو الرحـل أو إقامة منزل من الخشب أو الحديد علي الأرض لا تعتبر أشياء ثابتة ، لأنها لا

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٧ ، والمادة ١٤ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨، الخاص بالمناجم والمحاجر .

(٢) السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٩ .

(١) المرجع السابق ، ص ٣٠ .

تتصل بالأرض اتصال قرار ، وعلي العكس فإن المباني التي لا يمكن نقلها دون تلف تكون عقاراً ولو كانت معدة لتبقي مدة قصيرة كأبنية المعارض،فهي وإن كانت مؤقتة وغير دائمة إلا بدوام المعرض إلا أنها تعتبر عقاراً ما دامت قائمة (١).

ويعتبر عقاراً كذلك أجزاء البناء المكملة له والمتصلة به كالأبواب والمصاعد وأنابيب المياه وأسلاك الكهرباء والأدوات الصحية ، والشبابيك والأقفال والبلكونات والشرفات ، ... إلخ .

ويستوي أن يضع هذه الأشياء ، المالك – أي مالك الأرض أو مالك البناء، أو غير المالك كالمستأجر ، ويسري هذا الحكم ولو أمكن نقل شئ منها دون تلف (٢).

٢- العقار بالتخصيص Immeuble par déstination .

يطلق لفظ العقار بالتخصيص علي المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصداً علي خدمة هذا العقار أو استغلاله (٣) ، ومن ذلك المواشي المخصصة لزراعة الأرض وآلات الحرث والآلات الموضوعة في المصنع والأثاث الخاص بالفندق وآلات المعامل ... إلخ .

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص ٤٦٦ .

(٣) وقد جاء في حكم لمحكمة النقض ، أن قضائها جري علي اعتبار آلات المطحن الثابتة في الأرض علي سبيل القرار عقاراً ، فإذا كان الثابت بعقد البيع أنه انصب علي أرض ومباني وآلات مطحن وأنه خلا من الإشارة إلي مقومات المحل التجاري غير المادية وإلي المهمات والبضائع فإن البيع يكون قد وقع علي عقار ولم يتضمن بيع منقول نقض مدني ١٩٦٨/١٢/٢٦ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٩ ، رقم ٢٣٩ ، ص ١٥٦٥ ؛ وأحكام أخري في السنهوري ، ص ٣٧ هامش رقم ٢ ، وتبدو أهمية اعتبار هذه الأشياء عقارات أنه لا يشترط أن يضعها المالك ، أما لو اعتبرت عقارات بالتخصيص لوجب أن يكون واضعها هو المالك .

(١) مادة ٢/٨٢ مدني .

ويشترط لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص .

-أن يكون مالك المنقول هو مالك العقار الأصلي .

-أن يكون المنقول قد رصد علي خدمة هذا العقار أو استغلاله .

- اتحاد المالك :

يجب أن يكون كل من العقار الأصلي والمنقول المخصص له ، مملوكين لشخص واحد ، أي أن مالك العقار بالتخصيص هو نفسه مالك العقار الأصلي . وتطبيقاً لذلك ، لا تعتبر المنقولات التي يضعها المستأجر في عقار يستأجره(١) أو صاحب حق الانتفاع أو الدائن المرتهن رهن حيازة عقاراً بالتخصيص ، لأن العقار الأصلي مملوك للمؤجر في الحالة الأولي ، ومملوك لمالك الرقبة في الحالة الثانية ومملوك للراهن في الحالة الثالثة ، أي أن مالك العقار بالتخصيص ليس هو نفسه مالك العقار الأصلي (٢).

أما إذا اتحد المالك فيستوي أن تكون ملكيته مفرزة أو ملكية علي الشيوع، أو ملكية معلقة علي شرط فاسخ ، ومع ذلك ، يري الفقه أن مالك العقار على الشيوع إذا ألحق المنقول بالعقار أصبح المنقول عقاراً بالتخصيص تحت شرط فاسخ ، فإذا وقع العقار – بعد القسمة – في نصيب هذا المالك تخلف الشرط الفاسخ وبقي المنقول عقاراً بالتخصيص علي وجه بات . أما إذا وقع العقار في نصيب مالك آخر ، فإن الشرط الفاسخ يتحقق فينتهي الإلحاق

---

(٢) ويري البعض أنه إذا اشترط في عقد الإيجار أن يترك المستأجر المنقول الذي وضعه في عقار يستأجره- رصداً علي خدمة هذا العقار – لصاحب العقار عند نهاية الإيجار ، اعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص ، لأن المستأجر في هذه الحالة يعتبر نائباً عن المؤجر المالك للعقار الأصلي ، السنهوري ، ص ٤٤ ، والفقه المشار إليه هامش رقم ٢ .

(٣) وفي حكم لمحكمة النقض وبعد أن ذكرت نص المادة ٨٢ مدني ، أردفت القول بأن المنقول الذي يضعه المالك في عقار يملكه رصداً علي العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص ، ويشترط لتخصيص المنقول للعقار أن يكون مالكها واحد ، نقض مدني ١٩٨٣/٣/٢ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٣٤ ، رقم ١٣٠ ، ص ٦٢١ ؛ العطار ، ص ٤٨٧ .

وينفصل المنقول عن العقار ، ويعود المنقول إلي صاحبه (١). ويطبق نفس الحكم علي مالك العقار تحت شرط فاسخ ، فإذا وضع منقول رصداً علي خدمة العقار أصبح المنقول عقاراً بالتخصيص تحت شرط فاسخ ، فإذا تخلف الشرط الفاسخ أصبح الإلحاق باتاً ، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ انفسخ الإلحاق وانفصل المنقول عن العقار وعاد لصاحبه . وإذا كان مالك المنقول مالكاً تحت شرط واقف فإن المنقول لا يصبح عقاراً بالتخصيص إلا عند تحقق الشرط (٢).

- التخصيص :

يشترط لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص أن يرصد المنقول لخدمة العقار واستغلاله ، ويكون المنقول كذلك إذا وضعه مالكه (٣) في عقار مملوك له ، ويخصص إما لخدمة العقار كالتماثيل التي توضع علي قواعد مثبتة ، وإما لاستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية (٤).

---

(١) ومع ذلك قضي بأن متي كان أحد الشركاء في الشيوع في أرض يمتلك ماكينة ملكية خاصة ، وأقامها علي هذه الأرض بماله ، واستغلها لنفسه ولحسابه الخاص ، فإنها لا تصير عقاراً بالتخصيص . نقض مدني ١٩٥٥/٢/١٠ ، مجموعة أحكام النقض ، ص٦ ، رقم ٨٤، ص ٦٣٩ .

(٢) انظر السنهوري ، ص ٤٤ ما بعدها ، والفقه والقضاء المشار إليه .

(٣) ومن الممكن أن يتم التخصيص بواسطة نائبه كالوكيل أو الوصي أو القيم ويهدف التخصيص إلي أحد الأعراض الآتية ، الاستغلال الزراعي ، الاستغلال الصناعي ، الاستغلال التجاري ، خدمة العقار وتزيينه ، ومن أمثلة التخصيص بغرض الاستغلال الزراعي ، المحاريث والأسمدة مثلاً ، والاستغلال الصناعي ، كالآلات المعدة لاستعمال المصنع وللاستغلال التجاري ، الكراسي والمناضد في المطاعم .. إلخ ، انظر شرحاً مفصلاً ، السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٥١ وما بعدها .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص٤٦٦ ، ٤٦٧ .

ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفه دائمة ، بل يكفي ألا يكون عارضاً(١)، ومتي انقطع التخصيص زالت عن المنقول صفة العقار (٢).

وتسري هذه الأحكام متي رصد المنقول علي خدمة العقار ، فإذا رصد المنقول لخدمة عقار بالتخصيص أو منقول بحسب المآل فلا يعتبر عقاراً بالتخصيص ، كأدوات السيارة المخصصة لإصلاحها ، فالأدوات منقول رصدت لخدمة السيارة وهي منقول .

ولا تسري هذه الأحكام أيضاً إذا رصد المنقول لخدمة شخص مالكه لا لخدمة العقار ، فلا تعتبر المفروشات التي يضعها الشخص في مسكنه لينام عليها عقاراً بالتخصيص لأنها مخصصة لشخص الساكن لا المسكن ذاته وكذلك لو أعد صاحب الفندق أو صاحب المصنع سيارة لاستعماله الشخصي فإنها لا تكون عقاراً بالتخصيص لأنها لم تخصص لخدمة العقار وإنما خصصت لخدمة صاحب العقار شخصياً (٣).

وإذا اعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص أصبح جزءاً من العقار وأخذ حكمه،ومن ثم لا يجوز الحجز عليه استقلالاً ، فإذا أوقع دائن المالك كان حجزاً على العقار لا حجز المنقول .

وإذا تم رهن العقار الأصلي رهناً رسمياً امتد الرهن إلي العقار بالتخصيص ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ١٠٣٦ مدني ، حيث نصت علي " يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص ... "

---

(١) ومع ذلك يري الفقه ، أنه لا يجوز أن يكون التخصيص لمدة مؤقتة قصيرة بل يجب أن يكون علي سبيل الثبات والاستقرار حتي ولو حدث انقطاع عارض ومؤقت كان تنقل المواشي من الأراضي الزراعية لعلاجها أو تنزع الشبابيك لإصلاحها . السنهوري المرجع السابق ، ص ٤٩، ٨٠ ؛ والفقه المشار إليه ، العطار ، ص ٤٨٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق .

(٣) السنهوري ، ص ٤٧ وما بعدها ؛ العطار ، ص ٤٨٨ وما بعدها .

وإذا بيع العقار الأصلي شمل البيع العقار بالتخصيص ، فالبيع يشمل ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفه دائمة لاستعماله(١) .

وإذا انتقلت ملكية العقار الأصلي انتقلت معه ملكية العقار بالتخصيص ، فيعامل معاملة العقار فيما يتعلق برسوم التسجيل وتطبق بشأنه قواعد الغبن(٢).

المطلب الثاني

المنقول

Meuble

لم يعرف القانون المدني المنقول ، ومع ذلك يستفاد من نص المادة ٨٢ مدني أن المنقولات هي كل ما عدا العقار ، ويطلق علي كل شئ يمكن نقله وتحويله دون تلف .وقد يكون المنقول بطبيعته ، وقد يكون بحسب المآل .

١-المنقول بطبيعته meuble par nature .

الأصل هو أن يكون المنقول بطبيعته ، وقد عرفناه ، بأنه كل شئ يمكن نقله من مكان إلي آخر دون تلف ، وهو غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه ، أو هو كل شئ علي سطح الأرض لا يتصل بالأرض اتصال ثبات وقرار(٣)، ومن ذلك ، الحيوانات والسياراتو المأكولات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والأفلام والسفن والطائرات وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة والتيار الكهربائي والنقود والمحاصيل الزراعية...إلخ .

---

(١) مادة ٤٣٣ مدني .

(٢) السنهوري ، ص٦٤ وما بعدها ؛ العطار ، ص ٤٨٩ ، وعن إمكانية الاستغناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية ، السنهوري ، ص ٧٣ وما بعدها ؛ العطار ، الموضع السابق .

(٣)العطار ، المرجع السابق ، ص ٤٨٥ .

وقد يكون الشئ ثابتاً في مكان ، ويمكن نقله من مكان إلـــي مكـــان دون تلف، ومن أمثلة ذلك ، أكشاك الأسواق والمعارض أو العوامـــات(١) ، فهـــي منقول بطبيعته ، فالعبرة–كما يقول الفقه –ليست بانتقال الشئ فعلاً من مكـــان إلي مكان آخر بل بإمكان انتقاله حتي ولو كان ثابتاً في مكان ما(٢).

وإذا كانت المنقولات السابقة هي أشياء مادية فإن هناك أشـــياء غيـــر ماديـــة وتعتبر منقولات، ومن ذلـــك الأفكـــار والاختراعـــات والأســـماء التجاريـــة والعلامات الصناعية والتجارية (٣).

٢–المنقول بحسب المآل meuble par anticipation .

هناك بعض الأشياء التي تعتبر عقاراً بطبيعته ، وبالنظر إلي ما سيؤول إليه مستقبلاً اعتبرت منقولاً بحسب المآل ، ومن ذلك المحاصـــيل الزراعيـــة فهي عقار مادامت مغروسة في الأرض ، فإذا أتفق البائع والمشـــتري علـــي بيعها ، فلأن مصيرها هو الانفصال من الأرض اعتبرت منقولاً واعتبر العقد بيعاً لمنقول بحسب المآل ، كذلك الثمار فهي عقار إذا ما كانت قائمـــة علـــي الأشجار ، واعتبر بيعها بيعاً لمنقول بحسب المآل وذلك بالنظر إلي ما سيؤول إليه مستقبلاً ، وكذلك إذا بيع البناء بقصد هدمه ، أي بيع أنقاضاً ، والأشـــجار المعدة للقطع يكون بيعها بيعاً لمنقول بحسب المآل ، إذا كان البيع واقعاً علـــي الخشب المقطوع لا علي الشجر القائم ، وإذا أعطي شخص حـــق اســـتخراج مواد المناجم والمحاجر فإن التعامل يرد علي منقول بحسب المآل ، لأن هـــذه المواد وإن كانت جزءاً من الأرض – قبل اســـتخراجها – أي هـــي عقـــار بطبيعته– إلا أنه بالنظر إلي ما سيؤول إليه مستقبلاً – الانفصال عن المنجم أو المحجر – اعتبرت منقولاً بحسب المآل .

---

(١)مصر مستعجل ، ٣٠ يوليه ١٩٤٨ ، المحاماة س ٢١ ، رقم٥٧ ،ص ٩٩ .

(٢)السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .

(٣)العطار ،المرجع السابق ، ص ٤٨٦ .

وقد يعتبر العقار منقولاً بحسب المآل بنص القانون ، ومن الأمثلة علي ذلك ما نصت عليه المادة ١١٤٢ /١ مدني من أن المبالغ المنصرفة في البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز علي المحصول الذي صرفت في إنتاجه ، وتكون لها جميعاً مرتبة واحدة .

ويؤخذ من النص ، أن الامتياز الذي قرره القانون هو امتياز علي منقول بحسب المآل ، لأن المحصول الزراعي هو وعاء الامتيار ، وبالنظر إلي ما سيؤول إليه مستقبلاً لاشك أنه سيحصد وينفصل عن الأرض .

ومن ذلك أيضاً ، ما نصت عليه المادة ٣٥٤ مدني من أنه ، لا يجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوماً ... إلخ . فهذا النص قد ورد ضمن حالات التنفيذ بحجز المنقول لدي المدين ، وبالرغم من أن هذه الثمار والمزروعات تعد عقارات بطبيعتها – وقت الحجز عليها – لاتصالها بالأرض إلا أنه بالنظر إلي ما سيؤول إليه مستقبلاً – انفصالها عن الأرض – اعتبرها المشرع منقولات .

وخلاصة ما تقدم ، فإنه حيث ينظر القانون أو المتعاقدان إلي العقار بطبيعته ، وما سيؤول إليه ، بحصده أو هدمه أو قطعه أو اقتلاعه ، فإن التعامل يجري التعامل علي أساس أيلولة العقار منقولاً ، ويأخذ العقار عندئذ حكم المنقول ويكون منقولاً بحسب المآل (١) .

ويشترط لاعتبار العقار منقولاً بحسب المآل ، أن يكون مآله أن ينفصل عن أصله وأن يكون هذا الانفصال وشيك الوقوع (٢) . فإذا اشترط المالك علي المستأجر أن يهدم عند نهاية الإيجار المباني التي يكون قد أنشأها ، محتفظاً لنفسه بحق استبقائها إذا أراد في مقابل دفع قيمتها ، فإن هذه المباني

---

(١)السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٨٨ .

(٢) السنهوري ، الموضع السابق ؛ العطار ، ص ٤٩٠ .

تعتبر عقاراً بطبيعته لا منقولاً بحسب المآل ، لأن مصيرها غير محقق فقد تهدم فتصحب منقولاً ، وقد يستبقيها المالك فتبقي عقاراً (١).

ويترتب علي اعتبار العقار منقولاً بحسب المآل سريان أحكام المنقول ، فلا يشترط التسجيل لنقل ملكيته ، كما أن الدعوي التي يرفعها مشتري المحصول أو الثمار علي البائع دعوي ترد علي منقول لا دعوي عقارية ، وتدخل في اختصاص محكمة موطن البائع لا اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها الأرض التي أنبتت المحصول أو الثمار(٢).

المطلب الثالث

أهمية تقسيم الأشياء إلي عقارات ومنقولات

تبدو أهمية تقسيم الأشياء إلي منقولات وعقارات في الآتي :

١- توجد حقوق لا ترد إلا علي العقار دون المنقول ، كحق الارتفاق وحق الاختصاص والرهن الرسمي ، ومنها ما يرد علي العقار والمنقول كالرهن الحيازي .

٢- تطلب القانون شهر التصرفات التي يكون موضوعها نقل أو تغيير أو زوال حق من الحقوق التي ترد علي العقارات (٣)، ولم يوجب القانون شهر التصرفات التي يكون محلها المنقول إلا علي سبيل الاستثناء ، كما في السفن والطائرات والسيارات والمتاجر (٤).

٣-يكون الاختصاص في الدعاوي المتعلقة بالعقار أو بجزء منها أو المنازعات التي يكون محلها عقار للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار ، أما

---

(١)نقض مدني ١٩٤٦/١/٣١ ، مجموعة عمر ، س٥ ، رقم ٣٦ ، ص ٩٢ .

(٢) انظر تفصيلاً لهذه النتائج المترتبة علي اعتبار العقار منقولاً بحسب المال ، السنهوري ص ٩٢ ما بعدها .

(٣)فلا تنقل الملكية في العقار إلا بالتسجيل ، انظر للمؤلف عقد البيع ، ١٩٩٣/١٩٩٤ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٧ ، ص ٩٦ وما بعدها .

(٤) ويرجع ذلك لأهمية هذه المنقولات ، فهي أعلي قيمة من كثير من العقارات ، كما يمكن تعيين مكان وجودها ، أنظر في تطلب القيد بالنسبة لها ، السنهوري ، ص ٨١ وما بعدها .

الاختصاص في الدعاوي التي يكون موضوعها منقول فللحكمه التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه .

٤-تختلف إجراءات التنفيذ علي العقار عن تلك اللازمة للتنفيذ علي المنقول ، فشدد في الحالة الأولي وبسط في الحالة الثانية .

٥- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً علي منقول أو سنداً لحامله ، فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته (١) ، أما في العقار فلابد أن تستمر الحيازة مدة معينة خمس سنوات (٢) أو خمس عشرة سنة(٣)حسب الأحوال .

٦- دعوي الحيازة تحمي العقار دون المنقول .

٧- الشفعة بسبب الجوار لا تكون إلا في العقار(٤).

المبحث الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

تقسم الأشياء أيضاً إلى أشياء مثلية وأشياء قيمية ، ونتناول في هذا المبحث تعريف الأشياء المثلية والأشياء القيمية ، وأهمية التفرقة بينهما وذلك في فصلين .

---

(١) مادة ٩٧٦ / ١ مدني .

(٢) مادة ٩٦٩ /١ مدني . وتنص علي : " إذا وقعت الحيازة علي عقار أو علي حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلي سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات " .

(٣) مادة ٩٦٨ مدني . وتنص علي :"من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له ، أو حاز حقاً عينياً علي منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشئ أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة "

(٤)المواد من ٩٣٥- ٩٤٨ مدني .

المطلب الأول

تعريف الأشياء المثلية والقيمية

الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن (١)، أما الأشياء القيمية فهي الأشياء التي لا تتماثل ولا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء (٢).

