



المدخل للعلم القانوني

الجزء الأول

إعداد

دكتور/

عباس مصطفى عباس
مدرس القانون المدني - قسم القانون الخاص
جامعة جنوب الوادي

دكتور/

شحاتة غريب شلقامي
أستاذ القانون المدني
جامعة أسيوط

2022م / 2023م

بيننا وبينكم

المُقدِّمة

كما هو واضح من التسمية المدخل لدراسة القانون أو مبادئ القانون تعني 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 اهم 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 وانانيته في نفس الوقت قد تؤدي 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 ولاضحت المساواة ضحية لأنانية الإنسان ، ولاصبح العدل مصطلحا يعرفه 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.

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

الجزء الأول نظرية القانون

- ✓ الباب الأول: ماهية القانون.
- ✓ الباب الثاني: أقسام القانون وفروعه.
- ✓ الباب الثالث: مصادر القانون.
- ✓ الباب الرابع: تطبيق القانون وتفسيره.

الباب الأول ماهية القانون

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

- ✓ الفصل الأول: التعريف بالقاعدة القانونية وبيان خصائصها.
- ✓ الفصل الثاني: التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى.
- ✓ الفصل الثالث: 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 وإلزام وأنها قاعدة سلوك من خلال المبحثين التاليين:

✓ المبحث الأول: تعريف القاعدة القانونية من الناحية اللغوية والاصطلاحية.

✓ المبحث الثاني: خصائص القاعدة القانونية.

المبحث الأول

تعريف القاعدة القانونية

لتعريف القانون لابد من تناول التعريف اللغوي ثم التعريف الاصطلاحي.

التعريف اللغوي للقانون:

يستخدم لفظ القانون للدلالة على كل قاعدة ثابتة ومستقرة وتؤدي إلى نتائج معينة، ومن هذا المنطق العام يستخدم لفظ القانون في مجالات شتى كمجال العلوم الطبيعية والرياضية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها من المجالات الأخرى، فعلى سبيل المثال نقول قانون الكون والذي يعني النظام الفريد الذي وضعه المولى، سبحانه وتعالى، والمتصف بالثبات والانتظام كدوران الأرض حول الشمس، وكتعاقب الليل والنهار، يمكننا أيضاً أن نقول قانون الجاذبية الأرضية، وقانون العرض والطلب في مجال علم الاقتصاد.

وكلمة قانون استخدمها العرب بمعنى القواعد التنظيمية علي الرغم من أن هذه الكلمة ليست عربية الأصل بل هي مشتقة من أصل لاتيني والكلمة في اللاتينية هي KANON ومعناها القاعدة أو التنظيم، وقد استخدم اليونانيين هذه الكلمة بمعنى العصا المستقيمة وهو المعني الحرفي لكلمة KANON باليونانية.

التعريف الاصطلاحي للقانون:

أساتذة القانون يستخدمون مصطلح القانون للدلالة علي معاني متعددة، فعلي سبيل المثال يقصد بالقانون هو "مجموعة القواعد التي تنظم بصورة ملزمة سلوك الأفراد في المجتمع" وهذا هو المعني الواسع لمصطلح القانون.

أما المعني الضيق لمصطلح القانون يمكن أن يدل علي عدة معاني:

1- القانون هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علي سبيل الإلزام سلوك الأفراد في بلد معين أو زمن معين، فيقال ثلاً القانون المصري، أو القانون الفرنسي للدلالة علي مجموعة القواعد القانونية السائدة في مصر أو في فرنسا.

2- قد يستخدم مصطلح القانون للدلالة علي فرع معين من فروع القانون، كالقانون المدني، والقانون التجاري، والقانون الدولي، وغيرهم من فروع القانون لتنظيم سلوك الأفراد ونشاطهم في مجال معين.

3- قد يستخدم لفظ القانون للدلالة علي القواعد القانونية التي تنظم مسألة معينة، فيقال مثلاً قانون المرور أو قانون تنظيم الجامعات وقانون

الشهر العقاري، وقانون الجوازات، وقانون المحاماة وقانون الإصلاح الزراعي وغير ذلك.

ويمكننا أن نشير لي أن مصطلح القانون قد يستخدم للدلالة علي 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 علي الجزء ونظراً للأهمية العظمى التي يتمتع بها التشريع كأحد مصادر القانون. ويجب التنويه إلي 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 تقضي بأن "لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله، واستغلاله، والتصرف فيه"، هذه القاعدة تعطي للمالك عدة حقوق في حدود القانون وعلي الغير احترام هذه الحقوق، فالقاعدة القانونية إذن تنشأ الحق.

المبحث الثاني خصائص القاعدة القانونية

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

لذلك القاعدة القانونية تتمتع بالخصائص الآتية:

1- القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي.

2- القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة.

3- القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية.

4- 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 أولاً وأخيراً إلي 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 يعني ذلك أن القانون يتجاهل تماماً وجود هذه الكائنات أو ما قد تحتاجه من حماية ورعاية، فالقانون ينظم علي سبيل المثال ملكية الإنسان للحيوانات، وينظم أيضاً المسؤولية عن الأضرار التي قد تسببها الحيوانات للإنسان أو لحيوانات أخرى، والقاعدة القانونية هنا لا تخاطب الحيوان بل تخاطب الشخص الذي يملكه.

وفي شأن الأشخاص الاعتباريين يجب التنويه إلي أن القانون استوجب ضرورة وجود شخص طبيعي يمثل الشخص الاعتباري ويوجه مجلس الإدارة لمؤسسة ما أو هيئة ما، ولا شك أن هذا يعتبر نتيجة حتمية ومنطقية لعدم قدرة الشخص الاعتباري علي فهم أو إدراك خطاب المشرع.

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

والقانون لا يهتم إلا بالسلوك الخارجي للأفراد، فالقانون ينظم العلاقات بين الأفراد لتوفيق المصالح بينهم وإزالة ما بينهم من تعارض، أما النواحي

والمسائل الداخلية فلا يهتم بها القانون إنما هي أمور باطنية لا يعلمها إلي المولى سبحانه وتعالى، وبالتالي قد تهتم بهذه الأمور الداخلية قواعد الدين أو الأخلاق وليس القانون.

لكن هذا لا يعني أن القانون يستبعد النوايا تماماً بل قد يدخل القانون نوايا وبواعث الأفراد الداخلية في الاعتبار وذلك إذا اقترنت بسلوك خارجي يدل عليها، فالقانون يعتد بالنية في تكييف الجريمة الجنائية فلو أن شخصاً عقد النية علي قتل إنسان آخر وظلت هذه النية حبيسة في صدره لم تخرج للوجود فإن القانون لا يعاقب عليها، وفي حالة قيام هذا الشخص بقتل إنسان بناءً علي هذه النية الكامنة في داخله فإن القانون يعامل الجاني عندئذٍ 1 معاملة شديدة وتختلف عن الذي قتل بدون قصد.

وقد نصت المادة 230 من قانون العقوبات المصري علي أن "كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار علي ذلك أو التردد يعاقب بالإعدام"، فهذا النص يوضح لنا مدى اعتداد المشرع بالنية، ففي حالة قتل شخص بدون قصد وبدون نية كاملة بالقتل العقوبة ستكون أخف بلا شك من الإعدام.

وإذا كانت النية لها أهميتها كما سبق في مجال قانون العقوبات فإن لها أهمية أيضاً في مجال المعاملات المدنية، فالقانون المدني ينص في المادة 1/148 علي ضرورة تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، كما أن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير طبقاً لنص المادة الخامسة من القانون المدني.

المطلب الثاني

القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة⁽¹⁾

ليس كل خطاب موجه إلى الأفراد للتكليف بإتيان أمر ما أو بالامتناع عنه يعد قاعدة قانونية، إذ يشترط في هذا الخطاب كي نضفي عليه صفة القاعدة القانونية أن يكون خطاباً عاماً مجرداً، بمعنى أن يوجه هذا الخطاب إلى جميع الأشخاص أو الوقائع التي تتوافر فيها شروط انطباقه، فلا يخاطب شخصاً بعينه أو أشخاصاً بذواتهم، ولا يخص واقعة بعينها أو وقائع محددة بالذات، بل يسرى على كافة الأشخاص والوقائع التي تتوافر فيها هذه الأوصاف أو تلك الشروط التي يتضمنها الخطاب الوارد بالقاعدة القانونية (2).

فالخطاب الذي يوجه إلى شخص معين باسمه، أو بشأن

¹ انظر الاستاذ الدكتور خالد جمال ، الوجيز فى مبادئ القانون المصرى، طبعة عام 1442 هـ - 2021 م، ص 27-28.

(2) انظر في نفس المعنى إلى كل من: سليمان مرقس "الوافي في شرح القانون المدني الجزء الأول" المدخل للعلوم القانونية" ص 12 الطبعة السادسة عام 1987 إيريني للطباعة مطبعة السلام شبرا، أ. د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص18 وما بعدها، أ. د/ حسن كيره - المرجع السابق - ص22 وما بعدها، أ. د/ عبدالناصر توفيق العطار - المرجع السابق - ص67 وما بعدها، أ. د/محمود جمال الدين زكي "دروس في مقدمة الدراسات القانونية" ص11، الطبعة الثانية عام 1969م القاهرة، أ. د/ رمضان ابوالسعود "الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني" ص75، الطبعة الثانية عام 1981 الإسكندرية .

واقعة معينة بالذات يعد أمراً أو قراراً فردياً وليس قاعدة قانونية (3).

والقاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة يجرى تطبيقها وفقاً لمعيار موضوعي عام على جميع الوقائع أو الأشخاص الذين تتوافر فيهم شروطها وتتحقق فيهم أوصافها، الأمر الذي يساعد على تحقيق العدالة والمساواة بين الأفراد في المجتمع (4).

ولا شك أن اتسام القاعدة القانونية بصفتي العمومية والتجريد يكسبها صفة الدوام، فتصلح للتطبيق في الحال على الواقعة أو الشخص الذي تنطبق عليه شروطها وأوصافها، كما تصلح للتطبيق أيضاً في المستقبل على كافة الوقائع الأخرى المماثلة أو على الأشخاص الآخرين الذين تتحقق فيهم أوصاف القاعدة وشروطها، وهي بذلك تختلف عن الأمر أو القرار الفردي الذي يفرغ مضمونه ويزول أثره بمجرد تطبيقه على واقعة بعينها أو شخص

(3) انظر في نفس المعنى إلى كل من: أ. د/ جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص 26، أ. د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 18، أ. د/ عبدالمنعم البدرأوى - المرجع السابق - ص 18، أ. د/ حسن كيرة - المرجع السابق - ص 25، أ. د/ محمد لبيب شنب "مذكرات في المدخل لدراسة القانون" ص 25، ط 1975، أ. د/ عبدالناصر توفيق العطار - المرجع السابق - ص 69،

أ. د/ رمضان ابوالسعود - المرجع السابق - ص 79 .

(4) انظر في نفس المعنى إلى كل من: أ. د/ حسن كيرة - المرجع السابق - ص 23، أ. د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص 69، أ. د/ منصور مصطفى منصور "دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية" (مبادئ القانون) ص 20، طبعة عام 1972م. دار النهضة العربية، أ. د/ سمير عبدالسيد تناغو "النظرية العامة للقانون" ص 42، طبعة عام 1974، منشأة المعارف بالإسكندرية، أ. د/ على حسن نجيدة - المرجع السابق - ص 21، أ. د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 19 .

بذاته دون أن يتجاوزهما إلى وقائع أخرى أو أشخاص آخرين.

فقانون مثل قانون الخدمة العسكرية يضع قاعدة قانونية لأن التكليف فيه تكليف عام مجرد ينسحب أثره إلى كل من تتوافر فيه في الحاضر أو في المستقبل شروط معينة تتصل بالجنس والسن واللياقة الجسمانية والبدنية، دون أن يخص شخصاً بعينه أو فرداً بذاته، بينما القرار الذي تصدره إدارة التجنيد لاستدعاء شخص معين بالذات لأداء خدمته العسكرية، لا يمثل قاعدة قانونية، لأنه قرار خاص بشخص محدد لا يتعداه إلى غيره (5).

وكذلك الحال نجد أن قانون تنظيم الجامعات يتضمن مجموعة من القواعد القانونية، فكل قاعدة من قواعده تتسم بالعموم والتجريد لأنها تخاطب الأشخاص والوقائع بالأوصاف والشروط وليس بالأسماء والذوات، فمثلاً القاعدة التي تنص على أن يشغل وظيفة معيد بإحدى الكليات في الجامعة من يحصل على الترتيب الأول بتقدير محدد من بين الطلاب ولم يتجاوز عمره سناً معيناً، تمثل قاعدة قانونية عامة ومجردة لأنها لم تخص شخصاً باسمه من بين الطلاب، بل وجهت إلى كل من تتوافر فيه الشروط والأوصاف التي تتضمنها القاعدة، حتى وإن كان من سيستفيد منها هو الأول على دفعته من الطلاب فقط، لأن القاعدة هنا تخاطب الشخص

(5) انظر في نفس المعنى إلى: أ. د/ حسن كيرة - المرجع السابق - ص 23، 24، أ. د/ سليمان

مرقس - المرجع السابق - ص 14 .

بصفته لا بذاته واسمه، بعكس الحال إذا صدر قرار من إحدى الكليات بتعيين شخص معين بالاسم في وظيفة معيد، فإن هذا القرار لا يعدو عن كونه قراراً إدارياً خاصاً ولا يعد قاعدة قانونية.

وينبغي أن يكون ماثلاً في الذهن أن صفة العموم باعتبارها وصفاً لازماً في القاعدة القانونية، لا يستلزم انطباقها على الناس كافة، ولا يحتم انصراف آثارها وتفرغ مضمونها على جميع المقيمين في أرض الدولة، ومن ثم لا يقدح في عمومية القاعدة القانونية أنها تتعلق بفئة معينة أو طائفة محددة من فئات المجتمع أو طوائفه، مثال ذلك القواعد القانونية الواردة في قانون المحاماة أو قانون تنظيم الجامعات أو قانون الأطباء أو قانون الصيدالة، فهذه القواعد جميعها تعد قواعد قانونية، ولم ينل من عموميتها تعلقها بطائفة المحامين أو أساتذة الجامعات أو الأطباء أو الصيدالة، لأنها تخاطب هؤلاء بأوصافهم لا بذواتهم وأسمائهم (6).

كما أنه لا ينال من عمومية القواعد القانونية تعلقها بتنظيم نشاط معين من أنماط النشاط الإنساني في المجتمع، بل إنه من المنطقي أن تصاغ لكل نشاط إنساني ما يتلاءم مع طبيعته من القواعد، ومن هذا المنطلق رأينا أن للنشاط التجاري قانوناً يسمى بالقانون التجاري، روعي في

(6) انظر في نفس المعنى إلى كل من: أ. د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص14، أ. د/

عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص68، أ. د/ حسن كيرة - المرجع السابق - ص24، أ.

د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص19 .

صياغته التناغم والانسجام مع مقتضيات تقدم التجارة وازدهارها، وأن للمعاملات المدنية قانوناً خاصاً بها ملاءم طبيعتها يسمى القانون المدني.... إلخ.

بل لا ينفي عن القاعدة القانونية وصف العموم والتجريد، انطباقها فقط على شخص واحد على أرض الدولة، ولذلك فإن القواعد التي تنظم مركز رئيس الجمهورية وتحدد اختصاصاته، تعد قواعد قانونية تتسم بالعمومية والتجريد، لأنها وإن تعلقت بشخص واحد إلا أنها لا تخاطبه باسمه وذاته وإنما تخاطبه بصفته، فالعبرة هنا ليست بعدد من تخاطبهم القاعدة القانونية- قل أو أكثر- وإنما العبرة بكونها لا تخص أشخاصاً بذواتهم أو وقائع بعينها، وأنها تخاطبهم بأوصافهم وشروطهم (7).

ولا يستلزم وصف العمومية والتجريد في القواعد القانونية، أن يجرى سريانها والعمل بها على الدوام، فقد يحدث أن تصدر بعض القواعد القانونية لتطبيقها خلال فترة زمنية محددة لمواجهة بعض الظروف سواء أكانت ظروفًا سياسية مثل قوانين الطوارئ أم ظروفًا اقتصادية مثل القوانين التي تصدر أثناء المجاعات التي قد تتعرض لها الدولة أم ظروفًا اجتماعية يتعرض لها أفراد المجتمع عقب حدوث بعض الكوارث الطبيعية كالزلازل

(7) انظر في نفس المعنى إلى كل من: أ. د/ شمس الدين الوكيل -المرجع السابق- ص19، أ. د/

سليمان مرقس -المرجع السابق- ص14، أ. د/ حسن كيرة -المرجع السابق- ص24، أ. د/

عبدالناصر العطار -المرجع السابق- ص68 .

والبراكين مثل القوانين التي تصدرها الدولة لتوفير المساكن اللازمة لإيواء المتضررين من هذه الكوارث الطبيعية (8).

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 دائماً في الدخول في علاقات مع باقي أفراد المجتمع، وهذه العلاقات لا بد وأن تكون منظمة ومحكومة بقواعد معينة، والقانون الذي ينظم هذه العلاقات من أجل تحقيق الاستقرار للمجتمع وتوفير الأمن ومنعاً لتعشي الفوضى والاستبداد. لذلك يمكننا القول أن المجتمع لا غني له عن القانون وإلا سادت الفوضى جميع ربوع المجتمع، ويمكننا أيضاً القول بأن القانون لا غني 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، أي أن القوى يأكل الضعيف والبقاء دائماً له، وأن الغنى يسلب حقوق الفقيرة

(8) انظر في نفس المعنى إلى كل من: أ. د/ شمس الدين الوكيل -المرجع السابق- ص20، أ. د/ خميس خضر "المدخل للدراسات القانونية" الجزء الأول "نظرية القانون" ص20، الطبعة الثانية عام 1986م، دار النهضة العربية، أ. د/ محمد حسام لطفي -المرجع السابق- ص16 .

ويستخدمه في أعمال السخرية دون مقابل ودون مراعاة لأدميته وحقوقه، من هنا كان لابد من وجود نظام قانوني عادل يحقق التوازن في المجتمع.

ومما يؤكد غلبة الطبيعة الاجتماعية علي القواعد القانونية نجد دائماً أن القانون يعبر عن ظروف المجتمع سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية كما نجد القانون يتطور بتطور المجتمع حتى لا يفقد مصداقيته، فعلي سبيل المثال في هذا العصر المتقدم تقدماً هائلاً في مجال المعلوماتية وتكنولوجيا برامج الحاسب الآلي وجدنا واضعي القانون يتدخلون لتعديل بعض قواعد القانون لمسايرة هذا التطور التكنولوجي العظيم ولا أدل علي ذلك من قانون الملكية الفكرية الجديد والذي يحمي مبتكري برامج الحاسب الآلي ضد الاعتداءات القاتلة لإبداعهم الفكري كنسخ البرامج مثلاً.

ويمكننا أن نضيف أيضاً لبيان غلبة الصفة الاجتماعية علي 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 إلي أن القانون أصبح أحد العلوم الاجتماعية الهامة نظراً لصلته الوثيقة بالمجتمع، فالقانون يهتم بالسياسية 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 أيضاً ببواعث السلوك الاجتماعي ومظاهره.

المطلب الرابع القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

كما نعرف القانون هو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلوك الخارجي للأفراد علي سبيل الإلزام، فالقاعدة القانونية تعتبر قاعدة ملزمة بمعنى أن الأفراد إذا لم ينصاعوا إلي العمل وفقاً لمضمون هذه القاعدة اختياراً، اكرهوا علي ذلك جبراً، ولاحترام قواعد القانون لابد من وجود جزاء رادع يحمل الأفراد المخاطبين بأحكام القواعد القانونية علي تنفيذها والعمل وفقاً لمضمونها، وبالطبع السلطة العامة في الدولة هي التي تتولى توقيع وتنفيذ الجزاءات بما لها من وسائل تساعد علي ملاحقة الخارجين والمخالفين لقواعد القانون.

ولا شك أن اقتران القواعد القانونية بجزاءات يعتبر أمر ضروري وحتمي لحمل الأفراد المخاطبين بأحكامها علي احترام هذه القواعد ضماناً لتحقيق الاستقرار في المجتمع وتتويجاً لمبدأ سيادة القانون، ذلك أن تلك القواعد القانونية دون جزاء يكفل احترام مضمونها سيؤدي بالضرورة إلي انتشار الفوضى وعدم الاستقرار وضياع الحقوق، ومنا هنا يؤكد الجميع أن احترام قواعد القانون هي سمة من سمات المجتمعات المتقدمة والراقية لأن الأفراد كلما ازداد تقدمهم ورفيهم الفكري كلما ازداد الإحساس بالحاجة إلي احترام قواعد القانون لتحقيق غاية أسمى ألا وهي إقامة النظام.

ويجب التنويه إلي أنه رغم رقي بعض الأفراد وسعيهم نحو احترام قواعد القانون من أجل إقامة النظام يوجد العديد من أفراد المجتمع الذين يميلون إلي خرق هذه القواعد، وعدم احترام أحكامها، فكان لابد من اقتران هذه القواعد بجزاءات رادعة ضماناً لاحترامها وتحقيق العدل في المجتمع، فالجزاء أمر ضروري تقتضيه صفة الإلزام في القاعدة القانونية، وفيما يلي سنوضح ماهية الجزاء والمقصود بهو خصائصه وأنواعه.

في الواقع الجزاء هو عبارة عن النتيجة المترتبة علي عدم احترام ومخالفة القواعد القانونية، ويتضح لنا من هذا التعريف أن الجزاء يتمتع بالخصائص التالية:

خصائص الجزاء في القاعدة القانونية وتطوره:

نت خلال التعريف السابق للجزاء نجد أنه يتمتع بالخصائص التالية:

- الجزاء حال غير مؤجل؛ ومعني ذلك هو وجوب أن يكون الجزاء فورياً ومباشراً بحيث يوقع علي المخالف في الحال، عند ثبوت مخالفته لمضمون وأحكام القاعدة القانونية، وهذه الخاصية تميز القواعد القانونية عن قواعد الأخلاق أو القواعد الدينية و التي يؤجل فيها الجزاء للأخرة.

- الجزاء مادي ومحسوس؛ ومعني ذلك هو ضرورة أن يتخذ الجزاء مظهراً ملموساً يتمثل في الإجبار الذي تباشره السلطة العامة بالقوة المادية، فالجزاء يوقع علي المخالف لأحكام القاعدة القانونية في

نفسه أو في ماله حسب الأحوال، فالجزاء المقترن بالقاعدة القانونية يختلف عن الجزاء الأخلاقي المتمثل في تأنيب الضمير أو استنكار الناس لسلوك المخالف للقواعد الأخلاقية.

- الجزاء منظم قانوناً؛ 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 تحاشياً ومنعاً لانتشار الفوضى وعدم الاستقرار في المجتمع.

وقد مر الجزاء من حيث تنظيمه وتطوره بمراحل مختلفة، ففي المجتمعات القديمة كان توقيع الجزاء موكولاً إلي الفرد الذي وقع عليه الاعتداء فقد كان هذا الفرد هو الذي يتولى بنفسه توقيع الجزاء أو تتولاه عائلته أو قبيلته، فقد كان أقارب القاتل أو عائلته يقتصون من القاتل علي مرأى ومسمع من جميع أفراد القبيلة علي أساس أن هذا القصاص هو الجزاء المناسب لما اقترفه القاتل في حق أهل القاتل بصفة خاصة وفي حق المجتمع بصفة عامة. وقد عرفت المجتمعات القديمة نظاماً آخر بديلاً 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 المعتدي عليه للدية كان يلجأ إلي القوة للحصول علي حقه.

وفي المعاملات المدنية نجد أن القانون الروماني كان يعطي للدائن الحق في المساس بحرية المدين كحسبه أو بيعه استيفاء لدينه، فقد كان الجزاء بدنياً، وتطوير حتى أصبح يتعلق بأموال المدين.

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

صور الجزاء:

الجزاء الذي تقوم بتوقيعه السلطة العامة في الدولة لا يتخذ شكلاً واحداً وإنما يختلف باختلاف فروع القانون التي وقعت المخالفة بشأنها، لذلك يمكننا

القول أن الجزاء يتنوع إلي عدة صور منها:

1-الجزاء الجنائي.

2-الجزاء المدني.

3-الجزاء الإداري.

4- الجزاء السياسي.

وفيما يلي سنوضح المقصود بكل صورة من صور الجزاء آنفة الذكر.

أولاً: الجزاء الجنائي:

هو عقوبة توقع تنفيذاً لحكم قضائي على من تثبت مسئوليته عن الجريمة⁽⁹⁾. وهذه العقوبة قد تمس الشخص في نفسه وحياته مثل الإعدام، أو في حريته الشخصية مثل الأشغال الشاقة (المؤبدة أو المؤقتة) والسجن والحبس أو في ذمته المالية مثل الغرامة والمصادرة. ويعتبر الجزاء الجنائي أشد الجزاءات القانونية وأقساها على الإطلاق، نظراً لأنه يمس حياة الإنسان وحريته الشخصية، فقد يترتب على توقيع هذا الجزاء إنهاء حياته بالكلية أو تقييد حريته بإيداعه في السجن لمدة طويلة أو قصيرة حسب الأحوال.

فالجرائم أو السلوكيات الإجرامية Les crimes ou Les conduites criminelles بأنواعها المختلفة وإن كانت كلها ذوات تأثيرات ضارة بالمجتمع وأفراده، إلا أنها متباينة ومختلفة من حيث درجة جسامتها ومقدار تأثيرها، ولهذا فقد قسمها واضع القانون تبعاً لذلك إلى درجات ومراتب أبشعها وأشدّها خطورة الجنايات، وأوسطها الجنح، وأدناها المخالفات، ثم أفرد لكل واحدة منهم عقوبات تتناسب وتتلاءم مع مرتبتها من الخطورة والجسامة.

(9) أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص 84.

1- فالجنايات وفقاً للمادة 10 من قانون العقوبات المصري هي

الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية:

أ - الإعدام: وتنفذ عقوبة الإعدام بشنق المحكوم عليه بهذه العقوبة

عملاً بالمادة 13 من قانون العقوبات المصري وتنفذ في بلاد أخرى

بقطع الرقبة أو بإطلاق الرصاص أو بالغاز السام أو بالكهرباء⁽¹⁰⁾.

وتمثل هذه العقوبة أخطر العقوبات المقررة في الجزاءات

الجنائية إذ تنتهي بتوقيعها حياة المحكوم عليه بها، ولذلك فهي لا

تطبق إلا على نوعية خاصة من الجرائم (الجنايات) التي تمثل

إخلالاً فادحاً بأمن المجتمع، ونظامه وحياة أفراد.

ب - الأشغال الشاقة المؤبدة: هذه العقوبة تستغرق حياة المحكوم

عليه كلها، ويتم تشغيله في أشق الأعمال والأشغال التي تعينها

الحكومة طيلة حياته (مادة 14 عقوبات)، ومع ذلك يجوز قانوناً

الإفراج عن المحكوم عليه بهذه العقوبة إذا أمضى عشرين سنة على

الأقل وكان خلالها حسن السير والسلوك.

ج - الأشغال الشاق المؤقتة: هذه العقوبة لا يجوز أن تنقص مدتها

عن ثلاث سنوات، ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا في الأحوال

الخصوصية المنصوص عليها قانوناً (مادة 14 عقوبات) ويُستَعْلَمُ

المحكوم عليه بهذه العقوبة في الأعمال الشاقة التي تعينها الحكومة

(10) أ.د. عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص 84.

طوال المدة المحكوم عليه بها.

والأصل أن تنفذ عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة على حد سواء في الليمانات فيكلف المحكوم عليه بأداء وتنفيذ الأعمال أو الأشغال الشاقة التي تحددها الحكومة، بيد أن واضع القانون قد أعفى الرجال الذين جاوزوا الستين عاماً والنساء مطلقاً ممن حكم عليهم بعقوبة الأشغال الشاقة بنوعيتها، من قضاء مدة العقوبة في الليمانات، ومن ثم فإنهم يقضونها في أحد السجون العمومية (مادة 15 عقوبات).

د - السجن: ووفقاً لهذه العقوبة يودع المحكوم عليه بها في أحد السجون العمومية، ويتم تشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة طوال المدة المحكوم بها عليه، ولا يجوز أن تنقص تلك المدة عن ثلاث سنوات ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانوناً (مادة 16 عقوبات).

