

المدخل للعلوم القانونية

أ.د/ الهيثم عمر سليم

أستاذ القانون المدني – جامعة أسيوط

أ.د/ محمد يونس الفشني

أستاذ القانون المدني – جامعة جنوب الوادي

د/ الشيماء حسين محمد

مدرس القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة جنوب الوادي

مقدمة

تميل النفس البشرية بفطرتها إلى العيش في جماعات؛ وذلك لعجز الانسان عن كفاء احتياجاته بنفسه دون معاونة من الاخرين، كما أن العيش في جماعات ينتج عنه كثير من العلاقات المتشابكة والشائكة أحياناً من بيع وشراء وايجار وقرض وتأمين وزواج وطلاقالخ .

وكان المفروض ألا تثور مشكلات فيما بين الأفراد وبعضهم البعض في مثل هذه العلاقات إلا أن الأنانية وحب الذات والرغبة في تحقيق أكبر قدر ممكن من المنفعة ولو على حساب الآخرين أدت إلى المشاحنات بين الأفراد والصراعات التي كانت مدعاة لإيجاد نظام يكفل تنظيمها بالقدر الذي يحقق الأمن والاستقرار في المجتمع؛ وعلى ذلك ظهر القانون أو ما يسمى بالقانون قبل ظهور الدولة بمفهومها الحديث كقواعد تنظم سلوكيات الأفراد في المجتمع ليضع الضوابط التي تحكم تصرفاتهم.

وعلى ذلك فالقانون مجموعة قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، ولها من الخصائص ما يميزها وخاصة عما يشبهها من قواعد ذات صلة بها مثل قواعد الدين أو الأخلاق أو المجاملات والعادات والتقاليد.

وللقانون فروع كما أن للقواعد القانونية أنواع حيث أن القانون ينقسم إلى قسمين أحدهما العام والآخر الخاص والقاعدة القانونية تنقسم إلى قاعدة أمر أو أخرى مكملة.

وللقانون مصادر يستقى منها أحكامه وقواعده قد تكون مصادر رسمية وقد تكون مصادر تفسيرية وتتمثل المصادر الرسمية في مصادر أصلية كالنشرع وقواعد الدين ومصادر احتياطية كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية

ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، في حين يمثل المصادر التفسيرية الفقه والقضاء.

وأخيراً فإن تطبيق هذا القانون يحتاج إلى جهات معينه تتولى تطبيقه إلى جانب مراعاة تطبيق هذا القانون من حيث الزمان ومن حيث المكان ومع الرجوع أيضاً إلى تفسير القاعدة القانونية من حيث التشريع والفقه والقضاء وعلى ذلك تنطوي الدراسة في هذا القسم على الموضوعات الآتية:

الباب الأول: ماهية القانون.

الباب الثاني: فروع القانون وأنواع القاعدة القانونية.

الباب الثالث: مصادر القانون.

الباب الرابع: تطبيق القانون

الباب الأول

ماهية القانون

القواعد القانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع من أجل تحقيق الاستقرار، وهي مصحوبة بجزاء لإلزام المخاطبين بها أن ينصاعوا إلى أحكامها، وهي في ذلك تختلف عن القواعد الاجتماعية الأخرى غير المقترنة بجزاء، والتي يواجه من يخالفها استنكار المجتمع أو يكتفي بتأنيب الضمير، لكل ما سبق نرى أن ندرس هذه الموضوعات كي نوضح ماهية القانون في الفصلين التاليين:

الفصل الأول: التعريف بالقاعدة القانونية وبيان خصائصها.

الفصل الثاني: التمييز بين القواعد القانونية وغيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى.

الفصل الأول

تعريف القاعدة القانونية وبيان خصائصها^(١)

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 .

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 كـ مجال العلوم الطبيعية والرياضيات 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، ويمكننا أيضا أن نقول قانون الجاذبية الأرضية ، وقانون العرض والطلب في مجال علم الاقتصاد.

^(١) هذا الفصل مأخوذ من مؤلف استأذنا الدكتور محمد سعد خليفه ، المدخل لدراسة القانون ، ٢٠٠١ .

وكلمة قانون استخدمها العرب بمعنى القواعد التنظيمية على 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 اليونانيون هذه الكلمة بمعنى العصا المستقيمة وهو المعنى الحرفي لكلمة KANON باليونانية (١)

التعريف الاصطلاحي للقانون:

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

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

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

٢. قد يستخدم مصطلح القانون للدلالة على فرع معين من فروع القانون، كالقانون المدني، والقانون التجاري، والقانون الدولي، وغيرها من فروع القانون لتنظيم سلوك الأفراد ونشاطهم في مجال معين (٢)

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

(٢) انظر أ.د. محمد حسام لطفي ، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، الكتاب الأول نظرية القانون ، القاهرة ، ٩٣-١٩٩٤ ، ص ٩ وما بعدها .

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

ويمكننا أن نشير إلي أن مصطلح القانون قد يستخدم للدلالة على القواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية وبالتالي يعبر القانون عن التشريع بالرغم من أن هذا الأخير يعتبر أحد مصادر القانون وليس المصدر الرسمي الوحيد للقانون، ولكن كما قال البعض هذا يعد من باب إطلاق الكل على الجزء علاوة على الأهمية العظمى التي يتمتع بها التشريع كأحد مصادر القانون^(١)

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 فهي 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 وعلى الغير احترام هذه الحقوق، فالقاعدة القانونية إذن تنشأ الحق.

(١) انظر أ.د. محمد حسام لطفي ، المدخل لنظرية القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، القاهرة ٩٣ - ١٩٩٤ ، ص ٩ وما بعدها.

المبحث الثاني

خصائص القاعدة القانونية

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

لذلك القاعدة القانونية تتمتع بالخصائص الآتية:

١. القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي.
٢. القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة.
٣. القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية.
٤. القاعدة القانونية قاعدة ملزمة.

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

المطلب الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

سبق الذكر عن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع، فالقانون عبارة عن مجموعة قواعد تتعلق بالسلوك إذ يهدف أولاً وأخيراً إلى تنظيم هذا السلوك سواء بين الأفراد بعضهم البعض أو فيما بين الدول بعضها البعض، فالقاعدة القانونية تخاطب الأشخاص الطبيعيين 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 أو الحشرات، ولا يعني ذلك أن القانون يتجاهل تماماً وجود هذه الكائنات أو ما قد تحتاجه من حماية ورعاية، فالقانون ينظم على 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^(١).

وفي شأن الأشخاص الاعتباريين يجب التنويه إلي أن القانون استوجب ضرورة وجود شخص طبيعي يمثل الشخص الاعتباري ويتوجه إليه خطاب المشرع الوارد في القاعدة القانونية كمدير الشركة أو رئيس مجلس الإدارة لمؤسسة ما أو هيئة ما، ولا شك أن هذا يعتبر نتيجة حتمية ومنطقية لعدم قدرة الشخص الاعتباري علي فهم أو إدراك خطاب المشرع^(٢).

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 طرف 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 إلا المولي

(١) د محمد حسين عبد العال، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٢٤

(٢) أ.د / محمد سعد خليفة ، د . حمدي محمد عطيفي ، المدخل لدراسة القانون ، ٢٠٠٢ ، ص ١٣

– 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 تكيف الجريمة الجنائية فلو أن شخصاً عقد النية علي قتل إنسان آخر وظلت هذه النية حبيسة في صدره لا تخرج للوجود فإن القانون لا يعاقب عليها، وفي حالة قيام هذا الشخص بقتل إنسان بناء علي هذه النية الكامنة في داخله فإن القانون يعامل الجاني عندئذ معاملة شديدة وتختلف عن الذي قتل بدون قصد.

وقد نصت المادة ٢٣٠ من قانون العقوبات المصري علي أن " كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار علي ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام ". فهذا النص يوضح لنا مدي اعتداد المشرع بالنية، ففي حالة قتل شخص بدون قصد وبدون نية كامنة 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 ١٤٨ / ١ علي ضرورة تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، كما أن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير طبقاً لنص المادة الخامسة من القانون المدني.

المطلب الثاني

القاعدة القانون قاعدة عامة مجردة

تتميز القاعدة القانونية بأنها عامة مجردة بمعنى أن يكون الخطاب موجهاً إلى جميع الأشخاص وإلى جميع الوقائع التي يمكن أن ينطبق عليها، فيجب أن يكون الخطاب موجهاً إلى الكافة لا إلى شخص بعينه أو أشخاص بذاتهم، ويجب ألا يخص القانون واقعة بعينها أو وقائع محددة بالذات، فالعمومية تعني أن يتوجه خطاب المشرع إلى الكافة، والتجريد يعني عدم أخذه في الاعتبار الظروف الخاصة أو الداخلية للأشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية أو الوقائع المقصودة بها.

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

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

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

عمومية وتجريد القاعدة القانونية يعني أن القاعدة تتجه بخطابها إلي كل من تتوافر فيه وتنطبق عليه شروط تطبيقها، فالقاعدة القانونية تتوجه بالخطاب إلي جميع المواطنين أو إلي طائفة منهم كالتجار أو الأطباء، كما أن القاعدة القانونية يمكن أن تتوجه إلي شخص واحد بصفته وليس بذاته كشخص رئيس الدولة، أو رئيس الوزراء، فصفة العمومية والتجريد التي تتميز بها القاعدة القانونية تختلف عن الأوامر والقرارات الفردية الخاصة بفرد معين كقرار تعيين موظف أو قرار منح الجنسية لشخص معين لتوافر شروط اكتسابها، كل هذه القرارات ينفي عنها صفة العمومية والتجريد.

ويجب التأكيد علي أن خاصية العمومية والتجريد التي تتمتع بها القاعدة القانونية لا تقتصر في عموميتها وتجريدها علي الأشخاص الذين تتوجه بالخطاب إليهم بل يجب أن تكون القاعدة القانونية عامه ومجرده بالنسبة لموضوعها وهذا يعني أن تنطبق علي عدد لا متناه من العلاقات المتماثلة التي تتوافر فيها شروط ومحددات معينة كالفواعد الخاصة بالبيع أو الإيجار أو المقاوله، فكل علاقة من هذه العلاقات تقوم بين الأشخاص بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة تسري عليها القواعد القانونية الخاصة بها مرتبة آثارها^(١).

وصفة العمومية التي تتمتع بها القاعدة القانونية لا تعني وجوب وضع القاعدة لزمان غير محدد أو أنها واجبة التطبيق في كل إقليم الدولة، فالقواعد القانونية التي توضع لتطبق خلال مدة كالقوانين الخاصة بالأحكام العرفية تعتبر عامة، وأيضا القوانين الخاصة بجزء معين من إقليم الدولة لتعويض سكان في حالة الكوارث تعتبر عامة ولا ينفي عنها صفة العمومية كونها خاصة بجزء معين من إقليم الدولة.

(١)د. عبد الرازق يس ، الوجيز في مبادئ القانون ، ٢٠٠٠-٢٠٠١ ، ص ١١ وما بعدها.

وقد ذهب البعض إلي أن صفة العمومية والتجريد والتي تتمتع بها القاعدة القانونية تعتبر عاملاً جوهرياً من عوامل المساواة السياسية بين أفراد المجتمع، فتوجيه خطاب المشرع إلي عامة الناس دون تحديد شخص ما يؤكد مبدأ المساواة بين الجميع ويساعد علي تحقيق مبدأ سيادة القانون، ولا شك أن كل هذا سيؤدي حتماً إلي تحقيق العدل، فيمكننا القول حينئذ أن صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية هي وسيلة تحقيق العدل ودعم مبدأ سيادة القانون وضمنان للأفراد ضد جميع أشكال التمييز والتفرقة^(١).

المطلب الثالث

القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية

الإنسان بطبعه كائن اجتماعي لا يستطيع العيش بمفرده، ولا يستطيع أن يكون في عزلة تامة عن أفراد المجتمع، بل نجد الإنسان يرغب دائماً في الدخول في علاقات مع باقي أفراد المجتمع، وهذه العلاقات لا بد وأن تكون منظمه ومحكومة بقواعد معينة، والقانون هو الذي ينظم هذه العلاقات من اجل تحقيق الاستقرار للمجتمع وتوفير الأمن ومنعاً لتفشي الفوضى والاستبداد.

وفي غيبة القانون تسود المجتمع وتسيطر عليه ما يطلق عليه شريعة الغابة أي أن القوي يأكل الضعيف والبقاء دائماً له، وأن الغني يسلب حقوق الفقير ويستخدمه في أعمال السخرة دون مقابل ودون مراعاة لأدميته وحقوقه، من هنا كان لا بد 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

(١) أ.د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص ٣٣.

كما نجد القانون يتطور بتطور المجتمع حتى لا يفقد مصداقيته، فعلى سبيل المثال في هذا العصر المتقدم 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^(١) والذي يحمي مبتكري برامج الحاسب الآلي ضد الاعتداءات القاتلة لإبداعهم الفكري كنسخ البرامج مثلاً^(٢).

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 وتقاليدته والتي لا بد 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 بالسياسة وذلك من خلال تنظيمه للدولة وبيان سلطاتها وأنظمة الحكم فيها وبيان أفضل طرق الحكم، كما أن القانون يهتم بالاقتصاد وذلك من خلال تنظيمه لكيفية تداول الأموال وتوزيع الثروات، والقانون يهتم أيضاً ببواعث السلوك الاجتماعي ومظاهره، ومن هنا نستطيع القول بأن القانون وثيق الصلة بعلوم النفس والاجتماع والأخلاق.

(١) أنظر : القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاصة بحماية حقوق الملكية الفكرية.

(٢) د. شحاتة غريب شلقامي ، برامج الحاسب الآلي والقانون ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ م ، ص ٨٤ وما بعدها .

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 وفقا لمضمون هذه القاعدة اختيارا، أكرهوا علي ذلك جبرا، ولا احترام قواعد القانون لا بد من جزاء رادع يحمل الأفراد المخاطبين بأحكام القواعد القانونية علي تنفيذها والعمل وفقا لمضمونها، وبالطبع السلطة العامة في الدولة هي التي تتولي توقيع وتنفيذ الجزاءات بما لها من وسائل تساعد علي ملاحقة الخارجين والمخالفين لقواعد القانون.

ولا شك أن اقتران القواعد القانونية بجزاءات يعتبر أمرا ضرورياً وحتمياً لحمل الأفراد المخاطبين بأحكامها علي احترام هذه القواعد ضمناً لتحقيق الاستقرار في المجتمع وتتويجا لمبدأ سيادة القانون، حيث أن ترك القواعد القانونية دون جزاء يكفل احترام مضمونها سيؤدي بالضرورة إلي انتشار الفوضى وعدم الاستقرار وضياع الحقوق، ومن هنا يؤكد الجميع أن احترام قواعد القانون هي سمة من سمات المجتمعات المتقدمة والراقية لان الأفراد كلما ازداد تقدمهم ورفقيهم الفكري كلما ازداد الإحساس بالحاجة إلي احترام قواعد القانون لتحقيق غاية أسمى ألا وهي إقامة النظام.

ويجب التنويه إلى أنه رغم رقى بعض الأفراد وسعيهم نحو احترام قواعد القانون من أجل إقامة النظام يوجد العديد من أفراد المجتمع الذين يميلون إلي خرق هذه القواعد، وعدم احترام أحكامها، فكان لا بد من اقتران هذه القواعد

بجزاءات رادعه ضمانا لاحترامها وتحقيق العدل في المجتمع، فالجزاء أمر ضروري تقتضيه صفة الإلزام في القاعدة القانونية، وفيما يلي سنوضح ماهية الجزاء والمقصود به وخصائصه وأنواعه.

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

خصائص الجزاء في القاعدة القانونية وتطوره:

من خلال التعريف السابق للجزاء نجد انه 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 القواعد الدينية والتي يؤجل فيها الجزاء للأخرة.
- الجزاء مادي ومحسوس، ومعنى ذلك هو ضرورة أن يتخذ الجزاء مظهراً خارجياً 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 علي 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 موكلاً إلى الفرد الذي وقع عليه الاعتداء، فقد كان هذا الفرد هو الذي يتولى بنفسه توقيع الجزاء أو تتولاه عائلته أو قبيلته، فقد كان أقارب القتيل أو عائلته يقتصون من القاتل علي مرأى ومسمع من جميع أفراد القبيلة علي أن أساس هذا القصاص هو الجزاء المناسب لما أقترفه القاتل في حق أهل القتيل 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 إلى القوة للحصول علي حقه.

وفي المعاملات نجد أن القانون الروماني كان يعطي للدائن الحق في المساس بحرية المدين كحبسه أو بيعه استيفاءً لدينه، فقد كان الجزاء بدنياً، وتطور حتى أصبح يتعلق بأموال المدين^(١).

ومع تطور المجتمعات وظهور الدولة الحديثة انتهى عصر القصاص أو القضاء الخاص والذي كان يتولى فيه الفرد توقيع الجزاء بنفسه، فقد ظهرت الدولة الحديثة بمقوماتها وسلطاتها المختلفة بما لها من نفوذ وسلطان

(١) لقد ظل الجزاء البدني ساري به في القانون الفرنسي على أن تم إلغاؤه بقانون ٢٢ يوليو، ١٨٦٧ والذي بدوره ألغى الإكراه البدني في المعاملات المدنية إلا في أحوال استثنائية:

وصلاحيات، لتوقيع الجزاء على المخالف لأحكام القانون تحقيقا للعدل، وبالتالي أصبحت الدولة هي المحكرة لسلطة توقيع الجزاءات ولم يبق في عصر 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 وفقا لأحكام القانون.

صور الجزاء:

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

١. الجزاء الجنائي.
٢. الجزاء المدني.
٣. الجزاء الإداري.
٤. الجزاء السياسي.

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

١ - الجزاء الجنائي:

يعتبر الجزاء الجنائي أشد صور الجزاء المقرر عند مخالفة القاعدة القانونية وهو عبارة عن العقوبة المقررة عند ارتكاب جريمة معينة مكتملة الأوصاف ومستوفية الشروط كما حدد ذلك قانون العقوبات، فالجزاء الجنائي يعتبر عقوبة وهذه العقوبة قد تمس الشخص في نفسه وحياته كالإعدام، أو في

حريته الشخصية كالسجن المؤبد أو السجن المشدد أو الحبس أو في ذمته المالية كالغرامة والمصادرة.

وكما قلنا منذ قليل الجزاء الجنائي يعتبر اشد صور الجزاء خاصة وان العقوبة تهدف إلي تحقيق الردع العام والردع الخاص، فمن حيث الردع العام العقوبة تهدد كل من تسول له نفسه ارتكاب جريمة، أما من حيث الردع الخاص نجد أن العقوبة تهدد مرتكب الفعل المحظور من العودة لارتكاب مثل هذا الفعل مرة أخرى.

والعقوبة تختلف من حيث جسامتها وشدتها تبعاً لاختلاف طبيعة الجريمة المرتكبة وما إذا كانت جنائية أو جنحة أو مخالفة، فالقانون قد قسم الجرائم إلي صور مختلفة كما سبق ونجد أشدها هي الجنائيات.

والجنائيات طبقاً لنص المادة ١٠ من قانون العقوبات المصري هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية:

الإعدام:

هي أقصى العقوبات المقررة في القانون الجنائي لأنها تنطوي على حرمان الجاني من حياته، وهذه العقوبة تنفذ عن طريق الشنق وفقاً للمادة ١٣ من قانون العقوبات المصري، وهذه العقوبة لا تنطبق إلا على نوعية خاصة من الجرائم التي تمثل إخلالاً فادحاً بأمن المجتمع ونظامه وحياة أفراده.

السجن المؤبد:

هذه العقوبة تستغرق حياة المحكوم عليه كلها، ويتم تشغيل المحكوم عليه في أشق الأعمال وفقاً للمادة ١٤ من قانون العقوبات، ويجوز الإفراج عن المحكوم عليه بعد مضي ٢٠ سنة إذا اثبت خلالها أنه حسن السير والسلوك.

السجن المشدد:

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

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

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

الحبس:

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

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

الغرامة:

تتمثل في إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ معين من المال إلي خزينة المحكمة وإذا كانت الجرح معاقب عليها بالحبس أو بالغرامة، نجد أن المخالفات معاقب عليها بالغرامة التي لا يزيد مقدارها علي مائة جنيه (مادة ١٢ عقوبات).
 و جدير بالذكر أنه نظرا لخطورة التجريم والعقاب نجد معظم الدساتير تنص علي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وإذا كانت العقوبات سالفة الذكر هي العقوبات الأصلية نجد أن هناك عقوبات تبعية تطبق بقوة القانون إلي جانب العقوبات الأصلية، كما أن هنا عقوبات أخرى تكميلية لا تطبق إلا إذا قررها القاضي في حكمه.

٢ - الجزاء المدني:

هو الجزاء الذي يوقع عند الاعتداء علي حق خاص أو إنكار الأثر الذي يرتبه القانون علي مخالفة قاعدة تحمي مصلحه خاصة أو حقا خاصا، ويمكننا أيضا القول بان الجزاء المدني هو الجزاء الذي يوقع عند ثبوت المسؤولية المدنية، والجزاء المدني يأخذ صور متعددة:

البطلان:

الذي يترتب في حالة إبرام التصرفات القانونية بطريقة مخالفة لما ينص عليه القانون كبطلان تصرفات الصبي غير المميز واعتبارها في حكم العدم طبقا لنص المادة ١١٠ من القانون المدني المصري، كما أن العقد يكون باطلا وفي حكم العدم إذا كان محله مخالفاً للنظام العام والآداب العامة.

وبالإضافة إلي البطلان توجد القابلية للإبطال في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد مثلا كتوافر عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال،

ويكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة السابقة، ويجوز له وحده التمسك ببطلان العقد وإعادة الحالة إلي ما كانت عليه قبل التعاقد.

إجبار الشخص علي القيام بما لم يقم به طواعية واختياراً:

كإلزام المؤجر بتمكين المستأجر من العين المؤجرة طالما أنه وفي بكل التزاماته.

الفسخ:

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

التعويض:

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

والتعويض قد يكون هو الجزاء الأصلي للمخالفة كالتعويض الذي يلتزم به صاحب سيارة عن الإصابة التي تسبب فيها للغير، وقد يكون التعويض ليس أصليا للمخالفة، وذلك في حالة تعذر تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً لما فيه من مساس بحرية المدين الشخصية، كتعهد رسام برسم لوحه أو فنان بأحياء حفلة، هنا

نلزمه بالتعويض في حالة عدم تنفيذ التزامه لأن إجباره علي تنفيذ التزامه عينيا فيه مساس بحريته الشخصية.

والتعويض ثلاثة أنواع: اتفاقي وقضائي وقانوني، الاتفاقي يكون نتيجة اتفاق الأطراف مقدما علي مقداره وشروطه، أما التعويض القضائي يحكم به القاضي ويقدره بحسب ما لحق الشخص من خسارة وما فاتته من كسب، وأخيرا التعويض القانوني وهو عبارة عن الفوائد الربوية وهي ٤ % في المسائل المدنية، ٥ % في المسائل التجارية، ويجوز الاتفاق علي سعر أخر للفوائد لا يزيد علي ٧ % وفقا للمادتين ٢٢٦، ٢٢٧ من القانون المدني المصري.

٣- 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.

٤- الجزاء السياسي:

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

الفصل الثاني

التمييز بين القواعد القانونية وغيرها

من القواعد الاجتماعية

من المسلم به أن القواعد القانونية قواعد اجتماعية تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع ، وهذه القواعد ليست وحدها التي تنظم هذا السلوك بل تشاركها قواعد اجتماعية أخرى ، بعضها يكون مصدرة الدين ، بينما يجد بعضها الآخر أساسه في مبادئ الأخلاق وقواعد المجاملات . وهذه القواعد جميعها قواعد اجتماعية تهدف إلي ضبط وتنظيم الروابط والعلاقات البشرية بين الأفراد داخل المجتمع .

وعلي ذلك فإنه يتعين علينا أن نعرض لهذه القواعد الاجتماعية مع بيان وجه الشبه ووجه الخلاف والعلاقة المتبادلة بينهما وبين القواعد القانونية وسنقسم دراستنا في هذا الفصل إلي مباحث ثلاث علي الوجه التالي:

المبحث الأول: القواعد القانونية والقواعد الدينية.

المبحث الثاني: القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية.

المبحث الثالث: القواعد القانونية وقواعد المجاملات.

المبحث الأول

القواعد القانونية والقواعد الدينية

يقصد بقواعد الدين مجموعة المبادئ والأحكام التي أوحى الله سبحانه وتعالى بها إلي رسله وأنبيائه ليبلغوها للناس للسير علي نهجها تحقيقاً لسعادتهم الدنيوية والأخروية .

وتلعب القواعد الدينية دور مؤثر في تنظيم سلوك الناس في المجتمع وذلك لما تتضمنه هذه القواعد من ثواب وعقاب في الدنيا والآخرة . ويسود الاعتقاد لدى الأفراد بأن إطاعة أوامر الدين وتجنب نواهيه من شأنه أن يحقق لهم السعادة في الدنيا والخلد في الجنة في الآخرة . وأن مخالفة هذه الأوامر وارتكاب النواهي من شأنه أن يجلب لهم الشقاء في الدنيا والعذاب المهيمن في الآخرة .

وهناك صلة وثيقة بين القواعد القانونية والقواعد الدينية ، وتبدو هذه الصلة من ناحيتين :

الأولى: كان الدين وما زال يمثل مصدراً رسمياً أصلياً واحتياطياً وتاريخياً للقانون .

فقد كانت القواعد القانونية في بدء نشأتها قواعد دينية ، وكان رجال الدين مكلفين بتفسيرها وتطبيقها ، كما أن الباعث علي احترام هذه القواعد وعدم الخروج عليها هو الخوف من عقاب الآلهة ، وهكذا كان الدين في البداية هو المصدر الوحيد للقانون ، ورجال الدين هم رجال القانون أنفسهم ولكن لم يدم هذا الأمر فاستقلت السلطة الدينية واستتبع ذلك استقلال القانون عن الدين .

وفي العصر الحاضر، فإن بعض الدول التي تعتنق الدين الإسلامي، كالمملكة العربية السعودية، تعتبر أحكام الدين قواعد قانونية بالمعنى الصحيح يتوافر لها عنصر الجزاء ويستتبع مخالفتها توقيع الجزاء من جانب السلطة العامة.

ويعد الدين مصدراً احتياطياً للقانون: فهناك من التشريعات التي تنص علي أنه إذا لم يوجد نص قانوني يحكم المسألة المثارة علي القاضي، فعليه أن يرجع إلى قواعد الدين يبحث فيها عن حل لهذه المسألة. وعين ذلك ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري، والذي يعد الشريعة العامة للنظام القانوني المصري، علي أنه إذا " لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى الشريعة الإسلامية".

ويعد الدين كذلك مصدراً تاريخياً للقانون فعندما يستمد المشرع نصوص تشريعية أو بعضها من أحكام الدين ومبادئه العامة اعتبرت هذه الأحكام والمبادئ مصادر تاريخية لنصوص هذا التشريع، بحيث يتم الرجوع إليها عند وجود غموض أو لبس يحيط بمعاني هذه النصوص.

الثانية: كذلك يتأثر القانون عند تنظيمه للروابط والعلاقات الاجتماعية بأحكام ومبادئ الدين فكثيراً ما تستقي القواعد القانونية جوهرها ومضمونها من هذه المبادئ وتلك الأحكام، ونجد ذلك واضحاً في المسائل المتصلة بأحكام الأسرة من زواج وطلاق... الخ .

وقد نص الدستور المصري علي أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، بمعنى أن أي تشريع يصدر يجب أن يستمد أحكامه من مبادئ الشريعة وإلا اعتبر تشريعاً غير دستوري.

ويؤدي القانون كذلك دوراً مهماً في خدمة الدين عند طريق التشريعات التي تقضي بعدم جواز انتهاك حرمة الأماكن الدينية كدور العبادة والمقابر وعدم جواز النيل من المعتقدات الدينية السائدة في المجتمع أو محاولة العبث بها أو تعطيل أداء الشعائر أو منعها بأي طريقة كانت ، وبفرض العقوبات الرادعة لكل من يجرأ علي إتيان فعل من هذه الأفعال.

وبعد هذا العرض للعلاقة التبادلية بين القواعد القانونية وقواعد الدين نعرض لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين كل منها، وتتجلي هذه الأوجه في الأمور التالية:

أولاً: من حيث مجال كل منهما :

وجه الاتفاق: تتفق قواعد القانون مع قواعد الدين في أن الهدف الأساسي لكل منهما هو تنظيم سلوك الأفراد دخل المجمع بما يحقق الاطمئنان للفرد والمجتمع علي حد سواء.

وجه الاختلاف: نجد أن مجال الدين أوسع نطاقاً من القانون: فقواعد الدين تنظم ثلاثة أنواع من الروابط . الرابطة الأولى : تنظم علاقة الفرد وخالقهم حيث الإيمان به وبأداء الصلاة والصوم وسائر الشعائر الدينية وهذه الواجبات يطلق عليها العبادات . أما عن الرابطة الثانية فتتنظم علاقة الفرد بنفسه، فالدين يفرض علي الفرد الاعتناء بنفسه وتنميته شخصه مادياً ومعنوياً . وأخيراً فإن قواعد الدين تنظم العلاقة بين الفرد وبغيره من الأفراد في المجتمع ، فتتضمن قواعد مفصلة لتنظيم علاقة الفرد بأقرانه، ومثال ذلك النهي عن السرقة والقتل والوفاء بالدين وعدم الغش في الميزان وعدم الاعتداء علي حقوق الغير وتسمي هذه القواعد بالمعاملات.

وكذلك تهتم قواعد الدين أساساً بالمقاصد والنوايا ولا تقف عند المظهر الخارجي لسلوك الفرد فقط ، فتحاسب الفرد علي ما يـكـنـه في نفسه من نوايا فإن كانت خيراً كتبت له خيراً ، وان كانت شراً أحصيت عليه شراً.

أما قواعد القانون فتقتصر علي تنظيم السلوك الخارجي للفرد والمتصل بغيره من أفراد المجتمع ، فالقانون لا يعني بالأمر الدينية أما الدين فيضع قواعد للحياة الدنيا والحياة الآخرة.

ثانياً: من حيث الغاية:

وجه الاتفاق: غاية كل من القواعد الدينية والقواعد القانونية هي تحقيق الخير العام للفرد وتحقيق النظام والاستقرار للمجتمع.

وجه الاختلاف: الغاية التي تهدف القواعد الدينية لتحقيقها أبعد مدى من تلك التي تسعى القواعد القانونية لتحقيقها، فقواعد الدين ترمي إلى تحقيق المثالية والسمو بالإنسان إلي درجة الكمال ، ولذلك فهي تضع أحكاماً مثالية للعلاقات الاجتماعية. بينما تهدف قواعد القانون أساساً إلي تحقيق غاية نفعية أو عملية، تضمن بقاء المجتمع وارتقائه ، لذلك نجد القانون أحياناً يبغض الطرف عن المثل العليا، فيحمي حق الغاصب إذا وضع يده مدة معينة ، كما يقضي بسقوط الحق عن صاحبه إذا سكت عن المطالبة به فترة معينة ، وهذا ما ترفضه قواعد الدين.

ثالثاً: من حيث الجزاء

وجه الاتفاق: تنص القواعد الدينية والقواعد القانونية علي جزاء يطبق عند مخالفتها.

وجه الاختلاف: الجزاء علي مخالفة القواعد الدينية جزاء مزدوج: فتقترن بجزاء دنيوي وجزاء أخروي، ويكون أمام المخالف فرصة للإفلات من الجزاء إن هو تاب وقدم عملاً صالحاً. أما الجزاء علي مخالفة القواعد القانونية فهو جزاء دنيوي مادي فقط، ويتم توقيعه من قبل السلطة العامة علي المخالف في الحال .

رابعاً: من حيث الإلزام

وجه الاتفاق: يتوافر لكل من قواعد الدين وقواعد القانون عنصر الإلزام.

وجه الاختلاف: يختلف مصدر إلزام القواعد الدينية عن القواعد القانونية فتجد القواعد الدينية مصدر إلزامها من الذات الإلهية التي أصدرت هذه القواعد وأمرت باتباعها واحترامها ، إما حباً خالصاً في هذه الذات وإما خشية عذابها. بينما مصدر إلزام القواعد القانونية يجد أساسه في كونها صادرة من سلطة عليا منحها الدستور سلطة إصدار هذه القواعد وضمن احترامها وتطبيقها.

المبحث الثاني

القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية

المقصود بقواعد الأخلاق مجموعة المبادئ والمثل العليا التي تستقر في وجدان الجماعة باعتبارها قواعد سلوك ملزمة تهدف إلى تحقيق الخير والسلام في المجتمع ، من خلال حث الأفراد على الصدق والبر والوفاء بالعهد ومساعدة الفقير والإحسان إلى الجار، ونهيهم عن الكذب والنميمة والاعتداء على حقوق الغير.

وقواعد الأخلاق من القواعد النسبية التي تختلف من مكان إلى آخر فما يعده مجتمع ما مبدأً أخلاقياً قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر، بل ما قد يعتبر مبدأً أخلاقياً في فترة زمنية معينة قد لا يعد كذلك في نفس المجتمع في فترة زمنية أخرى فمبادئ الأخلاق السائدة في مجتمع ما تعد انعكاساً للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدينية والثقافية السائدة في هذا المجتمع .

وهناك صلة وثيقة بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية، ويتمثل ذلك في أن الغالبية العظمى من القواعد القانونية تقوم على أسس ومبادئ أخلاقية . كما ينظر القانون دائماً إلى مبادئ الأخلاق باعتبارها المثل العليا التي يسعى دائماً نحوها لتحقيق الخير العام للمجتمع.

وأخيراً، فإن للقانون دور في حماية مبادئ الأخلاق، فهو يقضي ببطلان التصرفات المخالفة للأداب العامة. ومن ذلك ما تقضي به المادة ١٣٥ من القانون المدني حين تنص على أنه " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً ". ومن خلال هذه الحماية تنفذ قواعد الأخلاق إلى مجال القانون.

ورغم هذه الصلة بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق فإن هناك أوجه للاتفاق والاختلاف بين كل منهما وتتجلى هذه الأوجه من نواح متعددة نعرضها على النحو التالي:

أولاً : من حيث مجال كل منهما :

أوجه الاتفاق: تتفق القواعد القانونية مع القواعد الأخلاقية في أن كل منهما يسعى نحو تنظيم السلوك الخارجي للإنسان نحو غيره من الأفراد داخل المجتمع .

أوجه الاختلاف: نجد أن قواعد الأخلاق أوسع نطاقاً من قواعد القانون. فالقواعد الأخلاقية تفرض على الفرد واجبات نحو نفسه وواجبات تجاه غيره ، فهي تأمر الفرد بعدم الاعتداء على الغير أو علي ماله وتأمره بعدم الغيبة وعدم الكذب وعدم الحقد والكراهية وتأمره كذلك بعمل الخير ومساعدة الآخرين . فضلاً عن ذلك فإن قواعد الأخلاق لا تقف عند السلوك الخارجي للفرد بل تمتد إلي نوايا الإنسان ومقاصده الداخلية فتحاسب الشخص علي خلجات فؤاده وما يكنه داخل ضميره فتصل إلي إدانة الشعور بالحقد الذي يكنه الشخص تجاه الغير .

أما القواعد القانونية فيقتصر مجالها علي تنظيم علاقة الفرد بغيره من الأفراد داخل المجتمع دون أن تمتد إلي تنظيم واجباته نحو نفسه ، كما أنه ليس للقانون شأن بالمقاصد والنوايا الداخلية للفرد بل يحكم علي الأفراد وفقاً لأعمالهم الظاهرية .

ثانياً : من حيث الوضوح والتحديد

تمتاز القاعدة القانونية بالوضوح والدقة والتحديد مما يجعل معرفتها وتطبيقها أمراً ميسوراً ، وكذلك فهي تقوم علي شروط محددة يترتب علي توافرها تطبيق

الحكم الوارد بها. أما القاعدة الأخلاقية فهي غالباً ما ينقصها الوضوح والتحديد والانضباط لأنها ليست سوي أحاسيس داخلية مستقرة في ضمير الناس، وهذه الأحاسيس قد تتفاوت فيما بينها من جهة وقد تتعارض كل منها مع شعور الجماعة من جهة أخرى، وكل ذلك يؤدي إلي صعوبة التعرف عليها.

ثالثاً: من حيث الغاية

تهدف قواعد الأخلاق إلي تحقيق المثالية والعدالة المطلقة داخل المجتمع والوصول بالفرد إلي أعلى درجات السمو والكمال. بينما يهدف القانون إلي حفظ النظام وتحقيق الأمن في المجتمع، وهو لا يسعى إلي إقامة مجتمع مثالي يسود بين أفراد الود والوئام ، ولكنه ينشد فقط النظام واستقرار المجتمع . وبعبارة موجزة يمكن القول إن غاية القانون نفعية في حين أن غاية الأخلاق مثالية .

رابعاً: من حيث الجزاء

يتخذ الجزاء علي مخالفة القواعد القانونية شكلاً مائياً محسوساً تفرضه السلطة العامة. أما الجزاء في القاعدة الأخلاقية فليس له هذه الصفة ، فهو جزاء معنوي يتمثل في تأنيب الضمير الذي ينتاب الشخص المخالف لهذه القواعد واستنكار الناس واحتقارهم .

وأداة قياس الخطأ التي يترتب عليها الجزاء يختلف في القاعدة القانونية عنها في القاعدة الأخلاقية ، فالأولى أداة القياس فيها هي الرجل المتوسط المعتدل في قدرته وسلوكه ، فالقانون لا يطلب المستحيل ويوجه خطابه معتمداً على إمكانية طاعته من غالبية الناس، التيهي معتدلة ومتوسطة في قدراتها ومثالياتها، في حين أن أداة القياس في الثانية هي الرجل المثالي في شجاعته وحبه للخير وكرهه للشر.

وأخيراً ينبغي الإشارة إلى أن القواعد الأخلاقية يمكن لها أن تتحول إلى قواعد قانونية سواء بقرار من السلطة العامة أو بطريق العرف وذلك عن طريق الاعتياد على حكمها والشعور بإلزامها وباستقرار القضاء على حكمها، والأمثلة على ذلك عديدة منها قاعدة تحريم التعسف في استعمال الحق وجعله أساساً للإلزام بدفع تعويض لمن أضرار من جراء هذا التعسف وكذلك قاعدة الإثراء بلا سبب وإلزام رب العمل بتعويض العامل حتى ولو لم يثبت العامل خطأ رب العمل.

وتجد غالبية قواعد القانون الأساسية تيريرها وجانباً من أساسها في القواعد الأخلاقية، ومثال ذلك الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية ويعد تبريره في ضرورة الوفاء بالعهد وكذلك الإلزام برد قيمة الإثراء لمن افتقر نتيجة هذا الإثراء الذي يستند إلى مبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير.

المبحث الثالث

القواعد القانونية وقواعد المجاملات

تتمثل قواعد المجاملات في التقاليد والعادات التي استقر الناس في المجتمع على إتباعها في المناسبات الاجتماعية المختلفة . وهذه القواعد لا يفرضها قانون أو دين أو أخلاق، وإنما يجري الأخذ بها كوسيلة لإقامة العلاقات الاجتماعية وتوثيقها . ومن أمثلة ذلك تبادل التهاني في المناسبات السارة والتعازي في المآتم وزيارة المريض وتبادل الهدايا في بعض المناسبات . ويتضح من هذه الأمثلة أن الأمر يتعلق بواجب يقوم به الفرد في شكل سلوك خارجي مجامله لأقرانه . ويتمثل جزاء مخالفة هذا الواجب في استياء الناس واحتقارهم للمخالف ومعاملته بالمثل مما يترتب عليه تجميد العلاقة الاجتماعية وفتورها علاوة على الإحراج البالغ الذي يتعرض له المخالف .

وتقترب قواعد المجاملات من قواعد القانون من حيث كونها تتعلق بالسلوك الخارجي للأفراد وأنها قواعد عامة ومجردة وواجبة الإتباع في المجتمع . وتختلف عنها في أن الجزاء على مخالفتها جزاءً أدبياً وليس مادياً أو خارجياً . وليس هناك مجال في الواقع لتدخل السلطة العامة لتدعيم احترام قواعد المجاملات .

ومن الملاحظ أن قواعد المجاملات لا ترقى إلى مكانة القواعد القانونية، فالمشرع عادة لا يهتم بقواعد المجاملات ويعمل على تقنينها فهي لا ترقى إلى حفظ النظام والاستقرار الاجتماعي . غير أن قواعد المجاملات يمكن أن تتحول إلى قواعد قانونية عند تزايد أهميتها الاجتماعية وذلك بفرض جزاء مادي على مخالفتها. فقد يكون ترك مكان ملائم للنساء في المواصلات العامة من قبيل

المعاملة ثم تتطور هذه المعاملة إلى قاعدة قانونية تقضى بتخصيص مكان للسيدات، وتفرض جزاءً على مخالفة هذه القاعدة، وكذلك القواعد التي تراعى في السلك الدبلوماسي هي في الأصل قواعد مجاملات دولية ثم تحولت إلى قواعد قانونية يعترف بها القانون الدولي.

الباب الثاني

فروع القانون وأنواع القاعدة القانونية

درج فقهاء القانون إلى تقسيمه عدة تقسيمات على حسب الزاوية المنظور منها إليه : فيصنفه البعض منهم إلى قانون موضوعي وقانون إجرائي (شكلي)، ويقسمه البعض الآخر إلى قانون خارجي وقانون داخلي، ولكن التقسيم الشائع والذي كتب له الاستمرار حتى الآن هو تقسيم القانون - بالنظر إلى نوع القاعدة القانونية ذاتها - إلى قانون عام وقانون خاص - وبالنظر إلى إمكانية مخالفتها إلى قواعد أمرية وأخرى مقررة أو مفسرة أو مكملة .

ونظراً للأهمية التي يتميز بها هذا التقسيم بشقيه فسوف نخصص الفصل الأول لعرض تقسيم القانون إلى عام وخاص، والفصل الثاني لتقسيم القواعد القانونية إلى قواعد أمرية وأخرى مقررة أو مفسرة أو مكملة.

الفصل الأول

تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص

قبل أن نعرض لتقسيمات القانون العام والقانون الخاص يجدر أن نشير إلى التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص. وأساس هذا التقسيم ومعياره والهدف منه وعلى مظاهر الاختلاف بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص .

وترتيباً على ذلك، نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نعرضها على النحو التالي :المبحث الأول: التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

المبحث الثاني: فروع القانون العام
المبحث الثالث: فروع القانون الخاص

المبحث الأول

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

المقصود بكل من القانون العام والقانون الخاص :

يقصد بالقانون العام مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة أو سلطة، أو التي تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة.

أما القانون الخاص فيقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد بعضهم والبعض الآخر، أو بينهم وبين الأشخاص الاعتبارية الخاصة، أو الأشخاص الاعتبارية العامة عندما تتدخل هذه الأخيرة في العلاقة ليس باعتبارها شخصاً عاماً ذا سيادة وإنما باعتبارها شخصاً عادياً.

معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

تباينت الآراء حول المعيار المناسب للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، فتعددت المعايير التي نادى بها الفقهاء في هذا الخصوص، وأهم هذه المعايير المعيار الذي ينظر إلى غاية القانون أو طبيعة المصلحة المبتغاة للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، ومعيار ثان يجري التفرقة على

أساس تفرقة بين قواعد القانون الأمرة وقواعد القانون المكملّة ، ومعيار آخر ينظر إلى أطراف العلاقة القانونية ، ومعيار رابع ينظر إلى صفة أطراف العلاقة :

أولاً : معيار القواعد الأمرة والقواعد المكملّة

يرى جانب من الفقه أن قواعد القانون العام كلها قواعد أمرّة ، بمعنى أن القانون العام قانون سيطرة وأمر ويتمثل ذلك في قدرة السلطة العامة على تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية ، في حين أن قواعد القانون الخاص قواعد مكملّة لا مجال فيها للقهر والجبر ، فهو قانون حرية وسلطان إرادة ويجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالف قواعده . ويعطى أنصار هذا المعيار مثلاً بالمالك الذي يرغب في توسيع أرضه بضم قطعة مجاورة إليها : فإذا كان المالك فرداً عادياً فلا مجال أمامه سوى التراضي مع صاحب الأرض وإفراغ ذلك في عقد ما ، أما إذا كان المالك دولة فإنها ستقوم بنزع ملكية الجار بقرار إداري نظير تعويض مالي .

وقد انتقد هذا المعيار على أساس أن القانون الخاص زاخر بالقواعد الأمرة ولا يقتصر فقط كما ذكر أنصار هذا الرأي على القواعد المكملّة، فقواعد الأهلية والقواعد التي تتطلب شكليات معينة في بعض العقود قواعد أمرّة . فالقانون الخاص ليس كله قانون سلطان الإرادة، فكلا من القانونين العام والخاص يتضمن قواعد أمرّة وقواعد مكملّة في أن واحد.

ثانياً : معيار طبيعة المصلحة

ذهب أنصار هذا المعيار إلى أن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص يجب أن تستند إلى طبيعة المصلحة المبتغاة والتي يحميها كلا منهما:

فقواعد القانون العام هدفها حماية المصلحة العامة، وقواعد القانون الخاص هدفها تحقيق مصلحة خاصة للأفراد.

وقد أخذ على هذا المعيار إغفاله أن القانون العام إذا كان يهدف إلى تحقيق مصالح عامة فإنه يتضمن تحقيقاً لمصالح خاصة أيضاً ، فضلاً على أن القواعد القانونية سواء كانت تدرج تحت القانون العام أو القانون الخاص تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال تنظيم الحياة دخل المجتمع .

ثالثاً : معيار أطراف العلاقة

ذهب البعض إلى تأسيس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص بالنظر إلى أطراف العلاقة التي يحكمها القانون. وعلى ذلك تعد القاعدة القانونية من قواعد القانون العام إذا كانت الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها ، أما إذا كان الأطراف من الأفراد كانت من قواعد القانون الخاص .

وقد انتقد هذا المعيار على أساس أن الدولة قد تتدخل في العلاقة ليست بوصفها صاحبة السيادة في المجتمع، ولكن بوصفها شخص عادى بالدولة مثلاً قد تقوم باستئجار شقة أو شرائها لاستخدامها كسكن لبعض الموظفين ، والدولة في ممارستها لهذا النشاط تتجرد عما تتمتع به من سيادة وما تملكه من سلطة لذا فتخضع لقواعد القانون الخاص .

رابعاً : معيار صفة أطراف العلاقة

يميل غالبية الفقه الحديث إلى إقامة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص بالنظر إلى صفة أطراف العلاقة التي يحكمها القانون ، وعلى هذا النحو يكون القانون العام هو الذى ينظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة ، وأما القانون الخاص

فهو يحكم العلاقات التي تنشأ بين أفراد عاديين أو التي تكون الدولة أو احد فروعها طالما أنها لا تظهر بوصفها سلطة عامة ذات سيادة.

ويستند هذا المعيار إلى واقع مؤداه أن الدولة في العصر الحديث لها دوران مختلفان بمعنى أنها عند ممارستها لنشاطها تتمتع بصفتين مختلفتين. فأحياناً تتصرف بصفتها ممثلة للمصلحة العامة، وهي في هذه الحالة تستخدم وسائل غير عادية، هذه الوسائل تتمثل في إمكانيات مادية وامتيازات وسلطات يمنحها القانون للدولة . فإن دخلت الدولة بهذه الصفة في علاقات قانونية فلن تكون متساوية مع الطرف الأخر، وإنما تكون في مكان السيطرة والتحكم . وأحياناً أخرى تتصرف الدولة بصفتها شخصاً خاصاً يسعى لتحقيق مصالح خاصة به، ويستخدم في سبيل ذلك الوسائل المتاحة للأفراد العاديين .

هدف التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

يتجلى الهدف الحقيقي للتفرقة بين القانونين العام والخاص إلى عدة وجوه أهمها:

١ . ملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة للأشياء المخصصة للمنفعة العامة تختلف في نظامها القانوني عن الملكية الخاصة للفرد العادي. فتخضع هذه الأموال العامة لقواعد متميزة عن القواعد التي تخضع لها الأملاك الخاصة بالأفراد . فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم على خلاف الأموال الخاصة التي تخضع لكل هذه التصرفات.

٢ . تمنح قواعد القانون العام الدولة وفروعها امتيازات وسلطات لا يمكن الاعتراف بها للأفراد العاديين. ومن هذه الامتيازات أنها تستطيع بإرادتها المنفردة إصدار قرارات إدارية في مواجهة الأفراد تؤثر في حقوقهم ومراكزهم

كما تستطيع تنفيذ قراراتها باستخدام وسائل قهرية كما هو الحال في التنفيذ المباشر دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء وسلطتها في نزع الملكية للمنفعة العامة وفي الاستيلاء المؤقت على العقارات، وحتى في مجال العقود التي تبرمها الدولة مع الأفراد فإنها لا تقف منهم موقف المساواة، كما هو متبع في العقود المبرمة بين الأفراد العاديين، بل تقف في مركز ممتاز يمكنها من إلغاء العقد أو تعديل أحد شروطه أو توقيع جزاء على الإخلال بتنفيذه ... الخ.

٣. يخضع العاملون المدنيون بالدولة والقطاع العام إلى قواعد خاصة تختلف عن تلك المطبقة بين رب العمل وعماله من خلال عقد عمل فردي أو جماعي نظراً لأن هؤلاء العاملون المدنيون بالدولة يقومون على مصالح عامة لا تحتل التعطيل أو التوقف.

٤. الاختصاص القضائي يختلف باختلاف طبيعة العلاقة، ففي الوقت الذي تختص فيه المحاكم الإدارية بكافة المنازعات الناشئة بين الدولة والأفراد نظراً لتعلقها بإحدى روابط القانون العام، ينعقد الاختصاص للمحاكم العامة لكافة المنازعات الناشئة بين الأفراد بعضهم البعض.

المبحث الثاني

فروع القانون العام

تتمثل الفروع البارزة للقانون العام - وفقاً لما جرى عليه الفقه عند تعدادها إلي : القانون الدولي العام، القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون المالي والقانون الجنائي.

وفيما يلي نلقى نظرة سريعة على كل فرع من فروع القانون العام المشار إليها.

أولاً : القانون الدولي العام

القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد التي تنظم من ناحية، علاقات الدول بعضها ببعض الأخر- بوصفها أعضاء في المجتمع الدولي - سواء في زمن السلم أو في زمن الحرب، كما تنظم من ناحية أخرى، علاقات الدول بالمنظمات الدولية كالأمم المتحدة وهيئاتها المتخصصة مثل مجلس الأمن ومحكمة العدل الدولية وكذلك علاقات المنظمات الدولية بعضها ببعض.

مضمون القانون الدولي العام :

يضم القانون الدولي مجموعة من القواعد المنظمة لطوائف مختلفة من العلاقات الدولية تتمثل هذه القواعد في الآتي :

١. القواعد التي تعتنى بتحديد المخاطبين بالقانون الدولي، وهم الدول والمنظمات الدولية ، فالقانون الدولي العام هو الذي يحدد العناصر المكونة للدولة والشروط اللازم توافرها لنشأتها لتكون عضواً في المجتمع الدولي ثم يحدد أنواع الدول وأشكالها ويحدد كذلك مقومات المنظمات الدولية والإقليمية

وبيان نشأتها وتشكيلها واختصاصاتها ، مثل منظمة الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية الخ

٢. القواعد التي تنظم العلاقات بين الدول بعضها والبعض الآخر وهذه القواعد تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول يحكم علاقات الدول في وقت السلم وينظم العلاقات الدبلوماسية والتجارية والثقافية بين الدول وأحكام الاتفاقيات التي تقوم بعقدتها، وكذلك الطرق السلمية لفض المنازعات التي قد تنشأ بين الدول وتسمى هذه القواعد بقانون السلم.

والنوع الثاني يحكم علاقات الدول في وقت الحرب فينظم مركز الدول المتحاربة وطرق إعلان الحرب. وكيف تبدأ وكيف تنتهي ويفرق بين الأسلحة التي يجوز استخدامها وتلك المحرمة دولياً، وتنظم كذلك كيفية معاملة الأسرى وجرحي الحرب والمدنيين في المناطق التي خضعت للاحتلال نتيجة للحرب، وينظم اتفاقات الهدنة والصلح وإنهاء حالة الحرب، وتسمى هذه القواعد بقانون الحرب .

٣. القواعد المنظمة للعلاقات بين كل من المنظمات الدولية بعضها البعض وعلاقتها بالدول، فعلى سبيل المثال يبين القانون الدولي العام كيفية مساهمة الدول في الأعباء المالية وغير المالية للمنظمات، ومدى التزام الدول بقرارات هذه المنظمات أو المساهمة في تنفيذها والعمل على احترامها.

مصادر القانون الدولي العام :

تنحصر مصادر القانون الدولي العام في ثلاث مصادر رئيسية :

١ - العرف الدولي :

يعتبر العرف أهم مصادر القانون الدولي العام، ويعود ذلك إلى حداثة عهده شأنه في ذلك شأن القانون الداخلي في بدايته، حين كان العرف هو المصدر الهام لقواعده .

والعرف هو عبارة عن القواعد التي اعتادت الدول علي الأخذ بها لتنظيم العلاقات فيما بينها، والتي يشعر المجتمع الدولي بإلزامها . والعرف الدولي يتكون بنفس الطريقة التي يتكون بها العرف الداخلي . وللعرف أهمية كبيرة في إنشاء قواعد القانون الدولي . وذلك لافتقار التشريع الذي يحتل الصدارة في مصادر القانون الداخلي والذي يحتاج إصداره إلى سلطة عليا تملك توجيه الأمر إلى الدول للالتزام به.

٢ - المعاهدات الدولية :

تعد المعاهدات الدولية المصدر الثاني لقواعد القانون الدولي، ويقصد بها الاتفاقيات التي تبرمها الدول فيما بينها لتنظيم شأن من الشؤون الدولية، والمعاهدات تنقسم إلي نوعين : خاصة وعامة .

والمعاهدات الخاصة هي التي تبرم بين دولتين أو عدد محدود من الدول ، ومثال ذلك اتفاقية القرض التي تعقد بين دولتين موضحة قيمة القرض وموعد تسليمه وأجل سداذه والفوائد المترتبة عليه، ومثل هذه الاتفاقية تشبه إلى حد كبير العقود التي يبرمها الأفراد في ظل القانون الداخلي. لذلك فالمعاهدات الخاصة لا تعتبر مصدراً لقواعد القانون الدولي العام إلا إذا جرت غالبية الدول على إتباع قاعدة قررتها معاهدة خاصة، فينشأ عن ذلك ما يعرف بالعرف الدولي.

أما المعاهدات العامة فتبرم بين عدد غير محدود من الدول، بهدف وضع قواعد دولية في شأن موضوع معين يهتم المجتمع الدولي بأسره، ومثل هذه المعاهدة تنشئ قواعد عامة ومجردة يمكن مقارنتها بقواعد التشريع الداخلي. ومن أمثلتها نذكر معاهدة سان فرانسيسكو سنة ١٩٤٥ والتي صدر بمقتضاها ميثاق الأمم المتحدة .

٣- المبادئ القانونية العامة المطبقة في الأمم المتعدنية :

وهي القواعد القانونية المعمول بها في الأمم المتعدنية والتي تعد أساسا لكل نظام قانوني والتي استقر الجميع على احترامها، مثل هذه المبادئ تعتبر جزءا من القانون الدولي ويجب على الدول احترامها، مثل مبدأ المسؤولية عن الفعل الضار أو مبدأ احترام العقود. واحتكام الدول إلى هذه المبادئ يكون بطبيعة الحال عند عدم وجود قاعدة عرفية أو نص في معاهدة يحكم المسألة المعروضة.

ثانيا : القانون الدستوري :

القانون الدستوري هو فرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يبين شكل نظام الحكم في الدولة والسلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقتها بعضها ببعض الآخر وصلة كل منها بالأفراد، وكذلك المبادئ الأساسية التي تكفل حقوق الفرد الأساسية تجاه الدولة ، وهو بذلك يعد التشريع الأسمى في الدولة والذي يعلو جميع تشريعاتها.

وتختلف الدساتير فيما بينها فمنها ما يكون مكتوباً في وثيقة رسمية ، ومنها ما هو غير مكتوب فيكتسب قوته الملزمة من تعارف المجتمع عليه واعتقاد الجميع - حاكماً ومحكوماً- في إلزامه.

كذلك تختلف الدساتير فيما بينها من حيث نشأتها وطريقة وضعها، فمنها ما يكون في شكل منحه من الحاكم إلى الشعب منها ما يكون في شكل تعاقد بينهما ومنها ما تضعه جمعية تأسيسية تمثل الأمة بأسرها.

وأخيرا تختلف الدساتير في طريقة تعديلها ، فمنها الدستور المرن الذي تتبع في تعديله نفس الإجراءات المطلوبة لتعديل القانون الداخلي، ومنها غير المرن أو الجامد الذي ينص على إجراءات معينة لتعديله وذلك لتحقيق أكبر قدر من الثبات له.

موضوعات القانون الدستوري :

يعد القانون الدستوري هو القانون الأساسي الذي ينظم مقومات المجتمع الأساسية دون الدخول في التفاصيل التي تتولاها قواعد أخرى أقل من قواعد الدستور في الدرجة ولا تملك الأخيرة مخالفتها وإلا اعتبرت قوانين غير دستورية. ولذلك يمكن القول أن القانون الدستوري ينظم الموضوعات التالية:

١ . شكل الدولة ونظام الحكم فيها وما إذا كان ملكي أم جمهوري أم ديمقراطي أم رئاسي أم برلماني .

٢ . يهتم القانون الدستوري ببيان توزيع السلطات العامة في الدولة وتحديد اختصاصاتها. والسلطات الموجودة داخل الدولة الحديثة ثلاث تتمثل في : السلطة التشريعية ومهمتها سن التشريعات ويمارسها عادة مجلس شعبي منتخب، والسلطة التنفيذية والتي تتولى تنفيذ القوانين وإدارة المرافق العامة، والسلطة القضائية وهي المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة بين المواطنين وفقا للقانون وتتولاها المحاكم بشتى درجاتها وأنواعها.

٣. يعنى القانون الدستوري ببيان الحقوق والواجبات العامة كالتكامل الاجتماعي ودور الأسرة وأهميتها داخل المجتمع والحق في المساواة أمام القانون والمساواة في جميع المزايا التي توفرها الدولة لمواطنيها دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو الأصل أو الدين ، وكذلك جميع الأعباء التي تفرضها عليهم والحريات الفردية ومنها حق الفرد في حرية الفكر والعقيدة والعمل والضمانات الأساسية لحقه في الحياة وسلامة جسده وشرفه وكرامته وحرية وصيانة ماله .

وعرفت مصر أول دستور لها سنة ١٩٢٣، واستمر العمل وفقاً لهذا الدستور حتى سقط بقيام ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، ثم صدر دستور ١٩٥٦ الذي سقط بقيام الوحدة بين مصر وسوريا سنة ١٩٥٨ ثم صدر دستور مؤقت سنة ١٩٦٤ ثم صدر الدستور الدائم لمصر سنة ١٩٧١، وأخيراً صدر دستور ٢٠١٢ وتعديلاته في ١٨ يناير ٢٠١٤ .

ثالثاً : القانون الإداري :

القانون الإداري هو أحد فروع القانون العام الداخلي ويتضمن مجموعة القواعد القانونية المنظمة للنشاط الإداري للسلطة التنفيذية وعلاقتها بالأفراد . والقانون الإداري وثيق الصلة بالقانون الدستوري لدرجة تجعل الفصل بينهما أمراً صعباً في بعض الأحيان، فالدستور هو الذي ينشئ السلطة التنفيذية ويبين تشكيلها بالإضافة إلى غيرها من السلطات والقانون الإداري يرسم لها كيفية أداءها لوظيفتها.

والسلطة التنفيذية في أداءها لوظيفتها تمارس نوعين من النشاط :

- نشاط سياسي ويسمى بأعمال السيادة وغالباً ما يتولى الدستور تنظيم ممارسة السلطة التنفيذية لهذا النشاط لأنه يتعلق في الغالب بمصلحة المجتمع ويمس

كيان الدولة . ومن أمثلة أعمال السيادة إعلان حالة الحرب وإبرام الاتفاقيات مع الدول الأخرى والانضمام إلى منظمات إقليمية أو دولية وحل البرلمان والتصديق على القوانين وإعلان حالة الطوارئ .

- نشاط ادارى وهو النشاط اليومي الذي تقوم به السلطة التنفيذية ويتمثل في حفظ الأمن والنظام وإدارة وتسيير المرافق العامة في الدولة وهذا هو النشاط الذي ينظمه القانون الإداري.

موضوعات القانون الإداري :

يهتم القانون الإداري بتنظيم الموضوعيات التالية:

١. تشكيل الجهاز الإداري إلى وزارات ومصالح وإدارات وهيئات إقليمية ومرافق عامة ويحدد طريقة تكوينها واختصاصاتها وعلاقاتها ببعضها البعض وعلاقتها بالسلطات العامة الأخرى .

٢. تنظيم علاقة السلطة المركزية بالسلطات المحلية في الأقاليم ويتم تنظيم هذه العلاقة بطريقتين هما :

أ- طريقة المركزية:

وهي طريقة يتم بموجبها ممارسة الوظائف الإدارية المختلفة بواسطة أجهزة إدارية تتبع الحكومة المركزية ، أي حصر مظاهر الوظيفة الإدارية في الدولة في أيدي هيئة قائمة في العاصمة هي الحكومة ولا تشاركها فيها هيئات أخرى .

ب- طريقة اللامركزية :

وهذه الطريقة تعطي قدراً كبيراً من الاستقلال للهيئات والإدارات الإقليمية في مواجهة الحكومة المركزية، فيتم توزيع اختصاصات الوظيفة الإدارية في الدولة بين الحكومة المركزية وبين هيئات متعددة تباشر سلطاتها في حدود النطاق المرسوم لها تحت رقابة الدولة .

٣. وضع النظام القانوني للأموال العامة التي تستخدمها الهيئات والمرافق العامة في أداء مهامها، محددًا كيفية إدارة هذه الأموال والرقابة عليها وطرق حمايتها عند الاعتداء عليها .

٤. تنظيم علاقة الدولة بموظفيها عن طريق وضع القواعد العامة لتعيين الموظفين ومعاملتهم المالية وحقوقهم وواجباتهم وترقيتهم وتأديبهم.

٥. وأخيراً ، يوضح كيفية الفصل في المنازعات التي تقوم بين الدولة والأفراد والمرتبطة بمباشرة نشاطها الإداري ، فينشئ المحاكم ويحدد اختصاصاتها ودرجاتها وإجراءات عملها وقواعد الطعن أمامها.

رابعاً : القانون المالي :

القانون المالي هو فرع من فروع القانون العام ويشمل مجموعة القواعد القانونية المنظمة لإيرادات الدولة ونفقاتها وكيفية الموازنة بينها. وقد كان القانون المالي ملحقاً بالقانون الإداري لفترة طويلة سابقة إلي أن استقل عنه حديثاً مشكلاً فرعاً مستقلاً له فقهاؤه والمتخصصون فيه باعتبار أنه يعرض لتنظيم الجوانب المالية اللازمة لمباشرة أنشطة السلطة التنفيذية.

وينحصر دور القانون المالي في المسائل الآتية:

١. تحديد إيرادات الدولة من الضرائب والرسوم التي تفرضها الدولة مقابل الخدمات التي تؤديها لمواطنيها بواسطة المرافق العامة وكذلك القروض التي تبرمها الدولة لسد العجز في الميزانية .

٢. تنظيم المصروفات والنفقات العامة للدولة ووضع القواعد الواجب إتباعها في الإنفاق والرقابة عليه .

٣. وضع القواعد التي تحكم ميزانية الدولة، أي الموازنة بين الإيرادات والمصروفات وكيفية تنفيذها.

خامسا : القانون الجنائي :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الأفعال التي تشكل جرائم وعقوبة كل جريمة ، والإجراءات المتبعة في تعقب المتهم ومحاكمته عند ثبوت التهمة في حقه .

ويعتبر القانون الجنائي فرعاً من فروع القانون العام لارتكازه علي الجريمة وأركانها والعقاب عليها وتنفيذ العقوبة المقضي بها ، وتمثل الجريمة اعتداءً علي المجتمع بأسره وبالتالي مساساً بالمصلحة العامة .والدعوى التي ترفع بشأنها تسمى الدعوي العمومية تختص النيابة العامة برفعها ومتابعتها باعتبارها ممثلة للمجتمع ، وتختص الدولة بتنفيذ العقوبات.

ولا يغير من هذه الحقيقة الاتجاه السائد في بعض البلاد ومنها فرنسا أن القانون الجنائي يعتبر فرع من فروع القانون الخاص ، وأساس هذا الاتجاه إن معظم الجرائم تشكل مساساً بأموال وأشخاص الأفراد، فالسرقة وخيانة الأمانة والضرب والقتل تعد عدوان علي أشخاص عاديين وليس علي الدولة أو علي

المجتمع ، فضلاً عن أن تحريك الدعوى العمومية أو التصريح بها يكون من اختصاص الأفراد المجني عليهم في بعض الجرائم مثل السب والذف والزنا .