الأشياء المثلية إذا ، هي التي يقوم بعضها مقام بعض أو التي يجري العرف علي تعيينها بالعدد أو المقاس أو الوزن ، علي أن المعول عليه في وصف الشئ بأنه مثلي أو قيمي هو جواز قيام شئ آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء بحسب قصد العاقدين أو عدم جواز ذلك (٣).

وتقدر المثليات في التعامل إما بالعدد كالنقود أو بالمقاس كأمتار معينة من القماش أو بالكيل كالقمح أو بالوزن كالبرتقال ، فإذا التزام شخص بتسليم آخر ، مائه أردب من القمح الهندي مثلاً من صنف متوسط ، أو مائة جنيه مثلاً ، فإن محل الالتزام (القمح أو النقود) يكون شيئاً مثلياً ، فيستطيع المدين تسليم الدائن ما يعادل مائة أردب من القمح الهندي من الصنف المتفق

---

(١) مادة ٨٥ مدني .

(٢) وقد قضي بأن الأشياء المثلية هي التي يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها بدلاً منها ، والأشياء القيمية هي التي يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها لا يتم إلا بتقديمها هي عينها . وقد يكون الشئ بعينه مثلياً في أحوال وقيمياً في أحوال آخري ، والفصل في كونه هذا أو ذلك يرجع إلي طبيعة هذا الشئ ونية ذوي الشأن وظروف الأحوال ، فعلي أي وجه اعتبره قاضي الموضوع وبني اعتباره علي أسباب منتجة لوجهة رأيه فلا رقابة لمحكمة النقض عليه . نقض مدني ١٩٣٣/١١/٢٣ ، مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً ، ج١ ، ص ٣٠٠، السنهوري ، ص١٠٦ وما بعدها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص ٤٧٤ .

عليه كذلك يستطيع المدين الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ النقود المدين به ويساوي مائة جنيه من أية فئة – خمسة، عشرة جنيهات – دون أن يتقيد بتسليم الدائن نفس الأوراق النقدية التي أخذها منه ، فالشئ لا يكون مثلياً في ذاته بل بالقياس إلي شئ آخر مثله، ولذلك فهو يعين بنوعه ومقداره .

أما الشئ القيمي فهو الشئ الذي يتعين بذاته ولا يقوم شئ آخر مقامه في الوفاء كمنزل معين أوسيارة معينة ، أوآلة زراعية معينة ، أوحيوان معين ... إلخ ، فإذا باع شخص منزلاً معيناً وجب عليه تسليم المشتري المنزل المتفق عليه ، ولا تبرأ ذمة البائع إن هو سلم المشتري منزلاً آخر ولو كان أكبر قيمة من المنزل المتفق عليه .

المطلب الثاني

أهمية التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية

١–تنتقل ملكية الشئ المعين بالنوع – المثلي – إذا كان منقولاً بالإفراز ، أما إذا كان منقولاً معيناً بذاته فتنتقل الملكية فور العقد ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٢٠٤ مدني والتي تنص علي أن " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بذاته يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " (١).

٢–إذا هلك الشئ المعين بالذات – الشئ القيمي – انقضي الالتزام وتبرأ ذمة المدين لاستحالة التنفيذ ، أما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع – الشئ المثلي – فإن الالتزام لا ينقضي ، ولا تبرأ ذمة المدين وعلي المدين أن يقدم شيئاً مثله ، فالأشياء المثلية يحل بعضها محل بعض عند الوفاء .

---

(١)انظر للمؤلف .. عقد البيع ، المرجع السابق ، ص ٨٩ وما بعدها .

٣-لا تقع المقاصة بقوة القانون إلا في الديون التي يكون موضوعها أشياء مثلية متحدة في النوع والجودة ، كأن يكون محل التزام كل مدين مبلغ من النقود فيمكن هنا إجراء المقاصة بين الدينين ، وينقضي الدنيان بقدر الأقل منهما – وعلي العكس ، لا تقع المقاصة إذا كان محل الالتزام أشياء قيمية ، ولذلك قضت المادة ١/٣٦٢ مدني ، بأن : " للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ، ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة وكان كل منهما خالياً من النزاع للمطالبة به قضاءً " .

المبحث الرابع

الأشياء القابلة للاستهلاك

والأشياء غير القابلة للاستهلاك

تنقسم الأشياء إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك ، ونتناول تعريفها وأهمية التفرقة بينهما في مطلبين.

المطلب الأول

تعريف الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له، في استهلاكها أو إنفاقها ، فيعتبر قابلاً للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع(١).

وتطبيقاً لذلك ، فإن الأشياء القابلة للاستهلاك هي الأشياء التي تهلك بمجرد استعمالها مرة واحدة ، وقد يكون الاستهلاك مادياً فيؤدي إلي استهلاك الشئ كأكل الطعام أو تغيير صورة الشئ ، مثل تحويل الصوف إلي منسوج .

---

(١) مادة ٨٤ مدني .

وقد يكون الاستهلاك قانونياً كإنفاق النقود وبيع العروض المعـدة للبيـع، فالإنفاق لا يستهلك النقود استهلاكاً مادياً ولكن يستهلكها اسـتهلاكاً قانونيـاً ، فتضيع قيمتها علي من أنفقها (١).

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي الأشياء التي يمكـن اسـتعمالها مرة بعد مرة دون أن تستهلك ، فهي إذاً لا تفقد ذاتها بمجرد استعمالها لمـرة واحدة ولكن من الممكن اسـتعمالها عـدة مـرات، مثـال ذلـك الملابـس والمفروشات والآلات ، والعقارات والسيارات والكتب .. إلخ . وليس معنـي ذلك ، أنها لا تستهلك بمرور الزمن ، فالفرق إذاً بينها وبين الأشـياء القابلـة للاستهلاك أن الأخيرة تستهلك بمجرد استعمالها مرة ، أما الأشياء الغير قابلة للاستهلاك فهي لا تستهلك بمجـرد اسـتعمالها أول مـرة ، ولكـن يتكـرر استعمالها، ولا تستهلك إلا بعد استعمالها مدة من الزمن ، وهذه المدة تختلـف باختلاف طبيعة الشئ وطريقة استعمالها .

وإذا كانت طبيعة الشئ هي التي تحدد ما إذا كان الشئ قابلاً للاستهلاك، أم غير قابل للاستهلاك ، فإن للأفراد تغيير استعمال الشئ لغير ما أعد لـه ، فالنقود من الأشياء القابلة للاستهلاك – استهلاك قانوني – لأن الغرض منهـا عادة إنفاقها ، إلا أنه من الممكن أن تكون أشياء غير قابلة للاسـتهلاك ، إذا أعدت النقود للعرض في معرض ، أو عدة معارض علي التوالي (٢).

---

(١) السنهوري ، ص ١٠٢ ، والفقه المشار إليه هامش رقم ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق ، ص ٤٧٢ ؛ السنهوري ، ص١٠٢ وما بعدها ؛ العطار ، ص ٤٩٥ – ٤٩٦ .

المطلب الثاني

أهمية التفرقة بين الشئ القابلة للاستهلاك والشئ غير قابل للاستهلاك

تبدو أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك في الآتي :

١-أن بعض العقود لا ترد إلا علي الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، من ذلك عقد الإيجار ، حيث يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين لقاء أجر معلوم ، ويلتزم المستأجر برد العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار . ومن ثم لا يرد عقد الإيجار إلا علي شئ غير قابل للاستهلاك لأنه لو ورد علي شئ قابل للاستهلاك لترتب علي مجرد استعماله أول مرة هلاك الشئ مع أن المستأجر ملتزم برده بالحالة التي كان عليها . ومن هذه العقود العارية ، وقد جاء نص المادة ٦٣٥ مدني صريحاً في ذلك ، حيث نصت علي أن العارية " عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين ، علي أن يرده بعد الاستعمال " .

٢-هناك بعض الحقوق لا ترد – أيضاً – إلا علي شئ غير قابل للاستهلاك كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الاستعمال والسكني ، لما تقتضيه طبيعة هذه التصرفات من تكرار استعمال الشئ ثم رده بعينه .

الفصل الثاني

الأعمـــــــــال

قد يرد الحق علي عمل معين يقوم به المدين لمصـــلحة الـــدائن ، وقـــد اصطلح علي تسميته " الالتزام بعمل" Obligation de faire وقـــد يتعهـــد المدين بعدم القيام بعمل معين ، والتزامه في هذه الحالة ، " التزام بامتناع عن عمل obligation de ne par faire ، وقد يلتزم – أخيـــراً – بإعطـــاء شئ Obligation de donner (١).

والالتزام بإعطاء ، يعتبر في حقيقة الأمر ، التزام بعمل ، فإذا التزم المدين بنقل ملكية عقار مثلاً ، فإنه يلتزم بالقيام بما هو ضروري لنقل الملكية – حيث لا تنتقل ملكية العقار إلا بالتسجيل – كأن يقدم المستندات المثبتة للملكية، ويوقع علي العقد النهائي أمام الموظف المختص ... إلخ ، فإذا قام بهذه الإجراءات اللازمة لنقل الحق ، انتقل الحق إلي المشتري بعد ذلك وبحكم القانون ، ولذلك يري بعض الفقه أن المدين إما أن يلتزم بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ويشترط في العمل – محل الحق – سواءاً كان عملاً إيجابيـــاً أم عمـــلاً سلبياً الشروط الثلاثة الآتية :

- أن يكون ممكناً .
- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .
- أن يكون مشروعاً .

---

(١) راجع .. أنور سلطات ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٥ ، دار المعارف ، ص ١٩١ .

خطة البحث:

المطلب الأول : أن يكون العمل ممكناً.

المطلب الثاني: أن يكون معنياً.

المطلب الثالث : أن يكون مشروعاً .

المطلب الأول

أن يكون العمل ممكناً

تنص المادة ١٣٢ مدني علي أنه " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً " .

ويؤخذ من النص أنه لا التزام بمستحيل ، ومن ثم يجب أن يكون العمل الذي يلتزم به المدين ممكناً ، وسواءاً كان المدين ملتزماً بعمل أم ملتزماً بامتناع عن عمل ، فإذا كان العمل مستحيلاً كان الالتزام باطلاً .

والاستحالة المقصودة تكون مطلقة ومحل الالتزام المستحيل يكون كذلك ، سواء بالنسبة للمدين أو بالنسبة لغيره (١)، كأن يتعهد محام بالطعن في حكم بعد فوات المواعيد القانونية ، فمحل الالتزام في هذا المثال مستحيل ، سواء بالنسبة للمحامي – الذي تعهد بالطعن أم بالنسبة لغيره من المحامين .

أما إذا كان محل الالتزام مستحيلاً بالنسبة للمدين فقط بحيث يمكن لغيره القيام به فلا أثر لذلك علي الالتزام ، لأن الالتزام ورد علي عمل ممكن في ذاته فقط قد لا يستطيع المدين القيام به لعدم توافر كفاءة خاصة ، كأن يتعهد

---

(١)أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠ .

المدين برسم لوحة فنية وهو ليس برسام ، ومع ذلك فقد توجد هذه الكفاءة في غيره ، وفي هذه الحالة لا يجبر المدين علي تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً – لأن من شروط التنفيذ العيني أن يكون محل الالتزام ممكناً – ولا يكون للدائن إلا حق المطالبة بالتعويض أو المطالبة بالفسخ مع التعويض ، إن كان له مقتضي(١).

المطلب الثاني

أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين

تنص المادة ١٣٢ مدني ، علي أنه " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً .

ويؤخذ من النص السابق ، أنه إذا كان محل الالتزام هو نقل ملكيته إعطاء شئ وجب أن يكون هذا الشئ معيناً أو علي الأقل قابلاً للتعيين ، وذلك بالاتفاق علي الأسس التي علي أساسها يتم تعيين محل الالتزام (٢).

وطريقة التعيين تختلف حسب طبيعة الشئ ، فإذا كان الشئ قيمياً وجب أن يكون معيناً بذاته ، فقطعة الأرض مثلاً تكون معينة ، إذا اشتمل العقد علي بيان موقعها وحدودها ومساحتها والحوض الذي تقع فيه .

وإذا كان الشئ مثلياً ، وجب أن يعين بنوعه ومقداره ، فإذا كان قمحاً مثلاً فإنه يعين ببيان نوعه ومقداره ، كأن يقال أبيعك مائة أردب قمحاً مكسيكياً ، وإذا لم يتفق الطرفان علي درجة جودة الشئ ، ولم يمكن

---

(١) المادة ١٥٧ مدني وتنص علي أنه " في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزام جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضي " .

(٢) أنور سلطان ، ص ٢٠٤ وما بعدها .

استخلاص ذلك من العرف أومن أي ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شـــيئاً من صنف متوسط (١).

وأما إذا كان محل الالتزام عملاً وجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيـــين ، فإذا تعهد مقاول ببناء منزل ، فوجب أن تحدد مواصفات المنزل كـــان يبـــين موقعه ومساحته وعدد طوابقه وعدد شققه ، وإذا لم يكن المنزل معيناً ، فعلي الأقل يجب أن يكون البناء قابلاً للتعيين ، وذلك بالنظر إلي ظـــروف العقـــد وملابساته ، كأن يتعهد المقاول ببناء مدرسة لعدد معين من التلاميـــذ ، أو أن يتفق علي بيع شقة علي التصميم أو الخارطة (٢).

المطلب الثالث

أن يكون العمل مشروعاً

تنص المادة ١٣٥ مدني علي أنه " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظـــام العام أو الآداب كان العقد باطلاً " .

ويؤخذ من النص السابق ، أن المدين إذا التزام بعمل مخالف للنظام العام أو الآداب (٣) بطل التزامه ، كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة قتل مقابـــل مبلغ من المال ، أو يتعهد شخص بدفع مبلغ من المال مقابل استمرار علاقـــة

---

(١) مادة ١/١٣٣ مدني .

(٢) راجع بحثنا ، أحكام عقد بيع البناء علي الخارطة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٥ م ، وليد محمد سعد . النظام القانوني لفقد بيع العقار على الخارطة ، رساله دكتوراه – حقوق أسيوط .٢٠١٩ والمراجع المشار إليها.

(٣)عن فكرة النظام العام والآداب ، انظر للمؤلف ، المدخل لدراسة القانون – دار النهضة العربية ، ٢٠١٦ ، ص ١٣٦ وما بعدها .

جنسية غير مشروعة مع امرأة ، أو يتعهد شخص ببيع كمية من المخدرات ، أو تعهد شخص برد الشئ المسروق مقابل مبلغ من النقود (١).

ونحن نميل في شأن الأشياء التي يجوز التعامل فيها والأشياء التـــي لا يجوز التعامل فيها إلى المبحث الأول من الباب الرابع .

---

(١) انظر تطبيقات أخري لفكرة النظام العام والآداب في ، أنور سلطان ، ص ٢١٨ وما بعدها .

البـــــــاب الخامس

مصادر الحقوق

Lés sources dés droits

قلنا أن القانون هو مصدر الحقوق فهو الذي ينشئها وينظمهـــا ويكفـــل حمايتها ، والقانون يعتد هنا بوقائع أو أحداث معينة ويرتـــب عليهـــا آثـــاراً قانونية، هذه الأحداث قد تؤدي إلي إنشاء أو نقل أو انقضاء الحقوق .

وترتيباً علي ذلك ، إذا ارتكب أحد الأفراد خطأ سبب ضرراً للغير ، نشـــأ حق للمضرور في التعويض لإصلاح ما أصابه من ضرر ، وإذا حـــدث وأن اتفق شخصان فيما بينهما علي أن يبيع أحدهما للآخر شيئاً ما ، ترتب علـــي ذلك نشؤ حق للبائع في اقتضاء الثمن ، وللمشتري حق الحصول علي المبيع، كذلك فإن وفاة أحد الأشخاص تؤدي إلي انتقال حقوقه المالية إلي ورثته (١).

فالواقعة القانونية Le Fait jurdique هي المصدر المباشـــر source directe للحق ، وهي كل حدث يرتب عليه القانون آثاراً قانونيـــة ، وهـــذه الوقائع قد تكون من فعل الطبيعة وقد تكون من فعل الإنسان ، الأولي تحـــدث بفعل الطبيعة ودون أن يكون للإنسان دخل في حـــدوثها ، فـــالولادة واقعـــة طبيعية يرتب عليها القانون حق المولود في ثبوت نسبه من أبيه وحقـــه فـــي النفقة وسلامة جسده ... إلخ ، والوفاة واقعة طبيعية يرتب عليها القانون الحق في الميراث ... إلخ .

أما الثانية فتحدث بفعل الإنسان قد تكون نتيجة عمل مـــادي أو عمـــل إرادي ، فالأعمال المادية التي تصدر من الإنسان قد يرتب عليها القانون أثراً

---

(1) A . Weill et F. Terre, lntroduction génerala, 4 eme éd, p.305 , no 300.

قانونياً ، بصرف النظر عما إذا كان الإنسان الذي قام بالعمل قد أراد ترتيب هذا الأثر أو لم يرده .

فالشخص الذي يرتكب خطأ بسبب ضرراً للغير يلتزم في مواجهة المضرور بإصلاح ما أصابه من ضرر ، أي أن المضرور يكتسب حقاً في التعويض ، وهذا الحق مصدره عمل مادي تم بفعل الإنسان ، وسواء أكان هذا الفعل مقصوداً أم نتيجة إهمال وتقصير ، لأن محدث الضرر وإن كان قد قصد الإضرار بالغير إلا أنه لم يكن يقصد إصلاح الضرر الناتج عن فعله بدفع تعويض مالي ، فهو يلتزم هنا بتعويض المضرور لأن القانون هو الذي ألزمه (١).

أما الأعمال الإرادية التي يقوم بها الإنسان ، فتسمي بالتصرفات القانونية Les actes juridiques ، وهي اتجاه الإرادة إلي إحداث أثر قانوني معين، قد يكون نشوء حق ، أو انقضاء حق قائم أو نقله من شخص إلي آخر .

وقد أصطلح علي تسمية الأحداث التي من فعل الطبيعة والأعمال المادية من عمل الإنسان بالواقعة القانونيةLe fait jutidique.

نخلص إلي أن الواقعة القانونية بالمعني العام ، يراد بها كل حدث يرتب عليه القانون آثاراً ، أما الواقعة القانونية بالمعني الضيق لهذه العبارة فإنها تنصرف إلي الوقائع الطبيعية والأعمال المادية التي تصدر عن الإنسان .

يمكن القول إذاً ، أن مصادر الحقوق هي :

١-الواقعة القانونية بالمعني الضيق .

٢-التصرف القانوني .

---

(1) Weill et terre , op . eit .. no 301 .

ويميز الفقه بين الواقعة القانونية ، سواء أكانت من فعل الطبيعة أم من فعل الإنسان والتصرف القانوني (١)، فالقانون لا يعتد بالإرادة إلا في نطاق التصرفات القانونية ، أما في نطاق الواقعة فالعبرة بالوقوع المادي للفعل الذي يرتب القانون عليه آثاره ، فالبيع مثلاً تصرف قانوني تتجه فيه إرادة البائع والمشتري إلي إحداث الأثر القانوني ، فالبائع قبل بإرادته أن ينقل ملكية المبيع إلي المشتري ، ورضي المشتري بدفع الثمن للبائع ، فالإرادة هي الأساس الذي يعول عليه القانون للقول بمدي صحة البيع من عدمه ، ومن ثم وجب أن تكون الإرادة صحيحة وخالية من العيوب حتي ترتب آثارها القانونية ، أما إذا ضرب شخص آخر ، فإنه يرتكب خطأ يلزمه بتعويض الضرر الذي تسبب فيه بخطئه ، فالمضرور يكتسب الحق في تعويض ما أصابه من ضرر ، وهذا الحق مصدره الفعل المادي لا إرادة الجاني فلا يهم ما إذا كان الجاني قد أراد الفعل – الضرب – أم لا لأنه في النهاية لم يكن يقصد الأثر القانوني المترتب علي فعله ، وهو إصلاح الضرر الناتج بدفع تعويض مالي للمضرور ، ولذلك يتدخل القانون ويفرض عليه التزاماً بتعويض هذه الأضرار ، ودراسة هذا الموضوع تقتضي تقسيم خطة البحث إلي فصلين ، نتناول الواقعة القانونية وذلك في فصل ، ثم نتبعها بالتصرف القانوني، في فصل ثان .