2- أما الجرح وفقاً للمادة 11 من قانون العقوبات المصري فهي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية:

أ - الحبس: حيث يوضع المحكوم عليه بهذه العقوبة في أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه، ولا يجوز أن تنقص هذه المدة عن أربع وعشرين ساعة ولا أن تزيد على ثلاث

سنوات إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانوناً، ولكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز الثلاثة شهور أن يطلب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن طبقاً لما تقرر من القيود بقانون تحقيق الجنايات إلا إذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار (مادة 18 عقوبات).

وعقوبة الحبس نوعان حبس بسيط يقضيه المحكوم عليه دون أن يكلف بشغل داخل السجن، وحبس مع الشغل يشغل فيه المحكوم عليه داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة (مادة 19 عقوبات).

ب - الغرامة: التي يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه.

3- وأخيراً المخالفات: وهي الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التي لا يزيد مقدارها على مائة جنيه (مادة 12 عقوبات).

وتجدر الإشارة إلى أنه نظراً لخطورة التجريم وشدة العقاب على الأفراد في أي مجتمع من المجتمعات، لذلك تحرص جميع الدول على تضمين دساتيرها وتشريعاتها العقابية المبدأ الذي يقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، باعتباره ضماناً أساسية من ضمانات حقوق الأفراد وحررياتهم.

وإذا كانت العقوبات آنفة البيان تمثل عقوبات أصلية للجرائم بدرجاتها وأنواعها المختلفة، فإن ثمة عقوبات تبعية تطبق بقوة القانون

جنباً إلى جنب مع العقوبات الأصلية، هذا فضلاً عن وجود عقوبات
تكميلية لا تطبق على المحكوم عليه إلا إذا قررها القاضي في حكمه
(11).

(11) تنص المادة 24 من قانون العقوبات المصري على أن "العقوبات التبعية هي"

أولاً: الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة 25.

ثانياً: العزل من الوظائف الأميرية.

ثالثاً: وضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس.

رابعاً: المصادرة.

وتنص المادة 25 من قانون العقوبات المصري على أنه "كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حرمان

المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية"

أولاً: القبول في أية خدمة في الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أياً كانت أهمية الخدمة.

ثانياً: التحلي برتبة أو بنشان.

ثالثاً: الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال.

رابعاً: إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله، ويعين قيماً لهذه الإدارة تقره المحكمة، فإذا

لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته في غرفة مشورتها بناء على طلب

النيابة العامة أو ذى مصلحة في ذلك، ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذي تنصبه بتقديم كفالة،

ويكون القيم الذي تقره المحكمة أو تنصبه تابعاً لها في جميع ما يتعلق بقوامته.

ولا يجوز للمحكوم عليه أن يتصرف في أمواله إلا بناء على إذن من المحكمة المدنية المذكورة،

وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم يكون ملغياً من ذاته، وترد أموال المحكوم عليه

إليه بعد انقضاء مدة عقوبته أو الإفراج عنه، ويقدم له القيم حساباً عن إدارته.

خامساً: بقاؤه من يوم الحكم عليه عضواً في أحد المجالس الحسبية أو مجالس المديرية أو

المجالس البلدية أو المحلية أو أية لجنة عمومية.

سادساً: صلاحيته أبدأً لأن يكون عضواً في إحدى الهيئات المبينة بالفقرة الخامسة أو يكون خبيراً

أو شاهداً في العقود إذا حكم عليه نهائياً بعقوبة الأشغال الشاقة".

وتنص المادة 30 من قانون العقوبات المصري على أنه "يجوز للقاضي إذا حكم بعقوبة جنائية أو

جنحة أن يحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة، وكذلك الأسلحة والآلات

المضبوطة التي استعملت أو التي من شأنها أن تستعمل فيها، وهذا كله بدون إخلال بحقوق

الغير حسن النية".

جدير بالذكر أن سلوك الشخص سبيل الجريمة قد يعرضه للجزاء المدني إلى جانب الجزاء الجنائي المقرر لجريمته، ففي جريمة القتل مثلاً يتعرض الجاني عند ثبوت الجريمة في حقه والحكم عليه بعقوبتها لجزاء مدني يتمثل في دعوى التعويض التي قد يرفعها ورثة المجني عليه أو أقاربه ممن أصابتهم أضرار مادية أو أدبية بوفاة المجني عليه (12).

ثانياً: الجزاء المدني:

هو الجزاء الذي يوقع عند الاعتداء علي حق خاص أو إنكاره أو هو الأثر الذي يرتبه للقانون علي مخالفة قاعدة تحمي مصلحة خاصة أو حقاً خاصاً، ويمكننا أيضاً القول بأن الجزاء المدني هو الجزاء الذي يوقع عند ثبوت المسؤولية المدنية، والجزاء المدني يأخذ صور متعددة:

البطلان: الذي يترتب في حالة إبرام التصرفات القانونية بطريقة

وإذا كانت الأشياء المذكورة من التي يعد صنعها أو استعمالها أو حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة في ذاته وجب الحكم بالمصادرة في جميع الأحوال ولو لم تكن تلك الأشياء ملكاً للمتهم". وتنص المادة 31 على أنه "يجوز فيما عدا الأحوال السابقة الحكم بعقوبات العزل من الوظيفة الأميرية ومراقبة البوليس والمصادرة، وذلك في الأحوال المنصوص عليها قانوناً".

(12) يراعى أن دعوى التعويض التي يرفعها غير المضرور الأصلي عن الأضرار الأدبية التي تصيبه من جراء موت المضرور الأصلي أو إصابته بما دون الموت قد قصرها القانون على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية عملاً بنص المادة 222/2 والتي تنص على أنه "ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض (أي التعويض عن الضرر الأدبي) إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

مخالفة لما ينص عليه القانون كبطلان تصرفات الصبي غير المميز واعتبارها في حكم العدم طبقاً لنص المادة 110 من القانون المدني المصري، كما أن العقد يكون باطلاً وفي حكم العدم إذا كان محله مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، وبالإضافة إلي البطلان يوجد القابلية للإبطال في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد مثلاً كتوافر عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو إكرام أو استغلال، ويكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته عيب من العيوب السابقة، ويجوز له وحده التمسك ببطلان العقد وإعادة الحالة إلي ما كانت عليه قبل التعاقد.

إجبار الشخص علي القيام بما لم يصم به طواعية واختياراً كالإزام المؤجر بتمكين المستأجر من العين المؤجرة طالما أنه وقّي بكل التزاماته.

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

التعويض: الجزاء المدني قد يتخذ صورة التعويض وذلك لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور، وكما ورد في المادة 163 مدني "كل

خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".
والتعويض قد يكون هو الجزاء الأصلي للمخالفة كالتعويض الذي يلتزم به صاحب سيارة عن الإصابة التي تسبب فيها الغير، وقد يكون التعويض ليس أصلياً للمخالفة ولكن لتعذر تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً لما فيه من مساس بحرية المدين الشخصية، كتعهد رسام برسم لوحة أو فنان بإحياء حفلة، هنا نلزمه بالتعويض في حالة عدم تنفيذ التزامه لأن إجباره علي تنفيذ التزامه فيه مساس بحريته الشخصية.
والتعويض ثلاث أنواع: اتفاقي وقضائي وقانوني، الاتفاقي يكون نتيجة اتفاق الأطراف مقدماً علي مقداره وشروطه، أما التعويض القضائي يحكم به القاضي ويقدره بحسب ما لحق الشخص من خسارة وما فاته من كسب، وأخيراً التعويض القانوني وهو عبارة عن الفوائد الربوية وهي 4% في المسائل المدنية، و5% في المسائل التجارية، ويجوز الاتفاق علي سعر آخر للفوائد لا يزيد علي 7% وفقاً للمادتين 226، 227 من القانون المدني المصري.

ثالثاً: الجزاء الإداري:

هو الجزاء الذي يوقع علي العاملين بالجهاز الإداري بالدولة ووحدات الحكم المحلي والهيئات العامة في حالة ارتكاب مخالفات تتعلق بالوظيفة العامة.

وصور الجزاء الإداري متعددة فمنها الإنذار أو لفت النظر أو اللوم،

أو تأجيل منح العلاوة، وقد يصل الجزاء إلي حد الفصل من الوظيفة العامة.

رابعاً: الجزاء السياسي:

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

الفصل الثاني التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى

المبحث الأول التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الدين

من خلال ما سبق دراسته تبين لنا أن القواعد القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع على سبيل الإلزام تحقيقاً للاستقرار وترسيخاً لمبدأ سيادة القانون، لكن ليس معنى ذلك أن القواعد القانونية هي القواعد الوحيدة الموجودة بالمجتمع والتي تنظم سلوك أفرادها، فالواقع يوضح لنا ويكشف عن وجود قواعد أخرى اجتماعية تنظم أيضاً 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 الثاني: التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق.

- ✓ المبحث الثالث: التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد المجاملات.
- ✓ وفيما يلي 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 نظراً لأنها منزلة من الله سبحانه وتعالى عن طريق رسله، وهذه الأوامر والنواهي تنظم سلوك الأفراد في الحياة، وتدعو الجميع إلى الامتثال لتعاليم الله سبحانه وتعالى، تحقيقاً 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 إتباع أوامر الله سبحانه وتعالى واجتتاب نواهيه.

والقواعد الدينية تنظم سلوك الإنسان في تعامله مع غيره من أفراد المجتمع، وأيضاً 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 مصدراً احتياطياً وتاريخياً للقاعدة

القانونية، وحتى في البلاد الإسلامية والتي تأخذ بالقوانين الوضعية نجد أنها تطبق أحكام الدين في مسائل الأحوال الشخصية الزواج والطلاق والنفقات. ويمكننا التأكيد علي أن الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ نص في مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع وبالتالي أية قوانين تصدر لابد وأن تكون متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وينبغي على السلطة التشريعية مراجعة كافة القوانين التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية لأنها 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 المصدر:

القواعد الدينية مصدرها المولى سبحانه وتعالى، فهي منزلة من عنده عن طريق رسله لتنظيم الحياة، أما القواعد القانونية قام برضاها 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 دائماً للتعديل والتغيير لأن واضعها هم البشر لا حول لهم ولا قوة.

من حيث المضمون:

القواعد الدينية أوسع نطاقاً من القواعد العبودية لأنها تنظم علاقة الفرد بنفسه وبغيره من الأفراد، وأيضاً علاقته بربه سبحانه وتعالى، كما أن القواعد الدينية

تضع تنظيمًا للعالم والأخرة أيضاً، وبالإضافة إلى ذلك نجد أن القواعد الدينية تهتم بالبواعث والنوايا في حين أن القواعد القانونية لا تهتم إلا بالسلوك الخارجي للأفراد.

من حيث الغاية:

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 تحقيقاً للاستقرار وتدعياً للروابط الاجتماعية، في حين نجد القواعد القانونية هدفها وغايتها نفعية فقط من أجل الرقي 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 الجزاء:

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

المبحث الثاني

التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق

يقصد بقواعد الأخلاق مجموع المبادئ والأنماط السلوكية المقررة 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 الغاية:

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 نموذجاً لها بينما القواعد القانونية تأخذ من الشخص العادي نموذجاً لها، فيمكننا القول أن قواعد الأخلاق تحاول خلق مجتمع من الملائكة، أما القانون فلا ينشد سوي إقرار النظام داخل المجتمع.

من حيث الجزاء:

كما سبق الحديث أن القاعدة القانونية تكون مقترنة بجزاء ومن يخالفها يقع

تحت طائلة القانون، وقد بينا آنفاً أن الجزاءات متعددة فمنها مدني أو جنائي أو إداري، أما فيما يتعلق بقواعد الأخلاق فهي لا تقترن بجزاء مادي ملموس كالحبس أو الغرامة عند مخالفتها إنما تكون مقترنة بتأنيب الضمير أو استنكار الناس لمن يخالفها، فلا توجد سلطة عليا تجبر الأفراد علي 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 تصلح نصوصاً في تشريع معين، لذلك تتسم القواعد القانونية بالدقة والوضوح والتحديد، وعند التعرف على حكم قاعدة قانونية نجد أنه يكفي مطابقة النص لفهم الحكم الذي تنطوي عليه هذه القاعدة، أما قواعد الأخلاق نجدتها 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 نطاقاً ومجالاً من القواعد القانوني أنها لا تهتم فقط

بالسلوك الخارجي للأفراد إنما تهتم بالبواعث الداخلية، فقواعد الأخلاق لا تكتفي بالحكم على التصرفات الظاهرة فقط إنما تهتم بالمقاصد خاصة وأنها تبتغي تحقيق الكمال.

أما القواعد القانونية لا تهتم إلا بالسلوك الخارجي للأفراد وإذا أخذت أحياناً بالنوايا فهي لا تهتم بها إلا من أجل الحكم علي السلوك الخارجي للأفراد.

الصلة بين القانون والأخلاق:

لقد أوضحنا أن هناك اختلافات بين القواعد القانونية وقواعد الأخلاق، لكن هذه الفروق لا تعني انعدام الصلة بينهم، فكثير من قواعد القانون تعتبر قواعد أخلاقية أو تطبيقاً 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 أيضاً 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 القانوني، وبالإضافة إلى ذلك تجد بعض القواعد القانونية التي تتعارض مع المثل العليا والمبادئ الأخلاقية وعلى سبيل المثال القاعدة القانونية التي تحمي الحائز سيئ النية إذا وضع يده على أرض ما مدة طويلة تكون متناقضة مع مبادئ الأخلاق والمثل العليا.

المبحث الثالث

التمييز 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 معنوي 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 الدبلوماسي هي في الأصل قواعد مجاملات، لكن نظراً لتزايد أهميتها أصبحت قواعد قانونية معترف بها في القانون الدولي العام.

الباب الثاني 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 إجرائية، موضوعية لأنها تحدد الحقوق والواجبات، وإجرائية لأنها تبين الإجراءات 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 أمره لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وقواعد قانونية مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. ولعل أكثر هذه التقسيمات ذيوياً هو التقسيم الروماني لقواعد القانون، وهذا التقسيم يشمل نوعين من القواعد هي قواعد القانون العام، وقواعد القانون الخاص، والتقسيم الآخر الذي له أيضاً الغلبة هو تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد أمره وقواعد مكملة، وبناءً على ما سبق، تكون الدراسة في هذا الباب منصبة على فصلين:

✓ الفصل الأول: تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص.

✓ الفصل الثاني: 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.

ولنتناول 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 طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سلطة أو سيادة، ويهمم القانون العام أيضاً 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 أننا 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؟

معايير القهر والسيطرة:

أنصار هذا المعيار يرون أن القانون العام مرادف للخضوع والقهر، وقدرة السلطة العامة على تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية، فالقانون العام قانون سيطرة ويضع تنظيمياً أمراً لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه، أما فيما يتعلق

بالقانون الخاص فهو قانون الحرية وسلطان الإرادة لأن قواعد مكملة وبجوز الاتفاق بحرية تامة علي ما يخالفها ولكن قد تعرض هذا المعيار للنقد على أساس أن كل قواعد القانون العام أو الخاص تشتمل علي قواعد آمرة ومكملة في نفس الوقت، فالقواعد التي تتطلب أشكالاً معينة للعقود أو القواعد المتعلقة بالأهلية كلها آمرة رغم انها من قواعد القانون الخاص.

معيار المصلحة المبتغاة:

أساس هذا المعيار هو الغاية من القواعد القانونية، فإن كانت القواعد القانونية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة تكون من 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 أيضاً تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وعلي سبيل المثال البطلان المقرر للعقود عند مخالفة النظام العام والآداب العامة يكون محققاً للمصلحة العامة، فقواعد القانون كلها عبارة عن مزيج من الرغبة في التوفيق بين الصالح العام والصالح الخاص.

معيار أطراف العلاقة:

مضمون هذا المعيار يتمثل في اعتبار قواعد القانون من القانون المهم انها

كانت تتم العقوبات التي تكون الدورة أو أحد فروعها طرفاً فيها، أما إذا كانت تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها، أما إذا كانت العلاقات بين الأفراد بعضهم البعض تكون القواعد المطبقة من قواعد القانون الخاص.

وقد تعرض هذا المعيار كغيره من المعايير السابقة إلي النقد لأن الدولة قد تدخل العلاقات بوصفها شخص عادي لا بوصفها شخص معنوي عام ذات سلطة أو سيادة، فأحياناً الدولة قد تبيع عقاراً من أموالها أو إجرائها لعقد الإيجار بوصفها شخص معنوي خاص، فهنا ليس من المنطقي تطبيق قواعد القانون العام، فقواعد القانون الخاص هي الأخرى بالتطبيق.

ولما كانت كل هذه المعايير أنفة الذكر معرضة لسهام النقد، عارية من الحجج والأسانيد التي تدعمها، أصبحت في رأينا خليقة بالرفض وعدم الاتباع، وكان حتماً 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 معنوي عام ذات سيادة أم أنها تدخل العلاقة بصفتها شخص معنوي خاص غير صاحب سلطة؟
فالدولة حينما تدخل في العلاقات القانونية صفتين طبقاً لهذا المعيار، إما

أنها تدخل العلاقة باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان، وإما أنها تدخل العلاقة بوصفها شخصاً عادياً 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 طرفاً فيها لقواعد القانون العام لأن الدولة في هذه العلاقة صاحبة سيادة وسلطان، أما إذا أجرت الدولة قطعة أرض تملكها أو قامت باستئجار منزل لاستخدامه كمدرسة، هنا ستدخل العلاقة في نطاق قواعد القانون الخاص لأن الدولة دخلت العلاقة بوصفها شخصاً معنوياً خاصاً.

ويعد وبحق هذا المعيار هو أقرب المعايير إلى المنطق والصواب لأنه فصل العلاقات التي تدخل الدولة فيها، وبين النتيجة التي تترتب على دخول الدولة هذه العلاقات بصفة شخص معنوي عام، وعند دخولها بصفة شخص معنوي خاص، فالقانون العام طبقاً لهذا المعيار هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان، أما القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد أو التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها بوصفها شخصاً معنوياً خاصاً.

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

أهمية التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص:

نظراً 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 الفرد بعضهم البعض لا يختص بها سوى القضاء العادي، أما المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها شخص معنوي عام ذات سيادة، يكون الاختصاص القضائي لمحاكم القضاء الإداري "محاكم مجلس الدولة".

فيما يخص إنشاء العلاقة القانونية أو تنظيمها، في الحقيقة قواعد القانون العام تخول الدولة بوصفها شخص معنوي 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 أيضاً باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام نزع ملكية الأفراد للمصلحة العامة، وما يختلف عن قواعد القانون الخاص التي لا يتيح للأفراد الاستيلاء ممتلكات الآخرين بدون اتفاق معهم.

حتى في مجالات العمل، نجد أن علاقة الدولة مع موظفيها وتختلف 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 واضطراب، أما علاقة الشخص العادي 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 أموال عامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها 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 أمره لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، أما قواعد القانون الخاص تشتمل على النوعيين القواعد الأمرة 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 مسؤولية الدولة عند انتهاكها لأحد قواعد القانون العام تختلف عن مسؤولية الأفراد عند مخالفة قواعد القانون الخاص، فمسؤولية 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 نسيجاً متكاملًا عن هذا الموضوع أن نبين فروع كل من القانون العام والقانون الخاص.

المبحث الثاني فروع القانون العام والقانون الخاص

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

للإجابة على هذا التساؤل نقسم الدراسة هنا إلى مطلبين:

- ✓ المطلب الأول: فروع القانون العام.
- ✓ المطلب الثاني: 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 طرفاً فيها باعتبارهم ذات سيادة أو سلطان، والقانون العام يتفرع إلى قانون عام خارجي وهو القانون الدولي العام، وإلى قانون عام داخلي ويشمل القانون الجنائي، القانون

الدستوري، القانون الإداري، والقانون المالي.
وسنعرض فيما يلي المقصود بالقانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)،
ثم القانون العام الداخلي.

الفرع الأول

القانون العام الخارجي هو 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، طبقاً لهذا التعريف نجد أن القانون الدولي العام يعالج موضوعات مختلفة، وهو لا يقتصر على زمن السلم فقط، بل أيضاً وقت الحرب، ولكن قد شكك البعض في توافر الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام، لذلك يجب علينا معالجة المسائل الآتية:

أولاً: موضوعات القانون الدولي العام.

ثانياً: مصادر القانون الدولي العام.

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

أولاً: 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 الدبلوماسي والقنصلي بين الدول، وتعني أيضاً 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 إن 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 أيضاً في زمن الحرب كيفية معاملة أسري الحرب وما هي حقوقهم وواجباتهم، وفيما يخص الدول المحايدة، تحدد أيضاً قواعد القانون الدولي العام حقوقها وواجباتها في زمن الحرد وموقفها بالنسبة للدولة المتحاربة، وضرورة عدم تقديم المساعدات من أطراف النزاع، لأن ذلك قد يخرجها عن حيادها.

مراكز المنظمات الدولية وعلاقتها:

لقد اتسع نطاق القانون الدولي العام ليشمل تحديد مراكز المنظمات الدولية واختصاصاتها وأجهزتها، كما يهتم القانون العام ببيان علاقات هذه

المنظمات ببعضها البعض، وعلاقتها بالدول ومن المنظمات الدولية نجد منظمة الأمم المتحدة وهي منظمة عامة، وجامعة الدول العربية وهي منظمة إقليمية خاصة بالدول العربية فقط.

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

وجدير بالذكر أن ننوه إلى أن العرف الدولي قد يكون عاماً، وقد يكون إقليمياً، والعرف الإقليمي يختص بجماعة معينة من الدول، كالعرف السائد في المنطقة العربية فقط، أما العرف العام يقصد به العرف الذي يخص الدول جميعها.

المعاهدات الدولية: يقصد بالمعاهدات الدولية بصفة عامة الاتفاقات التي تبرم بين الدول في شأن من الشؤون الدولية، والمعاهدات الدولية تعد

المصدر الثاني 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 تلك هو معاهدة سان فرانسيسكو عام 1945م 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 مصدراً من مصادر القانون الدولي العام، ولكن قد تصبح هذه المعاهدات مصدراً للقانون الدولي العام، إذا أقرت قواعد واستقر المجتمع الدولي على اتباعها، والاعتقاد بالإنزامتها، ففي هذه الحالة ستكون عرفاً دولياً واجب الاتباع، ويصبح جزءاً 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 تقرها النظم القانونية المختلفة، فمبدأ المسؤولية عن الفعل الضار، وقاعدة احترام

الأطراف لما يرمونه 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.

ثالثاً: 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 يلي 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 لأسباب التالية:

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

2- 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 بصفة قانونية 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 كآلآتي:

1- فيما يخص حجة عدم وجود سلطة عليا تقوم بإصدار قواعد القانون الدولي العام، تعتبر حجة واهية ومن السهل هدمها لأنه ليس من الضروري 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 بالزامية 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 الديني يعتبر من أهم مصادر القانون الدولي العام.

2- فيما يخص عدم وجود سلطة عليا مهمتها توقيع الجزاء على من ينتهك قواعد القانون الدولي العام، نجد أيضا أن هذه الحجة ضعيفة، ولا تعد دليلاً على إنكار الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام، فالمجتمع الدولي نفسه هو الذي يوقع الجزاء، وذلك عن طريق تفويض الدولة التي رفع 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 العسكري.

وقد ذهب البعض إلى القول بأنه "وإذا كان الجزاء يترك للأفراد اعطى 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"، ولكن قد ذهب رأي آخر إلى أن التفويض في توقيع الجزاء يعتبر أمراً غير مرغوب فيه ويضعف من قواعد القانون الدولي العام ويجعلها من قبيل القواعد القانونية الناقصة، فالتفويض في توقيع الجزاء إذا تصورناه في المجتمع الداخلي وتركنا توقيع الجزاء في يد الأفراد لأدى ذلك إلى عدم الاستقرار وذيوع الفوضى والاضطراب.

ورغم أن القانون الدولي العام لم يبلغ بعد نهاية التطور، إلا أن وجود محكمة العدل الدولية، وما تتمتع به الجمعية 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 قانوناً بالمعنى الصحيح، ولذلك نرى جانبنا عدم الاتفاق مع الرأي القائل بأن قواعد القانون الدولي العام لا تتوافر الصفة القانونية لأن قواعده غير مكفول احترامها بقوة الإجماع 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 الدولي، وعدم اتفاقنا مع هذا الرأي آنف الذكر يرجع إلى

أن عدم احترام قواعد القانون الدولي العام لا يرجع إلى توافر أو عدم توافر الصفة القانونية في قواعده، ولكن يرجع إلى مدى خضوعنا إلى 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 يعني فقدان الصفة القانونية، ولكن فقدان المصادقية، فقواعد القانون الدولي العام التي طبقت على العراق عند غزو الكويت هي نفس القواعد التي تطبق على العدو الإسرائيلي نتيجة على احترامه للشرعية الدولية وانتهاك لحقوق الشعب الفلسطيني، فليس العيب في قواعد القانون الدولي العام، ولكن العيب في عدم احترامها والخضوع لها، ونخلص مما سبق إلى أن القانون الدولي العام يعتبر وبحق قانوناً بالمعنى الصحيح.

الفرع الثاني القانون العام الداخلي

القانون العام الداخلي هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات في الداخل والتي تكون الدولة طرفاً فيها أو أحد أشخاصها العامة بوصفهم أصحاب سيادة وسلطان، والقانون العام الداخلي يتفرع إلى عدة فروع منها القانون الدستوري، القانون الجنائي، القانون الإداري، والقانون المالي، وسنعرض فيما يلي لكل فرع من فروع القانون العام الداخلي:

أولاً: القانون الدستوري

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

1-التعريف بالقانون الدستوري:

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

والقانون الدستوري يعتبر القانون الأساسي في الدولة أو دستور الدولة، وطرق إصدار الدساتير عديدة، فقد يصدر الدستور عن طريق منحه من الحاكم، كما قد يصدر نتيجة اتفاق بين الحاكم والمحكومين، وقد يصدر من قبل جمعية وطنية تأسيسية، وفي هذه الطريقة الأخيرة قد يصدر الدستور من قبل الجمعية الوطنية التأسيسية، وأما الجمع بين ذلك وبين عرض الدستور على الشعب "الاستفتاء الشعبي"، وهذه الطريقة الأخيرة هي التي تم بها إصدار دستور مصر في عام ١٩٧١ و 2014م.

ويوجد نوعين من الدساتير، الدساتير المرنة والدساتير الجامدة، ويقصد بالدساتير المرنة هي التي يمكن تعديلها بسهولة، دون إتباع

اجراءات خاصة، أما الدساتير الجامدة هي التي لا يمكن تعديلها سوى بإتباع إجراءات خاصة مثل الاستفتاء الشعبي. وجدير بالذكر أن القانون الدستوري باعتباره القانون الأساسي في الدولة، يجب أن يصدر أي قانون متفقاً مع أحكامه، فلا يجوز اصدار قوانين مخالفة لأحكام الدستور، وإلا تم نعتها بعدم الدستورية، أو هذا القانون غير دستوري، أي أنه مخالف لقواعد الدستور والتي تعد أسس القواعد القانونية في الدولة.

2-موضوعات القانون الدستوري:

بناءً على التعريف سالف الذكر لقواعد القانون الدستوري، يمكننا أن نعرض للموضوعات والمسائل التي يهتم بها هذا القانون والموضوعات التي ينظمها القانون الدستوري هي كالآتي:

(أ) **بيان شكل الدولة ونظام الحكم فيها:** بعد القانون الدستوري ببيان شكل الدولة وما إذا كانت دولة موحدة كمصر، أو اتحادية كالولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، كما يهتم بتحديد ما إذا كانت الدولة ملكية أم جمهورية، وفيما يتعلق بنظام الحكم في الدولة توضح قواعد القانون الدستوري، ما إذا كان الحكم ديمقراطياً أم ديكتاتورياً، وما إذا كانت الدولة تأخذ بنظام الحكومة البرلمانية أم غير ذلك.

(ب) **تحديد السلطات العامة في الدولة:** تختص قواعد القانون

الدستوري ببيان السلطات العامة في الدولة، وهي ثلاث سلطات تشريعية، قضائية، وتنفيذية، فالدستور هو الذي يحدد اختصاصات هذه السلطات الثلاث وعلاقتها ببعضها البعض.

