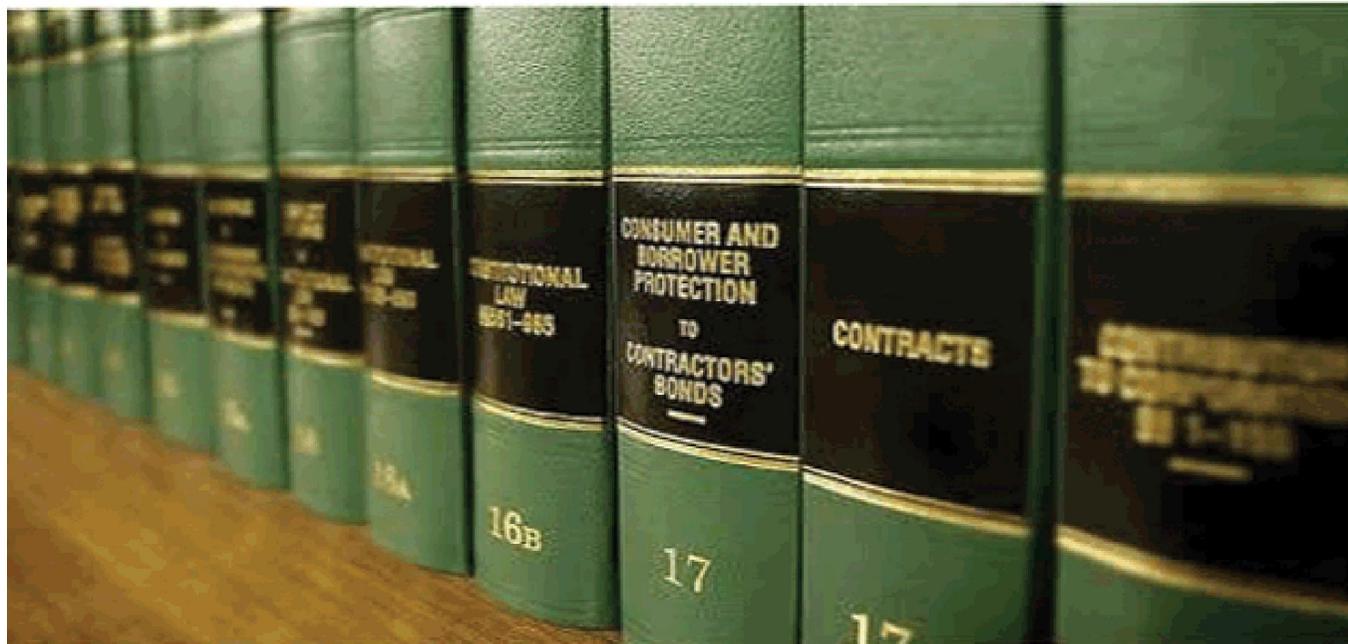




# الْمَدْخَلُ لِلْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ



دُكْتُور  
مَمْدُوخُ رِفَاعِي كَمَالُ الدِّينِ  
قسم القانون المدني  
جامعة سوهاج

دُكْتُور  
شَحَّاتَةُ عَرِيبُ شَلْقَامِي  
أستاذ القانون المدني  
جامعة أسيوط

دُكْتُور  
عَبَّاسُ مِصْطَفَى عَبَّاسُ  
مدرس القانون المدني - قسم القانون الخاص  
جامعة جنوب الوادي

2021/2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

## المُقَدِّمَة

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

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

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

" والقانون ضرورة اجتماعية، ومما يؤكد ذلك أن الإنسان بطبعه كائن اجتماعي يميل إلى الدخول في علاقات مع باقي أفراد المجتمع ، فلن يستطيع الإنسان أن يعيش في عزلة عن المجتمع بل

يسعى دائما إلى الدخول في روابط وعلاقات مع معظم أفراد المجتمع، وإذا كان الإنسان اجتماعي الطبع فهو أناني الطبع أيضا يميل إلى إشباع رغباته وحاجاته دون النظر إلى رغبات وحاجات الآخرين من حوله .

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

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

لذلك كان لابد من وجود القانون للقضاء على شريعة الغاب وتحقيق الاستقرار في المجتمع ، فمن خلال مجموعة من القواعد القانونية نتمكن من تنظيم العلاقات بين الأفراد في شتى المجالات لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة ، فالقانون إذن لازمة من لوازم الحياة في المجتمع ، فهو الذي يكفل تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، ويوفر الحد الأدنى من الأمن والنظام اللازمين لبقاء المجتمع وتطوره.

والقانون كما سنعرف يهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، وبيان ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات والتزامات ، فالقانون

يرجح من بين المصالح المتعارضة بين الأفراد مصلحة أحدهم ويقرر له حقا ما في مواجهة الطرف الآخر ، وعلى هذا الأخير أن يحترم هذا الحكم وينفذ ما عليه من التزامات ، فالحق لا يوجد ولا يتقرر إلا من خلال القانون ، لذلك نرى أنه من المناسب في هذا الكتاب أن ندرس نظرية القانون ونظرية الحق ، ومن خلال نظرية القانون سنوضح ماهية القانون وأقسامه ومصادره وتطبيقه وتفسيره ، أما من خلال نظرية الحق سنوضح ما هو الحق وتقسيمات الحقوق وأنواعها ومصادرها وأصحاب الحق ومحل الحق وحمايته . خطة الدراسة : سنقسم هذه الدراسة إلى جزئين :

**الجزء الأول : نظرية القانون .**

**الجزء الثاني : نظرية الحق**

## الجزء الأول نظريّة القانون

---

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

## الباب الأول ماهية القانون

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

- ✓ **الفصل الأول: التعريف بالقاعدة القانونية وبيان خصائصها.**
- ✓ **الفصل الثاني: التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى.**
- ✓ **الفصل الثالث: دور القانون ووظيفته.**

## الفصل الأول

### تعريف القاعدة القانونية وبيان خصائصها

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

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

### المبحث الأول

#### تعريف القاعدة القانونية

لتعريف القانون لابد من تناول التعريف اللغوي ثم التعريف الاصطلاحي.

#### التعريف اللغوي للقانون:

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

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

### التعريف الاصطلاحي للقانون:

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

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

١- القانون هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علي

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

٢- قد يستخدم مصطلح القانون للدلالة علي فرع معين من

فروع القانون، كالقانون المدني، والقانون التجاري، والقانون الدولي، وغيرهم من فروع القانون لتنظيم سلوك الأفراد ونشاطهم في مجال معين.

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

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

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

## المبحث الثاني

### خصائص القاعدة القانونية

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

لذلك القاعدة القانونية تتمتع بالخصائص الآتية:

- 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 آفة الذكر في مطلب مستقل.

### المطلب الأول

#### القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

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

والجمعيات.

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

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

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

والقانون لا يهتم إلا بالسلوك الخارجي للأفراد، فالقانون ينظم العلاقات بيان الأفراد لتوفيق المصالح بينهم وإزالة ما بينهم من

تعارض، أما النواحي والمسائل الداخلية فلا يهتم بها القانون إنما هي أمور باطنية لا يعلمها إلي المولى سبحانه وتعالى، وبالتالي قد تهتم بهذه الأمور الداخلية قواعد الدين أو الأخلاق وليس القانون. لكن هذا لا يعني أن القانون يستبعد النوايا تماماً بل قد يدخل القانون نوايا وبواعث الأفراد الداخلية في الاعتبار وذلك إذا اقترنت بسلوك خارجي يدل عليها، فالقانون يعتد بالنية في تكيف الجريمة الجنائية فلو أن شخصاً عقد النية علي قتل إنسان آخر وظلت هذه النية حبيسة في صدره لم تخرج للوجود فإن القانون لا يعاقب عليها، وفي حالة قيام هذا الشخص بقتل إنسان بناءً علي هذه النية الكامنة في داخله فإن القانون يعامل الجاني عندئذٍ ١ 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 مدى اعتداد المشرع بالنية، ففي حالة قتل شخص بدون قصد وبدون نية كاملة بالقتل العقوبة ستكون أخف بلا شك من الإعدام.

وإذا كانت النية لها أهميتها كما سبق في مجال قانون العقوبات فإن لها أهمية أيضاً في مجال المعاملات المدنية، فالقانون المدني ينص في المادة ١٤٨/١ علي ضرورة تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، كما أن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم

يقصد به سوى الإضرار بالغير طبقاً لنص المادة الخامسة من القانون المدني.

## المطلب الثاني

### القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة

تتميز القاعدة القانونية بأنها عامة ومجردة بمعنى أن يكون الخطاب موجهاً إلي جميع الأشخاص وإلي جميع الوقائع التي يمكن أن ينطبق عليها، فيجب أن يكون الخطاب موجهاً إلي كافة لا إلي شخص بعينه أو أشخاص بذواتهم ويجب ألا يخص القانون واقعة بعينها أو وقائع محددة بالذات، فالعمومية تعني أن يتوجع خاب المشرع إلي كافة، والتجريد يعني أخذ في الاعتبار الظروف الخاصة أو الداخلية للأشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية أو الوقائع المقصودة بها.

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

وفي الواقع عمومية الحكم يعتبر النتيجة المنطقية لتجريد الفرض لأن التجريد يعني عدم مخاطبة القاعدة القانونية لشخص معين

بالذات أو مواجهة واقعة محددة بعينها.

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

ويجب التأكيد على أن خاصية العمومية والتجريد التي تتمتع بها القاعدة القانونية لا تقتصر في عموميتها وتجريدها على الأشخاص الذين بالنسبة لموضوعها، وهذا يعني أنها تنطبق على عدد لا متناه من العلاقات المتماثلة التي تتوافر فيها شروط ومحددات معينة كالقواعد الخاصة بالبيع أو الإيجار أو المقاوله، فكل علاقة من هذه العلاقات تقوم بين الأشخاص بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة تسري عليها القواعد القانونية لا تعني وجوب وضع القاعدة الزمن غير محدد أو أنها واجبة التطبيق في كل إقليم الدولة، فالقواعد القانونية التي توضع لتطبق خلال مدة معينة كالقوانين الخاصة بالأحكام العرفية تعتبر عامة، وأيضاً القوانين الخاصة بجزء معين

من إقليم الدولة لتعويض سكان في حالة الكوارث تعتبر عامة ولا ينفي عنها صفة العمومية كونها خاص بجزء معين من إقليم الدولة. وقد ذهب البعض إلي أن صفة العمومية والتجريد والتي تتمتع بها القاعدة القانونية تعتبر عاملاً جوهرياً من عوامل المساواة السياسية بين أفراد المجتمع، فتوجبه 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 وضمان للأفراد ضد جميع أشكال التمييز والتفرقة.

### 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 لابد وأن تكون منظمة ومحكومة بقواعد معينة، والقانون الذي ينظم هذه العلاقات من أجل تحقيق الاستقرار للمجتمع وتوفير الأمن ومنعاً لتفشي الفوضى والاستبداد.

لذلك يمكننا القول أن المجتمع لا غني له عن القانون وإلا سادت الفوضى جميع ربوع المجتمع، ويمكننا أيضاً القول بأن القانون لا

غني له عن المجتمع، فما الفائدة من القانون إذا لم يوجد مجتمع، فبدون وجود المجتمع لا يوجد القانون.

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

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

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

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

### المطلب الرابع

#### القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

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

ولا شك أن اقتران القواعد القانونية بجزاءات يعتبر أمر ضروري

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

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

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

خصائص الجزاء في القاعدة القانونية وتطوره:

نت خلال التعريف السابق للجزاء نجد أنه يتمتع بالخصائص

## التالية:

- الجزاء حال غير مؤجل؛ ومعني ذلك هو وجوب أن يكون الجزاء فورياً ومباشراً بحيث يوقع علي المخالف في الحال، عند ثبوت مخالفته لمضمون وأحكام القاعدة القانونية، وهذه الخاصية تميز القواعد القانونية عن قواعد الأخلاق أو القواعد الدينية و التي يؤجل فيها الجزاء للآخرة.
  - الجزاء مادي ومحسوس؛ ومعني ذلك هو ضرورة أن يتخذ الجزاء مظهراً ملموساً يتمثل في الإجبار الذي تباشره السلطة العامة بالقوة المادية، فالجزاء يوقع علي المخالف لأحكام القاعدة القانونية في نفسه أو في ماله حسب الأحوال، فالجزاء المقترن بالقاعدة القانونية يختلف عن الجزاء الأخلاقي المتمثل في تأنيب الضمير أو استتكار الناس لسلوك المخالف للقواعد الأخلاقية.
  - الجزاء منظم قانوناً؛ بحيث تتولى السلطة العامة في الدولة مهمة تنفيذه وتطبيقه على كل من يخالف أو يخترق أحكام القاعدة القانونية، فلا يجوز للأفراد من غير السلطة العامة القيام بتنفيذ الجزاء أو تطبيقه تحاشياً ومنعاً لانتشار الفوضى وعدم الاستقرار في المجتمع.
- وقد مر الجزاء من حيث تنظيمه وتطوره بمراحل مختلفة، ففي المجتمعات القديمة كان توقيع الجزاء موكولاً إلي الفرد الذي وقع

عليه الاعتداء فقد كان هذا الفرد هو الذي يتولى بنفسه توقيع الجزاء أو تتولاه عائلته أو قبيلته، فقد كان أقارب القتل أو عائلته يقتصون من القاتل علي مرأى ومسمع من جميع أفراد القبيلة علي أساس أن هذا القصاص هو الجزاء المناسب لما اقترفه القاتل في حق أهل القتل بصفة خاصة وفي حق المجتمع بصفة عامة.

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

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

ومع تطور المجتمعات وظهور الدولة الحديثة انتهى عصر القصاص أو القصاص الخاص والذي كان يتولى فيه الفرد توقيع الجزاء بنفسه، فقد ظهرت الدولة الحديثة بمقوماتها وسلطاتها المختلفة بما لها من نفوذ وسلطان وصلاحيات، لتوقيع الجزاء علي المخالف لأحكام القانون تحقيقاً للعدل، وبالتالي أصبحت الدولة هي المحتكرة لسلطة توقيع الجزاءات ولم يبق علي هصر الدولة الحديثة من آثار القضاء الخاص إلا بعض الحالات الاستثنائية كحالة

الدفاع الشرعي عن النفس أو المال، فيجوز للأفراد الدفاع عن أنفسهم وعن أموالهم في حالة الاعتداء عليهم ولكن بالقوة المناسبة وبشروط معينة، وإلا تعرضوا للعقوبة وفقاً لأحكام القانون.  
صور الجزاء:

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

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

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

#### ١- الجزاء الجنائي:

يعتبر الجزاء الجنائي أشد صور الجزاء المقرر عند مخالفة القاعدة القانونية وهو عبارة عن العقوبة 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 المشدد والسجن والحبس أو في

ذمته المالية كالغرامة والمصادرة.

وكما قلنا منذ قليل الجزاء الجنائي يعتبر أشد صور الجزاء خاصة وأن العقوبة تهدف إلي تحقيق الردع العام والردع الخاص، فمن حيث الرجوع العام، العقوبة تهدد مل نت 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 أن أشدها وأبشعها 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 تتطوي علي حرمان الجاني من حياته، وهذه العقوبة تنفذ عن طريق الشق وفقاً للمادة ١٣ من قانون العقوبات المصري، وهذه العقوبة لا تطبق إلا علي نوعية خاصة من الجرائم التي تمثل إخلالاً فادحاً بأمن المجتمع ونظامه وحياة أفراده.

السجن المؤبد: هذه العقوبة تستغرق حياة المحكوم عليه كلها،

ويجوز الإفراج عن المحكوم عليه بعد مضي ٢٠ سنة إذا أثبت خلالها أنه حسن السيرة والسلوك.

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

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

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 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 يشغل داخل السجن، أما الحبس مع الشغل هو تشغيل المحكوم عليه داخل السجن أو خارجه طبقاً ما تقتضيه المادة ١٩ عقوبات.

ويجب التنزيه إلي أن كل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تزيد علي ثلاثة أشهر له الحق في أن يطلب تشغيله خارج

السجن طبقاً لما هو مقرر بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه، وهذا الأمر لا يمكن تحقيقه إذا نص الحكم علي حرمان المحكوم عليه 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 بالحس أو الغرامة، نجد أن المخالفات معاقب عليها بالغرامة.

وجدير بالذكر أنه نظراً 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 هناك عقوبات أخرى تكميلية لا تطبق إلا إذا قررها القاضي في حكمه.

## ٢- الجزاء التأديبي:

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

البطلان: الذي يترتب في حالة إبرام التصرفات القانونية

بطريقة مخالفة لما ينص عليه القانون كبطلان تصرفات الصبي غير المميز واعتبارها في حكم العدم طبقاً لنص المادة ١١٠ من القانون المدني المصري، كما أن العقد يكون باطلاً وفي حكم العدم إذا كان محله مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، وبالإضافة إلي البطلان يوجد القابلية للإبطال في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد مثلاً كتوافر عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، ويكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته عيب من العيوب السابقة، ويجوز له وحده التمسك ببطلان العقد وإعادة الحالة إلي ما كانت عليه قبل التعاقد.

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

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

التعويض: الجزاء المدني قد يتخذ صورة التعويض وذلك

لجبر الضرر الذي لحق بالضرور، وكما ورد في المادة ١٦٣ مدني "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

والتعويض قد يكون هو الجزاء الأصلي للمخالفة كالتعويض الذي يلتزم به صاحب سيارة عن الإصابة التي تسبب فيها الغير، وقد يكون التعويض ليس أصلياً للمخالفة ولكن لتعذر تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً لما فيه من مساس بحرية المدين الشخصية، كتعهد رسام برسم لوحة أو فنان بإحياء حفلة، هنا نلزمه بالتعويض في حالة عدم تنفيذ التزامه لأن إجباره علي تنفيذ التزامه فيه مساس بحريته الشخصية.

والتعويض ثلاث أنواع: اتفاقي وقضائي وقانوني، الاتفاقي يكون نتيجة اتفاق الأطراف مقدماً علي مقداره وشروطه، أما التعويض القضائي يحكم به القاضي ويقدره بحسب ما لحق الشخص من خسارة وما فاتته من كسب، وأخيراً التعويض القانوني وهو عبارة عن الفوائد الربوية وهي ٤٪ في المسائل المدنية، و٥٪ في المسائل التجارية، ويجوز الاتفاق علي سعر آخر للفوائد لا يزيد علي ٧٪ وفقاً للمادتين ٢٢٦، ٢٢٧ من القانون المدني المصري.

٣- الجزاء الإداري:

هو الجزاء الذي يوقع علي العاملين بالجهاز الإداري بالدولة

وحدات 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 التأديبي:

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

## الفصل الثاني

### التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى

#### المبحث الأول

#### التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الدين

## الفصل الثاني

### التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى

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

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

✓ **المبحث الأول: التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الدين.**

- ✓ المبحث الثاني: التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق.
- ✓ المبحث الثالث: التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد المجاملات.
- ✓ وفيما يلي سنتناول بالشرح كل مبحث من المباحث آنفة الذكر.

## المبحث الأول

### التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الدين

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

### والقواعد الدينية تتفق مع القواعد القانونية في أنها:

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

والقواعد الدينية تنظم سلوك الإنسان في تعامله مع غيره من أفراد المجتمع، وأيضاً علاقة الإنسان بنفسه، كما أن هذه القواعد تنظم علاقة الإنسان بربه من حيث الإيمان به وعبادته، وفي هذا تختلف القواعد الدينية عن القواعد القانونية، وقبل أن نوضح هذا الاختلاف

يجب التنويه إلى أن قواعد الدين لها صلة وثيقة بالقانون خاصة وأنها تعتبر مصدراً احتياطياً وتاريخياً للقاعدة القانونية، وحتى في البلاد الإسلامية والتي تأخذ بالقوانين الوضعية نجد أنها تطبق أحكام الدين في مسائل الأحوال الشخصية الزواج والطلاق والنفقات.

ويمكننا التأكيد على أن الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ نص في مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع وبالتالي أية قوانين تصدر لابد وأن تكون متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وينبغي على السلطة التشريعية مراجعة كافة القوانين التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية لأنها في هذه الحالة ستكون قوانين غير دستورية.

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

### **من حيث المصدر:**

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

### من حيث المضمون:

القواعد الدينية أوسع نطاقاً من القواعد العبودية لأنها تنظم علاقة الفرد بنفسه وبغيره من الأفراد، وأيضاً علاقته بربه سبحانه وتعالى، كما أن القواعد الدينية تضع تنظيماتاً للدنيا والآخرة أيضاً، وبالإضافة إلى ذلك نجد أن القواعد الدينية تهتم بالبواعث والنوايا في حين أن القواعد القانونية لا تهتم إلا بالسلوك الخارجي للأفراد.

### من حيث الغاية:

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

### من حيث الجزاء:

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

## المبحث الثاني

### التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق

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

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

#### من حيث الغاية:

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

#### من حيث الجزاء:

كما سبق الحديث أن القاعدة القانونية تكون مقترنة بجزاء ومن

يخالفها يقع تحت طائلة القانون، وقد بينا آنفاً أن الجزاءات متعددة فمنها مدني أو جنائي أو إداري، أما فيما يتعلق بقواعد الأخلاق فهي لا تقترن بجزاء مادي ملموس كالحبس أو الغرامة عند مخالفتها إنما تكون مقترنة بتأنيب الضمير أو استنكار الناس لمن يخالفها، فلا توجد سلطة عليا تجبر الأفراد علي احترام القواعد الخلقية بعكس الحال عند انتهاك القواعد القانونية حيث توجد سلطة عليا تعاقب من يخالف القاعدة القانونية.

### من حيث الوضوح والتحديد:

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

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

### من حيث المجال:

قواعد الأخلاق أوسع نطاقاً ومجالاً من القواعد القانون أنهما لا تهتم فقط بالسلوك الخارجي للأفراد إنما تهتم بالبواعث الداخلية، فقواعد الأخلاق لا تكتفي بالحكم على التصرفات الظاهرة فقط إنما تهتم بالمقاصد خاصة وأنها تبتغي تحقيق الكمال.

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

### الصلة بين القانون والأخلاق:

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

ورغم هذه الصلة بين القواعد القانونية وقواعد الأخلاق إلا أنه توجد اختلافات بينهم، فنجد أن هناك العديد من المبادئ الأخلاقية كالدعوة إلى الخير ونبذ الحقد والكراهية تكون بعيدة عن التنظيم القانوني، وبالإضافة إلى ذلك تجد بعض القواعد القانونية التي تتعارض مع المثل العليا والمبادئ الأخلاقية وعلى سبيل المثال القاعدة القانونية التي تحمي الحائز سيئ النية إذا وضع يده على

أرض ما مدة طويلة تكون متناقضة مع مبادئ الأخلاق والمثل العليا.

### المبحث الثالث

#### التمييز بين القاعدة القانونية وقواعد المجاملات

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

وقواعد المجاملات تتفق مع القواعد القانونية في أنها تنظم سلوك الأفراد، وأنها عامة مجردة، ولكنها غير مقترنة بجزاء فمن يخالفها لا يجد سوى جزاء معنوي يوقع على المخالف كاستنكار الناس له. ويجب التنويه إلى أن قواعد المجاملات قد تتحول إلى قواعد قانونية عند تزايد قيمتها الاجتماعية، فالقواعد الخاصة بمعاملة السلك الدبلوماسي هي في الأصل قواعد مجاملات، لكن نظراً لتزايد أهميتها أصبحت قواعد قانونية معترف بها في القانون الدولي العام.

## الباب الثاني

### أقسام القانون وفروعه

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

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

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

## ✓ الفصل الثاني: القواعد القانونية الآمرة، والقواعد القانونية المكملة.

### الفصل الأول

#### تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص

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

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

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

✓ المبحث الأول: التعريف بالقانون العام والقانون الخاص والتفرقة بينهما.

✓ المبحث الثاني: فروع القانون العام والقانون الخاص.

## المبحث الأول

### التعريف بالقانون العام والقانون الخاص والتفرقة بينهما

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

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

### معايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص:

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

### معايير القهر والسيطرة:

أنصار هذا المعيار يرون أن القانون العام مرادف للخضوع والقهر، وقدرة السلطة العامة على تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية، فالقانون العام قانون سيطرة ويضع تنظيمًا أمرًا لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما

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

### معيار المصلحة المبتغاة:

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

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

### معيار أطراف العلاقة:

مضمون هذا المعيار يتمثل في اعتبار قواعد القانون من القانون المهم انها كانت تتم العقوبات التي تكون الدورة أو أحد فروعها طرفاً فيها، أما إذا كانت تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها، أما إذا كانت العلاقات بين الأفراد بعضهم البعض تكون القواعد المطبقة من قواعد القانون الخاص.

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

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

### **معيار صفة أطراف العلاقة:**

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

خاص غير صاحب سلطة؟

فللدولة حينما تدخل في العلاقات القانونية صفتين طبقاً لهذا المعيار، إما أنها تدخل العلاقة باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان، وإما أنها تدخل العلاقة بوصفها شخصاً عادياً لا سيادة له ولا سلطان، وخير مثال على ذلك أنه إذا قامت الدولة بنزع ملكية أرض للمنفعة العامة أو قامت بفرض ضريبة ستخضع العلاقة هنا والتي تكون الدولة طرفاً فيها لقواعد القانون العام لأن الدولة في هذه العلاقة صاحبة سيادة وسلطان، أما إذا أجرت الدولة قطعة أرض تملكها أو قامت باستئجار منزل لاستخدامه كمدرسة، هنا ستدخل العلاقة في نطاق قواعد القانون الخاص لأن الدولة دخلت العلاقة بوصفها شخصاً معنوياً خاصاً.

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

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

### أهمية التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص:

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

**فيما يخص المنازعات:** مما لا ريب فيه أن المنازعات التي تقوم بين الفرد بعضهم البعض لا يختص بها سوى القضاء العادي، أما المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها شخص معنوي عام ذات سيادة، يكون الاختصاص القضائي لمحاكم القضاء الإداري "محاكم مجلس الدولة".

**فيما يخص إنشاء العلاقة القانونية أو تنظيمها،** في الحقيقة قواعد القانون العام تخول الدولة بوصفها شخص معنوي عام سلطات واسعة عند الدخول في علاقات تعاقدية، ففي العقود الإدارية نجد الدولة تستطيع تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة مع تعويض الطرف الآخر، فالدولة لا تقف موقف المساواة مع الأفراد العاديين، فهؤلاء الأفراد تحكمهم قواعد القانون الخاص لا قواعد القانون العام. ومن السلطات المخولة للدولة أيضاً باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام نزع ملكية الأفراد للمصلحة العامة، وما يختلف عن قواعد القانون الخاص التي لا يتيح للأفراد الاستيلاء ممتلكات

الآخرين بدون اتفاق معهم.

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

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

**فيما يخص طبيعة قواعد القانون العام والقانون الخاص**: معظم قواعد القانون العام تعتبر قواعد أمره لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، أما قواعد القانون الخاص تشتمل على النوعيين القواعد الأمرة التي لا يجوز مخالفتها، والقواعد المكملة التي يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وهكذا التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص لها أهميتها في العديد من المجالات وبالإضافة إلى

ذلك نجد أن مسؤولية الدولة عند انتهاكها لأحد قواعد القانون العام تختلف عن مسؤولية الأفراد عند مخالفة قواعد القانون الخاص، فمسئولية الدولة أو أحد أشخاصها تخضع لاعتبارات وأسس مغايرة عن تلك التي يخضع لها الأفراد العاديين.

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

## المبحث الثاني

### فروع القانون العام والقانون الخاص

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

للإجابة على هذا التساؤل نقسم الدراسة هنا إلى مطلبين:

- ✓ المطلب الأول: فروع القانون العام.
- ✓ المطلب الثاني: فروع القانون الخاص.

### المطلب الأول

#### فروع القانون العام

المقصود بفروع القانون العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها باعتبارهم ذات سيادة أو سلطان، والقانون العام يتفرع إلى

قانون عام خارجي وهو القانون الدولي العام، وإلى قانون عام داخلي ويشمل القانون الجنائي، القانون الدستوري، القانون الإداري، والقانون المالي.

وسنعرض فيما يلي المقصود بالقانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)، ثم القانون العام الداخلي.

### الفرع الأول

#### القانون العام الخارجي هو القانون الدولي العام

يقصد بقواعد القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول بعضها البعض، أو بين المنظمات الدولية، أو بين الدول وهذه المنظمات الدولية، طبقاً لهذا التعريف نجد أن القانون الدولي العام يعالج موضوعات مختلفة، وهو لا يقتصر على زمن السلم فقط، بل أيضاً وقت الحرب، ولكن قد شكك البعض في توافر الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام، لذلك يجب علينا معالجة المسائل الآتية:

أولاً: موضوعات القانون الدولي العام.

ثانياً: مصادر القانون الدولي العام.

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

#### أولاً: موضوعات القانون الدولي العام

تتباين موضوعات القانون الدولي العام في وقت السلم عنها في وقت الحرب، بالإضافة إلى أن نطاق قواعد القانون الدولي العام قد

اتسع ليشمل تحديد مراكز المنظمات الدولية وعلاقاتها الدولية.

### **في زمن السلم:**

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

### **في زمن الحرب:**

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

### **مراكز المنظمات الدولية وعلاقاتها:**

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

### ثانياً: مصادر القانون الدولي العام

قواعد القانون الدولي العام مستقاة ومستمدة من ثلاث مصادر رئيسية: العرف الدولي، المعاهدات الدولية، والمبادئ العامة للقانون. **العرف الدولي:** يكتسب العرف الدولي أهمية قصوى كمصدر من مصادر القانون الدولي العام، لأن القانون الدولي العام يفترق إلى وجود سلطة عليا تملك إصدار أوامر أو تشريعات تلتزم بها الدول، والعرف الدولي يكون كالعرف الداخلي، فهو عبارة عن اعتياد الدول في علاقاتها على سلوك معين لمدة طويلة مع الاعتقاد بالإنزامية هذا السلوك وسريانه واجباً لدول المجتمع الدولي، فمع مرور مدة طويلة من الزمن، واعتقاد الدول بوجوبية القاعدة العرفية، تصبح الأخيرة جزءاً من قواعد القانون الدولي العام.

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

العرف الذي يخص الدول جميعها.

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

**المبادئ العامة للقانون:** عند عدم وجود قاعدة عرفية دولية أصبحت جزء من قواعد القانون الدولي العام، أو عند غياب معاهدة

عامة للفصل في مسألة معينة، يكون الاحتكام إلى المصدر الثالث من مصادر القانون الدولي العام، وهو المبادئ العامة للقانون. ويقصد بالمبادئ العامة للقانون مجموعة المبادئ الأساسية التي تقررها النظم القانونية المختلفة، فمبدأ المسؤولية عن الفعل الضار، وقاعدة احترام الأطراف لما يبرمونه من عقود، كلها مبادئ عامة تحترمها كل القوانين الوضعية في الأمم المتعددة، ويجب على المجتمع الدولي احترام هذه المبادئ الأساسية المقررة في القوانين الداخلية للأمم المختلفة.

**ثالثاً: مدى توافر الصفة القانونية في قواعد القانون الدولي العام**  
لقد أنكر البعض توافر الصفة القانونية في قواعد القانون الدولي العام، وأيد البعض الآخر توافر هذه الصفة في قواعد القانون الدولي العام، وسنعرض فيما يلي للحجج والأسانيد التي قال بها كل اتجاه.  
**الاتجاه الأول:** انكار الصفة القانونية في قواعد القانون الدولي العام  
لقد ذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن قواعد القانون الدولي العام ليس لها صفة القواعد القانونية وذلك لأسباب التالية:

- ١- عدم وجود هيئة تشريعية عليا تكون مختصة بإصدار قواعد القانون الدولي العام، وتسهر على احترام هذه القواعد من قبل المخاطبين بها.
- ٢- عدم وجود سلطة عليا تراقب مدى تطبيق قواعد القانون الدولي العام، وتوقيع الجزاء على من يخالف أو ينتهك هذه

القواعد، لذلك كل من يخالف أحكام القانون الدولي العام لا يخشى الوقوع تحت طائلة العقاب لعدم وجود من يوقع الجزاء.

**الاتجاه الثاني:** توافر بصفة قانونية في قواعد القانون الدولي العام غالبية الفقه تتجه إلى عكس ونقيض الاتجاه الأول وتؤكد توافر الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام، وقد فند أنصار هذا الاتجاه حجج الاتجاه الأول، وقاموا بدحضها وهدمها كالاتي:

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

٢- فيما يخص عدم وجود سلطة عليا مهمتها توقيع الجزاء على من ينتهك قواعد القانون الدولي العام، نجد أيضاً أن هذه

الحجة ضعيفة، ولا تعد دليلاً على إنكار الصفة القانونية لقواعد القانون الدوم العام، فالمجتمع الدولي نفسه هو الذي يوقع الجزاء، وذلك عن طريق تفويض الدولة التي رفع عليها الاعتداء في توقيع الجزاء باسم المجتمع الدولي، ومن صور الجزاء هنا يمكن أن نذكر المقاطعة الاقتصادية والسياسية والمعاملة بالمثل، وقد يصل الأمر إلى حد التدخل العسكري. وقد ذهب البعض إلى القول بأنه "وإذا كان الجزاء يترك للأفراد اعطى هذا النحو، يوقعونه بأنفسهم، فإن هذا هو ما يتفق والمرحلة التي يمر بها القانون الدولي العام، لأنه قانون حديث النشأة ولا يزال في مراحل تطوره الأولى"، ولكن قد ذهب رأي آخر إلى أن التفويض في توقيع الجزاء يعتبر أمراً غير مرغوب فيه ويضعف من قواعد القانون الدولي العام ويجعلها من قبيل القواعد القانونية الناقصة، فالتفويض في توقيع الجزاء إذا تصورناه في المجتمع الداخلي وتركنا توقيع الجزاء في يد الأفراد لأدى ذلك إلى عدم الاستقرار وذيوع الفوضى والاضطراب.

ورغم أن القانون الدولي العام لم يبلغ بعد نهاية التطور، إلا أن ووجد محكمة العدل الدولية، وما تتمتع به الجمعية العامة من قيمة أدبية عظيمة، وما تتصف به قرارات مجلس الأمن من قوة وصرامة إلى حد إعلان الحرب المشروعة على الدولة المعتدية، يجعلنا نؤكد اعتبار القانون الدولي العام قانوناً بالمعنى الصحيح، ولذلك نرى

جانبنا عدم الاتفاق مع الرأي القائل بأن قواعد القانون الدولي العام لا تتوافر الصفة القانونية لأن قواعده غير مكفول احترامها بقوة الإلزام الجماعي ولا توجد في المجتمع الدولي هيئة تترك الدول منها منزلة الأفراد من الحكومات، حتى بعد وجود الأمم المتحدة، نجد أن قراراتها قد تكون معطلة لأنها خاضعة لبعض الدول بما لها من قوة وهيمنة في المجتمع الدولي، وعدم اتفاقنا مع هذا الرأي آنف الذكر يرجع إلى أن عدم احترام قواعد القانون الدولي العام لا يرجع إلى توافر أو عدم توافر الصفة القانونية في قواعده، ولكن يرجع إلى مدي خضوعنا إلى القواعد، وعلى سبيل المثال عدم احترام قاعدة قانونية داخلية لا ينفي عنها الصفة القانونية ولكن المخالف يوقع عليه الجزاء، وهكذا الحال بالنسبة لقواعد القانون الدولي العام، فعدم احترام بعض قواعده لا يعني فقدان الصفة القانونية، ولكن فقدان المصادقية، فقواعد القانون الدولي العام التي طبقت على العراق عند غزو الكويت هي نفس القواعد التي تطبق على العدو الإسرائيلي نتيجة على احترامه للشرعية الدولية وانتهاك لحقوق الشعب الفلسطيني، فليس العيب في قواعد القانون الدولي العام، ولكن العيب في عدم احترامها والخضوع لها، ونخلص مما سبق إلى أن القانون الدولي العام يعتبر وبحق قانوناً بالمعنى الصحيح.

## الفرع الثاني

### القانون العام الداخلي

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

#### أولاً: القانون الدستوري

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

#### ١ - التعريف بالقانون الدستوري:

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

والقانون الدستوري يعتبر القانون الأساسي في الدولة أو دستور الدولة، وطرق إصدار الدساتير عديدة، فقد يصدر الدستور عن طريق منحه من الحاكم، كما قد يصدر نتيجة

اتفاق بين الحاكم والمحكومين، وقد يصدر من قبل جمعية وطنية تأسيسية، وفي هذه الطريقة الأخيرة قد يصدر الدستور من قبل الجمعية الوطنية التأسيسية، وأما الجمع بين ذلك وبين عرض الدستور على الشعب "الاستفتاء الشعبي"، وهذه الطريقة الأخيرة هي التي تم بها إصدار دستور مصر في عام ١٩٧١ و ٢٠١٤م.

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

وجدير بالذكر أن القانون الدستوري باعتباره القانون الأساسي في الدولة، يجب أن يصدر أي قانون متفقاً مع أحكامه، فلا يجوز اصدار قوانين مخالفة لأحكام الدستور، وإلا تم نعتها بعدم الدستورية، أو هذا القانون غير دستوري، أي أنه مخالف لقواعد الدستور والتي تعد أسس القواعد القانونية في الدولة.

## ٢- موضوعات القانون الدستوري:

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

كالآتي:

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

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

ج) بيان الحقوق والحريات العامة: يوضح القانون الدستوري الحقوق والحريات العامة في الدولة، كحق المساواة أمام القانون، وحرية الاعتقاد، حرية الرأي، وحرية البحث العلمي، كما يحدد الدستور الواجبات العامة المفروضة على المواطنين كأداء الخدمة العسكرية وأداء الضرائب، ومن أمثلة حرص الدستور على صيانة الحرية الشخصية

نجد أن المادة ٥٤ من دستور ٢٠١٤ تؤكد على أن الحرية الشخصية حق طبيعي لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد أو تقيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر يستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، والمادة ٦٤ من الدستور تؤكد أن الدولة تكفل حرية العقيدة، وحرية الرأي مكفولة طبقاً للمادة ٦٥ من الدستور، وفيما يتعلق بالواجبات نجد أن المادة ٨٦ من الدستور تؤكد أن الدفاع عن الوطن واجب مقدس وأن التجنيد إجباري.

### ٣- مدى توافر الصفة القانونية في قواعد القانون

#### الدستوري:

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

ولكن قد اعترض البعض على ذلك حيث أن قواعد القانون

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

ويجوز للشعب باعتباره مصدر السلطات أن يتدخل لفرض احترام الدستور سواء بالطرق السلمية أو الثورية.

وفضلاً عما سلف بيانه، يجب التنويه إلى أن النظر إلى الدولة باعتبارها جهاز جبر وقوة يشوه وظيفتها المتمثلة في خدمة القانون وإعمال حكمه، فاحترام القانون يعتبر أول واجبات الدولة، فليس القانون هو قانون الدولة تتحلل من احترامه بحسب رغبتها، بل الدولة هي دولة القانون التي ينبغي عليها احترامه والتقيّد بأحكامه،

وعند خرق السلطات العامة للقانون يجوز للأفراد مقاضاتها،  
ومطالبة إهدار تصرفاتها غير المشروعة.

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

### ثانياً: القانون الجنائي

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

#### ١ - قانون العقوبات:

هو عبارة عن مجموعة القواعد الموضوعية التي تحدد الأفعال  
التي تعد جرائم، والعقوبات المقررة على هذه الجرائم.  
وإذا كان قانون العقوبات أحد فروع القانون العام الداخلي، إلا  
أن بعض الفقهاء اعتبره قانوناً مختلطاً يدخل في نطاق  
القانونين العام والخاص على السواء، فهو يقوم على فكرة  
الدفاع عن المجتمع لكنه في نفس الوقت يعاقب على جرائم  
تقع على الأفراد وتضر بمصالحهم الخاصة.

والواقع أن قانون العقوبات إنما يمس في الصميم حق السيادة

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

ومع ذلك فإن الفقه السائد في فرنسا هو اعتبار قانون العقوبات أحد فروع القانون الخاص على أساس أن الجرائم ترتكب ضد مصالح وحقوق الأفراد، كما أن للأفراد في بعض الأحوال تحريك الدعوى العمومية أو عدم تحريكها كما هو الأمر في جرائم الزنا والسب والقذف، ولكن هذا الاتجاه يغفل الوضع في القوانين الحديثة، وأن الجريمة موجهة ضد أمن المجتمع واستقراره، وأن العقاب حق مقرر للمجتمع، وبالتالي يعتبر قانون العقوبات وبحق أحد فروع القانون العام، وإذا كانت هناك بعض الجرائم التي لا يجوز تحريك الدعوى العمومية فيها إلا بعد إذن الأفراد، فإن هذه الحالات نادرة واستثنائية لا يقاس عليها، فأغلبية الجرائم لا يتم تحريك الدعوى العمومية بشأنها إلا من قبل النيابة العامة ولا شأن للأفراد بذلك.