وينقسم القانون الجنائي إلي فرعين هما :

١ . قانون العقوبات

٢ . قانون الإجراءات الجنائية

سنوالي بيان كل منهما علي التفصيل التالي:

١ . قانون العقوبات :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الجرائم المعاقب عليها والعقوبات التي توقع عند ارتكابها، كما تحدد شروط انعقاد المسؤولية الجنائية وظروف الإغفاء أو التخفيف منها.

وينقسم هذا القانون إلي قسمين رئيسيين هما:

أ- القسم العام : ويشمل القواعد العامة التي تطبق علي الجرائم كافة دون الدخول في تفاصيل الأحكام الخاصة بكل جريمة - أو ما يسمى بالنظرية العامة للجريمة - وتنقسم الجرائم بحسب خطورتها إلي جنایات وجنح ومخالفات ويبين القسم العام كذلك الأحكام العامة للعقوبة والظروف المشددة والمخففة والمعفية منها .

ب- القسم الخاص: ويتضمن القواعد الخاصة بكل جريمة علي حدة مبيناً أركانها وصورها المختلفة والعقوبة الموقعة علي ارتكابها. والجرائم قد تقع علي الدولة مباشرة ، كالجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي والداخلي أو اختلاس الأموال العامة والرشوة والتزوير ، وهناك جرائم ترتكب ضد الأفراد

فتنال الفرد في حياته وجسده مثل القتل والجرح أو تناله في ماله كالسرقة والنصب ، أو تناله في عرضة وشرفه كهتك العرض والزنا الخ .

٢. قانون الإجراءات الجنائية

ويتضمن مجموعة القواعد الإجرائية والشكلية الواجب إتباعها عند وقوع الجريمة إلى أن يتم تنفيذ الحكم الصادر بشأنها، ويشمل ذلك القواعد الخاصة بالتحقيق في الجريمة والجهة المنوطة بإجرائه ، والحبس الاحتياطي للمتهم ومدته ، والقواعد المتعلقة بتفتيش المتهم أو تفتيش منزله ، وكيفية إحالته إلى المحكمة الجنائية المختصة ، والإجراءات المتبعة في المحاكمة وكيفية صدور الحكم والطعن عليه بطرق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو غير ذلك ، وكذلك تنفيذ الأحكام الجنائية النهائية ، والقواعد المتعلقة بالتقادم سواء الخاص منها بالدعوى العمومية ذاتها أو بالحكم الصادر فيها .

المبحث الثالث

فروع القانون الخاص

سبق أن ذكرنا أن القانون الخاص ينظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد فيما بينهم أو بينهم وبين الدولة ما دامت هذه الأخيرة لا تظهر بوصفها وحدة سياسية أو بصفتها سلطة عامة .

ويتفرع القانون الخاص إلى فروع عدة هي: القانون المدني، القانون التجاري والقانون البحري والجوي وقانون العمل وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون الزراعي والقانون الدولي الخاص. ونعرض لهذه الفروع تباعاً .

أولاً: القانون المدني :

القانون المدني هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة للأفراد فيما بينهم وبين الدولة إذا تدخلت بصفتها فرداً عادياً وذلك بغض النظر عن أعمالهم ومهنتهم، فالجميع سواء أمام أحكامه.

ويعتبر القانون المدني أقدم فروع القانون قاطبة، فهو الأصل الذي تفرعت عنه كل فروع القانون الخاص ، كما أنه يعد الشريعة العامة بالنسبة لكل فروع القانون الأخرى حيث أن أحكامه تطبق على كل علاقة قانونية لا توجد قاعدة قانونية تحكمها في أي فرع آخر ، فإذا لم ينص القانون التجاري مثلاً على قاعدة تحكم نزاعاً معيناً متعلقاً بعقد تجاري فإنه يطبق عليها ما يناسبها من قواعد القانون المدني المتعلقة بالعقود .

وينظم القانون المدني نوعين من الموضوعات هما: الأحوال الشخصية والأحوال المالية أو العينية.

الأحوال الشخصية :

تشمل الأحوال الشخصية كل ما يتعلق بتحديد ذاتيته الشخص من الناحية القانونية وكذلك مختلف العناصر التي تميزه عن غيره والتي يطلق عليها بالحالة. بمعنى حالة الشخص من ميلاد ووفاة واسم وموطن وأهليه وجنسيه كما تحكم العلاقات التي تنشأ بين الشخص وأسرته من زواج وطلاق وحقوق وواجبات كلاً من الزوجين، ونسب ومصاهرة ، والعلاقة بين الأصول والفروع، كما تنظم أخيراً القواعد المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها مما يرتبط بتوزيع تركة الشخص بعد الوفاة .

ولا ينطوي القانون المدني في مصر والقوانين العربية التي سارت علي هديه إلا علي مجموعة القواعد القانونية المنظمة للروابط المتعلقة بالحالة والأهلية والقرابة وبعض المسائل الخاصة بالميراث وتصفية التركة.

أما بقية القواعد المتعلقة بالأسرة من زواج وطلاق ونفقة ونسب وبعض من مسائل الميراث والوصية، فهي منظمة في مصر بقوانين خاصة مأخوذة من الشرائع الدينية الموجودة بها فترك تنظيم مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالمسلمين لأحكام الشريعة الإسلامية والمتعلقة بالمسيحيين لقواعد الطوائف المسيحية والمتعلقة باليهود لأحكام الشريعة اليهودية .

الأحوال العينية:

تشمل الأحوال العينية كل الأمور المتعلقة بالمسائل المالية، وهي تضم مجموعة القواعد الخاصة بالمال وأنواعه وتنظيم الحقوق التي ترد عليها من عينية وشخصية ومعنوية وكيفية تداولها بين الأشخاص وانقضاءها. والتقنين المدني المصري الحالي هو القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والذي بدأ العمل به

اعتباراً من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ويتضمن ١١٤٩ مادة. وكان هناك مشروعاً جديداً للقانون المدني أعدته لجان متخصصة عام ٩٨١ ليكون مطابقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولكن حتى الآن ليس هناك نية لإصدار هذا المشروع .

ثانياً: القانون التجاري :

القانون التجاري هو فرع من فروع القانون الخاص الذي ينظم الأعمال التجارية أو المعاملات التجارية. ومن ثم فهو يبين من هو التاجر ومتى يكسب الفرد هذه الصفة، كما يحدد واجبات التاجر كمسك الدفاتر التجارية والقيود في السجل التجاري. وهو ينظم كذلك الشركات التجارية ويحدد أنواعها المختلفة وكيفية تكوينها ونشاطها وانقضائها ، وهو ينظم الأوراق التجارية التي تشمل الكمبيالة والشيك والسندات ، وكذلك العقود التجارية كالسمسرة والرهن التجاري والوكالة بالعمولة ، كما يحكم سائر عمليات البنوك. وأخيراً ينظم القانون التجاري إفلاس التجار مبيناً شروط شهر إفلاس التاجر والنتائج المترتبة علي الحكم بشهر إفلاسه.

ويرجع استقلال القانون التجاري عن القانون المدني إلى انفراد النشاط التجاري بقواعد خاصة تتميز بالبساطة والحزم ويعتمد علي الثقة والانتمان.

ومن الأمثلة التي يمكن التدليل بها علي تميز أحكام القانون التجاري عن أحكام القانون المدني :

١. التضامن : فالتضامن غير وارد في المسائل المدنية إلا إذا وجد اتفاق أو نص خاص ، ففي المسائل المدنية إذا تعدد المدينون بدين واحد فان كل منهم لا يسأل إلا عن حصته فيه فقط . أما في المسائل التجارية فان التضامن يفترض دون حاجة إلي وجود نص أو اتفاق خاص ، وبالتالي يسأل كل مدين عن

مجموع الدين وليس عن نصيبه فقط، بحيث يستطيع الدائن متابعة كل المدينين أو أحدهم للمطالبة بدينه .

٢. الإثبات: يستلزم قانون الإثبات الكتابة لإثبات التصرف الذي تزيد قيمته عن ألف جنية، أما في القانون التجاري فيجوز إثبات التصرفات التجارية بشهادة الشهود وبالدفاتر التجارية أيا كانت قيمة الدين.

٣. الإفلاس والإعسار : يحيط المشرع شهر إفلاس التاجر بإجراءات أيسر من تلك المتعلقة بشهر إعسار المدين المعسر الذي لا يعتبر تاجر، وذلك حرصاً على صالح الدائن التاجر من خطر تباطؤ المدين أو مماطلته في الوفاء .

٤. الأجل القضائي: في المسائل المدنية يحق للقاضي منح المدين أجلاً للوفاء بدينه المستحق الوفاء إذا وجد من الظروف ما يبرر التأجيل. أما في المسائل التجارية فالقاضي لا يستطيع منح المدين أجلاً للوفاء بدينه المستحق الوفاء احتراماً لما يجب أن يسود العلاقات التجارية من ثقة في المعاملات وحرصاً على مصالح الدائن والمدين.

٥. حوالة الحق : تنفذ الحوالة في حق المدين في المسائل المدنية إذا قبلها أو أعلن بها ، بينما في المسائل التجارية لا تحتاج لكل ذلك بل يكفي التوقيع على الورقة بما يفيد الحوالة .

وينبغي الإشارة إلي أن استقلال القانون التجاري علي النحو السابق لا يعني أنه أصبح منبت الصلة عن القانون المدني ، بل إن الصلة بينهما لا تزال وثيقة حيث يعد القانون المدني حتى وقتنا الحاضر هو الأصل والقانون التجاري مجرد فرع انبثق عنه، وبالتالي في حالة وجود نزاع تجارى لم يتطرق القانون

التجاري لتنظيمه فان هذا النزاع يخضع لأحكام القانون المدني باعتباره
الشريعة العامة في تنظيم العلاقات الخاصة .

ثالثا : القانون البحري :

هو مجموعة القواعد القانونية المنظمة للملاحة البحرية، وتتركز قواعده حول
السفينة البحرية وتحديد ذاتيتها من اسم وجنسية وتسجيل، والعقود التي ترد
عليها خاصة فيما يتعلق ببيع السفينة وتأجيرها، وكذلك تنظيم علاقة الربان
بمالك السفينة وبملاحيه وركابها، وتحديد مسؤولية الربان ومسئولية مالك
السفينة، وعقود التامين المتعلقة بالسفينة أو البضاعة التي تنقلها وعقد القرض
البحري وعقد العمل والنقل في مجال البحر .

ورغم أن المسائل السابقة والتي تندرج ضمن موضوعات القانون البحري تعد
من قبيل الأعمال التجارية مما يدعو إلى اعتبار هذا القانون جزءا من القانون
التجاري إلا أن هناك الكثير من الاعتبارات التي دفعت إلى استقلال هذا الفرع
بذاته عن فروع القانون الخاص ، ولعل من أهم هذه الاعتبارات هو عظم قيمة
السفينة التي تختلف عن وسائل النقل البرى في أمور متعددة منها تعرضها
لأخطار الملاحة البحرية الجسيمة من تصادم وعواصف،فضلاً عن بعدها في
فترة استغلالها عن رقابة مالكيها وسلطانه في أغلب الأحيان .

رابعا : القانون الجوي :

يعد القانون الجوي أحدث فروع القانون الخاص، والقانون التجاري أيضا،
ويتكون من مجموعة القواعد القانونية المنظمة للملاحة الجوية ، ومن ثم تتركز
قواعده فى الطائرة التي يهتم بتنظيم تسجيلها وتحديد جنسيتها والعقود التي ترد
عليها كالبيع والرهن والإيجار والتامين، كما ينظم العلاقة بين قائد الطائرة

ومالكها وملاحيتها وركابها ، كما ينظم أيضا المسؤولية عن الأضرار التي تصيب ركاب الطائرة أو البضائع التي تنقلها.

وقواعد القانون الجوي تعتبر من القانون التجاري الذي يعنى بالنقل بصفة عامة، إلا أن هذا القانون استقل بذاته عن القانون التجاري وذلك لضخامة قيمة الطائرة وتعرضها الشديد للأخطار وكونها في معظم الأوقات بعيدة عن رقابة صاحبها .

خامساً: قانون العمل :

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة بين أصحاب الأعمال والعمال، وذلك بتحديد حقوق وواجبات كل منهما في مواجهة الآخر.

وقانون العمل هو وليد الثورة الصناعية ، وظهور طبقة عمال الصناعة الكادحين . حيث كانت علاقة العامل برب العمل آنذاك تخضع لأحكام القانون المدني ، وكان يطلق علي عقد العمل عقد إيجار الأشخاص علي أساس أن العامل يؤجر نفسه مثل السلع ، وكانت أجره العامل يحددها قانون العرض والطلب ، و كان يخضع عقد العمل لمبدأ سلطان الإرادة دون أي تدخل من جانب الدولة فترتب علي ذلك تحكم أصحاب الأعمال في العمال مما أدى إلى خضوع العمال للشروط المجحفة المتفق عليها في عقد العمل.

ولم يكن من الممكن قبول العمال هذا الوضع كثرة عددهم وأهمية دورهم في الإنتاج فترتب علي ذلك صدور تشريعات أمره تحقق الحماية للعمال عن طريق تدخل الدولة في عقد العمل ، بوضع حدا أدنى للأجور وحد أقصى لعدد ساعات العمل وحماية العمال من حوادث العمل وأمراض المهنة.

وفي مصر ، صدرت قوانين متعددة لتنظيم العلاقة بين أصحاب الأعمال والعمال ، إلا أن هذه القوانين ظلت متفرقة إلي أن تمكن المشرع من جمعها في مجموعة واحدة صدر بها قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ثم حل محله القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١ ثم القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ .

ويتضمن قانون العمل الكثير من القواعد القانونية الأمرة التي لا يجوز للأطراف الاتفاق علي مخالفتها وذلك حماية للعمال من تعسف أصحاب الأعمال مثل: القواعد المحددة لساعات العمل اليومية ، والقواعد الخاصة بإجازات العامل الاعتيادية والعارضة وإجازات الحمل والوضع والرضاعة، والقواعد التي توضح الحد الأدنى للأجور، وكذلك القواعد المنظمة لتشغيل الأحداث والنساء والمعوقين كما أشتمل قانون العمل علي نظام خاص بالتفتيش علي أماكن العمل ونظام خاص بالتأهيل المهني وتوظيف العاطلين والتوفيق والتحكيم في منازعات العمل .

سادساً: القانون الزراعي :

القانون الزراعي هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم النشاط الزراعي، وقد ظل القانون الزراعي حتى وقت قريب جزءاً لا يتجزأ من القانون المدني سواء من ناحية ملكية الأرض الزراعية أو استغلالها، غير انه بصدور قانون الإصلاح الزراعي في مصر رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ وتوالي التشريعات المنظمة للملكية الزراعية والمعاملات الزراعية على نحو يغير كثيراً القواعد المنصوص عليها في القانون المدني ، أصبحت هذه التشريعات تكون في مجملها فرعاً مستقلاً من فروع القانون الخاص ، هو القانون الزراعي .

ويتضمن القانون الزراعي القواعد المنظمة لملكية الأراضي الزراعية والقيود الواردة عليها، وكذلك ينظم كيفية استغلال الأراضي الزراعية، سواء تم هذا الاستغلال عن طريق المالك نفسه أو عن طريق المزارع أو عن طريق تأجير الأرض إلى شخص يقوم بزراعتها لحسابه الخاص مقابل اجر يدفعه إلى المالك.

ويهتم القانون الزراعي كذلك بتنظيم الجمعيات التعاونية الزراعية ومؤسسات الائتمان وأخيراً يهتم بحماية الطيور النافعة للزراعة وتنظيم الثروة الحيوانية والداجنة وكل ما يتصل بالإنتاج الزراعي .

سابعاً: قانون المرافعات المدنية والتجارية :

قانون المرافعات التجارية والمدنية هو مجموعة القواعد القانونية المنظمة للسلطة القضائية والتي تبين الإجراءات الواجبة للإتباع لحماية الحقوق واقتضاءها، فإذا كان القانون المدني والقانون التجاري يشتملان على القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات بين الأفراد عن طريق تحديد حقوقهم وواجباتهم، فإن قانون المرافعات المدنية والتجارية يحدد الإجراءات الواجبة للإتباع لحماية هذه الحقوق عند المنازعة فيها أو الاعتداء عليها ولدفع الأفراد على أداء واجباتهم .

ويتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية نوعين من القواعد هما:

النوع الأول : ويتعلق بتنظيم السلطة القضائية لاسيما المحاكم المدنية والتجارية فيحدد أنواع المحاكم وتشكيلها ودرجاتها وتعيين قضاتها وحقوقهم وواجباتهم ، وكذلك اختصاص هذه المحاكم وكيفية نظرها للمنازعات وإجراءات إصدار الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها .

النوع الثاني: يتعلق بالدعوى القضائية وإعلان الخصوم بها وسيرها أمام المحاكم وكذلك حقوق المتقاضين وواجباتهم ، وكيفية الحكم في الدعوى وطرق الطعن في الأحكام ومواعيدها وقواعد وإجراءات تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى .

وقد ثار خلاف بين الفقهاء حول مكان هذا القانون في النظام القانوني، فيرى بعض الفقهاء إدراجه ضمن فروع القانون العام علي أساس أن هذا القانون ينظم احد السلطات العامة الثلاث في الدولة وهي السلطة القضائية. ويرى البعض الآخر إدراجه ضمن فروع القانون الخاص وذلك لتنظيمه حقوق وواجبات المتقاضين والآثار المرتبة علي إخلال كل طرف بواجباته. وهناك اتجاه ثالث – نؤيده - يري أن قانون المرافعات المدنية والتجارية من قبيل القوانين المختلطة لكونه قانون عام وخاص في آن واحد : فهو قانون عام حين يهتم بتنظيم أنواع المحاكم وتشكيلها وشروط تعيين القضاة وحقوقهم وواجباتهم وأحوال مخصصتهم واختصاصهم. وقانون خاص لتعلقه بالإجراءات الواجبة الإتباع في رفع الدعاوى والسير فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة بشأنها .

وقانون المرافعات المدنية والتجارية المعمول به هو القانون الصادر سنة ١٩٦٨ ، وقد أدخل المشرع بعض التعديلات الهامة عليه وذلك بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

ثامنا: القانون الدولي الخاص :

يشتمل القانون الدولي الخاص على مجموعة القواعد القانونية المنظمة لعلاقات القانون الخاص ذات العنصر الأجنبي، فيحدد القانون الواجب التطبيق على المنازعة والمحكمة المختصة بالفصل فيها .

وتدعو الحاجة إلى الرجوع لأحكام القانون الدولي الخاص عندما نكون بصدد علاقة خاصة ذات عنصر أجنبي، وبيان ذلك أن العلاقة تتكون من ثلاث عناصر الأشخاص والموضوع والواقعة المنشئة للعلاقة ، فلو باع شخص منزلاً لآخر لكان لدينا الأشخاص وهم البائع والمشتري والموضوع وهو المنزل والواقعة المنشئة للعلاقة هي عقد البيع. فلو أن جميع العناصر المذكورة كانت وطنية بحتة بأن كان البائع والمشتري مصريين والمنزل موجود في مصر والواقعة المنشئة للعلاقة المتمثلة في عقد البيع أبرم في مصر لما كانت هناك مشكلة اختصاص دولي أو مشكلة تنازع القوانين ، فتختص المحاكم المصرية والقانون المصري بأى نزاع ينشأ عن هذه العلاقة .

أما إذا كان أحد هذه العناصر أجنبياً، ومثال ذلك أن يكون البائع انجليزياً أو كان المنزل موضوع العلاقة موجود في فرنسا أو كان العقد قد أبرم في النمسا فإن قواعد القانون الدولي الخاص تطبق لكي نستطيع تحديد المحكمة المختصة وهل هي المحكمة الوطنية أم المحكمة الأجنبية ثم تحدد القانون الواجب التطبيق وهل هو القانون الوطني أم القانون الأجنبي. ولا تقتصر موضوعات القانون الدولي الخاص فقط على تحديد المحكمة المختصة وبيان القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي وإنما هناك موضوعات أخرى ينظمها وهي : الجنسية ومركز الأجانب فيحدد القانون شروط اكتساب الشخص للجنسية وشروط فقدانها وإسقاطها ، كما ينظم وضع الأجانب المقيمون في إقليم الدولة فيحدد شروط إقامتهم وحقوقهم وواجباتهم .

وأخيراً، ينبغي الإشارة إلى أن القانون الدولي الخاص لا يجمع قواعده تقنين واحد كالقانون المدني مثلاً ، بل أن قواعده موزعة بين القانون المدني وقانون المرافعات المدنية والتجارية. كما يلاحظ انه لا يوجد قانون دولي خاص واحد

لكل الدول بل هو في واقع الأمر وطني، فلكل دولة قانون دولي خاص يعد جزءاً من قانونها الداخلي، مع إمكانية اختلاف قواعده المعمول بها في الدول الأخرى.

الفصل الثاني

القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المكملة

من الخصائص الأساسية للقاعدة القانونية أنها ملزمة، فكل قاعدة تلزم المخاطب بها علي ضرورة احترامها، وعدم احترامها يترتب عليه جزاء تفرضه سلطات الدولة عند الاقتضاء. ومع ذلك فان درجة الإلزام تختلف من قاعدة إلي أخرى فهناك بعض الأنشطة التي تهم المجتمع بأسره بينما هناك أنشطة أخرى تهم الأفراد بالدرجة الأولى. فهل تكون القواعد التي تحكم الأولي وتنظمها من نفس درجة الإلزام التي تحتاجها القواعد التي تضبط الثانية وتنظمها ؟

ما من شك في أن القانون في النوع الأول يفرض سلطانه المطلق علي هذه الأنشطة واضعاً التنظيم القانوني لها ويتعين علي الأفراد عدم إتيان أي فعل يتعارض مع القواعد الواردة بهذا التنظيم أو مجرد الاتفاق علي مخالفتها وهذه القواعد تسمى بالقواعد القانونية الأمرة .

أما النوع الثاني من النشاط فهو يتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد وبالتالي لم يخضع القانون هذا النوع من النشاط لسلطانه بمقتضى قواعد أمره تاركاً تنظيم هذه الأنشطة لحرية الأفراد طبقاً لما يرونه محققاً لمصالحهم الخاصة ، طالما أنه لا يتعارض مع القواعد القانونية الأمرة التي تنظم نشاطهم المتعلق بالمجتمع بأسره ، وتسمى هذه القواعد بالقواعد القانونية المكملة.

ومن هنا فسوف نقسم هذا الفصل إلي مبحثين، نتناول في الأول تعريف القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المكملة، ونعرض في المبحث الثاني للمعيار المميز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة.

المبحث الأول

تعريف القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المكملة

القواعد القانونية الأمرة: هي القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، بل يتعين على المخاطبين بهذه القواعد الخضوع الكامل والانصياع لما تتضمنه من أحكام وأي اتفاق بين الأفراد على ما يخالفها لا يرتب أثراً ويقع باطلاً .

وتنظم القواعد القانونية الأمرة أموراً تتعلق بالمصلحة العامة وبالمصالح الأساسية في المجتمع ، لذلك لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، حيث أن المصالح التي تتعلق بالمجتمع بأسره هي من الأهمية بحيث لا يمكن إعطاء الأفراد الحرية في تنظيمها بل يتولى المجتمع تنظيمها بقواعد لا يجوز للأفراد مخالفتها .

وتظهر أهمية التفرقة بين القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المكملة في مجال القانون الخاص ، لا في مجال القانون العام ، لأن قواعد القانون العام في مجملها قواعد أمرية نظراً لاتصالها بالمصلحة العامة للمجتمع بالدرجة الأولى، وتطبيقاً لذلك تعد كافة قواعد القانون الجنائي قواعد أمرية لا يجوز للأفراد مخالفتها، فمثلاً الاتفاق بين شخصين على قتل شخص ثالث اتفاق باطل لأنه يخالف قاعدة أمرية ، واتفاق شخص مريض ميؤوس من شفائه مع طبيبه أن يقتله تخليصاً له من الآمه لا يعفي الأخير من المسؤولية ولا يعفيه منها رضاء المجني عليه.

أما القانون الخاص فمعظم قواعده قواعد مكملة ولا يمنع ذلك أنه يحتوي على عدد غير قليل من القواعد الأمرة مثل:

١. كمال الأهلية : كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية ولم يحجز عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية (١/٤٤ مدني) .
 ٢. سن التمييز : كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز (٢/٤٥ مدني).
 ٣. المقامرة والرهان: يكون بطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان (١/٧٣٩ مدني).
 ٤. حق الامتياز: لا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون (١١٣٠ مدني).
 ٥. الفوائد: لا يجوز الاتفاق علي فوائد تزيد علي سبعة في المائة ، فإذا اتفق علي فوائد تزيد علي هذا السعر وجب تخفيضها إلي سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً عن هذا القدر (٢٢٧ مدني) .
- القواعد القانونية المكملة :** هي القواعد القانونية التي يجوز للأفراد الاتفاق علي مخالفة أحكامها بحيث يمكنهم استبعاد تطبيق أحكامها والأخذ بحكم آخر غير حكمها فيكون اتفاقهم صحيحاً وملزماً، ويترتب عليه استبعاد تطبيق حكم القاعدة القانونية المكملة عليهم .
- وقد نص المشرع علي هذه القواعد القانونية المكملة لتنظيم العلاقات الخاصة بين الأفراد داخل المجتمع ، وهي تطبق عند عدم الاتفاق علي مخالفة أحكامها. فالمشرع قد رأى أن الأفراد قد لا يسمح لهم وقتهم أو خبرتهم ومعلوماتهم لوضع تنظيم متكامل للعلاقات القائمة بينهم الأمر الذي يترتب عليه الكثير من الصعوبات عند التطبيق وبالتالي الكثير من المنازعات أمام القضاء ، لكل ذلك تدخل المشرع ونظم هذه المصالح أو الهام منها بقواعد نموذجية تطبق علي

العلاقات التي تنشأ بين الأفراد يراعى فيها ما كان يتجه إليه الأفراد لو توافر لهم الوقت والخبرة والمعرفة.

أما في حالة عدم اتفاق الأفراد علي ما يخالف حكم القاعدة المكملّة ، فإنها تسرى عليهم وتكون ملزمة لهم ، بحيث يجب علي القاضي تطبيقها عليهم.

فالقاعدة القانونية المكملّة إذن هي قاعدة نسبية التطبيق وخطابها إلى الأفراد نسبي وحرّيتهم في استبعاد أحكامها موفورة .

ويطلق أيضاً على القواعد المكملّة اسم القواعد المقررة علي أساس أنها تقرر الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف، كما تسمى أيضاً بالقواعد المفسرة لأنها تفسر إرادة الأطراف الذين لم يفصحوا بوضوح عن إرادتهم، وفي رأينا أن تسميه هذه القواعد بالمكملّة هو الأدق لأنها تكمل إرادة الأفراد بالنسبة للمسائل التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها عند إبرام العقد.

ومن أمثلة القواعد القانونية المكملّة في القانون المدني ما يلي :

١. **دفع الثمن** : يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك (٤٥٦ مدني) .

٢. **البيع بشرط التجربة** : 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 علي غيره (٤٥٥ مدني).

٣. **الترميمات الضرورية والتأجيرية** : علي المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى علي الحالة التي سلمت بها وان يقوم في أثناء الإجازة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيرية . وعليه أن يجري الأعمال

اللازمة للأسطح من تجسيص أو بياض وأن يقوم بنزح الآبار والمراحيض ومصارف المياه.

ويتحمل المؤجر التكاليف والضرائب المستحقة علي العين المؤجرة ويلزم بثمن المياه إذا قدر جزافاً ، فإذا كان تقديره بالعداد كان علي المستأجر، إما عن الكهرباء والغاز وغير ذلك مما هو خاص بالاستعمال الشخصي فيتحمله المستأجر كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره (٥٦٧ مدني) .

التوفيق بين صفة الإلزام في القاعدة المكملة وبين جواز الاتفاق على ما

يخالف حكمها .

إذا كانت صفة الإلزام في القواعد القانونية الأمرة تبدو واضحة ولا تثير أدنى شك لأنها قواعد كما ذكرنا سالفاً لا يجوز الاتفاق على مخالفتها . أما القواعد القانونية المكملة فإن صفتها الملزمة تبدو محل شك لأنها قواعد يجوز الاتفاق على مخالفتها. ومع ذلك ينبغي التأكيد على أن الفقه مجمع على الصفة الإلزامية للقواعد المكملة فهي قواعد ليست اختيارية. ولكن الخلاف بينهم حدث عند التوفيق بين صفة الإلزام للقواعد المكملة وبين جواز الاتفاق على مخالفتها على الوجه التالي :

الرأي الأول : ذهب أنصاره إلى أن القاعدة المقررة تمر بمرحلتين :

المرحلة الأولى : وهي مرحلة ما قبل إبرام العقد، وفيها تكون القاعدة القانونية غير ملزمة، حيث يكون لأطراف التعاقد الحرية في الخضوع لحكمها أو عدم الخضوع .

المرحلة الثانية : وهي مرحلة ما بعد إبرام العقد، وعدم الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على حكم يخالف أحكامها وهنا تصبح القاعدة المكملة ملزمة غير أن

هذا الرأي غير مقبول ، لأنه يؤدي إلى صبغ القاعدة القانونية بطبيعة مزدوجة فهي تارة ملزمة وتارة أخرى غير ملزمة ، وهذا لا يجوز ، فالقاعدة القانونية تصبح ملزمة منذ وضعها وصيرورتها قاعدة قانونية .

ومن جهة أخرى ليس من المقبول أن تتغير طبيعة القاعدة القانونية لسبب خارج عنها وهو اتفاق الأطراف على عدم مخالفة حكمها فتتحول من قاعدة اختيارية إلى قاعدة ملزمة أو بمعنى آخر من قاعدة غير قانونية إلى قاعدة قانونية. فضلاً عن أن القاعدة القانونية تنشأ وقد توافر لها عناصر تكوينها بما فيه عنصر الإلزام فإذا ظهرت قاعدة بغير إلزام فلا يمكن أن تكتسب الصفة القانونية ولا يمكن أن تكتسب صفة الإلزام وتصبح قاعدة قانونية بسبب واقعة لاحقه على ظهورها وخارجة عنها مثل الاتفاق على عدم مخالفة حكمها .

الرأي الثاني : يرى إن إلزام القاعدة المكملّة يعزى إلى الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة، فالمشرع افترض انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بحكمها، فإذا اتفق الأطراف صراحة على حكم يخالف حكم القاعدة المكملّة فلا معنى للتمسك بالإرادة الضمنية ويجب الاعتداد بالإرادة الصريحة للمتعاقدين.

وقد أخذ على هذا الرأي أنه ليس من المقبول إسناد صفة الإلزام للقاعدة المكملّة للإرادة الضمنية للأفراد لأنها تطبق حتى في الحالات التي يجهل فيها الأطراف المتعاقدة حكمها.

الرأي الثالث : وهو الرأي الغالب في الفقه - والذي نؤيده - حيث يرى إن القاعدة المكملّة- كالقاعدة الأمرة ملزمة منذ نشأتها والاختلاف بينهما لا يتعلق بمبدأ الإلزام نفسه وإنما يكمن في درجة الإلزام ، فالقاعدة الأمرة ملزمة بصفة مطلقة وأي اتفاق على ما يخالف أحكامها يكون باطلاً في حين أن القواعد

المكاملة إلزامها أقل قوة لأنه يشترط لتطبيقها ألا يكون هناك اتفاق على ما يخالف أحكامها.

ويضيف أنصار هذا التفسير أن كل قاعدة قانونية تتطلب مجموعة من الشروط لابد من توافرها لإمكانية تطبيق حكمها ، ومن ضمن الشروط الواجب توافرها في القاعدة المقررة لتطبيقها هو عدم الاتفاق على خلاف حكمها. فان اتفق الأطراف على خلاف حكمها امتنع تنفيذ الحكم ، لا لأنه غير ملزم بل لأن أحد شروط تطبيقها لم يتوافر وهو- كما ذكرنا - عدم اتفاق الأطراف على خلاف حكمها .

ويبدو جلياً إلزام القاعدة المكاملة في حالة عدم اتفاق الأطراف على حكم مخالف لحكمها. فهنا تطبق القاعدة المكاملة بصفة إلزامية، ولا يملك القاضي إغفال حكم القاعدة المكاملة لأن حكمها أصبح واجب التطبيق دون غيره لأنه حكم القانون وحكم القانون أمر وملزم .

المبحث الثاني

معيار التمييز بين القواعد القانونية

الأمرة والقواعد القانونية المكملة

سبق أن ذكرنا أن القواعد القانونية الأمرة هي مجموعة القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها في حين أن القواعد القانونية المكملة هي مجموعة القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، والسؤال الذي يطرح نفسه كيف يعرف الأفراد نوع القاعدة الموجهة إليهم من المشرع وهل هي قاعدة أمرة يتحتم عليهم الانصياع لحكمها أم قاعدة مكملة يمكن لهم مخالفة حكمها عن طريق تنظيم العلاقات التي تنشأ بينهم بشكل مغاير عن الحكم الوارد بها ؟

وقد قدم الفقه الإجابة على هذا التساؤل من خلال تقديم معيارين للتمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة : المعيار الأول شكلي أو لفظي يستند إلى عبارة النص وألفاظه لتحديد نوع القاعدة القانونية سواء كانت أمرة أو مكملة والمعيار الثاني موضوعي يأخذ في الاعتبار أن القاعدة الأمرة تتصل بالمصالح العامة الأساسية للمجتمع بأسره ، في حين أن القاعدة المكملة تتعلق بمصالح خاصة للأفراد لا بالنظام العام للمجتمع .

وسوف نناقش كل من المعيارين من خلال المطالبين التاليين :

المطلب الأول: المعيار الشكلي

المطلب الثاني: المعيار الموضوعي

المطلب الأول

المعيار الشكلي

يستند المعيار الشكلي للتمييز بين القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المكملّة إلى صياغة القاعدة القانونية ذاتها أي إلى دلالة عبارتها وألفاظها فقد تظهر صياغة النص القانوني- صراحة أو ضمناً- ما يدل على نوع القاعدة القانونية .

فالقاعدة تكون أمرّة إن ذكر في صياغتها أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو أن أي اتفاق يخالف هذه القاعدة يقع باطلاً سواء أصاب البطلان الاتفاق ككل أو اقتصر على جزء منه فقط ، كما تكون القاعدة أمرّة إذا رتب المشرع جزاءً جنائياً على مخالفتها، حيث تعتبر هذه القاعدة عندئذ قاعدة أمرّة لا يجوز الاتفاق على خلافها، مثل قواعد قانون العمل، حيث أن اهتمام المشرع بتقرير جزاء على مخالفة قاعدة معينة يفيد أنها قاعدة أمرّة وليست مكملّة.

ومن أمثلة القواعد القانونية الأمرة :

ما تنص عليه المادة ٤٩ مدني من أنه " ليس لأحد النزول عن حرّيته الشخصية".

المادة ١١٠ مدني تنص علي أنه " ليس للصغير غير المميز التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة " .

المادة ٢/١٣١ مدني تنص علي أنه " التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه..... " .

المادة ١٤٠ مدني تنص على أنه " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات "

المادة ٤٨٨ مدني تنص على أنه " تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر "

المادة ٤٧٢ مدني تنص على أنه " لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار، وإلا كان العقد باطلا "

المادة ٥١٥ مدني تنص على أنه " إذا اتفق علي أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها، كان عقد الشركة باطلا "

المادة ٦٠٩ مدني تنص على أنه " يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته ، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة ويقع باطلا كل اتفاق علي غير ذلك "

والقاعدة القانونية تكون مكتملة وفقا لهذا المعيار إذا كانت عباراتها وألفاظها تفيد إمكانية اتفاق الأفراد علي خلاف أحكامها كما لو تصدر النص بكلمة (يجوز) واختتم بعبارة (ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

ومن أمثلة القواعد القانونية المكتملة ما تنص عليه المواد التالية:

المادة ١/١٠٣ مدني بقولها " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه "

المادة ٣٤٨ مدني بقولها " تكون نفقات الوفاء علي المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك "

المادة ٤٦٢ مدني بقولها " نفاقات عقد البيع ورسوم الدفع والتسجيل وغير ذلك من المصروفات تكون علي المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

المادة ١/٥٧٦ مدني بقولها " يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها ، أو تنقص من هذا الانتفاع انتقاصاً كبيراً ، ولكن لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها وهو مسئول عن خلو العين من صفات تعهد صراحة بتوافرها أو عن خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها كل هذا ما لم يقضي اتفاق بغيره " .

المادة ٨٢٧ مدني بقولها " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك " .

وجدير بالذكر أن المعيار الشكلي للفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملّة ، يكفي بذاته للفرقة بين هذين النوعين من القواعد دون حاجة إلى الرجوع لمعيار آخر مستمد من مدي تعلق القاعدة بالنظام العام والآداب داخل المجتمع ، بل ليه من المتصور أن تكون القاعدة أمرّة وفقاً للمعيار الشكلي دون أن تتعلق بالنظام العام في المجتمع ، وعلي سبيل المثال القواعد التي تتطلب شكلاً معيناً كالرسمية لإبرام عقد من العقود كالمادة ١/١٠٣١ من القانون المدني التي تقرر أنه لا ينعقد الرهن الرسمي إلا بورقة رسمية ، وهذه القاعدة أمرّة ومع ذلك لا تتعلق بالنظام العام دخل المجتمع .

ولكن إذا لم تحتوي القاعدة القانونية علي لفظ صريح يحدد طبيعتها الأمرّة أو المكملّة فإن الحاجة تدعو إلي الرجوع لمعيار آخر موضوعي هو مدى تعلق القاعدة بالنظام العام والآداب داخل المجتمع .

المطلب الثاني

المعيار الموضوعي

إذا كان المعيار الشكلي يستند إلى صياغة النص وألفاظه للتمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة فإن المعيار الموضوعي يستند إلى مضمون النص ومحتواه للتمييز بينهما، فإذا كان الحكم الوارد في النص القانوني يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة للمجتمع بأسره كانت القاعدة التي ينشئها أو تحميها قاعدة أمر، أما إذا كان الحكم الوارد بالنص يحقق مصلحة خاصة للأفراد ولا شأن له بالمصالح العامة للمجتمع كانت القاعدة مكملة .

فعلى سبيل المثال، تنص المادة ٤٤/٢ من القانون المدني على أن "سن الرشد هي احدى وعشرين سنة ميلادية " فعبارة النص وألفاظه لا يستدل منها على طبيعة القاعدة القانونية، فالمشرع لم يستخدم لفظ لا يجوز أو ما فى معناه كما أنه لم يرتب البطلان على كل اتفاق مخالف لهذه القاعدة حتى يمكن القول بأنها قاعدة أمره ، وفى الوقت نفسه لم يستخدم المشرع لفظ يجوز أو ما فى معناه للقول أن هذه القاعدة مكملة، وبالتالي يمكن القول بأن المعيار الشكلي لا يسعف للتمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة ، لكن إذا تحصنا مضمون هذه القاعدة وفحواها يتضح لنا أنها تتعلق بمصلحة أساسية وحيوية للمجتمع وهى تحديد سن معين للرشد تكون فيصلاً في الحكم القانوني بالنسبة للمعاملات التي تمت قبلها وتلك التي وقعت بعدها ، ومن ثم فإن هذه القاعدة هي قاعدة أمر تقضى بضرورة بلوغ الشخص سن إل ٢١ سنة ميلادية كاملة حتى يعتبر راشداً.

وعلى العكس من ذلك تنص المادة ٤٣٧ من القانون المدني على أنه " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن". فهذا النص لا تتضمن صياغته وألفاظه ما يشير إلى طبيعة القاعدة القانونية التي ينظمها ، ولكن إذا تفحصنا مضمون النص وفحواه يتبين لنا أنه يحمى مصلحة خاصة هي مصلحة المشتري في استرداد الثمن إذا هلك المبيع قبل تسلمه له ولو بسبب لا يد للبائع فيه . وعلى ذلك فإن القاعدة الواردة بهذا النص هي قاعدة مكملة لا يعمل بها إلا إذا لم يوجد اتفاق بين الأطراف على ما يخالفها ، ويمكن تطبيق هذا المعيار الموضوعي على معظم النصوص القانونية التي لا يظهر من ألفاظها طبيعة القاعدة الواردة بها .

وقد جرى الشراح علي التعبير عن المصالح الأساسية والعامّة في المجتمع عبارة " النظام العام والآداب " ، وبالتالي يمكن القول أن كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب قواعد أمره لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها وما عداها من القواعد تعتبر من القواعد المقررة التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها . فما هو المقصود إذن بفكرة النظام العام والآداب ؟ هذا ما نعرضه في الصفحات التالية

أولاً : فكرة النظام العام :

يلاحظ بداية أنه لا يوجد تعريف تشريعي محدد للنظام العام رغم أن شيوع هذا الاصطلاح في المجال القانوني وماله من أهمية بالغة للترقية بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة ، ومع ذلك حاول الفقه تقريب فكرة النظام العام إلى الأذهان فقرر بأنها هي مجموعة المصالح الأساسية والعامّة في مجتمع ما ، سواء كانت هذه المصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو خلقية ، ولا يتصور بقاء المجتمع سليماً بدونها . والحفاظ على المصالح الأساسية والعامّة

التي يتألف منها النظام العام للمجتمع أمر ضروري لبقائه واستمراره ،
والمساس بها يؤدي إلى تصدع المجتمع وانهياره .

لذلك إذا كانت المصلحة التي تقررها القاعدة القانونية مصلحة أساسية للمجتمع
تكون القاعدة آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها أما إذا كانت القاعدة
تنظم مصلحة خاصة للأفراد فإنها تكون مكاملة يجوز للأفراد الاتفاق على
مخالفة حكمها.

وفكرة النظام العام فكرة نسبية متغيرة ومتطورة طبقاً لتغير ظروف الزمان
والمكان وتطورها ، فعلى سبيل المثال نجد أن تعدد الزوجات من النظام العام
في البلاد الإسلامية في حين لا يعد كذلك في البلاد الأوروبية ، وتحريم الرق
يعد الآن من النظام العام في مصر ، بينما لم يكن كذلك فيما مضى .

وفكرة النظام العام تضيق وتتسع وفقاً للمذهب السياسي والاجتماعي السائد في
المجتمع فتضيق فكرة النظام العام مع المذهب الفردي لأنه مذهب يطلق حرية
لل فرد ولا يقبل بتدخل الدولة في نشاطه إلا بقدر محدود فتقل بالتالي المصالح
الأساسية التي تمثل فكرة النظام العام . وتتسع فكرة النظام العام مع المذهب
الاشتراكي الذي تقوم فلسفته على تقديم مصلحة الدولة على مصلحة الأفراد ،
ويشجع تدخل الدولة في كافة أوجه النشاط البشري تحقيقاً لمصالح معينة ارتفع
بها إلى مرتبة المصالح العامة ويترتب على ذلك زيادة المصالح الأساسية التي
تمثل فكرة النظام العام .

ثانياً : فكرة الآداب العامة :

المقصود بالآداب العامة مجموعة الأسس والقيم الخلقية والتي يقوم عليها بنیان
المجتمع ، والتي يعتبرها الناس في مجتمع معين وفترة زمنية معينة ، المعيار

الأخلاقي الذي يجب إن يسود المجتمع بأسره ويضبط علاقاتهم الاجتماعية مع بعضهم البعض مع الالتزام باحترام هذه الأسس وعدم جواز الخروج عليها أو مناهضتها باتفاقات خاصة . وبالتالي إذا تعلق القاعدة القانونية بالأداب العامة ، فإنها تكون قاعدة أمر لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وإلا كان اتفاقهم باطلاً .

وفكرة الآداب العامة - مثل فكرة النظام العام - فكرة نسبية ومرنة وتتغير وتتطور تبعاً لتغير الظروف والمكان، فما يعد مخالفاً للآداب العامة في مجتمع معين أو في فترة زمنية معينة قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر أو فترة زمنية أخرى ، ومثال ذلك تقاضى المقرض فوائد عن نقوده التي يقرضها، وكالتامين على الحياة والوساطة في عقد الزواج كل هذه المسائل كانت لا تتفق والآداب العامة في الماضي في حين أنها لا تعد كذلك في الوقت الحالي حيث نظمها المشرع بقواعد خاصة .

الباب الثالث

مصادر القانون

المصدر من الناحية اللغوية هو "المنبع" أو "الأصل" الذي يستقي منة الشيء، فمصدر الماء هو الأصل الذي تتبع منه، ومصدر القانون هو منبع القاعدة وأصلها وموضع صدورها .

وتنقسم مصادر القانون إلي أربعة مصادر بحسب المنظور الذي ينظر إليها منه، وهي المصادر المادية والموضوعية والمصادر التاريخية والمصادر الرسمية والمصادر التفسيرية

والمصادر المادية أو الموضوعية للقانون هي مجموعة العوامل التي تساهم في تكوين مضمون القاعدة القانونية والتي تنظم علاقات الأفراد داخل المجتمع ، سواء كانت هذه العوامل اجتماعية أو سياسية أو طبيعية أو دينية أو اقتصادية أو فلسفية .

فنقطة البداية تكمن دائماً في مشكلة اجتماعية تحتاج إلي حل، والحلول المطروحة تتعدد في مضمونها وصورها، واختيار حل دون آخر في مجتمع معين وفي فترة زمنية معينة يكون وليد ظروف وعوامل متعددة يخضع لها المجتمع، وتشكل هذه الظروف والعوامل المصدر المادي للقاعدة القانونية .

ونذكر علي سبيل المثال قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والذي جعل الحد الأقصى لملكية الأراضي الزراعية بالنسبة للمصريين هو خمسين فداناً كما نظم العلاقة بين المالك والمستأجر بحيث لا يجوز للأول أن يتقاضى من الثاني أكثر من الأجرة المحددة قانوناً، كما لا يجوز له إنهاء عقد

الإيجار إلا في حالة إخلال المستأجر بالتزام ضروري يقضي به القانون أو العقد ، كان الدافع لإصدار هذا القانون الظروف التي كانت سائدة في المجتمع قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ من سوء توزيع الثروات وسيطرة قلة محدودة من الملاك علي مقدرات طبقة من المستأجرين .

أما المصادر التاريخية للقانون فيقصد بها الأصل الذي استقى منه القانون القائم أحكامه وقواعده ، فالمشرع في أي دولة حينما يريد ان ينظم موضوعاً معيناً أو مسألة معينة في صورة تشريع فلا بد أن يرنو ببصرة إلي القوانين السابقة في بلدة أو إلي قوانين الدول الأخرى ليقتبس منها ما يراه مناسباً وصالحاً لتنظيم هذا الموضوع ، وهذه القوانين التي استعان بها المشرع ، سواء كانت وطنية أو أجنبية تعتبر مصادر تاريخية للتشريع المزمع إصداره ، والتي يمكن الرجوع إليها في حالة وجود غموض أو لبس يحيط بأي حكم من الأحكام المقتبسة منها .

ولنأخذ مثالا توضيحياً لذلك، القانون المدني المصري الحالي اقتبس المشرع أحكامه وقواعده من القانون المدني السابق والشريعة الإسلامية ومن القوانين المدنية لبعض الدول الأخرى وأهمها القانون الفرنسي ، وبالتالي تعد كل هذه القوانين مصادر تاريخية للقانون المدني المصري ويتم الرجوع إليها عند غموض أي حكم من أحكامه بحسب المصدر التاريخي الذي أخذ منه هذا الحكم.

ويقصد بالمصادر الرسمية للقانون المصدر التي تخرج منه القاعدة القانونية مكتملة العناصر لاسيما عنصر الإلزام ، وتدخل في عداد القانون الوضعي، فتصبح قاعدة قانونية يلتزم بها المخاطبين بأحكامها ، ويتحتم علي القاضي تطبيقها علي ما يعرض عليه من منازعات، ومصادر القانون - كما سنري لاحقاً - متعددة في مصر وأهمها التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية .

وأخيراً المصادر التفسيرية للقانون ويقصد بها المرجع الذي يساعد في استجلاء غموض القاعدة القانونية وتحديد مضمونها ، وأهم هذه المصادر أحكام القضاء وأراء الفقهاء ، والمصادر التفسيرية لا تسبغ علي القاعدة القانونية صفة الإلزام، كالمصادر الرسمية وإنما تقتصر مهمتها في شرح مدلول القاعدة وكشف غموضها لإمكانية تطبيقها علي المنازعات المعروضة علي القضاء للفصل فيها.

وبعد عرض أنواع المصادر يبدو لنا أن المصادر الرسمية والمصادر التفسيرية من أهم أنواعها، نظراً لأن الأولى تسبغ علي القاعدة القانونية صفة الإلزام والإلزام، والثانية تكشف غموض القاعدة وتزيل اللبس الذي يعتريها. لذلك سوف نقصر دراستنا علي هذين النوعين من المصادر وذلك من خلال الفصلين التاليين:

الفصل الأول: المصادر الرسمية للقانون

الفصل الثاني: المصادر التفسيرية للقانون

الفصل الأول

المصادر الرسمية للقانون

تكفل القانون المدني الحالي ببيان المصادر الرسمية للقانون ، فنصت المادة الأولى منه علي أن " ١- تسري النصوص التشريعية علي جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقية حكم القاضي بمقتضي العرف ، فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "

وبالقراءة المتأنية لهذا النص تبرز الملاحظات التالية :

١. أن المصادر الرسمية للقانون المصري هي التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وهذه المصادر - وإن جاء ذكرها ضمن نصوص القانون المدني - إلا أنها لكافة فروع القانون المصري العام والخاص - باستثناء القانون الجنائي الذي يعد التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد لقواعده دون باقي المصادر الرسمية الأخرى، ومرد ذلك أن المادة (٩٥) من الدستور المصري تقضي بأن " العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

٢. ترتيب المصادر بهذه الصورة يعني أن المصدر الأساسي هو التشريع ، وأن بقية المصادر ذات صفة احتياطية، ومعنى هذا إن القاضي لا يلجأ إلي مصدر إلا إذا كان المصدر الذي يسبقه في الترتيب لا يوجد به قاعدة تحكم النزاع المعروض عليه ، فالأمر لا يتعلق بمجرد تعداد للمصادر وإنما هو ترتيب

تنازلي يترجم أهميتها . وهذا ما جاء ذكره في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بأنه " لا يقصد من جميع المصادر علي هذا النحو مجرد تعدادها، بل يراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق".

وبالتالي يكون القاضي ملزماً بهذا الترتيب ، وليس له إن يتخطاه إلي ترتيب آخر يروق له ، فعلية أولاً البحث في النصوص التشريعية في لفظها وفحواها فإذا لم يجد نصاً يمكن تطبيقية علي النزاع، ذهب إلي العرف يلتمس فيه الحل ، فإذا وجده تعين عليه الأخذ به ولا يذهب إلي غيره ، فإذا لم يجده بحث في مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا وجده التزم به وإلا ذهب إلي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

٣. أن النص يغفل بعض المصادر الأخرى ، وأهمها الدين باعتباره مصدراً رسمياً بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، والذي يعد تالياً للتشريع مباشرة وسابقاً علي العرف.

وترتيباً علي ما سبق، فإننا نعرض لدراسة المصادر الرسمية للقانون علي النحو التالي:

المبحث الأول: التشريع.

المبحث الثاني: العرف.

المبحث الثالث: مبادئ الشريعة الإسلامية.

المبحث الرابع: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المبحث الأول

التشريع

التشريع، كمصدر رسمي للقانون، هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية - باعتبارها المختصة بإصدار التشريعات المختلفة - لتنظيم موضوع معين وذلك مثل التشريع المدني أو التشريع التجاري وتشريعات العمل أو التأمينات الاجتماعية.

كذلك قد تأتي كلمة تشريع كمرادف لكلمة تقنين فيقال مثلاً التقنين المدني ويقصد به التشريع المدني أو تقنين المرافعات المدنية والتجارية، ويقصد به تشريع المرافعات المدنية والتجارية.

ودراستنا للتشريع كمصدر رسمي للقانون تقتضي الحديث عن النقاط التالية:

المطلب الأول: أهمية التشريع وخصائصه

المطلب الثاني: أنواع التشريع

المطلب الثالث : سن التشريع ونفاذه

المطلب الرابع: إلغاء التشريع

المطلب الخامس: تقدير التشريع

المطلب الأول

أهمية التشريع وخصائصه

يعد التشريع أهم مصادر القانون في العصر الحالي في معظم القوانين الحديثة ، فالتشريع يعتبر مصدراً أصلياً للقانون ويتعين علي القاضي اللجوء إليه أولاً للبحث عن القاعدة القانونية التي تحكم النزاع المعروض عليه فإذا وجد نصاً تشريعياً يطبق علي هذا النزاع لا يستطيع الحيدة عنه واللجوء إلي المصادر الأخرى للقانون حتى لو كان هذا النص غامضاً ومبهماً ، إذا يتعين علي القاضي في هذه الحالة أن يقوم بتفسير هذا الغموض باحثاً عن المعنى الذي يقصده النص وفقاً لقواعد التفسير المعروفة .

وكذلك يعد التشريع مصدراً عاماً للقانون فاخصائصه لا يقتصر علي موضوعات دون أخرى ، ويلزم الرجوع إليه في كافة الموضوعات إلا ما يستثنى من ذلك بالإحالة في شأنه إلي مصدر آخر للقانون . فالتشريع هو المرجع الأساسي في مسائل المعاملات المالية ومسائل الأحوال الشخصية الصادرة في شأنها تشريعات خاصة، ولا يصدق هذا القول علي المصادر الرسمية الأخرى.

فالدين يعتبر مصدراً احتياطياً لا أصلياً في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، لأن بعض هذه المسائل تنظمها تشريعات خاصة. وكذلك قواعد العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعد مصادر احتياطية لا أصلية في مسائل المعاملات المالية فقط.

خصائص التشريع:

للتشريع عدة خصائص تتمثل في أنه يتضمن قاعدة قانونية، وأنه يتضمن قاعدة مكتوبة، وأنه يصدر عن سلطة مختصة بإصداره. ونعرض لهذه الخصائص الثلاثة فيما يلي:

أولاً : التشريع يضم قاعدة قانونية :

يتضمن التشريع باعتباره المصدر الرسمي للقانون مجموعة القواعد القانونية بخصائصها - السابق دراستها في الباب الأول - وهي قواعد عامة مجردة ، ومنظمة للسلوك الاجتماعي علي نحو ملزم، وبالتالي لا يعتبر قاعدة قانونية ما يصدر عن السلطة التشريعية في الدولة من أوامر لا تتوافر فيها هذه الخصائص، وبصفة خاصة الأمر الذي يصدر عن هذه السلطة لشخص معين بذاته أو متعلقاً بواقعة محددة بالذات لا يعتبر قاعدة تشريعية لأن هذا الأمر يفقد إلى صفة التجريد التي تشكل أهم صفات القاعدة القانونية.

ومن هذا القبيل ، صدور تشريع من السلطة التشريعية بإعطاء وسام تقدير لشخص معين بالذات ، أو إعلان الحداد الوطني لوفاة شخص أدى خدمات جليلة للوطن ، وكذلك التشريع الصادر بميزانية الدولة والتشريع الصادر بمنح امتياز البحث عن البترول لشركة معينة ، فأمثلة هذه التشريعات تعد تشريعات من الناحية الشكلية ، لأنها صادرة عن السلطة المختصة بإصدار التشريع إلا أنها لا تعد كذلك من الناحية الموضوعية لأنها لا تتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة .

ثانياً: التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة :

من أهم خصائص التشريع أنه يتضمن قاعدة قانونية مكتوبة ولا تكون هذه القاعدة ملزمة للمخاطبين بها إلا إذا أفرغت في وثيقة مكتوبة مستكملة

الإجراءات اللازمة لإصدارها ونشرها ونفاذها ، ولعل هذه الخاصية هي التي تميز التشريع عن غيره من مصادر القانون الأخرى وخاصة العرف.

وصدور التشريع في وثيقة مكتوبة تسمح للمشرع أن يعبر عن إرادته تعبيراً دقيقاً من ناحية الصياغة القانونية مما يؤدي إلي تلافي الكثير من الغموض والإبهام ، كما يساعد الأفراد علي التعرف علي القاعدة القانونية وتحديد مضمونها .

ثالثاً : التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة

إصدار التشريع من اختصاص السلطة التشريعية ، وهذه السلطة تختص بحسب طبيعتها ، والغرض الذي أنشئت من أجله بوضع القواعد القانونية المنظمة للمجتمع .

فالتشريع لا ينشأ علي نحو تلقائي داخل المجتمع ، بل لابد من تدخل إرادة واعية مفكرة تتولى وضعة وإلزام الأفراد به علي ضوء ظروف واحتياجات المجتمع . ولكن إذا كانت السلطة التشريعية وهي صاحبة الاختصاص الأصلي بوضع التشريع ، فهي مع ذلك ليست السلطة الوحيدة، فقد يصدر التشريع عن سلطة أخرى يمنحها الدستور هذا الحق، كالسلطة التنفيذية فيما تصدره من تشريعات الضرورية.

المطلب الثاني

أنواع التشريع

يتدرج التشريع باعتباره مصدرًا رسميًا للقانون ، من حيث قوته تبعاً لأهمية الموضوعات التي ينظمها والسلطة المختصة التي تقوم بإصداره ، إلى ثلاثة أنواع مرتبة ترتيباً تنازلياً ، ففي قمة أنواع التشريع يأتي التشريع الأساسي أو الدستور ويليه التشريع العادي أو الرئيسي ، ثم يأتي في النهاية التشريع الفرعي أو اللائحي.

أولاً: التشريع الأساسي أو الدستور:

سبق أن عرفناه وبيننا موضوعه عند الحديث عن أقسام القانون العام - فنحيل إلى ما ذكرناه هناك - ونذكر هنا أن الدستور هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها كما يحدد السلطات العامة واختصاص كل منها وعلاقة بعضها ببعض كما يبين المبادئ الأساسية التي تكفل حقوق الفرد من تجاه الدولة .

ويحتل الدستور مكان الصدارة بين فروع القانون كافة ، ويعتبر أسماها مكانة وأخطرها شأنًا وأقواها فعالية ، ولهذا ترجع تسميته بالتشريع الأساسي.

وتختلف طريقة وضع الدستور من دولة إلى أخرى ، حيث لا توجد طريقة واحدة لوضعه، فقد يصدر الدستور في شكل منحة من الحاكم المهيمن على البلاد ، وعادة ما يتخذ الحاكم المطلق قرار المنح نزولاً علي إرادة شعبه ، مثال ذلك الدستور المصري الصادر بالأمر الملكي رقم ٤٣ في ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣.

وقد يصدر الدستور عن طريق الاتفاق أو العقد بين الحاكم والشعب أو ممثلين عنه ، ومثال ذلك الدستور الفرنسي الصادر سنة ١٨٣٠ .

وقد يصدر الدستور عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب لهذا الغرض، وبانتهاء الجمعية من إعداد الدستور يصبح نافذاً دون حاجة إلي عرضه للاستفتاء أو حتى موافقة الحاكم عليه ، وأشهر الأمثلة علي إصدار الدستور عن طريق جمعية تأسيسية هي الدساتير الأمريكية المختلفة للولايات المتحدة الأمريكية والدستور الفيدرالي لهذه الدولة الصادر سنة ١٧٧٨ .

وأخر طريقة لوضع الدستور وأرقاها هي الاستفتاء وتتمثل في قيام جمعية منتخبة من الشعب بوضع الدستور وصياغته ثم عرضه على الشعب في استفتاء عام ليتحقق له النفاذ في حالة موافقة الشعب على أحكامه، وهذه الطريقة هي التي اتبعت في وضع الدستور المصري الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ والذي سقط بصور الاعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ وكذلك دستور ٢٠١٢ وتعديلاته.

ثانيا : التشريع العادي أو الرئيسي :

يقصد بالتشريع العادي مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية في الدولة وفقا للإجراءات المبينة في الدستور، ويطلق على هذه القواعد اسم "القانون" والمقصود بالقانون هنا هو معناه الضيق ، لأن القانون بمعناه الواسع يشمل مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد أيا كان مصدرها سواء كان التشريع أو العرف أو مبادئ القانون الطبيعي ومبادئ العدالة ، ويرجع سبب تسمية التشريع العادي أو الرئيسي بالقانون إلى أنه يمثل الغالبية العظمى من القواعد القانونية التي يحتاجها المجتمع .

السلطة المختصة بإصدار التشريع العادي أو الرئيسي :

وفقا للدستور المصري، فإن السلطة التشريعية ممثلة في مجلس النواب هي صاحبة الاختصاص بإصدار التشريع العادي، وعلى سبيل الاستثناء يختص مجلس الشيوخ بإبداء الرأي في مشروعات القوانين ومشروعات القوانين المكملة للدستور التي تحال إليه من رئيس الجمهورية أو مجلس النواب وذلك طبقا لنص المادة ٢٤٩ من الدستور. ولا يجوز للسلطات الأخرى في الدولة أن تمارس هذا الاختصاص.

وقد أجاز الدستور - استثناءً من هذا الأصل - حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في القيام بمهمة إصدار التشريع، وهذا ما فعله الدستور المصري حين أجاز لرئيس الجمهورية، باعتباره على رأس السلطة التنفيذية، إصدار قرارات وقوانين تكون لها نفس القوة التشريعية الصادرة من السلطة التشريعية (مجلس النواب)، يطلق على هذه التشريعات الصادرة من رئيس الجمهورية التشريعات الاستثنائية أو تشريعات الضرورة.

حالة الضرورة (تشريع الضرورة) :

أجاز الدستور لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوة القانون يطلق عليها لوائح الضرورة أو تشريعات الضرورة في حالة غياب مجلس النواب أي كان سبب غيابه، سواء كان في فترة حله أو أثناء عطلة الرسمية فيما بين ادوار انعقاده. وقد نصت على هذه الحالة المادة ١٥٦ من الدستور المصري بقولها " إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب 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، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال 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 إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار".

ويبين من هذا النص الدستوري جواز قيام رئيس الجمهورية علي سبيل الاستثناء بإصدار قرارات لها قوة القانون الصادر من السلطة التشريعية ، إلا أنه تطلب لصحة هذا التشريع ضرورة توافر عدة شروط هي :

١. قيام هلة ضرورة تستدعي تدخلاً عاجلاً من رئيس الجمهورية لاتخاذ القرارات المناسبة لمواجهة هذه الحالة، وتقدير مدي توافر حالة الضرورة من عدمه من اختصاص رئيس الجمهورية.

٢. أن تطرأ حالة الضرورة في وقت يكون فيه مجلس النواب غير منعقد سواء بسبب صدور قرار من رئيس الجمهورية بحله أو وقف جلساته ، أم بسبب عطلة الرسمية ما بين ادوار انعقاده .

٣. ضرورة اضطلاع مجلس النواب على هذه القرارات ليمارس عليها رقابة فعالة ، تحقيقاً للصالح العام وتجنباً لأي إساءة أو انحراف أو تعسف في استعمال السلطة من قبل رئيس الجمهورية ، ويجب عرض هذه القرارات علي مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها إذا كان المجلس قائماً أو في أول اجتماع له في حالة حلة أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض هذه القرارات علي مجلس النواب في المواعيد المحددة ، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة

القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، أما إذا تم عرض هذه القرارات على المجلس فله اتخاذ احد موقفين حيالها :

أ. إقرار هذه القرارات، وبالتالي تستمر هذه القرارات متمتعة بقوة القانون ومنتجة لكافة آثارها القانونية.

ب. رفض القرارات ، إما لأنها مخالفة للدستور أو لعدم توافر حالة الضرورة أو لأي سبب آخر، وفي هذه الحالة يزول ما كان لهذه القرارات من قوة القانون بأثر رجعي ، وليس من تاريخ الرفض ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد آثارها السابقة أو قرر تسوية تلك الآثار بأي وجه آخر .

ومن أمثلة تشريعات الضرورة القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الخاص بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية والذي حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته علي أساس أن الأسباب التي استندت إليها الحكومة في الإسراع بإصدار هذا التشريع لا تعد كافية للقول بتوفر حالة الضرورة، وكذلك القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ الخاص بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة .

ثالثا: التشريع الفرعي أو اللائحي:

المقصود بالتشريع الفرعي أو اللائحي ذلك التشريع الصادر من السلطة التنفيذية ، ليس باعتبارها سلطة تحل محل السلطة التشريعية في بعض الظروف ، وإنما بمقتضى اختصاص أصيل مخول لها بواسطة الدستور. ومعني ذلك أن إصدار السلطة التنفيذية لتشريعات فرعية لا يتوقف علي وجود حالة ضرورة ، بل لها الحق في ممارسة هذه السلطة حتي ولو كان مجلس

النواب منعقداً ، ودون حاجة إلي تفويض صادر منه، لان السلطة التنفيذية هي المختصة أصلاً بإصدار التشريعات الفرعية وليس السلطة التشريعية .