(ج) **بيان الحقوق والحريات العامة:** يوضح القانون الدستوري الحقوق والحريات العامة في الدولة، كحق المساواة أمام القانون، وحرية الاعتقاد، حرية الرأي، وحرية البحث العلمي، كما يحدد الدستور الواجبات العامة المفروضة على المواطنين كأداء الخدمة العسكرية وأداء الضرائب، ومن أمثلة حرص الدستور على صيانة الحرية الشخصية نجد أن المادة 54 من دستور 2014 تؤكد على أن الحرية الشخصية حق طبيعي لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد أو تقيسه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر يستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، والمادة 64 من الدستور تؤكد أن الدولة تكفل حرية العقيدة، وحرية الرأي مكفولة طبقاً للمادة 65 من الدستور، وفيما يتعلق بالواجبات نجد أن المادة 86 من الدستور تؤكد أن الدفاع عن الوطن واجب مقدس وأن التجنيد إجباري.

3-مدى توافر الصفة القانونية في قواعد القانون الدستوري:

لقد شكك البعض في توافر الصفة القانونية في قواعد القانون

الدستوري على أساس أن قواعده تقتصر إلى الجزاء عند مخالفة هذه القواعد، كما أنه لا يتصور توقيع الدولة الجزاء على نفسها، فالدولة هي التي تملك وتحتكر سلطات الجزاء والإجبار، ولا يتصور أن تشرعه في وجه نفسها عند مخالفة قواعد القانون الدستوري، والتزام الدولة باحترام الدستور ليس التزاماً قانونياً بل التزاماً أدبياً لا يترتب عليه عند المخالفة سوي جزاء أدبي.

ولكن قد اعترض البعض على ذلك حيث أن قواعد القانون الدستوري يتوافر فيها الصفة القانونية، وأن الجزاء عند مخالفتها يختلف عن صور الجزاء في فروع القانون الأخرى، وذلك لما للقانون الدستوري من طبيعة خاصة، فالقانون الدستوري كما سبق أن أوضحنا يبين السلطات الموجودة في الدولة، ويحدد اختصاصاتها، ومن تحليل قواعد القانون الدستوري نجد أن السلطات الثلاث الموجودة في الدولة تراقب كل منها الأخرى، فالرقابة المتبادلة تعد وبحق الجزاء عند مخالفة قواعد القانون الدستوري، فمن حق السلطة التشريعية سحب الثقة من الحكومة، كما أنه من حق رئيس الجمهورية حل مجلس الشعب، بالإضافة إلى ذلك نجد أن السلطة القضائية تراقب مدى دستورية القوانين واللوائح، فعند مخالفة أحكام الدستور، يوصم القانون المخالف بعدم الدستورية، وبالتالي يجب على المحاكم إلغائه. ويجوز للشعب باعتباره مصدر السلطات أن يتدخل لفرض احترام

الدستور سواء بالطرق السلمية أو الثورية.

وفضلاً عما سلف بيانه، يجب التنويه إلى أن النظر إلى الدولة باعتبارها 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 ينبغي عليها احترامه والتقيده بأحكامه، وعند خرق السلطات العامة للقانون يجوز للأفراد مقاضاتها، ومطالبة إهدار تصرفاتها غير المشروعة. والخلاصة؛ هي أن النتيجة المنطقية لما سبق ذكره هي الاعتراف بتوافر الصفة القانونية لقواعد القانون الدستوري.

ثانياً: القانون الجنائي

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 الجنائي يشتمل على نوعين من القواعد: قواعد موضوعية وقواعد إجرائية أو شكلية، وعلى هذا يتفرع القانون الجنائي إلى فرعين:

1- 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 الداخلي، إلا أن

بعض الفقهاء اعتبره قانوناً مختلطاً 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 بتصديده لتحديد الجرائم وتبيين العقوبات إنما يضع وصف أسس الأمن في الجماعة وعلاقة الفرد بالدولة الممثلة للجماعة عند خرق هذه الأسس، وليس أوثق من هذه الأسس ولا من تلك العلاقة اتصالاً بحق السيادة الداخلية، فيكون هذا القانون بهذه المثابة فرعاً من فروع القانون العام.

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، وبالتالي يعتبر قانون العقوبات وبحق أحد فروع القانون العام، وإذا كانت هناك بعض الجرائم التي لا يجوز تحريك الدعوى العمومية فيها إلا بعد إذن 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 المسؤولية الجنائية وتقسيم الجرائم بوجه عام، والعقوبات المقررة لهذه الجرائم وحسب وصفها، فعقوبة الجنائية تختلف عن عقوبة الجنحة أو المخالفة، والقسم العام يهتم أيضاً بتحديد الظروف المخففة والمشددة للمسؤولية الجنائية وموانع المسؤولية.

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 تزيف النقود واختلاس الأموال العامة، ومن الجرائم أيضاً ما يقع على حياة الإنسان أو جسمه كالقتل والضرب، ومنها ما يقع على عرضه أو شرفه كالزنا وهتك العرض، ومنها أيضاً ما يقع على ماله كالسرقة.

2- قانون الإجراءات الجنائية:

هو مجموعة القواعد القانونية التي يجب اتباعها لضبط الجاني،

وتفتيشه، وكيفية التحقيق معه، والسلطات المختصة بضبط الجريمة والتحقيق فيها وأحوال الحبس الاحتياطي، كما أن هذا القانون يهتم ببيان كيفية المحاكمة الجنائية، وتحديد المحاكم الجنائية، وكيفية الطعن في الأحكام، وكيفية تنفيذها.

ثالثاً: القانون الإداري

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وعلاقتها بالأفراد وكيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها الإدارية.

فالسلطة التنفيذية تمارس نوعين من الأنشطة: نشاط سياسي، ونشاط إداري، والمقصود بالنشاط السياسي هو أعمال السيادة كإعلان الحرب والدخول في معاهدات وحل البرلمان وتشكيله، والقانون الدستوري هو الذي يختص بتنظيم ممارسة السلطة التنفيذية لأعمال السيادة، أما فيما يخص النشاط الإداري، 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 الإداري أي أن هذا الأخير لا ينظم من أعمال السلطة التنفيذية إلا ما يتعلق بوظيفتها أو أعمالها الإدارية، والقانون الإداري طبقاً لما سبق ذكره يكون وثيق الصلة بالقانون الدستوري حيث أن هذا الأخير يوضح كيفية إنشاء تشكيل السلطة التنفيذية وممارستها لأعمال السيادة، والقانون الإداري يهتم أيضاً بالسلطة التنفيذية لكن بنشاطها الإداري فقط.

الموضوعات التي يهتم بها القانون الإداري:

تهتم قواعد القانون الإداري بالموضوعات الآتية:

1- أنواع الخدمات التي تؤديها السلطة التنفيذية والمرافق التي تقوم بأداء

هذه الخدمات، كمرفق التعليم، والكهرباء والمياه والصحة والشرطة.

2- التنظيم الداخلي 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 إعطاء قدر من الحرية والاستقلال للإدارات

الإقليمية في مباشرة مصالحها وعدم الرجوع على الحكومة المركزية

إلا في مسائل محددة.

3- بيان علاقة الدولة بموظفيها، وذلك بتحديد كيفية تعيينهم، وترقيتهم،

والإجراءات المتبعة لتأديبهم.

4- تحديد الجهة المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة

والأفراد، وتعتبر جهة القضاء الإداري الممثلة في مجلس الدولة هي

المختصة بذلك.

5- بيان الأموال العامة المملوكة للدولة والمخصصة للمنفعة العامة،

وتوضيح كيفية إدارتها، وأوجه الحماية المقررة لها.

6-تنظيم التصرفات الإدارية، وذلك كتحديد القرار الإدارية وشروطها وآثارها، وأيضاً بيان العقود الإدارية وكيفية انعقادها والالتزامات الناشئة عنها.

رابعاً: القانون المالي

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

وقد كان القانون المالي أحد فروع القانون الإداري، لكنه استقل الآن وأصبح قانوناً قائماً بذاته وذلك نظراً لتعدد وتشعب موضوعاته.

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

المطلب الثاني فروع القانون الخاص

القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد بعضهم البعض، كما أنها تظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد اشخاصها العامة طرفاً فيها لا باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان، ولكن بوصفها شخص معنوي خاص.

والقانون الخاص يعتبر أكثر قدماً 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 الأوسع الذي ينظم مختلف علاقات الأفراد سواء في المجال المدني، التجاري، أو الزراعي، ولكن مع تطور النشاط الإنساني وتنوعه ليقتمح كافة أو شتى جوانب الحياة، بدأت تظهر الفروع الأخرى للقانون الخاص، خاصة وأن القانون المدني أصبح غير منسجماً مع بعض العلاقات الأخرى الناشئة في غير المجال المدني.

ويمكننا أن نقسم فروع القانون الخاص إلى الفروع الآتية:

- 1- القانون المدني.
- 2- القانون التجاري.
- 3- القانون البحري.
- 4- القانون الجوي.
- 5- القانون الزراعي.
- 6- قانون العمل.

7- قانون المرافعات المدنية والتجارية. 8- القانون الدولي الخاص.

وفيما يلي سنعرض لكل فرع من فروع القانون الخاص آفة الذكر

(1) القانون المدني:

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

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.

يقصد بروابط الأحوال الشخصية كل ما يتصل بالأسرة من زواج وطلاق وقرابة وعلاقة الفرد بأسرته، وأيضاً تنظيم المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية، أما المقصود بالروابط العينية هو كل ما يتعلق بنشاط الشخص بالنسبة إلي الأموال، لبيان التعريف بالمال وأنواعه، والحقوق المالية للشخص وطرق كسبها وانقضائها.

وجدير بالذكر أن القانون المدني في معظم دول العالم يهتم بتنظيم النوعين معاً 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 لتنظيمها 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.

والقانون المدني المصري صدر في ١٩٤٨م لكن لم يكن سارياً إلا من 15 أكتوبر ١٩٩٩م، ويتناول هذا القانون العديد من الموضوعات، منها مصادر القانون المدني، وتطبيقه من حيث الزمان والمكان وبيان الأشخاص والأموال ويهتم القانون المدني أيضاً بدراسة الحقوق الشخصية أو الالتزامات في قسم معين، أما الحقوق العينية سواء كانت حقوق عينية أصلية كحق الملكية أم حقوق عينية تبعية كالرهن الرسمي، تم دراسة هذه الحقوق في قسم آخر.

2- القانون التجاري:

لقد كان القانون المدني هو المطبق أو الذي ينظم العلاقات ذات الطابع التجاري، ولكن مع التطور الإنساني وضرورة وجود قوانين خاصة لتنظيم العلاقات 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 بتنظيم الشركات التجارية بمختلف أنواعها، وأوجه النشاط التجاري المختلفة من عقود تجارية وملكية تجارية وصناعية، ومن موضوعات القانون التجاري أيضاً القواعد الخاصة بالأوراق التجارية كالكمبيالة والشيد والسند الإذني، والقواعد الخاصة بعمليات البنوك. ونظراً 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 بناءً على نص في القانون أو بناءً 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 لاستيفاء دينه كاملاً، وهذا بالطبع يقوي ويدعم ائتمان

الدائن لأنه واثق من إمكانية الحصول على حقه من أي من المدينين.

- فيما يتعلق بإثبات التصرفات القانونية التجارية، نظراً للثقة وعامل السرعة في العلاقات التجارية، القاعدة هي أن إثبات التصرفات التجارية يجوز بكافة طرق الإثبات، ولا يشترط التقييد بالكتابة، فيمكن الإثبات بالبينة أو بالقرائن، لكن نجد أن الأمر يختلف في القانون المدني حيث إن الإثبات لا بد أن يكون بالكتابة في التصرفات التي تزيد قيمتها على قدر معين.

- ومن الموضوعات الأخرى التي يختلف فيها القانون التجاري عن القانون المدني هي أن القانون المدني يجيز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً للوفاء بدينه إذا حل ميعاد الوفاء، وذلك بالطبع إذا وجد القاضي أن هناك ظرفاً معيناً تقتضى هذا التأجيل، أما في مجال القانون التجاري لا يجوز للقاضي 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.

3- القانون البحري:

المقصود بالقانون البحري هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة بمناسبة الملاحة البحرية، وتعتبر السفينة هي

الأساس الذي تدور حوله قواعد القانون البحري، من تحديد اسمها وجنسياتها والعقود التي يمكن أن ترد عليها من بيع أو إيجار. ويهتم القانون البحري أيضاً بتحديد مسئولية مالك السفينة والربان وطاقم السفينة والعلاقات الناشئة بينهم جميعاً، ومن الموضوعات الهامة أيضاً في القانون البحري، عقود النقل البحري والرهن البحري والتأمين البحري.

ويجب التنويه إلى أن القانون البحري قد كان جزءاً من القانوني التجاري، ولكن لاعتبارات معينة كازدياد حركة التجارة الدولية، أدت إلى استقلال القانون البحري عن التجاري.

4- القانون الجوي:

إذا كانت السفينة هي محل القانون البحري، تكون الطائرة هي محل القانون الجوي، فيدور هذا القانون حول الطائرة دوران القانون البحري حول السفينة، فقواعد القانون الجوي تبين كيفية تسجيل الطائرة، وجنسياتها، ومسئوليات طاقم الطائرة، والعقود التي تنشأ كعقود نقل الركاب أو البضائع عن طريق الجو، ومن الموضوعات التي يهتم بها أيضاً القانون الجوي هي التأمين على الطائرة والمسئولية عن حوادثها.

5- القانون الزراعي:

هو مجموعة القواعد القانونية التي تهتم بالنشاط الزراعي كملكية

الأرض الزراعية، والاستغلال الزراعي لهذه الأرض، فالقانون الزراعي يهتم بتنظيم ملكية الأراضي الزراعية، وكيفية استغلالها سواء عن طريق زراعة المالك لها بنفسه، أو عن طريق المزارعة، بمعنى إشراك الغير في استغلال الأرض الزراعية.

ويهتم القانون الزراعي أيضاً بتنظيم الجمعيات التعاونية الزراعية باعتبارها أداة من أدوات النشاط الزراعي، والاهتمام بالمؤسسات الائتمانية والتي تمنح القروض للمزارعين، وتنظيم الثروة الزراعية الحيوانية وتطويرها.

ويجب التنويه إلى أن القانون الزراعي حديث النشأة، فهو لم يظهر إلا بعد صدور قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩5٢، أي يمكننا القول أن هذا القانون نشأ بعد ثورة ٢٣ يوليو ١٩5٢، فهذه الثورة هي السبب الرئيسي لنشوء مثل هذا القانون، وقد صدر حديثاً القانون رقم 16 لسنة ١٩٩٢م لإعادة تنظيم العلاقة بين ملاك ومستأجري الأراضي الزراعية من خلال العودة إلى أحكام القانون المدني دون قانون الإصلاح الزراعي.

6- قانون العمل:

نظراً لانتشار الصناعة وتقدمها، كانت الضرورة تقتضي تنظيم العلاقات الناشئة بين أصحاب الأعمال والعمال، من هنا نشأ قانون العمل وهو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات

الناشئة بين أصحاب الأعمال والعمال.

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

ويمكننا القول بأن السبب الرئيسي لإصدار قانون العمل هو تزايد الفكر الاشتراكي، ففي ظل المذهب الفردي كانت الغلبة دائماً لأصحاب الأعمال باعتبارهم الطرف القوي يتحكمون في العمال كما يريدون، فالمبدأ السائد هو مبدأ سلطان الإرادة، ونظراً لتحكم الأقوياء في الضعفاء واستغلال أرباب الأعمال للعمال بدأ يظهر المذهب الاشتراكي والذي يدعو إلى المساواة والتضامن الاجتماعي، وضرورة حماية الطبقات الضعيفة من تعسف وبطش الطبقات القوية، فقد كان الفكر الاشتراكي مقيداً بسلطان الإرادة والذي كان سلاحاً يشهرونه أرباب الأعمال في وجه العمال اعتماداً على قوتهم الاقتصادية.

ونظراً لهذا التدخل المتزايد للدولة في علاقات العمل، أدى إلى دعوة البعض إلى انتماء هذا القانون إلى قواعد القانون العام لا إلى قواعد القانون الخاص، ولكن في الحقيقة قواعد هذا القانون تنتمي 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 أيضاً القواعد الخاصة بالتأمينات

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

7- 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 الإجراءات 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 المحلي والنوعي للمحاكم.
- بيان الإجراءات 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 القواعد 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، ولكن البعض الآخر أيد انتماء قواعد قانون المرافعات إلى فروع القانون الخاص، وذلك على أساس أنه يتعلق بحقوق وواجبات أطراف النزاع.

ومن جانبنا لا نؤيد هذين الاتجاهين، فقانون المرافعات لا ينتمي إلى قواعد القانون العام فقط، ولا ينتمي إلى قواعد القانون الخاص فقط، فهو وبحق يعتبر قانوناً مختلطاً يتعلق بالقانون العام فيما يخص تنظيمه للسلطة القضائية، ويتعلق بالقانون الخاص فيما يتضمنه من إجراءات للحصول على حقوق الأفراد.

8- القانون الدولي الخاص:

القانون الدولي الخاص هو عبارة عن مجموعة القواعد التي تختص بتحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق في العلاقات التي يكون أحد أطرافها عنصراً أجنبياً، كما أن القانون الدولي الخاص يهتم بدراسة الجنسية، وبكيفية اكتسابها، وحالات سقوطها أو سحبها، وبيان المركز القانوني 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 الشركات ذات العنصر الأجنبي.

وعلى سبيل المثال، إذا باع مصرياً عقاراً مملوكاً له إلى فرنسا، فهل القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة هو القانون المصري؟ أم القانون الفرنسي؟ وما هي المحكمة المختصة بنظر النزاع عند حدوثه؟ هل هي المحكمة المصرية أم أن الاختصاص سيكون منعقداً للقضاء الفرنسي؟ أما إذا باع هذا المصري عقاره الموجود في مصر إلى مصرياً 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 القضائي 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، أي اسناد النزاع إلى قانون

معين باعتباره القانون الواجب التطبيق.

- تحديد الجنسية وهي علاقة تبعية الفرد للدولة، وبيان الموطن أي علاقة الفرد بالدولة، وتحديد مركز الأجنبي من خلال بيان حقوقهم وواجباتهم.

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

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

الفصل الثاني القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة

القانون كما نعرف هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علي سبيل الإلزام السلوك الخارجي 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 نوعاً واحداً، 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 أمرة وقواعد مكملة، فما هو مفهوم هذين النوعين من القواعد؟ وما هي معايير التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة؟ للإجابة على تلك التساؤلات سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

✓ المبحث الأول: مفهوم القواعد الأمرة والقواعد المكملة.

✓ المبحث الثاني: معايير التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة.

المبحث الأول مفهوم القواعد الآمرة والقواعد المكملة

من حيث مدى قوة وإلزام القواعد القانونية تنقسم هذه الأخيرة إلى قواعد أمرة 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:

المطلب الأول: التعريف بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة.

المطلب الثاني: 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 باطلاً الاتفاق على مخالفة أحكام هذه القواعد، حيث إن سلطان الإرادة ينعدم تجاه هذه القواعد الآمرة، والحكمة من بطلان الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد هي تعلق واتصال هذه القواعد بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية، فالقاعدة الآمرة تمثل إرادة المجتمع العليا التي رأت تنظيم موضوع معين تنظيمياً

حاسماً لا مجال فيه لحرية الأفراد ولا يجوز لهم مخالفة ذلك حفاظاً على مصلحة المجتمع.

والقواعد الأمرة تنتشر في كل فروع القانون، سواء القانون أو القانون الخاص، وجدير بالذكر أن جميع قواعد القانون العام قواعد أمرة، أما في مجال القانون الخاص فهناك من القواعد ما يكون أمراً، ومنها ما يكون مكملاً، فعلى سبيل المثال معظم قواعد قانون العقوبات تكون أمرة، كالقواعد التي تنهي عن القتل خاصة وأنها تعالج سلوكاً أساسياً في المجتمع، والقواعد المتعلقة بجريمة السرقة أيضاً تعتبر قواعد أمرة حيث لا يجوز الاتفاق على سرقة شخص، والقواعد المتعلقة بالقانون الدستور أو الإداري أو المالي تكون أيضاً أمرة، ولا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها.

أما في مجال القانون الخاص هناك من القواعد ما يكون أمراً، ومنها ما يكون مكملاً أي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، فالقواعد المتعلقة بتنظيم الأسرة من زواج وطلاق، حقوق للأولاد كلها أمرة، والقواعد التي تحدد أن سن الرشد القانوني هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة تكون أيضاً أمرة، والقاعدة التي بين أنه لا يجوز لأحد النزول عن أهليته أو التعديل في أحكامها تكون أيضاً أمرة، وكذلك القاعدة التي تضع حداً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية بحيث لا يزيد على 7% تكون قاعدة أمرة.

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 يروونه محققاً لمصالحهم الخاصة خاصة وأنه لا يعود من جراء ذلك ضرراً على المجتمع.

والقواعد المكملة لا مجال لها في فروع القانون العام سواء كان قانون العقوبات أو القانون الدستوري، أو القانون الإداري، أو القانون المالي، أما في مجال القانون الخاص نجد العديد من قواعده يكون مكملًا.

وعلى سبيل المثال المادة 455 مدني تنص على "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع، فعلي المشتري 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 أيضاً ما تقضى به المادة 462 مدني من "أن المشتري يتحمل نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل ونفقات تسليم المبيع ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك"، وما تقضى به المادة 456 على أن "يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

المطلب الثاني مدى توافر صفة الإلزام في القواعد 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 للأفراد 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 لانتفاء صفة الإلزام؟!

في الواقع هناك إجماعاً فقهياً 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 إلزام القواعد المكملة يستند إلى الإرادة الضمنية للأفراد، فالمشرع قد افترض انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بحكمها، فإذا كانت إرادة الأفراد الصريحة لا تريد الأخذ بحكمها، أخذنا بهذه الإرادة الصريحة، ولكن قد تعرض هذا الرأي 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 ابتداءً، وملزمة وإجبارية انتهاءً، فهي غير ملزمة قبل إبرام الاتفاق ولكن بعد الاتفاق تكون ملزمة، ولا يجوز للأفراد الخروج على أحكامها، ولكن هذا الرأي غير سديد لأنه يغير من الحكم على القاعدة القانونية، فهي غير ملزمة قبل الاتفاق، وملزمة بعده، فكيف يستقيم ذلك؟

ولكن الرأي الغالب فقهاً يؤكد أن القواعد المكملة ملزمة كالقواعد الآمرة تماماً، كل ما في الأمر أن تطبيق القاعدة القانونية المكملة معقود بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها، فإذا تخلف هذا الشرط بان تم الاتفاق بين الأفراد على مخالفة أحكام هذه القاعدة القانونية المكملة، وجب الامتناع عن تطبيقها، وعدم تطبيقها هنا لا يرجع إلى أنها غير ملزمة، ولكن يرجع لعدم توافر شروط تطبيقها.

المبحث الثاني

معايير التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

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

ورأينا أن القوات الآمرة تعمل في مجال يتعلق بكيان الدولة والمصلحة العامة

للمجتمع، أما القواعد المحكمة غالباً ما تعمل في المجال الذي يتعلق بمصالح الأفراد وليس بمصالح عليا للمجتمع، ويترتب على التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المحكمة أن مخالفة القواعد الأمرة والخروج على أحكامها يعتبر باطلاً، فكيف نتعرف إذن علي القواعد الأمرة والقواعد المحكمة؟ وما هي معايير التفرقة بين هذين النوعين من القواعد؟

للتمييز بين القواعد القانونية الأمرة والقواعد المحكمة يستعن الفقه بالمعيارين التاليين:

أولاً: المعيار الشكلي.

ثانياً: المعيار الموضوعي.

وفيما يلي سنعرض كل معيار على حده:

أولاً: المعيار الشكلي

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

بعض أمثلة للقواعد الأمرة طبقاً لهذا المعيار:

- ما تنص عليه المادة 49 مدني من أنه "ليس لأحد النزول عن حرите الشخصية".

- المادة 48 مدني "ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها".

- المادة 465 مدني "إذا احتفظ البائع عن البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً".

- المادة 471 مدني "لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتابة 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 باطلاً".

- المادة 110 مدني "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة".

- المادة 515 مدني "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها، كان عقد الشركة باطلاً".

- المادة 2/131 مدني "التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه".

- المادة 1031 مدني "لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية".

بعض أمثلة للقواعد المكملة طبقاً لهذا المعيار:

- المادة 1/103 مدني "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك".

- المادة 346 مدني "يجب أن يتم الرفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

- المادة 1/456 مدني "يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم في المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".
- المادة ٨٢٧ مدني "تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك".
- المادة 46٢ مدني "نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

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

ثانياً: المعيار الموضوعي

كما سبق المعيار الشكلي يقوم على البحث في عبارات وألفاظ النص للتعرف على نوع القاعدة القانونية، وبيان ما إذا كانت أمرة أم مكملة، أما فيما يتعلق بالمعيار الموضوعي، 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 2/44 مدني والتي تنص على أنه "سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة"، لا توضح الألفاظ

هنا ما إذا كانت القاعدة آمرة أم مكملة.

وقد أضاف البعض القول بأنه حتى ولو كان المعيار الشكلي مجدياً فهو لا يكون كذلك إلا بالنسبة للقواعد التشريعية فقط أما القواعد العرفية تكون غير مكتوبة ولا تصاغ في ألفاظ معينة، وبالتالي لا يمكننا استخدام المعيار الشكلي.

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

والمعيار الموضوعي يقوم على النظر إلى مضمون النص وفحواه، فإذا كانت القاعدة القانونية تهدف إلى المحافظة على المصالح الحيوية والأساسية للمجتمع كانت قاعدة آمرة، 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 سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وخلقياً، ولا يتصور وجود المجتمع بدون هذه المبادئ والمصالح.

وعلى ذلك تكون القاعدة القانونية آمرة 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 الاجتماعية، ولا يكون كيان المجتمع باقياً 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 الربوي وتربطه بالنظام العام بحيث يبطل أي اتفاق يبيح الربا، ولكن قد تعدل الدولة عن اتجاهها في زمن آخر وتتيح التعامل الربوي.

وفيما يتعلق بمرونة فكرة النظام العام من حيث المكان، نجد أن 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 أيضاً بالفكر السائد في المجتمع، فإذا كن الفكر السائد في المجتمع فكراً فردياً تنكمش فكرة النظام العام حيث أن تقديس مصالح الأفراد هي روح المذهب الفردي، أما إذا كان الفكر السائد هو الفكر الاشتراكي، فإن فكرة النظام العام تزدهر خاصة وإن نشاط الدولة يزداد وتتدخل في كافة المجالات حيث إن مصالح الجماعة هي روح المذهب الاشتراكي.

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

كما أن قواعد القانون الدستوري تتعلق بالنظام العام حيث إنها تهتم بتحديد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وبيان اختصاصات السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وأيضاً قواعد القانون الإداري تتعلق بالنظام العام حيث أنها تنظم نشاط السلطة التنفيذية ومدى علاقتها بالأفراد، والقانون المالي أيضاً يرتبط بالنظام العام حيث أن قواعده تتصل بالكيان الاقتصادي للدولة.

أما في مجال القانون الخاص، نجد أن هناك من القواعد 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 قواعد الأحوال الشخصية، ومنها ما لا يتعلق بالنظام العام كقواعد المعاملات، ولكن في هذه الأخيرة قد توجد بعض القواعد التي تتعلق بالنظام العام، فأحياناً يتدخل المشرع وينظم بعض المسائل بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، كتدخله في مجال قانون العمل وتحديد حد أقصى لساعات العمل، فهنا لا

يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، وأيضاً القواعد التي تضع حداً أقصى لملكية الأراضي الزراعية تكون متعلقة بالنظام العام.

ماهية 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 سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وخلقياً، 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 أمرة ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وفكرة الآداب العامة مرنة كفكرة النظام العام، 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 حالياً وأصبحت من العقود المشروعة، ومن حيث المكان فيما 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 فكرتي النظام العام والآداب العامة، والمادة ١٣٥ مدني تنص على أنه "إذا لم يكن للالتزام سبب

أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".
فالعقد المبرم بين شخصين لاستئجار منزل معين لممارسة الدعارة أو القمار
يكون باطلاً لمخالفته النظام العام والآداب العامة.
وتقديرها ما إذا كانت المسألة المعروضة تتعلق بالنظام العام أو الآداب
العامة يكون من اختصاص قاضي الموضوع وتحت رقابة محكمة النقض،
فمسألة توافر النظام العام والآداب العامة من عدمه مسألة قانون لا واقع
وتخضع لرقابة محكمة النقض.