وقانون العقوبات بوصفه أحد فروع القانون العام ينقسم إلى

قسمين: القسم العام والقسم الخاص، والمقصود بالقسم العام في قانون العقوبات هو مجموعة القواعد العامة التي تتناول المسؤولية الجنائية وتقسيم الجرائم بوجه عام، والعقوبات المقررة لهذه الجرائم وحسب وصفها، فعقوبة الجناية تختلف عن عقوبة الجنحة أو المخالفة، والقسم العام يهتم أيضاً بتحديد الظروف المخففة والمشددة للمسؤولية الجنائية وموانع المسؤولية.

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

## ٢ - قانون الإجراءات الجنائية:

هو مجموعة القواعد القانونية التي يجب اتباعها لضبط الجاني، وتفتيشه، وكيفية التحقيق معه، والسلطات المختصة بضبط الجريمة والتحقيق فيها وأحوال الحبس الاحتياطي، كما

أن هذا القانون يهتم ببيان كيفية المحاكمة الجنائية، وتحديد المحاكم الجنائية، وكيفية الطعن في الأحكام، وكيفية تنفيذها.

### ثالثاً: القانون الإداري

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وعلاقتها بالأفراد وكيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها الإدارية. فالسلطة التنفيذية تمارس نوعين من الأنشطة: نشاط سياسي، ونشاط إداري، والمقصود بالنشاط السياسي هو أعمال السيادة كإعلان الحرب والدخول في معاهدات وحل البرلمان وتشكيله، والقانون الدستوري هو الذي يختص بتنظيم ممارسة السلطة التنفيذية لأعمال السيادة، أما فيما يخص النشاط الإداري، يقصد به نشاط السلطة التنفيذية في حفظ الأمن والنظام، وإدارة المرافق العامة بانتظام واضطراد كمرفق الكهرباء والمياه والمواصلات والصحة والتعليم، فهذه الأنشطة الإدارية ينظمها القانون الإداري أي أن هذا الأخير لا ينظم من أعمال السلطة التنفيذية إلا ما يتعلق بوظيفتها أو أعمالها الإدارية، والقانون الإداري طبقاً لما سبق ذكره يكون وثيق الصلة بالقانون الدستوري حيث أن هذا الأخير يوضح كيفية إنشاء تشكيل السلطة التنفيذية وممارستها لأعمال السيادة، والقانون الإداري يهتم أيضاً بالسلطة التنفيذية لكن بنشاطها الإداري فقط.

الموضوعات التي يهتم بها القانون الإداري:

تهتم قواعد القانون الإداري بالموضوعات الآتية:

- ١- أنواع الخدمات التي تؤديها السلطة التنفيذية والمرافق التي تقوم بأداء هذه الخدمات، كمرفق التعليم، والكهرباء والمياه والصحة والشرطة.
- ٢- التنظيم الداخلي للسلطة التنفيذية، وعلاقة الحكومة المركزية بالإدارات الإقليمية، وجدير بالذكر أنه توجد طريقتان لتنظيم العلاقة بين الحكومة المركزية والهيئات الإقليمية: طريقة المركزية وطريقة اللامركزية، والمقصود بالمركزية هو ضرورة رجوع الإدارات والهيئات الإقليمية إلى الحكومة المركزية في معظم المسائل التي تتولاها، أما المقصود باللامركزية هو إعطاء قدر من الحرية والاستقلال للإدارات الإقليمية في مباشرة مصالحها وعدم الرجوع على الحكومة المركزية إلا في مسائل محددة.
- ٣- بيان علاقة الدولة بموظفيها، وذلك بتحديد كيفية تعيينهم، وترقيتهم، والإجراءات المتبعة لتأديبهم.
- ٤- تحديد الجهة المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد، وتعتبر جهة القضاء الإداري الممثلة في مجلس الدولة هي المختصة بذلك.
- ٥- بيان الأموال العامة المملوكة للدولة والمخصصة للمنفعة العامة، وتوضيح كيفية إدارتها، وأوجه الحماية المقررة لها.

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

### رابعاً: القانون المالي

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

أيضا بيان القواعد المتبعة في تنظر المالية العامة يهتم بدراسة النفقات العامة القروض العامة والميزانية.

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

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

## المطلب الثاني

### فروع القانون الخاص

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

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

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

ويمكننا أن نقسم فروع القانون الخاص إلى الفروع الأتية:

- ١- القانون المدني.
- ٢- القانون التجاري.
- ٣- القانون البحري.
- ٤- القانون الجوي.
- ٥- القانون الزراعي.
- ٦- قانون العمل.

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

وفيما يلي سنعرض لكل فرع من فروع القانون الخاص آنفة الذكر  
(١) القانون المدني:

لقد كان القانون المدني كما سبق الحديث يمثل القانون الأوحد، وكان يطبق على معظم الروابط والعلاقات بين الأفراد، ولكن ظهرت فروع لأخرى للقانون الخاص، ورغم ذلك ظل القانون المدني الشريعة العامة لكل فروع القانون الخاص. والقانون المدني ينظم العلاقات بين الأفراد عدا ما يتناوله بالتنظيم أحد الفروع الأخرى للقانون الخاص، والقانون المدني ينظم نوعين من الروابط أو العلاقات: روابط الأحوال الشخصية، وروابط الأحوال العينية.

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

وجدير بالذكر أن القانون المدني في معظم دول العالم يهتم بتنظيم النوعين معاً من الروابط سواء الروابط الشخصية أو

الروابط العينية، لكن الأمر يختلف بالنسبة للقانون المدني المصري، فهو يقتصر على تنظيم الأحوال العينية فقط، أما فيما يخص الأحوال الشخصية، فقد تم تركها لقواعد الدين لتتنظمها حسب الديانة التي يدين بها الأفراد في المجتمع، فالشريعة الإسلامية تنظم الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين، أما الشريعة الطائفية سواء اليهودية أو المسيحية تنظم مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين.

والقانون المدني المصري صدر في ١٩٤٨م لكن لم يكن سارياً إلا من ١٥ أكتوبر ١٩٩٩م، ويتناول هذا القانون العديد من الموضوعات، منها مصادر القانون المدني، وتطبيقه من حيث الزمان والمكان وبيان الأشخاص والأموال ويهتم القانون المدني أيضاً بدراسة الحقوق الشخصية أو الالتزامات في قسم معين، أما الحقوق العينية سواء كانت حقوق عينية أصلية كحق الملكية أم حقوق عينية تبعية كالرهن الرسمي، تم دراسة هذه الحقوق في قسم آخر.

## ٢- القانون التجاري:

لقد كان القانون المدني هو المطبق أو الذي ينظم العلاقات ذات الطابع التجاري، ولكن مع التطور الإنساني وضرورة وجود قوانين خاصة لتنظيم العلاقات التجارية ظهر القانون

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

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

- في حوالة الحق بالنسبة للقانون المدني لا يجوز أن تتم هذه الحوالة إلا بشروط معقدة، ولا تكون نافذة قبل المدين إلا إذا قبلها أو تم إعلانه بها، أما في القانون التجاري يكفي التظهير لنقل الحق في الأوراق التجارية.
- فيما يتعلق بالتضامن بين المدينين، نجد أن القاعدة في

القانون المدني هي أن التضامن لا يفترض، فالتضامن بين المدنيين لا يكون إلا بناءً على نص في القانون أو بناءً على اتفاق، أما في حالة القانون التجاري نجد أن الأمر يختلف حيث يجوز التضامن بين المدنيين، فالتضامن بينهم مفترض، ويجوز للدائن أن يرجع على أحدهم لاستيفاء دينه كاملاً، وهذا بالطبع يقوي ويدعم ائتمان الدائن لأنه واثق من إمكانية الحصول على حقه من أي من المدنيين.

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

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

لا يجوز للقاضي منح المدين هذه الميزة، وذلك لأن المعاملات التجارية تقتضى ضرورة الوفاء بالدين في الميعاد حتى يستطيع الدائن أن يسير في أعماله، خاصة وأنه قد رتب مشروعاته على هذا الميعاد.

### ٣- القانون البحري:

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

ويهتم القانون البحري أيضاً بتحديد مسئولية مالك السفينة والربان وطاقم السفينة والعلاقات الناشئة بينهم جميعاً، ومن الموضوعات الهامة أيضاً في القانون البحري، عقود النقل البحري والرهن البحري والتأمين البحري.

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

### ٤- القانون الجوي:

إذا كانت السفينة هي محل القانون البحري، تكون الطائرة هي

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

#### ٥- القانون الزراعي:

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

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

ويجب التنويه إلى أن القانون الزراعي حديث النشأة، فهو لم يظهر إلا بعد صدور قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢، أي يمكننا القول أن هذا القانون نشأ بعد ثورة

٢٣ يوليو ١٩٥٢، فهذه الثورة هي السبب الرئيسي لنشوء مثل هذا القانون، وقد صدر حديثاً القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٢م لإعادة تنظيم العلاقة بين ملاك ومستأجري الأراضي الزراعية من خلال العودة إلى أحكام القانون المدني دون قانون الإصلاح الزراعي.

## ٦- قانون العمل:

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

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

ويمكننا القول بأن السبب الرئيسي لإصدار قانون العمل هو تزايد الفكر الاشتراكي، ففي ظل المذهب الفردي كانت الغلبة دائماً لأصحاب الأعمال باعتبارهم الطرف القوي يتحكمون في العمال كما يريدون، فالمبدأ السائد هو مبدأ سلطان الإرادة، ونظراً لتحكم الأقوياء في الضعفاء واستغلال أرباب الأعمال للعمال بدأ يظهر المذهب الاشتراكي والذي يدعو إلى المساواة والتضامن الاجتماعي، وضرورة حماية الطبقات

الضعيفة من تعسف وبطش الطبقات القوية، فقد كان الفكر الاشتراكي مقيداً بسلطان الإرادة والذي كان سلاحاً يشهرونه أرباب الأعمال في وجه العمال اعتماداً على قوتهم الاقتصادية.

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

وقد كان قانون العمل يتضمن أيضاً القواعد الخاصة بالتأمينات الاجتماعية كحماية العامل من إصابات العمل والمرض والشيخوخة، ولكن استقل حالياً قانون التأمينات الاجتماعية عن قانون العمل، وبعض كليات الحقوق تجعل لقسم التشريعات الاجتماعية قسماً مستقلاً عن قسم القانون المدني.

## ٧- قانون المرافعات المدنية والتجارية:

قانون المرافعات المدنية والتجارية يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلطة القضائية، والاجراءات المتبعة

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

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

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

وقد شكك البعض في انتماء قانون المرافعات المدنية  
والتجارية للقواعد القانون الخاص، وأكد هذا الاتجاه على  
ضرورة اعتبار قانون المرافعات من أحد فروع القانون العام  
على أساس أنه يتولى تنظيم أحد سلطات الدولة، وهي  
السلطة القضائية، ولكن البعض الآخر أيد انتماء قواعد قانون  
المرافعات إلى فروع القانون الخاص، وذلك على أساس أنه

يتعلق بحقوق وواجبات أطراف النزاع.

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

#### ٨- القانون الدولي الخاص:

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

وعلى سبيل المثال، إذا باع مصرياً عقاراً مملوكاً له إلى فرنسياً، فهل القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة هو القانون المصري؟ أم القانون الفرنسي؟ وما هي المحكمة

المختصة بنظر النزاع عند حدوثه؟ هل هي المحكمة المصرية أم أن الاختصاص سيكون منعقداً للقضاء الفرنسي؟ أما إذا باع هذا المصري عقاره الموجود في مصر إلى مصرياً آخر، فهنا العلاقة تكون وطنية في كافة جوانبها، وفي هذه الحالة لا يجوز الاعتداد بقواعد القانون الدولي الخاص. ومن التعريف السابق للقانون الدولي الخاص يتضح لنا أنه يهتم بالموضوعات التالية:

- بيان وتعيين المحكمة المختصة، وتعيين المحكمة المختصة يكون عن طريق قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي، وهذه القواعد تحدد فقط ما إذا كانت المحاكم الوطنية مختصة أم لا، فهي لا تتولى تعيين المحكمة الأجنبية المختصة إذا كانت المحاكم الوطنية غير مختصة.

- بيان القانون واجب التطبيق، ويتولى تحديد هذا القانون قواعد تنازع القوانين، وتسمى بقواعد الاسناد، أي اسناد النزاع إلى قانون معين باعتباره القانون الواجب التطبيق.

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

وجدير بالذكر أن القانون الدولي الخاص يعد قانوناً مختلطاً،

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

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

## الفصل الثاني

### القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة

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

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

- ✓ المبحث الأول: مفهوم القواعد الآمرة والقواعد المكملة.
- ✓ المبحث الثاني: معايير التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

## المبحث الأول

### مفهوم القواعد الآمرة والقواعد المكملة

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

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

لدراسة كل هذه الموضوعات نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

**المطلب الأول: التعريف بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة.**  
**المطلب الثاني: مدى توافر صفة الإلزام في القواعد المكملة.**

### المطلب الأول

#### التعريف بالقواعد الآمرة والقواعد المكملة

القواعد الآمرة هي تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، ويتعين عليهم الانصياع لها وعدم الخروج عليها، ويعتبر باطلاً الاتفاق على مخالفة أحكام هذه القواعد، حيث إن سلطان الإرادة ينعدم تجاه هذه القواعد الآمرة، والحكمة من بطلان الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد هي تعلق واتصال هذه القواعد بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية، فالقاعدة الآمرة تمثل إرادة المجتمع العليا التي رأت تنظيم موضوع معين تنظيمًا حاسماً لا مجال فيه لحرية الأفراد ولا يجوز لهم مخالفة ذلك حفاظاً على مصلحة المجتمع.

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

أما في مجال القانون الخاص هناك من القواعد ما يكون أمراً، ومنها ما يكون مكملاً أي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، فالقواعد المتعلقة بتنظيم الأسرة من زواج وطلاق، حقوق للأولاد كلها آمرة، والقواعد التي تحدد أن سن الرشد القانوني هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة تكون أيضاً آمرة، والقاعدة التي بين أنه لا يجوز لأحد النزول عن أهليته أو التعديل في أحكامها تكون أيضاً آمرة، وكذلك القاعدة التي تضع حداً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية بحيث لا يزيد على ٧٪ تكون قاعدة آمرة.

أما المقصود بالقواعد المكملة هي القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، فالقانون عندما ينظم علاقات الأفراد يترك لهم الحرية في تنظيم علاقاتهم على الوجه الذي يرونه محققاً

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

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

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

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

## المطلب الثاني

### مدى توافر صفة الإلزام في القواعد المكتملة

لقد عرفنا أن من خصائص القاعدة القانونية أنها قاعدة ملزمة بمعنى أنه يجب على الأفراد الخضوع لأحكام القاعدة القانونية، والقواعد المكتملة يقصد بها القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، ومن هنا يتجلى لنا التعارض بين صفة الإلزام في القاعدة القانونية وبين قدرة الأفراد على مخالفة أحكام القواعد المكتملة، فهل نستطيع وصف هذه القواعد بأنها غير قانونية لانتفاء صفة الإلزام؟! في الواقع هناك إجماعاً فقهياً على أن القواعد المكتملة تعتبر قواعد ملزمة، ولكن اختلف الفقهاء في التوفيق بين توافر صفة الإلزام في القاعدة المكتملة وبين السماح لهم بالخروج على أحكامها:

- فمن الفقهاء من رأى أن إلزام القواعد المكتملة يستند إلى الإرادة الضمنية للأفراد، فالمرجع قد افترض انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بحكمها، فإذا كانت إرادة الأفراد الصريحة لا تريد الأخذ بحكمها، أخذنا بهذه الإرادة الصريحة، ولكن قد تعرض هذا الرأي لسهام النقد على أساس أن الأفراد يخضعون لحكم القاعدة المكتملة حتى ولو يجهلون حكمها.
- ورأى آخر قد اتجه إلى أن القاعدة المكتملة تمر بمرحلتين فهي غير ملزمة واختيارية ابتداءً، وملزمة وإجبارية انتهاءً، فهي غير ملزمة قبل إبرام الاتفاق ولكن بعد الاتفاق تكون

ملزمة، ولا يجوز للأفراد الخروج على أحكامها، ولكن هذا الرأي غير سديد لأنه يغير من الحكم على القاعدة القانونية، فهي غير ملزمة قبل الاتفاق، وملزمة بعده، فكيف يستقيم ذلك؟

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

## المبحث الثاني

### معايير التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

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

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

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

**أولاً: المعيار الشكلي.**

**ثانياً: المعيار الموضوعي.**

وفيما يلي سنعرض كل معيار على حده:

**أولاً: المعيار الشكلي**

يقوم هذا المعيار على الأخذ بألفاظ النص ودلالة عباراته، فإذا كان مفهوماً من ألفاظ النص النهي وعدم المخالفة، كانت القاعدة أمرة،

أما إذا كان مفهوماً من عبارات النص السماح بالمخالفة، كانت القاعدة مكتملة.

### بعض أمثلة للقواعد الآمرة طبقاً لهذا المعيار:

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

- المادة ١٠٣١ مدني "لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية".

### بعض أمثلة للقواعد المكملة طبقاً لهذا المعيار:

- المادة ١٠٣/١ مدني "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك".

- المادة ٣٤٦ مدني "يجب أن يتم الرفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

- المادة ١/٤٥٦ مدني "يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم في المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

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

- المادة ٤٦٢ مدني "نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

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

بغير ذلك، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

### ثانياً: المعيار الموضوعي

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

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

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

والمعيار الموضوعي يقوم على النظر إلى مضمون النص وفحواه، فإذا كانت القاعدة القانونية تهدف إلى المحافظة على المصالح الحيوية والأساسية للمجتمع كانت قاعدة آمرة، إما إذا كانت تهدف

إلى الحفاظ على مصالح الأفراد الخاصة كانت قاعدة مكملة، والمقصود بالمصالح الأساسية والحيوية للمجتمع هو النظام العام والآداب العامة، فالنظام العام عبارة عن مجموعة المبادئ والمصالح الرئيسية والجوهرية التي يقوم عليها المجتمع سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وخلقياً، ولا يتصور وجود المجتمع بدون هذه المبادئ والمصالح.

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

### ماهية فكرة النظام العام:

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

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

وتتيح التعامل الربوي.

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

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

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

كما أن قواعد القانون الدستوري تتعلق بالنظام العام حيث إنها تهتم بتحديد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وبيان اختصاصات السلطات

الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وأيضاً قواعد القانون الإداري تتعلق بالنظام العام حيث أنها تنظم نشاط السلطة التنفيذية ومدى علاقتها بالأفراد، والقانون المالي أيضاً يرتبط بالنظام العام حيث أن قواعده تتصل بالكيان الاقتصادي للدولة.

أما في مجال القانون الخاص، نجد أن هناك من القواعد يتعلق بالنظام العام، ومنها ما لا يتعلق بالنظام العام، فالقواعد الشكائية كقواعد قانون المرافعات أو قواعد القانون الدولي الخاص تكون في معظمها متعلقة بالنظام العام، أما القواعد الموضوعية فمنها ما يتعلق بالنظام العام قواعد الأحوال الشخصية، ومنها ما لا يتعلق بالنظام العام كقواعد المعاملات، ولكن في هذه الأخيرة قد توجد بعض القواعد التي تتعلق بالنظام العام، فأحياناً يتدخل المشرع وينظم بعض المسائل بقواعد أمره لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، كتدخله في مجال قانون العمل وتحديد حد أقصى لساعات العمل، فهنا لا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، وأيضاً القواعد التي تضع حداً أقصى لملكية الأراضي الزراعية تكون متعلقة بالنظام العام.

### ماهية فكرة الآداب العامة:

قد يدمج البعض فكرة الآداب العامة مع فكرة النظام العام، ويتم تعريف فكرة النظام العام والآداب العامة بأنها مجموعة المبادئ والمصالح الجوهرية التي يتأسس عليها المجتمع سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وخلقياً، فالأسس الخلقية هي فكرة الآداب العامة، فإذا

أردنا تعريف فكرة الآداب العامة بمفردتها يمكننا القول بأنها مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لقيام المجتمع والحفاظ عليه من الانحلال.

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

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

فالعقد المبرم بين شخصين لاستئجار منزل معين لممارسة الدعارة أو القمار يكون باطلاً لمخالفته النظام العام والآداب العامة. وتقديرها ما إذا كانت المسألة المعروضة تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة يكون من اختصاص قاضي الموضوع وتحت رقابة

محكمة النقض، فمسألة توافر النظام العام والآداب العامة من عدمه  
مسألة قانون لا واقع وتخضع لرقابة محكمة النقض.

## الباب الثالث

### مصادر القانون

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

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

ويقصد بالمصادر التاريخية الجذور التاريخية التي ينتسب إليها القانون، فعندما يريد المشرع في بلد معين إصدار قوانين معينة لأبد أن ينظر إلى القوانين السابقة للاستفادة منها عن طريق اقتباس الأحكام لتنظيم موضوعات القانون الجديد، فإذا لم يجد المشرع في قوانين بلده ما يساعده على تنظيم الموضوع الجديد، فلا ضرر من اللجوء إلى من بعض الدول الأخرى للاستفادة منها، ومثالاً لذلك نجد أن القانون المدني المصري قد استفاد من القانون المدني القديم ومن الشريعة الإسلامية ومن القانون الفرنسي، فكل هذه القوانين تمثل الجذور التاريخية للقانون المدني المصري.

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

أما المصادر التفسيرية للقانون فيقصد بها المرجع الذي يستعان به عند تفسير القاعدة القانونية لبيان مضمونها وتوضيح الغموض

الذي يعترها ويعتبر كل من الفقه والقضاء مصدرين تفسيرين في القانون المصري والفرنسي، فدورهما يقتصر على تفسير القاعدة القانونية أما في بعض الدول الأخرى نجد أن القضاء يمثل مصدراً رسمياً للقانون كما في إنجلترا، هذا مع التحفظ على أن القضاء الإداري في مصر وفرنسا له دور هام في خلق قواعد القانون الإداري.

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

- ✓ **الفصل الأول: المصادر الرسمية.**
- ✓ **الفصل الثاني: المصادر التفسيرية.**

## الفصل الأول

### المصادر الرسمية

لقد نصت المادة الأولى من القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٧٨ والمعمول به ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩م علي أن "تسري النصوص التشريعية علي جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضي العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية، فغذا لم توجد، فبمقتضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

طبقاً لنص هذه المادة يتضح لنا أن المصادر الرسمية للقانون

المصري هي:

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

وهذه المصادر مرتبة ترتيباً تدريجياً ومقصوداً من المشرع المصري بحيث يتعين علي القاضي الالتزام بهذا التدرج عندما يكون بصدد الفصل في مسألة معينة، فيجب عليه اللجوء أولاً للتشريع، فإذا لم يجد الحل كان له اللجوء إلي العرف، لكنه إذا وجد الحل في التشريع وهو المصدر الأول، كان عليه الالتزام بذلك، وتطبيق هذا

التشريع علي الواقعة المثارة أمامه، وإذا لم يجد القاضي الحل لا في التشريع ولا في العرف كان عليه الالتجاء إلي المصادر الأخرى كمبادئ الشريعة الإسلامية ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وهذه المصادر الرسمية للقانون المصري إما أن تكون مصادر رسمية أصلية وإما أن تكون مصادر رسمية احتياطية، فالمصادر الرسمية الأصلية هي التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية في بعض المسائل كمسائل الأحوال الشخصية، أما المصادر الاحتياطية فهي العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية في غير مسائل الأحوال الشخصية وأخيراً مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وسنعرض للمصادر الرسمية الأصلية والمصادر الرسمية الاحتياطية فيما يلي:

- ✓ **المبحث الأول: المصادر الرسمية الأصلية.**
- ✓ **المبحث الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية.**

### **المبحث الأول**

#### **المصادر الرسمية الأصلية**

هناك مصدرين رسميين أصليين للقانون هما التشريع وقواعد الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، فالتشريع هو المصدر الرسمي للقانون في كل المسائل بوجه عام، سواء المعاملات المالية أو حتى بعض مسائل الأحوال الشخصية التي ورد في شأنها تشريعات خاصة، أما مسائل الأحوال الشخصية الأخرى التي لم يرد بشأنها

تشريع خاص تخضع لقواعد الدين سواء كان ديناً إسلامياً أو مسيحياً أو يهودياً، فقواعد الدين إذن المصدر الرسمي الأصلي لمسائل الأحوال الشخصية.

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

✓ **المطلب الأول: التشريع.**

✓ **المطلب الثاني: قواعد الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية.**

## **المطلب الأول**

### **التشريع**

المقصود بكلمة التشريع هو وضع القواعد القانونية وإخراجها في صورة مكتوبة، وبناءً علي إتباع إجراءات معينة بواسطة السلطة المختصة في الدولة، والسلطة المختصة بالتشريع هي مجلس الدولة طبقاً لنص المادة ١٠١ من الدستور المصري الصادر في عام ٢٠١٤م، وقد ينصرف معني التشريع إلي المصدر باعتباره هو المصدر المستمد منه القاعدة القانونية، وقد يراد أيضاً بكلمة التشريع هي مجموعة القواعد التشريعية التي تنظم موضوعاً معيناً أو تتولى تنظيم نشاط معين، فيقال مثلاً تشريع العمل، تشريع التأمينات الاجتماعية، تشريع الضرائب، التشريع المدني، التشريع التجاري.

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

الفرع الأول: أنواع التشريع.

الفرع الثاني: سن التشريع ونفاذه.

الفرع الثالث: الرقابة علي صحة التشريع.

الفرع الرابع: إلغاء التشريع.

الفرع الخامس: تقييم وتقدير التشريع.

## الفرع الأول

### أنواع التشريع

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

فالتشريع ينقسم إلي ثلاثة أنواع:

أولاً: التشريع الأساسي أو الدستوري.

ثانياً: التشريع العادي أو الرئيسي.

ثالثاً: التشريع الفرعي أو اللائحي.

أولاً: التشريع الأساسي أو الدستوري

يقصد بالتشريع الدستوري هو مجموعة القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة، ونظام الحكم فيها، ونظام الحكم فيها، كما أنه يحدد السلطات العامة في الدولة، موضحاً اختصاصاتها وعلاقاتها

ببعضها البعض، كما أنه أيضاً يوضح مقومات المجتمع الأساسية،  
ويبين الحقوق والحريات العامة للأفراد في المجتمع.

ويعتبر التشريع الدستوري أو الأساسي أسمى أنواع التشريع، ولا بد  
من احترام كل من التشريع العادي أو الرئيسي والتشريع الفرعي أو  
اللائحي للدستور، وإذا لم يتفق أحد هذين النوعين من أحكام  
الدستور وصف بعدم الدستورية، فإذا خالف التشريع العادي الدستور  
كان تشريعاً غير دستورياً، وإذا خالفت اللائحة الدستور كانت لائحة  
غير دستورية وتعين عدم الأخذ بها.

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

أما الطريقة الثالثة لنشأة الدستور فهي عن طريق جمعية تأسيسية

منتخبة من قبل الشعب، وهذا كما حدث في دستور ليبيا سنة ١٩٥١، وقد لا يقتصر الأمر علي هذا النحو بل يجب إتباع إجراء آخر بعد وضع الدستور من قبل الجمعية التأسيسية، كضرورة عرض الدستور علي الشعب لأخذ رأيه، وهو ما يسمي بالاستفتاء الدستوري، ومثال هذه الطريقة الأخيرة هو دستور مصر سنة ١٩٧١ ودستور ٢٠١٤م.

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

وفيما يتعلق بتعديل الدستور، فالأمر يختلف بحسب نوع الدستور، فهناك فرق بين الدستور المرن وبين الدستور الجامد، فالدستور المرن يقبل التعديل بقانون يصدر عن السلطة التشريعية بنفس الإجراءات المقررة لوضع وتعديل القوانين العادية، ومثل هذا النوع من الدستور الإيطالي سنة ١٩٤٨م، أما الدستور الجامد لا يمكن تعديله إلا بإتباع إجراءات مغايرة لتلك التي تتبع في وضع القوانين العادية، ومن أمثلة هذا النوع هو الدستور المصري الصادر في سنة ٢٠١٤م.

### ثانياً: التشريع العادي أو الرئيسي

التشريع العادي أو الرئيسي هو التشريع الذي تضعه السلطة

التشريعية في الدولة، وطبقاً لأحكام الدستور المصري الصادر في سنة ٢٠١٤م يكون سن التشريع من اختصاص مجلس النواب المصري.

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

### التشريعات الاستثنائية:

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

### تشريع الضرورة:

لقد خول الدستور المصري الصادر في سنة ٢٠١٤م لرئيس لجمهورية الحق في إصدار قرارات بقوانين لها نفس قوة التشريع الصادر من مجلس النواب وذلك في حالة الضرورة.

فالمادة ١٥٦ من هذا الدستور تنص علي أنه "إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يجوب الإسراع في اتخاذ تدابير لا

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

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

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

٢- ألا يكون مجلس النواب قائماً، أي ضرورة أن تكون حالة الضرورية قد توافرت في غيبة مجلس النواب كأن كان

منحلاً أو انقضي الفصل التشريعي، فإذا لم يكن المجلس في  
غيرة، فيجب علي رئيس الجمهورية دعوته لانعقاد طارئ  
لمواجهة حالة الضرورة بإصدار القوانين المناسبة.

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

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

وإذا لم تعرض القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية علي  
مجلس النواب خلال المدة المحددة زال ما كان لها من قوة القانون  
بأثر رجعي، أما إذا تم عرض هذه القرارات بقوانين علي مجلس  
النواب خلال المدة المحددة، فهذا الأمر لا يخرج عن فرضين؛

الموافقة علي هذه القوانين وفي هذه الحالة تحتفظ بقوتها في مواجهة المخالف بأحكامها، وإما يكون الرفض هو مصير هذه القرارات، وفي هذه الحالة يزول بأثر رجعي ما كان لها من قوة من وقت إصدارها وليس من وقت رفضها، ولكن من حق مجلس النواب أن يقصر آثار هذا الزوال علي المستقبل فقط دون الماضي، فللمجلس الحق في معالجة هذا الأمر بالطريقة التي يراها مناسبة ومحقة للصالح العام.

### ثالثاً: التشريع الفرعي أو اللائحي

يقصد بالتشريع الفرعي هو اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية وهي صاحبة الاختصاص الأصيل في إصدارها بنص الدستور، فالسلطة التنفيذية لا تحل محل السلطة التشريعية في إصدار هذه اللوائح كما هو الوضع بالنسبة لتشريع الضرورة، ومعني ذلك أن حق السلطة التنفيذية في إصدار هذه اللوائح لا يوفق علي توافر حالة الضرورة.

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

والسكينة العامة، وترتيباً علي ذلك يمكننا تقسيم التشريع الفرعي إلي  
ثلاث أنواع:

### ١ - اللوائح التنفيذية:

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

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

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

الذي يتولى إصدار القرارات اللازمة لتنفيذه.  
ويجب التتويه إلي أن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تتعدى  
الغرض من إصدار هذه اللوائح، فعلي سبيل المثال لا يجوز  
لها أن تتعرض للقانون المارد تنفيذه بالتعديل أو بالتغيير، وإذا  
فعلت ذلك يكون مصير هذه الأفعال هو البطلان، فقد نصت  
المادة ١٧٠ من الدستور صراحة علي عدم تجاوز الهدف من  
إصدار اللوائح التنفيذية.

## ٢- اللوائح التنظيمية:

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

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

من خلال الاطلاع علي نص هذه المادة يتبين لنا أن رئيس  
مجلس الوزراء له الحق بنص الدستور في إصدار اللوائح

التنظيمية بغرض إنشاء وتنظيم المرافق العامة، فالهدف الأساسي من هذه اللوائح هو إنشاء وتنظيم المرافق العامة عن طريق ترتيب وتنسيق العمل في الإدارات والمصالح الحكومية، ويجب التتويه إلي أن هذه اللوائح لا ترتبط بقانون معين قد صدر ويجب تنفيذه، إنما هي مستقلة بذاتها ولا تكون من أجل تنفيذ القوانين، إنما هي من أجل إنشاء وتنظيم المرافق العامة، كمرفق المياه أو الكهرباء أو الصحة أو التعليم علي سبيل المثال.

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

### ٣- لوائح الضبط:

لوائح الضبط تعني تلك اللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية بغرض تحقيق الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، وقد نصت المادة ١٧٢ من الدستور المصري الصادر في ٢٠١٤ علي أنه "يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط،

بعد موافقة مجلس الوزراء"، ومن أمثلة لوائح الضبط لوائح المرور ولوائح المحلات المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ولوائح الباعة الجائلين ولوائح مراقبة التغذية. وبالنظر الفاحص لنص المادة ١٧٢ سالفه الذكر يتضح لنا أن رئيس مجلس الوزراء وحده الذي يملك إصدار هذه اللوائح، ولا يجوز له تفويض غيره في إصداره، وهذا كما هو الوضع تماماً بالنسبة للوائح التنظيمية التي تصدر من قبل رئيس مجلس الوزراء وحده، فلوائح الضبط تتعرض لمسائل هامة وغاية في الحيوية لتعلقها بالأمن العام، لذلك كان منطقياً تخويل الحق في إصدارها لرئيس مجلس الوزراء فقط.

## الفرع الثاني

### سن التشريع ونفاذه

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

### أولاً: سن التشريع العادي

لوضع وسن التشريع العادي يجب المرور بمرحلتين هما مرحلة

الاقتراح ثم مرحلة المناقشة والتصويت، فالسلطة التشريعية ممثلة في مجلس النواب في مصر، يجب لسن القانون إتباع هاتين المرحلتين:

## ١ - مرحلة الاقتراح:

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

ورغم أن الحق في اقتراح القانون يكون لكل من رئيس الجمهورية، ومجلس الوزراء ولكل عضو من أعضاء مجلس النواب، إلا أن الدستور فرق بينهما في خصوص المراحل التي يمر بها الاقتراح، وهذه التفرقة تتجلى مظاهرها فيما يلي:

أ- مشروع القانون المقدم من الحكومة أو عشر أعضاء مجلس النواب يحال مباشرة إلي اللجنة النوعية المختصة لفحصه ودراسته بهدف تقديم تقرير عنه، فإذا كان مشروع القانون المقدم يتعلق بالزراعة أو بالصناعة مثلاً، يحال الأمر إلي اللجنة النوعية المختصة بدراسة موضوع

المشروع بقانون، أما فيما يتعلق باقتراح القانون المقدم من أحد أعضاء مجلس النواب، فإنه يقدم أولاً إلي لجنة الاقتراحات لتوضيح مدى جديته ومدى جواز عرضه علي المجلس من عدمه، فإذا وافقت عليه لجنة الاقتراحات يحال إلي اللجنة النوعية المختصة ليأخذ نفس مراحل المشروع بقانون المقدم من الحكومة أو عشر أعضاء مجلس النواب.

والحكمة من المغايرة بين المشروع بقانون المقدم من الحكومة أو عشر أعضاء مجلس النواب والمشروع بقانون المقدم من أحد أعضاء مجلس النواب هو أن المشروع بقانون المقدم من الحكومة يخضع لدراسات وافية فيما يتعلق بالموضوع أو بكيفية الصياغة، فيتولى المتخصصون والخبراء من الأجهزة الحكومية المختلفة دراسة هذا المشروع وصياغته صياغة قانونية سليمة، هذا وقد نص قانون مجلس الدولة المصري علي ضرورة قيام كل وزارة أو مصلحة قبل إصدار أي قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذي صفة تشريعية بعرض الأمر علي قسم التشريع لمراحل الصياغة حتى نصل إلي صياغة قانونية سليمة تعبر عن حقيقة المقصود من إصدار هذا المشروع بقانون، كما أن المشروع بقانون المقدم من عشر

أعضاء مجلس النواب يدل علي جديته والرغبة الحقيقية  
لعدد كبير من النواب في إصدار قانون معبر عن  
الشعب، أما المشروع بقانون المقدم من أحد أعضاء  
مجلس النواب لا يخضع لنفس درجات ومراحل العناية  
التي يمر بها المشروع بقانون المقدم من الحكومة أو عشر  
أعضاء مجلس النواب.

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

بقانون المقدم من رئيس الجمهورية أو تم رفضه، فإنه يجوز عرضه مرة ثانية في نفس دورة الانعقاد.

## ٢- مرحلة المناقشة والتصويت:

بعد انتهاء اللجنة النوعية المختصة من دراسة مشروع القانون وفحصه، فإنها تعد تقريراً للعرض على مجلس النواب مرفقاً به مشروع القانون من أجل مناقشته والتصويت عليه، وأولاً يجب على المجلس مناقشة مشروع القانون بصفة إجمالية لمعرفة مدى الموافقة عليه من حيث المبدأ، فإذا تمت الموافقة عليه من حيث المبدأ، يجب مناقشة مواده، كل مادة علي حدة وأخيراً تؤخذ الأصوات علي المشروع في مجموعة، وطبقاً لما ورد في المادة ١٢١ من دستور ٢٠١٤م لا يكون انعقاد المجلس صحيحاً ولا تتخذ قراراته إلا بحضور أغلبية أعضائه، وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وعند تساوى الآراء يعتبر الأمر الذي جرت المداولة بشأنه مرفوضاً، وتصدر الموافقة علي القوانين بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين وبما لا يقل عن ثلث أعضاء المجلس. أما فيما يتعلق بالقوانين المكملة للدستور، فإنها تصدر بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس، وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية والنيابية والمحلية والأحزاب السياسية والسلطة القضائية والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية

والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور ، مكملة له .  
وخلاصة القول أنه يشترط لصحة انعقاد المجلس حضور  
الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس جميعاً حتى يتسنى لهم  
مناقشة مشروع القانون والتصويت عليه، وإذا توافرت هذه  
الأغلبية المطلقة لصحة انعقاد المجلس، يكون المشروع  
بقانون قد تم الموافقة عليه إذا وافقت عليه الأغلبية المطلقة  
للأعضاء الحاضرين وهي النصف زائد واحد، ويجب التنويه  
إلي أن مشروع القانون إذا تمت الموافقة عليه من قبل  
الأغلبية المطلوبة يكون قانوناً موجوداً بالفعل، لكنه لا يصبح  
سارياً وناظراً في حق المخاطبين بأحكامه إلا بعد إتباع  
إجراءات معينة لنفاذه.

### ثانياً: نفاذ التشريع العادي

بعد التصويت علي مشروع القانون بالموافقة، أي بعد تحقق الأغلبية  
المطلوبة يكون مشروع القانون قانوناً موجوداً بالفعل، وحتى يكون  
ناظراً في حق كافة المخاطبين بأحكامه، لابد من إصداره من قبل  
رئيس الجمهورية حتى يتسنى لرجال السلطة التنفيذية تنفيذه، ولابد  
أيضاً من نشره حتى يعلم به الأفراد في المجتمع.  
فلنفاذ التشريع العادي يشترط المرور بمرحلتين هما مرحلة الإصدار  
ثم مرحلة النشر.

### ١ - مرحلة الإصدار:

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

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

ويتضح لنا أيضاً من الاطلاع علي نص المادة ١٢٣ أنفة البيان أن رئيس الجمهورية قد يعترض علي إصدار القانون

المرسل إليه من مجلس النواب، ولدراسة هذه المسألة يجب أن نفرق بين الفرضين التاليين:

### **الفرض الأول:**

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

### **الفرض الثاني:**

حالة اعتراض رئيس الجمهورية علي القانون، وهذا حق دستوري خولته المادة ١٢٣ من الدستور لرئيس الجمهورية، ولكن يجب أن يتم هذا الاعتراض خلال مدة ثلاثين يوماً من إبلاغه بالقانون من قبل مجلس النواب، فإذا لم يتعرض خلال هذه المدة، يعتبر عدم الرد قبولاً منه بإصداره، وهذا ما يسميه البعض بالإصدار المفترض، أي أننا نفترض قبول رئيس الجمهورية إصدار القانون طالما أنه لم يعترض عليه خلال مدة الثلاثين يوماً.

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

### **الموقف الأول:**

هو قبول مجلس النواب لاعتراض رئيس الجمهورية، وذلك بإعادة مناقشة نصوص المواد التي تم الاعتراض عليها،

ومراعاة الاعتبارات المحددة من قبل رئيس الجمهورية عند إعادة النظر في القانون المعترض عليه.

### الموقف الثاني:

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

### ٢- مرحلة النشر:

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

فالمنطق والعدالة يفرضان ضرورة علم الناس بالقانون الذي ينظم سلوكهم في المجتمع، وجدير بالذكر أن إعلام كافة الناس بالقانون يعد شيء مستحيلاً، لذلك العلم المقصود الافتراضي، بمجرد نشر القانون يفترض أن الجميع قد علموا به، وهذا العلم الافتراضي، بمجرد نشر القانون يفترض أن الجميع قد علموا به، وهذا العلم الافتراضي يتحقق بنشر

القانون في الجريدة الرسمية.