خطة البحث :

الفصل الأول : الواقعة القانونية .

الفصل الثاني: التصرف القانوني .

---

(١) انظر .. فتحي والي ، رسالته عن نظرية البطلان في قانون المرافعات ، الإسكندرية ، سنة ١٩٥٩، ص ٧٩ وما بعدها ، حيث يعرض للآراء والنظريات المختلفة المتعلقة بطبيعة التصرف القانوني ومعيار التفرقة بينه وبين العمل القانوني بالمعني الضيق .

الفصـــــل الأول

الواقعة القانونية

Le fait juridique

قلنا أن الواقعة القانونية بالمعني الضيق ، هي كل حـــدث مـــادي يرتـــب القانون عليه أثراً معيناً ، كنشوء حق أو انتقاله أو انقضائه ، والوقائع القانونية متنوعة، مما يحول دون وضعها في نظرية عامة ، كالتصرفات القانونيـــة ، ونتناول أهم الوقائع التي يعتد بها القانون ، وذلك في مبحثين .

خطة البحث :

المبحث الأول : الوقائع الطبيعية .

المبحث الثاني : الوقائع الإرادية .

المبحث الأول

الوقائـــــع الطبيعيـــــــة

Lés faits naturels

يعتد القانون ببعض الوقائع الطبيعية ، ومن أمثلة هذه الوقائع التي يرتب عليها القانون أثراً معيناً ، مرور الزمن والميلاد والقرابة والوفاة والـــزلازل والفيضانات ... إلخ ، فالميلاد واقعة يهتم بها القانون ويرتـــب عليهـــا آثـــاراً قانونية ، فالميلاد يكسب الشخصية القانونية فوفقاً لـــنص المـــادة ١/٢٩ مـــن القانون المدني ، تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً .

ويكتسب الشخص بالميلاد حقوق الشخصية ، كحقه في سلامة جسده وحريته وحقه في النفقة من أبية .. إلخ ، والوفاة واقعة طبيعية ، تنتهي بها الشخصية القانونية للإنسان و يترتب عليها انقضاء الحقوق اللصيقة بشخصية المتوفي ، ويترتب عليها انتقال أمواله إلي ورثته تأسيساً علي الحق في الميراث.

ومرور الزمن واقعة طبيعية ، قد يرتب عليها القانون اكتساب حق عن طريق التقادم المكسب ، فإذا حاز شخص مالاً مملوكاً للغير مدة معينة ، حيازة هادئة ، واضحة فإنه يكتسب ملكية هذا المال بانتهاء هذه المدة .

ويعتبر من الوقائع الطبيعية بلوغ الشخص سناً معينة ، فإذا بلغ سن الرشد(١). فقد اعتبره القانون كامل الأهلية ، فيكون له الحق في مباشرة التصرفات القانونية بنفسه .

وقد يرتب القانون علي بعض الأحداث التي لا يمكن دفعها أو توقعها – كالصواعق والزلازل والفيضانات والحرب .. إلخ – أثراً معيناً ، فوفقاً لنص المادة ١٤٧ مدني العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون .

ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب علي حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يكن مستحيلاً ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك .

---

(١) وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية ، مادة ١/٤٤ مدني .

المبحث الثاني

الوقائـــع الإراديـــــة

Les faits de l' homme

الوقائع الإرادية ، هي كل عمل مادي يصدر عن الإنسان فيرتب عليـــه القانون آثاراً قانونية معينة ، ويصرف النظر عن نيـــة الإنســـان الـــذي قـــام بالعمل.

وقد اهتم القانون بنوعين من الأعمال هي الأعمال الضـــارة ، والأعمـــال النافعة .

المطلب الأول

الفعل الضار أو غير المشروع

Fait illicit

تنص المادة ١٦٣ مدني ، علي أن " كل خطأ سبب ضرراً للغيـــر يلـــزم من ارتكبه بالتعويض " ، وطبقاً لهذا النص ، يرتب القانون علي كـــل خطـــأ سبب ضرراً للغير، التزاماً بالتعويض ، فلو اتلف شـــخص ســـيارة مملوكـــة لآخر، فإنه يسأل عن تعويض المضرور ، سواء تعمد هذا الفعل – الاتلاف– أم وقع منه نتيجة إهماله أو تقصيره .

ومحدث الضرر هنا ، مسئول عن هذه الأضرار التي سببها للغير بفعله، وفقاً لقواعد المسئولية التقصـــيرية résponsabilité délictuelle ، نظـــراً

لانتفاء الرابطة العقدية بين محدث الضرر والمضرور ، وهذه المسئولية تقوم علي أركان ثلاثة ، الخطأ ، الضرر ، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر(١).

---

(١) وقد جاء في الأعمال التحضيرية حول المادة ١٦٣ مدني ما يأتي :

تستظهر المادة في عبارة أكثر ما تكون إيجازاً ووضوحاً حكم المسئولية التقصيرية في عناصرها الثلاثة ، فترتب الإلزام بالتعويض علي كل خطأ سبب ضرراً للغير ، فلابد إذن من توافر خطأ ، وضرر ، ثم علاقة سببية تقوم بينهما ، ويغني لفظ " الخطأ " في هذا المقام عن سائر النعوت والكني التي تخطر للبعض في معرض التعبير كاصطلاح " العمل غير المشروع " ــأو " العمل المخالف للقانون " أو " الفعل الذي يحرمه القانون " ... إلخ ، فهو يتناول الفعل السلبي (الامتناع) ، والفعل الإيجابي ، وتنصرف دلالته إلي مجرد الإهمال والفعل العمد علي حد سواء .

وغني عن البيان أن سرد الأعمال التي يتحقق فيها معني الخطأ في نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا أشكال وجه الحكم ولا يؤدي قط إلي وضع بيان جامع مانع ، فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي ، وهو يسترشد في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الأضرار عن عناصر التوجيه ، فثمة التزام يفرض علي الكافة عدم الأضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الخطأ ، ويقتضي هذا الالتزام تبصراً في التصرف ، يوجب أعماله بذل عناية الرحل الحريص .

ولما كان الأصل في المسئولية التقصيرية بوجه عام أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه لذلك ألقي عبء الإثبات فيها علي عاتق المضرور وهو الدائن .

-مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج٢ ، ص ٣٠ وما بعدها = وقد قضي بأنه متي أثبت المضرور الخطأ والضرر ، كأن من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر، فإن القرينة علي توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور ، وللمسئول نقض هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، نقض مدني ، جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ ، مجموعة المكتب الفني ، السنة ١٩ ، ص ١٤٤٨ .

وقضي بأنه ، يتعين علي المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذي نشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطة السببية ، نقض مدني ، جلسة ١٥/٥/ ١٩٥٨ ، المرجع السابق ، السنة ٩، ص ٤٤١ .

وعن الخطأ وسلطة قاضي الموضوع .

Civ, 15 déc. 1931. D.H. 85; Civ,2 e sect, Civ, 3 et 24 nov. 1955, D.1956, 78 et 163; 13 Fevr . 1957 . D. 1957 . Somm 62.

وعن رابطة السببية :

والقاعدة أن الشخص ، لا يسأل إلا عن خطئه الشخصي ، ومع ذلك قد يجد نفسه مسئولاً عن أفعال الغير في حالات وبشروط معينة .

وطبقاً لنص المادة ١٧٣ مدني ، كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلي الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز(١) .

يقرر القانون إذاً ، مسئولية الشخص ، عمن هم تحت رقابته ، ولذا جاء في الأعمال التحضيرية ، أن النص يحدد أولاً ، فكرة الرقابة تحديداً بيناً ، وقد عمد المشروع إلي تحليل الالتزام بالرقابة ، فبين علته ومصدره ، فقد يحتاج الإنسان إلي رقابة ، أما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، ولهذا يشرف الأب أو من يقوم مقامه علي ابنه القاصر ، ما بقي الابن محتاجاً إلي الرقابة ، ويقدر القاضي تبعاً للظروف ما إذا كانت حاجة القاصر إلي هذه الرقابة لا تزال قائمة ، وكذلك يقوم مباشر العمل علي رقابة صبيانه والمعلم علي رقابة تلاميذه ، والرقيب أو الممرض علي رقابة من نيطت به رقابتهم من المجانين ومن في حكمهم ، ما بقي هؤلاء الأشخاص جميعاً في حاجة إلي تلك الرقابة بسبب حالتهم العقلية أو الجسمانية ، أما فيما يتعلق بمصدر الالتزام بالرقابة فهو في الأصل نص القانون ، فالقانون هو الذي يلقي عبء الرقابة علي الأب أو الأم أو الوصي ، علي حسب الأحوال ،

Civ. 17 juill, 1947, D. 1947 , 474; Civ. 2e, 2 déc 1965, G.p. 1966-1-132.

(1)Starck, Responsabilité délictuelle, 2 e éd , par roland et Boyer, liec, p.339 et s.

المادة ١٣٨٤ مدني فرنس .

ومع ذلك قد يفرض الالتزام بالرقابة ، بمقتضي اتفاق خاص ، كما هو الشأن في الحارس (١).

وتجدر الإشارة إلي ، أن قيام مسئولية متولي الرقابة ، لا تمنع من قيام مسئولية المشمول بالرقابة ، ولذلك ، كان للمضرور حق الرجوع علي من ارتكب الخطأ ، إن كان عنده مال ، فإن استوفي حقه منه ، فلا رجوع له بعد ذلك علي متولي الرقابة ، فلا يجوز له الحصول علي تعويضين عن ضرر واحد ، وإن كان الغالب ، أن يرجع المضرور علي الطرف الملئ ، وهو متولي الرقابة ، ويكون لهذا الأخير ، أن يرجع علي الخاضع للرقابة ، بشرط أن يكون مميزاً باعتباره هو الذي ارتكب الخطأ ، أما إذا كان غير مميز ، فلا رجوع لمتولي الرقابة عليه ، لأن عديم التمييز غير مسئول – كقاعدة عامة – عن الخطأ ، وقد أكدت المادة ١٦٤ مدني هذا المعني ، فنصت علي أن " يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ، ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من مسئول عنه ، أو تعذر الحصول علي تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً في ذلك مركز الخصوم ، فالقاعدة – وفقاً لهذا النص – أن الصبي غير المميز لا يسأل عن أعماله الضارة بالغير ، وإنما يسأل متي كان قادراً علي تمييز الخير من الشر ، وليس من الضروري أن يكون قد بلغ سن الرشد ، فالتمييز لا الرشد هو عنصر الخطأ (٢).

---

(١)مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج٢ ، ص٤٠٦ وما بعدها .

(٢) ويأخذ حكمه ، المجنون ، والمعتوه ، ومن فقد رشده بتأثير الخمر أو المخدر أو المرض أو التنويم المغناطيسي ، راجع .. محمد إبراهيم دسوقي ، مصادر الالتزام ، ١٩٨١ ، ص ٣١٢وما بعدها .

وإذا كان هذا هو الأصل ، فإن عديم التمييز يكون مسئولاً فـــي حـــدود ضيقة (١) ولكن لا تستند مسئوليته هنا علي الخطأ إذ الخطأ يستوجب الإدراك وإنما تقوم علي تحمل التبعة ، أي أنه يتحمل نتيجة ما يحدثه للغير من ضرر، واشترط لذلك ، ألا يجد المضرور سبيلاً للحصول علي التعويض ممـــن هـــو مسئول عن عدم التمييز – كمتولي الرقابة – ولذلك يقضـــي علـــي عـــديم التمييز بتعويض عادل ، ومن الممكن أن يكون التعويض المحكوم بـــه علـــي عديم التمييز كاملاً إذا كان ثرياً وكان المضرور فقيراً ، وقد يكون جزئياً لو كان عديم التمييز ميسر العيش من غير وفر وكان المضرور فقيراً ، كما قـــد لا يقضي بتعويض أصلاً – لأن الحكم بالتعويض هنا جوازي لا وجـــوبي – إذا كان عديم التمييز فقيراً (٢).

وتقوم مسئولية متولي الرقابة علي أساس وجود قرينة الخطأ ، فالقانون يفترض أنه أهمل في رقابة من هو تحت رقابته مما أدي إلي وقـــوع الفعـــل الضار ، فالخطأ هنا مفترض فلا يكلف المضرور بإثبات خطأ متولي الرقابة، ومع ذلك يجوز لمتولي الرقابة أن يتخلص من مسئوليته بنفي الخطأ أو بنفـــي علاقة السببية ، كأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة كما ينبغـــي ، أو يثبـــت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بالواجب المطلوب (٣).

ويكون المتبوع – كرب العمل – مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعـــه – العامل – بعمله غير المشروع – متي كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها .(٤) .

---

(١) مادة ١٦٤ /٢ مدني .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص ٥٣٢ وما بعدها .

(٣)راجع . نقض مدني ، جلسة ١٩٦٨/١/١٩ ، المرجع السابق ١٩ ، ص ٣٧ ، جلسة ١٩٦٨/١/١٨، السنة ١٩ ، ص ١٣٣ .

(٤) مادة ١٧٤ مدني مادة ١٣٨٤ مدني فرنسي ، . Starck, op. cit ., p. 313 et s.

وتطبيقاً لهذه القاعدة ، تقوم مسئولية المتبوع عن فعل التابع ، Responsabilité des commettants du fait de leurs préposes إذا قامت علاقة تبعية بين المتبوع والتابع ، وارتكب التابع – حال تأدية وظيفته أو بسببها – خطأ سبب ضرراً للغير .

وقيام مسئولية المتبوع ، لا تمنع من قيام مسئولية التابع ، فهذا الأخير هو الذي ارتكب الخطأ ومن ثم فهو مسئول مسئولية خطئية ، أي مسئولية عن فعله الشخصي Fait personnel ، أما المتبوع ، فهو مسئول معه ، ومسئوليته مفترضة ، ولا تقبل إثبات العكس وهي هنا مسئولية عن فعل الغير، ومن حق المضرور أن يرجع علي المتبوع أو أن يرجع علي التابع، أو أن يرجع عليهما معاً ، وإذا رجع المضرور علي المتبوع كان لهذا الأخير ، أن يرجع علي التابع – فهو المتسبب في الضرر – أما إذا رجع المضرور علي التابع ، فليس من حق هذا الأخير الرجوع علي المتبوع .

ويشترط أن يثبت المضرور خطأ التابع ، حتي تقوم مسئولية المتبوع أي أن مسئولية هذا الأخير لا تقوم إلا إذا تحققت مسئولية التابع ، فإذا انتفت مسئولية التابع انتفت مسئولية المتبوع .

وإذا قامت مسئولية المتبوع فلا يستطيع أن يتخلص من مسئوليته بإقامة الدليل علي انتفاء الخطأ من جانبه (١)، فهي إذاً ، مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور .

---

(١) وقد قضي بأن المقرر في قضاء النقض أن القانون المدني أقام المادة ١٧٤ منه ، مسئولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع علي خطأمفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، مرجعه سوء اختياره لتابعه وتقصيره في رقابته ، وأن القانون إذ حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعاً من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها ، لم يقصد أن تكون المسئولية مقتصرة علي

وقد يسأل الشخص عن فعل الحيـــوان le fait de l'animal ، فحـــارس الحيوان ولو لم يكن مالكاً له يكون مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضـــرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت أن وقوع الحادث كأن بسبب أجنبي لا يد له فيه (١).

وتطبيقاً لذلك ، يكون مسئولاً كل من تولي حراسة حيوان – أي كل مـــن له السيطرة الفعلية علي الحيوان في الرقابة والتوجيه والتصرف – إذا تســـبب في إحداث ضرر للغير .

والخطأ هنا مفترض فلا يكلف المضرور إلا بإثبات أن المدعي عليه هو حارس الحيوان – أي له السيطرة الفعلية ولو لم يكن مالكـــاً – وأن الضـــرر الذي أصابه من جراء فعل الحيوان .

ولا يستطيع الحارس أن ينفي الخطأ ، لأن الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ومن ثم لا يجوز له إثبات أنه قام بما ينبغي من العنايـــة،

خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته ، أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضاً كلما كأن فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته الوظيفة =علي إثبات فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي ، وسواء أكان الباعث الذي دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير عامه ، نقض مدني جلسة ١٩٧١/٦/١ ، المرجع السابق ، السنة ٢٢ ، ص ٢١١ .

وقضي بأن ، للمضرور أن يرجع مباشرة علي المتبوع بتعويض الضرر الناشئ عن أعمال تابعه غير المشروعة دون حاجة لادخال التابع في الدعوي ، ولا تلتزم المحكمة في هذه الحالة بتنبيه المتبوع إلي حقه في إدخال تابعه ، نقض مدني ، جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ ، المرجع السابق ، السنة ١٩ ، ص ٦٤٤ .

Civ, 16 juin , 1936, D.H. 1936, 427;4 mai. 1937, D.H. 1937 , 363 .
Dijon, 20 juill, 1927, D.p. 1928-2-13, note de M.André Besson .

(١)مادة ١٧٦ مدني .

حتي لا يحدث الحيوان ضرراً بالغير ، فلا ينسب تقصير أو خطأ إليه ، لكنـــه يستطيع نفي علاقة السببية بين فعل الحيوان والضرر ، فله أن يثبت أن سبب الضرر يرجع إلي القوة القاهرة أو خطأ الغير .. إلخ (١).

وقد نظم المشرع المسئولية عن فعل الحيوان La responsabilité du Fait des animaux ، في المادة ١٧٦ مدني ، تحت عنوان " المسئولية عن الأشياء " responsabilité de fait des choses، مواد ١٧٦ وما بعدها (٢)، ثم تكلم بعدها عن المسئولية الناشئة عن تهدم البناءLa responsabilité de fait de la ruine du batiment ، وقد جاء في نص المـــادة ١٧٧ مـــدني مصري(٣)، أن " حارس البناء ولو لم يكن مالكاً له مسئول عما يحدثه انهـــدام

---

(١) وقد قضي بأن حارس الحيوان بالمعني المقصود في المادة ١٧٦ من القانون المدني هو من تكون له السيطرة الفعلية عليه ويملك التصرف في أمره ، ولا تنتقل الحراسة من مالك الحيوان إلي التابع المنوط به ترويضه وتدريبه ، ذلك أنه وإن كان للتابع السيطرة المادية علي الحيوان وقت تدريبه ، إلا أنه إذ يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويتلقي تعليماته في كل ما يتعلق بهذا الحيوان ، فإنه يكون خاضعاً للمتبوع بما تظل معه الحراسة لهذا الأخير ، إذ أن العبرة في قيام الحراسة الموجبة للمسئولية علي أساس الخطأ المفترض هي بسيطرة الشخص علي الحيوان سيطرة فعلية لحساب نفسه ، نقض مدني ، جلسة ١٩٦٧/٣/٢ ، مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ، ص ٥٣١ .

وانظر في القضاء الفرنسي :

Civ, 2e sect. civ .5 mars. 1953, D. 1953, 473 note savatier; Civ. 15 Janv. 1960 .D. 1961, 681, note J. Radouant; Civ. 2e , 29 avr . 1969, d. 1969 Somm 97 .