الباب الثالث مصادر القانون

المقصود بكلمة مصدر من الناحية اللغوية أصل الشيء أو منبعه، فنقول مصدر نهر النيل أي منبع نهر النيل، فمصادر القانون تعني 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 تعني 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 السياسي والاقتصادي والاجتماعي والخلقي، وعلى سبيل المثال نجد أن قانون الإصلاح الزراعي الصادر بالقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢م قد صدر معبراً عن واقع المجتمع المصري قبل ثورة يوليو ١٩٥٢م، فقد كان الإقطاع مسيطراً على كل شيء مما نتج عنه شيوع الغضب بين أفراد المجتمع، فجاءت ثورة يوليو لتعبر عن هذا الواقع المرير الذي عاشه الشعب المصري، وأصدرت قانون الإصلاح الزراعي الذي قضى على الإقطاع ووضع حداً أقصى لتملك الأراضي 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 للاستفادة 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 من بعض الدول الأخرى للاستفادة منها، ومثالاً لذلك نجد أن القانون المدني المصري قد استفاد من القانون المدني القديم ومن الشريعة الإسلامية ومن القانون الفرنسي، فكل هذه القوانين تمثل الجذور التاريخية للقانون المدني المصري.

وفيما يتعلق بالمصادر الرسمية، هي تلك المصادر التي يستمد منها القانون قوته الملزمة، فالمصدر الرسمي للقانون يعني 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 التشريع 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 يعترها ويعتبر كل من الفقه والقضاء مصدرين تفسيريين في القانون المصري والفرنسي، فدورهما يقتصر على تفسير القاعدة القانونية أما في بعض الدول

الأخرى نجد أن القضاء يمثل مصدراً رسمياً للقانون كما في إنجلترا، هذا مع التحفظ على أن القضاء الإداري في مصر وفرنسا له دور هام في خلق قواعد القانون الإداري.

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

✓ الفصل الأول: المصادر الرسمية.

✓ الفصل الثاني: المصادر التفسيرية.

الفصل الأول المصادر الرسمية

لقد نصت المادة الأولى من القانون المدني رقم 131 لسنة 1978 والمعمول به ابتداء من 15 أكتوبر 1949م على أن "تسري النصوص التشريعية علي جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضي العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية، فغذا لم توجد، فبمقتضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

طبقاً لنص هذه المادة يتضح لنا أن المصادر الرسمية للقانون المصري

هي:

1-التشريع.

2-العرف.

3-مبادئ الشريعة الإسلامية.

4-مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وهذه المصادر مرتبة ترتيباً تدريجياً ومقصوداً من المشرع المصري بحيث يتعين علي القاضي الالتزام بهذا التدرج عندما يكون بصدد الفصل في مسألة معينة، فيجب عليه اللجوء أولاً للتشريع، فإذا لم يجد الحل كان له اللجوء إلي العرف، لكنه إذا وجد الحل في التشريع وهو المصدر الأول، كان عليه الالتزام بذلك، وتطبيق هذا التشريع علي الواقعة المثارة أمامه، وإذا لم يجد القاضي الحل لا في التشريع ولا في العرف كان عليه الالتجاء إلي المصادر الأخرى كمبادئ الشريعة الإسلامية ثم مبادئ القانون الطبيعي 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 وأخيراً مبادئ القانون الطبيعي وقواعد

العدالة.

وسنعرض للمصادر الرسمية الأصلية والمصادر الرسمية الاحتياطية فيما يلي:

✓ المبحث الأول: المصادر الرسمية الأصلية.

✓ المبحث الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية.

المبحث الأول

المصادر الرسمية الأصلية

هناك مصدرين رسميين أصليين للقانون هما التشريع وقواعد الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، فالتشريع هو المصدر الرسمي 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 ديناً إسلامياً أو مسيحياً أو يهودياً، فقواعد الدين إذن المصدر الرسمي الأصلي لمسائل الأحوال الشخصية.

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

✓ المطلب الأول: التشريع.

✓ المطلب الثاني: قواعد الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الأول التشريع

المقصود بكلمة التشريع هو وضع القواعد القانونية وإخراجها في صورة مكتوبة، وبناءً علي إتباع إجراءات معينة بواسطة السلطة المختصة في الدولة، والسلطة المختصة بالتشريع هي مجلس الدولة طبقاً لنص المادة 101 من الدستور المصري الصادر في عام 2014م، وقد ينصرف معني التشريع إلي المصدر باعتباره هو المصدر المستمد منه القاعدة القانونية، وقد يراد أيضاً بكلمة التشريع هي مجموعة القواعد التشريعية التي تنظم موضوعاً معيناً أو تتولى تنظيم نشاط معين، فيقال مثلاً تشريع العمل، تشريع التأمينات الاجتماعية، تشريع الضرائب، التشريع المدني، التشريع التجاري.

ولدراسة التشريع كمصدر رسمي أصلي للقانون دراسة وافية لابد من تناول الموضوعات التالية:

الفرع الأول: أنواع التشريع.

الفرع الثاني: سن التشريع ونفاذه.

الفرع الثالث: الرقابة علي صحة التشريع.

الفرع الرابع: إلغاء التشريع.

الفرع الخامس: تقييم وتقدير التشريع.

الفرع الأول أنواع التشريع

يوجد ثلاثة أنواع للتشريع، وهذه الأنواع الثلاثة مرتبة ترتيباً هرمياً، وتختلف قوة كل نوع بحسب الموضوعات التي ينظمها ويعالجها، ففي المرتبة الأولى يكون التشريع الأساسي أو الدستوري أو الاسمي، ويأتي في المرتبة الثانية التشريع العادي أو الرئيسي، وفي المرتبة الأخيرة يأتي التشريع الفرعي أو اللائحي.

فالتشريع ينقسم إلي ثلاثة أنواع:

أولاً: التشريع الأساسي أو الدستوري.

ثانياً: التشريع العادي أو الرئيسي.

ثالثاً: التشريع الفرعي أو اللائحي.

أولاً: التشريع الأساسي أو الدستوري

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

ويعتبر التشريع الدستوري أو الأساسي أسمى أنواع التشريع، ولا بد من احترام كل من التشريع العادي أو الرئيسي والتشريع الفرعي أو اللائحي للدستور،

وإذا لم يتفق أحد هذين النوعين من أحكام الدستور وصف بعدم الدستورية، فإذا خالف التشريع العادي الدستور كان تشريعاً غير دستورياً، 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 1923م منحة من الملك للشعب، فقد أصدره الملك فؤاد ليقيد به بعض سلطاته تجنباً لغضب وثورة الشعب، أما سن الدستور عن طريق الاتفاق هو أن يصدر الدستور في شكل عقد أو اتفاق بين الحاكم وبين الشعب أو ممثلي الشعب، ومن أمثلة ذلك دستور فرنسا سنة 1830م، ودستور الكويت سنة 1962م.

أما الطريقة الثالثة لنشأة الدستور فهي عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من قبل الشعب، وهذا كما حدث في دستور ليبيا سنة 1951، وقد لا يقتصر الأمر علي هذا النحو بل يجب إتباع إجراء آخر بعد وضع الدستور من قبل الجمعية التأسيسية، كضرورة عرض الدستور علي الشعب لأخذ رأيه، وهو ما يسمى بالاستفتاء الدستوري، ومثال هذه الطريقة الأخيرة هو دستور مصر سنة 1971 ودستور 2014م.

فقد صدر دستور مصر عام 2014م عن طريق لجنة الخمسين برئاسة

السيد عمرو موسى وبعد موافقة الشعب المصري عن طريق الاستفتاء الشعبي، وقد تم إصدار هذا الدستور في عهد الرئيس المؤقت 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 الإجراءات المقررة لوضع وتعديل القوانين العادية، ومثل هذا النوع من الدستور الإيطالي سنة 1948م، 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 2014م.

ثانياً: التشريع العادي أو الرئيسي

التشريع العادي أو الرئيسي هو التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية في الدولة، وطبقاً لأحكام الدستور المصري الصادر في سنة 2014م يكون سن التشريع من اختصاص مجلس النواب المصري.

ومن الناحية العملية يطلق علي التشريع الصادر من مجلس النواب لفظ القانون، وهذا التشريع الصادر من مجلس النواب يسمى بالتشريع الرئيسي، 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 إلي حالة يجوز فيها 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 2014م لرئيس لجمهورية الحق في إصدار قرارات بقوانين لها نفس قوة التشريع الصادر من مجلس النواب وذلك في حالة الضرورة.

فالمادة 156 من هذا الدستور تنص علي أنه "إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يجوب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه، وإذا كان مجلس النواب غير قائم يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، علي أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلاق خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلي إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت عليه ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأي المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما

ترتب عليها من أثار".

ويتضح لنا من خلال تحليل نص المادة 156 سالفه الذكر أن رئيس الجمهورية له الحق في إصدار قرارات بقانون في حالة الضرورة، ولكن يجب توافر الشروط والقيود التالية:

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

2- ألا يكون مجلس النواب قائماً، أي ضرورة أن تكون حالة الضرورية قد توافرت في غيبة مجلس النواب كأن كان منحللاً أو انقضي الفصل التشريعي، فإذا لم يكن المجلس في غيرته، فيجب علي رئيس الجمهورية دعوته لانعقاد طارئ لمواجهة حالة الضرورة بإصدار القوانين المناسبة.

3- يجب أن تكون القرارات بقوانين صادرة من رئيس الجمهورية متفقة مع أحكام الدستور، وهذا أمر بدعي ومسلم به، فإذا كانت القوانين الصادرة من السلطة الأصلية وهي مجلس النواب يجب أن تكون غير مخالفة للدستور، فإنه من باب أولي عدم مخالفة القانون بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية للدستور.

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

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

ثالثاً: التشريع الفرعي أو اللائحي

يقصد بالتشريع الفرعي 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، ومعني ذلك أن حق السلطة التنفيذية في إصدار هذه اللوائح لا يوفق علي توافر حالة الضرورة.

والتشريع الفرعي يصدر في صورة لوائح تحتوي علي قواعد عامة مجردة تختلف عن القرارات الإدارية الفردية التي تخاطب أشخاص معينين بالذات، فالتشريع الفرعي يعد قانوناً من حيث الموضوع وليس الشكل وذلك لأنه يصدر من السلطة التنفيذية، وجدير بالذكر أن التشريع الفرعي أو اللائحي يصدر من أجل تنفيذ القوانين أو من أجل إنشاء وتنظيم المرافق العامة أو بغرض الحفاظ علي الأمن والسكينة العامة، وترتيباً علي ذلك يمكننا تقسيم التشريع الفرعي إلي ثلاث أنواع:

1- 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 محقاً عندما أعطي للسلطة التنفيذية الحق في إصدار اللوائح التنفيذية.

قد كان الوضع في ظل المادة 144 من الدستور المصري الملغي الصادر في 1971 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 للتنفيذ.

ولكن تغير الوضع في ظل دستور 2014م حيث نصت المادة 170 منها علي 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 إلي أن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تتعدى الغرض من إصدار هذه اللوائح، فعلي سبيل المثال لا يجوز لها أن تتعرض للقانون المارد تنفيذه بالتعديل أو بالتغيير، وإذا فعلت ذلك يكون مصير هذه الأفعال هو البطلان، فقد نصت المادة 170 من الدستور صراحة علي عدم تجاوز الهدف من إصدار اللوائح التنفيذية.

2- اللوائح التنظيمية:

هي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية مشتملة علي 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 إلي قانون معين كما هو الشأن بالنسبة للوائح التنفيذية. وقد كان الحق في إصدار هذه اللوائح مხოلاً لرئيس الجمهورية طبقاً

لدستور 1971 الملغي، ولكن تغير الوضع في دستور 2014 حيث نصت المادة 171 منه أنه "يصدر رئيس مجلس الوزراء القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها، بعد موافق مجلس الوزراء".

من خلال الاطلاع علي نص هذه المادة يتبين لنا أن رئيس مجلس الوزراء له الحق بنص الدستور في إصدار اللوائح التنظيمية بغرض إنشاء وتنظيم المرافق العامة، فالهدف الأساسي من هذه اللوائح هو إنشاء وتنظيم المرافق العامة عن طريق ترتيب وتنسيق العمل في الإدارات والمصالح الحكومية، ويجب التويه إلي 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 علي سبيل المثال.

وبالاطلاع علي نص المادة 171 آنفة الذكر يمكننا أن نستنتج أن رئيس مجلس الوزراء وحده الذي يملك الحق في إصدار اللوائح التنظيمية ولا يجوز له أن يفوض غيره كأحد الوزراء في إصدار هذه اللوائح، خصوصاً وأن هذه اللوائح تتولى تنظيم مسائل في غاية الأهمية وهي إنشاء وتنظيم المرافق العامة، وهذا علي النقيض من اللوائح التنفيذية التي يجوز لرئيس مجلس الوزراء تفويض غيره في

إصدارها.

3-لوائح الضبط:

لوائح الضبط تعني تلك اللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية بغرض تحقيق الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، وقد نصت المادة 172 من الدستور المصري الصادر في 2014 علي 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 172 سألغة الذكر يتضح لنا أن رئيس مجلس الوزراء وحده الذي يملك إصدار هذه اللوائح، ولا يجوز له تفويض غيره في إصداره، وهذا كما هو الوضع تماماً بالنسبة للوائح التنظيمية التي تصدر من قبل رئيس مجلس الوزراء وحده، فلوائح الضبط تتعرض لمسائل هامة وغاية في الحيوية لتعلقها بالأمن العام، لذلك كان منطقياً تخويل الحق في إصدارها لرئيس مجلس الوزراء فقط.

الفرع الثاني سن التشريع ونفاذه

لقد تناولنا في الدراسة السابقة التشريع الدستوري أو الأساسي، وبيننا كيفية إصداره أو سنه سواء عن طريق المنحة أو الاتفاق أو الجمعية التأسيسية أو الاستفتاء الدستوري، أما بالنسبة للتشريع العادي الصادر من مجلس النواب فهو محل دراسة هذا الفرع لنبين مراحل من هذا التشريع ونفاذه حتى يكون سارياً علي كافة المخاطبين بأحكامه.

أولاً: سن التشريع العادي

لوضع و سن التشريع العادي يجب المرور بمرحلتين هما مرحلة الاقتراح ثم مرحلة المناقشة والتصويت، فالسلطة التشريعية ممثلة في مجلس النواب في مصر، يجب لسن القانون إتباع هاتين المرحلتين:

1-مرحلة الاقتراح:

طبقاً لأحكام الدستور المصري الصادر في 2014 يكون حق تقديم الاقتراح بقانون لكل من رئيس الجمهورية ولمجلس الوزراء وأعضاء السلطة التشريعية، والاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية والحكومة أو من عشر أعضاء من مجلس النواب يطلق عليه اصطلاح "مشروع قانون"، أما الاقتراح المقدم من أحد أعضاء مجلس النواب يطلق عليه اصطلاح "اقتراح قانون".

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

أ- مشروع القانون المقدم من الحكومة أو عشر أعضاء مجلس النواب يحال مباشرة إلي اللجنة النوعية المختصة لفحصه ودراسته بهدف تقديم تقرير عنه، فإذا كان مشروع القانون المقدم يتعلق بالزراعة أو بالصناعة مثلاً، يحال الأمر إلي اللجنة النوعية المختصة بدراسة موضوع المشروع بقانون، أما فيما يتعلق باقتراح القانون المقدم من أحد أعضاء مجلس النواب، فإنه يقدم أولاً إلي لجنة الاقتراحات لتوضيح مدى جديته ومدى جواز عرضه علي المجلس من عدمه، فإذا وافقت عليه لجنة الاقتراحات يحال إلي 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 علي ضرورة قيام كل وزارة أو مصلحة قبل إصدار أي قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذي صفة تشريعية بعرض الأمر علي قسم التشريع لمراحل الصياغة حتى نصل إلي صياغة قانونية سليمة تعبر عن حقيقة المقصود من إصدار هذا المشروع بقانون، كما أن المشروع بقانون المقدم من عشر أعضاء مجلس النواب يدل علي جديته والرغبة الحقيقية لعدد كبير من النواب في إصدار قانون معبر عن الشعب، أما المشروع بقانون المقدم من أحد أعضاء 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 2014 بين المشروع بقانون أو الاقتراح بقانون في حالة رفضه من مجلس النواب، حيث لا يجوز تقديمه ثانية في نفس دور الانعقاد طبقاً لما جاء في نص المادة 122 من الدستور، وهذا عكس ما كان عليه الوضع في ظل دستور 1971 الملغي، حيث توجد تفرقة بين المشروع بقانون المقدم من رئيس الجمهورية والمشروع بقانون المقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب، فقد جاء في نص المادة 111 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 دوراً الانعقاد، أما فيما يخص المشروع بقانون المقدم من رئيس الجمهورية لم يتضمن الدستور في مادته 111 شيئاً من ذلك، وترتيباً علي ذلك أنه إذا حدث خلافاً حول المشروع بقانون المقدم من رئيس الجمهورية أو تم رفضه، فإنه يجوز عرضه مرة ثانية في نفس دورة الانعقاد.

2-مرحلة المناقشة والتصويت:

بعد انتهاء اللجنة النوعية المختصة من دراسة مشروع القانون وفحصه، فإنها تعد تقريراً للعرض على مجلس النواب مرفقاً به مشروع القانون من أجل مناقشته والتصويت عليه، وأولاً يجب على المجلس مناقشة مشروع القانون بصفة إجمالية لمعرفة مدى الموافقة عليه من حيث المبدأ، فإذا تمت الموافقة عليه من حيث المبدأ، يجب مناقشة مواده، كل مادة علي حدة وأخيراً تؤخذ الأصوات علي المشروع في مجموعة، وطبقاً لما ورد في المادة 121 من دستور 2014م لا يكون انعقاد المجلس صحيحاً ولا تتخذ قراراته إلا بحضور أغلبية أعضائه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وعند تساوى الآراء يعتبر الأمر الذي جرت المداولة بشأنه مرفوضاً، وتصدر الموافقة علي 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 جميعاً 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 إلي أن مشروع القانون إذا تمت الموافقة عليه من قبل الأغلبية المطلوبة يكون قانوناً موجوداً بالفعل، لكنه لا يصبح سارياً وناظراً في حق المخاطبين بأحكامه إلا بعد إتباع إجراءات معينة لنفاذه.

ثانياً: نفاذ التشريع العادي

بعد التصويت علي مشروع القانون بالموافقة، أي بعد تحقق الأغلبية المطلوبة يكون مشروع القانون قانوناً موجوداً بالفعل، وحتى يكون نافذ في حق كافة المخاطبين بأحكامه، لابد من إصداره من قبل رئيس الجمهورية حتى يتسنى لرجال السلطة التنفيذية تنفيذه، ولابد أيضاً من نشره حتى يعلم

به الأفراد في المجتمع.

فلنفاذ التشريع العادي يشترط المرور بمرحلتين هما مرحلة الإصدار ثم مرحلة النشر.

1-مرحلة الإصدار:

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

وقد نصت المادة 123 من الدستور الحالي 2014م علي أن "الرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها" ويتضح لنا من هذه المادة أن رئيس الجمهورية هو الذي يملك الحق في إصدار القانون، ويجب التتويه إلي أن ذلك يكون منطقياً بالنسبة للتشريع العادي الذي تم وضعه من قبل مجلس النواب، أما بالنسبة للتشريعات الاستثنائية التي توضع في حالة الضرورة، فلا حاجة إلي إصدارها، لأن السلطة التي لها حق الإصدار هي نفس السلطة التي سنت هذه التشريعات فليس من المنطقي أن توجه السلطة التي

وضعت التشريعات أمراً إلي نفسها بتنفيذ هذا التشريع.

ويتضح لنا أيضاً من الاطلاع علي نص المادة 123 آنفة البيان أن رئيس الجمهورية قد يعترض علي إصدار القانون المرسل إليه من مجلس النواب، ولدراسة هذه المسألة يجب أن نفرق بين الفرضين التاليين:

الفرض الأول:

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

الفرض الثاني:

حالة اعتراض رئيس الجمهورية علي القانون، وهذا حق دستوري خولته المادة 123 من الدستور لرئيس الجمهورية، ولكن يجب أن يتم هذا الاعتراض خلال مدة ثلاثين يوماً من إبلاغه بالقانون من قبل مجلس النواب، فإذا لم يتعرض خلال هذه المدة، يعتبر عدم الرد قبولاً منه بإصداره، وهذا ما يسميه البعض بالإصدار المفترض، أي أننا نفترض قبول رئيس الجمهورية إصدار القانون طالما أنه لم يعترض عليه خلال مدة الثلاثين يوماً.

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

الموقف الأول:

هو قبول مجلس النواب لاعتراض 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.

الموقف الثاني:

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

2-مرحلة النشر:

بعد إصدار القانون من قبل رئيس الجمهورية يجب علم الكافة به، ولا يتحقق هذا العلم إلا بنشر القانون، فبالنشر يكون التشريع ملزماً للناس.

فالمنطق والعدالة يفرضان ضرورة علم الناس بالقانون الذي ينظم سلوكهم في المجتمع، وجدير بالذكر أن إعلام كافة الناس بالقانون يعد شيء مستحيلاً، لذلك العلم المقصود الافتراضي، بمجرد نشر

القانون يفترض أن الجميع قد علموا به، وهذا العلم الافتراضي، بمجرد نشر القانون يفترض أن الجميع قد علموا به، وهذا العلم الافتراضي يتحقق بنشر القانون في الجريدة الرسمية.

وقد نصت المادة 225 من الدستور الحالي علي أنه "تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويعمل بها ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر"، ويتبين لنا من نص هذه المادة أنه من اللازم نشر التشريع في الجريدة الرسمية حتى يكون ملزماً للأفراد المخاطبين بأحكامه.

والجريدة الرسمية كانت تسمى قبل 13 من مارس سنة 1958 بالوقائع المصرية، وبعد قيام الجمهورية العربية المتحدة صدر قراراً جمهورياً، 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 1967م صدر قرار جمهورية لتخصيص الجريدة الرسمية لنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ومن رئيس مجلس الوزراء، وأحكام المحكمة الدستورية العليا وأحكام محكمة القيم، وتصدر هذه الجريمة أسبوعياً ما لم يكن هناك أمراً عاجلاً لإصدار أعداد غير عادية، وأصبح للجريدة الرسمية ملحقات يصدر

يوماً يسمى بالوقائع المصرية لنشر القرارات الوزارية. فالنشر في الجريدة الرسمية هو الوسيلة المعتمدة قانوناً حتى يتحقق العلم الافتراضي بالقانون، فلا يغني عن الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى، كنشر القانون في التلفزيون أو الإذاعة، ولا يعتبر أيضاً نشرًا قانونياً بالمعني الصحيح تعلق صور من القانون في أماكن بارزة علي الحوائط في الشوارع والبيادين العامة الرئيسية، فالنشر عن طريق هذه الوسائل لا يكون كافياً لتنفيذ التشريع في حق الجميع المخاطبين بأحكامه.

ونشر القانون في الجريدة الرسمية يقتضي طبع هذه الجريدة بأعداد كافية حتى يتسنى للجمهور الحصول عليها، وضرورة أن توضح الأعداد الصادرة من الجريمة الرسمية موضوع التوزيع الفعلي، فمجرد النشر في الجريدة الرسمية لا يكفي لتحقيق علم الناس بالقانون، بل يجب أن يتبع ذلك توزيع الجريدة.

ومن الناحية العملية يتعذر علم كافة الناس بالقانون فور نشره، لذلك لا يكون القانون نافذاً إلا بعد مضي مدة معينة من تاريخ النشر، وهذا ما حددته المادة 225 من الدستور أنفة البيان، فالقوانين لا تكون نافذة في مواجهة المخاطبين بأحكامها إلا بعد مرور ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، فاليوم الذي تم النشر فيه لا يحسب، وهذا ما لتم تحديد تاريخ آخر لتنفيذ القوانين

المنشورة، فقد تحدد هذه القوانين ميعاد آخر أطوال أو أقصر لنفاذها، ومثال ذلك أن المادة الثانية من القانون رقم 131 لسنة 1948م بإصدار القانون المدني قد نصت علي أن يعمل بهذا القانون ابتداء من 15 أكتوبر سنة 1948م، رغم أن هذا القانون قد صدر ي 16 يولية سنة 1948م وتم نشره في 29 يولية سنة 1948م، ويتضح لنا من مضمون المادة الثانية أن هناك مدة أطول من مدة الثلاثين يوماً لنفاذ القانون المدني.

وخلاصة القول أن القانون يكون نافذاً في حق المخاطبين بأحكامه بعد نشره في الجريدة الرسمية، ومراعاة الشروط المقررة لهذا النشر طبقاً لنص المادة 225 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 طبقاً لنص المادة 225 من الدستور، فلا يجوز لأحد الاعتذار بجهله بالقانون، ويكون هذا الأخير نافذاً في حق كافة المخاطبين بأحكامه، فإنه غير مقبول ادعاء البعض بأنه غير

مسئول عن المخالفة التي تمت لأنه لا يعلم بالقانون الذي خالف قواعده، كما أنه أيضاً غير مقبول القول بعدم العلم بالقانون نظراً لعدم معرفة القراءة، أو للوجود خارج البلاد وقت نشر القانون وبالتالي لا يمكن العلم به. ومبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يجد الكثير من المبررات التي يقوم عليها، ويمكننا ذكر المبررات التالية:

1-مراعاة الضرورة العملية:

قاعدة عم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون تقتضيها الضرورات العملية، فالدستور جعل نفاذ التشريع متوقفاً علي النشر في الجريدة الرسمية ومراعاة المدة المحددة بعد النشر لنفاذ القانون، وأساس العلم بالقانون هو العلم الافتراضي لأنه من المستحيل اشتراط العلم اليقيني، والواقع العملي يتطلب الأخذ بنظرية العلم الافتراضي.

2-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 لاو أعفينا الجاهل بالقانون من أحكامه، فإننا في هذه الحالة نقدم مكافأة لهذا الشخص المهمل، وعلي النقيض من ذلك فإننا نلزم من علم بالقانون بأحكام هذا القانون وقواعده، فكيف نلزم العالم بالقانون ونستثنى الجاهل به غير الحريص علي متابعة قوانين بلاده؟! لذلك نجد أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون تحقق المساواة، ويكون

الجميع ملزماً بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية.

3- عدم مراعاة الظروف الشخصية:

الأخذ بالاعتذار بالجهل بالقانون يؤدي إلي نتيجة خطيرة وهي رهن تطبيق القانون بالظروف الشخصية، فالشخص الذي يجد في تطبيق القانون تعارضاً مع مصالحه يدعي بعدم علمه بهذا القانون لتجنب أحكامه، وهذا سيؤدي إلي الأخذ بالظروف الخاصة بكل شخص مما يؤدي إلي إهمال المصلحة العامة.

4- تحقيق غايات القانون:

لا شك أن الأخذ بقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يؤدي إلي تحقيق غايات القانون، فالأخذ بنظرية العلم الافتراضي يؤدي إلي 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 علي القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع، بل يشمل كافة القواعد القانونية أياً 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، فكما لا يقبل من القاضي النكول عن الحكم بحجة عدم وجود حل في التشريع، بل يجب عليه البحث عن الحل في

المصادر الأخرى، لا يمكن أيضاً لأحد الاعتذار بالجهل بالقانون أياً كان مصدره.

ويمتد أيضاً مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون إلي الأجنب المقيمين علي إقليم الدولة، فلا يجوز لهم الاعتذار بالجهل بالقانون إذا صدرت منهم مخالفة لأحكامه وقواعده، وهذا فيه تأكيد لسيادة الدولة علي إقليمها.

وقد حدث خلافاً فقهيّاً حول إطلاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بالنسبة إلي القواعد الآمرة والقواعد المكملّة، فالبعض يقصر العمل بهذا المبدأ علي القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، ولكن في الحقيقة هذا المبدأ لا يقتصر علي نوع معين من القواعد القانونية، فهو يشمل القواعد الآمرة وأيضاً المكملّة، فكلاهما له صفة الإلزام، والإلزام يعني العلم بمضمونها ولا يستطيع أحد التذرع بالجهل بهما.