وقد نصت المادة ٢٢٥ من الدستور الحالي علي أنه "تتشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصارها، ويعمل بها ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعداً آخر"، ويتبين لنا من نص هذه المادة أنه من اللازم نشر التشريع في الجريدة الرسمية حتى يكون ملزماً للأفراد المخاطبين بأحكامه.

والجريدة الرسمية كانت تسمى قبل ١٣ من مارس سنة ١٩٥٨ بالوقائع المصرية، وبعد قيام الجمهورية العربية المتحدة صدر قراراً جمهورياً، بإنشاء الجريدة الرسمية، وقد تم تخصيص جريدة الوقائع المصرية لنشر الإعلانات الحكومية والقضائية، أما الجريدة الرسمية فهي التي تتشر فيها القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية، وفي سنة ١٩٦٧م صدر قرار جمهورية لتخصيص الجريدة الرسمية لنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ومن رئيس مجلس الوزراء، وأحكام المحكمة الدستورية العليا وأحكام محكمة القيم، وتصدر هذه الجريمة أسبوعياً ما لم يكن هناك أمراً عاجلاً لإصدار أعداد غير عادية، وأصبح للجريدة الرسمية ملحقاً يصدر يومياً يسمى بالوقائع المصرية لنشر القرارات الوزارية.

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

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

ومن الناحية العملية يتعذر علم كافة الناس بالقانون فور نشره، لذلك لا يكون القانون نافذاً إلا بعد مضي مدة معينة من تاريخ النشر، وهذا ما حددته المادة ٢٢٥ من الدستور آفة البيان، فالقوانين لا تكون نافذة في مواجهة المخاطبين بأحكامها إلا بعد مرور ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها في الجريدة الرسمية، فالיום الذي تم النشر فيه لا

بحسب، وهذا ما لثم تحديد تاريخ آخر لنفاذ القوانين المنشورة، فقد تحدد هذه القوانين ميعاد آخر أطوال أو أقصر لنفاذها، ومثال ذلك أن المادة الثانية من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م بإصدار القانون المدني قد نصت علي أن يعمل بهذا القانون ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٨م، رغم أن هذا القانون قد صدر ي ١٦ يولية سنة ١٩٤٨م وتم نشره في ٢٩ يولية سنة ١٩٤٨م، ويتضح لنا من مضمون المادة الثانية أن هناك مدة أطول من مدة الثلاثين يوماً لنفاذ القانون المدني.

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

### قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون:

مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يقصد به أن القانون طالما تم نشره في الجريدة الرسمية، وتحققت شروط هذا النشر طبقاً لنص المادة ٢٢٥ من الدستور، فلا يجوز لأحد الاعتذار بجهله بالقانون،

ويكون هذا الأخير نافذاً في حق كافة المخاطبين بأحكامه، فإنه غير مقبول ادعاء البعض بأنه غير مسئول عن المخالفة التي تمت لأنه لا يعلم بالقانون الذي خالف قواعده، كما أنه أيضاً غير مقبول القول بعدم العلم بالقانون نظراً لعدم معرفة القراءة، أو للوجود خارج البلاد وقت نشر القانون وبالتالي لا يمكن العلم به.

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

#### ١- مراعاة الضرورة العملية:

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

#### ٢- المساواة بين العالم بالقاعدة القانونية والجاهل بها:

إذا أخذنا بقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، فإننا لن نحقق المساواة بين من علم بالقانون وبين من لا يعلم به، لأننا لو أعفينا الجاهل بالقانون من أحكامه، فإننا في هذه الحالة نقدم مكافأة لهذا الشخص المهمل، وعلي النقيض من ذلك فإننا نلزم من علم بالقانون بأحكام هذا القانون وقواعده،

فكيف نلزم العالم بالقانون ونستثنى الجاهل به غير الحريص علي متابعة قوانين بلاده؟! لذلك نجد أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون تحقق المساواة، ويكون الجميع ملزماً بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية.

### ٣- عدم مراعاة الظروف الشخصية:

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

### ٤- تحقيق غايات القانون:

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

### نطاق تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون:

مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لا يقتصر علي القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع، بل يشمل كافة القواعد القانونية أياً كانت مصادرها، ولكن أهمية هذا المبدأ تظهر بالنسبة

للقواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع خاصة وأن هذا الأخير يصدر ويتغير بسرعة بحيث يتصور عدم إحاطة الكافة به، فكما لا يقبل من القاضي النكول عن الحكم بحجة عدم وجود حل في التشريع، بل يجب عليه البحث عن الحل في المصادر الأخرى، لا يمكن أيضاً لأحد الاعتذار بالجهل بالقانون أياً كان مصدره.

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

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

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

السكوت يتحقق شرط انطباقها في حقهما.

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

### الاستثناء: جواز الاعتذار بالجهل بالقانون في حالة القوة القاهرة

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

ففي هذه الحالة يجوز لسكان هذا الإقليم أن يتذرعوا بعدم العلم بالقانون، خاصة وأن نشر القانون في الجريدة الرسمية وتوزيعها فعلياً هو شرط أساسي لنفذ القانون في حق المخاطبين بأحكامه، ويجب أن ننوه إلي أن التذرع بالجهل بالقانون استناداً إلي القوة القاهرة يقتصر علي القواعد التشريعية فقط سواء كان تشريع دستوري أو عادي أو فرعي، وسبب ذلك أن النشر في الجريدة الرسمية هو

الوسيلة الوحيدة للعلم بهذه القواعد، كما أن التذرع بالجهل بالقانون مقيد بأسباب قيامه، فإذا زالت هذه الأسباب فلا وجود للاستثناء، وعلينا تطبيق المبدأ.

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

### جهل القانون والغلط في القانون:

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

**والغلط ينقسم إلى نوعين:** الغلط في الواقع والغلط في القانون، والغلط في الواقع كأن يشتري شخص تمثالاً على أنه أثري وله قيمة حضارية لكنه غير ذلك وحديث الصنع، أو أن يشتري شخص قطعة معدنية على أنها ذهبية لكنها في حقيقة الأمر نحاسية، وفيما يتعلق بالغلط في القانون هو أن يبيع شخص نصيبه في الشركة على

أنه الربع لكنه وفقاً للقانون يكون النصف وليس الربع. وسواء كان الغلط في الواقع أو في القانون، فقد سوى القانون بينهما، وأجاز للمتعاقد الذي وقع في الغلط أن يطلب إبطال العقد، ولكن يجب توافر عدة شروط في هذا الغلط حتى يتسنى للمتعاقد طلب إبطال العقد، فيشترط أن يكون الغلط جوهرياً، وأن يكون دافعاً إلى التعاقد بمعنى أن المتعاقد كان سيمتنع عن التعاقد إذا لم يقع فيه، ويجب أيضاً أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط، أو كان سهلاً عليه أن يكتشفه.

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

الحقيقة يمثل تأكيداً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وليس استثناءً عليه.

### الفرع الثالث

#### الرقابة على صحة التشريع

طبقاً لمبدأ تدرج التشريع يتبين لنا أن الأنواع الثلاثة للتشريع تتدرج فيما بينها بحسب أهميتها، فالتشريع الدستوري يكون في القمة، ويأتي بعده في المرتبة التشريع العادي، وأخيراً التشريع الفرعي يكون في المرتبة الأخيرة، ويترتب علي هذا التدرج نتيجة هامة ولا تجانب المنطق وفحواها هو عدم مخالفة تشريع أدنى تشريعاً أسمى منه مرتبة، ولا يجوز أن يتعارض تشريع أدنى مرتبة مع تشريع أعلى منه مرتبة، ومثالاً لذلك لا يجوز أن تخالف لائحة قانون أو دستور، وإلا كانت غير قانونية أو غير دستورية، وأيضاً لا يجوز للتشريع العادي مخالفة التشريع الدستوري وإلا كان غير دستورياً.

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

#### أولاً: الرقابة في قانونية اللوائح ودستوريتها

مما لا شك فيه أن اللائحة إذا خالفت تشريعاً عادياً تكون غير قانونية، وإذا خالفت الدستور، تكون غير دستورية، ويجمع الفقه علي ضرورة عدم الأخذ بهذه اللائحة، فللقضاء الحق في الرقابة علي قانونية ودستورية اللوائح، ويمكنه عدم تطبيق هذه اللوائح سواء

طلب الخصوم ذلك أم لا، وسواء كانت المخالفة شكلية أو موضوعية، فقانونية اللوائح ودستوريتها أمر متعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها التصدي لمسألة عدم دستورية اللائحة.

وجدير بالذكر أن جهتي القضاء العادي والإداري تملك الحق في الامتناع عن تطبيق اللوائح غير القانونية أو غير الدستورية، وإذا كانت جهة القضاء العادي تقف عند حد الامتناع عن تطبيق اللائحة غير القانونية أو غير الدستورية، فإن جهة القضاء الإداري لا تقف عند هذا الحد ولكنها تملك الحق في إلغاء اللائحة المعيبة، وهذا الإلغاء يتم سواء عن طريق دعوى مستقلة يرفعها الأفراد يطلبون فيها إلغاء اللائحة أو عن إلغاء هذه اللائحة بمناسبة طعن منظر أمام المحكمة في القرار الإداري الصادر تأسيساً على هذه اللائحة.

### ثانياً: الرقابة القضائية على دستورية القوانين

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

## صحة التشريع العادي لأبد من دراسة المسائل الآتية:

١- الرقابة القضائية على صحة التشريع العادي من حيث الشكل.

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

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

٤- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا.

٥- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر.

## وفيما يلي سنعرض لكل مسألة من المسائل آفة الذكر:

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

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

ومن العيوب الشكلية التي تعترى التشريع صدره من هيئة غير مختصة بإصداره، كأن يصدر وزير قراراً بقانون جاهلاً

أن هذا الأمر يقتصر فقط على رئيس الجمهورية، فعلى المحاكم الامتناع عن تطبيق القانون الذي لم يسنه مجلس النواب، أو غير الصادر من رئيس الجمهورية في أحوال الضرورة.

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

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

المقصود بالرقابة القضائية علي صحة التشريع من حيث الموضوع هو بحث مدى تعارضاً حكماً تضمنه القانون مع حكم موضوعي منصوص عليه في الدستور، فطبقاً لمبدأ

تدرج التشريع يجب أن يحترم التشريع الأدنى التشريع الأعلى، وترتيباً علي ذلك يجب أن يحتك التشريع العادي التشريع الدستوري وأن يصدر وفقاً له، فإذا خرق المشرع أحكام الدستور الموضوعية كان مرتكباً لمخالفة موضوعية.

وإذا كان لا خلاف حول أحقية المحاكم في الرقابة على صحة اللوائح من الناحية الموضوعية للثبوت من مدى مطابقتها للتشريع العادي أو الدستوري، إلا أن هناك خلافاً حول أحقية المحاكم في الرقابة على صحة التشريع من حيث الموضوع، فمسألة الرقابة القضائية على دستورية القوانين كانت وما زالت محل خلاف في الفقه، فهناك المؤيد للرقابة القضائية على دستورية القوانين، وهناك أيضاً المعارض لهذه الرقابة.

وجدير بالذكر أن هذا الخلاف لا يثور في الدول ذات الدساتير المرنة التي يمكن تعديلها بتشريع عادي، فإذا صدر قانون مخالف لأحكام الدستور اعتبر تعديلاً له ما دام أنه صدر صحيحاً من الناحية الشكلية، وعلي النقيض من ذلك في الدول ذات الدساتير الجامدة التي لا يمكن تعديلها بتشريع عادي، لا خلاف حول أحقية المحاكم في الرقابة على التشريع العادي من حيث الشكل، لكن ثار الخلاف حول أحقية المحاكم في الرقابة على صحة التشريع من حيث

الموضوع.

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

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

استناداً إلى مبدأ تدرج التشريع.

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

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

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

## النظم اللاتينية.

٣- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات

الأمريكية:

لا يوجد في الدستور الأمريكي نصاً صريحاً يعطى للمحاكم الحق في الرقابة على دستورية القوانين، وترتيباً على ذلك ثار الخلاف الفقهي والقضائي حول مدى أحقية المحاكم الأمريكية في الرقابة على دستور القوانين، فهناك رأي يعارض بشدة السماح للمحاكم بالرقابة على دستورية القوانين لأن ذلك يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقضي باستقلال السلطة التشريعية عن السلطة القضائية، ولكن النوع الآخر يؤيد الرقابة على دستورية القوانين تأسيساً على مبدأ تدرج التشريع والذي يقضي بسمو الدستور وضرورة احترام التشريعات الدنيا له. وقد انحسم الخلاف لصالح الرأي المؤيد للرقابة القضائية على دستورية القوانين، ويرجع الفضل في ذلك إلى مارشال رئيس المحكمة العليا، فقد أعلن في عام ١٧٨٥ أن القضاة لهم أن ينظروا إلى التشريعات الصادرة من الكونجرس والتي تجاوزت السلطة المخولة له من قبل الدستور، وأن هذا التشريع المخالف للدستور يكون باطلاً، وعلى القضاة التصدي إلى هذه الاعتداءات لأنه يجب عليهم حراسة والدفاع عن نصوص الدستور، هذا وقد أصدرت المحكمة

العليا في عام ١٨٠٣ حكماً تاريخياً قضت فيه بأن مهمة السلطة القضائية هي بيان القانون، وعند تعارض القوانين عليها أن تحدد الأولى بالتطبيق، فعند تعارض القانون مع الدستور يجب الأخذ بحكم الدستور لأنه التشريع الأسمى.

٤- الرقابة القضائية علي دستورية القوانين في فرنسا:

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

وقد نص الدستور الفرنسي الصادر في عام ١٧٩١م في مادته الثالثة علي أنه "ليس للمحاكم أن تتدخل في اختصاصات السلطة التشريعية، وليس لها أن توقف تنفيذ القوانين"، حتى بعد إلغاء دستور ١٧٩١م استمر العمل بنص مادته الثالثة، فالمادة ١٢٧ من قانون العقوبات تنص علي "معاينة القضاة في حالة تدخلهم في أعمال السلطة التشريعية كتعطيل القوانين أو وقف العمل بها".

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

فالمشرع الفرنسي أخذ بأسلوب بديل لرقابة القضاء وهي رقابة الأمة عن طريق مجلس الشيوخ المحافظ على الدستور، والذي كان يشكل من أعضاء يختارهم الإمبراطور، وكانت مهمة هذا المجلس هي إلغاء القوانين المخالفة للدستور قبل إصدارها.

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

والمجلس الدستوري يباشر رقابة سابقة على دستورية القوانين وليست رقابة لاحقة، فبعد موافقة البرلمان على القوانين يتولى المجلس الدستوري فحص مدى دستورتها قبل إصدارها من قبل رئيس الجمهورية، فإذا كانت مطابقة لأحكام الدستور تولى رئيس الجمهورية إصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية، أما إذا كانت مخالفة للدستور تم إعادتها إلى البرلمان لإعادة

النظر فيها وضرورة اتفاقها مع أحكام الدستور، فالرقابة علي دستورية القوانين في فرنسا تكون رقابة سابقة بعكس الوضع في مصر حيث تكون الرقابة على دستورية القوانين رقابة لاحقة أي بعد إصدار القانون.

#### ٥- الرقابة على دستورية القوانين في مصر:

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

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

وعندما صدر الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية في ١١ سبتمبر ١٩٧١ والذي تم إلغائه تم إنشاء المحكمة الدستورية العليا، وقد نصت المادة ١٧٤ من هذا الدستور على أن "المحكمة الدستورية العليا تعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية ومقرها مدينة القاهرة"، والمادة ١٧٥ من الدستور نصت على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون، ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

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

وبعد إلغاء دستور ١٩٧١، وتم إعداد دستور ٢٠١٤م الذي وافق عليه الشعب، قد سلك هذا الدستور نفس مسلك دستور

١٩٧١ ونص على سلطة المحكمة الدستورية في الرقابة على  
دستورية القوانين.

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

والمحكمة الدستورية العليا طبقاً للمادة ٢٥ من القانون رقم  
٤٨ لسنة ١٩٧٩م تختص بالرقابة على دستورية القوانين  
واللوائح، كما أنها تتولى الفصل في تنازع الاختصاص وذلك  
بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات  
ذات الاختصاص القضائي، وذلك إذا رفعت الدعوى عن  
موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخلى إحداها عن نظرها  
أو تخلت كلاهما عنها، وتختص أيضاً المحكمة الدستورية  
العليا بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين  
متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو  
هيئة ذات اختصاص قضائي الآخر من جهة أخرى منها.

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

يقتضي توحيد تفسيرها.

### حالات الرقابة علي دستورية القوانين:

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

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

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

هذا وقد تناولت أيضاً المادة ٢٧ من هذا القانون أن المحكمة الدستورية العليا يجوز لها أن تقضي بعدم دستورية أي نص أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوي الدستورية. وهكذا يوجد ثلاث حالات يجوز فيهم للمحكمة الدستورية

العليا أن تباشر الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وهذه الحالات هي حالة الدفع الفردي أي دفع أثاره أحد الخصوم في دعوى منظورة أمام محكمة أخرى، وحالة الإحالة من محكمة الموضوع أي بناءً على طلب محكمة أخرى، وأخيراً حالة التصدي من قبل المحكمة الدستورية العليا نفسها أي أنها تباشر الرقابة من تلقاء نفسها دون طلب من أحد أو من محكمة أخرى.

ويجب التنويه إلى أن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في دعاوى الدستورية وقراراتها التفسيرية تكون ملزمة لجميع السلطات في الدولة، ويجب نشر الحكم الصادر في الجريدة الرسمية غير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً علي الأكثر من تاريخ صدوره، ويجب عدم جواز تطبيق النص الذي حكم بعدم دستوريته من اليوم التالي للنشر.

### الفرع الرابع

#### إلغاء التشريع

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

ولنتناول موضوع إلغاء التشريع يجب التعرض إلى النقاط التالية:

أولاً: السلطة التي تملك الإلغاء .

ثانياً: صور الإلغاء .

وفيما يلي سنعرض لكل نقطة من النقاط آفة البيان .

أولاً: السلطة التي تملك الإلغاء

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

وتوضيحاً لذلك، الدستور لا يلغيه إلا دستور، والقانون لا يلغيه إلا دستور أو قانون، واللائحة لا تلغيها لائحة أو قانون أو دستور، فالأعلى مرتبة يمكنه أن يلغي الأدنى، فلا يستطيع علي سبيل المثال التشريع العادي إلغاء الدستور بينما العكس صحيح، والعرف لا يمكنه إلغاء التشريع لأنه أقل منه مرتبة بينما التشريع يمكنه إلغاء العرف كما القاعدة العرفية الجديدة يمكنها إلغاء قاعدة عرفية أخرى إذا كانت مخالفة لها .

ثانياً: صور الإلغاء

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

يتضح لنا من مطالعة هذا النص أن المشرع المصري يعرف

صورتين للإلغاء هما الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني، كما يمكننا معرفة أن المشرع المصري لم يعرف الصور الأخرى لإلغاء التشريع الغائه بالانعكاس أو بعدم الاستعمال.

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

#### ١- الصور التي عرفها المشرع المصري للإلغاء:

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

أ- الإلغاء الصريح.

ب- الإلغاء الضمني.

وسنوضح المقصود بكل صورة من الصور سالفه الذكر:

#### أ) الإلغاء الصريح:

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

ويقصد بالإلغاء المجرد هو إلغاء تشريع دون إصدار تشريع جديد يحل له، ويأخذ حكم الإلغاء المجرد الحالة التي يصدر فيها التشريع لمواجهة ظروف مؤقتة، وبقائه مرهون بوجود

هذه الظروف، وهو ما يعبر عنه بقاعدة انتهاء التشريع بزوال سبب وجوده.

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

أما المقصود بالإلغاء المصحوب بتشريع جديد هو أن إلغاء التشريع ليس قاصراً فقط على مجرد الإلغاء بل أن هناك تشريع جديد يحل محل التشريع الملغى، ومثال لذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الخاص بإصدار القانون المدني الجديد من أنه "يلغي القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣، والقانون المدني المعمول به أما المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥ ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون".

ومثال آخر للإلغاء المصحوب بتشريع جديد هو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بشأن المحكمة الدستورية العليا الذي نصت مادته التاسعة على إلغاء قانون المحكمة العليا رقم

٨١ لسنة ١٩٦٩ وقد حل محل هذا القانون قانوناً جديداً  
ينظم المحكمة الدستورية العليا.

### **(ب) الإلغاء الضمني:**

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

### **التعارض بين القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة:**

إذا صدرت قاعدة جديدة متعارضة مع القاعدة القديمة فإن  
القاعدة القديمة تكون ملغية ضمناً، وحتى يتحقق الإلغاء  
الضمني في حالة التعارض بين القاعدة القديمة والقاعدة  
الجديدة يجب أن يكون التعارض تاماً أو كلياً بين أحكامها  
وأن تكون الأحكام المتعارضة في القانونين القديم والجديد  
ذات طبيعة واحدة وذلك بأن تكون أحكام القانونين عامة أو  
خاصة، فالحكم العام في القانون الجديد يلغي ضمناً الحكم  
في القانون القديم، وكذلك الأمر بالنسبة للحكم الخاص.  
ولكن يبقى الأمر في حالة التعارض بين أحكام مختلفة  
الطبيعة أي ليست من طبيعة واحدة كحالة التعارض بين حكم  
قديم عام وحكم حديث خاص أو التعارض بين حكم قديم  
خاص وحكم حديث عام.

حالة التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص:  
في هذه الحالة لا يترتب إلغاء أثر الحكم القديم كلية إنما  
يترتب على ذلك تخصيص الحكم العام أي تقييد عمومته بهذا  
الحكم الحديث الخاص، أي أن الحكم يظل سارياً إلا في  
خصوص ما جاء به الحكم الحديث الخاص.

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

حالة التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام:  
في هذه الحالة يظل العمل بالحكم القديم الخاص لأنه لم يرد  
حكماً خاصاً ألغى العمل بالحكم القديم، فالحكم الحديث لا  
يلغي الحكم القديم الخاص، فهذا الأخير لا يتم إلغاؤه إلا  
بحكم خاص جديد يتعارض معه.

٢- الصور التي لم يعرفها المشرع المصري للإلغاء:

عرفنا أن المشرع المصري أقر صورتين لإلغاء التشريع هما  
الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني، ولكن هناك صور أخرى  
للإلغاء بعض المشاكل في الواقع الذي نعيشه ومثال ذلك

حالة الإلغاء بالانعكاس والذي تعرضت لها محكمة النقض المصرية وحالة الإلغاء بعدم الاستعمال أو الترك.

ففيما يتعلق بصورة الإلغاء بالانعكاس:

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

وقد تعرض الفقه إلى هذه المسألة وعرض مثلاً واقعياً في هذا الخصوص، فقد صدر القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري علي المسؤولية المدنية المترتبة على حوادث السيارات، وقد تضمن هذا القانون في مادته الخامسة إحالة صريحة إلي نص المادة السادسة من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بصدد تحديد المستفيدين من التأمين عند الإصابة البدنية للمؤمن عليه أو وفاته بسبب حادث سيارة، ففي هذه الحالة إذا تم إلغاء الخامسة من قانون ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بحوادث السيارات إلغاءً انعكاسياً أم لا يسري هذا الإلغاء.

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

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

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

يستعمل لعلو مرتبة التشريع على مرتبة العرف.

## الفرع الخامس

### تقييم وتقدير التشريع

لتقييم وتقدير التشريع التقييم التشريع يجب أن نتعرض لمزاياه وعيوبه:

#### أولاً : مزايا التشريع

- ١- سرعة وضعه وتعديله وإلغائه: فالتشريع لا يأخذ مدة طويلة لوضعه وتكوينه على عكس القاعدة العرفية التي تحتاج مدة طويلة كي ترسخ ويتم الاعتقاد بالزاميتها.
  - ٢- عمومية التشريع: فهو عكس العرف يطبق على جميع الناس أو على جميع الأشخاص المخاطبين بأحكامه، أما العرف الطائفي أو المهني أو الإقليمي فلا يكون عاماً بل يطبق على أن الطائفة أو الحرفة أو الإقليم فقط.
  - ٣- الدقة والوضوح: من أهم مزايا التشريع الدقة في الصياغة والوضوح، فهو يعد من قبل خبراء ويتم دراسته في مراحل إعداده المختلفة، وهو واضحاً لأنه مكتوباً، ويمكن بيسر معرفة مضمونه بالاطلاع على نصوصه.
- وإذا كان للتشريع هذه المزايا فإن له عيوباً متعددة أيضاً.

#### ثانياً: عيوب التشريع

- ١- جمود الصياغة: فكما هو معروف يكتب التشريع أو

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

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

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

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

## المطلب الثاني

### قواعد الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية

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

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

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

التطبيق على أطراف النزاع.

هذا وقد حددت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الصادر في ١٩٤٩م والذي ألغى بقانون السلطة القضائية في ١٩٦٥م المقصود بماهية الأحوال الشخصية، فهي تشمل الحالة والأهلية والولاية والوصاية والحجر والمواريث ونظام الأسرة من خطبة وزواج، وطلاق، ونفقات، ولكن أصبح بعد ذلك المقصود بمسائل الأحوال الشخصية لتطبق فيها قواعد موحدة على المسلمين وغير المسلمين. وقد كانت المحاكم الشرعية المنوط بها تطبيق الشريعة الإسلامية، والمجالس المليية كانت تطبيق الشرائع الطائفية، ولكن في عام ١٩٥٥م تم إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية، وأصبح الاختصاص المحاكم العادية لتطبيق قواعد الدين كمصدر رسمي أصلي إذا كان النزاع خاصاً بأحد مسائل الأحوال الشخصية، ولتطبق المصادر الأخرى القانون في غير مسائل الأحوال الشخصية بما فيها مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي وليس أصلي في غير مسائل الأحوال الشخصية.

## **المبحث الثاني**

### **المصادر الرسمية الاحتياطية**

لقد حدد المشرع المصري في المادة الأولى من القانون المدني مصادر القانون، وأن النصوص التشريعية تطبق على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا

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

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

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

ثالثاً: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة  
وسنعرض لكل مصدر من المصادر الاحتياطية آفة البيان في  
مطلب مستقل.

## المطلب الأول

### العرف

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

ولقد كانت للعرف أهمية كبيرة كمصدر للقانون في المجتمعات  
القديمة نظراً لبساطة الحياة وقلة المعاملات ولعدم وجود سلطة عليا  
تقوم بتنظيم شؤون الجماعة عن طريق وضع قواعد قانونية لتنظيم

العلاقات بين أفرادها مع إجبارهم على احترام هذه القواعد بالنص على عقوبات أو جزاءات معينة عند مخالفتها. وتطور القواعد العرفية يتم تلقائياً بمجرد حدوث تغير في العلاقات الاجتماعية التي تحكمها.

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

### ولتناول العرف يجب التعرض للنقاط التالية:

أولاً: أركان العرف.

ثانياً: مزايا العرف وعيوبه.

ثالثاً: أهمية العرف في القانون المصري.

رابعاً: القوة الملزمة للعرف.

خامساً: العرف والعادة الاتفاقية.

وسنوالى بالشرح كل نقطة من النقاط سالفة الذكر.

### أولاً: أركان العرف

يقصد بالعرف كما سبق هو اعتياد الأفراد على إتباع سلوك معين

في مسألة معينة، مع توافر العقيدة لديهم على إلزامية هذا السلوك بحيث يتعرض من يخالف هذا السلوك الجزاء مناسب.

### ويتضح لنا من التعريف السابق للعرف أنه له ركنين اثنين:

١. الركن المادي للعرف.

٢. الركن المعنوي للعرف.

#### ١ - الركن المادي للعرف:

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

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

#### أ) صفة العمومية:

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

ويقصد بصفة العموم في الاعتياد كركن مادي للعرف أن تكون العادة أو السنة متبعة من أغلبية أفراد الجماعة، بحيث لا يقتصر إتباعها على شخص معين بذاته أو

أشخاص معينين بذواتهم، فلا يكفي مثلاً لتكوين قاعدة عرفية بين الطلاب أو الأساتذة أن يعتاد طالب معين أو قلة من الطلاب على سلوك معين في مسألة معينة أو أن يعتاد أستاذ معين أو عدد من الأساتذة على نهج محدد بشأن مسألة محددة ينبغي أن يدرج على إتباع هذا السلوك أو ذاك غالبية الطلاب أو الأساتذة حتى يمكننا القول بأن ثمة قاعدة عرفية تحقق لها ركنها المادي بين طائفة الطلاب أو الأساتذة.

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

ويرجع ذلك إلى أن العرف قد يكون عاماً يجري إتباعه في كل أرجاء الدولة، فيسمى بالعرف العام أو الشامل، وقد يكون تطبيقه مقصوراً على إقليم معين دون غيره من أقاليم الدولة، فيسمى بالعرف المحلي أو يكون متعلقاً بطائفة معينة دون سواها من طوائف المجتمع (كالأعراف السائدة بين التجار أو الصناع أو الزراع أو غيرهم من الطوائف الأخرى) فيسمى بالعرف الطائفي، وقد يكون العرف خاصاً بأصحاب مهنة معينة أو حرفة محددة كالأعراف

الشائعة في مهنة المحاماة أو الطب أو الصيدلة أو التجارة أو السباكة فيسمى بالعرف المهني أو الحرفي. وقد يكون العرف خاص بشخص واحد معين بصفته لا بذاته واسمه، كالعرف الذي ينشأ من اعتياد ملك أو رئيس دولة أو وزير أو غيرهم من الأشخاص الذين يشغلون مناصب قيادية، على اتباع سلوك معين في مجال محدد من المجالات، ويتكرر منه هذا السلوك حتى يعتقد بالزاميته، فيصير سلوكه هذا بمرور الوقت عرفاً لمن يخلفه.

#### (ب) صفة القدم:

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

ولا يوجد معيار محدد يمكن الاستناد إليه في تحديد المدة الزمنية اللازمة لاكتساب السلوك أو العادة لوصف القدم، فالأمر يختلف باختلاف العادات وباختلاف ظروف الجماعة التي نشأت فيها، ولذلك تترك هذه المسألة لتقدير القاضي فهو الذي يقدر كفاية أو عدم كفاية المدة التي اعتاد الأفراد خلالها على إتباع هذه العادات لوصفها

بطابع القدم، باعتبارها من مسائل الواقع التي يستقل القاضي بتقديرها دون رقابة عليه من محكمة النقض.

(ج) صفة الثبات والاستقرار:

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

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

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

فالاعتیاد الذي يفتقر إلى وصف الثبات والاستقرار لا يمكن أن يحقق الركن المادي اللازم لتكوين العرف، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا

يوجد في مصر عرف يقضي بأن الزوج هو وكيل عن زوجته في معاملاتها المالية لمجرد أنه زوج لها إذ ليس ثابت وجود عرف مستقر في هذا الخصوص".  
ولا شك أن مسألة ثبات العادة كمسألة القدم تعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه فيها من محكمة النقض، طالما أن استخلاصه لها سائغا ومقبول.

(د) عدم مخالفة النظام العام والآداب:

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

"فالعرف الذي يناهض المبادئ الأساسية في المجتمع يعد عرفاً فاسداً، لا يعتد به قانوناً ولا يمكن أن تتولد عنه قاعدة قانونية، حتى وإن توافرت فيه أوصاف الاعتياد اللازمة للركن المادي في العرف ورسخ في نفوس بعض الأفراد الاعتقاد بالزاميته فتحقق له العنصر المعنوي

للعرف، فعلى سبيل المثال يشيع في بعض أقاليم الدولة عادة الأخذ بالتأثر وهي عادة عامة في هذه الأقاليم وتتسم بالثبات والقدم، فضلاً عن استقرارها في نفوس أفراد هذه الأقاليم، ومع ذلك لا يمكن أن يتولد عنها النفس عرف واجب الاحترام قانوناً لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة في المجتمع الذي يجعل سلطة الثواب والعقاب من اختصاص الدولة فقط، وإلا شاعت الفوضى والاضطراب في المجتمع إذا ما ترك للأفراد مزاحمة الدولة في مباشرة هذه السلطة".

ويجب الإشارة إلى أن فكرة النظام العام أو الآداب فكرة مرنة قابلة للتغيير، وأن العرف العام قد يسهم في تعديلها أو تغييرها في بعض جوانبها، فمن المتصور أن ينشأ عرف مخالف لهذه الفكرة في بعض مبادئها. في بادئ الأمر، ثم يشيع هذا العرف في المجتمع بأسره فيساهم ذلك في تعديل هذه الفكرة، فكم من عادة كانت في مطلع ظهورها ونشأتها مناهضة لجانب ما من جوانب فكرة النظام العام أو الآداب، ثم استمرت نتيجة لتغير مفهوم النظام العام أو الآداب بشأنها، مثال ذلك عادة الوساطة في عقد الزواج والتي كان ينظر إليها في بادئ الأمر على أنها عادة تتجافي مع مبادئ الأخلاق في المجتمع،

ثم ما لبثت أن استقرت كعرف واجب الاحترام قانوناً بعد أن تغير مفهوم النظام العام بالنسبة لها بسبب شيوع هذه العادة في كل أرجاء الدولة حتى صارت عرفاً عاماً أسهم في تعديل فكرة النظام العام أو الآداب العامة.

## ٢ - الركن المعنوي للعرف:

العرف لا يولد لمجرد توافر ركنه المادي. المتمثل في اعتياد غالبية الأفراد على إتباع عادة معينة في مجال معين بصورة منتظمة منذ فترة طويلة. بل ينبغي أيضاً أن يتوافر له ركنه المعنوي المتمثل في الشعور بالزامية هذه العادة وضرورتها بالنسبة لأفراد المجتمع.

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

فبدون هذا الركن المعنوي لا ينشأ العرف ويظل السلوك المعتاد

مجرد عادة أو سنة غير ملزمة للأفراد، لهم الحرية في الأخذ بها أو التخلي عنها.

وينبغي أن يكون واضحاً أن هناك فرقاً بين الشعور بالإلزام كشرط لازم لقيام العرف، وبين الإلزام كخاصية يكتسبها العرف بعد قيامه بتوافر ركنية المادي والمعنوي، باعتباره قاعدة قانونية واجبة الإلتباع من جانب الأفراد من خلال فرض جزاء مادي خارجي يوقعه المجتمع علي من يخالف مقتضى العرف.

"الشعور بالإلزام هو مظهر داخلي كامن في النفس ينبع عن إحساس الأفراد بأهمية إحدى العادات وضرورتها في تنظيم أحد جوانب حياتهم، وهذا الشعور بالإلزام يمثل الركن المعنوي اللازم لاكتساب العادة صفة العرف، فيساهم بذلك في نشأة العرف وقيامه إلى جوانب الاعتقاد الذي يمثل العنصر المادي في العرف، دون أن يفيد الحكم بأن هذه العادة أصبحت ملزمة للأفراد بحيث يوقع جزاء مادي على من يخالفها، فمثل هذا الأثر الخارجي لا يحققه الشعور بالإلزام ولكن يحققه الإلزام ذاته الذي يفرضه المجتمع".

أما الإلزام في ذاته فهو مظهر خارجي ملموس يتحقق للعادة بعد صيرورتها عرفاً مكتمل العناصر والأركان من خلال قيام المجتمع بفرض جزاء مادي معين يقترن بالقاعدة العرفية ليوقع على من يخالفها، فيحمل الأفراد على مراعاتها واحترامها جبراً عنهم، بحيث لا يترك أمر تنفيذها لإرادة الأفراد وشعورهم الذاتي بمراعاتها واحترامها

من تلقاء أنفسهم.

ثانياً: مزايا العرف وعيوبه

١- مزايا العرف:

أ) التعبير عن حاجات وظروف الجماعة:

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

ب) تلقائية تطور العرف:

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

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

٢- عيوب العرف:

أ) الغموض وعدم الدقة:

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

ب) عدم السرعة في نشأة العرف وتطوره:

لكي يوجد العرف فلا بد من إطراد سلوك الأفراد على قاعدة معينة في مسألة معينة وقت طويل حتى يعتقدون في إلزامية هذه القاعدة، ولذلك يعجز عن معالجة المسائل التي تحتاج إلى علاج سريع، كما أن العرف بطيء في تطوره، أيضاً حيث لا بد من أن يعتاد الناس على إتباع سلوك جديد في تنظيمه المسألة مما يجعله عاجزاً عن تلبية حاجات الجماعة المتطورة.

ج) الإخلال بوحدة النظام القانوني للدولة :

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

**ثالثاً: أهمية العرف في القانون المصري**

قلنا أنه وفقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني يعتبر العرف

مصدراً احتياطياً من مصادر القانون المصري، بمعنى أن القاضي يطبق النصوص التشريعية على ما يعرض عليه من نزاع فإذا لم يجد فإنه يبحث عن الحل في القواعد العرفية. تبدو أهمية العرف في القانون المصري من كونه مكملاً للتشريع أو معاوناً، بل أنه قد يخالف التشريع أحياناً.

### ١ - العرف مكمّل للتشريع:

قلنا فيما سبق أن العرف مصدر احتياطي للقانون يطبق إذا لم يوجد نص في التشريع، ولذلك فإن العرف يكمل التشريع ويسد ما فيه من نقص بمعنى آخر أن العرف يستطيع أن يلعب دوراً هاماً في سد النقص وذلك حين يتخلف تشريع عن تنظيم مسألة ما، ومن الأمثلة على ذلك أن العرف يلعب دوراً هاماً في القانون الدولي العام باعتباره مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين أشخاص القانون الدولي، ويرجع ذلك إلى عدم وجود سلطة عليا فوق الدول تصدر قواعد قانونية لتنظيم العلاقات فيما بينها، ومن ثم فإن العرف الدولي يعتبر المصدر الأصلي للقواعد التي تنظم العلاقات بين هذه الدول. كذلك يلعب العرف دوراً هاماً في نطاق القانون التجاري، فغالباً ما يعمد المشرع إلى ترك كثير من المسائل التجارية لحكم العرف.

مثال ذلك؛ افتراض التضامن بين المدنيين بدين تجاري،

جواز تقاضي فوائد على متجمد فوائد في الحساب الجاري، جواز زيادة الفوائد على رأس المال، أيضاً تسري فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ... الخ.

## ٢- العرف المعاون للتشريع:

ويعتبر العرف معاوناً للتشريع عندما تحيل النصوص التشريعية إليه لتحديد مضمون فكرة معينة أو لتفسير قصد المتعاقدين أو التعرف على نيتهما، ومن الأمثلة على ذلك ما تنص عليه المادة ٩٥ من القانون المدني من أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"، وهذا معناه أنه يستعان بالعرف لتحديد المسائل التفصيلية التي لم يتفق عليها أطراف العقد.

من ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٦٤ من أن "نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك"، ومن ثم لو أن هناك عرف يقضي بأن يتحمل البائع نفقات تسلم الشيء المبيع طبق هذا العرف بالرغم من

مخالفته للنص.

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

#### رابعاً: القوة الملزمة للعرف

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

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

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

ذهب رأي آخر إلى أن العرف ملزم، ويستمد هذا الإلزام من إرادة

المشعر الصريحة، فقد أعال المشعر صراحة إلى العرف واعتبره مصدرأ من مصادر القانون وذلك في المادة الأولى من القانون المدني عندما نصت علي أنه إذا لم يوجد تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضي العرف.

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

**ويعب هذا الرأي** ما عاب الرأي السابق، فالعرف باعتباره مصدرأ للقانون أسبق في وجوده من السلطة العامة التي لم توجد إلا بوجود الدولة الحديثة، فما أساس القوة الملزمة للعرف قبل وجود السلطة العامة؟

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

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

**ويعب هذا الرأي** ما عاب سابقه، فالعرف، تاريخياً أسبق في الوجود من القضاء، فكيف يكون القضاء أساس القوة الملزمة

للعرف.

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

**أساس القوة الملزمة للعرف هو ضرورته لتنظيم العلاقات في المجتمع:**

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

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

نخلص إلى أن العرف يستمد القوة الملزمة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده، سواء في الحالات التي لا يوجد فيها تشريع ينظم المسألة أو في الحالات التي يوجد فيها تشريع ويأتي العرف، ليطبق على المسائل التي لم يتناولها التشريع بالتنظيم.

**خامساً: العرف والعادة الاتفاقية**

قلنا أن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين مع الاعتقاد بأن

هذا السلوك ملزم، ومن ثم فإن العرف ينشأ بتوافر الركن المادي المتمثل في إطراد سلوك الناس على نحو معين فترة من الزمن، والركن المعنوي الذي يتمثل في الشعور بالزامية هذا السلوك.

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

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

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

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

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

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

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

أما العادة فهي واقعة مادية غير ملزمة في الأصل إلا إذا اتفق أطراف العقد على الأخذ بها، الأمر الذي يفترض،

بالضرورة علمهم بها، فالعادة إذا لا تلزم أطراف العقد إلا إذا علموا بها، فإذا ثبت أن أحدهم يجهلها، فلا تطبق.