وتصدر السلطة التنفيذية التشريعات الفرعية في صورة لوائح تتضمن قواعد عامة مجردة ، لا تخص شخصاً محدداً أو حالة بعينها ، وليس في شكل قرارات إدارية كالقرار الذي يصدر بتعيين موظف أو فصله.

وقد منح الدستور المصري السلطة التنفيذية سلطة إصدار ثلاثة أنواع من اللوائح هي :

١- اللوائح التنفيذية

٢- اللوائح التنظيمية

٣- لوائح الضبط أو البوليس

وسنتناول كل نوع من هذه الأنواع بشيء من الإيضاح فيما يلي:

١ . اللوائح التنفيذية:

يقصد باللوائح التنفيذية التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية بغرض تنفيذ التشريع العادي الصادر من مجلس النواب ، ذلك أن السلطة التشريعية عندما تصدر قانوناً معيناً تقتصر علي تنظيم المسائل الأساسية بطريقة مجملية ولا تهتم بوضع التفاصيل والإجراءات تاركة هذه المهمة للائحة التنفيذية التي تتولي بيان الأحكام التفصيلية اللازمة لتطبيق التشريع العادي وتنفيذه . ويرجع ذلك إلي أن السلطة التنفيذية بحكم قيامها بالتنفيذ واتصالها الدائم والمباشر بالمشاكل اليومية التي قد تعترض التنفيذ هي اقدر من غيرها علي وضع التشريع الفرعي .

وقد نصت علي هذا الاختصاص المادة ١٧٠ من الدستور المصري التي تقضي بأن " يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعطيل أو تعديل وإعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، إلا إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه. "

ويتضح من هذا النص أن رئيس مجلس الوزراء هو صاحب الاختصاص الأصلي بإصدار اللوائح التنفيذية ، وله تفويض غيره في إصدارها ، كتفويض رئيس الوزراء أو احد الوزراء أو احد المحافظين .

وقد يحدد القانون نفسه الشخص المختص بإصدار اللوائح التنفيذية ، ومن أمثلة ذلك القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ الذي ينص في المادة ٢٠ منه بان "يصدر وزير الزراعة والإصلاح الزراعي بقرار منة اللوائح التنفيذية لهذا القانون".

ولا يتمتع التشريع الفرعي بوجود ذاتي ، وإنما هو يتبع قانوناً سبق صدوره وبالتالي لا يجوز للأئحة التنفيذية أن تتضمن تعديلاً أو إلغاءً لبعض قواعد التشريع أو تعطيلاً لأحكامها ، وإلا كانت باطلة.

٢. اللوائح التنظيمية :

وهي لوائح تصدرها السلطة التنفيذية بهدف إنشاء أو تنظيم المرافق العامة في الدولة ، وتسمى هذه اللوائح أيضاً باللوائح المستقلة ، وذلك لكونها لا تستند في إصدارها - كاللوائح التنفيذية - إلى تشريع عادي ، ولكنها تصدر عن السلطة التنفيذية استقلالاً عن أي تشريع .

وإذا كان المشرع الدستوري هو الذي خص السلطة التنفيذية بإنشاء وإدارة المرافق العامة بالدولة ، فكان من المنطق أيضاً أن يخصصها بسن القواعد

القانونية اللازمة بإنشاء وإدارة هذه المرافق باعتبارها هي الأقدر من غيرها على وضع القواعد الملائمة بما لديها من إمكانيات في هذا الصدد .

وقد نص الدستور المصري علي هذا الاختصاص للسلطة التنفيذية في المادة ١٧١ التي تقضي بأن " يصدر رئيس مجلس الوزراء القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها، بعد موافقة مجلس الوزراء .".

ويتضح من هذا النص أن الاختصاص بإصدار هذه اللوائح معقوداً لرئيس مجلس الوزراء شخصياً بعد موافقة مجلس الوزراء، فليس له أن يفوض غيره في ذلك ، لأن النص المانح للاختصاص لم يعطي إمكانية التفويض فيه وهذا بخلاف اللوائح التنفيذية .

٣. لوائح الضبط أو البوليس :

هي تلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بهدف حفظ الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة ، ومن أمثلة هذه اللوائح ، لوائح المرور ولوائح المحلات المقلقة للراحة ولوائح الباعة المتجولين... الخ . وهذه اللوائح من قبيل اللوائح المستقلة عن أي قانون وتقوم بذاتها لتحقيق الأهداف سابقة الذكر .

وقد نصت المادة ١٧٢ من الدستور المصري علي هذا الاختصاص بقولها "يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء" . ويتضح من هذا النص ان إصدار لوائح الضبط من اختصاص رئيس مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس الوزراء وحده ، وليس له الحق في تفويض غيره بإصدار هذه اللوائح .

المطلب الثالث

سن التشريع ونفاذه

المقصود بسن التشريع إعداده وإقراره بواسطة السلطة المختصة ، ونفاذ التشريع يستلزم إثبات وجوده وتوجيه الأمر إلى السلطات العامة بتنفيذه وذلك يكون بالإصدار، ويستلزم النفاذ أيضا إعلام الكافة بصدور التشريع وذلك يكون عن طريق النشر بطريقة توصل أو يفترض أنها توصل التشريع وأحكامه إلى علم كافة المخاطبين به .

السلطة المختصة بسن التشريع

تختلف سلطة سن التشريع تبعا لنوعه وذلك على النحو التالي :

أولاً: بالنسبة للدستور :

سبق أن ذكرنا أن الدستور تختلف طريقة سنه تبعاً لطبيعة نظام الحكم السائد في الدولة . فقد يصدر الدستور في شكل منحة من الحاكم لشعبه ، وقد تتولى وضعه جمعيه تأسيسية يتم انتخابها من قبل الشعب ، وقد يصدر بعد عرضه على الشعب في استفتاء عام للموافقة عليه أو رفضه .

ثانياً: بالنسبة للتشريع العادي أو الرئيسي :

وضع التشريع العادي وفقاً للدستور المصري هو من اختصاص السلطة التشريعية التي يمثلها في مصر الآن مجلس النواب، ومع ذلك فإن الدستور أجاز استثناءً لرئيس الجمهورية أن يصدر قرارات لها قوة القانون كما في حالة الضرورة. ويمر التشريع بعدة مراحل هي : الاقتراح والمناقشة والتصويت والإصدار والنشر ، وتدخل المرحلتان الأولى والثانية ضمن سن التشريع ،

وتدخل المرحلتان الثالثة والرابعة ضمن نفاذ التشريع، وعلى هذا فإننا سنقسم هذه المراحل إلى قسمين: مراحل سن التشريع ومراحل نفاذه.

١. مراحل سن التشريع العادي:

يمر سن التشريع العادي بمرحلتين: مرحلة الاقتراح ومرحلة المناقشة والتصويت.

(أ) مرحلة الاقتراح:

المقصود باقتراح القانون هو عرضه على السلطة التشريعية ممثلة في مجلس النواب لإبداء الرأي فيه، وقد أعطت المادة ١٢٢ من الدستور المصري حق اقتراح القانون لكل من رئيس الجمهورية وللمجلس الوزراء ولكل عضو من أعضاء مجلس النواب. ويطلق الآن على الاقتراح المقدم من مجلس النواب، اصطلاح "مشروع بقانون".

ولكن إذا كان الدستور لم يفرق في الاسم بين الاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية والاقتراح المقدم من احد أعضاء مجلس النواب، إلا أنه غير بينهما في المعاملة من جهين:

الأول: أن المشروع بقانون المقترح من قبل رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء أو عشر أعضاء مجلس النواب يحال مباشرة إلي اللجنة النوعية المختصة بموضوعه بمجلس النواب فإذا كان المشروع متعلقاً بالصحة أو التعليم أو الصناعة أحيل إلي اللجنة النوعية المختصة بموضوعه لفحصه وتقديم تقرير عنه، أما مشروع القانون المقترح من قبل أحد أعضاء مجلس النواب فيتم عرضه أولاً علي لجنة خاصة بالاقتراحات لإبداء الرأي في جواز نظر المجلس فيه من عدمه، فإذا رأت اللجنة إن هذا المشروع المقترح جدير

بنظر المجلس فيه أحيل إلى اللجنة النوعية المختصة بموضوعه ، ويأخذ نفس إجراءات المشروع بقانون المقدم من قبل رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء. أما إذا رأت اللجنة أن المشروع المقترح غير جدير بنظر المجلس فيه ، فيعتبر المشروع كأن لم يكن وينتهي أمره عند هذا الحد.

الثاني : إن كل مشروع بقانون مقترح من قبل أحد أعضاء المجلس ، يتم رفضه ، لا يجوز تقديمه مرة ثانية في نفس دورة الانعقاد ، أما إذا حدث الرفض بالنسبة لمشروع بقانون المقترح من رئيس الجمهورية فليس هناك ما يمنع من تقديمه مرة أخرى في نفس دورة انعقاد المجلس. وتبرير عدم عرض الاقتراح المقدم من السلطة التنفيذية علي لجنة الاقتراحات ، أن هذه السلطة لديها من الإمكانيات ما يسمح لها بدراسة المشروع أثناء إعدادة من الناحية الفنية ومن الناحية القانونية قبل عرضة علي المجلس ، أما بالنسبة لاقتراح أحد أعضاء المجلس فان الأمر يختلف ، لأن العضو العادي لا يملك الوسائل التي تمكنه من دراسة اقتراحه من الناحية الفنية ومن الناحية القانونية أو بصياغته بطريقة مناسبة .

(ب) مرحلة المناقشة والتصويت :

عندما تنتهي اللجنة النوعية المختصة من فحص ودراسة مشروع القانون المقترح سواء لرئيس الجمهورية أو لأحد أعضاء مجلس النواب ، فإنها تقوم بإعداد تقرير عنه . ويقدم المشروع المقترح إلى مجلس النواب مصحوباً بتقرير اللجنة وذلك لمناقشته والتصويت عليه بالقبول أو بالرفض.

ويبدأ مجلس النواب في مناقشة المشروع المقدم من اللجنة النوعية المختصة ، بصفة إجمالية ، فإذا وافق المجلس على المشروع من حيث المبدأ فإنه ينتقل إلى

مناقشة مواده مادة مادة بعد تلاوة كلا منها، ويجرى التصويت على كل مادة على حده ، ثم تؤخذ الأصوات على المشروع بأكمله .

ولكي تتم مناقشة المشروع المقترح والتصويت عليه ينبغي حضور الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس (نصف عدد أعضاء المجلس + واحد على الأقل)، وينبغي كذلك موافقة الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين (نصف عدد أعضاء المجلس الحاضرين + واحد على الأقل) وعند تساوى الأصوات المؤيدة والرافضة يعتبر المشروع مرفوضاً ، ويعتبر هذا الشرط جوهرياً يترتب على مخالفته والموافقة على المشروع دون موافقة الأغلبية المطلقة بطلان التشريع من حيث الشكل.

وإذا وافق المجلس على مشروع القانون المقترح بالأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس الحاضرين تعتبر إجراءات سن التشريع قد استوفت وانتهى بذلك اختصاص السلطة التشريعية ، ويصبح المشروع المقترح قانوناً بالفعل ، ولكنه لا يصبح نافذاً في مواجهة المخاطبين بأحكامه إلا بعد استيفاء إجراءات نفاذه .

٢. مرحلة نفاذ التشريع العادي

يمر التشريع العادي حتى يصبح نافذاً في مواجهة المخاطبين بأحكامه بمرحلتين هما : مرحلة الإصدار ومرحلة النشر ، ونعرض لكل مرحلة منهما على النحو التالي:

(أ) مرحلة الإصدار :

تتحقق مرحلة إصدار القانون بموافقة رئيس الجمهورية وتوقيعه على القرار الصادر من مجلس النواب بالموافقة على مشروع القانون .

فالإصدار عمل تنفيذي تقوم به السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية وحده بمجرد انتهاء المجلس من عملية التشريع . وهذا الإصدار يعد بمثابة شهادة ميلاد للقانون الجديد ، وكذلك يعد بمثابة أمر من رئيس الجمهورية لجميع سلطات الدولة بتنفيذ القانون والعمل على احترام أحكامه .

وقد رسم الدستور المصري في المادة ١٢٣ لرئيس الجمهورية دوره في هذه المرحلة وله اتخاذ أحد المواقف الثلاثة التالية :

الموقف الأول : يكون بموافقة رئيس الجمهورية على مشروع القانون وتوقيعه وإصداره أمراً إلى السلطة التنفيذية بالعمل على تنفيذه ، وهذا هو الطريق المألوف والطبيعي للإصدار ، والإصدار في هذه الحالة يكون "فعالياً"

الموقف الثاني : يكون بعدم رد رئيس الجمهورية على مشروع القانون المرسل إليه من المجلس خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس له بمشروع القانون، ويعد عدم رد رئيس الجمهورية قبولاً منه بإصدار القانون ، ويمسى الإصدار في هذه الحالة "بالإصدار المفترض".

الموقف الثالث: اعتراض رئيس الجمهورية على مشروع القانون المحال إليه، حيث أعطاه الدستور، حق الاعتراض على إصدار القانون وعندئذ يجب عليه أن يعيده إلى مجلس النواب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس للرئيس بالقانون .

وللمجلس في هذه الحالة اتخاذ أحد موقفين :

- أن يعيد النظر في القانون مراعيًا الاعتبارات التي حثت برئيس الجمهورية إلى رفضه ثم يناقش ما طرأ على القانون من تعديلات ثم يقوم بالتصويت عليها من جديد وفقاً للإجراءات السابقة ذكرها .

● الإصرار على موقفه ولكن تلزمه هذه الحالة موافقة أغلبية خاصة وليست أغلبية مطلقة هي ثلثي أعضاء المجلس في مجموعهم ، وليس ثلثي أعضاء المجلس الحاضرين فقط ، وبتوافر هذه الأغلبية يعتبر هذا التشريع قائماً ووجب على رئيس الجمهورية إصداره ويسمى الإصدار في هذه الحالة "بالإصدار المفروض". أما إذا لم يحز هذه الأغلبية اعتبر هذا التشريع كأن لم يكن.

(ب) مرحلة النشر :

نشر التشريع هو إجراء لاحق على إصداره يهدف إلى إحاطة المخاطبين بأحكامه علماً بموعد بدء العمل به ، فالتشريع يصبح نافذاً في ذاته بمجرد إصداره ، ولكنه لا يصبح ملزماً إلا بعد نشره .

وقد نصت المادة ٢٢٥ من الدستور المصري على أن "تنتشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويُعمل بها بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر.

ولا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية، النص في القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب".

ويتضح من هذا النص الملاحظات التالية:

● أن النشر في الجريدة الرسمية هو الوسيلة الوحيدة التي يتحقق بها النشر، ولا تعنى عن هذه الوسيلة أي وسيلة أخرى حتى ولو كانت أفدر منها

على الإعلان كالإذاعة في الراديو أو التلفزيون أو النشر في الصحف اليومية
..... الخ

وكانت الجريدة الرسمية تسمى حتى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ بالوقائع المصرية،
وبعد قيام الجمهورية العربية المتحدة صدر قراراً جمهورياً بإنشاء الجريدة
الرسمية فبات في مصر جريدتان : الأولى الوقائع المصرية وكانت تنشر فيها
الإعلانات الحكومية والقضائية وغير ذلك مما تقضى القوانين بضرورة نشرها،
والثانية الجريدة الرسمية وتنتشر بها القوانين والقرارات الصادرة من رئيس
الجمهورية ونوابه والقرارات الوزارية .

وفى الثاني من ابريل سنة ١٩٦٧ صدر قراراً جمهورياً خصص الجريدة
الرسمية لنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ونوابه بما
يختصون أو يفوضون فيه من الرئيس والقرارات الصادرة من رئيس مجلس
الوزراء والأحكام الصادرة من المحاكم الدستورية العليا ومحكمة القيم وذلك كل
أسبوع ، مع جواز إصدار أعداد غير عادية منها في غير المواعيد المقررة في
الحالات العاجلة .

ووفقاً لهذا القرار أصبح للجريدة الرسمية ملحقاً مستقلاً يصدر يومياً يسمى
الوقائع المصرية ينشر فيه جميع القرارات باستثناء ما ذكر في المادة الأولى
وغير ذلك مما تقضى به القوانين واللوائح بضرورة نشره .

● أن مدة الشهر الواردة بالنص لا تمثل حد أدنى أو أقصى لا يجوز
تجاوزه للعمل بالقانون ، فالرجعية جائزة في غير القوانين العقابية والضريبية،
كما للمجلس أن يحدد زمناً أطول أو أقصر للعمل بالقانون . وعلى سبيل المثال
نجد أن القانون المدني المصري المعمول به مرت سنة بين نشره ونفاذه، وقد

نصت كذلك المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن إثبات المواد المدنية والتجارية على أن ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره .

- أن يوم النشر لا يتم حسابه ضمن مده الثلاثين يوماً بينما يدخل في الحسبان اليوم الأخير.

- أن النشر بالجريدة الرسمية يقصد به وضع أعداد كافية منها تحت تصرف العامة ، فإذا كان ما وضع منها غير كاف لا يمكن القول بتحقق النشر بالمعنى الصحيح .

- يتعين نشر القانون في الجريدة الرسمية خلال المدة التي حددها النص، وهي مدة أسبوعين من تاريخ إصداره ، وذلك منعاً لتحكم السلطة التنفيذية في نفاذ القانون بتعطيل نشره .

فإذا ما تم نشر القانون وفقاً للإجراءات السابقة ، فإنه يفترض علم الكافة بأحكامه ، ولا يستطيع أحد أن يتذرع بعدم علمه به حتى ولو كانت ظروفه الخاصة تشير إلى صدق دعواه ، كعجزه عن القراءة أو سجنه أو إقامته في الخارج ، وذلك لأن نشر القانون يعد قرينة قاطعة على علم كافة الناس به، وبالتالي لا يجوز إثبات عكس ذلك ، فالجهل بالقانون لا يقبل عذراً .

ثالثاً: بالنسبة للتشريع الفرعي :

تتولى السلطة التنفيذية ، كما رأينا سابقاً ، إعداد وإصدار التشريعات الفرعية أو اللوائح بكافة أنواعها ، ثم يتم عرض هذه التشريعات على القسم الاستشاري للفتوى والتشريع لمراجعتها وصياغتها. وفي الواقع لا يوجد ثمة فاصل بين إقرار اللائحة وإصدارها لكونهما يندمجان في قرار واحد يصدر عن رئيس

الجمهورية الذي يختص بالعمليتين. ومن الملاحظ أن التشريع الفرعي يخضع لنفس أحكام نشر التشريع العادي السابق ذكرها .

مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون :

من المبادئ الأساسية أنه بمجرد نشر القانون في الجريدة الرسمية ومضي المدة التي حددها الدستور أو التي نص عليها القانون ذاته لبدء العمل به وتطبيقه، يصبح نافذاً وملزماً للأشخاص المخاطبين به ، ولا يستطيع أحد أن يتخلص من تطبيق أحكام القانون عليه متذرعاً بعدم علمه بهذا القانون ، حتى ولو كان بالفعل لا يعلم بهذا التشريع الذي خالف أحكامه ، كما لو اثبت أنه عند نشر هذا التشريع وطوال المدة المحددة لنفاذه كان خارج الوطن ولو في مهمة رسمية ، أو كان يجهل القراءة والكتابة ويطلق علي هذا المبدأ "عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون".

مبررات المبدأ

قد يبدو للوهلة الأولى أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون مبدأ يجافي العدالة ، فالعدالة تقتضي أن يمكن الأفراد من العلم بالقانون قبل تطبيق أحكامه عليهم ومعاقبتهم علي مخالفتها ، ولكن النظرة المتأنية تدفع إلي القول بأن هذا المبدأ له ما يبرره .

فالعلم بالقانون قد يكون علماً يقينياً وقد يكون علماً افتراضياً أو اعتبارياً والعلم اليقيني يقتضي حمل أحكام التشريع وقواعده إلي علم كافة المخاطبين به ، بحيث يتحقق لدي كل منهم العلم الحقيقي والفعلي بهذه الأحكام، فإذا استطاع احد الأشخاص أن يثبت جهله بهذه الأحكام ، كما لو اثبت أنه كان مصاباً بمرض

منعه من الاتصال بالناس أو القراءة أو أنه يقطن في مكان بعيد لاتصل إليه الصحف أعفي من الخضوع لأحكام هذا القانون.

ومن الواضح أن الأخذ بالعلم اليقيني أمر يصعب تحقّقه عملاً ، لأنه يؤدي إلى تعطيل حكم القانون والى الفوضى داخل المجتمع، لأنه يكون على القاضي في كل نزاع مرفوع إليه أن يستوثق من علم الخصوم اليقيني بالقانون قبل تطبيقه عليهم وهذا يؤدي إلي تعطيل حكم القانون واضطراب المعاملات وتطبيق القانون في حالات وعدم تطبيقه في حالات أخرى .

أما بالنسبة للعلم الافتراضي أو الاعتباري فيكون ذلك بافتراض علم الكافة بالقانون وأحكامه عند توافر شروط أو ظروف معينة، فمثلا يترتب على نشر التشريع في الجريدة الرسمية افتراض علم الجميع بأحكامه بمجرد نشره ، وأيضا العرف يفترض علم الناس به طالما اعتادوا على سلوك معين لمدة طويلة مع شعورهم بالزامه .

والدستور حينما جعل نفاذ القانون يتوقف على نشره في الجريدة الرسمية ومضى المدة المحددة فإنه جعل ذلك على أساس العلم الافتراضي أو الاعتباري للقانون وليس العلم الفعلي به ، لأنه يصعب من الناحية العملية إن لم يكن مستحيلاً حمل القانون إلى علم كل فرد من المخاطبين به وإثبات علمه الفعلي بأحكامه.

وقبول الاحتجاج بجهل الأفراد بالقانون يؤدي إلى مكافأة الشخص المهمل المقصر والذي لا يكلف خاطره بمتابعة القوانين الصادرة في بلده حيث لا يحاسب على مخالفته لأحكامه بحجة عدم علمه بها، بينما يحاسب الشخص

المهتم بأموره والحريص على الإلمام بكافة التشريعات التي تصدر في بلده على كل مخالفة لهذه التشريعات وهذه نتيجة تجافى المنطق والعدالة والأخلاق .

فضلاً عن ذلك، فإن تطبيق القانون على من علم به فقط يؤدي إلى تفويض القانون وزوال صفة الإلزام عنه ، واختلال النظام داخل المجتمع ، وكذلك يؤدي إلى إفلات بعض الأفراد من تطبيق أحكامه عليهم بحجة عدم العلم به سواء كان هذا الادعاء صحيحاً أو غير ذلك، وهذا ما يتنافى مع مبدأ المساواة بين الأفراد وكفالة تطبيق القانون .

نطاق تطبيق المبدأ

مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون مبدأ عام بمعنى أنه يسرى على كافة القواعد القانونية أيا كان مصدرها، سواء كان التشريع أو العرف أو الدين أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة .

غير أن أهمية هذا المبدأ تبدو أكثر بالنسبة للتشريع أيا كان نوعه لأنه يصدر ويتغير بسرعة بحيث يتصور عدم علم الكافة به.

كذلك يطبق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون على كافة أنواع القواعد القانونية، ولا فرق بين قاعدة أمر وقاعدة مكملة ولا بين قاعدة متعلقة بالنظام العام أو غير متعلقة به. إلا أن بعض الفقهاء حاول تطبيق هذا المبدأ على القواعد القانونية الأمرة دون المكملة، بحيث يجوز الاحتجاج بعدم العلم بالقواعد المكملة وبالتالي استبعاد تطبيقها على اعتبار أن ادعاء الأفراد جهلهم بهذه القواعد يكون دليلاً على انصراف ارادتهم عن الالتزام بها .

ولكن الواضح أن هذا المبدأ يطبق على القواعد القانونية بنوعها الأمرة والمكملة ، لأن جميع القواعد القانونية ملزمة للمخاطبين بأحكامها ويوقع الجزاء

عند مخالفتها، وكل ما فى الأمر أن إلزام القواعد المكملة ينتفي في حالة اتفاق الأطراف على استبعاد حكمها ، وهذا الاتفاق قد يتم مع العلم بحكمها كما قد يتم مع الجهل بهذا الحكم .

وأخيراً، لا يقتصر تطبيق هذا المبدأ على الوطنيين ولكن يمتد تطبيقه على الأجانب المقيمين على إقليم الدولة ولا يقبل منهم الادعاء بالجهل بالقانون متى صدر منهم مخالفة له ، وذلك لتأكيد سيادة الدولة على إقليمها.

الاستثناء على المبدأ :

من غير المقبول إسباغ صفة الإطلاق على أى مبدأ قانوني ، حتى ولو تعلق هذا المبدأ بجوهر القانون، فالعدل ذاته قال عنه فقهاء الرومان أن المبالغة فيه تؤدي إلى الظلم .

ومبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون مبدأ أساسى من مبادئ القانون، إلا أنه لا يمكن اعتباره مبدأ مطلقاً لا يرد عليه أى استثناء. وبالتالي يستثنى من هذا المبدأ حالة القوة القاهرة العامة التي يتوافر معها اليقين بعدم العلم بالقانون. فقد تحول ظروف طارئة عن وصول الجريدة الرسمية إلى جزء من إقليم الدولة ، بسبب اندلاع ثورة أو نشوب حرب أو حدوث زلزال أو فيضان، ففي مثل هذه الحالة تنهار قرينة العلم الافتراضي أو الاعتباري بالقانون والتي رتبها الدستور بمجرد نشره ، إذ يغدو هذا القانون بالنسبة لهذا الجزء المعزول عن الدولة وكأنه قانون لم ينشر بعد ، وبالتالي لا ينفذ في مواجهة سكان هذا الجزء ، وإذا ما جاء من أحدهم تصرفاً مخالفاً لهذا القانون كان له استثناء من هذا المبدأ أن يعتذر بعدم علمه به وهذا الاستثناء يقتصر فقط على التشريع ، وذلك لأن النشر في الجريدة الرسمية هو الوسيلة الوحيدة للعلم بهذا التشريع ، ومتى أصبح

الإطلاع على هذه الجريدة أمرًا مستحيلًا لوقوع قوة قاهرة فإنه ليس من العدل إلزام الأفراد بما ليس في قدرتهم .

التفرقة بين الجهل القانون والغلط في القانون :

الغلط هو تصور غير الحقيقة أو وهم يقع فيه المتعاقد فيصور له أمرًا على غير حقيقته. والغلط قد ينصب على واقعة من الوقائع ويسمى بالغلط في الواقع كأن يشتري شخص تمثالًا على اعتبار أنه أثرى ويتضح له بعد ذلك أنه غير ذلك ، وقد ينصب الغلط على حكم من أحكام القانون ويسمى بالغلط في القانون، كالشخص الذي يبيع نصيبه في التركة معتقدًا نتيجة لغلط في القانون أنه يرث سدس التركة ، ثم يتضح له بعد إبرام البيع أنه يرث النصف لا السدس وفقًا لقانون المواريث .

وقد أجاز القانون طلب إبطال العقد للغلط سواء كان غلطًا في الواقع أم غلطًا في القانون ، بشرط أن يكون الغلط متصلًا بمسألة جوهرية في العقد بحيث كان المتعاقد يحجم عن إبرام العقد لو لم يقع فيها ، وأن يكون الطرف الآخر على اتصال بهذا الغلط ، أي يكون قد وقع فيه أو على علم به أو كان من السهل عليه أن يكتشفه.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن الغلط في القانون يشكل استثناءً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون. إلا أن الراجح فقهاً إلى أن جواز التمسك بالغلط في القانون لإبطال العقد لا يعد استثناءً من مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، وذلك لأن الغلط في القانون يختلف من حيث المعنى والهدف عن الجهل بالقانون .

فمن حيث المعنى ، يمكن القول أن الغلط هو العلم الخاطيء بينما الجهل هو فقدان العلم. أما من حيث الهدف فان من يتمسك بالغلط في القانون لإبطال العقد لا يسعى إلى التخلص من حكم القانون ، بل يسعى إلى تطبيقه تطبيقاً صحيحاً في حين أن من يدعى جهله بالقانون هدفه الإفلات من تطبيق القانون والتخلص من حكمه .

المطلب الرابع

إلغاء التشريع

نتعرض في هذا المطلب لنهاية التشريع بالإلغاء، فنوضح المقصود بالإلغاء، والسلطة التي تملك الإلغاء، وصور الإلغاء، وذلك علي النحو التالي :

أولا : المقصود بإلغاء التشريع :

يقصد بإلغاء التشريع إنهاء العمل به وإزالة الصفة القانونية عنه وتجريده من قوته الملزمة بالنسبة إلي المستقبل دون مساس بالفترة السابقة علي الإلغاء.

ويختلف إلغاء التشريع عن إبطاله ، فالإلغاء حدث عادي في حياة التشريع فهو يضع نهاية لهذه الحياة ، وإذا كان التشريع يتميز بصفة الدوام إلا أن هذا الدوام لا يعني التأييد أو الخلد ، وإنما المقصود بالدوام هو عدم التآقيت. فالتشريع لا يتم وضعة لفترة مؤقتة من الزمن ، بل يوضع ليطبق بصفة دائمة إلي أن يتم زواله بالإلغاء .

وإلغاء التشريع يقتصر أثره علي المستقبل فقط ولا يرتد إلي الماضي ، في حين أن الإبطال يعتبر حدث غير عادي في حياة التشريع ، ومن النادر حدوثه - بعكس الإلغاء - ويكون نتيجة عدم توافر شروط صحته أو أركانه الجوهرية .

ويحدث الإبطال عادة لتشريعات السلطة الفعلية التي تنشأ نتيجة انقلاب أو ثورة أو حرب ثم تفشل هذه السلطة في الاستمرار في الحكم فيتربن علي هذا الفشل عودة النظام الدستوري القديم ، الذي يقرر بطلان التشريعات الصادرة من السلطة الفعلية ، والبطلان لا يحتاج إلي صدور قاعدة قانونية جديدة تقرره -

كالإلغاء - بل تقرره المحاكم ، وحتى إذا صدرت قاعدة قانونية تقرر إزالة هذه التشريعات فهي تستخدم أسلوب الإبطال وليس أسلوب الإلغاء .

ومن أمثلة أبطال التشريع التي نص عليها الدستور المصري حالة تشريعات الضرورة التي يصدرها رئيس الجمهورية استناداً إلى نص المادة ١٥٦ التي ألزمت رئيس الجمهورية بعرض تشريعات الضرورة التي يصدرها علي مجلس النواب خلال مدة زمنية معينة ، فإذا لم يعرضها أو عرضها ولم يوافق عليها المجلس ، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون. أما إذا قرر مجلس النواب اعتماد نفاذ هذه التشريعات في الفترة السابقة علي إبطالها ، فهنا يقترب الإبطال من الإلغاء ، لاقتصار آثاره علي المستقبل فقط ، ومع ذلك فإن التشريع الباطل الذي ظلت آثاره بالنسبة للماضي يستمد قوته ليس من ذاته لأنه باطل وإنما من التشريع الذي قرر ذلك بالنسبة له .

ثانياً: السلطة التي تملك إلغاء التشريع :

الأصل أن السلطة التي تصدر التشريع هي السلطة التي تملك الغاؤه أو سلطة أعلى منها مرتبة ذلك أن من يملك الأكثر يملك الأقل .

وعلي ذلك تنص المادة الثانية من القانون المدني حينما قررت أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق. فالإلغاء التشريعي هو في ذاته عمل تشريعي يصدر عن ذات السلطة التي أصدرت التشريع الملغي أو يصدر عن سلطة أعلى منها، فالتشريع لا يتم إلغاؤه إلا بتشريع آخر مساو له أو أعلى منه في الدرجة .

وهكذا فإن التشريع الأساسي (الدستور) لا يلغي إلا عن طريق تشريع أساسي مثله ، والتشريع العادي يتم إلغاؤه عن طريق تشريع عادي صادر من السلطة

التشريعية ، أو عن طريق تشريع أساسي (الدستور) ، والتشريع الفرعي أو اللائحي تلغيه السلطة التنفيذية التي وضعته ، أو يلغيه تشريع عادي صادر من السلطة التشريعية أو يلغيه تشريع أساسي (الدستور) .

وهكذا يبدو أن التشريع الأساسي (الدستور) يستطيع إلغاء التشريع العادي والتشريع الفرعي ، والتشريع العادي يملك إلغاء التشريع الفرعي .

وفي مجال المصادر الرسمية للقانون يأتي التشريع في المقام الأول ثم يليه الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ثم العرف ، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة ، ووفقاً لهذا الترتيب فإن التشريع لا يمكن إلغاؤه إلا بتشريع آخر فقواعد الدين والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الطبيعي لا يمكن لها أن تلغي التشريع، لأن التشريع أعلي منها مرتبة فيما يتعلق بمصادر القانون .

والعرف يتم إلغاؤه بعرف آخر مغاير له ، ويتم هذا التغيير بصفة تدريجية غير محسوسة، ولما كان التشريع يسبق العرف في ترتيب مصادر القانون فإن العرف يمكن أن يلغى بتشريع ، فإذا نظمت السلطة التشريعية مسألة معينة في شكل تشريع امتنع تطبيق العرف فيها ، لأن التشريع يكون قد ألغى هذا العرف .

وبالمثل يمكن إلغاء القاعدة المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية بتشريع أو عرف ، لأن اللجوء إلى هذه المبادئ يكون في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف ينظم إحدى مسائل المعاملات المادية ، فإذا وضع تشريع أو نشأ عرف ينظم هذه المسألة فإن القاعدة المستمدة من الشريعة الإسلامية تكون قد ألغيت .

ثالثاً : صور إلغاء التشريع :

تنص المادة الثانية من القانون المدني على أنه "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع" . ويتضح من هذا النص أن الإلغاء قد يرد على تشريع بأكمله، وقد يقتصر على قاعدة واحدة أو عدة قواعد منه، وأن الإلغاء إما أن يكون صريحاً أو ضمناً، وذلك على النحو التالي:

١. الإلغاء الصريح:

يعد الإلغاء الصريح الصورة الأصلية للإلغاء ، ويقصد به تدخل المشرع بصورة صريحة بإلغاء نص تشريعي موجود ونافذ ويكون الإلغاء الصريح للتشريع في حالتين هما :

الحالة الأولى:

تتحقق الحالة الأولى من الإلغاء الصريح عندما ينص التشريع الجديد صراحة على إلغاء قاعدة أو قواعد تشريعية معمول بها وقت صدوره ، أو ينص على إلغاء كل ما يخالفه من قواعد قانونية. وهذه الطريقة يسير عليها المشرع المصري في معظم حالات الإلغاء، ونضرب الأمثلة الآتية حتى تتضح هذه الحالة

- ما نصت عليه صراحة المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني الحالي بقولها "يلغى القانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ والقانون المدني

المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥ ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون" .

• ما نصت عليه صراحة المادة الأولى من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ الخاص بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تقضي بأنه "يلغى قانون المرافعات المدنية التجارية الصادرة بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ عدا الباب السابع من الكتاب الأول الخاص بإجراءات الإثبات ، والفصل الثاني عشر من الكتاب الأول الخاص بالمعارضة والمواد من ٨٦٨ إلى ١٠٣٢ من الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، كما يلغي الباب الأول من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ويستعاض عن النصوص الملغاة بنصوص القانون المرافق ، كما يلغي كل نص آخر يخالف أحكامه".

• ما نصت عليه صراحة المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات والتي قضت بأنه "يلغي القانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه، كما يلغي كل حكم يخالف أحكامه".

الحالة الثانية :

وتتحقق عندما ينص التشريع نفسه علي أن العمل وفقا لأحكامه كلها أو بعضها ينتهي بانتهاء مدة معينة فيتم إلغاء التشريع تلقائياً بانقضاء تلك المدة ، دون الحاجة إلى إصدار تشريع لاحق يقضى بهذا الإلغاء ، ومن الأمثلة الموضحة لهذه الحالة .

• ما نص عليه قانون إيجار المساكن الصادر سنة ١٩١١ من إن سريانه ينتهي في ٣ يونيو سنة ١٩٢٠ .

• قوانين التسعير الجبري التي ينص فيها غالباً على العمل بها مدة معينة، وكذلك القوانين الصادرة وقت الحرب والتي تنص على أن يسرى العمل بأحكامها خلال مدة الحرب.

• ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ والمعدل لبعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي حين نصت على إلغاء المادة (٣٣) مكرر(ز) من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٩٢ على أن يحل محلها النص التالي:

'لتنتهي عقود إيجار الأراضي الزراعية نقداً أو مزارعة السارية وقت العمل بأحكام هذا القانون بانتهاء السنة الزراعية ١٩٩٧/٩٦، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك". وكذلك ما قرره نفس القانون في المادة (٥) على أن "ينتهي العمل بحكم المادة (٣٤) من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٩٢ بانقضاء الخمس سنوات المشار إليها في المادة (٣٣) مكرر (ز)، أو بانتهاء العقد لأي سبب، أي التاريخين أقرب".

٢. الإلغاء الضمني :

كما يكون إلغاء التشريع صريحاً ، فإنه من الممكن أيضاً أن يكون ضمناً ، ويتحقق الإلغاء الضمني للتشريع عندما لا ينص المشرع صراحة في التشريع الجديد على إلغاء التشريع السابق ، ولا يتضمن التشريع الجديد نصاً يقرر مدة زمنية معينة لسريانه ينتهي بانقضائها ولكنه ينظم نفس الموضوع الذي كان ينظمه التشريع السابق ولكن بطريقة مغايرة ، فنكون بصدد موضوع واحد مع اختلاف الأحكام المنظمة له في التشريعين .

ويكون الإلغاء الضمني في حالتين هما:

الحالة الأولى: التعارض بين التشريع الجديد والتشريع القديم:

تتحقق هذه الحالة عندما يتضمن التشريع الجديد أحكاماً تتعارض مع التشريع القديم دون أن يقرر المشرع صراحة في التشريع الجديد إلغاء التشريع القديم. ففي هذه الحالة يعتبر التشريع القديم ملغياً ضمناً ، ذلك أن هذا التعارض بين التشريعين يجعل من المستحيل تطبيق إحداهما في ذات الوقت .

ويطبق هذا الحكم سواء كان التعارض بين التشريعين كلياً وتاماً، بما يؤدي إلى إلغاء التشريع القديم بأكمله سواء كان جزئياً ، أي وقع التعارض في بعض الأحكام دون البعض الآخر، وعندئذ لا يتحقق الإلغاء إلا في حدود الجزء الذي حدث بشأنه التعارض، مع الإبقاء على الأحكام الأخرى التي لا تتعارض مع أحكام القانون الجديد.

ولكن هذا القول لا ينبغي أن يؤخذ علي إطلاقه فيشترط للقول بأن التشريع الجديد يلغي التشريع القديم أن يكون التعارض بينهما حقيقياً بحيث يتعذر تطبيق أحكامهما معاً في نفس الوقت ، فالتعارض قد يكون ظاهرياً وقد يختلف مجال تطبيق التشريعين ، فلا نكون بصدد تعارض ولا يتحقق بالتالي الإلغاء .

وكذلك ينبغي للقول بالإلغاء نتيجة لهذا التعارض أن تكون الأحكام المتعارضة التي تضمنها التشريعين ذات طبيعة واحدة ، بمعنى إن تكون أحكامهما أحكاماً عامة أو أحكاماً خاصة ، فإن اختلفت هذه الأحكام في طبيعتها ، فلا يكون هناك مجال للإلغاء ، ولو تحقق التعارض بين التشريعين في الأحكام .

وتجدر التفرقة في هذه الحالة بين أربعة فروض هي :

الفرض الأول: التعارض بين حكم عام في التشريع الجديد وحكم عام في التشريع القديم: وهنا لا مناص من تطبيق قاعدة العام ينسخ العام، بمعنى أن الحكم العام الوارد في التشريع الجديد يلغي ضمناً الحكم العام الوارد بالتشريع القديم. وذلك احتراماً لإرادة المشرع التي اتجهت إلى العمل بالحكم الوارد في التشريع الجديد.

الفرض الثاني : التعارض بين حكم خاص في التشريع الجديد وحكم خاص في التشريع القديم: وهنا أيضاً لا مناص من تطبيق قاعدة الخاص ينسخ الخاص، بمعنى أن الحكم الخاص الوارد في التشريع الجديد يلغى ضمناً الحكم الخاص الوارد بالتشريع القديم .

الفرض الثالث : التعارض بين حكم عام في التشريع الجديد وحكم خاص في التشريع القديم: وهنا تطبق قاعدة العام لا يقيد الخاص ولا ينسخه، بمعنى أن الحكم العام الوارد في التشريع الجديد لا يلغي الحكم الخاص الوارد بالتشريع القديم ولو ثبت تعارضهما، ويظل الحكم الخاص في التشريع السابق قائماً وناظراً باعتباره استثناء من الحكم العام الذي ورد في التشريع الجديد.

فعلي سبيل المثال، إذا قام المشرع بتنظيم العمل في المناجم والمحاجر من حيث الأجر وساعات العمل والإجازات ، ثم قام بعد ذلك بتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال بوجه عام في تشريع لاحق ، هنا لا يترتب علي صدور التشريع الجديد إلغاء التشريع الخاص بعمال المناجم والمحاجر ، بل يظل التشريع الخاص القديم نافذاً ومقيداً للتشريع الجديد من حيث نطاق تطبيقه، فيطبق علي كل العمال باستثناء عمال المناجم والمحاجر.

الفرض الرابع : التعارض بين حكم خاص في التشريع الجديد وحكم عام في التشريع القديم: هنا تطبق قاعدة الخاص يقيد العام في حدود القدر الذي يوجد بينهما من تعارض ، بمعنى أنه إذا اصدر المشرع حكماً جديداً خاصاً يتعارض مع حكماً قديماً عاماً ، كان هدفه من ذلك تنفيذ كلا الحكمين كلا في نطاقه ، فيقيد الحكم التشريعي الخاص الجديد عموم الحكم التشريعي العام القديم .

وعلى سبيل المثال، تضمن قانون الشهر العقاري لعام ١٩٤٦ حكماً خاصاً يقضي بأن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل ، ثم صدر القانون المدني عام ١٩٤٨ الذي أورد حكماً عاماً مؤداه أن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد ، وبناء عليه فإن الحكم الوارد في قانون الشهر العقاري حكم خاص لا ينسخه الحكم العام الوارد في القانون المدني، بل يظل الحكم الخاص استثناءً وارداً على الحكم العام، وتظل الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل.

الحالة الثانية: التشريع الجديد ينظم نفس الموضوع الذي ينظمه التشريع القديم :

هذه هي الحالة الثانية للإلغاء الضمني حيث يقوم المشرع بإصدار تشريع جديد ينظم موضوع كان ينظمه تشريع قديم ، وهنا يلغى التشريع القديم ويحل محله التشريع الجديد ، حتى ولو لم ينص التشريع الجديد على هذا الإلغاء ، إذ أنه يفهم ضمناً من إعادة تنظيم نفس الموضوع تنظيماً شاملاً في تشريع جديد اتجاه إرادة المشرع إلى إلغاء التشريع القديم . فيلغى التشريع السابق في كل أحكامه بما في ذلك الأحكام التي لم يقع فيها تعارض بين التشريعيين .

وفي هذا الصدد تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني أنه " ... وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو

انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذي تلاه".
ويلاحظ أنه نادراً ما يعيد المشرع تنظيم موضوع كان ينظمه تشريع قديم ، دون أن ينص في التشريع الجديد ، علي إلغاء التشريع السابق صراحة . فعلي سبيل المثال، نصت المادة (٣٤) من القانون رقم (٥٨) لسنة ١٩٧٨ الخاص بالعمد والمشايخ علي إلغاء القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٦٤ في شأن العمد والمشايخ .

المطلب الخامس

تقدير التشريع

بعد أن انتهينا من بيان أحكام التشريع يمكن أن نجمل أهم مزايا التشريع وعيوبه.

أولاً: مزايا التشريع :

للتشريع مزايا متعددة أهمها ما يلي :

١. سرعة وضع التشريع وتعديله وإلغائه: وبفضل هذه الميزة تستطيع السلطة العامة في الدولة مواجهة الظروف والحاجات المستجدة وحل المشكلات في سهولة ويسر.

فعملية إصدار التشريع لا تستغرق وقتاً طويلاً لإنجازه فيكفي السلطة العامة أن تعد مشروع قانون ثم تعرضه علي مجلس النواب للموافقة عليه ثم يقوم رئيس الدولة بإصداره ويكون نافذاً بعد نشره في الجريدة الرسمية، ونفس الأمر ينطبق في حالة إدخال تعديلات علي التشريع أو إلغائه كلية ، وذلك علي خلاف العرف الذي يحتاج لنشأته أو لتعديله إلي وقت طويل نسبياً.

٢. التشريع أداة لتوحيد القانون المطبق في كل إقليم الدولة: فالتشريع يصدر عن السلطة العامة في الدولة ويلزم بقواعده جميع المخاطبين به، بغض النظر عن الإقليم الذي يقيمون فيه ، وبذلك يعد التشريع أحد عوامل تحقيق الوحدة القومية والمساواة داخل الإقليم ، ولا تتوافر هذه الميزة للعرف ، الذي قد يختلف من إقليم إلي آخر، حيث قد يعتاد سكان إقليم معين علي سلوك معين خلاف ما يعتاد عليه سكان إقليم آخر بالنسبة لنفس المشكلة.

٣. **التشريع محدد وواضح:** ويرجع ذلك إلي أن التشريع يصدر في شكل مكتوب ومنشور في الجريدة الرسمية ويستطيع كل فرد الاطلاع عليه وفهم أحكامه ، فضلا عن أن إصدار التشريع يسبقه مراحل من الدراسة والفحص والتدقيق يقوم بها رجال متخصصون في القانون لكي تأتي الألفاظ والعبارات التي يصاغ بها التشريع معبرة عن الحكم المقصود ، ومما لا شك فيه أن هذا الوضوح يسهل للسلطات المختصة تطبيقه وتفسيره .

٤. **سهولة إثبات التشريع:** ويرجع ذلك لإصداره في شكل مكتوب ، وهذه الميزة تحقق في الواقع هدفين أولهما : تسهل علي القائمين بتطبيق القانون مهمة التعرف علي قواعده والإحاطة بمضمونها وتحديد تاريخ سريانها ونطاق تطبيقها. والهدف الثاني ييسر للخصوم أمر إثباته أمام القضاء مما يمكن صاحب الحق من الحصول علي حقه في مواجهة الخصم الآخر، ولا تتوافر هذه الميزة للعرف الذي يحتاج إلى جهد كبير لإثباته .

ثانيا: عيوب التشريع :

علي الرغم من المزايا التي سبق ذكرها للتشريع والتي يمتاز بها عن غيره من المصادر الأخرى للقانون إلا أنه لا يخلو مع ذلك من عيوب أهمها :

١. **إن التشريع لا ينشأ نشأة تلقائية:** بل يوضع بواسطة سلطة مختصة قد تتجاهل واقع المجتمع وما يتطلبه من حلول فتسن تشريعاً علي هواها محققاً مصالحها أو بحكم سيطرتها دون أن يكون معبراً عن متطلبات المجتمع وآماله ، وهذا بخلاف العرف الذي ينشأ تلقائياً في صورة سلوك معين يستقر في وجدان الأفراد مع الشعور بضرورة احترامه .

٢. التشريع لا تتغير قواعده تلقائياً مع تغير حاجات المجتمع ومتطلباته: فقد يقتضي تغير هذه الحاجات تعديلاً في قواعد القانون ولا تجرية مع ذلك السلطة المختصة، إما لأنها لم تنتبه لهذا التغير أو لأنها لا تريده، وهذا بعكس العرف الذي يستجيب تلقائياً لكل تطور في واقع المجتمع .

ولكن مما يقلل من هذه الانتقادات الموجهة للتشريع ، أنه غالباً ما يصدر عن سلطة مكونه من ممثلين للشعب ويعبرون عن رغباته ، مما يجعل من الصعب أن تقدم هذه السلطة علي وضع تشريعات لا تشبع حاجات المجتمع ومتطلباته . فضلاً عن أن إصدار تشريع جديد أو تعديل تشريع قائم بما يتفق مع ظروف المجتمع وحاجاته لا تقوم أمامه أية عقبات أو صعوبات، فالمشاهد عملاً أن المشرع كثيراً ما يتدخل بالتغيير والتعديل في التشريعات لتكون مسايرة للظروف السائدة في المجتمع .

المبحث الثاني

العرف

كان العرف قديماً يمثل المصدر الرئيسي بل الوحيد للقانون ، فهو أنسب المصادر لمثل هذه المجتمعات البدائية لأنها مجتمعات لا تملك التنظيم السياسي والسلطة المركزية التي تستطيع أن تصدر الأوامر المكتوبة وتوقع الجزاء على من يخالفها ، فضلاً عن أن هذه المجتمعات كانت محدودة الحركة والتطور، ويعيش أفرادها معاً في رقعة محدودة من الأرض مما ييسر ظهور حلول معينة وتواترها وتقليد الآخرين لها وييسر كذلك إثبات حكم مثل هذه الحلول العرفية، وذلك عند الحاجة إلي تطبيقها.

وفي بداية تطور المجتمع وظهور السلطة المركزية بدأ يظهر التشريع كمصدر للقانون، وتعايش التشريع مع العرف وأخذ كل منهما يكمل الآخر، ومع زيادة تطور المجتمع ساد التشريع وتراجع دور العرف وانحسر مجاله إلي حد أنه ينذر أن ينظم العرف مسألة برمتها ، فهو يقوم حالياً بدور المكمل أو المعاون للتشريع ، لكن انحسار دور العرف إلي هذا الحد لا يمنع من أنه لا يزال يحتل مكاناً هاماً في بعض فروع القانون.

ووفقاً للقانون المصري يعتبر العرف مصدراً رسمياً للقانون ويحتل المرتبة الثانية بين مصادر القانون بعد التشريع .

وسوف نقوم بدراسة العرف في عدة مطالب علي الوجه التالي :

المطلب الأول : ماهية العرف

المطلب الثاني : أركان العرف

المطلب الثالث : مصدر القوة الملزمة للعرف

المطلب الرابع : تقدير العرف

المطلب الأول

ماهية العرف

نفرد هذا المطلب لتحديد المقصود بالعرف والتميز بينه وبين العادات الاتفاقية .

أولاً : المقصود بالعرف :

العرف هو اعتياد الناس علي سلوك معين في مسألة معينة مع اعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم لهم وأن مخالفته تستتبع توقيع جزاء علي المخالف، أو بمعنى آخر هو مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي اطرد سلوك الناس على إتباعها في معاملاتهم مع اعتقادهم الجازم بوجود جزاء قانوني يكفل احترامها .

فعند بروز مشكلة معينة داخل المجتمع يتجه أطرافه إلي الوصول إلي حلها، فتتعدد الحلول وتنبأين، ولكن سرعان ما يبرز أحدها ، ربما لأنه أكثر تحقيقاً للعدالة أو اتفاقاً مع المنطق أو أكثر تحقيقاً للمصالح ، فيدرج الناس بمحض إرادتهم علي إتباعه. وليس مطلوباً إجماع الناس علي هذا الحل فقد يرفضه البعض ، ولكن المهم هو شيوع الحل بإتباعه بواسطة الأغلبية ، فإذا تكرر اللجوء إلي هذا الحل واستقر في نفوس الناس مع شعورهم بأنه أصبح جزءاً من تنظيم المجتمع وضرورة لاستقرار المعاملات تحول هذا الحل إلي قاعدة قانونية ملزمة ، ويوقع الجزاء علي من يخالف أحكامها وهنا تنشأ القاعدة العرفية .

ثانياً: التمييز بين العرف والعادات الاتفاقية :

سبق أن ذكرنا أن العرف هو اعتياد الناس علي سلوك معين تجاه مسألة معينة مع اعتقادهم الجازم بإلزام هذا السلوك ، فالعرف ينشأ بتوافر ركنيه :

الركن المادي المتمثل في اعتياد الناس علي إتباع سلوك معين ، والركن المعنوي ويتمثل في الشعور بإلزام هذا السلوك ، بينما العادات الاتفاقية هي اعتياد الناس علي إتباع سلوك معين في معاملاتهم دون الشعور بإلزام هذا السلوك ، فهي عادة لم ترتفع إلي مستوى العرف ، وذلك لعدم توافر الركن المعنوي وهو الاعتقاد بإلزام هذا السلوك .

والعادة الاتفاقية اصطلاح مركب من لفظين " عادة " و " اتفاقية " ، وهي عادة لأن الناس قد درجوا علي إتباعها ، وهي اتفاقية لأنها لا تكون ملزمة للأفراد في معاملاتهم إلا إذا اتفقوا علي الأخذ بها، ويترتب علي ذلك أن العادة الاتفاقية لا تطبق علي النزاع لأنها ملزمة بذاتها كالعرف ، ولكن لأن الأفراد قد اتفقوا فيما بينهم علي أن تكون ملزمة في معاملاتهم .

ومن قبيل العادات الاتفاقية ما جرى عليه التعامل في بعض أسواق الجملة من زيادة نسبة أو عدد معين علي العدد المتفق عليه عند التسليم ، وكذلك ما جرى عليه التعامل من إضافة نسبة معينة من الثمن علي سبيل الهبة "البقشيش" أو إذا قامت شركة بين شخصين قدم أحدهما العمل وقدم الآخر رأس المال ، فيحصل الأول علي ثلث الأرباح ويحصل الثاني علي الثلثين.

نتائج التفرقة بين العرف والعادات الاتفاقية : من التعريف السابق لكل من العرف والعادات الاتفاقية نخلص إلى أن قواعد العرف هي قواعد قانونية ملزمة وأن العرف قانون في حين ان العادات الاتفاقية لا تعد كذلك.

ويترتب علي هذه التفرقة عدة نتائج أهمها ما يلي:

١. العرف قاعدة ملزمة ويتعين علي القاضي أن يطبقها من تلقاء نفسه، في النزاع المعروف أمامه حتى ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك ، في حين أن العادة الاتفاقية لا يطبقها القاضي علي النزاع المعروف عليه إلا إذا تمسك صاحب المصلحة من الخصوم بتطبيقها.

٢. العرف قاعدة قانونية ملزمة ويفترض علم القاضي بها ولا يطلب من أحد الخصوم إثباتها، في حين أن العادة الاتفاقية يجب علي من يتمسك بها أن يثبت وجودها ويثبت اتجاه إرادة الأفراد إلي الأخذ بها في معاملاتهم. فإذا ما تمكن احد الخصوم من إثباتها تعين علي القاضي أن يطبقها في الدعوى، شأنها في ذلك شأن شروط العقد الأخرى ، أما إذا فشل في هذا الإثبات ، فعلي القاضي ألا يقضي بها دون أن يكلف هو بالبحث عن وجودها.

٣. العرف قاعدة قانونية ولذا فإنه يخضع لرقابة محكمة النقض ذلك أن وظيفة هذه المحكمة هي مراقبة صحة القانون، في حين أن العادة الاتفاقية من مسائل الواقع التي لا تراقبها محكمة النقض وتترك تقديرها لقاضي الموضوع .

ورغم الفوارق المتعددة بين العرف والعادات الاتفاقية، إلا أنه من المتصور أن تتحول العادة الاتفاقية باعتبارها عرفاً ناقصاً إلي عرف حقيقي وذلك متي ساد الاعتقاد لدي الأفراد بإلزامها فعندئذ تتحول إلي عرف تبعاً لتوافر الركن المعنوي له.

المطلب الثاني

أركان العرف

يقوم العرف علي ركنين أساسيين هما ركن مادي يقوم علي الاعتياد المضطرد علي إتباع سلوك معين ، والثاني ركن معنوي يقوم علي الشعور بالإلزام. ونظراً لأهمية هذين الركنين بالنسبة لتوافر العرف، فإننا سنعرض لكلا منهما بالشرح تباعاً فيما يلي :

أولاً : الركن المادي – الاعتياد :

يتمثل الركن المادي في اعتياد الناس علي إتباع سلوك معين تجاه مسألة معينة واستقرار هذا السلوك بينهم لمدة طويلة، ولا ينشأ هذا السلوك بأمر من السلطة العامة ، وإنما هو وليد الحاجات والضرورات الاجتماعية ، حيث ينشأ بشكل تلقائي وذاتي داخل المجتمع ، وبعد فترة يستقر هذا السلوك ويصبح عادة يألفها الناس لحل المشاكل المطروحة ويشترط في هذه العادة ، باعتباره قوام الركن المادي للعرف الشروط التالية :

١. العمومية :

يجب أن يكون العرف عاماً ، أي أن يدرج أغلبية أفراد المجتمع علي إتباع ذات السلوك تجاه نفس المسألة، أما إذا تعلق الأمر بسلوك يتبعه عدد قليل من أفراد المجتمع ، لما أمكن القول بقيام العرف وهذا الشرط يبرره أن العرف ينشئ قاعدة قانونية - كالتشريع - والقاعدة القانونية يجب أن تكون عامة ومجردة أيأ كان مصدرها .

ولا يقصد بالعمومية هنا أن يكون العرف شامل بالضرورة لكل إقليم الدولة، بل المقصود أن يسود إتباع العرف لدى أغلبية الناس في النطاق الذي يطبق فيه. فالعرف قد يكون شاملاً لكل أقاليم الدولة فيحكم علاقات الناس في الدولة كلها بغض النظر عن الإقليم أو المهنة التي ينتمي إليها الفرد، ويسمى عندئذ بالعرف الشامل. وقد يكون العرف إقليمياً خاص بإقليم معين دون غيره، وقد يكون خاصاً بطائفة معينة من الأفراد كالتجار ويسمى في هذه الحالة بالعرف الطائفي، وقد يكون العرف مهنيّاً خاصاً بمهنة معينة كالمحاماة.

ويلاحظ أن العمومية لا تتأثر بأن يكون من درج علي السلوك المعتاد هو شخص واحد فقط ما دام أن هذا الشخص غير معين بذاته، ومثال ذلك أن يدرج رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس النواب أو رئيس محكمة النقض علي إتباع سلوك معين فيجعل إتباع السلوك نفسه عرفاً لكل من يأتي من بعده.

٢. القدم :

يجب كذلك أن يكون العرف قديماً، بمعنى أن يكون الأفراد قد درجوا علي إتباع سلوك معين تجاه ذات المسألة فترة طويلة من الزمن تكون كافية الدلالة على رسوخ هذا العرف وتأصله في نفوسهم. وبرغم المحاولات المبذولة لم يتمكن أحد من تحديد المدة اللازمة لتكوين العرف، لأن هذه المدة تختلف باختلاف نوع العلاقة التي يحكمها العرف. لذلك فإن الأمر متروك للقضاء الذي يقرر في كل حالة علي حدة مدى توافر الشرط من عدمه.

٣. الثبات والاطراد :

والمقصود بذلك أن يكون الأفراد قد درجوا علي إتباع قاعدة معينة بطريقة غير منقطعة لفترة طويلة من الزمن تكون كافية بالقول بقيام قاعدة قانونية عرفية. أما

إذا لم يتحقق الاعتياد الدائم والمستقر فإن القاعدة القانونية العرفية لا تكون قد تكونت من الناحية المادية. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يوجد عرف في مصر علي أن الزوج هو وكيل عن زوجته في معاملاتها المالية لمجرد كونه زوجاً " إذ ليس ثابتاً وجود عرف مستقر في هذا الخصوص".

وشرط الثبات أو الاطراد يكمل الشرط السابق، ذلك أن مضي مدة زمنية طويلة علي اتباع الأفراد لسلوك معين في مسألة معينة يغدو عديم القيمة إذا لم يكن اعتيادهم علي إتباعه قد تم بشكل مستقر ومنتظم وعلي نحو يتوفر معه الثبات والاطراد. فإذا اعتاد الأفراد سلوك معين ثم حادوا عنه أو انقطعوا عن إتباعه لفترات عديدة ، أو ترددوا بين هذا السلوك وسلوك آخر مختلف ، فإن هذا يتناقض مع ما يجب أن يتسم به العرف من ثبات أو اطراد .

٤. عدم مخالفة النظام العام والآداب :

والمقصود بذلك ألا يكون في إتباع هذا السلوك مساساً بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع ، فمهما سار العرف على مثل هذا السلوك فلن يصلح أن يشكل عرفاً يعتد به ، لأنه يعد عرفاً فاسداً ولا يعمل به.

فعلي سبيل المثال، اعتياد أهالي بعض المناطق علي الأخذ بالثأر، لا يقوم به قاعدة قانونية، مهما حرص الناس علي إتباعها، لأن هناك مبدأً أساسياً يخضع له المجتمع مفاده أن الجزاء والعقاب تنفرد به الدولة وتوقعه علي مرتكبي الجرائم ، وفي حقيقة الأمر فإن عدم مخالفة العرف للنظام العام هو أمر متصور بالنسبة للعرف المحلي أو الطائفي أو المهني لأن العرف هنا قد يتضمن سلوكاً معيناً يتنافى مع الأسس الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع، أما العرف الشامل

لكل إقليم الدولة فلا يتصور فيه هذا الشرط لأن هذا العرف يلعب دوراً فعالاً في تحديد مضمون فكرة النظام العام والآداب ذاتها نظراً لأنه ينشأ من ضمير الجماعة كلها، وبالتالي لا يمكن تصور أن يأتي مخالفاً للنظام العام والآداب .

ويعد من قبيل العرف في مصر اعتبار أثاث منزل الزوجية مملوكاً للزوجة المسلمة، وكذلك ما جري عليه العرف التجاري من أن التوقيع علي ظهر الشيك يعتبر تظهيراً ناقلاً للملكية، وأيضاً القاعدة التي تقرر التضامن بين المدينين في المعاملات التجارية.

ومن قبيل العرف في نطاق الإجراءات القضائية اعتبار صفة المحامي في تحرير صحيفة افتتاح الدعوى أو عريضة الاستئناف وإعلانها للخصم متوافرة قبل إعطائه التوكيل من صاحب الشأن.

ولكن الركن المادي لا يكفي بمفرده للقول بتكوين عرف ملزم بل يجب أن يضاف إليه ركن معنوي حتى تنشأ القاعدة القانونية العرفية .

ثانياً : الركن المعنوي : الشعور بالإلزام :

المقصود بالركن المعنوي للعرف هو اعتقاد الأفراد بأن هذا السلوك الذي درجوا علي إتباعه بالنسبة لأمر معين أمر ملزم لهم قانوناً، وبالتالي يجب توقيع الجزاء علي من يخالف هذا السلوك الذي أصبح جزءاً من نظام المجتمع .

واعتماد الأفراد بالإلزام ينشأ متأخراً عن اعتيادهم المضطرد علي إتباع سلوك معين إذ يبدأ الأمر بتكرار غير ملزم للسلوك ، ثم مع اضطراد إتباع هذا السلوك ينشأ الاعتقاد لدي الأفراد في إلزامه ، وهذا الاعتقاد يتكون تدريجياً وبشكل غير ملموس حتي يرسخ في وجدان الأفراد وأذهانهم، ولعل هذا ما يبرر الاختلاف

حول الوقت الذي يمكن أن يتوافر فيه الاعتقاد ونصبح عندئذ أمام قاعدة قانونية عرفية.

ولا يشترط لتوافر الركن المعنوي أن تكون إرادة الأفراد داخل المجتمع قد اتجهت من إتباع هذا السلوك إلي خلق قاعدة قانونية جديدة ، بل يكفي أن يرسخ في أذهانهم ويقر في وجدانهم الشعور بإلزام هذا السلوك، بمعنى أن احساس غالبية أفراد المجتمع بوجود إتباعه وليس من المستساغ الخروج عليه.

والشعور بالإلزام يختلف عن الإلزام ذاته ، فالشعور بالإلزام شرط ضروري لقيام العرف وهو يعني تولد الاعتقاد لدى غالبية أفراد المجتمع بأن هذا الحكم أصبح جزءاً من نظامه ويجب عقاب كل من يخالفه، فيتولد إحساس داخلي لدى الفرد بضرورة احترام هذا الحكم ، ولا يوجد لهذا الإحساس أي مظهر خارجي محسوس.

أما الإلزام في ذاته فهو يعتبر نتيجة لقيام العرف ويتمثل في الجزاء المادي الخارجي والذي يوقعه المجتمع علي المخالف ، أي أنه الأثر الذي يترتب على نشأة القاعدة العرفية باكتمال أركان وجودها بما في ذلك الركن المعنوي لها .

وبالتالي لا محل للخلط بين الإلزام الذي يفرضه المجتمع عن طريق وضع جزاء مادي خارجي والذي يعد من خصائص القاعدة القانونية التي اكتمل لها عناصر الوجود وبين الشعور بالإلزام الذي يعد ركن لازم لقيام القاعدة القانونية والذي هو ركن معنوي يرسخ في أذهان الأفراد فيلتزمون به بغير ضغط مادي خارجي .