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

فالقواعد المكملّة ملزمة تماماً كالقواعد الآمرة، وكل ما في الأمر أن تطبيقها يتوقف علي شرط عدم الاتفاق علي مخالفتها، فإذا تحقق هذا الشرط تكون ملزمة ولا يجوز لأحد أن يدعي الجهل بأحكامها.

الاستثناء: جواز الاعتذار بالجهل بالقانون في حالة القوة القاهرة

في الواقع لا يوجد نص يقرر هذا الاستثناء، إنما الفقه والقضاء مستقر علي 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 إلي 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 فعلياً هو شرط أساسي لتنفيذ القانون في حق المخاطبين بأحكامه، ويجب أن ننوه إلي أن التذرع بالجهل بالقانون استناداً إلي القوة القاهرة يقتصر علي القواعد التشريعية فقط سواء كان تشريع دستوري أو عادي أو فرعي، 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 عذراً كقاعدة، بينما الغلط في القانون يمكن أن يؤدي إلي الحق في

طلب البطلان.

جهل القانون والغلط في القانون:

يقصد بالغلط هو توهم غير الحقيقة أو غير الواقع، فهو تصور شيء علي غير حقيقته، كأن يتصور أحد المتعاقدين شيئاً معيناً علي غير حقيقته بسبب الوهم الذي قام في ذهنه، وقد نصت المادة 120 من القانون المدني على أنه "إذا وقع التعاقد في غلط جوهرى جاز له إبطال العقد..."، فإلصحة 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 باطلاً.

والغلط ينقسم إلى نوعين: الغلط في الواقع والغلط في القانون، والغلط في الواقع كأن يشتري شخص تمثالاً على أنه أثرى وله قيمة حضارية لكنه غير ذلك وحديث الصنع، أو أن يشتري شخص قطعة معدنية على أنها ذهبية لكنها في حقيقة الأمر نحاسية، وفيما يتعلق بالغلط في القانون هو أن يبيع شخص نصيبه في التركة على أنه الربع لكنه وفقاً 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 جوهرياً، وأن يكون دافعاً إلى التعاقد بمعنى أن المتعاقد كان

سيمتنع عن التعاقد إذا لم يقع فيه، ويجب أيضاً أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط، أو كان سهلاً عليه أن يكتشفه.

ويجب التنويه إلى أن بعض الفقهاء قد ذهب إلى أن جواز إبطال العقد للغلط في القانون يمثل استثناءً 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 يرمي 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 الصحيح، ففي المثل أنف الذكر والخاص بمن اعتقد أن نصيبه في الشركة هو الربع لكنه طبقاً لقانون المواريث يكون النصف، هذا الشخص لا يطلب الإفلات من حكم القانون، لكنه يريد التطبيق السليم للقانون، بأن يأخذ حقه وهو النصف بدلاً من الربع طبقاً للقانون، وهذا في الحقيقة يمثل تأكيداً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وليس استثناءً عليه.

الفرع الثالث

الرقابة على صحة التشريع

طبقاً لمبدأ تدرج التشريع يتبين لنا أن الأنواع الثلاثة للتشريع تتدرج فيما بينها بحسب أهميتها، فالتشريع الدستوري يكون في القمة، ويأتي بعده في المرتبة التشريع العادي، وأخيراً التشريع الفرعي يكون في المرتبة الأخيرة، ويترتب

علي هذا التدرج نتيجة هامة ولا تجانب المنطق وفحواها هو عدم مخالفة تشريع أدنى تشريعاً أسمى منه مرتبة، ولا يجوز أن يتعارض تشريع أدنى مرتبة مع تشريع أعلى منه مرتبة، ومثالاً لذلك لا يجوز أن تخالف لائحة قانون أو دستور، وإلا كانت غير قانونية أو غير دستورية، وأيضاً لا يجوز للتشريع العادي مخالفة التشريع الدستوري وإلا كان غير دستورياً.

من هنا كانت الرقابة علي دستورية القوانين واللوائح، وضرورة هم الأخذ باللوائح أو القوانين المخالفة للدستور.

أولاً: الرقابة في قانونية اللوائح ودستوريتها

مما لا شك فيه أن اللائحة إذا خالفت تشريعاً عادياً تكون غير قانونية، وإذا خالفت الدستور، تكون غير دستورية، ويجمع الفقه علي ضرورة عدم الأخذ بهذه اللائحة، فللقضاء الحق في الرقابة علي 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، وبالتالي يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها التصدي لمسألة عدم دستورية اللائحة.

وجدير بالذكر أن جهتي القضاء العادي والإداري تملك الحق في الامتناع عن تطبيق اللوائح غير القانونية أو غير الدستورية، وإذا كانت جهة القضاء العادي تقف عند حد الامتناع عن تطبيق اللائحة غير القانونية أو غير الدستورية، فإن جهة القضاء الإداري 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 إلغاء هذه اللائحة بمناسبة طعن منظور أمام المحكمة في القرار الإداري الصادر تأسيساً على هذه اللائحة.

ثانياً: 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، فأحياناً تصدر قوانين لا تتفق وأحكام الدستور سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، وعلى ذلك لتناول الرقابة القضائية على صحة التشريع العادي لابد من دراسة المسائل الآتية:

- 1- الرقابة القضائية على صحة التشريع العادي من حيث الشكل.
- 2- الخلاف حول الرقابة القضائية على صحة التشريع من حيث الموضوع.
- 3- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية.

4- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا.

5- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر.

وفيما يلي سنعرض لكل مسألة من المسائل آنفة الذكر:

1- الرقابة القضائية على صحة التشريع العادي من حيث الشكل:

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

ومن العيوب الشكلية التي تعتري التشريع صدوره من هيئة غير مختصة بإصداره، كأن يصدر وزير قراراً بقانون جاهلاً 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 أيضاً 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 ثلثي الأعضاء الحاضرين وليس ثلثي أعضاء المجلس جميعاً، كما أن التشريع الصادر من مجلس النواب، ولم ينشر في الجريدة الرسمية أو الذي تم تطبيقه قبل انقضاء المدة المحددة لدخوله حيز العمل يعتبر معيباً من حيث الشكل، ويجب الامتناع عن تطبيقه، والحكمة من ذلك أن هذا القانون ليس له وجود قانوني

لصدوره دون مراعاة الاجراءات والمراحل المنصوص لسنه أو إصداره
أو نفاذه.

2-الخلاف حول الرقابة القضائية علي صحة التشريع من حيث
الموضوع :

المقصود بالرقابة القضائية علي صحة التشريع من حيث الموضوع
هو بحث مدى تعارضاً حكماً تضمنه القانون مع حكم موضوعي
منصوص عليه في الدستور، فطبقاً لمبدأ تدرج التشريع يجب أن
يحترم التشريع الأدنى التشريع الأعلى، وترتيباً علي ذلك يجب أن
يحترك التشريع العادي التشريع الدستوري وأن يصدر وفقاً له، فإذا
خرق المشرع أحكام الدستور الموضوعية كان مرتكباً لمخالفة
موضوعية.

وإذا كان لا خلاف حول أحقية المحاكم في الرقابة على صحة اللوائح
من الناحية الموضوعية للثبوت من مدى مطابقتها للتشريع العادي أو
الدستوري، إلا أن هناك خلافاً 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 أيضاً المعارض لهذه
الرقابة.

وجدير بالذكر أن هذا الخلاف لا يثور في الدول ذات الدساتير

المرنة التي يمكن تعديلها بتشريع عادي، فإذا صدر قانون مخالف لأحكام الدستور اعتبر تعديلاً له ما دام أنه صدر صحيحاً من الناحية الشكلية، وعلي النقيض من ذلك في الدول ذات الدساتير الجامدة التي لا يمكن تعديلها بتشريع عادي، لا خلاف حول أحقية المحاكم في الرقابة علي التشريع العادي 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 للمحاكم برقابة دستورية القوانين، لأنه طبقاً 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 تشريعاً دستورياً أو عادياً أو فرعياً، وفي حالة تعارض تشريعاً

عادياً مع تشريعاً دستورياً، فمن حق القضاء الاختيار بينهما، أي أن يطبق التشريع العادي أو التشريع الدستوري، ولكنه يلتزم بمبدأ تدرج التشريع، الذي يفرض عليه الأخذ بالتشريع الدستوري لأنه الأسمى وترك التشريع العادي المخالف لأنه الأدنى، فالرقابة القضائية للقوانين حق للقضاء على دستورية القوانين حق القضاء استناداً إلى مبدأ تدرج التشريع.

ونضيف إلى ما سبق أنه إذا كان هناك إجماعاً فقهياً على أحقية المحاكم في الرقابة على صحة اللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية لا تمثل إهداراً لمبدأ الفصل بين السلطات بينما الرقابة على صحة التشريع العادي الصادر من السلطة التشريعية تمثل إهداراً لمبدأ الفصل بين السلطات.

والإجابة بالنفي، فإذا أخذنا بحجة المعارضين للرقابة على دستورية القوانين من حيث الموضوع بأن ذلك إهدار المبدأ الفصل بين السلطات، فإن الرقابة القضائية على صحة اللوائح يمثل أيضاً إهداراً لمبدأ الفصل بين السلطات، ولكننا نرى أنه في الحالتين، أي سواء الرقابة على اللوائح أو الرقابة على صحة التشريع من حيث الموضوع ليس هناك إهداراً لمبدأ الفصل بين السلطات، فصميم عمل القضاء هو الرقابة على صحة التشريعات وفقاً 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 الرقابية على دستورية القوانين في فرنسا وفي مصر واللذان يعتبران من النظم اللاتينية.

3- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات الأمريكية:

لا يوجد في الدستور الأمريكي نصاً صريحاً يعطى للمحاكم الحق في الرقابة على دستورية القوانين، وترتيباً على ذلك ثار الخلاف الفقهي والقضائي حول مدى أحقية المحاكم الأمريكية في الرقابة على دستور القوانين، فهناك رأي يعارض بشدة السماح للمحاكم بالرقابة على دستورية القوانين لأن ذلك يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقضي باستقلال السلطة التشريعية عن السلطة القضائية، ولكن النوع الآخر يؤيد الرقابة على دستورية القوانين تأسيساً على مبدأ تدرج التشريع والذي يقضي بسمو الدستور وضرورة احترام التشريعات الدنيا له. وقد انحسم الخلاف لصالح الرأي المؤيد للرقابة القضائية على دستورية القوانين، ويرجع الفضل في ذلك إلى مارشال رئيس المحكمة العليا، فقد أعلن في عام ١٧٨5 أن القضاة لهم أن ينظروا إلى التشريعات الصادرة من الكونجرس والتي تجاوز السلطة المخولة له من قبل الدستور، وأن هذا التشريع المخالف للدستور يكون باطلاً،

وعلى القضاة التصدي إلى هذه الاعتداءات لأنه يجب عليهم حراسة والدفاع عن نصوص الدستور، هذا وقد أصدرت المحكمة العليا في عام ١٨٠٣ حكماً تاريخياً 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.

4- الرقابة القضائية علي دستورية القوانين في فرنسا:

لم يعرف النظام الفرنسي الرقابة علي دستورية القوانين احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، كما أن رجال الثورة الفرنسية التي قامت في سنة 1789م، حذروا تدخل القضاة لفحص المخالفات الموضوعية للدستور لأن دورهم قاصر على بحث المخالفات الشكلية فقط.

وقد نص الدستور الفرنسي الصادر في عام ١٧٩1م في مادته الثالثة علي أنه "ليس للمحاكم أن تتدخل في اختصاصات السلطة التشريعية، وليس لها أن توقف تنفيذ القوانين"، حتى بعد إلغاء دستور 1791م استمر العمل بنص مادته الثالثة، فالمادة ١٢٧ من قانون العقوبات تنص علي "معاينة القضاة في حالة تدخلهم في أعمال السلطة التشريعية كتعطيل القوانين أو وقف العمل بها".

وليس معنى ما سبق هو عدم وجود الرقابة القضائية علي دستورية القوانين علي إطلاقها، فقد انتقد جانب كبير من الفقه عدم أحقية

القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، فالمشرع الفرنسي أخذ بأسلوب بديل لرقابة القضاء وهي 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.

وتطور الأمر بعد ذلك إلى أن صدر دستور الجمهورية الخاصة في عام 1958م والذي أنشأ نظام الرقابة على دستورية القوانين عن طريق مجلس خاص يسمى بالمجلس الدستوري، ويشكل أعضاء هذا المجلس من جميع رؤساء الجمهورية الفرنسية السابقين بالإضافة إلي 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 الدستوري.

والمجلس الدستوري يباشر رقابة سابقة على دستورية القوانين وليست رقابة لاحقة، فبعد موافقة البرلمان على القوانين يتولى المجلس الدستوري فحص مدى دستورتها 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 علي دستورية القوانين في فرنسا تكون رقابة سابقة بعكس الوضع في مصر حيث تكون الرقابة على دستورية القوانين رقابة لاحقة أي بعد إصدار القانون.

5- الرقابة على دستورية القوانين في مصر:

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر مرت بمراحل متعددة، فقد كانت المحاكم العادية ومحاكم القضاء الإداري على حد سواء تباشر هذه الرقابة، وبعدها صدر القانون رقم 81 لسنة 1969 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، وبالتالي ظلت المحاكم العادية ومحاكم القضاء الإداري تملك الحق في الرقابة على دستورية اللوائح وقانونيتها، وإذا تبين عدم قانونية اللوائح أو عدم دستورتها يجوز للمحاكم العادية الامتناع عن تطبيقها لكنها لم تملك الحق في تعديلها أو إلغائها، فهذا مقصور فقط على محاكم القضاء الإداري.

وعندما صدر الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية في 11 سبتمبر 1971 والذي تم إلغائه تم إنشاء المحكمة الدستورية العليا، وقد

نصت المادة ١٧٤ من هذا الدستور على أن "المحكمة الدستورية العليا تعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية ومقرها مدينة القاهرة"، والمادة 175 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".

فطبقاً لدستور ١٩٧١م تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وتتولى أيضاً 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 48 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 طبقاً للمادة 25 من القانون رقم 48 لسنة 1979م 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 القضائي، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخلى إحداها عن نظرها أو تخلت كلاهما عنها، وتختص أيضاً المحكمة الدستورية العليا بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي الآخر من جهة أخرى منها.

ومن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا أيضاً تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها.

حالات الرقابة على دستورية القوانين:

نصت المادة 29 من القانون تم 48 لسنة 1979م على أن تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

أ- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوي 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 القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

هذا وقد تناولت أيضاً المادة ٢٧ من هذا القانون أن المحكمة الدستورية العليا يجوز لها أن تقضي بعدم دستورية أي نص أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها بعد إتباع 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 الفردي أي دفع آثاره أحد الخصوم في دعوى منظورة أمام محكمة أخرى، وحالة الإحالة من محكمة الموضوع أي بناءً على طلب محكمة أخرى، وأخيراً حالة التصدي من قبل المحكمة الدستورية العليا نفسها أي 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 غير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً علي الأكثر من تاريخ صدوره، ويجب عدم جواز تطبيق النص الذي حكم بعدم دستوريته من اليوم التالي للنشر.

الفرع الرابع إلغاء التشريع

إلغاء التشريع يعنى وقف العمل به ابتداء من هذا الإلغاء أو الإنهاء، ويجب التنويه إلى أن الإلغاء ليس قاصراً على التشريع فقط كأحد مصادر القانون بل يسري على جميع القواعد القانونية أياً كان مصدرها فالقاعدة القانونية التي يكون مصدرها العرف يمكن أيضاً إلغاؤها.

ولنتناول موضوع إلغاء التشريع يجب التعرض إلى النقاط التالية:

أولاً: السلطة التي تملك الإلغاء.

ثانياً: صور الإلغاء.

وفيما يلي سنعرض لكل نقطة من النقاط أنفة البيان.

أولاً: السلطة التي تملك الإلغاء

القاعدة أن التشريع لا يلغي إلا بتشريع في نفس قوته ومرتبته، فوفقاً لمبدأ التدرج التشريعي لا تلغي القاعدة القانونية إلا بقاعدة أخرى في نفس قوتها أو أعلى منها.

وتوضيحاً لذلك، الدستور لا يلغي إلا دستور، والقانون لا يلغيه إلا دستور أو قانون، واللائحة لا تلغيها لائحة أو قانون أو دستور، فالأعلى مرتبة

يمكنه أن يلغي الأدنى، فلا يستطيع علي سبيل المثال التشريع العادي إلغاء الدستور بينما العكس صحيح، والعرف لا يمكنه إلغاء التشريع لأنه أقل منه مرتبة بينما التشريع يمكنه إلغاء العرف كما القاعدة العرفية الجديدة يمكنها إلغاء قاعدة عرفية أخرى إذا كانت مخالفة لها.

ثانياً: صور الإلغاء

تمص المادة الثانية من القانون المدني على أنه "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة علي هذا الإلغاء، أو يشتمل علي 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 الضمني، كما يمكننا معرفة أن المشرع المصري لم يعرف الصور الأخرى لإلغاء التشريع الغائه بالانعكاس أو بعدم الاستعمال.

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

1- الصور التي عرفها المشرع المصري للإلغاء:

من خلال الاطلاع على نص المادة الثانية من القانون المدني يتبين

لنا أن المشرع المصري تعرض لصورتين للإلغاء هما:

أ- الإلغاء الصريح.

ب- الإلغاء الضمني.

وسنوضح المقصود بكل صورة من الصور سالفه 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، والإلغاء الصريح للتشريع يشمل الإلغاء المجرد والإلغاء المصحوب بتشريع جديد.

ويقصد بالإلغاء المجرد هو إلغاء تشريع دون إصدار تشريع جديد يحل له، 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.

ومن أمثلة الإلغاء المجرد إنهاء تشريع بانتهاء مدته كالتشريع الصادر للعمل به مدة الحرب فقط، وأيضاً التشريع الذي يلغي بزوال المركز القانوني الذي ينظمه كسقوط النصوص التشريعية التي تنظم مسألة وراثه 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 قاصراً فقط على مجرد الإلغاء بل أن هناك تشريع جديد يحل محل التشريع الملغى، ومثال لذلك ما نصت عليه المادة الأولى من

القانون رقم ١٣١ لسنة 1948 الخاص بإصدار القانون المدني الجديد من أنه "يلغي القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣، والقانون المدني المعمول به أما المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٨٧5 ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون".

ومثال آخر للإلغاء المصحوب بتشريع جديد هو القانون رقم 48 السنة ١٩٧٩م بشأن المحكمة الدستورية العليا الذي نصت مادته التاسعة على إلغاء قانون المحكمة العليا رقم 81 لسنة ١٩6٩ وقد حل محل هذا القانون قانوناً جديداً ينظم المحكمة الدستورية العليا.

(ب) الإلغاء الضمني:

يقصد بالإلغاء الضمني أن المشرع لم يصرح به ولكنه يستخلص 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 ضمناً، وحتى يتحقق الإلغاء الضمني في حالة التعارض بين القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة يجب أن يكون التعارض تاماً أو كلياً 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 يلغي ضمناً الحكم في القانون القديم، وكذلك الأمر بالنسبة للحكم الخاص.

ولكن يبقى الأمر في حالة التعارض بين أحكام مختلفة الطبيعة أي 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 أي تقييد عمومته بهذا الحكم الحديث الخاص، أي أن الحكم يظل سارياً إلا في خصوص ما جاء به الحكم الحديث الخاص.

فإذا صدر تشريع يشترط فيمن يشغل الوظيفة العامة ألا يقل عمره عن ثماني عشرة سنة، ثم بعد ذلك يصدر تشريعاً جديداً يحدد سن من شغل وظيفة القضاء بثلاثين عاماً، فإن هذا الحكم الحديث الخاص يقيد عموم الحكم القديم في خصوص وظيفة القضاء فقط، أما ما عدا من وظائف فإن الحكم العام يظل سارياً وهو ألا يقل ثماني عشرة سنة.

حالة التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام:

في هذه الحالة يظل العمل بالحكم القديم الخاص لأنه لم يرد حكماً

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

2- الصور التي لم يعرفها المشرع المصري للإلغاء:

عرفنا أن المشرع المصري أقر صورتين لإلغاء التشريع هما الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني، ولكن هناك صور أخرى للإلغاء 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 ويلغي التشريع السابق الذي أحال التشريع الجديد إليه، فهل يتم إلغاء التشريع الجديد بالانعكاس خاصة بعد إلغاء النصوص السابقة التي كانت تنظم شروط انطباق وآثار وإجراءات هذا التشريع الجديد؟

وقد تعرض الفقه إلى هذه المسألة وعرض مثالا واقعيًا في هذا الخصوص، فقد صدر القانون رقم 562 لسنة 1955 بشأن التأمين

الإجباري علي المسؤولية المدنية المترتبة على حوادث السيارات، وقد تضمن هذا القانون في مادته الخامسة إحالة صريحة إلي نص المادة السادسة من قانون المرور رقم 449 لسنة 1955 بصدد تحديد المستفيدين من التأمين عند الإصابة البدنية للمؤمن عليه أو وفاته بسبب حادث سيارة، ففي هذه الحالة إذا تم إلغاء الخامسة من قانون 56٢ لسنة 1955 الخاص بحوادث السيارات إلغاءً انعكاسياً أم لا يسري هذا الإلغاء.

لقد تعرضت محكمة النقض المصرية لهذا الأمر وفرقت بين الاحالة المطلقة والاحالة المقيدة، فإذا كانت الإحالة مطلقة لما يقررها قانون آخر دون تحديد لبيان معين بالذات فإن ذلك يعني أن القانون المحيل قد ترك للقانون المحال إليه تنظيم كل الأحكام بما يطراً 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 جزءاً من القانون المحيل لا ينفصم عنه.

وترتيباً على ذلك، فإن نص المادة الخامسة من قانون حوادث السيارات لا يلغي إلغاءً انعكاسياً لإلغاء قانون المرور، كما أن نص المادة السادسة من قانون المرور أصبح جزءاً من قانون التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات ولا يلغي بإلغاء قانون المرور.

وفيما يخص إلغاء التشريع بعدم الاستعمال، يمكننا توضيح أن

القاعدة التشريعية لا تلغي بعدم الاستعمال أو الترك، فعدم العمل بالتشريع لا يؤدي على الإطلاق إلى إلغائه خاصة وأن إلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع جديد ينص على ذلك صراحة أو ضمناً، كما أن عدم استعمال التشريع لمدة طويلة والاعتیاد على ذلك يمكننا اعتباره قاعدة عرفية، والعرف لا يمكنه على الإطلاق إلغاء نصاً تشريعياً حتى يستعمل ولو لم يستعمل لعلو مرتبة التشريع على مرتبة العرف.

الفرع الخامس

تقييم وتقدير التشريع

لتقييم وتقدير التشريع التقييم يجب أن نتعرض لمزاياه وعيوبه:

أولاً : مزايا التشريع

1- سرعة وضعه وتعديله وإلغائه: فالتشريع لا يأخذ مدة طويلة لوضعه وتكوينه على عكس القاعدة العرفية التي تحتاج مدة طويلة كي ترسخ ويتم الاعتقاد بالزاميتها.

2- عمومية التشريع: فهو عكس العرف يطبق على جميع الناس أو على جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامه، أما العرف الطائفي أو المهني أو الإقليمي فلا يكون عاماً بل يطبق على أن الطائفة أو الحرفة أو الإقليم فقط.

3- الدقة والوضوح: من أهم مزايا التشريع الدقة في الصياغة والوضوح، فهو يعد من قبل خبراء ويتم دراسته في مراحل إعداده المختلفة، وهو

واضحاً لأنه مكتوباً، ويمكن بيسر معرفة مضمونه بالاطلاع على نصوصه.

وإذا كان للتشريع هذه المزايا فإن له عيوباً متعددة أيضاً.

ثانياً: عيوب التشريع

1- 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 مرناً يتفق وظروف المجتمع، وهذا بالطبع يتوقف على خبرة وذكاء وعلم وحكمة المفسر والمحلل للنصوص التشريعية.

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

3- وجود المشاكل والمتاعب عندما تكون صياغة التشريع معيبة وغير دقيقة، لأن ذلك قد يؤدي إلى حيرة عند تفسيره وتحليل النص التشريعي.

ونحن نرى أن كل هذه العيوب أنفة الذكر لا تقلل من أهمية التشريع في العمل على استقرار التعامل، وأن كل هذه العيوب يمكن التغلب عليها بالدقة

عند صياغة التشريع وأخذ رأي أهل الخبرة والفن القانوني 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 الثاني

قواعد الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية

لقد كانت الشريعة الإسلامية هي المطبقة منذ الفتح الإسلامي لمصر، ولكن بعد دخول التقنيات الحديثة وازدياد النفوذ الأجنبي في مصر بدأ البعد عن تطبيق الشريعة الإسلامية ليحل محلها قوانين وضعية، وبالتالي احتل التشريع المصدر الأول لكن قواعد الدين ظلت المصدر الرسمي الأصلي في مسائل الأحوال الشخصية.

ويقصد بقواعد الدين هو مجموعة الأحكام المستتبطة من أصول الأديان السماوية الثلاثة، ويجب التويه إلى أن قواعد الدين كمصدر رسمي أصلي في مسائل الأحوال الشخصية تختلف حسب الديانة التي يعتنقها أطراف النزاع، فالشريعة الإسلامية تطبق على المسلمين والشريعة المسيحية تطبق على المسيحيين 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 مقارنة الأول

هو أن يكون هناك اتحاد في الملة والطائفة والثاني أن تكون هناك جهات ملية منظمة حتى ديسمبر 1954م 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 13 من قانون نظام القضاء الصادر في 1949م والذي ألغي بقانون السلطة القضائية في 1965م 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 تطبيق الشرائع الطائفية، ولكن في عام 1955م تم إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية، وأصبح الاختصاص المحاكم العادية لتطبيق قواعد الدين كمصدر رسمي أصلي إذا كان النزاع خاصاً بأحد مسائل الأحوال الشخصية، ولتطبق المصادر الأخرى القانون في غير مسائل الأحوال الشخصية بما فيها مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي وليس أصلي في غير مسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني 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 تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة والقانون الطبيعي.

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 القاضي، وعلى ذلك فمن الممكن لهذا الأخير أن يرجع إلى المصادر الاحتياطية الآتية في حالة عدم وجود تشريع:

أولاً: العرف.

ثانياً: مبادئ الشريعة الإسلامية في غير الإسلامية في غير مسائل الأحوال الشخصية.

ثالثاً: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

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

المطلب الأول العرف

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

ولقد كانت للعرف أهمية كبيرة كمصدر للقانون في المجتمعات القديمة نظراً 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 تلقائياً 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 مقتصرًا 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 ولذلك نجد أن العرف لم يلق الأهمية في العصر الحديث لسرعة تغير ظروف المجتمع اقتصادياً واجتماعياً وغير ذلك.

ولتناول العرف يجب التعرض للنقاط التالية:

أولاً: أركان العرف.

ثانياً: مزايا العرف وعيوبه.

ثالثاً: أهمية العرف في القانون المصري.

رابعاً: القوة الملزمة للعرف.

خامساً: العرف والعادة الاتفاقية.

وسنوالى بالشرح كل نقطة من النقاط سالفه الذكر.

أولاً: أركان العرف

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

ويتضح لنا من التعريف السابق للعرف أنه له ركنين اثنين:

1. الركن المادي للعرف.

2. الركن المعنوي للعرف.

1- الركن المادي للعرف:

الركن المادي للعرف هو اعتياد الأفراد على إتباع سلوك معين في مسألة معينة أو تواتر إتباعهم لهذا السلوك بصورة منتظمة.

ولا يكفي أن يتحقق الاعتياد بمجرد توافر الركن المادي للعرف، بل يلزم أيضاً أن تتوافر في الاعتياد أوصاف وشروط محور تمثل فيما يلي:

(أ) صفة العمومية:

تناولنا آنفاً أن صفة العمومية تعد من أهم وأبرز سمات القاعدة القانونية وخصائصها أياً كان مصدرها أي سواء كان مصدرها التشريع أو العرف أو غيرهما، بحيث يجري تطبيق تلك القاعدة على الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم.

ويقصد بصفة العموم في الاعتياد كركن مادي للعرف أن تكون العادة أو السنة متبعة من أغلبية أفراد الجماعة، بحيث لا يقتصر إتباعها على شخص معين بذاته أو أشخاص معينين بذواتهم، فلا يكفي مثلاً 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 ينبغي أن يدرج على إتباع هذا السلوك أو ذاك غالبية الطلاب أو الأساتذة حتى يمكننا القول بأن ثمة قاعدة عرفية تحقق لها ركنها المادي بين طائفة الطلاب أو الأساتذة.