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

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

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

## المطلب الثاني

### مبادئ الشريعة الإسلامية في غير مسائل الأحوال الشخصية

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

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

**الشريعة الإسلامية في ظل دستور عام ٢٠١٤م :**

حرص دستور ٢٠١٤م على أن ينص في المادة الثانية علي أن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة

الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.

وقد اختلفت الآراء في تحديد مركز الشريعة الإسلامية في ظل دستور ١٩٧١م الملغي، حيث كانت المادة الثانية تنص على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، وذهب الرأي الغالب إلى أن النص على أن الشريعة الإسلامية "مصدر رئيسي للتشريع" يمثل توجيهاً للسلطة التشريعية في أن تعتمد بصفة رئيسية على مبادئ الشريعة الإسلامية فيما تسنه من تشريعات جديدة، أما على مستوى التطبيق القانوني فإن دور الشريعة الإسلامية مقتصر على ما جاء في المادة الأولى من القانون المدني من أنها مصدر احتياطي للقواعد القانونية، لا يلجأ إليها القاضي إلا عند عدم وجود نص تشريعي أو قاعدة عرفية.

**مركز الشريعة الإسلامية بعد تعديل المادة الثانية من الدستور:**

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

وقد اختلف الرأي في تفسيره "المصدر الرئيسي للتشريع" فذهب رأي إلى أن المادة الثانية من الدستور سواء قبل التعديل أو بعد التعديل، تتضمن توجيهاً للمشرع المصري (مجلس النواب) بالاهتمام بالشريعة

الإسلامية كمصدر للقانون، فإذا أراد تنظيم مسألة معينة عليه أن يبحث في الشريعة الإسلامية لمعرفة ما إذا كانت قد تعرضت لهذه المسألة بالتنظيم، فعليه عندئذ أن يصوغ أحكامها في نصوص تشريعية محددة يلتزم القضاء الحكم بمقتضاها، وحتى تتم صياغة أحكام الشريعة الإسلامية، وتصدر في صور تشريع، فإن هذا التعديل لا يترتب عليه أن إخلال بالترتيب السابق للمصادر الرسمية للقانون.

وذهب رأيي إلى أن هذا التعديل يحمل أمراً المشرع المصري بتطبيق الشريعة الإسلامية وليس عند الاهتمام بها كمصدر القانون. وترتيباً على ذلك، فإن المشرع المصري ملزم بأن يستمد التشريع الوضعي من الشريعة الإسلامية بحيث يعتبر النص المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية نصاً غير دستوري لا يجوز العمل به، ويستوي في ذلك أن يكون هذا التشريع المخالف لأحكام الشريعة قد نفذ الدستور بعد نفاذ الدستور أو كان قائماً وقت نفاذ الدستور.

ويتفق رأي ثالث مع الرأي سابق الإشارة إليه في أنه يجوز الطعن بعدم دستورية التشريعات التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، يستوي في ذلك أن يكون التشريع عادياً أو فرعياً، لكن هذا الطعن لا يجوز إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على تعديل المادة الثانية من الدستور.

أما التشريعات السابقة على تعديل هذه المادة، فإنها تظل قائمة

ونافذة، بمعنى أن التعديل الدستوري لسنة ١٩٨٠ لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد هذا التاريخ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فإنها تكون بمنأى عن الرقابة الدستورية.

## المبحث الرابع

### مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

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

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

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

وعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد رأيه للتوصل إلى حل النزاع المعروض حيث لا يجوز له أن يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود

نص قانوني، وحتى لا يعد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة. ولذا قيل بأن المشرع قد أراد أن يهيئ للقاضي مصدراً مرناً طبعاً، يتيح له فرصة الاجتهاد بغية الوصول إلى الحل العادل للنزاع، وهكذا، فإن مهمة القاضي قد تقترب من مهمة المشرع في هذه الحالة لأن القاضي يبحث ويجتهد ليصل إلى القاعدة واجبة التطبيق، لكن اجتهاده هنا، مؤسس على اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص، فيرجع إلى القواعد الكلية التي تستمد من القانون الطبيعي أو قواعد العدالة مسترشداً كما قلنا. بالقانون المقارن وأحكام القضاء والمبادئ العامة للقانون.

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

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

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

وبمعنى آخر. وكما سبق القول. فالعدالة هي المساواة في المعاملة

في الحالات المتماثلة، فلا يكون هناك أفضلية لشخص على آخر أو محاباة لطائفة على أخرى، بحيث يشعر كل فرد من أفراد المجتمع بالإنصاف.

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

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

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

١- هناك خلافاً لم يحسم بعد، حول فكرة القانون الطبيعي، فهو فكرة غير محددة، غامضة، بل أن البعض قد تساءل عما إذا كان هناك حقاً ما يسمى بالقانون الطبيعي، أما العدالة فهي شعور يختلف باختلاف البلاد والأشخاص أكثر منها فكرة ثابتة محددة، وهذا الشعور، وإن خفف من عدم

مرونة القانون في حلة معينة، فإنه لا ينهض لإكمال نصوصه.

٢- عندما تسأل عن المقصود بالإحالة إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فماذا يقصد؟ نقول أنه وفقاً لما صرحت به المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد، نجد أن المشرع لم ينص رد القاضي إلي ضابط يقيني، وإنما هي دعوة للاجتهاد، بمعنى أن القاضي أن يجتهد رأيه ليحسم النزاع المعروض، حتى لا يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني، كل ما في الأمر، أن اجتهاده يجب أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص، فالإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذاً، لا تمدنا بقواعد قانونية، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الرسمية الأخرى، فكيف يكون مصدراً رسمياً للقانون؟

٣- وعند وضع القانون المدني الجديد فقد كان من الواضح عن مناقشة هذا الموضوع، فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أن هناك خلافاً عليها، فقد رأى البعض استبعادها، ورأى البعض استبدالها بفكرة أخرى إيجابية موضوعية، ولتوضيح ذلك نجد أنه لما أنشئت المحاكم المختلطة، فقد جاء في المادة ٥٢ من اللائحة. لائحة ترتيب المحاكم المختلطة أنه "إذا لم يوجد في القانون نص ينطبق على

الحالة المعروضة أو كان النص قاصراً أو غامضاً يتبع القاضي مبادئ القانون الطبيعي كمصدر، فإن هذا لم يتكرر فيما بعد"، فعندما أنشئت المحاكم الأهلية جاء في المادة ٢٩ من لائحة ترتيبها أنه ان لم يوجد نص صريح في القانون يحكم بمقتضى قواعد العدالة، فلم يشر المشرع هنا إلى القانون الطبيعي.

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

بعبارتي القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

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

هل معنى هذا أن المشرع قد اعتنق فكرة القانون الطبيعي الذي هو مجموعة المبادئ والقواعد التي تقوم عليها القوانين؟ وهل معنى ذلك أن يندمج في القانون الوضعي ذاته؟ وإذا كان كذلك فهل يمكن القول بأن للقانون الطبيعي وجود مستقل؟ أو هل هناك حقاً ما يسمى بالقانون الطبيعي؟ أن المشرع في رأينا. قد استخدم مصطلح مبادئ القانون وقواعد

العدالة، دون أن يحدد معناه، وما ذلك إلا لأن فكرة القانون الطبيعي، فكرة غامضة، غير محددة، وكان أجدد بالمشرع أن يتخلص منها.

٤- إن ما يدعونا إلى طرح فكرة القانون الطبيعي جانباً،

ليس فقط لأنها فكرة غامضة، تستعصي على التحديد، ولكن لأننا. حقاً لسنا بحاجة إليها، فمبادئ الشريعة الإسلامية والتي أحوالت إليها المادة الأولى من القانون المدني، تستغرق. في رأينا. فكرة القانون الطبيعي، لأن ما أوحى به الله عز وجل، إنما يمثل العدل المطلق، والكل المطلق، والمثالية المطلقة، فكيف نترك ما هو يقيني ومنضبط، ونلجأ إلى فكرة غيبية، غير محددة، نلتمس فيها قواعد العدل والإنصاف، وننسى أن الدين السماوي. مطلق الدين، به من القواعد ما يصلح حال البشر، الآن وإلى أن يرث الله، عز وجل الأرض ومن عليها.

٥- إنه حتى وإن كان غير صحيح. وإن كنا في حاجة إلى فكرة

القانون الطبيعي إن وجدت يجب أن توضع في موضعها الصحيح فيجب أن يدرس القانون الطبيعي بمناسبة البحث عن أساس للقانون، أي العوامل الجوهرية التي منها يتكون القانون أو المادة الأولية للقانون، ولا يكون محل دراسته المصادر الرسمية للقانون، بمعنى آخر، إذا أردنا الدقة فيمكن أن يسمى بالمصدر المادي أو الموضوعي للقانون، لا المصدر الرسمي.

## الفصل الثاني

### المصادر التفسيرية

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

### المبحث الأول

#### الفقه

الفقه في اللغة هو العلم بالشيء والفهم له، وفي الاصطلاح القدرة على فهم واستنباط الأحكام من أصولها ومصادرها، ولفظ الفقه في الدراسات القانونية قد يعني علماء القانون أو مجموعة الآراء التي تصدر عن فقهاء القانون، فالفقه عبارة عن مجموعة الآراء التي يبدونها علماء القانون بهدف شرح القانون وتفسيره ونقده في مؤلفاتهم أو في بحوثهم أو في فتاواهم أو في تعليقاتهم على أحكام القضاء ويمكننا ملاحظة أهمية الفقه فيما يتعلق بالقاضي والمشرع، فكثيراً ما يسترشد القاضي، بآراء الفقه، لمعرفة حكم القانون لأن الفقه يكشف غموض القواعد القانونية بما يقوم به من شرح وتحليل ونقد ومقارنة المواد مع بعضها والرجوع إلى مصادرها التاريخية، وترتيباً على ذلك يتضح للقاضي غموض نصوص القانونية، فيتمكن بذلك من

تطبيقها التطبيق السليم.

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

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

وتاريخياً نجد أن الفقه قد لعب دوراً هاماً في القانون الروماني، بل أكثر من هذا فقد كان لبعض الفقهاء الحق في إصدار فتاوى ملزمة للقاضي وقد اعترف بالفقه كمصدر رسمي للقانون الروماني في بعض مراحل تطوره.

كذلك لعب الفقه دوراً هاماً في الشريعة الإسلامية، وذلك بعد وفاة الرسول ﷺ فقد قام الفقه بتفسير القرآن الكريم وبيان أحكام الشريعة الإسلامية فيما يصدره من فتاوى للناس، وأيضاً حالياً نجد أن الفقه يلعب دوراً هاماً ومحورياً فيما يتعلق بالقوانين الحديثة ومسألة تطور الفكر القانوني، فالفقه يتصدى للمشاكل القانونية الجديدة كما در مجال المعلوماتية، ويقدم آراء عظيمة يسترشد بها لوضع الجديدة.

## المبحث الثاني

### القضاء

يطلق لفظ القضاء ويراد به أحد المعاني الآتية :

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

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

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

والقضاء بهذا المعنى الأخير يلعب دوراً هاماً كمصدر رسمي للقانون في البلاد التي تأخذ بمبدأ السوابق القضائية، بمعنى أن المحاكم عندما تقرر مبدأ معيناً بصدد مسألة معينة فإنها تلتزم في قضائها بهذا المبدأ القانوني الذي قرره وذلك في القضايا اللاحقة كما أنها تكون ملزمة بالأحكام التي أصدرتها المحاكم الأعلى درجة ففي بلاد كإنجلترا يبحث القاضي في السوابق القضائية ليتعرف على القاعدة التي حكم فيها القضاء في الحالات المشابهة.

أما في البلاد التي لا تأخذ بالسوابق القضائية كفرنسا ومصر فإن المحكمة لا تلتزم بما تصدره من أحكام إلا في القضايا التي صدر فيها أما في غيرها من القضايا فلا تكون ملزمة، لا للمحكمة التي أصدرت الحكم ولا لغيرها من المحاكم حتى ولو كان مصدر الحكم هي محكمة أعلى درجة "محكمة النقض" هذا من الناحية القانونية، وإن كان من الناحية العملية فإن المحاكم تتبع قضاء محكمة النقض باعتبارها. المحكمة الأعلى درجة، فالقضاء إذاً مصدر تفسيري للقانون، وأحكام المحاكم مهما علت درجاتها لا تقيد المحاكم التي أصدرتها ولا المحاكم الأدنى درجة.

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

**ويذهب بعض الفقه إلى أن القضاء قد يلعب من الناحية العملية دوراً في خلق القواعد القانونية، وذلك بتكم صلاته بالحياة الاجتماعية وظروف المجتمع المتغيرة فإنه قد يسلك مسلكاً معيناً، في تفسير التقاعد القانونية ويترد على هذا المسلك فتظهر بذلك قاعدة قانونية**

جديدة تختلف عن القاعدة التي جرى العمل بها، مثال ذلك ما أخذه القانون المدني الجديد عن القضاء المصري كأحكامه في التعسف في استعمال الحق، والملكية الشائعة، والتزامات الجواز... الخ.

## الباب الرابع

### تطبيق القانون وتفسيره

قلنا أن الدولة الحديثة تقوم على مبدأ الفصل بين السلطات، ومن ثم فقد جعل الدستور للسلطة التشريعية (مجلس النواب) الاختصاص الأصلي في سن القوانين في الدولة، أما السلطة التنفيذية فقد أناط بها سلطة تنفيذها، وعهد أخيراً إلى السلطة القضائية مهمة تطبيقها. فالقانون إذاً، يصدر من السلطة التشريعية، لتطبقه السلطة القضائية وهي سلطة مستقلة تتكون من قضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، كما أنه يتمتع على أية سلطة أن تتدخل في أعمال السلطة القضائية حتى تتحقق العدالة، والتي لا يمكن أن تتحقق إلا بتوفير الاستقلال الكامل في العمل القضائي، ولذلك فالقضاة غير قابلين للعزل وينظم القانون مساءلتهم تأديبياً.

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

فتفسير القانون، يعني الكشف عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وتحديد مضمونها وشروط انطباقها على الواقعة المعروضة أمام القضاء، ومن المسائل التي تدرس في هذه المناسبة التعريف بالجهاز الذي يتولى تطبيق القانون، ونطاق تطبيق القانون ما

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

✓ الفصل الأول: الجهاز القضائي في مصر.

✓ الفصل الثاني: نطاق تطبيق القانون.

✓ الفصل الثالث: تفسير القانون.

## الفصل الأول

### الجهاز القضائي في مصر

ينقسم الجهاز القضائي (المحاكم) في مصر إلى جهتين:

✓ الأولى: جهة القضاء العادي.

✓ الثانية: جهة القضاء الإداري.

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

### المبحث الأول

#### القضاء العادي

وجهة القضاء العادي هي الجهة صاحبة الاختصاص الأصلي والعام أي أنها تختص بكافة المنازعات إلا ما يجعله القانون من اختصاص جهة أخرى.

وتتكون جهة القضاء العادي من محاكم تتدرج فيما بينها بحسب الاختصاص المحلي والنوعي لكل منها.

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

فمحكمة النقض تسهر على صحة تطبيق القانون ولا شأن لها

بمسائل الواقع، أي لا تنظر وقائع الدعوى، ولذلك فهي ليست درجة من درجات التقاضي، لانهصار مهمتها في مراقبة تطبيق المحاكم العادية للقانون، فهي إذا محكمة قانون.

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

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

### وينقسم القضاء العادي إلى قضاء مدني وقضاء جنائي.

#### **القضاء المدني:**

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

#### **المحاكم الجزئية:**

وتوجد في دائرة كل مركز أو قسم، وتشكل من قاضي فرد، وتختص

بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها أربعون ألف جنيه، والحكم هنا ابتدائي ويمكن استئنافه. أما إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة آلاف جنيه، فإن حكمها يكون انتهائياً أي لا يستأنف، وقد أسند لها المشرع بجانب ذلك الفصل في بعض الدعاوى كدعاوى القسمة ووضع اليد ومنازعات الري والصرف.

### **المحاكم الابتدائية أو الكلية:**

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

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

كما تختص المحكمة الابتدائية، بصفتها محكمة استئنائية أي محكمة ثاني درجة. بالنظر في الطعون المرفوعة إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية.

### **محاكم الاستئناف:**

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

وتشكل كل محكمة من ثلاث من المستشارين، وتختص باعتبارها محكمة ثاني درجة، بالنظر في الطعون المرفوعة إليها عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم الابتدائية.

### **القضاء الجنائي:**

#### **- محاكم الجنج:**

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

#### **- محاكم الجنج المستأنفة:**

تختص المحكمة الابتدائية بجانب اختصاصها السابق بنظر المرافعات التي ترفع أمامها في الأحكام الصادرة من محكمة الجنج، ويصدر الحكم من ثلاثة قضاة وتسمى بمحكمة الجنج المستأنفة في هنا محكمة ثاني درجة.

#### **- محاكم الجنايات:**

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

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

## المبحث الثاني

### القضاء الإداري

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

والمحكمة الإدارية العليا، توجد على رأس محاكم القسم القضائي،  
وقد أسند إليها مهمة التعقيب على جميع الأحكام، فهي كمحكمة  
النقض بالنسبة للقضاء العادي، ويقع مقرها في مدينة القاهرة،  
ويرأسها رئيس مجلس الدولة، وتتكون من عدة دوائر، أما محكمة  
القضاء الإداري وتختص كقاضي أول درجة بنظر المنازعات  
الإدارية، وكقاضي استئناف بالنسبة لأحكام المحاكم الإدارية، ويقع

مقرها في مدينة القاهرة، ويجوز بقرار من رئيس مجلس الدولة إنشاء دوائر لها في المحافظات، وقد صدرت قرارات بالفعل بإنشاء دوائر لها في الإسكندرية، المنصورة، أسيوط، بورسعيد، الإسماعيلية، طنطا، قنا، وتصدر أحكامها من دوائر تشكل من مستشار مساعد رئيساً، واثنين من النواب كأعضاء ويمكن استئناف أحكامها أمام محكمة القضاء الإداري.

وأخيراً المحاكم التأديبية، وتختص بمحاكمة الموظفين عن المخالفات المالية والإدارية.

## الفصل الثاني

### نطاق تطبيق القانون

إذا وجدت القاعدة القانونية، كانت واجبة التطبيق، وأصبح واجباً على كل فرد من أفراد المجتمع توجيه سلوكه على مقتضاها، وإذا ثار النزاع بين الأفراد، فلا بد من اللجوء إلى السلطة المختصة بفض المنازعات وهي السلطة القضائية، فهي وحدها صاحبة الحق كما سبق القول. في فحص الوقائع المعروضة عليها، وتطبيق القاعدة القانونية الملائمة، واختيار الجزاء الذي تراه مناسباً. فإذا ما صدر الحكم، أصبح واجب التنفيذ، وتتولى هذا الأمر السلطة التنفيذية.

وقد قلنا فيما سبق، أن القاعدة القانونية ملزمة للكافة، ولا يجوز الأحد أفراد المجتمع، أن يتذرع بجهل القاعدة القانونية، ليفلت من انطباقها عليه، ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف لا يفترض في أحد الجهل بالقانون أو مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون. فجهل القاعدة القانونية لا يصلح إذا عذراً، وتسري القاعدة القانونية في حق جميع المخاطبين بأحكامها، من علم بها ومن جهلها على السواء.

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

- ✓ المبحث الأول: نطاق تطبيق القانون من حيث المكان.
- ✓ المبحث الثاني: نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان.

## المبحث الأول

### نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

#### ✓ مبدأ إقليمية القوانين:

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

#### ✓ مبدأ شخصية القوانين:

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

نخلص إلى أنه إذا كان من نتائج الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين امتداد تطبيق قانون دولة معينة على كل ما يوجد من أشخاص وأشياء على إقليمها، وعدم امتداد تطبيقه خارج حدود إقليم هذه الدولة، فإن

مبدأ شخصية القوانين يسمح على العكس بتطبيق قانون الدولة على جميع رعاياها سواء كانوا موجودين على إقليمها أم على أقاليم دول أخرى.

### التعارض بين مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية:

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

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

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

### الأصل هو مبدأ الإقليمية للقوانين:

نظراً لأن الدولة لا تملك سلطة حقيقة إلا على إقليمها، بما يسمح لها بممارسة سيادتها على كافة الأفراد الموجودين عليه سواء أكانوا

وطنيين أم أجنب، ونظراً لأن الدولة لا تملك حق ممارسة سلطتها هذه خارج إقليمها، وإلا أصطدم ذلك بحق دولة أخرى في السيادة على إقليمها، مما يجعل سلطة الدولة غير فعالة في السيطرة على مواطنيها بسبب وجودهم خارج إقليمها، فإنه كان من الطبيعي أن يسود مبدأ إقليمية القوانين، إلا أن هذا المبدأ لا يصلح إلا في المجتمعات البسيطة كالمجتمعات البدائية. حيث لا يوجد أي تعاون أو تبادل أو انتقال فيما بينها، لذلك كان لظهور التعاون بين الدول، وانتشار التجارة الدولية، وتقدم المواصلات مع ما ترتب عليه من انتقال الأفراد بين الدول أثره في التخفيف من غلواء التمسك بمبدأ السيادة من جانب كل دولة، فقد رُوي أن تطبيق الدولة لقوانينها، تطبيقاً شاملاً ومطلقاً على كل من يوجد على أرضها، قد يمس في بعض الأحيان الرعايا الأجانب المقيمين على أرضها، لاختلاف العقائد أحياناً، واختلاف الأعراف والتقاليد أحياناً وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية.

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

فمبدأ إقليمية القانون يمثل القاعدة العامة، حيث إن لكل دولة حق كامل في ممارسة سيادتها على إقليمها، لذلك نجد أن الغالبية العظمى من القواعد القانونية في كل دولة، تسري على كل المقيمين

على أرضها مهما اختلفت جنسياتهم، ويجد مبدأ إقليمية القوانين تطبيقه الطبيعي في قواعد القانون العام، لأنها كما قلنا قواعد تمس بالدرجة الأولى سيادة الدولة واستقلالها.

فالأصل أن يسرى قانون العقوبات سرياناً إقليمياً، فنصت المادة الأولى عقوبات مصري مثلاً على أن "تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه"، فقواعد قانون العقوبات تطبق على كل من يرتكب، في مصر جريمة ولو كان أجنبياً، والعكس فمن سيرتكب جريمة في الخارج، لا يطبق عليه القانون المصري ولو كان مصرياً.

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

كذلك يسري القانون المالي سرياناً إقليمياً، فإذا مارس أجنبي نشاطاً في مصر، فإنه يخضع في نشاطه للقانون المصري، فيلتزم مثلاً بأداء الضريبة المقررة إذا كان هذا النشاط مما يخضع للضريبة.

لكن مبدأ مصلحة الدولة والأفراد، اقتضت الأخذ بمبدأ شخصية القوانين إلى جانب مبدأ إقليمية القوانين، فإذا كان الأصل أن نطاق

تطبيق قانون ما، طبقاً لمبدأ إقليمية القوانين، هو إقليم الدولة التي سنت هذا القانون دون أن يتجاوزه إلى إقليم دولة أخرى، فإن الأخذ بمبدأ شخصية القوانين يؤدي إلى سريان القانون على رعايا هذه الدولة حتى ولو كانوا على إقليم دولة أخرى.

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

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

وقد وضع المشرع المصري، قواعد تنازع القوانين من حيث كان في المواد ١٠، ٢٨ من القانون المدني الجديد، وهذه القواعد تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض فقد يفضى إعمالها إلى تطبيق القانون المصري، وقد يفضى إلى تطبيق القانون الأجنبي فمثلاً تقضى المادة ١٧ من القانون المدني على أنه "يسري على الميراث قانون المورث"، وإعمالاً لهذه القاعدة. قاعدة إسناد إذا توفي أجنبي في مصر وترك أموالاً فالقانون الذي يطبق هو القانون

الأجنبي الذي ينتمي إليه المورث بجنسيته وبالعكس، إذا توفي مصري في الخارج وترك أموالاً، طبق القانون المصري لأنه قانون المورث.

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

## المبحث الثاني

### نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

#### (تنازع القواعد القانونية في الزمان)

#### مشكلة التنازع بين القوانين المتعاقبة في الزمان:

الغاية من القانون في تنظيم الروابط والعلاقات داخل المجتمع، وهذه العلاقات وتلك الروابط دائمة التغيير والتطور بحسب الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والفلسفية التي يمر بها المجتمع، ومن ثم يجب أن يواكب القانون هذه التطورات، وهذا الأمر يحتم على المشرع ضرورة التدخل من حين لآخر، لإلغاء القواعد القانونية

التي لم تعد تلائم ظروف المجتمع وإبدالها بقواعد قانونية أخرى أكثر ملائمة وأصدق تعبيراً عن حاجات الناس ومصالحهم.

ولكن التغيير المستمر لقواعد القانون، وإن كان ضرورياً وحتمياً، إلا أنه يطرح مشكلة دقيقة وشائكة، إذ يتعين عندئذ تحديد التاريخ الذي ينتهي عنده سريان القواعد القانونية الملغية، وبيداً، اعتباراً منه سريان القواعد القانونية الجديدة، وهو ما يعرف بمشكلة التنازع بين القوانين المتعاقبة في الزمان.

**ولبيان هذه المشكلة وإلقاء الضوء على معالمها، إليك بعض الأمثلة:**

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

٢- الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية في ظل القانون المدني الحالي هي ٧٪ (المادة ١/٢٢٧ مدني)، فإذا صدر قانون جديد يجعل هذا الحد ٦٪، فما أثر هذا الحكم على عقود القرض بفائدة التي أبرمت في ظل القانون القديم؟ وهل ينطبق هذا الحكم على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون الجديد؟ وإذا افترضنا سريانه، فهل يقتصر ذلك على تخفيض سعر الفائدة

بالنسبة للآثار المستقبلية، أم يجب خصم الفائدة الزائدة عن  
السعر الجديد والتي تقاضها الدائن في الفترة الماضية منذ  
نشأة العقد؟

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

تلكم كانت أمثلة قليلة لتعاقب القوانين في الزمان وتزاحمها في  
التطبيق على الأوضاع والعلاقات القانونية الخاضعة لها.  
ولا مشكلة في الأمر إذا كانت الأوضاع والعلاقات القانونية قد  
نشأت ورتبت كل آثارها في ظل القانون القديم، إذ لا مناص عندئذ  
من القول بخضوعها لهذا القانون، ولا محل للقول على الإطلاق  
بخضوعها للقانون الجديد الذي لم يبدأ في السريان إلا بعد أن  
اكتملت وأنتجت جميع آثارها، والقول بغير ذلك يعني حدوث قلاقل  
واضطرابات في المعاملات بين الناس لا مبرر لها.

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

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

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

منهما.

وعلى ذلك، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

- ✓ **المطلب الأول: مبدأ عدم رجعية القانون الجديد.**
- ✓ **المطلب الثاني: مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد.**

## **المطلب الأول**

### **مبدأ عدم رجعية القانون الجديد**

#### **المقصود بالمبدأ:**

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

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

وقد أكدت دساتير مصر مبدأ عدم سريان القانون الجديد على الماضي، وهو ما يعرف بمبدأ عدم رجعية القانون، فقد نص عليه الدستور المؤقت في المادة ٦٦ منه، كما تضمنت نفس المبدأ المادة

١٧٨ من الدستور الملغي الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١م، وذلك بنصها على أن "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب". وقد سلك الدستور الحالي ٢٠١٤م نفس المسلك وأكدت ذلك المادة ٢٢٥ منه.

### المبررات التي يستند اليها مبدأ عدم رجعية القانون:

يستند مبدأ عدم رجعية القانون إلى عدة مبررات توجبه أهمها:

١- **العدالة:** فالعدالة تأبى أن تحاسب الناس في سلوكهم وتصرفاتهم وفقاً لقانون لم يكون سارياً وقت قيامهم بفعل أو تصرف معين، فإذا كان القانون هو مجموعة قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، وهذه القواعد مكفولة بجزاء يوقع على المخالف، فإن العدالة تقتضي أن يحاسب الناس وفقاً للقانون الساري وقت وقوع المخالفة، وليس وفقاً لقانون جديد يصدر بعد ذلك.

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

واهذار ثقة الناس في القانون.

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

### **حدود مبدأ عدم رجعية القانون الجديد:**

مبدأ عدم رجعية القانون هو مبدأ يقيد القاضي وليس المشرع، فالمشرع يستطيع في غير المسائل الجنائية والضريبية الخروج على هذا المبدأ وتقرير رجعية قانون ما، أي يسمح بسرياته على الماضي، وذلك بالنص على ذلك صراحة في التشريع، وبشرط موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب طبقاً لنص المادة ٢٢٥ من الدستور الحالي ٢٠١٤م، والأغلبية المطلوبة هنا هي أغلبية

خاصة، فلا تكفي الأغلبية العادية اللازمة لسن التشريعات وهي نصف عدد الحاضرين + ، وينبغي أن يكون للخروج على مبدأ عدم الرجعية من قبل المشرع مبررات قوية تقتضيها المصلحة العامة، كما ينبغي الاعتدال وعدم الإفراط في تقريره، لأنه يهدر الثقة في القوانين بوجه عام ويغرى الناس على الإحجام والتحفظ في التعامل. أما القاضي، فلا يجوز له أن يطبق قانون جديد بأثر رجعي ما دام هذا القانون لم يقرر صراحة سريانه على الماضي.

### الإستثناءات من مبدأ عدم رجعية القانون:

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

١- النص الصريح: فمبدأ عدم الرجعية كما سبق أن ذكرنا يقيد القاضي الذي يطبق القانون، ولا يقيد المشرع، فإله شرع إذن يستطيع، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أن ينص في التشريع الجديد، في غير المواد الجنائية والضريبية، على سريانه على الماضي، بشرط أن تكون إرادة المشرع صريحة، فلا تكفي الإرادة الضمنية، وبشرط موافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب جميعاً.

٢- القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب: فهذه القوانين تطبق بأثر رجعي وتعتبر استثناءً من مبدأ عدم رجعية القانون

الجديد، حتى لو كان في تطبيقها مساس بالحقوق المكتسبة للأفراد، وتبرير ذلك أنه لا يجوز لشخص أن يتمسك بحق اكتسبه في ظل قانون قديم متى أصبح هذا الحق مخالفاً للنظام العام والآداب وفقاً للقانون الجديد، فإذا بلغ شخص سن الرشد وهو ١٨ سنة في ظل قانون قديم، ثم صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى ٢١ سنة، فهذا الشخص يعود قاصراً تطبيقاً لأحكام القانون الجديد، بالرغم من أنه قد صار رشيداً في ظل القانون القديم، لتعلق قواعد الأهلية بالنظام العام.

٣- القوانين الجنائية الأصلح للمتهم: فالقاعدة أن القوانين الجنائية لا تسري بأثر رجعي، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون، وتقضى المادة الخامسة من قانون العقوبات بأن يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها، ومع ذلك يجوز أن تسري القوانين الجنائية الجديدة بأثر رجعي إذا كانت أصلح للمتهم بأن كانت تبيح الفعل أو تخفض العقوبة المقررة في القانون القديم، ولا يعد ذلك مساساً بالمصلحة العامة، بل على العكس، هذا الاستثناء له ما يبرره من الناحية الاجتماعية ومن الداخلية العدالة، إذ من الظلم والتناقض أن تطبق على المتهم عقوبة في الوقت الذي

يعترف فيه الشارع بعدم فائدتها أو بزيادتها على الحد اللازم، وليس من حق الجماعة أن توقع عقوبة ظهر أن توقيعها ليس في مصلحتها، إذ العقوبة تقدر بالقدر اللازم لتحقيق هذه المصلحة، وقد تقرر هذا الاستثناء في المادة الخامسة من قانون العقوبات حيث جاء بها ... ومع ذلك إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره، ولنا عودة إلى هذا الموضوع عند دراسة الحلول التشريعية المشكلة للتنازع الزمني للقوانين في القانون المصري.

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

القديم، أي القانون الذي صدرت تفسيراً له.

## المطلب الثاني

### مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون

#### تقرير المبدأ ومبرراته:

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

ويوم مبدأ الأثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد على عدة مبررات أهمها:

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

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

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

### النتائج التي تترتب على مبدأ الأثر الفوري للقانون:

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

١- كافة الأوضاع القانونية الجديدة التي تطرأ بعد نفاذه

ويسري القانون الجديد على إنشاء هذه الأوضاع وعلى انقضائها وعلى آثارها.

٢- الأوضاع القانونية الناقصة، وذلك بالنسبة للعناصر

التي تتم بعد نفاذ القانون الجديد، أما العناصر التي اكتملت في ظل القانون القديم فتظل خاضعة له، فإذا صدر قانون جديد يعدل من شروط التعيين في الوظيفة العامة، فإنه يسري بأثر مباشر على كل شخص لم يكن قد تم تعيينه وفقاً للقانون القديم، حتى لو كان قد تقدم بطلب التعيين في ظل هذا القانون، لأن التعيين لا يتم بمجرد تقديم الطلب، بل بصدور قرار من السلطة المختصة بذلك، وهذا القرار لم يصدر في ظل تطبيق القانون القديم، فيسرى عليه القانون الجديد.

٣- انقضاء الأوضاع القانونية التي لم تتحقق في ظل

القانون الجديد، فإذا صدر قانون جديد يطيل مدة سقوط حق المطالبة بحق معين، فإن المدة الجديدة تسري على كل

الحقوق التي لم تنتقض بالتقادم في ظل تطبيق القانون القديم.

٤- الآثار المستقبلية للأوضاع القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم، ويحدث ذلك بالنسبة للعقود الزمنية أو المستمرة، كعقد الإيجار وعقد العمل، فإذا صدر قانون جديد يعدل من آثار هذه العقود، فإنه يسري على آثارها الممتدة في الزمن، ما دامت القواعد الجديدة هي قواعد قانونية أمره، دون أن يعد ذلك تطبيقاً للقانون بأثر رجعي.

## الفصل الثالث

### تفسير القانون

لا يتمكن القاضي من إعمال حكم القاعدة القانونية على الحالات التي تتناولها القاعدة بالتنظيم، إلا بعد تحديد معناها، حتى يستطيع أن يتبين مدى انطباقها على الحالة المعروضة عليه، وسبيل القاضي إلى ذلك هو التفسير.

يقصد إذا بالتفسير، إزالة الغموض وما قد يوجد من لبس في حكم القاعدة القانونية، ودراسة هذا الموضوع، تقتضي التعرض لأنواعه والاتجاهات العامة فيه، وطرقه، وذلك في ثلاثة مباحث:

✓ المبحث الأول: أنواع التفسير.

✓ المبحث الثاني: الاتجاهات العامة للتفسير.

✓ المبحث الثالث: طرق التفسير.

### المبحث الأول

#### أنواع التفسير

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

#### أولاً: التفسير التشريعي

هو التفسير الذي تقوم به السلطة التشريعية التي أصدرت التشريع أو سلطة أخرى يتم تفويضها في ذلك، ويحدث هذا في الغالب عندما تختلف المحاكم اختلافاً بيناً في فهم تشريع معين، إلى حد يهدد بعدم الاستقرار في التعامل، مما يتطلب حسم الخلاف على وجه قاطع، والسبيل إلى ذلك أن يتدخل المشرع نفسه فيصدر تشريعاً يفسر التشريع الذي أثير بشأنه الخلاف، وقد يقدر المشرع، عند وضع تشريع معين ينظم مسألة معينة، أن هذا التشريع سوف يثير خلافاً في التفسير، وأنه من الأفضل حسم ما ينشأ بمناسبة تطبيقه من خلاف في الرأي فيفوض سلطة معينة بتفسير هذا التشريع.

الأصل إذاً، أن يصدر التفسير التشريعي من ذات السلطة أصدرت التشريع، لكن لهذه السلطة أن تفوض جهة أخرى غيرها للقيام بهذه المهمة.

ومن أمثلة التفسير التشريعي، الذي صدر من المشرع نفسه، المرسوم بقانون الذي أصدره المشرع المصري بتاريخ ٢ مايو ١٩٣٥ بتفسير مرسوم، أغسطس ١٩١٤م، فبعد صدور مرسوم ١٩١٤ الخاص بتقرير السعر الإلزامي لأوراق البنكنوت، وتقرير بطلان الدفع بالذهب، فسرت المحاكم المختلطة، النص الذي يقرر بطلان شرط الدفع بالذهب، بأن المقصود به هو بطلان شرط الدفع بالذهب في المعاملات الداخلية فقط، أما شرط الدفع بالذهب فيبقى صحيحاً

في المعاملات الدولية، فتدخل المشرع وأصدر مرسوماً بتاريخ ٢ مايو سنة ١٩٣٥ يفسر به مرسوم ١٩١٤ وقرر أن البطلان المنصوص عليه في مرسوم ١٩٧٤، عام ومطلق، وأنه لا يقتصر على المعاملات الداخلية، بل يشمل كذلك المعاملات الدولية.

ومن الأمثلة على التفسير الذي يصدر من سلطة مفوضة في تفسير تشريع معين، التفسيرات العديدة التي أصدرتها اللجنة العليا للإصلاح الزراعي لتفسير قوانين الإصلاح الزراعي، فقد نصت المادة ١٢ مكررة من قانون الإصلاح الزراعي، التي أضيفت إلى هذا القانون بالمرسوم بقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢، على أنه "اللجنة العليا تفسير أحكام هذا القانون، وتعتبر قراراتها في هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً وتنتشر في الجريدة الرسمية".

وقد تعطي هذه السلطة تفويضاً مطلقاً، ولا يقتصر على تفسير تشريع معين كما في الحالة السابقة. ولكن يكون لها حق تفسير القوانين بوجه عام ومن ذلك. ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩، بإصدار قانون المحكمة العليا من أن تختص المحكمة العليا "بتفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضماناً لوحدة التطبيق القضائي وذلك بناءً على طلب وزير العدل، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزماً".

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحق أصبح للمحكمة الدستورية العليا

التي حلت محل المحكمة العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. وسواء صدر التفسير من المشرع نفسه، أو من سلطة مفوضة في تفسير المشرع، فهو ملزم، ومن ثم يجب على القاضي أن يتقيد به عند تطبيق النصوص القانونية التي فسرت.

ولكن ماذا لو تجاوز المفسر نطاق سلطته في التفسير فوضع قواعد جديدة لا تحملها النصوص التي يقوم بتفسيرها؟ لمعرفة القوة الملزمة لما يصدر من تفسيرات في هذه الحالة، يجب أن نفرق بين التفسير الذي يصدر من المشرع نفسه، والتفسير الذي يصدر من سلطة فوضت فيه.

فإذا كان المشرع نفسه هو الذي تولى التفسير، فإن التفسير الذي أصدره، يعتبر ملزماً سواء كان التفسير مستفيداً بالمعنى الحقيقي للنص، أو خرج عن نطاق التفسير بأن تضمن ما لا تحتمله النصوص المفسرة، إذ تكون في هذه الحالة بصدد تعديل في التشريع والمشرع يملك تعديل ما سبق أن أصدره من تشريعات ولو كان ذلك في صورة تفسير.

أما إذا صدر التفسير من سلطة مفوضة، فإن التفسير الصادر عنها يلزم القاضي إذا لم يتجاوز نطاق التفسير الصحيح، أما إذا تجاوزت السلطة المفسرة حدود اختصاصاتها وحملت نصوص التشريع الذي تفسره ما لا يحتمله، فيعتبر عملها تعديلاً للتشريع وليس تفسيراً له، وهذا الأمر لا يملكه غير المشرع، وبالتالي يكون من حق المحاكم

ألا تلتزم به.

### ثانياً: التفسير القضائي

يطلق التفسير القضائي على ما يقوم به القاضي من تفسير للقواعد القانونية بمناسبة تطبيقه لها على الأفضية المطروحة أمامه. والقاضي وهو يفسر القانون بمناسبة الفصل فيما يعرض عليه من منازعات، يتأثر إلى حد كبير بالاعتبارات العملية والظروف الواقعية المحيطة بالمنازعات التي تثير التفسير عند الفصل فيها، وقد يميل القاضي إلى دواعي العدالة والاعتبارات العملية، فيهدر نصاً تشريعياً تحت ستار تفسيره، فيكون الحكم ملائماً ومتمشياً مع تلك الاعتبارات.

وما تتوصل إليه المحاكم من تفسيرات بمناسبة تطبيق القانون، ليس ملزماً لها كما أنه لا يلزم المحاكم الأخرى ولو كانت أدنى منها درجة، وذلك لأن المحاكم لا تضع بمناسبة تطبيقها للقانون قواعد قانونية عامة مجردة، وإنما تعطي تفسيراً جزئياً، وحلاً نسبياً لحالة معينة.