والركن المعنوي للعرف علي النحو السابق ذكره هو الذي يسمح بالتمييز بين العرف من ناحية وبين العادة من ناحية أخرى، فالعادة تنشأ من مجرد الاعتياد علي إتباع سلوك معين دون شعور الأفراد بإلزامه .

المطلب الثالث

مصدر القوة الملزمة للعرف

تنشأ القاعدة العرفية الملزمة متي استجمع للعرف ركناه المادي والمعنوي على النحو السابق، وإذا كان هناك إجماع من الفقهاء علي أن أساس إلزام التشريع هو صدوره من سلطة عامة مختصة بإصداره ، فإن الخلاف مازال محتدماً بين الفقهاء حول أساس إلزام العرف فاختلفت الآراء وتباينت وجهات النظر على الوجه التالي :

- هناك رأي يذهب إلي أن مصدر القوة الملزمة للعرف يكمن في الإرادة الضمنية للسلطة التشريعية وليس من مجرد اعتياد الأفراد علي سلوك معين مع اعتقادهم بإلزامه هذا السلوك ، فالعرف تشريع ضمني وافق عليه المشرع ضمناً وهو ما يستفاد من عدم مقاومة المشرع له أو إلغائه.

وهذا الرأي لا يمكن قبوله لأنه يتعارض مع الحقائق التاريخية المسلم بها والتي تتمثل في أن العرف قد نشأ قبل وجود السلطة التشريعية ، وكان يشكل المصدر الوحيد والأساسي للقانون وكان واجب الاحترام من كل المخاطبين بأحكامه، وبالتالي لا يمكن التسليم بأن العرف يستمد قوته الملزمة من الإرادة الضمنية للسلطة التشريعية وعدم اعتراضها عليه.

● وذهب رأي آخر إلي أن العرف يستمد قوته الملزمة من الإرادة الصريحة للمشرع وليس الإرادة الضمنية ، وذلك لأن العرف لا تكون له قيمة إلا إذا أحال إليه المشرع إحالة صريحة ، وهذا ما فعله المشرع المصري في المادة الأولى من القانون المدني التي تكلف القاضي بالرجوع إلي العرف في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه علي النزاع المعروض عليه. وإرادة الصريحة للمشرع هي التي تفسر القوة الملزمة للعرف ، وتحدد الدور الذي يحتله العرف بين مصادر القانون .

وقد أخذ علي هذا الرأي أنه قدم تفسيراً غير منطقياً وغير مقنعاً للإلزامية العرف، فمن المعروف أن العرف أسبق في الوجود من المشرع الذي لم يوجد إلا بوجود الحياة المدنية. ومع التسليم جداً بأن المشرع بإرادته الصريحة قد أضفى علي العرف قوته الإلزامية في الوقت الحالي ، فكيف نفسر سبب إلزام العرف في الفترة السابقة علي وجود المشرع في المجتمعات القديمة.

● وذهب رأي ثالث إلي أن الحكم القضائي وحدة هو الذي يحول العادة إلي عرف ملزم، فأساس القوة الملزمة للعرف هو تبنى القضاء له وتطبيقه علي دعاوى التي تعرض عليه ، والقاضي هو الذي يقطع قول كل معارض في هذا الشأن بمجرد إصداره حكماً مستنداً إلي العرف السائد، أما قبل إقرار المحاكم للعرف وتطبيقها له فإن العرف لا يكون سوي مجرد عادة .

والملاحظ أن هذا الرأي يخلط بين مصدرين متميزين من مصادر القانون هما العرف والقضاء، فالقضاء وظيفته الأساسية تطبيق القانون لا خلقه وحتى في الحالات التي يقوم فيها القضاء بخلق قواعد قانونية فإنها تظل قواعد قانونية قضائية وليست قواعد عرفية، فضلاً عن ذلك أن العرف سابق في وجوده علي وجود القضاء ، فكيف يكون حكم القاضي منشئاً لأمر سبقه في الوجود ، وكذلك

فإن هناك الكثير من القواعد العرفية التي لا تتاح لها فرصة التطبيق أمام القضاء ولا يؤثر ذلك في وجودها كقواعد قانونية ملزمة.

● ويذهب رأي رابع إلي أن القوة الملزمة للعرف تستند إلي الرضا الضمني لأفراد المجتمع ، بمعنى أن أفراد الشعب هم الذين يخلقون العرف ويطبقوه ويتعهدون باحترامه والعمل وفق أحكامه.

وهذا الرأي يجد استحساناً من قبل الفقهاء ويرون في الرضاء الضمني للشعب مبرراً مقنعاً للقوة الملزمة للعرف ، ولم يقلل من هذا الاستحسان ما احتج به بعض الفقهاء من أن الشعب لا يصدر القوانين ولا يشرعها وإنما يخول للسلطة التشريعية هذه المهمة ، لأن الثابت قانوناً أن الشعب عندما ينبى عنه سلطة معينة لإصدار التشريع فإنه لا يفقد سلطته كأصيل في هذا الصدد فتثبت سلطة الشعب في التشريع سواء احتفظ بها لنفسه أو أناب سلطة معينة للقيام بها .

وبالرجوع إلي القانون المدني المصري في مادته الأولى نجده صريحاً عندما نص علي أن العرف مصدراً رسمياً للقانون يحتل المرتبة الثانية بعد التشريع، وهذا يعني أن مصدر إلزام العرف من الناحية القانونية هو إرادة السلطة العامة ممثلة في المشرع ، ومن الناحية الواقعية هو إرادة الأمة التي تجد في تطبيق العرف تيسيراً عليها وعلي المعاملات التي تنشأ بين مواطنيها.

وفي الحقيقة يمكن القول أن كل من الرأيين صحيح بحسب الزاوية التي ينظر منها إلي العرف ، فضلاً عن ذلك فإن تبني القضاء للعرف يؤكد وجوده ويضفي عليه قدراً من التحديد والانضباط يعادل القدر الذي يتمتع به التشريع.

المطلب الرابع

تقدير العرف

يتمتع العرف بعدد من المزايا التي تفرقه عن غيره من المصادر الرسمية الأخرى للقانون ، وفي نفس الوقت يعتريه عدد من العيوب.

وسوف نعرض لكل من هذه المزايا والعيوب علي حدة :

أولاً : مزايا العرف :

١. أكثر مصادر القانون ديمقراطية : يمتاز العرف بأنه أكثر الوسائل ديمقراطية للتعبير عن احتياجات الأفراد ورغباتهم داخل المجتمع ، فهو مصدر شعبي ينبع من رضا الناس وقبولهم لحكمه بطريقة عملية وذلك بالعمل وفقاً لهذا الحكم . ومن هذه الزاوية يمتاز العرف عن التشريع الذي قد يصدر من حاكم مستبد أو من سلطة تشريعية تعمد إلي تحدي رأي الجماعة وإصدار قواعد قانونية غير معبرة عن رغباتها واحتياجاتها .

وقد علقت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني علي أهمية العرف بقولها أنه " ... هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها علي النص " .

٢. تطور العرف تلقائياً مع تطور ظروف الحياة في المجتمع :

فالعرف ينشأ من اعتياد الأفراد علي إتباع سلوك معين إزاء أمر معين معتقدين بالزامه وهم يتوارثون هذا السلوك جيلاً بعد جيل ، وكلما طرأ تغيير في ظروف الحياة داخل المجتمع بدأوا في تغيير سلوكهم أو اعتيادهم علي هذا التغيير الذي

يحدث بصورة تلقائية وبطريقة غير محسوسة بما يتوافق مع ظروف الحياة ومستجداتها.

فالقاعدة العرفية ليس مقيدة في ألفاظ محددة يلزم لتغيرها تدخل إرادي من سلطة معينة ، وذلك علي خلاف التشريع الذي يتحدد حكمه بألفاظ محددة ولا يمكن تغييره إلا بقرار يصدر من السلطة المختصة بوضعه أو سلطة أعلى منها مرتبة وهذا القرار قد يضع حلولاً تشريعية جديدة لمشكلات المجتمع ولكن لا تتفق مع ظروفه واحتياجاته الاقتصادية والاجتماعية ، وقد يصدر القرار متأخراً جداً عن هذا التطور .

فالعرف يأتي متفقاً مع حاجات المجتمع ومتطلباته دون أن يتعارض معها لأن قواعده تنبثق من ضمير المجتمع وتنمو فيه .

٣- العرف يسد نقصاً في التشريع :

فالمشرع لا يستطيع مهما بلغ حسن تدبيره وإمامه بظروف المجتمع وما يحتاجه من قواعد تنظم شئونه أن يحيط بكل المشكلات التي تظهر في المجتمع ووضع الحلول القانونية لها ، ولهذا فإن للعرف الفضل الأكبر في تفصيل ما يكون مجملًا في التشريع ، وكذلك تنظيم بعض الأحكام الفنية ذات الطابع المهني أو المحلي والتي لا يستطيع المشرع تنظيمها والخوض فيها .

لكل هذه المزايا السابق ذكرها ظل هذا المصدر وسيظل إلي جانب التشريع مصدراً رسمياً للقانون لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات في كافة فروع القانون الخاص والعام علي حد سواء .

ثانيا : عيوب العرف :

١ . العرف بطئ النشأة والتطور والزوال :

فالعرف بطئ في تـكوـنه إذ أن ذلك يحتاج إلى وقت طويل لكي يعتاد الأفراد على حل معين ثم يسود بينهم الاعتقاد بالزامه . وحتى إذا تكون فإنه أيضا بطئ في تطوره ولا يتناسب مع المجتمعات الحديثة التي تعثر بها الكثير من المشكلات الاجتماعية والاقتصادية والتي يعجز العرف ، بسبب هذا البطء عن إيجاد الحلول لمثل هذه المشكلات وبالتالي عدم تلبية حاجات المجتمع العاجلة.

كذلك، فإن العرف عندما يستقر في ضمير الجماعة ويثبت في ذهنها ، فإنه يصعب التخلص منه وتكوين عرف جديد مخالف لما استقر عليه الناس بالفعل ، فعلى سبيل المثال لا يمكن الاعتماد على العرف لمواجهة مشكلات مفاجئة كنشوب حالة حرب أو بسبب حلول خطر داهم كزلزال أو فيضان ... الخ ، لأنه لا يصلح لهذه المهمة لصعوبة إصداره وتعديله وإلغائه .

٢ . القاعدة العرفية ينقصها التحديد والوضوح :

قواعد العرف لم توضع في وثيقة رسمية مكتوبة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع، وبالتالي يصعب التحقق من مضمونها على وجه الدقة. وهذا العيب له آثاره على القاضي من جهة وعلى الخصوم من جهة أخرى. فبالنسبة للقاضي يقع عليه واجب الإحاطة بالقاعدة العرفية وتطبيقها دون أن يطلب من الخصوم ذلك والمهمة بالغة الصعوبة عليه فكيف يتسنى له معرفة القاعدة العرفية الحالية، وكيف يتأكد أنها مازالت قائمة ولم يصب أحكامها التطور. وعلي القاضي أن يتغلغل في سلوك الأفراد ليصل إلى ما اعتادوا عليه وكذلك نفوسهم وضمائرهم ليستوثق من شعورهم بالزام هذا السلوك وعليه أن يتحرى بمنتهى الدقة عند

قيامه بهذه المهمة الصعبة ، لأن التساهل في هذه المجال يؤدي إلى خلق تحكيمي لقواعد قانونية تنسب خطأ إلى العرف مما يؤدي إلى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها .

أما بالنسبة للخصوم فقد يقر أحدهم بوجود العرف إذا كان ذلك في مصلحته وقد ينكره إذا كان عكس ذلك وقد يعترف الخصوم بوجوده ولكنهم يختلفون على مضمونه أو ينكر أحدهم صلته بالنزاع القائم بينهم ، مما يؤدي إلى تفاقم المشكلات والمنازعات .

ويترتب أيضاً على عدم وضوح القاعدة العرفية وعدم تحديدها إثارة الخلاف بشأن إثباتها لاسيما فيما يتعلق بمبدأ وجودها وتوقيت ظهورها مما يلقي بالخصوم في دوامة الإثبات ، وهو ما يلقي بدورهم ظلالاً من الشك حول الحكم الواجب تطبيقه على المنازعة التي تحكمها.

٣. عدم توحيد القواعد القانونية المنظمة لذات الموضوع في إقليم الدولة الواحدة.

ذكرنا أنفاً أن العرف ينقسم إلى عرف عام يطبق علي كافة أرجاء الدولة ، و عرف خاص محلي يسري على إقليم معين دون غيره من أقاليم الدولة وهذا هو الأمر الغالب. ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى اختلاف القواعد العرفية المنظمة لموضوع واحد ، مما لا يساعد علي توحيد القواعد القانونية المطبقة في الدولة الواحدة ، ويؤدي إلي زعزعة الانتماء بين المجتمع وأفراده ، ذلك الانتماء الذي تزكيه الوحدة القانونية بين أجزاء المجتمع وأقاليمه. وهنا يظهر تميز التشريع عن العرف، لأن التشريع يوجد القواعد القانونية داخل الدولة لأنه صادر عن سلطة واحدة مختصة و يسري علي جميع أنحاء الدولة .

وفي النهاية يمكن القول أن مزايا العرف ترجح عيوبه ، فعند عرضنا لمزايا العرف وعيوبه اتضح لنا أن المشرع كان صائباً عندما جعله مصدراً رسمياً للقانون يلي التشريع مباشرة في المرتبة ، فجمع المشرع بذلك مزايا العرف المتمثلة في أنه أكثر المصادر ديمقراطية وتطوره التلقائي مع تطور ظروف الحياة في المجتمع ، وقدرته علي سد النقص في التشريع وتكاملته إلي جوار مزايا التشريع المتمثلة في سرعة نشأته وسهولة تعديله والغاؤه وتميزه بالوضوح والتحديد وسهولة إثباته مما ينعكس بالإيجاب علي وحده الحكم القانوني واستقرار المعاملات .

المبحث الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

تعد مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً ثالثاً للقانون يلجأ إليه القاضي إذا عجز التشريع والعرف عن حل المسألة المعروضة عليه ، وقد نصت علي ذلك الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني بقولها " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ... " .

وقد نص الدستور المصري عام ١٩٧١ علي أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي "مصدر رئيسي للتشريع" ثم عدل هذا النص بالاستفتاء الذي أقيم عام ١٩٨٠ ، وأصبحت هذه المبادئ هي "المصدر الرئيسي للتشريع" وكل ما ترتب علي هذا التعديل هو إضافة أداة التعريف "ال" مما يترتب عليه إحكام صيغة الخطاب الموجه إلى المشرع لتصبح أكثر إلزاماً. فلا تعد مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع بل هي الآن المصدر الرئيسي له وذلك بالنسبة للقوانين اللاحقة لهذا التعديل الدستوري، أما القوانين السابقة عليه فهي بمنأى عن الطعن بعدم دستوريته لعدم احترامها لمبادئ الشريعة الإسلامية ، ولا يوجد سوى التزام أدبي علي المشرع بتعديلها لتتفق مع باقي القوانين اللاحقة المستقاة من مبادئ الشريعة الإسلامية .

والمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون هي المبادئ العامة المسلم بها في فقه هذه الشريعة ، والتي لا تكون محلاً للخلاف بين المذاهب ، دون الحلول التفصيلية والأحكام الجزئية التي تختلف فيها المذاهب الإسلامية ،

فالقاضي غير ملزم بتطبيق مذهب دون غيره ، وإنما عليه استخلاص مبادئ الشريعة من أصولها المتفق عليها .

وتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون يجب أن يراعي فيه التنسيق بينها وبين المبادئ العامة الأساسية التي يقوم القانون الوضعي في جملته ، وذلك حتى لا يفقد هذا القانون تجانسه وانسجامه .

وعند الرجوع إلي الكتابات الفقهية للتعرف علي الأحكام الكلية للشريعة الإسلامية يجب أن نأخذ في الاعتبار أن هذه الكتابات ما هي إلا تفسيرات واجتهادات لمبادئ الشريعة الإسلامية ، فهي ليست هذه المبادئ. فمبادئ الشريعة ثابتة ، أما التفسيرات والاجتهادات فهي التي تخضع للتغيير والتطور تبعاً لتغير الحياة وتطورها ، لذلك فإن الرجوع المنطقي لمبادئ الشريعة الإسلامية يكون دائماً إلى الأصول ثم إلى ما يتفرع عليها من أحكام وليس العكس ، ويجب نسبه الحل إلى الأصل الذي قام عليه الاجتهاد وليس إلى المجتهد وحده .

وأياً ما كان الأمر ، فإن رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لن يتأتي إلا نادراً ، لأن المشرع جعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً تالياً للعرف وليس سابقاً عليه وهذا الأمر يترتب عليه أن هذه المبادئ سوف تلعب دوراً متواضعاً في نظرية مصادر القانون المصري عن العرف ، وهذا في حد ذاته اتجاه غير منتقد لأن العرف هو أحد تطبيقات الشريعة الإسلامية .

وإذا كانت مبادئ الشريعة الإسلامية تحتل المرتبة الثالثة بين مصادر القانون الرسمية بعد التشريع والعرف ، فإن هذا يكون بالنسبة لمسائل المعاملات المالية بصفة أساسية . أما مسائل الأحوال الشخصية فإن قواعدها تستمد من الدين ،

فيعتبر الدين بالنسبة لها مصدراً رسمياً يأتي تالياً للتشريع مباشرة وسابقاً على العرف.

قواعد الشريعة الإسلامية مصدر رسمي خاص بمسائل الأحوال الشخصية:

رأينا آنفاً أن القانون المدني قد أغفل النص على الدين باعتباره مصدراً رسمياً للقانون بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، ويرجع ذلك إلى أن القانون المدني اقتصر على تنظيم المسائل المتعلقة بالأحوال المالية بصفة أساسية ، كما أنه قد تم وضعه في فترة لم تكن فيه المحاكم المدنية تختص بالنظر في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية .

ويقصد بالدين كمصدر رسمي خاص بمسائل الأحوال الشخصية مجموعة الأحكام المستمدة من الأديان السماوية الثلاثة وهي الإسلام والمسيحية واليهودية . ومعنى ذلك أن هذه الأحكام ليست موحدة بالنسبة لكل المصريين وإنما هي تختلف بحسب عقيدة الفرد فتطبق أحكام الإسلام على المصريين المسلمين وأحكام المسيحية على المصريين المسيحيين ، وأحكام اليهودية على المصريين اليهود.

وينبغي الإشارة إلى أن قواعد الأديان السماوية الثلاثة لا تتساوى فيما بينها في المرتبة ، فالدين الإسلامي يعتبر الشريعة العامة والأصلية في مسائل الأحوال الشخصية ويجب تطبيق أحكامه في كل حاله يخلو فيها أحد الأديان السماوية الأخرى من قاعدة تحكم النزاع المطروح والمتعلق بالأحوال الشخصية ، وكذلك عند اختلاف طرفي الخصومة في الديانة أو المذهب أو الطائفة فيلزم تطبيق قواعد الدين الإسلامي إذا كان النزاع قائماً بين مسلماً ومسيحياً أو مسلماً ويهودياً أو بين مسيحياً ويهودياً، وكذلك إذا كان النزاع بين مسيحي كاثوليكي

ومسيحي أرثوذكسي أو كان النزاع بين مسيحي أرثوذكسي قبطي ومسيحي أرثوذكسي رومي.

ومفاد ما تقدم أن تطبيق قواعد الدين المسيحي أو الدين اليهودي مرهون بشرطين : أولهما عدم مخالفة حكم أي منهما للنظام العام في مصر وثانيهما : اتفاق طرفي النزاع في المذهب والديانة والطائفة.

ويلاحظ أنه للوصول إلى المصادر المعتمدة في كل دين سماوي ، على القاضي الرجوع إلى أصول كل دين وهي التي تحدد مصادر الأحكام وكيفية استخدامها. وعادة ما يكون الكتاب السماوي هو المرجع الأساسي لكل دين ثم أحاديث الأنبياء ثم كتابات الفقهاء في الدين.

وبالنسبة للشريعة الإسلامية كمصدر رسمي بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية يؤخذ بالراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة . وقد نظم المشرع المصري كثيراً من مسائل الأحوال الشخصية عن طريق إصدار تشريعات خاصة بها وهذه التشريعات تطبق على جميع المصريين بدون استثناء ، وبالتالي تعتبر قواعد الدين بالنسبة لها مصدراً تاريخياً وليس مصدراً أصلياً، حيث أصبح التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي بالنسبة لهذه المسائل.

ومسائل الأحوال الشخصية التي نظمها المشرع المصري مثل :

- المسائل المتعلقة بفقد الشخص واعتبار المفقود ميتاً ونظمها المشرع بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .
- المسائل المتعلقة بالمواريث وينظمها القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .
- المسائل الخاصة بالوصايا وينظمها القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

● المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ومسائل الولاية على المال،
والوصاية والقوامة والغيبة ونظمها المشرع بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢
والمواد ٤٤ إلى ٤٨ من القانون المدني .

وقد نظم المشرع بتشريعات عديدة الكثير من الموضوعات المتعلقة بالأحوال
الشخصية الأمر الذي يمكن معه القول أن التشريع يعد المصدر الأصلي بالنسبة
لهذه المسائل جميعها. وبالتالي أصبح تطبيق قواعد الدين ، في الوقت الحالي
يقتصر على المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج والطلاق
الخ.

المبحث الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

نصت المادة الأولى من القانون المدني على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة باعتبارها المصدر الرابع للقواعد القانونية بعد التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية بقولها "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".

وقد سعى المشرع من خلال الإحالة إلي "مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" كمصدر أخير يستمد منه الحكم إلى رفع الحرج عن القاضي المعروض عليه النزاع . فالقاضي لا يستطيع أن يمتنع عن الفصل في نزاع معروض عليه متذرعاً بعدم وجود قاعدة قانونية في التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية لحل النزاع فإن فعل ذلك عدّ مرتكباً لجريمة إنكار العدالة المنصوص عليها في المادة ١٢٢ من قانون العقوبات المصري التي تقضي بأنه " إذا امتنع أحد القضاة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على عشرين جنيهاً. وبعد ممتعاً عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافقات المدنية والتجارية ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر".

والقاضي أيضاً لا يمكنه أن يجتهد رأيه للوصول إلى حل النزاع المعروض عليه لأن ذلك يؤدي بنا إلى القول بان القاضي يخلق القاعدة القانونية وفي هذا تجاوز منه لوظيفته الأساسية المتمثلة في تطبيق القاعدة القانونية.

فخروجاً من هذا المأزق قرر المشرع اعتبار "مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" مصدر من مصادر القانون ، وهو مصدر مطاط مرن يستمد القاضي منه الحكم الذي يطبقه ، حتى لا يعد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة ، وحتى لا يبدو - على الأقل ظاهرياً - أنه يخلق القاعدة القانونية التي هي من اختصاص السلطة التشريعية.

والمقصود بمبادئ القانون الطبيعي هي مجموعة المبادئ التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية، أو هي في قول آخر مجموعة من القواعد والمبادئ المثالية التي ينبغي أن تحكم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد والتي يهتدى إليها المرء بفطرته تحت إرشاد العقل وتوجيهه وذلك إذا ما تجرد عن الهوى والعاطفة والمصلحة.

أما العدالة فهي ما يستقر في النفس والوجدان من شعور يستهدف المساواة مع مراعاة الظروف والملابسات. والعدالة تهدف إلى تحقيق العدل في حالة فردية خاصة ، وذلك بتطبيقه على واقعه فردية ليكون الحكم المستمد منه مطابقاً لظروفها وملابساتها الخاصة.

ويرى البعض أن "مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" هما لفظين مترادفين ويؤيدان المعنى نفسه فالقانون الطبيعي هو قواعد العدالة والعكس صحيح .

فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وليدة الإلهام الفطري السليم والإدراك العقلي الصائب لما هو حق وما هو باطل. ولا تستند هذه المبادئ إلى تقاليد وعادات اجتماعية أو إلى نصوص التشريع ، بل تنبع أساساً من الذات الإنسانية وطبيعة الأشياء حتى يقررها العقل الصحيح الذي لا يخطئ بإلهام من الطبيعة.

وتتسم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة بالشمول والخلود والأزلية فهي مبادئ عالمية تطبق في كل زمان ومكان ولا تتغير بتغير الأماكن أو المجتمعات، وقد عبر عن ذلك الفقيه الروماني الشهير شيشرون بقوله إن القانون الطبيعي هو "القانون الحق المطابق للعقل السليم المتفق مع الطبيعة، وهو معلوم للجميع ، ثابت على وجه الدوام فلا يختلف هذا القانون في روما عنه في أثينا ، كما لا يختلف من اليوم إلى الغد ، بل هو قانون واحد أبدي لا يتغير ، قانون كل الأمم لكل العصور".

وقد لجأ القضاء المصري إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مرات عديدة ليصل إلى حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية وتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الحوادث الطارئة التي تنظم الاختلال الاقتصادي في العقود.

الفصل الثاني

المصادر التفسيرية للقانون

أوردت المادة الأولى من القانون المدني - كما ذكرنا في الفصل السابق - المصادر الرسمية للقانون ، ولم يرد ذكر الفقه والقضاء ضمن هذه المصادر ، إلا أن هذا لا يمنع من اعتبارهما مصدرين من المصادر التفسيرية للقانون. ونقصد بالمصدر التفسيري هو ما يرجع إليه لاستجلاء غموض وإبهام القاعدة القانونية وبيان المقصود منها.

والمصادر التفسيرية للقانون المصري اثنان هما: الفقه والقضاء.

وهذان المصدران كانت لهما قوة الإلزام فيما مضى، ومعنى ذلك أن ما يتوصل إليه الفقه من أراء أو ما تطبقه المحاكم من حلول لا يكون ملزماً لأحد، ذلك أن رأي الفقيه مهما علا قدره وزادت خبرته لا يقيد أحداً برأيه كما أن حكم المحكمة مهما علت درجتها لا يلزمها هي نفسها كما لا يلزم غيرها من باب أولى بالأخذ بما انتهت إليه في دعاوى المماثلة.

غير أن هذا لا يعنى أنهما يفتقدان كل دور في نشأة القاعدة القانونية وتطورها وتطبيقها، فهذان المصدران مع التسليم بأنهما لا ينشأن القانون من الناحية الرسمية إلا أنهما يؤديان دوراً في هذا المجال من الناحية الواقعية، فتطبيق القانون يتم غالباً على ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء . وكثيراً ما تكون هذه الآراء والأحكام هي المصدر المادي الذي يستقى منه المشرع ما يضعه من قواعد قانونية .

وسوف نقوم بعرض كل مصدر من المصادر التفسيرية في مبحث مستقل على

النحو التالي : المبحث الأول : الفقه المبحث الثاني : القضاء

المبحث الأول

الفقه

المقصود بالفقه كمصدر تفسيري للقانون هو مجموع الآراء التي يبديها أساتذة القانون والمتخصصون فيه في شرح وتفسير ونقد القواعد القانونية، واستنباط هذه القواعد من مصادرها المختلفة وكذلك التعليق على أحكام المحاكم وشرحها وبلورة الاتجاهات العامة للقضاء. كما يطلق اصطلاح الفقه للتعبير عن مجموعة المشتغلين بالفقه والذين تخصصوا في مجال البحث القانوني.

وقد لعب الفقه دوراً عظيماً كمصدرراً رسمياً في ظل القانون الروماني ويرجع الفضل للفقهاء الرومان في بلورة أحكام القانون الروماني وصياغة الأحكام القضائية التي صدرت في ظله . وكذلك لم يكن دور الفقه في الإسلام بأقل حظاً من دور الرومان، حيث ازدهرت الآراء والأحكام ووضعت الحلول لكل مشاكل العصر، وقد توصل الفقهاء المسلمون عن طريق الإجماع إلى حلول متعددة مثل بطلان زواج المسلمة بغير المسلم أو زواج المسلم بالمشرقة ، ومع ميراث ابن الابن مع وجود الابن ، وكذلك إجماع الصحابة على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها والقول بأنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب.

ويلعب فقهاء القانون دوراً مهماً في الوقت الحالي فهم يتناولون النصوص بالشرح والتأصيل بهدف الوصول إلى معناها وتحديد مدلولها وإيضاح شروط تطبيقها وإبراز القصور والنقص الذي يكتنفها.

فالفقه يقدم عوناً لا ينكر للقاضي وللمشرع ، فالنسبة للقاضي يقدم الفقه تفسيراً للنصوص القانونية وتفسيراً لما غمض من ألفاظها ويبين كذلك نطاق تطبيقها، ولذلك تحفل أحكام المحاكم بالإشارة إلى آراء بعض الفقهاء. وبالنسبة للمشرع

فكثيراً ما يتأثر عند إعداده لتشريع معين بآراء واقتراحات وانتقادات الفقهاء لاسيما عندما يتعلق الأمر بتشريع على قدر كبير من الأهمية فغالبا ما يتم تكليف لجان قانونية بإعداد القانون وهذه اللجان تستعين بمؤلفات هؤلاء الفقهاء وأراءهم .

وقد لعب الفقه المصري دوراً كبيراً في مجال القانون وقد كان لجيل الرواد الفضل في تعريب المصطلحات القانونية ، ويأتي على رأس هؤلاء الرواد الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يعد بالفعل أعظم فقيه قانوني في مصر والعالم العربي ، وقد كان لسيادته السبق في وضع مؤلف ضخم شرح فيه أحكام القانوني المدني كلها تحت اسم " الوسيط في شرح القانون المدني " .

المبحث الثاني

القضاء

يطلق مصطلح القضاء للدلالة على عدة معانٍ متعددة هي :

المعنى الأول : الجهة المنوط بها إصدار الأحكام القضائية بدرجاتها المختلفة، والتي تشكل السلطة القضائية .

المعنى الثاني : مجموعة الأحكام الصادرة من هذه السلطة فيما يعرض عليها من منازعات .

المعنى الثالث : الاتجاه السائد لدى المحاكم في موضوع معين بحيث أصبح يمثل اتجاهًا عامًا بالنسبة للمحاكم في مجموعها.

وقد كان يعد القضاء في الأنظمة القانونية القديمة - خاصة في ظل القانون الروماني - مصدرًا رسميًا للقانون ، أما الأنظمة القانونية الحديثة فقد اختلفت فيما بينها بالنسبة للقضاء . فالنظم الانجلوأمريكية التي تأخذ بنظام السوابق القضائية تعتبر القضاء مصدرًا رسميًا للقانون أما النظم اللاتينية فتعتبر القضاء مصدرًا تفسيريًا للقانون .

النظام الانجلو أمريكي : القضاء مصدر رسمي للقانون :

يلعب القضاء دوراً مهماً في النظام الانجلوأمريكي فيعد هو المصدر الرسمي الأول للقانون كما هو الحال في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والهند وأستراليا. حيث يطلق على القواعد القانونية في هذه الدول اسم "السوابق القضائية"، ومعناها أن الحكم الذي تصدره محكمة معينة يكون ملزماً لهذه المحكمة في كافة المنازعات المماثلة التي تعرض عليها في المستقبل ، كما

يكون ملزماً للمحاكم الأدنى منها والمحاكم التي من نفس درجاتها. فالسابقة القضائية في ظل النظم الانجلوأمريكية تعد قاعدة قانونية ملزمة.

النظام اللاتيني : القضاء مصدر تفسيري للقانون :

لا يعتبر القضاء في النظم اللاتينية مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية ، فالأصل أن وظيفة القاضي تقتصر على تطبيق القانون وتفسيره ولا تمتد إلى خلقه وإنشائه، وتعتنق معظم دول العالم هذا النظام بما في ذلك مصر.

والحكم القضائي الصادر من محكمة معينة في إحدى الدول التي تعتنق هذا النظام لا يلزم سوى الخصوم في الدعاوى التي صدر فيها الحكم ولا يمتد أثره إلى الدعاوى اللاحقة حتي ولو كانت مماثلة تماماً للدعوى الأولى سواء عرضت هذه الدعاوى على نفس المحكمة التي أصدرت الحكم أو عرضت أمام محكمة أخرى وسواء كانت المحكمة التي أصدرت الحكم الأول محكمة أول درجة أو كانت أعلى محكمة في التنظيم القضائي.

وعلى هذا يمكن القول أن القضاء في النظام اللاتيني شأنه شأن الفقه يعتبر مصدراً تفسيرياً للقانون ولا تلزم المحاكم بما سبق أن أصدرته من أحكام ولا بالأحكام الصادرة من محاكم أخرى ولو كانت أعلى منها درجة. فالأحكام التي تصدرها محكمة النقض المصرية رغم كونها أعلى محكمة في التنظيم القضائي ليست ملزمة للمحاكم الأدنى فيجوز لهذه المحكمة الأدنى أن تخالف أحكام محكمة النقض وهي أعلى محكمة في التنظيم القضائي المصري. كذلك فإن أحكام محكمة النقض ليست ملزمة للمحكمة نفسها فيمكنها العدول عنها في أي وقت إلا أنه ينبغي هنا التفرقة بين نوعين :

١. العدول الصادر عن مبدأ قانوني لنفس الدائرة التي أصدرت الحكم ويتم بإحالة الدعوى إلى الهيئة المختصة بالمحكمة للفصل فيها بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل.

٢. العدول الصادر عن مبدأ قانوني لدائرة أو دوائر أخرى بنفس المحكمة، ويتم بإحالة الدعوى لهيئتي المحكمة مجتمعين وهما هيئة المواد الجنائية وهيئة المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها وتصدر أحكامها بأغلبية أحد عشر عضواً على الأقل.

وإذا كانت الأحكام الصادرة من محكمة النقض ليست ملزمة للمحكمة ذاتها أو للمحاكم الأدنى منها فإن هذا يبدو صحيحاً من الناحية النظرية فقط، أما من الناحية الواقعية فالأمور تسير على عكس ذلك إذ تتمتع الأحكام الصادرة من محكمة النقض بنفوذ أدبي وتندر حالات مخالفتها وذلك بحكم تكوين هذه المحكمة واختصاصاتها. ومما لا شك فيه إن التزام المحاكم الدنيا بما تصدره محاكم النقض من شأنه أن يوفر قدراً كبيراً من الاستقرار للعمل القضائي بما يحقق العدالة .

وفى نهاية المطاف يمكن القول أن الفقه والقضاء باعتبارهما مصدرين تفسيريين للقانون يرتبطان معا بعلاقة وطيدة قوية، فيعدان جناحين للقانون يسمحان له بالتحليق في سماء المجتمع والهيمنة على سلوكيات أفراده . وهذا التكامل هو الذي يجعل الرؤوس تتطلع إلى النظام القانوني بإعجاب وتقدير، "فالفقه يرسم خط السير للقاضي، والقاضي يعبد الطريق ويمهده بعد أن فتحه أمامه الفقيه ثم يستفيد الفقيه من تجارب القاضي فينحو بفقهه منحى يتفق مع الحياة ويسير بعد ذلك في طليعة للقاضي يكشف له الطريق".

الباب الرابع

تطبيق القانون

يهدف القانون - كما ذكرنا - إلى ضبط سلوك الأفراد داخل المجتمع ، سواء فيما بين بعضهم والبعض الآخر ، أو فيما بينهم وبين الدولة ، ويتم ضبط هذا السلوك بتطبيق القاعدة القانونية على العلاقات الاجتماعية التي تقع ، كقاعدة عامة ، علي إقليم الدولة أو خارجها في بعض الأحيان . والسلطة القضائية هي الجهة المنوط بها مهمة الفصل في المنازعات وتطبيق القانون علي هذه المنازعات .

وتصبح القاعدة القانونية واجبة التطبيق بوصفها جزءاً من القانون الوضعي الذي ينظم سلوك الأفراد داخل المجتمع متى توافر لها سائر الخصائص المميزة، وتحقق لها الوجود الفعلي من خلال أحد المصادر الرسمية للقانون .

ويلتزم أفراد المجتمع باحترام القاعدة القانونية وعدم الخروج على حكمها ، طالما أصبحت هذه القاعدة نافذة ، فإذا وقع من أحدهم ما يخالفها أو ثار بينهم نزاع وتم عرض الأمر على القاضي كان عليه أن يتثبت من حقيقة الواقعة ثم يطبق عليها القاعدة القانونية التي توفر لها شروط تطبيقها ، ثم يحكم وفقاً لما تقضي به القاعدة . .

و سوف نقسم هذا الفصل على الوجه التالي :

المبحث الأول : السلطة المختصة بتطبيق القانون .

المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانون من حيث المكان .

المبحث الأول

السلطة المختصة بتطبيق القانون

تعد السلطة القضائية في مصر هي السلطة القائمة على تطبيق القانون. ولكي تقوم هذه السلطة بأداء هذه المهمة على الوجه الأكمل حرص الدستور المصري على توفير الكثير من الضمانات التي تكفل حمايتها واستقلالها وعدم تدخل سلطة أخرى في شئونها ، وفي هذا الصدد تنص المادة ١٨٤ من الدستور على أن " السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، ويبين القانون صلاحياتها، والتدخل في شئون العدالة أو القضايا، جريمة لا تسقط بالتقادم". كما تنص المادة ١٨٦ على أن: "القضاة غير قابلين للعزل ، وينظم القانون مساءلتهم تأديبياً " .

وقد أوجب الدستور المصري لإشاعة الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين أن تكون الجلسات علنية وذلك بالنص في المادة ١٨٧ على أن: "جلسات المحاكم علنية ، إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية ، مراعاة للنظام العام أو الآداب ، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية "

وتتألف السلطة المختصة بتطبيق القاعدة القانونية في مصر من جهتين هما جهة القضاء العادي من ناحية وجهة القضاء الإداري من ناحية أخرى. وبجانب هاتين الجهتين توجد محاكم خاصة تمارس اختصاصات محددة .

ومن هنا فإننا نقسم هذا الموضوع إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : جهة القضاء العادي

المطلب الثاني : جهة القضاء الإداري .

المطلب الأول

جهة القضاء العادي

تعد جهة القضاء العادي هي جهة الاختصاص الأصيل والعام بتطبيق القانون في مصر ، حيث تختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما يجعله القانون منها بنص خاص من اختصاص جهة أخرى وبالتالي يمكن القول أن جميع المنازعات التي لم يحدد لها القانون جهة معينة للفصل فيها تدخل في اختصاص القضاء العادي دون حاجة إلى نص يقرر ذلك .

ويقوم التنظيم القضائي في مصر على مبدأ تعدد المحاكم وتنوعها حتى تكون هذه المحاكم قريبة من مواطن النزاع ومحل إقامة الخصوم وذلك تسهيلا لهم ، وأن يكون في متناولهم طلب حماية القضاء لحقوقهم ومراكزهم القانونية .

وكذلك يأخذ المشرع المصري بمبدأ التقاضي على درجتين، ووفقا لهذا المبدأ تعرض الدعوى على محاكم الدرجة الأولى التي ينظر النزاع الأول مرة وتقبل أحكامها الطعن فيها لتعرض أمام محكمة أكثر خبره وهي محكمة الاستئناف ويضع المشرع على قمة النظام القضائي محكمة النقض وهي ليست درجة ثالثة للتقاضي وإنما تختص بمراقبة صحة تطبيق القانون.

ويقع مقر محكمة النقض في القاهرة وقد أنشأت بالمرسوم بقانون الصادر في ٢ مايو سنة ١٩٣١ ، وهي تؤلف من رئيس و عدة نواب للرئيس ومن عدد كاف من المستشارين لتكوين دائرة أو أكثر لنظر المواد الجنائية ودائرة أو أكثر لنظر المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وتؤلف كل دائرة من هذه الدوائر من خمسة من المستشارين برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه ويجوز عند الضرورة أن يتولى رئاسة الدائرة أقدم المستشارين بها .

وتتمثل وظيفة محكمة النقض في الإشراف على صحة تطبيق القانون أمام كافة المحاكم المدنية والتجارية إذ تختص أساساً بالفصل فيما يرفع إليها من الطعون في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف بسبب مخالفتها للقانون أو خطئها في تطبيقه أو تأويله ، أو بسبب بطلان الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم وتختص كذلك بالنظر في الطعن في أي حكم نهائي – بصرف النظر عن المحكمة الصادر منها – فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي .

ولا تعد محكمة النقض – كما ذكرنا سابقاً – درجة ثالثة من درجات التقاضي لأنها لا تراجع القضية التي حكم فيها من حيث الواقع والقانون كما هو سائد أمام المحاكم الاستئنافية، وإنما تقتصر علي مراقبة موافقة الحكم الصادر للقانون سواء في ذلك من ناحية الموضوع أو من ناحية الشكل فمحكمة النقض محكمة قانون لا واقع .

وفيما عدا محكمة النقض تشتمل جهة القضاء العادي على نوعين أحدهما يختص بالنظر في المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ويطلق عليه القضاء المدني، والثاني يختص بالنظر في المسائل الجنائية ويطلق عليه القضاء الجنائي .

الفرع الأول

القضاء المدني

ذكرنا سابقا أن المشرع المصري تبني مبدأ التقاضي على درجتين وتطبيقا له يضم القضاء المدني نوعين من المحاكم :

أولا : محاكم الدرجة الأولى.

ثانيا : محاكم الدرجة الثانية.

وسوف نلقي الضوء على هذه المحاكم فيما يلي :

أولا : محاكم الدرجة الأولى :

محاكم الدرجة الأولى هي المحاكم التي تنتظر الدعوى ابتداء إذ يرفع إليها الخصوم النزاع لأول مرة . وقد نظم المشرع المصري نوعين من محاكم الدرجة الأولى هما : المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية أو الكلية والنوعان يعرض عليهما النزاع لأول مرة وفقا لأهمية الدعوى :

١ . المحاكم الجزئية :

تعد المحاكم الجزئية الخلية الأولى في النظام القضائي وتعتبر أدنى طبقات المحاكم فيه . وهي توجد عادة في عاصمة كل مركز أو قسم وتتعد برئاسة قاضي واحد يفرد بنظر الدعوى والفصل فيها .

ويتحدد اختصاصها كقاعدة عامة بالنظر إلى قيمة الدعوى فهي تختص بنظر الدعوى التي لا تتجاوز قيمتها مائة ألف جنيه . والأحكام الصادر منها إما أن تكون ابتدائية تقبل الطعن فيها بالاستئناف وذلك إذا كانت قيمة الدعوى تتجاوز

خمسة عشر ألف جنيه ، وإما أن تكون نهائية لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف وذلك إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة عشر ألف جنيه.

٢. المحاكم الابتدائية أو الكلية :

وتوجد محكمة ابتدائية واحدة في عاصمة كل محافظة من محافظات مصر فيما عدا محافظة القاهرة فيها محكمتان ابتدائيتان هي محكمة شمال القاهرة ومحكمة جنوب القاهرة . وتشكل المحكمة الابتدائية من ثلاثة قضاة يكون أحدهم وهو الرئيس بدرجة مستشار .

وإنشاء المحاكم الابتدائية وتعيين أو تعديل اختصاصها لا يتم إلا بقانون .

وتعد المحاكم الابتدائية هي صاحبة الاختصاص العام أي أنها تختص بنظر جميع المنازعات المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها من المنازعات عدا ما أخرجه المشرع من اختصاصها بنص خاص و عدا ما يدخل في اختصاص المحاكم الجزئية .

وكقاعدة عامة تختص المحاكم الابتدائية بالفصل في الدعاوى التي تزيد قيمتها عن مائة ألف جنيه مصري ويكون حكمها نهائياً إذا لم تتجاوز قيمة الدعوى مائة ألف جنيه أو إذا نص القانون على ذلك ويكون حكمها ابتدائياً قابلاً للطعن فيه أمام محكمة الاستئناف إذا زادت قيمة الدعوى الذي صدر فيها الحكم عن مائة ألف جنيه أو إذا نص القانون على ذلك .

ثانياً : محاكم الدرجة الثانية :

يقصد بمحاكم الدرجة الثانية المحاكم التي تتولى نظر الطعون في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى وهذه المحاكم هي المحاكم الابتدائية المنعقدة بهيئة استئنافية ومحاكم الاستئناف .

١. المحاكم الابتدائية المنعقدة بهيئة استئنافية :

هي دائرة من دوائر المحكمة الاستئنافية تختص بنظر الأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية متى كانت قيمة الدعوى تتراوح بين خمسة عشر ألف جنيه ومائة ألف جنيه .

٢. محاكم الاستئناف :

وتسمى هذه المحاكم بمحاكم الاستئناف العالي تمييزاً لها عن المحاكم الابتدائية المنعقدة بهيئة استئنافية . وتتألف من عدة دوائر بكل دائرة ثلاثة مستشارين .

ومحاكم الاستئناف في مصر عددها ثمانية وتوجد في المحافظات التالية : القاهرة والإسكندرية والمنصورة وطنطا وبني سويف وأسيوط وقنا والإسماعيلية وتختص هذه المحاكم بنظر الطعون الاستئنافية المرفوعة إليها من أحكام المحاكم الابتدائية والتي تجاوز قيمتها مائة ألف جنيه، وأحياناً يعطيها المشرع - بنصوص استثنائية - الحق في نظر بعض الدعاوى بوصفها محكمة أول درجة .

الفرع الثاني

القضاء الجنائي

يشتمل القضاء الجنائي على ثلاثة أنواع من المحاكم هي على حسب تدرجها
محاكم الجنج والمخالفات ومحاكم الجنج المستأنفة ومحاكم الجنايات .

وسوف نلقي الضوء على هذه المحاكم فيما يلي :

أولا : محاكم الجنج والمخالفات :

محاكم الجنج والمخالفات هي إحدى دوائر المحكمة الجزئية الكائنة في كل
مركز أو قسم . وتختص بالنظر في المخالفات والجنج . ويصدر الحكم من هذه
المحكمة بواسطة قاضي واحد .

ثانيا : محاكم الجنج المستأنفة :

توجد محاكم الجنج المستأنفة بعاصمة كل محافظة وتشكل من ثلاثة من قضاه
المحكمة الابتدائية باعتبارها إحدى دوائرها . وتختص هذه المحاكم بالنظر في
الطعون المرفوعة أمامها ضد الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية أي محاكم
الجنج والمخالفات التابعة لها .

ثالثا : محاكم الجنايات :

محاكم الجنايات عبارة عن دائرة من دوائر محكمة الاستئناف وتشكل من ثلاثة
مستشارين، وتختص بالنظر في الجنايات وفي الجنج التي ينص القانون
صراحة على اختصاصها بالفصل فيها

والأحكام الصادرة من محكمة الجنايات لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف ولكن
يجوز الطعن فيها بالنقض فقط .

المطلب الثاني

جهة القضاء الإداري (مجلس الدولة)

ينص قانون مجلس الدولة على أنه هيئة قضائية مستقلة تختص بنظر كافة المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية .

ويطلق على جهة القضاء الإداري مجلس الدولة وهذا المجلس ينقسم إلى قسمين رئيسيين :

الأول: هو قسم الفتوى والتشريع الذي يختص بإصدار الفتاوى في المسائل القانونية للجهات التي تطلب منه ذلك حيث لا يجوز لأية وزارة أو هيئة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو حكم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه إلا بموافقته. وكذلك إعداد مشروعات القوانين التي تتقدم بها الحكومة إلى مجلس الشعب حيث تلتزم كل وزارة أو مصلحة قبل استصدار أي قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذي صفة تشريعية أو لائحية أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته ويجوز أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات .

والقسم الثاني : وهو ما يخصنا هنا وهو القسم القضائي فيختص بنظر كافة المنازعات الإدارية ويضم عدة أنواع من المحاكم هي : المحكمة الإدارية والمحكمة التأديبية ومحكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا. وسوف نلقي الضوء على كل نوع من أنواع هذه المحاكم .

أولا : المحاكم الإدارية :

تعتبر المحاكم الإدارية محاكم أول درجة وتصدر أحكامها من دائرة ثلاثية برئاسة مستشار مساعد على الأقل وعضوية اثنين من النواب على الأقل .

وينعقد اختصاص المحاكم الإدارية في المسائل التالية :

١. الفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو منح العلاوة والقرارات الإدارية التي تصدر بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي متى كانت متعلقة بالموظفين العموميين من المستوى الثاني والمستوى الثالث ومن يعادلهم .

٢. الفصل في طلبات التعويض المترتبة على القرارات السابقة .

٣. الفصل في المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين أو لورثتهم .

٤. الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إداري آخر.

ثانيا : المحاكم التأديبية :

تختص المحاكم التأديبية بالفصل في الدعاوى التأديبية التي تقيمها النيابة الإدارية على الموظف الذي ارتكب خطأ تأديبي لتوقيع جزاء عليه كالخضوع من المرتب أو الوقف عن العمل أو الفصل من الخدمة . وتختص هذه المحاكم بنظر الدعاوى التأديبية عن المخالفات المالية والإدارية التي تقع من :

١. العاملين المدنيين بالجهاز الإداري للدولة في الوزارات ووحدات الحكم المحلي والعاملين بالهيئات والمؤسسات العامة.

٢. أعضاء مجالس إدارة التشكيلات النقابية المشكلة طبقا لقانون العمل وأعضاء مجالس الإدارة المنتخبين طبقا للقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٦٣ .

٣. العاملين بالجمعيات والهيئات الخاصة التي يصدر بتحديددها قرار من رئيس الجمهورية ممن تجاوز مرتباتهم خمسة عشر جنيها شهرياً .

كما ينعقد اختصاصها بنظر الطعون الخاصة بطلبات الموظفين العموميين بإلغاء القرارات الإدارية النهائية للسلطات التأديبية والطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانوناً.

ويتحدد تشكيل المحاكم الإدارية على أساس المستوى الوظيفي للعامل المحال للمحاكمة التأديبية وعلى ذلك فهي نوعان :

الأول : يختص بمحاكمة العاملين من مستوى الإدارة العليا وتشكل المحكمة من ثلاثة مستشارين ويصدر بالتشكيل قرار من رئيس المجلس .

الثاني : يختص بمحاكمة الموظفين الشاغلين لوظائف أدنى من هذا المستوى وتشكل المحكمة برئاسة مستشار مساعد على الأقل وعضوية اثنين من النواب ويصدر بالتشكيل قرار من رئيس المجلس .

وينبغي الإشارة إلى أن كلا النوعين من مستوى واحد ويطعن في الأحكام الصادرة منهما أمام المحكمة الإدارية العليا .

ثالثاً : محكمة القضاء الإداري :

يقع مقر محكمة القضاء الإداري بمدينة القاهرة ويرأسها نائب رئيس مجلس الدولة وتصدر أحكامها من دوائر تشكل كل منها من ثلاثة مستشارين ، ويحدد اختصاص كل دائرة من دوائر محكمة القضاء الإداري بقرار من رئيس مجلس الدولة .

وكانت تتكون هذه المحكمة من خمسة دوائر على النحو التالي :

١. دائرة منازعات الأفراد والهيئات .
 ٢. دائرة الفصل بغير الطريق التأديبي والمنازعات المتعلقة بقرارات الإحالة إلى المعاش أو الاستيداع .
 ٣. دائرة المنازعات الخاصة بالترقيات والتعيينات .
 ٤. دائرة التسويات .
 ٥. دائرة المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية وطلبات التعويض .
- وقد أضيفت لمحكمة القضاء الإداري دائرتان استثنائيتان بعد أن تحولت إلى جهة استئناف بالنسبة للأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية .

رابعاً : المحكمة الإدارية العليا :

تقع المحكمة الإدارية العليا على قمة القضاء الإداري وهي تقابل محكمة النقض في القضاء العادي . ومقرها مدينة القاهرة ويرأسها رئيس مجلس الدولة ، وتصدر أحكامها من دوائر تتألف كل منها من خمسة مستشارين وتوجد بها دائرة خاصة بفحص الطعون وتشكل من ثلاثة مستشارين .

وتختص المحكمة الإدارية العليا بالفصل في الطعون المرفوعة أمامها ضد الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية ومحكمة القضاء الإداري وذلك في الأحوال التالية :

١. إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله .
١. إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم .

٣. إذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أم لم يدفع .

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الإدارية العليا عند نظرها للدعوى المرفوعة أمامها لا تقتصر على بحث مدى سلامة تطبيق القانون كما هو شأن محكمة النقض بل تتعدى ذلك إلى فحص موضوع الدعوى ووقائعها فهي محكمة واقع وقانون .

المبحث الثاني

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

يتنازع التطبيق المكاني للقانون مبدئين هامين هما : مبدأ إقليميه القانون ومبدأ شخصية القانون ، ومفاد مبدأ إقليمية القانون هو أن الدولة تقوم بتطبيق القانون بصورة مطلقة علي كل من يوجد علي إقليمها دون تفرقة بين المواطنين والأجانب. أما المبدأ الثاني فيعني أن الدولة تقوم بتطبيق القانون علي مواطنيها أينما كانوا سواء علي إقليمها أو خارجه.

وفي واقع الأمر لا تستطيع دولة أن تأخذ بأحد هذين المبدئين دون الآخر بل تأخذ بهما معاً بدرجات متفاوتة. ونعرض هنا لهذين المبدئين بشئ من التفصيل ثم نبين موقف المشرع المصري وذلك علي النحو التالي:

المطلب الأول : مبدأ اقليمية القانون

المطلب الثاني : مبدأ شخصية القانون

المطلب الثالث : موقف المشرع المصري

المطلب الأول

مبدأ اقليمية القانون

يقتضي هذا المبدأ أن قانون كل دولة يطبق تطبيقاً إقليمياً ، بمعنى أنه لا يسري كقاعدة عامة إلا في داخل إقليم الدولة التي أصدرته ولا يكون له أي تطبيق خارج إقليمها . ويتفرع عن ذلك أن قانون الدولة يسري علي كافة الأشخاص المقيمين داخل إقليم الدولة ، سواء كانوا وطنيين أي يحملون جنسية هذه الدولة أم كانوا أجنب لا يتمتعون بجنسيتها ، كما يسري علي كافة الأشياء الموجودة داخل إقليم الدولة سواء كانت منقولة أم عقارية ، وسواء كانت هذه الأشياء مملوكة لوطنيين أم لأجانب .

ويعد مبدأ اقليمية القانون نتيجة منطقية وطبيعية لفكرة سيادة الدولة علي إقليمها وامتداد سلطانها علي كافة أنحاء هذا الإقليم ، وبالتالي فإن قانون هذه الدولة يسري علي كل شخص و كل نشاط داخل حدود هذا الإقليم. ومما لاشك فيه ان تطبيق قانون الدولة علي كل الأشخاص الموجودين علي إقليمها يعد مظهراً من مظاهر السيادة التي تتمتع بها علي إقليمها ، ولا يجوز لهذه الدولة أن يتعدى تطبيق قانونها حدود إقليمها احتراماً لسيادة الدول الأخرى علي كل إقليمها .

وقد ساد مبدأ اقليمية القانون قديماً حيث كانت الدول والجماعات تعيش في عزلة مطلقة فلا يعرف الأفراد الانتقال من دولة إلى أخرى إلا في حالات نادرة، بالإضافة إلى تمسك كل دولة بشده بسيادتها علي إقليمها وعدم سماحها بتطبيق أي قانون أجنبي علي أراضيها، ومن ثم لم تكن هناك غرابة في التطبيق المطلق لهذا المبدأ من جميع الدول .

المطلب الثاني

مبدأ شخصية القانون

إذا كان مبدأ إقليمية القانون يجد مبرره إلى ما للدولة من سيادة على إقليمها فإن مبدأ شخصية القانون يجد مبرره إلى سيادة الدولة على مواطنيها . ويترتب على ذلك إن قانون الدولة يسرى على رعاياها فقط دون نظر إلى المكان الذي يقطنون فيه، أي سواء كانوا مقيمين داخل إقليم الدولة التي يتمتعون بجنسيتها أم في إقليم دولة أخرى، ومعنى ذلك ان قانون الدولة لا يطبق على الأجانب حتى ولو كانوا يقيمون على إقليمها .

ويترتب على تطبيق هذا المبدأ تعدد القوانين المطبقة داخل إقليم كل دولة بتعدد جنسيات الأجانب المقيمين داخل هذا الإقليم وذلك على عكس ما كان عليه الأمر في ظل مبدأ إقليمية القانون حيث لا يطبق على إقليم الدولة إلا قانون واحد هو قانونها .

وقد ظهر هذا المبدأ نتيجة لاتساع نطاق العلاقات بين الدول وقيام التبادل التجاري بينهما مما أدى إلى انتقال الكثيرين من دولها إلى دول أخرى لممارسة أوجه النشاط المختلفة فيها.

وكان تطبيق مبدأ إقليمية القانون بصورة مطلقة يمثل عبئاً ثقيلًا على عاتق الأجانب لاسيما في المسائل ذات الصبغة الدينية والشخصية مثل مسائل الأسرة وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية فاخذوا يطالبون بالتخفيف من حدة تطبيق هذا المبدأ مستنديين إلى أن القانون يوضع للأشخاص لا للأقاليم حيث يأتي وفقاً لطباعهم وعاداتهم وثقافتهم فكيف ينطبق على أفراد آخرين لا تتوافر لهم

الظروف والصفات. فالأجنبي الذي يقيم على إقليم الدولة يرغب دائما في تطبيق قانون دولته التي يحمل جنسيتها ولا يحتاج إلى قانون غير مألوف لديه.

واستجابة لاعتبارات العدالة ومصالح الأفراد والدول ذاتها بدأ التخفيف من حدة هذا المبدأ وبدأت الدول تسمح بتطبيق القانون الأجنبي على إقليمها أحيانا. ومعنى ذلك أن القانون يطبق على الشخص المتمتع بجنسية الدولة صاحبه هذا القانون حتى ولو كان هذا الشخص يقطن على إقليم دولة أخرى .

وإذا كان تطبيق مبدأ شخصية القانون في بداية الأمر قد تم على سبيل المجاملة بين بعض الدول لمواطني بعض الدول الأخرى بشرط المعاملة بالمثل إلا أنه ما لبس أن استقر تطبيقه شيئا فشيئا وأصبح من الأصول التي يقتضى العرف الدولي احترامها .

وإذا كان مبدأ إقليمية القانون يتمتع بنفوذ واسع لدى غالبية دول العالم في مجال القانون العام فإن مبدأ شخصية القانون يتمتع بنفوذ واسع لدى غالبية دول العالم في مجال بالنسبة لقواعد القانون الخاص، لاسيما فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، نظرا لتعلقها بشخص الإنسان وعواطفه ومعتقداته، كما أن الغالب ارتكاز القواعد المنظمة لهذه الروابط على أساس ديني، فضلا عن أن روابط القانون الخاص لا تمس في الغالب حق سيادة الدولة على إقليمها ، لهذا فقد اتسع مجال تطبيق مبدأ شخصية القانون في ميدان العلاقات الفردية الخاصة .

المطلب الثالث

موقف المشرع المصري من نطاق تطبيق القانون

من حيث المكان

يأخذ المشرع المصري بمبدأ إقليمية القانون كأصل عام فتطبق قواعد القانون المصري تطبيقاً إقليمياً على كل المقيمين على الإقليم المصري بصرف النظر عن جنسيتهم وتسرى على المصريين والأجانب على السواء . وفى نفس الوقت يأخذ المشرع المصري بمبدأ شخصية القانون على سبيل الاستثناء .

أولاً : الأصل هو مبدأ إقليمية القانون :

اتخذ المشرع المصري من الإقليمية مبدأ أساسياً في تأسيس نظامه القانوني فكل مشروع حريص على تمتع دولته بكل مظاهر السيادة على إقليمها ومن المعروف أن من أهم هذه المظاهر هو تطبيق قانونها على كل أنحاء الإقليم وعلى جميع الأفراد المقيمين على هذا الإقليم وطينيين أو أجانب دون ثمة تطبيق أي نظام قانوني آخر لدولة أخرى .

ووفقاً لهذا المبدأ تطبق القوانين المصرية على كافة الأشخاص المقيمين على الإقليم المصري سواء كانوا مصريين أم أجانب دون السماح بتطبيق أي قانون أجنبي آخر وفى نفس الوقت لا تطبق القوانين المصرية خارج حدود الإقليم المصري على المصريين المقيمين في الخارج .

ويجد مبدأ إقليمية القانون تطبيقه في مصر في مجال القانون العام ، فمثلاً يتمتع مبدأ الإقليمية بمكانة متميزة في مجال القانون الدستوري فتطبق أغلب قواعده تطبيقاً كاملاً وأهم هذه القواعد هي التي تتعلق بشكل الدولة وسلطاتها وكذلك

القانون الإداري والقانون المالي كالقوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم ، فهذه القوانين جميعها لا تسري إلا في داخل الإقليم المصري لأنها تتصل بأمر تمس بالدرجة الأولى سيادة الدولة واستقلالها.

وكذلك الأصل في القانون الجنائي أن يخضع لمبدأ إقليمية القانون وهذا ما تؤكدته المادة الأولى منه والتي تقضي بسريان أحكامه على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه فتطبق أحكام قانون العقوبات المصري على كل من يرتكب على الإقليم المصر جريمة من الجرائم المنصوص عليها ولو لم يكن مصرياً وبالمقابل فإن المصري الذي يرتكب جريمة خارج إقليم مصر لا يسري عليه القانون الجنائي المصري .

ثانياً : الاستثناء هو سريان مبدأ شخصية القانون :

إذا كانت القاعدة – كما ذكرنا سابقاً – هي أخذ المشرع المصري بمبدأ إقليمية القانون فإن الاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة هو تطبيق مبدأ شخصية القانون في بعض الأحيان على بعض الموضوعات التي تحتاج إلى التطبيق الشخصي ، كالموضوعات المتعلقة بالأسرة وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية ، وتطبيق هذا الاستثناء يتم عادة وفقاً لاتفاق الدول فيما بينها على شرط المعاملة بالمثل .

وقد نتج عن أخذ المشرع المصري بمبدأ شخصية القانون في بعض مسائل الأحوال الشخصية أن أصبح الأجانب المقيمين في مصر يطبق عليهم قوانين الدولة التي يتمتعون بجنسيتها ، وذلك بشرط ألا يؤدي تطبيق القانون الأجنبي إلى مخالفة النظام العام أو الآداب في مصر .

وعلى ذلك فالزواج الذي يتم بين فرنسي وفرنسية داخل مصر لا يحكمه القانون المصري بل يطبق عليه أحكام القانون الفرنسي والنفقة التي تستحقها زوجة إنجليزية من زوجها الإنجليزي تخضع لأحكام القانون الإنجليزي حتى بفرض إقامتهما في مصر .

والنتيجة المترتبة على سريان مبدأ إقليمية القانون ومبدأ شخصية القانون هي قيام تنازع القوانين وبزوغ القانون الدولي الخاص . فتطبيق مبدأ إقليمية القانون ومبدأ شخصية القانون ترتب عليه تعدد القوانين المطبقة على إقليم دولة واحدة وقيام تنازع بينهما ما كان ليظهر لو طبق أحد المبدأين دون الآخر، الأمر الذي أدي إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالة .

والبحث عن القانون الواجب التطبيق سوف يقتضي بالضرورة وضع قواعد ومعايير يتم من خلال تطبيقها الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع وهكذا ظهر فرع جديد من فروع القانون هو القانون الدولي الخاص

ويتضمن هذا الفرع القواعد والمعايير التي تحدد الحالات التي يجب فيها تطبيق القانون الوطني والحالات الأخرى التي يطبق فيها القانون الأجنبي. والقانون الدولي الخاص قانون وطني بمعنى أن كل دولة لها قواعدها التي تطبقها بشأن تنازع الاختصاص والتي من الجائز ألا تتفق مع القواعد التي تطبقها دولة أخرى ، وهذا لا يمنع أن هناك من القواعد التي أصبحت من الأصول الثابتة التي تلتزم جميع الدول باحترامها والعمل وفقا لأحكامها وعلى سبيل المثال : وجوب تطبيق قانون الجنسية في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية – وجوب تطبيق قانون الإقليم في حالة القوانين الجنائية والدستورية والإدارية والمالية ومسائل الاختصاص الخ .

نظرية الحق

مقدمة

إذا كان القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقة بين أفراد المجتمع، فإن وسيلته في ذلك هي تحديد ما للأفراد من حقوق وما عليهم من واجبات ، أي أن القانون يعترف بأن لكل فرد حقوق معينة ، تثبت له سواء في مواجهة غيره من أفراد المجتمع أو في مواجهة السلطة الحاكمة ، فالدولة – كما قلنا – تخضع للقانون.

والحق يقابله الواجب ، فكما تثبت للإنسان حقوق معينة فهو يتحمل بالواجبات ، سواء في مواجهة غيره من أفراد المجتمع ، أو في مواجهة السلطة الحاكمة .