ولا يقصد من وصف العموم استلزام إجماع الناس كافة علي إتباع السنة أو العادة حتى يكتسب صفة القاعدة العرفية بل يكفي أن يدرج علي إتباعها غالبية الأشخاص الذين تعنيهم أو تتعلق بشؤونهم ومصالحهم.

ويرجع ذلك إلى أن العرف قد يكون عاماً يجري إتباعه في كل

أرجاء الدولة، فيسمى بالعرف العام أو الشامل، وقد يكون تطبيقه مقصوراً على إقليم معين دون غيره من أقاليم الدولة، فيسمى بالعرف المحلي أو يكون متعلقاً بطائفة معينة دون سواها من طوائف المجتمع (كالأعراف السائدة بين التجار أو الصناع أو الزراع أو غيرهم من الطوائف الأخرى) فيسمى بالعرف الطائفي، وقد يكون العرف خاصاً بأصحاب مهنة معينة أو حرفة محددة كالأعراف الشائعة في مهنة المحاماة أو الطب أو الصيدلة أو التجارة أو السباكة فيسمى بالعرف المهني أو الحرفي.

وقد يكون العرف خاص بشخص واحد معين بصفته لا بذاته واسمه، 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 بالزاميته، فيصير سلوكه هذا بمرور الوقت عرفاً لمن يخلفه.

ب) صفة القدم:

ينبغي في الاعتياد أن يكون قديماً، بمعنى أن يرتد اعتياد الافراد علي 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 القاضي فهو الذي يقدر كفاية أو عدم كفاية المدة التي اعتاد الأفراد خلالها على إتباع هذه العادات لوصفها بطابع القدم، باعتبارها من مسائل الواقع التي يستقل القاضي بتقديرها دون رقابة عليه من محكمة النقض.

(ج) صفة الثبات والاستقرار:

وصف الثبات والاستقرار يعد أكثر أوصاف الاعتياد التصاقاً وارتباطاً بوصف القدم، فلا اعتبار لقدم عادة أو سلوك لم يتم إتباع الأفراد له بالثبات والاستقرار.

فالعادة المنقطعة أو السلوك المتأرجح بين الأخذ والترك من جانب أفراد المجتمع لا يكون عرفاً مهما توغل في القدم، فلا بد أن يكون اعتقاد الناس على الأخذ بالعادة أو السنة القديمة متصفاً بالثبات والاستقرار بمعنى أن يتواصل الأفراد في إتباعها جيلاً بعد جيل فتحظى بالإتباع المستمر منذ بداية نشأتها وتكوينها دون توقف أو انقطاع حتى مجرد التردد في سلوك سبيل تلك العادة أو سبيل غيرها من العادات المخالفة لها.

فإتباع الأفراد لعادة من العادات لفترة طويلة ثم تراجعهم عنها ثم عودتهم إليها مرة أخرى يتنافى مع الثبات والاستقرار أحد شروط

الركن المادي للعرف.

فالاعتیاد الذي یفتقر إلى وصف الثبات والاستقرار لا يمكن أن يحقق الركن المادي اللازم لتكوين العرف، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يوجد في مصر عرف يقضي بأن الزوج هو وكيل عن زوجته في معاملاتها المالية لمجرد أنه زوج لها إذ ليس ثابت وجود عرف مستقر في هذا الخصوص".

ولا شك أن مسألة ثبات العادة كمسألة القدم تعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه فيها من محكمة النقض، طالما أن استخلاصه لها سائغا ومقبول.

(د) عدم مخالفة النظام العام والآداب:

يجب ألا ينطوي الاعتياد على مخالفة للنظام العام أو الآداب، وهذا شرط منطقي 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 مخالفة لفكرة النظام العام والآداب العامة.

"فالعرف الذي يناهض المبادئ الأساسية في المجتمع يعد عرفاً فاسداً، لا يعتد به قانوناً ولا يمكن أن تتولد عنه قاعدة قانونية،

حتى وإن توافرت فيه أوصاف الاعتياد اللازمة للركن المادي في
العرف ورسخ في نفوس بعض الأفراد الاعتقاد بالزاميته فتحقق له
العنصر المعنوي للعرف، فعلى سبيل المثال يشيع في بعض
أقاليم الدولة عادة الأخذ بالثأر وهي عادة عامة في هذه الأقاليم
وتتسم بالثبات والقدم، فضلاً عن استقرارها في نفوس أفراد هذه
الأقاليم، ومع ذلك لا يمكن أن يتولد عنها النفس عرف واجب
الاحترام قانوناً لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة 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".

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 لتغيير 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 قانوناً بعد أن تغير مفهوم النظام العام
بالنسبة لها بسبب شيوع هذه العادة في كل أرجاء الدولة حتى
صارت عرفاً عاماً أسهم في تعديل فكرة النظام العام أو الآداب
العامة.

2-الركن المعنوي للعرف:

العرف لا يولد لمجرد توافر ركنه المادي. المتمثل في اعتياد غالبية
الأفراد على إتباع عادة معينة في مجال معين بصورة منتظمة منذ
فترة طويلة. بل ينبغي أيضاً أن يتوافر له ركنه المعنوي المتمثل في
الشعور بالزامية هذه العادة وضرورتها بالنسبة لأفراد المجتمع.
فالركن المعنوي في العرف هو الذي يميزه عن مجرد العادة، ففي أي
من المجتمعات تشيع فيه كثير من العادات والتقاليد التي يدرج الأفراد
على إتباعها صورة منتظمة ولفترات زمنية طويلة، ومع ذلك لا ترقى
إلى مرتبة الأعراف لافتقارها إلى الركن المعنوي 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 التهاني أو التعزية في
المناسبات السارة وغير السارة.

فبدون هذا الركن المعنوي لا ينشأ العرف ويظل السلوك المعتاد مجرد عادة

أو سنة غير ملزمة للأفراد، لهم الحرية في الأخذ بها أو التخلي عنها. وينبغي أن يكون واضحاً أن هناك فرقاً بين الشعور بالإلزام كشرط لازم لقيام العرف، وبين الإلزام كخاصية يكتسبها العرف بعد قيامه بتوافر ركنية المادي والمعنوي، باعتباره قاعدة قانونية واجبة الإلتباع من جانب الأفراد من خلال فرض جزاء مادي خارجي يوقعه المجتمع علي من يخالف مقتضى العرف. "الشعور بالإلزام هو مظهر داخلي كامن في النفس ينبع عن إحساس الأفراد بأهمية إحدى العادات وضرورتها في تنظيم أحد جوانب حياتهم، وهذا الشعور بالإلزام يمثل الركن المعنوي اللازم لاكتساب العادة صفة العرف، فيساهم بذلك في نشأة العرف وقيامه إلى جوانب الاعتقاد الذي يمثل العنصر المادي في العرف، دون أن يفيد الحكم بأن هذه العادة أصبحت ملزمة للأفراد بحيث يوقع جزاء مادي على من يخالفها، فمثل هذا الأثر الخارجي لا يحققه الشعور بالإلزام ولكن يحققه الإلزام ذاته الذي يفرضه المجتمع". أما الإلزام في ذاته فهو مظهر خارجي ملموس يتحقق للعادة بعد صيرورتها عرفاً مكتمل العناصر والأركان من خلال قيام المجتمع بفرض جزاء مادي معين يقترن بالقاعدة العرفية ليقوع على من يخالفها، فيحمل الأفراد على مراعاتها واحترامها جبراً عنهم، بحيث لا يترك أمر تنفيذها لإرادة الأفراد وشعورهم الذاتي بمراعاتها واحترامها من تلقاء أنفسهم.

ثانياً: مزايا العرف وعيوبه

1- مزايا العرف:

أ) التعبير عن حاجات وظروف الجماعة:

لما كان العرف هو اعتياد الناس على إتباع سلوك معين في مسألة معينة، فإن العرف يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ولذلك جاءت قواعد معبرة عن حاجة هذه الجماعة خلافاً للتشريع الذي تصدره سلطة عامة، ومن ثم قد لا يأتي معبراً تعبيراً صادقاً عن رغبات وحاجات الجماعة بالرغم مما قد يبذل من جهد في وضع التشريع حتي يأتي معبراً 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 تأتي معبرة عن إرادة هؤلاء الناس.

ويتطور العرف أيضاً بصورة تلقائية وذلك بمجرد أن تتغير العلاقات التي ينظمها وذلك بتغير عادة الناس إلى ما يناسب المتطلبات الجديدة.

2- عيوب العرف:

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 فضلاً عن غموضها وصعوبة إثباتها.

(ب) عدم السرعة في نشأة العرف وتطوره:

لكي يوجد العرف فلا بد 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 بطيء في تطوره، أيضاً حيث لا بد من أن يعتاد الناس على إتباع سلوك جديد في تنظيمه المسألة مما يجعله عاجزاً عن تلبية حاجات الجماعة المتطورة.

(ج) الإخلال بوحدة النظام القانوني للدولة :

نظراً لأن العرف ينشأ وفقاً لحاجات الجماعة وظروفها، فإن ذلك قد يؤدي إلى تنوعه بين أقاليم الدولة الواحدة، ومن شأن هذا التنوع اختلاف القواعد القانونية، مما يؤدي إلى الإخلال بوحدة النظام القانوني.

ثالثاً: أهمية العرف في القانون المصري

قلنا أنه وفقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني يعتبر العرف مصدراً احتياطياً من مصادر القانون المصري، بمعنى أن القاضي 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 مكملاً للتشريع أو معاوناً،

بل أنه قد يخالف التشريع أحياناً.

1-العرف مكمل للتشريع:

قلنا فيما سبق أن العرف مصدر احتياطي 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 دوراً هاماً في سد النقص وذلك حين يتخلف تشريع عن تنظيم مسألة ما، ومن الأمثلة على ذلك أن العرف يلعب دوراً هاماً في القانون الدولي العام باعتباره 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 الأصلي للقواعد التي تنظم العلاقات بين هذه الدول. كذلك يلعب العرف دوراً هاماً في نطاق القانون التجاري، فغالباً ما يعتمد المشرع إلى ترك كثير من المسائل التجارية لحكم العرف. مثال ذلك؛ افتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري، جواز تقاضي فوائد على متجمد فوائد في الحساب الجاري، جواز زيادة الفوائد على رأس المال، أيضاً تسري فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ... الخ.

2-العرف المعاون للتشريع:

ويعتبر العرف معاوفاً للتشريع عندما تحيل النصوص التشريعية إليه لتحديد مضمون فكرة معينة أو لتفسير قصد المتعاقدين أو التعرف على نيتهم، ومن الأمثلة على ذلك ما تنص عليه المادة 95 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 تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"، وهذا معناه أنه يستعان بالعرف لتحديد المسائل التفصيلية التي لم يتفق عليها أطراف العقد.

من ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 464 من أن "نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك"، ومن ثم لو أن هناك عرف يقضي بأن يتحمل البائع نفقات تسلم الشيء المبيع طبق هذا العرف بالرغم من مخالفته للنص.

نخلص من هذا إلى أن العرف باعتباره مصدراً احتياطياً للقانون يلي التشريع في المرتبة، فلا يجوز أن يخالف نصاً تشريعياً أمراً لتعلق ذلك بالنظام العام، أما فيما يتعلق بالقواعد المكملة فإن العرف قد يحل محلها وإن كان مخالفها لها.

رابعاً: القوة الملزمة للعرف

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

ذهب رأى في الفقه إلى أن العرف ملزم لأنه وليد إرادة الحاكم الضمنية، فالعرف وفقاً لهذا الرأي 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 الاعتراض عليه.

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

ذهب رأي آخر إلى أن العرف ملزم، ويستمد هذا الإلزام من إرادة المشرع الصريحة، فقد أحال المشرع صراحة إلى العرف واعتبره مصدراً من مصادر القانون وذلك في المادة الأولى من القانون المدني عندما نصت علي أنه إذا لم يوجد تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضي العرف.

إذاً العرف لا يستمد وفقاً لهذا الرأي، قوته الملزمة لا من إطراد سلوك الناس على نحو مدين 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 الرأي ما عاب الرأي السابق، فالعرف باعتباره مصدراً للقانون أسبق في وجوده من السلطة العامة التي لم توجد إلا بوجود الدولة الحديثة، فما أساس القوة الملزمة للعرف قبل وجود السلطة العامة؟ ذهب رأي ثالث إلى أن أساس القوة الملزمة للعرف يكمن في تطبيق المحاكم له بمناسبة الدعاوى التي تعرض عليها.

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

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

يتعارض هذا الرأي أيضاً مع وظيفة القضاء، فالقاضي في الدولة الحديثة يطبق القواعد القانونية ولا يخلقها، والقاضي عندما يطبق العرف على النزاع، إنما يطبقه لأنه ملزم، ومن ثم فإن تطبيق القاضي إياه، لا يسبغ عليه صفة الإلزام، لأنه كان ملزماً قبل تطبيقه، وإلا لما طبقه القاضي.

أساس القوة الملزمة للعرف هو ضرورته لتنظيم العلاقات في المجتمع:

ونحن نعتقد أن العرف إنما يجد قوته الملزمة في كونه تعبيراً عن ضمير الجماعة وحاجاتها، فالقاعدة العرفية تنشأ تلقائياً 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 ويأتي العرف، ليطبق على المسائل التي لم يتناولها التشريع بالتنظيم.

خامساً: 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 المادي المتمثل في إطراد سلوك الناس على نحو معين فترة من الزمن، والركن المعنوي الذي يتمثل في الشعور بإلزامية هذا السلوك.

وقد يحدث أن يتوافر الركن المادي إطراد سلوك الناس على نحو معين، دون أن يصل الأمر إلى حد الاعتقاد، بأن هذا السلوك ملزم، معني أنه قد يتوافر الركن المادي في العرف دون الركن المعنوي، وعندئذ لا يمكن القول بوجود العرف، وإن أمكن القول بوجود العادة

ويطلق الفقه عليها "العادة الاتفاقية" 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 مصدراً للقواعد القانونية، ولكي تكون ملزمة لأبد 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 إتباعها، وهي اتفاقية لأنها لا تلزم الأفراد في تعاملهم إلا إذا اتفقا على الأخذ بها.

فالعادة الاتفاقية لا تطبق على النزاع لكونها ملزمة، وإنما تطبق لأن ذلك هو ما أرادته الأفراد، فهي إذاً تستمد قوتها الملزمة من اتفاق الأفراد على تطبيقها صراحة أو ضمناً، 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 ملزماً 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 أيضاً ما يجري عليه العمل في البيوع المتعلقة بثمار معينة على أساس بيعها بالمائة، لكن يتم التسليم على أساس مائة وعشرة أو مائة وعشرين حبة من كل مائة، وما يجري 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، وفقاً للقاعدة "لا يعذر أحد بجهله القانون" والقاضي ملزم بتطبيق العرف إذا لم يوجد نص تشريعي ولو أثبت أحد الخصوم أنه يجهل العرف، فالجهل بالعرف كالجهل بالتشريع لا يقبل عذراً.

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

(ب) يطبق القاضي العرف على النزاع المعروض عليه، باعتباره قانوناً ومن تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك بتطبيقه أحد الخصوم، أما العادة فهي شرط، صريح أو ضمني، من شروط العقد، ومن ثم فلا يملك القاضي أن يطبقها من تلقاء نفسه، فلا بد من أن يتمسك بها من له مصلحة في تطبيقها.

(ج) يفترض علم القاضي بالعرف، وبالتالي لا يكلف الخصم بإثباته، أما العادة الاتفاقية، فيجب على من يدعي وجودها أن يقيم الدليل على وجود هذه العادة وعلى انصراف إرادته وإرادة من تعاقد معه إلى تطبيقها عند حدوث نزاع بينهما.

(د) عندما يطبق القاضي القواعد العرفية، فهو يخضع لرقابة محكمة

النقض لأنه يطبق قواعد قانونية، ووظيفة محكمة النقض هي رقابة صحة تطبيق القانون، أما إذا طبق القاضي العادة، لأن أحد افراد تمسك بها، فإنه لا يخضع بالنسبة لها لرقابة محكمة النقض، لأنها من مسائل الواقع التي يستقل بالفصل فيها قاضي الموضوع.

المطلب الثاني

مبادئ الشريعة الإسلامية في غير مسائل الأحوال الشخصية

تعد مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً من مصادر القانون المصري فيما يتعلق بمسائل الأحوال العينية، حيث نظراً لأنها تحتل مرتبة لاحقة على مرتبة التشريع والعرف وسابقة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ولذا فإن القاضي يتعين عليه إذا عرض عليه نزاع ألا يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، إلا إذا خلا التشريع وكذلك العرف من تنظيم قانوني يحكمه، وذلك عملاً بمقتضى نص المادة الأولى من القانون المدني المصري والتي تنص على أن: 1- "تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها".

2- " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية في هذا المقام -أي في مقام عدها مصدراً رسمياً احتياطياً من مصادر القانون المصري في مسائل الأحوال العينية أو المالية- الأصول الكلية والمبادئ العامة المتفق عليها بين فقهاء المذاهب دون الخوض في الأحكام الجزئية والقواعد التفصيلية التي تختلف باختلاف المذاهب (13).

فلا يقصد بها الحلول الخاصة بمذهب فقهي معين (بعكس الحال في مسائل الأحوال الشخصية والتي يؤخذ فيها بالراجح في المذهب الحنفي) وإنما الأحكام العامة التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب (14).

ويرى معظم الفقه أن في إحالة القاضي إلى المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال العينية أو المالية، وعدم تقييده بأحكام تفصيلية خاصة بمذهب معين من المذاهب الفقهية، يهيئ له السبيل للتنسيق بين المبادئ العامة للشريعة الإسلامية والمبادئ العامة في القانون المصري، ولا سيما مبادئ القانون المدني، فيأخذ من مبادئ الشريعة ما يتناغم مع مبادئ القانون، وإلا لجأ إلى استبعاد مبادئ الشريعة الإسلامية وتطبيق المبادئ العامة للقانون إذا ما تعذر عليه إزالة التعارض بينهما، وذلك

(13) انظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ حسن كيره - المرجع السابق - ص 299، أ.د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص 133، أ.د/ محمد نبيب شنب - المرجع السابق - ص 30، أ.د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص 152، أ.د/ عبدالناصر العطار المرجع السابق - ص 257، أ.د/ نعمان جمعة - المرجع السابق - ص 215، 216، د/ محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص 184، 185، د/ حمدي عطيفي - المرجع السابق - ص 172 .

(14) انظر المراجع السابقة .

لضمان تجانس أحكام القانون على اختلاف مصادرها ودفع مظاهر التنافر والتعارض بينها (15).

بل ومن الفقهاء من فرّق في معرض المفاضلة بين مبادئ الشريعة الإسلامية والمبادئ العامة للقانون، بين المبادئ العامة للقانون التي ورد بها تشريع أو جرى عليها العرف، وتلك التي لم يرد بها تشريع ولم يجر عليها عرف، فالنوع الأول من هذه المبادئ تقدم على مبادئ الشريعة الإسلامية إعمالاً لنص المادة 2/1 من التقنين المدني المصري الحالي -الذي يقدم التشريع والعرف على الشريعة الإسلامية- أما النوع الثاني من هذه المبادئ فيجرى تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية عليها، لأنها مستقاة من مصدر أدنى مرتبة من مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة السابقة الذكر ألا وهو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فقد جاء في الأعمال التحضيرية أنه في كنف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادئ العامة في القانون المصري "... (16).

والواقع أن كلا الرأيين السابقين قد فقدتا أهميتهما ولم يعد ثمة مجال لإعمال أي منهما بعد أن أضحت مبادئ الشريعة الإسلامية ليست فقط

(15) انظر في ذلك إلى: أ.د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون "ج1 نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ص 49، أ.د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص 133، أ.د/ حسن كيره المرجع السابق - 299، 300، أ.د/ جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص 148، أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 201، أ.د/ نعمان جمعة - المرجع السابق - 216 .

(16) أ.د/ توفيق فرج "المدخل للعلوم القانونية، بند 169 طبعة عام 1976 .

مجرد مصدر رئيسي من مصادر التشريع وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور المصري الحالي، بل المصدر الرئيسي للتشريع بعد أن أُجري تعديل لهذه المادة وتمَّ عمل استفتاء بشأنها في 22 مايو عام 1980م ، إذ يتعين تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية عند التعارض مع المبادئ العامة في القانون أياً كان مصدرها (أي سواء كان مصدرها التشريع أو العرف) على أساس أن التشريع وهو يحتل قمة التدرج بين مصادر القانون المختلفة -ومن باب أولى العرف- لا يملك في ظل نص المادة الثانية من الدستور المصري والتعديل الذي أُجرى بشأنها، مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، بعد أن صارت المصدر الرئيسي له لأنه من غير المقبول عقلاً ومنطقاً أن يخالف الفرع أصله ومصدره (17).

مركز الشريعة الإسلامية في ظل المادة الثانية من الدستور المصري: عرفنا فيما سبق أن المادة الأولى من التقنين المدني المصري الحالي في معرض بيانها لمصادر القانون المصري بالنسبة لمسائل الأحوال العينية، قد جعلت الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً لا يلجأ إليه القاضي إلا إذا خلا التشريع والعرف من تنظيم للمسألة محل النزاع، ومن ثمَّ صارت منزلتها أدنى من منزلة كل من التشريع والعرف.

ولما صدر الدستور المصري في سبتمبر عام 1971م نصت المادة

(17) انظر في نفس المعنى: أستاذنا الدكتور/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص 258،

الثانية منه على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، وذلك بقولها "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع". ثم أُجري تعديلٌ لهذه المادة وأجري استفتاء بشأنها تمّ في 22 مايو عام 1980م لتصبح مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، وذلك بقولها "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، ثم صدر دستور عام 2012م في المادة يحمل نفس المعنى بقولها "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، ثم صدر الدستور الحالي عام 2014م حاملاً ذات المعنى في المادة الثانية منه بقولها "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

ولعل التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا المقام على الفور يدور حول أثر صدور الدستور بمادته الثانية سالفه الذكر وما أُجرى لها من تعديل على مركز مبادئ الشريعة الإسلامية بين المصادر الرسمية للقانون، هل سيتغير مركزها المحدد لها في المادة الأولى من التقنين المدني المصري فتصير بموجب نص الدستور الوارد في المادة الثانية منه والتعديل الذي أُجرى لها - والدستور أسمى من التشريع - في مقدمة المصادر الرسمية للقانون، بحيث يمتنع على واضع القانون إصدار تشريعات مخالفة لها في المستقبل، كما

يتعين عليه أن يتدخل لتعديل التشريعات القديمة المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، وإلا طعن عليها بعدم دستورتها؟

أم أنها رغم ذلك كله لا تزال في الإطار المرسوم لها من قبل مصدراً رسمياً احتياطياً يلي التشريع والعرف في المرتبة وفقاً للمادة الأولى من التقنين المدني، وأن لنص المادة الثانية من الدستور قبل التعديل وبعده دلالة خاصة تغاير حقيقة المعنى الظاهر لها ؟

يرى جانب من الفقه أن مركز مبادئ الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون الرسمية الذي حدده لها المادة الأولى من التقنين المدني - بوصفها مصدراً رسمياً احتياطياً تالياً للتشريع والعرف - لم يتغير بصدور الدستور سواء قبل تعديل المادة الثانية منه أو بعد تعديلها، على أساس أن الخطاب الوارد في نص المادة الثانية سواء قبل التعديل - أي الذي يعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع - أو بعد التعديل - أي الذي يعتبرها المصدر الرئيسي للتشريع - خطاب موجه إلى واضع القانون بضرورة استلزام مبادئ الشريعة الإسلامية فيما يسنه من تشريعات في المستقبل، وإلا تعرض التشريع المخالف لها للطعن عليه بعدم دستوريته، أما بالنسبة للتشريعات السابقة على نفاذ التعديل - أي تعديل المادة الثانية من الدستور - فتحتفظ بكامل شرعيتها حتى ولو كانت متعارضة مع مبادئ الشريعة الإسلامية إلى أن يتم تعديلها أو إلغاؤها بصدور تشريعات جديدة

مستوحاة من مبادئ الشريعة الإسلامية (18).

ولا شك أن هذا الرأي يجافي حقيقة ما يستفاد من ظاهر النص الدستوري (سواء قبل التعديل أو بعده) الذي يوجب إعلاء مركز الشريعة الإسلامية فوق مرتبة التشريع ، بحيث لا يتعارض مع مبادئها ابتداء بعدم سن قواعد تشريعية متعارضة معها ، ولا يحتفظ انتهاءً بقواعد تشريعية مخالفة لمبادئ تلك الشريعة الغراء ، فضلاً عن ذلك فإن التسليم بمثل هذا الرأي من شأنه أن يهدد وحدة النظام القانوني في مصر ، لأنه سيؤدي حتماً إلى تطبيق نوعين مختلفين بل ومتعارضين من النصوص التشريعية في آن واحد، النوع الأول يضم النصوص التشريعية السابقة على نفاذ التعديل والتي يرون أنها بمنأى عن الطعن عليها بعدم الدستورية على الرغم من مخالفتها للشريعة الإسلامية، أما النوع الثاني فهو يضم النصوص التشريعية الصادرة بعد نفاذ التعديل والتي يجب أن تكون موافقة لمبادئ الشريعة الإسلامية وإلا طعن عليها بعد الدستورية.

فمن غير المقبول أن يطبق القاضي -كما يرى البعض وبحق- نصوصاً مخالفة للشريعة الإسلامية وأخرى مطابقة لها، بحجة أن النصوص الأولى كانت قائمة قبل التعديل، أما الأخرى فلاحقة عليه (19).

(18) انظر في ذلك إلى أ.د/ حسن كيره - المرجع السابق - ص 103 وما بعدها، أ.د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 447، أ.د/ محمد حسام لطفي - المرجع السابق - ص 186، 187 .

(19) انظر في عرض ذلك إلى :د./ محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص 186، 187، وقرب

لذلك فقد ذهب رأي في الفقه - نرجحه - إلى أن التعديل الدستوري يحمل معنى الأمر لوأضع القانون المصري بضرورة تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يوجب استلهاام نصوص التشريعات الصادرة بعد هذا التعديل من مبادئها وإلا كانت تشريعات غير دستورية يمكن الطعن عليها بذلك ، هذا بالإضافة إلى ضرورة مراجعة التشريعات السابقة على تعديل الدستور لتعديل أو إلغاء ما يتعارض منها مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا طعن عليها بعدم الدستورية(20).

المبحث الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

اعتبرت المادة الأولى من القانون المدني، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد

ذلك أ.د/ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 256، د./ حمدي عطيفي - المرجع السابق - ص 174، بيد أنهما لا يجيزان الطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية الصادرة قبل التعديل الدستوري عند مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية، على أساس أنها دستورية كانت منذ نشأتها وتظل كذلك إلى أن تعدل أو تلغى عن طريق السلطة التشريعية .

(20) د/ محمد سعد خليفة - المرجع السابق - 188 .

العدالة مصدراً رسمياً للقانون حيث نصت على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليست قواعد محددة، يلجأ إليها القاضي كما هو الحال في قواعد التشريع أو العرف، وإنما مجرد مبادئ عامة يستخلص منها القاضي، وفقاً للظروف وطبيعة العلاقات ما يراه مناسباً من الأحكام للفصل فيما يعرض عليه من نزاع، مسترشداً بالشرائع الأجنبية وأحكام القضاء، والمبادئ العامة التي يقوم عليها النظام القانوني ككل.

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

وعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد رأيه للتوصل إلى حل للنزاع المعروض حيث لا يجوز له أن يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني، وحتى لا يعد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة. ولذا قيل بأن المشرع قد أراد أن يهيئ للقاضي مصدراً مرناً طبعاً، يتيح له فرصة الاجتهاد بغية الوصول إلى الحل العادل للنزاع، وهكذا، فإن مهمة القاضي قد تقترب من

مهمة المشرع في هذه الحالة لأن القاضي يبحث ويجتهد ليصل إلى القاعدة واجبة التطبيق، لكن اجتهاده هنا، مؤسس على اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص، فيرجع إلى القواعد الكلية التي تستمد من القانون الطبيعي أو قواعد العدالة مسترشداً كما قلنا. بالقانون المقارن وأحكام القضاء والمبادئ العامة للقانون.