ومع ذلك فقد نصت المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن هذه المحكمة تتولى تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها.

وقد اعتبرت المادة ٤٩ من قانون المحكمة، أن ما يصدر من

تفسيرات من هذه المحكمة يعد ملزماً لجميع المحاكم.

### ثالثاً: التفسير الفقهي

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

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

وتتاول الفقيه التشريع في مجموعة وأصوله ونظرياته العامة قد يؤدي إلى تفاوته في الرأي بينه وبين القاضي، لكن لا يوجد تعارض تام بين الفقه والقضاء، فهما على العكس من ذلك يحرصان على التعاون فيما بينهما بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء.

فلا يقتصر دور الفقه على تناول النصوص القانونية بالشرح والتحليل، وإنما يتناول أيضاً أحكام المحاكم، مبيناً ما فيها من جوانب الخل والصواب.

ويفضل القضاة الرجوع إلى تفسيرات الفقه، كما أن الفقه يضع دائماً في اعتباره وهو يتناول النصوص القانونية بالتفسير ما تسير عليه المحاكم، فهذه الأحكام تمده بفروض عملية.

## المبحث الثاني

### الاتجاهات العامة للتفسير

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

- ✓ أولاً: مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص.
- ✓ ثانياً: المدرسة التاريخية أو الاجتماعية.
- ✓ ثالثاً: المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر.

#### أولاً: مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص

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

ونظراً إلى أن القواعد التشريعية ليست إلا تعبيراً عن إرادة المشرع وأن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، فيجب أن ينصرف التفسير إلى التعرف على إرادة المشرع وقت وضع التشريع.

وليست هناك مشكلة، إذا كانت عبارات النص واضحة الدلالة بحيث تكشف، بسهولة عن الإرادة الحقيقية للمشرع وحيث تستخلص هذه الإرادة من التفسير اللفظي أو اللغوي للنصوص، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الآلي للنص دون تعديل أو تأويل، فلا اجتهاد مع النص.

أما المشكلة فتثور، إذا كان النص غامضاً أو مبهماً بحيث لا يكشف عن الإرادة الحقيقية للمشرع، وفي هذه الحالة يجب البحث عما كان يقصده المشرع من استعمال هذه الألفاظ وذلك بتقريب الألفاظ بعضها البعض الآخر، وتقريب النصوص المختلفة، وكذلك بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للنص ومصادره التاريخية.

وإذا استحال الوقوف على الإرادة الحقيقية للمشرع، فنلجأ إلى ما يسمى بالإرادة المفترضة، أي الإرادة التي يفترض المفسر أن المشرع لو عرض للمسألة التي يبحث فيها ليعبر عنها، وتستخلص هذه الإرادة المفترضة عن طريق الاستنتاج المنطقي، فعلى المفسر أن يعتمد على بعض الأمارات، كمسلك المشرع في مسألة أخرى، والسوابق التاريخية ومبادئ التشريع ونظرياته العامة.

ويؤخذ على هذه المدرسة، تطرفها في التعلق بنصوص التشريع مما أدى إلى وقف جهد التفسير على نصوص التشريع باعتباره المصدر الوحيد للقانون، والإسراف في استعمال طرق التفسير اللفظي أو اللغوي بشأنها، وقد أخذ عليها إسرافها في التمسك بحرفية النصوص

لاستخلاص إرادة المشرع ومن ثم يفترض أن للمشرع إرادة حيث لا توجد إرادة حقيقية.

### ثانياً: المدرسة التاريخية أو الاجتماعية

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

فالقانون ليس تعبيراً عن إرادة المشرع، وليس لهذه الإرادة قيمة في ذاتها، وإنما قيمتها في كونها تعبيراً عن حاجات الجماعة المتطورة. فدور المشرع ليس صنع القانون كما تذهب مدرسة الشرح على المتون، وإنما تسجيل للقانون الذي خلقته البيئة، فإذا عبر المشرع عن هذه القواعد بنصوص تشريعية، انفصلت هذه النصوص عن إرادة واضعيها، ويكون لها حياتها الخاصة المستقلة والمتصلة بالحياة الاجتماعية.

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

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

هذه الإرادة، بل وفقاً للإرادة المحتملة للمشرع، أي الإرادة التي كان يتجه إليها المشرع، لو أنه وجد في الظروف الاجتماعية والاقتصادية الموجودة عند تطبيق النص، وبهذا تتحقق للتشريع المرونة التي تجعله يساير الظروف الاجتماعية.

ولكن يؤخذ عليها أنها تفتح الباب ليدلي كل برأيه، مما يؤدي إلى الخروج بالتفسير عن وظيفته وتحويله إلى خلق للقواعد القانونية كما أن فيه توسيع غير مأمون لسلطة المفسر، فيفقد التشريع بهذا ما يميزه من انضباط يؤدي إلى استقرار المعاملات.

### ثالثاً: المدرسة العلمية

وزعيم هذه المدرسة هو الفقيه الفرنسي Gény ويأخذ البحث عن إرادة المشرع الحقيقية وقت التشريع، وذلك في حالة وجود نص تشريعي.

أما إذا لم يوجد نص تشريعي، فلا يجب البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع وقت صدور التشريع، وإنما يجب الرجوع إلى جوهر القانون ومجموعة الحقائق الطبيعية أو الواقعية والحقائق التاريخية الحقائق العقلية والحقائق المثالية التي تتكون منها مادة القانون لتستلهم منها حل المسألة المعروضة وهي ما يسمى بالبحث العلمي الحر.

فتفسير النصوص إذا، يتطلب الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية وقصده من النصوص وقت وضعها، دون أن نلجأ إلى ما يسمى

بالإرادة المفترضة، فلا يجوز أن نفترض أمر ونسبه إلى المشرع. فإذا لم توجد للمشرع في المسألة المعروضة إرادة حقيقية، لعدم وجود نص في التشريع يواجهه ما يعرض في العمل من فروض، فعندئذ نتلمس الحل في المصادر الرسمية الأخرى للقانون وأهمها العرف، فإن عجزت كل المصادر الرسمية عن إعطاء الحل اللازمة فلا يكون أمامنا إلا ما يسمى بالبحث العلمي الحر. فمدرسة البحث الحر تخالف مدرسة الشرح على المتون فيما يدعيه أنصارها من حصر مصادر القانون في التشريع، كما تخالف المدرسة التاريخية فيما تذهب إليه من تفسير التشريع وفقاً للظروف السائدة وقت التفسير للوصول إلى ما يسمى بالإرادة المحتملة لمشرع.

#### رابعاً: التفسير في القانون المصري

يبدو من نص المادة الأولى. والتي تنص على أنه "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها" أن المشرع المصري لم يأخذ بفقهاء مدرسة الشرح على المتون على إطلاقه، كما أنه تأثر بفقهاء المدرسة التاريخية أو الاجتماعية، وبفقهاء مدرسة البحث العلمي الحر. فالتشريع ليس المصدر الوحيد للقانون كما يقول فقهاء مدرسة الشرح على المتون، فعلى العكس يحيل القانون المصري القاضي إلى العرف عند عدم وجود نص تشريعي، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ

الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. والمشرع المصري هنا تأثر بفقهاء المدرسة التاريخية أو الاجتماعية.

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

### خامساً: طرق التفسير

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

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

#### ١- وجود نص صريح:

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

ويقتضي هذا الوقوف على معنى كل لفظ وتقريب الألفاظ

بعضها من البعض الآخر، فالألفاظ يفسر بعضها البعض،  
والعبرة بمجموعة العبارات وليس بكل لفظ على حده.  
على المفسر إذا متى كان النص واضحاً، أن يستخلص معناه  
من ألفاظه وهو ما يسمى بالمعنى الحرفي للنص أي من  
عبارته ومفرداته، وإذا كان للفظ معنيان، معنى لغوي، وآخر  
اصطلاحي تعين الأخذ بالمعنى الاصطلاحي إلا إذا تبين أن  
المقصود هو المعنى اللغوي.

فلفظ الزنا، يطلق ويراد به لغة، كل علاقة جنسية غير  
مشروعة بين رجل وامرأة، أما في معناه الاصطلاحي، فيطلق  
ويراد به معني أضيق، إذا لا يستخدم إلا إذا كان أحد طرفي  
العلاقة الجنسية غير المشروعة متزوجاً.

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

مثال ذلك، ما تنص عليه المادة ١٠٣٣ مدني من أنه "إذا  
كان الراهن غير مالك العقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح  
صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية" إذا نظرنا إلى  
نص هذه المادة، نجد أن يدل بعبارته على أن إقرار المالك  
يصح عقد الرهن، ويدل بإشارته على أن عقد الرهن إذا

صدر من غير مالك يعتبر قبل إقرار المالك موجوداً، فلا يتصور أن يرد الإقرار على شيء غير موجود.

وكما يستفاد الحكم من دلالة اللفظ، فإنه يستفاد من فحواه وروحه، تطبيقاً لنص المادة الأولى مدني "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها".

وللمفسر أن يستعين في حالة ما إذا كان النص مشوباً بخطأ مادي أو معنوي، أو بغموض أو نقص أو كان متعارضاً مع نص آخر، بالغاية التي يهدف النص إلى تحقيقها، وبالأعمال التحضيرية وهي مجموعة الوثائق والمستندات التي توضح الخطوات التي مر بها النص عند وضعه وله أن يرجع إلى المصادر التاريخية، فإذا كان النص مأخوذاً من قانون دولة أخرى، فإن الرجوع إلى أقوال الفقهاء، وأحكام المحاكم في تلك الدولة تساعد المفسر في الكشف عن المعنى المقصود وإذا لم يستطع المفسر. قاضياً كان أم فقيهاً. الوصول إلي المعنى المقصود للنص أو الحكم المطلوب للحالة المعروضة باستخدام الاستنتاج المنطقي سائلة الذكر كان عليه أن يلجأ إلى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية، العرف، الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد لم يكن أمامه إلا الاجتهاد من خلال مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

## ٢- حالة عدم وجود نص:

وفي هذه الحالة يتم الكشف عن حكم الحالة المعروضة بطريق المنطق والاستنتاج، وقد يتم الاستنتاج بطريق مفهوم الموافقة القياس، وقد يكون بطريق مفهوم المخالفة.

### مفهوم الموافقة أو القياس:

ومعناه إعطاء حالة غير منصوص عليها، حكم حالة منصوص عليها، لاتحاد العلة بالنسبة لهما، والقياس على نوعين القياس العادي والقياس من باب أولى.

القياس العادي: هو إعطاء حالة لم يصرح المشرع بحكمها، حكم حالة منصوص عليها، لاتحاد علة الحكم وتساويها في الحالتين، ومن الأمثلة على ذلك ما تنص عليه المادة ٣١٢ عقوبات مصري من أنه "لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعها إلا بناءً على طلب المجني عليه...".

فقيس النصب وخيانة الأمانة على السرقة من حيث الإعفاء من العقاب، لأن علة الإعفاء وهي المحافظة على كيان الأسرة وتدعيم العلاقات بين أفرادها متوفرة في الحالات الثلاث.

القياس من باب أولى: هي اعطاء حالة لم يصرح المشرع بحكمها حكم حالة منصوص عليها، لأن علة الحكم في الحالة الأولى أظهر وأقوى منها في الحالة الثانية، ومن الأمثلة على ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٧ عقوبات مصري من أن "من فاجأ زوجته حال تلبسها

بالزنا وقتلها في الحال هي ومن زني بها يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤، ٢٣٦، أي أن الزوج القاتل يعاقب هنا بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية، فلو أن الزوج في مثل هذه الحالة. ضرب زوجته ومن زنى بها، فأحدث عاهة مستديمة وهي في الأصل جناية فيجب أن تقاس هذه الحالة على حالة القتل، وتخفف العقوبة لأن الزوج أولى بالتخفيف منه في الحالة المنصوص عليها.

### مفهوم المخالفة:

هو إعطاء حالة لم ينص المشرع على حكمها عكس الحكم المنصوص عليه في حالة أخرى، لاختلاف العلة أو تخلفها، ومن الأمثلة ما تنص عليه المادة الرابعة من القانون المدني من أن "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ من ضرر" فيستنتج من هذا النص بمفهوم المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسئولاً عما ينشأ عن هذا الاستعمال من ضرر.

وإذا لم يستطع المفسر، التوصل إلى حل للحالة المعروضة عليه، باستخدام طرق الاستنتاج المنطقي السابقة، كان عليه أن يلجأ إلى مصادر القانون الأخرى كالعرف، والشريعة الإسلامية، فإن لم يجد اعتمد رأيه من خلال مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

بمعنى أن المفسر لا يلجأ إلى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية

بحثاً عن المعنى المقصود والحل المنشود، إلا إذا استنفذ سبيل الوصول إلى ما ينشده من المصدر الأول للقاعدة القانونية، التشريع، وذلك بكل وسائل التفسير التي تكلمنا عنها بما فيها القياس.

# المدخل للعلوم القانونية

## الجزء الثاني

### نظرية الحق

## المقدمة

بعد أن تناولنا في القسم الأول من هذا الكتاب نظرية القانون ، وعرفنا أن القانون هو عبارة عن مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع ، مع اقترانها بجزاء يوقع على المخالفين لها ، وهذا السلوك الذي يهتم القانون بتنظيمه يتمثل في العلاقات القانونية التي تنشأ بين أفراد المجتمع من ناحية ، أو بينهم وبين الدولة من ناحية أخرى .

تنتج هذه العلاقات القانونية حقوقاً للبعض تقابلها واجبات تقع على عاتق البعض الآخر، ويتولى القانون تنظيم هذه الحقوق والواجبات، ويعتبر الحق والواجب وجهان لعملة واحدة وهما غاية القانون وهدفه .

وكلمة الحق كثيرة الاستعمال في حياتنا اليومية ، نستشعر بمدلولها ومعناها ، إلا أنه يصعب علينا وضع تعريف قانوني جامع لها، فضلاً عن أن الحق متنوع وليس

نوعاً واحداً ، ولكل نوع خصائصه التي تميزه عن غيره ، وكذلك للحق أركان ومصادر ، وطرق استعمال ، ووسائل حماية ، وحالات انقضاء ، كل ذلك وأكثر سنتناوله ونتعرف عليه من خلال هذا البحث وذلك بتقسيمه إلى ثلاثة أبواب علي النحو التالي :

**الباب الأول : مفهوم الحق وأنواعه وخصائصه.**

**الباب الثاني : أركان الحق .**

**الباب الثالث : مصادر الحق .**

## الباب الأول

### مفهوم الحق وأنواعه وخصائصه

سنتناول من خلال هذا الباب بحول الله وتوفيقه دراسة ماهية الحق ودلالته والتعرف عليه عن قرب ، ثم نتناول أنواع الحقوق ، ثم نتحدث عن خصائص هذه الحقوق وما تمتاز به عن غيرها ، وذلك بتقسيمه إلي فصلين رئيسيين علي النحو التالي :

الفصل الأول : مفهوم الحق وماهيته .

الفصل الثاني : أنواع الحقوق وخصائصها .

## الفصل الأول

### مفهوم الحق وماهيته

لم تتوحد كلمة فقهاء القانون في تعريف الحق فقد حاول كلٍ منهم تعريف الحق من خلال رؤيته الخاصة ، فضلاً عن أننا سنحاول تعريفه لغوياً ثم نعرفه في اصطلاح الفقهاء وذلك علي النحو التالي .

**المبحث الأول : تعريف الحق في اللغة :**

**المبحث الثاني تعريف الحق في الاصطلاح :**

### المبحث الأول

#### الحق في اللغة

معنى الحق في اللغة : مصدر حق الشيء يحق إذا ثبت ووجب، فأصل معناه لغة: الثبوت والوجوب<sup>(١)</sup>، لذا أطلق الحق في اللغة على أشياء كثيرة فيها هذا المعنى ، والحق مضاد الباطل<sup>(٢)</sup> قال تعالى :

(١) ينظر : المعجم الوسيط .

(٢) ينظر : لسان العرب .

"وقل جاء الحق وزهق الباطل إن الباطل كان زهوقاً" (٣).

وقد يطلق الحق في اللغة على المال والملك والموجود الثابت ، ومعنى حق الأمر: وجب ووقع بلا شك (٤)، ويقال حق الله الأمر حقاً : أثبتته وأوجبه (٥).

## المبحث الثاني

### الحق في الاصطلاح

اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للحق وترتب على هذا الاختلاف ظهور عدة مذاهب وسنحاول فيما يلي التعرض إلى تعريف كل مذهب للحق والانتقادات التي وجهت له.

#### ١- المذهب الشخصي : ( النظرية الإرادية ):

يتزعم هذه المذهب الفقيه (سافيني) وينظر إلى الحق من خلال صاحبه فيعرف الحق بأنه " قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدّها من القانون "

(٣) ينظر : سورة الإسراء من الآية (٨١) .

(٤) ينظر : القاموس المحيط .

(٥) ينظر : الزمخشري في أساس البلاغة.

ويجعل هذا المذهب من الحق صفة تلحق صاحبه لهذا سمي بالمذهب الشخصي فوفقا لهذا المبدأ فالإرادة هي التي تنشأ الحق وهي التي تعدله وهي التي تنتهيه .

الانتقادات الموجهة للمذهب الشخصي :

انتقدت هذه النظرية بسبب أنها تربط الحق بالإرادة بينما قد يثبت الحق للشخص دون أن تكون له إرادة كالمجنون الصبي غير المميز ، الجنين ... الخ .

كما قد يثبت لشخص حقوقه دون علمه كالغائب والوارث .

فالحق ينشأ ويثبت لصاحبه دون إرادته ، أما استعمال هذا الحق فلا يكون إلا بالإرادة بالإضافة لأن المذهب الشخصي يخلط بين الحق في ذاته وبين شرط ممارسته وهو الإرادة بمعنى إذا كانت الإرادة شرطا ضروريا لمباشرة الحق فإنها تخرج بطبيعتها عن الحق ذاته فهي وسيلة لممارسة الحق ولا يمكن تعريف الحق من خلال وسيلة ممارسته ، لأن لكل من الحق ووسيلة ممارسته ( الإرادة ) طبيعة خاصة . كما تم تعريف الحق بأنه سلطة إرادية يتنافى مع واقع وجود

أشخاص إعتبارية أو معنوية ( كالشركات ، الجمعيات ... ) التي تثبت لها الحقوق شأنها في ذلك شأن الأشخاص الطبيعية على الرغم من أن الشخص الإعتباري أو المعنوي ليست له إرادة حقيقية ، ذلك أن إرادة الشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص الإعتباري هي التي تنشط في الميدان الذي يمثله فيها وأن الحقوق التي تترتب على هذا النشاط الإرادي للشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص الإعتباري تعود كلها للشخص الإعتباري ولاتعود للشخص الطبيعي الذي يمثلها والمفروض إذا كان الحق هو الإرادة أن تعود هذه الحقوق على من يباشرها أي الشخص الطبيعي لا الإعتباري . تفيد الإنتقادات السابقة أن أنصار المذهب الشخصي لم يوفقوا في تعريفهم للحق .

## ٢ - المذهب الموضوعي :

يتزعم هذا المذهب الفقيه الألماني "أهرينج " وقد سمي بهذا الإسم لأنه ينظر إلى الحق من خلال موضوعه وليس من خلال صاحبه، ولذلك يعرف أنصار المذهب الموضوعي الحق بأنه "مصلحة يحميه القانون " حيث يتضح من هذا

التعريف أن الحق في المذهب الموضوعي يتكون من  
عنصرين :

\*عنصر جوهري : هو المصلحة .

\*عنصر شكلي : هو الحماية القانونية المتمثلة في الدعوى

الانتقادات الموجهة إلى المذهب الموضوعي :

وجهت إلى المذهب الموضوعي انتقادات مست عنصره ،  
الجوهري المتمثل في المصلحة والشكلي المتمثل في الحماية  
القانونية .

حيث انتقد هذا المذهب لأنه يعرف الحق من خلال غايته ( المصلحة ) فإذا كانت المصلحة هي غاية الحق فإنها لا ترقى إلى مرتبة الحق بمعنى أن المصلحة قد توجد ويتخلف الحق ، وإلى جانب ذلك فالمصلحة أمر شخصي وذاتي يختلف من شخص إلى آخر ، فالمصلحة التي يحصل عليها شخص من نفس الشيء قد تختلف من شخص إلى آخر حسب هدف كل واحد من الشيء . والحقيقة هي أن المذهب لم يعرف الحق وإنما عرف هدفه وما يترتب عليه من حماية قانونية .

-كما انتقدت هذه النظرية من جهة أخرى لأنها تعتبر الحماية القانونية عنصراً من عناصر الحق إلا أنه لا يمكن اعتبارها كذلك في جميع الأحوال إذ الحماية تأتي بعد نشأة الحق .

### ٣- المذهب المختلط :

سمي المذهب المختلط بهذا الإسم لأنه يعرف الحق من خلال الجمع بين ما هو شرط لمباشرة الحق أخذاً بالمذهب الشخصي وبين ما هو هدف للحق أخذاً بالمذهب الموضوعي ، أي يعرف الحق من خلال التوفيق بين هاذين المذهبين ، ولذلك يعرف المذهب المختلط الحق بأنه : " إرادة ومصالحة في نفس الوقت " ، ويلاحظ أن أنصار المذهب المختلط وإن كانوا متفقين على الجمع بين عنصري الإرادة والمصالحة ، فإنهم اختلفوا حول تغليب أحد هذين العنصرين على الآخر فعرف الحق عند من يغلبون عنصر الإرادة بأنه " قدرة إرادية يمنحها القانون للشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون " .

-أما من يغلب عنصر المصلحة فيعرف الحق بأنه " مصلحة يحميها القانون ويسهر على تحقيقها والدفاع عنها قدرة إرادية معينة "

### الانتقادات الموجهة إلى المذهب المختلط :

جمع هذا المذهب في انتقاداته الانتقادات الموجهة إلى كل من المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي.

#### ٤- المذهب الحديث :

سمي المذهب الحديث بهذا الاسم لأنه أتى بتعريف مستحدث للحق استبعد منه كل من عنصري الإرادة والمصلحة كما استبعد منه فكرة الجمع بينهما ولذلك يعرف المذهب الحديث الحق بأنه " استتثار بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه " ومن هنا يتضح لنا أن الحق وفقا للمذهب الحديث يجمع بين عنصرين :

- **العنصر الأول :** وهو الإستتثار بما يتبعه من تسلط وهو يمثل جوهر الحق أي العنصر الداخلي له ويقصد به الأفراد

بالمميزات التي يخولها الحق لصاحبه كالمالك الذي ينفرد  
بالتصرف والإستعمال والإستغلال في ملكه .

- **العنصر الثاني** : وهو الحماية القانونية ، والتي تمثل العنصر الخارجي للحق ، فلا يكون الاستثناء بما يخوله من مميزات شرعياً إلا إذا تكفل بالحماية القانونية ، ويراعى أن وسيلة تحقيق الحماية القانونية هي الدعوى وهي وسيلة المطالبة بالحماية القانونية سواء قبل وقوع الإعتداء على الحق في حالة احتمال وقوعه أو بعد حصول الإعتداء على الحق فعلاً.

### تعريف الحق في الفقه المصري:

للحق في اصطلاح فقهاء القانون تعريفات كثيرة منها : " الحق هو تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستثناء التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر " (٦).

---

(٦) ينظر : المدخل إلى القانون : د / حسن كيره ص ٤٤١. منشأة المعارف بالإسكندرية . طبعة ١٩٧١م ، قريب من ذلك ينظر : الوافي : د / سليمان مرقس . ج ١ ص ٥٦٤ ، دروس في أصول القانون : د / جميل الشرقاوي . ص ٢٢٠ . دار النهضة العربية . القاهرة . طبعة ١٩٨٤م ، المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية : د / عبد الناصر العطار . ص ٣٦٠ . مطبعة السعادة .

ويمكن تعريف الحق بأنه " استثناء يقره القانون " (٧).

ويمكن تعريفه بأنه : " كل ما يثبت للشخص من  
مميزات أو مكينات أو سلطات، سواء كان الحق الثابت مالياً أو  
غير مالي " (٨).

ويمكن تعريف الحق بأنه : " قدرة إرادية يخولها  
القانون لشخص معين ويرسم حدودها " (٩).

والحق بهذا المعنى هو الذي يهمننا في هذه الدراسة  
(١٠).

وتجدر الإشارة إلي: أن العلاقة وثيقة بين "الحق"  
و"الواجب" و"القانون" فالحق لا يتمتع بوجود فعلي إلا إذا كان

---

(٧) ينظر : المدخل لدراسة القانون . الكتاب الثاني . مقدمة القانون المدني : د / أحمد  
سلامة . ص ١٥٠ . مطبعة نهضة مصر ١٩٦٣ م ، قريب من ذلك ينظر : المدخل  
للعلوم القانونية : د / توفيق حسن فرج ص ٣٣ ، موجز النظرية العامة للحق : د/  
محمد حسام محمود لطفي . ص ٢٥ . دار الثقافة للطباعة والنشر ١٩٨٨ م .

(٨) ينظر : نظرية الحق بين الشريعة والقانون : د/ عبد السلام العبادي - كلية الحقوق -  
عمان .

(٩) ينظر : فكرة الحق بين الشريعة والقانون : أستاذنا الدكتور / أبو الحسن إبراهيم علي  
محمود - ص ٢٨، ٢٩ - طبعة سنة ٢٠٠٠ م .

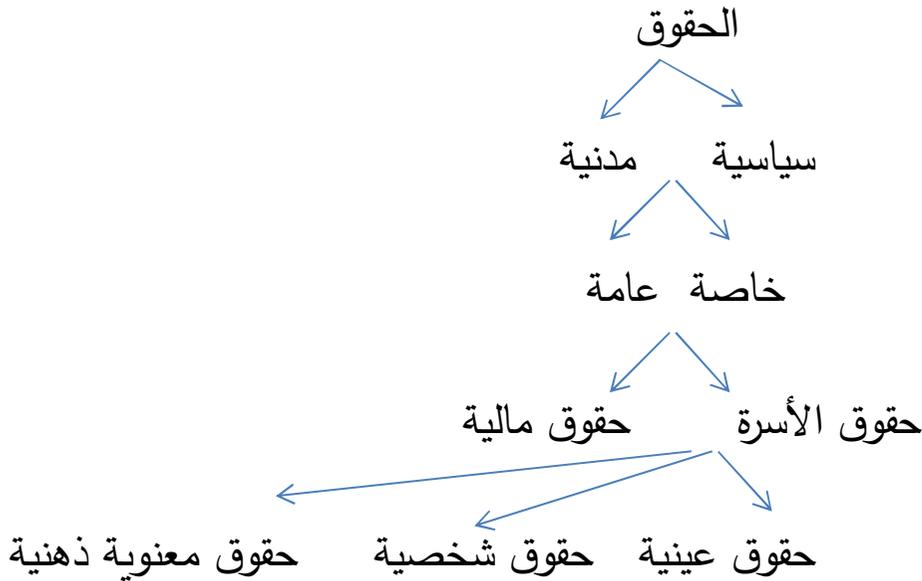
(١٠) ينظر : يتضح مما تقدم مدى صعوبة وضع تعريف جامع مانع للحق يأخذ في  
الاعتبار كافة الجوانب المختلفة .

هناك واجب والتزام مقتضاه احترام الغير لهذا الحق ، وهذا  
الواجب والالتزام نفسه لا يتقرر إلا بمقتضى القانون .

## الفصل الثاني

### أنواع الحقوق وخصائصها

تنقسم الحقوق بصورة عامة إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية وهذه الأخيرة تنقسم بدورها إلى حقوق مدنية عامة وأخرى خاصة وسنوضح هذا التقسيم من خلال المخطط التالي :



أولاً : تنقسم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية :

الحقوق السياسية : تلك الحقوق التي يقرها القانون لبعض الأفراد الذين ينتمون إلى دولة معينة لتمكينهم من إدارة شئون

المجتمع السياسي لتلك الدولة ، ويطلق علي هذه الحقوق " الحقوق الدستورية " وذلك لإقرارها عادة في الدستور .

**مثال ذلك :** حق الانتخاب ، حق الترشح لعضوية المجالس النيابية، حق تولي الوظائف العامة .

### **خصائص الحقوق السياسية :**

تمتاز الحقوق السياسية بالخصوصية بمعنى أنها حقوق خاصة بالمواطنين دون الأجانب ، فضلاً عن أنها لا تثبت هذه الحقوق لكافة المواطنين ، وإنما خاصة بمن تتوافر فيهم شروطاً معينة ، كشرط بلوغ سن معينة ، والحصول علي مؤهل معين ، وحسن السمعة والسيرة ، وعدم سبقه ارتكاب جريمة معينة ، كذلك تمتاز هذه الحقوق بالإضافة إلي كونها حقاً فهي واجباً في نفس الوقت ، يكلف به من ثبت له هذا الحق ويعاقب علي التقصير فيه .

### **الحقوق المدنية :**

وهي تلك الحقوق المقررة للمواطنين والأجانب علي حد سواء فهي حقوق مقررة لحماية الشخص في كيانه

وتمكنه من ممارسة نشاطه بشكل طبيعي ، وهذه الحقوق ضرورية وهامة لكل إنسان ولا يمكن أن يعيش بدونها ، كالحق في الحياة ، والحق في سلامة جسده علي ما سيأتي ذكره تفصيلاً ، وتتعدد الحقوق المدنية نظراً لتعدد العلاقات التي تنشأ بين الأفراد ويمكن تقسيم الحقوق المدنية علي النحو التالي :

**ثانياً : تنقسم الحقوق المدنية إلي حقوق عامة وحقوق خاصة :**

**الحقوق العامة :** وهي التي تعرف بالحقوق الشخصية وهي تلك الحقوق التي تتوفر بها المقومات الشخصية لكل إنسان ، والتي تثبت للشخص بوصفه إنساناً ، فهي لصيقة به تلازمه منذ ميلاده وحتى وفاته (١١) .

ويمكن تقسيم هذه الحقوق العامة إلي ثلاثة أقسام علي النحو التالي :

---

(١١) المادة (٥٠) من القانون المدني والتي تنص علي أنه " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء ."

## أ) الحقوق التي تهدف إلي حماية الكيان المادي للإنسان

:

هذه الحقوق المقررة للشخص علي جسمه والتي تمنع أي شخص من المساس به ، أو الاعتداء عليه بالقتل أو الضرب أو الجرح، وهو ما يعرف بمبدأ "معصومية الجسد" ، كحق الإنسان في الحياة وحقه في سلامة جسده ، وهذا الواجب أو الالتزام بعدم المساس أو الاعتداء يعتبر واجباً عاماً يقع علي عاتق جميع الأشخاص الآخرين في المجتمع ، فضلاً عن أنه التزام يقع علي عاتق الشخص نفسه ، فلا يسمح له القانون بالاعتداء علي جسده كالشروع في الانتحار، أو الاتفاق مع الغير علي قتله أو قلع عينه أو قطع أذنه ، وكل ذلك يعاقب عليه القانون ، ولو تم بناءً علي طلب المجني عليه أو رضاه ، وذلك لأن جسم الإنسان لا يقوم بالمال ولا يجوز أن يكون محلاً للتعامل .

## ب) الحقوق التي تهدف إلي حماية الكيان المعنوي

للإنسان :

هذه الحقوق لا تقل أهمية عن الحقوق التي تهدف إلى حماية الكيان المادي للإنسان ، وهي حق الإنسان في الدفاع عن عرضه وشرفه وكرامته وسمعته والحفاظ على أسرته الخاصة . ولو كلفه ذلك حياته . ضد أي اعتداء ينال منها .

وتتعدد صور الاعتداء فقد تكون عن طريق السب أو القذف أو إفشاء الأسرار أو غير ذلك من الاعتداءات ، فيستطيع من يناله ضرر بسبب هذا الاعتداء اللجوء للقضاء لمعاقبة المسئول عن ذلك ، فضلاً عن حقه في أن يطالب المتسبب بالتعويض المناسب .

### (ج) الحقوق المتعلقة بمزاولة النشاط (الحريات الشخصية)

:

وهي الحقوق التي تمكن الشخص من مزاولة نشاطه بصورة مشروعة ، هذه الحقوق يطلق عليها عادة الحريات الشخصية ، كحرية الشخص في العمل والتملك والتعاقد والتنقل والاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية وما إلى ذلك وقد كفل الدستور هذه الحقوق والحريات وضمنها العديد من نصوصه.

## خصائص الحقوق العامة :

١. هذه الحقوق والحريات تثبت لكافة الأفراد علي حدٍ سواء دون تمييز بين المواطنين والأجانب.
٢. هذه الحقوق لا تقبل التقويم بالمال ، وبالتالي لا يمكن التنازل عنها أو التصرف فيها ، لأنها تخرج عن دائرة التعامل<sup>(١٢)</sup>.
٣. هذه الحقوق لا تقبل الحجز عليها.
٤. هذه الحقوق تنقضي بوفاء صاحبها .
٥. هذه الحقوق لا تسقط بالتقادم فلا تنقضي بعدم استعمالها مهما طال الوقت .
٦. الاعتداء علي هذه الحقوق يعطي صاحبها الحق في طلب التعويض سواء أكان الضرر مادياً أم أدبياً<sup>(١٣)</sup>.

---

<sup>(١٢)</sup>المادة (٤٨) من القانون المدني والتي تنص علي أنه " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها" ، وكذلك المادة (٤٩) من القانون المدني والتي تنص علي أنه " ليس لأحد النزول عن حرите الشخصية".

<sup>(١٣)</sup>المادة (٥٠) من القانون المدني والتي تنص علي أنه " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

## الحقوق الخاصة :

وهي الحقوق التي تهدف إلي حماية المصالح الخاصة للأفراد، حني يتمكنوا من مزاوله نشاطهم ، والتي تثبت لبعض الأفراد الذين توافرت فيهم شروط اكتسابها دون البعض الآخر ، والتي تنشأ بمقتض قواعد القانون الخاص بفروعه المختلفة ، خلافاً للحقوق العامة التي ينظمها قواعد القانون العام وفروعه وفقاً لما تمت الإشارة إليه في القسم الأول " نظرية القانون " .

ويمكن تقسيم الحقوق الخاصة علي النحو التالي :

**ثالثاً : تنقسم الحقوق الخاصة إلي حقوق غير مالية وحقوق مالية :**

**الحقوق غير المالية :** ويطلق عليها " حقوق الأسرة "<sup>(١٤)</sup> ويقصد بها تلك الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة ، والتي تختلف باختلاف مركز الشخص داخل الأسرة .

---

<sup>(١٤)</sup> الأسرة : هي مجموعة من الأشخاص تربطهم رابطة القرابة سواء أكانت قرابة دم أو قرابة نسب.

مثال ذلك : حق تربية الأبناء المقرر للأب ، وحق الطاعة المقرر للزوج علي زوجته ، وحق النفقة المقرر للزوجة والأبناء ، وحق الإرث بين الأقارب .

### خصائص حقوق الأسرة :

١. تتميز هذه الحقوق بأنها حقوق غير مالية ، فلا يمكن تقويمها بالمال ، ولا يمكن التنازل عنها أو التصرف فيها ، فهي تخرج عن دائرة التعامل<sup>(١٥)</sup>.

٢. كذلك تتميز هذه الحقوق بأنها تجمع بين الحق والواجب فهي لا تراعي حساب طرف علي حساب الطرف الآخر فهي مقررة لمصلحة الأسرة ثم لمصلحة المجتمع<sup>(١٦)</sup>، فإذا كان

---

(١٥) قد تدخل هذه الحقوق في جانب منها إلي حقوق مالية كما هو الحال بالنسبة لحق النفقة والإرث ، إلا أن ذلك لا ينفي عنها أنها من الحقوق غير المالية لما لها من طابع أدبي يستند إلي رابطة القرابة التي تربط أعضاء الأسرة الواحدة ، فضلاً عن أن الجانب المالي هذا يخضع لقوانين خاصة تصدر بشأنها ، مستمدة من أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية . ينظر : المدخل لدراسة القانون . الكتاب الثاني . نظرية الحق مع الإشارة إلي أحكام الفقه الإسلامي : أستاذنا الدكتور/أبو الحسن إبراهيم علي محمود - ص ٥٣ . طبعة سنة ١٤٣٠ هـ . ٢٠٠٩ م .

(١٦) باعتبار أن الأسرة هي النواة والخلية لبناء جسم المجتمع ، فما يعود بالنفع علي الأفراد من خلال المحافظة علي مصالحهم الخاصة ، يصب بالتالي في المصلحة العامة وبالتالي مصلحة المجتمع .

للأب علي أولاده حق التربية فهو واجب عليه في نفس الوقت .

٣. كذلك تتميز هذه الحقوق بأنها تدخل في مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي فإنها لا تخضع لقواعد القانون المدني ، وإنما تخضع لقواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة الواجبة التطبيق ، أو شرائع الديانات الأخرى إن وجدت .

٤. كذلك تتميز هذه الحقوق بأنها حقوق ذات طابع أدبي يرجع إلي رابطة القرابة التي تجمع بين أفراد الأسرة .

**حقوق مالية :** وهي الحقوق التي يمكن تقويمها بالمال ، وبالتالي يجوز التعامل فيها والتنازل عنها والحجز عليها وانتقالها للورثة ، وكذلك يرد عليها التقادم بعدم استعمالها ، وتثبت هذه الحقوق نتيجة لما ينشأ بين الأفراد من علاقات ومعاملات مالية.

ويمكن تقسيم الحقوق المالية علي النحو التالي :

رابعاً : تنقسم الحقوق المالية إلي حقوق شخصية ،  
وحقوق عينية ، وحقوق معنوية :

الحقوق الشخصية : وهي تلك الرابطة التي تكون بين شخصين

يلتزم بمقتضاها المدين في مواجهة الدائن بأداء معين<sup>(١٧)</sup>.

وتجدر الإشارة : إلي أن الدائن في هذا الحق لا يمكن

أن يقتضي حقه إلا من خلال المدين ، لذا يعرف الحق

الشخصي بحق الدائنين وذلك تغليباً لجانب الدائن في هذه

العلاقة .

وتتنوع هذه الحقوق بحيث لا يمكن حصرها ، وذلك

نظراً لحرية الأفراد في الاتفاق علي ما يشاءون من حقوق

عند تنظيم علاقاتهم طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ووفقاً لما يقره

---

(١٧) ويمكن تعريف الحق الشخصي بأنه : " سلطة شخص معين هو الدائن بالحق في مطالبة المدين به بالقيام بأداء معين " ينظر : الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا : د / إبراهيم الدسوقي أبو الليل - ص ١٠٩ - بحث منشور بمجلة المحامي الكويتية - السنة الثامنة - الأعداد : يوليو / أغسطس / سبتمبر ١٩٨٥ م .

القانون ، وإن كان الأمر كذلك فيمكن تقسيم الحقوق الشخصية بالنظر إلي " محل الالتزام " علي النحو التالي :

١. التزام بإعطاء شيء : ومعناه التزام المدين بنقل أو إنشاء حق عيني علي شيء .

مثال ذلك : التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري ، والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع ، والتزام مالك العقار بإنشاء حق ارتفاق علي عقاره لمصلحة عقار آخر .

٢. التزام بالقيام بعمل : ومعناه قيام المدين بعمل معين ، وهذا الالتزام في صورته الايجابية .

مثال ذلك : التزام العامل بأداء العمل المتفق عليه لحساب الدائن، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر ليتمكن من الانتفاع بها ، والتزام المستأجر برد العين المؤجرة عند انتهاء عقد الإيجار، والتزام الممثل بالتمثيل في مسرحية معينة وفقاً للعقد الذي بينه وبين مدير المسرح.

٣. التزام بالامتناع عن عمل : ومعناه التزام المدين بالامتناع عن عمل معين كان يملك قبل هذا الالتزام القيام به ، وهذا الالتزام في صورته السلبية .

مثال ذلك : التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل أثناء قيام علاقة العمل أو بعد انقضائها بفترة محددة ، والتزام المستأجر بعدم التأجير من الباطن .

ويعتبر هذا الالتزام في صورته السلبية مبني علي خلاف الأصل إذ إن الأصل في تصرفات الإنسان في حقه الحرية ، وهذا الالتزام يقيد من حريته ، لذلك يشترط أن يتقرر بنص القانون أو بالاتفاق بين المتعاقدين متى كانا أهلاً لذلك ، ويشترط في هذا الالتزام أن يكون ممكناً لا مستحيلاً ، وأن يكون مشروعاً أي موافقاً للقانون .