(٢)مواد ١٧٦ وما بعدها ، وقد جاء نص المادة ١٣٨٥ مدني فرنسي كالآتي

“Le peopriétaire d'un animal ou celui s'en pendant qu'il à son usage, est responsible du] dommage que l'animal a cause, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé “

(٣) وهي تقابل بدورها المادة ١٣٨٦ مدني فرنسي وقد جاء نصها كالآتي :

“ La propriétaire d'un batiment est responsible du dommage par sa ruine, larsqu'celle est arrive par suite d'un défaut d'entretien ou par le vice de sa construction .

البناء من ضرر ولو كان انهداماً حزئياً ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلي إهمال في الصيانة أو هدم في البناء أو عيب فيه .

وتطبيقاً لهذا النص ، تقوم المسئولية عن تهدم البناء إذا تولي شخص حراسة بناء ، وحدث الضرر بسبب تهدم البناء .

وتقوم المسئولية علي خطأ مفترض في جانب حارس البناء ولو لم يكن مالكاً له ، ويتمثل هذا الخطأ في الإهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه مما أدي إلي تداعي البناء أو تهدمه فأصاب الغير بضرر (١) .

ويقع علي المضرور عبء إثبات أن الضرر الذي أصابه إنما نجم عن تهدم البناء ، وأن المدعي عليه هو حارس البناء الذي تهدم وأصابه بضرر، ومع ذلك إذا أراد المدعي عليه – حارس البناء – دفع المسئولية ، فعليه أن يثبت أن التهدم لا يرجع سببه إلي إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه (٢).

---

(1)Civ 2e sect . Civ. 19 Mai . 1953 , D. 514 , 12 Juill 1966, D. 1966, 32, 30 nov 1977 . D. 1978 , ir . 201 .

(٢) وقد قضي بأن المالك دون المستأجر هو المطالب بتعهد ملكه ، وموالاته بأعمال الصيانة والترميم ، فإذا قصر في ذلك كان مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الغير بهذا التقصير ولا يعفيه من المسئولية أن يكون المستأجر قد التزم قبله بأن يقوم بأعمال الترميم والصيانة اللازمة للعين المؤجرة، إذ علي المالك إخلاء لمسئوليته إزاء الغير أن يتحقق من قيام المستأجر بما التزم به في هذا الشأن، نقض ، جلسة ١٩٦٨/٥/١٣ ، المرجع السابق ، ١٩ جنائي ، ص ٥٥٤ .

ويلاحظ أن المستأجر لو أصيب بضرر من تهدم البناء كانت المسئولية عقدية لوجود عقد بينه وبين المالك .

Si le dommage était subi par le locataire lui- meme si le celui- ci ne pourrait avoir à l'égard du propriétaire qu'une action en responsbilte contractuelle , car entre locataire et bailleur il existe un contrat de bail qui est la source d'obligations réciproques . Starck, op . cil., p. 278, marge ne 279 .

وبعد أن تكلم المشرع عن مسئولية حارس البناء ، قرر في المـــادة ١٧٨ أن " كل من يتولي حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصـــة أو حراســـة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجبني لا يد له فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة .

فإذا كان المشـــــرع الفرنسي قد تكلـــم عن حراسة الأشياء الجامدة Choses inanimées عامة (١)، فإن المشرع المشرع المصري قد تكلم عن مســـئولية من يتولي حراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية (٢).

وطبقاً لنص المادة ١٧٨ مدني تتحقق مسئولية حارس الأشياء خاصـــة إذا تولي حراسة أشياء تقتضي حراســـتها عنايـــة خاصـــة أو حراســـة آلات ميكانيكية ، وأن يلحق الشئ ضرراً بالغير ، والخطأ هنا مفترض في جانـــب الحارس ، وهو خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ومـــن ثـــم لا يجوز للحارس دفع مسئوليته بإثبات أنه لم يرتكب خطأ وأنه بذل ما ينبغي من العناية حتي لا يقع الضرر وعلي ذلك يجوز للحارس أن ينفي علاقة الســـببية

وفي هذا المعني أيضاً انظر :

Trib Civ Lyon. 5 Fevr . 1951 , D. 1951, 518, paris , paris, 6 mars 1952 , D.1952 , 293.

ويستطيع حارس البناء دفع المسئولية إذا اثبت القوة القاهرة

Req.2. Févr, 199, D. p. 99 1.228 .

(١)والمادة ١٣٨٤ فرنسي تنص علي :

On est responsible non seulment du dommage que l'on cause par son proper fait , mais , encore de celui qui est cause par le fait des personnes don’t on doit répondre. Ou des chores que l'on a saus sa garde

(٢)مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج٢ ، ص ٤٣٥ وما بعدها .

وذلك بإثبات السبب الأجنبي ، كأن يكون سبب الضرر هو القوة القـــاهرة أو فعل المضرور ....إلخ(١).

---

(١)وقد قضي بأن المسئولية المقررة بالمادة ١٧٨ من القانون المدني تقوم علي أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشئ ، ومن ثم فإن هذه المسئولية – علي ما جري به قضاء محكمة النقض – لا تدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ، وأنه قام بما ينبغي من العناية والحيطة حتي لا يقع الضرر من الشئ الذي في حراسته ، وإنما ترتفع هذه المسئولية فقط إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كأن بسبب أجنبي لا يد له فيه ، = وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ، نقض مدني جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ سنة ١٧ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٧١٧ ، وقضي كذلك بأنه وأن جاز لحارس الأشياء أو الآلات الميكانيكية في حكم المادة ١٧٨ مدني نفي مسئوليته المفترضة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر بإثبات أن ما وقع كان بسبب أجنبي لا بد له فيه ، إلا أنه يشترط أن يكون السبب الذي يسوقه لدفع مسئوليته محدداً لا تجهيل فيه ولا إيهام ، سواء أكان ممثلاً في قوة قاهرة أم حادث فجائي أو خطأ المصاب أو خطأ الغير نقض مدني جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ ، المرجع السابق ، السنة ١٠٦ ، ص ١٢١٢ .

وفي نفس المعني :

Ch. Réun . 13 Févr . 1930 D.p. 1930, 1, 57 , note de M. Ripert; Civ. 2 e sect . Civ 11 mai . 1953 , 478; 9 juin 1977, Bull civ. 11. P. 106 .

وانظر في المسئولية المراجع الآتية :

أحمد شوقي عبد الرحمن ، مسئولية المتبوع باعتباره حارساً مطبوعات حقوق المنصورة ١٩٧٥ ، سهير منتصر ، تحديد مدلول الحراسة في المسئولية عن الأشياء رسالة من عين شمس ، ١٩٧٧ ، سيد أمين ، المسئولية المدنية عن فعل الغير ، رسالة من جامعة القاهرة ١٩٦٤ ، سالم أحمد علي العضي ، مسئولية المتبوع عن فعل التابع ، رسالة من عين شمس ١٩٨٨، محمد لبيب شنب ، المسئولية عن الأشياء ، رسالة من عين شمس ١٩٥٧ .

Bacht, Responsabilite de fait de chose et res . De fait d'autrui , these Dijon . 1933; Becue, De la responasbilte de fait dautrui, Rev. trim. Dr civ. 1914, p. 251 . Bertrand, le prepose.

Moderne, these Aix 1935, De Gray, la resp. contractuelle de fait d'autrui, these toulous, 1960 ; De Marne, De la resp . des commettants, paris 1911, Esmein, resp . de commettant , Rev., crit , 1924, p. 195 ; perrier (S.) , La resp. civ., des commettant, these Grcnoble 1962 ; Tourneau la resp. civ . Des personnes atteintes dun troble mental, J.C. P. 197-1-2401. Vitry, fait de l'homme fait de l'animal, Rennes, 1922 .

المطلب الثاني

الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب

Enrichissement sans cause

قد يحدث أن يثري شخص دون سبب مشروع علي حساب شخص آخر وفي هذه الحالة ، يعطي القانون لمن افتقر حقاً يستطيع بمقتضاه أن يرجع علي من أثري علي حسابه – في حدود ما أثري به هذا الأخير – يتعويض عما لحقه من خسارة (١).

فإذا انفق شخص مصروفات لتحسين أرض يحوزها ولكنها مملوكة للغير، فيلزم المالك إذا ما طالب باسترداد الأرض بتعويض الحائز عن النفقات ، وفي حدود ما زاد في ثمن الأرض من التحسينات التي يجريها المستأجر في العين المؤجرة قبل فسخ الإيجار أثناء قيام العقد .

ومن تطبيقات الإثراء بلا سبب ، دفع غير المستحق ، والفضالة :

١- دفع غير المستحق (٢): la paiement de l'indu

يتحقق دفع غير المستحق عندما يقوم شخص بوفاء دين عليه إلي غير مستحق ، فهذا الأخير يلتزم برد ما دفع إليه تطبيقاً لنص المادة ١/١٨١ مدني، التي تقضي بأن " كل من تسلم علي سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له

---

(1)Rouast (M), L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile, Rev, trim, dr . civ 1922. P. 50 .

(٢) J. Chestin L'erreur du solvens, condition de la repetition de l'indu, D. 1972, chron p.277, Y. Loussouarn, la condition d'erreur du solvens dans la repetition de l'indu, rev trim. Dr . civ. 1949, 212.

وجب عليه رده " (١) ، والتزام من تلقي الوفاء برد غير المستحق مصـــدره ، هنا ، واقعة الإثراء بلا سبب .

٢- الفضالة La gestion d'affaires ، وتتحقق عندما يتولي شخص عن قصد ، القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بـــذلك ، كأن يقوم شخص – ويسمي الفضولي – بإصلاح عاجل لجدار بمنزل جـــاره الغائب ، بعد أن أصبح أبلاً للسقوط ، فمالك المنزل- ويسمي رب العمل – قد أثري علي حساب الجار الذي قام بإجراء الإصلاحات ، أي أن نفعاً قد عـــاد عليه ، ومن ثم فإن القانون يلزمه بأن يرد للفضولي المصروفات التي انفقهـــا وتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل (٢) .

ويجب أن نشير إلي أنه ، يوجد بجانب الفعل النافع والفعـــل الضـــار ، وقائع أخري هامه ، يرتب عليها القانون اكتساب الحقوق ومن ذلك الحيـــازة La

Possession والحيازة هي وضع مادي يسيطر به الشخص ســـيطرة فعليـــة علي شئ يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق (٣)، وتتطلـــب الحيازة وضع اليد علي الشئ مدة معينة – وهذا هو العنصر المادي – ونيـــة التملك – وهذا هو العنصر المعنوي – وإذا كان تملك العقار يتطلب استمرار الحيازة مدة معينة ، فإن للحيازة في المنقول – إذا كانت مقترنة بحسن النيـــة والسبب الصحيح أثراً فورياً في اكتساب ملكيته ، وقد جعـــل القـــانون مـــن الحيازة ذاتها قرينة علي وجـــــــود السبب الصحيح وحسن النية

---

(1)ph. Derouin, Le paiement de la dette d'autri; repetition de l'indu et enrichissement sans cause , D. 198 chron p.199 .

(١) مادة ١٩٥ مدني .

(٢) المادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ، انظر مجموعة الأعمال التمهيدية – الجزء السادس ، ص ٤٤٨ .

.(١) En fait des meubles la Possession vaut titre

الفصل الثاني

التصرف القانوني

L' acte juridique

يقوم التصرف القانوني علي الإرادة La volonté ، فهي التـــي تنشـــئه وهي التي تحدد آثاره ما دامت لا تتعارض مع القانون .

والتصرف القانوني – في رأينا – هو عمل إرادة أو أكثر معبر عنهـــا ، تتجه إلي إحداث آثار قانونية وفقاً لأحكام القانون (٢).

ومن هذا التعريف نستخلص العناصر الأساســية التـــي تميـــز التصـــرف القانوني :

–أن التصرف القانوني ، هو عمل إرادة أو أكثر ، فـــالإرادة هـــي المحـــرك وهي جوهره .

–هذه الإرادة يجب أن يعبر عنها لتنقل من مكنون النفس إلي نطاق القانون .

–يجب أن تتجه الإرادة إلي إحداث آثار قانونية مشروعة .

---

(١) انظر .. محمد علي عمران ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٩ ص ١٧٩ وما بعدها .

(٢) انظر .. تعريفات الفقه للتصرف القانون ، وتعقيباً علي هذه التعريفات في رسالتنا للدكتوراه ، المقدمة باللغة الفرنسية إلي جامعة رين بفرنسا وعنوانها :

La sanction de l'imperfection de l'acte jurdique , these Rennes 1988, p.25 et s.

-أن التصرف القانوني مصدر للحقوق وسواء أكانت حقوقاً شخصية أم عينية.والتصرفات القانونية كثيرة ومتنوعة ، ومن أهمها البيع والإيجار والوكالةو العمل والقرض والهبة والشركة والرهن والوصية .. إلخ .

وقد درج الفقه علي تقسيم التصرفات القانونية إلي :

تصرف قانوني: لا يتم إلا باتفاق إرادتين أو أكثر ، وهذا هو العقد Le contratوتصرف قانوني صادر من جانب واحد أي بالإرادة المنفردة L'acte unilaterl وفيه تكفي الإرادة الواحدة ، لكي ينتج التصرف آثاره القانونية كالوصية والإقرار وسنخصص لكل منهما مبحثاً مستقلاً .

خطة البحث :

المبحث الأول : العقد .

المبحث الثاني : الإرادة المنفردة .

المبحث الأول

العقد

Le contrat

يتفق الفقه المصري علي أن العقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر علي إحـــداث أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء حق أم نقله أم تعديله أم إنهاؤه(١).

وتنص المادة ٨٩ مدني مصري علي أن " يتم العقد بمجـــرد أن يتبـــادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد (٢).

ويتبين من هذا النص ، أن الشروط اللازمة لانعقاد العقد هي : الرضاء ، المتمثل في تطابق إرادتين ، والمحل ، والسبب ، فلكي يكون العقد صحيحاً ، مرتباً لآثاره القانونية ، يتعين أن يتوافر ركن الرضاء ، وأن يرد علي محـــل معين تتوافر فيه الشروط القانونية ، وأن يكون له سبب مشروع، ونتناول هذه الأركان في عدة مطالب .

---

(١)وعلي عكس المشرع المصري ، عرف المشرع الفرنسي العقد في المادة (١٠) بإنه " اتفاق يلتزم بمقتضاء شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شئ " ، وهذا التعريف منتقد ، أنظر .. رسالتنا ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص ١٦ .

وقد يتطلب القانون ، مراعاة شكل معين في العقد ، مثال ذلك الهبة ، مادة ٤٨٧ مدني ، الرهن الرسمي ، ١٠٣١ مدني ، فالهبة لا تكون إلا بورثة رسمية ، وكذلك الرهن الرسمي.

المطلب الأول

الرضاء

Le consentement

وهو إرادة أمر عن إدراك له وقصد إليه ، ويتوافر رضاء المتعاقدين(١)عندما تتلاقي إرادتان أو أكثر ، وتتطابق بقصد إنشاء رابطة قانونية ملزمة ، وهذا معناه ضرورة وجود إرادة لدي كل متعاقد ، فإذا وجدت الإرادة ، فلابد من الكشف عنها ، لأن الإرادة عمل نفسي فلا يعتد بها القانون إلا بعد الإفصاح عنها من خلال وسائل التعبير (٢).

ويعبر الشخص عن رضاه بالتعاقد كأن يقول لآخر أبيعك هذه السيارة بمائة ألف جنيه مصري – ويسمي هذا إيجاباً – فإذا صدر – قبول – ممن وجه إليه الإيجاب ، تم التراضي علي العقد ، فالإيجاب L'offre ، والقبول

---

(١) ويفرق البعض بين الرضاء والتراضي ، فالرضاء هو الإرادة التي تتجه نحو إحداث أثر قانوني وهي قوام التصرف القانوني ، أما التراضي فيطلق علي التوافق بين إرادتين علي إنشاء أثر قانوني للالتزامات ،عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، ج١ ، طبعة ١٩٥٨ ، ص ٥٢ وما بعدها .

(٢) وذلك لأن الإرادة – كما يقوم علماء النفس – تمر بمراحل داخل النفس البشرية وهذه المراحل في التصرف القانوني هي :

١- التصور ، إذ يستحضر الشخص التصرف القانوني الذي يريد إبرامه .

٢- التدبر ، حيث يوازن الشخص بين كافة الاحتمالات والنتائج .

٣- التصميم ، إذ يبت الشخص في الأمروهذا هو جوهر الإرادة المعبر عنه بالقصد .

٤- التنفيذ ، وهنا ينتقل الشخص إلي حالة إحداث أثر قانوني معين في الخارج ، انظر .. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ، ص ٩٨ .

L'accéptation ، هما مظهراً التعبير عـن رضـاء المتعاقـدين بالعقـد ، ويشترط لكي ينعقد العقد صحيحاً أن يطابق القبول الإيجاب ويقترن به(١).

والتعبير عن الإرادة سواء أكان إيجاباً من أحد الطـرفين المتعاقـدين أم قبولا من الطرف الآخر ، قد يكون صريحاً expresse ، وقد يكون ضـمنياً tacite .

والتعبير الصريح ، هو الـذي يفصـح بصـورة مباشـرة عـن الإرادة وبإستعمال وسائل مألوفة ، ويكون هذا التعبير وفقاً لنص المادة ١/٩٠ مـدني مصري ، باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته علي حقيقة المقصود .

والتعبير الضمني (٢)، هو الذي يكشف عن الإرادة بطريق غيـر مباشـر وباستعمال وسائل غير مألوفة ، فإذا قال شخص لآخر بعتك هذا الشئ بكذا ، فقام من وجه إليه الإيجاب – ودون أن يصدر قبول صريح منه – ببيع الشئ إلي شخص ثالث ، فإنه يستنتج من فعله الذي قام به أنه قبـل شـراء الشـئ لنفسه أولاً باعه أو كما لو عرض شخص علي آخر داراً للإيجار فانتقل إليها هذا الأخير ، فهذا الفعل يفسر علي أنه قبول منه .

والقاعدة أن السكوت Ie silence لا يعد تعبيراً عن الإرادة ، إذ لا ينسـب لساكت قول ، ومع ذلك فالسكوت في معرض الحاجة بيـان ، ففـي بعـض الحالات يعتبر السكوت قبولاً ، وهذه الحالات حددتها المادة ٩٨ مدني ، حيث نصت علي أنه " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العـرف أو غيـر ذلـك مـن

---

(٢)ولذلك جاء في مرشد الحيران مادة ٢٧٢ أن " العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر علي وجه يثبت أثره في المعقود عليه " .

(2) P. Gode, Etude critique de la notion de manifestation tacite de volonte, thése lille 1973 .

الظروف تدل علي أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، إو إذا تمخض الإيجاب عن منفعة لمن وجه إليه(١).

ولا يختلط التعبير الضمني عن الإرادة بالسكوت ، فالتعبير الضمني وضع إيجابي ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي ، وقد يكون التعبير الضمني ، بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً ، أما السكوت فلا يكون إلا قبولاً وعلي سبيل الاستثناء (٢).

والأصل ، أن يتم التعاقد بين أصحاب الشأن أنفسهم ، فهم الذين يريدون تحقيق الأثر القانوني لكن ليس هناك ما يمنع أن يتم التعاقد بطريق النيابة(٣)، والمقصود بالنيابة أن يتولي شخص – ويسمي النائب – إبرام العقد نيابة عن شخص آخر ولحسابه – ويسمي بالأصيل – وفي هذه الحالة ، تحل إرادة النائب محل إرادة صاحب الشأن الأصيل ، وليس معني هذا أن النائب يعمل لنفسه ، بل هو ملتزم وقت التعاقد أن يعلن أنه يتعاقد بصفته نائباً عن الأصيل، ويتم التعاقد هنا باسم هذا الأصيل ولحسابه ، فإذا ما توافرت شروط النيابة ، انصرفت آثار العقد المبرم إلي الأصيل ، فمثلاً ، لو وكل شخص آخر في بيع سيارته ، فإن هذا الأخير يتعاقد باسم ولحساب صاحب السيارة ،

---

(1) p. Diener , Le silence et le droit these Brodaux 1975 .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج٢ ص ٦٤ ، ٦٥ .