ودراسة الحقوق ، هي دراسة – في نفس الوقت – الواجبات ، ولذا أهتم الفقه القانوني بتحليل فكرة الحق ، فأهتم في المقام الأول بتعريفه ، ثم بين أنواعه، وعناصره ... إلخ ، وقد صاغ الفقه في مجموع هذه المبادئ والأفكار نظرية سميت في فقه القانون ، بنظرية الحق ، وهي تقابل نظرية القانون ، وليست هذه دعوة لانفصال نظرية الحق عن نظرية القانون ، لأن العلاقة بينهما علاقة وثيقة ، لكن قصدنا بذلك التركيز على فكرة أساسية – مع أنها محل اختلاف الفقهاء – مؤداها أن فكرة الحق من الأفكار الأساسية والهامة والتي لا غنى عنها، فهي واحدة من الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني .

ونظراً لهذه الأهمية ، سوف نخصص هذا الكتاب لنظرية الحق، بعد أن خصصنا الكتاب الأول لنظرية القانون ، وسنحاول – بإذنه تعالى – أن نتعرض لأهم موضوعاته ، فنعرف الحق ، ونبين

أنواعه ومن يثبت له الحق ، وعلى ماذا يريد الحق ، وما هي مصادره ، وما هي وسائل حمايته ، وذلك بطريقة سهلة وعبارات واضحة ليتمكن القارئ من الإلمام بمصطلحاته الدقيقة ، طامعين أن يكون هذا الجهد مقبولاً إن شاء الله .

خطة البحث :

- الفصل الأول : ماهية الحق .
- الفصل الثاني : أنواع الحق .
- الفصل الثالث : أركان الحق .
- الفصل الرابع : مصادر الحق .
- الفصل الخامس : الحماية القانونية للحق .

الفصل الأول

ماهية الحق

تعد كلمة الحق من أكثر الكلمات القانونية استخداماً في حياتنا اليومية ، وهذه مسألة بديهية حيث أن النظام الإنساني فطر على مجموعة أداءات وأعمال في شتى الأوساط ، خاصة وأن الحق ما هو إلا الوجه الآخر للالتزام ، فما هو حق لشخص يعد التزاماً على شخص آخر في ذات الوقت .

ورغم بساطة هذا الطرح ، إلا أن المسألة ليست بالسهولة المتوقعة من جانب فقهاء القانون الذين أثاروا الخلاف حول تعريف الحق بداية من إنكار فكرة الحق ذاتها إلى تعدد المذاهب التي تتناول مفهوم الحق وانتهاءً لجملة تعريفات تخص فكرة الحق ، علاوة على محاولات الفصل بين فكرة الحق وتمييزها عن غيرها من المفاهيم الأخرى.

و رغم أن التحليل والتفنيد الذي تناولته النظرية الحديثة لفكرة الحق بزعامة الفقيه (دابان) تجنبت الكثير من أوجه النقد التي وجهت للنظريات والمذاهب الأخرى السابقة عليها، إلا أنها تمادت وأسهمت في معالجتها لفكرة الحق وبرغم ذلك إلا أن هذه المعالجة حملت قدراً كبيراً من الصواب ، حيث أن الحق يفترض الاستثناء والتسلط إضافة إلى أنه يفترض وجود صاحب لهذا الحق وآخرون يحترمونه علاوة على وجود نظام حماية قانوني ينشط في حالات الاعتداء على هذا الحق مما يعنى إقرار القانون لهذا الحق والاعتراف به .

وبقول آخر فالحق لا يخلو من عناصر أساسية تميزه وعلى رأسها وجود صاحب لهذا الحق متمتع بميزة معينة في مواجهة شخص أو أشخاص يحترمون هذا التمتع الذى يمنع صاحبه تسلط على هذا الحق بموجب اعتراف بذلك من القانون . ولقد تعددت التعريفات التى تتناول فكرة الحق ونتخير منها ما استقر عليه كثير من رجال الفقه القانونى فى أنه "استثناء شخص بشئ أو بقيمة استثنائاً يحميه القانون"^(١).

(١) محمد إبراهيم دسوقي ، النظرية العامة للقانون والحق فى دراسة للقانون الليبى، المكتبة الوطنية ، ١٩٧٦ ، ص١٩٩ وما بعدها .

الفصل الثاني

أنواع الحق

تتعدد أنواع الحقوق سواء للأفراد أو الجماعة إلى مجموعة من التقسيمات المتباينة في الأهمية حيث تنقسم إلى حقوق سياسية وأخرى مدنية، والحقوق المدنية تنقسم بدورها إلى حقوق عامة وحقوق خاصة، والحقوق الخاصة تنقسم أيضا إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية، والحقوق المالية تنقسم تبعاً لذلك إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق ذهنية .

وإن كان جل الفقهاء يعتمدون ذلك التقسيم إلا أن بعض الفقهاء جرى على تقسيم الحقوق إلى "حقوق حالية" و "حقوق مؤجلة أو مستقبلية" و"حقوق شرطية" و "حقوق احتمالية" ولكن هذا التقسيم لا يستوجب الوقوف عنده لأنه يقوم على أساس وجود الحق وكونه يقيناً حالاً من عدمه. وعلى ذلك تتركز أهميته في فترة الشك من مسألة هذا الوجود فإذا حسم هذا الشك بإثبات وجود الحق لم يعد هناك ما يفرق بين هذه الحقوق على بقية الحقوق الأخرى ، أما إذا حسم هذا الشك بنفي وجود الحق فإننا لا نكون أمام حق من الحقوق .

وثمة تقسيم آخر تزعمه بعض الفقهاء حينما قسموا الحقوق إلى "حقوق مقيدة" و "حقوق مطلقة" حيث تضع الحقوق المقيدة لتعقيب ورقابة القضاء في حين تظل الحقوق المطلقة خاضعة لتقدير أصحابها دون رقابة ، ولعل هذا التقسيم متروك لكونه تقسيماً وهمياً حيث أن جميع الحقوق مقيدة للاستعمال وخاضعة لسيادة القضاء ورقابته .

وعلى ذلك نلقى الضوء على بعض الحقوق مضيقين فى تناولها
كالحقوق السياسية والحقوق المدنية العامة وحقوق الأسرة كحقوق مدنية
خاصة .

وهى ما يطلق عليها الحقوق غير المالية فى حين نتوسع فى
استعراض الحقوق العينية والشخصية والذهنية وهى ما يطلق عليها
الحقوق المالية على النحو التالى :

المبحث الأول

الحقوق غير المالية

هى الحقوق التى لا تقوم بالمال ولكنها مجموعة من القيم تثبت للإنسان بحكم كونه مواطناً فى بلده فيتمتع على أثر ذلك بحقوق سياسية، أو تثبت له بحكم نسبه إلى أسرة معينة فيتمتع على أثر ذلك بحقوق الأسرة، أو تثبت له بحكم كونه إنساناً فيتمتع على أثر ذلك بالحقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان .

المطلب الأول

الحقوق السياسية

الحقوق السياسية هى الحقوق المقررة للشخص باعتباره مواطناً ينتمى إلى بلد معين والتي تمكن هذا الشخص من الاشتراك فى شؤون الحكم بإقامة النظام السياسى للجماعة وحماية المصالح السياسية لهم كحق الانتخاب والترشيح وحق تقلد الوظائف العامة .

وتتميز هذه النوعية من الحقوق بطبيعة خاصة عن الحقوق المعنية بالدراسة فى نظرية الحق حيث أن الحقوق السياسية لا تعد ميزات أو مصالح للأفراد ولكنها وظائف سياسية ينظر إليها على أنها تكليف وليست حقوقاً ، ويتجلى ذلك فى عدم ثباتها لكل الأشخاص وإنما تثبت فقط لأبناء الدولة المنتمين إليها بجنسيتها ، فالأصل أن المواطنين فقط هم الذين يساهمون فى حكم الدولة وليس الأجانب ، ومن جانب آخر إذا كان الأصل هو ثبات الحقوق السياسية للمواطنين فقط فإن هذه

المسألة ليست على إطلاقها أيضا حيث أنه التمتع بالحقوق السياسية يستوجب توافر شروط خاصة في المتمتعين بها من المواطنين كشرط السن على سبيل المثال ، أو التمتع بمؤهل معين .. الخ .

ولعل دراسة الحقوق السياسية نجد له براحاً أكثر في نطاق دراسة القانون العام وعلى الأخص دراسة القانون الدستوري ، والقانون الإداري .

المطلب الثاني

حقوق الأسرة

حقوق الأسرة هي الحقوق المقررة للشخص باعتباره منسباً إلى أسرة معينة سواء عن طريق الزواج أو عن طريق النسب. والأسرة هي تلك المجموعة من الأشخاص والمكونة بحد أدنى من شخصين فأكثر تربط بينهما صلة قرابة سواء كانت قرابة دم كالابن والأب أو قرابة مصاهرة كالزوج والزوجة .

وتنقسم حقوق الأسرة لنوعين من الحقوق متمثلة في الحقوق المالية، مثل حق الأبناء على الأب في الإنفاق عليهم في حياته أو أرثه بعد موته ، وكذلك حق الزوجة على زوجها في الإنفاق عليها أو أرثه بعد موته ، وإلى جانب الحقوق المالية للأسرة توجد حقوق غير مالية كحق طاعة الزوجة لزوجها وحقها في حسن عشرتها وحق الزوج في تأديب الزوجة وتأديب أولاده أيضاً.

وتعد حقوق الأسرة من ركائز مسائل الأحوال الشخصية التي لا تخضع لقواعد القانون المدني وإنما لقواعد الشريعة الإسلامية فيما

يخص المسلمين وقواعد الشرائع الطائفية فيما يخص غير المسلمين باعتبارها مسائل وثيقة الصلة بعقيدة الإنسان وما يعتنقه من شرائع .

ولكن هذه الحقوق بنوعها المالى وغير المالى تأخذ حكم الحقوق غير المالية لطابعها الأدبى الغالب عليها والقائم على روابط القرابة والمصاهرة، وهذا ما يدعو بعض الفقه لإدراجها ضمن الحقوق الشخصية .

كما تتطوى حقوق الأسرة على واجبات تتقرر على صاحب الحق فيها فى مواجهة الأفراد الآخرين المقررة لهم ذات الحقوق، فمثلا إذا كان من حق الزوج طاعة زوجته له وهو فى ذات الوقت التزام على الزوجة فإنه من حق الزوجة حسن معاشرته زوجها لها وهو فى ذات الوقت التزام على الزوج .

ولهذا فإن مجال دراسة حقوق الأسرة يتركز فى دراسة مقرر الأحوال الشخصية للمسلمين ومقرر الأحوال الشخصية لغير المسلمين والذين ستنم دراستها لاحقا .

المطلب الثالث

الحقوق اللصيقة بالشخصية

هى الحقوق المدنية العامة التى تثبت للشخص بصفته إنساناً ولأجل ذلك يطلق عليها الحقوق اللصيقة بالشخصية أو حقوق الشخصية كما تسمى أيضا الحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان وهى حقوق تمنح صاحبها مميزات مأخوذة من مبادئ الحرية ، فتحمى حياة الإنسان وشخصيته وماله .

وتتماز هذه الحقوق بكونها مطلقة ويمكن الاحتجاج بها فى مواجهة الكافة كما أنها لا تقوم بالمال وعلى ذلك هى ليست محلاً للتعامل ولا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها أو توريثها علاوة على أنها حقوق لا تسقط بالتقادم .

وهذه الطائفة من الحقوق لا سبيل لحصرها فمنها ما يتعلق بحماية الكيان المادى للإنسان ومنها ما يتعلق بحماية كيانه المعنوى إلى جانب ما يتعلق بنشاط الشخصية ذاتها وما يلزمه من حماية .

الفرع الأول

الحقوق المتعلقة بحماية الكيان المادى للإنسان

يأتى على رأس قائمة هذه الحقوق ، الحق فى الحياة وسلامة الجسد، حيث أنه لكل إنسان حق يحمى جسده بأعضائه المختلفة ضد أى عدوان أو اعتداء يقع عليه ويقتضى هذا الحق منع الغير من المساس بجسد غيره سواء بضرب أو بجرح ، ويضمن القانون الجنائى إيقاع العقوبة على كل من يعتدى على هذه الحقوق إضافة إلى التعويض المدنى عن الأضرار الناجمة عن مثل هذه الاعتداءات فهو الوحيد دون سواه صاحب الحق فى التصرف فى جسده .

لكن ليس معنى ذلك إطلاق سلطة الشخص على جسده بتمكينه من التصرف فيه بحسب رغبته وهواه وإنما يجب على الشخص فى تصرفاته مراعاة الصالح العام لأن حماية القانون للشخص لم تنقرر إلا من منطلق حاجة الجماعة ، وليس من الصواب ترك الحرية للشخص فى التصرف فى جسده أو حياته دون قيد أو شرط ، فإذا كان القانون

يمنع الشخص من التبرع بأحد أعضائه الرئيسة مثلا كالقلب فإنه لا يمانع في قيامه بالتبرع بالدم لإنقاذ حياة شخص آخر وإذا كان له الحق في رفض التدخل الجراحي وعدم إجباره على الخضوع لإجراء ذلك فإنه في بعض الأحوال التي يستحيل فيها تبين موقفه نظراً لوقوعه في غيبوبة مثلا جاز للطبيب التدخل دون انتظار موافقته ، وذلك يجد مبرره في أن القانون يعمل على حماية المجتمع، والمجتمع يتكون من أفراد وحماية المجتمع لا تتأتى إلا من خلال حماية الفرد ، فيلتزم مثلا كمريض الإيدز بالخضوع لعملية التطبيب والملاحظة الطبية منعاً من اختلاطه بالغير توخيًا من نقل المرض للآخرين عن طريق العدوى ، وفي ذلك حماية للمجتمع بأسرة وإن كان على حساب رغبة المريض وهو .

وإذا كان الأصل هو ثبات حق الشخص على جسده طوال حياته وانتهائه بموته إلا أنه يجوز الخروج عن ذلك بمنح الشخص الحق في تحديد مصير جسده عقب موته شريطة ألا يناقض هذا التحديد النظام العام والآداب حيث أن الشخص يملك أن يوصى بجسده أو بجزء منه لإجراء التجارب الطبية عليه أو الإيحاء بالتبرع بأحد أعضائه لمصلحة الغير ممن يحتاجونها .

الفرع الثاني

الحقوق المتعلقة بحماية الكيان المعنوي للإنسان

الكيان المعنوي أو الكيان الأدبي هو مجموعة المقومات المعنوية المرتبطة بشخص الإنسان ارتباطًا لا ينفصم ، ولكي يحظى

هذا الكيان بالحماية يجب التسليم بأن للشخص مجموعة من الحقوق تدعمه فى تجنب أى عدوان يحيق بهذا الكيان وتعويضه فى حالة وقوع أى أضرار له وأبرز هذه الحقوق حق الإنسان فى شرفه وعرضه وكذلك فى خصوصية أسرار ه وحرية إبداعه وفكره .

والحق فى الشرف هو احترام اعتبار وقدر الشخص وإجلال سمعته ، والذود عن ذلك الحق ضد أى تهديد أو اعتداء والتعويض عن الضرر الناتج من ذلك الاعتداء .

كما أن الحق فى خصوصية الأسرار يتمثل فى بقاء أسرار الشخص بعيداً عن العلانية والإفصاح وامتناع كل من تهيأت له أسرار وخصوصيات شخص بحكم مهنته البوح بها أو إفشاءها كالطبيب والمحامى مثلاً إلا فى الأحوال التى يجيزها القانون ، كما أن للشخص الحق فى خصوصية وسرية مكاتباته ومخاطباته ومكالماته التليفونية ، ويعد إفشاء سرية أى من ذلك بمثابة جريمة جنائية ومن قبل أخلاقية يعاقب عليها القانون .

وكذلك للشخص الحق فى المحافظة على إبداعاته الذهنية أو ما يسمى بالحقوق الذهنية حيث تمثل هذه الحقوق جانباً أدبياً يرتبط بشخص الإنسان وكيانه المعنوى لورودها على الإبداع الفكرى لصاحبها مؤلفاً كان أم مخترعاً . وسيرد تناول هذه المسألة بشكل من التفصيل لاحقاً . كما أن الشخص له حق فى الاسم الذى يميز شخصيته ويمنع اختلاطها بغيره من أشخاص المجتمع ، فيحظر على غيره انتحال اسمه أو منازعته فيه وسيكون لاحقاً موضعاً لهذا الحق بالتفصيل .

كما تقتضى الحماية المعنوية للشخص الحق فى الصورة والهيئة فيمتنع عرض أو نشر صورة شخص دون تصريح منه إلا على سبيل الاستثناء كما فى حالة الحوادث العلنية أو الأشخاص أصحاب الصفة الرسمية .

الفرع الثالث

الحقوق المتعلقة بنشاط الشخصية

يلزم لتمكين الشخص من مزاوله وممارسة نشاطه مجموعة من حقوق الشخصية أو ما يطلق عليها الحريات الشخصية والرخص العامة التى تثبت للكافة دون تحديد مثل حرية التنقل والتملك والمسكن والمراسلات والعمل والزواج. فهذه الحقوق تمكن الشخص من مزاوله الأنشطة الاجتماعية والمهنية والاقتصادية والسياسية وكذلك الأعمال المادية اللازمة لممارسة الأنشطة المختلفة والأعمال القانونية اللازمة لتلك الأنشطة .

خصائص حقوق الشخصية :

يتضح لنا من العرض السابق أن حقوق الشخصية تلازم الشخص وتلتصق به وأنها تتميز ببعض الخصائص الطبيعية والبدئية.

فالحق الشخصى يزول بزوال صاحب الحق فلا ينتقل من بعد موته إلى ورثته ، كما أنها ولالتصاقها بالشخصية تعد حقوقاً غير مالية فلا تقوم بالمال ، وكذلك تعد من الحقوق التى تخرج عن دائرة التعامل فتكون بذلك غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها ، وأيضا تكون غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم .

إلا أن حقوق الشخص وإن كانت حقوقاً غير مالية إلا أنها قد تستتبع آثاراً مالية ، حيث أن الاعتداء عليها ينشئ لأصحابها حقاً مالياً متمثلاً فى التعويض ، وعلى ذلك من حق الشخص المعتدى على اسمه طلب وقف وصد هذا الاعتداء مع حقه فى المطالبة بالتعويض عن أى ضرر لحق به جراء هذا الاعتداء. وكذلك من حق المؤلف المطالبة بوقف اعتداء الغير على حقوقه الذهنية والسلطات المخولة له باقتضاء تعويض نظير ذلك الاعتداء ونؤكد أن أحقية صاحب الحق لا تتمثل فى اقتضاء تعويض عادل نظير الاعتداء الواقع على حقه فقط بل أحقيته فى وقف هذا الاعتداء دون توقف ذلك على إثبات حدوث ضرر من جراء هذا الاعتداء .

ومن جهة أخرى فإنه وإن كان أصل حقوق الشخصية عدم القابلية للتعامل والتصرف إلا أنه يجوز عكس ذلك فى شأن بعض الحقوق المبنية على اعتبارات جدية تحقق أغراض ناقصة دون مخالفة للقانون أو النظام العام والآداب، وبناء على ذلك يجوز للشخص الموافقة على استعمال الغير لاسمه كاسم مستعار أدبى ، أو استعمال اسمه كاسم تجارى . وأخيراً فإنه إذا كانت حقوق الشخصية لا تورث إلا أنه يجوز لورثة المؤلف أن يخلفوا مورثهم فى بعض سلطات حقه المعنوى وذلك لحماية مصنفة ، فورثة المؤلف وامتداد لذكراه يقع عليهم عبء دفع الاعتداء عن إبداعات مورثهم ومنع أى تشويه أو تحريف يحيق بصنيعه، فإذا كان من حق المؤلف رد أى اعتداء على مصنفة فإن هذا الحق الأدبى ينتقل لورثته لأنهم أكثر الناس حرصاً على سمعة مورثهم.

المبحث الثاني

الحقوق المالية

الحقوق المالية سلطات يقررها قانون المعاملات وتمكن أصحابها من القيام بأعمال يمكن تقويمها بالمال مثل حق الملكية وحق الدائنية وحق المؤلف تلك الحقوق التي تعد أموالاً تزيد في الذمة المالية لأصحابها ، وهى حقوق يجوز التعامل فيها والحجز عليها ، وهى على ثلاثة أنواع فمنها الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق الذهنية .

المطلب الأول

الحقوق العينية

الحق العينى هو استثنائاً يتقرر للشخص على شئ معين أو على قيمة مالية معينة ، وتعبير آخر هو سلطة مباشرة لشخص على شئ مادي ، يستطيع الشخص بمقتضى هذه السلطة القيام بأعمال معينة تحقق له منفعة ذات صلة بهذا الشئ ، وأكثر ما يميز هذه الحقوق أنها ترد على شئ مادي معين بالذات كما أنها تمكن صاحبها من مباشرة حقه دون وساطة من أحد .

وتنقسم الحقوق العينية قسمان حقوق عينية أصلية وحقوق

عينية تبعية نتناولها على النحو التالى :-

الفرع الأول

الحقوق العينية الأصلية

الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى عبارة عن حق الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق.

حق الملكية :

تعريف حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه .

حق الملكية هو سلطة مباشرة لشخص على شئ معين بذاته يستطيع من خلالها الاستئثار باستعمال ذلك الشئ والانتفاع به والتصرف فيه ، وعلى أثر ذلك التعريف نستنتج عناصر الملكية الممثلة فى حق الاستعمال وحق الانتفاع وحق التصرف .

والاستعمال يكون بالاستفادة المباشرة من الشئ من خلال عمل مادي كالقيام بزراعة أرض مثلا أو البناء عليها أو سكن منزل قائم أما الانتفاع فيكون بالاستفادة غير المباشرة من الشئ كالقيام بتأجير قطعة أرض أو مسكن أو بناء ليستخدم كمستشفى أو شركة أو شقة ليستخدم كعيادة أو مكتب محاماه .. إلخ. أما التصرف فهو السلطة التى تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأصلية حيث أن سلطتى الاستعمال والانتفاع من الممكن أن تثبت لغير مالك ، وعلى ذلك فسلطة التصرف تعطى صاحبها التصرف بعمل مادي للشئ كاستهلاكه أو أتلافه أو تغيير هيئته أو بعمل قانونى كنقل ملكية الشئ إلى الغير بأى وسيلة مثل البيع أو المقايضة أو الهبة ... إلخ .

خصائص حق الملكية :

ويمتاز حق الملكية بأنه حق دائم لا ينقضى ، فهو ينتقل من شخص لآخر، كما أنه لا يزول بعدم استعماله مهما طال مدة عدم الاستعمال وهو بعكس باقى الحقوق المالية التى تعد حقوقا مؤقتة مقدر زوالها كحقوق الانتفاع والحقوق العينية التبعية والحقوق الشخصية والحقوق الذهنية أو الفكرية .

كما يمتاز حق الملكية بأنه حق مطلق بمعنى أنه من جانب يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الكافة مثل سائر الحقوق ومن جانب آخر يتمتع المالك بسلطة تامة لا قيد عليها إزاء مملوكة .

نطاق حق الملكية :

ولكن يظل نطاق حق الملكية مشروط بتحقق مصلحة للمالك أولى من مصالح غيره بالرعاية أما عند انتهاء مصلحته فى ذلك فلا يكون له حق ملكية ، فالملكية لم تكن حقا لمباشرة الاستبداد والتسلط والأناية وإنما تمكين لا يجور على مصلحة الجماعة .

قيود حق الملكية :

إذا كان حق الملكية كما أشرنا حق مطلق ودائم وأن هذه هى القاعدة إلا أن هذه القاعدة لا تخلو من استثناء يقوضها فيمكن أن يرد على حق الملكية قيود إما بمقتضى نص قانونى أو بمقتضى اتفاق بين أصحاب الشأن.

والقيود المقررة بمقتضى نص قانونى تكون إما لمصلحة عامة وإما لمصلحة خاصة، الأول تتجلى فى سلطة الدولة فى نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة كشق طريق أو بناء كوبرى أو الاستيلاء على المواد الغذائية فى وقت الحروب ، أو تنظيم الزراعة كفرض زراعة معينة فى مكان ما كالقطن وقصب السكر والثانية تتجلى فى مجموعة الحقوق المدنية كحق الارتفاق الخاص بالرى وسقاية الأراضى الزراعية وإنشاء المناور والمطلات وما يلزمها من مسافات وحق المرور .

أما عن القيود الاتفاقية فيمكن لمالك مع جارة إبرام اتفاق يقيد من الملكية بحق من حقوق الارتفاق غير المنصوص عليها قانوناً ، وكذلك الاتفاق على المنع من التصرف كأن يهب رجل وهو على قيد الحياة أولاده أملاكاً معينة ويمكنهم من استعمالها والانتفاع بها عدا التصرف فيها طيلة حياته وأن التصرف فيها لا يكون إلا بموته فتظل الملكية مقيدة هنا طوال حياة الأب الواهب ، وهو شرط صحيح قانوناً طالما أنه مؤقت ويقصد منه تحقق مصلحة جدية مشروعة .

أنواع الملكية :

وأخيراً فإن الملكية إما أن تكون ملكية مفرزة وإما أن تكون ملكية شائعة. والملكية المفرزة هى التى يكون المملوك فيها شيئاً معيناً بذاته يمكن المالك من الاستئثار به . والملكية الشائعة هى ملكية عدة أشخاص لشيء واحد ينسب مختلفاً ولكن دون تحديد للشيء المملوك بالذات فيكون لكل مالك حق الاستئثار بكل جزء من الشيء المملوك وفى

ذات الوقت ليس له منه إلا نصيب معين ومآل الملكية الشائعة دائماً إلى إفرازها تجنباً لكثير من المشكلات العملية.

حق الانتفاع :

حق الانتفاع سلطة مقررة لشخص على شئ مملوك للغير تمكنه من استعمال ذلك الشئ واستغلاله ، فيحق لصاحب حق الانتفاع استعمال هذا الشئ كما لو كان منزلاً فسكنه، كما يجوز له النزول عن استعمالها إلى الغير فى مقابل كما لو قام بتأجير ذلك المنزل للغير .

وعلى ذلك يتمتع صاحب حق الانتفاع بسلطتين من سلطات الملكية الثلاث وهما حق الاستعمال وحق الاستغلال دون أن يكون له حق التصرف المقترنة بالمالك وليس بالمنتفع، ويسمى المالك فى هذه الحالة بمالك الرقبة .

وحق الانتفاع وإن كان يكتسب عن طريق العقود وعن طريق الوصية والميراث والشفعة والتقادم إلا أنه يظل حق مؤقت يحقق الزوال بانقضاء المدة المحدد له ، أو ترك ذلك المنتفع لحقه فى الانتفاع بالشئ أو بموت المنتفع أو بعدم استعماله لمدة ١٥ سنة أو هلاك الشئ الوارد عليه حق الانتفاع .

عندئذ تعود الملكية كاملة بجميع مكناتها وسلطاتها للمالك الذى كان مالكا للرقبة فقط .

حق الاستعمال :

حق الاستعمال هو حق يمكن صاحبه من استعمال شئ مملوك للغير بنفسه وفى الإطار المحدد له استعمال هذا الشئ، فلو كانت أرضا

للزراعة قام بزراعتها ولو كان منزلاً قام بسكنه ولا يحق له الانتفاع من ذلك الشيء أو الاستفادة منه عن طريق تأجيره للغير أو تغيير الغرض المحدد له .

حق السكنى :

يمكن هذا الحق صاحبه من استعمال شئ مملوك للغير وهو السكن أو الإقامة فيه ، فلا يحق له سوى استعمال ذلك الشئ لغير السكن ولا يحق له تأجيره للغير فالحق هنا يقرر السكن فقط من دون سائر الحقوق الأخرى ، وهو حق مؤقت ينقضى بذات الأسباب التي ينقضى بها حق الانتفاع السالف الإشارة إليها .

حق الحكر :

حق الحكر حق عيني يمكن صاحبه من الانتفاع بعقار مملوك للغير مدة لا تزيد على ستين سنة فيجيز له استعمال العقار بنفسه أو تأجيره للغير ويكون له ملكية ما أقامة على هذا العقار من منشآت طوال مدة الحكر .

والحكر حق لشخص يتقرر عادة على عقار موقوف خرب لا يكفى ريعه لإصلاحه ، وينقضى هذا الحق بانقضاء مدته وبزوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة وبعدم استعمال حق الحكر مدة خمس عشر سنة متصلة وكذلك بفسخ العقد.

حق الارتفاق :

حق الارتفاق حق يمكن صاحبه من استعمال عقار مملوك للغير استعمالاً جزئياً . كحق المطل وحق المرور أو حق يحد من منفعة

عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ، وحقوق الارتفاق قد تكون ظاهرة كحق المرور والمطل وقد تكون خفية كالحق فى عدم تعليية البناء عن حد معين ويكتسب حق الارتفاق بالميراث أو الوصية أو العقد أو الحيازة أو بنص القانون ذاته .

الفرع الثانى

الحقوق العينية التبعية

الحقوق العينية التبعية فى القانون المدنى المصرى عبارة عن حق الرهن الرسمى وحق الرهن الحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز.

الرهن الرسمى :

الرهن الرسمى أو التأمينى هو عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقًا عينيًا يكون له بمقتضاه التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون.

يتم هذا العقد أو الاتفاق بمعرفة موظف مختص بتحرير العقود وتوثيقها، ولا بد وأن يقع هذا الرهن على عقار ويلزم شهره عن طريق القيود فى الشهر العقارى للاحتجاج به على الغير من الدائنين الآخرين أو من تؤل إليهم ملكية العقار بعد رهنه .

وتظل حيازة العقار المرهون للمدين يمارس عليه سلطاته كمالك له إلا أن الدائن المرتهن يحق له استيفاء دينه من ثمن العقار بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين أو الذين لهم رهون تالية له

فى المرتبة ، ويستطيع الدائن المرتهن تتبع العقار فى يد من انتقلت إليه ملكيته وينفذ على العقار للحصول على حقه .

الرهن الحيازى :

الرهن الحيازى أيضا عقد به يلتزم شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينياً يخول حبس الشئ لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين التاليين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من هذا الشئ فى أى يد يكون .

ولا يشترط لتحريير عقد الرهن الحيازى أن يكون أمام موظف رسمى، كما أنه يرد على المنقول أو العقار على حد سواء خلافاً للرهن الرسمى .

وتظل الملكية للمدين الراهن الذى يمكنه التصرف فى المال المرهون للغير وفى نفس الوقت يكون للدائن حق حبس المال المرهون حتى يستوفى دينه.

وفى حالة انتقال حيازة المال المرهون ليد الدائن فإنه يلتزم بصيانة الشئ المرهون ، وفى حالة استفادته من هذا المال باستعماله وأخذ عائده، فإن هذا العائد يخصم من الدين الذى يضمه المال المرهون.

وللاحتجاج بالرهن فى مواجهة الغير يجب قيده فى الشهر العقارى متى كان المال المرهون عقاراً ، أو أن يكون المحرر الذى يثبت ثابت التاريخ إذا كان منقولاً .

ويمكن الرهن الحيازي الدائن المرتهن من استيفاء دينه من ثمن لمال المرهون متقدماً على غيره من الدائنين كما يمكنه من تتبع هذا المال فى أى يد صارت وذلك بعد إتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها .

حق الاختصاص:

حق الاختصاص أمر من القضاء وليس عقداً مثل الرهن الرسمى والحيازى حيث يحق للدائن الحائز لحكم واجب النفاذ صادر فى موضوع الدعوى، وملزم للمدين بمسألة معينة أن يحصل متى كان هذا الدائن حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات.

وعلى ذلك لا يتقرر الاختصاص إلا إذا كان الدائن يحوز لحكم واجب النفاذ ضد المدين كما أن الاختصاص لا يرد إلا على العقارات كالرهن الرسمى وعلى القاضى مراعاة التناسب بين قيمة الدين وقيمة العقارات المقرر عليها الاختصاص.

ويتمتع الدائن صاحب حق الاختصاص مثل الدائن المرتهن بميزتى التقدم على باقى الدائنين وتتبع العقار فى أى يد تكون .

حقوق الامتياز :

الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ولا يتقرر حق الامتياز إلا بنص قانونى إذ القاعدة أنه لا امتياز بغير نص وهذا هو الفارق بين الامتياز والاختصاص والرهن . والقانون هو الذى يحدد مرتبة الامتياز لحق من الحقوق، كما أن حق الامتياز قد

يكون عاماً فيرد على كل أموال المدين عقارات كانت أم منقولات وقد يكون خاصاً فيرد على مال معين بذاته قد يكون عقاراً وقد يكون منقولاً .

المطلب الثاني

الحقوق الشخصية والالتزامات

الحق الشخصي استثنائي غير مباشر بأداء معين يتقرر لشخص في مواجهة شخص آخر يسمى الأول الدائن والثاني المدين وبمقتضاه يكون للدائن الحق في مطالبة المدين بالقيام بأداء معين لصالحه ، وليس معنى ذلك أن هذا الاستثنائي يقع على شئ معين مثل الحق العيني ولكنه أداء معين لا يمكن للدائن الوصول إليه مباشرة إلا عن طريق تدخل شخص آخر يسمى المدين .

والحق الشخصي هو الوجه الآخر لمعنى الالتزام، فبالنظر لمركز الدائن يكون صاحب حق وبالنظر لمركز المدين يكون محمل بالتزام .

الفرع الأول

أنواع الحقوق الشخصية "الالتزامات"

تتباين الحقوق الشخصية بحسب الأداء الذي هو دائماً عمل معين من جانب المدين على خلاف الحق العيني، وهذا الأداء قد يكون إيجابياً أى التزام بعمل وقد يكون سلبياً كالاتزام بالامتناع عن عمل علاوة على الالتزام بإعطاء.

العمل الإيجابي "الالتزام بعمل" :

الالتزام بعمل هو تعهد المدين بالقيام بعمل إيجابي ، كأن يقوم العامل بمقتضى عقد العمل بينه وبين رب العمل بأداء العمل المكلف به ، وكالتزام المقاول بإقامة بناء لشخص ما بمقتضى عقد المقاوله فيما بينهما وكالتزام المطرب بإحياء حفل بمقتضى اتفاق بينه وبين متعهد الحفلات .

العمل السلبي "الامتناع عن عمل" :

الامتناع عن عمل هو تعهد من المدين يمنع عليه القيام بعمل معين كان بإمكانه القيام به لولا هذا التعهد ، فهو التزام يحد من حرية المدين العادية ، كالاتزام بعدم المنافسة وكالتزام ممثل أو مطرب بعدم التمثيل أو الغناء إلا لدى من تعاقدوا معه فقط مثل تعاقد مطرب على الغناء فقط عبر شركة فيمتنع عليه الغناء لشركة سواها .

الالتزام بإعطاء :

يجب ألا التفرقة فى مجال القيام بعمل بين أمرين أولهما كون الأداء مجرد عمل أو فعل يقوم به المدين كالتزامه الشخصى بعمل خدمة معينة كالتزام الطبيب بإجراء جراحة أو التزام المطرب بإحياء حفل غنائى حيث يسمى هنا الالتزام بعمل ما وثانيهما الالتزام بالأداء الإيجابى الذى يختلف عن الأمر الأول إذ إنه يمثل القيام بنقل حق عينى أو إنشائه ، أى يكون تصرفاً قانونياً ذا طبيعة خاصة.

ومن خلال الأمرين السابقين نجد نوعين مختلفين من الالتزامات الإيجابية يطلق على الأول الالتزام بعمل وهو الالتزام

المتمثل فى القيام بعمل ماضى ويطلق على الثانى الالتزام بإعطاء أو بأداء وهو التزام يهدف لنقل أو إنشاء حق عينى سواء تم ذلك بمقابل أو بدون .

وبالنسبة للالتزام بإعطاء - الأمر الثانى - يجب التفرقة بين الحق الشخصى القائم على مجرد عمل معين وهو فعل الإعطاء ذاته والحق العينى الذى يؤدى إليه قيام الملتزم بالفعل المطلوب، حيث أن الحق العينى فى هذا الأمر لا يوجد إلا عقب انتهاء العلاقة الشخصية . وبمعنى آخر فإن محل الحق الشخصى هو الفعل الذى يؤدى إلى الحصول على الشئ أما محل الحق العينى فهو الشئ نفسه.

الفرع الثانى

مصادر الحقوق الشخصية

تعدد صور الحقوق الشخصية بالمخالفة للحقوق العينية حيث أن القانون يحدد الحقوق العينية حصراً وينظم أحكام كل واحد منها فى حين أنه لا يفعل ذلك بخصوص الحقوق الشخصية وإنما اكتفى ببيان مصادرها المتمثلة فى العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع (المسئولية التقصيرية) والإثراء بلا سبب والقانون .

العقد: هو توافق إرادتين على أحداث أثر قانونى سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه وللأفراد فى هذا المجال الحق فى إنشاء ما أرادوا من حقوق، ويرون أنها تتفق مع متطلباتهم دون قيد، بشرط مراعاة النظام العام والآداب .

الإرادة المنفردة: الإرادة المنفردة هي قدرة شخص واحد منفرداً على إنشاء حق شخصي ، وفي القانون المصري نجد هذا المصدر يتمثل في الوعد بجائزة كأوضح مثال لهذا المصدر وإن كانت هناك صور كثيرة متعددة له .

العمل غير المشروع (المسئولية التقصيرية): يعد العمل غير المشروع أو الفعل الضار أحد مصادر الحقوق الشخصية انطلاقاً من نص المادة ١٦٣ من القانون المدني التي تنص على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " أى أن كل شخص يقوم بعمل ضار يلحق أذى بالغير يلتزم بتعويض وجبر هذا الضرر .

الإثراء بلا سبب: الإثراء بلا سبب أو الفعل النافع وهو عكس العمل غير المشروع هو قيام شخص بعمل يعود بالنفع على شخص آخر يتحقق بموجب هذا النفع إثراء بلا سبب لهذا الشخص الآخر، وعلى أثر ذلك يلتزم هذا الشخص الآخر المستفيد بتعويض من قام بالفعل النافع .

القانون ينشئ القانون بشكل مباشر ومن خلال قواعد قانونية حقوقاً شخصية كالالتزام الأب بالانفاق على ابنه والتزام الزوج بالانفاق على زوجته ... إلخ .

المطلب الرابع

الحقوق الذهنية (حق المؤلف)

وتطلق الحقوق الذهنية على الحقوق التي ترد على قيم غير مادية كتلك الحقوق التي تثبت للشخص على نتاج الذهن ، سواء فى مجال العلوم أو الآداب أو الفنون وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والاسم التجارى .

ويخول هذا الحق لصاحبه سلطة الاستثناء بما يرد عليه حقه ، كما تجعل له الحق فى أن يستغل ما أنتجه ، أو ما يرد عليه حقه استغلالاً مالياً .

وتقسم الحقوق المعنوية إلى :

١ - حقوق الملكية الصناعية والتجارية ، ويقصد بها الحقوق التي تكفل للصانع أو التاجر حماية العناصر الأساسية فى منشأته الصناعية أو التجارية ومن أمثلة هذه الحقوق ، الحق فى الاحتفاظ بالعملاء والحق فى براءات الاختراع والنماذج الصناعية ، والعلامات التجارية ، والاسم التجارى ، وتدخل دراستها فى نطاق القانون التجارى .

٢ - حقوق الملكية الأدبية والفنية (حقوق المؤلف) ، ويقصد بها الحقوق التي ترد على النتاج المبتكر للذهن فى المجالات المختلفة - العلوم - الآداب - الفنون - وهى ما تهمنافى هذه الدراسة الوجيزة .

المقصود بحق المؤلف :

يقصد بالحق المؤلف ، الحق الذى يثبت لكل مؤلف على مصنفه الذى انتجه سواء كان مصنفاً علمياً أو أدبياً أم فنياً ، وقد حددت المادة ١٣٨ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بحماية حقوق الملكية الفردية ، هذا المعنى بنصها على أن "يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفوا المصنفات المبتكرة فى الآداب والفنون والعلوم أيا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض منها..."

ولكى يثبت هذا الحق لا يشترط أن يكون المصنف قد أتى بفكرة لم يسبق إليها من قبل وإنما يكفى أن يكون قد أضاف شيئاً جديداً ، فالابتكار إذاً يتراوح بين الاختراع الجديد بصفة كاملة ومجرد التجديد فى طريقة العرض أو الأسلوب .

وترتيباً على ذلك ، يتمتع بحقوق المؤلف ، من قام بترجمة المصنف من لغة إلى أخرى ، أو بتحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر ، أو قام بتلخيصه أو بتحريره أو تعديله أو بالتعليق عليه بأى صورة تظهره فى شكل جديد .

كما لا يقتصر الابتكار على موضوع المؤلف بل يمتد إلى عنوانه أيضاً فيخضع من ثم ، هذا العنوان للحماية المقررة قانوناً ، إذا كان متميزاً بطابع ابتكارى ، ولم يكن لفظاً جارياً للدلالة على موضوع المصنف .

ومتى توافرت شروط الابتكار فى المصنف ، ثبتت له الحماية القانونية ، بغض النظر عن أهميته أو الغرض منه أو طريقة التعبير عنه .

ولا تعتبر المجموعات التى تنظم مصنفات عدة كمختارات الشعر والنثر الموسيقى وغيرها من المجموعات مصنفات قائمة بذاتها تستحق حماية خاصة من القانون غير الحماية التى يسبغها القانون على مؤلف كل من المصنفات التى تنظمها تلك المجموعات ، ومع ذلك تثبت الحماية القانونية لها إذا كانت متميزة لسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب أو أى مجهود شخصى آخر يستحق الحماية .

وكذلك لا تثبت الحماية القانونية لمجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية .

تحديد شخص المؤلف :

يطلق على واضع المصنف مؤلفاً ، وهو يتمتع بحماية القانون ، كما تثبت له السلطات التى تخولها له حق المؤلف على مصنفه ، وقد يكون المؤلف فرداً واحداً وقد يشترك شخصان أو أكثر فى تأليف مصنف كما فى حالتى المصنف المشترك والمصنف الجماعى فكيف يمكن تحديد شخص المؤلف فى هذه الحالات؟

أولاً : المصنف الفردى :

يعتبر نشر المصنف منسوباً إلى شخص معين سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى ، قرينة على أنه

صاحب المصنف ويتمتع من ثم - وفقاً لنص المادة الأولى من قانون حماية المؤلف - بحماية القانون ، وهذه القرينة تقبل إثبات العكس ، بمعنى أن نشر المصنف منسوباً إلى شخص معين لا يدل دلالة قاطعة على أنه صاحبه ، فيجوز بالتالي لمن له مصلحة أن يقيم الدليل بكل الطرق على أن من نسب المصنف إليه ليس هو المؤلف في حقيقة الأمر ، أو أن مؤلفه شخص آخر .

ثانياً : المصنف المشترك :

المصنف المشترك ، هو المصنف الذي يشترك في تأليفه أكثر من شخص ويكون لحسابهم ودون توجيه من أحد .

والمصنف المشترك نوعان :

١ - المصنف غير القابل للانقسام ، وفيه يساهم عدة أشخاص في تأليفه بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك .

ويعتبر الجميع - في هذه الحالة - أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم إلا إذا اتفق على غير ذلك ، وقد يتفق المؤلفون على تخويل واحد منهم أو أغلبهم ، استغلال المصنف ، أما في حالة عدم الاتفاق ، فإنه يلزم لمباشرة حقوق المؤلف اتفاق جميع المؤلفين المشتركين ، ومن ثم لا يجوز لأحدهم ، منفرداً أو لبعضهم مباشرة هذه الحقوق ، وإذا وقع اعتداء على حق المؤلف جاز لكل من المشتركين في التأليف ، الحق في رفع الدعاوى .

٢ - المصنف الذي يقبل الانقسام ، وفيه يساهم عدة أشخاص في تأليفه ويكون من الممكن فصل نصيب كل منهم ، والقاعدة أن لكل

منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حده ، بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك .

ولا تكون هناك صعوبة إذا وجد اتفاق بين المؤلفين المشتركين أما إذا لم يوجد اتفاق فيثبت لكل منهم الحق - كما قلنا - فى استغلال الجزء الذى يخصه ، ويجوز لكل منهم رفع الدعاوى عند وقوع اعتداء على حق المؤلف .

ثالثاً : المصنف الجماعى :

عرفت المادة ١٣٨ بند رقم ٤ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م الخاصة بحقوق الملكية الفكرية - المصنف الجماعى بأنه المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه من شخص طبيعى أو معنوى ، يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ويندمج عمل المشتركين فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حده .

فالمصنف الجماعى- كالمصنف المشترك - ما هو إلا ثمرة لاشتراك عدة أشخاص ، لكنه يفترض أن وضعه يتم بتوجيه من شخص آخر طبيعياً كان أو معنوياً يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه مثال ذلك دوائر المعارف والموسوعات العلمية .

ويثبت حق المؤلف على المصنف الجماعى للشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وضع هذا المصنف بتوجيه منه والذى تكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، وله من ثم ، وحدة الحق فى مباشرة حقوق المؤلف وقد خرج المشرع بهذا الحكم عن القواعد العامة التى تقضى

بثبوت حق المؤلف للأشخاص الذين ألفوا بالفعل هذا المصنف فهو نتاج ذهنهم وجهدهم .

مضمون حق المؤلف :

تنص المادة ١٤٣ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ م الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية على أنه "يتمتع المؤلف وخلفه العام - على المصنف - بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتنازل أو للتنازل عنها ، وتشمل هذه الحقوق ما يلي :

أولاً : الحق فى إتاحة المصنف للجمهور مرة واحدة .

ثانياً : الحق فى نسبة المصنف إلى مؤلفه .

ثالثاً : الحق فى منع تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له، ولا يعد التعديل فى مجال الترجمة اعتداء ، إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير أو أساء بعمله لسمعة المؤلف ومكانته".

ويستخلص من هذه المادة أن للمؤلف على مصنفه مجموعة من الحقوق الأدبية ، ويرجع ذلك إلى الصلة الوثيقة بين المؤلف ومصنفه الذى هو نتاج فكره وذهنه ، هذه الصلة تجعل من المصنف تعبيراً عن شخصية صاحبه ، فهو ينم عن ثقافته وعلمه ومواهبه ، ويكشف عن ميوله ومذاهبه ، والمؤلف لا يملك الحق الأدبى فقط بل له أيضاً الحق المالى ، والذى يتمثل فى حق استغلال المصنف استغلالاً مالياً وعدم جواز استغلال الغير لهذا الحق إلا بإذن كتابى منه .

أولاً : الجانب الأدبي لحق المؤلف :

قلنا أن المصنف نتاج الذهن الذى يعبر به المؤلف عن شخصيته وثقافته وميوله ومذاهبه ، لذلك قرر القانون للمؤلف بعض السلطات يحافظ بها على كيانه الأدبي ، تتمثل فى :

١ - تقرير نشر مصنفه وتحديد طريقة هذا النشر :

فلمؤلف وحدة الحق فى تقرير نشر مصنفه من عدمه وله فى ذلك سلطة تقديرية مطلقة ، فإذا ما قرر عدم نشر مصنفه فلا يجوز إجباره على ذلك وإلا كان فى هذا اعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ويظل للمؤلف هذه السلطة فى الامتناع ولو كان قد سبق أن تعاقد مع إحدى دور النشر على نشر هذا المصنف إذا قدر أن مصلحته تقضى بعدم نشره .

٢ - نسبة المصنف إلى المؤلف :

تنص المادة ١٤٣ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م على أن للمؤلف وحدة الحق فى أن ينسب إليه مصنفه ، وفى أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق .

وترتيباً على ذلك فإن لمؤلف الحق فى أن ينشر مصنفه حاملاً اسمه وله أن ينشره - كما سبق القول - تحت اسم مستعار، وله أن ينشره دون اسم ، ولا يكون لأى شخص آخر الحق فى أن ينسب ذلك المصنف إلى نفسه ، ويكون للمؤلف الحق فى دفع أى اعتداء من هذا النوع .

٣ - إدخال ما يراه المؤلف من تعديل أو تحرير على مصنفه:

تنص المادة ١٤٣ من القانون المشار إليه على أن للمؤلف وحدة إدخال ما يرى من التعديل أو التحرير على مصنفه ، وله وحدة الحق فى ترجمته إلى لغة أخرى ، ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك إلا بإذن كتابى منه أو ممن يخلفه، وللمؤلف أن يمنع أى حذف أو تغيير فى مصنفه .

ومع ذلك ، أجاز المشرع للمترجم أن يلجأ إلى الحذف والتغيير فى الأصل بشرط الإشارة إليهما فى الترجمة ، ولا يجوز للمؤلف الاعتراض على ذلك إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف ومكانته الفنية .

٤ - سحب المصنف من التداول :

ونظراً لأن المصنف وثيق الصلة بشخصية مؤلفه ، كان للمؤلف وحده إذا قدر بعد فترة من الزمن أن هناك من الأسباب ما يجعله غير راغب فى استمرار تداول مؤلفه ، سحب مصنفه من التداول ، كما له هذا الحق إذا ما تغيرت آرائه وميوله أو إذا وجد غير متفق ومكانته العلمية .

وقد رأى المشرع تقييد حق المؤلف فى سحب مؤلفه من التداول وذلك فى الحالة التى سبق وأن تنازل فيها المؤلف عن حقه فى استغلال مصنفه إلى آخر ، لما قد يودى إليه سحب المؤلف لمصنفه من أضرار بمن انتقل إليه حق الاستغلال المالى للمصنف ، وتطلب المشرع أن يستعمل المؤلف حقه هذا عن طريق المحكمة.

ويعتبر الحق الأدبي للمؤلف ، لصيقاً بشخصية المؤلف ، فهو بذلك يدخل ضمن الحقوق الشخصية ، ومن ثم لا يجوز التصرف فيه ، ولا الحجز عليه ولا يسقط بالتقادم ، فهو لا يقوم بمال .

ثانياً : الجانب المالي لحق المؤلف :

تنص المادة الخامسة ، الفقرة الثانية على أن للمؤلف وحده الحق فى استغلال مصنفه مالياً بأية طريقة من طرق الاستغلال ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابى سابق منه أو من يخلفه .

ومفاد هذا النص أن لصاحب الإنتاج الفكرى الحق فى الحصول على المزايا المالية التى قد يحققها هذا الإنتاج الفكرى ، وذلك لتعويضه عما أنفقه فى سبيل هذا الإنتاج من ناحية ، ومن ناحية أخرى لتشجيعه على مواصلة إنتاجه ، مما يتيح لغيره فرصة الانتفاع بثمرات مواهبه .

وقد يقوم المؤلف باستغلال مصنفه - استغلالاً مالياً - بنفسه أو بأن يتنازل عن هذا الحق لغيره ، كتابة نظير مقابل معين أو فى مقابل نسبة محددة من ناتج الاستغلال .

والحق المالى للمؤلف مؤقت ، ويبقى له طيلة حياته وينتقل إلى خلفه ويستمر لهم هذا الحق ولا ينقضى إلا بمضى خمسين سنة - كقاعدة عامة - من وقت وفاة المؤلف ، وبعد هذه المدة يكون لأى شخص أن يقوم باستغلال المؤلف دون حاجة إلى إذن من الورثة ودون مقابل .

ولا يجوز الحجز على حق المؤلف فى استغلال مصنفه ، ومع ذلك يجوز الحجز على ما يكون متبقياً من نسخ المصنف الذى تم نشره ،

فالحجز في هذه الحالة - لا يرد على حق الاستغلال الذي يملكه المؤلف وحده ، وإنما يرد على النسخ بوصفها أشياء ذات قيمة مالية .

وقد وضع المشرع تنظيماً خاصاً لحماية حقوق المؤلف ،
فبالإضافة إلى ما تقضيه القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية فقد
وضع قانون حماية حق المؤلف إجراءات تحفظية تستهدف الحفاظ على
حق المؤلف إلى حين الفصل في موضوع الدعوى ، ومن ناحية أخرى
يتعرض من يعتدى على حق المؤلف لجزاء مدني وآخر جنائي .

الفصل الثالث

أركان الحق

يرتكز الحق على أركان ثلاثة وهي مضمون الحق وصاحب الحق ومحل الحق .

وعن مضمون الحق فهو سلطة يخولها الحق لصاحب هذا الحق ومضمون الحقوق الشخصية جميعها هو القدرة على إجبار المدين أو قهر إرادته ، أما مضمون الحقوق العينية فهو يختلف من حق لآخر ، وعلى ذلك فإن بحث مضمون الحق يدخل في دراسة كل حق منفرداً .

ولما كان الحق سلطة أو قدرة إرادية كان لا بد لهذه السلطة أو القدرة من شخص تتمثل فيه وهو ما يعرف بصاحب الحق ويقع في مواجهته الشخص أو الأشخاص الذين يقع عليهم ما يجابه هذا الحق من واجبات شخصية أو عامة. وما يهمننا هنا هو دراسة الأشخاص على وجه العموم بغض النظر عن عدد من يملكون هذه السلطة من أشخاص ومضمون الحق أو عدد الواقع عليهم الواجب العام أو الواجب الخاص الذي يجابه الحق .

أما عن محل الحق فهو يتمثل في الحقوق العينية أو الشيء المادى الذى ترد عليه السلطة المخولة لصاحب الحق بينما فى الحقوق الشخصية القيام بالعمل أو الامتناع عنه أو الالتزام بإعطاء .

وعلى ذلك نعرض في دراستنا أركان الحق تباعاً على النحو التالى :

- أشخاص الحق .- محل الحق .

المبحث الأول

أشخاص الحق

يفترض الحق دائماً وجود طرفين أولهما هو صاحب الحق أو الدائن به وهو الطرف الإيجابي وثانيهما هو صاحب الالتزام أو المدين أى الشخص المتحمل لعبء الالتزام وأدائه وهو الطرف السلبي. والأصل أن الإنسان دائماً يكون صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات متى كانت الإرادة غير لازمة لذلك، ولهذا يسمى بالشخص القانونى الطبيعى ، ولكن التطورات المجتمعية وما نتج عنها اقتضى الاعتراف بالشخصية القانونية لغير الأشخاص الطبيعيين أو ما يعرفوا بالأشخاص الاعتبارية .

ومن ذلك فإن أشخاص الحق أما أنهم أشخاص طبيعيون وإما أنهم أشخاص اعتباريون مما يعنى أن الشخصية القانونية المتمثلة فى القدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات كما تثبت للشخص للطبيعى تثبت أيضاً للشخص الاعتبارى وهذا ما يقودنا إلى دراسة كل واحد منهما على حده .

المطلب الأول

الشخص الطبيعى

يقصد بالشخص الطبيعى الإنسان والذى بصفته هذه يصلح لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وهو ما يسمى بأهلية الوجوب .

والشخصية القانونية تثبت للإنسان من لحظة ولادته وبغض النظر عن توافر الإدراك والإرادة لديه وتظل مستمرة معه حتى مماته وهذا ما يطلق عليه المدى الزمني للشخصية القانونية للإنسان .

وإذا كانت الشخصية القانونية للإنسان تثبت للإنسان وتستمر بحياته مع ما تنجم عنه بمجرد ثبوتها له من صلاحية لأن يكتسب حقوقاً ويتحمل بالتزامات لذلك لزم أن تكون لكل إنسان شخصيته القانونية بما لها من مميزات تتميز بها عن شخصية غيره من الآخرين .

ولذلك ندرس في التالى المدى الزمني للشخصية القانونية متناولين بدايتها ونهايتها وكذلك بيان مميزات هذه الشخصية من اسم وموطن وحالة وأهلية وذمة مالية .

الفرع الأول

المدى الزمني للشخصية القانونية

"بداية الشخصية القانونية ونهايتها"

عرفنا فى السابق إلى أن الشخصية القانونية تبدأ من لحظة ميلاد الإنسان وتنتهى بوفاته وما بين هذا وذاك يتمتع الإنسان بشخصية قانونية تكسبه حقوقاً وتحمله بالتزامات، وفى سبيل إيضاح ذلك نتناول فى التالى بداية الشخصية القانونية للإنسان ونهايتها .

أولاً : بداية الشخصية القانونية

تبدأ الشخصية القانونية للإنسان منذ لحظة ولادته حياً وهذا يعنى بمفهوم المخالفة أن هذه الشخصية القانونية لا تثبت له إذا ولد ميتاً

ويقصد بتمام ولادته انفصال المولود عن أمه انفصالا تامًا بأن يفصل حياكاملاً لا أكثر.

ويكفي الشخص أن يولد حياً ولو للحظة واحدة بعد انفصاله عن أمه بأن يثبت من الدلالات ما يؤكد ذلك من بكاء وصراخ وحركة. فإذا حدث ذلك تثبت له الشخصية القانونية وترتبت له الحقوق التي يقرها القانون بصرف النظر عن وفاته المباشرة عقب ولادته وفي سبيل استظهار تلك الدلالات إن صعب تبينها يمكن الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء للتيقن من ميلاده حياً أم ميتاً.

ولا يشترط في هذا المولود أن يكون قابلاً للحياة أو أن يكون قد ولد في صورة إنسان فلا يهم هيئته الخلقية ولا يهم حالته العقلية .

ولا شك أن إثبات حياة المولود لحظة ميلاده لها أهمية عملية إذ أن المولود إذا انفصل ميتاً أعيد توزيع ما كان موقوفاً له من ميراث أو وصية على مورثه أو الموصى له بخلاف الأمر إذا انفصل حياً ثم مات بعد ذلك فإن ما كان موقوفاً له يوزع على ورثته هو دون ورثة مورثه أو ورثة من أوصى له .

الوضع القانوني للجنين "مركزه وحالته":

الجنين في الأصل لا يعتبر شخصاً طالما لم يولد ، إلا أنه قد تكون له مصلحة في ثبوت الشخصية له منذ وجوده كي يمكن توريثه من أبيه أو إفادته من وقف أو وصية يتمان قبل ميلاده، وعلى ذلك يتوجه القانون إلى الجنين في هذه الحالة باعتبار ما سيكون ويعتبره موجوداً من لحظة الحمل به وصالحاً لأن تتعلق به الحقوق التي تؤول

إلى الشخص بسبب موت أحد أقربائه أو بسبب وصية دون غيرها من الحقوق .

غير أن الاعتراف بوجود الحمل وجوداً اعتبارياً لا فعلياً لتعلقه على شرط ولادة الجنين حياً فإن تحقق هذا الشرط حتى ولو مات المولود بعد ولادته بلحظات قصيرة تثبت له الشخصية القانونية استناداً إلى وقت الحمل به ومكنته في المدة السابقة على ولادته أهلية وجوب فيما يتعلق بحق الأثر والإيضاء ، وأن لم يتحقق الشرط بأن ولد الجنين ميتاً لم تثبت له الشخصية القانونية واعتبر كأن لم يكن .

ثانياً : نهاية الشخصية القانونية

القاعدة أن الشخصية القانونية للإنسان تنتهي بموته فالموت هو نهاية حياة الإنسان، وإذا كان السائد هو الموت الطبيعي أو الفعلي أو الحقيقي للإنسان إلا أنه أحياناً ما يصعب معرفة حياة الإنسان من مماته مما يتيح للقاضي الحق في الحكم باعتبار الإنسان ميتاً متى تراءى له من ظروف الحال ذلك الأمر. وهذا ما يعرف بالموت الحكمي وعلى ذلك نتعرض في التالي لبيان التفرقة بين الموت الطبيعي أو الحقيقي والموت الحكمي أو الاعتباري .

الموت الطبيعي أو الحقيقي :

الموت الحقيقي أو الطبيعي هو الذي يثبت على وجه اليقين والتأكيد بثباته في سجلات الوفاة الرسمية المعدة لذلك أو بأي طريقة أخرى.

ومعيار تحديد لحظة الوفاة يكون بتوقف القلب بجميع خلاياه عن العمل، وكذلك بتوقف خلايا المخ .

وإذا كان الأصل أن شخصية الإنسان تنتهي بوفاته فإنها تبقى حكماً طوال فترة تصفية التركة وسداد ما على المتوفى من ديون واستحقاقات .

فالقاعدة الشرعية أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون فلا تنتقل أموال المتوفى إلى ورثته إلا عقب ذلك حتى لا تكون التركة سائبه ولذلك يقال أن حياة المتوفى تظل مفترضة حتى يتم سداد ما عليه ثم تنتقل بعد ذلك ملكية ما تبقى إلى ورثته .

الموت الحكمى أو الاعتبارى:

هذا الموت هو الذى يقع فى الحالات التى يتعذر فيها على وجه الدقة التأكد من حياة الشخص أو موته ويكون ذلك فى حالة كون الشخص مفقوداً ولذلك يطلق البعض على هذا النوع من الموت "بنظرية المفقود".

فالمفقود وفقاً لهذا التصور هو الشخص الذى لا يمكن القطع بحياته من وفاته بسبب غيابه عن موطنه ومحل إقامته وانقطاع أخباره وهو بخلاف الغائب الذى يتحقق غيابه ولا يترتب على غيابه أثراً قانونية .

وحرصاً على استقرار الأوضاع ومنع القلاقل أعطى المشرع للفاضى الحق فى الحكم باعتبار المفقود ميتاً بانقطاع أخباره والجهل

بحياته من مماته مدة زمنية معينة مما يؤدي بذلك الحكم إلى انقضاء شخصيته القانونية.

ويمكننا التفرقة في هذا الصدد بين حالتين يكون الشخص منهما مفقوداً أو لهما أن يكون فقدان الشخص قد وقع في ظروف عادية لا يغلب فيها هلاكه على بقاءه وثانيهم أن يكون فقده قد وقع في ظروف يغلب فيها هلاكه على بقاءه وذلك على التالي :-

حالة الظروف التي يغلب فيها الهلاك :

وهي الحالة التي تكون فيها حياة الشخص أقرب إلى الفقد والموت من البقاء والحياة بأن يكون الشخص مشتركاً في حرب أو وجد في منطقة كارثة طبيعية كزلزال أو بركان أو فيضان أو كان أحد ضحايا حادث مروع كسقوط طائرة أو غرق سفينة .

والقاعدة في هذه الحالة هي أن يحكم القاضي باعتبار الشخص المفقود ميتاً وذلك بقدر مرور أربع سنوات من تاريخ فقده إلا أن هذه القاعدة مقيدة باستثناءين سواء من تحديد الجهة المصدرة لقرار اعتبار المفقود ميتاً أو من حيث المدة الواجب مضيها لإمكان صدور هذا القرار .

القيود الأولى :

يتعلق هذا القيد بحاله كون الشخص المفقود من أفراد القوات المسلحة وأنه فقد في أحد العمليات الحربية، حيث يكون لوزير الدفاع حق إصدار قرار باعتبار هذا المفقود ميتاً بعد مرور سنة واحدة من تاريخ الفقد، ويقوم هذا القرار مقام الحكم القضائي .

وعلة هذا القيد مردها توفير الجهد على زوجات المفقودين من الذين وهبوا حياتهم فداء الوطن من التنقل بين ساحات المحاكم وتجنبيهم ما يمكن أن ينغص عليهم حياتهم وما يثير في داخلهم من شجون ومدامع .

القيد الثانى :

يتعلق هذا القيد بحالة كون الشخص المفقود من ركاب سفينة غرقت أو طائرة سقطت ، حيث يكون لرئيس مجلس الوزراء حق إصدار قرار باعتبار المفقودين فى هذه الحالة أمواتاً وذلك بعد مضي خمسة عشر يوماً على الاقل من تاريخ الفقد (المادة ٢/٢١ بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦).

ولكن نشير إلى أن قرار وزير الدفاع ورئيس الوزراء رهين بالتحرى الجيد عن المفقودين بكافة الطرق الممكنة للتيقن من مسألة حياته أو وفاته، كما أن هذين القرارين غير منتجين لآثارهما إلا عقب نشرهما بالجريدة الرسمية.

حالة الظروف التى لا يغلب فيها الهلاك :

وهى الحالة التى تكون فيها حياة الشخص أقرب إلى البقاء والحياة من الفقد والموت بأن يكون الشخص قد سافر طلباً للعلم أو للسياحة أو لمباشرة التجارة ولم يعد وانقطعت عنه الأخبار .

فى هذه الحالة يكون للقاضى حق تحديد المدة التى يحكم بعدها باعتبار المقود ميتاً وبطبيعة الحال ومن باب أولى يجب ألا تقل هذه

المدة عن أربع سنوات من تاريخ الفقد مع التحرى الجيد بكافة الطرق الممكنة من معرفة حياة المفقود ومن مماته .

الآثار المترتبة على اعتبار المفقود ميتاً :

متى صدر حكم من القاضى أو قراراً من وزير الدفاع أو رئيس مجلس الوزراء باعتبار المفقود ميتاً زالت شخصيته القانونية، ومن هذا التاريخ يحق لزوج المحكوم بموته الزواج بعد انتهاء مدة العدة - عدة الوفاة وهى أربعة أشهر وعشرة أيام كما يمكن توزيع التركة على الموجودين من الورثة، أما من مات منهم قبل هذا التاريخ فإنه لا يرث من المفقود .

والقاعدة أن المفقود لا يرث من غيره أثناء مدة فقده، أى فى المدة من تاريخ فقده وحتى تاريخ الحكم بموته، وبالتالي لا ينقل هذا النصيب إلى ورثة المفقود وإنما يعود إلى ورثة المتوفى وسبب ذلك أن حياة المفقود لم تكن محققة فلا يرث وبالتالي لا يستفيد ورثته من هذا النصيب، حيث أن سبب الميراث هو ثبوت حياة الوارث لحظة وفاة المورث .