### الحقوق العينية:

إن كان الحق الشخصي عبارة عن رابطة بين الدائن والمدين، لا يستطيع الدائن مباشرة سلطاته ، أو استعمال حقه إلا من خلال المدين " سلطة غير مباشرة " إلا أن الأمر

يختلف في الحق العيني فهو رابطة بين صاحب الحق والشئ محل الحق نفسه " سلطة مباشرة " فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق و الشئ موضوع الحق ، ويطلق على هذه الحقوق تسمية " العينية " لأنها متعلقة بالعين أو الشئ نفسه ، فالحق العيني يقوم علي عنصرين فقط وهما صاحب الحق ومحل الحق ، بخلاف الحق الشخصي الذي يقوم علي ثلاثة عناصر وهي الدائن . صاحب الحق . والمدين . من عليه الحق . والأداء الذي يلتزم به المدين . محل الحق . فضلا عن أن الحقوق الشخصية واردة علي سبيل المثال فهي لا تخضع لحصر ، بخلاف الحقوق العينية الواردة علي سبيل الحصر ، لذا يمكن تعريف الحق العيني بأنه : " سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء مادي معين بالذات تخوله استعماله مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص آخر"<sup>(١٨)</sup>.

---

(١٨) ويمكن تعريف الحق العيني بأنه : " سلطة يملكها صاحب الحق على الشئ محل الحق ، والتي بمقتضاها يخضع هذا الشئ لصاحب الحق بشكل يمكنه من تمتعه به ، والاحتجاج به على الكافة ". ينظر : الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا : د / إبراهيم الدسوقي أبو الليل - ص ١١١ .

وتتنوع هذه الحقوق إلي نوعين : حقوق "عينية أصلية"  
و"حقوق عينية تبعية وهو ما سنتناوله بشيء من التوضيح  
علي النحو التالي :

### أ - الحقوق العينية الأصلية :

وسميت بهذا الاسم لأنها تنشأ مستقلة ، ولا تستند في  
وجودها إلي حقٍ آخر، وتخول صاحبها سلطة مباشرة على  
شيء مادي معين تمكنه من استعماله واستغلاله والتصرف  
فيه ، وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها  
بحسب اختلاف مضمون هذا الحق، مثال ذلك : حق الملكية  
وهو ما سنوضحه علي النحو التالي :

### حق الملكية :

ذلك الحق الذي يتبوأ في مكانه قمة هرم الحقوق  
العينية الأصلية ، فقد جبل الإنسان علي حب التملك ، لذا  
فهو دائم السعي في طلبه ، ويعد حق الملكية الصورة  
والمثال الواضح للحق العيني الأصلي ، فيعتبر حق الملكية  
أوسع الحقوق من حيث السلطات التي يمنحها للمالك ،

إذ إنه يخول لصاحبه سلطة كاملة على الشيء باستعماله واستغلاله والتصرف فيه<sup>(١٩)</sup>، وقد تناولت المادة (٨٠٢) من القانون المدني هذا الحق بقولها : " لمالك الشيء وحده ، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " .

ويستمد من هذا النص أن حق الملكية يمنح صاحبه سلطات ثلاث وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف.

١. **سلطة الاستعمال** : وهي تعني استخدام الشيء فيما اعد له والحصول علي منفعه دون المساس بجوهره فاستعمال الدار بسكناها والسيارة بكوبها والكتاب بقراءته وهكذا.

وهنا يثور تساؤل هل يختلف استعمال مالك الشيء عن استعمال غيره ، وما مدي حرية المالك في الاستعمال ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول : بأن استعمال المالك لماله يختلف عن استعمال غير المالك كالمستأجر

---

(١٩) ينظر: دروس في حق الملكية والتأمينات العينية : أستاذنا الدكتور/أبو الحسن إبراهيم علي محمود - ص ٤ . طبعة سنة ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م ، الحقوق العينية الأصلية . الجزء الأول حق الملكية وما يتعلق به من أحكام : أستاذنا الدكتور/ إبراهيم إبراهيم الصالحي . ص ٦٠، ٦١، طبعة سنة ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م .

والمنتفع فبينما يباح للمالك أن يستعمل ملكه إلي الحد الذي يصل إلي استهلاكه أو إهلاكه يمتنع علي غير المالك أن يصل باستعماله إلي هذا الحد فيجب أن يقتصر في استعماله علي الحد الذي يمكنه من رد هذا الشيء سليماً أو بالحالة التي كان عليها مع مالكه الأصلي ، وذلك بعد انتهاء مدة الانتفاع أو الإيجار بحسب الأحوال ، وإذا كان القانون ترك للمالك سلطة استعمال الشيء بالكيفية التي يراها إلا أنه قيد حريته بأن يكون الاستعمال مقيداً بما يفرضه القانون وما تلتزم به الإرادة<sup>(٢٠)</sup>.

٢. سلطة الاستغلال : ومعناه الحصول علي ما يتولد أو ينتج عن الشيء من ثمار، والثمار هي ما يتولد عن الشيء

---

<sup>(٢٠)</sup> لقد فرض القانون بعض القيود علي المالك عند استعمال ملكه منها علي سبيل المثال : ما نص عليه القانون المدني في عدم استعمال الإنسان ملكه الاستعمال الذي يترتب عليه مضار غير مألوفة للجيران وذلك في المادة (١/٨٠٧) وذلك بنصها : "على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار" ، وكذلك فرض علي المالك الذي يريد أن يفتح مطلاً علي جاره أن يترك مسافة معينة تختلف باختلاف نوع المظل وعمّا إذا كان مواجهاً أم منحرفاً ، وذلك في المادة (١/٨١٩) والتي تنص علي أنه : " لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مظل مواجه على مسافة تقل عن متر " وكذلك المادة (٨٢٠) والتي تنص علي أنه : " لا يجوز أن يكون للجار على جاره مظل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المظل ."

من منافع بصفة دورية دون المساس بجوهره ، وهذه الثمار قد تتولد بفعل الطبيعة مثل نتاج الحيوان والكلأ . ثمار طبيعية . ، وقد تتولد بفعل الإنسان مثل المزروعات . ثمار صناعية أو مستحدثة . نظراً لتدخل الإنسان في استخراجها ، وهناك ثمار مدنية أو قانونية وهي عبارة عن ريع الشيء و ما يغله من دخل نقدي في مقابل انتفاع الغير به ، وذلك كالأجرة التي يحصل عليها المالك من تأجيرها لملكه وفوائد السندات وأرباح الأسهم واستخدام المالك الدار للسكن هو استعمال لها أما تأجيرها فهو استغلال لها<sup>(٢١)</sup>.

هذا وقد نص القانون المدني علي أنواع الثمار الثلاثة وذلك في المادة (٢/٩٧٨) منه والتي تنص علي ما يلي : " والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً " .

**٣. سلطة التصرف :** ومعناه سلطة مالك الشيء عليه واستخدامه استخداماً يستنفده كله أو بعضه.

---

(٢١) ينظر: دروس في حق الملكية والتأمينات العينية : أستاذنا الدكتور/أبو الحسن إبراهيم علي محمود - ص٢٧، ٢٦ ، الحقوق العينية الأصلية . : أستاذنا الدكتور/ إبراهيم إبراهيم الصالحي . ص ٧١ وما بعدها

والتصرف إما أن يكون مادياً : ومعناه قيام المالك بأعمال مادية تؤدي إلي القضاء علي مادة الشيء وذلك عن طريق استهلاكه أو التغيير والتعديل والتحويل في مادته تحويلاً لا يمكن الرجوع فيه .

مثال ذلك : هدم منزل قائم ، إقامة مبني علي أرض زراعية ، طحن القمح وتحويله إلي دقيق .

وإما أن يكون التصرف قانونياً : ومعناه قيام المالك بأعمال قانونية تؤدي إلي نقل سلطاته علي الشيء إلي شخص آخر كلياً أو جزئياً ، وسواء أكان ذلك بمقابل أو بدون مقابل.

مثال ذلك : نزول المالك عن ملكه للغير عن طريق البيع أو الهبة أو ترتيبه حق ارتفاق أو رهن علي الشيء المملوك له .

ويعد التصرف بهذا المعني صورة لتجسيد وتمييز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأخرى ، ولا تثبت إلا

للمالك فقط ولا يشاركه فيها أحد ، فهو المتحكم الوحيد في  
مصير الشيء وفي وجوده المادي<sup>(٢٢)</sup>.

**ويتميز كذلك حق الملكية بأنه : أ- حق جامع :** إذ  
يخول لصاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من  
الشيء المملوك ، والسلطات التي يخولها حق الملكية هي  
حق الاستعمال ، والاستغلال ، والتصرف كما سبق الحديث  
عنه .

**ب. حق مانع :** أي مقصور علي صاحبه دون غيره ،  
فلا يجوز لأحد آخر أن يشاركه في ملكه ، فمن حق المالك  
أن يمنع غيره من الانتفاع بما يملك ويستأثر هو وحده بجميع  
مزايا ملكه ، حتى ولو لم يترتب علي هذه المشاركة أو هذا  
الانتفاع أي ضرر للمالك .

**ج. حق دائم :** الدوام هنا متعلق بمحل الحق . فيدوم  
حق الملكية بدوام محله وينتهي حق الملكية ويزول بفناء  
محله . وليس بصاحب الحق ، فالملكية تنتقل من شخص إلي

---

(٢٢) ينظر: الحقوق العينية الأصلية . : أستاذنا الدكتور/ إبراهيم إبراهيم الصالحي . ص

آخر بأي سبب من الأسباب كالميراث مثلاً ، ومع ذلك يبقى حق الملكية موصوفاً بأنه حق دائم .

د . حق لا يسقط بعدم الاستعمال : وهذا ما يؤكد علي أن حق الملكية حق دائم ، فلا يسقط بمجرد عدم استعمال مالكة مهما طال الزمن ، وهذا ما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق الأخرى ، حقوق شخصية كانت أم حقوق معنوية فهي تسقط بعدم الاستعمال مدة محددة نص عليها القانون ، أما حق الملكية فلم يرد بشأنه نص يفيد سقوطه بعدم الاستعمال .

**وتجدر الإشارة :** إلي أن حق الملكية بالرغم من أنه لا يسقط بعدم الاستعمال ، إلا انه يمكن أن يكتسب من ناحية أخرى بالتقادم متى توافرت شروط التقادم المكسب ، وذلك عندما يقترن عدم الاستعمال من جانب المالك بحيازة الشيء محل الحق من جانب الغير .

**ب - الحقوق العينية التبعية :**

وسميت بهذا الاسم لأنها لا تنشأ مستقلة ، وإنما تستند في وجودها إلي حق شخصي آخر، وتخول صاحبها سلطة مباشرة علي مال معين بذاته مملوك للمدين استيفاءً لدينه منه.

ونظراً لاستناد الحق العيني التبعي في وجوده علي حق شخصي آخر يكون ضامناً للوفاء به ، فإنه يرتبط به وجوداً وعدمياً ، وتعتبر الحقوق العينية من أهم الوسائل الفاعلة لضمان وفاء المدين بالتزامه قبل الدائن ، فجميع أموال المدين ضامنة للوفاء بدينه ، وهو ما يعرف بالضمان العام للدائنين ، بحيث يستطيع أي واحد منهم اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري علي أموال المدين واستيفاء حقوقهم من ثمنها ، ويقف الدائنين علي قدم المساواة عند مطالبتهم بحقوقهم تجاه المدين ، غير أن الضمان العام هذا لا يوفر للدائنين الحماية الكافية إذ يستطيع المدين التصرف في أمواله ببيعها ونقلها وغير ذلك ، مما يبرز معه أهمية الحقوق العينية التبعية ، وقد وردت الحقوق العينية التبعية في القانون المدني علي سبيل الحصر فلا يستطيع الأفراد إنشاء حق عيني من

تلقاء أنفسهم لم ينص عليه القانون وهذه الحقوق هي حق الرهن الرسمي، وحق الرهن الحيازي ، وحق الاختصاص ، وحق الامتياز .

### ج- الحقوق المعنوية :

تتعدد مسميات الحقوق المعنوية فالبعض يطلق عليها الحقوق الذهنية ، والبعض يطلق عليها الحقوق الأدبية والفنية ، أيا ما كان الأمر، ولتقريبها للفهم يمكن تعريفها بأنها : " سلطات يقررها القانون لشخص علي شيء معنوي ، سواء أكان هذا الشيء هو ثمرة ونتاج ذهنه وفكره أم غير ذلك " .

إذا هي حقوق غير مادية قد ترد علي نتاج الذهن كحق المؤلف والفنان " الملكية الأدبية والفنية " ، وقد ترد علي قيمة من القيم التي تدخل في المقومات المعنوية لكيان الإنسان كحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية ، وحق المخترع علي اختراعه وما سبقه من رسوم ونماذج " الملكية الصناعية والتجارية " ، يستأثر به صاحبه ويكون له الحق في استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، لذلك تعتبر

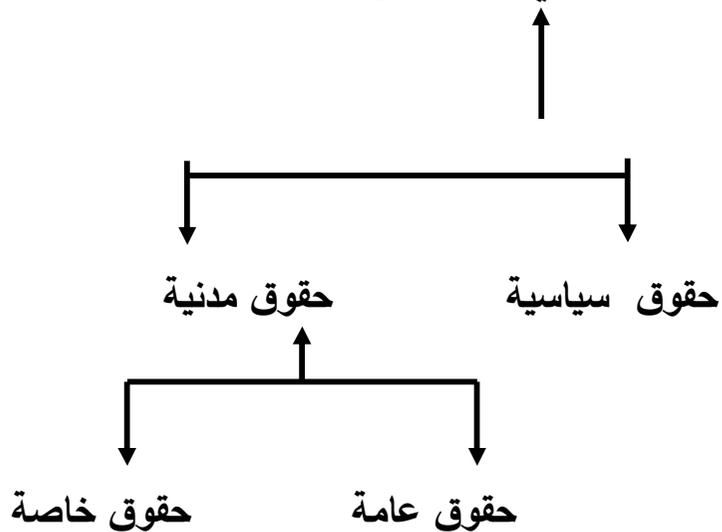
الحقوق المعنوية حقوق قريبة الشبه بالحقوق العينية وخاصة حق الملكية .

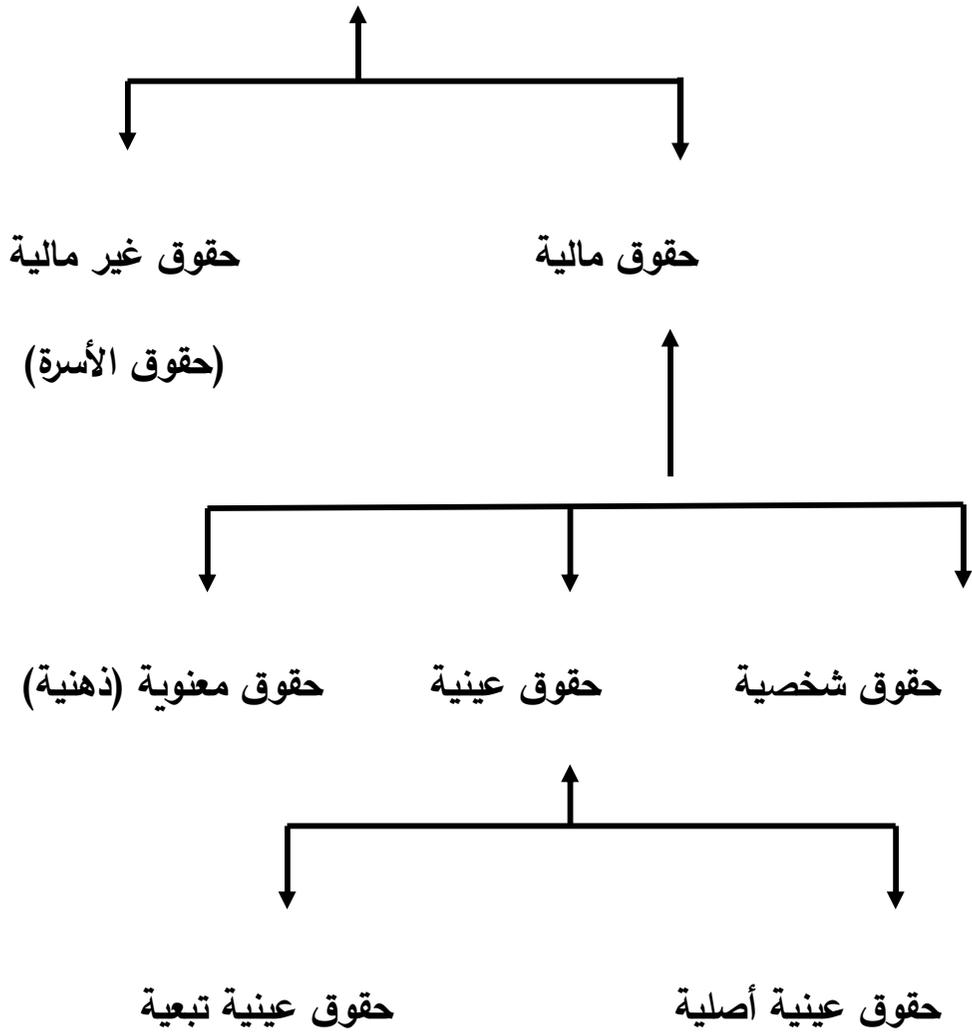
وتتميز الحقوق المعنوية بأنها حقوق ذات طبيعة مزدوجة إذ إنها تشتمل علي جانبين :

الجانب المعنوي : وهو النتاج أو الفكرة التي توصل إليها صاحبها سواء أكان مخترعاً أو مؤلفاً .

الجانب المالي : والمتمثل في القيمة المالية المقدرة لهذه الفكرة والتي يمكن التصرف فيها وفقاً للتصرفات الواردة علي حق الملكية .

رسم توضيحي لبيان أنواع الحقوق





## الباب الثاني

### أركان الحق

من خلال التعريفات السابقة للحق والتي تؤدي في مجملها إلي معني واحد ، وهو استتثار شخص بشيء أو بقيمة استتثاراً يحميه القانون، ومن هذا المعني يتضح أن أركان الحق هي صاحب الحق ، ومحل الحق، وما يفرضه القانون من حماية لهذا الحق ، وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل كل في فصل مستقل علي النحو التالي :

**الفصل الأول : صاحب الحق.**

**الفصل الثاني : محل الحق.**

**الفصل الثالث : مصدر الحق وانقضائه وانتقاله.**

## الفصل الأول

### صاحب الحق

لابد للحق من صاحب حتى يتصور وجود الحق من الأصل ، وفقاً لمقتضيات للعقل والمنطق ، وصاحب الحق في القانون لا يكون إنساناً طبيعياً فقط ، بل قد يكون شخصاً من الأشخاص الاعتباريين متى تمتع بالشخصية القانونية وهي صفة قانونية مجردة تعني : "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات" ، وسنتناول من خلال هذا الفصل الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري (المعنوي) في بحثين علي النحو التالي :

**المبحث الأول : الشخص الطبيعي .**

**المبحث الثاني : الشخص الاعتباري (المعنوي).**

## المبحث الأول

### الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو الإنسان وهذا يعد تمييزاً له عما سواه من المخلوقات ، وثبتت الشخصية القانونية لكل إنسان من بني البشر علي قدم المساواة منذ ولادته حياً ، بحيث يكون صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، غير أن هذه الحقوق والالتزامات متفاوتة من شخص لآخر علي ما سيأتي ذكره في حينه ، وتتطلب منا دراستنا للشخص الطبيعي بيان بداية هذه الشخصية ، ونهايتها ، وما تتميز به هذه الشخصية ، من أهلية وذمة مالية ، وذلك في عدة مطالب علي النحو التالي :

### المطلب الأول

#### بداية الشخصية القانونية

تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ، وتتحقق الحياة للمولود بعد تمام انفصاله عن أمه ، فلا تثبت الشخصية القانونية له لو مات قبل هذا الانفصال ، أو

انفصل عن أمه ميتاً ، وهو ما نصت عليه المادة (١/٢٩) من القانون المدني بقولها : " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً " .

يفهم من هذا النص أنه اشترط لثبوت الشخصية القانونية انفصال المولود عن أمه انفصلاً تاماً ، وحياته بعد هذا الانفصال ولو للحظة واحدة ، وثبتت الحياة للمولود بمظاهر مادية قاطعة تدل عليها كالتنفس، والبكاء ، والحركة ، وفي حالة عدم ثبوت شيء من هذا القبيل ، أو وقوع حالة من النزاع حول ما إذا كان المولود قد ولد حياً أو ميتاً يمكن الاسترشاد بأهل الخبرة من الأطباء لمعرفة ذلك .

ولا يشترط في حياة المولود طول وقصر المدة فيكتفي بالحكم علي المولود بالحياة ولو صرخ لمرة واحدة ، أو تنفس أو تحرك ولو للحظة واحدة ثم مات بعدها مباشرة ، كذلك لا يشترط لإثبات الشخصية القانونية له كونه سيظل حياً بعد الولادة كمن يجمع الأطباء علي أنه لن يعيش ، أو أنه لم تتوافر فيه جميع المقومات الأساسية اللازمة لبقائه علي قيد الحياة .

وتثبت واقعة الميلاد بشهادة الميلاد وهي : " ورقة رسمية مستخرجة من السجلات المعدة لذلك " ، فإن لم توجد مثل هذه الشهادة ، فإن واقعة الميلاد من الوقائع المادية التي يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود (٢٣).

**وهنا يثور تساؤل هل تثبت الشخصية القانونية للجنين أو الحمل المستكن ؟**

وللإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول : بأن القاعدة وإن كانت لا تمنح الشخصية القانونية إلا للإنسان الذي انفصل حياً عن أمه انفصلاً كاملاً ، إلا أن القانون قد خرج علي هذه القاعدة العامة ، واستثنى منها الجنين أو الحمل المستكن في بطن أمه ، فاعترف له بالشخصية القانونية مراعيًا في ذلك مصلحة الجنين ، وقد نصت (٢/٢٩) من القانون المدني علي ذلك بقولها : " ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعيّنّها القانون" (٢٤) ، غير أن هذه الشخصية

---

(٢٣) المادة (٣٠) من القانون المدني والتي تنص علي ما يلي : " تُثبّت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدّة لذلك ، فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى".

(٢٤) وقد أكد علي ذلك القانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣م " بشأن المواريث" ، وذلك في المادة رقم (٤٢) منه والتي تنص علي أنه : " يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر

القانونية تعتبر معلقة علي شرط تمام الولادة حياً ، فإن ولد حياً تأكدت هذه الشخصية القانونية منذ الحمل ، أما إذا ولد ميتاً تزول هذه الشخصية القانونية التي أكتسبها بأثر رجعي ، وتعتبر كأن لم تكن ويزول معها كل ما ترتب عليها من آثار.

## المطلب الثاني

### نهاية الشخصية القانونية

تنتهي شخصية الإنسان بموته وفقاً للمادة (١/٢٩) من القانون المدني والتي تقضي بأن : " شخصية الإنسان تنتهي بموته " ، وكذلك المادة الأولى من قانون المواريث رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣م ، والتي تنص علي أنه : " يستحق الإرث بموت المورث ، أو باعتباره ميتاً بحكم القضاء " ، وعلي ذلك فقد يكون الموت حقيقياً ، وذلك بانقطاع النفس ، وسكون

---

النسيبين علي تقدير أنه ذكر أو أنثي" ، وكذلك قانون " الوصية " رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦م ، في مادته رقم (٣٥) والتي أجازت الوصية للحمل ، كذلك أجاز القانون الهبة للجنين علي الرغم من أنها تحتاج إلي قبول ، فيقبلها الولي أو الوصي نيابة عنه ، وبذلك يكون القانون قد اعترف للجنين بالشخصية القانونية إلا أنها ناقصة . أهلية وجوب ناقصة . تقتصر علي صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق النافعة له نفعاً محضاً.

الحركة ، وتوقف القلب عن الخفقان ، ويمكن الاستدلال والتأكيد علي ذلك من خلال أهل الخبرة من الأطباء .

وتثبت واقعة الوفاة بالقيود في السجلات الرسمية الخاصة بقيود الوفيات ، وبالتالي يتم استخراج شهادة الوفاة ، فإذا لم توجد هذه الشهادة، فإن واقعة الوفاة من الوقائع المادية التي يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية الأخرى.

وتجدر الإشارة إلي أنه : بجانب الموت الحقيقي الذي ذكرناه آنفاً يوجد ما يسمى بالموت الحكمي ، والذي تنتهي به شخصية الإنسان القانونية ، وهي حالة يعتريها الشك والغموض ، ولا يعرف فيها علي وجه اليقين ما إذا كان الشخص حياً أم ميتاً ، لذلك يفترض القانون موت الشخص وهذه هي حالة المفقود ، والتي سنتناولها بشيء من التفصيل ، للوقوف علي أهم الآثار التي تترتب علي اعتبار الشخص كذلك علي النحو التالي :

**مركز المفقود والأحكام المتعلقة به:**

## أولاً : تعريف المفقود:

يقصد بالمفقود " الشخص الذي غاب عن موطنه وانقطعت أخباره بحيث لا تعرف حياته من مماته " .

فإذا كان الأصل أن الشخصية القانونية للإنسان لا تنقضي إلا بالموت الحقيقي ، وهو ما سبق الإشارة إليه ، إلا أنه في بعض الحالات التي يطول فيها الزمن علي فقده ، ونظراً للاعتبارات الأخرى المتعلقة بأموال المفقود وما يتعلق بها ، ومركز زوجته ، فيجوز للقاضي أن يحكم علي ذلك الشخص المفقود باعتباره ميتاً حكماً لا حقيقةً ، لأنها لا تتم بالطريق الطبيعي إنما بحكم القضاء ، وبالتالي تنتهي شخصيته القانونية ، إذ لا يمكن عقلاً ومنطقاً أن يظل وضع المفقود معلقاً إلي ما لا نهاية<sup>(٢٥)</sup> .

## ثانياً : الفرق بين الغائب والمفقود:

الغائب هو الشخص الذي ترك موطنه وماله ، إلا أنه مجزوم بحياته . حياته يقينية . حتى ولو لم يعرف محل إقامته

---

(٢٥) ينظر: المدخل لدراسة القانون . الكتاب الثاني . نظرية الحق مع الإشارة إلي أحكام الفقه الإسلامي : أستاذنا الدكتور/أبو الحسن إبراهيم علي محمود - ص ١٧٧ .

، وبالتالي لا أثر لهذا الغياب علي شخصيته القانونية ، فتعين له المحكمة وكيلاً عنه يتولي إدارة شئون أمواله . إن كان له مال رعاية لمصلحة الغائب . ، ما لم يكن قد عين وكيلاً له نظراً لعدم استطاعته إدارة شئون أمواله بنفسه (٢٦) ، وذلك بخلاف المفقود المشكوك في حياته . حياته ظنية . لذلك يعتبر كل مفقود غائب ولا يعتبر كل غائب مفقود .

**ثالثاً : حالات اعتبار الشخص مفقوداً :**

**الحالة الأولى : ظروف يغلب عليها الهلاك :**

والظروف التي يغلب فيها الهلاك كالفيضانات والزلازل والحروب، وهذه الظروف تكون مظنة الهلاك فيها غالبية ، ويفرق بين ما إذا كان المفقود من المدنيين أو من أفراد القوات المسلحة ، فإذا كان من تم فقدته من المدنيين ففي هذه الحالة يصدر حكم من القضاء بموت الشخص المفقود

---

(٢٦) المادة (٧٤) من قانون الولاية علي المال رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢م والتي تنص علي ما يلي : "تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية : متى كان قد انقضت مدة سنة أو أكثر علي غيابه وترتب علي ذلك تعطيل مصالحه " ، وكذلك المادة (٧٥) والتي تنص علي ما يلي : " إذا ترك الغائب وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت غيره ."

بمضي فترة أربع سنوات من تاريخ فقده ، وذلك ترجيحاً لمظنة الهلاك ، أما إذا كان من تم فقده من أفراد القوات المسلحة فيختص وزير الدفاع بإصدار قرار باعتبار المفقود ميتاً بعد مضي سنة من تاريخ فقده ، هذا القرار يكون بعد بذل الجهد ، واستفراغ الوسع في البحث والتحري عن المفقود ، وتعتبر فترة العام كافية لتحديد مصير المفقودين من أفراد القوات المسلحة ، وذلك لما للقوات المسلحة من إمكانيات هائلة ومعرفة كبيرة ببواطن هذه الأمور ، وبذلك يوفر الجهد المادي والمعنوي علي زوجات المفقودين وذويهم ، ويقوم قرار وزير الدفاع بموت المفقود مقام حكم القضاء .

### الحالة الثانية : ظروف لا يغلب عليها الهلاك :

وهذه الظروف يطلق عليها الظروف العادية كالسفر لطلب العلم أو التجارة أو السياحة ، ففي مثل هذه الحالات يترك للقاضي تقدير المدة اللازمة للحكم بموت المفقود ، وللقاضي التحقق والتحري بكافة الطرق عن حياة المفقود قبل الحكم بموته ، ولا يحكم بموت المفقود في هذه الحالة

بأي حالٍ من الأحوال قبل مضي أربع سنوات على الأقل من تاريخ الفقد .

## الحالة الثالثة : الغرق في سفينة أو السقوط من

### طائرة :

وهي حالة خاصة استثناها المشرع بحكم خاص فصدر القانون رقم (١٤٠) لسنة ٢٠١٧م بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م ، بشأن الأحوال الشخصية لغير المسامين، والمعدل بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦م فجعل سلطة التحري وإصدار القرار من اختصاص رئيس مجلس الوزراء ، واعتبار المفقود ميتاً بعد مضي شهر علي الأقل من تاريخ فقده ، واستلزم القانون الرجوع إلي المتخصصين من أهل الخبرة وتقدير الظروف والملابسات المصاحبة للحالة ، فغرق سفينة في مياه النيل التي يمكن البقاء بها فترة أطول من غرق سفينة في مياه المحيط التي تتسم بالبرودة الشديدة والتي لا تسمح بالبقاء بها إلا لفترة وجيزة ، هذا إذا كان المفقود من المدنيين وظلت مدة السنة كما هي لمن يفقد من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات

الحربية أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية علي أن يصدر القرار من وزير الدفاع أو وزير الداخلية بحسب الأحوال . وذلك بد البحث والتحري واستظهار القرائن ، التي يغلب معها الهلاك .

#### رابعاً : الآثار المترتبة علي الحكم بموت المفقود :

يظل المفقود حياً ويعامل كذلك ما لم يصدر حكم بموته ، فتظل زوجته علي ذمته ، وكذلك أمواله الخاصة به أو التي آلت إليه عن طريق الإرث أو الوصية من غيره ، فإذا ما صدر الحكم بموت المفقود ترتب علي ذلك عدة آثار منها :

١. تتقضي شخصيته القانونية : كما لو مات موتاً حقيقياً ، ولكن من تاريخ الحكم بموته وليس من تاريخ فقد ، لانعدام الأثر الرجعي للحكم ، وبالتالي تقسم أمواله . إن كان له مال . علي ورثته الموجودين عند صدور الحكم بموته ، أو نشر القرار الصادر من وزير الدفاع بالنسبة لأفراد القوات المسلحة ، أو رئيس مجلس الوزراء في الحالة الخاصة بالمدينين ، أما بالنسبة لما يتعلق بميراثه من الغير فيعتبر

المفقود ميتاً من تاريخ الفقد ، وبالتالي يرد نصيبه من الإرث أو الوصية إلي من يستحق من ورثة المورث أو الموصي الموجودين وقت موت المورث أو الموصي ليوزع فيما بينهم<sup>(٢٧)</sup> .

وعلة ذلك : أن حياة المفقود طيلة الفقد وحتى صدور الحكم أو نشر القرار مجرد حياة ظنية أو احتمالية ، بينما يشترط لاستحقاق الميراث أو الوصية تحقق حياة الوارث أو الموصي له وقت موت المورث أو الموصي.

٢. بالنسبة لزوجته : يحق لها أن تتزوج من غيره بعد انقضاء عدتها الشرعية كالتالي توفي عنها زوجها وفاة طبيعية ، وعدة الوفاة هي أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ صدور الحكم بموته ، أو نشر القرار الصادر من وزير الدفاع

---

<sup>(٢٧)</sup> وذلك تأسيساً علي قاعدة شرعية موداها أن " المفقود يعتبر حياً في حق نفسه ، وميتاً في حق غيره" ، وقد توسع رجال القانون في صياغة هذه القاعدة بعض الشيء فقالوا : " إن المفقود يعتبر حياً بالنسبة للأحكام التي تضره وتنفع غيره ، ويعتبر ميتاً بالنسبة للأحكام التي تنفعه وتضر غيره" .

ينظر : المدخل لدراسة القانون . الكتاب الثاني . نظرية الحق مع الإشارة إلي أحكام الفقه الإسلامي : أستاذنا الدكتور/أبو الحسن إبراهيم علي محمود - ص ١٧٨ .

بالنسبة لأفراد القوات المسلحة ، أو رئيس مجلس الوزراء في الحالة الخاصة بالمدينين .

**خامساً : الآثار المترتبة علي ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته :**

يترتب علي ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته آثار هامة منها:

١. يسترد شخصيته القانونية التي فقدتها ، واعتبار الحكم بموته كأن لم يكن ، وبالتالي يسترد أمواله أو ما بقي منها في يد وراثته ، وكذلك أمواله التي آلت إليه من المورث أو الموصي ، أو ما بقي منها في أيدي ورثة مورثه ، ولا يسألوا جميعاً عما تصرفوا فيه من أموال آلت إليهم بعد الحكم بموت المفقود ، وليس له الحق في مطالبتهم بها (٢٨).

٢. بالنسبة لزوجته : تعود إليه زوجته مالم تكن قد تزوجت بغيره ، أو تزوجت بغيره ولم يتم الدخول بها ، أما إذا تزوجت

---

(٢٨) المادة رقم (٤٥) من قانون المواريث رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣م والتي تنص علي ما يلي : " يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حياً أخذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلي من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ، فإن ظهر حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة".

بغيره ودخل بها فإنها تكون لزوجها الثاني ، متى كان حسن النية لا يعلم بحياة الزوج الأول، أما إن كان يعلم بحياة الزوج الأول ففي هذه الحالة يكون الزوج الثاني سيء النية وبالتالي يفسخ زواجها من الزوج الثاني وترد إلي زوجها الأول .

### **المطلب الثالث**

#### **خصائص ومميزات الشخصية القانونية**

تتميز الشخصية القانونية للشخص الطبيعي بعدة خصائص ، يمكن من خلالها التمييز بين شخص وآخر داخل المجتمع الواحد ، من هذه الخصائص الاسم ، الموطن ، الحالة ، الأهلية ، الذمة المالية ، وهو ما نتناوله بشيء من التفصيل علي النحو التالي :

**أولاً : الاسم :**

**(أ) أهمية الاسم ومضمونه :**

يحتل الاسم أهمية كبيرة في المجتمع ، فهو ضرورة من ضرورات الحياة الاجتماعية ، تقتضيه المصلحة العامة ،

وذلك لمنع حدوث الاختلاط بين الأفراد ، فضلاً عن أن ذلك يحقق الأمن والنظام والاستقرار داخل المجتمع ، فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن يظل الإنسان بلا اسم يميزه عن غيره ، هذا وإن كان الاسم حقاً للشخص فهو في ذات الوقت واجب عليه ، لذا يمكن تعريفه بأنه : " كلمة تنطق وتكتب يختارها أهل المولود وذويه وتسجل في السجلات المعدة لذلك"<sup>(٢٩)</sup>.

### (ب) طبيعة الاسم وخصائصه :

الاسم يعتبر من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان ، وبالتالي يحق للإنسان أن يدفع عن اسمه أي اعتداء يقع عليه من الغير ، سواء كان هذا الاعتداء في صورة منازعة له في اسمه أو في صورة انتحال الغير لاسمه مما يترتب عليه وقوع أضرار يحق لصاحب الاسم المطالبة بوقف هذا الاعتداء فضلاً عن حقه في التعويض إن كان له مقتضي ،

---

<sup>(٢٩)</sup> المادة رقم (٣٨) من القانون المدني والتي تنص علي أنه : " يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده " ، واللقب هو اسم العائلة ، ويشترك فيه جميع أفرادها علي السواء ، كذلك يجوز للشخص في حالة الضرورة وذلك نظراً لمبدأ ثبات الأسماء من التغيير والتبديل تغيير اسمه أو تعديله وذلك إتباع الإجراءات القانونية المحددة لذلك ومن ثم يتم التعامل مع هذا الشخص وفقاً لاسمه الجديد.

كذلك لا يجوز التصرف في الاسم ، ولا يمكن التنازل عنه ،  
ولا يسقط بعدم الاستعمال . لا يرد عليه التقادم المكسب أو  
المسقط . ، ولا يجوز توقيع الحجز عليه .

### (ج) صور الاسم :

بجانب الاسم الحقيقي للشخص والمسجل بالسجلات  
الرسمية ، توجد بعض الصور من الأسماء التي قد يشتهر  
ويعرف بها أحياناً منها اسم الشهرة ، أو الاسم المستعار ، أو  
الاسم التجاري ، وهو ما سنلقي عليه الضوء علي النحو  
التالي :

#### ١. اسم الشهرة :

وهو الاسم الذي يختاره الناس ويطلقونه علي شخص  
معين ، ويشتهر بهذا الاسم بين أقرانه والمحيطين حوله ،  
دون أن يكون لإرادته أي تدخل ، واسم الشهرة يشتق غالباً  
من صفة بدنية أو ذهنية أو يرتبط بمهنة معينة.

#### ٢. الاسم المستعار :

وهو ذلك الاسم الذي يختاره الشخص لنفسه بإرادته الحرة ، في بعض نواحي نشاطه ، كما جرت العادة في مجال النشاط الأدبي والفني .

**وهنا يثور تساؤل لماذا يلجأ الشخص لاستخدام اسم مستعار بدلاً من اسمه الحقيقي ؟**

وللإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول : بأن الشخص قد يلجأ لذلك إما بهدف إخفاء اسمه الحقيقي لأسباب تتعلق به ، أو لأن الاسم المستعار الذي اختاره يحقق له نوعاً من الشهرة والانتشار أكثر من الاسم الحقيقي .

وتتقيد حرية الشخص في اختياره للاسم المستعار بألا يكون مبنياً علي سوء نية من صاحبه بغرض ارتكاب أو إخفاء جريمة من الجرائم .

### ٣. الاسم التجاري :

وهو الاسم الذي يطلقه التاجر لتمييز نشاطه التجاري ، فيصير هذا الاسم أحد عناصر المحل التجاري ، وبالتالي

تكون له قيمة مالية ، كما يجوز التصرف فيه ، والتنازل عنه ، كما أنه يرد عليه التقادم .

وتجدر الإشارة إلي: أن اسم الشهرة ، والاسم المستعار ، والاسم التجاري ، لا يؤثر علي الاسم الحقيقي ولا يختلط به ، فيظل الشخص محتفظاً باسمه الحقيقي بجانب هذه الأسماء ، فضلاً عن امتداد الحماية القانونية لها ، شأنها في ذلك شأن الاسم الحقيقي ، لذلك يكون لصاحبها المطالبة بوقف أي اعتداء يقع عليه ، فضلاً عن حقه في المطالبة بالتعويض.

### ثانياً : الموطن :

#### (أ) تعريف الموطن :

يمكن تعريف الموطن بأنه : "المكان الفعلي الذي يقيم فيه الشخص بشكل مستقر ، حتى ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة" (٣٠).

---

(٣٠) المادة رقم (١/٤٠) من القانون المدني والتي تنص علي أنه : " الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً " .

وهنا يثور تساؤل هل هناك فرق بين الموطن ومحل الإقامة  
أو السكني ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول : بأن محل  
الإقامة أو السكني هو "المكان الذي يقيم فيه الشخص ولكن  
بصفة مؤقتة ولا تتوافر لديه نية الاستقرار" ، وإن كان الغالب  
الأعم هو اجتماع الموطن مع محل الإقامة في مكان واحد .

### (ب) أهمية الموطن :

وللموطن أهمية كبيرة علي أرض الواقع ، فهو المكان  
الذي يخاطب فيه الشخص قانوناً ، وبالتالي يلتزم الشخص  
التزاماً قانونياً بتحديد موطنه الذي يرغب فيه ، ويمكن تصور  
أن يكون للإنسان أكثر من موطن وذلك بتعدد الأمكنة التي  
يستقر بها ويقيم بها إقامة فعالية ، كما لو كان الشخص  
متزوجاً بزوجتين ويقيم مع كل منهن في مكان مستقل ،  
أحدهما بالقاهرة والأخرى بأسوان ، أو يكون للشخص  
مكانيين للإقامة أحدهما في الريف والأخر في المدينة ، كما  
يتصور العكس تماماً بالألا يكون للشخص موطن أصلاً وذلك

بتخلف عنصر الاستقرار أو الدوام ، كما هو الحال بالنسبة للبدو الرحل الذين لا يستقرون في مكان معين<sup>(٣١)</sup>.