(٣) انظر .. جمال موسي بدر ، النيابة في التصرفات القانونية ، رسالة ط١٩٦٨ .

Popesco- Remmiccano, De la representation dans les actes juridiques en droit compare these paris 1927; G. Madray, De la representatation en droit privé francais, these, Brodeaux, 1931.

ومن ثم ، يعتبر البيع منعقداً بين هذا الأخير والمشتري ، ولا يعد الوكيل بائعاً . لأنه يبيع لحساب موكله لا لحساب نفسه ، ولذلك تنصرف آثار البيع إلي الموكل مباشرة، وفي ذلك تنص المادة ١٠٥ مدني ، علي أنه " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً بإسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلي الأصيل " (١) .

والنيابة قد تكون اتفاقية representation conventionelle إذا تمت بالإتفاق بين الأصيل والنائب ، كنيابة الوكيل عن الموكل ، وقد تكون النيابة قانونية légale ، كنيابة الولي ، والدائن الذي يستعمل حقوق مدينة وهنا يتولي القانون مباشرة تعيين النائب ، وقد يترك هذه المهمة للقضاء ، كنيابة الوصي عن القاصر ، أو القيم عن المحجور عليه ، والحارس القضائي عن الشخص الموضوعة أمواله تحت الحراسة القضائية .

ولا يكفي وجود الرضاء ، ليكون العقد صحيحاً Valable مرتباً لآثاره القانونية ، بل يجب أن يكون الرضاء خالياً من العيوب ، وهناك عيوب للرضا يعتد بها القانون ، ويرتب عليها بطلان العقد ، فالرضا يكون معيباً ، إذا وقع المتعاقد في غلط أو دلس عليه أو تعاقد تحت تأثير الإكراه أو كان ضحية استغلال الطرف الآخر ، وفي هذه الحالات ، يكون الرضا موجوداً لكنه معيب، مما يجعل العقد مهدداً بالزوال ، ويكون قابلاً للإبطال ، وعيوب الرضا de consentement vices هي : الغلط ، والتدليس ، والإكراه ، والاستغلال ، كما يشترط أن يصدر الرضاء عن شخص كامل الأهلية .

---

(١) نقض ، جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ ، مجموعة المكتب الفني ، السنة ١٧ ، ص ٢٠١٦ .

١- الغلط L'erreur

الغلط وهم تلقائي يقوم في ذهن المتعاقد يصور له أمراً علي غير حقيقته ، فيدفعه إلي التعاقد وما كان ليتعاقد لو علم الحقيقة (١). فإذا اشتري شخص تمثالاً معتقداً أنه ذو قيمة أثرية ، فيتبين له بعد ذلك أنه ليس أثرياً ، ففي هذه الحالة لو كان قد علم أن التمثال حديث الصنع وليست له قيمة أثرية ، ما أقدم علي إبرام العقد ، لكن الغلط هو الذي دفعه إلي إبرام العقد، فيكون له حق المطالبة بإبطاله متي توافرت شروط الغلط ، فقد نصت المادة ١٢٠ مدني علي أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان علي علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه " .

والغلط يكون جوهرياً ، وفقاً للمادة ١٢١ مدني ، إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . ويعتبر الغلط جوهرياً علي الأخص :

-إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية .

-إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

وتهدف نظرية الغلط إلي حماية المتعاقد الذي وقع في غلط ، وذلك بإعطائه حق طلب إبطال العقد هذا من ناحية ، ومن ناحية أخري تحقيق الاستقرار في المعاملات ، لذلك فإن الغلط الجوهري لا يجعل العقد قابلاً

---

(1) J. Ghestin , Traite de droit civil le contrat, L. G. D.J. 1980 , P. 292 , no 368; La notion d'erreur endroit positif actuel , these paris 1963.

للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً – أي متصلاً بالمتعاقد الآخر – أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر، أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، فالمتعاقد الآخر إذا اشترك في الغلط كان حسن النية ، ومقتضي حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد ، وإن علم بالغلط كان سئ النية وإبطال العقد للغلط هنا يكون جزاء سوء نيته ، وإن كان لا يعلم بالغلط ، ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه ، فهو مقصروتعويض التقصير إبطال العقد (١) .

فلا يكفي أن يعتقد المشتري أن الشئ آثري – في المثال الذي سقناه بل يلزم أن يقع البائع كذلك في ذات الغلط فيعتقد أنه يبيع للمشتري شيئاً أثرياً ، أو كان يعلم أن الشئ غير أثري ، أو كان من السهل عليه العلم بذلك .

٢- التدليس Le dol .

التدليس هو استعمال الحيل لحمل شخص علي التعاقد بشرط أن تكون هذه الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد (٢) ، كما لو أراد شخص إغراء آخر بشراء محل تجاري له ، تقدم إليه أوراقاً مزورة تبين أرباحاً يحققها المحل مبالغاً فيها ، ونجح في دفع المشتري إلي التعاقد .

ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسه ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ، كأن يخفي المؤمن له علي حياته مرضاً خطيراً أصابه قبل التأمين ، أو أن يبيع شخص منزلاً لآخر ، ويخفي عنه أن الحكومة بسبيل نزع ملكيته للمنفعة العامة ، أو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج١ ، ص ١٤٢ ، ١٤٣ .

(٢) مادة ١٢٥ /مدني .

أن يبيع شخص سيارته ، ولا ينبه المشتري إلي أن عداد حساب الكيلومترات لا يعمل (١).

والتدليس وثيق الصلة بالغلط ، فالتدليس غلط ، يقع فيه الشخص تحت تأثير حيل يقوم بها شخص آخر ، فيدفعه لإبرام العقد ، بحيث لو تكشفت الحقيقة للمتعاقد المدلس عليه ما أقدم علي التعاقد (٢)، فلابد إذاً من استخدام طرق احتيالية يقوم بها المدلس ، حتي يتولد الغلط في ذهن المتعاقد الآخر ، فيحمله علي التعاقد .

ويجوز إبطال العقد للتدليس ، حتي ولو كان التدليس صادراً من الغير ، طالما أن الطرف الآخر كان يعلم به أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به(٣).

٣- الإكراه La violence .

يعرف الإكراه ، بأنه ضغط غير مشروع علي إرادة الشخص ، يبعث في نفسه رهبة تحمله علي التعاقد ، لكي يتقادى نتائج التهديد الذي يقع عليه .

والإكراه لا يعدم الإرادة ، لكنه لا يجعل للشخص الذي يقع عليه التهديد، حرية كافية لإبرام العقد ، فالإكراه يولد رهبة في نفس الشخص ، مما يدفعه للتعاقد ، ليدرأ عن نفسه الأخطار المهدد بها، مثال ذلك ، أن يهدد شخص آخر بالضرب أو التعذيب ، أو بأذى ينال شخصاً عزيزاً عليه في حياته أو

---

(1) Cass. Civ. 19 Janv . 1977- Bull- civ . 1, no 40.

(٢) توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ١٤١ وما بعدها .

(٣) مادة ١٢٦ مدني ، وتنص علي أنه ": إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس " .

بدنه أو شرفه أو ماله ، أو يهدده بنشر أمور تمس كرامته وشرفه ، إذا لم يبع له سيارته ، فيقبل هذا الأخير البيع ، أي أن المتعاقد ، يختار أخف الضررين، لكن اختياره ليس حراً ، مما يجعل إرادته معيبة (١).

وقد نصت المادة ١٢٧ علي أنه :

١-يجوز أبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة علي أساس .

٢-وتكون الرهبة قائمة علي أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو المال .

٣-ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه .

يمكن القول إذاً ، أن الذي يفسد الرضاء ، ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه ، بل هي الرهبة التي تقع علي نفس المتعاقد (٢)، ويجب في الرهبة القائمة علي أساس ، أن يكون قد بعثها المكره في نفس المكره بغير حق، فالدائن الذي يهدد مدينه بمقاضاته إذا لم يعترف بالدين ، إنما يستعمل وسيلة قانونية للوصول إلي غرض مشروع ، فلا يعتبر الإكراه – هنا – قد وقع بغير حق ، أما إذا هدد شخص آخر بقتل ولده ، إذا لم يتعهد

---

(١) وتختلف هذه الصورة عن صور أخري للإكراه ، وفيها يجبر الشخص علي التعاقد دون أن يكون له أن يختار ، كأن يمسك شخص بيد آخر ويضع بصمة أصبعه علي العقد المراد إبرامه ، فالإرادة هنا تنعدم أصلاً ، مما يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً .

(٢) انظر :

Breton La notion de la violence en tantque vice du consentement these caen , 1925, P. 125 ots. Demogue, De la violence , rev. trim. Dr. civ. 1914, P. 449

بدفع مبلغ من المال دون حق ، فإن الإكراه يكون غير مشـــروع ، ويعتبـــر التعهد الصادر من المكره معيباً (١)، والإكراه يتحقق سواء صدر من المتعاقد الآخر أم من شخص ثالث متي كان المتعاقد الآخر يعلم بما وقع علي المتعاقد معه من إكراه أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه (٢).

الإكراه عيب من عيوب الرضاء ،يجعل العقد قابلاً للإبطـــال لمصـــلحة الطرف الذي وقع تحت تأثيره (٣) ، كما أنه عمل غير مشروع فـــإذا ترتـــب عليه ضرر ، كان للمضرور الحق في أن يطالب المكره بـــالتعويض ، وفقـــاً لأحكام المسئولية المدنية .

٤-الأستغلال L' exploitation

يختلف الغبن la lésion ، عن الاستغلال ، في أن الغبن يقصد بـــه عـــدم التعادل بين التزامات طرفي العقد او عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد ومـــا يأخذه ، والغبن لا يكفي بذاته لإبطال العقد إلا في حالات خاصة نص عليهـــا القانون ، وبشرط أن يصل إلي قدر من الجســـامة (٤) ، وبجانـــب الحـــالات

---

(١) أنظر : نقض جلسة ١٩٧٠/٦/٩ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ١٠٢٢ ، نقض ، جلسة ١٩٧١/١/٢٥ ، المرجع السابق ، لسنة ٢٢ ، ص ٩٧٤.

(٢) مادة ١٢٨ مدني ، وتنص علي أنه : " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كما يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه .

(٣)وقد توسع القضاء الفرنسي في تطبيق فكرة الإكراه المعيب للإرادة ، انظر ... الأحكام في رسالتنا ، ص ٦٥ .

(٤) من ذلك ما تنص عليه المادة ٤٢٥ مدني من أنه " إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد علي الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلي أربعة أخماس ثمن المثل ، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد علي الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع " .

ومن ذلك أيضاً ما قرره المشرع في المادة ١/٨٤٥ من أنه يجوز " نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد علي الخمس ، علي أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة " .

الخاصة بالغبن ، فإن القانون المصري ،يحوي نظرية عامة للاستغلال ، باعتباره عيباً من عيوب الإرادة .

أما بالنسبة للاستغلال – كعيب من عيوب الإرادة – فلا يكفي لاعتباره كذلك أن يختل التوازن بين الالتزامات المتبادلة ، وإنما يلزم فضلاً عن ذلك أن يستغل أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها المتعاقد الآخر المغبون .

وقد نصت المادة ١/١٢٩ علي أنه " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوي جامحاً ، جاز للقاضي بناء علي طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد " .

ومن هذا يتضح أن المتعاقد المغبون ، لم يتعاقد إلا تحت تأثير حالة الطيش البين أو الهوي الجامح ، والطيش البين معناه الإقدام علي عمل دون مبالاة أو اكتراث بنتائجه ، ويجب أن يكون الطيش ظاهراً يستطيع الطرف الآخر تبينه .

أما الهوي الجامح فهو رغبة شديدة تقوم في نفس المتعاقد ، تجعله يفقد سلامة الحكم علي أعمال معينة في موضوع هذه الرغبة (١) .

---

(١)وإذا كان القانون المصري حصر حالات الاستغلال في حالتي الطيش البين والهوي الجامح ، فإن بعض القوانين الأجنبية كالقانون الألماني ، مادة ١٣٨ ، السويسري ، مادة ٢١ ، والصيني ، مادة ٧٤ ، ومشروع تعديل القانون الفرنسي ، مادة ٢١٧ ، أضافت حالات آخري أهمها حالة الحاجة أو الضرورة ، وحالة عدم الخبرة ، وقد كان هذا هو حال النص في المشروع التمهيدي للقانون المصري ، فقد كان يجعل العنصر النفسي متحققاً من استغلال طيش المغبون أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، ثم عدل هذا النص في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وأصبح قاصراً علي الطيش البين والهوي الجامح، رغبة في تضييق نطاق الأخذ بالاستغلال ، انظر ... مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، ص ٢٠١ .

مثال ذلك ، حالة رجل مسن وقع في حب امرأة شابة ، فتستغل مـــا تلقـــاه عنده من هوي جامح ، وتبرم معه عقوداً تحقق مصلحتها ، أو حالة الشـــاب الذي يتزوج من عجوز غنية ، فيستغل ما يلقاه عندها من هوي جامح فيأخـــذ أموالها مستغلاً هواها تحت ستار عقود يبرمها معها ، أو حالة الشخص الذي يريد إنقاذ ابنه من مرض خطير فيستغل الطبيب ذلك ويطالبه بأتعاب مبـــالغ فيها ، أو حالة الزوجة التي أرادت أن تحصل علي الطلاق لكي تتزوج بآخر وقعت في حبه ، ولما كان زوجها يعلم ما يقوم في نفسها ، من هوي جـــامح لهذا الأخير ، فيستغلها ويطلب منها مبالغ طائلة في نظير خلعها (١) ، وفـــي كل هذه الأمثلة ، نجد أن الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون للتعاقـــد ، مما يجعل رضاءه معيباً .

يشترط إذا ، لكي يكون الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة ، وسبباً لإبطال العقد توافر عنصرين :

-عنصر مادي ، يتمثل في عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة .

-عنصر نفسي ، ويتمثل في أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن الطرف الآخر قد استغل فيه – عن قصد وإرادة – طيشاً بيناً أو هوي جامحاً .

فإذا توافرت هذه الشروط جاز للقاضي بناء علي طلب المتعاقد المغبـــون أن يبطل العقد ، أو ينقص التزامات المتعاقد المغبون (٢) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخري ، يجوز للمتعاقد المستفيد أن يعرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن عن الطرف الآخر حتي يتوقي دعوي الإبطال (٣) .

---

(١) انظر .. توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ ، وما بعدها ، ورسالته عن نظرية الاستغلال في القانون المصري ، الإسكندرية ، ١٩٥٧ .،

(٢) مادة ١/١٢٩ مدني .

(٣)مادة ٣/١٢٩ مدني .

-**الأهلية** (١) **La capacité** :ويشترط – بجانب خلو الإرادة من العيوب – أن يصدر الرضاء من شخص متمتع المقصود بالأهلية هنا أهلية الأداء La capacite d'exércice ، وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه .

وقدرة الشخص علي مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، تختلف بحسب المراحل التي يمر بها الشخص في حياته ، فهناك

-**عديم الأهلية** : كالصغير غير المميز – الذي لم يبلغ السابعة من عمره والمعتوه والمجنون ، وتصرفاته تكون باطله(٢) .

ناقص الأهلية : وهو من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد أو بلغها وتقرر استمرار الوصاية أو الولاية عليه ، وحكم تصرفاته يختلف بحسب طبيعة هذه التصرفات، نافعة فتكون صحيحة أو ضارة فتكون باطلة أو دائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال.

كامل الأهلية : وهو من بلغ سن الرشد ، وتصرفاته تكون صحيحة .

---

(١) نحيل إلي الفصل الخاص بالأهلية .

(٢) مادة ٤٥ مدني .

المطلب الثاني

محل العقد (١)

L' objet

محل العقد هو العملية القانونيـــة L' opération juridique التـــي يـــراد تحقيقها من وراء العقد ، فمحل عقد البيع ، هو نقل ملكية المبيع إلي المشتري مقابل دفع الثمن ، ومحل عقد الإيجار ، هو تمكين المستأجر مـــن الانتفـــاع بالعين المؤجرة مقابل دفع الأجرة .

ويشترط في محل العقد (٢) :

١-أن يكون معيناً Certain ، أو قابلاً للتعيين ، ويكون المحل معيناً إذا حدد تحديداً كافياً ببيان عناصره ومضمونه ، فإذا ورد البيع علي شئ من الأشياء القيمية وجب تعيينه بذاته ، فتبين أوصافه المحدة له ، كأن يحدد موقع المنزل المراد بيعه ، وأوصافه ، وإذا كانت أرضاً فتعين ببيـــان موقعهـــا وحـــدودها ومساحتها ...الخ .

أما إذا كان من الأشياء المثلية ، فيجب تعيينه ببيان نوعه ومقـــداره ودرجـــة جودته ، كبيع مائة أردب من القمح المكسيكي من درجة معينة .

ولا يلزم أن يكون المحل معيناً ، بل يكفئ أن يكون قابلاً للعيين ، وذلـــك بالاتفاق علي الأسس التي تمكن من تعيينه ، كأن يتفق المتعاقـــدان علـــي أن يكون تحديد الثمن وفقاً لسعر السوق في مكان وزمان معينين .

٢-أن يكون ممكناً possible ، فلا التزام بمستحيل ، والاستحالة التي تـــؤدي إلي بطلان العقد هي الاستحالة المطلقة ، كأن يتعهد محـــام باســـتئناف حكـــم قضائي بعد فوات ميعاد الاستئناف ، أو كان يتعهد طبيـــب بـــإجراء عمليـــة

---

(١) انظر :

H. Mayer, L' objet du contrat, these Brodeaux 1968 .

(٢) مواد ٣١ مدني وما بعدها .

جراحية لمريض مات قبل الاتفاق ، أو يعهد شخص بتسليم سيارة هلكت قبل العقد ... إلخ .

وتقتضي صحة الاتفاق أن يوجد الشئ – الذي يرد عليه التعاقد – وقت الاتفاق ، فلو اتفق شخص مع آخرعلي أن يبيعه سيارته ، وجب أن تكون هذه السيارة موجودة وقت التعاقد ، فإذا تبين أن السيارة هلكت قبل البيع فلا ينعقد العقد لأن محل العقد أصبح مستحيلاً لعدم وجود المبيع وقت التعاقد ، أما إذا وجد المبيع وقت العقد ثم هلك بعد ذلك فإن العقد ينعقد ، إلا أن تنفيذه يكون مستحيلاً فينفسخ العقد .

ويجوز أن يكون محل العقد شيئاً مستقبلاً (١) ، كتأجير شقة لم يتم بناؤها بعد، أو بيع محصول معين قبل نضجه ، ويشترط هنا ، أن يوجد الشئ في الوقت المتفق عليه ، وإلا فإن العقد يعتبر كأنه لم ينعقد لتخلف المحل (٢).

٣-أن يكون مشروعاً Licite ، فإذا كان محل العقد مخالفاً للنظام العام والآداب، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ، فقد يمنع القانون التعامل في بعض الأشياء ،والأشياء قد تخرج عن دائة التعامل بطبيعتها كالأشياء المشتركة ، مثل الشمس والهواء والماء ، إذ لا يصح لأحد أن يستأثر بها .

وأما أن تخرج عن التعامل بحكم القانون ، فلا يجوز التعامل مثلا، في الأموال المملوكة للدولة لأنها مخصصة للمنفعة العامة ، ولا يجوز التعامل في المواد المخدرة ، ويحرم الربا الفاحش أو إدارة بيت للدعارة ، أوالتهرب من الضريبة أوتفاضي الرشوة .