ويقصد الفقه بالقانون الطبيعي، مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري 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 القانوني، وهذه المبادئ يكشف عنها ضمير الإنسان، وعقله وهي تكون في مجموعها المثل الأعلى الذي يهتدى به المشرع عند وضعه القانون الوضعي ليصل إلى درجة الكمال.

أما العدالة كما يقول الفقه، فهي الشعور الكامن في النفس والذي يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستتر ويهدف إلى إعطاء كل ذي 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. ومن الحالات التي طبق فيها القضاء مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تلك التي قررها في شأن الملكية الأدبية والصناعية (حماية حق المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصناعية)، وكذلك ما قرره بشأن التعسف في استعمال الحق، وتحمل التبعة ... الخ.

وبعد أن تعرضنا في عجالة لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، كمصدر رسمي من مصادر القانون المصري، فإن لنا أن نسأل الآن، هل نحن في حاجة إلى جعل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدراً رسمياً 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:

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

2- عندما تسأل عن المقصود بالإحالة إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فماذا يقصد؟ نقول أنه وفقاً لما صرحت به المذكرة

الإيضاحية في هذا الصدد، نجد أن المشرع لم ينص رد القاضي إلي ضابط يقيني، وإنما هي دعوة للاجتهاد، بمعنى أن القاضي أن يجتهد رأيه ليحسم النزاع المعروض، حتى لا يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني، كل ما في الأمر، أن اجتهاده يجب أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص، فالإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذًا، لا تمدنا بقواعد قانونية، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الرسمية الأخرى، فكيف يكون مصدرًا رسمياً للقانون؟

3- وعند وضع القانون المدني الجديد فقد كان من الواضح عن مناقشة هذا الموضوع، فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أن هناك خلافاً عليها، فقد رأى البعض استبعادها، ورأى البعض استبدالها بفكرة أخرى إيجابية موضوعية، ولتوضيح ذلك نجد أنه لما أنشئت المحاكم المختلطة، فقد جاء في المادة 52 من اللائحة. لائحة ترتيب المحاكم المختلطة أنه "إذا لم يوجد في القانون نص ينطبق على الحالة المعروضة أو كان النص قاصراً أو غامضاً يتبع القاضي مبادئ القانون الطبيعي 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 الطبيعي.

أما عند وضع القانون المدني الجديد، فقد رأى البعض استبدالها واقتراح أن تحل محلها فكرة أخرى هي "المبادئ العامة المشتركة بين الدول"، ثم توقفت اللجنة التي بحثت الموضوع، وعند بحثه من جديد، وضعت الصيغة الحالية، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تعليقاً على هذا النص، أن المشرع لم يشأ أن يجاري التقنين المدني السويسري فيأذن القاضي بأن يطبق في هذه الحالة ما كان يضع هو من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع (فقرة ٢ من المادة 1) بعد أن أخذ على هذه الصيغة من ناحية الشكل أنها تخول القضاء حق إنشاء القواعد القانونية، مع أن عمله ينحصر في تطبيق هذه القواعد فحسب، ولم يشأ المشرع كذلك أن يحيل القاضي إلى المبادئ العامة في قانون الدولة (م ٣ من التقنين المدني الإيطالي الجديد) أو إلى مبادئ القانون العامة فحسب (م ١ من القانون الصيني)، بل احتفظ بعبارتي القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

لكن ما الذي أضافه المشرع باختيابه هذا؟ نجد أن المذكرة الإيضاحية، عندما تحدثت عن المجال الذي أعملت فيه فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة، قالت أنه في كنف مبادئ القانون الطبيعي 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، متوخياً اختيار أصح القواعد وأكثرها ملائمة لطبيعة الأوضاع التي قصر القانون عن تنظيمها.

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

4- إن ما يدعونا إلى طرح فكرة القانون الطبيعي جانباً، ليس فقط لأنها فكرة غامضة، تستعصي على التحديد، ولكن لأننا. حقاً لسنا بحاجة إليها، فمبادئ الشريعة الإسلامية والتي أحالت إليها المادة الأولى من القانون المدني، تستغرق. في رأينا. فكرة القانون الطبيعي، لأن ما أوحى به الله عز وجل، إنما يمثل العدل المطلق، والكل المطلق،

والمثالية المطلقة، فكيف نترك ما هو يقيني ومنضبط، ونلجأ إلى فكرة غيبية، غير محددة، نلتمس فيها قواعد العدل والإنصاف، وننسى أن الدين السماوي. مطلق الدين، به من القواعد ما يصلح حال البشر، الآن وإلى أن يرث الله، عز وجل الأرض ومن عليها.

5- إنه حتى وإن كان غير صحيح. وإن كنا في حاجة إلى فكرة القانون الطبيعي إن وجدت يجب أن توضع في موضعها الصحيح فيجب أن يدرس القانون الطبيعي بمناسبة البحث عن أساس للقانون، أي 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 المادي أو الموضوعي للقانون، لا المصدر الرسمي.

الفصل الثاني 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 التفسيري، الوسائل التي تحدد المقصود من القانون الوضعي وكشف وإزالة اللبس والغموض الذي يعتريه.

المبحث الأول

الفقه

الفقه في اللغة هو العلم بالشيء والفهم له، وفي الاصطلاح القدرة على فهم واستنباط الأحكام من أصولها ومصادرها، ولفظ الفقه في الدراسات القانونية قد يعني 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 ويمكننا ملاحظة أهمية الفقه فيما يتعلق بالقاضي والمشرع، فكثيراً ما يسترشد القاضي، بآراء الفقه، لمعرفة حكم القانون لأن الفقه يكشف غموض القواعد القانونية بما يقوم به من شرح وتحليل ونقد ومقارنة المواد مع بعضها والرجوع إلى مصادرها التاريخية، وترتيباً على ذلك يتضح للقاضي غموض نصوص القانونية، فيتمكن بذلك من تطبيقها التطبيق السليم.

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

"ويؤثر رأي 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".

وتاريخياً نجد أن الفقه قد لعب دوراً هاماً في القانون الروماني، بل أكثر من هذا فقد كان لبعض الفقهاء الحق في إصدار فتاوى ملزمة للقاضي وقد اعترف بالفقه كمصدر رسمي للقانون الروماني في بعض مراحل تطوره. كذلك لعب الفقه دوراً هاماً في الشريعة الإسلامية، وذلك بعد وفاة الرسول ﷺ فقد قام الفقه بتفسير القرآن الكريم وبيان أحكام الشريعة الإسلامية فيما يصدره من فتاوى للناس، وأيضاً حالياً نجد أن الفقه يلعب دوراً هاماً ومحورياً فيما يتعلق بالقوانين الحديثة ومسألة تطور الفكر القانوني، فالفقه يتصدى للمشاكل القانونية الجديدة كما در مجال المعلوماتية، ويقدم آراء عظيمة يسترشد بها لوضع الجديدة.

المبحث الثاني القضاء

يطلق لفظ القضاء ويراد به أحد المعاني الآتية :

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

الثاني: قد يطلق لفظ القضاء على الحكم الصادر في خصومة معينة أو مجموعة الأحكام التي تصدرها هذه المحاكم وسواء كانت محاكم عادية أو محاكم القضاء الإداري.

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

والقضاء بهذا المعنى الأخير يلعب دوراً هاماً كمصدر رسمي للقانون في البلاد التي تأخذ بمبدأ السوابق القضائية، بمعنى أن المحاكم عندما تقرر مبدأ معيناً بصدد مسألة معينة فإنها تلتزم في قضائها بهذا المبدأ القانوني الذي قرره وذلك في القضايا اللاحقة كما أنها تكون ملزمة بالأحكام التي أصدرتها المحاكم الأعلى درجة ففي بلد كإنجلترا يبحث القاضي 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 إذًا مصدر تفسيري للقانون، وأحكام المحاكم مهما علت درجاتها لا تقيد المحاكم التي أصدرتها ولا المحاكم الأدنى درجة.

وبالرغم من أن مهمة القضاء في تطبيق القانون لا خلقه إلا أنه في بعض الحالات قد يصعب التعرف على مضمون القاعدة المراد تطبيقها على النزاع لغموضها، ولذا يجد القاضي نفسه ملزماً بالبحث والاجتهاد في تفسير هذه القاعدة مستعيناً بذلك بألفاظ عبارات النص وروف المجتمع ولما كان من شأن تفسير القواعد القانوني أن يؤدي إلى اختلاف المحاكم، فقد عهد إلى محكمة النقض في مهمة القرار تفسير القانون وتطبيقه من قبل المحاكم الأدنى.

ويذهب بعض الفقه إلى أن القضاء قد يلعب من الناحية العملية دوراً في خلق القواعد القانونية، وذلك بتكم صلاته بالحياة الاجتماعية وظروف المجتمع المتغيرة فإنه قد يسلك مسلكاً معيناً، في تفسير القواعد القانونية ويترد على هذا المسلك فتظهر بذلك قاعدة قانونية جديدة تختلف عن القاعدة التي جرى العمل بها، مثال ذلك ما أخذ القانون المدني الجديد عن القضاء المصري كأحكامه في التعسف في استعمال الحق، والملكية الشائعة،

والتزامات الجواز ... الخ.

الباب الرابع تطبيق القانون وتفسيره

قلنا أن الدولة الحديثة تقوم على مبدأ الفصل بين السلطات، ومن ثم فقد جعل الدستور للسلطة التشريعية (مجلس النواب) الاختصاص الأصلي في سن القوانين في الدولة، أما السلطة التنفيذية فقد أناط بها سلطة تنفيذها، وعهد أخيراً 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 يتمتع على أية سلطة أن تتدخل في أعمال السلطة القضائية حتى تتحقق العدالة، والتي لا يمكن أن تتحقق إلا بتوفير الاستقلال الكامل في العمل القضائي، ولذلك فالقضاة غير قابلين للعزل وينظم القانون مساءلتهم تأديبياً.

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

فتفسير القانون، يعني 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 ما الزمان والمكان، ثم أخيراً مشكلة تفسير القانون ونتناولها في فصول:

- ✓ الفصل الأول: الجهاز القضائي في مصر.
- ✓ الفصل الثاني: نطاق تطبيق القانون.
- ✓ الفصل الثالث: تفسير القانون.

الفصل الأول الجهاز القضائي في مصر

ينقسم الجهاز القضائي (المحاكم) في مصر إلى جهتين:

✓ الأولى: جهة القضاء العادي.

✓ الثانية: جهة القضاء الإداري.

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

المبحث الأول جهة القضاء العادي

يعد القضاء العادي الجهة القضائية صاحبة الاختصاص العام في ولاية القضاء، بحيث ينعقد له الاختصاص في الفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثني منها بنص خاص.

وتتكون جهة القضاء العادي من عدة محاكم موزعة على كافة محافظات ومراكز الجمهورية تقريباً، وتأخذ هذه المحاكم في مراتبها شكلاً هرمياً تحتل محكمة النقض قمته ثم تليها في التدرج محاكم الاستئناف ثم المحاكم الابتدائية، وأخيراً تحتل المحاكم الجزئية مؤخرة الشكل الهرمي في تدرج مراتب المحاكم العادية.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض - وهي محكمة واحدة مقرها في القاهرة - تختص بالإشراف والرقابة على صحة تطبيق المحاكم العادية لنصوص القانون في مختلف المسائل التي تعرض على هذه المحاكم (أي

سواء كانت مسائل جنائية أو غير جنائية) عن طريق الطعون المرفوعة إليها ضد الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ومحاكم الجنايات بسبب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله أو بسبب وقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثّر في الحكم.

وبناء على ما سبق فإن رقابة محكمة النقض هي رقابة قانون وليست رقابة واقع، بمعنى أنها لا تتصدى لمسائل الواقع التي أثبتتها الأحكام المطعون عليها أمامها، ولكن تنحصر مهمتها فقط في مراقبة كيفية إنزال المحاكم لحكم القانون على الوقائع التي أثبتتها هذه الأحكام الصادرة عنها، بحيث إذا تبين لها سلامة تطبيق المحاكم لحكم القانون أيدت الحكم المطعون فيه أمامها، أما إذا ارتأت عدم سلامة التطبيق فإنها تنقض هذا الحكم في الأصل وتحيل النزاع إلى محكمة الموضوع لتتظره من جديد بدائرة جديدة، حيث يحظر عليها قانوناً بوجه عام التصدي لموضوع الدعاوى إلا إذا كانت الدعوى مهياًة للفصل فيها وكان الطعن للمرة الثانية، لأنها ليست درجة الثالثة من درجات التقاضي، كما أنها محكمة قانون وليست محكمة وقائع حتى يتسنى لها التصدي لموضوع الدعاوى التي أثرت أمامها طعون في الأحكام الصادرة فيها، ومن ثمّ يقتصر دورها على مراقبة صحة تطبيق القانون من جانب المحاكم العادية دون التعرض للوقائع.

وينبغي التنويه بأن ما تستقر عليه محكمة النقض من أحكام غير ملزم للمحاكم الدنيا ، لأنها ليست سلطة تشريع وإنما هي جهة تطبيق ، غير أن

هذا لا يعني ما لأحكام محكمة النقض من نفوذ أدبي في نفوس قضاة المحاكم الدنيا تحملهم على التزام أحكام تلك المحكمة وعدم الخروج على مقتضاها ، وذلك نظرا لما لأعضاء محكمة النقض من خبرة عريضة في العمل القضائي ، وقدرة فائقة على فهم دقائق دلالات ومعاني النصوص القانونية ، فضلا عن رغبة أعضاء المحاكم الدنيا في تفادي الطعن على أحكامها بالنقض كلما حرصت على الالتزام بما استقرت عليه تلك المحكمة من مبادئ قانونية ، وهذا كله يسهم بدور كبير في توفير الاستقرار اللازم للعمل القضائي على نحو محقق للعدالة⁽²¹⁾

وتتعدد محكمة النقض على هيئة دوائر، تتألف كل دائرة من خمسة مستشارين، ومجموع دوائر هذه المحكمة ثلاث دوائر، واحدة للمسائل الجنائية، وثانية للمسائل المدنية والتجارية، وثالثة لمسائل الأحوال الشخصية.

وينقسم القضاء العادي إلى قضاء مدني وقضاء جنائي، وذلك على

التفصيل الآتي:-

أولاً القضاء المدني :

يضم القضاء المدني المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، حيث يعرض النزاع على محكمة أول درجة وفقاً لقواعد الاختصاص، ثم

(21) انظر في هذا المعنى : د/محمد حسين عبد العال "المدخل لدراسة القانون البحريني " ص 204

، طبعة عام 2004م ،مطبعة جامعة البحرين .

يكون من حق الخصوم، بعد الفصل فيه من هذه المحكمة، استئناف الحكم الصادر منها أمام محكمة أعلى درجة على ما سنرى.

1- المحاكم الجزئية:

توجد محكمة جزئية في دائرة كل مركز أو قسم، وتتعدّد هذه المحكمة برئاسة قاضي واحد للفصل في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تزيد قيمتها على أربعين ألف جنيه، والدعاوى التي ينص القانون على اختصاصها بالفصل فيها بصرف النظر عن قيمتها مثل دعاوى القسمة ووضع اليد ومنازعات الري والصرف.

ويكون الحكم الصادر من هذه المحكمة حكماً انتهائياً (أي لا يقبل الطعن عليه بالاستئناف) إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه، أما إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز خمسة آلاف جنيه فعندئذ يكون الحكم الصادر من هذه المحكمة حكماً ابتدائياً، (أي يكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف أمام المحكمة الابتدائية) (22) .

(22) إذ تنص المادة إذ تنص المادة 42 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أن " تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تجاوز قيمتها أربعين ألف جنيه ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه " .
وتنص المادة 43 مرافعات مصري على أن " تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائياً مهما تكن قيمة الدعوى وانتهاياً إذا لم تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه فيما يلي :

2- المحاكم الابتدائية:

تنتشر المحاكم الابتدائية في عواصم محافظات الجمهورية، حيث توجد محكمة ابتدائية في كل عاصمة من عواصم محافظات الجمهورية، باستثناء محافظة القاهرة حيث يوجد بها محكمتان ابتدائيتان إحداهما في شمال القاهرة، والأخرى في جنوب القاهرة.

وتشكل كل محكمة ابتدائية من ثلاث قضاة يرأسهم أحد مستشاري محكمة الاستئناف التي تقع بدائرتها هذه المحكمة، أو أية محكمة استئنافية أخرى تالية لها وفقا للترتيب الوارد في المادة 54 / 1 من قانون السلطة القضائية (23).

وتنص المادة 47 من قانون المرافعات المصري على أن " تختص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائياً فى جميع الدعاوى المدنية والتجارية التى

-
- 1 - الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والمصارف .
 - 2 - دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالأراضى والمباني والمنشآت الضارة إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع .
 - 3 - دعاوى قسمة المال الشائع .
 - 4 - الدعاوى المتعلقة بالمطالبة بالأجور والمرتبات وتحديدها .
 - 5 - دعوى صحة التوقيع أيا كانت قيمتها .
 - 6 - دعاوى تسليم العقارات إذا رفعت بصفه أصلية" .

(23) فقد جعلت المادة 54 من قانون السلطة القضائية الترتيب على النحو الآتي: من محكمة استئناف قنا إلى محكمة استئناف أسيوط ثم إلى بني سويف ثم إلى الإسماعيلية ثم إلى المنصورة ثم إلى طنطا ثم إلى الإسكندرية ثم إلى القاهرة. مشار إلى ذلك لدى أ.د/ محمد حسام لطفى - المرجع السابق ص 207 هامش.

ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها إنتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز عشرة آلاف جنية " .
" وتختص كذلك بالحكم فى قضايا الاستئناف الذى يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من محكمة المواد الجزئية أو من قاضى الأمور المستعجلة كما تختص بالحكم فى الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك فى الطلبات المرتبطة بالطلب الأسمى مهما تكن قيمتها أو نوعها " .

وتعتبر المحاكم الابتدائية هي صاحبة الاختصاص العام بنظر جميع المنازعات المدنية والتجارية ومنازعات الأحوال الشخصية والمنازعات الأخرى، إلا ما جعله واضع القانون بنص خاص من اختصاص المحاكم الجزئية.

وينعقد لها الاختصاص بصفتها محاكم أول درجة بالفصل فى الدعاوى التي تجاوز قيمتها النصاب المقرر لاختصاص المحاكم الجزئية (أي الدعاوى التي تجاوز قيمتها أربعين ألف جنيه) ويكون حكمها نهائياً، أي لا يقبل الطعن عليه بالاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز عشرة ألف جنيه أو فى المسائل التي حوّل لها القانون سلطة الفصل فيها نهائياً.

كما ينعقد لها الاختصاص بوصفها محاكم ثاني درجة بنظر الطعون المرفوعة إليها ضد الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية.

3- محاكم الاستئناف:

على خلاف المحاكم الابتدائية المنتشرة في كل عواصم محافظات الجمهورية بلا استثناء، فإن محاكم الاستئناف لا توجد إلا في بعض عواصم محافظات الجمهورية مثل القاهرة والإسكندرية وطنطا والمنصورة والإسماعيلية وبنى سويف وأسيوط وقنا.

وتشكل كل محكمة من هذه المحاكم من ثلاثة مستشارين، وتختص -بوصفها محكمة ثاني درجة- بالفصل في الطعون المرفوعة إليها ضد الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم الابتدائية، وتلك الصادرة من المحاكم الجزئية في الدعاوى المنصوص عليها في البند السادس من المادة 43 من هذا القانون.

ولذا تنص المادة 48 مرافعات مصري على أن " تختص محكمة الاستئناف بالحكم في قضايا الاستئناف الذي يرفع إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم الابتدائية.، وكذلك عن الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية في الدعاوى المنصوص عليها في البند السادس من المادة 43 من هذا القانون " .

ثانياً: القضاء الجنائي :

يضم القضاء الجنائي محاكم الجنح والمخالفات، ومحاكم الجنح المستأنفة، ومحاكم الجنايات، وذلك على التفصيل الآتي:-

1-محاكم الجنح والمخالفات:

لا تمثل هذه المحاكم محاكم مستقلة قائمة بذاتها، ولكنها تعد

إحدى دوائر المحكمة الجزئية الكائنة بدائرة كل مركز أو قسم، تختص بالفصل في المخالفات والجنح، ويصدر الحكم فيها من قاض واحد.

2- محاكم الجرح المستأنفة:

تشكل محكمة الجرح المستأنفة من ثلاثة قضاة من قضاة المحكمة الابتدائية، بوصفها إحدى دوائر المحكمة الابتدائية، تتولى الفصل في الطعون المرفوعة إليها ضد الأحكام الصادرة من محكمة الجرح والمخالفات.

3- محاكم الجنائيات:

توجد محاكم الجنائيات في عواصم المحافظات التي توجد بها محاكم الاستئناف فقط، فهي ليست محاكم مستقلة قائمة بذاتها، ولكنها مجرد دوائر تابعة لمحاكم الاستئناف، تتألف من ثلاثة مستشارين، تختص بالفصل في الجنائيات وبعض الجرح التي أناط إليها القانون مهمة الفصل فيها.

المبحث الثاني جهة القضاء الإداري

لقد كانت ولاية جهة القضاء الإداري مقصورة على بعض المنازعات الإدارية التي يخرجها القانون بنصوص خاصة من الولاية القضائية العامة الثابتة أصلاً لجهة القضاء العادي، إلى أن صدر قانون مجلس الدولة الجديد رقم 47 لعام 1972م ومد اختصاص جهة القضاء الإداري على سائر المنازعات الإدارية (م 10/14 من هذا القانون) فأضحى بذلك هذا القضاء هو صاحب الولاية العامة في شأن المنازعات الإدارية مثل الدعاوى الخاصة بالموظفين العموميين، والمنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية والعقود الإدارية ودعاوى الجنسية.

وتأخذ محاكم القضاء الإداري شكلاً هرمياً متدرجاً تحتل المحكمة الإدارية العليا قمته -والتي تكاد تضاهي في اختصاصها بالنسبة للمحاكم الإدارية الأخرى والمحاكم التأديبية اختصاص محكمة النقض بالنسبة للمحاكم العادية- ثم تليها في المرتبة محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية الأخرى والمحاكم التأديبية.

ويمثل جهة القضاء الإداري في مصر بمحاكمه المختلفة سالفه الذكر القسم القضائي في مجلس الدولة، إلى جانب القسم الثاني في هذا المجلس المتمثل في قسم الفتوى والتشريع، والذي يختص بإصدار الفتاوى في المسائل القانونية للجهات الحكومية التي تطلب منه ذلك، كما يقوم أيضاً بإعداد أو

مراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة، أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها .

وقد نصت المادة 190 من دستور 2014م على أن " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى وحده الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة، وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة، أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى " (24) .

(24) وكانت تنص عليه المادة 172 من دستور عام 1971م تنص على ذلك بقولها " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، يختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى. " ، وكانت المادة 174 من دستور عام 2012م تنص على ذلك بقولها " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة؛ يختص دون غيره من جهات القضاء بالفصل في كافة المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامه. ويتولى الدعاوى والطعون التأديبية، والإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية التي تحال إليه، ومراجعة العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها " .

الفصل الثاني نطاق تطبيق القانون

إذا وجدت القاعدة القانونية، كانت واجبة التطبيق، وأصبح واجباً على كل فرد من أفراد المجتمع توجيه سلوكه على مقتضاها، وإذا ثار النزاع بين الأفراد، فلا بد 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 مناسباً.

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 انطباقها عليه، ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف لا يفترض في أحد الجهل بالقانون أو مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون.

فجهل القاعدة القانونية لا يصلح إذا عذراً، وتسري 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 أولاً لنطاق تطبيق القانون من حيث المكان، ثم نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان وذلك في مبحثين:

- ✓ المبحث الأول: نطاق تطبيق القانون من حيث المكان.
- ✓ المبحث الثاني: 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، ولها كذلك الحق في السيادة على كل من يقيمون على هذا الإقليم، وطنيين وأجانب، وترتيباً على ذلك فإن قانون كل دولة يتناول بالتنظيم كل نشاط يحدث على هذا الإقليم ولا يتعداه، احتراماً لسيادة الدولة الأخرى وقوانينها، وهو ما يسمى بمبدأ إقليمية القوانين.

✓ مبدأ شخصية القوانين:

لما كان وجود أي دولة مرتبط بشعب يقوم على إقليمها، وأن القوانين إنما توضع لتنظيم العلاقات بين هؤلاء الناس، فإن المصلحة تقتضي أن يطبق قانون الدولة على جميع الأشخاص الذين ينتسبون إليها في أي مكان يوجدون، أي 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 أقاليم دول أخرى.

التعارض بين مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية:

ويترتب على الأخذ بمبدأ الإقليمية القوانين، تطبيق قانون الدولة على كل المقيمين على إقليمها، بغض النظر عن جنسيتهم، وهذه النتيجة تتعارض مع مبدأ شخصية القوانين، الذي يقضي 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.

إذا، الأخذ بالمبدئين الإقليمية القوانين"، "شخصية القوانين" يؤدي إلى وجود تعارض صارخ يحول دون تطبيقها معاً في نفس الوقت، لذلك فإن الدول تأخذ بكل من المبدئين في حدود متغيرة حسب ما تقتضيه ظروف ومصالح كل دولة.

الأصل هو مبدأ الإقليمية القوانين:

نظراً لأن الدولة لا تملك سلطة حقيقة إلا على إقليمها، بما يسمح لها بممارسة سيادتها على كافة الأفراد الموجودين عليه سواء أكانوا وطنيين أم أجانب، ونظراً لأن الدولة لا تملك حق ممارسة سلطتها هذه خارج إقليمها،

وإلا أصطدم 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 الطبيعي أن يسود مبدأ إقليمية القوانين، إلا أن هذا المبدأ لا يصلح إلا في المجتمعات البسيطة كالمجتمعات البدائية. حيث لا يوجد أي تعاون أو تبادل أو انتقال فيما بينها، لذلك كان لظهور التعاون بين الدول، وانتشار التجارة الدولية، وتقدم المواصلات مع ما ترتب عليه من انتقال الأفراد بين الدول أثره في التخفيف من غلواء التمسك بمبدأ السيادة من جانب كل دولة، فقد رُوي أن تطبيق الدولة لقوانينها، تطبيقاً شاملاً ومطلقاً على كل من يوجد على أرضها، قد يمس في بعض الأحيان الرعايا الأجانب المقيمين على أرضها، لاختلاف العقائد أحياناً، و لاختلاف الأعراف والتقاليد أحياناً 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 إن لكل دولة حق كامل في ممارسة سيادتها على إقليمها، لذلك نجد أن الغالبية العظمى من القواعد القانونية في كل دولة، تسري على كل المقيمين على أرضها مهما اختلفت جنسياتهم، ويجد مبدأ إقليمية القوانين تطبيقه الطبيعي في قواعد القانون العام، لأنها كما قلنا قواعد تمس بالدرجة الأولى سيادة الدولة واستقلالها. فالأصل أن يسرى قانون العقوبات سرياناً إقليمياً، فنصت المادة الأولى

عقوبات مصري مثلاً على أن "تسري 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 أجنبياً، والعكس فمن سيرتكب جريمة في الخارج، لا يطبق عليه القانون المصري ولو كان مصرياً.

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

كذلك يسري القانون المالي سرياناً إقليمياً، فإذا مارس أجنبي نشاطاً في مصر، فإنه يخضع في نشاطه للقانون المصري، فيلتزم مثلاً 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، طبقاً لمبدأ إقليمية القوانين، هو إقليم الدولة التي سنت هذا القانون دون أن يتجاوزه إلى إقليم دولة أخرى، فإن الأخذ بمبدأ شخصية القوانين يؤدي إلى سريان القانون على رعايا هذه الدولة حتى ولو كانوا على إقليم دولة أخرى.

يؤدي الأخذ بمبدأ الشخصية إذا، 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.

وتطبيقاً 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 أجنبي من علاقات القانون الخاص.