### (ج) أنواع الموطن :

يتنوع الموطن إلي موطن عام وموطن خاص والموطن العام قد يكون اختيارياً وقد يكون إلزامياً أو قانونياً وهو ما سنتعرف عليه فيما يلي:

### الموطن العام :

وهو المكان الذي يخاطب فيه الشخص قانوناً بالنسبة لنشاطه ومعاملاته بصفة عامة ، دون تعيين أو تخصيص ، والأصل أن يختار الشخص موطنه العام بإرادته المنفردة واختياره وهو ما يعرف بالموطن الإرادي أو الاختياري ، وفي أحيان أخرى يتدخل القانون فيقوم بتحديد الموطن العام لبعض الأشخاص دون أن يكون لإرادتهم أي تدخل في ذلك ، كما هو الشأن بالنسبة للأشخاص الذين لا يتمكنون من مباشرة أعمالهم وتولي شئونهم القانونية بأنفسهم ، كالقاصر

---

<sup>(٣١)</sup> المادة رقم (٢/٤٠) من القانون المدني والتي تنص علي أنه : " ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما " .

والمحجور عليه والغائب والمفقود وهو ما يعرف بالمواطن الإلزامي أو القانوني<sup>(٣٢)</sup>.

ويعد هذا المواطن الإلزامي موطناً حكماً ، وليس واقعياً يقيم فيه الشخص إقامة فعلية ، كما أن المواطن الإلزامي مبني علي سبب عارض يزول بزواله ، فمتى رجع الغائب أو ظهر المفقود أو بلغ القاصر سن الرشد فإنه يحق له تحديد موطنه العام باختياره وإرادته .

### الموطن الخاص :

وهو المكان الذي يمارس فيه الشخص نشاطاً معيناً علي وجه الخصوص ، وذلك إلي جانب موطنه العام الذي يتعلق بكل معاملاته ، والهدف من تحديد المواطن الخاص هو التيسير علي الشخص نفسه وعلي المتعاملين معه بشأن هذا النشاط ، ويتنوع المواطن الخاص إلي موطن الأعمال أو التجارة أو الحرفة ، وموطن ناقص الأهلية ، والمواطن

---

(٣٢) المادة رقم (١/٤٢) من القانون المدني والتي تنص علي أنه : " موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً " .

المختار ، وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل علي النحو التالي :

### ١. موطن الأعمال أو التجارة أو الحرفة :

وهو المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة ، وهو ما نصت عليه المادة (٤١) من القانون المدني بقولها : " يعتبر المكان الذي يُباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة"<sup>(٣٣)</sup>.

أما بالنسبة إلي الأعمال الغير متعلقة بهذه التجارة أو الحرفة فإن العبرة تكون بالموطن العام الذي سبقت الإشارة إليه .

وتجدر الإشارة إلي : أن الموطن الخاص لا ينطبق علي الموظف العام ، فالمكان الذي يباشر فيه الموظف العام مهام

---

(٣٣) ويؤخذ لفظ الحرفة في هذا المقام بمعنى المهنة فلا يقتصر علي أصحاب الحرف بالمعني الضيق كانجار والحداد بل يتسع ليشمل جميع أصحاب المهن كالمحامي والطبيب والمهندس حيث يكون لكل من هؤلاء موطن أعمال خاص بشئون مهنته . ينظر : عبد المنعم فرج الصدة . ص ٢٤٠ .

وظيفته ، لا يعتبر مواطناً خاصاً ، لأن المواطن الخاص متعلق فقط بطائفة التجار والصناع والحرفيين .

## ٢. مواطن ناقص الأهلية :

وناقص الأهلية كالقاصر والمحجور عليه لسفه أو غفلة هو مواطن من ينوب عنه ، وهو ما نصت عليه المادة (١/٤٢) من القانون المدني بقولها : "مواطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو مواطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً".

أما بالنسبة للقاصر الذي بلغ ثمانية عشرة عاماً والذي يؤذن له بمباشرة بعض الأعمال والتصرفات ، فإن موطنه يتحدد وفقاً للقاعدة العامة التي سبق الإشارة إليها والتي تقضي باعتبار المواطن العام هو مواطن الإقامة الفعلي والمعتاد ، والمواطن الخاص هو مواطن مزاولة المهنة أو الحرفة ، وهو ما نصت عليه المادة (٢/٤٢) من القانون المدني بقولها : " ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه مواطن خاص ، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها".

### ٣. الموطن المختار :

وهو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين سواء أكان ذلك بناءً علي إبرام عقد أو بالإرادة المنفردة ، وهو ما جرت العادة عليه كأن يتخذ الشخص محامياً له لمزاولة عمل قانوني كبيع أو شراء أو رفع دعوي قضائية أو اتخاذه كمستشار قانوني ، فيجعل من مكتب هذا المحامي موطناً مختاراً يتم فيه مخاطبته وإعلانه بكافة الأوراق المتعلقة بهذا العمل<sup>(٣٤)</sup>.

### ثالثاً : الحالة :

وهي جملة صفات محددة تتوافر للشخص فيرتب عليها القانون آثاراً معينة .

وهذه الصفات قد ترجع إلي كون الشخص منتمياً إلي دولة معينة وهي الحالة السياسية . الجنسية . أو إلي أسرة

---

<sup>(٣٤)</sup> وعلي ذلك نصت المادة (٤٣) من القانون المدني بقولها : " ١. يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين. ٢- ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة. ٣- والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلي كل ما يتعلق بهذا العمل، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، إلا إذا اشترط صراحةً قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى" .

معينة وهي الحالة العائلية أو إلي دين معين وهي الحالة الدينية ، حيث يتحدد مركز الشخص في ضوء هذه الصفات ، فتؤهله لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات في الحدود التي يقررها القانون ، وسنتناول هذه العناصر الثلاثة بشيء من التفصيل علي النحو التالي :

### ١. الحالة السياسية (الجنسية) :

الجنسية ويقصد بها : الانتماء إلي دولة معينة ، والتمتع فيها بصفة المواطن. أو هي علاقة قانونية بين الفرد والدولة ، تخوله اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، على خلاف الأجنبي.

فالقانون في معظم إن لم يكن في كل دول العالم لا يسوي بين المواطنين الذين يدينون بالولاء لبلادهم ويتمتعون بجنسيتها ، والأجانب الذين لا يتمتعون بهذه الجنسية .

فالحقوق السياسية كحق الانتخاب والترشح وحق تولي الوظائف العامة ، وكذلك بعض الواجبات كواجب أداء الخدمة العسكرية مقصورة علي الوطنيين دون الأجانب ، بل

إن بعض الحقوق العامة كحق الإقامة علي الإقليم وحق التنقل بحرية داخل الإقليم فهو غير مشروط بالنسبة للمواطنين ، وفي كثير من الأحيان مشروط بالنسبة للأجنبي ، فلا يمكن إبعاد الوطني من الإقليم أو منعهم من العودة إذا كانوا قد غادروا إقليم الدولة ، أو تسليمهم لدولة أخرى ، ولكن يمكن ذلك بالنسبة للأجنبي إذا كان وجوده داخل الإقليم يهدد الأمن العام والآداب العامة .

فضلا عن بعض الحقوق الخاصة والتي تقصرها الدول علي مواطنيها دون الأجانب ، ومنها ممارسة مهنة الطب والمحاماة فليس للأجانب الحق في ممارسة هذه المهن داخل الدولة ، كذل بعض الدول تحظر علي الأجانب تملك العقارات وخاصة الأراضي الزراعية، أو تجاوز نسبة معينة من رأس المال.

### نوعا الجنسية :

تنقسم الجنسية إلي جنسية أصلية وجنسية طارئة أو مكتسبة ، والجنسية الأصلية هي التي تثبت للشخص بمجرد ولادته ، وتتحدد إما علي أساس النسب أي حق الدم أو

رابطة الدم فيكتسب الولد جنسية أبيه أو أمه ، وإما علي أساس محل الميلاد وهو ما يعرف بحق الإقليم ، فيكتسب الشخص جنسية الدولة التي ولد علي إقليمها .

وتختلف الدول فيما بينها في الأخذ بأحد المبدئين ، أو بالمبدئين معاً ، وفقاً لما تقتضيه مصالحها وظروفها الداخلية فالدول التي تعاني من الزيادة في عدد السكان كمصر تأخذ بمبدأ رابطة الدم أو النسب كقاعدة عامة فيعتبر مصرياً كل من ولد لأب مصري ولو خارج الإقليم، وهناك علي سبيل الاستثناء بعض الحالات التي تأخذ فيها بمبدأ حق الإقليم كمن يولد لأم مصرية من أب فاقد الجنسية أو مجهولها ، أو اللقيط مجهول الأبوين ، أو الابن المولود لأم مصرية مجهول الأب ، أما بالنسبة للدول التي تعاني من النقص في عدد السكان فإنها تأخذ بمبدأ رابطة الدم بجانب مبدأ حق الإقليم (٣٥).

---

(٣٥) وعلي ذلك نصت المادة (٣٣) من القانون المدني بقولها : " الجنسية المصرية ينظمها قانون خاص " .

أما الجنسية الطارئة أو المكتسبة فهي التي يكتسبها الشخص بعد الميلاد ، وذلك إما عن طريق الزواج أو التجنس بناءً علي الإقامة مدة معينة يحددها القانون مسبقاً علي إقليم الدولة ، وبالتالي قد تتعدد جنسية الشخص وفقاً لذلك فتكون له جنسيتين أصلية ومكتسبة ، كما يمكن أن يكون الشخص بدون جنسية مطلقاً كعديم الجنسية أو فاقدها دون اكتساب جنسية دولة أخرى .

## ٢. الحالة العائلية:

وهي الصفة التي تحدد مركز الشخص القانوني بالنسبة للأسرة التي ينتمي إليها ، باعتبارها مجموعة الأشخاص الذين تربطهم رابطة القرابة<sup>(٣٦)</sup> كالأب أو الأم أو الأخ ، وبالتالي تتحدد حقوقه وواجباته بناءً علي هذا المركز القانوني.

فالأب مثلاً : بحكم مركزه القانوني له حق تأديب أولاده ، وعليه واجب النفقة والتوجيه والرعاية ، وهذا ما يسمى بحقوق الأسرة.

(٣٦) ينظر : المدخل لدراسة العلوم القانونية : أد / عبد القادر الفار . ص ١٦٨ .

## نوعا القرابة (٣٧):

تتنوع القرابة إلي قرابة النسب أو الدم وقرابة الزواج أو المصاهرة وذلك علي النحو التالي :

### قرابة النسب أو الدم :

وهي التي تقوم بين أفراد تربطهم رابطة الدم ويربطهم أصل واحد مشترك (٣٨)، وهي المقصودة عند إطلاق لفظ القرابة.

وتنقسم قرابة النسب أو الدم إلي قرابة مباشرة (٣٩): وهي القرابة التي تكون بين الأصول والفروع والتي تسمى بالقرابة العمودية أو قرابة الخط المستقيم أو قرابة الأولاد ، ويستوي أن يكون التفرع عن طريق الذكور أو عن طريق

---

(٣٧) وعلي ذلك نصت المادة (١/٣٤) من القانون المدني بقولها : " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرابه " .

(٣٨) وعلي ذلك نصت المادة ( ٢/٣٤ ) من القانون المدني بقولها : " ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك " .

(٣٩) المادة رقم (١/٣٥) من القانون المدني والتي تنص علي أنه : " القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع " .

الإناث فالشخص يتصل بأقربائه لأبيه كما يتصل بأقربائه  
لأمه على حد سواء ، كقربة الابن لأبيه وجده لبه وان علا  
، وأم أبه وإن علت ، وكذلك قرابته لأمه وجده لأمه وأم أمه  
وإن عليا ، وقربة الأب لابنه وحفيده وإن نزل.

وقربة غير مباشرة أو قرابة الحواشي<sup>(٤٠)</sup>: وهي القرابة  
التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون  
أحدهما فرعاً للآخر، وهي التي تسمى بالقرابة الخارجة عن  
عمود النسب ، كقربة الأخ بأخيه أو أخته حيث يجمعهم  
أصل مشترك وهو الأب ولم يكن أحدهما فرعاً للآخر.

#### كيفية احتساب درجة القرابة :

"يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة ، اعتبار كل  
فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل ، وعند  
حساب درجة الحواشي تعدّ الدرجات صعوداً من الفرع

---

(٤٠) المادة رقم (٢/٣٥) من القانون المدني والتي تنص علي أنه : " وقرابة الحواشي هي  
الرابطه ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك، دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر " .

للأصل المشترك ، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة<sup>(٤١)</sup>.

### أهمية احتساب درجة القرابة :

تظهر أهمية حساب درجة القرابة نسباً كانت أم مصاهرة ، بالنسبة لما يقرره القانون من بعض الحقوق والالتزامات وفقاً لدرجة ونوع القرابة ، منها علي سبيل المثال: حق النفقة الواجب علي الأب لولده ، وحق التأديب والولاية علي ماله ، وحق الطاعة الواجب للزوج علي زوجته ، وحق الإرث وكذلك تحديد المحرمات من النساء ، إذ إن القرابة في درجة معينة تمنع من الزواج وهي في قرابة النسب أوسع من قرابة المصاهرة .

### ٢. قرابة الزواج أو المصاهرة :

وهي القرابة التي تنشأ عن الزواج بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، ذلك أن كلا الزوجين يدخل بالزواج في

---

(٤١) المادة رقم (٣٦) من القانون المدني المصري .

أسرة الزوج الآخر، ويحتل مكانه بحيث يكون قريباً لكل  
أقربائه وبنفس الدرجة<sup>(٤٢)</sup>.

### ٣. الحالة الدينية :

ويقصد بها انتماء الشخص إلى دين معين ، وعلي  
الرغم من أن القانون لا يميز بين الأشخاص بحسب  
معتقداتهم ، إلا أن الدين يلعب دوراً هاماً في تحديد حقوق  
الشخص والتزاماته ، خاصة فيما يتعلق بمسائل الأحوال  
الشخصية ، ومنها علي سبيل المثال حق المسلم في الجمع  
بين أربع زوجات ، وأن يطلق زوجته بإرادته المنفردة ، بينما  
ليس للمسيحي مثل هذا الحق ، وكذلك حق المسلم في أن  
يتزوج بكتابية . يهودية أو مسيحية . ولكن ليس لغير المسلم  
أن يتزوج بمسلمة ، وكذلك للدين أهمية في مسألة الميراث  
فاختلاف الدين مانع من موانع الميراث ، وقد نصت علي  
ذلك المادة رقم (٦) من قانون المواريث بقولها : " لا توارث

---

<sup>(٤٢)</sup> المادة رقم (٣٧) من القانون المدني والتي تنص علي أنه : " أقارب أحد الزوجين  
يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر " .

بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض".

### رابعاً : الأهلية :

تعتبر الأهلية من مميزات الشخصية وهي تعني: الصلاحية كقولك : فلان أهل لهذا العمل أي صالح له ، وتنقسم الأهلية إلي أهلية وجوب ، وأهلية أداء وهو ما سنتعرف عليه بشيء من التفصيل علي النحو التالي :

#### ١. أهلية الوجوب :

وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وهي ترتبط بالشخصية القانونية ، وتثبت للشخص منذ ميلاده حياً ، بل إن الجنين يمنح أهلية وجوب محدودة يترتب له بمقتضاها بعض الحقوق التي يقرها القانون<sup>(٤٣)</sup>.

وهذا يعني أن أهلية الوجوب كما تكون كاملة ، تكون أيضاً ناقصة كما في حالة الجنين السابقة ، وحالة الأجنبي

---

<sup>(٤٣)</sup> ينظر : المدخل للعلوم القانونية : د/ توفيق حسن فرج . ص ٦٢٤ .

الذي يتمتع ببعض الحقوق المحدودة عن تلك الحقوق التي يتمتع بها الوطني سواء حقوق عامة أو خاصة كما سبقت الإشارة إلي ذلك في حينه.

## ٢. أهلية الأداء :

وهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يترتب عليه آثاراً قانونية ، أو صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية لحساب نفسه<sup>(٤٤)</sup> أو صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه علي وجه يعتد به شرعاً . ومناطق هذه الأهلية هو كمال التمييز ، فمعدوم التمييز ليس له أهلية أداء مطلقاً ، وناقص التمييز تثبت له أهلية أداء ناقصة.

وأهم الفروق بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب أن أهلية الوجوب تثبت لكافة الأشخاص منذ الميلاد ، أما أهلية الوجوب فهي تثبت لمن يتوافر فيهم قدر من الإدراك المطلوب والمرتبط بأهلية الأداء حتى يكون علي بينة من أمره فيما يقوم به من تصرفات والتزامات يوجبها علي نفسه.

---

<sup>(٤٤)</sup> ينظر : المدخل للعلوم القانونية : د/ توفيق حسن فرج . ص ٦٢٧ .

## 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 للهبة .

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 المقولة .

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 أي اتفاق على تعديل أحكام الأهلية .

## أحكام أهلية الأداء :

تدرج 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 في تدرج الأهلية يخلف لنا من ينوب عن الشخص ولياً كان أم وصياً .

وبناءً علي ما تقدم ذكره نتناول في الآتي :-

- 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 بأي تصرف من التصرفات القانونية حتى النافع منها نفعاً محضاً كقبول الهبة كما ذكرنا آنفاً حيث إن قوام أي تصرف قانوني 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 في القانون بحيث يكون لكل صاحب مصلحة - الصبي بعد إكمال الأهلية ، الولي ، الوصي ، المتعاقد مع الصبي ، التمسك بالبطلان.

وعلى المحكمة القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها وجوباً ولو لم يتمسك به أحد من أصحاب المصلحة وتظل هذه الإجراءات والتصرفات باطلة طوال الوقت لا تصححها أي أجازة لاحقة من أي طرف من الأطراف .

## ٢ - نقص الأهلية :

نقص الأهلية لا يعنى انعدامها كلية ولا تمامها كلية وهي تكون ما بين سن ابتداء التمييز وسن اكتماله أي بين سن السابعة والحادية والعشرين حيث يكون التمييز في هذا التوقيت من العمر متأرجح بين الانعدام والاكتمال.

والقاعدة العامة التي تحكم تصرفات الصبي المميز ناقص الأهلية أنه ليست له أهلية أداء مطلقة، وإنما في 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 التي تدور بين النفع والضرر فالأصل أنه ليس للصبي المميز مباشرتها بنفسه وإنما عن طريق الولي أو الوصي ولكن إن حدث وباشرها الصبي المميز بنفسه فإنها لن تكن صحيحة مطلقاً ولم تكن باطلة مطلقاً وإنما تعتبر باطلة بطلاناً نسبياً أي قابلة للإبطال لمصلحة الصبي المميز. وبمعنى آخر فإنها تنشأ صحيحة ولكن يمكن للولي أو الوصي أو الصبي المميز نفسه بعد بلوغه سن

الرشد طلب إبطالها فإذا ما قضى بإبطالها اعتبرت كأن لم تكن وعلى العكس إذا أجازها الولي أو الوصي أو الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد تأكدت صحتها وانتقي طلب إبطالها .

### الاستثناءات على هذه القاعدة :

خرج المشرع على حكم هذه القاعدة في حالات استثنائية ذكرها على سبيل الحصر ونعرضها في التالي :

١ - للصبي المميز منذ بلوغ السابعة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بالتصرف في 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 في حدود المال المخصص لها فلا تكون مضمونة بأموال ذمته العامة .

٢ - للقاصر إبرام عقد العمل الفردي وفقاً 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 في العمل واختيار نوعيته دون إجبار من أحد، ولكن في مقابل ذلك للمحكمة حق إنهاء ما أبرمه القاصر من تعاقد بناء على طلب الوصي أو ذوى الشأن متى كان هذا الإنهاء في 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 الفردي فهو عقد صحيح ولذلك ليس بهذا الإنهاء أثر رجعي 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 الذي يكسبه من مهنته أو حرفته ، فيكون تصرفه في 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 في تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون تكون أعمال إدارته الصادرة منه صحيحة في النطاق الذي 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 والذي له مال الحق في التصرف في ماله في حدود المهر والنفقة باعتبار أن إذن الزواج له إذن بالتصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق.

٦- للقاصر البالغ ثمانية عشرة عاماً والمأذون له من المحكمة إذناً مطلقاً أو مقيداً التجارة ، ولكن يراعى في أن الإذن للقاصر بالتجارة وإن كان يستوي مع الإذن بالإدارة في شرط بلوغ سن الثامنة عشرة إلا أنه لا يصدر إلا من المحكمة وحدها حتى مع وجود الولي في حين يكفي إذن الولي لممارسة أعمال الإدارة .

٧- للقاصر البالغ ثمانية عشر عاماً حق الإيصاء 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 في حكم التصرف الدائن بين النفع والضرر أي أنها باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر .

### ٣- كمال الأهلية :

متى بلغ الشخص إحدى وعشرون سنة ميلادية كان رشيداً وكامل الأهلية والتميز والإرادة، بمعنى أنه يملك القيام بكل أنواع التصرفات القانونية بنفسه النافع منها والضرار والدائن بين هذا وذاك .

وباكتمال الأهلية تنتهي الولاية أو الوصاية التي كانت قائمة على هذا الشخص ما لم تقرر المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الوصاية أو الولاية عليه لوجود عارض من عوارض الأهلية التي سنتناولها في الآتي:-

### ثانيا : 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، وفي كلتا الحالتين يجبر عليه بحكم المحكمة وتنصب المحكمة قيماً عليه ولا يزول الحجر إلا بحكم محكمة يقر ذلك .

#### ١ - العوارض التي 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 التساوي في الدرجة المرضية بين الجنون والعتة إلا أن القانون المصري ساوى في الحكم بين المجنون والمعتوه بوجه عام واعتبر كلا منهما عديم الأهلية فاقد الإرادة والإدراك كما ساوى بين الجنون المطبق المستوعب لكل الأوقات وبين الجنون المتقطع الذي تعتريه لحظات إفاقة في بعض الأوقات، عكس فقهاء الشريعة الإسلامية ولعل في 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 الذي 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 في أهلية من صدر القرار بالحجر عليه ، ومن وقت تاريخ تسجيل قرار الحجر يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل عمل وتصرف يصدر من المجنون أو المعتوه .

أما قبل تسجيل قرار الحجر ، فإن تصرفات المجنون أو المعتوه تعد صحيحة إلا في 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 لانعدام الإرادة بسبب الجنون أو العته .

## ٢ - العوارض التي تنقص الأهلية "السفه والغفلة":

السفه هو تبذير المال وإنفاقه في غير مواضعه على غير ما يقتضى العقل والشرع ، أما الغفلة فهي عدم الاهتمام إلى التصرفات المربحة بسبب نقصان التمييز .

فالسفه والغفلة إذن عارضان يصيبان الشخص في سلامة تقديره أو حسن تدبيره دون خلل بالعقل، ولهذا كانا في 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.

ويجب التمييز 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 دائمة 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 تخفي استغلاله من جانب المتعاقد مع السفية أو ذوى الغفلة .

ولعل الفارق الرئيسي بين تصرفات المجنون والمعتوه وتصرفات السفية وذوى الغفلة أنه يكفي في الأولى شيوع الحالة وقت التعاقد ولو لم يكن المتعاقد معه عالماً بها، أما في الحالة الثانية فإنه لا يكفي علم المتصرف إليه بل يجب اتجاه قصده وسوء نيته إلى استغلال هذه الحالة بالحصول على فوائد تجاوز المعقول أو يتواطأ 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 المصري موانع الأهلية بثلاثة على النحو التالي:-

#### ١ - الغيبة :

إذا غاب شخص لمدة سنة أو أكثر وترتب على غيابه تعطيل لمصالحه أقامت المحكمة وكيلاً عن هذا الغائب ، فالمرجع 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 وتولى 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 بتولي 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 المنع 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 جسدي يصعب معه تعبير الشخص عن إرادته تعبيراً صحيحاً بالرغم من كمال أهليته أو يحول دون إمامه الكافي بما يمكنه من تقييم مصلحته التقييم السليم وحماية لهذا الشخص أجاز القانون للمحكمة تعيين مساعد يعاونه في القيام بالتصرفات القانونية في حالتين أولهما : وجود عاهة مزوجة بالشخص وهي أن يصاب الشخص بعاهتين على الأقل من ثلاث عاهات وهي الصم والبكم والعمى وهي حالة يصعب معها تعبير الشخص عن إرادته تعبيراً سليماً.

وثانيهما : وجود عجز جسماني شديد كالشلل النصفي أو الضعف الشديد في حاسة السمع والبصر لدرجة تمنع الشخص وإحاطته الحقيقية بواقع الظروف المحيطة به وتقديرها .

وفي حالة صدور قرار بالمساعدة القضائية يلزم اشتراك المساعد القضائي مع من تقررت له المساعدة في اتخاذ القرار فإذا انفرد المساعد القضائي بالقرار كانت قراراته غير نافذة في حق من تقررت له المساعدة، وإذا انفرد بها من تقررت له المساعدة كانت قراراته قابلة للإبطال إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة .

#### رابعاً : الولاية "على النفس والمال" والوصاية :

لا تتوقف الأحوال المالية والمعاملات بالنسبة لعدم الأهلية أو ناقصها حتى يبلغ سن الرشد أو يزول عنه السبب لتكتمل أهليته ولكن القانون يحدد أشخاص يباشرون التصرفات والأعمال والإجراءات نيابة عنه في حدود معينة وتحت رقابة المحكمة .

ويتمثل الأشخاص الذين ينوبون عن عديمي الأهلية وناقصيها في الولي ، والوصي والقيم والمساعد القضائي والوكيل عن الغائب والمشرف المراقب ، حيث يطلق على من يقصد إليه بالولاية على القاصر الولي أو الموصى، في حين الشخص الذي يعقد إليه الولاية على المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة يطلق عليه القيم وكذلك المحكوم عليه بعقوبة جنائية، أما الوكيل فينوب عن الغائب أما من به عاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد فيعين له مساعد قضائي ، في حين أن المشرف يجوز تعيينه مع الوصي ولو كان مختاراً أو مع القيم أو مع الوكيل عن الغائب .

### الولي :

الولي هو من يدير أموال الصغير "القاصر" ويتصرف في حدود القانون وتثبت ولاية القاصر للأب ثم للجد الصحيح (الجد لأب) ما لم يكن الأب قد اختار لولده وصياً وثبوت ولاية الأب والجد تكون بقوة القانون دون حاجة لصدور قرار من المحكمة بتعيينه أو تثبيته لأنها ولاية طبيعية تفرضها

صلة الدم وليس للأب أو الجد التنحي عن الولاية إلا بإذن المحكمة .

كما أن ولاية الأب أو الجد لا تثبت إلا إذا كان كل منهما كامل الأهلية بالنسبة للتصرفات التي يباشرها نيابة عن القاصر، وكذلك التصرفات اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو من باب أولى وهذه مسألة بديهية .

ويقر القانون للولي (الأب أو الجد) سلطات أوسع من المقررة للوصي من غيرهما كما يقر القانون للأب سلطات أوسع من الجد .

وللولي بوجه عام حق مباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً ولكن ليس له مباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضاً وليس هناك استثناء على ذلك إلا التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي بعد إذن المحكمة .

أما إذا كان التصرف دائراً بين النفع والضرر فالأب له سلطة القيام به كقاعدة عامة وأن كان يرد على تلك القاعدة استثناءات مثل التصرفات المتعلقة بعقار أو محال تجارية أو

أوراق مالية تزيد قيمتها على ثلاث مائة جنيه، حيث يشترط بالنسبة لها الحصول على إذن المحكمة ، أما عن الجد فلا يستطيع القيام بأي تصرف إلا بعد استئذان المحكمة.

وتنتهي الولاية ببلوغ القاصر الحادية والعشرين من العمر ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية ، وكذلك لها سلب الولاية أو الحد منها إذا كانت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر.

### الوصي :

الوصي هو أي شخص دون الأب أو الجد يتقرر له الولاية على مال الصغير القاصر سواء تم ذلك باختيار الأب له أو تم التعيين من جهة المحكمة.

ويجوز للأب اختيار وصي لابنه متجاوزاً الجد ومتخطيه دون إلزام بحلول الجد محل الأب ، ولكن ولاية الوصي المختار لا تثبت إلا بعد تثبيت اختياره من جهة

المحكمة بعد تأكدها من توافر الشروط التي يتطلبها القانون فيه بأن يكون عدلاً وكفوفاً وكاملاً الأهلية.

وولاية الوصي عامة على كل أموال القاصر ، إلا أن المحكمة تملك تعيين وصي خاص تقتصر ولايته على بعض الأموال أو بعض التصرفات وجدير بالذكر أن صلاحيات الوصي بوجه عام أضيق من صلاحيات الولي ، فالوصي في المسائل الدائرة بين النفع والضرر لا يستطيع القيام بالتصرف أو أي عمل من أعمال الإدارة إلا بعد الرجوع للمحكمة واستئذانها في حين أن القانون يبيح للأب إجراء أعمال التصرف والإدارة على حد سواء دون استئذان المحكمة ، وإن كان يجوز للوصي القيام ببعض أعمال الإدارة البسيطة دون الرجوع لاستئذان المحكمة مثل تأجير عقار القاصر مدة لا تجاوز ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية وسنه في المباني والصلح والتحكيم فيما يقل عن مائة جنيه مما يتعلق بأعمال الإدارة .

وبخصوص الأعمال والتصرفات النافعة نفعاً محضاً والضارة ضرراً محضاً فالوصي والولي فيها سيان يجوز لهما

إجراء التصرفات النافعة من دون الضارة إلا إذا كان ذلك لأداء واجب إنساني أو عائلي بعد استئذان المحكمة وإذا أخل الوصي بالتزاماته كان للمحكمة توقيع الجزاء الجنائي عليه علاوة على سلطة المحكمة في تعيين مشرف يراقب تصرفات الوصي وأدائه وإبلاغ المحكمة والنيابة من اقتضى الأمر ، ويلتزم الوصي بتقديم حساب عن إدارته مشفوعاً بالمستندات.

وتنتهي الوصاية ببلوغ القاصر سن الرشد أو باستقالة الوصي أو عزله بقرار من المحكمة إذا أساء الإدارة .

### القيم :

القيم هو الشخص الذي يتولى إدارة أموال المحجور عليه بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة بقرار من المحكمة التي وقعت الحجز وتكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة .

ويشترط في القيم أن يكون عدلاً وكفياً وكامل الأهلية وهي ذات الشروط التي يجب توافرها في الوصي .

### المساعد القضائي :

المساعد القضائي هو من تعينه المحكمة لمساعدة الشخص المصاب بعاهتين من ثلاث وهي الصم والبكم والعمى ، ومهمته معاونة من يحتاج لمساعدة وليس الحلول محله أو النيابة عنه وعلى ذلك فإن تصرفاته الانفرادية قابلة للإبطال وكذلك تصرفات الشخص المقررة له المساعدة .

وبالرغم من أن المساعد القضائي لا يعد نائباً عن الشخص المحكوم بمساعدته فإنه يعامل معاملة النائب في عدم جواز التعاقد مع نفسه باسم من تقررت له المساعدة سواء كان التعاقد لحسابه أم لحساب الغير دون إذن المحكمة، وكذلك في عدم سريان التقادم فيما بين المساعد القضائي ومن تقررت له المساعدة وأخيراً في عدم جواز شراء المساعد القضائي لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بمقتضى هذه المساعدة ما لم تأذن المحكمة بذلك.

### الوكيل الغائب :

متى غاب شخص كامل الأهلية مدة سنة أو أكثر نصبت المحكمة وكيلاً عنه مراعاة وحماية لمصالحه وذلك

إذا كان مفقوداً ولا تعرف حياته من مماته وكذلك إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم ، أوله محل إقامة أو موطن معلوم خارج مصر واستحال عليه تولى شئونه بنفسه أو الأشراف على من ينوب عنه في إدارته أمواله .

ويمكن للغائب نفسه تعيين وكيل عنه تقوم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه شروط العدالة والكفاءة وكمال الأهلية وإلا عينت غيره .

وتنتهي الغيبة بزوال سببها أو موت الغائب أو الحكم باعتباره ميتاً.

### المشرف :

يتولى المشرف مراقبة النائب عن عديم الأهلية أو الوكيل عن النائب في إدارته ويجب عليه إبلاغ المحكمة أو النيابة متى اقتضى الأمر ذلك .

ولذلك يلتزم النائب أو الوكيل بإجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من توضيح عن إدارة الأموال وإتاحة الفرصة له للإطلاع على الأوراق والمستندات المتعلقة بهذه الأموال .

وحال خلو مكان النائب أو الوكيل يقوم المشرف بإدارة الأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر وفي نفس الوقت يطلب من المحكمة تعيين نائب أو وكيل جديد.

وفيما يتعلق بتعيين المشرف وعزله وقبول استقالته وأجره ومسئولية عن أعماله تسرى ذات الأحكام المطبقة على النائب أو الوكيل بحسب الحال ، وفي النهاية تقرر المحكمة انتهاء الإشراف متى رأت ذلك.

### خامساً : 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 الإيجابي الذي يمثل مجموع حقوق الشخص المالية وثانيهما السلبي الذي يمثل مجموع التزامات الشخص المالية ، والذمة المالية تتكون بجانبها الإيجابي والسلبي 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 .

## المطلب الثاني

### الشخص الاعتباري أو المعنوي

تبين لنا فيما سبق أن الشخص في نظر القانون هو كل من يتمتع بالشخصية القانونية ، أي الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، ولا تقتصر هذه الصلاحية على الشخص الطبيعي أي 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 في لشخص أن يكون إنساناً ، وأن الاعتراف لهذه الجماعات بالشخصية القانونية إنما يهدف إلى تمكينها من تحقيق الأغراض التي 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 .

### أهمية فكرة الشخص الاعتباري وفوائدها :

ترجع فكرة الشخص الاعتباري إلى عدة اعتبارات فرضتها الحاجة إلى ضرورة تضافر الجهود وتجميع الأموال للقيام بالأعمال والمشروعات الضخمة التي لا يستطيع أن يقوم بها الإنسان بمفرده ، مهما توافرت له الإمكانيات والظروف ، الأمر الذي اقتضى ضرورة منح هذه الجماعات من الأشخاص والمجموعات من الأموال الشخصية الاعتبارية لكي 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 مزاوله 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 .

وتقتضى دراسة الشخص الاعتباري تحديد بداية الشخصية الاعتبارية وانتهائها ، ثم النتائج المترتبة على منحها الشخصية القانونية ، أو الخصائص التي تتميز بها وأخيراً أنواع الأشخاص الاعتبارية .

## الفرع الأول

### بداية الشخصية الاعتبارية وانتهاءها

أولاً : بداية الشخصية الاعتبارية :

تختلف بداية الشخص الاعتباري عن بداية الشخص الطبيعي ، فالشخص الاعتباري يبدأ من اعتراف القانون به ، فلا يكفي توافر وجود جماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال ، تسعى لتحقيق غرض معين لنشأة الشخص الاعتباري ، بل يلزم أن تتفق هذه الإرادة مع النظام القانوني ثم اعتراف القانون به ، فوجود الشخص الاعتباري ليس ثمرة لمشيئة الأفراد ، بل رهناً بإرادة المشرع ، فالقانون هو الذي ينشئ الشخص الاعتباري عن طريق الاعتراف به .

واعتراف المشرع بالشخص الاعتباري ليس هو مجرد اعتراف بكائن موجود من قبل ، بل يعد إنشاءً لشخص قانوني جديد ، لأن الاعتراف هو الذي يحول جماعة الأشخاص أو مجموعة الأموال إلى شخص اعتباري ، بإرادة الدولة وحدها هي التي تستطيع إنشاء الشخص القانوني ، وليس فقط إرادة الأفراد .

ويجب أن تتوفر في هذا الكيان المعنوي الجديد كل عناصر ومقومات الشخص الاعتباري ، من وجود جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال تهدف إلى تحقيق غرض معين ، وأن يعترف لها المشرع بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض ، وقد يصدر الاعتراف لحظة تكوين هذا الكيان المعنوي ، كما يحدث عندما تقوم الدولة بإنشاء المؤسسات والمنشآت العامة ، كما قد يصدر هذا الاعتراف في وقت لاحق لتكوين الكيان المعنوي ، وذلك عندما يقوم الأفراد أنفسهم بتكوينه ثم يأتي الاعتراف لاحقاً لتكوينه ، فيمنحه الوجود القانوني .

وقد يتم الاعتراف من جانب المشرع بالشخص الاعتباري بأحد طريقتين الاعتراف العام أو الاعتراف الخاص .

#### أ ) الاعتراف العام :

يتحقق الاعتراف العام عندما يحدد المشرع مقدماً الشروط الواجب توافرها في جماعات الأشخاص أو في مجموعات الأموال ، لكي تثبت لها الشخصية القانونية ، بحيث إذا توافرت هذه الشروط في أي كائن معنوي تكون له الشخصية القانونية بقوة القانون ، دون

حاجة إلى صدور قرار خاص من جهة معينة في كل حالة على حده .

فالشخصية الاعتبارية تبدأ في الاعتراف العام بعد التأكد من توافر الشروط القانونية في جماعة الأشخاص أو مجموعة الأموال ، حيث تخول الدولة عادة جهة معينة إداريه أو قضائية للتحقق من مدى توافر هذه الشروط من عدمه ، ولا تنشأ الشخصية الاعتبارية إلا بعد أن تعلن الجهة المختصة بتوافر هذه الشروط ، وقيد الشخص الاعتباري في السجلات المعدة لهذا الغرض .

### ب) الاعتراف الخاص :

يتطلب الاعتراف الخاص صدور ترخيص من جانب السلطة المختصة بمنح الشخصية الاعتبارية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال، عند تكوين كل منها على حده ، فلا يكفي لمنح الشخصية الاعتبارية في هذه الحالة توافر الشروط التي وضعها القانون سلفاً ، بل يجب أن يصدر قرار خاص في كل حالة على حده ، حيث يواجه الاعتراف الخاص جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال التي قد توجد في المستقبل وتتخذ أشكالاً جديدة ،

خلافاً للصور أو الأشكال التي حددها القانون ، وتقتضى المصلحة العامة ضرورة الاعتراف لها بالشخصية الاعتبارية .

وتملك السلطة المختصة بمنح الاعتراف الخاص سلطة تقديرية في هذا الشأن ، حيث يكون لها الحق في رفض منح الشخصية الاعتبارية إذا تبين لها عدم توافر الشروط التي تطلبها القانون ، كعدم مشروعيه الهدف أو الغرض الذي تسعى إلى تحقيقه جماعة الأشخاص أو مجموعة الأموال ، ويسمح القانون لصاحب المصلحة في أن يطعن أمام القضاء في القرار الصادر من الجهة المختصة برفض منح الشخصية الاعتبارية.

وإذا كانت الشخصية الاعتبارية تبدأ في الاعتراف العام بمجرد توافر الشروط التي تطلبها القانون ، فإن الأمر على خلاف ذلك في الاعتراف الخاص ، حيث لا تبدأ الشخصية الاعتبارية ، إلا من تاريخ القرار الصادر من الجهة المختصة بالاعتراف بها .

ومع ذلك يعترف الفقه بالشخصية الاعتبارية لجماعة الأشخاص أو مجموعة الأموال وهي لازالت في مرحلة التكوين ، حتى تتمكن من القيام بالأعمال اللازمة لتكوينها ، فيكون لها الحق في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ولكن بالقدر اللازم لإتمام

عملية التكوين ، ويتوقف اكتساب الشخصية الاعتبارية بصفة نهائية على تمام تكوين الشخص الاعتباري من بعد تكويناً صحيحاً وفقاً للشروط التي تطلبها القانون .

### ثانياً : انتهاء الشخصية الاعتبارية :

تختلف الأسباب التي تنقضي بها الشخصية الاعتبارية تبعاً لاختلاف الأشخاص الاعتبارية ، وبوجه عام ينتهي الشخص الاعتباري ، بانتهاء الأجل المحدد له ، إذا تم تحديد مدة معينة له ، أو بتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله أو ثبوت استحالة تحققه ، وقد ينتهي الشخص الاعتباري بصدور قرار بحله سواء كان اختيارياً أي باتفاق الأشخاص المكونين له على حله كما هو الحال في الشركات ، أم إجبارياً كما هو الحال عندما تقوم الدولة بإنهاء حياة الشخص الاعتباري بقرار منها سواء كان عن طريق حكم من جانب القضاء أو بصدور قرار من السلطة التنفيذية .

وبالإضافة إلى هذه الأسباب العامة لانقضاء الشخصية الاعتبارية ، توجد أسباب خاصة لانقضائها ، ولكن تختلف حسب نوع الشخص الاعتباري ، فالشركات لها أسباب خاصة تنقضي بها ، فضلا عن هذه الأسباب العامة ، بل أن أسباب انقضاء الشركات

تختلف أيضاً حسب نوع الشركة حيث تخضع شركات الأشخاص لأسباب انقضاء خاصة ، كوفاة أحد الشركاء أو إعساره أو إفلاسه أو الحجر عليه نظراً لتوافر الاعتبار الشخصي فيها ، بخلاف شركات الأموال التي لا تخضع لهذه الأسباب لقيامها على الاعتبار المالي لا الشخصي.