نخلص إلي ان كل الاتفاقات التي يكون محلها الأشياء غير المشروعة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً (٣) .

---

(١) مادو ١٣١ مدني .

(٢) ومع ذلك حرم القانون التعامل في التركات المستقبلة ، كأن يبيع الوارث ما سوف يؤول إليه من التركة بعد وفاة مورثة ، (مادة ١٣١/١مدني) ، كذلك لا يجوز رهن المال المستقبل (مادة ١٠٣٣/٢ مدني) وهبة المال المستقبل ، (مادة ٤٩٢ مدني) .

(٣) انظر الأحكام الآتية :

المطلب الثالث

السبب

La cause

إذا كان محل العقد هو ما يلتزم به المتعاقد ، فإن السبب هو الهدف الذي من أجله التزم المتعاقد ، هذا الهدف قد يكون مباشراً ويسمي بالسبب القصدي، وهو لا يختلف ولا يتغير في النوع الواحد من العقود ، ففي عقود المعاوضة كالبيع ، فإن سبب التزام أحد المتعاقدين هو الالتزام المقابل ، ففي عقد البيع مثلاً فإن سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، هو التزام المشتري بدفع الثمن ، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن ، هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، أما في عقود التبرع، فإن سبب الالتزام هو نية التبرع .

وقد يكون الهدف غير مباشر ويسمي بالسبب الدافع للتعاقد أو الباعث الذي دفع المتعاقد إلي إبرام العقد ، وهذا الباعث يختلف من شخص إلي آخر ففي عقد البيع مثلاً ، قد يبيع الشخص ماله لحاجته للإنفاق ، أو لسداد دين عليه أو لعمل مشروع تجاري ... إلخ .

ويلزم لصحة العقد وجود السبب ، وينظر في توفره أو عدم توفره إلي وقت إبرام العقد ، وقد يذكر السبب في العقد وقد لا يصرح به ، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، حتي يقوم الدليل علي ما يخالف ذلك(١). كما يشترط أن يكون السبب مشروعاً ، ويكون السبب مشروعاً إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام والآداب ، فاستئجار شقة للسكن يكون مشروعاً أما استئجارها بهدف إعدادها للعب القمار أو للدعارة فسببه يكون غير مشروع ، وهبة المال بقصد المساعدة يكون سببه مشروعاً ، أما هبة

Civ 11 mars, 1918, D.p. 1918 1,100: Civ, 27 déc, 1945- Gaz-pal. 1, 88: Cass. Soc . 29 oct, 1957 , Bull. Civ. Lv, no 1027, Cass., 8 oct.,1957 , J.C.P. 1957, 11, 10234 , D. 1958, 317, note Esmein .

(١)مادة ١٣٧ /٢ مدني .

المال بقصد الإبقاء علي علاقة جنسية غير مشروعة ، فيعتبر سبباً غير مشروع .

المطلب الرابع

تنفيذ العقد

إذا توافرت للعقد أركانه ، وشروط صحته – سابق الإشارة إليها – انعقد صحيحاً ، منتجاً لآثاره القانونية التي أرادها أطراف العقد ، وأصبح له قوته الملزمة ، وتعين علي المتعاقدين تنفيذ الالتزامات التي تولدت عنه ولذلك نصت تقرر المادة ١٤٧ مدني على أن " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون " .

فالعقد بعد بمثابة القانون الذي يطبق في علاقة المتعاقدين ، وهو ملزم لهما . هذه القوة الملزمة la force obligatoire تحتم عليهما تنفيذه واحترامه ، ومن ثم لا يجوز لأحد الطرفين – بحسب الأصل – أن يغير في العقد لا بالنقص ولا بالتعديل ، إلا بموافقة الطرف الآخر علي ذلك ، بناء علي الأسباب التي يقررها القانون ، من ذلك مثلاً ، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب علي حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي أن يرد الالتزام إلي الحد المعقول (١) . كما ويجب أن يتم تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، فسائق التاكسي مثلاً ، يلتزم بتوصيل الراكب إلي المكان المتفق عليه من أقصر طريقطالما كان ذلك ممكناً . وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، وجب أن نفرق بين حالتين :

---

(١)مادة ٢/١٤٧ مدني

-حالة ما إذا كان التنفيذ العيني للالتزام بواسطة المدين ممكناً وطلبه الـدائن، كان للقاضي أن يجبر المدين علي القيام به (١).

-حالة ما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن لعدم توافر شروطه ، كان للقاضي أن يحكم بالتعويض للدائن وفقاً لأحكام المسئولية العقدية .

كذلك يعطي القانون للمتعاقد الحق في فسخ العقد ، نتيجة عدم قيـام المتعاقـد الآخر بتنفيذ التزامه ، وقد جاءت المادة ١٥٧ مدني لتقرر هذا الحق بـالنص علي أنه " في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مـع التعويض في الحالتين أن كان له مقتض " (٢).

---

(١)التنفيذ العيني l' exécution en nature أداء عين أو ذات ما التزم به المدين ، وفقـاً للاتفاق أو بالطريقة المحددة له قانوناً ، ويجبر المدين علي تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً بتـوافر الشروط التي نصت عليها المادة ٢٠٣ مدني وهي :

١-أن يكون التنفيذ العيني ممكناً .

٢-ألا يكون فيه إرهاق للمدين .

٣-إعذار المدين .

انظر للمؤلف ... الوجيز في أحكام الالتزام والإثبات ، طبعة ٢٠١٦ ، ص ١٠ وما بعدها .

(٢)أما الإعذار la mise en demeure فهو ، إجراء لازم لاعتبار المدين مقصـرا فـي التنفيذ، بمعني أن تراخي المدين عن تنفيذ التزامه ، لا يستوجب مسئوليته – كقاعدة عامة – ما لم يعذر ، فالإعذار هو تكليف المدين بالوفاء ، ويكون ذلك بكل ورقة رسـمية يعلنهـا الدائن للمدين وتتضمن تكليفه بالوفاء ، وفي حالتنا هذه ، فإن صحيفة الدعوي ، تعد إعذاراً ولا يخلو إعذار المدين من فائدة ، بجعل القاضي أسرع في الاستجابة للفسـخ ، وبحسـب التعويض عن الأضرار التي أصابت الدائن بسبب عدم التنفيذ من وقت الإعذار ، انظـر .. المرجع السابق ، ص٢٢ وما بعدها .

المطلب الخامس

جزاء تخلف أحد شروط العقد

وإذا تخلف أحد شروط انعقاد العقد – الرضا أو المحل أو السبب – كان الجزاء هو البطلان المطلق ، فالبطلان المطلق la nullité absolue هو الجزاء القانوني المترتب علي تخلف أحد شروط الانعقاد اللازمة لإبرام العقد، والعقد الباطل بطلاناً مطقاً هو عقد غير موجود قانونا .

وإذا تخلف شرط من شروط الصحة – كأن يكون الرضاء معيباً لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال أو لنقص في أهلية أحد المتعاقدين – كان العقد صحيحاً مرتباً لآثاره لكنه قابل للإبطال – ويسمي بالبطلان النسبي – لمن شرع البطلان لمصلحته ، فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً عقد موجود وإن كان معيباً (١).

ويفترق البطلان المطلق عن البطلان النسبي ، أو القابلية للإبطال في :

١–يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان المطلق ، فيجوز ذلك لأي من المتعاقدين أو للغير إذا كان له مصلحة أو للمحكمة إذا عرض عليها النزاع ولها ف هذه الحالة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها .

أما البطلان النسبي la nullite rélative ، فلا يتقرر إلا لمصلحة من شرع له ، أي لمن كان ضحية الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال أو كان ناقصاً الأهلية ، وذلك لأن البطلان النسبي هدفه حماية مصلحة خاصة وهي مصلحة المتعاقد ، الذي شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة، أو المتعاقد ناقص الأهلية . ومن ثم ، لا يستطيع المتعاقد الآخر أن يتمسك به ،

---

(١) وهناك حالات للبطلان تتقرر بنصوص خاصة ، انظر المواد ٤١٩، ٤٤٦، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٩، ٤٨٠ . مدني مصري .

كذلك لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، بل لابد من أن يطلبه من شرع له (١).

٢-لما كان العقد الباطل بطلاناً مطلقاً عقداً غير موجود من الأصل، فإنه لا يجوز لصاحب الحق في البطلان أن ينزل عنه بإجازته ، فالإجازة (٢) la confirmation لا تعيد الحياة لعقد ولد ميتاً mort-né ، أما العقد القابل للإبطال فلأنه عقد موجود ، فإنه يقبل الإجازة ، فيتأيد بها وجوده نهائياً (٣) ، والإجازة عمل قانوني يصدر من جانب واحد ، تتجه فيه الإرادة إلي النزول عن حق التمسك بالبطلان ، فهدفها تطهير العقد من العيب الذي لحق به ، وذلك عن طريق التنازل عن حق التمسك بالبطلان ، ولذلك يشترط أن تصدر الإجازة بعد زوال العيب ، كما يجب أن يكون المجيز علي علم بوجود العيب.

وإذا كان العقد قابلاً للإبطال – أي باطلاً بطلاناً نسبياً- لنقص أهلية أحد المتعاقدين ، فإن الإجازة لا تكون صحيحة مرتبة لآثارها إلا إذا صدرت بعد اكتمال أهلية المتعاقد، وإذا كان العقد قابلاً للإبطال للغلط أو التدليس مثلاً ، فإن الإجازة لا تكون صحيحة إلا بعد زوال العيب أي انكشاف الغلط أو التدليس ، علي أن يكون المجيز علي علم بوجود العيب .

٣- مرور الزمن ، أنه لا أثر علي العقد الباطل بطلاناً مطلقاً فالزمن لا يحيل العدم إلي وجود ، ومع ذلك فدعوي البطلان تسقط بمضي خمس عشرة سنة ، من وقت العقد ،فإذا نفذ العقد الباطل ، فسلم البائع المبيع إلي المشتري ، وقام

---

(١) مادة ٢٣٨ مدني .

(2) Couturier, La confirmation des actes nulls, thése paris 1969 , L.G. D. J. 1972 .

(٣) مادة ١٣٩ مدني .

هذا الأخير بدفع الثمن للبائع ، فلايجوز التمسك بالبطلان لاسترداد المبيع أو الثمن إذا رفعت الدعوي بعد ١٥ سنة من تاريخ العقد(١).

ونشير أيضاً إلي أن الدفع بالبطلان لا يتقادم ، بمعني أنه في المثال السابق إذا لم ينفذ العقد ، فطالب المشتري البائع بتسليم المبيع كان للبائع الحق في الدفع ببطلان البيع في أي وقت .

أما في حالة البطلان النسبي ، فإن الحق في طلب إبطال العقد يسقط إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية ، وفي حالة الغلط والتدليس ، من اليوم الذي يتكشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، أما في حالة الاستغلال ، فيسقط الحق في التمسك بالبطلان بمضي سنة ، تبدأ فوراً من وقت التعاقد ، فإذا انقضت هذه المدة ، سقط الحق في التمسك بإبطال العقد ، وأصبح باتاً ونهائياً (٢).

وإذا تقرر البطلان فلا فرق في أثر البطلان بين البطلان المطلق وبين البطلان النسبي ، وذلك لأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يرتب أية آثار منذ ميلاده ، أما العقد القابل للإبطال فإنه وإن كان صحيحاً ويرتب آثاره، إلا أنه إذا ما قضي ببطلانه زال ما رتبه من آثار وبأثر رجعي ، فيستوي – في هذا الصدد – البطلان المطلق والبطلان النسبي (٣) .

---

(١) مادة ٢/١٤١ مدني ، وتنص علي :" وتسقط دعوي البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد " .

(٢) مادة ١٤٠ مدني .

(٣) إذا كان تقسيم البطلان إلي بطلان مطلق ، وبطلان نسبي هو ما استقر عليه غالبية الفقه الحديث، فإن نظرية الانعدام مازالت تلقي قبول بعض الفقه وترجع هذه الفكرة إلي الفقه التقليدي الذي ميز بين الانعدام ، والبطلان ، علي أساس أن الانعدام هو جزاء علي تخلف ركن جوهري في العقد – الرضا – المحل – السبب – الشكل – ويترتب البطلان علي تخلف المشروعية كأن يكون السبب أو المحل غير مشروع – انظر في تفصيل هذا الموضوع ، رسالتنا من ص ٩٤ وما بعدها .

وإذا صدر الحكم ببطلان العقد ، اعتبر العقد كأن لم يكن ، فيزول بالنسبة للمستقبل وبالنسبة للماضي ، ويجب في هذه الحالة ، إعادة المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فإذا كان البائع قد سلم المبيع ، وجب رد المبيع له، وإذا كان المشتري قد دفع الثمن ، وجب رده .

ومع ذلك ، قد يكون من الصعب إعادة الحال إلي ما كان عليه قبل التعاقد، فالعقد حتي ولو كان باطلاً بطلاناً مطلقاً ، قد وجد في الواقع ، وقد يرتب بعض الآثار ، كما لو استهلك المشتري المبيع ، أو قام العامل بالعمل المطلوب منع ، أو انتفع المستأجر بالعين المؤجرة ، ففي هذه الحالات يستحيل رد المبيع أو العمل أو المنفعة ، ولا يبق إلا التعويض ، فالطرف الذي استحال عليه الرد ، يلتزم بتعويض الطرف الآخر ، وفقاً لأحكام المسئولية المدنية .

ويترتب علي ذلك أنه :

- يستحيل إعادة الوضع إلي ما كان عليه في العقود الزمنية ، بسبب طبيعة هذه العقود كعقد الإيجار والعمل ، لأن ما تم تنفيذه لا يمكن استرداده .

- إذا قضي ببطلان عقد الشركة ، فإن هذا البطلان لا يزيل الوجود الفعلي لها، فالشركة قد وجدت فعلاً ، وقد ترتب علي وجودها بعض الآثار ، فلا يمكن محوها ، وينصرف أثر البطلان للمستقبل وتمسي الشركة هنا بالشركة الفعلية أو الواقعية .

- رغم الحكم ببطلان العقد ، قد تبقي بعض آثاره التي انتجها في الماضي ، حماية للغير حسن النية ، فلا يلزم الغير حسن النية برد المنقول الذي آل إليه، من أحد المتعاقدين في العقد الذي تقرر بطلانه (١) .

---

(١) مادة ٩٧٦ مدني .

-إذا أبطل العقد لنقص أهلية أحد المتعاقدين ، فإن ناقص الأهلية ، لا يلزم برد غير ما عاد عليه من منفعة ، بسبب تنفيذ العقد ، أما ما أضاعه في ملذاته ولهوه فلا يلتزم برده (١)

المبحث الثاني

الإرادة المنفردة

La volonté unilatérale

لم يعد العقد المصدر الوحيد للحقوق بعد أن أصبحت الإرادة المنفردة قادرة – في ظل التشريعات الحديثة – علي إنشاء حق للغير دون حاجة إلي قبوله .

والتصرف بالإرادة المنفردة ، هو اتجاه الإرادة إلي إحداث أثر قانوني معين، وذلك بالتعبير عن هذه الإرادة يصدر من صاحبها فيلزمه قانوناً ودون حاجة إلي قبول من وجه إليه التعبير ، فمن يوصي لشخص بشئ معين – منزل أو قطعة أرض أو سيارة – فالوصية تتم بإرادة الموصي المنفردة ، وترتب آثارها القانونية ، فتنتقل ملكية الشئ الموصي به إلي الموصي له عند وفاة الموصي ، ولا يكون قبول الموصي له شرطاً لآزماً إنشاء حق الملكية علي الشئ الموصي به ، فالحق مصدره الإرادة المنفردة للموصي.

---

(١) مادة ١٤٢ مدني ، راجع: جميل الشرقاوي ، نظرية البطلان ، رسالة القاهرة ، ١٩٦٥ ، فتحي والي ، الرسالة المشار إليها .

F.Cauevas cancino, la nullité des actes juridiques Canda 1960; p.Raux, Des dommages interet pour nullite du contrat, these paris 1901 ; R.Japiot ,Des nullité en matiere d’actes juridiques , these Dijon , 1909; A.Ghaznevi-Djahromi, La théorie des nullite en droit prive iranien compare , Thése paris , 1979 ; ph .Bourgeon , Distinction de l’inexistence et de l’annulabilité des actes juridiques, these Dijon 1885, A-slaim, la mullite des acte juridiques en droit positif algérien , these rénnes 1984; J.M.Auby, l’insxistence des actes juridiques unilatéraux en droit administrative fransais , act. Jur. Deradm .1960. doct,p.76.

وقد تكون الإرادة المنفردة سبباً في إنهاء الحق ، كالنزول عن حق رهن مثلاً ، وقد تصحح عقداً قابلاً للإبطال وذلك بإجازته ، وقد تنهي عقداً ، فعقد الوكالة ينتهي بعزل الموكل للوكيل أو بتنازل الوكيل عن الوكالة وكلاهما تصرف يتم بالإرادة المنفردة .

والإرادة تعتبر مصدراً للحقوق بجانب العقد ، متي صدرت من شخص متمتع بالأهلية وكانت إرادته باتة خالية من العيوب وواردة علي محل ممكن ومشروع ، علي النحو الذي ذكرناه في العقد .

والقانون المصري من بين التشريعات الحديثة (١) ، والتي جعلت من الإرادة المنفردة مصدراً للحقوق في بعض الحالات ، ومن أهم تطبيقاتها :

١- الإيجاب .

يلتزم الموجب بالبقاء علي إيجابه المدة المحددة ، إذا كان قد حدد لمن وجه إليه الإيجاب ميعاداً يبدي خلاله قبوله أو رفضه . فقد نصت المادة ٩٣ مدني علي أنه " إذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء علي إيجابه إلي أن ينقضي الميعاد " . وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (٢).

---

(١) ومن هذه التشريعات : الألماني ، الإيطالي ، السويسري ، التونسي ، انظر في الخلاف حول صلاحية الإرادة المنفردة لإنشاء الحقوق ، أحمد سلامة .

La coneption de l 'engagement unilateral en droit civil compare, these paris 1957 , p. 162 ets, Martin de la moutte (J), L'acte juridique unilateral , these Toulouse 1951, worms (S.R.) de la volonte unilatérale considérée comme une source d'obligation, these paris, 1891.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ وما بعدها ، بند ٦١ ، وعلي العكس، حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق ، ص ١٨٩ وما بعدها ، ص ٦٥١ ، ويري أن فكرة الإيجاب الملزم ما هي إلا تطبق لتقنية التعاقد بإرادتين ، وليس تعبيراً عن التزام بإرادة منفردة .

٢- الوعد بجائزة :

تنص المادة ١٦٢ مدني ، علي أن " من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين ، التزام بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلي الوعد بالجائزة أو دون العلم بها .

وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور ، علي ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد ، وتسقط دعوي المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور .

ويتحقق ذلك ، عندما يوجه أحد الأشخاص – كأن يوجه إعلاناً في أحد الصحف – وعدا إلي الجمهور بجائزة عن عمل معين ، كمن بعد بجائزة لمن يعثر علي أشياء مفقودة ، أو لمن يقوم بكشف علمي أو لمن يدلي بمعلومات تفيد في الكشف عن جريمة أو يصل إلي اختراع معين ... إلخ .

فالوعد بجائزة ، تصرف قانوني بالإرادة المنفردة ، تتجه فيه الإرادة إلي إلزام صاحبها ، دون حاجة إلي قبول الطرف الآخر ، ويشترط لنشوء الالتزام:

١-أن توجد إرادة تتجه إلي إنشاء الالتزام ، هذه الإرادة إرادة الواعد – يجب أن يعبر عنها تعبيراً صحيحاً واضحاً باتاً ، وأن تكون حرة خالية من العيوب، وأن يتوافر لصاحبها أهلية التصرف ، كما يجب أن ترد علي محل معين – جائزة مالية أو أدبية – وأن يكون لها سبب مشروع .