وقد وضع المشرع المصري، قواعد تنازع القوانين من حيث كان في المواد 10، 28 من القانون المدني الجديد، وهذه القواعد تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض فقد يفضى إعمالها إلي تطبيق القانون المصري، وقد يفضى إلى تطبيق القانون الأجنبي فمثلاً تقضى المادة 17 من القانون المدني على أنه "يسري على الميراث قانون المورث"، وإعمالاً لهذه القاعدة. قاعدة إسناد إذا توفي أجنبي في مصر وترك أموالاً فالقانون الذي يطبق هو القانون الأجنبي الذي ينتمي إليه المورث بجنسيته وبالعكس، إذا توفي مصري في الخارج وترك أموالاً، 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 سرياناً إقليمياً، وتجد هذه القاعدة مجالها الطبيعي في فروع القانون العام. كما قلنا. بالإضافة إلى مسائل العقارات والاختصاص والجراءات، وإذا كانت القاعدة في إقليمية القانون، إلا أنه توجد استثناءات

تؤدي إما إلى عدم تطبيق القانون المصري داخل الإقليم المصري أو تؤدي إلى تطبيقه خارج الإقليم المصري.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان تنازع القواعد القانونية في الزمان

مشكلة التنازع بين القوانين المتعاقبة في الزمان:

الغاية من القانون في 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 تعبيراً عن حاجات الناس ومصالحهم.

ولكن التغيير المستمر لقواعد القانون، وإن كان ضرورياً وحتمياً، إلا أنه يطرح مشكلة دقيقة وشائكة، إذ يتعين عندئذ تحديد التاريخ الذي ينتهي عنده سريان القواعد القانونية الملغية، ويبدأ، اعتباراً 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:

1- إذا صدر قانون جديد يقرر أن الطلاق لا يجوز إلا بإذن القاضي، وللأسباب التي بينها القانون، فهل يقتصر سريان هذا القانون على عقود الزواج التي تمت بعد نفاذه، أم يخضع من تزوج في ظل القانون القديم الذي كان لا يشترط هذا الشرط، للقيود الواردة في القانون الجديد.

2- الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية في ظل القانون المدني الحالي هي 7% (المادة 1/٢٢٧ مدني)، فإذا صدر قانون جديد يجعل هذا الحد 6%، 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 افترضنا سريانه، فهل يقتصر ذلك على تخفيض سعر الفائدة بالنسبة للآثار المستقبلية، أم يجب خصم الفائدة الزائدة عن السعر الجديد والتي تقاضها الدائن في الفترة الماضية منذ نشأة العقد؟

3- يعتبر الشخص كامل الأهلية، في ظل القانون الحالي، 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 وفقاً للقانون الحالي، 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 وفقاً
للقانون الجديد.

تلکم 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 وترتبت
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 وأنتجت جميع آثارها، والقول بغير
ذلك يعني حدوث قلق واضطرابات في المعاملات بين الناس لا مبرر لها.
مثال ذلك، إذا أبرم عقد بيع، وهو عقد فوري، وأنتج كافة آثاره في ظل
القانون المدني القديم، وقبل نفاذ القانون المدني الجديد في 15 أكتوبر
1949، 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 المستقبلية، أي 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 مالكاً بالتقادم، فإذا صدر قانون جديد، بعد بدء وضع اليد وقبل اكتمال المدة المقررة في القانون القديم لاكتساب الملكية، فأى من القانونين يسري 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 الفوري أو المباشر للقانون الجديد ودراستنا في هذا المبحث تنصب على إلقاء الضوء على كل نظرية منهما.

وعلى ذلك، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

✓ **المطلب الأول: مبدأ عدم رجعية القانون الجديد.**

✓ **المطلب الثاني: مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد.**

المطلب الأول

مبدأ عدم رجعية القانون الجديد

المقصود بالمبدأ:

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

ويفترض هذا المبدأ، بدهاة، أن تكون هناك وقائع قانونية معينة قد نشأت أو

انقضت ورتبت كل آثارها في ظل قانون قديم، ثم صدر بعد ذلك قانون جديد يعدل من شروط نشوء أو انقضاء هذه الوقائع أو يعدل في آثارها، وهنا لا يطبق القانون الجديد على هذه الوقائع، لا من حيث نشوئها، ولا من حيث انقضائها، ولا من حيث آثارها، طالما تمت في ظل القانون القديم الذي تظل خاضعة له.

وقد أكدت دساتير مصر مبدأ عدم سريان القانون الجديد على الماضي، وهو ما يعرف بمبدأ عدم رجعية القانون، فقد نص عليه الدستور المؤقت في المادة 66 منه، كما تضمنت نفس المبدأ المادة 178 من الدستور الملغي الصادر في 11 سبتمبر 1971م، وذلك بنصها على أن "لا تسري 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 2014م نفس المسلك وأكدت ذلك المادة 225 منه.

المبررات التي يستند إليها مبدأ عدم رجعية القانون:

يستند مبدأ عدم رجعية القانون إلى عدة مبررات توجبه أهمها:

1- **العدالة:** فالعدالة تأبى أن تحاسب الناس في سلوكهم وتصرفاتهم وفقاً

لقانون لم يكون سارياً وقت قيامهم بفعل أو تصرف معين، فإذا كان

القانون هو مجموعة قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، وهذه

القواعد مكفولة بجزاء يوقع على المخالف، فإن العدالة تقتضي أن

يحاسب الناس وفقاً للقانون الساري وقت وقوع المخالفة، وليس وفقاً
لقانون جديد يصدر بعد ذلك.

2- **استقرار المعاملات:** فاستقرار المعاملات بين الناس يوجب ألا يسرى
القانون الجديد على العلاقات القانونية التي نشأت وانقضت وترتيب
آثارها في ظل قانون سابق، والقول بغير ذلك يجعل الناس حيارى لا
يعرفون القانون الذي تخضع له علاقاتهم، مما يؤدي إلى اضطراب
المعاملات واهدار ثقة الناس في القانون.

3- **المنطق:** يقضي المنطق بالألا يكون للقانون الجديد أثر علي
التصرفات التي نشأت وأنتجت كل آثارها وانقضت قبل نفاذه والعلم
به فالتشريع لا يسري في مواجهة الأفراد إلا بعد نفاذه ونشره في
الجريدة الرسمية ومضى مدة معينة بعد تاريخ النشر، وذلك لكي
يتحقق العلم الافتراضي به، ذلك العلم الذي يجعل الاعتذار بالجهل
بالقانون غير مقبول كعذر، فكيف يؤاخذ الناس بالقانون الجديد،
والفرض أنهم لم يعلموا به ولم يكن له وجود مادي أو قانوني عنده
أقدموا على تصرفاتهم ومعاملاتهم، إن المنطق يقضي بقصر تطبيق
القانون الجديد على الوقائع التي تنشأ بعد العمل به، وعلى آثار هذه
الوقائع، دون أن يكون له أثر رجعي على ما تم قبل نفاذه من
تصرفات.

حدود مبدأ عدم رجعية القانون الجديد:

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

أما القاضي، فلا يجوز له أن يطبق قانون جديد بأثر رجعي ما دام هذا القانون لم يقرر صراحة سرئانه على الماضي.

الاستثناءات من مبدأ عدم رجعية القانون:

هل توجد استثناءات على مبدأ عدم رجعية القانون؟ الواقع أن هناك استثناءات متفق عليها، وهناك استثناءات محل خلاف في الفقه، وذلك على النحو التالي:

1- النص الصريح: فمبدأ عدم الرجعية كما سبق أن ذكرنا يقيد القاضي الذي يطبق القانون، ولا يقيد المشرع، فإله شرع إذن يستطيع، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أن ينص في التشريع الجديد، في

غير المواد الجنائية والضريرية، على سريانه على الماضي، بشرط أن تكون إرادة المشرع صريحة، فلا تكفي الإرادة الضمنية، وبشرط موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب جميعاً.

2- القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب: فهذه القوانين تطبق بأثر رجعي وتعتبر استثناءً من مبدأ عدم رجعية القانون الجديد، حتى لو كان في تطبيقها مساس بالحقوق المكتسبة للأفراد، وتبرير ذلك أنه لا يجوز لشخص أن يتمسك بحق اكتسبه في ظل قانون قديم متى أصبح هذا الحق مخالفاً للنظام العام والآداب وفقاً 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 قاصراً تطبيقاً لأحكام القانون الجديد، بالرغم من أنه قد صار رشيداً في ظل القانون القديم، لتعلق قواعد الأهلية بالنظام العام.

3- القوانين الجنائية الأصلح للمتهم: فالقاعدة أن القوانين الجنائية لا تسري بأثر رجعي، 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 ارتكابها، ومع ذلك يجوز أن تسري القوانين الجنائية الجديدة بأثر رجعي إذا كانت أصلح للمتهم بأن كانت تبيح الفعل أو تخفض العقوبة المقررة في القانون القديم، ولا يعد ذلك مساساً بالمصلحة

العامة، بل على العكس، هذا الاستثناء له ما يبرره من الناحية الاجتماعية ومن الداخلية 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، وقد تقرر هذا الاستثناء في المادة الخامسة من قانون العقوبات حيث جاء بها ... ومع ذلك إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره، ولنا عودة إلى هذا الموضوع عند دراسة الحلول التشريعية المشكلة للتنازع الزمني للقوانين في القانون المصري.

4- القوانين المفسرة: وهي القوانين التي تهدف إلى تفسير ما غمض وإيضاح ما استشكل من ألفاظ وعبارات النصوص التشريعية القائمة، ويذهب بعض الفقهاء إلى أن القوانين المفسرة يكون لها أثر رجعي، ومن ثم تتسحب إلى الماضي منذ تاريخ صدور القانون الذي تفسره، ونعتبر جزءاً منه، ويتعين على القاضي أن يطبق هذه القوانين على القضايا المنظورة أمامه طالما لم يفصل فيها بعد بحكم قضائي، ولكننا نرى مع البعض الآخر، أن هذه القوانين لا تعتبر استثناءً حقيقياً على مبدأ عدم رجعية القانون الجديد، لأنها لا تتضمن حكماً جديداً، وإنما قصد منها مجرد الإفصاح عن إرادة المشرع، ولذلك

تتطبق قواعدها من تاريخ نفاذ القانون القديم، أي القانون الذي صدرت تفسيراً له.

المطلب الثاني مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون

تقرير المبدأ ومبرراته:

يقصد بهذا المبدأ وجوب تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر وفوري على الوقائع والأعمال القانونية التي تقع بعد نفاذه والعمل به. ويعتبر هذا المبدأ من إبداعات الفقه الفرنسي، واعتنقه الفقه المصري بعد ذلك، وليس له سند تشريعي، كما هو الحال بالنسبة لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد، وقد قام هذا المبدأ إلى جانب مبدأ عدم رجعية القانون كمكمل ومعضد له.

ويوم مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد على عدة مبررات أهمها: أولاً: إن المشرع حينما يقوم بتعديل قانون قديم أو إلغائه وإبداله بقانون جديد، يفترض أن القانون الجديد يكون أكثر استجابة للظروف المستحدثة في المجتمع، وأصدق تعبيراً عن حاجات الناس ومصالحهم، وإلا لما كان هناك داع للتغيير، وطالما كان الأمر كذلك، فإن القانون الجديد يجب أن يسري على كل ما يقع من أعمال بعد نفاذه.

ثانياً: وفي تطبيق القانون الجديد بأثر فوري على كافة الأوضاع القانونية، سواء كانت أوضاعاً جديدة نشأت بعد نفاذه، أم كانت أوضاعاً قديمة لم

تستكمل تكوينها، أو لم ترتب كافة آثارها، ما يعزز وحدة القانون المطبق في الدولة.

النتائج التي تترتب على مبدأ الأثر الفوري للقانون:

يترتب على تطبيق القانون بأثر فوري أن يسري القانون الى على ما يأتي:

1- كافة الأوضاع القانونية الجديدة التي تطرأ بعد نفاذه ويسري القانون الجديد على إنشاء هذه الأوضاع وعلى انقضاءها وعلى آثارها.

2- الأوضاع القانونية الناقصة، وذلك بالنسبة للعناصر التي تتم بعد نفاذ القانون الجديد، أما العناصر التي اكتملت في ظل القانون القديم فتظل خاضعة له، فإذا صدر قانون جديد يعدل من شروط التعيين في الوظيفة العامة، فإنه يسري بأثر مباشر على كل شخص لم يكن قد تم تعيينه وفقاً 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.

3- انقضاء الأوضاع القانونية التي لم تتحقق في ظل القانون الجديد، فإذا صدر قانون جديد يطيل مدة سقوط حق المطالبة بحق معين، فإن المدة الجديدة تسري على كل الحقوق التي لم تنقض بالتقادم في ظل تطبيق القانون القديم.

4- الآثار المستقبلية 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 يسري على آثارها الممتدة في الزمن، ما دامت القواعد الجديدة هي قواعد قانونية أمره، دون أن يعد ذلك تطبيقاً للقانون بأثر رجعي.

الفصل الثالث تفسير القانون

لا يتمكن القاضي 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 القاضي إلى ذلك هو التفسير. يقصد إذا بالتفسير، إزالة الغموض وما قد يوجد من لبس في حكم القاعدة القانونية، ودراسة هذا الموضوع، تقتضي التعرض لأنواعه والاتجاهات العامة فيه، وطرقه، وذلك في ثلاثة مباحث:

- ✓ المبحث الأول: أنواع التفسير.
- ✓ المبحث الثاني: الاتجاهات العامة للتفسير.
- ✓ المبحث الثالث: طرق التفسير.

المبحث الأول أنواع التفسير

يتنوع التفسير بحسب الجهة التي أصدرته إلى تفسير تشريعي وتفسير قضائي وتفسير فقهي، فإذا تولى المشرع نفسه تفسير ما أصدره من تشريع أو فوض سلطة معينة في ذلك، كان التفسير تشريعياً، وإذا قام به القضاء عند تطبيق التشريع على الوقائع المعروضة، كان التفسير قضائياً، وأخيراً إذا انصرف إلى ما يقوم به الفقهاء عند شرحهم النصوص التشريعية، كان التفسير فقهيًا.

أولاً: التفسير التشريعي

هو التفسير الذي تقوم به السلطة التشريعية التي أصدرت التشريع أو سلطة أخرى يتم تفويضها في ذلك، ويحدث هذا في الغالب عندما تختلف المحاكم اختلافاً بيناً 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 تشريعاً يفسر التشريع الذي أثير بشأنه الخلاف، وقد يقدر المشرع، عند وضع تشريع معين ينظم مسألة معينة، أن هذا التشريع سوف يثير خلافاً في التفسير، وأنه من الأفضل حسم ما ينشأ بمناسبة تطبيقه من خلاف في الرأي فيفوض سلطة معينة بتفسير هذا التشريع. الأصل إذاً، أن يصدر التفسير التشريعي من ذات السلطة أصدرت التشريع، لكن لهذه السلطة أن تفوض جهة أخرى غيرها للقيام بهذه المهمة.

ومن أمثلة التفسير التشريعي، الذي صدر من المشرع نفسه، المرسوم بقانون الذي أصدره المشرع المصري بتاريخ ٢ مايو ١٩٣٥ بتفسير مرسوم، أغسطس ١٩١٤م، فبعد صدور مرسوم ١٩١٤ الخاص بتقرير السعر الإلزامي 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 صحيحاً في المعاملات الدولية، فتدخل المشرع وأصدر مرسوماً بتاريخ ٢ مايو سنة ١٩٣٥ يفسر به مرسوم ١٩١٤ وقرر أن البطلان المنصوص عليه في مرسوم ١٩٧٤، 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 الزراعي لتفسير قوانين الإصلاح الزراعي، فقد نصت المادة ١٢ مكررة من قانون الإصلاح الزراعي، التي أضيفت إلى هذا القانون بالمرسوم بقانون رقم 264 لسنة ١٩5٢، على أنه "للجنة العليا تفسير أحكام هذا القانون، وتعتبر قراراتها في هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً وتتنشر في الجريدة الرسمية".

وقد تعطي هذه السلطة تفويضاً مطلقاً، 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 ١٩6٩،

بإصدار قانون المحكمة العليا من أن تختص المحكمة العليا "بتفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضماناً لوحدة التطبيق القضائي وذلك بناءً على طلب وزير العدل، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزماً".

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحق أصبح للمحكمة الدستورية العليا التي حلت محل المحكمة العليا بالقانون رقم 48 لسنة 1979.

وسواء صدر التفسير من المشرع نفسه، أو من سلطة مفوضة في تفسير المشرع، فهو ملزم، ومن ثم يجب على القاضي أن يتقيد به عند تطبيق النصوص القانونية التي فسرت.

ولكن ماذا لو تجاوز المفسر نطاق سلطته في التفسير فوضع قواعد جديدة لا تحملها 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 ملزماً سواء كان التفسير مستقيماً بالمعنى الحقيقي للنص، أو خرج عن نطاق التفسير بأن تضمن ما لا 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

القاضي إذا لم يتجاوز نطاق التفسير الصحيح، أما إذا تجاوزت السلطة المفسرة حدود اختصاصاتها وحملت نصوص التشريع الذي تفسره ما لا يحتمله، فيعتبر عملها تعديلاً للتشريع وليس تفسيراً له، وهذا الأمر لا يملكه غير المشرع، وبالتالي يكون من حق المحاكم ألا تلتزم به.

ثانياً: التفسير القضائي

يطلق التفسير القضائي على ما يقوم به القاضي من تفسير للقواعد القانونية بمناسبة تطبيقه لها على الأفضية المطروحة أمامه.

والقاضي وهو يفسر القانون بمناسبة الفصل فيما يعرض عليه من منازعات، يتأثر إلى حد كبير بالاعتبارات العملية والظروف الواقعية المحيطة بالمنازعات التي تثير التفسير عند الفصل فيها، وقد يميل القاضي إلى دواعي العدالة والاعتبارات العملية، فيهدر نصاً تشريعياً تحت ستار تفسيره، فيكون الحكم ملائماً وامتشياً مع تلك الاعتبارات.

وما تتوصل إليه المحاكم من تفسيرات بمناسبة تطبيق القانون، ليس ملزماً 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 تعطي تفسيراً جزئياً، وحلاً نسبياً لحالة معينة.

ومع ذلك فقد نصت المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن هذه المحكمة تتولى تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما

يقتضي توحيد تفسيرها.

وقد اعتبرت المادة 49 من قانون المحكمة، أن ما يصدر من تفسيرات من هذه المحكمة يعد ملزماً لجميع المحاكم.

ثالثاً: التفسير الفقهي

يطلق التفسير الفقهي على ما يقوم به الفقه من دراسة وتحليل وتعليق وشرح للنصوص القانونية.

ويغلب على التفسير الفقهي على خلاف التفسير القضائي الطابع النظري الذي تغلب فيه اعتبارات المنطق، فالفقه يهيمه معرفة حكم القانون، وأوجه القصور فيه، وقد يؤدي ذلك إلى تدخل المشرع لتعديل التشريع أو إلغائه إذا كان ما شابه من نقص أو عيب يبرر هذا التدخل مسترشداً في ذلك برأي الفقهاء.

وتتاول الفقيه التشريع في مجموعة وأصوله ونظرياته العامة قد يؤدي إلى تفاوته في الرأي بينه وبين القاضي، 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 أيضاً أحكام المحاكم، مبيناً ما فيها من جوانب الخلل والصواب.

ويفضل القضاة الرجوع إلى تفسيرات الفقه، كما أن الفقه يضع دائماً في اعتباره وهو يتناول النصوص القانونية بالتفسير ما تيسر عليه المحاكم، فهذه

الأحكام تمدّه بفروض عملية.

المبحث الثاني الاتجاهات العامة للتفسير

يهدف التفسير إلى التعرف على المعنى الذي تدل عليه النصوص، وذلك بالبحث والوقوف على مقصود المشرع من عباراته، فالنصوص ليست إلا تعبيراً عن إرادة واضعها، وقد أدى ذلك إلى اختلاف وجهات النظر في حقيقة دور المشرع في وضع القاعدة القانونية، وتبعاً لذلك اختلفت المذاهب في التفسير، وأهم الاتجاهات العامة في التفسير:

✓ أولاً: مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص.

✓ ثانياً: المدرسة التاريخية أو الاجتماعية.

✓ ثالثاً: المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر.

أولاً: مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص

ظهرت مدرسة الشرح على المتون في أعقاب التقنيات الفرنسية التي وضعت على أثر الثورة حتى أواخر القرن التاسع عشر، وقد أحيطت هذه التقنيات بقدر كبير من التقدير كما ساد الاعتقاد بأنها حوت كل ما يلزم من قواعد لمواجهة مشاكل الحياة، كما أنها تنبأت بكل ما قد يعرض في المستقبل من فروض.

ونظراً إلى أن القواعد التشريعية ليست إلا تعبيراً عن إرادة المشرع وأن

التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، فيجب أن ينصرف التفسير إلى التعرف على إرادة المشرع وقت وضع التشريع.

وليس هناك مشكلة، إذا كانت عبارات النص واضحة الدلالة بحيث تكشف، بسهولة عن الإرادة الحقيقية للمشرع وحيث تستخلص هذه الإرادة من التفسير اللفظي أو اللغوي للنصوص، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الآلي 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 البعض الآخر، وتقريب النصوص المختلفة، وكذلك بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للنص ومصادره التاريخية.

وإذا استحال الوقوف على الإرادة الحقيقية للمشرع، فنلجأ إلى ما يسمى بالإرادة المفترضة، أي الإرادة التي يفترض المفسر أن المشرع لو عرض للمسألة التي يبحث فيها ليعبر عنها، وتستخلص هذه الإرادة المفترضة عن طريق الاستنتاج المنطقي، فعلى المفسر أن يعتمد على بعض الأمارات، 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 باعتباره المصدر الوحيد للقانون،

والإسراف في استعمال طرق التفسير اللفظي أو اللغوي بشأنها، وقد أخذ عليها إسرافها في التمسك بحرفية النصوص لاستخلاص إرادة المشرع ومن ثم يفترض أن للمشرع إرادة حيث لا توجد إرادة حقيقية.

ثانياً: المدرسة التاريخية أو الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا، وتعتبر صدى لتعاليم المذهب التاريخي في تصور القانون باعتباره خلقاً ذاتياً ينبعث من ضمير الجماعة، أي أن القانون حدث اجتماعي ينشأ تلقائياً نتيجة تفاعل للعوامل المختلفة التي تؤثر في المجتمع ويتطور ويتطور بتطور الظروف الاجتماعية.

فالقانون ليس تعبيراً عن إرادة المشرع، وليس لهذه الإرادة قيمة في ذاتها، وإنما قيمتها في كونها تعبيراً عن حاجات الجماعة المتطورة.

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.

ونظراً لارتباط القانون وتفاعله مع الظروف الاجتماعية، فإن قواعده يتغير معناها من وقت لآخر لتكون ملائمة للظروف الاجتماع السائدة وقت التفسير.

نخلص إلى أن النصوص التشريعية لا تفسر وفقاً لهذا الاتجاه وفقاً لإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة لأنها انفصلت منذ وضعها عن هذه الإرادة،

بل وفقاً للإرادة المحتملة للمشرع، أي 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 ليدلي كل برأيه، مما يؤدي 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 يؤدي إلى استقرار المعاملات.

ثالثاً: المدرسة العلمية

وزعيم هذه المدرسة هو الفقيه الفرنسي Gény ويأخذ البحث عن إرادة المشرع الحقيقية وقت التشريع، وذلك في حالة وجود نص تشريعي. أما إذا لم يوجد نص تشريعي، فلا يجب البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع وقت صدور التشريع، وإنما يجب الرجوع إلى جوهر القانون ومجموعة الحقائق الطبيعية أو الواقعية والحقائق التاريخية الحقائق العقلية والحقائق المثالية التي تتكون منها مادة القانون لتستلهم منها حل المسألة المعروضة وهي ما يسمى بالبحث العلمي 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 أمر ونسبه 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 العلمي 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 لمشروع.

رابعاً: التفسير في القانون المصري

يبدو من نص المادة الأولى. والتي تنص على أنه "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها" أن المشرع المصري لم يأخذ بفقهاء مدرسة الشرح على المتون على إطلاقه، كما أنه تأثر بفقهاء المدرسة التاريخية أو الاجتماعية، وبفقهاء مدرسة البحث العلمي الحر.

فالتشريع ليس المصدر الوحيد للقانون كما يقول فقهاء مدرسة الشرح على المتون، فعلى العكس يحيل القانون المصري القاضي إلى العرف عند عدم وجود نص تشريعي، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. والمشرع المصري هنا تأثر بفقهاء المدرسة التاريخية أو الاجتماعية.

كما يجب وفقاً للقانون المصري الوقوف على الإرادة الحقيقية للمشرع متى وجد نص تشريعي دون اصطناع إرادة مفترضة له حتى في مصادر القانون الأخرى فإذا لم يجد فعليه أن يجتهد رأيه وفقاً لاعتبارات موضوعية عامة، لا عن تفكير ذاتي خاص، والقاضي يستعين في هذه الحالة بمبادئ العدالة والقانون الطبيعي، ومبادئ القانون بوجه عام، وهذا يتفق مع فقه مدرسة البحث العلمي الحر.

خامساً: طرق التفسير

لكن ما هي الوسائل الفنية التي يهتدي بها المفسر في سبيل التعرف على معنى النص القانوني؟

للإجابة على هذا السؤال نفرق بين حالتين: الحالة الأولى حالة نص صريح، والحالة الثانية حالة عدم وجود نص صريح.

1- وجود نص صريح:

يلجأ المفسر لاستخلاص معاني النصوص القانونية إلى ألفاظ النص أو ما يشير إليه عن طريق دلالاته، أو يلجأ إلى فحوى النص وروحه. ويقتضي 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 أي من عباراته

ومفرداته، وإذا كان للفظ معنيان، معنى لغوي، وآخر اصطلاحي
تعين الأخذ بالمعنى الاصطلاحي إلا إذا تبين أن المقصود هو
المعنى اللغوي.

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 القانوني من إشارة النص، ويقصد به المعنى الذي
وإن كان لا يتبادر فهمه من ألفاظ النص، إلا أنه يعتبر نتيجة حتمية
لها، أي هو المعنى اللازم للمعنى المستفاد من عبارة النص.

مثال ذلك، ما تنص عليه المادة ١٠٣٣ مدني من أنه "إذا كان
الراهن غير مالك العقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا
أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية" إذا نظرنا إلى نص هذه المادة،
نجد أن يدل بعبارته على أن إقرار المالك يصح عقد الرهن، ويدل
بإشارته على أن عقد الرهن إذا صدر من غير مالك يعتبر قبل إقرار
المالك موجوداً، فلا يتصور أن يرد الإقرار على شيء غير موجود.
وكما يستفاد الحكم من دلالة اللفظ، فإنه يستفاد من فحواه وروحه،
تطبيقاً لنص المادة الأولى مدني "تسري 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 مادي أو معنوي، 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 إلي المعنى المقصود للنص أو الحكم المطلوب للحالة المعروضة باستخدام الاستنتاج المنطقي سألقة الذكر كان عليه أن يلجأ إلى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية، العرف، الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد لم يكن أمامه إلا الاجتهاد من خلال مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

2- حالة عدم وجود نص:

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 القياس:

ومعناه إعطاء حالة غير منصوص عليها، حكم حالة منصوص عليها،

لاتحاد العلة بالنسبة لهما، والقياس على نوعين القياس العادي والقياس من باب أولى.

القياس العادي: هو إعطاء حالة لم يصرح المشرع بحكمها، حكم حالة منصوص عليها، لاتحاد علة الحكم وتساويها في الحالتين، ومن الأمثلة على ذلك ما تنص عليه المادة ٣١٢ عقوبات مصري من أنه "لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعها إلا بناءً على طلب المجني 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 مصري من أن "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن زني بها يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤، ٢٣٦، أي أن الزوج القاتل يعاقب هنا بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية، فلو أن الزوج في مثل هذه الحالة. ضرب زوجته ومن زني بها، فأحدث عاهة مستديمة وهي في الأصل جنائية فيجب أن تقاس هذه الحالة على حالة القتل، وتخفف العقوبة لأن الزوج أولى بالتخفيف منه في الحالة المنصوص

عليها.

مفهوم المخالفة:

هو إعطاء حالة لم ينص المشرع على حكمها عكس الحكم المنصوص عليه في حالة أخرى، لاختلاف العلة أو تخلفها، ومن الأمثلة ما تنص عليه المادة الرابعة من القانون المدني من أن "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ 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، باستخدام طرق الاستنتاج المنطقي السابقة، كان عليه أن يلجأ إلى مصادر القانون الأخرى كالعرف، والشريعة الإسلامية، فإن لم يجد اعتمد رأيه من خلال مبادئ القانون الطبيعي 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.