## الفرع الثاني

### خصائص الشخصية الاعتبارية

يترتب على الاعتراف بالشخصية القانونية لجماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال ، أن يصبح الشخص الاعتباري صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، إلا أن ذلك لا يعني أنه يتساوى في ذلك مع الشخص الطبيعي ، وقد نصت بعض التشريعات على ذلك صراحة ، منها القانون المدني المصري ، حيث تنص المادة (١/٥٣) منه على أن " الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي يقرها القانون " فالشخص الاعتباري لا تثبت له الحقوق الملازمة لصفة الإنسان ، كحقوق الأسرة وبعض الحقوق

السياسية كحق الترشيح وحق الانتخاب وحق تولى الوظائف العامة

ومتى نشأ الشخص الاعتباري وثبتت له الشخصية القانونية ترتب على ذلك عدة نتائج هامة ، حيث يكون له اسم وموطن وحالة وأهلية وذمة مالية بالقدر والشكل الذي يتناسب مع طبيعة الشخص الاعتباري والغرض الذي أنشئ من أجله ، وبما يسمح بتمييزه عن غيره من الأشخاص الاعتبارية الأخرى .

### أولاً : الاسم

للشخص الاعتباري اسم يميزه عن غيره من الأشخاص الاعتبارية الأخرى، ويتم اختيار الاسم عند تأسيسه ويذكر في سند إنشائه ، وعادة يستمد هذا الاسم من الغرض الذي أنشئ الشخص الاعتباري من أجله ، وقد يتخذ الشخص الاعتباري اسماً تجارياً ، وعندئذ تكون له قيمة مالية ، ويعتبر أحد عناصر المحل التجاري يجوز له التصرف فيه أو النزول عنه ، كما هو الحال في الشركات التي يكون لها حقاً مالياً على اسمها بخلاف الجمعية أو المؤسسة التي يكون لها حقاً أدبياً فقط على اسمها لا يجوز لها التعامل فيه .

ويحمى القانون حق الشخص الاعتباري على اسمه ، كما هو الحال بالنسبة لاسم الشخص الطبيعي ، فيكون لممثل الشخص الاعتباري الحق في أن يطلب وقف أي اعتداء يقع على اسمه ، ولو لم يترتب عليه أي ضرر ، وسواء تمثل هذا الاعتداء في منازعة الغير له في الاسم ، أو في انتحاله إياه ، كما يكون له الحق في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذا الاعتداء .

### ثانيا : الموطن :

للشخص الاعتباري موطن خاص به مستقل عن موطن الأشخاص المكونين له أو من يتولون إدارته ، تتم فيه مخاطبته فيما يتعلق بنشاطه القانوني ، كما يمكن للغير مقاضاته فيه ، ويتحدد الموطن عادة بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارة الشخص الاعتباري ، أي المكان الذي يباشر فيه الشخص الاعتباري حياته القانونية ، فتصدر منه الأوامر والتوجيهات والخطط والبرامج . وتوجد فيه الهيئات الرئيسية .

ويختلف موطن الشخص الاعتباري عن مكان الاستغلال أي المكان الذي يزاول فيه الشخص الاعتباري نشاطه الاستغلالي ، فقد

يكون موطن الشخص في مدينة معينة بينما يكون مكان الاستغلال في مكان آخر ، وقد يجتمع موطن الشخص الاعتباري مع مكان الاستغلال في مكان واحد ، بحيث يمارس نشاطه في المكان الذي توجد فيه مركز إدارته الرئيسي .

وإذا كان للشخص الاعتباري أكثر من فرع في أماكن مختلفة ، فإن مركز إدارة كل فرع يعتبر موطناً للشخص الاعتباري فيما يخص الأعمال المتعلقة بهذا الفرع ، كذلك إذا كان مركز الإدارة الرئيسي للشخص الاعتباري في الخارج، بينما يكون نشاطه داخل الدولة ، حيث يكون موطن الشخص الاعتباري ، هو المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية ، بالنسبة للقانون الوطني.

### ثالثاً : الحالة

الشخص الاعتباري بحكم طبيعة لا يمكن أن تتوفر فيها كافة عناصر الحالة التي تتوفر للشخص الطبيعي ، فالشخص الاعتباري ليس له أسرة أو دين معين ، كما هو الحال في الشخص الطبيعي ، كما أن هناك خلافاً قد ثار حول منح الشخص الاعتباري جنسية دولة معينة ، على أساس أن الجنسية هي علاقة ولائية بين الشخص والدولة التابع لها تبرر منحه جنسيتها ، وهو ما لا يتوافر

في حالة الشخص الاعتباري ، الأمر الذي يقتضى عدم منحه جنسية أي دولة لانعدام هذه العلاقة الولائية التي لا تتوافر إلا لدى الأشخاص الطبيعيين.

وإذا كان الأصل أن الجنسية لا تمنح إلا للشخص الطبيعي إلا أن هناك مبررات معينة اقتضت ضرورة منح الشخص الاعتباري الجنسية ، بل أن أهمية الجنسية للشخص الاعتباري تفوق أهميتها للشخص الطبيعي في بعض الحالات، حيث يتم على أساسها تحديد النظام القانوني الذي يخضع له وبيان حقوقه والتزاماته ، وقد أصبح من المستقر عليه في الوقت الحالي ضرورة منح الشخص الاعتباري جنسية دولة معينة .

وتتحدد جنسية الشخص الاعتباري عادة تبعاً لجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي الفعلي ، ويخضع بالتالي لقوانين هذه الدولة فيما يتعلق بنشأته وتكوينه ونشاطه وانقضائه ، ومع ذلك فإن هناك بعض القوانين تحدد الحقوق التي يتمتع بها الشخص الاعتباري الذي يوجد مركز إدارته الرئيسي في الخارج أو في الدولة ذاتها خشية من خضوع الشخص الاعتباري للسيطرة الأجنبية.

ومن الأمثلة على هذه القوانين ما نصت عليه المادة (١١) من القانون المدني المصري بقولها : أن " النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، يسرى عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الشركات مركز إدارتها الرئيسي ، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر مع بقاء مركز إدارتها في الخارج ، فإن القانون المصري هو الذي يسرى ، كذلك نصت المادة (١٤) من نظام الشركات السعودي على أنه " باستثناء شركة المحاصة " تتخذ كل شركة تؤسس وفقاً لأحكام هذا النظام مركزها الرئيسي في المملكة ، وتعتبر هذه الشركة سعودية الجنسية ، ولكن لا يستتبع هذه الجنسية بالضرورة تمتع الشركة بالحقوق المقصورة على السعوديين " .

#### رابعاً : الأهلية

للشخص الاعتباري أهلية كما هو الحال بالنسبة للشخص الطبيعي ، غير أن هذه الأهلية تختلف عن أهلية الشخص الطبيعي ، تبعاً لاختلاف طبيعة كل منهما ، سواء فيما يتعلق بأهلية الوجوب أو أهلية الأداء .

## أ ( أهلية الوجوب :

يتمتع الشخص الاعتباري بأهلية وجوب ، أي الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، إلا أنها ليست كاملة كالشخص الطبيعي ، بل هي أهلية ناقصة أو محددة بسبب طبيعة الشخص الاعتباري والغرض الذي أنشئ من أجله .

فطبيعة الشخص الاعتباري باعتباره مجموعة من الأشخاص أو الأموال تقتضى عدم تمتعه بالحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية ، أي التي يكتسبها الشخص بحكم كونه إنساناً ، فليس للشخص الاعتباري بحكم طبيعته حقوق أسرة أو حقوق عامة كالحقوق التي تهدف إلى حماية الكيان المادي للشخص كالحق في الحياة أو في سلامة الجسد ، كما أن بعض الحقوق التي تهدف إلى حماية الكيان الأدبي للشخص لا تثبت للشخص الاعتباري كالحق في احترام المشاعر والمعتقدات ، بينما تثبت له بعضها الآخر كالحق في السمعة والحق في الاسم ، كذلك لا تثبت للشخص الاعتباري بعض الحريات الشخصية كحرية التنقل وحرية الزواج ، بينما تثبت له بعض الحريات الأخرى كحرية التملك وحرية التعاقد .

ويحد مبدأ تخصص الشخص الاعتباري من أهلية الوجوب لديه ، ويقصد بهذا المبدأ أن الشخص الاعتباري يقتصر نشاطه على القيام بالأعمال التي تدخل في حدود تخصصه فقط ، فإذا كان الشخص الطبيعي يملك مباشرة أي نشاط يرغب فيه متى كان في حدود النظام العام والآداب ، إلا أن الشخص الاعتباري على خلاف ذلك ، فهو ينشأ لتحقيق أغراض معينة ، ولذلك ينحصر نشاطه في الحدود التي يقتضيها تحقيق هذه الأغراض ، وبالتالي لا يكون صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق غرضه .

### (ب) أهلية الأداء :

لما كانت أهلية الأداء مناطها التمييز ، حيث تتحدد هذه الأهلية من حيث وجودها ومداهما بما يتوافر لدى الشخص من قدرة على التمييز والإدراك ، فإن الشخص الاعتباري لا تكون له أهلية أداء لانعدام التمييز لديه ، فالشخص الطبيعي وحدة هو الذي يتمتع بالإرادة والتمييز ، ولذلك فإن الاعتراف للشخص الاعتباري بأهلية أداء يُعد من قبيل المجاز أو الافتراض .

ونتيجة لعدم قدرة الشخص الاعتباري على التعبير عن إرادته بذاته ، فإنه لا يستطيع أن يباشر التصرفات القانونية بنفسه ، ولذلك يتم تعيين نائب قانوني عنه يعبر عن إرادته ، على أن هذه النيابة عن الشخص المعنوي تختلف عن نيابة الولي أو الوصي أو القيم ، لأن النيابة في هذه الحالات يقصد بها حماية الشخص المشمول بالولاية أو الوصاية أو القوامة في حين أن نيابة الشخص الاعتباري هي نيابة تمثيل حيث يعتبر ممثل الشخص الاعتباري الأداة التي يباشر الشخص الاعتباري نشاطه من خلالها ، ولذلك تتصرف إليه آثار التصرفات التي يجريها ممثله ، كما يقوم بتمثيله أمام القضاء .

وتتقيد أهلية الأداء لدى الشخص الاعتباري بمبدأ التخصص كما هو الحال بالنسبة لأهلية الجوب ، بحيث ينحصر نشاطه في الحدود التي يقتضيها الغرض الذي أنشئ من أجله ، ويتعرض للجزاء إذا تجاوز هذه الحدود ، وقد تنال هذه الجزاءات من الشخص المعنوي ذاته كصدور حكم أو قرار بحله ، أو قد تلحق بمن يمثله ، كالعزل أو الحبس أو الغرامة .

ولما كانت آثار التصرفات التي يقوم بها الشخص الاعتباري تتصرف إليه مباشرة ، فإنه يسأل عن الأخطاء التي تقع من ممثليه

متى كانت قد تمت بمناسبة القيام بأعمالهم وفي حدود الاختصاصات المحددة لهم ، أما الأخطاء التي تقع منهم خارج حدود اختصاصهم فلا يسأل عنها الشخص الاعتباري ، إلا وفقاً لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعة . كما أن المسئولية الجنائية عن الأفعال التي تقع من ممثلي الشخص الاعتباري تقع على عاتقهم فقط ، فلا يتصور قيام المسئولية الجنائية بالنسبة للشخص الاعتباري لانعدام الإرادة والتمييز لديه ، ولذلك يتحمل المسئولية عن هذه الأفعال من قام بها دون الشخص الاعتباري ، وأن كانت هناك بعض العقوبات قد يتحملها الشخص الاعتباري كالغرامة والمصادرة والإغلاق .

### خامساً : الذمة المالية

للشخص الاعتباري ذمة مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين له أو الذين يتولون إدارته ، والذمة المالية هي مجموع مال للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ، ويترتب على استقلال الذمة المالية للشخص الاعتباري عدة نتائج هامة منها :

١) لا يستطيع إن يطالب بحقوق الشخص الاعتباري لدى الغير إلا من كان يمثله قانوناً ، كما أن هذه الحقوق تدخل في ذمة الشخص الاعتباري لا ذمة الأشخاص المكونين له أو الذين يتولون إدارته .

٢) تنتقل ملكية الأموال التي يقدمها الأشخاص المكونين للشخص الاعتباري من ذمتهم إلى ذمة الشخص الاعتباري مت كان تقديمها يتم على سبيل التملك، ويكون له وحده حق التصرف فيها .

٣) لا تضمن ذمة الشخص الاعتباري إلا دائنيه فقط دون دائني الأشخاص المكونين له أو الأشخاص الذين يتولون إدارته ، ولذلك لا يجوز لدائني هؤلاء الأشخاص التنفيذ بديونهم على أموال الشخص الاعتباري ، كما لا يجوز لدائني الشخص الاعتباري التنفيذ بديونهم على أموال هؤلاء الأشخاص .

ومع ذلك فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناء يتعلق بالشخص الاعتباري الذي يتخذ صورة شركة مدينة أو شركة تضامن أو شركة توصية بسيطة أو توصية بالأسهم بالنسبة للشركاء المتضامنين فيها ، حيث تكون ديون هذه الشركات مضمونة بأموالها والأموال الخاصة للشركاء المتضامنين الذين يسألون عن هذه الديون مسئولية

شخصية ، وعلى وجه التضامن في مواجهة الغير ، بينما على العكس ، من ذلك لا تسأل الشركة عن ديون هؤلاء الشركاء .

ولكن لا يعنى مسئولية هؤلاء الأشخاص عن ديون الشخص الاعتباري ، اختلاط ذممهم بذمته ، بل يعتبرون ضامنين فقط لديون الشخص الاعتباري ، يكون مركزهم هو مركز الكفيل المتضامن ، بحيث يكون من بإمكان دائن الشركة أن يطالب الشركة بدينه أو أن يطالب الشركاء المتضامنين ، ويرجع ذلك إلى قيام هذه الشركات على الاعتبار الشخص والثقة المتبادلة بين الشركاء في هذا النوع من الشركات .

## الفصل الثاني

### 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 التي يستأثر بها صاحبه بمقتضى القانون ، وقد تكون هذه القيمة عملاً أو شيئاً مادياً أو غير مادي ، أما مضمون الحق فهو السلطات التي يخولها الحق لصاحبه والتي تمكنه من الحصول على المزايا التي تعود عليه من استنثاره بهذه القيمة والتمتع بها دون غيره من الأشخاص .

فمحل حق الملكية مثلاً هو الشيء الذي يرد عليه الحق كالمنزل أو قطعة الأرض أو السيارة أو الكتاب ، في حين أن مضمونه هو ما يكون للمالك على هذا الشيء من سلطات تخوله استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، ومحل حق الرهن مثلاً هو

الشيء الذي يرد عليه الرهن ، أما مضمونه فهو السلطة التي تخول لصاحبه نزع ملكية الشيء حتى في 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 العيني كحق الملكية يكون محله الشيء المادي الذي ترد عليه سلطات المالك ، ومحل حق الارتفاق هو العقار المحمل بالارتفاق .

أما الحق الشخصي فيكون محله دائماً هو أداء أو عمل حتى في الالتزام بإعطاء ، كما هو الحال في عقد القرض ، حيث يلتزم المقرض بأداء هو إعطاء شيء مادي هو النقود ، وهذا لا يعنى أن محل التزام المدين في عقد القرض هو النقود ، بل هو الأداء المتمثل في قيامه بالوفاء بها ، فالتزام المدين بإعطاء هو المحل المباشر ، أما الشيء الذي يلتزم به المدين يكون محلاً غير مباشر للحق ، لأن الأشياء لا تصلح لأن تكون محلاً مباشراً للحق إلا في الحقوق العينية فقط ، كما أن محل الحق الذهني أو المعنوي 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 لأخر حق انتفاع عليه ، وقد يقوم صاحب حق الانتفاع بتأجيرها للغير فيكون له كمستأجر حق شخصي متعلق بهذا العقار ، كما أن هذا العقار قد يكون أيضاً محملاً بحق ارتفاق لمصلحة عقار آخر .

ونقتصر في دراستنا لمحل الحق على بيان محل الحقوق الشخصية أي الأعمال ، ثم محل الحقوق العينية أي الأشياء ، أما محل الحقوق المعنوية أو الذهنية فقد سبق لنا تناولها بصد دراسة حق المؤلف <sup>(١)</sup> .

## المبحث 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 إيجابياً وقد يكون سلبياً .

---

(١) انظر فيما سبق ، حق المؤلف .

ويتمثل العمل الايجابي 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 شيء كالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري ، مقابل قيام المشتري بدفع الثمن .

كما أن العمل السلبي يتمثل في التزام المدين بالامتناع عن القيام بعمل معين كان يمكن له إن 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 ، أي 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 الإدارة ، 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 شيء 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 ممكناً 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<sup>(١)</sup> .

**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 ،

(١) د. عبد الودود يحيى : المرجع السابق ، ص ٣٢٥ .

كالالتزام بنقل ملكية حق عيني ، فيجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين ، فإذا كان الشيء معيناً بالذات ، أي شيئاً قيمياً ، كسيارة فيجب أن يتم تعيينها بذكر أوصافها المختلفة ، مثل الماركة واللون وسنة الصنع ، وإذا كان الشيء قطعة أرض ، فيجب تعيينها ، ببيان حدودها ومعالمها ومساحتها

أما إذا كان الشيء معيناً بالنوع أي شيئاً مثلياً ، كبيع كمية من القمح ، فيجب أن يتم تعيينه بذكر نوعه ومقداره ، ويكفي 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 ، أي 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 وامرأة ، حيث يكون محل الالتزام في هذه الحالات القيام بعمل غير

مشروع لمخالفته للنظام العام وقواعد الأخلاق وبالتالي يكون باطلاً ،  
لأنه لا يمكن أن ينشأ التزام قانوني بناءً على عمل غير مشروع .

## المبحث الثاني

### الأشياء

تعريف الشيء وتميزه عن المال :

الشيء : هو محل الحق العيني ،ويقصد به : كل ما له كيان  
مستقل عن الأشخاص ، سواء كان حياً كالحيوانات أو غير حي  
كالعقارات ، وسواء كان مادياً كالأرض أو البناء أو كان غير مادي  
كالمحل التجاري .

ويختلف الشيء عن المال ، لأن المال هو كل حق مالي سواء  
كان حقاً شخصياً أم كان حقاً عينياً ، أما الشيء فهو محل الحق  
المالي إذا كان حقاً عينياً ، ولذلك يجب عدم الخلط بين الأشياء  
والأموال ، والذي يرجع إلى أن الشيء غالباً ما يكون محلاً للحقوق  
المالية ، فيعتبره البعض مالاً بسبب وجود هذه الحقوق ، ولكن محل  
الحقوق المالية قد يكون أيضاً عملاً ، كما أن الشيء قد لا يكون

محللاً لأي حق مالي ، وبالتالي لا يكون مالاً وإنما يكون شيئاً من الأشياء ، كما هو الحال في الأشياء المباحة <sup>(١)</sup>.

### تقسيمات الأشياء التي تصلح أن تكون محلاً للحقوق .

يجري الفقه منذ القدم على تقسيم الأشياء التي تصلح أن تكون محلاً للحقوق إلى عدة تقسيمات مختلفة حسب الأساس الذي يعتمد عليه في تقسيمها على النحو التالي :

(١) من حيث مدى جواز التعامل فيها تنقسم إلى أشياء داخلية في دائرة التعامل وأشياء خارجه عنه .

(٢) من حيث مدى قابليتها للاستعمال المتكرر ، تنقسم إلى أشياء قابلة وأشياء غير قابلة للاستهلاك .

(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**

(١) د. عبد الودود يحيى : المرجع السابق ، ص ٣١٢ .

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 بحياتها ، 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 .

**ثانياً : 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 المادي هو الذي يؤدي إلى انقضاء مادة الشيء أو تغيير ذاتيته أو صورته ، فاستهلاك المواد الغذائية يكون بأكلها ، فتتقضي بذلك مادتها ، واستهلاك الأقمشة والمنسوجات يكون بتحويلها إلى ملابس فتتغير بذلك مادتها ، أما الاستهلاك القانوني فهو الذي يكون عن طريق التصرف في الشيء إلى الغير ، كإنفاق النقود ، وبيع البضائع المعروضة في المتاجر <sup>(١)</sup> .

**٢ - الأشياء غير القابلة للاستهلاك :**

(١) د. عبد الودود يحيى : المرجع السابق ، ص ٣٢٠ .

هي الأشياء التي ينتفع بها دون أن تهلك من أول استعمال لها ، حتى ولو ترتب على تكرار استعمالها نقص في قيمتها أو هلاكها بمضي الزمن .

فهذه الأشياء لا تستهلك بمجرد الاستعمال ، وإنما تحتفظ بذاتيتها ، ولا يغير من طبيعتها أن يؤدي استعمالها إلى النقصان التدريجي في قيمتها أو متانتها ، ومن الأمثلة على هذه الأشياء المنازل والسيارات والطائرات والأثاث والثبات والأجهزة والأدوات .

والعبرة في كون الشيء قابل للاستهلاك أو غير قابل للاستهلاك هي بطبيعته، أي حسب الاستعمال الذي أعد له الشيء وفقاً لطبيعته .

ومع ذلك يجوز للأفراد أن يغيروا من ذلك ، إذا خصصوا الشيء لاستعمال يختلف عن الاستعمال الذي 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 في متحف للعملات ، فإنها تكون غير قابلة للاستهلاك ، فإرادة المتعاقدين تملك أن تغير

من الغرض الذي خصص له الشيء بحسب طبيعته ، فيتحول من شيء قابل للاستهلاك إلى شيء 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 ، وهي العقود التي تخول أحد المتعاقدين الانتفاع بالشيء مدة معينة ثم رده بعد ذلك إلى مالكه ، كالإيجار والعارية ، فالمستأجر والمستعير يستعمل كل منهما شيئاً مملوكاً للغير ، ويلتزم برده بعد مدة معينة ، وهو ما لا يتصور إلا إذا كان الشيء غير قابل للاستهلاك .

ب) بعض الحقوق العينية التي تخول صاحبها سلطة استعمال الشيء دون التصرف فيه كحق الانتفاع وحق السكنى ، لا ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك ، حيث يلتزم صاحب الحق برد المال إلى مالكه 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 مالكا للشيء

القابل للاستهلاك حتى يستطيع استعماله ، لأن المالك وحده هو  
الذي يملك التصرف في الشيء .

### ثالثاً : الأشياء المثلية والأشياء القيمة

#### ١ - الأشياء المثلية :

هي الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي  
تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو  
الوزن ، ويعرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها الأشياء التي لا  
تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به ، فهذه الأشياء يكون لها نظائر أو  
مثيل في الأسواق لا يختلف عنها اختلافاً يُعتد به ، وتسمى هذه  
الأشياء بالأشياء المعينة بالنوع ، حيث يكفي في تعيينها ذكر  
نوعها وعدد وحداتها، وذلك بالعدد كالكتب ، أو بالمقاس  
كالمنسوجات ، أو بالوزن كالزيوت ، أو بالكيل كالحبوب .

#### ٢ - الأشياء القيمة :

هي الأشياء التي لا تقوم مقام بعضها في الوفاء ، وذلك  
لتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به ، فهي الأشياء التي ليس لها نظير أو  
مثيل في الأسواق أو كان لها نظير أو مثيل ولكن يختلف عنها  
اختلافاً يعتد به ، وتسمى هذه الأشياء بالأشياء المعينة بالذات ، أي

يجب تعيين كل منها بذاته فلا يكفي أن تعين بالعدد أو المقاس أو الوزن أو الكيل كما هو الشأن بالنسبة للأشياء المثلية . ومن الأمثلة على هذه الأشياء المنازل والأراضي والحيوانات والأحجار الكريمة والكتب المخطوطة .

والعبرة في اعتبار الشيء من الأشياء المثلية أو من الأشياء القيمة 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 القيمة ، إذا تم تقسيمها إلى قطع متساوية بحيث تصبح متماثلة ، كما تفعل الشركات التي تقوم ببيع الأراضي .

## أهمية التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمة :

يترتب على التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمة 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 قيماً أي معيناً بذاته فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد .

(٢) لا يعفي 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 المثلي في الأسواق .

أما إذا كان الشخص ملتزماً بنقل ملكية شيء قيمي ، وهلك هذا الشيء قبل التسليم ، فإن التزامه ينقضي 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 أوفي بشيء من نفس النوع بالقدر المتفق عليه في العقد ، أما إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً ، فإن المدين لا يبرأ من التزامه إلا إذا أوفي بالشئ 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 شيء ثابت بطبيعة ولا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف ، وهذه هي العقارات بطبيعتها ، ومع ذلك فقد أسبغ المشرع وصف العقار على بعض المنقولات عندما تتوفر فيها شروط معينة ، وهو ما تعرف بالعقارات

بالتخصيص ، ولذا فإن العقارات نوعين عقارات بطبيعتها، وعقارات بالتخصيص.

### أ) العقار بطبيعته :

العقار بطبيعته : هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، فإذا كان الشيء 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 ، كالأكشاك 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

المكاملة 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 رصداً لخدمة هذا العقار واستغلاله ، فالعقار بالتخصيص هو أصلاً منقول ، ولكن القانون يضيف عليه وصف العقار لأنه أصبح من تابعه ، 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

لاعتبره 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 والمواشي 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 إلى 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 المشية  
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 ، أي 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 ، أي أن يتوافر له  
قدر من الثبات، بحيث لا يكون عرضياً ، ولكن لا يعني ذلك أن

يتم التخصيص بصفة دائمة بلى يكفي 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 في هذا التخصيص على الأقل فائدة للعقار ، فإذا لم يكن التخصيص يعود بالفائدة على العقار ، فلا يعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص ، وهذا يقتضى أن يكون من شأن المنقول أن يحقق فائدة للعقار الذي يخص لخدمته واستغلاله .

وترجع الحكمة من ذلك إلى عدم السماح للمالك بالتوسع في تخصيص الأشياء المنقولة لخدمة العقار ، بهدف الأضرار بدائنيه نتيجة لخروج هذه الأموال المنقولة التي 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 استقلاً 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<sup>(١)</sup> ، ولا يتحقق ذلك إذا أجاز التصرف فيها منفصلاً عن العقارات التي خُصت 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

---

(١) د. عبد الودود يحيى : المرجع السابق ، ص ٣١٦ .

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 .

## ٢ - المنقولات

المنقول : هو كل شيء يمكن نقله من مكانه دون تلف ، أو  
هو كل شيء ما عدا ما يعتبر عقاراً بطبيعته أو بالتخصيص ،  
كالسيارات والمواشي والكتب ، وهذه الأشياء تعتبر منقولات بطبيعتها  
، أي طبيعة الشيء غير الثابتة تسمح بنقله من مكانه دون أن  
يلحقه تلف ، ومع ذلك فإن هناك أشياء ثابتة بطبيعتها ولكنها تعتبر

من المنقولات على اعتبار ما ستؤول إليه مستقبلاً وتسمى هذه الأشياء بالمنقولات بحسب المأل .

### أ ( المنقول بطبيعته:

المنقولات بطبيعتها هي كل شيء 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 الشيء ذاته كالحيوانات 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 الشيء 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 في العقار بالتخصيص ، لأن العقار لا زال يحتل أهميته الاقتصادية التي لا تجعله تابعاً للمنقول .

وعلى ذلك لا يعتبر العقار الذي يباشر فيه مالك المحل التجاري نشاطه عنصراً من عناصر المحل التجاري الذي يعتبر من قبيل المنقولات ، فعناصر المحل التجاري تعتبر أشياء منقولة ولا يدخل فيها العقار الذي يباشر فيه التاجر نشاطه .

## ٢) المنقولات المعنوية :

المنقولات المعنوية هي الأشياء غير المادية التي لا يمكن إدراكها بالحواس، كالاسم التجاري والعلامات التجارية والمخترعات وأفكار المؤلفين ، وهذه الأشياء تعتبر من المنقولات تجاوزاً لأن قابلية الشيء للنقل أو عدمها تفترض أنه يمكن أن يدرك بالحواس ، وهذه الأشياء المعنوية لا تدرك بالحس ، ولكن اعتبرت من المنقولات لعدم توافر وصف العقار فيها ، فهي ليست أشياء مادية ثابتة لا يمكن نقلها بدون تلف ، ولكن لكونها تصلح أن تكون محلاً

للحقوق المالية ، فقد اعتبرت من المنقولات حكماً لا حقيقة ، فهي ليست منقولات بطبيعتها ولكنها اعتبرت منقولات بحكم القانون .

### ب) المنقول بالمآل :

المنقول بحسب المآل هو الشيء الذي يعتبر عقاراً بطبيعته ، ولكن يعتبر منقولاً باعتبار ما سيؤول إليه في المستقبل ، كالثمار والمحصولات قبل جنيها أو حصدها ، والأشجار المعدة للقطع ، والمباني المعدة للهدم ، فالمنقولات بحسب المآل هي أشياء تعتبر عقارات بطبيعتها ولكن القانون ينظر إليها على أنها منقولاً باعتبار ما ستؤول إليه في المستقبل القريب . ولذا سميت بالمنقولات بحسب المآل.

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 الشيء عن الأرض ، وحصول أحدهما على الشيء بعد فصله ، أي بعد أن يصير منقولاً بطبيعته ، فيجب أن يكون الحصول على الشيء بعد فصله هو الغرض الأساسي من التعاقد ، ففي حالة بيع البناء يجب أن يكون هدف المشتري هو أن يحصل على الأنقاض بعد هدمه ، وفي حالة بيع ثمار الحديقة ، يجب أن يكون هدف المشتري هو الحصول على الثمار بعد جنيها .

(٢) يجب أن يكون فصل الشيء عن الأرض محققاً ، أي أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى فصل الشيء عن الأرض على وجه القطع

واليقين ، فلا يكفي أن يكون هذا الانفصال محتملاً ، وذلك لأن إسباغ وصف المنقول على الشيء 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 في هذه الحالة وارداً على منقول ، لأن المشتري يستطيع أن يبقى البناء على حالة ، فيظل عقاراً ، وهذا يخالف الهدف الأساسي للعقد وهو الحصول على الأنقاض بعد الهدم .

٣) يجب أن يتفق المتعاقدان على فصل الشيء عن الأرض في وقت قريب ، أي يكون على وشك الوقوع ، أما إذا كان الوقت الذي حدده المتعاقدان لهدم البناء بعيداً في حالة الاتفاق على بيعه أنقاضاً، فلا يعتبر البيع في هذه الحالة وارداً على منقول ، حيث لا يكون الحصول على الأنقاض بعد الهدم هو الهدف الأساسي للعقد .

وإذا توافرت هذه الشروط في 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

المال وفقاً لإجراءات الحجز على المنقولات . دون حاجة لإتباع إجراءات الحجز على العقارات .

### أهمية التفرقة بين العقارات والمنقولات :

يختلف النظام القانوني الذي تخضع له العقارات ، عن النظام الذي تخضع له المنقولات ، ويترتب على ذلك عدة نتائج تختلف حسب اختلاف التشريعات بين الدول ، ولعل أهمها ما يلي :

(١) بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات فقط ، فحق الارتفاق وحق السكنى وحق الحكر وحق الرهن الرسمي وحق الاختصاص ، يكون محلها دائماً عقار ، أما الحقوق العينية الأخرى فقد يكون محلها عقاراً أو منقولاً .

(٢) تنتقل الملكية في المنقول والحقوق التي ترد عليه بمجرد العقد دون حاجة إلى أي إجراء آخر ، بينما يختلف الأمر في العقارات ، حيث يجب أن يتم تسجيل وشهر التصرفات التي يكون من شأنها إنشاء أو نقل حق عيني على العقار .

فإذا كانت الملكية تنتقل عند بيع المنقول بمجرد العقد ، فإنها لا تنتقل في العقار إلا بالتسجيل والشهر ، لأن القانون ينظم شهر التصرفات التي ترد على العقارات بهدف حماية الغير الذي يتعامل

عليها بالتعرف على والحقوق التي يكون رتبها المالك للغير عليها  
كالرهن .

## الفصل الثالث

### مصدر الحق وانقضائه وانتقاله

سنتعرض في هذا المبحث المصادر الحق الذي ينشأ إما عن واقعة قانونية أو عن تصرف قانوني، ثم لطرق انقضاء كل من الحق الشخصي والحق العيني.

### المبحث الأول

#### مصادر الحق

ينشأ الحق إما عن واقعة قانونية تحدث بفعل الطبيعة أو بفعل الانسان، أو تصرف قانوني بجميع أشكاله<sup>٤٥</sup>.

#### أولاً: الواقعة القانونية

هي أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثراً معيناً، وهذا الأمر قد يكون نشوء حق أو انقضائه أو نقله. فالواقعة القانونية قد تؤدي لنشوء حق كما قد تؤدي إلى انقضائه. والواقعة القانونية قد تحدث إما بفعل الطبيعة أو بفعل الانسان.

---

<sup>٤٥</sup> د. محمد سيد محمد خليفة، مرجع سابق، ص ٢١٠ وما يليها.

١ - الوقائع الطبيعية التي لا دخل للإنسان في حدوثها، ومن أمثلتها:

- حدوث كارثة طبيعية تؤدي إلى استحالة الوفاء.
- نتاج المواشي ينشئ حقوقاً لمالكها.
- واقعة الميلاد تبدأ بها الشخصية القانونية ويثبت بها النسب.
- واقعة الميلاد تثبت بها حقوق الورثة.

٢- الوقائع التي يقوم بها الإنسان أو الأعمال المادية وهي أعمال تصدر من الشخص فيرتب عليها القانون آثاراً ومن أمثلتها:

- الفعل الضار: كإتلاف مال الغير أو صدم شخص بالسيارة، وهذا يؤدي للتعويض رغم أن العمل غير مقصود.

- الخطأ: وقد يكون عمدياً وتترتب عليه المسؤولية التقصيرية ويلزم الشخص بالتعويض (المادة ١٢٤ ق.م).

- قد يعرض الشخص عن فعل من هو مسؤول عنه. - وكذلك مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.

- مسؤولية حارس الأشياء عن الضرر الذي تحدثه.

وقد تكون الأعمال المادية أعمالاً نافعة ومن بينها:

- الإثراء بلا سبب، كاستفادة المؤجر من اصلاحات العين المؤجرة من المستأجر. - الفضالة، كأن يقوم شخص بأعمال مستعجلة لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك.
- الدفع غير المستحق.

### ثانياً: التصرف القانوني

- التصرف القانوني هو توجه إرادة الشخص إلى القيام بتصرف قانوني معين، ومن بين هذه التصرفات:
- الصادرة من جانبين كالبيع والإيجار.
  - من جانب واحد كالوصية.
  - التصرف المنشئ الحق، كعقد الزواج، أو حق الانتفاع أو حق الارتفاق.
  - التصرف الناقل للحق، كأن يكون الحق موجوداً عند شخص يسمى السلف وينقله التصرف القانوني إلى الخلف، ومنها عقد البيع والمقايضة والهبة وحوالة الحق.
  - التصرف الكاشف للحق، كالقسمة والصلح، والتصرف هنا لا ينشئ حقاً وإنما يقرره فقط.

- التصرفات بين الأحياء، كالبيع والإيجار .
- التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالوصية والتأمين على الحياة لحساب الغير .
- التصرفات بمعاوضة والتصرفات التبرعية .

## المبحث الثاني

### انتقال الحق

يقصد بانتقال الحق أن يحل شخص جديد محل الدائن مع بقاء الحق نفسه دون تغيير ، والأصل أن جميع الحقوق قابلة للإنتقال أي قابلة للتعامل فيها ويستثنى من ذلك الحقوق المتصلة بالشخصية لأنها مرتبطة بالشخص وتنقضي بوفاة . وسنبين فيما يلي كيفية انتقال الحق الشخصي وانتقال الحق العيني .

أولاً: انتقال الحق العيني:

ينتقل الحق العيني بطرق متعددة لا يمكن حصرها فقد يتم الإنتقال بدون عوض كما في عقد الهبة والوصية ، كما ينتقل كذلك بالميراث ، كما ينتقل بعوض ( عقد البيع مثلا ) . فالحقوق العينية يمكن نقله من السلف إلى الخلف .

ثانيا : انتقال الحق الشخصي :

ينتقل الحق الشخصي من السلف إلى الخلف العام عن طريق الوصية أو الميراث كالحقوق العينية ، كما ينتقل فيما بين الأحياء بطريقة خاصة وهي حوالة الحق فقد نصت المادة ٢٣٩ من القانون المدني "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين" إذا كانت حوالة الحق تتم في غالب الأحيان بعوض إلا أنها تتم أحيانا أخرى كوفاء بمقابل وإذا تمت الحوالة دون مقابل تكون هبة . وحوالة الحق هي اتفاق ينقل بمقتضاه الدائن ( ويسمى المحيل ) حقه الشخصي إلى شخص آخر يسمى ( المحال له ) يصبح دائئا محله في إستيفاء الحق من المدين ( المحال عليه ) ويشترط أن يكون الحق قابلا للحجز عليه ولنفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين لأبد من إقرار المدين لها.

## المبحث الثالث

### انقضاء الحق

#### أولاً: انقضاء الحق العيني

سبق وأن تعرضنا لانقضاء الحق العيني ولا بأس بإعادة التعرض إليه.

- لا يسقط حق الملكية بعدم الاستعمال إلا إذا اقترن ذلك بحيازة الغير، لكنه ينقضي بوفاة المالك فينتقل الحق إلى الورثة أو الموصى لهم.

- وينقضي بالتصرف فيه.

- ينقضي بترك المال محل الحق العيني أو تخليه عنه.

- ينقضي حق الانتفاع بوفاة المنتفع كحد أقصى، وينتهي بانتهاء

المدة المحددة له وينقضي بهلاك الشيء وبعدم استعماله لمدة ٥ سنوات.

- ينتهي حق الارتفاق بانتهاء مدة الارتفاق أو عدم استعماله لمدة

١٠ سنوات، وبهلاك العقار المرتفق، وباجتماع العقارين بيد واحدة،

وإذا فقد العقار المرتفق كل منفعة من ذلك.

- أما الحقوق العينية التبعية فتتقضي بانقضاء الالتزام الشخصي الذي تضمنه وبعدم تجديد قيد الرهن وبتنازل المرتهن عن الرهن وبهلاك العقار المرهون....

### ثانياً: انقضاء الحق الشخصي

ينقضي الحق الشخصي بالوفاء أو بما يعادل الوفاء:

- ١- الوفاء: ينقضي حق الدائن بتنفيذ المدين ما التزم به عيناً.
- ٢- ما يعادل الوفاء، ويكون ذلك بعدة صور:
  - الوفاء بمقابل: أي أن يقدم المدين شيئاً آخر غير ما كان ملزماً بأدائه، بشرط قبول الدائن.
  - المقاصة: اجتماع صفتي الدائن والمدين في كل من طرفي الالتزام، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما.
  - اتحاد الذمة المالية، كأن يرث المدين الدائن.
  - التجديد: اتفاق بين الطرفين يحل به التزام جديد محل الالتزام القديم.

## خاتمة

مما سبق يتضح لنا أن وجود القانون هو أمر ضروري لا يختلف فيه اثنان من أبناء الجنس البشري ، إذ إن وجود القانون أمر يتناسب مع سلوكيات البشر في إدارة حياتهم .

بل وجود القانون يتجاوز حدود المجتمعات البشرية ليصل إلى عالم الحيوان ، فها هي ممالك الحيوانات بكافة أنواعها تراها قد جبلت وفطرت على الحياة المقننة في حين لم تمتلك تلك الجوهرة الثمينة التي يمكنها من خلالها النمو والارتقاء ألا وهي جوهرة (العقل) فكيف بذلك الكائن الذي قد ألقيت بين يديه هذه الجوهرة فهو لم يكن مفطوراً على حب الحياة المنظمة المقننة فحسب ، بل كان بمقتضى تملكه للعقل قادراً على سن القوانين التي تنظم حياته على شكل مجموعة من القواعد العامة التي تنظم سلوك الإنسان في علاقته بغيره من بني البشر، يتجلي ذلك في احتياج الإنسان إلى القانون لكونه مدني بالطبع ، أي ميله إلى الحياة الاجتماعية ونفوره من الحياة الفردية . التي كانت سائدة في المجتمعات البدائية . يفرض عليه إنشاء علاقات مع الآخرين ، ومع تشعب هذه العلاقات واصطدام مصالح البعض

بمصالح البعض الآخر، تصبح الحاجة ملحة إلى وسيلة  
يمكن من خلالها تنظيم هذه العلاقات.

إذن فالقانون ضروري في حياة المجتمع مهما كانت  
ثقافة ذلك المجتمع و سواء كان بدائياً أم متوسطاً أم مثالياً  
في ثقافته و أخلاقه ، فهو لا غنى له في كل الأحوال عن  
القانون.