أثر ظهور حياة المفقود :

قد يحدث ويظهر المفقود بعد الحكم بموته حيث أن الموت هنا اعتبارياً وليس فعلياً، فيترتب على ذلك استرداد شخصيته القانونية ويعتبر كأن لم يفقدها من قبل ، علاوة على زوال وانقضاء كافة الآثار التى ترتبت على صدور الحكم باعتباره ميتاً .

وإليك آثار ظهور حياة المفقود على ما تم من تصرفات مرتكزة ومرتكنة إلى الحكم بموته .

بالنسبة للزوجة :

إذا تزوجت زوجة المفقود بعد الحكم بموته ثم ظهرت حياته فالقاعدة هي بقاء الزواج الثانى متى كان الزوج حسن النية أى لا يعلم بحياة المفقود وكان قد دخل بهذه الزوجة، فإذا لم يكن قد فعل فتعود الزوجة لزوجها الأول - المفقود - .

وبمفهوم المخالفة يفضل الزوج الأول متى كان الزوج الثانى سئ النية أو كان قد عقد على الزوجة أثناء فترة العدة ، وكذلك تعود الزوجة لزوجها إذا لم تكن قد تزوجت من باب أولى.

بالنسبة للأموال :

للمفقود الذى ظهرت حياته بعد الحكم بموته أن يسترد ويستعيد ما بقى له من أموال فى يد وراثته، أما الأموال التى تصرفوا فيها فلا يحق له مطالبتهم بها .

وإن كان يجب التفرقة بين سوء أو حسن نية الورثة فإذا كانوا حسنى النية تم إرجاع ما تبقى لديهم من أموال وتم إعفائهم مما أنفقوه .

أما إذا كانوا سئ النية بمعرفتهم بحياة المفقود التزموا برد كل أموال المفقود العائد ويتم إثبات حسن النية وسوء النية بكافة طرق الإثبات .

الفرع الثانى

مميزات الشخصية القانونية

يقصد بها ما تتميز به كل شخصية قانونية عن غيرها من الشخصيات القانونية الأخرى ، من حيث الاسم الذى هو وسيلة للتعرف عليه، ومن حيث الحالة التى تحدد مركزه بالنسبة إلى دولة معينة أو مركزه إلى أسرة معينة أو بالنسبة إلى انتمائه إلى دين معين، ومن حيث الموطن الذى يحدد مكان الوصول إليه وإبلاغه ما يتعلق بشئونه القانونية، ومن حيث أهليته ونوعها وقدرته على التحمل بالالتزامات والتمتع بالحقوق وأخيراً ذمته المالية .

أولاً : الاسم

يعرف كل إنسان باسم له يميزه عن غيره من سائر الأشخاص المحيطين به فهو الوسيلة أو العلامة التى تحدد ذاتية كل شخص وتمنع الخلط بينه وبين أقرانه فى المجتمع وتحفظ له مصالحه وحقوقه وتحدد ما عليه من التزامات ولا يتصور وجود شخص فى جماعة لا يحمل اسماً .

وقديماً كان الاسم مكوناً من لفظ واحد أو مقطع واحد ، أما فى الوقت الراهن فالاسم عادة يتكون من أكثر من لفظ أو مقطع كالاسم الشخصى واللقب الذى يكثر استعمالهما فى دول الغرب فى حين أن الدول الشرقية تستعمل ما يسمى بالاسم الثلاثى والرابعى أحياناً باستخدام الاسم الشخصى واسم الأب والجد وجد الأب أحياناً .

والأصل أن النسب هو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم، إلا أن هناك طرق أخرى لاكتساب الاسم منها التبنى الذى يحمل فيه الشخص اسم متبنيه وكذلك تغيير الاسم حيث يمكن للشخص تغيير اسمه بعد اتباع إجراءات قانونية معينة ، وأيضا اللقيط الذى تتولى جهة الإدارة المختصة إطلاق اسم عليه . وأخيراً قد تحمل الزوجة لقب زوجها دون فقدانها لقبها الأسمى .

الطبيعة القانونية للاسم :

انقسم الفقه والقضاء شعباً حول الطبيعة القانونية للاسم، كل منهم يكيفه قانونياً برؤية وتصور وعلى ذلك نستعرض فى التالى آراء كل فريق ومبرراته والنقد الموجه لبعضهم البعض .

الاتجاه الأول : الاسم حق ملكية :

يرى بعض رجال القضاء أن الشخص له على اسمه حق ملكية قاصدين من ذلك توفير الحماية الكاملة للاسم حيث أن هذا الحق – حق الملكية – يمكن صاحب الاسم من الدفاع عن اسمه ضد أى اعتداء أو منازعة بغض النظر عن وقوع ضرر له من عدمه من جراء استخدام هذا الاسم .

إلا أن هذا الرأى لاقى من سهام النقد ما يوجعه ، فإذا كانت الملكية حق يوجب الاستئثار والتسلط فهو حق قاصر على المالك يمكنه من منع الآخرين من استعماله وليس هذا متحققاً بشأن الاسم لكون الاسم الشخصى أمراً شائعاً بين العديد، وليس لفرد يحمل اسماً منع غيره من

إطلاق ذات الاسم على غيره وكذلك اللقب الذى قد يشترك أكثر من أسرة فيه دون احتكار لأحد منها اللقب .

علاوة على أن حق الملكية حق مالى يرد على قيمة مالية معينة ويمثل عنصراً من عناصر الذمة المالية للمالك فى حين أن الاسم التجارى حق غير مالى وإضافة إلى أن الاسم لا يقبل التنازل عنه أو إخضاعه للمعاملات المالية .

الاتجاه الثانى : الاسم نظام إدارى :

يرى بعض رجال القضاء الإدارى وبعض الفقه أن الاسم مجرد نظام إدارى الهدف منه تمييز الأشخاص بعضهم عن البعض الآخر فهو مسألة تنظيمية لا أكثر مما يجعله واجباً على الشخص لاحق .

إلا أن هذا الرأى عيب عليه تركيزه على فكرة الواجب وإهداره لفكرة الحق فإذا كان اتخاذ الشخص اسماً معيناً أمر واجب، إلا أن ذلك لا ينفى أن الاسم حق لصاحبه يحميه ضد أى اعتداء أو منازعة حول الاسم ولو لم تسفر عن ضرر له .

الاتجاه الثالث : الاسم ذو طبيعة مزدوجة :

يرى هذا الاتجاه – الراجح – أن الاسم له طبيعة مزدوجة فهو حق وواجب فى آن واحد .

فيجب على كل شخص فى المجتمع أن يكون له اسم يميزه عن غيره، ولذلك يفرض القانون على ذوى الشأن التبليغ بالمواليد وتسميتهم، مما تتطلبه مصلحة الجماعة أن يكون لكل فرد فيها اسماً يميزه عن باقى أفراد المجتمع ويمنع اللبس والاختلاط فيما بينهم ضماناً

لاستقرار الأوضاع وبذا يكون الاسم وسيلة إلزامية للتمييز بين الأشخاص .

ولتعلق الاسم بصالح الآخرين فالقانون لا يترك الأفراد يغيرون أسمائهم أو يصححوها وفق أهوائهم وإنما ذلك يتحقق وفق إجراءات وقواعد يجب الالتزام بها حتى لا يلحق ضرر بالغير يمس المراكز القانونية المستقرة متى تم التساهل في هذا الإجراء .

وكما أن الاسم واجب على الشخص فهو في ذات الوقت حق له يمثل مصلحة خاصة به تمكن صاحبه من استعماله في التصرفات القانونية وغيرها من المجالات .

وينبى على ذلك أن الحق في الاسم هو حق غير مالى لا يجوز التصرف فيه أو النزول عنه خلال حياة الشخص ولا عقب وفاته بالوصية ، وكذلك لا يتقادم الاسم ولا يجوز الحجر عليه، وأخيراً لصاحب الاسم الحق في الدفاع عنه ضد اعتداءات الغير ولو لم يكن قد لحقه ضرر من جراء ذلك .

وجدير بالذكر أن الحماية لا تثبت إلا للاسم المتميز عن غيره من الأسماء كالاسم الثلاثى مثلا، أما الاسم الشخصى لا يتمتع بذات الحماية لشيوع تسمية الأشخاص به ولا تعد حالة تشابه الأسماء وتطابقها انتحالاً فإذا حدث وتطابقت الأسماء بين شخصين تطابقاً كاملاً على سبيل المصادفة فليس في ذلك اعتداء، ولكن الاعتداء يكون عندما يكون استعمال ذات الاسم بقصد من ورائه إيهام الغير بأنه الشخص الآخر فهنا يجوز دفع الاعتداء والمنازعة باعتبار ذلك انتحالاً .

خصائص الاسم :

إذا كان للاسم طبيعة مزدوجة جعلته حقاً من حقوق الشخصية من جانب وواجبات على الشخص من جانب آخر فإن كل واحدة من ذلك تمنح الاسم خصائص معينة.

فيكتسب الاسم باعتباره من حقوق الشخصية صفات الشخصية المتمثلة في عدم قابلية الاسم للتصرف ما لم يكن غرض استعمال الاسم في غير تمييز الأشخاص عن بعضهم البعض وذلك كتتمكن مؤلف من إطلاق اسمه على أحد الأشخاص الخيالية في مؤلفاته، أو السماح للغير باستعمال اسمه كاسم مستعار، أو السماح للغير باستعمال اسمه كاسم تجارى أو علامة تجارية .

ومن الحقوق الشخصية للاسم أيضاً عدم قابليته للتقادم المكسب أو المسقط فلا يكتسب شخص اسم شخص آخر مهما طال استعماله له ولا يسقط حق شخص في اسمه مهما طال عدم استعماله له إلا إذا كان الاسم تجارياً وليس مدنياً عندئذ ليس هناك ما يمنع من اكتسابه أو فقده بالتقادم.

ويكتسب الاسم باعتباره واجباً ضرورة انتساب كل شخص لاسم يميزه عن غيره من أفراد المجتمع ضماناً لاستقرار الأوضاع داخله وكذلك ثبات ذلك الاسم وعدم تغييره بمحض إرادته دون اتباع الإجراءات والقواعد القانونية الحاكمة لذلك.

أنواع الاسم :

للاسم أنواع منها اسم الشهرة ، والاسم المستعار ، والاسم التجارى ، علاوة على الاسم المدنى المقيد فى سجلات المواليد والذى تناولناه فى النقاط التالية .

اسم الشهرة :

قد يعرف الشخص باسم آخر يخالف اسمه الأسمى - اسم الشهرة - وذلك عن طريق تسمية الآخرين له به ، ولا يخضع اسم الشهرة لتحديد أو تنظيم معين لأنه صادر من الآخرين ، ولا يجوز إحلال اسم الشهرة محل الاسم الحقيقى أو إضافته إلى الأوراق الرسمية إلا عبر الطرق القانونية .

واسم الشهرة يستوعب كل شخصية الإنسان وحياته ويميز الشخص فى جميع نشاطاته إلا أنه ذو طابع فردى. فيقتصر على الشخص فقط من دون أصوله أو فروعه . ومع ذلك فهو يتمتع بالحماية القانونية السالف الإشارة إليها فيدفع عنه كل اعتداء أو تعدد والمطالبة بالتعويض عن أى ضرر يلحق به من جراء ذلك.

الاسم المستعار :

الاسم المستعار هو اسم يطلقه الشخص على نفسه بغير اسمه الحقيقى (عكس اسم الشهرة يطلقه عليه الآخرين) قاصداً من وراء ذلك تحقيق غرض معين فى بعض نواحي نشاطه كالنشاط الأدبى أو الفنى أو السياسى أو الصحفى.

ويقتصر الاسم المستعار على تعيين الشخص فى نشاط معين أو جانب محدد من جوانب شخصيته مثل الممثل الذى يختار لنفسه اسماً فنياً ملفتاً أو الصحفى الذى يتخفى وراء لقب معين يعتاد القراء تكراره إما بهدف تحقيق الشهرة أو جس نبض الجمهور تجاه أعماله .

والاسم المستعار وسيلة تميز الشخص عن غيره، إلا إنها ذات طابع فردى أيضاً كاسم الشهرة وتقتصر على صاحب الاسم فلا تنتقل لا إلى الأصول ولا إلى الفروع إلا أنه يظل حقاً من حقوق الشخصية ومن ثم يتمتع بالحماية القانونية بدفع الاعتداء وتعويض الضرر .

ويشترط كى يتمتع الاسم المستعار بالحماية أن يحقق مصلحة إنسانية مرتبطة بشخصية صاحبه بتعيين الشخص فى بعض نواحي نشاطه، كما يجب ألا يترتب على استعمال ذلك الاسم المستعار ضرراً باسم الغير المشابه له علاوة على انتفاء استخدام الشخص لاسم مستعار يعارض القانون والنظام العام والأداب إضافة إلى اقتصار استعمال الاسم المستعار على النشاط التجارى أو الفنى أو المهنيين دون الأعمال الرسمية .

الاسم التجارى :

يستخدم التاجر عادة اسماً يباشر تحته نشاطه التجارى فالاسم التجارى هو الاسم الذى يتميز به المحل التجارى ومن ثم فهو عنصر من عناصره وبالتالي يتمتع بطبيعة مالية وهو بذلك يختلف عن الاسم المدنى الذى يعد لصيقاً بالشخصية.

وعلى أثر ذلك يجوز التصرف فى الاسم التجارى باعتباره عنصراً من عناصر المحل التجارى ولكن التصرف فى الاسم التجارى رهين بعدم التصرف فيه مستقلاً عن المحل التجارى حماية للمستهلك والجمهور من التضليل والخلط ، فيكون التصرف فيه ضمن المحل ذاته.

وقد يستعمل التاجر اسمه المدنى فى تجارته فيدخل الاسم المدنى كعنصر أساسى فى تكوين الاسم التجارى إذا كانت التجارة ذات طابع فردى أو عائلى ، والاسم المدنى حينما يستعمل كاسم تجارى تتغير طبيعته ويفصل عن شخص صاحبه ويدخل ضمن عناصر المحل التجارى ويصبح شيئاً غير مادمى وثبت له الصفة المالية، ويجوز التصرف فيه والتنازل عنه ويخضع للتقادم .

ولكن يظل صاحب الاسم محتفظاً بحقه فى استعمال هذا الاسم كوسيلة تميزه عن باقى الأفراد فى المجتمع ويقتصر حق المتصرف إليه على استعمال الاسم كعلامة مميزة للمحل التجارى ويحظر عليه استعمال الاسم على نحو غير لائق ولا يجوز للمتصرف إليه التوقيع بالاسم التجارى فى غير شئون التجارة المتعلقة بالمحل التجارى ، كما يجب على المتصرف إليه إضافة ما يمنع الخلط واللبس إلى الاسم التجارى ككلمة محل سابق .

ويتمتع الاسم التجارى بالحماية القانونية فيحقق لصاحبه الدفاع عنه والمطالبة بالتعويض عن كل ضرر. وتتأكد هذه الحماية القانونية بقيد الاسم فى السجل التجارى وشهره وفقاً للقانون لمنع أى تاجر آخر

من استعمال هذا الاسم فى نفس نوع التجارة التى يزاولها صاحب الاسم الحقيقى فى دائرة مكتب السجل المقيد فيه وفى حالة تشابه التجارى فى الاسم التجارى المقيد يجب إضافة بيان إلى الاسم يميزه عن الاسم السابق قيده .

ثانياً : الحالة

الحالة هى مجموع الصفات التى تتوافر للشخص فيرتب القانون عليها آثاراً معينة تتمثل فى تقرير ماله من حقوق وما عليه من التزامات، وعلى أثر هذه الصفات يتحدد مركز الشخص القانونى داخل مجتمعه .

وتتعلق هذه الصفات بانتساب الشخص إلى دولة معينة أو أسرة معينة أو ديانة معينة ، فالحالة مركز قانونى ملازم لشخصية الإنسان طوال حياته رغم إمكانية تغير العناصر المختلفة لهذا المركز، حيث تتغير جنسية الشخص أو ديانته أو تكوين أسرته، ويجب تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء إلى هذه العناصر كخطوة أولية تتقرر على ضوءها حقوقه والتزاماته. وتتحدد حالة الشخص فى المجتمع من ثلاث جوانب : الجانب الأول الحالة السياسية ، والجانب الثانى الحالة العائلية، والجانب الثالث والأخير الحالة الدينية .

الحالة السياسية

الحالة السياسية هى انتساب شخص إلى دولة معينة أو علاقة الشخص بالدولة من خلال ما يسمى برابطة الجنسية والجنسية قد تكون

أصلية ثابتة على أساس النسب أو على أساس الإقليم أو تكون طارئة على أساس الزواج أو التجنس .

ومن يتمتع بجنسية الدولة يعتبر وطنياً ومن لا يتمتع بجنسيتها يعتبر أجنبياً عنها .

فالأصل أن الأجانب يحرمون من التمتع ببعض الحقوق التي يتمتع بها الوطنيين كما أنه تم إعفائهم من بعض الواجبات المكلف بها الوطنيين، فلا يحق للأجانب مثلاً التمتع بالحقوق السياسية كالترشيح والانتخاب في المجالس البرلمانية أو تولى الوظائف العامة، كما إنهم يعفون من أداء الخدمة العسكرية الملتمزم بها الوطنيين .

إلأنه يجب مراعاة حداً أدنى من الحريات والحقوق الضرورية في الحياة وهي عادة الحريات العامة أو الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان حيث تنص قواعد القانون الدولي بوجوب توفيرها وكفالتها للأجانب .

الحالة العائلية

الحالة العائلية هي مركز الشخص في أسرة معينة كعضو فيها تربطه بباقي أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل وقد تربطه بأعضاء أسر أخرى عن طريق ما يسمى بالمصاهرة . وعلى ذلك يكون لدينا نوعان من القرابة أما قرابة الدم أو النسب وإما قرابة المصاهرة.

قربة الدم أو النسب :

هى الصلة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك واحد يكونون قد انحدروا عنه ويستوى أن يكون هذا الأصل المشترك من ناحية الأب أو من ناحية الأم كما تنقسم هذه القربة إلى قسمين وهما قربة مباشرة وتسمى بقربة الخط المستقيم وقربة غير مباشرة وتسمى بقربة الخط المنحى .

القربة المباشرة :

هى الصلة بين الأصول والفروع أو القربة المحصورة فى عمود النسب، وسميت بقربة الخط المستقيم لأنها تربط أشخاصاً ينحدر أحدهم عن الآخر فى سلسلة نسب واحد بحيث يكون خط القربة الرابط بينهم خطأ مستقيماً ، وهذه القربة تربط بين الشخص وأصوله وأن علواً أو الشخص وأصوله وإن نزلوا ويقصد بالأصول الأب والجد وجد الأب إلخ . أو الأم وأب الأم وجد الأم إلخ ...

ويقصد بالفروع الابن وابن الابن وابن ابن الابن .. إلخ أو البنت وبنت البنت وبنت بنت البنت .. إلخ . ويستوى فى هذه القربة كون التفرع ذكورياً أو أنثوياً .

احتساب درجة القربة المباشرة :

عند حساب درجة القربة المباشرة يحتسب كل فرع درجة صعوداً من الفرع المراد معرفة درجة قرابته إلى الأصل المراد معرفة درجة قرابة ذلك الفرع إليه أو العكس مع عدم احتساب هذا الأصل درجة مستقلة.

وتطبيقاً لذلك يعد الابن قريباً لأبيه أو لأمه من الدرجة الأولى لأن الابن فرع وهذه درجة والأب أو الأم أصل فلا يحتسب ويعد ابن الابن قريباً من الدرجة الثانية لجدّه وأبوه وأمه فرع بالنسبة للجد سواء لأب أو لأم فيعد درجة والجد سواء لأب أو لأم أصل فلا يحتسب درجة.

القربة غير المباشرة :

تسمى هذه القربة بقربة الحواشي أو قربة الخط المنحني وهي التي تربط بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك بحيث لا يشتركون في عمود نسب واحد بمعنى أحد منهم ليس أصلاً أو فرعاً للآخر .

وسميت هذه القربة بغير المباشرة أو بقربة الخط المنحني أو المنكسر لأنها تربط بين أشخاص أصلهم مشترك ولكن ليس أحدهم أصلاً أو فرعاً للآخر فيكون خط القربة الرابطة بينهما منكسراً لا مستقيماً كالقربة المباشرة ، وتفترض في هذه القربة وجود الأقرباء كل على حده على عمود نسب خاص به وإن كان يجمعهم أصل مشترك .

ويعد مثلاً لهذه القربة الأخوة والأخوات وأبنائهم وأصلهم المشترك هو الأب والأم وكذلك الأعمام والعمات وفروعهم وأصلهم المشترك هو الجد لأب أو الجدة لأب وكذلك الأخوال والخالات وفروعهم وأصلهم المشترك هو الجد لأم أو الجدة لأم .

احتساب درجة القربة غير المباشرة :

عند حساب درجة القربة غير المباشرة يجب تجاهل الأصل المشترك دائماً وعدم احتسابه كدرجة ثم اعتبار كل فرع فيما عداه درجة صعوداً أو نزولاً .

وليس الخلاف بين طريقة احتساب درجة القرابة غير المباشرة وطريقة احتساب درجة القرابة المباشرة كبيراً حيث أنه في القرابة المباشرة يعتد بعمود نسب واحد يجرى عليه مسألة احتساب درجة القرابة أساس درجة القرابة غير المباشرة فيعتد بعمودين للنسب يجرى الحساب على الأول صعوداً وصولاً للأصل المشترك ثم نزولاً على الناس وصولاً إلى الفرع المقابل مع تجاهل احتساب أصلهم المشترك .

وتطبيقاً لذلك يعد الأخ لأخيه أو لأخته من الدرجة الثانية لأنه باحتساب درجة القرابة صعوداً على العمود الأول من الأخ إلى الأب يتم احتساب درجة ولا يحسب الأب الموت أصلاً مشتركاً ثم تحتسب نزولاً من الأب إلى الأخ الآخر على العمود الثاني درجة فيكون ذلك بمثابة درجتين .

ويعد ابن العم قريباً من الدرجة الرابعة لأبن عمه أو لأبنة عمه وذلك بحساب درجة قرابته درجة منه لأبيه درجة فيكون ذلك بمثابة درجتين على العمود الأول ولا يحسب الأصل المشترك المتمثل في الجد ثم بالنزول على العمود الثاني إلى العم درجة ومن العم إلى أبنه أو ابنته درجة فيكون ذلك بمثابة درجتين أخريتين فيكون مجموع الدرجات هنا أربع درجات فتكون القرابة بينهما - ابن العم أو بنت العم - من الدرجة الرابعة .

قرابة المصاهرة :

هي قرابة ناتجة عن الزواج فتربط بين كل من الزوجين وأقارب كل واحد منهما للآخر والملاحظ أن قرابة المصاهرة تربط فقط

بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر دون أن تمتد لتربط بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، بمعنى أن أقارب الزوجة يعتبرون أقارب للزوج بنفس درجة القرابة وكذلك أقارب الزوج يعتبرون أقارب للزوجة من نفس درجة القرابة فأخت الزوج قريبة للزوج من الدرجة الثانية، وكذلك قريبة للزوجة من ذات الدرجة وأم الزوجة قريبة للزوجة من الدرجة الأولى وكذلك للزوج لكن لا يعد أقارب أحد الزوجين أقارب لأقارب الزوج الآخر فلا قرابة بين شقيق الزوج وشقيق الزوجة ولا بين والد الزوج ووالد الزوجة.

آثار القرابة :

يترتب على القرابة آثاراً هامة منها ما تستقل به قرابة النسب ومنها ما هو مشترك بين أنواع القرابة نسب كانت أم مصاهرة .

فيترتب على قرابة النسب الحق في الميراث والحق في النفقة على غير القادر من الأقارب وكذلك الحق في التعويض عن الضرر الأدبي المترتب على الموت وأن كان ذلك التعويض قاصر على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية .

ويترتب على القرابة عموماً نسباً ومصاهرة عدم جواز الأخذ بدعوى الشفعة إذا كان البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو الأقارب حتى الدرجة الرابعة أو الأصهار وحتى الدرجة الثانية، وكذلك لا يجوز أن يجلس في دائرة واحدة قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة، وكذلك لا يجوز أن يكون عضو النيابة أو وكيل أحد الخصوم أو محاميه تربطه ذات الصلة بأحد القضاة ناظرى الدعوى .

كما يجوز رد القاضى عن نظر دعوى لزوجته أوله دعوى مماثلة لها أو هناك ما يمنع أدبياً أو مهنياً من القيام بذلك، وأخيراً يترتب على قرابة النسب والمصاهرة حرمة الزواج ببعض النساء سواء كانت الحرمة مؤبدة أو مؤقتة .

الحالة الدينية :

ينظر القانون المصرى إلى حالة الشخص الدينية من حيث انتسابه إلى عقيدة دينية معينة ومرجع ذلك الأهمية الكبرى لهذه المسألة قديماً فى تحديد المركز القانونى للشخص حيث كانت الحالة الدينية قديماً كالحالة السياسية حالياً.

ومعنى ذلك أن الحالة السياسية حلت محل الحالة الدينية حالياً فى تحديد المركز القانونى للشخص من تحديد حقوقه والتزاماته، إلا أن هذا المبدأ العام يرد عليه فى القانون المصرى بعض استثناءات تجعل الحالة الدينية موضع اهتمام واعتبار، حيث لا يزال سلطان الدين قوياً فى نظر المجتمع المصرى مما يعطى الجماعات الدينية المختلفة فيه قيمة اجتماعية أساسية .

فلا زال المصريون يخضعون فى كثير من المسائل للأحوال الشخصية الكائنة فى شرائعهم الدينية المختلفة مما يترتب عليه اختلاف مراكزهم القانونية كل بحسب ديانته .ومن ذلك ما تقرره الشريعة الإسلامية من عدم توازن بين المسلم وغير المسلم وما تقره الشريعة المسيحية من عدم تعدد الزوجات وغير ذلك من الأمثلة.

إلا أن هذا كله استثناء لا يبلغ المبدأ العام المقرر فى القانون المصرى وهو المساواة بين جميع المواطنين فى الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية فى المراكز القانونية للأشخاص وهو ما يعرف إعلامياً بمبدأ المواطنة .

ثالثاً : المواطن

المواطن هو المقر القانونى للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانونى وعلاقاته مع غيره من الأشخاص بحيث يعتبر موجوداً فيه على الدوام إما لاقامته فيه أو لوجود مركز أعمال فيه ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة .

وبعبارة أخرى هو المكان القانونى للشخص وهو يعد فكرة مجردة تنجم عن رابطة يحددها القانون بين شخص ومكان وتتباين القوانين فيما بينها حول فكرة وحدة أو تعدد المواطن بحسب تصور ها .

أما عن محل الإقامة فهو المكان الفعلى أو الواقعى للشخص حيث يقيم الشخص عادة فى هذا المكان ويمكن أن تتعدد للشخص الواحد محال للإقامة أما محل الوجود فهو المكان العارض أو المؤقت لوجود شخص ما فيه مثل فندق أو استراحة أو ما شابهه ذلك .

وخلاصة التفرقة بين هذا وذاك وتلك أن المواطن فكرة قانونية فى حين محل الإقامة ومحل الوجود أفكار واقعية يتحدد فيها المواطن بالإقامة العادية بينما يتحدد فيها محل الإقامة ومحل الوجود بمكان الوجود .

أهمية المواطن :

تبدو أهمية المواطن فى إعلان الأوراق القضائية للشخص كالإعلان أو الإنذار أو صحيفة الدعوى أو غير ذلك من الأوراق ذات الأثر القانونى ، كما يكون اختصاص المحكمة التى تنظر دعاوى الحقوق الشخصية هى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه، وكذلك الوفاء بالالتزامات التى يكون محلها شيئاً من المثليات وليس شيئاً معيناً بالذات كالنقود مثلاً يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء وكذلك دعاوى شهر الإفلاس والإعسار التى تكون أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن التاجر المفلس أو المدين المعسر.

تحديد المواطن :

يحدد المواطن وفقاً للرؤيتين : رؤية واقعية ورؤية حكيمية وذلك على النحو التالى :-

الرؤية الواقعية للموطن :

يمكن تحديد المواطن وفقاً لهذه الرؤية على أساس الإقامة الفعلية الحقيقية المستمرة للشخص فى مكان معين حيث أن الارتباط الوثيق بين الفكرة القانونية للموطن والفكرة الواقعية هى الإقامة العادية ، وعلى ذلك فإن المواطن الموجود به الشخص بشكل مؤقت وعارض لا يعد موطناً له .

ويترتب على اعتناق هذه الرؤية إما ألا يكون للشخص موطن وذلك فى حالة عدم وجود محل مستقر يقيم فيه بشكل دائم مثل البدو

الرحل، وإما إمكانية تعدد الموطن حيث يكون الشخص له أكثر من محل إقامة .

الرؤية الحكمية للموطن :

يمكن تحديد الموطن وفقاً لهذه الرؤية على أساس وجود المركز الرئيسي لأعمال الشخص دون اعتداء بمحل إقامته المعتاد كالمكتب بالنسبة للمحامى والمستشفى بالنسبة للطبيب ... إلخ .

حيث تنهض هذه الرؤية على أساس افتراض قطعى غير قابل لإثبات العكس مرجعه وجود الشخص حيثما يوجد مركز أعماله حتى ولو كان الواقع مخالفاً لذلك، كأن يقيم الشخص فعلياً فى مكان آخر .

ويترتب على اعتناق هذه الرؤية وجوب وجود موطن للشخص حيث أنه لا بد من نشوء علاقة أو رابطة ولو افتراضية بين الشخص ومكان معين هو فى الأصل موطن الوالدين أو الوصى مالم يختار الشخص لحظة رشده مركزاً رئيسياً لأعماله يمثل موطناً له .

كما أنه لا يمكن وجود أكثر من موطن واحد للشخص مع تعدد أعماله حيث أنه لا يعتد إلا بالمركز الرئيسى لأعمال الشخص كموطن .

وخلاصة الأمر بالنسبة لهاتين الرؤيتين المحددتين للموطن فإن الرؤية الحكمية للموطن يمتاز بالثبات والاستقرار إلا أنها مؤسسة على افتراض وتخيل يناقض الواقع أحياناً علاوة على صعوبة ذلك الافتراض فى الأونة الأخيرة إزاء تعدد الأعمال وتنوعها وإمكانية التعرف على المركز الرئيسى الفعلى من بينها وعلى أثر ذلك تصبح هذه الرؤية غير مقبولة فى الواقع العملى .

أما الرؤية الواقعية فتمتاز بالوضوح والسلامة علاوة على الأساس الواقعي والعملى الذى تنهض عليه ، حيث يربط المواطن بالإقامة الفعلية المعتادة وهى مسألة واقعية ومنطقية علاوة على تجنب أمر انعدام المواطن أو تعدده .

ولقد أخذ القانون المصرى متبعاً اتجاه الشريعة الإسلامية الرؤية الواقعية للمواطن فنص على أن المواطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة (م ٤٠/١مدنى) .

أنواع المواطن :

قد يكون المواطن عاماً بأن يكون إرادياً أو إلزامياً ، وقد يكون خاصاً بأن يكون موطناً للأعمال التجارية أو الحرفية أو موطناً للقاصر المأذون له بمباشرة بعض الأعمال القانونية بنفسه أو موطناً مختاراً .

أولاً : المواطن العام :

ذكرنا أن المواطن العام إما أن يكون إرادياً وإما أن يكون إلزامياً ونوضح ذلك فى التالى :

المواطن العام الإرادى :

المواطن هو مكان إقامة الشخص عادة وهو الرؤية الواقعية لفكرة المواطن المعتمدة على الإقامة الحقيقية الفعلية المستمرة بمعنى أن المواطن يتحدد بالتواجد الفعلى فى مكان ما بشكل مستمر مستقر حتى ولو تخلل الإقامة فترات انقطاع، علاوة على النية الداخلية للشخص فى الإقامة فى هذا المكان .

وينتج عن ذلك جواز وجود أكثر من موطن للشخص فى آن واحد، وذلك حال استقرار الشخص فى أكثر من مكان مثل الشخص المتزوج من أثنين كل واحدة منهما تقيم فى مكان مستقل من الأخرى أو أن الشخص له محل إقامة فى المدينة وآخر فى القرية يتبادل فيهما الإقامة كل حين وآخر .

كما يجوز ألا يوجد موطن للشخص كما هو حال البدو الرحل عندئذ يعدد بمكان تجمعاتهم الفعلية ، وكذلك يجوز تغيير الشخص موطنه برغبته دون حاجة هذا التغيير إلى إجراءات ، فيكفى الشخص تغيير إقامته من مكان لآخر على سبيل الاستقرار دون اشتراط مرور مدة معينة على إقامته فى هذا الموطن الجديد .

الموطن العام الإلزامى :

لكل شخص الحرية فى اختيار المكان الذى يعد موطناً له والحرية فى تغييره ومع ذلك يفرض القانون على بعض الأشخاص موطناً إلزامياً دون اعتداد بإرادتهم فى ذلك ، ومن هؤلاء الأشخاص عديموا الأهلية وناقصوها وأيضاً المفقود والغائب .

حيث يكون موطن النائب القانونى عنهم هو موطنهم فيكون موطن القاصر هو موطن أبيه أو جده أو الوصى عليه وموطن المختل عقلياً والسفيه و المحجور عليه هو موطن القيم عليهم وموطن الغائب والمفقود هو موطن الوكيل منهما .

وبهذا الشكل فإن موطن كل هؤلاء موطناً إلزامياً لهم لا يتم بصورة واقعية دائماً هو موطن حكمى لهم .

ويترتب على ذلك الموطن الالزامى أنه لا يتقرر بغير نص قانونى حيث أن القانون حدد ذلك حصراً فلا سبيل إلى التوسع فيه أو القياس عليه.

ثانياً : الموطن الخاص :

ذكرنا أن الموطن الخاص قد يكون موطناً للأعمال التجارية أو الحرفية ، أو موطناً للقاصر المأذون له بمباشرة بعض الأعمال القانونية بنفسه أو موطناً مختاراً .

ونوضح ذلك فى التالى :-

الموطن التجارى أو الحرفى :

الموطن التجارى أو الحرفى هو موطن الأعمال أو المكان الذى يباشر فيه الشخص نشاطاً تجارياً أو حرفياً وهو موطن خاص قاصر على من يباشرون تجارة أو صناعة أو حرفة أو مهنة معينة دون أن ينطبق ذلك الوصف على الموظف أو الطالب حيث أن المكان الذى يؤدي فيه الموظف عمله لا يعد موطناً خاصاً له فيما يتعلق بشئون وظيفته ، وعلى أثر ذلك يكون للتاجر أو الحرفى موطنان أحدهما خاص يتعلق بأعمال تجارته، وثانيهما عام حيث يقيم يتعلق بأعماله القانونية الأخرى غير التجارية أو الحرفية .

مواطن القاصر المأذون له بمباشرة بعض الأعمال القانونية :

لناقص الأهلية وفقاً لأحكام موطنا إلزامياً يتمثل فى موطن من ينوب عنه قانوناً ، أما إذا بلغ القاصر ثمانى عشر سنة فيحق له مباشرة بعض الأعمال القانونية بنفسه وهى تلك الأعمال المتعلقة بإدارة أمواله .

فيعد كامل الأهلية بخصوص بعض التصرفات القانونية المأذون له مباشرتها بنفسه ، وعلى أثر ذلك يكون له موطن خاص بشأن هذه الأعمال يتمثل فى المكان الذى يباشر فيه هذه الأعمال المأذون له فيها أو المكان الذى يختاره لممارسة عمل قانونى معين يكون صالحاً لممارسته وكذلك الأمر لكل من هم فى حكم القاصر من المحجور عليهم .

وذلك يعنى أن ناقص الأهلية يمكن أن يكون له موطنان أحدهما عام إلزامى وآخر خاص بأعمال الإدارة المأذون له فى مباشرتها بنفسه.

المواطن المختار :

هو المكان الذى يختاره الشخص للقيام بعمل قانونى معين خاص بتنفيذ هذا العمل وحده ، ويحدد ذلك المكان بإرادة الشخص المنفردة أو عبر عقد يعقده مع شخص آخر كاختيارهم موطن للتقاضى كما هو الحال عندما يختار شخص مكتب محاميه كموطن خاص تعلن فيه الأوراق القضائية التى لها علاقة بأى عقد أو تصرف قانونى أو نزاع معين .

ولا يجوز إثبات هذا الموطن المختار إلا بالكتابة ، حيث أنه لا يجوز لمن يتمسك بالموطن المختار إثباته إلا كتابة دون اعتداء بقيمة التصرف القانوني.

وجدير بالذكر أن اتخاذ الموطن المختار أمر جوازي للشخص إلا أنه استثناء قد يلزم القانون الشخصي باختيار موطن خاص، مثال وجوب اتخاذ الخصم موطناً مختاراً فى الدائرة التى يقع بها مقر المحكمة إذا لم يكن مقيماً فيها.

ويراعى أن الموطن المختار للقيام بعمل قانونى هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى ما لم يوجد شرط صريح يحدد الأعمال التى تخص هذا الموطن .

وأخيراً فإن العدول عن الموطن المختار أو تغييره لا يحدث قبل تنفيذ العمل القانونى المتعلق به إلا بنفس طريقة تحديده سواء كانت عقداً أو خاضعة للإرادة المنفردة لأحد الأطراف أو قاصرة على طرف دون الآخر.

رابعاً : الذمة المالية

مفهوم الذمة المالية :

الذمة المالية مصطلح يعبر عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، ومن هذا التعبير يكون للذمة المالية جانبين أولهما الإيجابى الذى يمثل مجموع حقوق الشخص المالية وثانيهما السلبى الذى يمثل مجموع التزامات الشخص المالية ، والذمة المالية

تتكون بجانبها الإيجابي والسلبى من حقوق الشخص والتزاماته المالية وحدها.

وكلما زادت حقوق الشخص المالية على التزاماته كانت ذمته المالية دائنة وممتلئة، والعكس صحيح فكلما زادت التزاماته المالية على حقوقه كانت ذمته المالية مدينة .

تأصيل فكرة الذمة المالية :

ثار جدل كبير فى الفقه حول تأسيس وتأصيل فكرة الذمة المالية ونتج عن هذا الجدل ظهور نظريتين متقابلتين بهذا الشأن أولهما نظرية الشخصية وهى نظرية تقليدية ظلت سائدة فى الفقه الفرنسى طوال القرن الماضى ،وثانيهما نظرية التخصيص وهى نظرية حديثة ذاع صيتها فى الفقه الألمانى .

أولاً : النظرية التقليدية "نظرية الشخصية" :

تؤسس هذه النظرية على أساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية باعتبار أن الذمة المالية هى إحدى خصائص الشخصية وبالتالي تتمتع الذمة المالية بصفات الشخصية كاملة .

يترتب على ذلك أن لكل شخص ذمة مالية ولا يشترط لوجودها وجود حقوق أو التزامات مالية ثابتة أو واقعة على ذلك الشخص فى توقيت معين، وفى ذات الوقت ومن جهة أخرى لكل ذمة مالية شخص تستند إليه ، كما أن الذمة المالية وحده أو مجموعة قانونية مستقلة من العناصر المكونة لها بمعنى أنها ليست مجموعة حقوق أو التزامات مالية ولكن مجموعة احتمالية لما يوجد للشخص فى الوقت الحالى وما

قد يوجد له فى المستقبل من تلك الحقوق أو هذه الالتزامات وبذلك تكون الذمة المالية كالوعاء مستقل فى وجوده عن وجود محتوياته حتى لو خلا من هذه المحتويات .

والذمة المالية وفقا لهذه النظرية طالما تشكل وجوه قانونية مجردة مستقلة فى وجودها من المحتويات السابق الإشارة إليها فإنها لا يمكن التصرف فيها أو التنازل عنها كوحدة مستقلة بذاتها وإنما تمكن التصرف أو التنازل عن محتوياتها، وهذه نتيجة منطقية لتصور الذمة المالية على كونها الشخصية ذاتها فى شكلها وهيئتها المالية .

ثانياً : النظرية الحديثة "نظرية التخصيص" :

أرادت هذه النظرية هدم النظرية الشخصية التى يعتبرونها مجرد محض افتراض مخالف للواقع، حيث رأت أن الذمة المالية لا تشكل مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية بسبب ثبوتها لشخص معين، وإنما بسبب تخصيصها لغرض معين له قيمة تستوجب الحماية، وعلى ذلك فالعبرة فى وجود الذمة المالية ليس بوجود شخص تستند إليه وإنما بوجود غرض تتخصص به، ومن ثم كلما وجدت حقوق والتزامات مالية يخصصها الاستناد إلى غرض معين فإنه يمكن القول بوجود ذمة مالية دون حاجة إلى استلزام وجود شخص معين تستند إليه.

ويترتب على ذلك الاتجاه وجود الذمة المالية دون شخص تستند إليه ومعنى ذلك أن الذمة المالية توجد ولو لم يوجد شخص متى وجدت مجموعة من الحقوق أو الالتزامات المالية خاصة بذات الغرض .

وكذلك يترتب على تلك الرؤية إمكانية تعدد الذمة المالية حيث أنها تتعدد بتعدد الأغراض التي تخصص بها مجموعات من حقوقه والتزاماته المالية ، ومثال ذلك الوارث الذي يكون مسئولاً عن ديون مورثه فى حدود أموال التركة يكون له ذمتان ماليتان مستقلتان ومنفصلتان وهما ذمته المالية الأصلية وذمة مورثه المالية التى آلت إليه حيث تضمن كل ذمة ديونها فلا يلتزم هذا الوارث فى ذمته المالية الأصلية بسداد ديون مورثه .

كما يترتب على هذه النظرية إمكان انتقال الذمة المالية بالتصرف فيها أو التنازل عنها، وكذلك انتقالها إلى الورثة باعتبار أن شخصية الوارث امتداد لشخصية مورثه .

ودون الغوص فى تقييم هاتين النظريتين فإن الخلاصة هو وضوح المغالاة والإسراف فى كل من النظرية الشخصية أو التقليدية ونظرية التخصيص الحديثة، حيث أن الأولى - النظرية التقليدية - تدمج الذمة المالية فى الشخصية دمجاً كلياً فى حين أن الثانية - النظرية الحديثة - تفضل الذمة المالية عن الشخصية وفى ذلك وتلك تطرف وانحياز ، كما أن البعض يرى أنه من الأفضل عدم السماح للمدين الإفلات من ديونه من خلال فكرة تعدد الذمة المالية استناداً لقاعدة أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

مضمون فكرة الذمة المالية :

يبدو أن الذمة المالية وحدة متماسكة من الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة بحيث تبقى هذه الوحدة المتماسكة قائمة مع تغير ذاتية

العناصر المكونة لها ، حيث يلاحظ خروج بعض العناصر من الذمة المالية للشخص ودخول عناصر أخرى جديدة، بمعنى أن حقوق الشخص والتزاماته المالية فى تغير وتبدل مستمر لا يثبت على حال واحد، مثل الأمة التى لا يتأثر وجودها بالتبدل المستمر فى ذاتية أفرادها بموت من يموت منهم ومولد من يولد وهذا هو مضمون فكرة الذمة المالية .

أهمية فكرة الذمة المالية :

تتضح أهمية الذمة المالية عمليا فى كونها تقر مبدأ أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه أو ما يسمى بمبدأ الضمان العام للدائنين، حيث أن الذمة المالية تمثل الوعاء الذى يستوعب الحقوق والالتزامات معاً أو هذا وذلك فى الأحيان المختلفة وهى تارة دائنة وتارة مدينة .

كما أن أى دائن ليس بإمكانه استيفاء دينه من عنصر معين من العناصر الإيجابية فى ذمة المدين لكون كل أمواله ضامنة لوفاء الدين وليس عنصر معين ومحدد من دون العناصر الأخرى، فلا يحق للدائن الحجز على أموال خرجت من الذمة المالية للمدين طالما لم يصدر حكم بعدم نفاذ تصرفات المدين فى هذا المال، أو لم يكن هذا المال مثقلاً بحق عينى تبعى مثل الرهن مثلاً .

وكذلك لا يستطيع المدين عدم الوفاء بحجة أن المال الذى زاد فى ذمته المالية قد آل إليه بعد نشوء الالتزام .

إلا أن هذا المبدأ - مبدأ الضمان العام للدائنين - لا يمنع من استثناء بعض أموال المدين بنص قانونى مثال الأموال المقيدة بشرط عدم التصرف أو المقدمة كتأمينات عينية أو كضمان خاص لديون بعض الدائنين .

خامساً : أهلية الشخص الطبيعي

الأهلية هي الصلاحية أو القدرة وهي تنقسم لأهلية أداء وأهلية وجوب والذى نعنيه في دراستنا هذه هي أهلية الأداء ومع ذلك وقبل أن نستفيض في عرض أهلية الأداء نلقى الضوء على أهلية الوجوب .

أهلية الوجوب :

هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات فموجب هذه الأهلية تثبت للشخص حقوقه وتتقرر في ذمته التزامات وهي ترتبط بالشخصية القانونية بمعنى أن كل شخص له أهلية وجوب أى صلاحية لوجوب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فهي أهلية تثبت للشخص من لحظة ولادته ، وبذلك هي أهلية تختلط بالشخصية بل هي الشخص منظوراً إليه من الوجهة القانونية. وتدور هذه الأهلية مع الشخصية وجوداً وعدمياً فتوجد أهلية الوجوب متى بدأت حياة الشخص وتنتهى فور انتهاء حياة الشخص ، بل وهناك من يرى أن هذه الأهلية تثبت أيضاً للجنين .

والأصل أن أهلية الوجوب تثبت لكافة الأشخاص إلا أن القانون يحد من أهلية الوجوب بالنسبة لبعض الأشخاص وذلك حال ظروف معينة كعدم السماح للأجانب بتملك عقارات أو إنكاره لحق قاتل مورثه

عمداً فى الميراث أو عدم اجازته لبعض الأشخاص الشاغلين مناصب معينة اكتساب بعض الحقوق مثل القضاء والمحامين أو حرمانه لبعض الحقوق السياسية لبعض الأشخاص نظراً لجنسيتهم أو سنهم .

أهلية الأداء :

هى صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يرتب عليه القانون آثاره القانونية ، أو هى قدرة الشخص على إجراء التصرفات القانونية لحساب نفسه فهى تتعلق بالنشاط الإرادى للشخصية وهى لا تثبت للجميع بل لمن يملك القدرة على التمييز والتصرف فى شئون نفسه ومن وجهة نظر القانون ، ونطاق أهلية الأداء يتحدد بالتصرفات القانونية وحدها أما الأعمال المادية مثلاً تتطلب أهلية أداء وإن كانت تتطلب التمييز.

فمناط أهلية الأداء يكمن فى الإرادة ، حيث أن الشخص لا يكون أهلاً لمباشرة التصرف القانونى إلا إذا توافرت لديه الإرادة لاستيعاب ماهية هذا التصرف وما يترتب عليه من آثار .

فلا تثبت أهلية الأداء لكافة الأشخاص بشكل متساو ومرجع ذلك تباين الإدراك لديهم بين عديم الإرادة وناقص الإدراك وكامل الأهلية وهذا ما سنفصله لاحقاً .

تقسيم التصرفات القانونية من حيث أهلية الأداء :

تنقسم التصرفات القانونية إلى ثلاثة أنواع :

أولاً : تصرفات نافعة نفعاً محضاً يترتب عليها ثراء الشخص دون عوض أو مقابل يدفعه مثل قبوله للهبية .

ثانياً : تصرفات ضارة ضرراً محضاً يترتب عليها افتقار الشخص دون عوض أو مقابل يأخذه مثل الهبة أيضاً ولكن من جهة الواهب .

ثالثاً : تصرفات دائرة بين النفع والضرر لا يترتب لمن يقوم بها ثراء محضاً ولا افتقاراً محضاً لأن قوامها الأخذ والعطاء لا المكسب والخسارة ومن أمثالها من التصرفات عقد البيع أو الإيجار أو المقايضة .

وجدير بالذكر أن أحكام الأهلية مرتبطة بالنظام العام فليس لأحد النزول عن أهليته ولا تعديل أحكامها ولا الاتفاق على الحد من أهلية شخص أو حرمانه منها أو الإقرار بأهلية معدومة أو التوسعة في أهلية محددة، ويكون باطلاً أى اتفاق على تعديل أحكام الأهلية .

أحكام أهلية الأداء :

تتدرج أهلية الأداء تبعاً للسن ، وقد يحدث للإنسان بعد بلوغ سن الرشد عارض يعدمه التمييز أو ينتقص منه ، وقد يقوم لديه مانع يمنعه من مباشرة التصرفات القانونية كلها أو بعضها وهذا الاختلاف فى تدرج الأهلية يخلف لنا من ينوب عن الشخص ولياً كان أم وصياً وعلى ذلك نتناول فى الآتى :-

- تدرج الأهلية بحسب السن .
- عوارض الأهلية .
- موانع الأهلية .
- الولاية والوصاية .

أولاً : تدرج الأهلية بحسب السن :

ذكرنا أن مناط أهلية الأداء كمال التمييز أو أن التمييز متدرج لدى الإنسان بحسب السن وعلى ذلك فإن أهلية الأداء تتدرج إذن تبعاً للتمييز والسن من الانعدام إلى النقص إلى الكمال ، ونفصل ذلك على النحو التالي:

١ - انعدام الأهلية :

ينعدم التمييز عند من لم يبلغ السابعة وهو من يعرف باسم الصبي غير المميز فتكون أهلية الأداء عند ذلك منعدمة انعداماً تاماً ومعنى ذلك انعدام قدرته على القيام بأى تصرفات من التصرفات القانونية حتى النافع منها نفعاً محضاً كقبول الهبة كما ذكرنا آنفاً حيث أن قوام أى تصرف قانونى هو الإرادة وليس لمن لم يبلغ السابعة من عمره إرادة يعتد بها وعلى أثر ذلك تعتبر جميع التصرفات القانونية الصادرة عنه باطلة ولا أثر لها فى القانون بحيث يكون لكل صاحب مصلحة - الصبي بعد إكمال الأهلية ، الولى، الوصى ، المتعاقد مع الصبي، التمسك بالبطلان.

وعلى المحكمة القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها وجوبا ولو لم يتمسك به أحد من أصحاب المصلحة وتظل هذه الإجراءات والتصرفات باطلة طوال الوقت لا تصححها أى أجازة لاحقة من أى طرف من الأطراف .

٢- نقص الأهلية :

نقص الأهلية لا يعنى انعدامها كلية ولا تمامها كلية وهى تكون ما بين سن ابتداء التمييز وسن اكتماله أى بين سن السابعة والحادية والعشرين حيث يكون التمييز فى هذا التوقيت من العمر متأرجح بين الانعدام والاكتمال.

والقاعدة العامة التى تحكم تصرفات الصبى المميز ناقص الأهلية أنه ليست له أهلية أداء مطلقة، وإنما فى بعض التصرفات دون البعض الآخر ، بمعنى أنه كامل الأهلية فيما يتعلق بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً لمصلحته وعلى العكس من ذلك يكون عديم الأهلية فيما يتعلق بالتصرفات الضارة ضرراً محضاً بمصلحته.

أما التصرفات التى تدور بين النفع والضرر فالأصل أنه ليس للصبى المميز مباشرتها بنفسه وإنما عن طريق الولى أو الوصى ولكن إن حدث وباشرها الصبى المميز بنفسه فإنها لن تكن صحيحة مطلقاً ولم تكن باطلة مطلقاً وإنما تعتبر باطلة بطلاناً نسبياً أى قابلة للإبطال لمصلحة الصبى المميز. وبمعنى آخر فإنها تنشأ صحيحة ولكن يمكن للولى أو الوصى أو الصبى المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد طلب إبطالها فإذا ما قضى بإبطالها اعتبرت كأن لم تكن وعلى العكس إذا أجازها الولى أو الوصى أو الصبى المميز بعد بلوغه سن الرشد تأكدت صحتها وانتفى طلب إبطالها .

الاستثناءات على هذه القاعدة :

خرج المشرع على حكم هذه القاعدة فى حالات استثنائية ذكرها على سبيل الحصر ونعرضها فى التالى :

١ - للصبي المميز منذ بلوغ السابعة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بالتصرف فى أموال نفقته دون توقف ذلك التصرف على إجازة أحد. ولقد راعى المشرع مصلحة الصبي المميز بأن قرر له ذمة خاصة بأغراض نفقته إلى جانب ذمته العامة بحيث لا تكون الديون المتعلقة بهذه الأغراض مضمونة إلا فى حدود المال المخصص لها فلا تكون مضمونة بأموال ذمته العامة .

٢ - للقاصر إبرام عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون ولكن بوصفه عاملاً لا رب العمل لأن ذلك يتطلب أن تكون له سلطة إدارة أمواله كلها أو بعضها وهو أمر لا يتحقق قبل الثامنة عشرة والهدف من ذلك إتاحة الفرصة أمام القاصر فى العمل واختيار نوعيته دون إجبار من أحد، ولكن فى مقابل ذلك للمحكمة حق إنهاء ما أبرمه القاصر من تعاقد بناء على طلب الوصى أو ذوى الشأن متى كان هذا الإنهاء فى مصلحة القاصر كأن كانت صحته لا تحتمل مشقة هذا العمل أو توجيهه وجهة أخرى تكون أكثر ملائمة له.

وقرار المحكمة ليس معناه بطلان عقد العمل الفردى فهو عقد صحيح ولذلك ليس بهذا الإنهاء أثر رجعى وإنما آثاره تنصرف إلى المستقبل وحده .

٣ - للقاصر البالغ من العمر ستة عشر سنة أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولا يجوز أن يتجاوز أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو حرفته ، فيكون تصرفه فى هذا الإطار صحيحاً ولا يتوقف على موافقة أحد إلا أن المشرع وحماية لمصلحة القاصر قرر أن تصرفاته لا تتجاوز أثرها حدود ما كسبه وهذا يجعل له ذمة مالية خاصة إلى جانب ذمته المالية العامة وإن كان للمحكمة متى وجب الأمر وحماية القاصر تقييد حقه فيما كسبه من عمله وبالتالي تطبق عليه أحكام الولاية والوصاية .

٤ - للصبي المميز البالغ من العمر ثمانية عشر عاماً والمأذون له فى تسلّم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون تكون أعمال إدارته الصادرة منه صحيحة فى النطاق الذى حدده القانون، بمعنى أن أهليته فيما يتعلق بأعمال الإدارة دون أعمال التصرف كاملة شريطة أن يؤذن له بتسليم أمواله سواء كلها أو جزء منها لإدارتها من الجهة المالكة لحق منح الإذن.

٥ - للقاصر المأذون له من المحكمة بالزواج والذى له مال الحق فى التصرف فى ماله فى حدود المهر والنفقة باعتبار أن إذن الزواج له إذن بالتصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق.

٦ - للقاصر البالغ ثمانية عشرة عاماً والمأذون له من المحكمة إذناً مطلقاً أو مقيداً التجارة ، ولكن يراعى فى أن الإذن للقاصر

بالتجارة وإن كان يستوى مع الإذن بالإدارة فى شرط بلوغ سن الثامنة عشرة إلا أنه لا يصدر إلا من المحكمة وحدها حتى مع وجود الولى فى حين يكفى إذن الولى لممارسة أعمال الإدارة .

٧ - للقاصر البالغ ثمانية عشر عاماً حق الإيضاء بشرط حصوله على إذن من المحكمة مع مراعاة أن الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت فلا تلحق ضرراً عاجلاً بالقاصر الموصى وعلى ذلك تعد الوصية فى حكم التصرف الدائن بين النفع والضرر أى أنها باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر .

٣- كمال الأهلية :

متى بلغ الشخص إحدى وعشرون سنة ميلادية كان رشيداً وكامل الأهلية والتمييز والإرادة، بمعنى أنه يملك القيام بكل أنواع التصرفات القانونية بنفسه النافع منها والضار والدائن بين هذا وذاك .

وباكتمال الأهلية تنتهى الولاية أو الوصاية التى كانت قائمة على هذا الشخص ما لم تقرر المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الوصاية أو الولاية عليه لوجود عارض من عوارض الأهلية التى سنتناولها فى الآتى:-

ثانياً : عوارض الأهلية

قد يطرأ على عقل الشخص عارض يؤثر على ضوابطه النفسية فيعدم تمييزه وإرادته كالجنون والعتة فيعتبره القانون عديم الأهلية، أو يخل بحسن تدبيره للأمور كالسفه والغفلة فيعتبره القانون

ناقص الأهلية ، وفى كلتا الحالتين يجبر عليه بحكم المحكمة وتنصب المحكمة قيماً عليه ولا يزول الحجر إلا بحكم محكمة يقر ذلك .

١- العوارض التى تعدم الأهلية "الجنون والعتة":

الجنون مرض يصيب عقل الإنسان ويعدمه الإدراك والتمييز، والعتة خلل يصيب عقل الإنسان أيضاً ويجعل صاحبه مختلط الكلام ، قليل الفهم ولكنه لا يرقى لدرجة الجنون فهو أخف منه وطئه .

ورغم عدم التساوى فى الدرجة المرضية بين الجنون والعتة إلا أن القانون المصرى ساوى فى الحكم بين المجنون والمعتوه بوجه عام واعتبر كلا منهما عديم الأهلية فاقد الإرادة والإدراك كما ساوى بين الجنون المطبق المستوعب لكل الأوقات وبين الجنون المنقطع الذى تعتريه لحظات إفاقة فى بعض الأوقات، عكس فقهاء الشريعة الإسلامية ولعل فى ذلك حزم وحسم لمسألة يصعب إثباتها وتخلق طريقاً ملئاً بالمنازعات .

وعلى أثر هذا الحكم تقع كافة تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلاناً مطلقاً حتى النافع منها نفعاً محضاً .

ولكن يجب لإبطال تصرفات المجنون أو المعتوه صدور قرار من المحكمة بالحجر على المجنون أو المعتوه وتنصيب قيم عليه وذلك لأن الجنون والعتة عارضان طارئان بالمخالفة للأصل الذى هو اكتمال الأهلية منذ بلوغ سن الرشد .

ولكن انعدام أهلية المجنون أو المعتوه لا تتحقق إلا بناء على قرار يصدر من المحكمة بالحجر عليه وتسجيل هذا القرار لإعلام

الناس بما حدث من تغيير فى أهلية من صدر القرار بالحجر عليه ، ومن وقت تاريخ تسجيل قرار الحجر يقع باطلاً بطلائاً مطلقاً كل عمل وتصرف يصدر من المجنون أو المعتوه .

أما قبل تسجيل قرار الحجر ، فإن تصرفات المجنون أو المعتوه تعد صحيحة إلا فى حالتين تكون فيها باطلة أولهما شيوخ حالة الجنون أو العته وقت القيام بالتصرف ، وثانيهما سوء نية المتعاقد مع المجنون أو المعتوه بمعنى أن يكون ذلك المتعاقد على علم من حالة الجنون أو العته مع المتعاقد الآخر حتى ولو لم تكن شائعة، ويقع عبء إثبات شيوخ حالة الجنون أو العته وقت التعاقد أو علم الطرف الآخر بها على من يدعى بطلان العقد لإنعدام الإرادة بسبب الجنون أو العته .

٢ - العوارض التى تنقص الأهلية "السفه والغفلة" :

السفه هو تبذير المال وانفاقه فى غير مواضعه على غير ما يقتضى العقل والشرع ، أما الغفلة فهى عدم الاهتداء إلى التصرفات المربحة بسبب نقصان التمييز .

فالسفه والغفلة إذن عارضان يصيبان الشخص فى سلامة تقديره أو حسن تدبيره دون خلل بالعقل، ولهذا كانا فى حاجة لحماية القانون لهما من الأضرار بمصالحهما المالية وعلى أثر ذلك أعتبرهما القانون ناقص الأهلية .

ويلزم صدور قرار من المحكمة بتوقيع الحجر عليهما وتسجيل قرار الحجر لضمان إعلام الكافة بما طرأ على أهلية الشخص المحجور عليه.

ويلزم الممايزة بين التصرفات التي تقع قبل تسجيل قرار الحجر أو طلب الحجر والتصرفات التي تقع بعد تسجيل قرار الحجر .

ونلاحظ أن التصرفات التالية لتسجيل قرار الحجر يكون حكمها حكم التصرفات الصادرة عن ناقص الأهلية فتكون صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة إذا كانت ضارة ضرراً محضاً وقابلة للإبطال دائرة بين النفع والضرر .

أما التصرفات السابقة على طلب الحجر أو تسجيله فتكون صحيحة إلا في حالتين تكون فيها باطلة أو قابلة للإبطال أولهما إذا كان الهدف من إجراء هذه التصرفات الهروب من آثار قرار الحجر ، وثانيهما إذا كانت هذه التصرفات تخفى استغلاله من جانب المتعاقد مع السفية أو ذوى الغفلة .

ولعل الفارق الرئيسى بين تصرفات المجنون والمعتوه وتصرفات السفية وذوى الغفلة أنه يكفى فى الأولى شيوع الحالة وقت التعاقد ولو لم يكن المتعاقد معه عالماً بها، أما فى الحالة الثانية فإنه لا يكفى علم المتصرف إليه بل يجب اتجاه قصده وسوء نيته إلى استغلال هذه الحالة بالحصول على فوائد تجاوز المعقول أو يتواطئ معه .

ثالثاً : موانع الأهلية

قد يقوم مانع يؤثر على شخص كامل الأهلية وإن كان لا يؤثر على إدراكه أو تمييزه ولكنه يحد من قدرته على ممارسة التصرفات القانونية ويحدد القانون المصرى موانع الأهلية بثلاثة على النحو التالى:-

١ - الغيبة :

إذا غاب شخص لمدة سنة أو أكثر وترتب على غيابه تعطيل لمصالحه أقامت المحكمة وكيلًا عن هذا الغائب ، فالمشرع أعطى المحكمة حق إقامة وكيل عن الغائب حماية لمصالحه إذا كان مفقوداً ولا تعرف حياته من مماته أو إذا لم يكن له محل إقامة أو موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج البلاد واستحال عليه تولى شؤونه بنفسه أو الإشراف على من ينيبه في إدارتها ، ومعنى ذلك أن الغائب في هذه الحالة ليس ناقصاً للأهلية ولكن هناك ظروف حالت وتوليه شؤونه بنفسه .

٢ - الحكم بعقوبة جنائية :

من آثار الحكم بعقوبة جنائية كف يد المحكوم عليه من إدارة الحالة الخاصة بأمواله وأملكه مدة تقييد حريته ولكن ورغبة في المحافظة على مصالحه أجاز له القانون اختيار قيم تقره المحكمة يقوم بتولى هذه الأموال وإلا عينته له المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته تلقائياً دون انتظار اختياره ولكن يظل حق التصرف في أمواله له هو نفسه بعد الحصول على إذن المحكمة .

وهذا المانع ليس له علاقة بأهلية المحكوم عليه الذي يظل كامل الأهلية بعد الحكم ولكن هذا المانع عقوبة تبعية .

ويبقى هذا المانع قائماً مادامت العقوبة وينتهي بانتهائها سواء بتنفيذه العقوبة أو الإفراج الشرطي أو العفو أو سقوطها بالتقادم .

٣- العاهة المزوجة والعجز الجسماني الشديد :

قد يقوم مانع جسدى يصعب معه تعبير الشخص عن إرادته تعبيراً صحيحاً بالرغم من كمال أهليته أو يحول دون المامه الكافى بما يمكنه من تقييم مصالحته التقييم السليم وحماية لهذا الشخص أجاز القانون للمحكمة تعيين مساعد يعاونه فى القيام بالتصرفات القانونية فى حالتين أولهما : وجود عاهة مزوجة بالشخص وهى أن يصاب الشخص بعاهتين على الأقل من ثلاث عاهات وهى الصم والبكم والعمى وهى حالة يصعب معها تعبير الشخص عن إرادته تعبيراً سليماً.

وثانيتها : وجود عجز جسماني شديد كالشلل النصفى أو الضعف الشديد فى حاسة السمع والبصر لدرجة تمنع الشخص وإحاطته الحقيقية بواقع الظروف المحيطة به وتقديرها .

وفى حالة صدور قرار بالمساعدة القضائية يلزم اشتراك المساعد القضائى مع من تقررت له المساعدة فى اتخاذ القرار فإذا انفرد المساعد القضائى بالقرار كانت قراراته غير نافذة فى حق من تقررت له المساعدة، وإذا انفرد بها من تقررت له المساعدة كانت قراراته قابلة للإبطال إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة .

المطلب الثانى

الشخص الاعتبارى أو المعنوى

تبين لنا فيما سبق أن الشخص فى نظر القانون هو كل من يتمتع بالشخصية القانونية، أى الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ولا تقتصر هذه الصلاحية على الشخص الطبيعى أى الإنسان، وإنما اعترف القانون بها لجماعات من الأشخاص تهدف إلى تحقيق غرض معين كالشركات والجمعيات، ولمجموعات من الأموال رصدت لتحقيق غاية معينة كالمؤسسات.