٢-أن يوجه الوعد بجائزة إلي الجمهور ، أي يوجه إلي أشخاص غير معينين بذواتهم ، وأن يتم التعبير عنه بطريقة علنية تمكن الجمهور من العلم به ، وتتحقق العلانية بكافة طرق النشر ، كأن يعلن في جريدة يومية مثلاً .

وإذا توافرت الشروط السابقة ، فإنه لا يجوز للواعد الرجوع فيه ، إذا حددت للوعد مدة لإنجاز العمل ، الذي تستحق عنه الجائزة ، مادامت هذه

المدة لم تنقضي ، ويكون لمن قام بالعمل خلال المدة المحـــددة ، أن يطالـــب بالجائزة سواء أكان يعلم بالجائزة أم لا .

أما إذا تعين مدة لإنجاز العمل المطلوب ، فإنه يجوز للواعد الرجوع فيـــه في أي وقت ، طالما لم يقم أحد بالعمل المطلوب ، فإذا أتم شخص العمـــل ، قبل إعلان الرجوع عن الوعد ، فإنه يستحق الجائزة ، علي أن ترفع دعـــوي المطالبة بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجـــوع عـــن الوعـــد بها(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج٢ ، ص ٣٣١ وما بعدها ؛ راجع .. عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ، ص ٦٨٦ وما بعدها ، بند ٣٥٣ ؛ حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ص ٦٥١ وما بعدها .

البـــــاب الســـــادس

الحماية القانونية للحق

قلنا أن الحق ما هو إلا استئثار شخص بقيمة أو مـــال معـــين ، اســـتئثاراً يحميه القانون ، وقلنا أن المقصود بالحماية القانونية ، إقرار القانون لاستئثار صاحب الحق بحقه ، فقد يستأثر شخص ما بشئ معين ، ومع ذلك ، لا يحميه القانون(١).

وإذا أقر القانون الحق ، أي اعترف به ، فإنه في حالة وقوع اعتداء علـــي صاحب الحق ، فإن القانون يعطي له وسيلة دفاع ، هي الدعوي أمام القضاء لرد هذا الاعتداء ، وهذه الدعوي ليست إلا أثراً مترتباً علي إقـــرار القـــانون للحق.

وتهدف الحماية القانونية إلي تمكين صاحب الحق مـــن التمتـــع بـــالحق ، فيستطيع أن يتصرف فيه ، ويستطيع أن يستعمله ويستغله ، ومع ذلك يجـــب أن يستعمل الإنسان حقه استعمالاً مشروعاً ، فإذا تعسف في استعمال حقـــه ، كان مسئولاً عن ذلك ، لأن في هذا التعسف إضرار بالغير .

ومما تقدم ، ينبغي أن نتعرض ، للدعوي كوسيلة لحماية الحق ، ثـــم بعـــد ذلك، نبين كيف يكون الإنسان متعسفاً في استعمال حقه ، وأخيراً إثبات الحق وذلك في ثلاثة فصول .

خطة البحث :

الفصل الأول : الدعوي .

الفصل الثاني : التعسف في استعمال الحق .

الفصل الثالث : إثبات الحق .

---

(١) كالسارق .

الفصـــــل الأول

الدعـــــــوى

الدعوي هي وسيلة حماية الحقوق القانونية ، فلكل شـــخص الحـــق فـــي اللجوء إلي القضاء بدعوي لمنع الاعتداء الواقع عليه ، فإذا نجح في ادعائـــه أمام القضاء حكم لصالحه .

وتتنوع الدعوي بحسب نوع الاعتداء ، فقد تكون الدعوي مدنية ، إذا كل الاعتداء يشكل مخالفة لأحكام القانون المدني وهي أنـــواع ومنهـــا ، دعـــوي التعويض ، دعوي الحيازة ، دعوي الاستحقاق ، دعوي الـــبطلان ، دعـــوي الفسخ ...إلخ ، ويختص بنظرها القضاء المدني .

وقد تكون الدعوي جنائية ، إذا كان الاعتداء يشكل مخالفة لأحكام القانون الجنائي ، وتتولي رفعها النيابة العامة ، باعتبارها الجهة الممثلة للمجتمع وإن المخالفة التي تقع من أحد الأفراد بالمخالفة للقانون الجنائي ، إنما تشكل – في الأصل – اعتداء علي المجتمع ، وترفع الدعوي أمام القضاء الجنائي .

وقد تكون الدعوي إدارية ، إذا كان الاعتداء يشكل مخالفة لأحكام القـــانون الإداري ، وهي تتعلق بالجهاز الإداري في الدولـــة ، وترفـــع أمـــا القضـــاء الإداري.

والدعوي المدنية هي الدعوي التي يرفعها شخص ، يطالب فيها بحقـــه أو يطالب فيها برفع اعتداء وقع عليه ، ويشترط في رافع الدعوي أن تكون له " صفة " أي من شخص يخوله القانون ذلك كصاحب الحق المعتدي عليـــه ، أو نائباً عنه كالوكيل أو الوصي هذا بالنسبة للمدعي ، أما المدعي عليه فيكون له صفة إذا كان ناكراً للحق أو منازعاً فيه ، ويجب أن تكون الصفة سواء صفة المدعي أم المدعي عليه متوافرة وقت رفع الدعوي ، ويشـــترط فـــي رافـــع الدعوى أن يكون له مصلحة ، ويقصد بالمصلحة الفائدة العمليـــة المشـــروعة

المراد تحقيقها باللجوء إلي القضاء كأن يطالب باسترداد حقه أو رفع الاعتداء الواقع عليه .

والقاعدة أنه ، " لا دعوي بلا مصلحة " ، أي أن الدعوي لا تكون مقبولة أمام القضاء ، إلا إذا كان لرافعها مصلحة ، ويجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة وقت رفع الدعوي .

ويشترط ، أيضاً ، أن ترفع الدعوي في مواعيد معينة حددها القانون ، فإذا مضت المدة المحددة لرفع الدعوي دون أن ترفع ، سقط الحق فيها ، ويهدف المشرع من ذلك إلي سرعة حسم المنازعات بين الأفراد ، بما يؤدي إلي استقرار المعاملات وتحقيق الأمن داخل المجتمع .

وإذا عرض النزاع علي القاضي ، فهناك عدة مبادئ تحكمه ، منها ، مبدأ حياد القاضي وعدم تحيزه لأحد أفراد النزاع ، ومبدأ عدم جواز الحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم ، ومبدأ حرية الدفاع ، فإذا أبدي أحد الأطراف ادعاءات معينة ، وجب علي القاضي ، أن يعطي للطرف الآخر فرصة الرد علي هذه الادعاءات ، كما يجب عليه أن يتيح لكل طرف من أطراف النزاع أن يقدم المستندات والأدلة التي تثبت حقه وأن يمكنه من الدفاع عنه فتتضح الحقيقة وتتحقق الحماية القانونية للحقوق .

الفصل الثاني

التعسف في استعمال الحق

تنص المادة الرابعة من القانون المدني علي أن " مـن اسـتعمل حقـه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " .

ويؤخذ من هذا النص ، وبمفهوم المخالفة ، أن من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسئولاً عما ينتج عن هذا الاستعمال من ضرر ، وذلـك لأن الاستعمال غير المشروع للحق ، يعد خروجاً عن الحدود التـي رسـمها القانون لاستعمال الحق مما يؤدي إلي الأضرار بالغير (١).

ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

- إذا لم يقصد به سوي الأضرار بالغير .
- إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسـب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .
- إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها غير مشروعة .

ويؤخذ من نص المادة الخامسه مدني ، أن المشرع وضع ثلاثـة معـايير للتعسف في استعمال الحق وهي :

-قصد الإضرار بالغير .
- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير .
- عدم مشروعية المصلحة .

---

(١) انظر .. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، المرجع المشار إليه ص ٤٦٨ وما بعدها ، التعسف في استعمال الحق ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٧ العدد الأول ، ص ٧١ وما بعدها ، أحمد فتحي ، التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، رسالة ١٩١٢ ، السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٩١٤ وما بعدها .

قصد الإضرار بالغير :

إذا كان القصد من استعمال الحق ، الإضرار بالغير ، كان الشخص متعسفاً في استعمال حقه ، كان يقوم الجار ببناء حائط مرتفع ، ليحجب الضوء والهواء عن جاره ، فهنا يكون متعسفاً ما دام لا يقصد من إقامة البناء سوى الإضرار بالجار (١)، أيضاً ، من تكون أرضه واقعة بالقرب من المطار مثلاً، فيضع أعمدة طويلة وحادة لإعاقة نزول الطائرات ، فيكون متعسفاً في استعمال حقه ، لأنه لم يقصد سوى الإضرار بالغير ، ويمكن استخلاص ذلك من ظروف الدعوى وقرائن الأحوال ، ويخضع ذلك كله لسلطة قاضي الموضوع .

-عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير:

يعتبر صاحب الحق متعسفاً في استعال حقه ولو لم يقصد الإضرار بالغير، إذا كانت المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها قليلة الأهمية وتافهة ، بحيث لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير من جراء استعمال الحق .

ومن الأمثلة " على ذلك ، ما تنص عليه المادة ٢/٨١٨ مدني ، من أنه " ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط ".

ويؤخذ من النص ، أنه إذا كان لكل صاحب حق أن يستعمل حقه ، فليس له أن يهدم حائطاً ، إذا كان هذا الهدم يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط ، إلا إذا كان هناك عذر قوي ومقبول ، كأن يهدمه لإعادة بناءه على وضع جديد.

---

(١) السنهوري ، ص ٩١٤ ، أنور سلطان ، ص ٤٨٠ "، وما بعدها ، وقد قضى بأن المالك يكون قد أساء استعمال حقه إذا أقام على حدود ملكه بناء تصل قمته إلى نصف ارتفاع الطبقة التالية من عقار الجار ، وكان ذلك لمجرد مضايقة هذا الجار ، استئناف مختلط ١٩٠٩/٤/١٧م /٣، ص ٢٥٢ ، وأحكام أخرى مشار إليها في السنهوري ، هامش ، ص ٩١٥ .

وإذا لم يوجد هذا العذر القوي والمقبول الذي يبرر هدم الحائط ، كان معنى ذلك ، رجحان الضرر الذي يصيب الجار الذي يستتر ملكه بالحائط على المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها صاحب الحق ، ويخضع تقدير ذلك لقاضي الموضوع (١) .

- عدم مشروعية المصلحة :

وتكون المصلحة التي يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعماله غير مشروعة ، إذا كانت مخالفة لأحكام القانون أو مخالفة للنظام العام والآداب(٢) ، كأن يستعمل الشخص مسكنه للدعارة أو لعب القمار ، وكإنهاء عقد العمل بسبب النشاط النقابي للعامل .

القاعدة أن الشخص يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً ، أي في الحدود التي رسمها القانون ، وعلى من يدعي أن صاحب الحق قد استعمل حقه استعمالاً غير مشروع أن يثبت ذلك ، فالبينة على من ادعى ويكون ذلك بكافة طرق الاثبات ، فإذا نجح المضرور في إثبات تعسف صاحب الحق كان له حق المطالبة بالتعويض ، وقد يكون التعويض عينياً ، كأن يطالب بإزالة الحائط الذي يحجب عنه الضوء مثلاً ، وقد يكون التعويض نقدياً ، وعندئذ يقدر القاضي التعويض بمبلغ من النقود يلتزم بدفعه من تعسف في استعمال حقه إلى المضرور (٣)..

---

(١) السنهوري ، ص ٩١٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ،ج١،ص١٠٩ .

(٣) أنور سلطان ، ص ٤٨٤ .

الفصل الثالث

إثبات الحق

لا يكفي أن يدعى شخص أن له حق ، ولكن عليه أن يقيم الدليل على أنه صاحب الحق في حالة وجود نزاع بشأنه .ونحن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، الأول : يتناول الأحكام العامة ، والثاني نخصصه لوسائل الإثبات .

خطة البحث :

الفصل الأول : الأحكام العامة في الإثبات .

الفصل الثاني : وسائل الإثبات

المبحث الأول

الأحكام العامة في الإثبات

إذا ادعى شخص ما حقاً له في ذمة شخص آخر ، كان عليه إثبات أنه صاحب حق ، ولا يستطيع ذلك إلا إذا أقام الدليل على وجود هذا الحق في ذمة الغير ، فإذا نجح في إقامة الدليل على أنه صاحب حق تمتع بحماية القانون .

ويقع عبء الاثبات على المدعى ، فالبينة على من ادعى ، لأن الأصل أو الظاهر ، براءة ذمة الإنسان من الدين ، فإذا أراد شخص أن يدعى أن له ديناً عند شخص آخر كان عليه – باعتباره يدعي خلاف الثابت أصلاً – عبء إثبات ذلك ، فإذا أثبت ما يدعيه وجب على المدين الوفاء بالدين ، فإذا ادعى أنه أوفى تحمل هو عبء الإثبات ، وكان عليه إثبات أنه قد أوفى بالدين، ليتخلص من مطالبة الدائن له ، وتعتبر هذه القاعدة تطبيقاً لنص

المادة الأولى من قانون الاثبات (١) والتي تنص على أن " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " (٢) .

وقد يترك القانون – كالقانون الإنجليزي والألماني – للأفراد حرية اختيار وسيلة إثبات الحق بالطريقة التي يراها تقنع القاضي بوجود الحق ويكون لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تقدير دليل الإثبات المقدم إليه ، وتسمى هذه الطريقة ، بمذهب الإثبات الحر Systéme de la la prevue libre .

وتأخذ بعض القوانين ، بطريقة الإثبات المقيد القانوني systéme de la prevue légale فيبين وسائل الإثبات المختلفة ، كما يحدد قوة كل دليل من أدلة الإثبات ، فلا يكون أمام المدعي إلا إثبات الحق بالطريقة التي يضعها القانون ،وإذا كانت طريقة الإثبات الحر لها عيوب ، تتمثل في إعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة المقدمة إليه ، تؤدي هذه الطريقة إلى

---

(١) قانون الإثبات رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٨ ، المعدل بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ .

(٢) فعبء الإثبات إذاً ، يقع على عاتق من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً، فالأصل في الإنسان براءة الذمة ، وعلى من يدعى العكس ، إثبات ما يدعيه ، إن نجح المدعي في إثبات ما يدعيه – مع أنه مخالف للأصل – كأن يثبت أن فلان مدين له ، فيكون هذا الادعاء ثابتاً عرضاً فإذا ادعى المدين ، عكس الثابت عرضاً فعليه عبء الإثبات ، وقد يدعي خلاف الثابت فرضاً ، كأن يفترض المشرع ثبوت واقعة (تسهيلاً على المدعي) ، من مجرد ثبوت واقعة ثابتة ، فتكون الأولى ثابتة حكماً فيكون على المدعي عليه عبء إثبات نفيها ، وهذا لأن المشرع أقام قرينة لكنها قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، فطبقا لنص المادة ٩٩ إثبات والتي تنص على أن " القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أي طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . راجع .. محمد سعد خليفة ، الوجيز في أحكام الالتزام والإثبات، دار النهضة العربية ، ٢٠١٦، ص ١١، ١٢ .

وانظر في تطبيقات ذلك الأحكام المشار إليها في محمد شكري سرور ، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ١٩٨٦ ، دار الفكر العربي ،ج١ ، هامش ص ٣٨ ، وما بعدها .

اختلاف القضاة في تقدير قيمة الأدلة ، مما قد يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات، إلا أن من محاسنها أنها تساعد على الوصول إلى الحقيقة ، لأن المتقاضي لا يتقيد بدليل معين في إثبات الحق (١) ، أما الإثبات المقيد ، إذا كان من مزاياه ، أنه يؤدي إلى استقرار المعاملات ، لأن القانون قد حدد مقدماً دليل الإثبات وبين قوة كل دليل ، إلا أنه يقيد حرية الأفراد في الإثبات مما يصعب معه الوصول إلى الحقيقة في حالة عدم توافر الدليل الذي وضعه القانون ، فتضيع الحقوق ، لعدم قدرة أصحابها على إقامة الدليل المطلوب عليها (٢)، وقد يرى القاضي نفسه – وقد كبل بها – مجبراً على أن يقضي للخصم أو عليه مع يقينه بأن ما يحكم به إن اتفق مع قواعد الإثبات المحددة قانوناً ، إلا أنه مجانب للحقيقة (٣) .

لذلك أخذت بعض القوانين ومنها القانون المصري بطريقة مختلطة ، سميت بالمذهب المختلط في الإثبات ، وعليه ، يحدد القانون وسائل الإثبات وطرقه ،وقد يبين قيمة الدليل وقوته في الإثبات كما في حالة الكتابة واليمين الحاسمة ، فإذا لم يحدد دليل الإثبات ، كان للقاضي سلة تقديرية في تقدير قيمة كل دليل وقوته في الإثبات كما في البينة ، والقرائن القضائية ، كما يكون له استكمال الأدلة الناقصة (٤) .

---

(١) وقد أخذ بهذا المذهب في المسائل الجنائية . راجع .. محمد سعد خليفة ، المرجع السابق، ص٤ وما بعدها .

(٢) سليمان مرقص ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربية ،ج١ ، ١٩٨١ ، ص ١٩ .

(٣) محمد شكري سرور ، موجز أصول الإثبات ، المرجع المشار إليه ، ص ٨ .

(٣) خاصة في المسائل التجارية ،وعن جهة القاضية في تكوين اقتناعه من بعض الأدلة نقض ١٩٨٠/٤/٢٦ ، مجموعة أحكام النقض ، المكتب الفني ، س ٣١ ، رقم ٢٣٦ ، ص ١٢٤٣ ، وأحكام أخرى مشار إليها في محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، هامش ، ص ٩ .

ومن قواعد الإثبات :

١-إذا ادعى شخص أمراً ، وجب على القاضي أن يسمح له بإثبات ما يدعيه، وهذا حق من حقوق الدفاع ، كما يجب على القاضي أن يتجنب الانحياز لأحد الخصوم (١).

٢-على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ، كما يكون لكل خصم حق مناقشة أدلة الخصم الآخر ، فإذا أذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود ، اقتضى ذلك – دائماً –أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق (٢).

٣- لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه ، فإذا كان الإنسان ملزماً بما يقوله أو يفعله ، فلا يكون من المنطق أن يلتزم بقول الغير أو فعله ، فلا قيمة إذا لما يصنعه الخصم بنفسه من أدلة ، وإلا كان الأمر كله بيد من يدعي أن له حقاً في ذمة الغير ، وقد أكد القضاء هنا المعنى ، حيث قضى بأن الشخص الطبيعي أو المعنوي لا يجوز له أن يتخذ من عمل نفسه لنفسه دليلاً يحتج به على الغير (٣) .

٤- لا يجوز إجبار أحد الخصوم على تقديم دليل ضد نفسه ، لأن تقديم الدليل كوسيلة للإثبات من حق المدعي ، ولا يجوز من ثم ، إجباره على استعمال حقه بطريقة تضره ، وقد أكد القضاء هذا المبدأ ، فقضى بأن " من

---

(١) محمد شكري سرور ، المرجع الثابت ، ص ١٣ ، والمراجع المشار إليها بالهامش .

(٢) مادة ٦٩ إثبات .

(٣) نقض ١٩٧٧/٣/١٣، المجموعة ص ٢٨ ، رقم ١٢٢ ، ص ٦٧١ ، ومع ذلك يجوز للقاضي أن يستخلص من دفاتر التجار دليلاً في الدعوى لصالحه ، لإثبات ما ورده إلى عملائه أو لإثبات تعامل بينه وبين تاجر آخر وذلك بشروط معينة (مادة ١٧ إثبات ،١٧ مدني) .

حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه (١) .

المبحث الثاني
وسائل الإثبات

حدد قانون الإثبات وسائل الإثبات المختلفة ، وقوة كل وسيلة من هذه الوسائل وهي :الكتابة وشهادة الشهودوالقرائن القضائية ، والإقرار واليمين والخبرة، ونحن سنتعرض لأهمها في إيجاز غير مخل (٢) .

المطلب الأول
الكتابـــــــــــــــة
prevue écrite

تعتبر الكتابة من أهم وسائل الإثبات ولذا اعترف لها المشرع بقوة إثبات مطلقة ، والدليل الكتابي قد يكون في صورة محرر رسمي وقد يكون في صورة محرر عرفي .

---

(١) نقض ١٩٤٠/٤/١١ ، مجموعة عمر ،ج٣ ، رقم ٥٠ ، ص ١٦٠ ، ومع ذلك أجازت المادة ٢٠ من قانون الإثبات إجبار الخصم على تقديم ما تحت يده من مستندات منتجة في الدعوى ،كأن يكون المحرر مشتركاً بين الخصمين ، أو استند أحد الخصوم إلى محرر ولم يقدمه ، فيكون لخصمه حق المطالبة بتقديمه (مادة ٢٥ إثبات) ، وانظر كذلك .. المادتين ١٦، ١٧ تجاري.

(٢) حيث يدرس الإثبات ضمن مادة القانون المدني – الالتزامات – للفرقة الثانية من الليسانس .

أولاً: المحرر الرسمي :Acte authentique

هو كل محرر مكتوب يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه (١) .

ويشترط في المحرر الرسمي ثلاثة شروط :

١-أن يصدر من موظف عام (٢) كموظف الشهر العقاري أو القاضيوكتاب المحاكم وضابط الشرطة ، ومن الممكن أن يصدر المحرر من شخص مكلف بخدمة عامة كالمأذون (٣).

٢-أن يصدر من الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة ،وذلك في حدود اختصاصه النوعي والمكاني .

٣-أن يتم ذلك ، وفقاً للأوضاع القانونية ، كأن يكون المحرر باللغة العربية ، وأن يكون بخط واضح ، وألا يوجد به كشط أو إضافة .

وإذا توافرت هذه الشروط في المحرر ، اعتبر ورقة رسمية ، وأصبح حجة على الناس كافة ، في حدود ما هو مثبت فيه من أمور قام بها من صدر عنه في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، ولا يجوز الطعن في المحرر وما هو مثبت فيه إلا بالتزوير ، فإذا ثبت أنه محرر مزور، لم يكن له أية حجية على الغير ، ولا يصلح لأن يكون دليلاً في الإثبات ، أما إذا فقد المحرر شرط من الشروط الثلاثة السابقة فقد صفة

---

(١) مادة ١/١٠ إثبات : وراجع .. محمد سعد خليفة ، المرجع السابق ،ص٢٠ وما بعدها.

(٢) والموظف العام هو الذي تعينه الدولة لإجراء عمل من الأعمال المتعلقة بها أو لتنفيذ أمر من أوامرها .. نقض ١٩٧٧/٢/٩ مجموعة أحكام النقض ،س٢٨ ، رقم ٨١ ،ص٤٢٢.

(٣) وإن كان البعض يذهب إلى ، أن المأذون هو موظف عام ، لأن الشخص المكلف بخدمة عامة هو الذي تكلفة الدولة بعمل مؤقت في ظروف استثنائية أو بعمل محدد ولمدة مؤقتة كالخبير أو المحامي الذي يكلف بالدفاع عن أحد المتهمين .

انظر الفقه المشار إليه في محمد شكري سرور ، هامش ص ٥٣ ، ٥٦

الرسمي ، ولا تكون له إلا قيمة المحرر العرفي ، إذا كان موقعاً من ذوي الشأن بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم (١).

ثانياً :المحرر العرفي Acte sous – seing privé

هو كل محرر مكتوب وموقع عليه من شخص ، دون أن يكون محرراً من قبل موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه .

ويعتبر المحرر العرفي حجة على من وقعه (٢) ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة (٣) ، ولا يكون المحرر العرفي حجة على الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ (٤) ، ويعتبر المحرر ثابت التاريخ في الحالات الآتية :

- من يوم أن يقيد أو يسجل بالسجل المعد لذلك .
- من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ .
- من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص .
- من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء، أن يكتب أو يبصثم لعله في جسمه .
- من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن المحرر قد صدر قبل وقوعه (٥).

---

(١) مادة ١٠ إثبات .

(٢) فالورقة العرفية الخالية من توقيع أحد المتعاقدين لا يكون لها من حجية قبله ، نقض ١٩٧٦/٦/٨ ، المجموعة ، ص ٢٧ ، رقم ٢٤٦ ، ص ١٣٩١ .

(٣) وفي حالة إنكار التوقيع على المحرر العرفي ، جاز لقاضي الموضوع ، إجراء التحقيق بالبينة أو المضاهاة أو بهما معاً ، نقض ١٩٧٧/٤/٥ ، المجموعة س ٢٨ ، رقم ١٥٥ ، س ٨٩٧ .

(٤) مادة ١٥ إثبات .

(٥) محمد سعد خليفة ، المرجع السابق ، ص ٥٠.

المطلب الثاني

الإقرار

L'aveu

الإقرار هو اعتراف الخصم بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القاضي، أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها (١) . ويعتبر الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر وهو غير قابل للتجزئة، فإما أن يؤخذ به كله أو يترك كله ، إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى(٢).

ويشترط لذلك :

١-أن يصدر أمام محكمة أو هيئة لها سلطة القضاء – كهيئة المحكمين – فلا يعتبر إقراراً قضائياً ما يصدر من اعترافات ، أمام الشرطة أو النيابة باعتبارها جهة إدارية .

٢-أن يصدر الإقرار أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها، فلا يعتبر إقراراً قضائياً ، الإقرار الصادر في دعوى أخرى ولو من نفس المقر ولذات الخصم .

وقد يكون الإقرار غير قضائي ، وهو الذي يقضي به الخصم لخصمه أو من ينوب عنه خارج مجلس القضاء ، وقد ذهب القضاء المصري إلى أن الإقرار غير القضائي يخضع لتقدير القاضي فله تجزئته أو اعتباره دليلاً كاملاً ،أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة أو لا يأخذ به أصلاً ، أما الفقه فقد ذهب عكس ذلك ، فقد طبق عليه نفس الأحكام ، التي طبقها على الإقرار القضائي (٣) .

---

(١) مادة ١٠٣ إثبات .

(٢) مادة ١٠٤ إثبات .

(٣) انظر في الخلاف ، محمد شكري سرور ، ص ١٧١ ، وما بعدها ؛ محمد سعد خليفة ، المرجع السابق ، ص ١٩٩ وما بعدها .

المطلب الثالث

اليميـــــــــــن

Le serment

يقصد باليمين اشهاد الحالف ، الله تعالى أمام القاضي على صدق ما يقوله الحالف ، وهي وسيلة من وسائل الإثبات ، وقد تكون حاسمة Le serment décisoire وقد تكون متممة le serment supplétif واليمين الحاسمة ، يلجأ إليها المدعي عند عدم توافر دليل آخر من أدلة الإثبات لديه ، ويحتكم هنا إلى ضمير المدعي عليه ، فيوجه إليه اليمين – أي يطلب منه الحلف أو القسم – ليحسم النزاع ، فإذا وجه المدعي اليمين لخصمه ، فقد يحلف الأخير ويخسر المدعي دعواه ، أما إذا نكل عنها وامتنع عن أدائها دون أن يردها على خصمه ، حكم القاضي للمدعي في هذه الحالة بما يطلبه(١).

ومع ذلك ، يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها ، أي يطلب من المدعي أن يحلف هو على ما يدعيه ، فإذا نكل المدعي ولم يحلف خسر دعواه.

فاليمين الحاسمة إذاً ، تحسم النزاع بشرط أن تكون حاسمة ومنهية للدعوى ، وأن تكون الواقعة موضوع اليمين متعلقة بالشخص الذي وجهت إليه اليمين ، وأن لا تكون الواقعة موضوع اليمين مخالفة للنظام العام والآداب (٢) .

---

(١) مادة ١١٨ إثبات.

(٢) كأن توجه اليمين لإثبات دين قمار ، ومع ذلك يذهب البعض إلى أنه يجوز لمن كان ضحية واقعة غير مشروعة ،توجيه اليمين لإثباتها ، وترتيب حكم القانون عليها من وجوب الرد أو وجب التعويض ، محمود جمال الدين زكي ،مشار إليه في محمد شكري ، هامش ١٤، ص ١٨٣ ؛ المواد ١١٥ وما بعدها .

ويجوز توجيه اليمين ، في أية حالة كانت عليها الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي ، ومع ذلك ، لا يجوز توجيه اليمين لأول مرة أمام محكمة النقض، كما لا يجوز لمن وجه اليمين أن يرجع في توجيهها ، متى قبل خصمه أن يحلفه .

أما اليمين المتممة ، فيوجهها القاضي من تلقاء نفسه ، إلى أي خصم من الخصمين ، ليستكمل بها الأدلة المقدمة إليه ، وليكمل بها اقتناعه بواقعة معينة، ويشترط لذلك ، أن تكون الدعوى خالية من دليل كامل ، وأن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل ، ومن ثم ، فهي لا توجه إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل ، ولا في الدعوى التي يكون فيها دليل كامل ، ولا ترد اليمين المتممة ، ولا يترتب عليها إذا نكل عنها من وجهت إليه ، أن يخسر الدعوى، فهي ليست حاسمة في النزاع ، ولا تقيد القاضي ولا الخصوم .

وللقاضي مطلق الخيار في الاعتداد بها ، أو التجاوز عنها ، أي أن له أن يقضي على أساس اليمين التي أديت ، أو على عناصر إثبات أخرى ، اجتمعت له قبل أداء هذه اليمين أو بعد أدائها (١)، ويجوز لخصم من حلفها أن يثبت العكس ، وحتى ولو صدر حكم بناء عليها ، جاز له أن يطعن عليه بالاستئناف ليتوصل إلى كذب اليمين (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ،ج٣ ، ص ٤٦٢.

(٢) جميل الشرقاوي ، محمود جمال الدين زكي ، محمد شكري ، ص ١٩١ ؛ محمد سعد خليفة ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢ وما بعدها .

المطلب الرابع

البينة (شهادة الشهود)

Le témoignage

ويقصد بالبينة – شهادة الشهود – إخبار الشخص في مجلس القضاء بواقعة حدثت من غيره وترتب حقاً ، ويشترط لذلك :

١-أن يكون ما يدلي به الشاهد مما اتصل بعلمه بطريقة مباشرة ، ويكون كذلك إذا كان قد أدركه بحواسه -السمع والبصر – حسب طبيعة الواقعة التي يشهد عليها .

٢-أن يكون في حالة تسمح له بإدراك حقيقة ما يخبر ويكون كذلك ، إذا كان قد بلغ سناً معينة وهي خمسة عشر سنة ، وفقاً لنص المادة ٦٤ إثبات .

والبينة من الأدلة التي تساعد في إقناع القاضي ، ولذلك فإن للقاضي – رغم توافر الشروط السابقة في الشهادة – سلطة تقدير أقوال الشهود ، فالأخذ بها مرهون بما يطمئن به وجدانه (١) ، فيجوز للقاضي إذاً أن يأخذ بالشهادة، أو يأخذ ببعضها أو يأخذ بأقوال شاهد دون آخر ، كما له أن يطرح الشهادة ولا يأخذ بها ، حتى ولو اتفق أطراف النزاع على شخص الشاهد (٢) ، ولا تعد صلة القرابة بين الشاهد وأحد الخصوم سبباً لطرحها(٣) .

ويجوز إثبات الوقائع المادية بشهادة الشهود ، كواقعة الجوار في الشفعة،وكواقعة الإثراء أو الافتقار في شأن أحكام الإثراء بلا سبب ، أو كما في واقعة الفعل الضار .

وإذا تعلق الأمر بتصرف قانوني ، فإن الإثبات بشهادة الشهود لا يجوز إلا في حالات معينة ، وهي الحالات التي لا يتوجب إثباتها بالكتابة ،كما في

---

(١) نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ ، المجموعة ، س ٢٥ ، رقم ٩٢ ، ص ٥٧٥ .

(٢) نقض ١٩٧٨/١١/١ ، المجموعة ، س٢٩ ، رقم ٣١٨ ، ص ١٦٤٦ .

(٣) انظر .. الأحكام المشار إليها في محمد شكري سرور ، ص ١٣٣.

المسائل التجارية ، وفي التصرفات القانونية المدنية التي لا تتجاوز قيمتها ألف جنيه (١) .

ومع ذلك ، يجوز الإثبات بشهادة الشهود أياً كانت قيمة التصرف ، إذا كان هناك نص أو اتفاق يقضي بذلك ، أو وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي (٢) ، أو فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه ، أو كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة (٣) .

وعلى العكس ، لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود حتى ولو لم تزد قيمة التصرف على ألف جنيه ، وذلك إذا كان المراد إثباته يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ، أو إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، أو إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على ألف جنيه ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة .

---

(١) القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ والمعدل لقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٦ ، ولا تزيد على عشرين جنيهاً إذا كان التصرف قد أبرم بعد أول ديسمبر ١٩٦٨ ، وهي القيمة التي حددها قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

(٢) راجع محمد سعد خليفة ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ ، ومن الموانع الأدبية، أن يكون التصرف قد أبرم بين الأب وابنه أو الزوج وزوجته .

(٣) ومبدأ الثبوت بالكتابة ، هو أية ورقة مكتوبة صادرة من الخصم من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال (مادة ٦٢ إثبات) .

الفهرس

نظرية الحق

الموضوع

رقم الصفحة

مقدمة	٣
الباب الأول : فكرة الحق	٥
الفصل الأول : العلاقة بين القانون والحق	٦
الفصل الثاني : تعريف الحق	١٢
المبحث الأول : نظرية سافيني ووندشايد	١٢
المبحث الثاني : نظرية اهرنج	١٤
المبحث الثالث: نظرية دابان	١٦
الباب الثاني : أنواع الحقوق	٢١
الفصل الأول : حقوق الشخصية	٢٤
المبحث الأول : حقوق الإنسان بالنسبة لكيانه المادي	٢٨
المطلب الأول : طبيعة حق الإنسان على جسده	٢٩
المطلب الثاني : دور رضا المجني عليه	٣١
المبحث الثاني : حقوق الإنسان بالنسبة لكيانه المعنوي	٤١
الفصل الثاني : الحقوق الشخصية	٤٥
المبحث الأول : الالتزام بعمل	٤٦
المبحث الثاني : الالتزام بامتناع عن عمل	٤٧
المبحث الثالث : الالتزام بإعطاء	٤٨
الفصل الثالث : الحقوق العينية	٥١
المبحث الأول : الحقوق العينية الأصلية	٥٢
المطلب الأول : حق الملكية	٥٣

المطلب الثاني : حق الانتفاع ٥٥
المطلب الثالث : حق الاستعمال وحق السكني ٥٦
المطلب الرابع : حق الحكر ٥٧
المطلب الخامس : حق الارتفاق ٥٨
المبحث الثاني : الحقوق العينية التبعية ٥٩
المطلب الأول : الرهن الرسمي ٦٢
المطلب الثاني : الرهن الحيازي ٦٣
المطلب الثالث : حق الاختصاص ٦٤
المطلب الرابع: حقوق الامتياز ٦٥
الفصل الرابع : الحقوق الذهنية ٦٧
المبحث الأول : المقصود بحق المؤلف ٦٨
المبحث الثاني : تحديد شخص المؤلف ٧٠
المطلب الأول : المصنف الفردي ٧٠
المطلب الثاني : المصنف المشترك ٧١
المطلب الثالث : المصنف الجماعي ٧٢
المبحث الثالث : مضمون حق المؤلف ٧٣
المطلب الأول :الجانب الأدبي لحق المؤلف ٧٤
المطلب الثاني : الجانب المالي لحق المؤلف ٧٨
الباب الثالث : صاحب الحق ٨٠
الفصل الأول : الشخص الطبيعي ٨١
المبحث الأول : بداية الشخصية ونهايتها ٨٢
المطلب الأول : بداية الشخصية القانونية ٨٢
المطلب الثاني : نهاية الشخصية القانونية ٨٤
المطلب الثالث : الوضع القانوني للمفقود ٨٥

المبحث الثاني : مميزات الشخصية ٨٩
المطلب الأول : الحالة ٨٩
المطلب الثاني : الاسم ٩٨
المطلب الثالث : الموطن ١٠١
المطلب الرابع : الأهلية ١٠٧
الفصل الثاني : الشخص المعنوي أو الاعتيادي ١٣٠
المبحث الأول : النظرية العامة للشخص الاعتيادي ١٣٢
المطلب الأول : بداية الشخصية الاعتبارية ونهايتها ١٣٢
المطلب الثاني : مميزات الشخصية الاعتبارية ١٣٤
المبحث الثاني: الأشخاص الاعتبارية في القانون المصري ١٣٧
المطلب الأول : الجمعيات ١٣٨
المطلب الثاني : المؤسسات الخاصة ١٤٠
الباب الرابع : محل الحق ١٤١
الفصل الأول : الأشياء ١٤٣
المبحث الأول : الأشياء التي يرد عليه التعامل والأشياء التي تخرج من دائرة التعامل ١٤٣
المبحث الثاني : العقارات والمنقولات ١٤٦
المطلب الأول : العقار ١٤٧
المطلب الثاني : المنقول ١٥٤
المطلب الثالث : أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ١٥٧
المبحث الثالث : الأشياء المثلية والأشياء القيمية ١٥٨
المطلب الأول : تعريف الأشياء المثلية والقيمية ١٥٩
المطلب الثاني: أهمية التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية ١٦٠

المبحث الرابع : الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك ١٦١

المطلب الأول : تعريف الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك ١٦١

المطلب الثاني : أهمية التفرقة بين الشئ القابلية للاستهلاك والشئ غير قابل للاستهلاك ١٦٣

الفصل الثاني : الأعمال ١٦٤

المطلب الأول : أن يكون العمل ممكناً ١٦٥

المطلب الثاني : أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين ١٦٦

المطلب الثالث : أن يكون العمل مشروعاً ١٦٧

الباب الخامس : مصادر الحقوق ١٦٩

الفصل الأول : الواقعة القانونية ١٧٢

المبحث الأول : الوقائع الطبيعية ١٧٢

المبحث الثاني: الوقائع الإدارية ١٧٤

المطلب الأول : الفعل الضار أو غير المشروع ١٧٤

المطلب الثاني : الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب ١٨٥

الفصل الثاني : التصرف القانوني ١٨٧

المبحث الأول : العقد ١٨٩

المطلب الأول : الرضا ١٩٠

المطلب الثاني : محل العقد ٢٠٢

المطلب الثالث : السبب ٢٠٤

المطلب الرابع : تنفيذ العقد ٢٠٥

المطلب الخامس : جزاء تخلف أحد شروط العقد ٢٠٧

المبحث الثاني : الإرادة المنفردة ٢١١
الباب السادس : الحماية القانونية للحق ٢١٥
الفصل الأول : الدعوى ٢١٦
الفصل الثاني: التعسف في استعمال الحق ٢١٨
الفصل الثالث: إثبات الحق ٢٢١
المبحث الأول : الأحكام العامة في الإثبات ٢٢١
المبحث الثاني : وسائل الإثبات ٢٢٥
المطلب الأول : الكتابة ٢٢٥
المطلب الثاني : الإقرار ٢٢٨
المطلب الثالث : اليمين ٢٢٩
المطلب الرابع : البنية (شهادة الشهود) ٢٣١
الفهرس ٢٣٣