ولما كان الأصل فى لشخص أن يكون إنساناً ، وأن الاعتراف لهذه الجماعات بالشخصية القانونية إنما يهدف إلى تمكينها من تحقيق الأغراض التى أنشئت من أجلها ، فقد اصطلح على تسميتها بالأشخاص الاعتبارية أو الأشخاص المعنوية ، وذلك لأنها تعتبر كيانات معنوية وليست كائنات طبيعية .

وعلى ذلك تعرف الشخصية الاعتبارية أو المعنوية ، بأنها مجموعة من الأشخاص أو الأموال ، تهدف إلى تحقيق غرض معين ، ويعترف لها القانون بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق غرضها . فيكون لها وجود مستقل ومتميز عن الأشخاص الذين يساهمون فيها أو يستفيدون منها .

ترجع فكرة الشخص الاعتبارى إلى عدة اعتبارات فرضتها الحاجة إلى ضرورة تضافر الجهود وتجميع الأموال للقيام بالأعمال والمشروعات الضخمة التى لا يستطيع أن يقوم بها الإنسان بمفرده ، مهما توافرت له الإمكانيات والظروف ، الأمر الذى اقتضى ضرورة منح هذه الجماعات من الأشخاص والمجموعات من الأموال الشخصية الاعتبارية لكى تتمكن من القيام بهذه الأعمال ، حيث يترتب على الاعتراف لها بالشخصية القانونية أن يكون لها كياناً مستقلاً وذمة مالية منفصلة عن ذمة الأشخاص المكونين لها ، بحيث لا

يتوقف وجودها واستمرارها في مزاولة نشاطها لتحقيق الأغراض التي أنشئت من أجلها ، على وجود هؤلاء الأشخاص .

فقد تكون هناك مشروعات يتطلب تحقيق أغراضها استغراق زمناً طويلاً قد يتجاوز عمر الإنسان ، لذلك يتفق مجموعة من الأشخاص على إقامتها عن طريق تقديم كل شخص حصة مالية ، ويكون لها شخصية مستقلة عن شخصية الشركاء ، فلا تتأثر بوفاتهم أو أفلاسهم .

كذلك يحقق منح الشخصية الاعتبارية لجماعات الأشخاص وما يترتب عليه من استقلال الذمة المالية للجماعة عن ذمة الأشخاص المكونين لها ، فوائد عملية هامة ، حيث لا يستطيع دائنو الأشخاص المكونين للشخص الاعتباري التنفيذ على أموال الشخص الاعتباري ، كما لا يستطيع دائنو الشخص الاعتباري إلا التنفيذ على أمواله دون أموال الأشخاص المكونين له .

فضلاً عن أن الاعتراف بالشخصية القانونية لمجموعة الأموال التي رصدت لتحقيق غرض معين ، كالمؤسسات من شأنه أن يكفل لها الاستمرار لتحقيق غرضها ، حيث تكون لها شخصية مستقلة عن شخصية الأشخاص الذين قاموا برصدها ، فلا تتأثر بوفاتهم ، ولا تنتقل إلى ورثتهم .

وتعتبر فكرة الشخص الاعتباري من أهم العوامل التي ساعدت على تقدم الدول عن طريق تكوين المشروعات الضخمة التي يعجز الأفراد عن القيام بها ، حيث ظهرت الشركات والمشروعات الكبرى ، التي لعبت دوراً كبيراً وخصوصاً في مجال الصناعة والتجارة ، كما أن الدول قد قامت بمنح الشخصية الاعتبارية لبعض المرافق العامة فيها بهدف مساعدتها على أداء دورها وتحقيق أغراضها بنجاح عن طريق استقلالها الإداري والمالي عن الدولة ، كالجامعات والمؤسسات ذات النفع العام .

المبحث الثانى

محل الحق

إذا كان لابد للحق من صاحب يثبت له هذا الحق ، فإنه لابد أيضاً أن يكون لهذا الحق من محل يرد عليه ، فصاحب الحق ومحل الحق عنصران لازمان لوجوده ، فلا يتصور وجود حق كامل دون وجود هذين العنصرين

ويختلف محل الحق عن مضمون الحق ، فمحل الحق هو القيمة التى يستأثر بها صاحبه بمقتضى القانون ، وقد تكون هذه القيمة عملاً أو شيئاً مادياً أو غير مادية ، أما مضمون الحق فهو السلطات التى يخولها الحق لصاحبه والتى تمكنه من الحصول على المزايا التى تعود عليه من استثنائه بهذه القيمة والتمتع بها دون غيره من الأشخاص .

فمحل حق الملكية مثلاً هو الشئ الذى يرد عليه الحق كالمنزل أو قطعة الأرض أو السيارة أو الكتاب ، فى حين أن مضمونه هو ما يكون للمالك على هذا الشئ من سلطات تخوله استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، ومحل حق الرهن مثلاً هو الشئ الذى يرد عليه الرهن ، أما مضمونه فهو السلطة التى تخول لصاحبه نزع ملكية الشئ حتى فى مواجهة الغير الحائز له.

وقد يكون محل الحق شيئاً مادياً أو معنوياً وقد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل يلتزم به المدين ، فمحل الحق يختلف تبعاً لاختلاف نوع الحق ، وما إذا كان حقاً عينياً أو شخصياً أو معنوياً.

فالحق العينى كحق الملكية يكون محله الشئ المادى الذى ترد عليه سلطات المالك ، ومحل حق الارتفاق هو العقار المحمل بالارتفاق.

أما الحق الشخصى فيكون محله دائماً هو أداء أو عمل حتى فى الالتزام بإعطاء ، كما هو الحال فى عقد القرض ، حيث يلتزم المقترض بأداء هو

إعطاء شئ مادي هو النقود ، وهذا لا يعنى أن محل التزام المدين فى عقد القرض هو النقود ، بل هو الأداء المتمثل فى قيامه بالوفاء بها , فالتزام المدين بإعطاء هو المحل المباشر ، أما الشئ الذى يلتزم به المدين يكون محلاً غير مباشر للحق ، لأن الأشياء لا تصلح لأن تكون محلاً مباشراً للحق إلا فى الحقوق العينية فقط ، كما أن محل الحق الذهنى أو المعنوى كحق المؤلف يكون دائماً شيئاً غير مادي.

والشئ الواحد قد يكون محلاً لحق واحد أو محلاً لأكثر من حق ، فالعقار مثلاً يمكن أن يكون محلاً لأكثر من حق ، فمالك العقار له حق ملكية عليه ، وقد يكون لآخر حق انتفاع عليه ، وقد يقوم صاحب حق الانتفاع بتأجيريه للغير فيكون له كمستأجر حق شخصى متعلق بهذا العقار ، كما أن هذا العقار قد يكون أيضاً محملاً بحق ارتفاق لمصلحة عقار آخر .

ونقتصر فى دراستنا لمحل الحق على بيان محل الحقوق الشخصية أى الأعمال ، ثم محل الحقوق العينية أى الأشياء ، أما محل الحقوق المعنوية أو الذهنية فقد سبق لنا تناولها بصد دراسة حق المؤلف ^(١) .

المطلب الأول : الأعمال .

المطلب الثانى : الأشياء .

^(١) انظر فيما سبق ، حق المؤلف .

المطلب الأول الأعمال

محل الحق الشخصي هو العمل أو الأداء الذي يلتزم به المدين ، والعمل هو كل نشاط يقوم به الشخص سواء بجسمه أم بعقله ، وقد يكون هذا العمل أو الأداء إيجابيا وقد يكون سلبياً .

ويتمثل العمل الإيجابي في التزام المدين بقيام بعمل معين ، كالتزام المقاول ببناء منزل أو مستشفى أو مدرسة أو التزام العامل بأداء عمل معين لصاحب العمل ، أو التزام الوكيل بالقيام بعمل قانوني معين لحساب الموكل ، كما يشمل الالتزام بعمل أيضاً الالتزام بإعطاء شئ كالتزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع للمشتري ، مقابل قيام المشتري بدفع الثمن .

كما ان العمل السلبي يتمثل في التزام المدين بالامتناع عن القيام بعمل معين كان يمكن له ان يقوم به لولا وجود هذا الالتزام . كالتزام بائع المحل التجاري بعدم منافسة المشتري أو الالتزام بالامتناع عن البناء في مكان معين . والتزام العامل بعدم إفشاء أسرار العمل أو عدم منافسة صاحب العمل .

على أن المقصود بالامتناع عن عمل معين الذي هو محل للحق الشخصي هو الامتناع الذي يكون واجباً خاصاً على من يلتزم به ، خلاف الواجب العام المفروض على كل الأشخاص بضرورة مراعاة أحكام القانون ، أى يجب أن يتعلق هذا الامتناع بعمل كان يمكن له أن يقوم به في الأصل .

والأعمال التي تصلح أن تكون محلاً للحق الشخصي لا يمكن حصرها ، فطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، تكون الإرادة حرة في أن تنشئ ما تشاء من العلاقات القانونية التي يترتب عليها حقوق شخصية ، ولذلك لا تقع الحقوق

الشخصية تحت حصر معين ، على خلاف الحقوق العينية التي حددها القانون على سبيل الحصر .

شروط العمل الذي يكون محلاً للحق الشخصي :

إذا كانت الأعمال التي تصلح أن تكون محلاً للحق الشخصي لا يمكن حصرها ، إلا أنه يجب أن تتوافر في العمل الذي يكون محلاً للحق الشخصي بعض الشروط يتمثل في ضرورة أن يكون العمل ممكناً ، وأن يكون معيناً ، وأن يكون مشروعاً .

أولاً : أن يكون العمل ممكناً :

يجب أن يكون العمل الذي يلتزم به المدين ممكناً ، فإذا كان مستحيلاً ، فلا ينشأ الالتزام ، والمقصود بالاستحالة التي تمنع نشأة الالتزام هي الاستحالة المطلقة ، أي أن يكون العمل مستحيلاً في ذاته ، بحيث لا تقوم الاستحالة بالنسبة للمدين فحسب ، بل تقوم بالنسبة لجميع الأشخاص .

كما هو الحال إذا تعهد طبيب بعلاج مريض كان قد مات ، أو بيع شئ كان قد هلك قبل العقد ، أو أن يتعهد محام برفع استئناف عن حكم انقضى ميعاد استئنافه، فالاستحالة في هذه الحالة تجعل محل الالتزام معدوماً .

أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، فلا تمنع من قيام الالتزام ، وهي التي تقوم بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض الآخر ، فإذا كان العمل مستحيلاً بالنسبة للمدين ، ولكن ممكناً بالنسبة لغيره ، فإن ذلك لا يحول دون نشأة الالتزام .

كما هو الحال عندما يتعهد شخص ليس طبيباً بعلاج مريض ، أو أن يتعهد شخص برسم لوحة فنية معينة رغم جهلة بأصول الفن ، فالعمل الذي يلتزم به المدين في مثل هذه الحالات يكون مستحيلاً بالنسبة للمدين ولكن يكون ممكناً بالنسبة لغيره ، ولذلك ينشأ الالتزام صحيحاً ويكون على المدين في مثل

هذه الحالات تنفيذ التزامه عن طريق تعويض الدائن عن الأضرار التي لحقت به من جراء عدم تنفيذ التزامه ، بسبب استحالة التنفيذ العيني .

وإذا كان محل الحق الشخصي هو التزام المدين بإعطاء شيء ، فإنه يجب أن يكون هذا الشيء موجوداً أو ممكن الوجود ، فلا يلزم لنشأة الحق أن يكون الشيء موجوداً بالفعل ، وإنما يكفي أن يكون قابلاً للوجود ، كما هو الحال في بيع محصول لم ينضج بعد ، أو بيع أشياء لم يتم صنعها بعد .

أما إذا كان الشيء غير موجود أو غير قابلاً للوجود في المستقبل ، فإن الحق الشخصي لا ينشأ ، كما لو تعهد شخص بنقل ملكية سيارة تبين أنها قد تحطمت قبل العقد ، أو تعهد بنقل ملكية سفينة تبين أنها كانت قد غرقت قبل العقد^(١) .

ثانياً : أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين :

يجب أن يكون العمل الذي يلتزم به المدين معيناً أو قابلاً للتعيين ، لكي يصلح أن يكون محلاً للحق الشخصي فإذا كان العمل غير معين ، فإن الالتزام لا ينشأ ، وبالتالي لا ينعقد العقد . فإذا تعهد مقاول مثلاً بإقامة مبنى وجب تعيين العمل الذي يقوم به عن طريق بيان كافة أوصافه ، ولكن يجب أن يكون العمل قابلاً للتعيين بحيث يشتمل العقد على العناصر التي تكفل هذا التعيين ، كأن يتفق على التزام المقاول ببناء مستشفى تتسع لعدد معين من الأسرة .

وإذا كان محل الحق الشخصي هو التزام بإعطاء شيء ، كالتزام بنقل ملكية حق عيني ، فيجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين ، فإذا كان الشيء معيناً بالذات ، أي شيئاً قيماً ، كسيارة فيجب أن يتم تعيينها بذكر أوصافها المختلفة ، مثل الماركة واللون وسنة الصنع ، وإذا كان الشيء قطعة أرض ،

(١) د. عبد الودود يحيى : المرجع السابق ، ص ٣٢٥ .

فيجب تعيينها ، ببيان حدودها ومعالمها ومساحتها.

أما إذا كان الشيء معيناً بالنوع أى شيئاً مثلياً ، كبيع كمية من القمح ، فيجب أن يتم تعيينه بذكر نوعه ومقداره ، ويكفى أن يكون قابلاً للتعيين ، كأن يلتزم شخص بتوريد أغذية معينة تفي باحتياجات المستشفى من هذه الأغذية .

ثالثاً : أن يكون العمل مشروعاً :

يجب أن يكون العمل الذي يصلح أن يكون محلاً للحق مشروعاً ، أى غير مخالف للنظام العام والآداب ، فإذا كان محل التزام المدين عملاً غير مشروع كان الالتزام باطلاً .

وبالتالي يعتبر باطلاً التزام الشخص بارتكاب جريمة مقابل دفع مبلغ من النقود ، أو الالتزام ببيع كمية من المخدرات أو الالتزام بدفع مبلغ من النقود مقابل إقامة علاقة غير مشروعة بين رجل وأمرأة ، حيث يكون محل الالتزام فى هذه الحالات القيام بعمل غير مشروع لمخالفته للنظام العام وقواعد الأخلاق وبالتالي يكون باطلاً ، لأنه لا يمكن أن ينشأ التزام قانونى بناءً على عمل غير مشروع .

المطلب الثاني

الأشياء

تعريف الشئ وتميزه عن المال :

الشئ هو محل الحق العيني، ويقصد به كل ما له كيان مستقل عن الأشخاص، سواء كان حياً كالحيوانات أو غير حى كالعقارات، وسواء كان مادياً كالأرض أو البناء أو كان غير مادي كالمحل التجاري .

ويختلف الشئ عن المال ، لأن المال هو كل حق مالى سواء كان حقاً شخصياً أم كان حقاً عينياً ، أما الشئ فهو محل الحق المالى إذا كان حقاً عينياً ، ولذلك يجب عدم الخلط بين الأشياء والأموال ، والذي يرجع إلى أن الشئ غالباً ما يكون محلاً للحقوق المالية ، فيعتبره البعض مالاً بسبب وجود هذه الحقوق ، ولكن محل الحقوق المالية قد يكون أيضاً عملاً ، كما أن الشئ قد لا يكون محلاً لأى حق مالى ، وبالتالي لا يكون مالاً وإنما يكون شيئاً من الأشياء ، كما هو الحال فى الأشياء المباحة^(١).

تقسيمات الاشياء التي تصلح أن تكون محلا للحق:

يجري الفقه منذ القدم على تقسيم الأشياء التي تصلح أن تكون محلاً للحقوق إلى عدة تقسيمات مختلفة حسب الأساس الذى يعتمد عليه فى تقسيمها على النحو التالى :

(١) من حيث مدى جواز التعامل فيها تنقسم إلى أشياء داخلة فى دائرة التعامل وأشياء خارجه عنه .

(٢) من حيث مدى قابليتها للاستعمال المتكرر ، تنقسم إلى أشياء قابلة وأشياء غير قابلة للاستهلاك .

(١) د. عبد الودود يحيى : المرجع السابق ، ص ٣١٢ .

(٣) من حيث تعيينها تنقسم إلى أشياء مثلية وأشياء قيمية .

(٤) ومن حيث ثباتها تنقسم إلى أشياء ثابتة (عقارات) وأشياء منقولة .

أولاً: الأشياء القابلة للتعامل والأشياء الخارجة عن التعامل

إذا كان الشيء خارجاً عن التعامل فلا يصلح أن يكون محلاً للحقوق .
والأصل أن كل الأشياء يجوز التعامل فيها ، لأن الأصل في الأشياء هو الإباحة ، وبالتالي تصلح أن تكون محلاً للحقوق ، إلا إذا كان الشيء يخرج عن دائرة التعامل بطبيعته أو بنص القانون ، فلا يصلح أن يكون محلاً للحقوق .

وعلى ذلك تنقسم الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل إلى نوعين: أشياء تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها وأشياء تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون.

١- الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها :

الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وهي الأشياء المشتركة التي ينتفع بها كافة الناس ، ولا يؤثر انتفاع بعضهم بها على انتفاع الآخرين ، كأشعة الشمس والهواء وماء البحر .

وعدم قابلية الاستئثار بهذه الأشياء في مجموعها هو الذي يخرجها عن دائرة التعامل ، ويجعلها لا تصلح أن تكون محلاً للحقوق ، أما إذا تمكن شخص من الاستئثار بجزء منها ، فإنه يصبح مملوكاً له ملكية فردية ، وبالتالي يجوز التعامل فيه ويصح أن يكون محلاً للحقوق . فالهواء يخرج عن التعامل بطبيعته ، ولكن قد يتم ضغطه في حيز معين ويستخدم في أغراض كثيرة ، وبالتالي يدخل في دائرة التعامل ، ويجوز أن ترد عليه الحقوق .

٢- الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بحكم القانون :

الأشياء الخارجة التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي الأشياء التي تكون قابلة للتعامل بطبيعتها ، ولكن القانون لا يجيز أن تكون هذه الأشياء محلاً للحقوق ، فهي أشياء يمكن لأي شخص أن يستأثر بها ، غير أن المشرع لاعتبارات معينة لا يسمح بتملكها والتعامل عليها ، وبالتالي لا تكون صالحة لأن ترد عليها الحقوق . وقد ترجع هذه الاعتبارات إلى تخصيص الشيء للمنفعة العامة، أو أن التعامل في هذه الأشياء يُعد إخلالاً بالنظام العام .

أ) الأشياء المخصصة للمنفعة العامة :

تخرج الأشياء المخصصة للمنفعة العامة من دائرة التعامل بحكم القانون، لأن التعامل على هذه الأشياء يتنافى مع هذا التخصيص ، كما إنها تكون مملوكة للدولة ملكية عامة.

ويترتب على ذلك عدم جواز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، ومن الأمثلة على هذه الأشياء المخصصة للمنفعة العامة، الشوارع والطرق والميادين والأسواق والحدائق والمكتبات العامة وشواطئ البحار .

فالأشياء المخصصة للمنفعة العامة تخرج عن دائرة التعامل متى كانت مملوكة للدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وتم تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار، وإذا انتهى التخصيص طبقاً للقانون، فإنها تعود مرة أخرى إلى دائرة التعامل وتصلح أن تكون محلاً للحقوق .

ولكن تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة لا يحول دون تقرير بعض الحقوق عليها للأشخاص، متى كان ذلك لا يتعارض مع هذا التخصيص، ويتحقق ذلك عندما تسمح الدولة لبعض الأفراد باستخدام هذه الأشياء وإقامة

المنشآت عليها ، كما هو الحال عندما تقوم البلديات بتأجير جزء من الشوارع أو الأرصفة.

(ب) الأشياء التي تنطوي على إخلال بالنظام العام :

تخرج هذه الأشياء من دائرة التعامل لأنها تُعد إخلالاً بالنظام العام والآداب ، ولذلك يحظر القانون التعامل فيها ، وبالتالي لا تصلح أن تكون محلاً للحقوق ، كما هو الشأن بالنسبة للمواد المخدرة فلا يجوز التعامل فيها ولا تصلح أن تكون محلاً للحقوق ، إلا في حالات معينة يجيز القانون التعامل فيها ، كاستخدامها في الأغراض الطبية .

ثانيا : الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك

١ - الأشياء القابلة للاستهلاك :

هي الأشياء التي لا يُنتفع بها إلا باستهلاكها ، أو هي الأشياء التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها ، فهذه الأشياء لا تقبل استعمالها أكثر من مرة ، بل تستهلك بمجرد أول استعمال لها ، كالنقود والخضر والفواكه وغيرها .

والاستهلاك قد يكون مادياً أو قانونياً ، والاستهلاك المادى هو الذى يؤدي إلى انقضاء مادة الشئ أو تغيير ذاتيته أو صورته ، فاستهلاك المواد الغذائية يكون بأكلها ، فتتقضى بذلك مادتها ، واستهلاك الأقمشة والمنسوجات يكون بتحويلها إلى ملابس فتتغير بذلك مادتها ، أما الاستهلاك القانونى فهو الذى يكون عن طريق التصرف فى الشئ إلى الغير ، كإنفاق النقود ، وبيع البضائع المعروضة فى المتاجر ^(١) .

٢ - الأشياء غير القابلة للاستهلاك :

(١) د. عبد الودود يحيى : المرجع السابق ، ص ٣٢٠ .

هى الأشياء التى ينتفع بها دون أن تهلك من أول استعمال لها ، حتى ولو ترتب على تكرار استعمالها نقص فى قيمتها أو هلاكها بمضى الزمن . فهذه الأشياء لا تستهلك بمجرد الاستعمال ، وإنما تحتفظ بذاتيتها ، ولا يغير من طبيعتها أن يودى استعمالها إلى النقصان التدريجى فى قيمتها أو متانتها ، ومن الأمثلة على هذه الأشياء المنازل والسيارات والطائرات والأثاث والثيات والأجهزة والأدوات .

والعبرة فى كون الشئ قابل للاستهلاك أو غير قابل للاستهلاك هى بطبيعته، أى حسب الاستعمال الذى أعد له الشئ وفقاً لطبيعته .

ومع ذلك يجوز للأفراد أن يغيروا من ذلك ، إذا خصصوا الشئ لاستعمال يختلف عن الاستعمال الذى أعد له بطبيعته ، فالكتب من الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، فإذا عرضت للبيع ، فإنها تكون قابلة للاستهلاك ، كذلك النقود تقبل الاستهلاك بطبيعتها ، ولكن إذا اقتصر استعمالها على وضعها فى متحف للعملات، فإنها تكون غير قابلة للاستهلاك ، فإرادة المتعاقدين تملك أن تغير من الغرض الذى خصص له الشئ بحسب طبيعته ، فيتحول من شئ قابل للاستهلاك إلى شئ غير قابل للاستهلاك أو العكس .

٣- أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك :

أ) بعض العقود لا يمكن أن ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك ، وهى العقود التى تخول أحد المتعاقدين الانتفاع بالشئ مدة معينة ثم رده بعد ذلك إلى مالكه ، كالإيجار والعارية ، فالمستأجر والمستعير يستعمل كل منهما شيئاً مملوكاً للغير ، ويلتزم برده بعد مدة معينة ، وهو مالا يتصور إلا إذا كان الشئ غير قابل للاستهلاك .

ب) بعض الحقوق العينية التى تخول صاحبها سلطة استعمال الشئ دون التصرف فيه كحق الانتفاع وحق السكنى ، لا ترد إلا على أشياء غير

قابلة للاستهلاك ، حيث يلتزم صاحب الحق برد المال إلى مالكة بعد مدة معينة .

(ج) تختلط في الأشياء القابلة للاستهلاك سلطة الاستعمال وسلطة التصرف، بحيث لا يمكن أن يثبت للشخص عليها سلطة الاستعمال دون سلطة التصرف ، ولذلك يجب أن يكون الشخص مالكاً للشئ القابل للاستهلاك حتى يستطيع استعماله، لأن المالك وحده هو الذى يملك التصرف فى الشئ .

ثالثا : الأشياء المثلية والأشياء القيمة

١ - الأشياء المثلية :

هى الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن ، ويعرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها الأشياء التى لا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به ، فهذه الأشياء يكون لها نظائر أو مثل فى الأسواق لا يختلف عنها اختلافاً يُعتد به ، وتسمى هذه الأشياء بالأشياء المعينة بالنوع ، حيث يكتفى فى تعيينها ذكر نوعها وعدد وحداتها ، وذلك بالعدد كالكتب ، أو بالمقاس كالمسوحات ، أو بالوزن كالزيوت ، أو بالكيل كالحبوب .

٢ - الأشياء القيمة :

هى الأشياء التى لا تقوم مقام بعضها فى الوفاء ، وذلك لتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به ، فهى الأشياء التى ليس لها نظير أو مثل فى الأسواق أو كان لها نظير أو مثل ولكن يختلف عنها اختلافاً يعتد به ، وتسمى هذه الأشياء بالأشياء المعينة بالذات، أى يجب تعيين كل منها بذاته فلا يكفى أن تعين بالعدد أو المقاس أو الوزن أو الكيل كما هو الشأن بالنسبة للأشياء المثلية . ومن الأمثلة على هذه الأشياء المنازل والأراضى والحيوانات والأحجار الكريمة والكتب

المخطوطة .

والعبارة في اعتبار الشيء من الأشياء المثلية أو من الأشياء القيمية هي بحسب طبيعته، فإذا كان الشيء مما يُعد أو يقاس أو يوزن أو يكال، كان مثلياً، إما إذا كان لا يقبل ذلك بحسب طبيعته فإنه يكون قيمياً ، كما أن إرادة الأفراد تملك أن تغير من طبيعة الشيء فتحوله من مثلي إلى قيمي والعكس ، فالكتب تعتبر حسب طبيعتها من المثليات ، ومع ذلك قد تكون شيئاً قيمياً ، كما هو الحال بالنسبة للنسخة التي تحمل توقيع المؤلف ، كذلك النقود تعتبر حسب طبيعتها من المثليات، ومع ذلك تعتبر شيئاً قيمياً إذا تم استعارتها لمدة معينة لوضعها في معرض وترد بعدها .

ومع ذلك قد يكون الشيء قيمياً ويتحول طبقاً لإرادة الأفراد إلى شيء مثلي، كالأراضي التي تعتبر بحسب طبيعتها من الأشياء القيمية، إذا تم تقسيمها إلى قطع متساوية بحيث تصبح متماثلة، كما تفعل الشركات التي تقوم ببيع الأراضي.

أهمية التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية :

يترتب على التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية عدة نتائج هامة تتمثل فيما يلي :

(١) لا تنتقل ملكية الأشياء المثلية المعينة بالنوع كعشرة أرادب من القمح ، إلا من وقت الإفراز ، أما إذا كان الشيء قيمياً أى معيناً بذاته فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد .

(٢) لا يعفى المدين من التزامه بنقل ملكية شيء مثلي إذا هلك قبل التسليم بسبب أجنبي لا يد له فيه ، حيث يلتزم في هذه الحالة بتسليم مثله ، لأن الأشياء المثلية لا تهلك ، فإذا التزم شخص بتسليم كمية من القمح ، ثم احترقت هذه الكمية قبل التسليم بسبب لا يرجع إليه ، فإن التزامه

لا يسقط بهلاكها ، بل يظل ملتزماً بتسليم كمية من نفس النوع والصفة، لأن الوفاء بالتزامه ليس مستحيلاً لتوافر الشيء المثلى في الأسواق.

أما إذا كان الشخص ملتزماً بنقل ملكية شيء قيمى، وهلك هذا الشيء قبل التسليم، فإن التزامه ينقضى لاستحالة تنفيذه، وبالتالي يسقط التزام المتعاقد الآخر بدفع الثمن .

(٣) إذا كان محل الالتزام شيئاً مثلياً غير معين بالذات فإن المدين يبرأ من التزامه إذا أوفى بشئ من نفس النوع بالقدر المتفق عليه في العقد، أما إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً، فإن المدين لا يبرأ من التزامه إلا إذا أوفى بالشيء ذاته المتفق عليه في العقد .

(٤) لا تقع المقاصة القانونية إلا بين الأشياء المثلية، حيث يجب في المقاصة أن يكون محل الدينين المتقابلين من المثليات كالنقود .

رابعاً : الأشياء الثابتة والأشياء المنقولة (العقارات والمنقولات) :

تقسيم الأشياء إلى أشياء ثابتة (عقارات) وأشياء منقولة وقد نظمت قوانين غالبية الدول العقارات والمنقولات بأحكام خاصة تختلف حسب طبيعة كل منهما.

أساس التقسيم وأهميته :

يعتمد تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ، على ثبات الشيء أو عدم ثباته، فالأشياء الثابتة هي العقارات، بينما الأشياء المنقولة هي التي تقبل الحركة من مكان إلى آخر ، فالعقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ، لا يمكن نقله من مكانه دون تلف ، أما المنقول فهو كل شيء يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف ، أو هو كل ما عدا ما يعتبر عقاراً.

وترجع التفرقة بين العقارات والمنقولات أيضاً إلى ما كان يتمتع به العقار في الماضي من قيمة اقتصادية كبيرة تفوق قيمة المنقول ، حيث كانت الأرض هي عماد الثروة والنظام السياسي .

أما المنقولات فقد كان من قبيل الأشياء التافهة ، الأمر الذي ترتب عليه خضوع العقارات لقواعد قانونية خاصة تختلف عن القواعد التي تخضع لها المنقولات ، ولإزالة هذا التقسيم قائماً في الوقت الحالي بالرغم من ازدياد أهمية المنقولات التي أصبحت بعضها تفوق أهمية العقارات مثل الطائرات والسفن الضخمة والتحف الثمينة .

ونتناول العقارات والمنقولات وأهمية التفرقة بينهما على النحو التالي:

١ - العقارات

(الأصل والاستثناء)

الأصل أن العقارات هي كل شئ ثابت بطبيعة ولا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف ، وهذه هي العقارات بطبيعتها ، ومع ذلك فقد اسبغ المشرع وصف العقار على بعض المنقولات عندما تتوافر فيها شروط معينة ، وهو ما تعرف بالعقارات بالتخصيص ، ولذا فإن العقارات نوعين عقارات بطبيعتها، وعقارات بالتخصيص.

أ) العقار بطبيعته :

العقار بطبيعته هو كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، فإذا كان الشئ بحسب طبيعته ثابتاً ، لا يمكن نقله بدون تلف فهو عقار بطبيعته . أما إذا كانت طبيعته لا تحول دون نقله بدون تلف فهو منقول.

وتعتبر الأراضي عقاراً بطبيعته ، وكل ما يتصل بها من مبان أو أشجار متى كان لا يمكن نقلها من مكانها دون تلف ، ولكن لا يعتبر عقاراً كل ما يتصل

بالعقار ويمكن نقله من مكانه بدون تلف كالأشياء التي يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر دون تلف ، والنباتات المزروعة في أوعية لأنه يمكن نقلها دون تلف ، حيث تعتبر هذه الأشياء من المنقولات ، لأنها لا تتعرض للتلف بمجرد نقلها ، ولو كانت متصلة بالأرض .

ولا يقتصر وصف العقار على الأرض فقط وإنما يشمل ما فوق الأرض كالأشجار والمباني ، وما في جوفها من مناجم ومحاجر ، إذا لم يكن قد تم فصلها، كما يشمل العقار جميع أجزاء البناء المكتملة له كالأبواب والشبابيك والمصاعد، متى كانت مثبتة في البناء، أما إذا تم فصل هذه الأشياء وأصبح لها كيان مستقل، فإنها تصبح من المنقولات ، ولذلك يجب لاعتبار الشيء عقاراً ، أن يكون الشيء ثابتاً ومستقراً في مكانه ولا يمكن نقله منه دون تلف .

- العقار بالتخصيص :

العقار بالتخصيص هو منقول يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً لخدمة هذا العقار واستغلاله ، فالعقار بالتخصيص هو أصلاً منقول ، ولكن القانون يضيف عليه وصف العقار لأنه أصبح من توابعه ، وبالتالي يخضع للنظام القانوني للعقارات باعتباره عقاراً حكماً لا حقيقة .

ومن الأمثلة على العقار بالتخصيص الآلات الزراعية والمواشي التي تخصص لخدمة الأرض ، والآلات والأدوات التي تخصص لخدمة المصانع والورش ، والأثاث والأدوات والمفروشات التي تخصص لخدمة الفنادق .

أ) شروط اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص :

لما كان العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته يضعه صاحبه في عقار يملكه ويخصه لخدمة العقار واستغلاله ، فإنه يشترط لاعتباره عقاراً بالتخصيص أن يتوافر فيه ما يلي :

(١) وحدة مالك العقار والمنقولات وتخصيصها من جانبه :

يجب أن يكون مالك العقار والمنقول الذي يخصص لخدمة العقار واستغلاله شخص واحد ، وعلى ذلك لا تعتبر عقاراً بالتخصيص الآلات والأدوات الزراعية والمواشى التي يستخدمها المستأجر في زراعة الأراضي ، لأنها غير مملوكة للمالك ، كما أن الآلات والأدوات التي يستخدمها مالك الأرض في زراعتها لا تعتبر عقاراً بالتخصيص إذا كانت مملوكة للغير . فيجب أن يكون مالك العقار بطبيعته هو ذاته مالك المنقول بطبيعته الذي يخصصه لخدمة العقار واستغلاله .

والسبب في اشتراط أن يكون مالك العقار هو مالك المنقول يرجع الى رغبة المشرع في إخضاع هذه المنقولات التي تخصص لخدمة العقار واستغلاله لأحكام العقار بحيث تلحق به عند التصرف فيه والتنفيذ عليه ، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان مالك العقار هو مالك المنقول الذي خصص لخدمته أو استغلاله .

(٢) تخصص المنقول بطبيعته لخدمة العقار أو استغلال عقار بطبيعته.

يجب أن يكون المنقول قد خصص لخدمة العقار واستغلاله، لا لخدمة مالك العقار ، فإذا كان المنقول مخصصاً لخدمة المالك فلا يعتبر عقاراً بالتخصيص، فالسيارة المخصصة للمالك المصنع لا تعتبر عقاراً بالتخصيص، في حين أن السيارات التي تقوم بنقل إنتاج المصنع إلى العملاء تعتبر عقاراً بالتخصيص، كذلك الماشية التي يستخدمها صاحب الأرض لاستخدامه الشخص لا تعتبر عقاراً بالتخصيص ، أما إذا كان يستخدمها في استغلال الأرض ، فتعتبر عقاراً بالتخصيص .فالتخصيص يجب أن يكون عينياً لا شخصياً ، أى يتعلق بالعقار ذاته لا بالشخص مالك العقار .

كما يجب أن يتم التخصيص بالفعل ، بأن يلحق المنقول بالعقار عن طريق وضعه فيه ، أما إذا كان المنقول بعيداً عن العقار ، فلا يعتبر عقاراً بالتخصيص حتى ولو كان مآله أن يوضع فيه مستقبلاً .

كذلك يجب أن يكون التخصيص مستمراً ، أى أن يتوافر له قدر من الثبات، بحيث لا يكون عرضياً ، ولكن لا يعنى ذلك أن يتم التخصيص بصفة دائمة بل يكتفى أن يتوافر له قدر من الثبات والاستقرار ولو لفترة محددة من الزمن .

ولا يشترط أن يكون التخصيص ضرورياً لخدمة العقار أو استغلاله، بل يكفي أن يكون فى هذا التخصيص على الأقل فائدة للعقار، فإذا لم يكن التخصيص يعود بالفائدة على لعقار، فلا يعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص، وهذا يقتضى أن يكون من شأن المنقول أن يحقق فائدة للعقار الذى يخصص لخدمته واستغلاله.

وترجع الحكمة من ذلك إلى عدم السماح للمالك بالتوسع فى تخصيص الأشياء المنقولة لخدمة العقار ، بهدف الأضرار بدائنيه نتيجة لخروج هذه الأموال المنقولة التى خصصت لخدمة العقار من الضمان العام المقرر للدائنين على أموال المدين لصالح الدائنين المرتهنين للعقار .

ب (حكم العقار بالتخصيص :

يترتب على اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص عندما توافرت شروطه خضوعه لأحكام العقار ، وبالتالي يتبع العقار عند التصرف فيه والتنفيذ عليه ، فإذا تم بيع العقار أو رهنه أو الوصية به ، فإن البيع أو الرهن أو الوصية تشمل العقار بالتخصيص ، وإذا تم توقيع الحجز على العقار فإن الحجز يشمل المنقولات المخصصة لخدمته ، كذلك التنفيذ على العقار يشمل ما خصص من منقولات لخدمته.

كما لا يجوز التصرف فيه استقلالاً عن العقار الذي خصص لخدمته واستغلاله ، فلا يجوز الحجز عليه منفصلاً عن العقار الذي الحق به ، لأن المشرع يهدف من تخصيص بعض المنقولات لخدمة العقارات إلى ضمان استغلالها استغلالاً حسناً⁽¹⁾ ، ولا يتحقق ذلك إذا أجاز التصرف فيها منفصلاً عن العقارات التي خُصصت لها .

على أن اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص لا يعتبر من النظام العام ، بل هو حكم مقرر لمصلحة مالك العقار ، ولذلك يجوز له أن يرفع عن المنقول هذا الوصف ، بإنهاء تخصيصه لخدمة العقار واستغلاله ، وقد يتم ذلك بعمل مادي من جانب المالك ، كأن يوقف نوع الاستغلال الذي كان المنقول مخصصاً له كفصل المنقول عن العقار واستخدامه في أغراض أخرى ، أو يتم عن طريق تصرف قانوني ، كأن يتصرف المالك في العقار أو المنقول مستقلاً أحدهما عن الآخر .

وينتهي التخصيص بتنازل المالك ضمناً عن الحماية التي قررها له القانون باعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص، وذلك عندما يترك لدائنيه توقيع الحجز على المنقول منفصلاً عن العقار الذي خصص له .

كذلك ينتهي التخصيص وتزول عن المنقول صفة العقار بالتخصيص ، إذا لم يعد مملوكاً لمالك العقار ، كما لو باع المالك المنقول المخصص لخدمة العقار ، أو لم يعد مالك المنقول مالكا للعقار الذي خصص له ، كما لو باع المالك العقار دون المنقول المخصص لخدمته .

(1) د. عبد الودود يحيى : المرجع السابق ، ص ٣١٦ .

٢ - المنقولات :

المنقول هو كل شئ يمكن نقله من مكانه دون تلف، أو هو كل شئ ما عدا ما يعتبر عقاراً بطبيعته أو بالتخصيص، كالسيارات والمواشي والكتب، وهذه الأشياء تعتبر منقولات بطبيعتها، أى طبيعة الشئ غير الثابتة تسمح بنقله من مكانه دون أن يلحقه تلف، ومع ذلك فإن هناك أشياء ثابتة بطبيعتها ولكنها تعتبر من المنقولات على اعتبار ما سنقول إليه مستقبلاً وتسمى هذه الأشياء بالمنقولات بحسب المأل .

أ) المنقول بطبيعته:

المنقولات بطبيعتها هي كل شئ يمكن نقله من مكانه دون تلف ، فكل ما لم يلحقه وصف العقار بطبيعته أو بالتخصيص فهو منقول بطبيعته . وقد يكون المنقول بطبيعته شيئاً مادياً أو شيئاً معنوياً .

١) المنقولات المادية :

المنقولات المادية هي الأشياء المادية التي يمكن نقلها من مكانها دون تلف سواء تم النقل بفعل الشئ ذاته كالحیوانات والطيور ، أو بفعل الإنسان ، كالسيارات والسفن والطائرات والآثار والكتب والملابس والآلات وغيرها ، متى كان صاحبها لم يضعها في عقار يملكه وخصصها لخدمته أو استغلاله .

ولا يمنع من اعتبار الشئ منقولاً بطبيعته وجوده ثابتاً في مكان معين ، مادام قابلاً لنقله من هذا المكان دون تلف ، كما هو الحال في العوامات المخصصة للسكنى والأكشاك .

وإذا كان المنقول يمكن أن يكون عقاراً بالتخصيص ، فإن العقار لا يمكن أن يكون منقولاً بتخصيصه لخدمة المنقول واستغلاله ، فالقانون لا يعرف

المنقول بالتخصيص كما هو الحال فى العقار بالتخصيص ، لأن العقار لا زال يحتل أهميته الاقتصادية التى لا تجعله تابعاً للمنقول.

وعلى ذلك لا يعتبر العقار الذى يباشر فيه مالك المحل التجارى نشاطه عنصراً من عناصر المحل التجارى الذى يعتبر من قبيل المنقولات ، فعناصر المحل التجارى تعتبر أشياء منقولة ولا يدخل فيها العقار الذى يباشر فيه التاجر نشاطه .

٢) المنقولات المعنوية :

المنقولات المعنوية هى الأشياء غير المادية التى لا يمكن إدراكها بالحواس ، كالاسم التجارى والعلامات التجارية والمخترعات وأفكار المؤلفين ، وهذه الأشياء تعتبر من المنقولات تجاوزاً لأن قابلية الشئ للنقل أو عدمها تفترض أنه يمكن أن يدرك بالحواس ، وهذه الأشياء المعنوية لا تدرك بالحس ، ولكن اعتبرت من المنقولات لعدم توافر وصف العقار فيها ، فهى ليست أشياء مادية ثابتة لا يمكن نقلها بدون تلف ، ولكن لكونها تصلح أن تكون محلاً للحقوق المالية ، فقد اعتبرت من المنقولات حكماً لا حقيقة ، فهى ليست منقولات بطبيعتها ولكنها اعتبرت منقولات بحكم القانون .

ب) المنقول بالمال :

المنقول بحسب المال هو الشئ الذى يعتبر عقاراً بطبيعته ، ولكن يعتبر منقولاً باعتبار ما سينول إليه فى المستقبل ، كالثمار والمحصولات قبل جنيها أو حصدها ، والأشجار المعدة للقطع ، والمبانى المعدة للهدم ، فالمنقولات بحسب المال هى أشياء تعتبر عقارات بطبيعتها ولكن القانون ينظر إليها على أنها منقولاً باعتبار ما ستؤول إليه فى المستقبل القريب . ولذا سميت بالمنقولات بحسب المال.

ويرجع القصد من اعتبار هذه الأشياء منقولات بحسب المآل إلى رغبة المشرع في إخضاعها لحكم المنقولات لا العقارات سواء فيما يتعلق بالتصرف فيها أو التنفيذ عليها ، لأن هذه الأشياء سوف تصبح حتماً بعد فترة وجيزة من المنقولات ، ولا يكون هناك مبرر لإخضاعها لإحكام العقار وما يمثله من شدة بخلاف أحكام المنقول .

وعلى ذلك إذا حدث نزاع يتعلق بهذه الأشياء، فإن المحكمة المختصة بنظر النزاع هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، لا المحكمة التي يقع في دائرتها العقار، كما أن ملكية هذه الأشياء تنتقل من البائع إلى المشتري دون حاجة لتسجيل العقد باعتبارها من المنقولات .

شروط اعتبار العقار منقولاً بحسب المآل :

يشترط لاعتبار العقار منقولاً بحسب المآل أن تتوافر الشروط الآتية :

(١) أن تكون إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى فصل الشئ عن الأرض ، وحصول أحدهما على الشئ بعد فصله ، أى بعد أن يصير منقولاً بطبيعته ، فيجب أن يكون الحصول على الشئ بعد فصله هو الغرض الأساسى من التعاقد ، ففي حالة بيع البناء يجب أن يكون هدف المشتري هو أن يحصل على الأناقض بعد هدمه ، وفي حالة بيع ثمار الحديقة ، يجب أن يكون هدف المشتري هو الحصول على الثمار بعد جنيها .

(٢) يجب أن يكون فصل الشئ عن الأرض محققاً، أى أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى فصل الشئ عن الأرض على وجه القطع واليقين، فلا يكفي أن يكون هذا الانفصال محتملاً، وذلك لأن إسباغ وصف المنقول على الشئ في هذه الحالة يرجع إلى أنه حتماً سوف يصبح منقولاً .

ولذلك إذا ترك لمشتري البناء الخيار بين هدمه أو عدم هدمه ، فإن البيع لا يكون فى هذه الحالة وارداً على منقول ، لأن المشتري يستطيع أن يبقى البناء على حالة ، فيظل عقاراً ، وهذا يخالف الهدف الأساسى للعقد وهو الحصول على الأنقاض بعد الهدم .

(٣) يجب أن يتفق المتعاقدان على فصل الشئ عن الأرض فى وقت قريب، أى يكون على وشك الوقوع ، أما إذا كان الوقت الذى حدده المتعاقدان لهدم البناء بعيداً فى حالة الاتفاق على بيعه أنقاصاً ، فلا يعتبر البيع فى هذه الحالة وأراداً على منقول ، حيث لا يكون الحصول على الأنقاض بعد الهدم هو الهدف الأساسى للعقد .

وإذا توافرت هذه الشروط فى العقار ، تثبت له صفة المنقول بحسب المآل، ويخضع العقار لإحكام المنقول ، سواء فيما يتعلق بالتصرف فيه أو التنفيذ عليه، فيخضع بيع العقار مثلاً لأحكام بيع المنقول ، كما يكون للدائنين توقيع الحجز على المنقول بحسب المآل وفقاً لإجراءات الحجز على المنقولات . دون حاجة لإتباع إجراءات الحجز على العقارات .

أهمية التفرقة بين العقارات والمنقولات :

يختلف النظام القانونى الذى تخضع له العقارات ، عن النظام الذى تخضع له المنقولات ، ويترتب على ذلك عدة نتائج تختلف حسب اختلاف التشريعات بين الدول ، ولعل أهمها ما يلى :

(١) بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات فقط ، فحق الارتفاق وحق السكنى وحق الحكر وحق الرهن الرسمى وحق الاختصاص ، يكون محلها دائماً عقار ، أما الحقوق العينية الأخرى فقد يكون محلها عقاراً أو منقولاً .

٢) تنتقل الملكية فى المنقول والحقوق التى ترد عليه بمجرد العقد دون حاجة إلى أى إجراء آخر، بينما يختلف الأمر فى العقارات، حيث يجب أن يتم تسجيل وشهر التصرفات التى يكون من شأنها إنشاء أو نقل حق عينى على العقار .

فإذا كانت الملكية تنتقل عند بيع المنقول بمجرد العقد، فإنها لا تنتقل فى العقار إلا بالتسجيل والشهر، لأن القانون ينظم شهر التصرفات التى ترد على العقارات بهدف حماية الغير الذى يتعامل عليها بالتعرف على والحقوق التى يكون رتبها المالك للغير عليها كالرهن .

الفصل الرابع

مصادر الحق

يتطلب القانون ضرورة أن تتوافر أوضاع معينة يترتب عليها نشوء الحق، وبذلك تكون هذه الأوضاع هي المصدر المباشر للحقوق ، فى حين يكون القانون هو المصدر غير المباشر لها ، وهذه المصادر المباشرة للحقوق تسمى بالوقائع القانونية .

تعريف الواقعة القانونية :

يقصد بالواقعة القانونية كل أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثراً معيناً ، أو أنها أمر أو حادث أو وضع إرادى أو غير إرادى يترتب القانون على حدوثه أثراً معيناً ، وقد يكون هذا الأثر الذى يترتب عليه القانون على حدوث الواقعة القانونية، هو إنشاء حق أو نقله أو انقضائه .

فالواقعة القانونية ليست مصدراً لنشأة الحق فحسب بل قد تكون سبباً فى انقضاء حق قائم، أو نقله من شخص إلى آخر، وعلى ذلك لا تعتبر الواقعة قانونية إلا إذا كان القانون يترتب عليها أثراً قانونياً معيناً ، بل أن الواقعة بذاتها قد تعتبر واقعة قانونية فى حالة معينة بينما لا تعتبر كذلك فى حالة أخرى ، فحدوث زلزال يعتبر واقعة قانونية إذا ترتب عليه عجز المدين عن الوفاء بالتزامه بسببه ، حيث يعتبر الزلزال فى هذه الحالة قوة قاهرة تعفى المدين من الوفاء بالتزامه فى حين لا يعتبر واقعة قانونية إذا لم يترتب عليه أى أثر قانونى.

انواع الوقائع القانونية: الوقائع القانونية التى تكون مصدراً للحقوق ، قد تكون وقائع طبيعية ، أى تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون لإرادة الإنسان دخل فى حدوثها ، أو قد تكون وقائع اختيارية ، أى أنها تحدث بفعل الإنسان وإرادته .

أولاً : الوقائع الطبيعية :

الوقائع الطبيعية هي التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون لإرادة الإنسان دخل في حدوثها ، وتشمل هذه الوقائع الظواهر الطبيعية كمرور الزمن الذي قد يترتب عليه حلول أجل دين ، كما يشمل الظواهر الطبيعية العارضة والحوادث المفاجئة كفيضان نهر أو ثورة بركان أو هبوب عاصفة ، أو حدوث زلزال أو سقوط طائرة أو غرق سفينة ، فقد يرتب القانون على هذه الحوادث أثراً معيناً ، عندما تبلغ حداً يجعل تنفيذ المدين للالتزامه مستحيلاً ، حيث تعتبر هذه الوقائع قوة قاهرة تعفى المدين من الوفاء بالالتزامه .

كذلك تشمل هذه الوقائع فعل الجماد أو النبات أو الحيوان ، كالجوار الذي ينشئ حقوقاً والتزامات بين ملاك العقارات المجاورة، ونضوج الثمار والمحاصيل الذي قد يترتب عليه استحقاق الأجرة أو انتهاء عقد الإيجار ونتائج المواشى الذي قد ينشئ حقوقاً لمالكها أو لراعيها .

وتعتبر وقائع طبيعية أيضاً الوقائع التي تحدث دون أن يكون للإنسان دخل في وقوعها كالميلاد الذي يترتب عليه بداية الشخصية القانونية ، والوفاة التي يترتب عليها انقضاء هذه الشخصية .

ثانياً : الوقائع الاختيارية :

الوقائع الاختيارية هي التي تحدث بفعل الإنسان واختياره، فهي تشمل كل الأعمال التي تصدر من الإنسان ويرتب القانون عليها آثار معينة، سواء صدرت بإرادته أو من غير إراديه، وتنقسم هذه الأعمال إلى نوعين، أعمال مادية وأعمال أو تصرفات قانونية .

أ - الأعمال المادية : الأعمال المادية هي التي تصدر من الشخص ويرتب عليها القانون أثراً معيناً بغض النظر عن إرادة صاحبها ، أى سواء كانت إرادة الشخص قد اتجهت إلى أحداث هذا الأثر أم لا .

فالقانون هو الذى يحدد الأثر الذى يترتب على هذه الأعمال، دون غيرها من الأعمال الأخرى التى يقوم بها الإنسان ولا يترتب عليها القانون آثاراً، فقيام شخص مثلاً بدعوة صديقه لتناول العشاء لا يعتبر واقعة قانونية لأن القانون لا يترتب عليها أى أثر والأعمال المادية تنقسم إلى نوعين: الفعل النافع والفعل الضار.

(١) الفعل النافع :

الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب، هو الفعل الذى يسرى به شخص على حساب شخص آخر ، فيرتب القانون عليه إلزام الشخص الذى أثرى بأن يعوض من افتقر عن الخسارة التى لحقته فى حدود ما أثرى به ، كما لو قام شخص بعمل أثرى به الغير على حسابه ، كأن يقوم شخص بإصلاح حائط آيل للسقوط مملوك لجاره ، حيث يلزم القانون فى هذه الحالة الجار برد ما أنفقه جاره على هذا العمل فى حدود ما عاد عليه من نفع ، أو أن يقوم شخص بالاستيلاء على شئ مباح وحيازته فيتملك هذا الشخص الشئ المباح .

(٢) الفعل الضار :

الفعل الضار أو العمل غير المشروع، هو الخطأ الذى يرتكبه الشخص ويترتب عليه ضرر للغير، حيث ينشأ عن ذلك حق للمضرور فى الحصول على تعويض عن الأضرار التى لحقت به من جراء هذا الفعل، وسواء كان الشخص يقصد الأثر المترتب على هذا الفعل أم لم يقصده، كما هو الحال فى إتلاف شخص مالا مملوكاً للغير عن عمد أو إهمال، حيث يلتزم بدفع تعويض لصاحب المال عن الضرر الذى لحق به، فالشخص يقصد فى هذه الحالة ارتكاب الفعل، إلا أنه لم يقصد الأثر المترتب عليه .

(ب) التصرفات القانونية:

العمل القانوني أو التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، قد يكون إنشاء حق معين أو نقله أو تعديله أو إلغائه، ومن الأمثلة على هذه الأعمال أو التصرفات القانونية، البيع والإيجار والوكالة والقرض والرهن والوصية .

والآثار التي تترتب على هذه التصرفات ، هي الآثار التي أرادها المتصرف أو طرفا التصرف ، وفي ذلك يختلف التصرف القانوني كمصدر للحقوق عن غيره من الوقائع القانونية الأخرى كالوقائع الطبيعية والأعمال المادية التي تترتب عليها الآثار بقوة القانون . فالأثر يترتب في هذه الحالة على أساس أن الإرادة قد اتجهت إليه.

فعلى سبيل المثال في عقد الإيجار تتجه إرادة المؤجر إلى تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجره محددة ، كما تتجه إرادة المستأجر إلى الحصول على هذه المنفعة ، مقابل التزامه بدفع الأجرة المتفق عليها ، وهذه الآثار التي تترتب على عقد الإيجار لم تكن تحدث لو لم تكن إرادة المؤجر والمستأجر قد إرادتها ، ولذلك يطلق على هذه الأعمال والتصرفات القانونية الوقائع القانونية أو المصادر الإرادية.

مصادر الحقوق :

يمكن أن تقسم مصادر الحقوق إلى قسمين، مصادر إرادية وتشمل التصرفات القانونية، ومصادر غير إرادية وتشمل الوقائع القانونية الطبيعية والأعمال المادية . وتختلف التصرفات القانونية عن الأعمال المادية، في أنها تقوم على أساس الإرادة، أي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء كانت الإرادة منفردة كما هو الحال في الوصية والوقف، أو كانت الإرادة مزدوجة، كما هو الحال في العقود .

فالإرادة هي التي تنشئ التصرف القانوني ، دون أن تكون هناك حاجة إلى إفراغها في شكل معين ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ الرضائية في العقود . كما أن الإرادة هي التي تحدد الآثار التي تترتب على التصرف القانوني ، أي تحدد مضمون العقد ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين . أما إذا كان القانون هو الذي يترتب الأثر على وقوع أمر معين دون اعتداد بإرادة الشخص ، فإن هذا الأمر لا يعتبر تصرفاً قانونياً ، بل يُعد عملاً مادياً أو واقعة قانونية طبيعية.

ونقتصر في دراستنا لمبادئ القانون على أحد المصادر الإرادية للحق وهو العقد، نظراً لما يحتله العقد من أهمية بين مصادر القانون من ناحية ، وحاجة دارسي مبادئ القانون لمعرفة القواعد العامة التي تحكم العقود من ناحية أخرى، تاركين المصادر الأخرى للحق الإرادية وغير الإرادية والتي تتم دراستها في إطار النظرية العامة للالتزامات المقررة على الطلاب المتخصصين في دراسة القانون . ولكن دراستنا للعقد، لا تتناوله على وجه التفصيل لأن ذلك يحتاج إلى دراسة مستقلة لاتساع موضوعاته وتشعبها، بل يقتصر الدراسة على بعض الموضوعات بشكل مختصر يتناسب مع حاجة الدراسة، ولذا نتناول فقط ماهيته العقد وأركان العقد وشروط صحته على النحو التالي :

المبحث الأول : تعريف العقد .

المبحث الثاني : أركان العقد .

المبحث الأول

تعريف العقد

العقد هو توافق ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام كما هو الحال في عقد البيع أو تعديله كالاتفاق على اقترانه بأجل معين ، أو إنهائه ، كما هو الحال في الوفاء الذي ينقضى به الالتزام.

ويعرف بعض الفقهاء العقد بأنه اتجاه إراديتين أو أكثر نحو إحداث أثر قانوني ما ، على أساس أن تعريف العقد على أنه اتفاق يُعد اشمل وأعم من تعريف العقد ، فالعقد هو صورة من صور الاتفاق ، فكل عقد هو اتفاق ، ولكن ليس كل اتفاق يعد عقداً .

ويعرف الفقه الاسلامي العقد بأنه ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله ، أو هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الطرف الآخر على وجه يحدث أثره في المعقود عليه .

ولا يختلف تعريف العقد في الشريعة الإسلامية كثيراً عن تعريفه في القانون ، حين يتوافر في التعريفين عناصر العقد الأساسية ، وهي توافق إرادتين أو أكثر ، واتجاه الإرادتين إلى أحداث أثر قانوني معين والعقد سواء في القانون أو الشريعة يجب أن يتوافر فيه ما يلي :

أولاً : توافق إرادتين أو أكثر . فيجب للقول بوجود عقد يخضع لأحكام النظرية العامة للالتزامات ، أن تتوافر إرادتين أو أكثر ، فلا تكفي الإرادة الواحدة لنشأة العقد ، فالتصرف القانوني الذي يتم بإرادة واحدة لا يعتبر عقداً ، كالوصية والوقف والإقرار والوعد بجائزة .

على أنه لا يلزم أن يرد التوافق على كل شروط العقد ، بل يكفي الاتفاق على المسائل الجوهرية فيه ، كطبيعة العقد أو محله ، فإذا كان أحد الطرفين فى العقد يريد بيع شئ مملوك له ، وكان الطرف الآخر يريد الإيجار ، فلا ينعقد العقد ، لعدم وجود اتفاق على طبيعة العقد ، وما إذا كان بيعاً أم أيجار ، كذلك إذا كان أحد الطرفين يرغب فى بيع سيارة معينة وكان الطرف الآخر يرغب فى شراء سيارة أخرى مملوكة لذات البائع ، فإن العقد لا ينعقد فى هذه الحالة لعدم وجود اتفاق بين الطرفين على محل العقد .

أما الشروط الأخرى غير الجوهرية للعقد كنفقات تحرير العقد ومكان تسليم الشئ المبيع ، فلا تمنع من إتمام العقد ، حيث يمكن الرجوع إلى القواعد العامة المكملة لبيان أحكامها ، إلا إذا تبين أن الطرفين يعلقان قيام العقد على تمام الاتفاق عليها ، أو كانت طبيعة العقد تقتضى ذلك حيث يجب فى هذه الحالة لقيام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والفرعية فى العقد .

ثلياً: يجب أن تتجه الإرادتان إلى أحداث أثر قانونى . فلا يكفي لقيام العقد توافق إرادتين ما لم يكون القصد هو إحداث هذا الأثر ، وعلى ذلك لا تعتبر عقوداً الاتفاقات التى تتم فى إطار المجاملات الاجتماعية والعلاقات الأسرية ، كدعوة صديق للغذاء وقبول الصديق لهذه الدعوة ، فلا يعتبر ذلك عقداً لأن الطرفين لم يقصدا إنشاء التزام قانونى ، ولذلك لا تكون هناك أية مسؤولية قانونية إذا عدل الداعى عن دعوته أو تخلف المدعو عن الحضور .

أما إذا كان هناك اتفاقاً بين الطرفين يلتزم فيه أحدهما بتقديم وجبة غائية للطرف الآخر ، فإن ذلك يعتبر عقداً وينشئ التزاماً على عاتق

هذا الشخص ، بحيث يسأل إذا لم يف بما التزم به ، كالتزام صاحب العمل بتقديم وجبة غذائية للعامل يومياً أثناء العمل ، أو التزام الفندق بتقديم وجبة غذائية للنزيل أثناء فترة إقامته ، فالاتفاق فى مثل هذه الحالات ينشئ التزاماً قانونياً على عاتق من تعهد به .

ولا يعتبر عقداً قبول شخص تقديم خدمة مجانية لأخر ، لأن إرادة الطرفين لم تتجه إلى الالتزام قانوناً ، كأن يقوم طبيب بمعالجة صديق له مجاناً ، أو أن يقوم شخص بتوصيل صديقه إلى مكان معين بسيارته ويرجع إلى الظروف والملابسات التى صاحبت إبرام الاتفاق للكشف عن إرادة الطرفين ، وما إذا كانا يقصدان إحداث أثر قانونى أم لا .

ثالثاً : يجب أن يكون الاتفاق بين الطرفين على إحداث الأثر القانونى فى نطاق القانون الخاص ، أى فى إطار العلاقات التى يحكمها القانون الخاص، ولذلك لا تعتبر الاتفاقات التى تبرم بين الدول عقوداً ، بالرغم من أنها تقصد إحداث اثر قانونى، كذلك تولى الوظيفة العامة يعتبر اتفاقاً ، لكنه لا يُعد عقداً، يخضع لأحكام العقود .

فهذه الاتفاقات لا تدخل فى نطاق القانون الخاص ، وبالتالي لا تخضع لقواعد الالتزامات التى تسرى على العقود ، وإنما تخضع لقواعد القانون الدولى العام وقواعد القانون الإدارى حسب الأحوالعلى أنه يجب أن نلاحظ أنه إذا كان الاتفاقات التى تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة باعتبارها سلطة عامة كالاتفاقات الخاصة بتسيير المرافق العامة مثل عقد التوريد أو عقد الأشغال العامة ، لا تدخل فى نطاق القانون الخاص .

إلا أن العقود التى تبرمها الدولة باعتبارها شخصاً عادياً وليس باعتبارها سلطة عامة ، تدخل فى نطاق القانون الخاص كعقود شراء أدوات أو مهمات من الأسواق لتأمين حاجات الجامعات والمدارس وعقود بيع

أموال الدولة الخاصة ، حيث تخضع هذه العقود لأحكام العقود التي تبرم بين الأفراد .

رابعاً : يجب أن يكون الاتفاق بين الطرفين فى نطاق المعاملات المالية ، لى يخضع الاتفاق للقواعد العامة التى تطبق على العقود ، أما إذا كان الاتفاق خارج دائرة المعاملات المالية ، فلا يخضع لهذه القواعد ، فالزواج بالرغم من أنه توافق بين إراديتين بقصد أحداث أثر قانونى ، ويتم فى العلاقات القانونية الخاصة ، إلا أنه لا يخضع للقواعد العامة للعقود ، لأنه يخرج عن نطاق المعاملات المالية .

المبحث الثانى

أركان العقد

يجب لقيام العقد ضرورة توافر ثلاث أركان هى التراضى بين الطرفين والمحل والسبب ، فإذا تخلف أحد هذه الأركان كان العقد باطلاً ، وتختلف أركان العقد عن شروط صحته التى تتعلق بركن التراضى فيه ، حيث يجب أن يكون هذا التراضى صادراً من ذى أهلية وخالياً من العيوب ، فإذا تخلف أحد هذه الشروط كان العقد قابلاً للإبطال .

المطلب الأول : التراضى .

المطلب الثانى : المحل .

المطلب الثالث : السبب .

المطلب الأول

التراضى

يقصد بالتراضى كأحد أركان العقد توافق أو تطابق إرادتين على إحداث أثر قانونى، ويجب أن يكون التراضى موجوداً ، كما يجب أن يكون هذا التراضى صحيحاً خالياً من العيوب ، وأن يكون صادراً من شخص كامل الأهلية.

الفرع الأول: وجود التراضى

يتطلب وجود التراضى أن تكون هناك إرادة من جانب كل من الطرفين ، وأن يعبر كل طرف عن إرادته ، وأن يكون هذا التعبير عن الإرادة مطابقاً للتعبير الصادر من الطرف الآخر .

(أ) وجود الإرادة :

يجب ان تكون هناك ارادة يترتب عليها إحداث أثر قانونى ، وهي التى تصدر من شخص لديه القدرة على معرفة ما يترتب عليها من آثار ، وعلى ذلك لا يعتد القانون بإرادة الهازل أو بأعمال المجاملات ، حيث لا يترتب عليها إحداث أثر قانونى ، كما لا يعتد القانون بالإرادة الصادرة من شخص عديم التمييز كالصبي غير المميز أو المجنون ، أو من شخص فقد التمييز بسبب المرض أو السكر.

ونظرا لكون الإرادة مسألة كامنة فى النفس ، فإن القانون لا يعتد بها إلا إذا تم التعبير عنها ، أى أن تتخذ مظهراً خارجياً يدل عليها ، فإذا ظلت الإرادة كامنة فى النفس ، لا يكون لها أى أثر ، وتسمى بالإرادة الباطنة ، أما إذا تم إعلانها إلى الغير ، فإنها تسمى بالإرادة الظاهرة ، حيث يرتب القانون عليها فى هذه الحالة أثراً معيناً .

ب) التعبير عن الإرادة .

قد يكون التعبير عن الإرادة صريحاً وقد يكون ضمناً ، ولكن هذا التعبير لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه .

١) التعبير الصريح .

التعبير الصريح هو الذى يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة ، وذلك من خلال اتباع الأسلوب المألوف بين الناس للكشف عن الإرادة سواء كان ذلك باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو اتخاذ موقف معين .

ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ عندما يستخدم الشخص لغة يفهمها المتعاقد الآخر مثل لفظ البيع والشراء والاستئجار ، وقد يكون ذلك مباشرة أو بالواسطة كاستخدام التليفون أو عن طريق شخص آخر ينقل إرادة أحد الأطراف .

كما قد يكون التعبير الصريح عن الإرادة بالكتابة سواء كانت عرقية أو رسمية، خطية أو مطبوعة، موقعه أم غير موقعه ولكن مكتوبة بخط الشخص نفسه، كذلك يكون التعبير عن الإرادة بالإشارة المتداوله عرفاً، كهز الرأس عمودياً للدلالة على الموافقة، وهز الرأس أفقياً للدلالة على الرفض .

كذلك قد يكون التعبير الصريح عن الإرادة عن طريق اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على المقصود، كعرض البضائع فى واجهة المتجر مع بيان أثمانها، أو وقوف سيارات الأجرة فى الأماكن المخصصة لها، حيث يعتبر ذلك إيجاباً موجهاً للجمهور .

٢) التعبير الضمنى .

التعبير الضمنى هو الذى يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة ، حيث يكون مظهره لا يكشف عن الإرادة ، ولكن يستفاد التعبير عن الإرادة من

الظروف والملابسات التي يوجد فيها الشخص ، ويرجح معها أن إرادته قد انصرفت إلى معنى معين ، فهو أسلوب غير مألوف في التعبير عن الإرادة ، فأكل الطعام ليس وسيلة معروفة للتعبير عن الإرادة ، ولكن إذا كان الطعام معروضاً على الشخص لشرائه ، فإن موقف هذا الشخص يفسر بأنه قد أراد شراء الطعام .

ولا خلاف بين التعبير الصريح والتعبير الضمني عن الإرادة من حيث الأثر المترتب على كل منهما ، حيث يكفي أي منهما للتعبير عن الإرادة ، إلا إذا نص القانون أو اتفق المتعاقدان على ضرورة أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً ، فعندئذ لا يعتد إلا بالتعبير الصريح وحده .

وقد يشترط القانون أيضاً في بعض الحالات أن يكون التعبير عن الإرادة في شكل معين ، كأن يكون مكتوباً ، أو أن يتم على يد موظف رسمي مختص ، فلا يعتد في هذه الحالة بالتعبير الذي لم يستوف هذا الشكل .

(ج) توافق الإرادتين :

يتحقق التوافق بين الإرادتين عن طريق صدور إيجاب من أحد المتعاقدين يتضمن عرضاً يقبله المتعاقد الآخر بتعبير يصدر عنه يسمى قبولاً ، فالعقد ينعقد بتطابق الإيجاب مع القبول .

(١) الإيجاب

يقصد بالإيجاب هو تعبير عن الإرادة بصورة قاطعة يصدر من شخص وموجه إلى آخر بأنه يقبل التعاقد وفقاً لشروط معينة ، كأن يقوم شخص بعرض سيارته للبيع بثمن معين ، ويجب أن يتضمن الإيجاب جميع العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه ، فإذا كان الإيجاب غامضاً أو ناقصاً ، فلا يُعتد به .

كما يجب أن يكون الإيجاب باتاً، أى يدل بصورة قاطعة على رغبة الشخص فى إبرام عقد معين ، وهو ما يميز الإيجاب عن غيره من المفاوضات السابقة عليه، وعلى ذلك لا يعتبر إيجاباً ينعقد به العقد الإعلان عن بيع شئ دون تحديد ثمنه، أو الإعلان عن وظيفة معينة حتى ولو تم بيان كافة الشروط المطلوبة للتعاقد كالمؤهلات والأجر ، لأن شخصية المتعاقد لها محل اعتبار كبير فى العقد

ويجوز لمن صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه ، ما دام لم يقترن هذا الإيجاب بالقبول ، ولكن إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول ، فإنه يلتزم بالبقاء على أيجابه حتى ينقضى الميعاد المحدد ، وقد يكون هذا التحديد صريحاً كتحديد يوم معين أو أسبوع أو شهر ، وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف أو طبيعة المعاملة .

وإذا كان التعاقد يتم بطريق المراسلة ، فإن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه إلى الوقت الذى يسمح بوصول الإيجاب لمن وجه إليه ، بالإضافة إلى المدة المناسبة للبت فى الإيجاب ، والمدة التى يستغرقها وصول الخطاب الذى يحمل القبول .

والإيجاب الملزم لا يسقط إلا فى حالة رفضه من جانب من وجه إليه أو انقضت المدة المحددة للقبول ، أما الإيجاب غير الملزم فيجوز الرجوع فيه قبل أن يقترن به القبول .

(٢) القبول :

يقصد بالقبول هو التعبير عن الإرادة الصادر من جانب الشخص الموجه إليه الإيجاب ، والذى يفيد موافقته على هذا الإيجاب المعروف عليه ، كأن يعلن المشتري موافقته على شراء السيارة المعروضة عليه بالثمن المحدد لها .

ويترتب على القبول انعقاد العقد ، متى وصل هذا القبول وكان الإيجاب لا زال قائماً ، أى يجب أن يصل قبل انقضاء الميعاد المحدد للإيجاب ، أو قبل انقضاء مجلس العقد أو عدول الموجب عنه فى حالة عدم تحديد ميعاد محدد للإيجاب .

فإذا صدر القبول بعد هذا الميعاد فإن هذا القبول لا ينعقد به العقد ، ولكن يعتبر من ناحية أخرى إيجاباً جديداً يستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه .

كما يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب فى كل الشروط التى تضمنها سواء كانت جوهرية أو غير جوهرية ، فإذا تضمن القبول تعديلاً للإيجاب فإنه يعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ولا يعتبر مجرد السكوت قبولاً ، لأن السكوت عملى سلبى لا يعبر عن إرادة معينة ، فى حين أن الإرادة عمل ايجابى .

ويختلف السكوت عن الإرادة الضمنية التى تستخلص من ظروف ايجابية تدل عليها ، كما أن القاعدة الشرعية تقرر أنه لا ينسب لساكت قول . لأن القول بغير ذلك يؤدى إلى إلزام الشخص بالإفصاح عن إرادته إما بالقبول أو الرفض لكل إيجاب يوجه إليه ، وفى هذا تكليفاً له من شأنه أن يقيد حريته .

ولكن إذا كان الأصل أن مجرد السكوت لا يعتبر قبولاً ، إلا أنه يستثنى من ذلك بعض الحالات يعتبر فيها السكوت قبولاً ، إذا صاحبه ظروف معينة ، يستفاد منها أن لموجب لا ينتظر رداً بالقبول من جانب من وجه إليه الإيجاب ، وإنما ينتظر الرد فقط فى حالة الرفض ، وهو ما يعرف بالسكوت الملبس ، استناداً إلى القاعدة الشرعية التى تقضى بأن " السكوت فى معرض الحاجة إلى البيان بيان " .

وقد ينص القانون فى بعض الحالات على أن السكوت يُعد قبولاً أو أن يتفق المتعاقدين على ذلك صراحة ، أو عندما يوجد عرف يقضى بذلك ، وهو ما يعبر عنه بالسكوت الموصوف .

٣) اقتران القبول بالإيجاب

ينعقد العقد إذا صادف الإيجاب قبولاً مطابقاً ، ويتحقق ذلك بعد أن يعلم كل من المتعاقدين بتعبير الآخر ، وإذا كان القابل يعلم بالإيجاب قبل قبوله ، فإن الموجب لا يعلم باقتران الإيجاب بالقبول إلا من وقت أن يصل إلى علمه ، وعندئذ ينعقد العقد ، والتعاقد قد يتم بين حاضرين في مجلس العقد أو بين غائبين:

١) التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد :

يقصد بمجلس العقد أن يكون الطرفان على اتصال مباشر ، بحيث لا تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به ، وتتحقق ذلك باجتماع المتعاقدين في مكان واحد ، حيث يتحد مجلس العقد في هذه الحالة.

كما قد يتحد مجلس العقد بالرغم من عدم اجتماع المتعاقدين في مكان واحد ، كأن يتم ذلك عن طريق اتصال تليفوني مباشر بين المتعاقدين يمكن معه للموجب أن يعلم بالقبول فور صدوره ، فيكون مجلس العقد في هذه الحالة حكماً لا حقيقة .

ويظل الإيجاب قائماً طالما أن مجلس العقد لم ينفذ ، فلا يشترط في التعاقد بين حاضرين أن يصدر القبول فور الإيجاب بل يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يصدر قبوله بعد فترة من الزمن طويلة أو قصيرة ، ما دام الموجب لم يعدل عن إيجابه ولم يكن مجلس العقد قد انفض ، متى كان الموجب لم يحدد ميعاداً للقبول .

٢) التعاقد بين غائبين .

يقصد بالتعاقد بين غائبين هو الذي يتم بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد ، بحيث تكون هناك فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به ،

ويتحقق التعاقد بين غائبين عندما يتم عن طريق المراسلة كالبريد أو البرق ،
ويثير هذا التعاقد مشكلة تحديد الزمان والمكان الذى يتم فيه التعاقد ، نظراً لما
يترتب على هذا التحديد من نتائج قانونية هامة

زمان ومكان انعقاد العقد :

تعددت وتنوعت النظريات الفقهية التي حاولت تحديد زمان ومكان انعقاد
العقد إلى أربع نظريات تتمثل فيما يلى :-

- **نظرية إعلان القبول** : طبقاً لهذه النظرية يتم التعاقد فى الزمان والمكان اللذين
يعلن فيهما القابل قبوله .

- **نظرية تصدير القبول** : طبقاً لهذه النظرية يتم التعاقد فى الزمان والمكان
اللذين يخرج فيهما القبول من القابل فى طريقة إلى الموجب ، أى فى اللحظة
التي يتم فيها تصدير القبول للموجب .

- **نظرية استلام القبول** : ينعقد العقد طبقاً لهذه النظرية فى الزمان والمكان
اللذين يصل فيهما القبول إلى محل الموجب ، أى محل الاستلام .

- **نظرية العلم بالقبول** : ينعقد العقد وفقاً لهذه النظرية فى الزمان والمكان اللذين
علم فيهما الموجب بالقبول ، على اعتبار أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا إذا علم بها
من وجهة إليه ، فلا يكفى فى هذه الحالة وصول القبول بل يلزم أن يعلم
الموجب بمضمون القبول .

الفرع الثاني : صحة التراضى

يجب أن يكون التراضى صحيحاً، وتتحقق صحة التراضى بصدوره من
شخص يتمتع بأهلية أداء كاملة ، وأن يكون خالياً من العيوب التي تعيب الإرادة
كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال .

أولاً : الغلط :

يقصد بالغلط الوهم الذي يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ، بحيث يكون هو الدافع إلى التعاقد ، فهذا الغلط يصيب الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال . بخلاف الغلط المانع الذي يمنع قيام التراضي .

وبالتالي يمنع قيام العقد ، كأن يعتقد شخص أنه تلقى المال على سبيل الهبة بينما كان الآخر يعطيه أياً على سبيل القرض ، ففي مثل هذه الحالة لا يقوم العقد لعدم وجود التراضي أصلاً حول ماهية العقد أو محله أو سببه .

كذلك لا يعتبر عيباً في الإرادة الغلط اليسير الذي يحدث عند تحرير العقد أو عند حساب الثمن ، حيث لا يؤثر هذا الغلط في الإرادة ولا يعتبر عيباً فيها ، ولذا يقتصر الأمر على تصحيح هذا الغلط .

كما ان الغلط الذي يعتبر عيباً في الإرادة يجب أن يكون جوهرياً ، وأن يتصل بعلم المتعاقد الآخر .

أ) الغلط الجوهري :

يتحقق الغلط الجوهري إذا بلغ في نظر المتعاقد الذي وقع فيه حداً من الجسامة بحيث كان سيمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ، والعبرة في تحديد ما إذا كان الغلط جوهرياً من عدمه هي بشخص المتعاقد الذي وقع فيه ، بغض النظر عن مدى تأثير الغلط في الشخص العادي ، وقد يكون الغلط الجوهري في صفة جوهرية في الشيء أو في شخص المتعاقد أو في القانون .

ب) اتصال الغلط بعلم المتعاقد الآخر :

يجب أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط ، حتى لا يفاجأ هذا المتعاقد بإبطال العقد دون أن يكون في استطاعته العلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد ، وذلك حرصاً على استقرار المعاملات .

ويكفى أن يكون أحد المتعاقدين قد وقع فى الغلط وكان المتعاقد الآخر عالماً به أو كان بإمكانه أن يعلم به ، ومع ذلك ترك المتعاقد ليقع فى هذا الغلط دون أن يلفت نظره .

ثانيا : التدليس .

يقصد بالتدليس استخدام المتعاقد طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد الآخر فى غلط يدفعه إلى التعاقد ، فيكون له الحق فى أن يطب إبطال العقد بسبب هذا التدليس الواقع عليه ، والتدليس فى حد ذاته لا يعتبر عيباً من عيوب الإرادة ، وإنما الغلط الناتج عن التدليس هو الذى يجعل العقد قابلاً للإبطال .

الشروط الواجب توافرها فى التدليس الذى يعيب الإرادة :

يشترط لقيام التدليس الذى يترتب عليه إبطال العقد الشروط الآتية :

أ) يجب ان يتم استعمال طرق احتيالية ، وتتمثل هذه الطرق فى الوسائل المادية التى يلجأ إليها المتعاقد للتأثير فى إرادة المتعاقد الآخر وإيهامه بغير الحقيقة ، كأن يبيع شخص لأخر عقاراً ويخفى عنه أن جهة الإدارة بصدد اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقار للمنفعة العامة .

كما يجب أن تتوافر لدى المدلس نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع ، يتمثل فى حمل المتعاقد الآخر على إبرام العقد فى غير مصلحته ، فإذا انتفت نية التضليل لا يقوم التدليس .

ب) يجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد ، أى أن تكون الطرق الاحتيالية لها تأثير على إرادة المتعاقد ، بحيث لو لم تكن هذه الطرق لما أبرم العقد ، وهذه مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضى حسب حالة كل شخص ، تبعاً لثقافته وخبرته وسنة وجنسه .

ج) يجب أن يكون التدليس صادراً من المتعاقد الآخر أو من الغير إذا كان عالماً به ، فإذا لم يثبت علم المتعاقد الآخر ، فلا يجوز إبطال العقد ، لأن المتعاقد الآخر يكون حسن النية .

ثالثاً : الإكراه

يقصد بالإكراه الضغط الذي يقع على الشخص فيولد في نفسه رهبة أو خوف يدفعه إلى التعاقد ، وإرادة الشخص موجودة ولكن غير حرة ، فإما أن يقبل ما يطلب منه أو يرفض فيتعرض للأذى الذي هدد به ، ولذلك يضطر إلى توقيع العقد منعاً للأذى الذي قد يتعرض له أو يتهدد شخصاً عزيزاً لديه ، فالذى يعيب الإرادة في الإكراه ليست الوسائل التي تستخدم فيه ، بل هي الرهبة التي تولدها هذه الوسائل في النفس فتدفع الشخص للتعاقد .

وإذا وصل الإكراه حداً تنعدم فيه إرادة الشخص ، كأن يمسك شخص بيد شخص آخر ويوقع بها عنوه على العقد ، فإن ذلك لا يعتبر عيباً من عيوب الإرادة ، بل يترتب عليه عدم وجود الإرادة أصلاً ، ولذلك يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام الرضا .

الشروط الواجب توافرها في الإكراه الذي يعيب الإرادة :

يجب أن يتوافر في الإكراه الذي يعيب الإرادة الشروط الآتية :

أ) التهديد بخطر جسيم محقق بالنفس أو المال ، وقد يكون الإكراه حسيماً ، كالضرب أو التعذيب ، وقد يكون معنوياً كالتهديد بما يمس الشخص المكره في نفسه أو شرفه ، مثل التهديد بخطفه أو حرق منزله ، ويجب أن يكون هذا الخطر المهدد به الشخص جسيماً ومحددًا ، وتقدير ذلك يكون متروكاً للقاضي حسب حالة الشخص المكره من حيث سنة وجنسه وثقافته وخبرته ومركزه الاجتماعي.

وليس من اللازم أن يكون الخطر الجسيم يهدد المتعاقد نفسه بل يمكن أن يلحق شخص آخر عزيز لديه ، كأن يقع التهديد على قريب له كالزوج والابن والأب أو صديق عزيز عليه ، ويتولى القاضى تقدير مدى تأثير هذا التهديد على حمل المتعاقد على إبرام العقد .

(ب) أن يكون الهدف من التهديد تحقيق غرض غير مشروع ، بغض النظر عن الوسيلة التى يتم بها الإكراه ، لأن العبرة هى بعدم مشروعية الغرض الذى يراد الحصول عليه من المكروه ، فالإكراه يتحقق ولو كانت الوسيلة مشروعة متى كان الغرض غير مشروع ، كأن يهدد الدائن مدينة بشهر إفلاسه إذا لم يكتب له سنداً بمبلغ أكبر من حقه ، حيث يعتبر ذلك إكراها يترتب عليه قابلية العقد للإبطال.

ويتحقق الإكراه من باب أولى إذا كانت الوسيلة غير مشروعة والغرض غير مشروع ، كأن يهدد شخص آخر بخطف ابنه أو حرق منزله إذا لم يدفع له مبلغ من المال ، أما إذا كانت الوسيلة مشروعة والغرض مشروع ، فإن الإكراه لا يتحقق فى هذه الحالة ، كأن يهدد الدائن مدينة بشهر إفلاسه إذا لم يقدم له رهناً ضماناً لدينه.

وإذا كانت الوسيلة غير مشروعة ولكن الغرض مشروع ، كأن يهدد شخص آخر بالقتل أو إفشاء سر إذا لم يحرر له سنداً بدين عليه فعلاً ، فإن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الوسيلة جريمة يعاقب عليها القانون .

(ج) يجب أن تتولد عن الإكراه رهبة تحمل الشخص على التعاقد ، فالرهبة التى تحدثها الوسائل التى تقع على الشخص المكروه هى التى تعيب الإرادة ، لا الوسائل ذاتها ، وتتحقق هذه الرهبة عندما تصور ظروف الحال للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف

أو المال ، ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه .

رابعاً : الاستغلال

يقصد بالاستغلال الذي يعيب الارادة انتهاز أحد المتعاقدين ضعف فى المتعاقد الآخر للحصول منه على مزايا لا تتعادل مع المنفعة التى تعطى له فى مقابلها ، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً كبيراً .

وعلى ذلك يختلف الاستغلال عن الغبن الذى يتمثل فى عدم التعادل بين ما أخذ المتعاقد وما أعطى ، فالاستغلال لا يكفى فيه عدم التعادل بين التزامات الطرفين ، كما هو الحال فى الغبن ، بل يجب أن يستغل أحد الطرفين حالة الضعف النفسى الموجود لدى الطرف الآخر .

الاختلاف بين الغبن والاستغلال :

(١) الغبن لا يكون إلا فى عقود المعاوضة على أساس أنه اختلال فى التعادل بين التزامات الطرفين ، ولذا لا يتصور فى عقود التبرع التى تعطى فيها أحد الطرفين دون أن يأخذ ، بينما الاستغلال يمكن أن يقع فى كافة أنواع العقود ، لأنه يعتمد على الضعف النفسى الذى يوجد لدى الطرف الآخر ، ولذا يعتبر الاستغلال أوسع نطاقاً من الغبن ، فكل استغلال يعتبر غبناً ، ولكن ليس كل غبن استغلال .

(٢) المعيار الذى يقوم عليه الغبن هو معيار مادي محض فى حين أن المعيار الذى يقوم عليه الاستغلال هو معيار شخصى .

(٣) الاستغلال عيب من عيوب الإرادة يؤدى إلى قابلية العقد للإبطال بسبب استغلال أحد المتعاقدين ضعفاً نفسياً لدى المتعاقد الآخر ، بينما الغبن يتحقق ولو كانت إرادة المتعاقد سليمة.

ويجب لاعتبار الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة أن يكون اختلال التعادل أو عدم وجود المقابل ناتجاً عن استغلال أحد المتعاقدين ضعفاً نفسياً لدى المتعاقد الآخر ، ويتحقق هذا الضعف النفسى فى حالة وجود طيش بين أو هوى جامع .

والطيش البين هو قيام الشخص بإبرام التصرفات دون أن يعى تماماً ما يترتب عليها من نتائج ، كأن يقوم شاب طائش ورث مالاً كثيراً بإبرام تصرفات تحت تأثير الاستغلال الواقع عليه من جانب المستغلين .

أما الهوى الجامح فهو الرغبة الشديدة التى تعمى الشخص عن تبين ما هو فى صالحه ، كأن تستغل زوجة شابه هوى زوجها الطاعن فى السن وتعلقه بها ، فتحمله على أن يبرم عقوداً لصالحها أو لصالح أولادها منه ، إضرار بزوجة أخرى وأولاده منها ، ولا يقتصر الهوى الجامح على التعلق بالأشخاص، بل يمكن أن تكون الرغبة الشديدة هى الحصول على شئ معين كسيارة من نوع معين ، أو القيام بنوع معين من الأعمال كالتمثيل .

ويجب لاعتبار الاستغلال أحد عيوب الإرادة أن يكون هو الدافع إلى التعاقد ، فإذا تحقق ذلك ، فإنه يكون لمن وقع عليه الاستغلال أن يطلب إبطال العقد .

المطلب الثانى

محل العقد

محل الالتزام أو محل العقد قد يكون إما القيام بعمل معين كالالتزام المقاول ببناء عمارة ، وأما الامتناع عن عمل ، كالتزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل ، أو قد يكون إعطاء شئ كالتزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع إلى المشتري .

الشروط الواجب توافرها في محل العقد :

يجب أن يتوافر في محل العقد الشروط الآتية :

١) يجب ان يكون محل العقد موجوداً أو ممكناً .

إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شئ ، كالتزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع إلى المشتري ، فإنه يجب أن يكون هذا الشئ موجوداً فعلاً وقت الالتزام أو أن يكون على الأقل محتمل الوجود فيما بعد ، وإلا كان العقد باطلاً ، لانعدام محله ، كأن يبيع الشخص سيارة هلكت قبل البيع .

وإذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فيجب أن يكون هذا المحل ممكناً ، لأنه لا التزام بمستحيل ، والاستحالة التى تحول دون نشوء الالتزام هى الاستحالة المطلقة ، وليس الاستحالة النسبية.

٢) يجب أن يكون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعيين .

إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شئ ، فيجب أن يكون هذا الشئ الذى يرد عليه الحق ، معيناً أو قابلاً للتعيين ، وإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، فيجب أن يتم تعيينه تعييناً كافياً يميزه عن غيره ، أما إذا كان محل

الالتزام شيئاً غير معين بالذات ، أى من الأشياء المثالية التى تقوم مقام بعضها عند الوفاء كالغلال ، فإن تعيينه يتم بذكر جنسه ونوعه ومقداره .

وإذا كان محل الالتزام القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين ، فيجب أن يكون هذا العمل معيناً أو قابلاً للتعيين ، فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء ، فيجب أن يتم تحديد البناء تحديداً كاملاً ، كذكر عدد الطوابق والحجرات .

(ج) يجب أن يكون محل العقد قابلاً للتعامل فيه :

إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شئ ، فيجب أن يكون هذا الشئ الذى يرد عليه الحق مما يجوز التعامل فيه ، أما إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فيجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع مشروعاً ، أى غير مخالف للنظام العام والآداب ، فلا يجوز أن يكون محل العقد ارتكاب جريمة مثل الاتفاق على بيع كمية من المخدرات أو تعهد شخص بقتل آخر أو إتلاف أمواله .

المطلب الثالث

السبب

تعريف سبب الالتزام :

يقصد بسبب الالتزام الغرض الذى يقصد الملتزم تحقيقه من وراء التزامه، وهو الالتزام المقابل فى العقود الملزمة للجانبين ونية التبرع فى عقود التبرع، فسبب التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع إلى المشتري ، هو التزام هذا الأخير بدفع الثمن ، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو حصوله على الشئ المبيع، وسبب التزام الواهب فى عقد الهبة هو نية التبرع .

والسبب بهذا المعنى السابق لا يعتبر ركناً فى كل التزام ، وإنما يقتصر على الالتزامات العقدية ، التى يكون للإرادة دخل فيها ، أما الالتزامات غير

العقدية التي تنشأ عن العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو نص القانون ، فليس لها غرض مباشر يقصد الملتزم تحقيقه ، لأن القانون هو الذى يحدد الالتزامات الناشئة عن هذه الأعمال دون أن يكون هناك دخل للإرادة فيها .

تعريف سبب العقد :

يقصد بسبب العقد الغرض غير المباشر الذى يقصد المتعاقد تحقيقه من وراء العقد ، ويسمى الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهو يختلف تبعاً لطبيعة العقد الذى ينشأ عنه ، بل يختلف حتى فى العقد الواحد حسب الباعث الذى يحرك كل متعاقد ، فالبائع قد يبيع الشئ بقصد الحصول على ثمنه للسفر للخارج للعلاج أو السياحة ، أو شراء سيارة ، أو عمل مشروع تجارى ، كما أن المشتري قد يكون قصده من شراء المنزل ، استخدامه مسكناً أو محلاً تجارياً أو نادياً أو مشروعاً تجارياً .

وبالتالى يختلف سبب الالتزام عن سبب العقد ، فسبب الالتزام هو واحد فى كل أنواع العقود وهو ما يعرف بالسبب المباشر ، بينما يتغير سبب العقد من عقد لأخر ، ومن شخص لأخر فى كل عقد على حده وهو ما يعرف بالسبب غير المباشر .

كما أن سبب الالتزام عنصر داخلى فى العقد ويستخلص من عباراته ، بينما سبب العقد هو أمر خارجى عنه ، ولا يذكر فيه حتماً .

ويجب أن يكون سبب العقد أو الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعاً ، فإذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً لعدم مشروعية السبب ، فإذا اشترى شخص من آخر منزلاً لاستخدامه كمحل للمقامرة أو لبيع المخدرات فيه، فإن العقد يكون باطلاً لأن الباعث الدافع إلى التعاقد غير مشروع .

ولكن يشترط فى هذه الحالة وغيرها لأبطال العقد أن يكون الطرف الأخر على علم بالباعث غير المشروع ، أما إذا كان حسن النية لا يعلم فإن

العقد يكون صحيحاً ، بالرغم من أن الباعث الدافع للتعاقد لدى أحد الطرفين غير مشروع ، وذلك حماية لاستقرار المعاملات .

الفصل الخامس

الحماية القانونية للحق

الحماية القانونية للحق ، هي إقرار القانون لاستثنائ صاحب الحق بحقه أى اعتراف القانون بهذا الحق ، وإقراره لصاحب الحق بالسلطات التى يترتبها هذا الحق .

ولذلك تعتبر الحماية القانونية ركناً جوهرياً فى كافة الحقوق أياً كان نوعها، فلا قيمة لاستثنائ شخص بشئ أو قيمة معينة ، إذا كان القانون لا يحميه ، فإذا اعتراف القانون بالحق هو الذى يعطى صاحبه الحق فى دفع الاعتداء الذى يقع عليه ، وذلك عن طريق اللجوء إلى السلطة العامة لرد هذا الاعتداء .

فلا يجوز لصاحب الحق أن يدفع الاعتداء الذى يقع على حقه بنفسه ، وإنما يتم ذلك غالباً من خلال رفع دعوى أمام القضاء ، الأمر الذى حدا بالبعض إلى اعتبار الدعوى ركناً من أركان الحق ، إلا أن الرأى الغالب يعتبر الدعوى وسيلة حماية للحق وليست ركناً فيه ، فالدعوى تالية لوجود الحق ، فهى ليست إلا أثراً مترتباً على إقرار القانون للحق .

وتهدف الحماية القانونية للحق إلى تمكين صاحبة من التمتع بالسلطات والمزايا التى يخولها فيستطيع أن يستعمله أو يستغله أو يتصرف فيه حسب ما يخوله له الحق من سلطات ومزايا ، ولكن حماية القانون للحق ليست مطلقة بل مقيدة بضرورة استعمال الحق فى الحدود المشروعة له ، والتى يحددها له القانون ، فإذا تجاوز هذه الحدود كان غير جدير بالحماية ، كما أنه إذا تعسف فى استعمال حقه كان مسئولاً عن هذا التعسف إذا ترتب عليه الأضرار بالغير .

ومن ثم نتناول الحماية القانونية للحق من خلال التعرض للدعوى كوسيلة للحماية القانونية للحق ، وحدود هذه الحماية ، أى عدم التعسف فى استعمال الحق ، وذلك على النحو التالى .

المبحث الأول

الدعوى

لما كان صاحب الحق لا يستطيع أن يقتضى حقه أو يدفع الاعتداء الواقع عليه بنفسه ، فإن القانون نظم كيفية توفير الحماية القانونية لصاحب الحق ، وذلك عن طريق رفع دعوى أمام القضاء فى حالة إنكار حقه أو الاعتداء عليه، فالدعوى هى الوسيلة القانونية التى يتمكن بها صاحب الحق من حماية حقه والدفاع عنه متى كان هذا الحق محل اعتداء أو منازعة من جانب الغير .

وعادة ما يلجأ صاحب الحق إلى القضاء عن طريق رفع الدعوى لمنع الاعتداء الواقع عليه ، إلا أنه قد يحدث أن يختصمه الغير أمام القضاء ، فيكون عليه أن يدفع هذه الدعوى ، وسواء كان اللجوء إلى القضاء فى صورة دعوى أو دفع ، فإن ذلك يعتبر وسيلة صاحب الحق فى المطالبة بالحماية القانونية لحقه ، ودفع الاعتداء الذى يتعرض له ، ويتم الفصل فيها بعد التأكد من وجود الحق ، والتثبت من حصول هذا الاعتداء .

والاعتداء على الحق من جانب الغير قد ينصب على الحق فى ذاته ، أو على سلطة من السلطات التى يخولها لصاحبه ، فالاعتداء على حق الملكية قد يتمثل فى إنكار هذا الحق على صاحبه ، كالتعفن فى السبب الذى كسب به ملكية الحق ، أو أن ينكر على صاحبه حق استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه .

كما قد يدعى الغير على صاحب الحق الشخصى ببطلان العقد أو عدم مشروعيته ، أو المنازعة فى السلطات التى يخولها هذا الحق، كذلك قد ينازع الغير صاحب الحق الذهنى فى حقه، كأن يدعى أنه صاحب الحق، أو ينازعه

فى سلطة من سلطاته ، كأن يدعى أنه صاحب الحق فى الاستغلال المالى للحق بسبب تنازل صاحبه عنه .

وإذا كانت الدعوى القضائية هى الأساسية لإقرار الحقوق ودفع الاعتداء عنها، إلا أنها تختلف حسب نوع الاعتداء، فإذا كان الاعتداء يشكل مخالفة لأحكام القانون المدنى، كانت الدعوى مدنية، كدعوى الحيازة، ودعوى التعويض، ودعوى الاستحقاق ودعوى البطلان، ودعوى الفسخ .

فالمالك يستطيع أن يحصل على حكم من القضاء بطرد من اعتدى على أرضه بغير وجه حق ، أو أن يحصل على حكم من القضاء بمنع الغير من التعرض له ، أو أن يحصل صاحب الحق الشخصى على حكم من القضاء بإجبار خصمه على التنفيذ العينى ، أو بدفع تعويض إذا كان التنفيذ العينى غير ممكن .

وقد تكون الدعوى جنائية إذا كان الاعتداء يشكل مخالفة لأحكام القانون الجنائى ، حيث يعتبر الفصل فى هذه الحالة جريمة جنائية سواء كان يقع على الأشخاص أو الأموال ، ولا تمنع الحماية الجنائية المقررة لبعض الحقوق من قيام الحماية المدنية فى ذات الوقت ، فإذا كان السارق يخضع للعقاب الجنائى ، إلا أنه يجوز للمالك أن يطالب برد الأشياء المسروقة ، كذلك يجوز للمجنى عليه أن يطالب بتعويض عن الأضرار الناشئة عن الأفعال التى ارتكبها الجانى .

وقد تكون الدعوى إدارية إذا كان الاعتداء يشكل مخالفة لأحكام القانون الإدارى ، الذى ينظم النشاط الإدارى للسلطة التنفيذية ، ويختص بنظر هذه الدعاوى القضاء الإدارى المتخصص فى نظر المنازعات الإدارية .

ويشترط فى الشخص الذى يقوم برفع الدعوى للمطالبة بحقه أو دفع الاعتداء الواقع عليه ، أن تكون له مصلحة فى رفع الدعوى ، فلا يجوز رفع الدعوى على الغير أمام القضاء إذا لم تكن لأصحابها مصلحة فى ذلك .

كما يجب أن تكون هذه المصلحة قائمة وحالة وقت رفع الدعوى، فالمصلحة الاحتمالية لا تكفى لرفع الدعوى إلا في حالات استثنائية، كأن يخشى الشخص من ضرر محقق مثل قيام الجار برفع دعوى ضد جاره خوفاً من الأضرار التي يمكن أن يسببها له البناء الذي سوف يقيمه جارة بطريقة تضر به.

وعلى ذلك إذا لم يكن هناك اعتداء واقع على صاحب الحق أو منازعة من جانب الغير فلا تقبل الدعوى التي يرفعها صاحب الحق أمام القضاء لعدم وجود مصلحة له يرغب في تحقيقها برفع الدعوى .

وكذلك يشترط في الشخص الذي يقوم برفع الدعوى أمام القضاء للحصول على الحماية التي قررها القانون لحقه، أن تكون له الصفة في ذلك، أى أن يتم رفعها من قبل شخص يخوله القانون الحق في رفعها ، كصاحب الحق المعتدى عليه نفسه، أو نائباً عنه.

كما يجب أن ترفع الدعوى أيضاً تجاه المعتدى نفسه ، فشرط الصفة يجب أن تتوافر في كل من المدعى أو المدعى عليه ، وأن كان القانون قد يسمح في بعض الحالات للغير برفع الدعوى بدلاً من صاحب الصفة فيها إذا كانت له مصلحة معينة ، كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة التي يستطيع الدائن عن طريقها أن يطالب بحقوق مدينة عندما تتقاعس عن المطالبة بها .

وهذا الحق في رفع الدعوى محدد بمدة معينة يجب أن ترفع فيها الدعوى، بحيث يسقط الحق إذا لم يتم رفعها خلال المدة التي حددها القانون ، حيث يحدد القانون لكل دعوى مدة معينة يجب أن ترفع خلالها وإلا سقط الحق فيها ، ويرجع هدف المشرع من ذلك ، إلى الرغبة في سرعة حسم المنازعات بين الأشخاص ، بما يؤدي إلى استقرار المعاملات ، وتحقيق الأمن في المجتمع .

ويتولى القاضى الفصل فى الدعوى التى يرفعها صاحب الحق للمطالبة بحقه أو دفع الاعتداء الواقع عليه ، وذلك وفقاً للأصول والمبادئ العامة التى تحكمه فى الفصل فى المنازعات ، ومنها مبدأ حياد القاضى وعدم تحيزه لأحد طرفى النزاع ، ومبدأ عدم جواز الحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم ولو تبين للقاضى أن لأحدهم حقاً أكثر مما يطالب به أمام القضاء ، ومبدأ حرية الدفاع أو ضمانات التقاضى أى تمكين كل طرف من الاطلاع على وجهة نظر الطرف الآخر ، وتقديم المستندات والأدلة التى تثبت حقه ، ومنحهم الأجل المناسب لذلك ، وتمكين كل طرف من إبداء دفاعه حتى تتضح الحقيقة ، كذلك يلتزم القاضى بعدم الحكم فى النزاع حسب معلوماته الشخصية ، بل يجب عليه أن يفصل فى النزاع وفقاً لأحكام القانون ، وبما يقدمه الخصوم من مستندات ، ولو كان يعلم شخصياً بأدلة أخرى لم يقم الخصوم بالاحتجاج بها .

المبحث الثانى

التعسف فى استعمال الحق

لكل شخص الحق فى العمل والتنقل والتقاضى وللدائن الحق فى مطالبة المدين بالقيام بالعمل أو الامتناع عن العمل ، وللمالك الحق فى استعمال الشئ أو استغلاله أو التصرف فيه ، ولكن يجب على كل صاحب حق أن يستعمل حقه فى الحدود التى رسمها له القانون ، فإذا كان الشخص قد تجاوز فى استعمال حقه هذه الحدود فإنه يكون مسؤولاً عن الأضرار التى تنشأ عن هذا الاستعمال .

وعلى ذلك إذا كان للشخص حق انتفاع على الشئ ، فإن استعماله للشئ يجب أن يقتصر على الانتفاع بهذا الشئ فقط ، فإذا تجاوز هذا الحد وقام بالتصرف فى الشئ ، فإنه يكون مسؤولاً عن الأضرار التى تلحق بالمالك من جراء ذلك ، وكذلك يسأل الشخص إذا قام بالبناء فى أرض مملوكة لجاره ، أو أجبر المدين على القيام بعمل لم يلتزم به ، حيث يكون الشخص فى مثل هذه

الحالات قد تجاوز حدود استعمال حقه ، وبالتالي يكون قد ارتكب خطأ يترتب عليه قيام مسؤوليته عن تعويض الأضرار التي يسببها هذا التصرف الذي لا يستند إلى أى حق .

وقد يحدث أن يستعمل الشخص حقه فى الحدود التي رسمها القانون ، ولكن يترتب على هذا الاستعمال ضرر يصيب الغير ، كأن يقيم شخص حائطاً شاهقاً فى ملكه يحجب الهواء والشمس عن جاره ، حيث يثور التساؤل فى مثل هذه الحالات حول مدى مسؤولية صاحب الحق عن هذا الاستعمال ؟

وفقاً للمذهب الفردى الذى كان سائداً فى الماضى ، كان للشخص صاحب الحق مطلق الحرية فى استعمال حقه ، متى كان ذلك فى إطار الحدود التي رسمها القانون ، ولو أدى ذلك إلى حدوث ضرر للغير من جراء هذا الاستعمال ، فالمذهب الفردى لا يعترف بأى قيود على حرية الإنسان فى استعمال حقه ، حيث يقدم مصلحة الفرد فيه على مصلحة المجتمع .

ولكن تراجع المذهب الفردى أمام المذاهب الاجتماعية التي ترى أن حرية الفرد فى استعمال حقه ليست مطلقة ، وإنما تنقيد بالحدود التي تتفق مع مصلحة الجماعة ، بل ذهب البعض إلى أن الحق يعتبر وظيفة اجتماعية يجب أن تباشر بما يحقق مصلحة المجتمع ، وليس مجرد سلطات يخولها لصاحبه .

فالحق يكون مقيداً فى استعماله بالغاية الاجتماعية التي تقرر من أجلها، ولا يجوز استعماله خارج حدود هذه الغاية، وإلا كان صاحبه متعسفاً فى استعمال حقه الأمر الذي يترتب عليه قيام مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بالغير من جراء هذا الاستعمال .

فالتعسف فى استعمال الحق هو استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالاً يضر بالغير، فإذا كان الأصل أن الشخص لا يسأل عن

استعمال حقه فى الحدود التى رسمها القانون، إلا أنه يسأل إذا تعسف فى استعمال حقه، وترتب على ذلك الأضرار بالغير .

وقد أقرت التشريعات الحديثة نظرية عدم التعسف فى استعمال الحق ، بحيث يلتزم الشخص باستعمال حقه بما يحقق مصلحته الشخصية مع مراعاة عدم الأضرار بالغير أو مصلحة المجتمع.

كما أن هذه النظرية قد عرفتها الشريعة الإسلامية، حيث رد الفقه الإسلامى نظرية عدم التعسف فى استعمال الحق ، إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " .

وعلى ذلك يجب على صاحب الحق أن يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً ، لكى لا يسأل عن الأضرار التى تصيب الغير من هذا الاستعمال ، وهو ما عبرت عنه المادة الرابعة من القانون المدنى المصرى بقولها " من استعمال حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

أما إذا استعمل الشخص حقه بما يضر بالغير ، فإن هذا الاستعمال يكون غير مشروع ولو كان فى إطار الحدود التى رسمها القانون للحق ، متى كان صاحب الحق متعسفاً فى استعمال حقه ^(١) .

حالات التعسف فى استعمال الحق :

يكون استعمال الحق غير مشروع ، إذا كان صاحب الحق لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير أو كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة ، وعلى ذلك يعتبر الشخص متعسفاً فى استعمال حقه فى الحالات التالية :

(١) د. عبد الودود يحيى : المرجع السابق ، ص ٣٥٦ ؛ د. محمد على عمران : المرجع السابق ص ٢٧٤ .

أولاً : قصد الأضرار بالغير :

يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه ، إذا كان يقصد أساساً الأضرار بالغير ، كأن يقوم شخص ببناء حائط مرتفع ليحجب الضوء والهواء عن جاره ، حيث يكون الدافع لاستعمال حقه في هذه الحالة هو الأضرار بجاره ، ولذلك يعتبر متعسفاً في استعمال حقه .

ويرجع في هذه الحالة إلى نية صاحب الحق لتحديد ما إذا كان يقصد من استعمال حقه مجرد الأضرار بالغير ، فالمعيار في تحديد ذلك هو معيار شخصي يقوم على أساس قصد الأضرار بالغير ، ويمكن استخلاص ذلك من ظروف الدعوى وقرائن الأحوال ، ويخضع ذلك لسلطة قاضي الموضوع .

ونظراً لتعذر استخلاص قصد الأضرار بالغير من الناحية العملية ، فإن القضاء يعتبر تفاهة المنفعة التي يراد تحقيقها قرينة على أن استعمال الحق قصد به الأضرار بالغير ، كما اعتبر القضاء أن نية الأضرار بالغير توجد في حالة انتقاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق ضرراً بالغير متى كان صاحب الحق على بينه من ذلك .

ويعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا توافر قصد الأضرار بالغير ولو كانت هناك مصلحة أو فائدة لصاحب الحق في هذا الاستعمال ، كأن يقوم شخص بغرس أشجاراً في أرضه بقصد حجب الضوء عن جاره ، ولكن لا يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا كانت تحقق له منفعة من هذا الاستعمال بالرغم من قصده الأضرار بالغير ، متى كانت هذه المنفعة تفوق الضرر الذي يصيب الغير .

ثانياً: انعدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذى يلحق الغير :

يعتبر الشخص متعسفاً فى استعمال حقه إذا كانت المصلحة التى يرمى إلى تحقيقها من استعماله لحقه لا تتناسب مع ما يعود على الغير من ضرر بسببها، ويتحقق ذلك إذا كانت المنفعة التى تعود على صاحب الحق من استعماله قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذى قد يلحق بالغير من جراء هذا الاستعمال .

والمعيار فى هذه الحالة هو معيار موضوعى لا معيار شخصى، فلا ينظر فيه إلى الشخص صاحب الحق وما يقصده من استعمال حقه، وإنما يستند إلى الموازنة بين المصلحة التى يقصدها صاحب الحق، والضرر الذى يصيب الغير، فإذا تبين رجحان الضرر الذى لحق بالغير، عن المصلحة التى عادت على صاحب الحق ، فإنه يكون متعسفاً فى استعمال حقه ، ولا يعتد بما يدعيه أن مصلحته أهم من الضرر الذى عاد على الغير أو أنه اعتقد ذلك ، حيث تكون العبرة فى هذه الحالة بسلوك الشخص المعتاد الذى لا يقدم على الأضرار فى مقابل مصلحة تافهة تعود عليه من استعمال حقه .

ومن الأمثلة على التعسف فى استعمال الحق فى هذه الحالة ما نصت عليه المادة ٢/٨١٨ من القانون المدنى المصرى من أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى ، أن كان هذا يضر الجار الذى يستر ملكه بالحائط " .

وعلى ذلك لا يجوز لمالك الحائط أن يهدمه إلا لعذر قوى ، كأن يهدمه لإعادة بنائه من جديد فى وضع أفضل ، إما إذا لم يكن هناك عذر قوى فإنه يكون متعسفاً فى استعمال حقه بسبب رجحان الضرر الذى يصيب الجار الذى يستر ملكه بالحائط على المصلحة التى يسعى صاحب الحق إلى تحقيقها من هدم هذا الحائط .

كذلك ما نصت عليه المادة ١٠٢٩ من القانون المدنى المصرى من أن لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به ، حيث يعتبر تمسك صاحب حق الارتفاق باستعمال حقه فى هذه الحالة تعسفاً فى استعمال الحق ، لأن المنفعة التى تعود عليه لم تعد تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به .

ثالثاً : عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق :

إذا كان صاحب الحق يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، تنطوى على مخالفة للنظام العام والآداب ، كأن يقوم شخص بوضع أعمدة مرتفعة فى أرضه المجاورة للمطار لإجبار شركة الطيران التى تهبط طائراتها فى المطار المجاور ، على شراء أرضه بثمن مرتفع ، وإلا تعرضت طائراتها للضرر عند الهبوط ، أو قيام صاحب العمل بفصل العامل بسبب نشاطه النقابى ، أو قيام الشخص باستعمال مسكنه كمحل للعب القمار . وفى هذه الحالات يكون الشخص متعسفاً فى استعمال حقه ، لأن هذا الاستعمال لا يقره القانون بسبب مخالفته للنظام العام والآداب .

والأصل أن الشخص يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً ، وعلى من يدعى أن صاحب الحق يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع أن يثبت صحة ما يدعيه ، فيجب أن يثبت المضرور أن صاحب الحق قصد من استعمال حقه الأضرار به أو يثبت أن المصلحة التى عادت على صاحب الحق لم تتناسب مع الضرر الواقع عليه ، أو يثبت أن هذا الاستعمال ينطوى على مخالفة للنظام العام والآداب . ويتم الإثبات بكافة الطرق .

وإذا تم إثبات تعسف صاحب الحق فى استعمال حقه ، فإنه يكون مسئولاً عن الأضرار التى تلحق بالغير من جراء ذلك التعسف ، ويكون للمضرور

الحق في مطالبته بالتعويض ، وقد يكون ذلك عن طريق التنفيذ العيني ، كأن يتم إزالة الحائط الذي أقامه الجار في ملكه لكي يحجب الضوء والهواء عن جاره ، أو يكون نقدياً في حالة استحالة التنفيذ العيني ، كأن يلتزم بدفع مبلغ من النقود للمضروب كجزاء على التعسف في استعمال حقه ، مثل إلزام المحكمة لصاحب العمل بدفع تعويض نقدي للعامل نتيجة لفصله تعسفياً من عمله .

المبحث الثالث

إثبات الحق^(١)

نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، الأول يتناول الأحكام العامة ، والثانى نخصه لوسائل الإثبات .

المطلب الأول

الأحكام العامة فى الإثبات

إذا ادعى شخص ما ، حقاله فى ذمة شخص آخر ، كان عليه إثبات أنه صاحب الحق ، ولا يستطيع ذلك إلا إذا أقام الدليل على وجود هذا الحق فى ذمة الغير ، فإذا نجح فى إقامة الدليل على أنه صاحب حق تمتع بحماية القانون .

ويقع عبء الإثبات على المدعى ، فالبينة على من ادعى ، لأن الأصل أو الظاهر براءة ذمة الإنسان من الدين ، فإذا أراد شخص أن يدعى أن له ديناً عند شخص آخر ، كان عليه - باعتباره يدعى خلاف الثابت أصلاً - عبء إثبات ذلك ، فإذا أثبت ما يدعيه وجب على المدين الوفاء بالدين ، فإذا ادعى أنه أوفى ، انتقل عبء الإثبات على عاتقه ، وكان على هذا الأخير إثبات انه قد أوفى بالدين ليتخلص من مطالبة الدائن له ، وتعتبر هذه القاعدة تطبيقاً لنص المادة الأولى من قانون الإثبات والتي تنص على أن : (على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه).

(١) هذا المبحث مأخوذ من مؤلف استاذنا الدكتور محمد سعد خليفه ، المدخل لدراسة القانون ، ٢٠٠١ .

وقد يترك القانون كالقانون الإنجليزي والألماني للأفراد حرية اختيار وسيلة إثبات الحق بالطريقة التي يراها تقتنع القاضي بوجود الحق ويكون لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تقدير دليل الإثبات المقدم إليه، وتسمى هذه الطريقة بمذهب الإثبات الحر *Système de la preuve libre*.

وتأخذ بعض القوانين بطريقة الإثبات المقيد القانوني *Système de la preuve légale* فيبين وسائل الإثبات المختلفة، كما يحدد قوة كل دليل من أدلة الإثبات، فلا يكون أمام المدعى إلا إثبات الحق بالطريقة التي يضعها القانون، وإذا كانت طريقة الإثبات الحر لها عيوب، تتمثل في اعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة المقدمة إليه، فيؤدى إلى اختلاف القضاء في تقدير قيمة الأدلة مما قد يؤدى إلى عدم الاستقرار في المعاملات، إلا أن من محاسنها أنها تساعد على الوصول إلى الحقيقة لأن المتقاضى لا يتقيد بدليل معين في إثبات الحق أما الإثبات المقيد، إذا كان من مزاياه أنه يؤدى إلى استقرار المعاملات، لأن القانون قد حدد مقدما دليل الإثبات وبين قوة كل دليل، إلا أنه يقيد حرية الأفراد في الإثبات مما يصعب معه الوصول إلى الحقيقة في حالة عدم توافر الدليل الذى وضعه القانون، فتضيع الحقوق، لعدم قدرة أصحابها على إقامة الدليل المطلوب عليها وقد يرى القاضى نفسه - وقد كبل بها - مجبرا على أن يقضى للخصم أو عليه مع يقينه بأن ما يحكم به أن اتفق مع قواعد الإثبات المحددة قانوناً، إلا أنه مجانب للحقيقة.

لذلك أخذت بعض القوانين ومنها القانون المصرى بطريقة مختلطة، سميت بالمذهب المختلط فى الإثبات ، وعليه يحدد القانون وسائل الإثبات وطرقه ، وقد يبين قيمة الدليل وقوته فى الإثبات كما فى حالة الكتابة واليمين الحاسمة ، فإذا لم يحدد دليل الإثبات كان للقاضى سلطة تقديرية فى تقدير قيمة كل دليل وقوته فى الإثبات كما فى البيئة والقرائن القضائية، كما يكون له استكمال الأدلة الناقصة . ومن قواعد الإثبات :

١- إذا ادعى شخص أمراً ، وجب على القاضى أن يسمح له بإثبات ما يدعيه ، وهذا حق من حقوق الدفاع ، كما يجب على القاضى أن يتجنب الانحياز لأحد الخصوم.

٢- على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ، كما يكون لكل خصم حق مناقشة أدلة الخصم الآخر ، فإذا أذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود ، اقتضى ذلك - دائماً - أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق .

٣- لا يجوز للشخص أن يسطنح دليلاً لنفسه ، فإذا كان الإنسان ملزماً بما يقوله أو يفعله ، فلا يكون من المنطق أن يلتزم بقول الغير أو فعله ، فلا قيمة إذا لما يصنعه الخصم لنفسه من أدلة وإلا كان الأمر كله بيد من يدعى أن له حقا فى ذمة الغير وقد أكد القضاء هذا المعنى حيث قضى بأن الشخص الطبيعى أو المعنوى لا يجوز له أن يتخذ من عمل نفسه لنفسه دليلاً يحتج به على الغير .

٤- لا يجوز إجبار أحد الخصوم على تقديم دليل ضد نفسه ، لأن تقديم الدليل كوسيلة الإثبات من حق المدعى ، ولا يجوز من ثم إجباره على استعمال حقه بطريقة تضره ، وقد أكد القضاء هذا المبدأ ، فقضى بأن : (من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه).

المطلب الثانى

وسائل الإثبات

حدد قانون الإثبات، وسائل الإثبات المختلفة وقوة كل وسيلة من هذه الوسائل وهى : الكتابة ، وشهادة الشهود ، والقرائن القضائية، والإقرار واليمين والخبرة، ونحن نستعرض لأهمها فى إيجاز غير مغل:

١- الكتابة *Preuve écrite*

تعتبر الكتابة من أهم وسائل الإثبات ولذا اعترف لها المشرع بقوة إثبات مطلقة، والدليل الكتابى قد يكون فى صورة محرر رسمى وقد يكون فى صورة محرر عرقى .

المحرر الرسمى : *Acte authentique*

هو كل محرر مكتوب يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه، ويشترط فى المحرر الرسمى شروط ثلاثة :

١- أن يصدر من موظف عام كموظف الشهر العقارى، أو القاضى، وكتاب المحاكم، وضباط الشرطة، ومن الممكن أن يصدر المحرر من شخص مكلف بخدمة عامة كالمأذون .

٢- أن يصدر من الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة، وذلك فى حدود اختصاصه النوعى والمكانى .

٣- أن يتم ذلك وفقا للأوضاع القانونية، كأن يكون المحرر باللغة العربية وأن يكون ذلك بخط واضح ، وعدم وجود كشط أو إضافة .

وإذا توافرت هذه الشروط فى المحرر، اعتبر ورقة رسمية وأصبح حجة على الناس كافة، فى حدود ما هو مثبت فيه من أمور قام بها من صدر منه فى حدود اختصاصه أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره، ولا يجوز الطعن فى المحرر وما هو مثبت فيه إلا بالتزوير، فإذا ثبت أنه محرر مزور ، لم يكن له أى حجية على الغير ، ولا يصلح لأن يكون دليلاً فى الإثبات، أما إذا فقد المحرر شرط من الشروط الثلاثة السابقة ، فقد صفة الرسمية، ولا تكون له إلا قيمة المحرر العرفى، إذا كان موقعاً من ذوى الشأن بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم .

المحرر العرفى – Acre sous – seing privé

هو كل محرر مكتوب، وموقع عليه من شخص، دون أن يكون محرراً من قبل موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة فى حدود اختصاصه.

ويعتبر المحرر العرفى حجة على من وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة، ولا يكون المحرر العرفى حجة على الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ ويعتبر المحرر ثابت التاريخ فى الحالات الآتية :

أ - من يوم أن يقيد أو يسجل بالسجل المعد لذلك .

ب - من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ .

ج - من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص .

د - من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله فى جسمه .

هـ- من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن المحرر قد صدر قبل وقوعه.

٢- الإقرار L'aveu

الإقرار هو اعتراف الخصم بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القاضى أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها ، ويعتبر الإقرار القضائى حجة قاطعة على المقر ، وهو غير قابل للتجزئة فأما أن يؤخذ به كله أو يترك كله ، إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى. ويشترط لذلك:

١- أن يصدر أمام محكمة أو هيئة لها سلطة القضاء - كهيئة المحكمين - فلا يعتبر إقراراً قضائياً ما يصدر من اعترافات أمام الشرطة أو النيابة باعتبارها جهة إدارية.

٢- أن يصدر الإقرار أثناء السير فى الدعوى، المتعلقة بالواقعة المقر بها، فلا يعتبر إقراراً قضائياً ، الإقرار الصادر فى دعوى أخرى ولو من نفس المقر ولذات الخصم .

وقد يكون الإقرار غير قضائى، وهو الذى يفضى به الخصم لخصمه أو من ينوب عنه خارج مجلس القضاء، وقد ذهب القضاء المصرى إلى أن الإقرار غير القضائى يخضع لتقدير القاضى، فله

تجزئته أو اعتباره دليلاً كاملاً أو مبدأً ثبوت بالكتابة، أو مجرد قرينة أو لا يأخذ به أصلاً، أما الفقه فقد ذهب عكس ذلك، فقد طبق عليه نفس الأحكام التي طبقها على الإقرار القضائي.

٣- اليمين Le serment

يقصد باليمين، إشهد الحالف، الله تعالى أمام القاضي، على صدق ما يقوله الحالف، وهي وسيلة من وسائل الإثبات، وقد تكون حاسمة، وقد تكون متممة، واليمين الحاسمة، يلجأ إليها المدعى عند عدم توافر دليل آخر من أدلة الإثبات لديه، ويحتكم هنا إلى ضمير المدعى عليه، فيوجه إليه اليمين - أى يطلب منه الحلف أو القسم - ليحسم النزاع، فإذا وجه المدعى اليمين لخصمه، فقد يحلف الأخير ويخسر المدعى دعواه، أما إذا نكل عنها وامتنع عن أدائها، دون أن يردها على خصمه، حكم القاضي للمدعى فى هذه الحالة بما يطلبه.

ومع ذلك، يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها أى يطلب من المدعى أن يحلف هو على ما يدعيه، فإذا نكل المدعى ولم يحلف خسر دعوته.

فاليمين الحاسمة إذاً تحسم النزاع بشرط أن تكون حاسمة ومنهية للدعوى، وأن تكون الواقعة موضوع اليمين متعلقة بالشخص الذى وجهت إليه اليمين، وألا تكون الواقعة موضوع اليمين مخالفة للنظام العام والآداب .

ويجوز توجيه اليمين فى أية حالة كانت عليها الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائى، ومع ذلك لا يجوز توجيه اليمين لأول مرة أمام

محكمة النقض، كما لا يجوز لمن وجه اليمين أن يرجع فى توجيهها متى قبل خصمه أن يحلفه .

أما اليمين المتممة، فيوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى أى خصم من الخصمين، ليستكمل بها الأدلة المقدمة إليه وليكمل بها اقتناعه بواقعة معينة ويشترط لذلك أن تكون الدعوى خالية من دليل كامل، وأن لا تكون الدعوى خالية من أى دليل، ولا ترد اليمين المتممة، وإذا نكل عنها من وجهت إليه، لا يخسر الدعوى، فهى ليست حاسمة فى النزاع ولا تفيد القاضى ولا الخصوم.

والقاضى مطلق الخيار فى الاعتداد بها أو التجاوز عنها ، أى أن له أن يقضى على أساس اليمين التى أدبت ، أو على عناصر إثبات أخرى اجتمعت له قبل أداء هذه اليمين أو بعد أدائها ، ويجوز لخصم من حلفها أن يثبت العكس ، وحتى ولو صدر حكم بناء عليها ، جاز له أن يطعن عليه بالاستئناف ليتوصل إلى كذب اليمين .

٤- البيينة (شهادة الشهود) Le témoignage

ويقصد بالبيينة (شهادة الشهود) اخبار الشخص فى مجلس القضاء بواقعة حدثت من غيره ، وترتب حقا ويشترط لذلك :

١- أن يكون ما يدلى به الشاهد مما اتصل بعلمه بطريق مباشر ، ويكون كذلك ، إذا كان قد أدركه بحواسه (السمع البصر) حسب طبيعة الواقعة التى يشهد عليها.

٢- أن يكون فى حالة تسمح له بإدراك حقيقة ما يخبر به ويكون كذلك إذا كان قد بلغ سنًا معينة، وهى خمسة عشر سنة وفقا لنص المادة ٦٤ إثبات .

والبيئة من الأدلة التى تساعد فى إقناع القاضى ، ولذلك فإن للقاضى - رغم توافر الشروط السابقة فى الشهادة - سلطة تقدير أقوال الشهود فالأخذ بها مرهون بما يطمئن به وجدانه فيجوز للقاضى إذا أن يأخذ بالشهادة ، أو يأخذ ببعضها، أو يأخذ بأقوال شاهد دون آخر ، كما له أن يطرح الشهادة ولا يأخذ بها، حتى ولو اتفق أطراف النزاع على شخص الشاهد ، ولا تعد صلة القرابة بين الشاهد وأحد الخصوم، سببًا لطحها.

ويجوز إثبات الوقائع المادية بشهادة الشهود ، كواقعة الجوار فى الشفعة ، وكواقعة الإثراء أو الافتقار فى شأن أحكام الإثراء بلا سبب ، أو كما فى واقعة الفعل الضار .

وإذا تعلق الأمر بتصرف قانونى ، فإن الإثبات بشهادة الشهود لا يجوز إلا فى حالات معينة ، وهى الحالات التى لا يتوجب إثباتها بالكتابة ويكون ذلك فى المسائل التجارية ، وفى التصرفات القانونية المدنية التى لا تتجاوز قيمتها ألف جنيه .

ومع ذلك يجوز الإثبات بشهادة الشهود ، أيا كانت قيمة التصرف إذا كان هناك نص أو اتفاق يقضى بذلك ، أو وجد مانع ماضى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى ، أو فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه ، أو كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة .

و على العكس ، لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ، حتى ولو لم
تزد قيمة التصرف على ألف جنيهه ، وذلك إذا كان المراد إثباته يخالف
أو ما يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ، أو إذا كان المطلوب هو الباقي
أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، أو إذا طالب أحد
الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على ألف جنيهه ثم عدل عن طلبه
إلى ما لا يزيد على هذه القيمة.

قائمة المراجع

قائمة بأهم المراجع التي تم الاستعانة بها في كتابة هذا الكتاب:

- ١- الدكتور / أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون - الكتاب الأول نظرية القاعدة القانونية سنة ١٩٧٥م.
- ٢- الدكتور / أنور سلطان : المبادئ القانونية العامة ١٩٧٤م.
- ٣- الدكتور / توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ١٩٨١م.
- ٤- الدكتور / جميل الشرقاوى : دروس فى أصول القانون ١٩٧١م.
- ٥- الدكتور / حمدى عبد الرحمن : مبادئ القانون : الطبعة الأولى ١٩٧٥م.
- ٦- الدكتور / حمد محمد عطيفى : ١- دروس فى مبادئ القانون - الجزء الأول- نظرية القانون
- ٧- الدكتور / حسن كيره : المدخل إلى القانون - منشأة المعارف - الإسكندرية ١٩٧١م.
- ٨- الدكتور / خميس خضر : المدخل للدراسات القانونية - الجزء الأول - نظرية القانون - الطبعة الثانية ١٩٨٦م.
- ٩- الدكتور / رمضان أبو السعود : المدخل إلى القانون وبخاصة المصرى واللبنانى سنة ١٩٨٦م.
- ١٠- الدكتور / سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية - الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٧م.
- ١١- الدكتور / شمس الدين الوكيل : مبادئ القانون - الطبعة الأولى ١٩٨٦م.
- ١٢- الدكتور / عبد الودود يحيى : دروس فى مبادئ القانون ١٩٨٢- ١٩٨٣م.

- ١٣- الدكتور / عبد الودود يحيى والدكتور / نعمان جمعة : دروس فى مبادئ القانون مقرر على وحدة التعليم المفتوح بجامعة القاهرة ١٩٩٣م.
- ١٤- الدكتور / عبد الرازق أحمد السنهورى ، والدكتور / أحمد حشمت أبو ستيت : أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون سنة ١٩٥٠م.
- ١٥- الدكتور / عبد الرازق حسين يس : المدخل لدراسة القانون الجزء الأول نظرية القانون ١٩٨٩ - ١٩٩٠م.
- ١٦- الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي نظرية القانون ١٩٦٦م.
- ١٧- الدكتور / عبد المنعم البدر اوى : مبادئ القانون الكتاب الأول - النظرية العامة للقانون ١٩٨١م.
- ١٨- الدكتور / عبد الناصر توفيق العطار : المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ، بدون تاريخ .
- ١٩- الدكتور / عبد الناصر توفيق العطار ، والدكتور / محمد إبراهيم دسوقى ، والدكتور / حمدى محمد عطيفى : المدخل فى القانون ، مقرر على طلبة كلية التجارة جامعة أسيوط - مركز التعليم المفتوح .
- ٢٠- الدكتور / على حسين نجيده : المدخل لدراسة القانون نظرية القانون - بدون تاريخ .
- ٢١- الدكتور / محمد إبراهيم دسوقى - نظرية القانون ١٩٩٥م.
- ٢٢- الدكتور / محمد على عرفة : مبادئ العلوم القانونية - الطبعة الثانية.
- ٢٣- الدكتور / محمد لبيب شنب : مذكرات فى المدخل لدراسة القانون ١٩٧٥ - ١٩٧٦م.
- ٢٤- الدكتور / محمد سعد خليفة : محاضرات فى مبادئ القانون الجزء الأول - نظرية القانون ١٩٩٤م.
- ٢٥- الدكتور / محمود جمال الدين زكى : دروس فى مقدمة الدراسات القانونية - الطبعة الثانية ١٩٦٩م

الفهرس

نظرية القانون

المقدمة	٣
الباب الأول : ماهية القانون	٥
الباب الثاني : فروع القانون وأنواع القاعدة القانونية	٣٧
الباب الثالث : مصادر القانون	٨١
الباب الرابع : تطبيق القانون	١٥٧

نظرية الحق

المقدمة	١٧٩
الفصل الأول : ماهية الحق	١٨١
الفصل الثاني : أنواع الحق	١٨٣
الفصل الثالث : أركان الحق	٢١٦
الفصل الرابع : مصادر الحق	٢٩٢
الفصل الخامس : الحماية القانونية للحق	٣١٧
المراجع	٣٣٩
الفهرس	٣٤١